

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170186-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie
Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

Urteil vom 23. August 2017

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirks-
gerichtes Winterthur vom 14. August 2017 (EK170353)

Erwägungen:

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Beschwerdeführerin) bezweckt den Betrieb von Hotels, Restaurants und Bars sowie den Handel mit Waren aller Art. Sie ist seit dem 16. Dezember 2015 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (act. 8).
2. Das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichts Winterthur eröffnete mit Urteil vom 14. August 2017 den Konkurs über die Beschwerdeführerin (act. 6/5 = act. 7). Mit Eingabe vom 22. August 2017 erhob die Beschwerdeführerin rechtzeitig Beschwerde gegen die Konkursöffnung (vgl. act. 6/6). Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses infolge Tilgung der Forderung vor Konkursöffnung und stellt gleichzeitig ein Gesuch um aufschiebende Wirkung (act. 2 S. 2). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1-7). Da die Beschwerdeführerin den Kostenvorschuss für das obergerichtliche Verfahren bereits geleistet hat (act. 9), ist die Sache spruchreif.
3. Im Beschwerdeverfahren gegen Konkursentscheide können neue Tatsachen geltend gemacht werden, wenn sie vor dem erstinstanzlichen angefochtenen Entscheid entstanden sind (Art. 326 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dazu gehört insbesondere die Behauptung, dass die Forderung der Gläubigerin schon vor der Konkursöffnung nebst Zinsen und Kosten bezahlt worden sei. Dies hätte nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens geführt, wenn es dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre.

Tilgung gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG bedeutet nebst der Bezahlung der Schuld und der Zinsen auch die Begleichung sämtlicher Kosten. Berufte sich der Betriebene erst nach Eröffnung des Konkurses auf Tilgung, muss er nachweisen, dass er sowohl die Kosten des Konkursgerichts (inkl. einer allfälligen Prozessschädigung an die Gläubigerin im Konkursöffnungsverfahren) als auch die Kosten des Konkursamtes bezahlt oder sicher gestellt hat (ZR 110 Nr. 79). Wird der Konkurs gestützt auf Art. 174 Abs. 1 SchKG aufgehoben, so wird nach ständiger Praxis der Kammer von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit abgesehen (KuKo SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Art. 174 N 7 und 12).

4. Die Beschwerdegegnerin bestätigte am 18. August 2017, dass die Beschwerdeführerin am 2. August 2017 (mithin vor Konkurseröffnung) die gesamte Restforderung aus der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Winterthur-Stadt samt Zinsen und Kosten beglichen habe (act. 5/5). Sie meldete demzufolge mit Schreiben vom 17. August 2017 auch der Vorinstanz, dass sie ihr Konkurseröffnungsbegehren zurückziehe (act. 6/7). Es ist folglich von einer vollumfänglichen Tilgung der Konkursforderung vor Konkurseröffnung auszugehen. Die Beschwerdeführerin weist sodann nach, die Kosten des Konkursamts und des Konkursgerichts beim Konkursamt Winterthur-Altstadt sichergestellt zu haben (act. 5/6).

Die Beschwerde ist demzufolge gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben. Das Begehren um aufschiebende Wirkung wird mit dem heute sogleich auszufällenden Endentscheid gegenstandslos.

5. Die Kosten beider Instanzen hat die Beschwerdeführerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung die Verfahren überhaupt erst veranlasst hat. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 750.– festzulegen und aus dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Vorschuss zu beziehen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichts in Konkursachen des Bezirksgerichts Winterthur vom 14. August 2017, mit dem über die Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung wird abgeschrieben.
3. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 300.– wird bestätigt und der Beschwerdeführerin auferlegt.

4. Das Konkursamt Winterthur-Altstadt wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'500.– (Fr. 1'000.– Zahlung der Beschwerdeführerin sowie Fr. 1'500.– Rest des der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.– und der Beschwerdeführerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuführen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Winterthur-Altstadt, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Winterthur-Stadt, je gegen Empfangsschein.
6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um einen Entscheid des Konkurs- oder Nachlassrichters oder der Konkurs- oder Nachlassrichterin im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Isler

versandt am: