Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: PS130029-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Oehninger.

Urteil vom 29. Juli 2013

in Sachen

Konkursmasse A._____ AG in Liquidation,
Beklagte und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Konkursamt B._____, diese vertreten durch Mobile Equipe des Notariatsinspektorates des Kantons Zürich, C._____,

gegen

D._____ AG,
Klägerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____ und / oder Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend
Qualifikation des Sachwalterhonorars

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Bülach vom 19. Februar 2013 (EK120508)

Erwägungen:

I.

Die A._____ AG (deren Konkursmasse ist heutige Beklagte/Beschwerdeführerin) zeigte dem Konkursrichter am Bezirksgericht Bülach ihre Überschuldung an und stellte Antrag auf Konkursaufschub, welcher mit Verfügung vom 12. März 2012 gutgeheissen wurde. Als Sachwalter wurde Rechtsanwalt lic. iur. X._____ eingesetzt (act. 3/4). Nachdem die Sanierungsbemühungen erfolglos geblieben waren, wurde über die A._____ AG mit Urteil des Konkursrichters am Bezirksgericht Bülach vom 10. Mai 2012 der Konkurs eröffnet und dem Sachwalter, welcher für seine Tätigkeit keinen Vorschuss verlangt hatte, eine Entschädigung von Fr. 14'536.80 zugesprochen (Verfahren EK120093-C; vgl. act. 3/6).

Die Klägerin/Beschwerdegegnerin stellte vor Vorinstanz folgendes Rechtsbegehren (act. 1):

> "Das Sachwalterhonorar der Klägerin über CHF 14'536.80 sei als Massenverbindlichkeit zu qualifizieren und die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 14'536.80 zzgl. 5% seit dem 22. Mai 2012 Zins zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Die Beschwerdegegnerin macht vor Vorinstanz zusammengefasst geltend, das Rechtsanwalt lic. iur. X._____ zugesprochene und ihr von diesem abgetretene Sachwalterhonorar stelle eine Masseverbindlichkeit dar, während die Beschwerdeführerin dies bestritt und das Sachwalterhonorar als normale Konkursforderung behandelt wissen wollte (vgl. act. 1, act. 6, act. 8 und act. 10).

Die Vorinstanz fällte am 19. Februar 2013 folgendes Urteil (act. 13 = act. 16 = act. 18):

> "1. Es wird festgestellt, dass es sich beim mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 10. Mai 2012 zugesprochenen Sachwalterhonorar um eine Masseverbindlichkeit der Konkursmasse der A._____ AG handelt.

2. Demgemäss wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin das zugesprochene Sachwalterhonorar Fr. 14'536.80 zuzüglich Zins zu 5% seit 22. Mai 2012 als Masseverbindlichkeit zu bezahlen.

3. Die Spruchgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

4. Die Kosten werden der Beklagten als Masseverbindlichkeit auferlegt.

5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– als Masseverbindlichkeit zu bezahlen.

6. [Schriftliche Mitteilung]

7. [Beschwerde]

   In diesem Verfahren gelten die gesetzlichen Fristenstillstände gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO nicht."

Dagegen erhob die Beschwerdeführerin rechtzeitig Beschwerde (act. 17, vgl. act. 14) und leistete den ihr in der Folge – unter gleichzeitiger Delegation der Prozessleitung – angesetzten Kostenvorschuss (act. 22). Die Beschwerdegegnerin erstattete fristgerecht Beschwerdeantwort (act. 25, vgl. act. 24), welche der Beschwerdeführerin übermittelt wurde (act. 26). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-14). Das Verfahren ist heute in sämtlichen Belangen spruchreif. Auf die Ausführungen der Parteien ist in der Folge – soweit entscheidrelevant – einzugehen.

II.

Die Beschwerdegegnerin hat sich, betreffend die Frage ob es sich beim Sachwalterhonorar um eine Masseschuld handelt, entsprechend der bundesgerichtlichen Praxis (BGE 125 III 293) zutreffend an den Zivilrichter gewandt. Sie hat das Begehren sowohl beim Konkursgericht als auch beim Einzelgericht im vereinfachten Verfahren anhängig gemacht, wobei der Einzelrichter im vereinfachten Verfahren mit der Begründung, dass das Konkursgericht, welches materiell für die Zusprechung des Sachwalterhonorars zuständig sei (Art. 251 lit. a ZPO i.V.m. § 24 lit. c GOG), auch vorliegend sachlich zuständig sei, nicht auf die Klage eingetreten ist (act. 4). Aufgrund des Streitwertes von Fr. 14'536.80 käme gegen den Entscheid des Konkursgerichts des Bezirksgerichtes Bülach allenfalls auch die

Berufung in Frage. Gestützt auf Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO ist jedoch die (vorliegend zutreffend belehrte und angehobene) Beschwerde das einschlägige Rechtsmittel.

III.

1. Die Vorinstanz legt die kontroverse Rechtslage und insbesondere die in der Literatur und Gerichtspraxis vertretenen Ansichten zur Frage ob das Honorar für eine Tätigkeit des Sachwalters vor der Konkurseröffnung eine Masseverbindlichkeit darstellt oder nicht in ihren Erwägungen ausführlich und sorgfältig dar. Darauf kann verwiesen werden (vgl. act. 13 = act. 16 = act. 18, je S. 5 ff.). Die Vorinstanz kam zusammenfassend zum Schluss, dass zwar eine explizite Gesetzesbestimmung fehle, aber bereits Art. 262 Abs.1 SchKG dafür spreche, ein Sachwalterhonorar im Konkursaufschub als Masseverbindlichkeit zu qualifizieren. Dies ergebe sich auch aus einer analogen Anwendung von Art. 310 Abs. 2 SchKG, nach welchem das Sachwalterhonorar im Nachlassverfahren ebenfalls eine Masseschuld sei. Das Fehlen einer Masse zum Zeitpunkt der Entstehung der Forderung stehe dem – auch wenn die Auffassungen zu dieser Frage in der Literatur gespalten seien – nicht entgegen. Durch die Praxis sei die Frage, jedenfalls soweit ersichtlich, nicht explizit entschieden worden. Zwar sei davon auszugehen, dass das Bundesgericht bei der Qualifikation von Forderungen als Masseverbindlichkeiten Zurückhaltung propagiere, ein direkt auf den vorliegenden Fall übertragbarer Entscheid existiere jedoch nicht. Entscheidend sei damit der Zweck, welcher mit dem Konkursaufschub verfolgt werde. Dieser lege nahe, das Sachwalterhonorar im Konkursaufschub gleich zu behandeln wie das Sachwalterhonorar im Nachlassverfahren, welches unstrittig als Masseverbindlichkeit zu qualifizieren sei. Demzufolge sei (auch) das Honorar des Sachwalters im Konkursaufschub eine Masseverbindlichkeit im späteren Konkurs (vgl. act. 13 = act. 16 = act. 18, je S. 13 und 18).

2. Die Beschwerdeführerin macht zusammengefasst geltend, dass ein Fehlverhalten des Gerichts, welches die Beschwerdegegner habe glauben lassen können, dass eine Bevorschussung des Sachwalterhonorars nicht unmittelbar er-

forderlich sei, nicht dazu führen sollte, dass die Konkursmasse durch die Qualifizierung des Sachwalterhonorars als Masseverbindlichkeit vermindert werde (act. 17 S. 4). Zudem fehle es vorliegend an einer (gemäss bundesgerichtlicher Praxis notwendigen) klaren gesetzlichen Grundlage. Das Bundesgericht habe in BGE 105 III 20 eine enge Auslegung des Gesetzeswortlautes propagiert und ein schützenswertes Interesse des Sachwalters an der Qualifikation des Honorars als Masseverbindlichkeit verneint, falls dieser (wie vorliegend) auf eine Bevorschussung verzichtet habe (act. 17 S. 5 und S. 7). Weiter betont die Beschwerdeführerin mit Verweisen auf die Literatur, dass bei einem Konkursaufschub weder vorgängig eine Masseverbindlichkeiten eingegangen werden könne, noch Forderungen nachträglich aufgrund einer gesetzlichen Grundlage zu Masseverbindlichkeiten würden. Überdies würde die Auffassung der Vorinstanz dazu führen, dass alle anderen Forderungen, auch diejenigen, welche vor der Konkurseröffnung und unter Zustimmung des Sachwalters eingegangen wurden, mangels gesetzlicher Grundlage als gewöhnliche Konkursforderungen behandelt würden (gemäss Art. 208 SchKG), während lediglich das Sachwalterhonorar als Masseverbindlichkeit vorab zu begleichen wäre, was eine Ungleichbehandlung darstelle, welche sich nicht rechtfertigen lasse. Es sei dem Bundesgericht deshalb in seiner engen Auslegung des Gesetzeswortlautes zu folgen und von einer analogen Anwendung von Art. 310 Abs. 2 SchKG auf den Konkursaufschub abzusehen. Die Vorinstanz weise zwar darauf hin, dass der Konkursaufschub wie auch das Konkursverfahren auf den Schutz der Gläubigerinteressen abziele, doch die beiden Verfahren würden sich grundlegend unterscheiden, was sich zum Beispiel an den unterschiedlichen Gebührenansätzen zeige (act. 17 S. 5 f.). Das vorinstanzliche Argument, dass der Bezug eines Vorschusses die Sanierungsbemühungen eines Unternehmens torpedieren würden, überzeuge nicht, da die Kosten in mehrere einzelne Vorschüsse aufgeteilt werden könnten, sodass der Liquidität als auch den Erfolgsaussichten der Sanierung Rechnung getragen werden könne (act. 17 S. 6). Ebenso wenig träfen die Erwägungen der Vorinstanz zu, dass die Bevorschussung die Aufnahme der Sachwaltertätigkeit verzögere und ein solches Vorgehen nicht geeignet sei, bei den Gläubigern das nötige Vertrauen für eine Sanierung aufzubauen, denn das Einverlangen von Vorschüssen von Unternehmen mit mög-

lichen finanziellen Schwierigkeiten sei nicht ungewöhnlich. Gegen eine Privilegierung des Sachwalterhonorars im Konkursaufschub spräche sodann, dass dadurch der Steuerzahler indirekt genötigt würde, die Sanierungsbemühungen von Gesellschaften zu finanzieren. Dazu könne es kommen, weil das Bundesgericht für den Fall, dass das vorhandene Vermögen nicht einmal zur Deckung sämtlicher Masseverbindlichkeiten ausreicht, eine Rangfolge aufgestellt habe: So seien in einem solchen Fall in erster Linie die Auslagen des Konkursamtes und der Konkursverwaltung zu begleichen. Hernach kämen die übrigen Masseverbindlichkeiten an die Reihe, mit Ausnahme der Gebühren des Konkursamtes und der Konkursverwaltung, die erst in letzter Linie berücksichtigt würden (BGE 113 III 148 E. 3.a m.w.H.). Dass sich der Staat mit seinen Gebührenansprüchen zu Gunsten des Sachwalters hinten anstelle, entspreche wohl kaum der Absicht des Gesetzgebers (vgl. act. 17 S. 7 f.). Auch sei das Sachwalterhonorar nach Literatur und Rechtsprechung nicht unter die Konkurseröffnungskosten gemäss Art. 262 Abs. 1 SchKG zu subsumieren.

3. Die Beschwerdegegnerin teilt die Auffassung der Vorinstanz und führt in der Beschwerdeantwort zusammengefasst aus, dass die Tätigkeit des Sachwalters im Konkursaufschub, sachlich der Tätigkeit des Sachwalters im Nachlassverfahren entspreche, weshalb die Honoraransprüche des Sachwalters im Konkursaufschub analog denjenigen des Sachwalters im Nachlassverfahren zu behandeln seien. Art. 310 Abs. 2 SchKG sei dazu in Analogie als gesetzliche Grundlage heranzuziehen. Die Tätigkeit des Sachwalters im Konkursaufschub diene auch der Aufrechterhaltung des Massavermögens und dem Schutz der Gläubigerrechte und es würden damit Arbeiten geleistet, die auch für das nachfolgende Konkursverfahren von Bedeutung seien. Daher könne auch Art. 262 Abs. 1 SchKG als gesetzliche Grundlage für die Qualifikation des Sachwalterhonorars als Masseverbindlichkeit herangezogen werden, zumal sich nach dieser Norm auch Tätigkeiten als Masseverbindlichkeit qualifizieren liessen, welche zwar vor der Konkurseröffnung ausgeführt werden aber im Interesse der Gläubiger sind (act. 25 S. 3). Auch der Wortlaut der Bestimmung spreche nicht dagegen, das Sachwalterhonorar unter die Kosten der Eröffnung des Konkurses zu subsumieren (act. 25 S. 7 f.). Weiter bringt die Beschwerdegegnerin vor, die von der Beschwerdeführerin gerügte Un-

gleichbehandlung des Sachwalterhonorars im Vergleich zu anderen Forderungen, welche vor der Konkurseröffnung entstünden und mangels gesetzlicher Grundlage als gewöhnliche Konkursforderungen gälten, rühre daher, dass die Vorinstanz zutreffend die Sachwalterhonorarforderung im Konkursaufschub gleich wie diejenige des Sachwalters im Nachlassverfahren behandle. Damit stehe bei der vorinstanzlichen Rechtsauffassung zu Recht die Gleichbehandlung von sachlich gleichgelagerten Fällen im Hinblick auf den Schutz der Gläubiger als Ausfluss des Gesetzeszwecks im Vordergrund. Wenn die Beschwerdeführerin moniere, dass daraus eine Ungleichbehandlung im Vergleich zu allen anderen Forderungen resultiere, vergleiche sie Ungleiches mit Ungleichem (act. 25 S. 4). Im Weiteren habe der Konkursaufschub wie auch das Nachlassverfahren zum Ziel, eine Konkurseröffnung zu vermeiden. Die von der Vorinstanz gezogene Parallele zwischen dem Sachwalter im Konkursaufschub und dem (gemäss Art. 310 Abs. 2 SchKG ausdrücklich privilegierten) Sachwalter im Nachlassverfahren sei daher schlüssig. Insbesondere sei die Behauptung der Beschwerdeführerin, dass im Konkursverfahren im Vergleich zum Nachlassverfahren tiefere Gebührenansätze zur Anwendung kämen, nicht zutreffend und überdies auch nicht relevant für die vorliegend zentrale Frage der Masseverbindlichkeit (act. 25 S. 5 und S. 7). Schliesslich sei der Konkursaufschub historisch bedingt zwar im OR geregelt, gehöre richtigerweise jedoch sachlich ins SchKG. Dies werde auch durch die aktuellen Entwicklungen in der Gesetzgebung betreffend die Revision des SchKG-Sanierungsverfahrens bestätigt, wonach geplant sei, den Konkursaufschub ins Nachlassverfahren des SchKG zu integrieren (act. 25 S. 8).

4. Zu den Argumenten der Parteien bzw. der Vorinstanz ist vorab festzuhalten, dass die Tatsache, ob vom Sachwalter im Konkursaufschub ein Vorschuss verlangt wurde, für die Frage, ob das Sachwalterhonorar eine Masseverbindlichkeit darstellt, nicht entscheidend sein kann: Der Vorschuss ist ein vorgezogenes (allenfalls in einem Teilbetrag auch nur provisorisches) Inkasso. Die Wahl der Inkassoform bzw. das Handling der Risiken im Umfeld eines drohenden Konkurses stehen im Ermessen des betreffenden Gläubigers. Die Möglichkeit einen Vorschuss verlangen zu können, spricht zwar eher gegen die Notwendigkeit das Sachwalterhonorar als Masseschuld zu qualifizieren, doch kann sich die Masse-

verbindlichkeit einer Forderung wohl nicht aus der möglichen Inkassoform bzw. dem -zeitpunkt, sondern aus der Natur und dem Entstehungsgrund der Forderung bzw. aus Umständen ergeben, welche eine derartige Privilegierung rechtfertigen müssen. Es handelt sich dabei um eine Rechtsfrage grundsätzlicher Natur. Im Weiteren verringert ein Vorschuss zwar in beschränktem Umfang die Liquidität, doch steht eine angemessene Vorauszahlungen weder der Sanierung entgegen (sonst wäre auch der Konkursaufschub nicht zu gewähren) noch droht dadurch ein wesentlicher Zeitverlust. Zudem ist das Einverlangen eines Vorschusses Praxis und (sogar im Nachlassverfahren) ohne Weiteres zulässig (vgl. BGE 105 III 20 E. 4.c m.w.H.; BSK OR II-Wüstiner, 4. Aufl. 2012, Art. 725a N. 5 und 13). Es ist überdies auch nicht gangbar, dass in einem Einzelfall der Honoraranspruch eines (vorliegend und auch sonst in der Regel rechtskundigen) Sachwalters aufgrund des Gutglaubensschutzes zur Masseverbindlichkeit mutiert, wenn er in anderen Fällen keine Masseverbindlichkeit wäre. Auch kann die von der Beschwerdeführerin propagierte (hypothetische) Schonung des Steuerzahlers bei der Klärung der Frage, ob das Sachwalterhonorar im Konkursaufschub masseverbindlichen Charakter hat oder nicht, keine entscheidende Rolle spielen. Damit erübrigen sich Weiterungen zu den soeben genannten Argumenten.

Zur von der Beschwerdegegnerin angetönten aktuellen Gesetzgebung: die eidgenössischen Räte haben am 21. Juni 2013 die Revision des SchKG-Sanierungsrechts beschlossen. Die Frist für ein fakultatives Referendum ist noch nicht abgelaufen (Art. 141 BV). Betreffend die genannte Vorlage vertrat der Bundesrat in der Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010 sowie in der parlamentarischen Diskussion die Auffassung, der Konkursaufschub gemäss Art. 725a OR sei aufzuheben bzw. in die SchKG-Regelung der provisorischen Stundung nach nArt. 293a-d SchKG zu überführen (vgl. BBl 2010, 6455 ff. , S. 6456 und S. 6461 und S. 6502 bzw. Äusserungen von Bundesrätin Simonetta Summaruga in der 4. ständerätlichen Sitzung der Sommersession 2012, Amtliches Bulletin 2012 S. 362). Die Neuregelung des Sanierungsrechts und insbesondere die Einführung der provisorischen Stundung mit der Möglichkeit des Verzichts auf Publikation derselben gemäss nArt. 293a-d SchKG wurde von den Räten übereinstimmend

angenommen. Doch wurde die vom Bundesrat vorgeschlagene Aufhebung des Art. 725a OR vom Ständerrat auf Empfehlung der Kommission für Rechtsfragen am 31. Mai 2012 abgelehnt (Amtliches Bulletin 2012 S 362). Diesem Entscheid schloss sich am 16. April 2013 auch der Nationalrat an (Amtliches Bulletin 2013 N 628). Die einzigen dazu (neben einem Votum von Bundesrätin Simonetta Sommaruga) in der parlamentarischen Diskussion vertretenen Argumente, waren diejenigen der Kommission für Rechtsfragen (für die Beibehaltung des Art. 725a OR), welche Ständerat Pirmin Bischof vortrug (vgl. Amtliches Bulletin 2012 S. 362): "Entgegen dem Bundesrat hat sich die Kommission entschieden, Artikel 725a [OR] aufrechtzuerhalten, so quasi im Sinne einer Brücke zum von uns mit der Kommissionsmotion gewünschten Sanierungsrecht im Obligationenrecht. Heute haben wir einen kleinen diesbezüglichen Bestandteil in diesem Artikel 725a, indem hier der Richter, wenn kurzfristig die Möglichkeit einer Sanierung besteht, eine Stundung aussprechen kann – ohne den Ruch des Nachlasses, der Liquidation oder des Konkurses. […] Dieser Artikel schafft […] die Möglichkeit, dass die Sanierung einer überschuldeten Unternehmung – wenn dazu die Möglichkeit besteht – ohne die zusätzlichen Requisiten und Folterinstrumente des SchKG gemacht werden kann. Wenn das möglich ist, warum sollen wir denn diese Bestimmung streichen? Auf Solothurnerdeutsch sagen wir: 'Nützt's nüt, so schadt's nüt!' Ich würde es doch beim geltenden Recht belassen."

Damit steht – unabhängig von der allfälligen Ergreifung eines fakultativen Referendums – fest, dass Art. 725a OR bis auf Weiteres in der bisherigen Form ausserhalb des SchKG als Sanierungsmöglichkeit des OR für die AG, GmbH etc. bestehen bleibt.

5. Weder das OR noch das SchKG (auch nicht in Art. 262 Abs. 1 oder Art. 310 Abs. 2 SchKG) statuieren ausdrücklich, dass das Sachwalterhonorar im Konkursaufschub in einem nachfolgenden Konkurs eine Masseschuld wäre. Damit fehlt es für diese Interpretation an einer klaren gesetzlichen Grundlage. Kosten des Konkursaufschubs unter die Konkurseröffnungskosten nach Art. 262 Abs. 1 SchKG subsumieren zu wollen, erscheint schon rein begrifflich fast etwas zynisch. Bei den Konkurseröffnungskosten handelt es grundsätzlich um die Verfahrenskosten,

welche für die bzw. mit der eigentlichen Konkurseröffnung (im engen technischen Sinne) anfallen so z.B. die Gerichtskosten für den Konkurseröffnungsentscheid und die Aufwendungen für die damit verbundenen Mitteilungen und Publikationen (vgl. BSK SchKG-Staehelin, 2. Aufl. 2010, Art. 262 N. 6; KUKO SchKG-Stöckli/Possa, Art. 262 N. 1 und 4; Kren Kostkiewicz/Walder, SchKG Kommentar, 18. Aufl. 2012, Art. 262 N. 1). Auch wenn Art. 262 Abs. 1 SchKG nach BGE 113 III 148 E. 2 sinngemäss auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung Anwendung findet, ändert dies für die vorliegende Fragestellung im Konkursaufschub – insbesondere auch wegen dem Fehlen einer zu Art. 310 Abs. 2 SchKG analogen gesetzlichen Regelung – nichts daran, dass sich die Honorarforderung des Sachwalters aus dem Konkursaufschub (zumindest bis zu einem klaren anderslautenden Entscheid des Bundesgerichts) nicht direkt unter die Konkurseröffnungskosten gemäss Art. 262 Abs. 1 SchKG subsumieren lässt.

Im genannten Entscheid (BGE 113 III 148 E. 2) konstatiert das Bundesgericht folgendes: "Ebenso sind im speziellen die für die Kosten der Konkursverwaltung geltenden Regeln auf die Honorarforderung des Sachwalters anzuwenden. Der Sachwalter wird von der Nachlassbehörde bestellt (Art. 295 Abs. 1 SchKG) und erfüllt eine ihm vom öffentlichen Recht auferlegte Pflicht. Er ist weder Vertreter der Gläubiger noch des Schuldners und steht zu keiner der Parteien in einem privatrechtlichen Verhältnis (FRITZSCHE, Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl., Bd. II S. 314). Im weiteren wird sein Entgelt von der Nachlassbehörde pauschal festgesetzt (Art. 66 Abs. 2 GebTSchKG). Seine Stellung ist demnach vergleichbar mit derjenigen der Konkursverwaltung (JAEGER, Schuldbetreibung und Konkurs, N 4 zu Art. 295 SchKG). Dass er unter Umständen das Unternehmen des Schuldners im Interesse der Gläubiger in gewissem Umfang weiterführen muss (vgl. BGE 85 III 208), vermag daran nichts zu ändern."

Es fragt sich, ob diese Erwägungen des Bundesgerichts auch für den Sachwalter im Konkursaufschub Geltung haben können. Denn auch wenn in jenem Zeitpunkt noch keine Konkursmasse besteht und es sich beim Konkursaufschub um eine rein zivilrechtliche Sanierungsmöglichkeit des OR handelt (BSK OR II-Wüstiner, 4. Aufl. 2012, Art. 725a N. 4), könnte man sich – mit der Vorinstanz – überlegen, den

Sachwalter im Konkursaufschub, wenn es nicht gelingt den Konkurs abzuwenden, nicht schlechter stellen zu wollen als den Sachwalter im Nachlassverfahren. Immerhin hat der Sachwalter im Konkursaufschub nach Art. 725a Abs. 2 OR teilweise eine vergleichbare Stellung wie der Sachwalter in der Nachlassstundung gemäss Art. 298 SchKG. Andererseits gilt es zu beachten, dass für das zivilrechtliche Institut des Konkursaufschubes keine analoge Regelung zu Art. 310 Abs. 2 SchKG bzw. Art. 35 BIV-FINMA existiert. Zwar fehlt eine ausdrückliche Regelung auch für das Konkursverfahren, doch ist dort die Entstehung von Masseschulden gestützt auf Art. 262 SchKG ohne Weiteres akzeptiert (vgl. statt vieler BSK SchKG-Staehelin, 2. Aufl. 2010, Art. 262 N. 10 ff.), was für den Konkursaufschub nicht gilt (vgl. BSK OR II-Wüstiner, 4. Aufl. 2012, Art. 725a N. 10; Lorandi in: Gehri/Kuhn/Riemer/Vock (Hrsg.), Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht – Festschrift für Karl Spühler, 2005, S. 217; Amonn/Walter, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl. 2008, § 57 N. 16; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage 2009, § 13 N. 844). Bei allen Ähnlichkeiten unterscheidet sich zudem das zivilrechtliche Konkursaufschubsverfahren nach Art. 725a OR – ganz abgesehen von der allfälligen Gebührenhöhe – von der Nachlassstundung nach SchKG (vgl. u.a. Lorandi, a.a.O., S. 209 ff.). So liegt z.B. im Konkursaufschub die Sanierungslast (noch ohne Betreibungsdruck) bei der Gesellschaft bzw. den Gesellschaftern, da Gläubiger nicht zu Sanierungsbeiträgen gezwungen werden können (BSK OR II-Wüstiner, 4. Aufl. 2012, Art. 725a N. 4), das Konkursamt ist noch nicht involviert und auch der Sachwalter steht nicht unter dessen Aufsicht (BGE 98 III 41).

Nach dem Gesagten bestehen gewichtige Gründe, die dagegen sprechen, im Konkursaufschub einzig das Sachwalterhonorar zu privilegieren, zumal man mit dem Antrag und der Bewilligung des Konkursaufschubs – zu Gunsten der Chance auf Sanierung – bewusst auf die verschiedenen Vor- und Nachteile verzichtet, welche die Konkurseröffnung bzw. allenfalls ein Nachlassverfahren für die Beteiligten hätte.

Die Lösung ergibt sich unter anderem aus dem genannten Bundesgerichtsentscheid selbst (BGE 113 III 148 E. 2): "Gemäss Art. 262 Abs. 1 SchKG werden

sämtliche aus der Eröffnung und Durchführung des Konkurses erwachsenen Kosten vorab gedeckt. […] Das Nachlassvertragsrecht enthält in Art. 316c Abs. 2 SchKG [heute: Art. 310 Abs. 2 SchKG] zudem die Vorschrift, dass die während der Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangenen Verbindlichkeiten Masseverbindlichkeiten sind. […] Es ist daher offenkundig, dass Art. 262 Abs. 1 SchKG auf den Nachlassvertrag […] sinngemäss anzuwenden ist. Ebenso sind im speziellen die für die Kosten der Konkursverwaltung geltenden Regeln auf die Honorarforderung des Sachwalters anzuwenden." Daraus folgt im Umkehrschluss für den Konkursaufschub, welcher (wie bereits aufgezeigt als privatrechtliche Sanierungshilfe für gewisse Gesellschaftsformen) nicht einfach mit dem Nachlassverfahren gleichzusetzen ist, und der keine explizite Regelung entsprechend Art. 310 Abs. 2 SchKG bzw. Art. 35 BIV-FINMA kennt, dass sich die Qualifizierung des Sachwalterhonorars als Masseschulden (im späteren Konkurs) nicht aufdrängt. Im Konkursaufschub ist (wie bereits angetönt, vgl. Ziff. III.5. vorstehend) für das Sachwalterhonorar aus Art. 262 SchKG – auch gerade weil eine Regelung analog Art. 310 Abs. 2 SchKG bzw. Art. 35 BIV-FINMA fehlt – nichts Relevantes abzuleiten. Art. 262 SchKG greift gerade erst dann, wenn der Aufschub beendet ist und Verfahrenskosten entstehen, weil der Konkurs eröffnet werden muss. Zudem darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass für das Honorar das Sachwalters im Konkursaufschub grundsätzlich die noch aktive Gesellschaft haftet (BSK OR II-Wüstiner, 4. Aufl. 2012, Art. 725a N. 13; Plüss/Facincani-Kunz/Künzli in: Roberto/Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl. 2012, Art. 725a Ziff. 10), welche deshalb auch allfällige Vorschüsse an den Sachwalter zu leisten hat (vgl. Ziff. III.4. vorstehend). Damit ist die Honorarforderung des Sachwalters im Konkursaufschub – zumal noch keine Konkursmasse besteht – eine Schuld der Gesellschaft (und auch nicht etwa des Staates, vgl. auch BGE 43 III 252 E. 1 S. 255). Wenn nun die betreffende Gesellschaft in Konkurs fällt, ist nicht ersichtlich, weshalb sich eine einzelne Schuld, welche die Gesellschaft aus der Zeit vor der Konkurseröffnung hat, plötzlich und ohne klare gesetzliche Grundlage in eine Masseschuld umwandeln sollte. Auch wenn Masseschulden schon vor dem formellen Bestehen einer Konkursmasse entstehen können, ist dies grundsätzlich nicht der ordentliche Mechanismus. Denn dafür,

dass dies im Nachlassverfahren überhaupt möglich ist, bedarf es einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage, welche sich im genannten Art. 310 Abs. 2 SchKG findet. Art. 310 Abs. 2 SchKG wiederum erfasst alle Forderung im fraglichen Zeitraum und nicht bloss das Sachwalterhonorar. Allein aufgrund der Parallelen der Sachwaltermandate in den verschiedenen Verfahren sowie gestützt auf die öffentlich rechtliche Natur der Sachwaltertätigkeit als gerichtlich bestelltes Aufsichtsorgan (vgl. BGE 113 III 148 E. 2 und Marazzi, SJZ 93/1997 S. 374), das Sachwalterhonorar aus dem Konkursaufschub nachträglich als Masseschuld zu klassifizieren, erscheint daher aus genannten Gründen nicht sachgemäss. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen.

IV.

1. Die Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens sind von Amtes wegen festzusetzen (Art. 105 Abs. 1 ZPO) und nach dem Verfahrensausgang zu verteilen (Art. 106 ZPO). Grundlage für die Festsetzung der Gerichtsgebühr nach der SchKG Gebührenverordnung bildet der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse (Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 48 GebV SchKG). Die Höhe der Parteientschädigung richtet sich gemäss Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 96 ZPO grundsätzlich nach dem kantonalen Tarif (BGer 5A_492/2012 und 5A_493/2012 vom 13. März 2013 E. 4.2.2 ff).

2. Bei obgenanntem Ausgang des Rechtsmittelverfahrens hat die Beschwerdegegnerin dessen Kosten- und Entschädigungsfolgen zu tragen (Art. 106 ZPO). Bei einem Streitwert von Fr. 14'536.80 (vgl. act. 1 S. 2) ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 750.– festzusetzen (Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 48 GebV SchKG). Die Beschwerdeführerin ist nicht i.S.v. Art. 95 Abs. 3 lit b ZPO durch einen Anwalt berufsmässig vertreten, weshalb sich eine allfällige Entschädigung nicht nach der Zürcher AnwGebV zu richten hat. Vorliegend führt das Konkursamt B._____ (Konkursverwaltung) für die Konkursmasse der A._____ AG in Liquidation (Beschwerdeführerin) den Prozess. Die Aufwände des Konkursamtes dürften für die Beschwerdeführerin Masseschulden generieren (Art. 262 Abs. 1 SchKG), deren

Höhe sich nach den Grundsätzen der GebV SchKG richten und die ihr nach Art. 95 Abs. 3 lit c ZPO von der unterliegenden Gegenpartei zu ersetzen sind. Damit erscheint aufgrund des Umfangs der Eingaben und in Anwendung von Art. 9 Abs. 1 und 3 i.V.m. Art. 5 GebV SchKG (18 Seiten à Fr. 8.– pro Seite [act. 17 im Doppel] zuzüglich 118 Seiten Kopien à Fr. 2.– pro Seite [act. 19/2-11 im Doppel]) eine Parteientschädigung von Fr. 380.– für das Rechtsmittelverfahren angemessen.

3. Die Höhe der Prozesskosten (Gerichtsgebühr: Fr. 500.–, Parteientschädigung: Fr. 2'500.–) des vorinstanzlichen Verfahrens wurde von keiner der Parteien gerügt, doch sind die Prozesskosten von Amtes wegen festzusetzen (Art. 105 Abs. 1 ZPO) und die Verteilung der Kosten ist dem obgenannten Verfahrensausgang anzupassen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Folglich hat die Beschwerdegegnerin die – von der Vorinstanz auf Fr. 500.– festgelegte (Art. 48 GebV SchKG) – Gerichtsgebühr zu tragen. Weiter hat sie die Beschwerdeführerin aufgrund des Umfangs der Klageantwort und der Duplik in Anwendung von Art. 9 Abs. 1 und 3 i.V.m. Art. 5 GebV SchKG (20 Seiten à Fr. 8.– pro Seite [act. 6 und 10 je im Doppel]) mit Fr. 160.– für das vorinstanzliche Verfahren zu entschädigen.

4. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss ist zur Deckung der erst- und zweitinstanzlichen Gerichtsgebühr heranzuziehen. Die Beschwerdegegnerin ist zu verpflichten, der Beschwerdeführerin den geleisteten Vorschuss zu ersetzen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, und das Urteil des Einzelgerichtes (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Bülach vom 19. Februar 2013 (EK120508) wird aufgehoben.

2. Es wird festgestellt, dass es sich beim mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 10. Mai 2012 zugesprochenen Sachwalterhonorar nicht um eine Masseverbindlichkeit der Konkursmasse der A._____ AG handelt.

3. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird in der Höhe von Fr. 500.– belassen und der Beschwerdegegnerin auferlegt.

4. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 750.– festgesetzt und der Beschwerdegegnerin auferlegt.

5. Die Gebühr des erstinstanzlichen Verfahrens wird vollumfänglich und diejenige des Beschwerdeverfahrens im Umfang von Fr. 700.– mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse der Beschwerdegegnerin Rechnung.

   Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin den geleisteten Vorschuss von Fr. 1'200.– zu ersetzen.

6. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 160.– zu bezahlen.

7. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 380.– zu bezahlen.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Bülach, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

   Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

9. 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 eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 14'536.80.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Oehninger

versandt am: