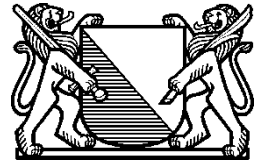


Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220079-O/U
vereinigt mit Geschäfts-Nr. PS220082

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Häfeli

Urteil vom 27. Mai 2022

in Sachen

A. _____,

Gläubigerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichts Winterthur vom 2. Mai 2022 (EK220197)

Erwägungen:

1. Die Schuldnerin und Beschwerdegegnerin (fortan: Schuldnerin) ist eine GmbH, welche gemäss ihrem Handelsregistereintrag Arbeiten im Bereich von Sanitär-Anlagen und Heizungen ausführt, Handel mit solchen Anlagen betreibt sowie Planungsdienstleistungen in dieser Branche erbringt (vgl. act. 4).
2. Mit Urteil vom 2. Mai 2022 eröffnete das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichts Winterthur den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung von Fr. 7'160.– (einschliesslich Zinsen und bisheriger Betreuungskosten) der Gläubigerin und Beschwerdeführerin (fortan: Gläubigerin; act. 3 = act. 5 [Aktenexemplar] = act. 6/5 = act. 15/3 = act. 15/5).
3. Gegen die Konkurseröffnung kann beim Obergericht innert 10 Tagen Beschwerde erhoben werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG und Art. 321 Abs. 1 ZPO). Der vorinstanzliche Entscheid wurde der Gläubigerin am 4. Mai 2022 zugestellt (vgl. act. 5/6). Fristwährend erhob diese mit Eingabe vom 5. Mai 2022 Beschwerde und beantragt die Aufhebung des Konkurses (act. 2). Die Schuldnerin erhob ihrerseits mit Eingabe vom 6. Mai 2022 fristgerecht Beschwerde (act. 15/2; zur Rechtzeitigkeit act. 13). Das diesbezügliche Beschwerdeverfahren wurde zunächst unter der Geschäfts-Nr. PS220082-O geführt und mit Verfügung vom 16. Mai 2022 mit dem vorliegenden Verfahren vereinigt (act. 14 = act. 15/8). Mit Verfügung vom 6. Mai 2022 wurde der Gläubigerin Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren zu leisten. Zudem wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass sie ihre Beschwerde im Sinne der Erwägungen innert der Beschwerdefrist ergänzen könne (act. 9). Der Kostenvorschuss ging innert Frist ein (vgl. act. 16). Mit Eingaben vom 9. Mai 2022 und vom 21. Mai 2022 reichten beide Parteien je eine Ergänzung ihrer Beschwerde ein (act. 11 bzw. act. 18).

Die vorinstanzlichen Akten (act. 6/1–6) sowie die Akten des Verfahrens Geschäfts-Nr. PS220082-O (act. 15/1–9) wurden beigezogen. Die Sache ist spruchreif.

4. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Innert der Beschwerdefrist vorgetragene neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Dazu gehört insbesondere, dass die Forderung der Gläubigerin schon vor der Konkursöffnung nebst Zinsen und Kosten bezahlt wurde, was nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens geführt hätte, wenn es dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre. Gleiches gilt, wenn die Gläubigerin dem Schuldner noch vor Konkursöffnung Stundung gewährt hat (Art. 172 Ziff. 3 SchKG). In diesem Fall wird nach ständiger Praxis der Kammer von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners abgesehen (ZR 110/2011 Nr. 79).

5. Die Parteien führen in ihren Beschwerdebegründungen bzw. deren Ergänzungen im Wesentlichen übereinstimmend aus, dass zwischen ihnen hinsichtlich der Ausstände der Schuldnerin schon vor der Konkursöffnung eine Einigung erzielt worden sei und sich die Gläubigerin in diesem Rahmen verpflichtet habe, das Konkursbegehren zurückzuziehen. Die Konkursöffnung sei deshalb zu Unrecht erfolgt. Die Schuldnerin habe die gemäss der Vereinbarung geschuldeten Zahlungen fristgerecht vorgenommen. Anschliessend habe es die Gläubigerin aber versäumt, das Konkursbegehren vereinbarungsgemäss zurückziehen. Die Gläubigerin erklärt gegenüber der Kammer ihr explizites Desinteresse an der Durchführung des Konkurses über die Schuldnerin (act. 2, act. 11, act. 15/2 und act. 18).

6. Die Parteien trafen demnach unbestrittenermassen vor der Konkursöffnung vom 2. Mai 2022 eine mündliche Verabredung über die Begleichung der Konkursforderung und die Verpflichtung der Gläubigerin zum Rückzug ihres Konkursbegehrens. Ebenfalls ist erstellt, dass die Schuldnerin vereinbarungsgemäss ihre Teilzahlungen geleistet hat. Der Sache nach kommt dies einer verabredeten

(Teil-)Stundung vor der Konkurseröffnung im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG gleich, welche in mündlicher Form verabredet wurde (vgl. OGer ZH, PS170151 vom 17. August 2017, E. 2.3).

Art. 172 Ziff. 3 SchKG schreibt vor, dass die Stundung als Konkursabweisungsgrund vom Schuldner *durch Urkunden* zu beweisen ist. Das Gesetz sieht demnach eine Beweismittelbeschränkung vor. Die Stundungsabrede muss mittels Urkundenbeweis nachgewiesen werden. Entgegen der Ansicht des Bundesgerichts, welches eine mündliche Stundungsvereinbarung nach besagter Norm für unzureichend erachtet, ist daraus aber nicht ein Schriftformerfordernis für die Stundungsabrede als solche abzuleiten (vgl. BGer, 5P.443/2004 vom 4. Februar 2005, E. 3). Zwar dürfte es dem Schuldner in der Regel schwer fallen, eine mündliche Stundungsabrede durch Urkunden zu *beweisen*. Ausgeschlossen ist dies aber nicht. Zulässig ist überdies eine ausdrückliche Anerkennung der Stundungsabrede durch die Gläubigerin vor dem erst- oder zweitinstanzlichen Konkursgericht (vgl. BSK SchKG-GIROUD/THEUS SIMONI, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 172 N 8; ferner zur vergleichbaren Rechtslage betreffend Einreden im definitiven Rechtsöffnungsverfahren BSK SchKG-STAEHELIN, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 81 N 4). Folglich kann auch eine mündliche Stundungsabrede, sofern sie mittels Urkunden bewiesen

oder im Verfahren des Konkursgerichts durch die Gläubigerin anerkannt wird, einer Konkurseröffnung nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG entgegen stehen.

Die vorliegend zwischen den Parteien mündlich geschlossene (Teil-)Stundungsvereinbarung ist daher als Konkursabweisungsgrund nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG zu qualifizieren. Hätte die Vorinstanz davon Kenntnis gehabt, hätte sie das Konkursbegehren abzuweisen bzw. das Verfahren abzuschreiben gehabt (vgl. KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 172 N 6). Damit sind Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses erfüllt. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin braucht unter diesen Umständen nicht geprüft zu werden. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und die Konkurseröffnung aufzuheben.

7. Durch den unterlassenen Rückzug des Konkursbegehrens kam es zum Konkurseröffnungsentscheid, den Aufwendungen des Konkursamts sowie zum

obergerichtlichen Beschwerdeverfahren. Hätte die Gläubigerin den vereinbarten Rückzug rechtzeitig erklärt, wäre sie für die bis dahin angefallenen Kosten der Vorinstanz kostenpflichtig geworden (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Weitere Verfahrenskosten wären nicht angefallen. Wegen ihrer Säumnis sind der Gläubigerin daher die vorinstanzlichen Kosten, die Kosten des Konkursamts sowie die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen.

8. Die Vorinstanz erhob eine Entscheidgebühr von Fr. 300.–. Es besteht kein Anlass, von dieser Kostenhöhe abzuweichen. Sie ist zu bestätigen und mit dem von der Gläubigerin bei der Vorinstanz geleisteten Vorschuss von Fr. 1'800.– zu verrechnen. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist auf Fr. 750.– festzusetzen und mit dem von der Gläubigerin für dieses Verfahren geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Das Konkursamt Wülflingen-Winterthur ist anzuweisen, den bei ihm liegenden Betrag von Fr. 1'500.– (Rest des von der Gläubigerin geleisteten Barvorschusses abzüglich der erstinstanzlichen Spruchgebühr) nach Abzug seiner Kosten der Gläubigerin zu erstatten.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichts in Konkursachen des Bezirksgerichts Winterthur vom 2. Mai 2022, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Gläubigerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 300.– wird bestätigt, der Gläubigerin auferlegt und mit dem von ihr beim Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichts Winterthur geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Das Konkursamt Wülflingen-Winterthur wird angewiesen, den bei ihm einbezahlten Betrag von Fr. 1'500.– (Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) nach Abzug der konkursamtlichen Kosten der Gläubigerin auszusahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichts Winterthur (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wülflingen-Winterthur, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Winterthur-Wülflingen, je gegen Empfangsschein.
5. 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

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

MLaw C. Funck

versandt am:
27. Mai 2022