

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220179-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud so-
wie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Siegwart

Urteil vom 21. November 2022

in Sachen

A. _____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt & Notar MLaw Y. _____

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen einen Entscheid des Einzelgerichts in Konkursachen des
Bezirksgerichts Winterthur vom 11. Oktober 2022 (EK220506)

Erwägungen:

1. Nachdem die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) mit Eingabe vom 25. August 2022 gegen die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) für eine Forderung von Fr. 53'874.30 (nebst Zinsen und Kosten) das Konkursbegehren gestellt hatte (act. 7/1), setzte das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichts Winterthur (fortan Vorinstanz) den Termin für die Konkursverhandlung auf Montag, 10. Oktober 2022, 13:45 Uhr, an (act. 7/5). Die betreffende Anzeige wurde der Schuldnerin am 1. September 2022 zugestellt (act. 7/5). Mit Eingabe vom 6. Oktober 2022 (Datum Poststempel: 7. Oktober 2022) stellte die Schuldnerin, vertreten durch ihren damaligen Rechtsanwalt lic. iur. Z._____ (fortan RA Z._____), ein Gesuch um Verschiebung der Konkursverhandlung, welches am 10. Oktober 2022, mithin am Tag der Verhandlung, bei der Vorinstanz einging (act. 7/7). Mit Verfügung und Urteil vom 11. Oktober 2022 wies die Vorinstanz das Verschiebungsgesuch ab und eröffnete über die Schuldnerin mangels Beibringung eines Ausweises über die Forderungstilgung den Konkurs (act. 3 = act. 6 [Aktenexemplar] = act. 7/9, fortan zitiert als act. 6; zugestellt an die Schuldnerin am 17. Oktober 2022, act. 7/10). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe 24. Oktober 2022 (Datum Poststempel) innert Frist Beschwerde bei der Kammer mit folgenden Anträgen (act. 2; act. 5/3–15; Art. 174 Abs. 1 SchKG):

- " 1. Es sei der rubrizierte Entscheid des Bezirksgerichtes Zürich vom 11. Oktober 2022 vollumfänglich aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz (Bezirksgericht Winterthur, Konkursgericht) zurückzuweisen;
2. es sei dementsprechend ein neuer Termin zur Konkursverhandlung innert zumutbarer Frist anzusetzen;
3. es sei der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen;
4. es seien die Kosten des Konkursamtes Oberwinterthur und die Kosten dieses Beschwerdeverfahrens wettzuschlagen."

Mit Schreiben vom 24. Oktober 2022 bestätigte das Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur die Einzahlung eines Barvorschusses von Fr. 800.– durch die Schuldnerin, womit die bei ihm entstandenen und noch entstehenden Kosten (inkl. Kosten des Konkursgerichts) sichergestellt seien (act. 13). Mit Verfügung vom 26. Oktober 2022 erteilte die Kammer der Beschwerde die aufschiebende Wir-

kung einstweilen nicht. Gleichzeitig setzte sie der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Vorschusses für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– an (act. 10). Der Vorschuss ging daraufhin innert Frist ein (act. 18). Mit Eingabe vom 27. Oktober 2022 (Datum Poststempel) ergänzte die Schuldnerin ihre Beschwerde innert Frist (act. 14; act. 15/17–23). Mit Verfügung vom 2. November 2022 setzte die Kammer der Gläubigerin Frist zur Beschwerdeantwort an (act. 16), welche von dieser mit Eingabe vom 12. November 2022 (Datum Poststempel) und folgenden Anträgen fristgerecht erstattet wurde (act. 17/1; act. 19):

- " 1. Die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen und der Entscheid des Bezirksgerichts Winterthur, Verfahren EK220506, vollumfänglich zu bestätigen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zu Lasten der Beschwerdeführerin."

Die vorinstanzlichen Akten (act. 7/1–16) wurden beigezogen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Der Entscheid des Konkursgerichtes kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Die Parteien können dabei uneingeschränkt neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist.

2.2. Die vorliegende Beschwerde richtet sich sowohl gegen den mit Urteil der Vorinstanz eröffneten Konkurs als auch gegen die gleichzeitig verfügte Abweisung des Verschiebungsgesuchs. Bei der Abweisung des Verschiebungsgesuchs handelt es sich um einen prozessleitenden Entscheid. Sofern das Gesetz gegen prozessleitende Entscheide keine Beschwerdemöglichkeit nach Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO vorsieht, können sie mit dem Rechtsmittel gegen den Endentscheid angefochten werden. Folglich kann die Abweisung des Verschiebungsgesuchs Gegen-

stand der vorliegenden Beschwerde sein; wobei zu deren Begründung nach Art. 174 Abs. 1 SchKG unechte Noven zulässig sind.

2.3. Im Verschiebungsgesuch vom 6. Oktober 2022 zeigte RA Z. _____ zunächst die Vertretung der Schuldnerin an. Als Begründung für die beantragte Verschiebung führte er sodann aus, aufgrund verschiedener Abwesenheiten habe die betreffende Vollmacht erst am selben Tag, also dem 6. Oktober 2022, erteilt werden können. Er habe die Schuldnerin jedoch bereits in der Vergangenheit vertreten, weshalb er das Mandat aufgrund seiner Treuepflicht nicht habe ablehnen können. Am Montag, dem 10. Oktober 2022, habe er nun aber um 14.00 Uhr bereits eine seit langem geplante Sitzung mit einem anderen, auswärtigen Klienten. Zudem sei es ihm nicht möglich, sich bis zum Verhandlungsdatum mit dem Aktenmaterial des Verfahrens sowie der finanziellen Situation der Gesuchsgegnerin auseinanderzusetzen (act. 7/7; siehe auch act. 6 E. 2.).

2.4. Gemäss Art. 135 ZPO kann das Gericht einen Erscheinungstermin aus zureichenden Gründen verschieben; entweder von Amtes wegen oder wenn es darum ersucht wird. Die Vorinstanz sah die Voraussetzungen für eine Verschiebung, gestützt auf die vorstehend erwähnten Vorbringen, als nicht gegeben, weshalb sie das Verschiebungsgesuch der Schuldnerin abwies. Die Schuldnerin macht vor der Kammer geltend, es habe ein zureichender Verschiebungsgrund vorgelegen. Sie stützt sich hierzu allerdings nicht auf ihre bzw. die von RA Z. _____ bereits vor Vorinstanz vorgebrachten Behauptungen, die sie selbst für ungenügend hält (vgl. act. 2 Rz 31 und 35), sondern auf sogenannte unechte Noven, also auf Tatsachen, die damals zwar bereits vorhanden waren, aber noch nicht in den Prozess eingebracht wurden (act. 2 Rz 17 ff.). Die Schuldnerin bestreitet die vorinstanzlichen Ausführungen nicht, welche zur Abweisung des Verschiebungsgesuchs geführt haben, sondern macht geltend, dass unter Berücksichtigung der nun vor der Kammer neu eingebrachten Tatsachen ein im Sinne von Art. 135 ZPO zureichender Verschiebungsgrund vorgelegen hätte. Bei dieser Ausgangslage erübrigt sich eine nähere Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen (dazu sei auf act. 6 E. 3 verwiesen). Zu prüfen ist vielmehr allein, inwiefern die geltend gemachten Noven etwas am vorinstanzlichen Entscheid zu ändern vermögen.

3.

3.1. Die Schuldnerin bringt vor der Kammer im Wesentlichen (gestützt auf Art. 174 Abs. 1 SchKG) neu vor, dass ihr am 25. Januar 2022 ein Zahlungsbefehl der Gläubigerin über Fr. 53'874.30 zugestellt worden sei, wogegen sie umgehend Rechtsvorschlag erhoben und in der Folge RA Z. _____ mit der Wahrung ihrer Interessen beauftragt sowie entsprechend instruiert habe. In der Folge habe sie jedoch nichts mehr von RA Z. _____ gehört, bis ihr dann am 4. Juli 2022 (vom Betreibungsamt) die Konkursandrohung zugestellt worden sei und sie diese gleichentags an RA Z. _____ weitergeleitet habe, worauf dieser sinngemäss gesagt habe, sich darum zu kümmern. RA Z. _____ habe sich jedoch zunächst nicht um die Angelegenheit gekümmert, sondern erst am 18. Juli 2022 beim Bezirksgericht Winterthur geltend gemacht, dass er das der Konkursandrohung vorangegangene Rechtsöffnungsurteil nie erhalten habe. Das Gericht habe RA Z. _____ daraufhin geantwortet, dass ihm das betreffende Urteil zugesendet worden sei, er es jedoch nicht abgeholt habe. Sie, so die Schuldnerin weiter, habe von all dem nichts gewusst. Offenbar habe RA Z. _____ ohne ihre Kenntnis ein Rechtsöffnungsverfahren geführt, von dem sie erst nach der Konkurseröffnung Kenntnis erhalten habe, nachdem sie diesem das Mandat entzogen und die Akten bei ihm abgeholt habe. Die Schuldnerin macht sodann geltend, auch die ihr am 1. September 2022 zugestellte Anzeige der Konkursverhandlung (wie bereits die Konkursandrohung) umgehend bzw. am 3. September 2022 per E-Mail an RA Z. _____ weitergeleitet zu haben. Dieser habe (zunächst) jedoch nicht reagiert, sondern erst am 6. Oktober 2022 den von der Vorinstanz abgewiesenen Verschiebungsantrag gestellt, in welchem er klar aktenwidrig angegeben habe, die Schuldnerin erst seit diesem Tag zu vertreten. Die Schuldnerin stellt sich auf den Standpunkt, dass ihr Verschiebungsgesuch unter Berücksichtigung des neu Vorgebrachten (zwecks Mandatierung und Instruktion eines neuen, zuverlässigeren Rechtsvertreters) beachtlich gewesen wäre (zum Ganzen act. 2 Rz 17 ff.).

3.2. Die Gläubigerin macht geltend, das Verhältnis zwischen der Schuldnerin und ihrem vormaligen Rechtsvertreter sei für den vorliegenden Prozessverlauf irrelevant. Allfällige Pflichtverletzungen seitens RA Z. _____ seien nicht Bestandteil des vorliegenden Verfahrens und stünden dem rechtsgültig eröffneten Konkurs nicht

entgegen (act. 19 Rz 3). Die Schuldnerin habe sich das Handeln ihres früheren Rechtsvertreters vollumfänglich anrechnen zu lassen (act. 19 Rz. 6). Es werde bestritten, dass mit den Vorbringen der Schuldnerin ein Novum im Sinne von Art. 174 Abs. 1 SchKG vorliege; das Verschiebungsgesuch von RA Z._____ sei der Vorinstanz bekannt gewesen (act. 19 Rz. 9). Die Schuldnerin habe fast vier Wochen vor der Konkursverhandlung Kenntnis vom Termin und damit genügend Zeit gehabt, um einen anderen Rechtsvertreter zu suchen, mandatieren und instruieren. Das kurzfristige Verschiebungsgesuch verstosse damit gegen Treu und Glauben (act. 19 Rz. 17).

3.3. Als Beweismittel für ihre Behauptungen reichte die Schuldnerin folgende Unterlagen ein:

- Zahlungsbefehl vom 19. Januar 2022 (zugestellt am 25. Januar 2022 an C._____ [einziger Verwaltungsrat der Schuldnerin], inklusive Rechtsvorschlag; act. 5/5);
- Konkursandrohung vom 21. Juni 2022 (zugestellt am 4. Juli 2022 an C._____; act. 5/6);
- E-Mail vom 4. Juli 2022 von C._____ an RA Z._____ mit im Wesentlichen folgendem Wortlaut: "Als Beilage sende ich Ihnen die Konkursandrohung. Ich habe vom Gericht bis heute kein Schreiben erhalten, das eine solche Androhung enthält. Ich wäre froh, wenn Sie mir morgen telefonieren könnten, wie es weiter gehen soll." (act. 5/12);
- Schreiben vom 18. Juli 2022 von RA Z._____ ans Betreibungsamt Oberwinterthur mit dem Hinweis, dass seine Kanzlei die Interessen der Schuldnerin vertrete und das der Konkursandrohung zugrunde liegende Urteil dieser bisher nicht zugegangen sei (act. 5/8);
- Schreiben des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur vom 20. Juli 2022 an RA Z._____, worin diesem mitgeteilt wurde, dass ihm das Rechtsöffnungsurteil vom 5. Mai 2022 zwar per Ein-

schreiben zugesandt, jedoch in der Folge mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" von der Post wieder ans Gericht retourniert worden sei (act. 5/9);

- Rechtsöffnungsurteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur vom 5. Mai 2022, mit welchem der Gläubigerin in der Betreuung, die zum vorliegenden Konkurs geführt hat, provisorische Rechtsöffnung erteilt wurde, wobei RA Z._____ im Rubrum als Vertreter der Schuldnerin aufgeführt wurde (act. 5/10);
- Anzeige der Vorinstanz vom 30. August 2022 zur Konkursverhandlung vom 10. Oktober 2022 inklusive Zustellbescheinigung (zugestellt am 1. September 2022 an C._____, Bevollmächtigte der Schuldnerin; act. 5/11);
- E-Mail vom 3. September 2022 von C._____ an RA Z._____, in welchem Ersterer unter anderem nachfragt, wie man die Konkursöffnung verhindern könne (act. 5/7).

3.4. Mit Bezug auf die Rechtzeitigkeit des Verschiebungsgesuchs (vgl. act. 19 Rz 16) ist festzuhalten, dass der Termin für die Konkursverhandlung von der Vorinstanz auf den 10. Oktober 2022, 13:45 Uhr, angesetzt wurde (act. 7/5). Gleichtags ging auch das Verschiebungsgesuch bei ihr ein (act. 7/7). Aus den Akten geht jedoch nicht hervor, zu welcher Uhrzeit die Post dieses der Vorinstanz übergab. Da Postzustellungen üblicherweise vormittags erfolgen und keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass es sich im konkreten Fall anders verhalten hätte, ist von der Rechtzeitigkeit des Verschiebungsgesuchs auszugehen.

3.5. Auch wenn mit der Gläubigerin davon auszugehen ist (act. 19 Rz 3 ff.), dass sich eine Partei die Handlungen ihres Rechtsvertreters anrechnen lassen muss, hätten aufgrund der neuen Ausführungen der Schuldnerin und der von ihr bei der Kammer eingereichten Unterlagen am Tag der Konkursverhandlung im Sinne von Art. 135 ZPO zureichende Gründe für eine Verschiebung des Termins der Konkursverhandlung vorgelegen. Hätte die Schuldnerin kurz vor der Konkursverhandlung von den oben wiedergegebenen Umständen erfahren, hätte ihr ermöglicht werden müssen, sich umgehend um die Mandatierung und Instruktion eines neu-

en Vertreters zu kümmern. Die Konkureröffnung ist aus diesem Grund aufzuheben und die Sache zur Ansetzung eines neuen Konkursverhandlungstermins (inklusive allfälliger Durchführung der Konkursverhandlung) an die Vorinstanz zurückzuweisen. Insoweit ist die Beschwerde der Schuldnerin gutzuheissen.

4. Nicht gefolgt werden kann der Schuldnerin allerdings hinsichtlich ihres Antrags, die Kosten des Konkursamts und des vorliegenden Beschwerdeverfahrens wettzuschlagen (act. 2 S. 2). Die vorstehenden Erwägungen ändern nichts daran, dass sich die Schuldnerin das Vorgehen ihres früheren Rechtsvertreters anrechnen lassen muss und sowohl für das vorinstanzliche als auch das vorliegende Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig ist und auch die (noch nicht feststehenden) Kosten des Konkursamts zu tragen hat (vgl. Art. 108 ZPO). Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 300.– ist zu bestätigen. Die von der Schuldnerin bei der Vorinstanz am 24. Oktober 2022 einbezahlten Fr. 300.– (act. 5/3b) sind ihr zurückzuerstatten, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs der Gerichtskasse. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist auf Fr. 750.– festzusetzen (Art. 52 lit. b i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG) und mit dem von der Schuldnerin geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Die der Gläubigerin zu entrichtende Parteientschädigung ist, ausgehend von einem Streitwert von Fr. 53'874.30 (von der Gläubigerin in Betreuung gesetzte Forderung ohne Zinsen und Kosten) sowie in Anwendung von § 13 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 und § 9 GebV OG, auf Fr. 2'500.– (inkl. MwSt.) festzusetzen. Das Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur ist schliesslich anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.– (Fr. 800.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'500.– Rest des von der Gläubigerin der Vorinstanz geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Einzelgerichts in Konkursachen des Bezirksgerichts Winterthur vom 11. Oktober 2022 (EK220506) aufgehoben und die Sache zur Ansetzung

eines neuen Konkursverhandlungstermins (inklusive allfälliger Durchführung der Konkursverhandlung) an dieses zurückgewiesen.

Im Übrigen (bezüglich der Verfahrenskosten) wird die Beschwerde abgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 300.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt. Die von der Schuldnerin bei der Vorinstanz einbezahlten Fr. 300.– werden ihr zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs der Gerichtskasse.
3. Die Schuldnerin wird verpflichtet, der Gläubigerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteienschädigung von Fr. 2'500.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen.
4. Das Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.– (Fr. 800.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'500.– Rest des von der Gläubigerin der Vorinstanz geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Schuldnerin unter Beilage des Doppels von act. 19, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur, ferner an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und das Betreibungsamt Oberwinterthur, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Siegwart

versandt am:
21. November 2022