

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230039-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Urteil vom 20. April 2023

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____ GmbH,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt und Notar MLaw Y._____,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach
vom 13. Februar 2023 (EK220720)

Erwägungen:

1.1 Am 13. Februar 2023 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 31'242.25 zuzüglich Fr. 206.60 (Betreibungskosten), total Fr. 31'448.85 ([act. 3 =] act. 7 [= act. 8/14]). Dieser Entscheid wurde der Schuldnerin am 23. Februar 2023 zugestellt (act. 8/15).

1.2 Die Schuldnerin erhebt mit Eingabe vom 2. März 2023 (Datum Poststempel) Beschwerde gegen dieses Urteil und stellt die folgenden Anträge (act. 2):

- " 1. Das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 13. Februar 2023 (Geschäfts-Nr. EK220720), mit dem über die Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet wurde, sei aufzuheben.
2. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
3. Die Kosten des Bezirksgerichtes Bülach, des Konkursamtes Wallisellen sowie die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr und die Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) seien der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen."

Mit Verfügung vom 3. März 2023 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und es wurde der Schuldnerin Frist angesetzt, für das Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss zu leisten (act. 9). Die Schuldnerin leistete den Vorschuss daraufhin innert Frist (act. 13). Mit Eingabe vom 6. März 2023 ergänzte die Schuldnerin sodann ihre Beschwerde (act. 11 f.). Mit Verfügung vom 13. März 2023 wurde der Gläubigerin Frist angesetzt, sich zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen zu äussern (act. 14). Innert erstreckter Frist (act. 16 u. 18) liess sich die Gläubigerin daraufhin vernehmen und beantragte, die Kosten- und Entschädigungsfolgen der Schuldnerin aufzuerlegen (act. 19).

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1–15). Die Sache ist spruchreif.

2.1 Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterle-

gung 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 Konkurseröffnung 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 Konkurseröffnung Stundung gewährt hat (Art. 172 Ziff. 3 SchKG). In diesem Fall wird nach ständiger Praxis der Kammer von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin abgesehen (ZR 110/2011 Nr. 79).

2.2 In ihrer Begründung bringt die Schuldnerin vor, mit der Gläubigerin bereits Mitte Januar 2023 eine Vereinbarung getroffen zu haben, wonach sie die Forderung der Gläubigerin nicht sofort bezahlen müsse, sondern in monatlichen Raten ab 1. April 2023 begleichen könne. Die Gläubigerin habe der Schuldnerin überdies zugesichert, dass sie das Konkursbegehren zurückziehen werde. Die Gläubigerin habe sich in der Folge nicht mehr darum gekümmert (act. 2 insb. Rz. 13 ff.).

Die Schuldnerin reicht eine schriftliche Bestätigung der Gläubigerin vom 1. März 2023 ein, in welchem diese den behaupteten Sachverhalt bestätigt und erklärt, kein Interesse an der Fortführung des Konkurses zu haben (act. 5/6).

2.3 Damit ist – wie bereits mit Verfügung vom 3. März 2023 festgehalten – nachgewiesen, dass die Parteien vor der Konkurseröffnung vom 13. Februar 2023 eine mündliche Verabredung über die Begleichung der Konkursforderung und die Verpflichtung der Gläubigerin zum Rückzug ihres Konkursbegehrens trafen. Der Sache nach kommt dies einer verabredeten 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 der Schuldnerin in der Regel schwer fallen, eine mündliche Stundungsabrede durch Urkunden zu *beweisen*. Ausgeschlossen ist dies aber nicht. Möglich und zulässig ist insbesondere der Beweis durch eine schriftliche ausdrückliche Anerkennung der Stundungsabrede durch die Gläubigerin vor dem erst- oder zweitinstanzlichen Konkursgericht (vgl. BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI, 3. Aufl. 2021, Art. 172 N 8; ferner zur vergleichbaren Rechtslage betreffend Einreden im definitiven Rechtsöffnungsverfahren BSK SchKG I-STAEHELIN, 3. Aufl. 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 Konkursöffnung nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG entgegen stehen.

Die vorliegend zwischen den Parteien mündlich geschlossene (und nachträglich schriftlich anerkannte) 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. 2014, Art. 172 N 6).

2.4 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 Konkursöffnung aufzuheben.

3.1 Gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Gerichtskosten grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt, wobei das Gericht von diesem Verteilungsgrundsatz abweichen und die Prozesskosten in Anwendung von Art. 107 ZPO auch nach Ermessen verteilen kann, wenn es die Umstände rechtfertigen. Unnötige Prozesskosten hat derjenige zu bezahlen, der sie verursacht hat (Art. 108 ZPO).

3.2 Die Schuldnerin beantragt wie gezeigt die Auferlegung der erst- und zweitinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen an die Gläubigerin (act. 2 S. 2; hiervor E. 1.2). Die Gläubigerin verlangt dagegen, es sei von ihrer Kosten- und Entschädigungspflicht abzusehen und die Kosten- und Entschädigungsfolge zu lasten der Schuldnerin. Sie macht im Wesentlichen geltend, dass es nicht an ihr gewesen wäre, das Konkursbegehren zurückzuziehen bzw. den Konkurs abzuwenden (act. 19).

3.3 Die Gläubigerin führt in ihrer Stellungnahme vom 11. April 2023 namentlich aus, im Rahmen der Abfassung ihrer Erklärung vom 1. März 2023 (act. 5/6) den Zusatz gewünscht zu haben, dass ihr Rückzug des Konkursbegehrens erst erfolgen sollte, wenn ein gültiger Zahlungsplan vorliege. So sei ein solcher Zahlungsplan für sie aus offensichtlichen und nachvollziehbaren Gründen zentral gewesen. Ein solcher Zahlungsplan habe im Januar 2023 aber noch nicht vorgelegen, was sich daran zeige, dass die Zahlungsmodalitäten im ersten Entwurf der Erklärung noch nicht enthalten gewesen seien. Sie – die Gläubigerin – selbst habe die Fristen und Raten in der Erklärung im Überarbeitungsmodus ergänzt und sodann den genannten Zusatz eingefügt. Der Zusatz sei in der Folge indes von Seiten der Schuldnerin wieder gestrichen worden. Die Erklärung stamme vom Anwalt der Schuldnerin. Als juristisch nicht versierte und anwaltlich nicht vertretene Gläubigerin sei sie sich nicht über alle Konsequenzen bewusst gewesen. Es hätte der Schuldnerin obliegen, das Konkursgericht über die Stundung zu informieren (act. 19 Rz. 2 f.).

3.4 Die Gläubigerin reicht zum Beleg ihrer Darstellung den undatierten, angeblich ersten Entwurf der Erklärung ein, wie er ihr von der Gegenseite (mutmasslich am 28. Februar 2023, vgl. die entsprechende E-Mail, act. 20/1 Blatt 2) unterbreitet worden sei. Dieser enthält (im Gegensatz zur Endfassung, vgl. act. 5/6, wonach 21 Monatsraten à Fr. 1'500.– zu leisten sind) noch keine Zahlungsmodalitäten. Zudem ergibt sich aus der Erklärung nicht, dass der Rückzug des Konkursbegehrens vom Vorliegen eines Zahlungsplanes abhängig gewesen wäre (act. 20/2). Die Gläubigerin reicht sodann eine angeblich von ihr handschriftlich (act. 20/3) und sodann elektronisch (act. 20/4) überarbeitete Version dieses ersten Entwurfs

fes ein. Sie ergänzte bzw. verbesserte die erste Version mit den Zahlungsmodalitäten (mithin dem Zahlungsplan), dass der Zahlungsaufschub "im Gegenzug" bzw. "gemäss Zahlungsplan" gewährt worden sei, und dass das Konkursbegehren zurückgezogen werde, "wenn ein verbindlicher Zahlungsplan vorliegt" (vgl. act. 20/3–4; vgl. auch die E-Mail-Korrespondenz, act. 20/1). Aus der E-Mail vom 1. März 2022 und der letzten überarbeiteten Version der Erklärung (act. 20/5) ergibt sich, dass von Seiten der Schuldnerin der Zusatz "wenn ein verbindlicher Zahlungsplan vorliegt" wieder gelöscht wurde, da dies widersprüchlich zur Passage sei, wonach ein Zahlungsplan bestehe (act. 20/1). Die endgültige, dem Gericht eingereichten Version enthält den Zusatz sodann nicht (act. 5/6).

3.5 Der (sinngemässe) Standpunkt der Gläubigerin, wonach sie das Konkursbegehren gar nicht hätte zurückziehen müssen, da die entsprechende Bedingung (Vorliegen eines verbindlichen Zahlungsplans) bis zur Konkurseröffnung nicht erfüllt gewesen sei, überzeugt mit Blick auf die eingereichten Unterlagen nicht, ist anhand dieser doch keine entsprechende Vereinbarung der Parteien zu erkennen:

So ist nicht nachvollziehbar, weshalb der von der Gläubigerin überarbeitete Entwurf keinen Hinweis darauf enthielt, wann der Zahlungsplan zu Stande gekommen ist, wenn das Zustandekommen dieses Zahlungsplans gerade massgeblich bzw. Bedingung für den durch sie vorzunehmenden Rückzug des Konkursbegehrens gewesen wäre. Ebenfalls nicht nachvollzogen werden kann, weshalb die Gläubigerin ihrerseits die Ergänzung verlangte, der Zahlungsaufschub sei "im Gegenzug zum obigen verbindlichen Zahlungsplan" (vgl. act. 20/4) gewährt worden, wenn nach Darstellung der Gläubigerin zum Zeitpunkt der Stundung Mitte Januar 2023 noch gar kein Zahlungsplan bestanden habe. Und zu guter Letzt vermag der Standpunkt der Gläubigerin auch nicht zu überzeugen, da im letzten Absatz ihrer Erklärung auf ein "internes Missverständnis" hingewiesen wird, infolge dessen der "zeitige Rückzug des Konkurses" unterblieben sei und der Anruf an das Konkursamt "erst, nachdem der Konkurs bereits eröffnet worden war", erfolgt sei. Dieser Absatz findet sich in sämtlichen Entwürfen (act. 20/2–5) als auch in der Endfassung (act. 5/6). Von Seiten der Gläubigerin bleibt dieser Umstand un-

kommentiert. Dieser letzte Absatz zusammen mit der Formulierung "wir bestätigen, dass wir das Konkursbegehren zurückziehen wollten" und "im Rahmen der Besprechung von Mitte Januar 2023 sicherten wir C. _____ zu, dass wir das Konkursbegehren zurückziehen werden" kann letztlich nicht anders interpretiert werden, als dass es gemäss Vereinbarung der Gläubigerin oblegen hätte, das Konkursbegehren "zeitig", d.h. vor Konkurseröffnung, zurückzuziehen, dies aber aufgrund eines eigenen Verschuldens ("internen Missverständnisses") nicht tat.

Die von der geschäftsgewandten Gläubigerin überarbeitete und unterzeichnete Erklärung (act. 5/6) ist ferner klar und unmissverständlich abgefasst, weshalb ihr Einwand, sie sei juristisch nicht versiert (act. 19 S. 2), bezüglich ihrer Pflicht zum Rückzug des Konkurses nicht sticht.

3.6 Damit ergibt sich, dass es infolge des von der Gläubigerin zugesicherten und letztlich unterlassenen Rückzugs ihres Konkursbegehrens zum Konkurseröffnungsentscheid, den Aufwendungen des Konkursamts sowie zum obergerichtlichen Beschwerdeverfahren kam. 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. Infolge ihrer Säumnis sind der Gläubigerin daher die vorinstanzlichen Kosten, die Kosten des Konkursamts sowie die Kosten- und Entschädigungspflicht des vorliegenden Beschwerdeverfahrens antragsgemäss aufzuerlegen.

3.7 Die Vorinstanz erhob eine Entscheidgebühr von Fr. 200.–. 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 praxisgemäss auf Fr. 750.– festzusetzen, der Gläubigerin aufzuerlegen und mit dem von der Schuldnerin für dieses Verfahren geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Das Konkursamt Wallisellen ist anzuweisen, den bei ihm liegenden Betrag von Fr. 1'600.– (Rest des von der Gläubigerin geleisteten Barvorschusses abzüglich der erstinstanzlichen Spruchgebühr) nach Abzug seiner Kosten der Gläubigerin zu erstatten.

3.8 Die Höhe der Parteientschädigung richtet sich nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) vom 8. September 2010. Der Streitwert, welcher Grundlage für die Bemessung der Entschädigung bildet, bemisst sich nach der noch unbekanntem Dividende, die auf die Forderung entfällt, für welche die Konkursöffnung verlangt wurde. Praxisgemäss beläuft sich diese in den meisten Fällen (insbesondere für Drittklassforderungen) nur auf einen sehr niedrigen Prozentsatz der ursprünglichen Forderungssumme. Oft kommt es sogar zur Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven (Art. 230 SchKG). Unter der Annahme einer Konkursdividende für Drittklassforderungen von 10% beträgt der Streitwert rund Fr. 3'000.–. (Forderungssumme von Fr. 31'242.25 [ohne Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens, Art. 91 Abs. 1 ZPO]). Die von der Gläubigerin der Schuldnerin für das zweitinstanzliche Verfahren zu entrichtende Parteientschädigung ist unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen und in Anwendung der §§ 2, 4, 9 und 11 AnwGebV auf Fr. 600.– (inkl. 7.7% MwSt) festzusetzen. Für das erstinstanzliche Verfahren schuldet die Gläubigerin der Schuldnerin keine Parteientschädigung, da dieser keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes am Bezirksgericht Bülach vom 13. Februar 2023 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die von der Vorinstanz erhobene Entscheidgebühr von Fr. 200.– wird bestätigt.

3. Die Entscheidgebühr für das erstinstanzliche Verfahren wird der Gläubigerin auferlegt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Gläubigerin auferlegt und mit dem von der Schuldnerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

Die Gläubigerin wird verpflichtet, der Schuldnerin die Entscheidgebühr zu ersetzen.

5. Das Konkursamt Wallisellen wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Betrag von Fr. 1'600.– (Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) nach Abzug der konkursamtlichen Kosten der Gläubigerin auszuzahlen.
6. Die Gläubigerin wird verpflichtet, der Schuldnerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteienschädigung von Fr. 600.– (inkl. 7.7% MwSt.) zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdeführerin unter Beilage eines Doppels von act. 19, sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wallisellen, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Wallisellen-Dietlikon, je gegen Empfangsschein.
8. 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:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am:
21. April 2023