

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS150207-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

## Urteil vom 1. Dezember 2015

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 Bezirksgerichtes Winterthur vom 3. November 2015 (EK150302)

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 14. Juni 2013 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt gemäss Handelsregister das Erbringen von Dienstleistungen in den Bereichen Versicherungs- und Reisevermittlung, Buchführung, Steuerberatung und Handel mit sowie Import und Export von Waren aller Art (act. 6).

2. Mit Urteil vom 3. November 2015 eröffnete das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichts Winterthur den Konkurs über die Schuldnerin. Dies geschah für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 12'086.60 einschliesslich Zinsen und bisherige Betreuungskosten (vgl. act. 3).

Das Urteil vom 3. November 2015 wurde der Schuldnerin am 4. November 2015 zugestellt (act. 8/6).

3. Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 13. November 2015, beim Obergericht eingegangen am 16. November 2015, beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses. Gleichzeitig ersuchte sie um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2).

Mit Eingabe vom 16. November 2015 (Datum Poststempel), während noch laufender Beschwerdefrist, reichte die Schuldnerin ergänzende Unterlagen zu den Akten (act. 10, 11/1-5).

4. Mit Verfügung vom 17. November 2015 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 12). Von der Ansetzung einer Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses wurde abgesehen, da die Gläubigerin der Schuldnerin gegenüber erklärt hatte, die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu übernehmen (act. 5/10 und 11/2, vgl. act. 12 S. 4).

## II.

1. Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkurseröffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Dabei können zum einen unbeschränkt neue Tatsachen geltend gemacht werden, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG).

Zum anderen können im Rahmen der gesetzlichen Konkursaufhebungsgründe nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1-3 SchKG auch neue Tatsachen geltend gemacht werden, die sich erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben. Im Einzelnen geht es um die Konkursaufhebungsgründe Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht. Stützt sich die Beschwerde gegen die Konkurseröffnung auf solche erst nach der Konkurseröffnung eingetretene Tatsachen, so hat die Schuldner zusätzlich zu deren urkundlichem Nachweis auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (Art. 174 Abs. 2 SchKG). All dies hat vor Ablauf der Rechtsmittelfrist zu erfolgen (vgl. OGer ZH PS150067 vom 28. Mai 2015, E. II./1.).

2. Die Konkursforderung der Gläubigerin betrifft die Rückforderung von Provisionen und Superprovisionen (act. 8/1). Die Parteien vereinbarten nach den eingereichten Unterlagen am 20./22. Oktober 2015 und damit vor der Konkurseröffnung, dass die Schuldnerin für die gesamten Ausstände gegenüber der Gläubigerin aus der Rückforderung von Provisionen und Superprovisionen (von total Fr. 21'630.90 per 13. Oktober 2015) bis 31. Oktober 2015 eine erste Rate von Fr. 10'000.00 und danach auf jedes Monatsende bis 31. März 2016 weitere Raten von Fr. 1'000.00 bezahle, und dass die Gläubigerin im Gegenzug auf den Mehrbetrag verzichte (act. 5/5). Nach der Schilderung der Schuldnerin vereinbarten die Parteien sodann auch einen Verzicht auf die Durchführung des Konkurses, informierten die Vorinstanz aber nicht rechtzeitig darüber, was zur angefochtenen Konkurseröffnung geführt habe (act. 2 S. 4).

Der vereinbarte Ratenzahlungsplan hinsichtlich aller ausstehenden Rückforderungen von Provisionen und Superprovisionen ist als Stundungsvereinbarung im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG zu betrachten (vgl. OGer ZH PS120142 vom 27. August 2012).

3. Auch wenn die Schuldnerin im Beschwerdeverfahren nachweist, dass bereits vor Konkurseröffnung ein Konkurshinderungsgrund eintrat, ist nach der Praxis der Kammer für die Gutheissung der Beschwerde zudem erforderlich, dass innert der Beschwerdefrist auch die Kosten des Konkursamts und des erstinstanzlichen Konkursgerichts sichergestellt werden. Bei ersterem (vor Konkurseröffnung eingetretener Konkurshinderungsgrund) handelt es sich um eine neue Tatsache nach Art. 174 Abs. 1 SchKG. Letzteres, die Bezahlung oder Sicherstellung der Konkurskosten, ist dagegen eine erst nach Konkurseröffnung eingetretene Tatsache nach Art. 174 Abs. 2 SchKG. Diese Einordnung hätte nach der aufgezeigten gesetzlichen Systematik (vorne II./1.) zur Folge, das zusätzlich zum Nachweis des Konkursaufhebungsgrundes die Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen wäre.

Die Kammer sieht indes in dieser Konstellation in ständiger Praxis vom Erfordernis der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit ab. Dass die Schuldnerin sich dabei teilweise – mit Blick auf die Sicherstellung der Kosten des Konkursamts und des erstinstanzlichen Konkursgerichts – auf erst nach der Konkurseröffnung eingetretene Tatsachen stützt, bleibt somit unberücksichtigt (vgl. zum Ganzen ZR 110/2011 Nr. 79; OGer ZH PS150067 vom 28. Mai 2015, E. II./3.).

4. Aufgrund der erwähnten Vereinbarung der Parteien über die Stundung sämtlicher offener Rückforderungen von Provisionen und Superprovisionen vom 20./22. Oktober 2015 ist die Stundung der Konkursforderung urkundlich nachgewiesen. Die Schuldnerin hat somit eine konkurshindernde Tatsache im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG dargetan, welche vor der erstinstanzlichen Konkurseröffnung eingetreten ist.

Die Kosten des Konkursamts und des erstinstanzlichen Verfahrens stellte die Gläubigerin sicher (vgl. act. 3 S. 2, act. 11/1), und sie erklärt, sämtliche Verfahrenskosten des Konkurses definitiv zu übernehmen (act. 11/2). Diese Kosten können daher als sichergestellt gelten.

5. Das Gesagte führt nach der aufgezeigten Praxis zur Aufhebung der Konkursöffnung, ohne dass es einer weiteren Prüfung der Zahlungsfähigkeit bedarf. Entsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen.

### III.

1. Die Kammer auferlegt die Kosten des Beschwerdeverfahrens über die Konkursöffnung in Fällen, in welchen die versäumte Mitteilung eines vor der Konkursöffnung eingetretenen Konkurshinderungsgrundes zum Beschwerdeverfahren führte, regelmässig dem Schuldner, da es nach dem Erhalt der Vorladung zur Verhandlung über das Konkursbegehren – vorbehältlich einer anderen Vereinbarung der Parteien – am Schuldner ist, den Konkurshinderungsgrund rechtzeitig dem Konkursgericht mitzuteilen.

Vorliegend erklärte die Gläubigerin aufgrund der nicht rechtzeitig erfolgten Mitteilung an das Konkursgericht am 5. November 2015 schriftlich, dass sie der Schuldnerin für die Erhebung der "Einsprache" gegen die Konkursöffnung Kostengutsprache erteile (act. 5/10). Am 16. November 2015 bestätigte die Gläubigerin erneut, dass sie alle Verfahrenskosten des Konkurses wie auch der Einsprache übernehme (act. 11/2).

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind daher der Gläubigerin zu auferlegen. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr ist aufgrund der zuletzt erwähnten Erklärung definitiv der Gläubigerin zu auferlegen.

2. Die Schuldnerin beantragt die Zusprechung einer Parteientschädigung (act. 2 S. 2). Die Erklärung der Schuldnerin, sie übernehme die Verfahrenskosten, ist aber nach Treu und Glauben lediglich als Übernahme der Gerichtskosten zu verstehen. Das entspricht der umgangssprachlichen Bedeutung des Begriffs Verfahrenskosten. Somit ist keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Entsprechend wird das Urteil des Einzelgerichts in Konkursachen des Bezirksgerichts Winterthur vom 3. November 2015, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 300.00 wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt und der Gläubigerin auferlegt. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird definitiv der Gläubigerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Das Konkursamt Wülflingen-Winterthur wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 1'500.00 (Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag der Gläubigerin auszusahlen.
6. 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-Stadt, je gegen Empfangsschein.
7. 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. T. Engler

versandt am:  
1. Dezember 2015