

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS150150-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Ersatzrichter lic. iur. H. Meister und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Weil

## Urteil vom 22. September 2015

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gläubiger und Beschwerdeführer,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ **AG**,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Überschuldungsanzeige**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. August 2015 (EK151416)

### **Erwägungen:**

1.

Am 7. August 2015 zeigte die Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Beschwerdegegnerin) beim Konkursgericht am Bezirksgericht Zürich (fortan Vorinstanz) ihre Überschuldung an (act. 7/1). Daraufhin wurde über die Beschwerdegegnerin mit Urteil vom 12. August 2015, 12:00 Uhr, der Konkurs eröffnet (act. 3 = 6 = 7/3).

Gegen dieses Urteil erhob der Gläubiger und Beschwerdeführer (fortan Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 26. August 2015 (Datum Poststempel) Beschwerde mit folgenden Anträgen (act. 2):

- "A. Der Entscheid des Bezirksgerichts Zürich vom 12. August 2015 betreffend Eröffnung des Konkurses sei aufzuheben und dem Beschwerdeführer sei der Konkursaufschub zu gewähren.
- B. Eventualiter sei dem Beschwerdeführer der Konkursaufschub unter Beizug eines vom Gericht bestimmten Sachwalters zu gewähren.
- C. Subeventualiter sei der Entscheid dieser Beschwerdeinstanz der Vorinstanz zur Revision vorzulegen.
- D. Alles unter a/o Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

Den mit Verfügung vom 31. August 2015 geforderten Kostenvorschuss (act. 8) leistete der Beschwerdeführer fristgerecht (act. 9 und 10). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-6). Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort kann verzichtet werden (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO).

2.

Prozessual stellt sich die Frage, ob die Beschwerde rechtzeitig erfolgt ist. Das angefochtene Urteil wurde dem Vertreter der Beschwerdegegnerin am 14. August 2015 zugestellt, weshalb die Beschwerdefrist am 24. August 2015 ungenutzt verstrich. Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, die Frist sei für ihn als Gläubiger erst mit der Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt am 11. August 2015 ausgelöst worden. Da die Beschwerde aber – was im Folgenden

aufzuzeigen ist – ohnehin abzuweisen ist, kann die Frage der Fristauslösung bzw. der Rechtzeitigkeit unbeantwortet bleiben.

3.

3.1. Zur Begründung führt der Beschwerdeführer im Wesentlichen aus, gestützt auf Art. 725a Abs. 1 OR könne der Richter die Eröffnung des Konkurses aufschieben, wenn Aussicht auf Sanierung bestehe. Er sei Gläubiger der Beschwerdegegnerin. Der Verwaltungsrat habe weder sämtliche Gläubiger umfassend informiert, noch eine Generalversammlung eingeleitet, und dies obwohl das notwendige Quorum von Aktionären eine Generalversammlung verlangt hätte. Er (der Beschwerdeführer) habe aufgrund der Konkursöffnung mit den Aktionären und Gläubigern der Beschwerdegegnerin Rücksprache gehalten und festgestellt, dass sämtliche Aktionäre und Darlehensgeber die Sanierung der Gesellschaft wollten. Zu den vorläufigen Sanierungsvorschlägen würden unter anderem der Rangrücktritt sämtlicher Gläubiger gehören, eine Kapitalerhöhung um nominal Fr. 200'000.– zum Emissionspreis von Fr. 1'000'000.–, sowie die Schuldübernahme der ungedeckten Restanz durch die Aktionäre. Da alle Darlehensgeber auch Aktionäre der Gesellschaft seien, sei die Einleitung einer Generalversammlung einziges adäquates Mittel zur Rettung der Gesellschaft. Mit der fehlenden umfassenden Information der Aktionäre und Gläubiger sei ihnen die Möglichkeit zur Sanierung der Gesellschaft vorenthalten worden. Die bestehende Überschuldung könne durch einen rechtsgültigen Entscheid der Generalversammlung beseitigt werden. Die Revisionsgesellschaft habe die Zwischenbilanz denn auch nur zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten geprüft und sodann mit dem Vorbehalt beglaubigt, dass der Verwaltungsrat der Beschwerdegegnerin von einer Deponierung der Bilanz mit der Massnahme eines Rangrücktritts sämtlicher Gläubiger absehen könne.

Zwar sei – so der Beschwerdeführer weiter – in casu die Eröffnung des Konkurses bereits verfügt. Dieser Entscheid sei aber mittels Beschwerde gemäss Art. 319 ZPO anfechtbar, sofern eine Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes oder eine unrichtige Rechtsanwendung vorliege. Vorliegend habe das Gericht bei der

Feststellung des Sachverhaltes unrichtige Informationen gehabt, die vom Präsidenten des Verwaltungsrates der Beschwerdegegnerin eingereicht worden seien. Der Präsident habe die notwendigen Bemühungen zur Sanierung der Gesellschaft unterlassen und die Bilanzdeponierung getätigt ohne Kenntnis der Gläubiger und Aktionäre.

3.2. Mit der Beschwerde können (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren sind neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 ZPO), weil es bei der Beschwerde nicht um die Fortführung des erstinstanzlichen Prozesses, sondern im Wesentlichen um eine Rechtskontrolle des vorinstanzlichen Entscheides geht (ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDT, 2. Aufl., Art. 326 N 3). Für die Weiterziehung eines Entscheides des Konkursgerichts sieht das SchKG bezüglich Noven zwar eine besondere Regelung vor. Danach können unechte Noven unbeschränkt vorgebracht werden, d.h. Tatsachen, die schon vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Hingegen ist der Katalog echter Noven, d.h. seit dem Entscheid eingetretene Tatsachen, in Art. 174 SchKG abschliessend geregelt (KUKO SchKG-HUBER, Art. 192 N 33; BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, Art. 192 N 24). Wurde der Konkurs eröffnet, ohne dass vor erster Instanz ein Sanierungsantrag gestellt wurde, kann dies im Rechtsmittelverfahren *nicht* nachgeholt werden (BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, Art. 192 N 16; vgl. auch ZR 108/2009 Nr. 14 S. 48; a.M. BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725a, N 5, allerdings ohne Begründung).

Ein Konkursaufschub kann folglich im Rechtsmittelverfahren nicht mehr beantragt werden. Diesbezüglich ist die Beschwerde somit ohne weitere Prüfung abzuweisen. Die vorgebrachten Beanstandungen des Beschwerdeführers, es habe keine Generalversammlung gegeben und die Gläubiger wären vorab nicht informiert worden, sind zwar unechte und damit grundsätzlich zulässige Noven. Jedoch bilden weder die vorgängige Durchführung der Generalversammlung noch der Einbezug der Gläubiger eine Voraussetzung für die Konkursöffnung infolge Überschuldungsanzeige (BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725a, N 1 ff.). Deshalb hatte weder der erstinstanzliche Konkursrichter zu prüfen, ob eine Generalversammlung

durchgeführt bzw. die Gläubiger informiert wurden, noch kann das Fehlen solcher Handlungen zur Gutheissung der Beschwerde gegen die Konkurseröffnung führen. Es ist auch nicht Sache des Konkursrichters, behauptete Pflichtverletzungen des Verwaltungsrates zu überprüfen. Damit kann offen bleiben, ob eine Pflicht des Verwaltungsrates zur Information sämtlicher Gläubiger überhaupt besteht. Einen Konkursaufhebungsgrund bringt der Beschwerdeführer jedenfalls nicht vor.

Dem (subeventuell gestellten) Antrag, der Entscheid dieser Beschwerdeinstanz – gemeint ist wohl die Beschwerdeschrift des Beschwerdeführers – sei der Vorinstanz zur Revision vorzulegen, kann ebenfalls nicht entsprochen werden. Abgesehen davon, dass es für eine solche Überweisung an einer gesetzlichen Grundlage fehlt, wäre dem Beschwerdeführer damit auch nicht gedient: Für die Revision hat der Revisionskläger beim Gericht, welches als letzte Instanz in der Sache entschieden hat, einen Revisionsgrund nach Art. 328 ZPO darzutun. Da der Beschwerdeführer keinen solchen Revisionsgrund dartut, erübrigt sich auch eine Überweisung der Beschwerdeschrift an die Vorinstanz.

Angemerkt werden kann, dass im Falle des Zustandekommens eines Nachlassvertrages grundsätzlich ein Widerruf des Konkurses nach Art. 195 SchKG in Frage kommt.

4.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 106 ZPO). Eine Parteientschädigung ist der Beschwerdegegnerin nicht zuzusprechen, da sie sich nicht äussern musste.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

4. 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 D. Weil

versandt am:  
22. September 2015