

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS150206-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Weil

## Urteil vom 4. Dezember 2015

in Sachen

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

Gläubiger und Beschwerdeführer,

vertreten durch X.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Schuldner und Beschwerdegegner,

betreffend

### **Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil vom 4. November 2015 (EK150322)

### **Erwägungen:**

1.

Mit Eingabe vom 30. Oktober 2015 ersuchte der Beschwerdeführer das Konkursgericht am Bezirksgericht Hinwil um Konkurseröffnung über den Beschwerdegegner gestützt auf Art. 190 SchKG. Er begründete diesen Antrag damit, dass der Beschwerdegegner der Aufforderung des Gläubigers und Beschwerdeführers nicht nachgekommen sei, die offenen Zinsbeträge in der Höhe von Fr. 2'679.75 zuzüglich Kosten in der Höhe von Fr. 976.– zu begleichen, und dass er ihm die Einsicht in die Bilanzen verwehrt habe. Aus der Verweigerung der Einsichtnahme der Bilanzen und der Nichteinhaltung von Zahlungsfristen ergebe sich der begründete Verdacht, dass der Schuldner Handlungen zum Nachteil des Gläubigers durchgeführt bzw. geplant habe, entsprechend dem Art. 190 Abs. 1 SchKG. Hinzu komme die Tatsache, dass gegen die beiden Schuldner im Rahmen der C.\_\_\_\_\_ GmbH am 17. April 2015 bereits eine Konkurseröffnung erfolgt sei (act. 6/1).

Mit Urteil vom 4. November 2015 wies die Vorinstanz das Konkursbegehren ab. Es erwog im Wesentlichen, dass weder die Nichtzahlung fälliger Schulden noch die Verweigerung der Einsichtnahme in Bilanzen betrügerische Umstände im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG darstellten. Die Eigenschaft als Darlehensgläubiger begründe im Übrigen – so die Vorinstanz weiter – keinen Anspruch auf Einsichtnahme in Bilanzen der Darlehensschuldnerin. Die C.\_\_\_\_\_ GmbH sei eine eigenständige juristische Person und alleine die Tatsache, dass über sie der Konkurs eröffnet worden sei, sei ebenfalls kein betrügerischer Umstand im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG, zumal die meisten Konkurseröffnungen aus wirtschaftlichen Gründen erfolgten (act. 6/4).

Gegen dieses Urteil erhob der Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde beim Obergericht. Er verlangt die Aufhebung des Urteils vom 4. November 2015 und die Eröffnung des Konkursverfahrens ohne vorgängige Betreuung gegenüber dem Beschwerdegegner (act. 2). Da eine genügende Vollmacht fehlte, wurde dem Beschwerdeführer mit Präsidialverfügung vom 16. November 2015 eine Nachfrist angesetzt, um diesen Mangel zu beheben (act. 7). Daraufhin reichte der

Beschwerdeführer fristgerecht eine genügende Vollmacht nach (act. 9). Den zugleich mit Verfügung vom 16. November 2015 verlangten Kostenvorschuss leistete der Beschwerdeführer ebenfalls rechtzeitig (act. 10).

2.

2.1. 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 aber eine besondere Regelung vor. Danach können unechte Noven, d.h. Tatsachen, die schon vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, unbeschränkt vorgebracht werden. 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).

2.2. Der Beschwerdeführer macht sinngemäss geltend, die Vorinstanz habe das Recht unrichtig angewendet, indem sie zum Schluss kam, die geltend gemachten Umstände würden für eine Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung nicht genügen. Zudem bringt der Beschwerdeführer ergänzend vor, die Erstellung der Geschäftsunterlagen sei Voraussetzung und Grundlage der Darlehensverträge vom 5. und 9. März 2015, dies könne auf Verlangen durch den Notar bestätigt werden. Jener Verpflichtung sei die Gegenseite bis heute nicht nachgekommen. Entsprechend sei davon auszugehen, dass sich der Beschwerdegegner vorsätzlich dieser Verpflichtung entziehe, um gegenüber dem Gläubiger etwas zu vertuschen oder zum Nachteil des Gläubigers zu verheimlichen. Damit sei der Tatbestand von Art. 190 Abs. 1 SchKG erfüllt. Zu dieser Faktenlage komme mit Beschwerdeerhebung ein Sachverhalt hinzu, der den Antrag weiter stütze: Mit Schreiben vom 27. Oktober 2015 habe er die Darlehensverträge gekündigt. Er habe den Schuldner aufgefordert, den offenen Forderungsbetrag in der Höhe von

Fr. 361'434.– zuzüglich Zinsdifferenz in der Höhe von Fr. 2'679.75 sowie die entstandenen Kosten in der Höhe von Fr. 976.– zu begleichen. Dieser Forderung sei der Schuldner bis zum 10. November 2015 nicht nachgekommen, womit eine Zahlungsverweigerung im Sinne des Art. 190 Abs. 1 SchKG vorliege (act. 2).

2.3. Die neuen Behauptungen des Beschwerdeführers, wonach die Erstellung von Geschäftsunterlagen als Teil des Darlehensvertrags vereinbart worden sei (wohl mündlich), sowie dass die Darlehensverträge mit Schreiben vom 27. Oktober 2015 gekündigt worden seien, beziehen sich auf Tatsachen, die vor dem vorinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Damit handelt es sich um unechte Noven, die im vorliegenden Verfahren (wie ausgeführt) noch beachtet werden können.

2.4. Gemäss Art. 190 Abs. 1 SchKG kann ein Gläubiger ohne vorgängige Betreuung beim Gericht die Konkurseröffnung verlangen gegen jeden Schuldner, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist oder der die Flucht ergriffen hat, um sich seinen Verbindlichkeiten zu entziehen, oder der betrügerische Handlungen zum Nachteile der Gläubiger begangen oder zu begehen versucht oder bei einer Betreuung auf Pfändung Bestandteile seines Vermögens verheimlicht hat (Ziff. 1) bzw. gegen einen der Konkursbetreuung unterliegenden Schuldner, der seine Zahlungen eingestellt hat (Ziff. 2). Das Verfahren ist summarischer Natur (Art. 251 lit. a ZPO). Der antragstellende Gläubiger trägt für seine Gläubigerstellung sowie für den materiellen Konkursgrund die Beweislast. Das Beweismass ist mindestens dasjenige des Glaubhaftmachens, was das Vorliegen objektiver Anhaltspunkte erfordert. Gemäss einem Teil der Lehre bedarf es aufgrund der folgenschweren Konsequenzen gar eine überwiegende Wahrscheinlichkeit (vgl. BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, Art. 190 N 29).

Der Beschwerdeführer sieht die Voraussetzungen der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung erfüllt in den Umständen, dass seine offenen Forderungen nicht beglichen wurden, dass – entgegen der Vereinbarung – keine Einsicht in Geschäftsunterlagen gewährt wurde, und dass über die C.\_\_\_\_\_ GmbH (deren Gesellschafter der Beschwerdegegner ist) am 17. April 2015 der Konkurs eröffnet wurde. Daraus ergebe sich – so der Beschwerdeführer – der begründete Ver-

dacht, dass der Beschwerdegegner Handlungen zum Nachteil des Gläubigers durchgeführt bzw. geplant habe.

Vorliegend überhaupt in Frage kommt lediglich die in Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG als zweite Möglichkeit genannte Konstellation, wonach der Schuldner betrügerische Handlungen zum Nachteil der Gläubiger begangen oder zu begehen versucht hat; ist doch weder der Aufenthaltsort des Beschwerdegegners unbekannt, noch hat er die Flucht ergriffen oder im Rahmen einer Pfändung Bestandteile seines Vermögens verheimlicht – derartiges behauptet der Beschwerdeführer bereits nicht. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, verlangt das Erfordernis der betrügerischen Handlung, dass ein Schuldner in Schädigungsabsicht zum Nachteil der Gläubiger sein Vermögen zum Schein vermindert, namentlich indem er Vermögenswerte beiseite schafft oder verheimlicht, Schulden vortäuscht, vorgekäufte Forderungen anerkennt oder deren Geltendmachung veranlasst. Die betrügerischen Handlungen müssen sodann geeignet und in der Absicht begangen worden sein, die Befriedigung der bestehenden Forderungen des Gläubigers zu vereiteln oder zu erschweren. Die sofortige Zwangsvollstreckung soll dann zur Anwendung gelangen, wenn ein Schuldner die Ansprüche seiner Gläubiger durch bestimmte Handlungen derart gefährdet, dass ihnen der ordentliche Betreuungsweg nicht mehr zugemutet werden kann (BSK SchKG II-BRUNNER/ BOLLER, 2. Aufl., Art. 190 N 7 f.).

Das vom Beschwerdeführer behauptete Verhalten des Beschwerdegegners genügt hierfür nicht. Beahlt der Schuldner Forderungen nicht, ist hierfür die (normale) Zwangsvollstreckung, d.h. die Betreuung, einzuleiten. Auch die Verweigerung der Einsicht in Geschäftsbücher – selbst wenn dies explizit vereinbart wurde – führt nicht ohne Weiteres zum Schluss, dass betrügerische Handlungen vorliegen. Für eine solche Annahme bräuchte es zusätzliche Anhaltspunkte, welche der Beschwerdeführer jedoch weder behauptet, geschweige denn auch nur ansatzweise glaubhaft macht. Folglich braucht nicht geklärt zu werden, ob die Behauptung des Beschwerdeführers zutrifft, dass eine solche Bedingung vereinbart wurde. Der Umstand, dass über eine Gesellschaft, an der der Beschwerdegegner beteiligt war, der Konkurs eröffnet wurde, stellt ebenso wenig einen Anhaltspunkt für be-

trügerische Handlungen dar. Ausserdem weisen die Darlehensverträge bereits keinen Bezug zu jener Gesellschaft auf.

2.5. Folglich hat die Vorinstanz das Recht richtig angewendet, indem sie zum Schluss gelangte, dass das vom Beschwerdeführer geschilderte Verhalten des Beschwerdegegners die Voraussetzungen von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG nicht erfüllt. Daran ändert auch die im Beschwerdeverfahren vorgebrachte Ergänzung des Sachverhaltes nichts. Entsprechend ist die Beschwerde abzuweisen. Der Beschwerdeführer ist mit seiner Forderung auf den ordentlichen Betreibungsweg zu verweisen.

3.

Ausgangsgemäss sind die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Dem Beschwerdegegner ist keine Entschädigung zuzusprechen, weil er sich nicht äussern musste.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Dem Beschwerdegegner ist keine Entschädigung zuzusprechen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten), 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

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw D. Weil

versandt am:  
7. Dezember 2015