

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210207-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Ersatzrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Beschluss und Urteil vom 23. November 2021

in Sachen

A. _____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ Corp.,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____ und / oder Rechtsanwältin MLaw X2. _____,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 4. November 2021 (EK211632)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) stellte am 30. September 2021 beim Konkursgericht Zürich (fortan Vorinstanz) ein Gesuch um Eröffnung des Konkurses über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) für Forderungen von total Fr. 1'354'229.71 (act. 7/1 S. 2):

1.2. Die Schuldnerin nahm mit Eingabe vom 2. November 2021 zum Konkursbegehren der Gläubigerin schriftlich Stellung (act. 7/10). Zur Hauptverhandlung am 4. November 2021 erschien nur ein Vertreter der Gläubigerin (Prot. VI S. 3 ff.). Mit Urteil vom 4. November 2021 wies die Vorinstanz die Anträge der Schuldnerin um Aussetzung des Konkursentscheids, um Verschiebung der Verhandlung bzw. Konkursaufschub ab und sie eröffnete über die Schuldnerin den Konkurs (act. 7/14 = act. 3 = act. 6).

2.

2.1. Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 18. November 2021 rechtzeitig Beschwerde bei der Kammer. Sie verlangt die Aufhebung des Konkurses und die Abweisung des Konkursbegehrens. In prozessualer Hinsicht ersuchte sie um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2; act. 7/17).

2.2. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-19). Vom Einholen einer Beschwerdeantwort ist abzusehen (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Der Gläubigerin ist ein Doppel der Eingabe der Schuldnerin vom 18. November 2021 (act. 2) mit dem vorliegenden Entscheid zuzustellen. Mit dem heutigen Entscheid wird der prozessuale Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung obsolet, er ist abzuschreiben. Das Beschwerdeverfahren erweist sich als spruchreif.

3.

Gemäss Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG kann die Konkursöffnung innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Dabei können unter anderem neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, unbeschränkt geltend gemacht werden. Zudem können im Rahmen der Konkursaufhebungsgründe von Art. 174 Abs. 2 SchKG (Tilgung oder Hinterlegung der

Schuld oder Verzicht des Gläubigers auf die Durchführung des Konkurses) auch Noven geltend gemacht werden, die erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind.

4.

4.1. Infolge des auf den Zahlungsbefehl vom 26. Juni 2020 und die Konkursandrohung vom 10. November 2020 des Betreibungsamtes Zürich 1 in der Betreuung-Nr. 1 gegen die Schuldnerin gestützten Konkursbegehrens der Gläubigerin vom 30. September 2021 eröffnete die Vorinstanz den Konkurs über die Schuldnerin (act. 7/1, act. 7/3/1 und act. 7/3/3). Zur Begründung führte die Vorinstanz zusammengefasst an, die Schuldnerin mache keine Gründe nach Art. 172 Ziff. 1-3, Art. 173 und Art. 173a SchKG geltend, welche die Abweisung des Konkursbegehrens oder die Aussetzung des Konkursentscheides zur Folge hätten. Insbesondere weise die Schuldnerin keine Tilgung oder Stundung nach. Sie mache vielmehr geltend, aufgrund der Blockierung sämtlicher Vermögenswerte den Forderungen der Gläubigerin nicht nachkommen zu können (act. 6 S. 3 Erw. 3.-4.). Die Vorinstanz erwog weiter, das Konkursgericht habe nur das Vorliegen der Gründe gemäss Art. 172 - 173a SchKG zu prüfen und sich nicht mit der Begründetheit der Forderung auseinanderzusetzen, weshalb Ausführungen der Schuldnerin zum materiellen Bestand der Forderung der Gläubigerin nicht zu hören seien (act. 6 S. 3 Erw. 5.).

Im Weiteren erkannte die Vorinstanz – entgegen dem Vorwurf der Schuldnerin – im Konkursbegehren der Gläubigerin kein rechtsmissbräuchliches, treuwidriges oder widersprüchliches Verhalten. Sie erwog, bei den der Betreuung-Nr. 1 zugrundeliegenden Forderungen der Gläubigerin handle es sich um Prozesskosten und Parteientschädigungen aus rechtskräftigen Entscheiden. Die Schuldnerin wisse bereits seit mehreren Jahren um ihre (rechtskräftig festgelegten) finanziellen Verpflichtungen gegenüber der Gläubigerin. Die strafrechtlichen Vermögenssperren seien demgegenüber erst im Rahmen der im März 2021 eröffneten Strafuntersuchung erfolgt. Aktenkundig sei zudem, dass die Schuldnerin unmittelbar nach Eingang einer namhaften Zahlung von rund USD 23 Mio. von C._____ International AG am 28. Januar 2021 einen Teil dieser Vermögenswerte auf ver-

schiedene, nicht auf sie lautende Konten (u.a. zugunsten ihres Verwaltungsrates sowie dessen Kinder) verschoben habe, anstatt die rechtskräftig festgestellten offenen Forderungen der Gläubigerin zu bezahlen. Die Vermögensverschiebungen hätten Verdachtsmeldungen der involvierten Banken an die Meldestelle für Geldwäscherei und die Eröffnung einer Strafuntersuchung zur Folge gehabt. Damit sei die Strafuntersuchung nicht auf Anzeige der Gläubigerin hin eröffnet worden. Schliesslich habe die Schuldnerin die Tilgung der Forderung der Gläubigerin auch im Rahmen des Arrestverfahrens-Nr. 2 bzw. der Arrestprosequierungsbetreibung verweigert, obwohl die C. _____ International AG als Drittschuldnerin einen Teil der gemäss Schiedsspruch vom 7. September 2016 geschuldeten Gelder im Umfang von CHF 1.9 Mio. an das Betreibungsamt überwiesen habe. Bereits diese Vorgänge würden zeigen, dass die Gläubigerin zu Recht am aufrichtigen Willen der Schuldnerin, die betriebene Forderung zu bezahlen, zweifle. Die Gläubigerin habe in einem laufenden Betreibungsverfahren gewisse Fristen einzuhalten (Art. 166 Abs. 2 SchKG) und sie habe mit der Stellung des Konkursbegehrens ohnehin lange zugewartet, zumal sie bereits am 10. November 2020 die Konkursandrohung erwirkt hatte. Trotz Kenntnis von der Konkursandrohung habe die Schuldnerin aber auch im Januar 2021, als ihr über USD 23 Mio. zugeflossen und bevor die strafrechtlichen Kontosperrungen erfolgt seien, keine Anstalten gemacht, die betriebene Forderung zu bezahlen (act. 6 S. 4 f. Erw. 7.).

4.2. In der Beschwerde an die Kammer stellt sich die Schuldnerin (einzig) gegen die vorinstanzlichen Erwägungen, dass im Konkursbegehren der Gläubigerin kein rechtsmissbräuchliches Verhalten zu erkennen sei. Gemäss der Schuldnerin seien die vorinstanzlichen Erwägungen insofern richtig, als die Forderungen der Gläubigerin teilweise aus Prozesskosten stammen würden, welche bereits vor Jahren auferlegt worden seien. Es sei aber immer klar gewesen, dass die Forderungen nur im Falle der Anspruchsdurchsetzung gegenüber der C. _____ International AG beglichen werden könnten. Die Schuldnerin erklärt, als die Zahlung der C. _____ International AG erfolgt sei, habe noch die Überweisung von CHF 13 Mio. an ihren einzigen Verwaltungsrat (bzw. dessen Kinder) ausgeführt werden können, danach seien sogleich sämtliche verbleibenden Mittel, aus denen die Konkursforderung hätte beglichen werden können, von der Staatsanwaltschaft be-

schlagnahmt und seither blockiert worden. Eine Zahlung sei deshalb gar nicht möglich gewesen. Auch die Freigabe von Mitteln ihm Rahmen des Arrestprosequierungsverfahrens sei nicht möglich gewesen, da auch diese Mittel gleichzeitig durch die Staatsanwaltschaft blockiert gewesen seien. Die Schuldnerin macht geltend, ihre Vermögenswerte würden wegen der Gläubigerin zivilrechtlich und im laufenden Strafverfahren blockiert bleiben. Gleichzeitig verlange die Gläubigerin die Tilgung ihrer Forderung, obwohl sie wisse, dass ihr (der Schuldnerin) die Tilgung nicht möglich sei. Die Gläubigerin verhalte sich damit widersprüchlich und rechtsmissbräuchlich; nur sie hätte es nach Ansicht der Schuldnerin in der Hand gehabt, Teile der blockierten Vermögenswerte freizugeben bzw. ihr Einverständnis zur Freigabe zu erteilen. Die Gläubigerin habe dies bewusst nicht getan und sie (die Schuldnerin) in eine Zwangslage versetzt, welche letztlich zur Konkursöffnung geführt habe. Damit sei klar, dass es der Gläubigerin mit dem Konkursbegehren nicht um die Eintreibung ihrer Forderung gegangen sei. Sie habe ihr (der Schuldnerin) ausschliesslich wirtschaftlichen Schaden zufügen und sie aus dem Weg räumen wollen, um an weitere Gelder zu kommen. Die Gläubigerin missbrauche damit das Zwangsvollstreckungsrecht für sachfremde Zwecke (act. 2 S. 7 f.).

4.3.1. Art. 2 Abs. 2 ZGB statuiert, dass der offene Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz findet. Zu Recht weist die Schuldnerin darauf hin (act. 2 S. 6), dass das Rechtsmissbrauchsverbot grundsätzlich auch im Zwangsvollstreckungsverfahren gilt. Ein klassischer Fall des Rechtsmissbrauchs im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB liegt gemäss der Rechtsprechung dann vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die nicht in dessen Schutzbereich liegen (BGer 4A_496/2019 vom 01. Februar 2021 E. 2.5.3.2 m.w.H.). So kann nach ständiger Rechtsprechung beispielsweise eine Insolvenzerklärung des Schuldners (vgl. anstatt vieler: OGer ZH PS1902014 vom 26. November 2019 E. 5.2 m.w.H.) oder eine Betreuung (vgl. anstatt vieler: OGer ZH PS210066 vom 5. Juni 2021 E. 3.3.3 m.w.H.) rechtsmissbräuchlich sein, wenn offensichtlich Ziele verfolgt werden, die nicht das Geringste mit der Zwangsvollstreckung zu tun haben (BGE 140 III 481 E. 2.3.1 mit Hinweisen). Solange aber ein Gläubiger auf dem Weg der Zwangsvollstreckung tatsächlich die Einforderung

eines von ihm behaupteten Anspruchs bezweckt, ist Rechtsmissbrauch weitgehend ausgeschlossen (vgl. BGE 113 III 2 E. 2b S. 4; Urteil 5A_250/2015 vom 10. September 2015 E. 4.1; Thomas Engler, Die nichtige Betreuung, ZZZ 37/2016 S. 44 ff., S. 48).

4.3.2. Die Schuldnerin bringt nicht (erkennbar) vor, die Betreuung der Gläubigerin als Ganzes sei rechtsmissbräuchlich. Solches wäre ohnehin mit Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG bei den Aufsichtsbehörden über Schuldbetreibung und Konkurs zu rügen gewesen. Auch gegen die Konkursandrohung steht grundsätzlich der SchK-Beschwerdeweg zur Verfügung. Soweit die Schuldnerin ihre Vorbringen (noch) im Verfahren betreffend Konkurseröffnung geltend machen kann resp. in zeitlicher Hinsicht das Konkursbegehren als rechtsmissbräuchlich erachtet, ist das Folgende festzuhalten: Die Schuldnerin stellt nicht in Abrede, dass es in der Betreuung-Nr. 1 um bereits seit Jahren bestehende Forderungen der Gläubigerin gegen sie aus Prozesskosten geht. Insofern kann von vornherein nicht gesagt werden, die Vorgehensweise der Gläubigerin habe mit der Zwangsvollstreckung nicht das Geringste zu tun und sie würde mit der Stellung des Konkursbegehrens *ausschliesslich* andere Ziele als die Eintreibung einer Geldforderung auf dem Weg der Schuldbetreibung verfolgen. Die Schuldnerin erachtet das Konkursbegehren in zeitlicher Hinsicht als nicht statthaft, weil ihr die Tilgung der in Betreuung gesetzten Forderung nicht möglich sei, was die Gläubigerin zu vertreten habe. Die Schuldnerin setzt sich jedoch nicht mit den zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen auseinander, dass die Strafuntersuchung nicht auf Anzeige der Gläubigerin hin eröffnet worden ist (vgl. dazu act. 7/13/6+7 S. 1, act. 7/13/9 S. 5). Zudem ist festzuhalten, dass die Strafverfolgung nach den geltenden rechtsstaatlichen Prinzipien dem Staat obliegt und nicht in der Hand einer Drittperson resp. der Gläubigerin liegt; die Schuldnerin legt nicht dar, inwiefern es der Gläubigerin möglich gewesen wäre, auf die Freigabe von Vermögenswerten hinzuwirken. Darauf kommt es letztlich aber auch nicht an; das Verhalten der Gläubigerin im gegen die Schuldnerin laufenden Strafverfahren ist im vorliegenden Verfahren nicht zu beurteilen. Entscheidend ist, dass die Gläubigerin – unabhängig von laufenden Strafverfahren resp. einer tatsächlichen Verfügbarkeit über die Vermögenswerte durch die Schuldnerin – im Rahmen der Zwangsvollstre-

ckung einen behaupteten Anspruch durchsetzen kann und dabei gewisse Fristen einzuhalten hat. Der Zeitpunkt, in dem sie ein Konkursbegehren stellen kann, liegt nur in einem beschränkten Umfang in ihrem Ermessen. Sie muss sich an die gesetzlichen Fristen (vgl. Art. 166 SchKG) halten, andernfalls ihr ein Rechtsverlust droht. Die Vorinstanz erwog, die Gläubigerin habe mit der Stellung des Konkursbegehrens ohnehin lange zugewartet, zumal sie die Konkursandrohung bereits am 10. November 2020 erwirkt hatte. Die Schuldnerin übergeht die vorinstanzlichen Erwägungen und sie legt insbesondere nicht dar, der Abschluss des Strafverfahrens resp. die Aufhebung der Beschlagnahmung der Vermögenswerte stehe unmittelbar bevor und der Fristenlauf nach SchKG hätte noch ein Zuwarten mit der Stellung des Konkursbegehrens resp. der Konkurseröffnung geboten. Auch in zeitlicher Hinsicht bestehen keine Anhaltspunkte für ein Handeln der Gläubigerin in ausschliesslich schädigender oder offensichtlich rechtsmissbräuchlicher Absicht.

4.4. Nach dem Gesagten ist mit der Vorinstanz das Vorliegen eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens seitens der Gläubigerin zu verneinen. Weitere Gründe, die zur Aufhebung der Konkurseröffnung führen könnten (vgl. Art. 174 SchKG), macht die Schuldnerin nicht geltend. Die Beschwerde ist abzuweisen.

5.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von Fr. 750.00 sind ausgangsgemäss der Schuldnerin aufzuerlegen. Es ist der Schuldnerin wegen ihres Unterliegens und der Gläubigerin mangels entstandener Umtriebe keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt und der Schuldnerin sowie Beschwerdeführerin auferlegt. Die vorliegenden Verfahrenskosten werden vorsorglich zur Kollokation angemeldet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Altstadt-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 1, 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:

lic. iur. K. Würsch

versandt am:
23. November 2021