

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220208-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Beschluss und Urteil vom 19. Januar 2023

in Sachen

A. _____,

Gläubiger, Gesuchsteller und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG,**

Schuldnerin, Gesuchs- und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes
Pfäffikon vom 23. November 2022 (EK220091)**

Erwägungen:

I.

1. Mit Eingabe vom 28. Oktober 2022 liess der Gläubiger, Gesuchsteller und Beschwerdeführer (fortan Gläubiger) beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Pfäffikon das Gesuch um Eröffnung des Konkurses ohne vorgängige Betreuung gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG über die Schuldnerin, Gesuchs- und Beschwerdegegnerin (fortan Schuldnerin) stellen (act. 7/1 inkl. Beilagen act. 7/2/1-8). Das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Pfäffikon (fortan Vorinstanz) wies das Konkursöffnungsbegehren mit Urteil vom 23. November 2022 ab (act. 7/5 = act. 6).

2. Gegen diesen Entscheid liess der Gläubiger mit Eingabe vom 1. Dezember 2022 fristgerecht Beschwerde bei der hiesigen Instanz erheben (act. 2 inkl. Beilagen act. 4/2-6; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 7/6/2) und die folgenden Anträge stellen (act. 2 S. 2):

Materielle Anträge:

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 23. November 2022 sei aufzuheben.
2. Es sei über die Beschwerdegegnerin der Konkurs zu eröffnen.
3. Eventualiter sei der Prozess an die Vorinstanz zurückzuweisen mit der Auflage, eine Konkursverhandlung durchzuführen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt) zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

Prozessualer Antrag:

"Vor der Beschwerdeinstanz sei eine mündliche Verhandlung durchzuführen."

3. Der der Gläubigerin mit Verfügung der Kammer vom 5. Dezember 2022 auferlegte Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 750.– wurde innert Frist geleistet (act. 8-10). Die erstinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 7/1-7). Von der Einholung einer Beschwerdeantwort wurde abgesehen (Art. 194 Abs. 1 i.V.m. Art. 174 Abs. 1 SchKG und Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist spruchreif.

II.

1. Der Gläubiger machte vor Vorinstanz im Kern geltend, der Antrag auf Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung sei ein Rechtsbehelf des Gläubigers bei Vermögensgefährdung. Eine solche liege vor, wenn beim Schuldner die Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung bereits eingetreten sei. Beides sei bei der Schuldnerin gemäss ihrem Zwischenabschluss per 30. Juni 2022 der Fall. Die Schuldnerin verfüge über faktisch keine Liquidität mehr und ihre Debitorenforderung gegen die Verwaltungsrätin C._____ sei mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht werthaltig. Es sei unklar, wie die Schuldnerin die strittigen Darlehenszinsen in Höhe von Fr. 56'080.–, welche Gegenstand des Forderungsprozesses CG210005 zwischen den Parteien am Bezirksgericht Pfäffikon seien (act. 7/2/4-6), begleichen oder die unbestrittene Darlehensschuld von Fr. 2'664'000.– rückerstatten wolle (act. 7/1 S. 3 ff.). Der Gläubiger reichte einen Zwischenabschluss der Schuldnerin per 30. Juni 2022 (act. 7/2/2 und 7/2/7), Dokumente im Zusammenhang mit dem zwischen den Parteien hängigen Forderungsprozess CG210005 (act. 7/2/4-7) sowie einen Betreibungsregisterauszug der Schuldnerin vom 24. Oktober 2022 ein (act. 7/2/8).

2. Die Vorinstanz wies das Gesuch mit der Begründung ab, es komme nicht auf die Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung an, sondern auf die Zahlungseinstellung. Darüber habe der Gläubiger kein Wort verloren. Im Gegenteil habe er geltend gemacht, die Schuldnerin weise ausser der von ihm erhobenen Betreuung keine weiteren Betreibungen auf, was sich mit dem eingereichten Betreibungsregisterauszug der Schuldnerin decke. Komme hinzu, dass die betriebene Forderung den Angaben des Gläubigers zufolge umstritten sei, was sich aus Proz. Nr. CG210005 ergebe. Dass weitere Forderungen gegen die Schuldnerin von dieser unbezahlt geblieben seien, werde vom Gläubiger nirgends erwähnt. Die Voraussetzungen der Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung seien somit nicht erfüllt (act. 6 S. 3).

3.1 Jeder Gläubiger ist zu einem Konkursbegehren nach Art. 190 SchKG befugt. Für die Frage der *Legitimation* ist nicht relevant, ob die eigene Forderung fällig ist oder nicht (vgl. KuKo SchKG-Huber, 2. A. 2014, Art. 190 N 15; BGE 85 III

146, E. 3). Der Gläubiger trägt für die Gläubigereigenschaft und den materiellen Konkursgrund der Zahlungseinstellung nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG die Beweislast (vgl. BGer 5A_516/2021 vom 18. Oktober 2021, E. 3.2.1 m.w.H.; BGer 5A_860/2008 vom 28. Mai 2009, E. 5). Im Beschwerdeverfahren können die Parteien gemäss Art. 194 Abs. 1 i.V.m. Art. 174 Abs. 1 Satz 2 SchKG innerhalb der Beschwerdefrist neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Auf echte Noven gemäss Art. 194 Abs. 1 i.V.m. Art. 174 Abs. 2 kann sich indes nur der Schuldner berufen, um die Eröffnung eines nicht angebrachten Konkurses zu verhindern (vgl. BGer 5A_243/2019 vom 17. Mai 2019, E. 3.1 f. und 5A_899/2014 vom 5. Januar 2015, E. 3.1).

3.2 Der Begriff der Zahlungseinstellung ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der dem Konkursrichter einen weiten Ermessensspielraum verschafft. Zahlungseinstellung liegt vor, wenn der Schuldner unbestrittene und fällige Forderungen nicht begleicht, Beteiligungen gegen sich auflaufen lässt und dabei systematisch Rechtsvorschlag erhebt oder selbst kleine Beträge nicht mehr bezahlt. Mit solchem Verhalten zeigt der Schuldner, dass er nicht über genügend liquide Mittel verfügt, um seinen Verpflichtungen nachzukommen. Es ist jedoch nicht erforderlich, dass der Schuldner alle Zahlungen einstellt. Es genügt, wenn die Zahlungsverweigerung sich auf einen wesentlichen Teil seiner geschäftlichen Aktivitäten bezieht. Sogar die Nichtbefriedigung einer einzelnen Schuld kann auf Zahlungseinstellung schliessen lassen, wenn die Schuld bedeutend und die Zahlungsverweigerung dauerhaft ist. Die Zahlungseinstellung darf nicht bloss vorübergehender Natur sein, sondern muss auf unbestimmte Zeit erfolgen (vgl. statt vieler BGer 5A_516/2021 vom 18. Oktober 2021 E. 3.2 m.w.H.).

4.1 Erstmals im Beschwerdeverfahren macht der Gläubiger geltend, er habe das der Schuldnerin gewährte Darlehen per 30. Juni 2021 gekündigt (act. 4/2) und dessen Rückzahlung sei fällig. Dies habe die Schuldnerin unbeachtet gelassen und in ihrer Klageantwort vom 22. Oktober 2021 im zwischen den Parteien hängigen Forderungsprozess vor Bezirksgericht Pfäffikon (CG210015-H [recte: CG210005]) betreffend ausstehende Darlehenszinsen geltend gemacht, der gekündigte Vertrag sei durch einen neuen Darlehensvertrag ersetzt worden, der ei-

nen anderen Zinssatz vorsehe und erst per 30. Juni 2024 kündbar sei (act. 4/3-4). Immerhin bestehe zwischen den Parteien Einigkeit darüber, dass das Darlehen in Höhe von Fr. 2'664'000.– spätestens am 30. Juni 2024 zurückbezahlt werden müsse (act. 2 S. 3 f. und 6).

4.2 Der Gläubiger wirft der Vorinstanz falsche Anwendung von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG vor, da sie das Konkursbegehren trotz Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin abgewiesen habe. Die Zahlungseinstellung sei nur das äusserlich erkennbare Merkmal der Zahlungsunfähigkeit, weshalb die vorinstanzliche Erwägung, er habe nichts zur Zahlungseinstellung gesagt, nicht richtig sei. Beim Nachweis der Zahlungseinstellung handle es sich letztlich um eine Beweiserleichterung für den Gläubiger, der oft über keine Finanzunterlagen des Schuldners verfüge, weshalb die Zahlungseinstellung in aller Regel einfacher nachzuweisen sei als die Zahlungsunfähigkeit. Die Vorinstanz verkenne, dass es bei belegter Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners auf die Zahlungseinstellung nicht mehr ankommen könne. Das gelte insbesondere, wenn die Schuldnerin nur einen Gläubiger habe. Die Zahlungsunfähigkeit bedinge eine objektive Illiquidität, die den Schuldner ausser Stand setze, die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu bedienen, welcher Zustand dauerhaft sein müsse. Beides sei vorliegend gegeben (act. 2 S. 4-6). Gemäss Zwischenrechnung der Schuldnerin per 30. Juni 2022 verfüge sie über flüssige Mittel von gerade noch Fr. 32.34. Sie führe keinen Betrieb, aus dessen Einnahmen die Schulden beglichen werden könnten. Ihr einzig relevantes Aktivum sei eine Forderung gegen die Verwaltungsrätin und Alleinaktionärin, C._____, in Höhe von Fr. 2'666'347.–. Diese Forderung sei aufgrund der Steuerunterlagen von Frau C._____ mutmasslich wertlos. Wie die Schuldnerin die künftigen Zinszahlungen bedienen oder gar die Hauptschuld von Fr. 2'664'000.–, welche spätestens am 30. Juni 2024 fällig werde, zurückzahlen wolle, sei unklar. Die Schuldnerin sei zahlungsunfähig und der Anspruch des Gläubigers aus Darlehen gefährdet (act. 2 S. 5-7).

5.1 Nach Darstellung des Gläubigers ist einerseits die Höhe der in Betreuung gesetzten Forderung aus Darlehenszinsen umstritten und Gegenstand eines zwischen den Parteien hängigen Forderungsprozesses vor dem Bezirksgericht

Pfäffikon. Andererseits ist auch die erstmals im Beschwerdeverfahren geltend gemachte Fälligkeit der behaupteten Darlehensschuld eigenen Angaben des Gläubigers zufolge strittig, wozu die Schuldnerin im zwischen den Parteien hängigen Forderungsprozess geltend gemacht habe, ein neuer Vertrag habe den ursprünglichen Darlehensvertrag zwischen den Parteien ersetzt und sei erst per 30. Juni 2024 kündbar (act. 2 S. 4 und 6).

Zwar trifft es zu, dass die Zahlungseinstellung das äussere Merkmal der Zahlungsunfähigkeit ist. Die Zahlungseinstellung kann jedoch nicht mit unterbliebener Zahlung wegen Bestreitung der Forderung bzw. der Fälligkeit gleichgesetzt werden. Die Nichtbegleichung von hinsichtlich Höhe (Darlehenszins) und/oder Fälligkeit (Darlehensschuld) strittigen Forderungen kann daher keine Zahlungseinstellung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG begründen (vgl. BGer 5A_790/2017 vom 3. September 2018, E. 3.2.2). Etwas anderes lässt sich auch dem vom Gläubiger zitierten Entscheid der Kammer im Verfahren PS180152 vom 24. Oktober 2018 nicht entnehmen. Im vorliegenden Fall sind sowohl die Höhe der betriebenen Darlehenszinsen als auch die Fälligkeit der Hauptschuld Thema des zwischen den Parteien hängigen Forderungsprozesses. Es ist bei dieser Sachlage nicht Aufgabe des Konkursgerichts oder der Beschwerdeinstanz die strittige Zahlungsverpflichtung umfassend zu prüfen (vgl. BSK SchKG II-Brunner/Boller/Fritschi, 3. A. 2021, Art. 190 N 11c). Vielmehr hat ein Gläubiger diesfalls den ordentlichen Betreibungs- und Prozessweg einzuschlagen, wie dies auch erfolgt ist. Würde man anders entscheiden, könnte der Gläubiger allein durch Androhung eines Begehrens um Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung die Zahlung der bestrittenen Forderungen erzwingen, was vom Gesetz nicht vorgesehen ist (vgl. OGerZH PS160015 vom 18. Februar 2016, E. 4).

5.2 Der Vorwurf des Gläubigers, es sei bei nur einem Gläubiger mathematisch nicht möglich, dass die Schuldnerin Forderungen nicht begleiche und Betreibungen auflaufen lasse (Plural), weshalb der von der Vorinstanz so verstandene Begriff der Zahlungseinstellung nie erfüllt werden könne (act. 2 S. 7), geht fehl. Eine Zahlungseinstellung muss nicht zwingend gegenüber mehreren Gläubigern oder in Bezug auf mehrere Forderungen vorliegen (vgl. vorstehend Ziff. II.4.2).

Dies hat die Vorinstanz denn auch nicht vorausgesetzt, sondern erwogen, dass die vom Gläubiger in Betreuung gesetzte Zinsforderung, welche Anlass seines Gesuchs sei, bestritten sei und Gegenstand eines Forderungsprozesses zwischen den Parteien bilde, womit eine Zahlungseinstellung verneint wurde. Der Gläubiger habe darüber hinaus nicht geltend gemacht, dass weitere Forderungen gegen die Schuldnerin von dieser unbezahlt geblieben seien (act. 6 S. 3).

5.3 Der Gläubiger macht eine dauerhafte objektive Illiquidität der Schuldnerin geltend und damit ein Unvermögen künftigen Zinszahlungen und der spätestens im Jahre 2024 fälligen Darlehensrückzahlung nachzukommen, wodurch er die Voraussetzungen von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG als erfüllt sieht. Er verweist diesbezüglich auf die Zwischenrechnung der Schuldnerin per 30. Juni 2022 und führt aus, die Schuldnerin führe keinen Betrieb, aus dessen Einnahmen die Schulden beglichen werden könnten und ihr einzig relevantes Aktivum, die Debitorenforderung gegen die Verwaltungsrätin C. _____ in Höhe von Fr. 2'666'347.–, sei nicht werthaltig (act. 2 S. 5-7).

Zahlungsunfähigkeit und Zahlungseinstellung sind zu unterscheiden (vgl. Oliver Kälin, Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit, ZZZ 35/2014 S. 135 ff.). Der Gläubiger ist seiner Darstellung nach einziger Gläubiger der Schuldnerin. Liegt ihm gegenüber keine Zahlungseinstellung (andauernde Zahlungsverweigerung unbestrittener und fälliger Forderungen) vor, ist die eigentliche Zahlungs(un)fähigkeit bzw. behauptete Illiquidität der Schuldnerin auf unbestimmte Dauer nicht zu prüfen. In diesem Sinne ist vom Konkursgericht und der Beschwerdeinstanz weder abzuklären, ob die Schuldnerin ihre bilanzierte Debitorenforderung wird eintreiben, noch wie sie ihren zukünftigen Zahlungsverpflichtungen wird nachkommen können. Anzumerken ist lediglich, dass die Schuldnerin, welche gemäss Auszug aus dem Handelsregister die ... bezweckt (vgl. act. 5), gemäss ihrer Zwischenrechnung in den ersten sechs Monaten des vergangenen Jahres zwar keine Erträge verbucht hat. Dass sie ihre Aktivität gänzlich aufgegeben und nur noch eine Mantelgesellschaft ist, wird nicht behauptet.

5.4 Vor dem Hintergrund des Gesagten kann der Vorinstanz, welche von keiner Zahlungseinstellung durch die Schuldnerin ausgegangen ist, keine falsche

Rechtsanwendung vorgeworfen werden. Der Gläubiger bringt im Beschwerdeverfahren nichts vor, was eine andere Beurteilung nahe legen würde. Die Beschwerde ist somit abzuweisen.

6. Eine Verhandlung im Beschwerdeverfahren ist gesetzlich nicht vorgesehen. Die Prozessführung liegt im Ermessen des Gerichts. Der Gläubiger konnte seinen Standpunkt in der Beschwerde umfassend darlegen und selbst unechte Noven vorbringen. Da es im vorliegenden Fall nach eigener Darstellung an der materiellen Voraussetzung für die Konkurseröffnung nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO fehlt, erweist sich die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung als entbehrlich. Schon gar nicht wäre eine solche wie vom Gläubiger geltend gemacht (act. 2 S. 7) zwecks Klärung der Frage anzusetzen, wie die Schuldnerin die künftigen Zinsen zu bedienen und die nach ihrer Auffassung spätestens am 30. Juni 2024 geschuldete Rückzahlung des Darlehens zu bewerkstelligen gedenke. Der entsprechende Antrag des Gläubigers auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist daher abzuweisen. Für die eventualiter beantragte Rückweisung der Sache an die Vorinstanz besteht bei diesem Ausgang keine Veranlassung.

III.

Ausgangsgemäss wird der Gläubiger für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). In Anwendung von Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 lit. b GebV SchKG sind die Kosten auf Fr. 750.– festzusetzen und mit dem von ihm geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Der Schuldnerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag des Beschwerdeführers auf Durchführung einer mündlichen Beschwerdeverhandlung wird abgewiesen.
2. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein und an die Obergerichtskasse.

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

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

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am:
19. Januar 2023