

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160015-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

Urteil vom 18. Februar 2016

in Sachen

A._____,

Gläubiger und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B.____ **AG**,

Schuldnerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Y1._____,

substituiert durch MLaw Y2._____,

betreffend

Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 12. Januar 2016 (EK150397)

Erwägungen:

1. Einleitung, Prozessgeschichte

Mit Eingabe vom 13. November 2015 stellte der Gläubiger und Beschwerdeführer (im Folgenden: Gläubiger) beim Bezirksgericht Dielsdorf das unbegründete Begehren, über die Schuldnerin und Beschwerdegegnerin (im Folgenden: Schuldnerin) sei gestützt auf Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG für Forderungen von CHF 8'400.00 nebst Zins zu 5 % vom 1. Juli 2015 bis am 13. November 2015 sowie von CHF 12'600.00 der Konkurs zu eröffnen (act. 6/1). Am 19. November 2015 wurde eine kurze Begründung nachgereicht (act. 6/5). Mit Verfügung vom 27. November 2015 lud die Vorinstanz die Parteien zur Verhandlung vom 12. Januar 2016 vor (act. 6/6). Am 4. und am 10. Dezember 2015 reichte die Schuldnerin Eingaben ein (act. 6/7 und 6/11). Dazu nahm der Gläubiger am 6. Januar 2016 Stellung (act. 6/14). Zur Verhandlung vom 12. Januar 2016 erschien nur die Schuldnerin (Protokoll Vorinstanz S. 3). Mit Urteil vom 12. Januar 2016 wies das Bezirksgericht Dielsdorf das Konkursbegehren ab, auferlegte dem Gläubiger die Spruchgebühr von CHF 500.00 und verpflichtete ihn, der Schuldnerin eine Parteientschädigung von CHF 2'200.00 zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer zu bezahlen (act. 5 = act. 6/20). Dieser Entscheid wurde dem Gläubiger am 22. Januar 2016 zugestellt (act. 6/21/1).

Mit Eingabe vom 1. Februar 2016 (Datum Poststempel) erhob der Gläubiger rechtzeitig Beschwerde und stellte folgende Anträge (act. 2):

Es sei das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und das Begehren um Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung gutzuheissen;

Alles mit Kosten auf Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Begründung der Vorinstanz

Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, die Schuldnerin habe sich in der Gewerbeliegenschaft des Gläubigers an der C.____-Strasse ... in Oberglatt eingemietet. Einige Zeit nach Vertragsschluss sei die Schuldnerin mit den Mietzinsezahlungen in Verzug geraten. Am 14. Oktober 2015 habe das Betreibungsamt Rümlang-Oberglatt in den gemieteten Räumen ein Retentionsverzeichnis aufgenommen. Der Gläubiger habe sein Gesuch um Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung auf eine Forderung von CHF 21'000.00 gestützt, was zehn Monatsmietzinsen entsprochen habe. Zur Begründung des Gesuches habe der Gläubiger ein Schreiben der Schuldnerin vom 1. Mai 2015 eingereicht. Darin habe die Schuldnerin ausgeführt, sie werde keine weiteren Mietzinse mehr zahlen können. Sie befinde sich in grossen finanziellen Schwierigkeiten und erwarte keine Verbesserung der aktuellen Lage (act. 6/3).

Die Schuldnerin habe (unaufgefordert vor der Verhandlung) ausgeführt, mit dem Schreiben vom 1. Mai 2015 habe sie nicht eine allgemeine Zahlungsunfähigkeit ausdrücken wollen. Das Schreiben sei denn auch nur an den Gläubiger und nicht an weitere Geschäftspartner gerichtet gewesen. Der Gläubiger habe zur Verschlechterung der finanziellen Situation der Schuldnerin beigetragen, indem er der Schuldnerin die Schlüssel zum Mietobjekt abgenommen und damit verhindert habe, dass die Gläubigerin ihre Geschäftstätigkeit weiter ausüben können. Die Schuldnerin habe die Ausstände aus den Monaten April bis Juni 2015 im Zeitpunkt des Konkursbegehrens abgetragen gehabt. Am 16. September 2015 habe die Schuldnerin den Mietvertrag fristlos gekündigt, seither seien keine Mietzinse mehr geschuldet.

Der Gläubiger habe (ebenfalls unaufgefordert vor der Verhandlung) behauptet, die Schuldnerin habe den Mietzins nur bis Juni 2015 bezahlt. Die Zahlungen seien zu spät erfolgt. Der Juni-Mietzins sei erst am 30. September 2015 eingegangen. Durch die Retention sei der Schuldnerin die Substanz bis auf einen Wert von rund CHF 300.00 entzogen worden. Selbst nach Darstellung der Schuldnerin, die sich auf den Standpunkt stelle, per Mitte September 2015 gekündigt zu haben, sei der Mietzins bis zu diesem Zeitpunkt geschuldet. Ab Juli 2015 habe die Schuldne-

rin indes keinen Mietzins mehr bezahlt. Es sei dem Gläubiger nicht zuzumuten, den ordentlichen Betreuungsweg zu beschreiten, da mit einem langen ordentlichen Prozess zu rechnen gewesen wäre. Die Behauptung der Schuldnerin, der Gläubiger hindere sie an der Ausübung der Geschäftstätigkeit, sei unzutreffend.

Anlässlich der Verhandlung habe die Schuldnerin ausgeführt, ihr Schreiben vom 1. Mai 2015 sei eine Offerte zur Vertragsauflösung gewesen, die der Gläubiger durch Rücknahme der Schlüssel am 29. Juni 2015 angenommen habe. Der Mietzins sei somit bis Ende Juni 2015 geschuldet und dieser Mietzins sei bezahlt. Es treffe zwar zu, dass die Schuldnerin Zahlungsschwierigkeiten gehabt habe. Diese seien aber vorübergehender Natur gewesen. Eine Illiquidität auf unbestimmte Dauer liege nicht vor. Die Schuldnerin sei bisher nicht betrieben worden, mit Ausnahme der durch den Gläubiger selbst nach seinem Konkursbegehren angeordneten Betreuung.

Die Vorinstanz erwog weiter, eine Zahlungsunfähigkeit im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG liege vor, wenn ein Schuldner unbestrittene und fällige Forderungen nicht mehr begleiche, Betreibungen auflaufen lasse, systematisch Rechtsvorschlag erhebe und selbst kleine Beträge nicht mehr bezahle. Sogar das Nichtbezahlen einer einzelnen Schuld könne auf Zahlungseinstellung schliessen lassen, wenn die Schuld bedeutend und die Zahlungsverweigerung dauerhaft sei. Die Zahlungseinstellung dürfe aber nicht bloss vorübergehender Natur sein, sondern müsse auf unbestimmte Zeit erfolgen. Aufgrund des Schreibens der Schuldnerin vom 1. Mai 2015 könne vielleicht abgeleitet werden, die Schuldnerin habe ihre Zahlungen eingestellt. Hätte der Gläubiger unverzüglich die Eröffnung des Konkurses ohne vorgängige Betreuung verlangt, so hätte das Gesuch möglicherweise gutgeheissen werden können. Seit der Erklärung vom 1. Mai 2015 habe die Schuldnerin die unbestrittenen Mietzinse bezahlt. Dies lasse auf eine gewisse wirtschaftliche Erholung schliessen. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin sei glaubhaft gemacht. Das Gesuch sei deshalb abzuweisen.

3. Argumente des Gläubigers

Der Gläubiger vertritt die Auffassung, aus dem Schreiben der Schuldnerin vom 1. Mai 2015 gehe mit genügender Klarheit hervor, dass diese ihre Zahlungen eingestellt habe. Diese Auffassung habe grundsätzlich auch die Vorinstanz vertreten, doch sei sie zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Gläubiger gewissermassen eine Frist zur Einreichung des Konkursbegehrens hätte einhalten müssen. Gemäss Art. 166 SchKG gelte für das Stellen eines Konkursbegehrens sogar eine Frist von 15 Monaten. Massgeblich für die Beurteilung der Rechtzeitigkeit des Gesuches sei nicht der Brief vom 1. Mai 2015, sondern die letzte Zahlung der Schuldnerin. Der Gläubiger habe das Konkursbegehren nur zwei Wochen nach Empfang der letzten Zahlung und damit rechtzeitig gestellt. Es müsse dem Gläubiger auch möglich sein, mit der Gesuchstellung zuzuwarten, um die Chance der wirtschaftlichen Erholung der Schuldnerin auszunutzen. Würde das Gesuch unverzüglich gestellt, so gingen die Gläubiger möglicherweise leer aus. Das Zuwarten habe sich auch im vorliegenden Fall bewährt, habe der Gläubiger doch nochmals einen Mietzins einnehmen können, was bei sofortigem Handeln sicher nicht der Fall gewesen wäre. Die Schuldnerin sei eine Aktiengesellschaft mit einem Aktienkapital von 100'000 Franken. Wenn sie Mietbeträge von CHF 2'100.00 nicht mehr bezahlen könne, sei sie nicht nur zahlungsunfähig, sondern illiquid. Der Verwaltungsrat hätte die Massnahmen nach Art. 725 OR einleiten müssen. In einem anderen Verfahren habe der Gläubiger darauf hingewiesen, dass die Schuldnerin ein eigentliches asset stripping inszeniert habe. Es stelle sich die Frage, ob hier nicht auch der Tatbestand der betrügerischen Handlungen zum Nachteil der Gläubiger erfüllt sei. Die Schuldnerin habe es unterlassen, ihre Zahlungsfähigkeit zu beweisen. Sie habe kein einziges Indiz für ihre Überlebensfähigkeit vorgelegt. Auch nicht bewiesen habe die Schuldnerin die von ihr behauptete fristlose Kündigung des Mietvertrages.

4. Würdigung

Gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG kann ein Gläubiger ohne vorgängige Betreuung die Konkurseröffnung verlangen, wenn ein der Konkursbetreuung unterliegender Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Die Vorinstanz hat die An-

wendung dieser Bestimmung ausführlich und zutreffend dargestellt. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, ist auf diese Begründung mit nachfolgenden Ergänzungen zu verweisen.

Verlangt ein Gläubiger die Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung wegen Zahlungseinstellung des Schuldners, so ist es an ihm, diesen Umstand, und nicht am Schuldner, das Gegenteil nachzuweisen (BSK SchKG II-Brunner/Boller, 2. Auflage, Art. 190 N 15). Die Behauptungs- und Beweislast liegt damit beim Gläubiger. Die Frage, ob das Beweismass des Vollbeweises Anwendung findet oder ob die Glaubhaftmachung genügt, kann offen bleiben. Jedenfalls genügt der Hinweis des Gläubigers nicht, die Schuldnerin habe es unterlassen, ihre Zahlungsfähigkeit und Liquidität nachzuweisen.

Zum Beweis der Zahlungseinstellung stützt sich der Gläubiger auf ein Schreiben der Schuldnerin vom 1. Mai 2015 und ein Retentionsverzeichnis des Betreibungsamtes Rümlang-Oberglatt vom 23. Oktober 2015 (act. 6/3 und 6/4). Die Frage ist, ob diese Dokumente genügen, um die Zahlungseinstellung nachzuweisen. Wie das Bezirksgericht Dielsdorf zutreffend festgestellt hat, stellt das Schreiben vom 1. Mai 2015 tatsächlich ein Indiz für die Zahlungseinstellung der Schuldnerin zum damaligen Zeitpunkt dar. Gemäss Darstellung des Gläubigers hat sich die Situation aber seither verändert. Der Gläubiger legte dar, dass er das Gesuch um Konkursöffnung nicht früher gestellt habe, weil im Zeitpunkt, als er den Brief erhalten hatte, ein unbefriedigendes Verwertungsergebnis zu erwarten gewesen wäre. Er habe zugewartet, um die Chance einer Erholung des Schuldners zu nutzen, und dieses Zuwarten habe sich gelohnt. So habe die Schuldnerin entgegen der Ankündigung im Brief vom 1. Mai 2015, wonach sie keine weiteren Mietzinse mehr zahlen könne, nochmals einen Mietzins bezahlt. Der Gläubiger räumt damit selber ein, dass sich die finanzielle Situation der Schuldnerin in der Zeit zwischen dem 1. Mai 2015 bis zur Einreichung des Konkursbegehrens zum Positiven verändert hat. Das genannte Schreiben genügt deshalb zur Glaubhaftmachung der Zahlungseinstellung nicht. Erst recht ist der Beweis dafür nicht erbracht. Wenn die Vorinstanz darauf hinwies, dass der Gläubiger nach Eingang des Schreibens vom 1. Mai 2015 ein halbes Jahr mit der Stellung des Konkursbegehrens zugewartet

habe, so sagte sie damit entgegen der Ansicht des Gläubigers nicht, dass sie die Einhaltung einer bestimmten Frist gefordert habe. Sie stellte nur (und zutreffend) fest, dass bei der Würdigung des Schreibens vom 1. Mai 2015 die zwischenzeitliche Entwicklung in die Erwägungen einzubeziehen sind. Und diese Entwicklungen führen zum Schluss, dass die Voraussetzung der Zahlungseinstellung zu verneinen ist. Im Übrigen wären in Bezug auf die Frage der Zahlungseinstellung Noven auch noch im Beschwerdeverfahren bis zum Ablauf der Beschwerdefrist zulässig, damit die Eröffnung eines nicht angebrachten Konkurses verhindert werden kann (BGer 5A_442/2015 E. 6.1.). Die Schuldnerin behauptete im vorinstanzlichen Verfahren, dass gegen sie keine Beteiligungen hängig seien (act. 6/7 S. 1). Dies wurde vom Gläubiger vor Vorinstanz nicht bestritten und er bringt auch in der Beschwerdeschrift nicht vor, dass seit dem Erlass des angefochtenen Entscheides Beteiligungen eingeleitet worden wären (act. 2).

Aus dem Retentionsverzeichnis des Betreibungsamtes Rümlang-Oberglatt vom 23. Oktober 2015 geht hervor, dass dort zwar zahlreiche Gegenstände vorgefunden wurden, diese aber aus Sicht des Betreibungsamtes einen so geringen Wert haben, dass keine Retention stattfinden kann. Das Retentionsverzeichnis betrifft nur die noch im Mietobjekt vorhandenen Sachen der Schuldnerin und bilden damit nur einen Teil der Bilanz der Schuldnerin ab. Die Zahlungseinstellung lässt sich damit nicht glaubhaft machen oder nachweisen.

Neu bringt der Gläubiger im Beschwerdeverfahren vor, der einzige Verwaltungsrat der Schuldnerin habe ein richtiggehendes "asset stripping" inszeniert. Diese Behauptung ist neu und darum unzulässig (Art. 326 ZPO), zudem unsubstanziert und genügt nicht.

Die Eröffnung des Konkurses ohne Beteiligung stellt eine Ausnahme dar. Grundsätzlich hat ein Gläubiger den ordentlichen Weg einzuschlagen. Nur wenn eine Vermögensgefährdung vorliegt, ist ein Vorgehen nach Art. 190 Abs. 1 SchKG zulässig. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Konkursöffnung ohne vorgängige Beteiligung nur möglich, wenn dem Gläubiger die Einschlagung des ordentlichen schuldbetreibungsrechtlichen Verfahrens nicht mehr zugemutet werden kann (BGE 97 I 309). Der Gläubiger brachte in diesem Zusammenhang

vor Vorinstanz vor, der Weg der ordentlichen Betreuung sei dem Gläubiger nur zumutbar, wenn der Mieter den strittigen Mietzins hinterlegt habe (act. 6/14 S. 3). Dieser Auffassung ist nicht zuzustimmen. Denn von einer Zahlungseinstellung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG ist unter anderem dann auszugehen, wenn ein Schuldner auch unbestrittene und fällige Forderungen nicht mehr bezahlt. Darauf hat die Vorinstanz hingewiesen (act. 3 S. 5). Selbstredend ist das Nichtzahlen von bestrittenen Forderungen kein Indiz für eine Zahlungseinstellung, sondern nur dafür, dass die Forderung eben bestritten ist. Wird ein geltend gemachter Anspruch vom Schuldner in Abrede gestellt, so hat der Gläubiger den ordentlichen Betreibungs- und Prozessweg einzuschlagen. Unzumutbar ist dies nicht. Würde man anderes entscheiden, so könnte der (behauptete) Gläubiger durch Androhung eines Begehrens um Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung die Zahlung oder wenigstens Hinterlegung der bestrittenen Forderung erzwingen, was vom Gesetz indes nicht vorgesehen ist. Zur Sicherung einer bestrittenen Forderung stellen das Betreibungsrecht und das Zivilprozessrecht die Möglichkeit der vorsorglichen Massnahme (im SchKG den Arrest) zur Verfügung. Sind die Voraussetzungen für eine vorsorgliche Massnahme nicht erfüllt, so hat der Gläubiger den Ausgang des ordentlichen Prozesses abzuwarten. Die unbestrittenen Mietzinse bis Juni 2015 wurden unbestrittenermassen bezahlt, wenn auch zu spät. Der Gläubiger behauptet, die Schuldnerin habe auch für die folgenden Monate weiterhin Mietzinse zu bezahlen. Die Schuldnerin hat diese Forderung bis heute weder getilgt noch hinterlegt, bestreitet sie aber. Nach dem Gesagten stellt dies indes keinen Grund für die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung dar.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Gläubiger die Zahlungseinstellung der Schuldnerin weder glaubhaft gemacht noch nachgewiesen hat. Die Beschwerde ist abzuweisen.

5.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Gläubiger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen. Dem Gläubiger nicht wegen Unterliegens, der Schuldnerin nicht mangels erheblicher Aufwendungen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 750.00 festgelegt.
3. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Gläubiger auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Schuldnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Dielsdorf und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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

Der Gerichtsschreiber:

lic.iur. M. Hinden

versandt am:
19. Februar 2016