

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180152-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur
sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

Urteil vom 24. Oktober 2018

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ AG,

Gesuchs- und Beschwerdegegnerin,

betreffend

Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung

Beschwerde gegen einen Entscheid des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 8. August 2018 (EK180309)

Erwägungen:

1. Die B._____ AG (Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin, fortan Beschwerdegegnerin) ist eine seit Ende 1998 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragene Aktiengesellschaft, die den Betrieb einer Privatschule ... bezweckt (act. 5). Als Aktionäre fungieren A._____ (Gesuchsteller und Beschwerdeführer, fortan Beschwerdeführer) sowie C._____, die seit Januar 2018 einziges Verwaltungsratsmitglied der Beschwerdegegnerin ist (act. 2 S. 4; act. 7/2/2; act. 5).

2.1 Der Beschwerdeführer stellte am 4. August 2018 beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Dietikon ein Gesuch um Eröffnung des Konkurses über die Beschwerdegegnerin, und zwar ohne deren vorgängige Betreuung gestützt auf Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG (act. 7/1). Mit Verfügung und Urteil vom 8. August 2018 wies die Vorinstanz das Gesuch ab und damit gleichzeitig auch die vom Beschwerdeführer beantragten superprovisorischen und vorsorglichen Massnahmen (act. 3 = act. 6 = act. 7/3).

2.2 Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 20. August 2018 rechtzeitig Beschwerde ans Obergericht (act. 2, zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 7/4). Die Kammer wies das Begehren um Erlass superprovisorischer und vorsorglicher Massnahmen mit Verfügung vom 22. August 2018 ab (act. 8). Den ihm auferlegten Kostenvorschuss leistete der Beschwerdeführer fristgemäss (act. 9/1, act. 10). Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort kann verzichtet werden (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Sache erweist sich als spruchreif.

3.1 Gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG kann ein Gläubiger ohne vorgängige Betreuung beim Gericht die Konkursöffnung gegen eine der Konkursbetreuung unterliegende Schuldnerin verlangen, die ihre Zahlungen eingestellt hat. Die Bestimmung ermöglicht dem Gläubiger, aus einem materiellen Konkursgrund die Konkursöffnung über eine Schuldnerin zu verlangen, ohne vorgängig ein Betreibungsverfahren durchlaufen zu müssen.

3.2 Jeder Gläubiger kann sich auf Art. 190 SchKG berufen bzw. die Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung beantragen (BGE 85 III 146 E. 3). Vorliegend ist die Legitimation des Beschwerdeführers zum Begehren vom 4. August 2018 um Konkursöffnung über die Beschwerdegegnerin wegen Zahlungseinstellung nicht umstritten. Anlass zur Beschwerde gibt vielmehr der Umstand, dass die Vorinstanz die Zahlungseinstellung als Voraussetzung für die Konkursöffnung verneint hat.

3.3 Der Begriff der Zahlungseinstellung ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der dem Konkursrichter einen weiten Ermessensspielraum verschafft. Die Vorinstanz hat zutreffend darauf hingewiesen, dass eine Zahlungseinstellung vorliegt, wenn der Schuldner während längerer Zeit einen erheblichen Anteil der laufenden und unbestrittenen Forderungen nicht begleicht (act. 3 S. 3). Anzunehmen ist dies u.a. dann, wenn er Betreibungen gegen sich auflaufen lässt und dabei systematisch Rechtsvorschlag erhebt oder selbst kleinere Beträge nicht mehr bezahlt. Mit solchem Verhalten zeigt der Schuldner, dass er nicht über genügend liquide Mittel verfügt, um seinen Verpflichtungen nachzukommen (BGer 5A_790/2017 vom 3. September 2018 E. 3.2.). Von Zahlungseinstellung kann grundsätzlich auch ausgegangen werden, wenn sich die Zahlungsverweigerung nur auf einen Hauptgläubiger oder eine Gläubigerkategorie bezieht (BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, 2. Aufl., Art. 190 N 11; AMMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., § 38 N 13). Sogar die Nichtbefriedigung einer einzelnen Schuld kann auf Zahlungseinstellung schliessen lassen, wenn die Schuld bedeutend und die Zahlungsverweigerung dauerhaft ist (BGer 5A_790/2017 vom 3. September 2018 E. 3.2.).

Zu betonen ist aber, dass die Zahlungseinstellung stets als das äusserlich erkennbare Merkmal der Zahlungsunfähigkeit zu verstehen ist (BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, 2. Aufl., Art. 190 N 11; AMMONN/WALTHER, a.a.O., § 38 N 14). Es muss eine auf unabsehbare Zeit bestehende objektive Illiquidität vorliegen, die den Schuldner ausserstande setzt, seine Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. In diesem Sinne dürfen Zahlungseinstellung oder Zahlungsun-

fähigkeit nicht mit mangelndem Zahlungswillen gleichgesetzt werden (AMMONN/WALTHER, a.a.O., § 38 N 14).

3.4 Für das Vorliegen des materiellen Konkursgrundes trägt der Gläubiger die Beweislast, wobei die Zahlungseinstellung mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit darzulegen ist (vgl. in diesem Sinn BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, 2. Aufl., Art. 190 N 29). Dabei mag dem Gläubiger der Umstand helfen, dass die Zahlungseinstellung leichter nachzuweisen ist als die eigentliche Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners.

4.1 Der Beschwerdeführer macht über zahlreiche Seiten Ausführungen zu den einzelnen, von ihm behaupteten Forderungen gegenüber der Beschwerdegegnerin. Mit ihrer grundsätzlichen finanziellen Lage befasst er sich nur am Rande. Immerhin führt er aus, die Geschäftsabschlüsse der Beschwerdegegnerin für die Geschäftsjahre vom 1. August 2015 bis 31. Juli 2016 sowie vom 1. August 2016 bis zum 31. Juli 2017 enthielten Bilanzgewinne von nur gerade Fr. 705.20 bzw. Fr. 5'521.06. Ausserdem stünden dem kurzfristigen Fremdkapital, das um die Darlehensschuld von Fr. 500'000.– zu ergänzen sei, unzureichende flüssige Mittel gegenüber. Die Beschwerdegegnerin sei damit offensichtlich und in hohem Masse illiquid und könne ihre anerkannten Schulden ihm gegenüber nicht tilgen (act. 2 S. 7).

4.2 Zweckdienliche Unterlagen zur Beurteilung der Zahlungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin sind die vom Beschwerdeführer eingereichte Bilanz per 31. Juli 2017, die allerdings nicht mehr ganz aktuell ist (act. 2/34), und der Betriebsregisterauszug des Betriebsamts Birmensdorf vom 30. Juli 2018 (act. 2/12).

4.3 Ein wichtiger Indikator für die Liquidität einer Unternehmung bildet die sog. Quick Ratio, eine Gegenüberstellung der flüssigen Mittel und Forderungen einerseits und des kurzfristigen Fremdkapitals andererseits. Die betreffenden Bilanzzahlen der Beschwerdegegnerin zeigen, dass sich die beiden Positionen per 31. Juli 2017 nahezu die Waage hielten (total Fr. 730'545.62 flüssige Mittel und Forderungen vs. Fr. 763'506.37 kurzfristiges Fremdkapital). Von einer Illiquidität der Beschwerdegegnerin auszugehen, wäre vor diesem Hintergrund verfehlt. Daneben

bestehen auch keine Anzeichen einer Überschuldung; das Aktienkapital ist gedeckt, Reserven sind vorhanden und die Beschwerdegegnerin hat per 31. Juli 2017 einen Gewinn ausgewiesen. Dass dieser mit Fr. 5'521.06 gering ausfiel, ist kein Anzeichen für eine schlechte finanzielle Lage, wie der Beschwerdeführer behauptet, umso mehr als auch keine Verpflichtung besteht, einen Gewinn als solchen stehen zu lassen.

4.4 Der Betreibungsregisterauszug der Beschwerdegegnerin zeigt insgesamt sieben Beteiligungen, die alle am 10. Juli 2018 vom Beschwerdeführer als Privatperson oder als Geschäftsleiter der Webbasierte D. _____ AG eingeleitet wurden. Dass die Beschwerdegegnerin während längerer Zeit ihren bestehenden Verpflichtungen nicht nachgekommen wäre, woraus auf ihre Zahlungsunfähigkeit geschlossen werden müsste, ist somit nicht der Fall, wie auch die Vorinstanz zutreffend bemerkte (act. 3 S. 4). In sämtlichen Beteiligungen wurde sodann Rechtsvoranschlag erhoben, weshalb auch nicht von generell unbestrittenen Forderungen ausgegangen werden kann.

4.5 Die Beschwerdegegnerin präsentiert sich – soweit man sich gestützt auf die beiden genannten Unterlagen ein Bild über ihre finanzielle Lage machen kann – als gesunde Unternehmung. Eine Zahlungsunfähigkeit als Ursache für die vom Beschwerdeführer behauptete Zahlungseinstellung ist nicht auszumachen.

5.1 Es ist korrekt, dass auch die Zahlungsverweigerung gegenüber einem einzigen Gläubiger zur Annahme der Zahlungseinstellung führen kann (vgl. vorstehend E. 3.3). Vor diesem Hintergrund mag es folgerichtig erscheinen, die einzelnen vom Beschwerdeführer geltend gemachten Forderungen gegenüber der Beschwerdegegnerin näher zu betrachten, wie es die Vorinstanz getan hat (act. 3 S. 5 ff.). Die Vorinstanz hielt in diesem Zusammenhang fest, eine Schuldsumme von Fr. 212'686.95 sei (als einzige) von der Beschwerdegegnerin im Jahresabschluss für das Geschäftsjahr 2016/17 anerkannt worden. Aus der Bilanzierung lasse sich indessen nichts zu den näheren Modalitäten, insbesondere zur Fälligkeit, ableiten. Daraus, dass die Schuld bis heute nicht bezahlt worden sei, schliessen zu wollen, die Beschwerdegegnerin habe ihre Zahlungen eingestellt, erscheine abwegig. Es helfe dem Beschwerdeführer nicht, wenn er an ihn gericht-

tete Rechnungen Dritter für Forderungen gegen die Beschwerdegegnerin ins Recht lege, weil aus diesen nicht hervorgehe, ob sie tatsächlich vom Beschwerdeführer bezahlt worden seien und auf welcher Grundlage ein allfälliges Rückforderungsrecht bestünde (act. 3 S. 5).

5.2 Der Beschwerdeführer nimmt ausführlich zu den einzelnen acht Rechnungen, aus denen sich die Summe von Fr. 212'686.95 zusammensetze (vgl. act. 2 S. 5), Stellung. Er führt aus, die Fälligkeit sei jeweils mit Rechnungstellung eingetreten (act. 2 S. 6). Bei zahlreichen Positionen handelt es sich offenbar um Beträge, welche der Beschwerdeführer für die Beschwerdegegnerin vorgeschossen und ihr dann in Rechnung gestellt habe (act. 2 S. 8). Der Beschwerdeführer erklärt, er sei unter anderem die Hausverwaltung der Liegenschaft der Beschwerdegegnerin und habe beispielsweise in diesem Zusammenhang Auslagen, für die es Kassenzettel gebe (act. 2 S. 9 f. und 12). Sämtliche Rechnungen, die er an die Beschwerdegegnerin gerichtet habe, seien in den Buchungsblättern zum Jahresabschluss per 31. Juli 2017 in den entsprechenden Konten korrekt erfasst und gebucht, insofern also von der Beschwerdegegnerin anerkannt (act. 2 S. 12).

5.3 In der Bilanz per 31. Juli 2017 ist unter "übrige kurzfristige Verbindlichkeiten ggü Beteiligungen" im Konto "Aktionär A._____" ein Betrag von Fr. 212'686.95 gebucht (act. 2/34). Es kann somit davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdegegnerin den Bestand einer Forderung in dieser Höhe im damaligen Zeitpunkt als ausgewiesen erachtete. Ob in der Folge und wenn ja weshalb eine Rückerstattung an den Beschwerdeführer verweigert wurde, ergibt sich nicht aus den Akten. Die Gründe können vielfältig sein und betreffen wohl das Innenverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und der Beschwerdegegnerin. In von ihm eingereichten Schreiben erwähnt der Beschwerdeführer, dass zwischen ihm und Frau C._____ als einziger anderer Aktionärin der Beschwerdegegnerin "Streit besteht" (vgl. act. 2/9 und 2/10). Jedenfalls greift es klar zu kurz, die Erklärung auf die mangelnde Liquidität der Beschwerdegegnerin zurückzuführen, für die – wie weiter oben erläutert – keinerlei Anhaltspunkte bestehen. Selbst wenn eine Rückerstattung ungerechtfertigterweise unterbliebe, ist der Beschwerdeführer nochmals darauf hinzuweisen, dass Zahlungseinstellung und fehlender Zahlungswille

nicht gleichgesetzt werden dürfen. Eine Konkursöffnung über die Beschwerdeführerin ohne vorgängige Betreuung rechtfertigt sich nur dann, wenn glaubhaft (bzw. überwiegend wahrscheinlich) erscheint, dass der Zahlungseinstellung eine Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zugrunde liegt bzw. die Zahlungsverweigerung damit erklärt werden muss. Ansonsten ist es dem Beschwerdeführer ohne weiteres zumutbar, ein normales Rechtsöffnungsverfahren zu durchlaufen, was gerade im Bereich der grundsätzlich anerkannten Forderungen keine grössere Probleme bereiten dürfte.

5.4 Dieselben Grundsätze gelten auch für jene vom Beschwerdeführer in Betreuung gesetzten Positionen, die von der Beschwerdegegnerin nicht bilanziert wurden. Es erübrigt sich aus diesem Grund, auf die diesbezüglichen umfangreichen Ausführungen des Beschwerdeführers näher einzugehen (act. 2 S. 13 ff.).

5.5 Die Beschwerde ist nach dem Gesagten abzuweisen.

6. Der Beschwerdeführer wird 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 Kostenvorschuss zu verrechnen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Dietikon und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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:

Dr. M. Isler

versandt am:
25. Oktober 2018