

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS200095-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur.
T. Engler sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Siegwart

Urteil vom 4. August 2020

in Sachen

A. _____,

Gläubiger und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____ und / oder Rechtsanwältin Dr. iur.

X2. _____

gegen

B. _____,

Schuldner und Beschwerdegegner,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirks-
gerichtes Winterthur vom 4. März 2020 (EK180786)

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte und Sachverhalt

1. Mit Eingabe an das Bezirksgericht Winterthur (nachfolgend: Vorinstanz) vom 19. Dezember 2018 stellte der Gläubiger und Beschwerdeführer (nachfolgend: Gläubiger) das Begehren um Eröffnung des Konkurses über den Schuldner und Beschwerdegegner (nachfolgend: Schuldner). Nach doppeltem Schriftenwechsel zu der vom Schuldner behaupteten fehlenden Fälligkeit der betriebenen Forderung gemäss Schuldanererkennung vom 28. Januar 2015 wurde das Verfahren auf Ersuchen des Gläubigers und im Einverständnis mit dem Schuldner zwecks Führung aussergerichtlicher Vergleichsgespräche bis 1. Februar 2020 sistiert. Mit Eingabe vom 28. Februar 2020 ersuchte der Gläubiger um Fortsetzung des Verfahrens und beantragte die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Sinne von Art. 170 SchKG, welche superprovisorisch anzuordnen seien. Mit Urteil vom 4. März 2020 wies die Vorinstanz das Konkurseröffnungsbegehren zufolge noch nicht bestehender Fälligkeit der in Betreuung gesetzten Forderung sowie dementsprechend auch die Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab (zum Ganzen act. 6 S. 2 f. und 6).

2. Dagegen erhob der Gläubiger mit Eingabe vom 22. April 2020 (Datum Poststempel) fristgerecht Beschwerde (act. 2). Der angefochtene Entscheid wurde ihm am 9. März 2020 zugestellt (act. 49). Die zehntägige Beschwerdefrist lief damit am 19. März 2020 ab und verlängerte sich zufolge vom Bundesrat verordnetem Rechtsstillstand und den Betreibungsferien bis zum 22. April 2020 (Art. 174 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 56 Ziff. 2 und Art. 63 SchKG; Verordnung über den Rechtsstillstand gemäss Artikel 62 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [SR 281.241]). Der Gläubiger beantragt in seiner Beschwerde Folgendes (act. 2 S. 2):

- " 1. Das Urteil des Einzelgerichts in Konkursachen am Bezirksgericht Winterthur vom 4. März 2020 in der Sache EK180786 (Betreibung Nr. 363453 des Betreibungsamtes Winterthur Stadt) sei vollumfänglich aufzuheben;

2. a) über B._____ sei der Konkurs zu eröffnen;
eventualiter
b) die Sache sei an das Einzelgericht in Konkursachen am Bezirksgericht Winterthur zur Entscheidung im Sinne der kantonsgerichtlichen Erwägungen zurückzuweisen;
3. im Sinne vorsorglicher Anordnungen nach Art. 170 SchKG sei unverzüglich ein Inventar aufzunehmen und dem Schuldner unter Strafandrohung i.S.v. Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle zu verbieten, neue Verpflichtungen einzugehen oder andere Gläubiger zu bezahlen;

Unter Kosten und Entschädigungsfolge, zuzüglich MWSt, zu Lasten von B._____."

Weiter stellt der Gläubiger die folgenden prozessualen Anträge:

- " 1. Die Massnahmen nach Ziff. 3, oben, seien unverzüglich und ohne Anhörung des Schuldners zu verfügen.
2. Es sei die Akte des Einzelgerichts in Konkursachen am Bezirksgericht Winterthur in der Sache EK180786 beizuziehen."

3. Mit Beschluss vom 27. April 2020 wies die Kammer die Begehren um Erlass superprovisorischer und vorsorglicher Massnahmen ab (act. 8 S. 4 f.). Gleichzeitig wurde dem Gläubiger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.– angesetzt, welcher fristgerecht hierorts einging (act. 8 S. 5; act. 9/1; act. 10). Mit Verfügung vom 15. Juni 2020 wurde dem Schuldner Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (act. 11). Nachdem diese innert Frist einging (act. 12; act. 13; act. 14/1–3) und die vorinstanzlichen Akten (act. 7/1–49) beigezogen wurden, erweist sich das Verfahren als spruchreif.

II. Materielles

1.

1.1. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die in Betreuung gesetzte Forderung, für welche der Gläubiger das Konkursbegehren stellte, noch nicht fällig sei (act. 6 S. 4 ff.). Sie stützte sich hierzu auf eine vom Schuldner sowohl für sich selbst als auch für eine AG als deren Vertreter einseitig unterzeichnete Schuldanerkenntnis mit Datum vom 28. Januar 2015. Aus dieser geht das Anerkenntnis des Schuldners hervor, dem Gläubiger als Solidarschuldner Fr. 4'270'745.20 zu

schulden. Weiter wird darin die Verpflichtung des Schuldners festgehalten, den betreffenden Betrag baldmöglichst, spätestens aber bis zum 31. Dezember 2020 zurückzuerstatten (act. 7/16/1). Die Vorinstanz folgerte, da diese Schuldanerkennung dasselbe Datum und denselben Betrag aufweise wie die vom Gläubiger in der Betreuung als Forderungsgrund aufgeführte Schuldanerkennung (act. 7/3/1–2), sei davon auszugehen, dass es sich bei Ersterer auch um die für die in Betreuung gesetzte Forderung massgebliche Schuldanerkennung handle (act. 6 S. 5).

1.2. Die Vorinstanz ist der Ansicht, dass eine noch nicht bestehende Fälligkeit generell einen Abweisungsgrund nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG darstellt. Gemäss Art. 172 SchKG weist das Gericht ein Konkursbegehren unter anderem dann ab, wenn der Schuldner durch Urkunden beweist, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, getilgt ist oder dass der Gläubiger ihm Stundung gewährt hat (Ziff. 3). Nach den vorinstanzlichen Ausführungen stellt der Einwand gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG materiell eine vor dem Konkursgericht gemachte Einrede nach Art. 85 SchKG dar. Entsprechend könne der Schuldner über den Wortlaut von Art. 172 Ziff. 3 SchKG hinaus auch eine ursprüngliche Fälligkeitsabrede geltend machen, um gestützt darauf eine materiell verfrühte Betreuung einstellen zu lassen (act. 6 S. 3 f.). Aus diesen Gründen wies die Vorinstanz das Konkursbegehren des Gläubigers schliesslich ab (act. 6 S. 6).

2.

2.1. Der Gläubiger bestreitet das Bestehen einer Fälligkeitsabrede zwischen den Parteien. Die Vorinstanz habe aus der einseitigen Schuldanerkennung fälschlicherweise eine solche Abrede zwischen den Parteien konstruiert (act. 2 Rz 22). Für das Bestehen einer derartigen Vereinbarung habe der Schuldner den strikten, im Rahmen von Art. 172 SchKG erforderlichen Beweis nicht erbracht (act. 2 Rz 28 ff.). Der Gläubiger moniert zudem, dass die erwähnte Ansicht der Vorinstanz zur möglichen Geltendmachung einer verfrühten Betreuung (E. II. 1.2. hier- vor) keine Stütze im Gesetzeswortlaut finde (act. 2 Rz 29 f.).

2.2. Der Schuldner hält hingegen an der Richtigkeit der vorinstanzlichen Begründung fest und führt erneut aus, dass er die entsprechende Schuldanerkennung im Büro bzw. in Anwesenheit des Gläubigers unterzeichnet habe (act. 13; act. 7/25).

3.

3.1. Unterlässt der betriebene Schuldner die Erhebung des Rechtsvorschlages, so wird der Zahlungsbefehl rechtskräftig bzw. vollstreckbar. Dasselbe gilt auch dann, wenn ein erhobener Rechtsvorschlag rechtskräftig und definitiv beseitigt wurde. Mit der Rechtskraft des Zahlungsbefehls findet das Einleitungsverfahren der Schuldbetreibung seine Beendigung (KuKo SchKG-WINKLER, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 88 N 1 und 7). Die Vollstreckbarkeit der in Betreuung gesetzten Forderung steht nun (grundsätzlich) fest und der Gläubiger kann mittels Stellung des Fortsetzungsbegehrens (Art. 88 SchKG) die Weiterführung des Betreibungsverfahrens bewirken. Das Einleitungsverfahren dient demnach der Prüfung der Vollstreckbarkeit der betriebenen Forderung bzw. des Zahlungsbefehls (AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 15 N 2).

3.2. Die Ansicht der Vorinstanz, wonach der Schuldner sich im Rahmen von Art. 172 SchKG auch auf eine in der ursprünglichen Schuldanerkennung begründete fehlende Fälligkeit berufen können soll, läuft auf die Zulassung von Einwendungen im Rahmen des Konkurseröffnungsverfahrens (Art. 172 SchKG) hinaus, welche bereits im Einleitungsverfahren geltend gemacht werden konnten. Dies bedeutet, dass dort verpasste oder nicht erfolgreich erhobene Vorbringen in einem späteren Verfahrensstadium, welches an dasjenige der Vollstreckbarkeitsprüfung (Einleitungsverfahren) anschliesst bzw. gerade darauf aufbaut, erneut vorgebracht werden könnten.

Dem kann nicht gefolgt werden. Art. 172 Ziff. 3 SchKG sieht die Abweisung des Konkursbegehrens zwar vor, wenn der Schuldner durch Urkunden beweist, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, getilgt ist oder dass der Gläubiger ihm Stundung gewährt hat. Ein solcher Einwand stellt materiell eine Einrede nach Art. 85 SchKG dar. Darüber, in welchem Zeitpunkt der Konkursabweisungsgrund eingetreten sein muss, ist damit aber nichts gesagt. Es kann nun aber nicht Sinn und Zweck der Regelung von Art. 172 SchKG sein, dass im Rahmen des ordentlichen Verfahrensablaufs (Einleitungsverfahren, Fortsetzungsbegehren, Konkursandrohung, Konkursbegehren, Konkurseröffnung) die im vorgängig durchlaufenen

Einleitungsverfahren überprüfte Vollstreckbarkeit mit den Einwendungen wieder aufgehoben werden kann, die dort versäumt oder nicht erfolgreich erhoben wurden. Will der Schuldner nach Stellung des Konkursbegehrens die Konkurseröffnung verhindern, so hat er vielmehr Klage nach Art. 85 SchKG (im summarischen Verfahren) oder nach Art. 85a SchKG (im vereinfachten oder ordentlichen Verfahren) zu erheben. Diese Rechtsbehelfe wurden vom Gesetzgeber ausserhalb des normalen Verfahrensablaufs angesiedelt und können deshalb jederzeit (bis zur Konkurseröffnung, vgl. dazu BGE 125 III 149 E. 2c und BGE 140 III 41 E. 3.2) geltend gemacht werden. Im Gegensatz zum Einleitungsverfahren, wo sich der Schuldner (zumindest zunächst bzw. unter Vorbehalt einer allfälligen Aberkennungsklage) auf die "Verteidigungsrolle" beschränken kann, muss er hier von Beginn weg als Kläger auftreten und somit in der Regel auch einen Kostenvorschuss entrichten (Art. 98 ZPO). Damit wird für den Fall, dass der Gläubiger die Vollstreckbarkeit des Zahlungsbefehls bereits erwirkt hat, mithin selber bereits aktiv wurde, auch ein angemessener Interessenausgleich zwischen den Parteien hergestellt.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Abweisung des Konkursbegehrens im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG nur dann erfolgen kann, wenn der Schuldner durch Urkunden beweist, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, *nach dem Eintritt der Rechtskraft des Zahlungsbefehls* getilgt wurde oder dass der Gläubiger ihm *seither* Stundung gewährt hat. Entsprechend kann gestützt auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG nicht geltend gemacht werden, die betriebene Forderung sei bereits im Zeitpunkt der Betreibungseinleitung nicht fällig gewesen.

3.3. Der Schuldner hat es unterlassen, Rechtsvorschlag zu erheben (act. 7/3/1); der Zahlungsbefehl wurde damit vollstreckbar. Diese Vollstreckbarkeit besteht nach wie vor, weil mit dem vom Schuldner erhobenen Einwand kein Konkursabweisungsgrund im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG vorliegt. Die Beschwerde des Gläubigers ist daher gutzuheissen, das angefochtene Urteil der Vorinstanz aufzuheben und über den Schuldner ist der Konkurs zu eröffnen. Die Beantwortung der umstrittenen Frage, ob der Beweis der noch nicht bestehenden Fälligkeit rechts-

genügsam erbracht wurde (siehe oben E. II. 1–2), kann bei diesem Verfahrensausgang offen bleiben.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss wird der Schuldner sowohl für das zweit- als auch das erstinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ein Antrag auf Parteientschädigung wurde vom Gläubiger bereits im vorinstanzlichen Verfahren gestellt (act. 1 S. 2). Zuzufolge Abweisung des Konkursbegehrens sprach die Vorinstanz diesem aber keine solche zu.

2. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 lit. b GebVSchKG auf Fr. 750.– festzusetzen und dem Schuldner aufzuerlegen. Sie ist vom Vorschuss des Gläubigers zu beziehen, ist diesem aber vom Schuldner zu ersetzen. Die erstinstanzliche, vom Gläubiger bezogene Spruchgebühr von Fr. 500.– (act. 6 S. 6) ist gestützt auf Art. 52 lit. b GebVSchKG zu bestätigen, aber in Abweichung des vorinstanzlichen Entscheides nicht dem Gläubiger, sondern dem Schuldner aufzuerlegen (act. 6). Sie ist dem Gläubiger vom Schuldner zu ersetzen.

3. Die Höhe der Parteientschädigung richtet sich nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) vom 8. September 2010. Der Streitwert, welcher Grundlage für die Bemessung der Entschädigung bildet, bemisst sich nach der noch unbekanntem Dividende, die auf die Forderung entfällt, für welche die Konkursöffnung verlangt wurde. Praxisgemäss beläuft sich diese in den meisten Fällen (insbesondere für Drittklassforderungen) nur auf einen sehr niedrigen Prozentsatz der ursprünglichen Forderungssumme. Oft kommt es sogar zur Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven (Art. 230 SchKG). Unter der Annahme einer Konkursdividende für Drittklassforderungen von 10% beträgt der Streitwert rund Fr. 427'000.–. (Forderungssumme von Fr. 4'270'745.20 [ohne Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens, Art. 91 Abs. 1 ZPO]). Dieser Streitwert steht zum notwendigen Zeitaufwand der Vertretung jedoch in einem offensichtlichen Missverhältnis, was bei der Bemessung der Parteientschädigung zu berücksichtigen ist.

sichtigen ist (§ 2 Abs. 2 AnwGebV). Die vom Schuldner dem Gläubiger für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren zu entrichtende Parteientschädigung ist unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen und in Anwendung der §§ 2, 4, 9 und 11 AnwGebV) auf Fr. 5'000.– (inkl. 7.7% MwSt) festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 4. März 2020 aufgehoben.
2. Über den Schuldner wird mit Wirkung ab **Mittwoch, 5. August 2020, 10.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
3. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt und dem Schuldner auferlegt. Sie wird vom Vorschuss des Gläubigers bezogen, ist diesem jedoch vom Schuldner zu ersetzen.
4. Die vom Gläubiger bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 500.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt. Sie ist dem Gläubiger vom Schuldner zu ersetzen.
5. Der Schuldner wird verpflichtet, dem Gläubiger für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.– (inkl. 7.7% MwSt) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gläubiger unter Beilage des Doppels von act. 13, sowie an das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Winterthur-Altstadt, ferner an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und das Betreibungsamt Winterthur-Stadt, je gegen Empfangsschein.
7. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesge-

richt, 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. D. Siegwart

versandt am:
5. August 2020