

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210184-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Ersatzrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 10. November 2021

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X1.____ und / oder Rechtsanwalt lic. iur.

X2.____,

gegen

B._____, Prof.,

Gläubiger und Beschwerdegegner,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.____,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 5. Oktober 2021 (EK210263)

Erwägungen:

1. Der Beschwerdegegner stellte am 25. August 2021 beim Konkursgericht Horgen ein Gesuch um Eröffnung des Konkurses über den Beschwerdeführer für eine Forderung von Fr. 1'122'848.50 nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2014, Fr. 850.60 Betreuungskosten und Fr. 4'431.30 Rechtsöffnungskosten (act. 7/1). Nachdem der Beschwerdeführer dazu mit Eingabe vom 4. Oktober 2021 schriftlich Stellung genommen hatte (act. 7/9) und nach Durchführung der Hauptverhandlung am 5. Oktober 2021 (Prot. VI S. 2 ff.), hiess das Konkursgericht das Begehren des Beschwerdegegners mit Urteil vom 5. Oktober 2021 gut und eröffnete über den Beschwerdeführer den Konkurs (act. 7/11 = act. 6).
2. Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 15. Oktober 2021 rechtzeitig Beschwerde bei der Kammer und verlangte die Aufhebung des Konkurses sowie in prozessualer Hinsicht die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-13). Mit Verfügung vom 25. Oktober 2021 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung verweigert und es wurde dem Beschwerdeführer Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses in Höhe von Fr. 750.-- angesetzt (act. 9). Der Kostenvorschuss wurde innert Frist geleistet (act. 10-11).
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.
 - 3.1. Die Vorinstanz hiess das Konkursbegehren des Beschwerdegegners gestützt auf den Zahlungsbefehl vom 8. Oktober 2014 und die Konkursandrohung vom 5. Januar 2021 des Betreibungsamtes Horgen in der Betreuung Nr. 1 gegen den Beschwerdeführer (act. 7/3/2-3) gut. Zur Begründung führte die Vorinstanz

zusammengefasst an, der Beschwerdeführer habe keine Gründe darlegen können, die zur Abweisung des Konkursbegehren oder zur Aussetzung des Entschoides über das Konkursbegehren führen würden. Zwar habe er geltend gemacht, der Beschwerdegegner habe mit der verbandelten Gesellschaft C. _____ Corp. haltlose Anschuldigungen erhoben, welche in einer Strafuntersuchung gegen ihn (den Beschwerdeführer) und der Beschlagnahmung seiner sämtlichen Vermögenswerte resultiert hätten. Der Beschwerdegegner könne in der Strafuntersuchung die Freigabe der beschlagnahmten Vermögenswerte bewirken und sich daraus befriedigen lassen, stattdessen wolle er aber den Schuldner und dessen Familie vor dem Hintergrund eines langjährigen Streits wirtschaftlich ruinieren. Jedoch verkenne der Beschwerdeführer, dass Beschlagnahmungen im Rahmen von Strafuntersuchungen vom Staat zur Durchsetzung seines Strafanspruches sowohl angeordnet wie auch aufgehoben würden – und nicht von Gläubigern. Trage ein Gläubiger nicht zur Aufhebung einer solchen Beschlagnahmung von Vermögenswerten bei, könne ihm das nicht angelastet werden. Die Durchsetzung seiner Forderung auf dem Zwangsvollstreckungsweg stehe mit dem Strafverfahren in keinem Zusammenhang. Ein Schuldner müsse das zur Abwendung eines Konkurses nötige Geld zur Zahlung seiner Schulden haben. Beim Konkurs gehe es nicht um eine wirtschaftliche Ruinierung des Schuldners, sondern die Durchsetzung berechtigter Ansprüche im dafür vorgesehenen Zwangsvollstreckungsverfahren, was per se nicht rechtsmissbräuchlich sei. Es gehe nicht um die Beurteilung von materiellen Konkursgründen, womit die Rechtsmissbrauchseinrede von vornherein nicht verfange. Ebenso wenig sei es dem Beschwerdegegner anzulasten, dass der Beschwerdeführer der Konkursbetreibung unterliege. Die Ausführungen des Beschwerdeführers zur Ausgangslage und zum Hintergrund, welche darauf abzielen würden, das Konkursbegehren des Beschwerdegegners als rechtsmissbräuchlich darzustellen, würden sich damit als nicht zielführend erweisen, und es brauche nicht weiter darauf eingegangen zu werden. Ohnehin würde es sich dabei lediglich um unbelegte Parteibehauptungen handeln (act. 6 S. 2 f.).

3.2. Dagegen bringt der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, die Vorinstanz verkenne, dass das Rechtsmissbrauchsverbot, im Besonderen das Verbot wider-

sprüchlichen Verhaltens und zweckwidriger Verwendung von Rechtsinstituten, auch im Zwangsvollstreckungsrecht gelte. Der Beschwerdegegner verhalte sich widersprüchlich und rechtsmissbräuchlich, indem er dafür Sorge, dass die Vermögenswerte des Beschwerdeführers zivilrechtlich und im Strafverfahren blockiert seien, und gleichzeitig die Tilgung der Forderung verlange, obschon er wisse, dass dies nicht möglich sei. Der Beschwerdegegner habe ihn bewusst in eine Zwangslage versetzt, die letztlich zum Konkurs geführt habe. Damit sei auch klar, dass es dem Beschwerdegegner mit dem Konkursbegehren nicht um die Eintreibung seiner Forderung gegangen sei, sondern ausschliesslich um die Zufügung von wirtschaftlichem Schaden, um ihn aus dem Weg zu räumen und an weitere Gelder bei den dem Beschwerdeführer nahestehenden Gesellschaften zu kommen. Der Beschwerdegegner missbrauche das Zwangsvollstreckungsrecht für sachfremde Zwecke und verfolge damit Ziele, die nichts mit der Zwangsvollstreckung zu tun hätten (act. 2 S. 7 ff.). Des Weiteren habe sich die Vorinstanz mit dem von ihm dargestellten Sachverhalt nicht auseinandergesetzt, sondern sich damit begnügt, den Sachverhalt auf einigen wenigen Zeilen stark zusammenzufassen und nur unvollständig wiederzugeben. Insbesondere habe sich die Vorinstanz nicht mit der Tatsache auseinandergesetzt, dass es sich beim Beschwerdegegner und seinen Offshore-Vehikeln um ein und dieselbe Person handle, diese Person vom Beschwerdeführer die Rückzahlung eines Darlehens verlange und gleichzeitig die verlangte Rückzahlung durch eigene Handlungen oder Unterlassungen verhindere. Auch verfange die vorinstanzliche Erwägung nicht, wonach es sich um unbelegte Parteibehauptungen handle. Er habe seine Sachverhaltsdarstellung vorgetragen und belegt (act. 2 S. 9 f.).

3.3. Art. 2 Abs. 2 ZGB statuiert, dass der offene Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz findet. Zu Recht weist der Beschwerdeführer darauf hin, 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).

3.4. Der Beschwerdeführer bringt nicht vor, die Betreuung des Beschwerdegegners als Ganzes sei rechtsmissbräuchlich (was ohnehin mit Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde geltend zu machen wäre; Art. 17 SchKG). Der Beschwerdeführer erachtet das Konkursbegehren des Beschwerdegegners vor dem Hintergrund des (offenbar) eingeleiteten und gegenwärtig andauernden Strafverfahrens mit Beschlagnahmung seiner Vermögenswerte als rechtsmissbräuchlich. Dabei macht der Beschwerdeführer keine näheren Angaben zum Strafverfahren, reicht keine Belege ein und führt insbesondere nicht aus, wann die strafrechtliche Beschlagnahme stattgefunden hat. Angesichts der vom Beschwerdeführer genannten Verfahrensnummer der Strafuntersuchung (B-6/2021/10007021; vgl. act. 7/9 S. 1 und act. 2 S. 6) ist davon auszugehen, dass das Strafverfahren erst im laufenden Jahr eingeleitet wurde und mithin auch die behauptete strafrechtliche Beschlagnahme erst im Jahr 2021 erfolgte. Das der Konkursöffnung vorangehende Betreibungsverfahren war hingegen bereits im Jahr 2014 eingeleitet worden (Zahlungsbefehl vom 8. Oktober 2014; act. 7/3/2). Der Zeitpunkt, in dem ein Konkursbegehren gestellt wird, liegt sodann nur in einem beschränkten Umfang im Ermessen eines Gläubigers, da der Fortgang des Betreibungsverfahrens an Fristen gebunden ist, innert welcher der Gläubiger eine allfällige Rechtsöffnung verlangen sowie das Fortsetzungsbegehren (Art. 88 SchKG) und schliesslich das Konkursbegehren (Art. 166 SchKG) stellen muss, andernfalls ihm ein Rechtsverlust droht. Die Zeitspanne für das Konkursbegehren beginnt 20 Tage nach der Zustellung der Konkursandrohung und endet 15 Monate nach der Zustellung des Zahlungsbefehls, wobei die Frist während Einleitung und Erledigung des gerichtlichen Verfahrens zur Beseitigung eines allfälligen Rechtsvorschlags stillsteht (Art. 166 Abs. 1 und 2 SchKG). Die Konkursandrohung wurde am 17. Juni 2021 zugestellt (act. 7/3/3). Die Frist begann demnach am 7. Juli 2021, wobei das Fristende mangels konkreter Angaben zum zeitlichen Ablauf des Betreibungsverfahrens

rens vorliegend nicht konkret berechnet werden kann. Darauf kommt es aber nicht an, weil der Beschwerdeführer – angesichts der erfahrungsgemäss kurzen verbleibenden Frist wohl zu Recht – nicht geltend macht, das Strafverfahren sei demnächst abgeschlossen bzw. die Beschlagnahmung der Vermögenswerte würde alsbald aufgehoben und der Beschwerdegegner hätte in Kenntnis davon mit dem Konkursbegehren zuwarten können. Angesichts dieser Umstände kann ferner offen bleiben, ob der Beschwerdeführer mit dem Konkursbegehren dem Beschwerdeführer einen wirtschaftlichen Schaden zufügen will, wie es der Beschwerdeführer geltend macht. Denn unabhängig davon liegen mit der genannten, von Gesetzes wegen geltenden zeitlichen Beschränkung und dem Umstand, dass die Betreuung bereits vor Jahren eingeleitet wurde, sachliche Gründe für die Weiterführung des Zwangsvollstreckungsverfahrens vor. Vor diesem Hintergrund ist jedenfalls nicht davon auszugehen, dass der Beschwerdegegner mit dem Konkursbegehren *ausschliesslich* andere Ziele verfolgt, als die dem Begehren immanente Fortführung des Zwangsvollstreckungsverfahrens, so dass das Konkursbegehren als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren wäre. Im Übrigen ist der Vollständigkeit halber festzuhalten, dass nach den geltenden rechtsstaatlichen Prinzipien die Strafverfolgung dem Staat obliegt und nicht in der Hand einer Drittperson liegt, was bereits die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat, und das Verhalten des Beschwerdegegners im gegen den Beschwerdeführer laufenden Strafverfahren im vorliegenden Verfahren nicht zu beurteilen ist.

Aus diesen Gründen ist mit der Vorinstanz ein Rechtsmissbrauch zu verneinen und es braucht auf die weiteren Ausführungen des Beschwerdeführers zu den Verstrickungen der Parteien bzw. die vom Beschwerdeführer angeführten Einzelheiten zur Begründung einer rechtsmissbräuchlichen Motivation des Beschwerdegegners nicht eingegangen zu werden. Die Beschwerde ist abzuweisen. Weitere Gründe, die zur Aufhebung der Konkursöffnung führen könnten (vgl. Art. 174 SchKG), macht der Beschwerdeführer keine geltend.

4. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von Fr. 750.-- sind ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Es ist dem Beschwerdefüh-

rer wegen seines Unterliegens und dem Beschwerdegegner mangels entstandener Umtriebe keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Horgen, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Horgen, 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

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

MLaw J. Camelin-Nagel

versandt am: