

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220217-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Beschluss und Urteil vom 18. Januar 2023

in Sachen

A. _____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____,

Gläubiger und Beschwerdegegner,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 29. November 2022 (EK221821)

Erwägungen:

1.1 Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) ist eine Aktiengesellschaft und bezweckt die Produktion, den Handel und den Vertrieb von [...] sowie den Handel mit Waren aller Art (vgl. act. 5).

1.2 Mit Urteil vom 29. November 2022 (act. 7/8 = act. 3 = act. 6 [Aktenexemplar]) eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung des Gläubigers und Beschwerdegegners (nachfolgend: Gläubiger) von Fr. 37'582.– nebst Zins zu 5 % seit 1. Juli 2022, Fr. 75'164.– nebst Zins zu 5 % seit 11. Juli 2022, Fr. 1'000.– sowie Fr. 421.60 Betreuungskosten. Der Gläubiger stützt seine Forderung auf einen vor dem Friedensrichteramt Zürich ... + ... abgeschlossenen Vergleich vom 27. April 2022, eine Abschreibungsverfügung vom 27. April 2022 und einen Arrestbefehl vom 20. Juni 2022 (vgl. act. 2/2).

1.3 Gegen dieses Urteil erhebt die Schuldnerin mit Eingabe vom 12. Dezember 2022 (act. 2) Beschwerde und beantragt die Aufhebung der Konkursöffnung. Zudem beantragt sie, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (a.a.O., S. 2).

1.4 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (vgl. act. 7/1-11). Der Kostenvorschuss ist eingegangen (vgl. act. 10). Vom Einholen einer Beschwerdeantwort ist abzusehen (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO). Dem Gläubiger ist mit dem vorliegenden Entscheid ein Doppel der Beschwerdeschrift (act. 2) zur Kenntnisnahme zuzustellen. Das Verfahren ist spruchreif.

2.1 Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkursöffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Die Rechtsmittelinstanz kann die Konkursöffnung aufheben, wenn die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld getilgt ist (Tilgung), der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden der Gläubigerin hinterlegt ist (Hinterlegung) oder die Gläubigerin auf die Durchführung des Konkurses verzichtet hat (vgl. Art. 174 Abs. 2

SchKG). Was die Zulässigkeit neuer Tatsachenbehauptungen und Beweismittel betrifft, weicht das SchKG für dieses Beschwerdeverfahren von den allgemeinen zivilprozessualen Regeln ab (vgl. Art. 326 ZPO): Neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, können mit der Beschwerdeschrift ohne Einschränkung geltend gemacht werden. Zudem können mit der Beschwerdeschrift auch bestimmte im Gesetz vorgesehene Konkurshinderungsgründe, die sich nach dem erstinstanzlichen Entscheid ereignet haben (Tilgung, Hinterlegung, Gläubigerverzicht), geltend gemacht werden, wenn die Schuldnerin gleichzeitig ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht (Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG).

2.2 Die Schuldnerin bringt in ihrer Beschwerdeschrift einzig vor, dass die Forderung, welche zur Konkursöffnung geführt habe, nichtig bzw. widerrechtlich sei. Ihr ehemaliger Geschäftsführer habe sich ohne Kenntnis des Verwaltungsrates mit dem Gläubiger darauf geeinigt, dass sie, die Schuldnerin, die diesem verkauften 30'000 Namenaktien zum (gleichen) Preis von EUR 144'000 zurückkaufen könne. Das Recht, den (für die Aktien) eingezahlten Betrag zurückzufordern, stehe dem Aktionär aber nicht zu (vgl. act. 2 S. 3).

2.3 Nichtigkeit i.S.v. Art. 22 SchKG kann nur ausnahmsweise angenommen werden (vgl. etwa BGE 115 III 18 ff., E. 3b). Dazu besteht hier kein Anlass: Es entspricht einer Besonderheit des schweizerischen Vollstreckungsrechts, dass der (angebliche) Gläubiger eine Betreibung einleiten kann, ohne den Bestand seiner Forderung nachweisen zu müssen (Art. 69 SchKG). Der Zahlungsbefehl als Grundlage des Vollstreckungsverfahrens kann grundsätzlich gegenüber jedermann erwirkt werden, unabhängig davon, ob tatsächlich eine Schuld besteht oder nicht. Der Schuldner seinerseits kann Rechtsvorschlag erheben (Art. 74 SchKG) mit der Wirkung, dass die Betreibung einstweilen nicht fortgesetzt werden darf und der Gläubiger auf den Rechtsweg verwiesen wird (Art. 78 f. SchKG, vgl. BGE 141 III 68 ff., E. 2.1 m.w.H.). Erhebt der betriebene Schuldner jedoch keinen Rechtsvorschlag, 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 (vgl. KUKO SchKG-

WINKLER, 2. Aufl. 2014, Art. 88 N 1 und 7). Die Vollstreckbarkeit der in Betreuung gesetzten Forderung steht nun fest und die Gläubigerin kann mit der Einreichung des Fortsetzungsbegehrens (Art. 88 SchKG) die Weiterführung des Betreibungsverfahrens bewirken. Demnach dient das Einleitungsverfahren der Prüfung des Bestandes bzw. der Vollstreckbarkeit der betriebenen Forderung bzw. des Zahlungsbefehls (vgl. AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 15 N 2). Der Bestand der Forderung bzw. deren Vollstreckbarkeit kann nicht mit Einwendungen im Beschwerdeverfahren gegen die Konkurseröffnung wieder aufgehoben werden, welche im Einleitungsverfahren versäumt oder nicht erfolgreich erhoben wurden. Aufgrund der oben beschriebenen Besonderheit des SchKG kann in der angeblich nicht bestehenden materiellen Forderung jedenfalls kein Nichtigkeitsgrund gesehen werden, der von Amtes wegen zu beachten wäre.

2.4 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen.

2.5 Mit dem Entscheid in der Sache ist der Antrag auf aufschiebende Wirkung gegenstandslos und abzuschreiben.

3. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Schuldnerin aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteienschädigungen sind keine zuzusprechen: der Schuldnerin nicht, weil sie mit ihrer Beschwerde unterliegt, und dem Gläubiger nicht, weil ihm keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag auf aufschiebende Wirkung wird abgeschrieben.
2. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gläubiger unter Beilage des Doppels der Beschwerdeschrift (act. 2), sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Unterstrass-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 6, 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.

Der Lauf der Beschwerdefrist richtet sich nach Art. 44 ff. BGG.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am:
19. Januar 2023