

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS240139-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiberin MLaw D. Lattmann-Kistler

Beschluss vom 24. September 2024

in Sachen

A._____,

Gläubiger und Beschwerdeführer

gegen

B._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes
Zürich vom 4. Juli 2024 (EK241186)**

Erwägungen:

1. Mit Eingabe vom 19. Juni 2024 stellte der Gläubiger und Beschwerdeführer (fortan Beschwerdeführer) beim Bezirksgericht Zürich das Begehren, über die Schuldnerin und Beschwerdegegnerin (fortan Beschwerdegegnerin) sei gestützt auf Art. 190 SchKG der Konkurs ohne vorgängige Betreuung zu eröffnen (act. 6/1). Als Beilagen reichte der Beschwerdeführer die an ihn erfolgte fiduziarische Zession von 100 Namenaktien der Beschwerdegegnerin, die Jahresrechnung 2022 der Beschwerdegegnerin, die gegen den Verwaltungsrat der Beschwerdegegnerin, C._____, persönlich ausgestellte Pfändungsurkunde von März 2024 sowie eine Aufstellung über den Status von Darlehen und Zinsen ein (act. 6/2/1-4; vgl. act. 6/3).
2. Mit Urteil vom 4. Juli 2024 wies das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (fortan Vorinstanz) das Begehren vom 19. Juni 2024 ab und auferlegte dem Beschwerdeführer eine Entscheidegebühr von Fr. 400.– (act. 3 = act. 5 [Aktenexemplar] = act. 6/4).
3. Mit Eingabe vom 15. Juli 2024 (Datum Poststempel) erhob der Beschwerdeführer rechtzeitig Beschwerde gegen das vorinstanzliche Urteil bei der hiesigen Kammer und stellte zeitgleich ein Fristerstreckungsgesuch (act. 2-4; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 6/5).
4. Mit Verfügung vom 17. Juli 2024 wurde das Fristerstreckungsgesuch unter Hinweis auf die Nichterstreckbarkeit von gesetzlichen Fristen gemäss Art. 144 Abs. 1 ZPO abgewiesen. Darüber hinaus wurde der Beschwerdeführer darauf hingewiesen, dass er seine Beschwerdeschrift noch bis zum Ablauf der Beschwerdefrist am 6. August 2024 ergänzen könne. Schliesslich wurde dem Beschwerdeführer Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss zu leisten, welcher in der Folge fristgerecht geleistet wurde (act. 8; act. 9/1; act. 13).
5. Mit Eingabe vom 17. Juli 2024 (Datum Poststempel) reichte der Beschwerdeführer bei der hiesigen Kammer erneut ein Fristwiederherstellungsgesuch ein (act. 10). Der Beschwerdeführer wurde daraufhin darüber in Kenntnis gesetzt,

dass seine Eingabe aufgrund der laufenden Beschwerdefrist nicht behandelt werde (act. 12).

6. Mit Eingabe vom 6. August 2024 (Datum Poststempel) reichte der Beschwerdeführer innerhalb der Beschwerdefrist Ergänzungen zu seiner Beschwerde vom 15. Juli 2024 sowie weitere Unterlagen ein (act. 14-15/22).

7. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 6/1-6). Von der Einholung einer Beschwerdeantwort und weiteren prozessualen Schritten kann abgesehen werden (Art. 194 Abs. 1 i.V.m. Art. 174 Abs. 1 SchKG und Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

8. Der Entscheid des Konkursgerichts kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (vgl. Art. 174 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Die Beschwerde kann mit unrichtiger Rechtsanwendung oder offensichtlich unrichtiger Feststellung des Sachverhalts, insbesondere aber auch mit einem Verfahrensfehler des Konkursgerichts begründet werden (vgl. Art. 320 ZPO; KUKO SchKG-DIGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N 7).

9.1 Die Vorinstanz erwog, dass die Behauptung des Beschwerdeführers, wonach die Beschwerdegegnerin offensichtlich ihre Zahlungen eingestellt habe, unsubstantiiert erfolge und durch keinerlei Unterlagen belegt sei. So bringe der Beschwerdeführer zwar vor, dass sein Darlehen seit Oktober 2022 fällig sei, erläutere aber nicht weiter, welche allfälligen weiteren Zahlungen die Beschwerdegegnerin eingestellt habe oder inwiefern bereits damit eine ausgewiesene Zahlungseinstellung vorliege. Auch reiche der Beschwerdeführer betreffend die Fälligkeit und Uneinbringlichkeit des Darlehens keine Belege ein und untermauere die Zahlungseinstellung der Beschwerdegegnerin nicht entsprechend, etwa durch die Einreichung eines Betreibungsregisterauszuges. Aus den eingereichten Unterlagen gehe nicht hervor, dass die Beschwerdegegnerin ihren Verbindlichkeiten generell nicht mehr nachkomme. Die private Überschuldung eines Verwaltungsratsmitglieds der Beschwerdegegnerin sei für die vorliegende Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung über die Beschwerdegegnerin sodann unerheblich. Schliesslich seien auch die behaupteten betrügerischen Handlungen der Be-

schwerdegegnerin unsubstantiiert. So seien betreffend die behauptete Gläubigerbegünstigung weder konkrete Tatsachenbehauptungen aufgestellt noch sei dargelegt worden, weshalb eine weitere Belehnung der Aktien unzulässig sein soll. Infolgedessen gelangte die Vorinstanz zum Schluss, dass weder eine Zahlungseinstellung vorliege noch der materielle Konkursgrund der betrügerischen Machenschaften erfüllt sei, weshalb das Begehren um Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung abgewiesen wurde (act. 5 E. 5-7).

9.2 In seiner Beschwerdeschrift vom 15. Juli 2024 erhob der Beschwerdeführer eine nicht weiter begründete Beschwerde ohne konkrete Beschwerdeanträge (vgl. act. 2). Mit Eingabe vom 6. August 2024 und somit innerhalb der Beschwerdefrist ergänzte der Beschwerdeführer die Beschwerde und beantragte sinngemäss die Gutheissung seiner Beschwerde und damit die Konkurseröffnung über die Beschwerdegegnerin ohne vorgängige Betreuung im Sinne von Art. 190 SchKG (vgl. act. 14-15/22). Zunächst führt der Beschwerdeführer aus, dass im vorliegenden Verfahren kein strikter Beweis zu führen sei und dass er seinen Standpunkt lediglich glaubhaft zu machen habe. Mit Bezug auf die behauptete Zahlungseinstellung durch die Beschwerdegegnerin bringt der Beschwerdeführer vor, dass Letztere keinerlei Einkommen habe und seit Dezember 2023 ihre Zahlungen faktisch eingestellt habe. Ihre Liquiditätslücken habe diese nur durch unlautere, allenfalls betrügerische Geldmittelbeschaffungen, wie die Aufnahme neuer Darlehen durch unhaltbare Versprechungen und im Wissen um die Überschuldung der Gesellschaft, schliessen und dadurch Betreuungshandlungen abwenden können. Aus der E-Mail-Korrespondenz zwischen dem einzigen Verwaltungsratsmitglied der Beschwerdegegnerin, C._____, und D._____ vom 28. Dezember 2023 ergebe sich sodann explizit, dass bis zu einer Bankfinanzierung keine Auszahlung von Zinsen oder Guthaben stattfinden werde, womit diese Zahlungen folglich eingestellt seien. Aus dieser E-Mail-Korrespondenz leitet der Beschwerdeführer im Umkehrschluss ab, dass bis zur Sitzung vom 20. Dezember 2023 durchaus Zinsen ausbezahlt und teilweise auch Guthaben zurückbezahlt worden seien, was andere Darlehensgeber auch bestätigt hätten und womit eine klare Gläubigerbevorzugung vorliege. Der Beschwerdeführer habe bis dato jedoch weder Zinsen noch eine (Teil-)Amortisation erhalten. Gemäss Vereinbarung hätten die Darlehen und

Zinsen jedoch per 30. September 2022 zurückbezahlt werden müssen. Betreffend die behaupteten betrügerischen Handlungen durch die Beschwerdegegnerin führt der Beschwerdeführer gestützt auf Informationen anderer Gläubiger aus, dass die Beschwerdegegnerin einzelne Gläubiger finanziell bevorzugt habe, wobei er die Klammerbemerkung "Deliktspauliana etc." anfügt. Er könne dies nicht im Detail belegen oder beweisen, beantrage beim Gericht aber die Offenlegung des Zahlungsverkehrs, welchem dies zu entnehmen sein werde. Er nimmt diesbezüglich erneut Bezug auf die E-Mail-Korrespondenz zwischen dem Verwaltungsrat der Beschwerdegegnerin, C._____, und D._____ vom 28. Dezember 2023, aus welcher eine Gläubigerbevorzugung hervorgehe. Sodann habe C._____ für ein privates Darlehen im Umfang von Fr. 310'000.– als Sicherheit Schuldbriefe lastend auf Grundstücken der Beschwerdegegnerin gegeben, was rechtsmissbräuchlich und in Anbetracht seiner privaten Überschuldung unhaltbar sei, weil dadurch letztlich die Beschwerdegegnerin belangt werde. Weiter führt der Beschwerdeführer aus, dass C._____ die ihm als Sicherheit für das gewährte Darlehen fiduziarisch zedierten Aktien der Beschwerdegegnerin auch noch als Sicherheit für weitere Darlehen verwendet habe. Diesbezüglich verweist der Beschwerdeführer auf ein Darlehen von E._____. Hierbei dürfte es sich dem Beschwerdeführer zufolge um betrügerische Machenschaften handeln. Darüber hinaus vertritt der Beschwerdeführer die Auffassung, dass die Beschwerdegegnerin die Bilanzposition "Projekt F._____" aufgebläht habe und bilanzierte Grundstücke mit hohen Schuldbriefen besichert bzw. massiv über dem Marktwert belehnt habe (act. 4; act. 14).

10.1 In der Beschwerde sind konkrete Beschwerdeanträge zu stellen und zu begründen. Die Beschwerde führende Partei hat sich hierbei mit der Begründung des vorinstanzlichen Entscheids einlässlich auseinander zu setzen und anzugeben, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet (Art. 321 ZPO; vgl. im Einzelnen BK ZPO II-STERCHI, 2012, Art. 321 N 15 ff.). Im Beschwerdeverfahren können die Parteien gemäss Art. 194 Abs. 1 i.V.m. Art. 174 Abs. 1 Satz 2 SchKG innerhalb der Beschwerdefrist neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Auf echte Noven gemäss Art. 194 Abs. 1 i.V.m. Art. 174 Abs. 2 SchKG kann sich indes nur die Schuldnerin berufen, um die Eröffnung eines nicht angebrachten Konkurses

zu verhindern (vgl. BGer 5A_243/2019 vom 17. Mai 2019, E. 3.1 f.; BGer 5A_899/2014 vom 5. Januar 2015, E. 3.1).

10.2 Die Vorbringen des Beschwerdeführers in der vorliegenden Beschwerde sind (nach wie vor) über weite Strecken unsubstantiiert und unbelegt. Darüber hinaus setzt er sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen nur ungenügend oder gar nicht auseinander und gibt nicht konkret an, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leiden soll, womit der Beschwerdeführer den Begründungsanforderungen nicht genügt (vgl. E. 9.5. vorstehend). Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass es nicht ausreichend ist, lediglich den eigenen Standpunkt (erneut) auszubreiten und ein Sammelsurium an Unterlagen mitzuschicken, auf welche überdies nicht oder nur teilweise bzw. ungenügend Bezug genommen wird. Darüber hinaus stellt die Eröffnung des Konkurses ohne vorgängige Betreuung eine Ausnahme dar. Ein Gläubiger hat grundsätzlich den ordentlichen Betreibungs- und Prozessweg einzuschlagen, sofern dies zumutbar ist (vgl. OGer ZH PS160015 vom 18. Februar 2016, E. 4; siehe auch BGE 97 I 309 E. 2). Auf die Vorbringen des Beschwerdeführers ist aus diesem Grund nicht weiter einzugehen bzw. auf die Beschwerde ist daher nicht einzutreten.

11. Der Vollständigkeit halber sei ergänzend festgehalten, dass der Beschwerde auch im Eintretensfalle kein Erfolg beschieden wäre, weil – wie nachfolgenden Erwägungen zu entnehmen sein wird – die Ausführungen der Vorinstanz nicht zu beanstanden sind bzw. der Beschwerdeführer mit seinen Vorbringen nicht durchzudringen vermag.

11.1 Gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG kann ein Gläubiger ohne vorgängige Betreuung beim Gericht die Konkurseröffnung gegen eine der Konkursbetreuung unterliegende Schuldnerin verlangen, unter anderem wenn diese ihre Zahlungen eingestellt hat oder betrügerische Handlungen zum Nachteil der Gläubiger zu begehen versucht oder begangen hat. Die Bestimmung ermöglicht einem Gläubiger folglich, aus einem materiellen Konkursgrund die Konkurseröffnung über eine Schuldnerin zu verlangen, ohne vorgängig ein Betreibungsverfahren durchlaufen zu müssen.

11.2 Mit Bezug auf die Beweislast hat die Vorinstanz zutreffend ausgeführt, dass das Vorliegen eines materiellen Konkursgrundes vom Gläubiger zu beweisen ist, was überdies auch für die Gläubigereigenschaft gilt, die vorliegend jedoch unzweifelhaft gegeben ist (vgl. act. 5 E. II./2.; siehe insb. auch act. 15/2-3, act. 15/5 und act. 15/7; BGer 5A_516/2021 vom 18. Oktober 2021, E. 3.2; BGer 5A_730/2013 vom 24. April 2014, E. 6.2; BGer 5A_719/2010 vom 6. Dezember 2010, E. 5.2; BGer 5A_860/2008 vom 28. Mai 2009, E. 5; BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, 3. Aufl. 2021, Art. 190 N 26a; SK SchKG-TALBOT, 4. Aufl. 2017, Art. 190 N 22). Bezüglich der vorinstanzlichen Ausführungen zum Beweismass (vgl. act. 5 E. II./2.) ist festzuhalten, dass in der Lehre zwar umstritten ist, ob der materielle Konkursgrund mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darzulegen ist oder ob das Beweismass des vollen Beweises zur Anwendung kommt (act. 5 E. II./2.; Art. 251 lit. a ZPO; BSK ZPO-MAZAN, 3. Aufl. 2017, Art. 251 N 3; BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, a.a.O., Art. 190 N 26a; SK SchKG-TALBOT, 4. Aufl. 2017, Art. 190, N 22; VOCK, Besondere Beweisaspekte bei SchKG-Klagen, Substantiieren und Beweisen, PraxiZ 2013, S. 13; siehe auch BGer 5A_707/2015 vom 5. Januar 2016, E. 3). Jedenfalls genügt die Glaubhaftmachung des materiellen Konkursgrundes entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht.

11.3 Der Begriff der Zahlungseinstellung gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der dem Konkursgericht einen weiten Ermessensspielraum verschafft (BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, a.a.O., Art. 190 N 11a). Anzunehmen ist dies u.a. dann, wenn die Schuldnerin unbestrittene und fällige Forderungen nicht begleicht, Beteiligungen gegen sich auflaufen lässt und dabei systematisch Rechtsvorschlag erhebt oder selbst kleinere Beträge nicht mehr bezahlt. Mit solchem Verhalten zeigt sie, dass sie nicht über genügend liquide Mittel verfügt, um ihren Verpflichtungen nachzukommen. Es ist nicht erforderlich, dass die Schuldnerin alle Zahlungen einstellt. Es genügt, wenn die Zahlungsverweigerung sich auf einen wesentlichen Teil ihrer geschäftlichen Aktivitäten bezieht. Sogar die Nichtbefriedigung einer einzelnen Schuld kann auf Zahlungseinstellung schliessen lassen, wenn die Schuld bedeutend und die Zahlungsverweigerung dauerhaft ist. Die Zahlungseinstellung darf nicht bloss vor-

übergehender Natur sein, sondern muss auf unbestimmte Zeit erfolgen (vgl. statt vieler BGE 137 III 460 E. 3.4.1 und BGer 5A_516/2021 vom 18. Oktober 2021 E. 3.2; BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, a.a.O., Art. 190 N 11). Zu betonen ist, dass die Zahlungseinstellung stets als das äusserlich erkennbare Merkmal der Zahlungsunfähigkeit zu verstehen ist (BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, a.a.O., Art. 190 N 11a; AMONN/WALTHER, 9. Aufl. 2013, § 38 N 14). Es muss eine auf unabsehbare Zeit bestehende objektive Illiquidität vorliegen, welche die Schuldnerin ausserstande setzt, ihre Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. In diesem Sinne dürfen Zahlungseinstellung oder Zahlungsunfähigkeit nicht mit mangelndem Zahlungswillen gleichgesetzt werden (AMONN/WALTHER, a.a.O., § 38 N 14). Ein blosser Unwille der Schuldnerin, eine Forderung zu zahlen, genügt für eine Konkursöffnung somit nicht (BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, a.a.O., Art. 190 N 11a).

11.4 Unter betrügerische Handlungen der Schuldnerin fallen hauptsächlich der Betrug nach Art. 146 StGB und die Tatbestände des betrügerischen Konkurses nach Art. 163 StGB, folglich Handlungen der Schuldnerin, die mit Schädigungsabsicht zum Nachteil der Gläubiger ihr Vermögen zum Scheine vermindert, indem sie bspw. Vermögenswerte beiseiteschafft oder verheimlicht, Schulden vor-täuscht, vorgetäuschte Forderungen anerkennt oder deren Geltendmachung veranlasst. Die Erfüllung eines strafrechtlichen Tatbestandes ist nicht nötig. Es genügt jedes Handeln in der Absicht einer Gläubigerschädigung (BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, a.a.O., Art. 190 N 7). Die betrügerischen Handlungen müssen sodann geeignet und in der Absicht begangen worden sein, die Befriedigung der Gläubigerforderungen zu vereiteln oder zu erschweren. So muss die Schuldnerin die Ansprüche ihrer Gläubiger durch bestimmte Handlungen derart gefährden, dass ihnen die ordentliche Betreuung nicht mehr zugemutet werden kann (BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, a.a.O., Art. 190 N 8).

11.5 Mit Bezug auf die Vorbringen des Beschwerdeführers zum Beweismass kann auf die entsprechenden vorangehenden Erwägungen verwiesen werden (vgl. E. 11.2 vorstehend). Worauf sich die Ausführungen des Beschwerdeführers betreffend die Aufblähung der Bilanzposition "Projekt F._____" und die Belohnung

der Grundstücke über dem Marktwert konkret beziehen sollen, kann seiner Beschwerdeschrift nicht entnommen werden. Sollte er hiermit eine Überschuldung der Beschwerdegegnerin darlegen wollen, so sei er auf nachfolgende Erwägungen verwiesen (vgl. E. 11.7. nachstehend).

11.6 Betreffend die behauptete Zahlungseinstellung vermag der Beschwerdeführer mit seinen nach wie vor unsubstantiierten Vorbringen nicht zu überzeugen. Indem er ausführt, dass die Beschwerdegegnerin Liquiditätslücken habe schliessen und Betreuungshandlungen habe abwenden können, kann vielmehr gefolgert werden, dass seitens der Beschwerdegegnerin eben gerade noch keine Zahlungseinstellung vorliegt. Mit Bezug auf die Wesentlichkeit seiner Forderung bringt der Beschwerdeführer sodann lediglich und beiläufig vor, dass er der grösste Kapitalgeber der Beschwerdegegnerin sei. Daraus lässt sich jedoch nicht schliessen, dass durch die behauptete Zahlungseinstellung tatsächlich der wesentliche Teil der Geschäftstätigkeit der Beschwerdegegnerin betroffen wäre, weshalb sich daraus noch keine systematische Zahlungseinstellung herleiten lässt, die den Rückschluss auf eine Zahlungsunfähigkeit zulassen würde. Der in der Beschwerdeschrift aufgeführten Übersicht über die Schuldbriefe betreffend die Überbauung F. _____ kann überdies entnommen werden, dass nicht der Beschwerdeführer, sondern G. _____ der grösste Kapitalgeber sein dürfte. Ausserdem legt der Beschwerdeführer noch immer nicht konkret dar, welche weiteren Zahlungen die Beschwerdegegnerin eingestellt haben soll. Darüber hinaus reichte er trotz entsprechenden Hinweises durch die Vorinstanz erneut keinen Betreibungsregisterauszug der Beschwerdegegnerin ein. Wenn der Beschwerdeführer überdies ausführt, dass bis zur Bankfinanzierung keine Zinsen oder Guthaben ausbezahlt würden, stellt er selbst in Frage, dass es sich um eine Zahlungseinstellung auf unbestimmte Zeit handelt. Seiner E-Mail vom 19. März 2024 kann zudem entnommen werden, dass die geplante Wandelung ihm zufolge gerade für Investoren mit Sammel-Schuldbriefen eine sehr attraktive Alternative sei (vgl. act. 15/17), womit er selber festhält, dass die Finanzierung gelingen könnte. Auch damit weckt er selbst Zweifel daran, dass es sich um eine Zahlungseinstellung auf unbestimmte Zeit handeln soll. Auch seine Vorbringen betreffend die Fälligkeit des Darlehens und der Zinsen sind unbehelflich. So kann die Zahlungseinstellung nicht mit unter-

bliebener Zahlung wegen Bestreitung der Forderung oder der Fälligkeit gleichgesetzt werden. Die Nichtbegleichung von betreffend Höhe und/oder Fälligkeit strittigen Forderungen kann daher keine Zahlungseinstellung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG begründen (vgl. BGer 5A_790/2017 vom 3. September 2018, E. 3.2.2). Im vorliegenden Fall ist die Fälligkeit der Darlehensforderungen offenbar nicht vollends klar bzw. strittig. So geht aus den Ausführungen des Beschwerdeführers sowie aus dem von diesem eingereichten und mit der Beschwerdegegnerin geschlossenen Darlehensvertrag vom 22. Mai 2022 zwar hervor, dass jenes Darlehen am 30. September 2022 hätte zurückbezahlt werden müssen (vgl. act. 15/2). Dem E-Mail Verkehr zwischen dem Beschwerdeführer und D._____ von März 2024 betreffend die offenen Darlehen ist demgegenüber zu entnehmen, dass die Rückzahlung bzw. die Fälligkeit offenbar in gegenseitigem Einvernehmen zumindest zeitweise aufgeschoben worden sein muss, wenn darin doch über konkrete Finanzierungsvorhaben – Wandelung Darlehen in Aktienkapital, Kapitalerhöhung, Bankfinanzierung – gesprochen wird, welchen gegenüber sich der Beschwerdeführer offen zeigte (vgl. act. 15/17). Es ist bei dieser Sachlage nicht Aufgabe des Konkursgerichts oder der Beschwerdeinstanz, eine Zahlungsverpflichtung und/oder deren Fälligkeit umfassend zu prüfen (vgl. BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, a.a.O., Art. 190 N 11c). Vielmehr hat der Beschwerdeführer grundsätzlich den ordentlichen Betreibungs- und Prozessweg einzuschlagen. Andernfalls könnte ein Gläubiger alleine durch Androhung eines Begehrens um Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung die Zahlung von bestrittenen Forderungen erzwingen, was vom Gesetz nicht vorgesehen ist (vgl. OGer ZH PS160015 vom 18. Februar 2016, E. 4). Dem Zahlungsbefehl vom 20. Juni 2024 ist zu entnehmen, dass dies vorliegend ja auch bereits geschehen ist. So hat der Beschwerdeführer eine Betreuung gegen die Beschwerdegegnerin betreffend offene Forderungen aus verschiedenen Darlehensverträgen eingeleitet (vgl. act. 15/21). Schliesslich bringt der Beschwerdeführer auch nicht vor, dass und weshalb die Einschlagung des ordentlichen Betreibungs- und Prozessweges vorliegend nicht zumutbar sein soll (vgl. E. 10.2 vorstehend). Aus vorgenannten Gründen besteht kein genügender Anlass zur Annahme, dass die Beschwerdegegnerin ihre Zahlungen dauerhaft eingestellt hat.

11.7 Der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass der Beschwerdeführer aus der behaupteten Überschuldung der Beschwerdegegnerin (vgl. act. 4 und act. 14) für das vorliegende Verfahren nichts zu seinen Gunsten ableiten kann. So erwog das Bundesgericht in früheren Entscheiden, dass die Überschuldung alleine nicht genüge, um die Konkursöffnung auszusprechen. Die Zahlungseinstellung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG dürfe nicht mit der Überschuldung im Sinne von Art. 192 SchKG verwechselt werden, die einen selbstständigen Konkursgrund darstelle. Selbst wenn die Überschuldung erstellt sei, dürfe der Konkursrichter bei fehlender Überschuldungsanzeige gestützt auf Art. 190 SchKG nicht den Konkurs ohne vorgängige Betreuung eröffnen, weil es dem Gläubiger an der erforderlichen Legitimation fehle, beim Konkursrichter die Überschuldung anzuzeigen. Hierzu seien lediglich der Verwaltungsrat oder die Revisionsstelle legitimiert. Überdies könne der Konkursrichter den Konkurs nicht von sich aus aussprechen (BGer 5A_82/2023 vom 19. Juli 2023, E. 2.3; BGer 5A_790/2017 vom 3. September 2018 E. 3.3.1-3.3.3).

11.8 Bezüglich der behaupteten betrügerischen Handlungen durch C._____ ist zunächst der Vorinstanz beizupflichten, dass die Überschuldung von C._____ als Privatperson für das vorliegende Verfahren unerheblich ist. Die diesbezüglichen Ausführungen des Beschwerdeführers sowie die entsprechenden Unterlagen gehen vorliegend daher ins Leere und sind nicht weiter zu beachten. Auch hinsichtlich dieses materiellen Konkursgrundes bleibt die Beschwerde nach wie vor unsubstantiiert; der Beschwerdeführer führt gar selbst aus, dass er die behauptete Bevorzugung einzelner Gläubiger nicht belegen oder beweisen könne. Aus seinen Ausführungen geht sodann nicht hervor, dass und inwiefern die Beschwerdegegnerin Vermögenswerte beiseitegeschafft oder verheimlicht, Schulden vorge täuscht oder vorgetäuschte Forderungen anerkannt hat. Abgesehen von den unsubstantiierten Vorbringen betreffend Gläubigerbevorzugung und -schädigung fehlt es generell an konkreten und substantiierten Ausführungen dazu, welche Handlungen der Beschwerdegegnerin inwiefern absichtlich darauf abzielen sollen, die Gläubiger zu schädigen. Auch legt der Beschwerdeführer nach wie vor nicht dar, weshalb eine weitere Belehnung der Aktien eine betrügerische Handlung dar-

stellen solle. Betrügerische Handlungen zum Nachteile der Gläubiger im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG sind vorliegend daher ebenfalls nicht ersichtlich.

11.9 Im Ergebnis ist das vorinstanzliche Urteil bzw. die Abweisung des Begehrens des Beschwerdeführers um Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung gemäss Art. 190 Abs. 1 SchKG auch bei einer inhaltlichen Überprüfung nicht zu beanstanden. Der Beschwerdeführer bringt im Beschwerdeverfahren sodann nichts vor, was eine andere Beurteilung nahelegen würde. Nach dem Gesagten wäre der Beschwerde somit auch im Eintretensfalle in materieller Hinsicht kein Erfolg beschieden.

12.1 Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (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 vom Beschwerdeführer geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

12.2 Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen. Dem Beschwerdeführer nicht wegen Unterliegens, der Beschwerdegegnerin nicht mangels erheblicher Aufwendungen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr 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 die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2 sowie Kopien von act. 4, 10 und 14-15/22, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich 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

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw D. Lattmann-Kistler

versandt am: