[Briefkopf Anwaltskanzlei]

Einschreiben

Bezirksgericht Zürich

Einzelgericht im summarischen Verfahren

[Adresse]

8036 Zürich

[Ort], 29. Januar 2016

Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG

[Anrede]

In Sachen

[Vorname] [Name], Gesuchstellerin

[Adresse], Zürich

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort]

gegen

[Vorname] [Name], Gesuchsgegnerin

[Adresse], Zürich

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort]

betreffend Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG

stelle ich namens und im Auftrag der Gesuchstellerin folgende

Rechtsbegehren

* 1. Es sei über die Gesuchsgegnerin der Konkurs ohne vorgängige Betreibung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG zu eröffnen.
  2. Es seien zur Wahrung der Gläubigerrechte folgende vorsorglichen Massnahmen anzuordnen:
     1. Aufnahme eines Güterverzeichnisses im Sinne von Art. 162 SchKG;
     2. Verbot von Zahlungen an Gläubiger mit sofortiger Wirkung unter Strafandrohung gegen die Organe der Gesuchsgegnerin im Widerhandlungsfall gemäss Art. 292 StGB.
  3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.-Ersatz) zulasten der Gesuchsgegnerin.

Bemerkung 1**:** U.E. ist es sinnvoll, bereits im **Rechtsbegehren** klarzustellen, dass es sich um eine **Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung** i.S.v. Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG handelt.

Bemerkung 2**:** Die Anordnung von **vorsorglichen Massnahmen** ist möglich (Art. 194 Abs. 1 i.V.m. Art. 170 SchKG). I.d.R. dürfte die Beantragung von vorsorglichen Massnahmen aus Sicht des Gläubigers dann sinnvoll sein, wenn die Erhaltung des schuldnerischen Vermögens bis zur Konkurseröffnung sichergestellt werden soll. Im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen kann insbesondere die Aufnahme eines **Güterverzeichnisses** i.S.v. Art. 162 SchKG sowie der Erlass eines **Zahlungsverbotes** beantragt werden (vgl. BSK SchKG II-Nordmann, Art. 170 N 8). Zudem sind weitere Massnahmen denkbar, welche eine Beschränkung der Dispositionsbefugnis des Schuldners über sein Vermögen bezwecken, wie bspw. die amtliche Verwahrung von Gegenständen, die Schliessung von Geschäftslokalitäten, die Versiegelung von Räumen, die Vormerkung von grundbuchamtlichen Verfügungsbeschränkungen i.S.v. Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB oder die Anmerkung einer kantonalrechtlichen Grundbuch- oder Kanzleisperre (vgl. BSK SchKG II-Nordmann, Art. 170 N 8). Nach dem Gesetzeswortlaut von Art. 170 SchKG kann eine vorsorgliche Massnahme «sofort», d.h. auch ohne Anhörung des Schuldners bzw. superprovisorisch, erlassen werden.

Bemerkung 3**:** Ein bezifferbarer **Streitwert** liegt u.E. nicht vor, weil im Konkursverfahren das gesamte Vermögen des Schuldners betroffen ist (vgl. auch Vock/Müller, SchKG-Klagen, S. 229). Teilweise stellen die Konkursgerichte jedoch bei der Bezifferung des Streitwertes (insb. für die Berechnung einer Prozessentschädigung) auf die Höhe der offenen Gesamtforderung des Gläubigers ab.

Bemerkung 4**:** Der Rechtsvertreter der Gesuchstellerin kann grundsätzlich im Rechtsbegehren **Mehrwertsteuerersatz/-zuschlag** im Rahmen der Entschädigungsfolgen fordern (vgl. für den Kanton Zürich das Kreisschreiben MwSt.).

Bemerkung 5**:** Eine Partei kann einen **Verfahrensantrag** auf Durchführung eines mündlichen/schriftlichen Verfahrens stellen (vgl. Art. 253 ZPO). I.d.R. findet eine mündliche Verhandlung statt (vgl. Art. 190 Abs. 2 SchKG). Art. 190 Abs. 2 SchKG ist hingegen nicht verletzt, wenn das Konkursgericht dem Schuldner eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme ansetzt (OGer TG, 13.08.2001, RBOG 2001 Nr. 22; vgl. BSK SchKG II-Brunner/Boller, Art. 190 N 27; Vock/Müller, SchKG-Klagen, S. 227).

Begründung

**I. Formelles**

1. Der Unterzeichnete ist vom Gesuchsteller gehörig bevollmächtigt.

BO: Vollmacht vom [Datum] Beilage 1

1. Das angerufene Gericht ist gemäss Art. 190 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 2 SchKG örtlich zuständig.

Bemerkung 6: Die **örtliche Zuständigkeit** befindet sich am Betreibungsort (Art. 190 i.V.m. Art. 46 ff. SchKG; vgl. BSK SchKG II-Brunner/Boller, Art. 190 N 28). Der Gerichtsstand des Betreibungsortes ist zwingend – weder ist eine Prorogation noch eine Einlassung möglich (Vock/Müller, SchKG-Klagen, S. 227). Ein **Wechsel des (Wohn-)Sitzes** des Schuldners nach der Zustellung der Vorladung zur Konkursverhandlung ändert die örtliche Zuständigkeit nicht (vgl. Art. 53 SchKG; vgl. auch BGE 121 III 13; BSK SchKG II-Brunner/Boller, Art. 190 N 28; KUKO SchKG-Huber, Art. 190 N 19).

1. Für die Konkurseröffnung gilt gemäss Art. 248 lit. a i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO das summarische Verfahren. Gemäss § 24 lit. c GOG/ZH ist das Einzelgericht für Fälle im summarischen Verfahren sachlich zuständig.

Bemerkung 7: Die **sachliche Zuständigkeit** wird durch das kantonale Recht geregelt. Ein vorgängiges Schlichtungsverfahren ist nicht erforderlich (Art. 198 lit. a ZPO). Das Konkurseröffnungsverfahren ist ein **rein betreibungsrechtliches Verfahren** (Vock/Müller, SchKG-Klagen, S. 225). Es gilt der **Untersuchungsgrundsatz** (Art. 255 lit. a ZPO). Dieser ist jedoch insofern eingeschränkt, als es sich um ein summarisches Verfahren handelt, d.h. das Gericht hat den Sachverhalt zwar von Amtes wegen festzustellen, nicht aber zu erforschen (vgl. BK ZPO-Güngerich, Art. 255 N 2; ZK ZPO-Klingler, Art. 255 N 1).

**II. Materielles**

**A. Sachverhalt**

**a) Parteien**

* 1. Die Gesuchstellerin ist eine in Zürich domizilierte Aktiengesellschaft. Ihr Zweck ist unter anderem der Handel mit Baumaterialien und verwandten Produkten.

BO: Handelsregisterauszug der Gesuchstellerin vom [Datum] **Beilage 2**

* 1. Die Gesuchsgegnerin ist ebenfalls eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Ihr Zweck ist unter anderem die Beratung, Beschaffung, Vertretung und Bewertung sowie Erstellung von Werken im gesamten Bau- und Immobilienbereich.

BO: Handelsregisterauszug der Gesuchsgegnerin vom [Datum] **Beilage 3**

Bemerkung 8: Passivlegitimiert sind grundsätzlich konkursfähige Schuldner. Die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung i.S.v. Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG ist somit auch gegen eine natürliche Person möglich, falls diese eine im Handelsregister eingetragene Einzelfirma besitzt (vgl. Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG).

**b) Forderung der Gesuchstellerin gegenüber der Gesuchsgegnerin**

* 1. Die Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegnerin für verschiedene Bauprojekte Baumaterialien geliefert. Gemäss Kontoauszug aus der Buchhaltung betrug der offene Forderungssaldo zu Gunsten der Gesuchstellerin per 31. Dezember 2014 insgesamt CHF 305'727.00. Die Gesuchsgegnerin hat diese Gesamtforderung im Rahmen der Abzahlungsvereinbarung vom [Datum] Januar 2015 anerkannt. Nachdem die Gesuchsgegnerin drei Raten von jeweils CHF 30'000.00 in den Monaten Februar bis April 2015 bezahlte, stellte sie die weiteren Ratenzahlungen seit Mai 2015 ein. Aufgrund der Nichteinhaltung dieser Abzahlungsvereinbarung durch die Gesuchsgegnerin ist die gesamte Restforderung in Höhe von CHF 215'727.00 zuzüglich Verzugszins in Höhe von [Betrag] gemäss Ziff. […] der Abzahlungsvereinbarung vom [Datum] Januar 2015 gesamthaft und unmittelbar zur Zahlung fällig geworden.

BO: Kontoauszug der Gesuchstellerin über die Gesuchsgegnerin vom [Datum]

Beilage 4

BO: Abzahlungsvereinbarung vom [Datum] Januar 2015 Beilage 5

BO: Übersicht betreffend Zahlungseingänge durch die Gesuchsgegnerin

seit Februar 2015 Beilage 6

Bemerkung 9: Auf Art. 190 SchKG kann sich jeder Gläubiger berufen, unabhängig davon, ob seine Forderung fällig ist oder nicht (KUKO SchKG-Huber, Art. 190 N 15). Die Gläubigereigenschaft ist lediglich glaubhaft zu machen (KUKO SchKG-Huber, Art. 190 N 15 mit Verweis auf BGer 5A\_117/2012 vom 12.07.2012). Auch öffentlich-rechtliche Gläubiger, welchen die Betreibung auf Konkurs grundsätzlich verwehrt ist (Art. 43 Ziff. 1 SchKG), können nach Art. 190 SchKG vorgehen (BSK SchKG II-Brunner/Boller, Art. 190 N 19; Bianchi, Rechtsprechung, S. 167 f. mit Verweis auf BGer 5P.114/1999 vom 25.05.1999). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG kein Gläubiger i.S.v. Art. 190 Abs. 1 SchKG (BSK SchKG II-Brunner/Boller, Art. 190 N 19 mit Verweis auf BGE 122 III 488 = Pra 1997 Nr. 93).

* 1. Mit Schreiben vom 30. November 2015 hat die Gesuchstellerin die Gesuchsgegnerin letztmals aufgefordert, die ausstehende Gesamtforderung zu begleichen.

BO: Schreiben der Gesuchstellerin vom 30.11.2015 Beilage 7

* 1. Die Gesuchsgegnerin hat die offene Gesamtforderung bis heute nicht bezahlt.

**c) Einstellung der Zahlungen durch die Gesuchsgegnerin**

* 1. Bereits in den Jahren 2012 bis 2014 musste die Gesuchstellerin feststellen, dass die Zahlungsmoral der Gesuchsgegnerin schlecht war. Nach der getroffenen Abzahlungsvereinbarung vom [Datum] Januar 2015 erfolgten drei Ratenzahlungen von jeweils CHF 30'000.00. Seit Mai 2015 erfolgten keine Ratenzahlungen mehr. Die seitherigen Bemühungen der Gesuchstellerin, mit der Gesuchsgegnerin einen Weg zur Begleichung der offenen Forderung zu finden, verliefen ergebnis- bzw. reaktionslos (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 15).
  2. Gemäss Auszug aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Zürich 9 vom 11. Januar 2016 sind gegen die Gesuchsgegnerin allein im Jahr 2015 rund 20 Betreibungsbegehren eingegangen. Darunter fallen kleinere Beträge als auch sehr substantielle Beträge in der Höhe von mehreren CHF 100'000.00. Ebenfalls wurden unbezahlte Sozialversicherungsbeiträge (AHV-Beiträge) in Betreibung gesetzt. Der Gesamtumfang der Betreibungen beläuft sich auf über CHF 700'000.00. Dies stellt ein Vielfaches der in den vergangenen Jahren in Betreibung gesetzten Summe dar. Auch übersteigt der ausstehende Betrag das Aktienkapital der Gesuchsgegnerin um ein Mehrfaches und erreicht eine Höhe, welche die Geschäftstätigkeit der Gesuchsgegnerin in ihrer Substanz wesentlich beeinträchtigt. Von den in Betreibung gesetzten Forderungen wurden die meisten mittels Rechtsvorschlag blockiert und bloss eine kleinere Forderung einer BVG-Stiftung aus dem Sommer 2015 erledigt bzw. bezahlt.

BO: Betreibungsregisterauszug über die Gesuchsgegnerin vom 11.01.2016 **Beilage 8**

* 1. Der Betreibungsregisterauszug zeigt, dass sich die finanzielle Situation der Gesuchsgegnerin seit Ende des Jahres 2014 stetig und markant verschlechtert hat. Bestand vor einem Jahr noch eine Gesamtsumme ausstehender Betreibungen von bloss rund CHF 15'000.00, stieg diese anschliessend sprunghaft an und die finanzielle Situation der Gesuchsgegnerin ist heute mit betriebenen Forderungen von über CHF 700'000.00 dramatisch. Darin sind die Forderungen der Gesuchstellerin in Höhe von CHF 215'727.00 noch nicht einmal eingerechnet. Diese sind im Rahmen der Bemessung der Wahrscheinlichkeit der Deckung der Gläubiger hinzuzurechnen. Es besteht aber rein schon aufgrund der Höhe der in Betreibung gesetzten Ausstände eine erhebliche Gefährdung der Fortführung des Geschäftsbetriebes bzw. mutmasslich eine Überschuldung. Damit sind auch die Forderungen der Gläubiger der Gesuchsgegnerin akut gefährdet. Auch die Gesuchsgegnerin selbst erklärte bereits im Dezember 2014, dass ihre finanzielle Lage kritisch sei und sie nicht in der Lage sei, alle ihre Verbindlichkeiten zu begleichen.

BO: Schreiben der Gesuchsgegnerin vom 19.12.2014 **Beilage 9**

* 1. Mit Schreiben vom 30. November 2015 forderte die Gesuchstellerin letztmals von der Gesuchsgegnerin die Begleichung der offenen, fälligen Forderungen innert zehn Tagen. Trotz ordnungsgemässer Zustellung und Abholung des Schreibens erfolgte indessen auch daraufhin weder eine Begleichung der Forderung noch eine sonstige Reaktion der Gesuchsgegnerin.

BO: Schreiben der Gesuchstellerin vom 30.11.2015 Beilage 7

**Bemerkung 10:** Verlangt ein Gläubiger die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung, so trägt er die **Beweislast** für den materiellen Konkursgrund, wobei sich das **Beweismass** nach Art. 251 ff. ZPO richtet, d.h. glaubhaft machen genügt (KUKO SchKG-Huber, Art. 190 N 21; teilweise a.M. BSK SchKG II-Brunner/Boller, Art. 190 N 29; Vock/Müller, SchKG-Klagen, S. 231). Gemäss der Praxis des Konkursgerichts Zürich ist ein strikter Beweis für die Zahlungseinstellung erforderlich (vgl. Talbot, Fragen, Folie 25). Eine Beweismittelbeschränkung existiert nicht (BSK SchKG II-Brunner/Boller, Art. 190 N 25; Vock/Müller, SchKG-Klagen, S. 232).

**B. Rechtliches**

**a) Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung i.S.v. Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG**

* 1. Aus dem dargestellten Sachverhalt ergibt sich, dass die Gesuchsgegnerin nicht in der Lage ist, ihre Gläubiger zu befriedigen. Sie lässt Betreibungen gegen sich auflaufen und reagiert nicht auf Zahlungsaufforderungen und Betreibungsandrohungen. Die Zahl der Betreibungen ist in den letzten Monaten stark gestiegen und selbst verhältnismässig kleine in Betreibung gesetzte Forderungsbeträge hat die Gesuchsgegnerin nicht bezahlt. Vielmehr versucht sie, durch schlichtes Unterlassen von Reaktionen auf Kontaktnahmen sowie systematische Erhebung des Rechtsvorschlags die Zahlungen hinauszuzögern. Offensichtlich hat die Gesuchsgegnerin die Zahlungen eingestellt und ist finanziell nicht mehr fähig, sich um die Begleichung ihrer Ausstände gegenüber ihren Gläubigern zu kümmern.

**Bemerkung 11:** Das Anhäufen von Konkursandrohungen kann ebenfalls ein Indiz für die **Zahlungseinstellung** bilden (BSK SchKG II-Brunner/Boller, Art. 190 N 11). Eine Zahlungseinstellung kann sich auch indirekt durch ein Schreiben an alle Gläubiger mit dem Ersuchen um Geduld oder aussergerichtliche Stundung zeigen (BSK SchKG II-Brunner/Boller, Art. 190 N 11). Weiter kann ein Angebot eines aussergerichtlichen Nachlassvertrages ein Indiz für eine Zahlungseinstellung sein (BGE 137 III 460 E. 3.4; vgl. auch BSK SchKG II-Brunner/Boller, Art. 190 N 11).

* 1. Die Zahlungsfähigkeit der Gesuchsgegnerin ist entsprechend nicht mehr gegeben. Die Gesuchsgegnerin hat ihre Zahlungen eingestellt und ist ausserstande, ihre Schuldverpflichtungen bei Fälligkeit zu erfüllen. Es ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass es nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG bereits genügt, wenn die Zahlungseinstellung eines Schuldners einen Hauptgläubiger oder einen wesentlichen Teil der geschäftlichen Aktivitäten betrifft. Die Voraussetzungen für eine Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG liegen somit vor (vgl. BSK SchKG II-Brunner/Boller, Art. 190 N 11 ff.).

**Bemerkung 12:** Mangelnder Zahlungswille ist keine Zahlungseinstellung (vgl. BSK SchKG II-Brunner/Boller, Art. 190 N 11). Für die Zahlungseinstellung genügt jedoch, dass der Schuldner während längerer Zeit einen erheblichen Anteil der laufenden und unbestrittenen Forderungen nicht bezahlt (BGer 5A\_587/2011 vom 09.11.2011 E. 6.2), z.B. indem er systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleine Beträge nicht bezahlt. Es genügt weiter, dass die Zahlungsverweigerung einen wesentlichen Teil der geschäftlichen Aktivitäten betrifft oder der Schuldner einen Hauptgläubiger nicht befriedigt (BGer 5A\_711/2012 vom 17.12.2012 E. 5.2). Ebenfalls ausreichend ist es, wenn der Schuldner die Zahlungen gegenüber einer Gläubigerkategorie eingestellt hat (BGer 5P.91/2003 vom 07.04.2003 E. 3). Die Zahlungseinstellung muss dauernd vorliegen (BGer 5P.312/2002 vom 13.02.2003 E. 3.3; 5P.33/2002 vom 07.03.2002 E. 4).

* 1. Dass die Gesuchsgegnerin nicht in der Lage ist, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen, zeigt sich auch darin, dass sie auf die Zahlungsaufforderung hin weder eine Zahlung geleistet noch sonst wie auf die Kontaktversuche der Gesuchstellerin eingegangen ist.

**Bemerkung 13:** Denkbar ist auch, dass der Schuldner **Zahlungsversprechen** abgibt, diese aber nicht einhält.

* 1. Die Zahlungseinstellung der Gesuchsgegnerin ist damit offenkundig. Aufgrund der starken Zunahme der Zahl der Betreibungen und der Höhe der offenen Forderungen kann auch in Zukunft nicht mit einer Verbesserung der finanziellen Lage und somit auch nicht mit weiteren Zahlungen gerechnet werden. Die Zahlungsschwierigkeiten der Gesuchsgegnerin sind vielmehr von dauerhafter Natur und nicht nur vorübergehend.
  2. Dies belegt auch die Tatsache, dass in Betreibung gesetzte Forderungen für Sozialversicherungsbeiträge, für welche aufgrund des dargestellten Sachverhalts die Voraussetzungen für eine persönliche Haftung der Organe der Gesuchsgegnerin nach Art. 52 Abs. 1 des Bundes­gesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung («AHVG») gegeben sind (vgl. Groner, Praxis, S. 81 ff.), durch die Gesuchsgeg­nerin nicht bezahlt worden sind. Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass die Gesuchsgegnerin aufgrund der mutmasslich bestehenden Überschuldung selbst verpflichtet wäre, umgehend ihre Bilanz zu deponieren und den Richter zu benachrichtigen (vgl. Art. 725/725a OR).

**Bemerkung 14:** Ist die **Überschuldung** i.S.v. Art. 725 OR des Schuldners erstellt, so kann die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung ebenfalls auf Antrag eines Gläubigers nach Art. 190 SchKG ausgesprochen werden (vgl. BSK SchKG II-Brunner/Boller, 190 N 11; vgl. hierzu aber kritisch KUKO SchKG-Huber, Art. 190 N 9 mit Verweis auf BGer 5A\_587/2011 vom 09.11.2011 E. 4.3; vgl. auch EGV-SZ 2010, A 6.4, in welchem festgehalten wird, dass die Überschuldung zumindest als Indiz für die Zahlungseinstellung heranzuziehen sei).

* 1. Schliesslich wird mit der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung auch die Gleichbehandlung der Gläubiger sichergestellt. Die Gesuchs­gegnerin unterliegt für die betriebenen Forderungen für Sozialver­sicherungsbeiträge der Betreibung auf Pfändung (vgl. Art. 43 Ziff. 1 SchKG). Es besteht somit die latente Gefahr, dass das Vermögenssubstrat in der Zwischenzeit durch die Fortsetzung der Pfändungsverfahren zu Lasten der Gläubiger, welchen nur der Weg der Konkursbetreibung offen steht, geschmälert wird.

**Bemerkung 15:** Fehlt dem Schuldner eines der vorgeschriebenen Organe oder ist eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt (z.B. Verwaltungsrat oder Revisionsstelle; vgl. Art. 731b Abs. 1 OR), so stellt dieser **Mangel in der Organisation** der Gesellschaft ein weiteres Indiz für die Zahlungseinstellung dar.

**b) Vorsorgliche Massnahmen zur Wahrung der Gläubigerrechte**

* 1. Es ist eine gerichtsnotorische Tatsache, dass in Fällen, in denen sich der Schuldner in einer schlechten finanziellen Situation befindet, ein erhöhtes Risiko besteht, dass einzelne Gläubiger zu Lasten anderer bevorzugt werden. Eine Begünstigung kann namentlich darin bestehen, dass die Forderung eines Gläubigers der Gesuchsgegnerin vor der Konkurseröffnung noch getilgt wird. Die Voraussetzungen für die Anordnung eines Güterverzeichnisses und den Erlass eines Zahlungsverbotes gegen die Gesuchsgegnerin zur Vermeidung solcher und anderer Gläubigerbegünstigungen bzw. -benachteiligungen sind somit gegeben.
  2. Abschliessend ersuche ich Sie um Gutheissung der eingangs gestellten Rechtsbegehren unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

Mit freundlichen Grüssen

[Unterschrift des Rechtsanwaltes der Gesuchstellerin]

[Name des Rechtsanwaltes der Gesuchstellerin]

Im Doppel

Beilage: gemäss separatem Beweismittelverzeichnis