



Kass.-Nr. AA070162/U/la

Mitwirkende: der Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, der Kassationsrichter Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie die juristische Sekretärin Daniela Brüscheiler

Zirkulationsbeschluss vom 28. Januar 2008

in Sachen

1. **X. & Co.**,

Schuldnerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin 1

vertreten durch Y.

dieser vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

substituiert durch Rechtsanwältin lic. iur. _____

2. **Y.**,

Beschwerdeführer 2

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

substituiert durch Rechtsanwältin lic. iur. _____

gegen

Z. AG,

Gläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Dr. iur. _____ und substituiert durch lic.iur. _____,

Museumstr. 35, 9000 St. Gallen

betreffend

Konkurseröffnung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. September 2007 (NN070128)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes ____ vom 13. September 2007 wurde über die X. & Co. (Schuldnerin und Beschwerdeführerin 1) mit Wirkung ab 13. September 2007, 8.30 Uhr, der Konkurs eröffnet (ER act. 9).

Gegen diese Verfügung liess Y. (Beschwerdeführer 2) als Vertreter der X. & Co. Rekurs erheben (OG act. 1). Mit Beschluss vom 28. September 2007 trat die II. Zivilkammer des Obergerichts auf den Rekurs nicht ein (OG act. 12 bzw. KG act. 2). Sie begründete dies damit, dass es sich bei der Schuldnerin um eine Kollektivgesellschaft handle, bei welcher A. und Y. im Handelsregister als zeichnungsberechtigte Gesellschafter mit Kollektivunterschrift zu zweien aufgeführt seien. Da Rechtsanwältin ____ offenkundig nur für die Rekuserhebung von Y. bevollmächtigt und aufgrund der Stellungnahme von A. eine Zustimmung ihrerseits zum Rekurs ausgeschlossen sei, sei auf den Rekurs nicht einzutreten (OG act. 12 bzw. KG act. 2 S. 2 f.).

2. Mit Eingabe vom 23. Oktober 2007 erhob Y. sowohl in eigenem Namen als auch für die X. & Co. rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, der angefochtene Beschluss vom 28. September 2007 sowie die erfolgte Konkursöffnung seien aufzuheben (KG act. 1 S. 2).

Mit Präsidialverfügung vom 25. Oktober 2007 wurde der X. & Co. eine Frist von 10 Tagen eingeräumt, um das Vorgehen von Y. zu genehmigen, andernfalls angenommen werde, es werde keine Genehmigung erteilt (KG act. 5). Die Rechtsvertreterin von Y. reichte innert Frist eine Eingabe ein, in welcher sie im Wesentlichen den in der Beschwerdeschrift vertretenen Standpunkt bekräftigt (KG act. 9). Mit Eingabe vom 15. November 2007 (KG act. 10) reichte die Rechtsvertreterin von Y. weitere Unterlagen ein (KG act. 11/1 und 2). Andere Stellungnahmen gingen nicht ein.

3. Wie sich aus den nachstehenden Erwägungen ergibt, kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden, weshalb auf Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO verzichtet werden kann.

II.

1. Die Rechtsmittelinstanz prüft von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels gegeben sind (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 15 f. zu § 108 ZPO).

2. Y. ist der Auffassung, er sei zum einen berechtigt, die X. & Co. im Rechtsmittelverfahren alleine zu vertreten, zum anderen sei er aber auch als Dritter im Sinne von § 283 ZPO zur Beschwerdeerhebung legitimiert (KG act. 1 S. 3 ff.).

a) Im Hinblick auf seine Legitimation als Dritter führt Y. aus, bei der X. & Co. handle es sich um eine Kollektivgesellschaft, deren einzige Mitgesellschafter er und A. seien. Er sei als geschäftsführendes Organ der X. & Co., Leiter des Verkaufsstandortes ____ und als Gesellschafter der X. & Co. durch den Beschluss des Obergerichts vom 28. September 2007 direkt in seinen Rechten betroffen. Bei der X. & Co. handle es sich schliesslich um seine ausschliessliche Existenzgrundlage (KG act. 1 S. 3).

b) Zur (alleinigen) Vertretungsbefugnis der X. & Co. durch Y. lässt dieser ausführen, die Mitgesellschafterin A. habe ihrerseits im Rechtsöffnungs- und im Konkursverfahren alleine und ohne dazu das notwendige Einverständnis von Y. einzuholen gehandelt, indem sie die Vorladungen zur Rechtsöffnungs- und zur Konkursöffnungsverhandlung entgegengenommen und sich daraufhin entschlossen habe, nichts zu unternehmen. Ein Verzicht auf eine Prozesshandlung bzw. das Nichterscheinen an einer Verhandlung stelle auch eine Prozesshandlung dar. Vorliegend müsse man Y. die Möglichkeit zum Handeln erteilen. Rechtshandlungen eines Gesellschafters, welche ohne Zustimmung des Mitgesellschafters vorgenommen worden seien und diesen in seinen Gesellschafts-

rechten verletzt, müssten durch den Betroffenen direkt für die Kollektivgesellschaft korrigierbar sein, mithin müsse ihm - und zwar alleine - die Prozessführungsbefugnis für die Kollektivgesellschaft zur Verfügung stehen. Werde von einem Mitgeschafter erheblich gegen die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages verstossen und dadurch die dringende Abwehr eines drohenden Schadens notwendig, befinde sich die Kollektivgesellschaft in einer Notstandssituation, in der ihr - nach vorheriger Ausschöpfung aller zur Verfügung stehenden Mittel - ein prozessualer Notstandsbehelf zur Verfügung stehen müsse, mit dem ein Angriff auf die Existenz und das Vermögen abgewehrt werden könne. In einer solchen Notstandssituation müsse der in seinen Gesellschaftsrechten verletzte Mitgeschafter alleine und allenfalls in Abweichung zur Eintragung im Handelsregister befugt sein, die Rechte der Kollektivgesellschaft wahrzunehmen. Überschreite ein zur Geschäftsführung befugter Geschafter seine Befugnisse, so fänden gestützt auf Art. 557 OR i.V.m. Art. 540 Abs. 2 OR die Vorschriften von Art. 419 ff. OR über die Geschäftsführung ohne Auftrag Anwendung. Davon habe Y. mit der Rekurseingabe vom 24. September 2007 Gebrauch gemacht, nachdem die Mitgeschafterin A. unter Verletzung von Art. 2 ZGB und des Gesellschaftsvertrages Prozesshandlungen vorgenommen bzw. unterlassen habe, welche die X. & Co. in ihrer Existenz gefährden würden. Damit habe A. ihre Befugnisse überschritten und den in Art. 540 Abs. 2 OR genannten Sachverhalt erfüllt. Wenn A. vorsätzlich und unter Verletzung ihrer Befugnisse eine Gefährdung für die X. & Co. herbeigeführt und die Abwehr eines drohenden Schadens notwendig gemacht habe, könne sie nicht zur Abwehr dieses drohenden Schadens zwar ihre Vertretungsrechte geltend machen, jedoch gleichzeitig deren Ausübung zur Beseitigung der von ihr herbeigeführten Gefährdung verweigern. A. habe mit ihrem Vorgehen ihre Vertretungsrechte in der Rekursache verwirkt, weshalb die Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 24. September 2007 rechtsmissbräuchlich und somit unwirksam sei. Folglich sei Y. gestützt auf Art. 419 ff. OR legitimiert, die X. & Co. im Rekurs- bzw. Konkursverfahren alleine zu vertreten (KG act. 1 S. 8 ff.).

3. a) Das Aussenverhältnis bei der Kollektivgesellschaft ist dadurch charakterisiert, dass sie zwar nach heutiger Lehre keine Rechtspersönlichkeit hat, zur Erleichterung des Rechtsverkehrs jedoch weitgehend verselbständigt und in ge-

wisser Hinsicht wie eine juristische Person behandelt wird. Sie ist demzufolge partei-, handlungs-, prozess- und betreibungsfähig (Pestalozzi/Wettenschwiler in: BS-Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530 - 1186 OR, [Hrsg.: Hon-sell/Vogt/Watter] 2. Aufl., Basel 2002, N 1 und 5 zu Art. 562 OR). Grundsätzlich handelt demnach die Kollektivgesellschaft nicht durch Organe, sondern es gilt das Prinzip der Selbstorganschaft, mithin ist jeder Gesellschafter grundsätzlich zur Geschäftsführung berechtigt, kann deshalb auch wirksam nach aussen für die Gesellschaft handeln (Pestalozzi/Wettenschwiler, a.a.O, N 1 zu Vorbemerkungen zu Art. 563 und 564). Art. 563 OR bestimmt entsprechend, dass gutgläubige Dritte zu der Annahme berechtigt seien, es sei jeder einzelne Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt, soweit das Handelsregister keine entgegensehende Eintragungen enthalte. Im vorliegenden Fall besteht im Handelsregister ein entsprechender Eintrag, indem nämlich eine Beschränkung der Vertretungsmacht der einzelnen Gesellschafter durch Statuierung einer echten Kollektivvertretung festgehalten wird, d.h. die beiden Gesellschafter Y. und A. sind nur gemeinsam zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt (vgl. OG act. 11). Anzumerken ist immerhin der Vollständigkeit halber und im Hinblick auf die Bemerkung des Beschwerdeführers, A. habe (alleine) Vorladungen entgegengenommen, dass es für die passive Vertretung der Gesellschaft nicht des Zusammenwirkens der Kollektivvertretung bedarf. Es genügt die Entgegennahme durch einen von mehreren Kollektivvertretungsberechtigten (Baudenbacher in: BS-Kommentar, a.a.O., N 4 zu Art. 555 OR). Die Vertretungsbefugnis kann einem Gesellschafter aus wichtigen Gründen entzogen werden (Art. 565 Abs. 1 OR). Macht ein Gesellschafter solche Gründe glaubhaft, so kann auf seinen Antrag der Richter, wenn Gefahr im Verzug liegt, die Vertretungsbefugnis vorläufig entziehen. Diese richterliche Verfügung ist im Handelsregister einzutragen (Art. 565 Abs. 2 OR).

b) Nach dem Gesagten ergibt sich für das vorliegende Verfahren Folgendes: Aufgrund der im Handelsregister eingetragenen Kollektivvertretung ist Y. zum alleinigen Handeln für die X. & Co. nicht ermächtigt. Bestehen, wie dies unter den Gesellschaftern der X. & Co. offenbar der Fall ist, erhebliche Differenzen bzw. handelt ein Gesellschafter - wie in der Beschwerde behauptet - rechtsmissbräuchlich, sieht das Gesetz (auch für dringende Fälle "wenn Gefahr im Verzug

liegt") eine entsprechende Vorgehensweise vor, nämlich den Entzug der Vertretungsbefugnis. Es kann deshalb nicht angehen, dass Y. diese gesetzliche Bestimmung unter Berufung auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Mitgesellschafterin zu umgehen versucht. Wollte man ein solches Vorgehen zulassen, führte dies dazu, dass dem Zweck des Handelsregistereintrages, nämlich die Gewährung der Rechtssicherheit Dritter im Umgang mit der Kollektivgesellschaft, zuwider gehandelt würde. Aus demselben Grund muss auch die Legitimation von Y. als Drittem im Sinne von § 283 ZPO verneint werden. Auch dies bedeutet eine Umgehung der im Handelsregister festgehaltenen Regelung. Ergeht gegen eine Gesellschaft eine gerichtliche Entscheidung, so ist es - ausser es handle sich um einen Prozess zwischen Gesellschaft und Gesellschafter - aufgrund der bundesrechtlichen Bestimmung allein Sache des zur Vertretung ermächtigten Organs oder eben vorliegend der zur Vertretung ermächtigten Gesellschafter im Kollektiv (und nicht Sache der einzelnen Gesellschafter als solcher) über die Frage eines Weiterzuges zu entscheiden (vgl. auch ZR 85 Nr. 105 Erw. 4).

Somit ergibt sich, dass Y. mangels Zustimmung bzw. Genehmigung des Weiterzuges durch die Mitgesellschafterin zur Erhebung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde im Namen der X. und Co. nicht legitimiert ist. Ebenso fehlt ihm die Legitimation als Dritter. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde ist deshalb nicht einzutreten. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

4. Da das Beschwerdeverfahren heute erledigt werden kann, erübrigt sich ein Entscheid über den in der Beschwerdeschrift gestellten Sistierungsantrag (KG act. 1 S. 2).

III.

Die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sind gestützt auf § 66 Abs. 3 ZPO dem Beschwerdeführer 2 (Y.) aufzuerlegen, war er doch offensichtlich weder für die Beschwerdeführerin 1 noch in eigenem Namen berechtigt, Beschwerde zu erheben. Der Fall stellt sich im Wesentlichen gleich dar wie derjenige eines vollmachtlosen Stellvertreters (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur

zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 7 zu § 66 ZPO). Die Höhe der Gebühr richtet sich nach der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Art. 52 und Art. 61 GebV SchKG). Prozessentschädigungen sind keine zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 700.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer 2 (Y.) auferlegt.
4. Prozessentschädigungen werden keine zugesprochen.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Es handelt sich um einen Entscheid im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 28. September 2007 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich, den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes ____ (Konkurssachen), das Konkursamt ____, das Handelsregisteramt des Kantons Zürich sowie das Betreibungsamt ____, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: