

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF200066-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

Urteil vom 23. Februar 2021

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____ **AG in Liquidation,**

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Y. _____

betreffend **Abberufung Liquidator**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 4. Dezember 2020 (ES200037)

Rechtsbegehren:

- " 1. Es sei die momentane Liquidatorin der B._____ AG in Liquidation (CHE-1), die Y._____ Rechtsanwälte AG (CHE-2) als Liquidatorin abuberufen.
- 2.1 Es sei stattdessen als Liquidator Herr A._____ von C._____ (ZH) und D._____ (ZH), E._____ -strasse ..., ... Zürich, und als Liquidationsadresse E._____ -strasse ..., ... Zürich, einzutragen.
- 2.2 Eventualiter sei das Konkursamt Küsnacht/ZH damit zu beauftragen, den Konkurs der B._____ AG in Liquidation durchzuführen.

Unter Kostenfolge der Gesuchsgegnerin."

Urteil des Einzelgerichtes:

1. Das Gesuch wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 850.–.
3. Die Gerichtskosten werden dem Gesuchsteller auferlegt.
4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge:

- " 1a. Die Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichtes Meilen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 4. Dezember 2020 (Geschäfts-Nr.: ES200037-G) sei aufzuheben. Es sei stattdessen:
- a. die momentane Liquidatorin der B._____ AG in Liquidation (CHE-1), die Y._____ Rechtsanwälte AG (CHE-2), als Liquidatorin abuberufen und es sei
 - b. als Liquidator Herrn A._____, von C._____ (ZH) und D._____ (ZH), E._____ -strasse ..., ... Zürich, und als Liquidationsadresse E._____ -strasse ..., ... Zürich, einzutragen.
- 1b. Eventualiter sei die Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 4. Dezember 2020 (Geschäfts-Nr. ES200037-G) aufzuheben und es sei das Konkursamt Küsnacht/ZH damit zu beauftragen, den Konkurs der B._____ AG in Liquidation umgehend anhand zu nehmen.
2. Die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 4. Dezember 2020 (Geschäfts-Nr.: ES200037-G) seien ebenfalls aufzuheben, und es seien die Kosten des Vorverfahrens stattdessen der Berufungsbeklagten aufzuerlegen, und es sei dem Berufungskläger eine entsprechende Parteientschädigung zuzusprechen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich 7,7 % MwSt.) zu Lasten des Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

1.

1.1. Am 17. Oktober 2014 verfügte die FINMA die Liquidation der B. _____ AG. Als Liquidatorin wurde die Y. _____ Rechtsanwälte AG eingesetzt. Am 25. Februar 2015 wurde der inzwischen über die B. _____ AG i.L. eröffnete Konkurs mangels Aktiven eingestellt, per tt.mm.2017 wurde die B. _____ AG i.L. im Handelsregister des Kantons Zürich gelöscht (vgl. OGer ZH PS160117 vom 7. Juli 2016 E. 1. und OGer ZH LF190026 vom 5. Juni 2019 E. 1.1.).

1.2. In Gutheissung eines Gesuchs des ehemaligen Verwaltungsrats der gelöschten Gesellschaft (A. _____, nachfolgend Gesuchsteller) wies das Einzelgericht des Bezirksgerichts Meilen mit Urteil EO200001-G vom 21. April 2020 das Handelsregisteramt des Kantons Zürich an, die gelöschte B. _____ AG i.L. gestützt auf Art. 164 Abs. 1 lit. d HRegV wieder in das Handelsregister einzutragen. Zur Gutheissung des Wiedereintragungsgesuchs erwog das Einzelgericht das Folgende: Der Gesuchsteller habe glaubhaft gemacht, dass im Zusammenhang mit der gelöschten Gesellschaft neu aufgetauchte Aktiven im Umfang von insgesamt Fr. 183'966.50 vorlägen, welche noch nicht verteilt seien, und die unverteilten Aktiven deckten die Kosten des Konkursverfahrens ohne Weiteres (vgl. act. 3/2 E. III.1.4. und E. III.1.5.). Den Antrag des Gesuchstellers auf seine Ernennung als Liquidator der B. _____ AG i.L. wies das Einzelgericht hingegen ab: Die Wiedereintragung lasse die Rechtspersönlichkeit der gelöschten Gesellschaft ex nunc wieder aufleben, mache deren Auflösung jedoch nicht rückgängig. Folglich komme es nicht zur Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit, sondern es werde lediglich das Konkursverfahren wiedereröffnet und der Konkurs anschliessend im summarischen oder ordentlichen Verfahren abgewickelt. Demzufolge sei kein Liquidator zu ernennen (vgl. act. 3/2 E. III.2.).

1.3. Mit Eingabe vom 25. November 2020 beantragte der Gesuchsteller beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Meilen (nachfolgend Vorinstanz), es sei die momentane Liquidatorin der B. _____ AG i.L., die Y. _____ Rechtsanwälte AG, als Liquidatorin abuberufen und stattdessen sei er (der Gesuchsteller) als Liquidator

einzutragen. Eventualiter sei das Konkursamt Küssnacht/ZH damit zu beauftragen, den Konkurs der B. _____ AG i.L. durchzuführen (vgl. act. 1). Mit Urteil vom 4. Dezember 2020 wies die Vorinstanz das Gesuch ab, soweit es darauf eintrat. Sie erwog, die Konkursverwaltung sei auch für die Liquidation zuständig, wenn sie den Konkurs noch nicht (wieder) aufgenommen habe. Aus dem Entscheid EO200001-G vom 21. April 2020 gehe zudem unzweideutig hervor, dass sich das Gericht erst nach der Wiedereröffnung des Konkurses mit der Frage der (Neu-)Ernennung eines Liquidators auseinandersetzen werde. Der Hauptantrag sei deshalb abzuweisen, wobei sich zusätzlich die Frage nach dem Rechtsschutzinteresse des Gesuchstellers stelle, da seit der Abweisung seines identischen Antrags mit Entscheid EO20001-G vom 21. April 2020 erst wenige Monate vergangen seien. Da der Gesuchsteller seinen Eventualantrag nur für den Fall stelle, dass das Konkursamt bereits ein Konkursverfahren eröffnet habe, ein solches aber noch nicht wieder aufgenommen worden sei, sei sodann auf das Eventualbegehren nicht einzutreten (vgl. act. 9 E. 3.).

1.4. Gegen das Urteil vom 4. Dezember 2020 erhob der Gesuchsteller rechtzeitig Berufung und verlangte die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und stattdessen die Gutheissung seiner vorinstanzlichen Anträge (vgl. act. 7/1 und act. 10). Sein Ziel im vorinstanzlichen Verfahren und auch weiterhin sei, dass die Aktiven der B. _____ AG i.L. unter den Gläubigern verteilt werden könnten – sei dies im Rahmen eines durchzuführenden Konkursverfahrens, sei es durch eine von einem Liquidator durchgeführten Liquidation. Von der Vorinstanz habe sich der Gesuchsteller erhofft, dass diese entweder das Konkursamt zum Tätigwerden anhalte oder aber den im Interessenkonflikt stehenden und zudem untätigen Liquidator auswechsele. Nichts von beidem sei geschehen (vgl. act. 10 N 16 und 18). Entweder befinde sich die B. _____ AG in Liquidation bereits im Konkurs, so wäre dem Eventualantrag des Gesuchstellers stattzugeben und die Vorinstanz hätte das Konkursamt Küssnacht zur Antragstellung bzw. Durchführung des Konkurses anhalten müssen. Oder aber die B. _____ AG in Liquidation befinde sich noch nicht bzw. nicht mehr im Konkurs und das Konkursamt treffe (noch) keine Handlungspflicht, dann wäre der Austausch des Liquidators ernsthaft zu prüfen gewesen. Es könne nicht sein und sei der Sache in keiner Art und Weise dienlich,

wenn die Vorinstanz sowohl den Austausch des bisherigen Liquidators kategorisch ablehne, aber gleichzeitig auch sämtliche aufsichtsrechtlichen Massnahmen gegenüber dem Konkursamt Küssnacht verweigere, obwohl dieses seiner Amtspflicht seit über einem halben Jahr nicht nachkomme (vgl. act. 10 N 20). Mit dem vorinstanzlichen Eventualantrag sollte die Vorinstanz das Konkursamt im Sinne eines aufsichtsrechtlichen Eingreifens zur Erfüllung seiner Amtspflichten anhalten, falls eine Abberufung und Neuwahl des Liquidators nicht möglich sein sollte, da die Liquidation in den Zuständigkeitsbereich des Konkursamts falle. Voraussetzung für den Eventualantrag sei demnach lediglich das Untätigbleiben des Konkursamts trotz allfälliger Handlungspflicht seit Sommer 2020 gewesen (vgl. act. 10 N 23).

1.5. Mit unaufgeforderter Eingabe vom 8. Januar 2021 erklärte das Konkursamt Küssnacht/ZH, es werde keinen Antrag auf Wiedereröffnung des Konkursverfahrens an das Konkursgericht stellen, da die Voraussetzungen dafür aus seiner Sicht unter keinen Umständen gegeben seien: Die angeblich neu entdeckten Vermögenswerte seien weder als neu entdeckt noch als freie Konkursaktiven anzusehen und sie würden die Kosten eines in jedem Fall im ordentlichen Verfahren abzuwickelnden Konkursverfahrens auch nicht zu decken vermögen (vgl. act. 19 N 7 und 10). Das Konkursamt bat um Überprüfung des Rubrums des obergerichtlichen Verfahrens, da die Kompetenz des Konkursamts zur Vertretung der B._____ AG i.L. mit der rechtskräftigen Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven geendet habe. Wenn überhaupt, dann wäre die Y._____ Rechtsanwälte AG als Liquidatorin die Vertreterin der B._____ AG i.L. (vgl. act. 19 N 15).

1.6. Mit Beschluss des Obergerichts vom 11. Januar 2021 wurde der vorsorgliche Antrag des Gesuchstellers vom 7. Januar 2021 abgewiesen, mit welchem dieser beantragt hatte, er sei zu bevollmächtigen, gewisse beschlagnahmte Vermögenswerte für die B._____ AG i.L. vor dem Bundesstrafgericht heraus zu verlangen, bzw. das Konkursamt sei zu verpflichten, dies zu tun. Mit gleichem Beschluss wurde dem Gesuchsteller die Eingabe des Konkursamts vom 8. Januar 2021 zugesandt (vgl. act. 21). Zusammen mit einer Noveneingabe vom 1. Februar 2021 reichte der Gesuchsteller ein Schreiben der Y._____ Rechtsanwälte AG ins

Recht. Darin teilt diese mit, dass sie das Mandat als Liquidatorin der B._____ AG i.L. per sofort beende und dass sie ab der Wiedereintragung in keinem Zeitpunkt Verfügungsmacht über die B._____ AG i.L. gehabt habe, insbesondere auch nicht als Liquidatorin (vgl. act. 25 und act. 26).

1.7. Den Kostenvorschuss für das Berufungsverfahren zahlte der Gesuchsteller auf erstes Verlangen (vgl. act. 15 und act. 23). Die vorinstanzlichen Akten (act. 1-7) sowie die Akten des Verfahrens EO20001-G (act. 24) wurden beigezogen. Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Im Entscheid PS160117 vom 7. Juli 2016, welcher sich ebenfalls mit der B._____ AG i.L. beschäftigt, hielt das Obergericht Folgendes fest: Mit der Konkursöffnung habe die Y._____ Rechtsanwälte AG als von der FINMA eingesetzte Liquidatorin die Verfügungsfähigkeit über die Gesellschaft weitgehend verloren, dies aber nur vorübergehend, da der Konkurs später mangels Aktiven eingestellt wurde. Seit Aufhebung des Konkurses mangels Aktiven liege die Vertretungsmacht über die B._____ AG in Liquidation wiederum vollumfänglich bei der Y._____ Rechtsanwälte AG als von der FINMA eingesetzte Liquidatorin (OGer ZH PS160117 vom 7. Juli 2016 E. 4.3.; vgl. auch BGE 90 II 247). In der Zeit zwischen der Einstellung des Konkurses über die B._____ AG i.L. und der Löschung der B._____ AG i.L. lag die Zuständigkeit für die Liquidation demnach bei der Y._____ Rechtsanwälte AG.

2.2. Unterdessen wurde die B._____ AG i.L. wie dargelegt gestützt auf Art. 164 Abs. 1 lit. d HRegV wieder in das Handelsregister eingetragen. Die Wiedereintragung dient der Wiederaufnahme und Beendigung des Konkursverfahrens (vgl. act. 3/2 E. 1.5 [Entscheid EO20001-G]). Auch wenn wie hier eine Gesellschaft nur wieder eingetragen wird, damit mittels wiederzueröffnendem Konkurs neu aufgetauchtes Vermögen verteilt werden kann, wäre bis zur Wiedereröffnung des Konkurses eigentlich wieder die eingesetzte Liquidatorin zuständig für die Liquidation. Das Rubrum ist entsprechend anzupassen. Die Beschlags- und Verfügungsrechte des Konkursamts entstehen erst wieder mit der tatsächlichen Konkurs-

öffnung (vgl. BGE 90 II 247, 254, und Rüetschi, SHK-HRegV, 2013, Art. 164 N 6). Es erscheint nun aber nicht sinnvoll, von der Y. _____ Rechtsanwälte AG ein Tätigwerden zu verlangen in der Zeit zwischen der Wiedereintragung, welche lediglich der Wiederaufnahme und der Beendigung des Konkursverfahrens dient, und der tatsächlichen Wiederaufnahme des Konkursverfahrens. Deshalb ist der Verzicht der Vorinstanz, den Wechsel der Liquidatorin wegen deren Untätigkeit zu prüfen, im Ergebnis nicht zu beanstanden, und die Abweisung des Hauptantrags ist zu schützen.

3.

3.1. Der Gesuchsteller stellte bei der Vorinstanz den Eventualantrag, das Konkursamt sei damit zu beauftragen, den Konkurs durchzuführen. Er verlangte mithin eventualiter die Prüfung aufsichtsrechtlicher Massnahmen gegenüber dem Konkursamt (vgl. act. 10 N 20 und 23). Gemäss Vorinstanz kommt dieser Eventualantrag nur zum Zuge, wenn das Konkursverfahren bereits wieder eröffnet wurde. Da dies nicht der Fall ist, trat sie auf den Eventualantrag nicht ein. Der Gesuchsteller hat zwar in seinem vorinstanzlichen Gesuch tatsächlich geschrieben, eventualiter wäre das Konkursamt zur Durchführung des Konkurs anzuhalten, sollte bereits ein Konkursverfahren bestehen (vgl. act. 1 N 11). Dies aber in der Annahme, das Konkursamt sei erst nach der Konkureröffnung zuständig bzw. die Y. _____ Rechtsanwälte AG sei erst dann nicht mehr zuständig. Aus dem Gesamtzusammenhang des vorinstanzlichen Gesuchs wird klar, dass der Eventualantrag dann zum Zuge kommen sollte, wenn die Vorinstanz eine (Neu-) Ernennung des Liquidators als nicht möglich erachtet, weil aus ihrer Sicht die Liquidation bereits in den Zuständigkeitsbereich des Konkursamts fällt bzw. nun das Konkursamt zum Tätigwerden verpflichtet sei – und genau so war es. Insoweit sind die Einwände des Gesuchstellers berechtigt. Das vorinstanzliche Nichteintreten auf den Eventualantrag ist jedoch aus einem anderen Grund zu schützen:

3.2. Die vorinstanzlichen Rechtsbegehren stellen eine eventuelle Klagenhäufung dar (vgl. BSK ZPO-Klaus, 3. Auflage 2017, Art. 90 N 3), welche nur möglich ist, wenn das gleiche Gericht sowohl für das Hauptbegehren als auch für das Eventualbegehren sachlich zuständig ist, und wenn in beiden Fällen die gleiche

Verfahrensart zur Anwendung gelangt (vgl. Art. 90 ZPO). Fehlt es an einer dieser beiden Voraussetzungen, können die Rechtsbegehren nicht in einem gemeinsamen Verfahren beurteilt werden, und das angerufene Gericht hat diejenigen Rechtsbegehren mit einem Nichteintretensentscheid zurückzuweisen, die nicht seiner Beurteilung unterliegen (ZK ZPO-Bessenich/Bopp, 3. Auflage 2016, Art. 90 N 10). Hier bestehen für den Haupt- und den Eventualantrag weder die gleiche sachliche Zuständigkeit noch kommt das gleiche Verfahren zur Anwendung: Zuständig für die Prüfung aufsichtsrechtlicher Massnahmen gegenüber dem Konkursamt ist die untere kantonale Aufsichtsbehörde über die Konkursämter, welche in Dreierbesetzung entscheidet (vgl. § 81 GOG ZH). Das Verfahren richtet sich nach Art. 20a SchKG und § 83 GOG ZH. Dies im Unterschied zum Hauptantrag über die Abberufung der Liquidatorin, welchen die Vorinstanz zu Recht als Einzelgericht im summarischen Verfahren behandelte (vgl. Art. 250 lit. c Ziff. 3 ZPO und § 24 lit. c GOG ZH). Im Ergebnis ist deshalb das Nichteintreten der Vorinstanz auf das Eventualbegehren nicht zu beanstanden. Die Berufung ist abzuweisen. Dem Gesuchsteller steht die Möglichkeit offen, bei der zuständigen unteren kantonalen Aufsichtsbehörde über die Konkursämter eine Rechtsverweigerungs-Beschwerde gegen das nach seiner Meinung zu Unrecht inaktive Konkursamt einzureichen.

4.

Der Gesuchsteller unterliegt mit seiner Berufung und wird dementsprechend kostenpflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Entscheidgebühr ist auf Fr. 875.– festzusetzen (vgl. Art. 96 ZPO i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: Dem Gesuchsteller nicht, weil er unterliegt, und der B. _____ AG i.L. nicht, weil ihr im Rechtsmittelverfahren kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden ist.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Meilen vom 4. Dezember 2020 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 875.– festgesetzt, dem Berufungskläger auferlegt und mit seinem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels der Berufungsschrift samt Beilagen sowie der Doppel der act. 19 und act. 20/1-4, und an das Konkursamt Küsnacht unter Beilage der Doppel der Noveneingabe vom 1. Februar 2021 samt Beilage (act. 25 und act. 26) sowie an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem 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 eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 10'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: