

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120186-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili.

Urteil vom 16. Januar 2013

in Sachen

A._____ (SCHWEIZ) AG,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X._____

betreffend **Überschuldungsanzeige**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 5. Oktober 2012 (EK121582)

Erwägungen:

I.

1. B._____ war seit dem 31. Juli 2007 als Mitglied des Verwaltungsrates der A._____ (SCHWEIZ) AG (Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin, nachfolgend Beschwerdeführerin), seit dem 11. August 2011 (erneut) mit Einzelzeichnungsberechtigung, im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (act. 8/3). Gestützt auf einen entsprechenden Auszug gelangte er in dieser Funktion mit Schreiben vom 2. Oktober 2012 an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich und zeigte die Überschuldung der Beschwerdeführerin an (act. 8/1). In der Folge eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich gestützt auf die am 3. Oktober 2012 nachgereichte revidierte Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Veräusserungswerten mit Urteil vom 5. Oktober 2012 den Konkurs über die Beschwerdeführerin (act. 8/4 = act. 7).

2. Gegen dieses Urteil erhob Rechtsanwalt Dr. X._____ im Namen der Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 9. Oktober 2012 rechtzeitig Beschwerde an die Kammer, mit den Anträgen, es sei der angefochtene Entscheid aufzuheben, und sinngemäss, es sei das Konkursbegehren abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei (act. 2). In prozessualer Hinsicht beantragte er zudem, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Diesem Gesuch wurde mit Präsidialverfügung vom 11. Oktober 2012 entsprochen (act. 9). Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt. Dieser wurde rechtzeitig geleistet (act. 14).

3. Mit Präsidialverfügung vom 12. November 2012 wurde der Beschwerdeführerin sodann Frist angesetzt, um die bisherigen rechtlichen Schritte von Rechtsanwalt Dr. X._____ zu genehmigen und für eine allfällige weitere Vertretung eine rechtsgültig unterzeichnete Vollmacht einzureichen (act. 19). Am 16. November 2012 reichte die Beschwerdeführerin innert Frist eine Prozessvoll-

macht mit der Erklärung ein, dass die bisherigen Prozessschritte von Rechtsanwalt Dr. X. _____ genehmigt würden (act. 21-22).

4. Nachdem B. _____ der Kammer mit unaufgeforderter Eingabe vom 16. Oktober 2012 eine Kopie des Schreibens an die Beschwerdeführerin vom gleichen Datum eingereicht hatte (act. 12-13) und die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 19. Oktober 2012 ebenfalls unaufgefordert Stellung genommen hatte (act. 15), wurden diese Eingaben mit Verfügung vom 20. November 2012 der jeweiligen anderen "Seite" zugestellt, und es wurde B. _____ Gelegenheit gegeben, um zur Beschwerde Stellung zu nehmen (act. 23). Mit Datum vom 13. Dezember 2012 erstattete B. _____ seine Stellungnahme (act. 32 und act. 33). Mit Nachtrag vom 14. Dezember 2012 liess er der Kammer eine weitere Beilage zukommen (act. 34 und act. 35). Beide Eingaben wurden der Beschwerdeführerin am 19. Dezember 2012 zugestellt (act. 36). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8). Die Sache erweist sich als spruchreif.

II.

1. Der Entscheid des Konkursgerichtes im Rahmen der Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung (Art. 190 ff. SchKG) kann mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (Art. 194 SchKG i.V.m. Art. 174 SchKG). Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen (vgl. ZR 110/2011 Nr. 5). Es können dabei neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG).

2. Die Beschwerdeführerin macht mit ihrer Beschwerde in der Hauptsache geltend, die Überschuldungsanzeige vom 2. Oktober 2012 entfalte keine Rechtswirkungen, weil der sie unterzeichnende B. _____ in diesem Zeitpunkt nicht mehr rechtsgültig für die Beschwerdeführerin habe zeichnen können (act. 2 S. 2). Mit ausserordentlichem Generalversammlungsbeschluss vom 28. September 2012 sei B. _____ als Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin abberufen und C. _____ zur neuen (einzig) Verwaltungsrätin gewählt worden. B. _____ sei unverzüglich über diesen Beschluss informiert worden (act. 2 S. 2). Eventualiter

macht die Beschwerdeführerin geltend, sie sei nicht überschuldet. Die vor Vorinstanz eingereichte Zwischenbilanz sei manipuliert und weise Verbindlichkeiten aus, die überwiegend nicht bestünden (act. 2 S. 2 ff.). Ihre neue Alleinaktionärin, die D._____ AG, habe zudem eine Bestätigung abgegeben, dass sie ihr zur Deckung der berechtigten Forderungen Nachrangdarlehen in der entsprechenden Höhe gewähren würde (act. 2 S. 6).

B._____ bringt dagegen im Wesentlichen vor, seine Abberufung habe anlässlich der Generalversammlung vom 28. September 2012 nicht gültig beschlossen werden können, weil nicht alle bzw. keine der für eine Universalversammlung notwendigen Aktientitel vertreten gewesen seien (act. 13/2 und act. 32 S. 2 f.). Er sei auch im Nachhinein nicht über die Versammlung informiert worden. Sodann macht er weitere Ausführungen zur finanziellen Situation und zur Überschuldung der Beschwerdeführerin (act. 32 S. 4 f.).

3. Vorab ist festzuhalten, dass die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Abberufung von B._____ als ihren Verwaltungsrat und die Wahl von C._____ als ihre neue Verwaltungsrätin anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung Tatsachen darstellen, die sich am 28. September 2012 und damit bereits vor dem vorinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben. Nach dem Gesagten können sie daher im Beschwerdeverfahren gegen eine Konkureröffnung geltend gemacht werden, weshalb sie vorliegend zu berücksichtigen sind.

4. Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist oder von Bundesrechts wegen als Partei auftreten kann (Art. 66 ZPO). Prozessfähig ist, wer handlungsfähig (Art 67 ZPO) und prozessführungsberechtigt ist. Die Prozessführungsbefugnis bedeutet das Recht, einen Prozess selber oder durch einen bestellten (gewillkürten) Vertreter zu führen (BK ZPO-STERCHI, Art. 67 N 20; BSK ZPO-TENCHIO-KUZMIC, Art. 67 N 3). Ebenfalls Bestandteil der Prozessfähigkeit bildet ferner die Postulationsfähigkeit. Das ist die Fähigkeit, vor Gericht die im Prozessrecht vorgezeichneten Rechte wahrzunehmen, prozessuale Anträge zu stellen, Parteivorträge zu halten etc. (BGE 132 I 1 E. 3.2; ZK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 67 N 4; BK ZPO-STERCHI, Art. 67 N 24). Wird ein gewillkürter Vertreter beauftragt (Art. 68 Abs. 1 ZPO), so geht die Postulationsfähigkeit auf den Vertreter über (ZK

ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 68 N 3), sofern die Vollmachtserteilung gehörig erfolgt. Das bedeutet unter anderem, dass die vollmachtserteilende Person ihrerseits prozessfähig ist (ZK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 68 N 28). Eine Aktiengesellschaft ist als juristische Person parteifähig (Art. 53 ZGB). Durch das Handeln ihrer Organe ist sie ferner prozess- und postulationsfähig (Art. 54 ZGB; BK ZPO-STERCHI, Art. 67 N 3; ZK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 68 N 1). Der Verwaltungsrat ist das für die Aktiengesellschaft handelnde Organ (Art. 718 OR).

C._____ hat im Namen der Beschwerdeführerin Rechtsanwalt Dr. X._____ mit der Beschwerdeführung beauftragt. Das ist nach dem Gesagten zulässig und eine Vollmacht liegt vor (vgl. act. 19 und act. 21-22).

Vorausgesetzt ist indes, dass die Beschwerdeführerin selber prozessfähig ist.

C._____ begründet die Handlungsfähigkeit und die Berechtigung der Beschwerdeführerin den vorliegenden Prozess zu führen, mit ihrem Handeln als deren Verwaltungsrätin. Aus dem Handelsregisterauszug der Beschwerdeführerin ergibt sich zwar, dass C._____ seit dem 10. Oktober 2012 Verwaltungsrätin der Beschwerdeführerin ist (act. 18). Der Handlungsregistereintrag hat indes keine konstitutive Wirkung (BSK OR II-WATTER, 4. Aufl. 2012, Art. 720 N 2), massgebend ist die Wahl durch die Generalversammlung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Dementsprechend macht C._____ geltend, sie sei anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung vom 28. September 2012 zur Verwaltungsrätin der Beschwerdeführerin gewählt worden. Sie reicht zur Untermauerung dieses Vorbringens einen notariell beglaubigten Generalversammlungsbeschluss vom 28. September 2012 ein (act. 5/2). Diesem kann (unbestritten) entnommen werden, dass die als alleinige Aktionärin der Beschwerdeführerin vermerkte AA._____ & Cie. AG, vertreten durch ihren Vorstand E._____, beschlossen hat, mit sofortiger Wirkung den einzigen Verwaltungsrat B._____ abzurufen und gleichzeitig C._____ als neue Verwaltungsrätin zu wählen (act. 5/2). Ist C._____ damals gültig zur Verwaltungsrätin der Beschwerdeführerin gewählt worden, so ist die Prozessfähigkeit der Beschwerdeführerin gegeben. Demnach wäre unter diesem Aspekt auf ihre Beschwerde einzutreten (Art. 59 ZPO).

Die Gültigkeit dieses Beschlusses ist vorliegend aber umstritten. In Anwendung der Lehre und ständiger Rechtsprechung zur sogenannt doppelrelevanten Tatsache ist an dieser Stelle jedoch auf eine eingehende Klärung der Gültigkeit des Beschlusses zu verzichten, weil sie nicht nur für die Prozessfähigkeit im Rahmen der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen der Beschwerde von Bedeutung, sondern – wie in E. 5 nachfolgend ersichtlich – auch in materieller Hinsicht bedeutsam ist. Von der Gültigkeit hängt demnach sowohl die Zulässigkeit als auch die Begründetheit der Beschwerde ab. Eine solche zweifach erhebliche oder doppelt relevante Tatsache wird nur in einer Prüfungsstation untersucht. Die betroffene Zulässigkeitsvoraussetzung wird nicht geprüft, sofern sie – wie vorliegend – schlüssig behauptet wurde. Die Klärung der entsprechenden rechtlichen Frage erfolgt im Rahmen der materiellen Beurteilung und es wird ein Sachentscheid gefällt (KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 60 N 6 f.; HOFFMANN-NOWOTNY, Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren, Zürich/St. Gallen 2010, N 83 ff., N 187 ff. und N 211 ff.; BGE 122 III 249; BGE 137 III 32 E. 2.3, BGer, 4A_31/2011 vom 11. März 2011, E. 2).

Im Übrigen wurde die Beschwerde rechtzeitig schriftlich und begründet bei der Kammer als zuständige obere Instanz eingereicht. Die Beschwerdeführerin ist ferner durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Beschwerde legitimiert. Demnach ist auf die Beschwerde einzutreten.

5. Die Gültigkeit des Generalversammlungsbeschlusses vom 28. September 2012 beeinflusst auch, ob B._____ mit sofortiger Wirkung als Verwaltungsrat abberufen worden ist. Wenn dem so ist, so wäre er ab diesem Zeitpunkt nicht mehr (einzelzeichnungsberechtigter) Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin gewesen. Zwar war er noch bis zum 10. Oktober 2012 im Handelsregister der Beschwerdeführerin eingetragen (vgl. act. 18) und es obliegt grundsätzlich der betroffenen juristischen Person, die Löschung von als Organ eingetragenen und aus ihrem Amt ausgeschiedenen Personen zu verlangen (Art. 938b Abs. 1 OR). Dennoch endet die formelle Organstellung eines Verwaltungsrates mit der Wirkung seiner Abberufung, auch wenn der entsprechende Handelsregistereintrag nicht gelöscht wurde (BSK OR II-GERICKE/WALLER, 4. Aufl. 2012, Art. 754 N 11).

B._____ hätte demnach im Zeitpunkt der Überschuldungsanzeige infolge der Abberufung als Verwaltungsrat nicht mehr rechtswirksam für die Beschwerdeführerin prozessieren können (vgl. E. 4 vorstehend). Daraus folgt, dass auf die von ihm im Namen der Beschwerdeführerin am 2. Oktober 2012 erhobene Überschuldungsanzeige wegen insoweit fehlender Prozess- und Postulationsfähigkeit der Beschwerdeführerin nicht einzutreten gewesen wäre (Art. 59 ZPO).

6. Die ausserordentliche Generalversammlung der Beschwerdeführerin vom 28. September 2012 wurde als Universalversammlung durchgeführt. Bei der Universalversammlung kann über alle in den Geschäftskreis der Generalversammlung fallende Gegenstände – wie auch die Abberufung oder Wahl von Verwaltungsratsmitgliedern (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR und Art. 705 Abs. 1 OR) – Beschluss gefasst werden, ohne dass die für die Einberufung einer Generalversammlung vorgeschriebenen Formvorschriften eingehalten werden müssen (Art. 701 OR). Einzige Voraussetzung für eine gültige Beschlussfassung ist, dass die Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien anwesend sind und keinen Widerspruch erheben (Art. 701 OR). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein Beschluss einer Universalversammlung, an welcher nicht sämtliche Aktien vertreten sind bzw. Aktionäre teilgenommen haben, daher nichtig (BGer, 5A_197/2011 vom 15. August 2011). Kein Gültigkeitserfordernis ist demgegenüber die Anwesenheit von Verwaltungsräten ohne Aktien (PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, S. 1354; BERTRAND SCHOTT, in: Peter Forstmoser, Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängel, Zürich 2009, S. 90 f. und S. 183; DIETER DUBS, Die GV-Teilnahmebefugnis für Mitglieder des Verwaltungsrats nach Art. 702a OR – Materieller Gehalt und [praktisch keine] Folgen in der Praxis, GesKR 2008, S. 259).

Daraus erhellt, dass es für die Gültigkeit des Universalversammlungsbeschlusses vom 28. September 2012 einzig darauf ankommt, ob mit der dort anwesenden AA._____ & Cie. AG alle Aktien vertreten waren. Die Beschwerdeführerin verfügt gemäss Handelsregistereintrag über ein Aktienkapital von Fr. 250'000.-- welches in 250 Inhaberaktien aufgeteilt ist (act. 18). Während sich

die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt stellt, diese Aktien seien vertreten gewesen, weil AA. _____ & Cie. AG ihre Gründerin und alleinige Aktionärin gewesen sei, behauptet B. _____, die Aktien seien durch andere Personen gehalten gewesen. Er führt im Detail aus, dass F. _____ 248 Aktien sowie G. _____ und er selber je 1 Aktie der Beschwerdeführerin besessen hätten. Sie alle seien bei der Versammlung nicht anwesend gewesen (act. 13/2 und act. 32 S. 2 f.). Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, dass die Herren F. _____, G. _____ und B. _____ im Gründungszeitpunkt zwar die Aktien gehalten hätten, dies allerdings nur treuhänderisch für die AA. _____ & Cie. AG (act. 15 S. 2 f.). Sowohl die Beschwerdeführerin als auch B. _____ reichten dem Gericht zur Untermauerung ihrer Aussagen diverse Unterlagen ein.

Zu klären bleibt also die strittige Frage, ob AA. _____ & Cie. AG im Zeitpunkt der Beschlussfassung alleinige Aktionärin gewesen ist, so dass gültig Beschluss gefasst, B. _____ abberufen und C. _____ gewählt werden konnte. Da über rechtserhebliche, streitige Tatsachen Beweis abzunehmen ist (Art. 150 ZPO), ist somit ein Beweisverfahren durchzuführen. Demnach ist der angefochtene Entscheid aufzuheben, und die Sache ist zur Durchführung des Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Damit erübrigt sich die Beurteilung, ob die Vorinstanz zu Recht die Überschuldung der Beschwerdeführerin festgestellt hat.

7. Die Entscheidgebühr beträgt Fr. 750.-- und wurde von der Beschwerdeführerin sichergestellt (act. 14). Auf die Festsetzung einer Parteientschädigung für das Rechtsmittelverfahren kann verzichtet werden, weil es für die Zusprechung einer solchen zulasten des Staates ohnehin an einer gesetzliche Grundlage fehlen würde (ADRIAN URWYLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 12). In einem Rückweisungsentscheid kann die obere Instanz die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens der Vorinstanz überlassen (Art. 104 Abs. 1 und 4 ZPO). Das bildet die Regel und davon ist nur bei Vorliegen von besonderen Gründen abzuweichen (ZK ZPO-JENNY, Art. 104 N 11). Hier sind keine solchen besonderen Gründe ersichtlich, weshalb die Kostenverteilung der Vorinstanz zu überlassen ist.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. Oktober 2012 aufgehoben, und die Sache wird im Sinne der Erwägungen zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 750.-- festgesetzt.
3. Es wird für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung festgesetzt.
4. Die Kostenverteilung für das Beschwerdeverfahren bleibt dem Endentscheid vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin, an B._____, vertreten durch Rechtsanwalt Y._____, ... [Adresse], sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich und das Konkursamt H._____, ferner an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt I._____, je gegen Empfangsschein.
6. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am: