

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120209-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. P. Hodel und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 5. Februar 2013

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ **AG**,

Beklagte und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Überschuldung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 25. Oktober 2012 (EK121753)

Erwägungen:

1. Mit Schreiben vom 20. Oktober 2012 beantragte A._____ beim Bezirksgericht Zürich die Eröffnung des Konkurses nach Art. 725a OR über die B._____ AG in C._____ (act. 5/1). Mit Urteil vom 25. Oktober 2012 wies das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich die Klage ab, soweit es darauf eintrat (act. 3). Gegen diesen Entscheid erhob A._____ (nachfolgend Beschwerdeführerin) rechtzeitig Beschwerde und beantragte (act. 2 S. 1):

"1. Die Verfügung des Konkursrichters des Bezirksgerichts Zürich vom 25.10.2012 sei aufzuheben;

2. Über die B._____ AG Zürich sei ein Konkurs zu eröffnen;

3. Eventuell sei die Sache zu einer neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gegenpartei."

Mit Beschluss vom 15. November 2012 wurde die Beschwerdeführerin aufgefordert, innert einer Frist von 10 Tagen ein Zustellungsdomizil zu bezeichnen und einen Kostenvorschuss zu leisten (act. 7). In der Folge leistete die Beschwerdeführerin einen Kostenvorschuss (act. 10) und bezeichnete eine Zustelladresse (act. 9).

2. Da die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist, kann in Anwendung von Art. 322 Abs. 1 ZPO auf die Einholung einer Beschwerdeantwort verzichtet werden.
3. Das Konkursgericht führte u.a. aus, soweit die Beschwerdeführerin ihre Klage auf die Art. 725 f. OR stütze, fehle ihr als Nichtorgan der B._____ AG. die Antragsberechtigung. Was die Berufung auf Art. 190 SchKG betreffe, nenne die Beschwerdeführerin nicht einmal, welcher Anwendungsfall von Art. 190 SchKG ihrer Ansicht nach vorliegen solle, weshalb sich ihre Klage als un-

substantiiert erweise. Zudem habe sie ihre Forderung gegenüber der B._____ AG nicht glaubhaft gemacht (act. 3 S. 1).

4. a) Im Beschwerdeverfahren macht die Beschwerdeführerin geltend, in ihrem Begehren betreffend Konkurs nach Art. 725a OR habe sie vor Vorinstanz keinen Antrag im Sinne von Art. 725 f. OR gestellt, sondern als Gläubigerin der B._____ AG auf die Pflichtverletzung der Vorinstanz Aufmerksam gemacht. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz habe sie als Gläubigerin auch ein Antragsrecht (act. 2 S. 2).

b) Diesen Ausführungen ist entgegen zu halten, dass die Beschwerdeführerin ihr "Gesuch" beim Bezirksgericht Zürich eingereicht hatte. Hätte sie, was sich aber ihren Ausführungen vor Vorinstanz (vgl. act. 5/1) nicht entnehmen lässt, eine aufsichtsrechtliche Beschwerde gegen Ersatzrichter D._____ wegen Verletzung einer Amtspflicht durch Nichteröffnung eines Konkurses über die B._____ AG trotz Erhalt entsprechender Informationen über deren finanzielle Lage im Verfahren ... in Sachen E._____ gegen Konkursmasse des F._____ (vgl. act. 5/2/2) erheben wollen, hätte sie sich diesbezüglich an die Verwaltungskommission des Obergerichtes wenden müssen (§ 82 f. GOG i.V.m. § 18 lit. k Ziff. 1 Verordnung über die Organisation des Obergerichtes vom 3. November 2010 [LS212.51]). Der Vorderrichter durfte die Eingabe der Beschwerdeführerin an die Vorinstanz mit dem von ihr bezeichneten Betreffnis "Konkureröffnung über die B._____ AG in C._____ nach Art. 725a OR" und den entsprechenden Ausführungen zur Sicherstellung ihrer Forderungen (vgl. act. 5/1 S. 5) so verstehen, dass sie selbst den Konkursrichter über die Überschuldung benachrichtigen wollte. Im Übrigen hat die Vorinstanz, da die Beschwerdeführerin zu keinem Zeitpunkt Organ des Verwaltungsrates der B._____ AG (vgl. act. 4) war, zu Recht darauf hingewiesen, dass die Beschwerdeführerin gestützt auf das materielle Recht (Art. 725 f. OR) nicht zur Überschuldungsanzeige berechtigt sei.

5. a) Auch im Beschwerdeverfahren rügt die Beschwerdeführerin Amtspflichtverletzungen von Ersatzrichter D._____ im Zusammenhang mit dem Verfahren Darauf ist mangels Zuständigkeit nicht einzutreten.

- b) Soweit die Beschwerdeführerin versucht, auf dem Umweg der Nichtigkeit das Urteil vom 2. April 2012 im Verfahren ... in Sachen E._____ gegen Konkursmasse des F._____ (vgl. act. 5/2/2) anzufechten (vgl. act. 2 S. 5-6), ist darauf nicht einzutreten. Jenes Verfahren, in dem sie nicht Partei war, ist nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens.
6. a) Dem Konkursgericht ist beizupflichten, dass sich die auf Art. 190 SchKG abgestützte vorinstanzliche Klage als unsubstantiiert erweist, da die Beschwerdeführerin vor Vorinstanz nicht dargetan hat, welcher Anwendungsfall von Art. 190 SchKG vorliegen soll. Sie behauptete nur, die gesamten Reserven und das Kapital der B._____ AG habe der damalige Verwaltungsrat G._____ von H._____ im Jahre 2001 an eine ... Stiftung (... Stiftung ...) übertragen (act. 5/1 S. 5).
- b) In der Beschwerdeschrift macht sie geltend, der Verwaltungsrat der B._____ AG habe betrügerische Handlungen zum Nachteil der Gläubiger begangen (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG). G._____, der damalige Verwaltungsrat der B._____ AG, habe erhebliches Vermögen inklusiv das Aktienkapital und die gesamten gesetzlichen Reserven an eine ... Stiftung verschoben. Nach dem Ableben von G._____ habe der heutige Verwaltungsrat RA I._____ aus Interessenskollision weitere Guthaben der B._____ AG gegenüber der Stiftung C._____ und der J._____ AG aus den Bilanzen entfernt. Aus Interessenskollision habe der Verwaltungsrat der B._____ die Schulden gemäss Nachlassinventar des Nachlasses G._____ dem Konkursrichter (im Verfahren ...) verschwiegen (act. 2 S. 9).
7. a) Das vorliegende Verfahren ist ein Beschwerdeverfahren nach Art. 319 ff. ZPO (vgl. Art. 194 i.V.m. Art. 174 Abs. 1 SchKG). Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen (vgl. ZR 110/2011 Nr. 5). Dabei kann unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

Nach Art. 326 Abs. 1 ZPO sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen. In Abs. 2 werden besondere Bestimmungen des Gesetzes vorbehalten. Als solche besondere Bestimmungen, welche eine Ausnahme erlauben, gelten Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG betreffend die Beschwerde gegen eine Konkureröffnung. Art. 174 Abs. 1 SchKG, wonach in der Beschwerde unechte Noven vorgebracht werden können, gilt auch bei der Konkureröffnung ohne vorgängige Betreuung. Die in Art. 174 Abs. 2 SchKG abschliessend als zulässig genannten echten Noven sind dagegen nicht auf eine Konkureröffnung ohne vorgängige Betreuung zugeschnitten. Ein Analogieschluss auf weitere Arten von echten Noven wird mehrheitlich abgelehnt (vgl. die Ausführungen der Kammer in *OGer ZH PS110058* vom 15. Juli 2011, E. III./1.; vgl. auch BSK SchKG II-Brunner/Boller, 2. Auflage 2010, Art. 194 N 8).

Im vorliegenden Beschwerdeverfahren sind daher lediglich unechte Noven zulässig.

b) Die Beschwerdeführerin behauptet erstmals im Beschwerdeverfahren, es seien durch den heutigen Verwaltungsrat RA I._____ Guthaben gegenüber der Stiftung C._____ und der J._____ AG aus der Bilanz der B._____ AG entfernt worden bzw. im Verfahren ... seien Vermögenswerte verheimlicht worden. Es handelt sich hierbei um Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind. Auch bei den neuen Behauptungen, der Nachlass von G._____ (Nachfolgerin-Stiftung C._____) sowie die J._____ AG hätten erhebliches Vermögen der B._____ AG unterschlagen (vgl. act. 2 S. 9), handelt es sich um vor dem erstinstanzlichen Entscheid entstandene Tatsachen. All diese neuen Behauptungen sind somit unechte Noven im Sinne von Art. 174 Abs. 1 Satz 2 SchKG (vgl. BSK SchKG II-Giroud, a.a.O., Art. 174 N 19) und deshalb zulässig.

8. a) Bei der behaupteten Entfernung von Guthaben aus der Bilanz der B._____ AG bzw. der Verheimlichung von Vermögenswerten im Verfahren ... handelt es sich nicht um betrügerische Handlungen im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG. I._____ ist erst seit dem 11. Oktober 2011 (Eintrag im

Tagesregister des Handelsregisters, vgl. act. 4) Präsident des Verwaltungsrates der B._____ AG Zuvor war F._____, Ehemann der Beschwerdeführerin, einziges Mitglied des Verwaltungsrates (vgl. act. 4 i.V.m. act. 5/2/3). Im Verfahren ... mit Urteilsfällung am 2. April 2012 (act. 5/2/2) wurde auf eine **provisorische** Bilanz der B._____ AG verwiesen (act. 5/2/2 S. 8). Ob in jenem Verfahren effektiv eine provisorische Bilanz eingereicht worden ist, kann offen bleiben. Jedenfalls handelt es sich um eine provisorische und damit mit Vorbehalt zu interpretierende Bilanz. Mit dem Hinweis auf eine provisorische Bilanz wird klar deklariert, dass die Bilanz unvollständig sein kann. Demzufolge fehlt es seitens der B._____ AG an einer Schädigungsabsicht der Gläubiger, weshalb keine betrügerische Handlung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG vorliegt. Die geltend gemachte Verheimlichung von Vermögenswerten (Schulden gemäss Nachlassinventar des Nachlasses G._____) gegenüber dem Konkursrichter fällt nicht unter Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG, wird doch vorausgesetzt, dass ein Schuldner Bestandteile seines Vermögen bei einer **Betreibung auf Pfändung** verheimlicht hat.

b) Auch bei der Behauptung, der Nachlass von G._____ (Nachfolgerin-Stiftung C._____) sowie die J._____ AG hätten erhebliches Vermögen der B._____ AG unterschlagen (vgl. act. 2 S. 9), liegt kein Anwendungsfall von Art. 190 SchKG vor, geht es doch nicht um ein gläubigerschädigendes Verhalten der B._____ AG sondern von anderen Firmen.

c) Gegen jeden Schuldner (unabhängig der Konkursfähigkeit nach Art. 39 SchKG), der betrügerische Handlungen zum Nachteil aller oder einzelner Gläubiger begangen oder zu begehen versucht hat, kann nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung von einem Gläubiger beantragt werden. Die Erfüllung eines strafrechtlichen Betrugstatbestandes ist nicht erforderlich, es genügt jedes Handeln in der Absicht einer Gläubigerschädigung (BSK SchKG II-Brunner/Boller, a.a.O., Art. 190 N 7). Es können sich allerdings nur Gläubiger auf Art. 190 SchKG berufen, die im Zeitpunkt der Tatbegehung bereits Gläubigereigenschaft hatten. Der Täter der betrügerischen Handlung muss schon vor deren Bege-

hung Schuldner des durch die Tat Geschädigten gewesen sein (BSK SchKG II-Brunner/Boller, a.a.O., Art. 190 N 8). Wie die Beschwerdeführerin vor Vorinstanz selbst ausführte, war sie im Zeitpunkt der vorgeworfenen Vermögensverschiebung von G._____, im Jahr 2001 (act. 5/1 S. 2-4), noch nicht Gläubigerin der B._____ AG Diesbezüglich fehlt es ihr somit an der Klagelegitimation.

9. Zur behaupteten Gläubigerstellung der Beschwerdeführerin ist noch Folgendes zu bemerken:

Die von der Beschwerdeführerin erstellten Abrechnungen (act. 5/2/4-5, act. 5/2/6 und act. 5/2/7a) würden für die Glaubhaftmachung der Forderungen nicht genügen. Ausserdem sei die Bemerkung erlaubt, dass der über die F._____ GmbH eröffnete Konkurs am 28. Juli 2011 durch den Konkursrichter mangels Aktiven eingestellt worden ist (act. 11 S. 2). Soweit die Beschwerdeführerin ihre Gläubigerstellung aus Forderungen ableitet, die ursprünglich der Firma F._____ GmbH zugestanden haben, und die an sie per Ehevertrag vom 13. August 2009 mit Übertragung des gesamten (zu erwartenden) Liquidationsergebnisses der F._____ GmbH in Liquidation "übergegangen" sein sollen (act. 5/1 S. 4, act. 5/2/3 S. 2), ist zu bemerken, dass der Beschwerdeführerin diese Forderungen grundsätzlich nicht zustehen. Vielmehr würden die neu entdeckten Vermögenswerte zu einer Wiedereröffnung des Konkursverfahrens führen (vgl. BSK SchKG II-Lustenberger, a.a.O., Art. 230 N 12).

10. Die Beschwerde ist somit abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
11. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten der zweiten Instanz sind mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

Durch die Abweisung der Beschwerde bleibt auch das erstinstanzliche Kostendispositiv rechtskräftig. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen soweit darauf eingetreten wird, und das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 25. Oktober 2012 wird bestätigt.
 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt.
 3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
-
1. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
 2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten, je gegen Empfangsschein sowie an die Obergerichtskasse.
 4. 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:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: