

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS130003-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur.
P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. P. Hodel sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf.

Urteil vom 4. Februar 2013

in Sachen

A._____ AG,

Beschwerdeführerin,

gegen

B._____ AG,

Beschwerdegegnerin,

betreffend **Betreibung Nr. ...**
(Beschwerde über das Betreibungsamt C._____)

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen vom 3. Dezember
2012 (CB120037)

Erwägungen:

I.

1. Mit Eingabe vom 22. Oktober 2012 erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde beim Bezirksgericht Horgen als untere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen. Die Beschwerdeführerin machte im Wesentlichen geltend, die Konkursandrohung vom 19. September 2012, bei ihr eingegangen am 11. Oktober 2012, sei infolge fehlerhafter Zustellung durch ein örtlich unzuständiges Betreibungsamt für nichtig zu erklären. Zudem stellte sie den Antrag, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 1). Mit Urteil vom 3. Dezember 2012 wies das Bezirksgericht Horgen die Beschwerde ab und schrieb den Antrag auf aufschiebende Wirkung infolge Gegenstandslosigkeit ab (act. 14). Da bei der Ausfertigung des Urteils ein Satz verloren ging, erfolgte eine nochmalige Zustellung des Urteils vom 3. Dezember 2012 (vgl. act. 16 und 17), welche von der Beschwerdeführerin am 27. Dezember 2012 in Empfang genommen wurde (act. 18/1).

2. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin beim Obergericht des Kantons Zürich als obere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen mit Eingabe vom 14. Januar 2013 innert Frist Beschwerde (act. 22) und stellte folgende Anträge:

- " 1. Die Beschwerde gegen das Urteil vom 3. Dezember 2012 sei gutzuheissen.
2. Es sei die Beschwerde gegen die Konkursandrohung in der Betreuung Nr. ... i.S.v. Art. 17 SchKG gutzuheissen.
3. Die Konkursandrohung in der Betreuung Nr. ... sei wegen fehlerhafter Zustellung durch ein örtlich unzuständiges Betreibungsamt i.S.v. Art. 22 SchKG als nichtig zu erklären.
4. Der Bundesgerichtsentscheid vom 8. April 2008 (BGE 134 II 417, E. 4) sei in die Beschwerde beizuziehen und es sei von der Beschwerdeinstanz festzustellen, dass die Vorinstanz Bundesrecht verletzt hat, indem sie die Zuständigkeit des Betreibungsamtes C._____ rechtswidrig bejaht hat."

3. Von der Einholung einer Beschwerdeantwort und einer Vernehmlassung der Vorinstanz wurde abgesehen (§§ 322 und 324 ZPO). Die Sache ist spruchreif.

II.

1. Die Vorinstanz führte in ihren Erwägungen aus, der Beschwerdeführerin sei die Konkursandrohung am 11. Oktober 2012 zugestellt worden. Gleichentags habe die Beschwerdeführerin ihren Sitz von D._____ nach E._____ verlegt, weshalb zu prüfen sei, ob die Konkursandrohung oder die Sitzverlegung zeitlich zuerst erfolgt sei. Der Betreibungsbeamte F._____ habe eine Bestätigung eingereicht, wonach er am 11. Oktober 2012 um 10.58 Uhr mit der Beschwerdeführerin telefoniert habe. Die Konkursandrohung sei dann rund 15 Minuten später, um ca. 11.15 Uhr, zugestellt worden. Sämtliche ins Handelsregister einzutragende Tatsachen würden zunächst ins Tagesregister und anschliessend ins Hauptregister eingetragen. Eine Sitzverlegung einer Aktiengesellschaft sei sodann sowohl im Handelsregister des neuen wie auch des alten Sitzes einzutragen. Der massgebliche Zeitpunkt für den Sitzwechsel einer Aktiengesellschaft sei der Eintrag im Tagebuch. Auf die Publikation der Sitzverlegung im Schweizerischen Handelsamtsblatt komme es dagegen nicht an. Dabei sei die Löschung im bisherigen Register und nicht die Eintragung im neuen Register von Bedeutung. Vorliegend habe die Beschwerdeführerin beim Handelsregister Schwyz am 9. Oktober 2012 die Eintragung am neuen Sitz in E._____ beantragt. Das Handelsregisteramt Schwyz habe die Eintragung mit dem Handelsregisteramt Zürich koordiniert und die Eintragung bzw. Löschung auf den 11. Oktober 2012 vorgesehen. Die Löschung sei daraufhin am 11. Oktober 2012 um 9.22 Uhr verfügt worden und gemäss Auskunft des Handelsregisteramtes Zürich gleichentags um 15.03 rechtswirksam geworden, da sie auf diesen Zeitpunkt ins Tagesregister übernommen worden sei. Die für den Zeitpunkt der Sitzverlegung massgebende Löschung der Beschwerdeführerin im Handelsregister Zürich habe damit um 15.03 stattgefunden. Da die Konkursandrohung vor der Sitzverlegung zugestellt worden sei, seien sämtliche weiteren Betreibungshandlungen weiterhin in C._____ vorzunehmen (act. 21 S. 3 ff. m.w.H.).

2. Die Beschwerdeführerin ist mit der vorinstanzlichen Sachverhaltsdarstellung und den rechtlichen Ausführungen grundsätzlich einverstanden. Sie beruft sich allerdings auf einen Bundesgerichtsentscheid, in welchem steht, dass im

Interesse der Rechtssicherheit für die Wirksamkeit einer Eintragung einer Löschung auf das Datum und nicht die Uhrzeit des Tagebucheintrages abzustellen sei. Somit stosse die Argumentation der Vorinstanz ins Leere. Die Eintragung der Löschung im Handelsregister sei erst im Laufe des 11. Oktober 2012 erfolgt, weshalb nicht festgestellt werden könne, ob zuerst die Löschung im Handelsregister Zürich oder die Konkursandrohung erfolgt sei. Im Übrigen würden weder Gründe der Praktikabilität noch der Schutz der Gläubiger gegen einen Wechsel der örtlichen Zuständigkeit des Betreibungsamtes sprechen (act. 22 S. 7, mit Hinweis auf BGE 134 III 417 Erw. 4 bzw. BSK OR II-ECKERT, Art. 932 N 18). Sie stelle sich überdies die Frage, weshalb die Vorinstanz bewusst bundesrechtswidrig entschieden habe. Es werde der Schein erweckt, es würden dafür persönliche Gründe auf Seiten der Vorinstanz vorliegen. Wäre dies der Fall, hätte die betreffende Person von sich aus in den Ausstand treten müssen (act. 22 S. 8).

3. Wie die Beschwerdeführerin richtig ausführt, erfolgte die Eintragung der Löschung im Tagebuch bzw. Tagesregister des Handelsregisteramtes Zürich am 11. Oktober 2012. Da die Löschung aufgrund der Sitzverlegung der Beschwerdeführerin sowie die Zustellung der Konkursandrohung am selben Tag erfolgten, zu prüfen, ob zur Bestimmung des örtlich zuständigen Betreibungsamtes im Sinne von Art. 53 SchKG das Datum oder die Uhrzeit der Eintragung der Löschung massgebend ist. In dem von der Beschwerdeführerin zitierten Bundesgerichtsentscheid vom 8. April 2008 wird ausgeführt, dass die Uhrzeit einer Eintragung im Handelsregister nicht festgehalten werde. Im Interesse der Rechtssicherheit sei daher für die Wirksamkeit einer Eintragung auf das Datum der Tagebucheintrages abzustellen. Die Uhrzeit der Einschreibung sei folglich nicht massgeblich (BGE 134 III 417 Erw. 4 m.w.H.). Beim vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall handelte es sich um eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung; eine solche liegt hier nicht vor (vgl. act. 2). Allerdings ist nicht ersichtlich, weshalb die Voraussetzungen für die Änderung der örtlichen Zuständigkeit im Zusammenhang mit einer Sitzverlegung einer im Handelsregister eingetragenen Gesellschaft bei der ordentlichen Konkursbetreuung grundsätzlich anders sein sollten. Im hier zu beurteilenden Fall ist die Sachlage jedoch so, dass die genaue Uhrzeit der Eintragung im Handelsregister sowie der Zeitpunkt der Zustellung der Konkursandro-

hung ermittelt werden konnten (vgl. act. 10 und 12). Dieser Sachverhalt wurde von der Beschwerdeführerin nicht bestritten.

Für die verschiedenen Betreibungsarten bestimmt Art. 53 SchKG je einen Zeitpunkt, von dem an der ursprüngliche Betreibungsort unverrückbar wird. Bei der Konkursbetreibung tritt die Fixierung des Betreibungsorts nach Zustellung der Konkursandrohung ein. Es ist erwiesen, dass die Zustellung der Konkursandrohung an die Beschwerdeführerin vor der Eintragung der Löschung im Tagebuch des Handelsregisteramtes Zürich erfolgte. Entgegen dem in den bundesgerichtlichen Erwägungen geschilderten Fall ist die genaue Uhrzeit der Eintragung im Handelsregister in der hier zu beurteilenden Beschwerde aktenkundig (vgl. act. 9).

Im Weiteren ist anzumerken, dass das Bundesgericht im besagten Entscheid BGE 134 III 417 Erw. 4 auf eine Stelle im Basler Kommentar OR II aus dem Jahre 2002 (2. Auflage), nämlich N 18 zu Art. 932, verweist. Dort steht: "Art. 932 Abs. 1 ist eine technische Bestimmung. Für den Zeitpunkt der Eintragung ist die Einschreibung der Anmeldung in das Tagebuch massgebend. Aufgrund der Materialien wäre der Augenblick der Einschreibung (Tag, Stunde, Minute) entscheidend (Sten-Bull NR 1934, 782); da die Uhrzeit der Einschreibung nicht festgehalten wird, ist im Interesse der Rechtssicherheit auf das Datum des Tagebucheintrages abzustellen. Hat der Registerführer die Tagebucheintragung unterschrieben und datiert, ist die Eintragung vollzogen (unklar Lussy, 168)." Die zitierte Textstelle wurde in der 3. Auflage des Basler Kommentars OR II aus dem Jahre 2008 überarbeitet und in der aktuell 4. Auflage so belassen. Sie lautet folgendermassen (N 4 zu Art. 932): "Art. 932 Abs. 1 ist eine technische Bestimmung. Für den Zeitpunkt der Eintragung ist die Einschreibung der Anmeldung im Tagebuch (gemäss der Terminologie der HRegV: Aufnahme in das Tagesregister) massgebend." Der Hinweis, wonach die Uhrzeit der Einschreibung nicht bestimmt werden könne, wurde in den neueren Ausgaben offenbar bewusst weggelassen.

Durch den technologischen Wandel und die neuen Datenverarbeitungstechnologien arbeiten auch die Handelsregisterämter inzwischen fast ausschliesslich auf elektronischer Basis, und die alten Datenträger wie das Papier verlieren immer mehr an Bedeutung. Der technische Fortschritt erlaubt es sodann auch, die

genaue Uhrzeit der Eintragungen im Handelsregister auf die Sekunde genau zu ermitteln.

Für die Vorbringen der Beschwerdeführerin kann ein gewisses Verständnis entgegen gebracht werden, denn auf den ersten Blick erscheinen die im besagten Bundesgerichtsentscheid formulierten Regeste eindeutig. Mit Blick auf die Erwägungen zeigt sich jedoch, dass das Bundesgericht schlicht nicht anders konnte, als auf das Datum abzustellen, weil die Uhrzeit der Eintragung in dem von ihm zu beurteilenden Sachverhalt nicht festgestellt werden konnte. Die Fixierung des Betreuungsorts trat vorliegend mit Zustellung der Konkursandrohung am 11. Oktober 2012 um ca. 11.15 Uhr ein (vgl. act. 10). Der um 15.03 Uhr erfolgte Tagebucheintrag der Löschung im Handelsregister fand somit deutlich später statt (vgl. act. 12), was zur Folge hat, dass die Betreuung im Sinne des Art. 53 SchKG am bisherigen Ort fortzusetzen ist. Ein Grund, weshalb nicht auf die genau erstellte zeitliche Abfolge abzustellen wäre, ist nicht ersichtlich. Namentlich ist dadurch keine Beeinträchtigung der Rechtssicherheit auszumachen.

4. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass sich die Beschwerde der Beschwerdeführerin als unbegründet erweist und daher abzuweisen ist. Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin keinerlei Anhaltspunkte bestehen, die auf eine Befangenheit der Vorrichter schliessen würden.

5. Für das Verfahren vor der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen sind grundsätzlich keine Kosten zu erheben. Böswillige oder mutwillige Prozessführung muss sich die Beschwerdeführerin nicht vorwerfen lassen. Gemäss Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an die Beschwerdegegnerin unter Beilage einer Kopie von act. 22) und – unter Beilage der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Horgen sowie an das Betreibungsamt C.____, je gegen Empfangsschein.
4. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 10 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 der kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Graf

versandt am: