

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150073-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

Urteil vom 4. August 2015

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

betreffend **Überschuldungsanzeige**
(Ersatzvornahme durch die Revisionsstelle)

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 29. April 2015 (EK150483)

Erwägungen:

1.

Mit Eingabe vom 12. März 2015 zeigte die B._____ Revision AG als Revisionsstelle dem Konkursgericht Zürich die Überschuldung der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (im Folgenden: Beschwerdeführerin) an. Sie führte aus, dass die Beschwerdeführerin gemäss Jahresbilanz per 31. Dezember 2013 überschuldet sei. Eine aktuelle Zwischenbilanz habe sie aufgrund des nicht kooperativen Verhaltens der Gesellschaft nicht erhalten (act. 7/1). Am 17. März 2015 setzte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin Frist zur Stellungnahme an. Bei Säumnis werde Verzicht auf Stellungnahme angenommen und aufgrund der Akten entschieden (act. 7/4). Der Versuch, die Verfügung an die Adresse gemäss Handelsregister (... [Adresse]) zuzustellen, scheiterte. Die Sendung wurde von der Post mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" zurückgesandt (act. 7/5). Am 24. März 2015 nahm die Gerichtskanzlei telefonisch Kontakt mit Dr. C._____ auf, der gemäss Auszug vom 13. März 2015 als Mitglied und Sekretär des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen war (act. 7/3). Dr. C._____ teilte mit, dass die im Handelsregister verzeichnete Adresse nicht mehr aktuell sei. Er sei nicht mehr Verwaltungsrat. Dennoch könne die Post für die Gesellschaft ihm zugestellt werden, er werde Sendungen weiterleiten (act. 7/7). Die Verfügung vom 17. März 2015 wurde Dr. C._____ am 25. März 2015 zugestellt (act. 7/8). Dieser leitete den Entscheid am 27. März 2015 an D._____ weiter und wies ihn darauf hin, dass die Frist am 7. April 2015 ablaufe (act. 15/1). Im Urteil vom 29. April 2015 erwog die Vorinstanz, die Beschwerdeführerin habe innert Frist und bis zum Entscheiddatum nicht Stellung genommen, weshalb androhungsgemäss Verzicht angenommen werde. Aufgrund der Akten sei davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin überschuldet sei. Die Vorinstanz eröffnete den Konkurs (act. 3). Das Urteil wurde Dr. C._____ am 4. Mai 2015 zugestellt (act. 7/12).

Mit Eingabe vom 12. Mai 2015 (Datum Poststempel) erhob der Verwaltungsrat D._____ im Namen der Gesellschaft Beschwerde. Darin führte er unter anderem aus, die zuständige Gerichtsschreiberin der Vorinstanz habe D._____ am 30. März 2015 die Auskunft erteilt, er müsse nichts unternehmen. Der Richter werde den Konkurs nicht eröffnen. Dennoch sei dann mit Urteil vom 29. April 2015 der Konkurs eröffnet worden. Die Vorinstanz habe den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt (act. 2). Mit Verfügung vom 13. Mai 2015 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Weiter wurde der Beschwerdeführerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das zweitinstanzliche Verfahren angesetzt und die Vorinstanz wurde aufgefordert, zur Beschwerde Stellung zu nehmen (act. 8). Der Kostenvorschuss von CHF 750.00 wurde am 1. Juni 2015 bezahlt (act. 10). Am 4. Juni 2015 nahm die Vorinstanz Stellung (act. 11). Mit Verfügung vom 5. Juni 2015 wurde der Beschwerdeführerin Frist angesetzt, um zu den Äusserungen der Vorinstanz Stellung zu nehmen (act. 12). Diese Verfügung wurde der Beschwerdeführerin am 15. Juni 2015 zugestellt (act. 13; vgl. auch Aktennotiz vom 28. Juli 2015, act. 16). Mit Eingabe vom 24. Juni 2015 nahm die Beschwerdeführerin fristgerecht Stellung und reichte verschiedene Unterlagen ein. Zudem teilte sie eine neue Zustell-adresse mit (act. 14 und 15/1-9). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO ist die Beschwerde schriftlich und begründet einzureichen. Es obliegt dem Beschwerdeführer, konkrete Rügen anzubringen, sich mit dem angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen und genau aufzuzeigen, welchen Teil des Urteils er für falsch hält und gegebenenfalls auf welche Dokumente er seine Argumentation stützt. Geprüft wird somit nur, was gerügt worden ist. Soweit jedoch eine Rüge vorgebracht wurde, wendet die Beschwerdeinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (OGer, RT120121, veröffentlicht auf www.gerichte-zh.ch, ZK ZPO, Art.

321 N 15, vgl. auch BGE 138 III 374, 133 II 249, BGE 130 III 136 sowie OGer, II. ZK, Entscheid vom 9. August 2011, ZR 110 Nr. 80).

2.2. Die Beschwerdeführerin stellt sinngemäss den Antrag, der Konkurs sei aufzuheben, eventualiter sei die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Materiell macht die Beschwerdeführerin geltend, die dem Konkursgericht vorgelegte Bilanz 2013 sei nicht aktuell und sei von der Beschwerdeführerin nie bestätigt worden. Nach Berechnungen der Beschwerdeführerin liege keine Überschuldung vor. Formell rügt die Beschwerdeführerin, D._____ habe die Verfügung vom 17. März 2015 von seinem Anwaltsbüro X._____ Rechtsanwälte in ... per Mail am 27. März 2015 erhalten und habe damit am 30. März 2015 beim Konkursgericht vorgesprochen. Er habe um Beratung gebeten, wie in diesem Fall vorzugehen sei. Gerichtsschreiberin E._____ habe ihm mitgeteilt, er müsse nichts unternehmen, da der Richter den Konkurs nicht eröffnen werde. Er könne das Schreiben, das Ende April 2015 an die Beschwerdeführerin versendet werde, abwarten. Aufgrund der falschen Information habe die Gesellschaft keine Stellung genommen. Ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden (act. 2 und 14).

Nach Darstellung der Vorinstanz sprach D._____ vor der Zustellung der Verfügung vom 17. März 2015 beim Konkursgericht vor. Die Gerichtsschreiberin habe ihm die Auskunft erteilt, dass der Konkurs nicht eröffnet werde, bevor der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt worden sei. Eine entsprechende Verfügung werde der Gesellschaft zugestellt. D._____ habe darum gebeten, Gerichtssendungen an eine andere als die im Handelsregister eingetragene Adresse zu senden. Die Gerichtsschreiberin habe geantwortet, dass dieser Wunsch zur Kenntnis genommen, wahrscheinlich aber nicht erfüllt werde. Denn Zustellungen seien grundsätzlich an die im Handelsregister angegebene Adresse vorzunehmen. Dies habe das Gericht erfolglos versucht. Nach Rücksprache mit dem als Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin eingetragenen Rechtsanwalt Dr. C._____ sei die Verfügung diesem zugestellt worden. Nach der Konkurseröffnung sei D._____ erneut erschienen und habe sich darüber empört, dass ihm nie Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden sei. Die Verfügung

vom 17. März 2015 habe er nie erhalten. Die Gerichtsschreiberin habe D. _____ die Aktennotiz vom 24. März 2015 über das Gespräch mit Dr. C. _____ (act. 7/7) vorgelegt und D. _____ darauf hingewiesen, dass er gegen die Konkurseröffnung Beschwerde erheben könne. Nach ungefähr einer halben Stunde sei D. _____ zurückgekommen und habe neu behauptet, seine erste Vorsprache sei *nach* der Zustellung der Verfügung vom 17. März 2015 gewesen. Ein anderes Dokument als das eben erwähnte habe ihm Dr. C. _____ nicht weitergeleitet (act. 11).

Die Darstellungen des Beschwerdeführers und der Vorinstanz gehen bezüglich des Zeitpunktes des ersten Vorsprechens von D. _____ sowie des Inhalts der Auskunft der Gerichtsschreiberin auseinander. Nach der Behauptung der Beschwerdeführerin hat D. _____ nach Zustellung der Verfügung vom 17. März 2015 am 30. März 2015 von der Gerichtsschreiberin die falsche Auskunft erhalten, das Gericht werde den Konkurs nicht eröffnen, auch wenn die Beschwerdeführerin auf eine Stellungnahme verzichte.

Die Beschwerdeführerin macht sinngemäss geltend, ihr Vertrauen in die Auskunft sei gemäss dem in Art. 9 BV verankerten Prinzip von Treu und Glauben zu schützen. Nach der Rechtsprechung setzt der Schutz des Vertrauens in eine falsche Auskunft unter anderem voraus, dass die Auskunft von der zuständigen Behörde gegeben wurde. Als Beweis einer solchen Auskunft genügt die unbelegte Behauptung einer mündlichen bzw. telefonischen Auskunft oder Zusage nicht (BGer 2C_842/2009 E. 3.2.).

Die Behauptung der Beschwerdeführerin ist nicht genügend belegt. Die Vorinstanz verneinte in der Vernehmlassung, die Zusicherung – so wie von D. _____ dargestellt – abgegeben zu haben. Die von diesem am 30. März 2015 verfasste Aktennotiz (act. 15/4) sowie die E-Mail an Dr. C. _____ (act. 15/5) vermögen als interne Erklärung des Verwaltungsrates der Beschwerdeführerin als Nachweis nicht zu genügen. Der von der Beschwerdeführerin zu erbringende Nachweis der behaupteten Falschauskunft ist damit jedenfalls nicht erbracht (und es erübrigt sich daher auf die inhaltlichen Diskrepanzen in der Beschwerdeschrift und den act. 15/4-5 näher einzugehen. Die damit begründete Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist somit nicht stichhaltig. Die Beschwerdeführerin rügt zu

Recht nicht, dass die Zustellung der Verfügung vom 17. März 2015 an den damals als Verwaltungsrat im Handelsregister eingetragenen Dr. C. _____ gültig war. Nachdem keine Stellungnahme der Beschwerdeführerin eingegangen war, entschied die Vorinstanz zutreffenderweise aufgrund der Akten.

2.3. Die Vorinstanz kam aufgrund der von der Revisionsstelle vorgelegten Bilanz 2013 zum Schluss, die Gesellschaft sei überschuldet. Die Beschwerdeführerin rügt nicht, dass sich aus der Bilanz 2013 eine Überschuldung ergibt. Daran ändert der Hinweis, die Bilanz sei von der Beschwerdeführerin nie bestätigt worden nichts. Die Beschwerdeführerin behauptet lediglich, dass nach ihrer Berechnung keine Überschuldung vorliege. Mit dieser unsubstanzierten Behauptung vermag die Beschwerdeführerin die Fehlerhaftigkeit des angefochtenen Entscheides nicht aufzuzeigen. Die Beschwerde ist abzuweisen soweit darauf eingetreten wird.

2.4. Da die aufschiebende Wirkung erteilt worden war, ist der Konkurs durch die Rechtsmittelinstanz neu zu eröffnen.

3.

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Über die Beschwerdeführerin wird mit Wirkung ab **4. August 2015, 15.45 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
3. Das Konkursamt Zürich (Altstadt) wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.

4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebür wird auf CHF 750.00 festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin, an die Vorinstanz (unter Rücksendung der vorinstanzlichen Akten), an das Konkursamt Zürich (Altstadt) sowie mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 1, 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 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

Der Gerichtsschreiber:

lic.iur. M. Hinden

versandt am:
5. August 2015