

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS170163-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Ersatzrichter  
lic. iur. A. Huizinga und Ersatzrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

## Urteil vom 18. August 2017

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

betreffend

**Überschuldungsanzeige / Hinterlage der Bilanz**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes  
Pfäffikon vom 13. Juli 2017 (EK170073)

### Erwägungen:

1.

1.1. Die A.\_\_\_\_\_AG in Liquidation (nachfolgend Konkursitin) bezweckt die Ausübung des Factoring-Geschäfts und damit zusammenhängender Tätigkeiten (vgl. act. 5). Dem Verwaltungsrat gehören bzw. gehörten (siehe dazu E. 1.3. unten) B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ an, wobei Letzterer am 29. Mai 2017 seinen Rücktritt erklärte (vgl. act. 7/2 und act. 4/10 = act. 7/9/2). Am 31. Mai 2017 teilte die Revisionsstelle dem Verwaltungsrat mit, sie habe anlässlich der Prüfung der Jahresrechnung 2016 einen hälftigen Kapitalverlust nach Art. 725 Abs. 1 OR festgestellt. In Anbetracht der dünnen Eigenkapitaldecke von Fr. 33'000.– und dem schlechten Ergebnis der ersten vier Monate des Jahres 2017 bestehe eine begründete Besorgnis der Überschuldung. Diese Besorgnis scheine sich mit dem Zwischenabschluss per 30. April 2017, der eine Überschuldung von Fr. 180'000.– aufweise, zu decken. Es sei daher von einer offensichtlichen Überschuldung der Konkursitin auszugehen. Die Revisionsstelle räumte daher dem Verwaltungsrat Frist bis 30. Juni 2017 ein, die Konkursitin zu sanieren oder andernfalls Schritte einzuleiten, um die Bilanz zu deponieren (vgl. act. 7/3). Am 12. Juli 2017 führten die Verwaltungsräte B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ eine Verwaltungsratssitzung durch, anlässlich welcher sie beschlossen, beim zuständigen Konkursgericht einen Antrag auf Konkurseröffnung zu stellen, da es ihnen nicht gelungen sei, eine tragfähige Sanierung der Konkursitin zu erreichen (vgl. act. 7/1).

1.2. Am 13. Juli 2017 reichten die Verwaltungsräte beim Konkursgericht des Bezirksgerichts Pfäffikon (nachfolgend Vorinstanz) eine Überschuldungsanzeige im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR ein, die sich auf den erwähnten Verwaltungsratsbeschluss stützte. Ihrer Anzeige legten sie eine Zwischenbilanz per 13. Juli 2017 und das genannte Schreiben der Revisionsstelle vom 31. Mai 2017 bei (vgl. act. 7/1-4). Am 13. Juli 2017 um 14.00 Uhr eröffnete die Vorinstanz den Konkurs über die Konkursitin. Sie stützte sich dabei nicht auf Art. 192 SchKG i.V.m. Art. 725a Abs. 1 OR, sondern auf Art. 191 SchKG (vgl. act. 3 = act. 6 = act. 7/6, nachfolgend zitiert als act. 6, siehe dazu E. 3.1. unten).

1.3. Am 13. Juli 2017 um 15.00 Uhr fand eine ausserordentliche Generalversammlung der Konkursitin statt, an welcher die Verwaltungsräte B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ abgewählt wurden. Neu in den Verwaltungsrat wurde E.\_\_\_\_\_ mit Einzelzeichnungsberechtigung gewählt, der die Annahme seiner Wahl erklärte (vgl. act. 4/1 = act. 7/9/1 und act. 4/11 = act. 7/9/3, siehe auch act. 2 Rz 1). Diese Mutationen sind aus dem online zugänglichen Handelsregisterauszug (noch) nicht ersichtlich.

1.4. Mit Eingabe vom 27. Juli 2017 (Datum Poststempel) gelangte die Konkursitin, vertreten durch ihren neuen Verwaltungsrat E.\_\_\_\_\_, an die Kammer und stellte folgende Anträge (vgl. act. 2 S. 2 f.):

- " 1. Es sei das vorinstanzliche Urteil vom 13. Juli 2017, insbesondere dessen Dispositiv Ziffern 1, 2 und 3, aufzuheben und auf die Überschuldungsanzeige der Beschwerdeführerin vom 13. Juli 2017 nicht einzutreten.
2. Eventualiter zu Antrag Ziffer 1 sei das vorinstanzliche Urteil vom 13. Juli 2017, insbesondere dessen Dispositiv Ziffern 1, 2 und 3, aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz mit der Auflage zurückzuweisen, mittels revidierter Zwischenbilanz abzuklären, ob eine Überschuldung der Beschwerdeführerin sowohl zu Fortführungs- als auch zu Veräusserungswerten besteht und somit der Konkurs nach Art. 192 SchKG zu eröffnen ist.
3. Eventualiter zu Antrag Ziff. 2 sei das vorinstanzliche Urteil vom 13. Juli 2017, insbesondere dessen Dispositiv Ziffern 1, 2 und 3, aufzuheben, der Entscheid über den Konkurs auszusetzen und die Akten nach Art. 194 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 173a Abs. 2 an das Nachlassgericht zu überweisen.
4. Eventualiter zu Antrag Ziffer 3 sei das vorinstanzliche Urteil vom 13. Juli 2017, insbesondere dessen Dispositiv Ziffern 1, 2 und 3, aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zwecks Aussetzung des Entscheides über den Konkurs und Überweisung der Akten an das Nachlassgericht nach Art. 194 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 173a Abs. 2 SchKG zurückzuweisen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin."

In prozessualer Hinsicht ersuchte die Konkursitin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. act. 2 S. 3).

1.5. Mit Verfügung vom 31. Juli 2017 wurde E. \_\_\_\_\_ aufgefordert, dem Gericht darzulegen, was er oder die Konkursitin für den (bis heute nicht erfolgten oder jedenfalls nicht im Internet aufgeschalteten) Eintrag des neuen Verwaltungsrates im Handelsregister bereits vorgekehrt habe resp. warum das bisher nicht erfolgreich gewesen sei (vgl. act. 8). Am 10. August 2017 reichte E. \_\_\_\_\_ die Handelsregisteranmeldung vom 8. August 2017 (vgl. act. 15/1) sowie zahlreiche Aktienzertifikate in Kopie (vgl. act. 15/2) ein und erklärte, die Handelsregisteranmeldung habe sich aufgrund der Konkurseröffnung verzögert (vgl. act. 14). Der verlangte Vorschuss wurde rechtzeitig geleistet (vgl. act. 9/1 und act. 12). Mit Verfügung vom 14. August 2017 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt (vgl. act. 16).

2.

2.1. Nach Art. 194 Abs. 1 i.V.m. Art. 174 SchKG kann der Entscheid des Konkursgerichts über die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung mit Beschwerde nach ZPO angefochten werden. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Dabei kann unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). In Abweichung von Art. 326 ZPO können neue Tatsachen vorgebracht werden, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG).

2.2. Bei der Überschuldungsanzeige nach Art. 192 SchKG ist die betroffene Gesellschaft bzw. der Verwaltungsrat grundsätzlich legitimiert, den infolge Überschuldungsanzeige gefällten Entscheid weiterzuziehen (vgl. BGer 5A\_625/2015 E. 3.2.1, BSK SchKG II-GIROUD, 2. Aufl. 2010, Art. 174 N 14). Da es sich bei der durch den (früheren) Verwaltungsrat vorgenommenen Überschuldungsanzeige nicht um einen Antrag auf Konkurseröffnung, sondern um die Erfüllung einer gesetzlich vorgeschriebenen Pflicht handelt, ist die Konkursitin durch das Konkursdekret sowohl materiell als auch formell beschwert (vgl. dazu BGer

5A\_625/2015 E. 3.2 m.w.H.; siehe auch BSK SchKG EB-STAEHELIN, Basel 2017, Art. 192 ad N 16b). Nicht anders verhält es sich mit der Legitimation bei einer gestützt auf Art. 191 SchKG erfolgten Konkursöffnung. Das Verfahren nach Art. 191 SchKG ist ein Einparteienverfahren, in welchem nur der Schuldner Partei ist, und nach dem Wortlaut von Art. 174 Abs. 1 SchKG sind nur die Parteien und damit die Konkursitin zur Weiterziehung eines Konkursdekretes befugt (vgl. dazu auch BGE 123 III 402 m.w.H.).

2.3. Dass der Handelsregistereintrag des neu gewählten Verwaltungsrates E.\_\_\_\_\_ noch nicht erfolgt ist, hindert diesen nicht, die Konkursitin im vorliegenden Verfahren zu vertreten. Denn die Eintragung im Handelsregister hat nur deklaratorischen Charakter, mithin ist die Wahl gültig, wenn der von der Generalversammlung (neu) gewählte Verwaltungsrat – wie hier – das Amt angenommen hat (vgl. etwa PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., § 13 Rz 90).

2.4. Die Beschwerde wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Die Konkursitin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und – wie gesehen – zur Beschwerde legitimiert. Es ist daher auf die Beschwerde einzutreten.

3.

3.1. Wie gesagt zeigten die damaligen Verwaltungsräte der Konkursitin bei der Vorinstanz mit Eingabe vom 13. Juli 2017 die Überschuldung der Konkursitin im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR an. Hierzu waren sie (noch) berechtigt, da ihre Abwahl frühestens mit Beginn der Generalversammlung um 15.00 Uhr erfolgen konnte bzw. erfolgte. Die Vorinstanz nahm die Überschuldungsanzeige sinngemäss als Insolvenzerklärung im Sinne von Art. 191 SchKG entgegen mit der Begründung, es liege keine revidierte Bilanz vor. Gleichentags, d.h. am 13. Juli 2017 eröffnete sie um 14.00 Uhr den Konkurs über die Konkursitin (vgl. act. 6).

3.2. Gegen die erfolgte Konkursöffnung bringt die Konkursitin im Wesentlichen zweierlei vor: Einerseits macht sie eine Verletzung von Art. 191 SchKG geltend. Sie beanstandet, dass die Vorinstanz die Überschuldungsanzeige der Konkursitin

als Insolvenzerklärung entgegengenommen und gestützt darauf den Konkurs eröffnet habe, obwohl kein öffentlich beurkundeter Auflösungsbeschluss der Generalversammlung vorhanden gewesen sei (vgl. act. 2 S. 8 f. Rz 12 f., vgl. dazu E. 4.1. unten). Andererseits bringt sie vor, eine Konkurseröffnung hätte auch nicht gestützt auf Art. 192 SchKG i.V.m. Art. 725a OR erfolgen dürfen, da es hierfür einer durch einen zugelassenen Revisor geprüften Zwischenbilanz bedurft hätte. Richtigerweise hätte die Vorinstanz auf die eingereichte Anzeige nicht eintreten dürfen. Eventualiter bringt die Konkursitin vor, die Vorinstanz hätte den damaligen Verwaltungsrat auffordern müssen, die revidierte Bilanz nachzureichen. Die Sache sei daher zwecks Abklärung einer Überschuldung mittels revidierter Zwischenbilanzen an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. act. 2 Anträge Ziffer 1 und 2 sowie act. 2 S. 9 f. Rz 14 f., siehe dazu E. 4.2. unten). Ferner macht die Konkursitin in ihrer Beschwerdeschrift Ausführungen zu den im Zusammenhang mit der Bilanzdeponierung stehenden Vorgängen bzw. zu einem Sanierungsplan (vgl. act. 2 Rz 7-11).

4.

4.1. Wie die Konkursitin zurecht ausführt, bedarf die Insolvenzerklärung einer Aktiengesellschaft eines öffentlich beurkundeten Auflösungsbeschlusses der Generalversammlung sowie eines Auftrags an den Verwaltungsrat, dem Richter die Insolvenz zu erklären und den Antrag zu stellen, über die AG den Konkurs zu eröffnen (Art. 736 Ziff. 2 OR i.V.m. Art. 191 SchKG). Dadurch werden die gesetzlichen Mitwirkungsrechte der Aktionäre, die ihre Beteiligungsrechte verlieren, gewährleistet. Den in die Minderheit versetzten Aktionären bleibt die Möglichkeit, den Generalversammlungsbeschluss unter Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben anzufechten (vgl. BSK SchKG EB-STAEHELIN, Basel 2017, Art. 191 ad N 13, BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, 2. A., Art. 191 N 13a, BSK OR II-STÄUBLI, 5. A., Art. 736 N 11, siehe ferner auch OGer NN090146 vom 21. Januar 2010 E. 3.). Da erstens der (damalige) Verwaltungsrat keinen solchen Antrag stellte und zweitens der Vorinstanz auch kein öffentlich beurkundeter Auflösungsbeschluss der Generalversammlung unterbreitet wurde, durfte die Vorinstanz den Konkurs nicht gestützt auf Art. 191 SchKG eröffnen.

4.2. Besteht begründete Besorgnis einer Überschuldung, so ist der Verwaltungsrat nach Art. 725 Abs. 2 OR verpflichtet eine Zwischenbilanz zu erstellen und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorzulegen. Ergibt sich aus der geprüften Zwischenbilanz eine Überschuldung der Gesellschaft, so hat der Verwaltungsrat die Pflicht den Richter zu benachrichtigen (sog. Bilanzdeponierung). Zur Überschuldungsanzeige ist der Verwaltungsrat gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR zwingend zuständig, wobei er darüber formell zu beschliessen hat (vgl. KUKO SchKG II-HUBER, 2. A., Art. 192 N 8; BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, 2. A., Art. 192 N 7, KUKO OR-SUNARIC, Art. 725 N 8, BSK OR II-WÜSTINER, 5. A., Art. 725 N 40 und N 41). Erfolgt eine Überschuldungsanzeige, so hat der Richter gemäss Art. 725a Abs. 1 OR grundsätzlich den Konkurs zu eröffnen, vorausgesetzt, die formellen und materiellen Voraussetzungen einer Konkurseröffnung sind erfüllt. Formelle Voraussetzung bildet eine rechtsgültig unterzeichnete Anzeige der Überschuldung an den Richter gestützt auf einen Beschluss des Verwaltungsrats unter gleichzeitiger Hinterlegung der Zwischenbilanz mit dem Prüfungsbericht der Revisionsstelle (vgl. KUKO OR-SUNARIC, Art. 725a N 1, BSK OR II-WÜSTINER, 5. A., Art. 725 N 1-3). Sofern jedoch – wie hier vor Vorinstanz – kein Antrag auf Konkursaufschub gestellt wurde, kann der Konkursrichter auf das Erfordernis einer Revision der Zwischenbilanz verzichten (vgl. BGer 5A\_625/2015 E. 3.5 m.w.H. und OGer ZH PS170006 vom 20. Februar 2017 E. II.2.2.). Materielle Voraussetzung bildet das Vorliegen einer effektiven Überschuldung i.S.v. Art. 725 Abs. 2 OR sowie das Fehlen bzw. die Abweisung eines Antrags auf Konkursaufschub (vgl. KUKO OR-SUNARIC, Art. 725a N 1, BSK OR II-WÜSTINER, 5. A., Art. 725a N 1-3).

Die Konkursitin, handelnd durch ihren früheren Verwaltungsrat, zeigte der Vorinstanz ihre Überschuldung an und reichte nebst dem erforderlichen Verwaltungsratsbeschluss eine Zwischenbilanz per 13. Juli 2017 ein. Die – für das vorinstanzliche Verfahren – erforderlichen formellen Voraussetzungen waren damit – soweit ersichtlich – erfüllt. Entgegen der Ansicht der Konkursitin (vgl. Antrag Ziffer 2 und act. 2 Rz 15) war die Vorinstanz mangels eines beantragten Konkursaufschubes im Sinne von Art. Art. 725a Abs. 1 OR nicht gehalten, eine revidierte Bilanz einzufordern. Die Vorinstanz hätte folglich ihren Entscheid auf die Anzeige der Konkur-

sitin sowie die eingereichte Zwischenbilanz abstellen und die Überschuldung prüfen müssen. Dies hat sie nicht getan, und ist es daher von ihr nachzuholen. Die Vorinstanz wird dabei darüber zu befinden haben, ob die Voraussetzungen für eine Konkursöffnung nach Art. 192 SchKG i.V.m. Art. 725a Abs. 1 OR gegeben sind bzw. ob eine Überschuldung vorliegt. Liegt eine Überschuldung vor und wurde kein Gesuch um Konkursaufschub gestellt bzw. weist sie ein solches Gesuch ab, hat sie den Konkurs zu eröffnen.

4.3. Damit ist die Beschwerde gutzuheissen und das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 13. Juli 2017, mit dem über die Konkursitin der Konkurs eröffnet wurde, aufzuheben. Die Sache ist zu neuer Entscheidung im Sinne der vorstehenden Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ein Entscheid über die Eventualanträge Ziffer 3 und 4 (vgl. dazu act. 2 S. 10 Rz 16) erübrigt sich damit.

5.

5.1. Ist der Prozess zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen, so ist der angefochtene Entscheid auch hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben und die Vorinstanz wird neu darüber zu befinden haben. Auf das Erheben von Kosten für das Beschwerdeverfahren ist zu verzichten (Art. 107 Abs. 2 ZPO).

5.2. Für eine Entschädigung aus der Staatskasse fehlt eine gesetzliche Grundlage (vgl. ZK ZPO-JENNY, 3. A., Art. 107 N 26, URWYLER/GRÜTTER, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 107 N 13, BGE 139 III 471). Darüber hinaus hat die Konkursitin nicht darlegt, inwiefern ihr i.S.v. Art. 95 Abs. 3 ZPO ersatzfähige Umtriebe entstanden wären (Art. 105 ZPO bzw. Art. 62 GebV SchKG e contrario). Eine Parteientschädigung bzw. Umtriebsentschädigung ist der Konkursitin daher nicht zuzusprechen.

### **Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 13. Juli 2017, mit dem über die Schuldnerin



der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben, und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Der Beschwerdeführerin wird für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin (unter Beilage eines Doppels von act. 13) und die Vorinstanz sowie an das das Konkursamt Illnau, ferner an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Illnau-Effretikon, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 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. O. Canal

versandt am:  
18. August 2017