

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS130222-O/U

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

## Urteil vom 11. April 2014

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

sowie

**B.\_\_\_\_\_ AG,**

Revisionsstelle und Verfahrensbeteiligte,

betreffend **Überschuldungsanzeige**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 13. Dezember 2013 (EK130472)

### **Erwägungen:**

#### 1. Prozessgeschichte

Mit Eingabe vom 5. September 2013 zeigte die B.\_\_\_\_\_ AG (im Folgenden: B.\_\_\_\_\_) als damalige Revisorin der Beschwerdeführerin dem Bezirksgericht Bülach die offensichtliche Überschuldung der Beschwerdeführerin an (act. 13/1). Mit Verfügung vom 13. September 2013 setzte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin Frist zur Einreichung einer aktuellen Zwischenbilanz und weiterer Unterlagen sowie zur Stellungnahme zur Überschuldungsanzeige an (act. 13/3). Innert zweimal erstreckter Frist (act. 13/4 und 13/6) reichte die Beschwerdeführerin ihre Stellungnahme samt Beilagen ein (act. 13/7 und 13/8). Sie stellte dabei folgende Anträge:

1. Auf die Überschuldungsanzeige der Revisionsstelle sei nicht einzutreten;
2. Von einer Konkurseröffnung über die Gesellschaft sei abzusehen.
3. Eventualiter sei der Gesellschaft ein angemessener Konkursaufschub zu gewähren.

Am 10. Dezember 2013 reichte die Beschwerdeführerin ein weiteres Dokument ein (act. 13/9 und 13/10).

Mit unbegründetem Urteil vom 13. Dezember 2013 wies das Bezirksgericht Bülach das Begehren um Konkursaufschub ab und eröffnete den Konkurs. Es wies die Beschwerdeführerin darauf hin, dass sie innert 10 Tagen eine Begründung verlangen könne. Werde keine Begründung verlangt, so gelte dies als Verzicht auf das Rechtsmittel der Beschwerde (act. 13/11). Mit Eingabe vom 18. Dezember 2013 gelangte die Beschwerdeführerin an das Obergericht und stellte folgenden Antrag (act. 2):

Die Wirkung des über die Gesellschaft mit Urteil vom 13. Dezember 2013 eröffneten Konkurses sei bis zum obergerichtlichen Beschwerdeentscheid vorsorglich aufzuheben bzw. aufzuschieben.

Am 19. Dezember 2013 ersuchte die Beschwerdeführerin die Vorinstanz, das Urteil zu begründen (act. 13/16).

Mit Verfügung vom 19. Dezember 2013 schob die Kammerpräsidentin die Wirkung der Konkureröffnung auf und drohte für den Fall, dass die Beschwerdeführerin nicht rechtzeitig die Begründung des vorinstanzlichen Urteils verlange und Beschwerde erhebe, die Wiederaufhebung der aufschiebenden Wirkung an (act. 6).

Die Vorinstanz versandte das begründete Urteil am 3. Februar 2014. Der Beschwerdeführerin wurde es am 10. Februar 2014 zugestellt (act. 13/19). Mit Eingabe vom 20. Februar 2014 erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde und stellte folgende Anträge (act. 14):

1. Es sei der mit Urteil des Einzelrichters des Bezirksgerichtes Bülach vom 13. Dezember 2013 über die Beschwerdeführerin eröffnete Konkurs vorbehaltlos aufzuheben.
2. Eventuell sei der mit Urteil des Einzelrichters des Bezirksgerichtes Bülach vom 13. Dezember 2013 über die Beschwerdeführerin eröffnete Konkurs aufzuheben und der Beschwerdeführerin der vor Vorinstanz beantragte Konkursaufschub zu gewähren.
3. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Alles unter den gesetzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Mit Verfügung vom 3. März 2014 wurde die fristgerecht erhobene Beschwerde vorgemerkt und festgestellt, dass die mit Verfügung vom 19. Dezember 2013 angeordnete aufschiebende Wirkung anhält. Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von CHF 750.00 angesetzt (act. 17). Dieser wurde fristgerecht geleistet (act. 18/1 und 19). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

## 2. Begründung der Vorinstanz

Die Vorinstanz erwog, eine Überschuldungsanzeige sei primär von der Geschäftsführung, sekundär von der Revisionsstelle zu erstatten. Nachdem es die Geschäftsführung unterlassen habe, die finanzielle Lage der Beschwerdeführerin dauernd zu überwachen und für die fristgerechte Erstellung der Jahresbilanz be-

sorgt zu sein, habe ihr die B. \_\_\_\_\_ korrekt Frist zur Einreichung von Unterlagen angesetzt und sie auf die subsidiäre Anzeigepflicht aufmerksam gemacht. Trotz angemessener Frist habe die Geschäftsführung die erforderlichen Unterlagen nicht eingereicht. Die B. \_\_\_\_\_ sei zu Recht von einer offensichtlichen Überschuldung ausgegangen und sei aufgrund der Untätigkeit der Geschäftsführung verpflichtet gewesen, die Bilanz zu deponieren (act. 12 S. 5 - 8).

Weiter führt die Vorinstanz aus, das Gericht müsse aufgrund der in diesem Verfahren anwendbaren eingeschränkten Untersuchungsmaxime alle eingereichten Unterlagen würdigen, müsse darüber hinaus den Sachverhalt aber nicht von Amtes wegen erforschen. Habe die Revisionsstelle die Überschuldungsanzeige erstattet, so liege die Beweislast für die Behauptung, die Gesellschaft sei nicht überschuldet, bei der Beschwerdeführerin. Sowohl die Bilanz per 31. Dezember 2011 als auch diejenige per 30. September 2013 wiesen keine Unterbilanz auf. Aufgrund der Revisionsberichte sei jedoch davon auszugehen, dass die Aktiven kleiner und die Passiven grösser seien als die in den Bilanzen ausgewiesenen Zahlen. Die nicht belegten Bilanzpositionen müssten wertberichtigt werden. Daraus resultiere schliesslich eine Überschuldung. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Sanierungsmassnahmen seien ungenügend, weshalb ein Konkursaufschub nicht in Frage komme. Der Konkurs sei deshalb zu eröffnen (act. 12 S. 8 ff.).

### 3. Argumente der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin rügt die Feststellung der Vorinstanz, wonach die B. \_\_\_\_\_ zur Deponierung der Bilanz berechtigt war, nicht. Sie bestreitet nicht, dass sie Zahlungsschwierigkeiten hatte. Sie habe indes eine Sanierung durchgeführt. Die Bilanz nach Sanierung weise ein Eigenkapital von CHF 1'844'702.40 aus. Die Gesellschaft sei somit nicht überschuldet und zahlungsfähig. Für den Fall, dass die Beschwerdeinstanz dennoch von einer Überschuldung ausgehe, seien die Voraussetzungen für einen Konkursaufschub gegeben (act. 14 S. 2 ff.). Auf die Einzelheiten ist soweit nötig im Rahmen der Würdigung einzugehen.

#### 4. Begründung der Beschwerde und Zulässigkeit von Noven

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](http://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).

Vorab ist zu klären, was für Behauptungen zum Sachverhalt zulässig sind. Da es um eine Beschwerde im Sinne der Zivilprozessordnung geht (Art. 174 Abs. 1 Satz 1 SchKG), sind primär alle Behauptungen ausgeschlossen, die der ersten Instanz nicht vorgetragen wurden (Art. 326 ZPO); es geht also grundsätzlich um eine reine Kontrolle der Schlüsse, welche das angefochtene Urteil aus dem damals vorliegenden Material zog. Bei der Beschwerde gegen eine Konkursöffnung enthält das Gesetz zwei der in Art. 326 ZPO vorbehaltenen Ausnahmen:

Erstens dürfen hier ausnahmsweise ohne Einschränkung neue Behauptungen über Tatsachen aufgestellt werden, die sich *vor* dem angefochtenen Entscheid verwirklichten (Art. 174 Abs. 1 Satz 2 SchKG; solche Behauptungen werden allgemein und so auch im Folgenden als "unechte Noven" bezeichnet). In der Praxis ist das am häufigsten der Einwand des Schuldners, er habe schon vor der Konkursöffnung die Forderung und alle Kosten bezahlt, das aber aus Nachlässigkeit oder warum auch immer dem Konkursgericht nicht mitgeteilt. Nach den allgemeinen Regeln (für die Beschwerde Art. 326 ZPO, aber auch für die Berufung nach Art. 317 Abs. 1 ZPO) wäre das unzulässig, in der Beschwerde gegen die Konkursöffnung kann aber damit der Konkurs gestützt auf Art. 174 Abs. 1 SchKG aufgehoben werden - wenn sich der angefochtene Entscheid aufgrund der neuen Behauptungen als unrichtig erweist.

Zweitens dürfen in der Beschwerde gegen die Konkursöffnung bestimmte Behauptungen über Tatsachen vorgetragen werden, die sich *nach* dem angefochtenen Entscheid ereigneten: das wird nicht ausdrücklich bestimmt, ergibt sich aber daraus, dass das Gesetz den Schuldner zum Nachweis zulässt, "inzwischen" (das heisst: seit der Konkursöffnung) sei die Schuld getilgt oder hinterlegt worden, oder der Gläubiger habe auf die Durchführung des Konkurses verzichtet. Solche neuen Behauptungen führen zusammen mit dem Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit zur Aufhebung des Konkurses (Art. 174 Abs. 2 SchKG).

Diese beiden Konstellationen dürfen nicht vermischt werden. Behauptungen über nach der Konkursöffnung entstandene Tatsachen sind nur im Rahmen der Aufhebungsgründe von Art. 174 Abs. 2 SchKG zulässig, und diese letzten sind vom Gesetz abschliessend aufgezählt. Wurde – wie im vorliegenden Fall – der Konkurs ohne vorhergehende Betreuung eröffnet, kann die Beschwerde demnach nicht damit begründet werden, *seit* jenem Urteil sei die Überschuldung beseitigt worden. Es ist nur, aber immerhin zulässig, die Annahme des Konkursgerichts mit neuen Hinweisen auf Sachverhalte *vor* der Konkursöffnung anzugreifen (so die ständige Praxis der Kammer, eingehend begründet in *OGerZH PS110058* vom 15. Juli 2011, vgl. auch BSK SchKG II-Brunner/Boller, 2. Auflage 2010, Art. 194 N 8).

Unter diesen Voraussetzungen ist die heutige Beschwerde zu prüfen.

##### 5. Voraussetzungen für die Konkursöffnung wegen Überschuldung

Ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung überschuldet, so hat die Geschäftsführung die Bilanz zu deponieren (Art. 725 Abs. 2 i.V.m. Art. 810 Abs. 2 Ziff. 7 und 820 Abs. 1 OR). Überschuldet ist eine Gesellschaft, falls sich aus der der Überschuldungsanzeige zugrunde liegenden Zwischenbilanz ergibt, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind (BSK OR II-Wüstiner, 2. Auflage, Art. 725 N 29). Die Bestimmungen bezwecken den Schutz der Allgemeinheit, der Gläubiger, der Aktionäre und der Gesellschaft. Sie verbieten einer überschuldeten Gesellschaft, weiter am Geschäftsverkehr teilzunehmen (BSK OR II-Wüstiner, 2. Auflage, Art.

725 N 1). Kommt die Geschäftsführung dieser Pflicht nicht nach und ist die Gesellschaft offensichtlich überschuldet, so ist auch die Revisionsstelle zur Anzeige verpflichtet (Art. 729c und Art. 818 Abs. 1 OR). Sie darf sich dabei auf ihre Revisionsunterlagen abstützen und ist nicht verpflichtet, selber eine Zwischenbilanz zu erstellen. Ist die Bilanz einmal deponiert, ist ein Rückzug der Überschuldungsanzeige nicht mehr möglich (BSK OR II-Wüstiner, Art. 725 N 42 und N 44). Für das gerichtliche Verfahren gilt die beschränkte Untersuchungsmaxime (BSK SchKG II-Brunner/Boller, 2. Auflage, Art. 192 N 22). Diese besteht vor allem in einer verstärkten Fragepflicht des Gerichts, bedeutet aber nicht, dass es aktiv eigene Sachverhaltsermittlungen anzustellen hätte. Es ist Sache der Parteien, dem Gericht das in Betracht kommende Tatsachenmaterial zu unterbreiten (BK-Hurni, ZPO I, Art. 55 N 62 - 66). Kommt das Gericht aufgrund einer summarischen Prüfung zum Schluss, dass die Gesellschaft überschuldet ist, hat es den Konkurs zu eröffnen (BSK SchKG II-Brunner/Boller, 2. Auflage, Art. 192 N 16).

## 6. Würdigung

### 6.1. Rüge des vorinstanzlichen Entscheides

Die Beschwerdeführerin legt dar, dass die Vorinstanz folgende Positionen der Zwischenbilanz vom 30. September 2013 zu Unrecht als unbelegt betrachtet und im Wert berichtigt habe: Die Darlehensforderung gegen die C.\_\_\_\_\_ AG im Betrag von CHF 1'999'688.81, die Forderung gegen die D.\_\_\_\_\_ AG im Betrag von CHF 563'927.25, die Forderung gegen die E.\_\_\_\_\_ KG im Betrag von CHF 579'082.95, die Forderung gegen den Geschäftsführer der Gesellschaft im Betrag von CHF 263'066.42, die Kontokorrentforderungen gegen die Brüder des Geschäftsführers sowie die Kassenbestände von CHF 65'389.09 und die Postkontobestände von CHF 22'197.07 und CHF 17'354.23. Die Vorinstanz sei aufgrund der Wertberichtigung von einer offensichtlichen Überschuldung ausgegangen. Die Beschwerdeführerin hält diese Schlussfolgerung für falsch und kündigt an, sie werde aufzeigen, weshalb an diesem Ergebnis nicht festgehalten werden könne (act. 14 S. 4). Dies tut die Beschwerdeführerin dann jedoch nicht, sondern stellt die Behauptung auf, die Gesellschaft sei zwischenzeitlich saniert worden. Damit bezieht sie sich jedoch nicht auf die Begründung des vorinstanzlichen Entschei-

des, sondern versucht aufgrund von Noven zu belegen, dass nach einer neu erstellten "Bilanz nach Sanierung" keine Überschuldung vorliege. Auf die Noven ist zurückzukommen. Dies ändert aber nichts daran, dass sich die Beschwerdeführerin mit der Begründung des vorinstanzlichen Entscheides nur ansatzweise auseinandergesetzt und nicht detailliert aufgezeigt hat, weshalb die Erwägungen falsch sind. Mangels genügender Rüge ist auf die Beschwerde insofern nicht einzutreten.

## 6.2. Neue Behauptungen der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin behauptet, in der Zeit zwischen der Zwischenbilanz vom 30. September 2013 und der Konkurseröffnung seien diverse Bilanzpositionen bereinigt worden und verschiedene Gläubiger hätten auf ihre Forderungen verzichtet, was bereits in der Eingabe vor Vorinstanz vom 9. Dezember 2013 angekündigt worden sei. Die bereinigte und von der Revisionsstelle geprüfte "Bilanz nach Sanierung" (act. 16/4) weise ein Eigenkapital von CHF 1'844'702.40 aus. Die Beschwerdeführerin sei somit offensichtlich nicht überschuldet (act. 14 S. 4).

Bei der Behauptung der Bereinigung von Bilanzpositionen in der Zeit bis zum erstinstanzlichen Entscheid handelt es sich grundsätzlich um ein zulässiges unechtes Novum, weshalb auf die Argumente der Beschwerdeführerin einzugehen ist. Ob in Bezug auf die konkret behauptete Einzeltatsache ein zulässiges unechtes Novum vorliegt, bleibt im jeweiligen Zusammenhang zu prüfen.

Wie erwähnt behauptet die Beschwerdeführerin, die "Bilanz nach Sanierung" sei von einer Revisionsstelle geprüft worden. Einen entsprechenden Bericht hat sie indes nicht eingereicht. Falls die Beschwerdeführerin sinngemäss auf das Schreiben der F.\_\_\_\_\_ AG vom 23. Dezember 2013 (act. 16/5) verweisen wollte, ist ihr entgegenzuhalten, dass es sich dabei nicht um einen Revisionsbericht in Bezug auf die "Bilanz nach Sanierung" handelt, sondern lediglich um ein Statement bezüglich des Darlehens an die C.\_\_\_\_\_ AG. Die nicht von der Revisionsstelle geprüfte "Bilanz nach Sanierung" stellt somit eine blosser Parteibehauptung dar. Es ist fraglich, ob die Beschwerdeführerin damit überhaupt den Nachweis erbringen kann, dass die Gesellschaftsschulden von Aktiven gedeckt sind. Denn selbst

wenn sie aufgrund von anderen Belegen gewisse Bilanzpositionen nachweisen kann, ist damit der Nachweis der Richtigkeit der Bilanz als Ganzes nicht erbracht. Denn es ist möglich, dass zum Beispiel ein Forderungsverzicht von Gläubigern von neuen (noch) nicht bilanzierten Schulden überwogen wird, was ohne Prüfung durch eine Revisionsstelle unentdeckt bleibt. Auf eine nicht von der Revisionsstelle geprüfte Bilanz kann deshalb jedenfalls dann nicht abgestellt werden, wenn erhebliche Anzeichen dafür bestehen, dass die Gesellschaft keine zuverlässige Buchhaltung mehr führt.

#### 6.2.1. Bargeld und Bank- / Postkonti, Liquidität aus Sanierung

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe in der neuen Bilanz diverse Positionen des Umlaufvermögens "auf Null gesetzt", da die Saldi nicht mehr restlos eruierbar seien (act. 14 S. 4). Insgesamt macht sie geltend, dass die Gesellschaft über Barmittel, Bank- und Postguthaben von CHF 564'809.18 verfüge. Diese Mittel sind indes nicht ausgewiesen. Die unter dem Titel "Liquidität aus Sanierung für Verpflichtungen" verbuchten CHF 545'688.51 müssten, sofern sie der Gesellschaft tatsächlich zur Verfügung stünden, unter den zutreffenden Konti- oder Kasenbeständen verbucht sein. Dies sind sie aber nicht. Die behauptete Liquidität von CHF 545'688.51 am Bilanzstichtag ist eine durch nichts belegte Behauptung.

Ebenfalls unbelegt sind die Saldi der nicht auf Null gesetzten Konti. Diese wurden von der Beschwerdeführerin unverändert aus der Zwischenbilanz übernommen. Dies könnte nur dann zutreffend sein, wenn in der Zwischenzeit keine einzige Kontobewegung stattgefunden hätte. Dergleichen wird von der Beschwerdeführerin aber gerade nicht geltend gemacht. Die Bestände sämtlicher Konti sind insofern unbelegt geblieben.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin nach dem Stichtag der Zwischenbilanz gemäss dem von ihr eingereichten Betriebsregisterauszug (act. 16/18) wiederum 13 Forderungen erst unter dem Druck der Zwangsvollstreckung bezahlte (Forderungen mit Code 105 im Auszug). In weiteren drei Fällen wurde sogar der Konkurs angedroht (Forderungen mit Code 207 im Auszug). Würde die Beschwerdeführerin tatsächlich über die behauptete

Liquidität verfügen, wäre es nicht zu der hohen Zahl der Betreibungen gekommen, es sei denn die Beschwerdeführerin würde aus Prinzip auch berechnete Forderungen trotz Zahlungsfähigkeit nicht tilgen. Dies macht sie nicht geltend.

Nach dem Gesagten können die behaupteten liquiden Mitteln nicht als Aktivum angerechnet werden.

#### 6.2.2. Darlehen der C. \_\_\_\_\_ AG

In der Zwischenbilanz vom 30. September 2013 ist als Aktivum ein Darlehen der C. \_\_\_\_\_ AG von CHF 1'999'668.81 aufgeführt. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die C. \_\_\_\_\_ AG habe in der Zwischenzeit CHF 434'000.00 netto zurückbezahlt, weshalb das Darlehen in der neuen Bilanz noch CHF 1'565'668.81 betrage. Die Werthaltigkeit des Darlehens wurde bereits im Revisionsbericht der B. \_\_\_\_\_ zur Bilanz 2011 in Frage gestellt. Die B. \_\_\_\_\_ hielt fest, dass die Beschwerdeführerin trotz Aufforderung die geeigneten Unterlagen nicht zur Verfügung gestellt habe (act. 13/2/10). Auch die F. \_\_\_\_\_ AG kam in ihrem Prüfungsbericht vom 6. Dezember 2013 zum Schluss, dass die Werthaltigkeit des Darlehens nicht abschliessend beurteilt werden könne (act. 13/8/1). Trotzdem reichte die Beschwerdeführerin den Darlehensvertrag nicht ein, sondern versucht, durch indirekte Beweise den Bestand des Darlehens zu belegen. Das Schreiben der F. \_\_\_\_\_ AG vom 23. Dezember 2013 eignet sich zum Beweis schon deshalb nicht, weil es sich bei ihm um ein echtes Novum handelt. Im Übrigen geht daraus lediglich hervor, dass die C. \_\_\_\_\_ AG das bei der Beschwerdeführerin als Aktivum geführte Darlehen als Passivum bilanziert hat. Dies überrascht angesichts der Tatsache, dass gemäss ungerügter Feststellung der Vorinstanz G. \_\_\_\_\_ gleichzeitig Gesellschafter der Beschwerdeführerin und einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der C. \_\_\_\_\_ AG ist (act. 12 S. 14), nicht, vermag aber den fehlenden Darlehensvertrag nicht zu ersetzen. Die Beschwerdeführerin hat nicht einmal die Eckwerte des Darlehens behauptet. So ist unbekannt, wann das Darlehen ausbezahlt wurde und was in Bezug auf die Rückzahlung vereinbart wurde. Die durch Buchungsbelege der UBS belegten 10 Zahlungen zwischen der C. \_\_\_\_\_ AG und der Beschwerdeführerin (act. 16/6) sprechen gegen die Darstellung der Beschwerdeführerin, wonach ein Darlehen bestehe, das nun nach und

nach zurückbezahlt werde. Die C.\_\_\_\_\_ AG zahlte insgesamt CHF 483'000.00 an die Beschwerdeführerin, doch flossen auch zwei Zahlungen von total CHF 49'000.00 zurück an die C.\_\_\_\_\_ AG (act. 16/6 Seiten 3 und 5). Der Grund für die Zahlungen an die C.\_\_\_\_\_ AG wird von der Beschwerdeführerin nicht genannt. Aufgrund dieses Hin- und Herfliessens von Geld ist in Ermangelung anderer Hinweise nicht von einem Darlehen auszugehen, sondern von einem blossen Kontokorrentverhältnis, dessen Saldo indes durch nichts belegt ist. Daran vermögen auch die Mittelflussrechnung und die Planerfolgsrechnung der C.\_\_\_\_\_ AG (act. 16/7 und 16/8) nichts zu ändern, da diese Dokumente wenn überhaupt nur belegen, dass die C.\_\_\_\_\_ AG in der Lage wäre, bis 2017 einen Betrag von rund 1.5 Millionen Franken zu bezahlen. Über den Bestand einer Darlehensforderung der Beschwerdeführerin gegen die C.\_\_\_\_\_ AG bzw. den Kontokorrentsaldo sagen diese Unterlagen nichts aus. Die bilanzierte Darlehensforderung von CHF 1'565'668.81 ist nach diesen Ausführungen nicht als Vermögenswert zu berücksichtigen.

Die Beschwerdeführerin liess vortragen, "auf Verlangen des Gerichts" könne sie jederzeit weiter gehende Unterlagen beibringen (act. 14 Rz. 17). Die Beschwerde muss aber innert der gesetzlichen Frist abschliessend begründet werden (Art. 321 und 144 ZPO; BGE 139 III 491).

### 6.2.3. Kautio, Warevorräte, Maschinen, Mobiliar und Kreditoren Restaurant H.\_\_\_\_\_

Die Beschwerdeführerin behauptet, die C.\_\_\_\_\_ AG habe von ihr mit Vereinbarung vom 4. Oktober 2013 das Restaurant an der ... [Adresse] in Zürich übernommen (act. 14 S. 5 f.). Die C.\_\_\_\_\_ AG habe Folgendes übernommen: CHF 1'210.10 (Mietkaution), CHF 6'600.00 (Warevorräte), CHF 9'680.00 (Maschinen), CHF 32'700.00 (Mobiliar). Diese Positionen habe die C.\_\_\_\_\_ AG zuzüglich eines Goodwills zum Pauschalpreis von CHF 500'000.00 übernommen. Dieser Betrag sei mit der Kreditorenforderung der C.\_\_\_\_\_ AG gegen die Beschwerdeführerin von CHF 363'598.39 verrechnet worden, so dass ein Restkaufpreis von CHF 136'401.61 zugunsten der Beschwerdeführerin verblieben sei. Diese Forderung sei durch Zahlungen von total CHF 140'000.00 getilgt worden (act. 14 S. 6). Diese

Behauptungen sind durch die Vereinbarung vom 4. Oktober 2013 und die Belege der UBS (act. 16/10 und 16/11) hinreichend belegt. Nicht belegt ist hingegen, dass der Zahlungszugang von CHF 140'000.00 im Zeitpunkt des Abschlusses der "Bilanz nach Sanierung" der Beschwerdeführerin noch zur Verfügung stand. Im Gegenteil ist den UBS-Belegen zu entnehmen, dass die Beträge dem Konto IBAN CH... gutgeschrieben wurden. Dabei handelt es sich um die Bilanzposition "UBS ... .." der Beschwerdeführerin. Nach eigener Darstellung der Beschwerdeführerin betrug der Saldo dieses Kontos am Bilanzstichtag lediglich CHF 10'811.34.

#### 6.2.4. Kontokorrentforderung G. \_\_\_\_\_

Die Kontokorrentforderung gegenüber G. \_\_\_\_\_ im Betrag von CHF 263'066.42 konnte gemäss Revisionsbericht der F. \_\_\_\_\_ AG vom 6. Dezember 2013 nicht auf ihre Werthaltigkeit überprüft werden (act. 13/8/1). Es wäre deshalb an der Beschwerdeführerin gewesen, zumindest den entsprechenden Kontoauszug aus der Buchhaltung vorzulegen. Dies hat sie unterlassen. Bei dem neu ins Recht gelegten Beleg über eine Transaktion von CHF 150'000.00 vom 24. Januar 2014 (act. 14 S. 6 und 16/12) handelt es sich um ein echtes Novum, das nicht berücksichtigt werden kann. Die Kontokorrentforderung gegen G. \_\_\_\_\_ ist nicht ausgewiesen.

#### 6.2.5. Forderungsverzichte

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass fünf Gläubiger am 5. Dezember 2013 auf ihre Forderungen verzichtet hätten (act. 14 S. 6 f.). Die entsprechenden Vereinbarungen reichte die Beschwerdeführerin ein (act. 16/13). Dementsprechend sind folgende Zwischenbilanzpositionen vor dem erstinstanzlichen Konkursentscheid weggefallen:

- Kontokorrentforderung gegen die Beschwerdeführerin "I.\_\_\_\_ / J.\_\_\_\_", CHF 147'225.00 und "I.\_\_\_\_ /K.\_\_\_\_", CHF 34'046.00 im Gesamtbetrag von CHF 181'271.00 (act. 16/3 S. 1);
- Kontokorrentforderung gegen die Beschwerdeführerin "... D.\_\_\_\_ AG / J.\_\_\_\_", CHF 424'326.85 (act. 16/3 S. 2);
- Kontokorrentforderung der Beschwerdeführerin "D.\_\_\_\_ AG / M.\_\_\_\_.", CHF 563'927.25 und Kontokorrentforderung gegen die Beschwerdeführerin "... D.\_\_\_\_ AG / J.\_\_\_\_", CHF 869'372.10 (act. 16/3 S. 3);
- Kontokorrentforderung gegen die Beschwerdeführerin "... H.\_\_\_\_ ... AG / J.\_\_\_\_", CHF 128'355.25 und Kontokorrentforderung gegen die Beschwerdeführerin "... H.\_\_\_\_ ... AG / M.\_\_\_\_.", CHF 50'368.80 (act. 16/3 S. 4);
- Kontokorrentforderung gegen die Beschwerdeführerin "... N.\_\_\_\_, O.\_\_\_\_ / J.\_\_\_\_", CHF 52'638.00 (act. 16/3 S. 5).

#### 6.2.6. Kontokorrent E.\_\_\_\_ KG

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe die Kontokorrentforderung der Beschwerdeführerin gegen die E.\_\_\_\_ KG von CHF 579'082.95 zu Unrecht als nicht werthaltig betrachtet. Diese Forderung sei mit der Kontokorrentforderung der E.\_\_\_\_ KG gegen die Beschwerdeführerin von CHF 457'252.34 zu verrechnen. Im Restbetrag von CHF 121'830.61 sei die Forderung der Beschwerdeführerin gegen die E.\_\_\_\_ KG als werthaltig zu betrachten (act. 14 S. 7). Die Rüge ist unbegründet. Wären die Voraussetzungen für eine bilanzmässige Verrechnung (Art. 958c Abs. 1 Ziff. 7 OR) gegeben gewesen, so wäre die Verrechnung durch die Beschwerdeführerin bei Erstellen der Bilanz vorzunehmen gewesen. Die Werthaltigkeit der Forderung gegen die E.\_\_\_\_ KG ist gemäss Revisionsbericht der F.\_\_\_\_ AG vom 6. Dezember 2013 nicht belegt. Die Beschwerdeführerin offeriert keinen Beweis, der die Forderung belegen würde. Sie ist als Aktivum nicht anzurechnen.

### 6.2.7. Kreditor Eidgenössische Steuerverwaltung

Die behauptete Zahlung an die Eidgenössische Steuerverwaltung vom 5. Dezember 2013 von CHF 174'713.10 ist belegt (act. 16/4) und als unechtes Novum zu berücksichtigen. Die Position "Verbindlichkeiten gegenüber staatlichen Stellen" verringert sich somit um diesen Betrag auf CHF 235'427.14.

### 6.3. Fazit bezüglich der neuen Behauptungen

Wie dargelegt ist die Beschwerdeführerin nicht in der Lage, auch nur die liquiden Mittel korrekt zu bilanzieren, angeblich weil die Bilanzpositionen nicht restlos nachvollzogen werden können. Wenn aber eine Gesellschaft nicht einmal in der Lage ist, Auskunft über die Kassa- und Kontosaldi zu geben, so führt sie jedenfalls keine verlässliche Buchhaltung. Die nicht von einer Revisionsstelle geprüfte Bilanz als Ganzes ist deshalb nicht aussagekräftig, auch wenn es der Beschwerdeführerin gelungen ist, einzelne Positionen darzulegen und nachzuweisen. Bereits aus diesem Grund ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht davon auszugehen, die finanzielle Situation der Gesellschaft habe sich seit der Zwischenbilanz vom 30. September 2013 gebessert, bzw. die Beschwerdeführerin sei nun saniert. Nachdem die Beschwerdeführerin den vorinstanzlichen Entscheid nur ungenügend gerügt hat, ist nach wie vor von der Überschuldung auszugehen.

Stellt man dennoch – abgesehen von den beanstandeten Positionen – mit der Beschwerdeführerin auf die "Bilanz nach Sanierung" ab, so ist von Gesellschaftsschulden am Bilanzstichtag von CHF 1'238'528.61 auszugehen. Der Betrag entspricht den Bilanzpositionen "kurzfristige Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen", "Kontokorrente" und "Verbindlichkeiten gegenüber staatlichen Stellen" unter Hinzurechnung der Kontokorrentsaldi mit negativen Vorzeichen. Bei diesen Positionen handelt es sich um behauptete Aktiven und nicht um Passiven.

Wie dargelegt ist das mit CHF 1'565'668.81 bilanzierte Darlehen gegenüber der C.\_\_\_\_\_ AG nicht ausgewiesen (Begründung Ziffer 6.6.2). Dasselbe gilt für die behaupteten liquiden Mittel von CHF 564'809.18 (Begründung Ziffer 6.2.1), die

Kontokorrentforderung gegen G. \_\_\_\_\_ von CHF 113'066.42 (Begründung Ziffer 6.2.4.) und die Kontokorrentforderung gegen die E. \_\_\_\_\_ KG von CHF 579'082.95 (Begründung Ziffer 6.2.6.). Die verbleibenden Aktiven, im Wesentlichen die Warenvorräte von CHF 28'600.00 sowie das Anlagevermögen von CHF 173'700.00 reichen bei weitem nicht, um die bilanzierten Gesellschaftsschulden zu decken. Die Beschwerdeführerin ist auch unter Berücksichtigung der "Bilanz nach Sanierung" überschuldet. Die Voraussetzungen zur Eröffnungen des Konkurses sind somit erfüllt. Die Beschwerde ist deshalb insoweit abzuweisen.

Da die aufschiebende Wirkung erteilt worden war und – wie soeben zu zeigen sein wird – der Antrag auf Konkursaufschub abzuweisen ist, ist der Konkurs durch die Rechtsmittelinstanz neu zu eröffnen.

#### 7. Konkursaufschub

Das Gericht kann auf Antrag der Geschäftsführer oder eines Gläubigers den Konkurs aufschieben, namentlich wenn ausstehende Nachschüsse einbezahlt werden und Aussicht auf Sanierung besteht (Art. 820 Abs. 2 OR). Das Antragsrecht besteht indes nur, wenn die Geschäftsführung in Wahrnehmung ihrer Pflicht die Bilanz deponiert hat. Erfolgte die Überschuldungsanzeige hingegen im Sinne einer Ersatzvornahme durch die Revisionsstelle, ist die Geschäftsführung zum Antrag auf Konkursaufschub nicht mehr berechtigt (ZR 94 Nr. 50, ZR 108 N 14 E. 8, O-Ger, II. ZK, PS110058 E. III. 4.).

Die Beschwerdeführerin rügt die vorinstanzliche Erwägung, wonach die B. \_\_\_\_\_ zur Deponierung der Bilanz berechtigt war, nicht (act. 14 S. 3). Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin ihrer Pflicht zur Überschuldungsanzeige nicht nachgekommen war. Sie ist demnach zur Stellung des Antrages auf Konkursaufschub nicht berechtigt. Auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Erfolgsaussichten einer Sanierung ist nicht einzugehen.

8. Kostenfolgen

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. Der Antrag auf Aufschiebung des Konkurses wird abgewiesen.
3. Über die Beschwerdeführerin wird mit Wirkung ab **11. April 2014, 08.30 Uhr**, der Konkurs eröffnet
4. Das Konkursamt Bassersdorf wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 750.00 festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
6. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin, an die Revisionsstelle und Verfahrensbeteiligte, an die Vorinstanz (unter Rücksendung der vorinstanzlichen Akten), an das Konkursamt Bassersdorf sowie mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Kloten, je gegen Empfangsschein.
7. 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: