

## **OR 729c, OR 725a; Benachrichtigung des Konkursrichters durch die Revisionsstelle; Aufschiebung des Konkurses wegen Aussicht auf Sanierung.**

Benachrichtigung des Konkursrichters durch die Revisionsstelle:

Die Revisionsstelle kann eine während der Dauer ihres Mandates eingetretene Überschuldung gültig anzeigen, auch wenn sie in der Zwischenzeit abgewählt worden ist; das gilt jedenfalls dann, wenn der Handelsregistereintrag bis zur Anzeige noch nicht geändert wurde (Erw. 3 – 7).

Aufschiebung des Konkurses wegen Aussicht auf Sanierung:

Das Gesuch müsste vor dem erstinstanzlichen Konkursentscheid gestellt worden sein (Erw. 8).

Mit Eingabe vom 17. April 2008 zeigte die B. als Revisionsstelle der Rekurrentin deren Überschuldung dem Konkursrichter an. Dieser eröffnete über die Rekurrentin den Konkurs.

(Erwägungen des Obergerichtes:)

3. Besteht bei einer Aktiengesellschaft begründete Besorgnis einer Überschuldung, muss eine Zwischenbilanz erstellt und diese der Revisionsstelle zur Prüfung vorgelegt werden. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten (Art. 725 Abs. 2 OR). Der Richter eröffnet auf die Benachrichtigung hin den Konkurs. Auf Antrag des Verwaltungsrates oder eines Gläubigers kann er ihn aufschieben, falls Aussicht auf Sanierung besteht (Art. 725a Abs. 1 OR). Bei offensichtlicher Überschuldung benachrichtigt die Revisionsstelle das Gericht, wenn der Verwaltungsrat die Anzeige unterlässt (Art. 729c OR).

4.a) Die B. hielt bereits in ihrem Bericht vom 29. Februar 2008 zum Jahresabschluss 2007 fest, dass der Verwaltungsrat in Kenntnis der Überschuldung der Rekurrentin auf eine Benachrichtigung des Richters verzichtet und stattdessen Sanierungsmassnahmen, welche bis 31. März 2008 ihre Wirkung entfalten sollten, beschlossen hat. Andernfalls werde der Verwaltungsrat bzw. allenfalls sie selbst, den Richter benachrichtigen. Dies hat die Revisionsstelle mit ihrer Eingabe vom 17. April 2008 schliesslich getan. Hiergegen wendet die Rekurrentin vorab ein, die B. sei anlässlich der ordentlichen Generalversammlung vom 4. Februar 2008 als Revisionsstelle abgewählt worden. Der Änderung im Handelsregister sei nur noch deklaratorische Bedeutung zugekommen. Die B. sei daher weder zur Benachrichtigung des Richters noch zur Revision des Zwischenabschlusses per 31. März 2008 befugt gewesen.

b) Es stellt sich damit zunächst die Frage nach der Legitimation der Revisionsstelle zur Überschuldungsanzeige. Sinn der in Art. 729c OR (aArt. 729b Abs. 2 OR) festgehaltenen Regelung, wonach die Revisionsstelle bei offensichtlicher Überschuldung der Gesellschaft das Gericht benachrichtigt, wenn der Verwaltungsrat die Anzeige unterlässt, ist es, allfällige Konkursverschleppungen zu verhindern und die Gläubiger vor neuen Schulden der Gesellschaft und vor Gläubigerbevorzugungen zu schützen. Dieser Funktion im Dienste des Gläubigerschutzes kann sich die Revisionsstelle nicht durch Rücktritt entziehen (Watter, Basler Kommentar OR II, 2. Auflage, Basel 2002, Art. 729b N 5ff.). Entsprechend darf der Zweck dieser Bestimmung auch nicht durch das jederzeitige Abberufungsrecht der Generalversammlung vereitelt werden (Art. 730a Abs. 4 OR). Deshalb werden das Recht und die Pflicht der Revisionsstelle zur Überschuldungsanzeige durch die Abberufung in diesem heiklen Moment nicht berührt. Die Abwahl dürfte im Gegenteil regelmässig als weiteres Indiz für die fortgesetzte Untätigkeit des Verwaltungsrates zu werten sein (Camponovo, Die Benachrichtigung des Konkursrichters, in: SZW 68 (1996) S. 211 ff.). So befand die erkennende Kammer bereits in ihrem Beschluss vom 24. Mai 2004 (Verfahren NN030185), dass auf eine Überschuldungsanzeige einer abgewählten Revisionsstelle eingetreten werden müsse (vgl. ebenso der Entscheid des Konkursrichters des Bezirks Zürich vom 1. März 1994, in: ZR 94/1995 Nr. 50). Anders zu entscheiden würde bedeuten,

dass die überschuldete Gesellschaft durch Abwahl ihrer Revisionsstelle die drohende Konkurseröffnung verhindern könnte, was gerade nicht im Sinn des Gesetzgebers ist. Auch liegt es – im Hinblick auf die Revisionshaftung nach Art. 755 OR – im Interesse der abgewählten Revisionsstelle selbst, dass sie noch zur Anzeige der Überschuldung befugt ist. Das Gesagte muss jedenfalls so lange gelten, bis die Revisionsstelle im Handelsregister gelöscht ist. Danach kann sich unter dem Aspekt des Drittschutzes ein Gläubiger nicht mehr auf die Revisionsstelle verlassen. Die B. war zum Zeitpunkt der Überschuldungsanzeige nach wie vor im Handelsregister eingetragen. Damit ist ihre Legitimation zur Überschuldungsanzeige zu bejahen; dies umso mehr, als aus dem Protokoll nicht hervorgeht, auf welchen Zeitpunkt sie abgewählt worden ist. Da die B. mithin ohnehin zur Anzeige berechtigt war, erübrigen sich weitere Erwägungen zur Frage, ob die Abwahl bzw. das Protokoll rechtsgültig zustande kamen.

5. In der Sache erklärt die Rekurrentin unter Hinweis auf die erwähnten Sanierungsmassnahmen, diese hätten im ersten Quartal 2008 erste Wirkungen gezeigt und die Zukunftsaussichten könnten gesamthaft positiv bewertet werden. Im April und Mai 2008 seien weitere einschneidende Massnahmen ergriffen worden, deren Auswirkungen aber nicht buchhalterisch dargelegt werden könnten, da sie die Unterlagen von der Buchhaltungsstelle trotz entsprechender Aufforderung zur Herausgabe nicht erhalten habe. Sie habe nun eine neue Buchhaltungsstelle mit der Buchführung betraut, welche den bestehenden Zwischenabschluss per 31. März 2008 einer genauen Prüfung unterziehen und gegebenenfalls korrigieren sowie einen Zwischenabschluss per 30. April 2008 erstellen werde. Der Abschluss per Ende März 2008 enthalte Kosten, Abschreibungen und Rückstellungen, die nicht begründet seien und deshalb kein klares Bild der tatsächlichen Verhältnisse wiedergäben. Auch würden aus diesem Abschluss die in den Monaten April und Mai 2008 durchgeführten Sanierungsmassnahmen nicht hervorgehen.

6. Eine Überschuldung liegt dann vor, wenn die Aktiven einer Gesellschaft deren Fremdkapital nicht mehr decken, d.h. wenn die Schulden nicht mehr aus den Aktiven bezahlt werden können. Erstattet die Revisionsstelle die Überschuldungsanzeige, so hat die Überschuldung offensichtlich zu sein. Dies ist dann

der Fall, wenn kein sachkundiger Beobachter bei einer objektiv günstigsten und subjektiv wohlwollendsten Beurteilung vernünftigerweise zu einem anderen Schluss gelangen kann bzw. wenn jeder verständige Mensch ohne weitere Abklärungen sofort sieht, dass die Aktiven die Schulden und notwendigen Rückstellungen nicht zu decken vermögen und keine oder keine genügende Rangrücktritte erfolgt sind. Offensichtlichkeit der Überschuldung setzt nicht voraus, dass diese besonders gross ist, sofern sie sich aus den sonstigen Umständen klar ergibt (statt vieler: Wüstiner, Basler Kommentar, Basel 2002, Art. 725 OR N 42).

7.a) Die Vorinstanz setzte der Rekurrentin Frist an, um sich zur Frage der Überschuldung zu äussern und eine aktuelle Zwischenbilanz sowie einen Prüfungsbericht der Revisionsstelle einzureichen. Dieser Aufforderung kam die Rekurrentin innert Frist nicht nach. Deshalb ging die Vorinstanz gestützt auf die Bilanz per 31. Dezember 2007 mit einem ausgewiesenen Aktivsaldo von Fr. 164'177.93 und Fremdkapital von Fr. 240'484.21 androhungsgemäss von einer offensichtlichen Überschuldung aus. Die Rekurrentin stellt denn auch nicht in Abrede, dass sie im Zeitpunkt der Konkureröffnung überschuldet war.

Im Rekursverfahren reichte die Rekurrentin unaufgefordert diverse Unterlagen nach, welche indes kein wesentlich anderes Bild ergeben. Werden in der (revidierten) Zwischenbilanz per 31. März 2008 dem Fremdkapital (Fr. 290'223.48) die Aktiven (Fr. 138.080.10) gegenübergestellt, ergibt sich auch hier eine deutliche Unterdeckung. Es liegt somit nach wie vor eine Überschuldung vor. Die Rekurrentin moniert, die Revisionsstelle sei infolge ihrer Abwahl nicht mehr befugt gewesen, diesen Zwischenabschluss zu revidieren. Sodann enthalte der Abschluss Kosten, Abschreibungen und Rückstellungen, die nicht begründet seien und daher kein klares Bild ergäben. Wie oben dargelegt bleibt die Abwahl der Revisionsstelle ohne Einfluss auf deren Befugnis zur Überschuldungsanzeige. Ansonsten ist die Abwahl selbstverständlich rechtsgültig (Camponovo, a.a.O., S. 218 ff.), mit der Folge, dass der Zwischenabschluss nicht mehr durch die B. hätte revidiert werden dürfen. Im Rahmen der Prüfung der Überschuldung durch das Gericht ist dies aber ohne Belang, zumal vorliegend nicht über eine allfällige Entschädigung der (abgewählten) Revisionsstelle zu befinden ist. Welche Positionen

aus welchen Gründen sodann nicht korrekt wiedergegeben sein sollen, erläutert die Rekurrentin mit keinem Wort. Stattdessen reichte sie einen von ihrer neuen Revisionsstelle erstellten, korrigierten Zwischenabschluss ebenfalls per Ende März 2008 ein. Diesem lassen sich Korrekturen in Höhe von rund Fr. 90'000.-- entnehmen, welche vor allem in der Auflösung der Rückstellungen und in Wertanpassungen von Kontokorrent-Forderungen bestehen. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um bloss bilanztechnische Massnahmen, welche für eine aussichtsreiche Sanierung nicht genügen. Da es die Rekurrentin unterliess, die Anpassungen näher zu begründen bzw. durch sachdienliche Unterlagen zu untermauern, bleibt im Übrigen offen, ob sie zu Recht erfolgt sind oder nicht. Letztlich kann aber offen bleiben, ob auf die beanstandete Zwischenbilanz abgestellt werden darf bzw. ob die vorgenommenen Änderungen berechtigt sind. Massgebend ist einzig, dass selbst der korrigierte Abschluss eine klare Überschuldung von Fr. 152'143.38 (den Aktiven von Fr. 123'117.20 steht ein Fremdkapital von Fr. 275'260.85 gegenüber) ausweist. Dass sowohl der Jahresabschluss per 31. Dezember 2007 als auch die beiden Zwischenbilanzen soweit ersichtlich nur zu Fortführungswerten erstellt bzw. eingereicht wurden, führt zu keiner anderen Beurteilung. Bei der Rekurrentin handelt es sich um einen Dienstleistungsbetrieb, weshalb die Liquidationswerte mit Sicherheit nur einen Bruchteil der Fortführungswerte betragen.

Im Weiteren bleibt unklar, worin die im April und Mai 2008 durchgeführten und im (beanstandeten) Zwischenabschluss angeblich nicht ersichtlichen Sanierungsmassnahmen bestehen sollen. Die Rekurrentin reichte keinen eigentlichen Sanierungsplan ein. Sie legt sodann weder konkret dar, welche der anlässlich der Generalversammlung vom 15. und 17. März 2007 beschlossenen Massnahmen tatsächlich umgesetzt worden sind noch, inwiefern diese oder allenfalls andere Mittel bereits zu einer dauerhaften, wesentlichen Verbesserung ihrer wirtschaftlichen Lage geführt haben. Ebenso offen ist, bis wann die Überschuldung vollständig beseitigt werden kann. Der von der Rekurrentin vorgelegte Finanzplan ist zur Darlegung der getroffenen Massnahmen und deren Erfolgsaussichten ungeeignet. Der unkommentierten Tabelle ist im Wesentlichen zu entnehmen, dass die Rekurrentin für das Jahr 2008 einen Gewinn (vor Zinsen und Steuern) von Fr.

7'000.-- erwartet. Damit kann indes angesichts der oben wiedergegebenen Zahlen die Überschuldung nicht beseitigt werden. Auch der in der korrigierten Zwischenbilanz ausgewiesene Gewinn von Fr. 13'000.-- für das erste Quartal 2008 trägt nicht wesentlich zur finanziellen Gesundung der Rekurrentin bei. Im Übrigen führt die beanstandete Zwischenbilanz für den gleichen Zeitraum einen Verlust von Fr. 75'837.10 auf. Im Protokoll der Generalversammlung vom 4. Februar 2008 wird ferner ein Aktienverkauf erwähnt, wobei unersichtlich bleibt, inwiefern sich dieser positiv auf die Finanzlage der Rekurrentin auswirken soll, zumal eine solche Transaktion nicht bilanzwirksam ist. Als Indiz gegen eine erfolgreiche Sanierung spricht nicht zuletzt auch die Tatsache, dass allein 2008 Betreibungen von fast Fr. 11'000.-- gegen die Rekurrentin eingeleitet wurden.

b) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Rekurrentin klar überschuldet ist. Sie substantiierte in keiner Weise, welche *konkreten* Sanierungsmassnahmen im Einzelnen ergriffen wurden und dass diese eine dauernde und wesentliche Verbesserung ihrer wirtschaftlichen Lage herbeizuführen vermochten bzw. innert nützlicher Frist herbeiführen werden. Ebenso wenig legte sie Rangrücktrittserklärungen vor. Dass die Rekurrentin - wie sie geltend macht - bis anhin nicht über die Buchhaltungsunterlagen verfügt hat, ändert nichts an ihrer Pflicht, die Sanierungsmassnahmen und deren Erfolgsaussichten darzutun.

8. Mit ihren Vorbringen in der Rekurschrift stellt die Rekurrentin, handelnd durch ihren einzigen Verwaltungsrat, wie dargelegt eine mögliche Sanierung in Aussicht. Sollte sie damit sinngemäss (gewissermassen als mildere Massnahme zur Aufhebung des Konkurses auch) einen Antrag auf Konkursaufschub im Sinne von Art. 725a Abs. 1 OR stellen, so ist ihr Folgendes entgegen zu halten: Erfolgte die Überschuldungsanzeige nicht durch den Verwaltungsrat, sondern wie vorliegend im Sinne einer Ersatzvornahme durch die Revisionsstelle, ist der Verwaltungsrat nicht mehr berechtigt, ein Moratorium nach Art. 725a Abs. 1 OR zu beantragen (Brunner, Basler Kommentar SchKG II, Basel 1998, Art. 192 N 9f.). Im Übrigen wäre der Antrag auch verspätet: Im Rekursverfahren sind neue Anträge - ausgenommen unter bestimmten Voraussetzungen in familienrechtlichen Prozessen - ausgeschlossen. Entsprechend wird in der Literatur einhellig die

Meinung vertreten, der Antrag auf Sanierung müsse vor der *erstinstanzlichen* Konkursöffnung gestellt worden sein und könne im Rechtsmittelverfahren nicht nachgeholt werden (Brunner, a.a.O., Art. 192 N 16f.; Breitschmid, Der Richter als Sanierer? In: Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 50ff.); anders lautende kantonale, auch zürcherische Entscheide blieben vereinzelt. Vor Vorinstanz stellte die Rekurrentin indes keinen solchen Antrag. Aber selbst wenn auf den Antrag einzutreten wäre, wäre er abzuweisen, da es der Rekurrentin wie oben ausgeführt nicht gelang, eine aussichtsreiche und dauerhafte Sanierung darzulegen.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Beschluss vom 3. Juli 2008  
NN080074