

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS110058-O/U.doc

II. Zivilkammer

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen.

Urteil vom 15. Juli 2011

in Sachen

A. AG,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____ und / oder Rechtsanwalt lic. iur.
Y._____,

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

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes Zürich vom 24. März 2011
(EK110127)

Erwägungen:

I.

1. Nachdem die Revisionsstelle der Gesuchstellerin und heutigen Beschwerdeführerin am 24. Januar 2011 eine Überschuldungsanzeige gemäss Art. 725 OR eingereicht hatte, beantragte der Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren sinngemäss den Aufschub des Konkurses im Sinne von Art. 725a Abs. 1 OR (act. 2 S. 3). Mit Urteil vom 24. März 2011, 14.00 Uhr, trat die Vorinstanz auf das Konkursaufschubgesuch nicht ein, eröffnete über die heutige Beschwerdeführerin den Konkurs und beauftragte das Konkursamt Z. _____ mit dem Vollzug.

2. Dagegen beschwerte sich die Beschwerdeführerin rechtzeitig und stellte folgende Anträge (act. 1 S. 2):

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 24. März 2011 (EK110127) und der gemäss diesem Urteil über die Beschwerdeführerin eröffnete Konkurs seien aufzuheben.
2. Die von der Revisionsstelle vorgenommene Überschuldungsanzeige sei zurück zu weisen; eventualiter sei der Beschwerdeführerin ein Konkursaufschub von mindestens 30 Tagen zu gewähren.

Ausserdem stellte sie den prozessualen Antrag (act. 1 S. 2):

3. Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

3. Mit Verfügung vom 19. April 2011 (act. 7 S. 2) wurde die aufschiebende Wirkung zuerkannt und eine Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt, welcher rechtzeitig geleistet wurde (act. 12). Die Sache ist spruchreif.

II.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die 2002 gegründete Beschwerdeführerin Technologien zur Luftreinigung entwickelt habe, mit denen mit reduziertem Energieaufwand die Luft durch elektromagnetische Prozesse hochwirksam von Mikroorganismen befreit werden könne. Die Prototypen würden in einem Pilotprojekt in ... von einem möglichen Abnehmer, der B._____ Group, getestet. Die Entwicklungskosten in bislang zweistelliger Millionenhöhe seien durch Kapitalerhöhungen und Aktionärsdarlehen finanziert worden. Per 31. Dezember 2009 sei die Überschuldung zu Fortführungswerten von Fr. 10'293'973 im Betrage von Fr. 8'653'773 durch Rangrücktritte auf Aktionärsdarlehen gedeckt gewesen, so dass eine gemäss Art. 725 Abs. 2 OR relevante Überschuldung von Fr. 1'640'200 bestanden habe. Diese nicht abgedeckte Überschuldung habe auf Grund eines Forderungsverzichtes eines Drittgläubigers (Bank) in der Höhe von Fr. 3'920'835 beseitigt werden können und der von der Revisionsgesellschaft per Ende 2009 ermittelte Sanierungsbedarf zu Fortführungswerten von Fr. 3'640'200 sei damit übertroffen worden. Die trotzdem erfolgte Überschuldungsanzeige sei damit begründet worden, dass die Fortführungsfähigkeit der Beschwerdeführerin nicht ausreichend dokumentiert sei und dass die Bilanzierung zu Liquidationswerten eine offensichtliche Überschuldung ergebe (act. 1 S. 4 f.).

Zur bei der Vorinstanz eingereichten Zwischenbilanz zu Fortführungs- und zu Liquidationswerten (act. 4/13) erläutert die Beschwerdeführerin, dass die Revisionsstelle von ihr – damals nicht anwaltlich vertreten – erst bei der Schlusstestierung des Zwischenabschlusses eine zusätzliche Wertkorrektur in der Höhe von Fr. 531'211 verlangt habe. Die daraus resultierende zusätzliche Überschuldung habe nicht mit den bestehenden Rangrücktritten abgedeckt werden können und zur Einholung weiterer – durchaus möglicher – Rücktritte habe die Zeit nicht ausgereicht (act. 1 S. 6); sie seien jedoch der Vorinstanz in Aussicht gestellt worden. Ausserdem sei auf die Sanierungsaussichten hingewiesen worden, weil Kosten hätten reduziert werden können und weil davon auszugehen sei, dass das lau-

fende Pilotprojekt in ... zu einem Vertrag mit substanziellen Erträgen führe. Die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides müsse nunmehr erfolgen, weil weitere Rangrücktritte erhältlich gemacht worden seien; eventualiter sei ein Konkursaufschub zur Umsetzung des Sanierungsplanes zu gewähren (act. 1 S. 7). Wenn die Vorinstanz davon ausgegangen sei, die Sanierungsaussichten seien zu wenig substantiiert worden, hätte sie das – im Rahmen der geltenden Untersuchungsmaxime (Art. 255 ZPO) – von Amtes wegen untersuchen müssen (act. 1 Rz 14).

Die Beschwerdeführerin macht im Beschwerdeverfahren geltend, es gebe neue Forderungsverzichte in der Höhe von Fr. 675'611.87, mit denen die bei der Vorinstanz noch nicht abgedeckte Überschuldung von Fr. 515'940 (act. 1 Rz 12) vollständig abgebaut worden sei (act. 1 Rz 18); und es sei glaubhaft gemacht worden, dass die allgemeine Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin wiederhergestellt sei (act. 1 Rz 27). Ausserdem könnten zusätzliche Rangrücktritte in der Höhe von Fr. 755'996 vorgewiesen werden (act. 1 Rz 18). An aktuell bestehenden Schulden der Beschwerdeführerin (ohne Forderungen mit Rangrücktritt) sei von Fr. 268'637.20 auszugehen (act. 1 Rz 24), wobei die Bezahlung dieser Verbindlichkeiten durch ein Aktionärsdarlehen von Fr. 300'000.-- (mit Rangrücktritt) sichergestellt werde (act. 1 Rz 20 f., Rz 25). Durch die mit der C. _____ Holding AG und D. _____ AG abgeschlossene Vereinbarung betreffend Fortführung des Pilotprojekts in ... bestehe zudem eine realistische Chance, dass das dort durchgeführte Pilotprojekt zu substantiellen Folgeaufträgen führen werde. Für die Beschwerdeführerin würde kein Kostenrisiko bestehen, die erfolgreiche Umsetzung der Projekte würde zu substantiellen künftigen Erträgen bei der Beschwerdeführerin führen, welche es auch erlauben würden, die derzeit mit Rangrückritten belasteten Gläubiger ganz oder teilweise zu befriedigen (act. 1 Rz 25). Hingegen würden die mit Rangrücktritt belasteten Gläubiger im Konkursfall leer ausgehen und das Projekt ... könnte durch die Konkursmasse – mangels Mittel und Know How – nicht weitergeführt werden (act. 1 Rz 26).

III.

1. Das vorliegende Verfahren ist ein Beschwerdeverfahren gemäss Art. 319 ff.). Als Beschwerdegründe werden in Art. 320 ZPO unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) sowie eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes (lit. b) genannt. Nach Art. 326 Abs. 1 ZPO sind neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel ausgeschlossen, wobei in Abs. 2 besondere Bestimmungen des Gesetzes vorbehalten werden. Nach h.A. gilt der Novenausschluss auch dort, wo die Untersuchungsmaxime gilt. Als eine solche besondere Bestimmung, die eine Ausnahme erlaubt, wird die Konkureröffnung gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG genannt (Dominik Gasser/Brigitte Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, Zürich/St. Gallen, N. 3 zu Art. 326 ZPO; ZK ZPO-Freiburghaus/Afeldt, N. 4 und 5 zu Art. 326; BSK ZPO-Spühler, N. 3 zu Art. 327, alle mit Hinweis auf die Botschaft [BBl 2006 S. 7379]).

In Art. 174 Abs. 2 SchKG ist vorgesehen, dass die Tilgung der Schuld (samt Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit) auch nach der Konkureröffnung noch rechtswirksam vorgebracht werden kann, sofern dies innert der Beschwerdefrist erfolgt (KUKO SchKG-Diggelmann/Müller, N. 18 zu Art. 174). Die bisherige Praxis der Kammer, für die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit eine Nachfrist anzusetzen, wurde auf das Inkrafttreten des neuen Rechts aufgegeben und es gibt nunmehr keine Möglichkeit zur späteren Nachbringung dessen, was in der Beschwerdefrist hätte vorgebracht werden müssen (ZR 110/2011 Nr. 5). Die einzige Ausnahme ist die Leistung des Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren, der auch noch nach Ablauf der Beschwerdefrist geleistet werden kann (a.a.O.).

Art. 174 SchKG, der gewisse Nachbringen während der Beschwerdefrist ermöglicht, betrifft den Fall der „gewöhnlichen“ Konkureröffnungen auf Begehren eines Gläubigers. Damit ist es fraglich, ob es im Falle der Überschuldungsanzeige gemäss Art. 192 SchKG einen analogen Anwendungsbereich gibt. Der wohl grössere Teil der Lehre hält Art. 174 SchKG für eine abschliessende Regelung, so dass eine grosszügigere Zulassung echter Noven unzulässig sei (KUKO SchKG-Huber, N. 33 zu Art. 192; Jürgen Brönnimann, Novenrecht und Weiterziehung des

Entscheid des Konkursgerichts gemäss Art. 174 ESchKG in: FS zum 65. Geburtstag für Hans Ulrich Walder, Zürich 1994, S. 144; BSK SchKG II-Brunner/Boller, N. 24 zu Art. 192, was die letztgenannten Autoren allerdings für unbefriedigend halten; BGer 5P.182/2001). In einem Entscheid des Appellationshofes des Kantonsgerichts Freiburg vom 25. April 2006 (RFJ/FZR S. 190 ff.) wird in Erw. 3 lit. b ausgeführt, dass Art. 194 Abs. 1 SchKG zwar ausdrücklich auf Art. 174 SchKG verweise, dass aber dessen Abs. 2 eine abschliessende Regelung enthalte. Auch Pierre-Robert Gilliéron (Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite [Art. 159-270], Lausanne, 2001, N. 58 zu Art. 190) will keine weiteren Fälle zulassen und hält diesbezüglich die Bestimmung von Art. 173a SchKG ausreichend; a.a.O. (N. 32 zu Art. 192 SchKG) schreibt er kurz und bündig: „La demande de révocation anticipée et favorisée réglée par l'article 174 alinéa 2 LP n'entre pas en ligne de compte“. Was allgemein gilt, gilt auch für die Nachbringung von Rangrücktritten (KUKO SchKG-Huber, N. 33 zu Art. 192; BSK SchKG II-Brunner/Boller, N. 24 zu Art. 192). Angezweifelt wird dieses Ergebnis durch den Cour de Justice de Genève in BISchK 1999 S. 192 ff. E. 1 b (der sich fragt, ob der Gesetzgeber dies gewollt habe, den Fall allerdings nicht zu entscheiden hatte) und Magdalena Rutz (Weiterziehung des Konkursdekrets in: Schuldbeitreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel 2000, S. 349 ff., S. 353), die echte und unechte Noven bis zur zweitinstanzlichen Verhandlung zulassen will.

Ob die Beschwerdeführerin Forderungsverzichte und Rangrücktritte während der Beschwerdefrist nachbringen konnte, wird durch die Mehrheitsmeinung in Frage gestellt.

2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die in Konkursfällen anwendbare Untersuchungsmaxime von der ersten Instanz verlangt hätte, dass sie die Sanierungsaussichten von Amtes wegen hätte untersuchen müssen (act. 1 S. 7 f.).

Die Regelung von Art. 255 ZPO dürfte insbesondere darauf zurückzuführen sein, dass es eine grosse Anzahl Betroffene gibt, die am Verfahren nicht teilnehmen (können), was die Anweisung an die Gerichte, sich intensiver mit der Tatsa-

chenfeststellung zu beschäftigen, rechtfertigt (KUKO ZPO-Jent-Sørensen, N. 5 zu Art. 255). Vorab ist dazu festzuhalten, dass die Untersuchungsmaxime gemäss Art. 255 ZPO nicht dazu zwingt, den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen, sondern dass die Pflicht besteht, den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen: Das Gericht hat hier seine Fragepflicht auszuüben, um die Parteien auf ihre Mitwirkungspflicht hinzuweisen und ihnen so „auf die Sprünge zu helfen“ (KUKO ZPO-Oberhammer, N. 17 zu Art. 56). In der Rechtsprechung des Kassationsgerichts, welche die Kammer übernommen hat, wird davon ausgegangen, dass eine Partei, zu deren Gunsten erstinstanzlich die richterliche Frage- bzw. Aufklärungspflicht bestanden hätte, das Ungefragte im Rechtsmittelverfahren nachbringen darf, allerdings nur unmittelbar zu Beginn desselben, d.h. im ersten Parteivortrag. Aus dieser Sicht kann daher ein Nachbringen nicht kategorisch ausgeschlossen werden. Anzumerken ist allerdings, dass das Gericht mit seinen Fragen auf einen unklaren Sachverhalt hinzuweisen oder allenfalls den Parteien Gelegenheit zu geben hat, zu Rechtsfolgen, die sie nicht vorausgesehen haben, Stellung nehmen zu können. Hingegen ist es nicht Sache des Gerichts, die Parteien darauf hinzuweisen, wie sie eine Überschuldung beseitigen bzw. wie sie eine Sanierung durchführen können. Deshalb ist konkret nicht ersichtlich, inwieweit die Vorinstanz die Fragepflicht mangelhaft ausgeübt hat, wie die Beschwerdeführerin geltend macht.

3. Wie aufgezeigt wird die Frage diskutiert, inwieweit Nachbringen während der Beschwerdefrist zulässig sind. Hingegen ist davon auszugehen, dass Weiterungen und Ergänzungen **nach** Ablauf der Beschwerdefrist jedenfalls unzulässig sind und dafür auch keine Frist mehr angesetzt werden darf. Diesbezüglich sieht auch Art. 174 SchKG keine Ausnahme vor.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, es sei ihr während der Beschwerdefrist gelungen, weitere Forderungsverzichte und Rangrücktritte erhältlich zu machen (act. 1 Rz 14). Die gemäss Zwischenbilanz per 31. Dezember 2010 nicht durch Rangrücktritte gedeckte Überschuldung von Fr. 515'940 hätte damit wie folgt beseitigt werden können:

- Forderungsverzicht Dr. E. _____ von Fr. 347'788 (Fr. 97'788 aus Darlehen ohne Rangrücktritt per Ende 2010, Fr. 200'000 aus Management Fee 2010 und Fr. 50'000 aus Salär 2009), vgl. Beilage 4/20
- Forderungsverzicht F. _____ Ltd. vom Fr. 113'083.87 (Stand Forderungen per Ende 2010), vgl. Beilage 4/21
- Forderungsverzicht G. _____ Ltd. von CHF 42'769.01 (aus Darlehen ohne Rangrücktritt per Ende 2010), vgl. Beilage 4/22
- Forderungsverzicht Prof. H. _____ von CHF 30'000.00 (VR Honorar 2009), vgl. Beilage 4/23
- Forderungsverzicht C. _____ Holding AG in Höhe von CHF 142'136 (CHF 93'436 aus den von ihr gewährten Darlehen per Ende 2010 sowie CHF 47'000 und CHF 1'700 aus Zahlungen 2011), vgl. Beilage 4/24
- Forderungsverzicht I. _____ in Höhe von CHF 1'535 (offene Rechnungen 2010), vgl. Beilage 4/25
- Neuer Rangrücktritt der Darlehensgeberin J. _____ in Höhe des von ihr gewährten Darlehens von EUR 200'000 (per 31. Dezember 2010 bilanziert mit CHF 331'740), vgl. Beilage 4/26
- Neuer Rangrücktritt der K. _____ AG in Höhe ihrer Gesamtforderung von CHF 16'741.80, vgl. Beilage 4/27
- Neuer Rangrücktritt der L. _____ S.A. in Höhe ihrer Gesamtforderung von EUR 277'525.71 (Forderung aus Lieferungen, umgerechnet somit rund CHF 346'907), vgl. Beilage 4/28
- Neuer Rangrücktritt der M. _____ Rechtsanwälte in Höhe ihrer Gesamtforderung von CHF 22'673.20 (Honorarforderung), vgl. Beilage 4/29

- Neuer Rangrücktritt der N. _____ Ltd. in Höhe der Hälfte ihrer offenen Forderung, somit GBP 25'289.11 (Honorarforderung), umgerechnet somit rund CHF 37'934, vgl. Beilage 4/30.

Die Beschwerdeführerin folgert daraus (act. 1 Rz 18), dass durch die Forderungsverzichte in der Höhe von insgesamt neu CHF 675'611.87, der per 24. März 2011 (Datum Entscheid Konkursrichter) noch nicht durch Rangrücktritte abgedeckte Teil der Überschuldung in der Höhe von Fr. 515'940 vollständig getilgt werden konnte. Darüber hinaus würde die Summe der zusätzlich erhältlich gemachten Rangrücktritte Fr. 755'996.00 betragen. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die gemäss Art. 725 Abs. 2 OR massgebende "Eigenkapitalsituation" (hier verstanden als Deckung unter Berücksichtigung der Rangrücktritte) habe sich entscheidend verbessert, was anhand des folgenden Schemas aufgezeigt wird (act. 1 S. 10).

Überschuldung gemäss Zwischenabschluss	-9'228'407.00
./. Rangrücktritt O. _____	4'359'959.00
./. Rangrücktritt Dr. E. _____	1'144'147.00
./. Rangrücktritt F. _____ Ltd.	2'139'142.00
./. Rangrücktritt G. _____ Ltd.	1'069'219.00
Offene Überschuldung (Stand 24.3.2011)	-515'940.00
./. Forderungsverzicht Dr. E. _____	347'788.00
./. Forderungsverzicht F. _____ Ltd.	113'083.87
./. Forderungsverzicht G. _____ Ltd.	42'769.00
./. Forderungsverzicht H. _____	30'000.00
./. Forderungsverzicht C. _____ Holding AG	142'136.00
./. Forderungsverzicht I. _____	1'535.00
Deckung ohne neue Rangrücktritte	161'371.87
./. Rangrücktritt J. _____	331'740.00
./. Rangrücktritt K. _____ AG	16'741.80
./. Rangrücktritt L. _____ SA	346'907.00
./. Rangrücktritt M. _____ Rechtsanwälte	22'673.20
./. Rangrücktritt N. _____ Ltd.	37'934.00
Deckung inkl. neue Rangrücktritte	917'367.87

Die Beschwerdeführerin hat mit der Beschwerde erstmals die Forderungsverzichte und die Rangrücktritte eingereicht. Bei der Sichtung derselben hat sich gezeigt, dass diese über weite Strecken insofern mangelhaft sind, als von der Kammer nicht erkannt werden kann, wer diese Erklärungen unterschrieben hat und wie die Unterschriftenregelung der betreffenden juristischen Personen ist, für die unterzeichnet wurde, insbesondere ob es einer Einzel- oder einer Doppelunterschrift bedarf. Zu illustrieren ist das Problem an folgenden Erklärungen:

- Rangrücktrittsvereinbarung zwischen O._____ und der Beschwerdeführerin betreffend rund Fr. 4.3 Mio. Für die O._____ hat offensichtlich Dr. E._____ unterschrieben (act. 4/14), wobei auch eine Recherche im on-line-Firmenindex des liechtensteinischen Grundbuch- und Öffentlichkeitsregisteramtes (GBOERA) nichts zur Funktion von Dr. E._____ und zur Unterschriftenregelung der O._____ ergab.
- Rangrücktrittsvereinbarung zwischen F._____ Ltd. und der Beschwerdeführerin (act. 4/16) betreffend rund Fr. 2,1 Mio. Für die F._____ Ltd. haben Dr. E._____ und eine zweite Person unterschrieben, wobei die zweite Unterschrift unleserlich ist. Aus dem Handelsregisterauszug ergibt sich, dass es bei jener Gesellschaft nur Kollektivunterschriften gibt und dass als berechtigte Zweitunterzeichner Dr. P._____, Q._____ (vgl. eventuell auch act. 4/17) oder R._____ in Frage kommen dürften. Wer die Zweit-Unterschrift neben Dr. E._____ geleistet hat, steht nicht fest.
- Rangrücktrittsvereinbarung zwischen G._____ Ltd. und der Beschwerdeführerin (act. 4/17) betreffend rund Fr. 1 Mio. ist von Dr. E._____ und einer zweiten Person unterzeichnet. Die Unterschriftenregelung gemäss Handelsregister weist Q._____ als einziges Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift aus. Ob die Unterschrift tatsächlich Frau Q._____ zuzuordnen ist, kann nicht erkannt werden.
- Für den Forderungsverzicht F._____ Ltd. von rund Fr. 113'000 (act. 4/21) vgl. Bemerkung zu act. 4/16.
- Für den Forderungsverzicht von G._____ Ltd. (act. 4/21) von rund Fr. 42'000 vgl. Bemerkung zu act. 4/17.
- Forderungsverzicht von C._____ Holding AG von rund Fr. 142'000 (act. 4/24). Derselbe trägt die Unterschrift von Dr. E._____ und eine zweite unleserliche Unterschrift (die ebenfalls unleserlich auf der Seite der Beschwerdeführerin vorkommt). Gemäss dem Handelsregisterauszug verfügen neben Dr. E._____ auch S._____ und T._____ über eine Kollektivun-

terschrift. Ob die Zweitunterschrift von einer dieser beiden Personen stammt und wenn ja von welcher, ist nicht auszumachen.

- Subordination Agreement, J.____, Paris, von rund Fr. 330'000 (act. 4/26): Keine leserliche Unterschrift, kein Hinweis auf die Zeichnungsberechtigung.
- Subordination Agreement, L.____ S.A., von rund 346'000 (act. 4/28): Unleserliche Unterschrift, kein Hinweis auf die geltende Unterschriftenregelung.
- Rangrücktrittsvereinbarung M.____ Rechtsanwälte von rund 22'000 (act. 4/29): Unklar ist die Unterschriftsberechtigung von U._____.
- Subordination Agreement N.____ Ltd. von rund Fr. 37'000 (act. 4/30): Unleserliche Unterschrift, unklare Unterschriftenregelung.

Anzumerken ist, dass auch die Unterschriften auf Seiten der Beschwerdeführerin unklar sind. Neben der leserlichen Unterschrift von Dr. E.____ dürfte es sich meistens um die Unterschrift von Dr. V.____ handeln, was sich allerdings nur indirekt und vermutungsweise aus 4/29 S. 3 ergibt.

Weil bei den meisten Rangrücktritten und Forderungsverzichten unklar ist, ob sie von dazu berechtigten Personen unterzeichnet worden sind, können sie nicht als rechtsgültig gelten und damit auch nicht berücksichtigt werden. Eine Nachfristansetzung kommt – wie bereits erwähnt – nicht in Frage. Daraus folgt, dass selbst dann, wenn es entgegen der vorherrschenden Lehre und Praxis zulässig gewesen wäre, Rangrücktritte und Forderungsverzichte während der Beschwerdefrist überhaupt nachzubringen, diese wegen der aufgezeigten Unklarheit nicht berücksichtigt werden könnten. Anzumerken ist, dass die Vorinstanz auch keinen Hinweis auf die unklare Unterschriftensituation geben konnte und musste, weil diese Erklärungen offenbar erst im zweitinstanzlichen Verfahren eingereicht wurden. Bleibt die Beschwerdeführerin deshalb erheblich überschuldet, so kann ungeprüft bleiben, welche Auswirkung die „Vereinbarung betreffend laufende Projekte in ...“ zwischen der Beschwerdeführerin und der C.____ Holding AG und der D.____ AG vom 7. April 2011“ (act. 4/34) auf die Aktiven der Beschwerdeführerin hat. Mit dieser Vereinbarung wird – um die laufenden Kosten zu reduzieren –

die Fortführung des Pilotprojekts in ... abgetreten, was auch die Beteiligung am künftigen Erlös beeinflusst, so dass eine Wertveränderung bei den Aktiven nicht ausgeschlossen werden kann.

4. Ist von einer Überschuldung der Beschwerdeführerin auszugehen, so bleibt das Eventualbegehren betreffend einem Konkursaufschub gemäss Art. 725a OR von mindestens 30 Tagen zu prüfen.

Die Beschwerdeführerin beantragt einen Konkursaufschub von mindestens 30 Tagen, wobei sie wegen der Bearbeitungsdauer bereits einen faktischen Aufschub von einer längeren Zeitdauer erhalten hat. Bereits vor Vorinstanz hatte die Beschwerdeführerin mit Blick auf die erfolgten Sanierungsschritte und die laufenden Bestrebungen beantragt, die Firma nicht zu liquidieren, sondern die Geschäftstätigkeit weiterzuführen (act. 8 S. 4). Das ist als Antrag auf einen Konkursaufschub, der nach h.A. vor der Konkurseröffnung gestellt werden muss (ZR 108/209 Nr. 15 Erw. 8 S. 52), zu verstehen.

Die Beschwerdeführerin kritisiert Lehre und Rechtsprechung, soweit der Verwaltung, die die Überschuldungsanzeige unterlassen hat, das Recht abgesprochen wird, einen Konkursaufschub gemäss Art. 725a Abs. 1 OR zu beantragen. Lehre und Rechtsprechung sind in dieser Frage geteilt: Die Kammer hat in ZR 94/1995 Nr. 50, insbesondere mit Hinweis auf Roger Giroud (Die Konkurseröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, 2. A. Zürich 1986, § 6 Anm. 137) und in ZR 108/2009 Nr. 14 E. 8 unter Bezugnahme auf BSK SchKG II-Brunner dort (N. 10 zu Art. 192) im genannten Sinne entschieden; KUKO SchKG-Huber hält – unter Hinweis auf den erstgenannten ZR-Entscheid – fest, dass der Verwaltung in dieser Situation das Recht abgesprochen werde, einen Konkursaufschub zu beantragen und BSK OR II-Wüstiner (N. 6 zu Art. 725a) verweist ebenfalls auf die einschlägige Praxis, zusätzlich auf SJZ 80/1984 S. 45 f., in dem die gleiche Ansicht vertreten wird.

Die Beschwerdeführerin verweist ihrerseits auf Daniel Hunkeler (Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Arbeiten aus dem iuristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Freiburg 1996, N. 268 f.) und auf Michael

Krampf/Rolf Schuler (Die aktuelle Praxis des Konkursrichters des Bezirksgerichts Zürich zu Überschuldungsanzeige, Konkursaufschub und Insolvenzerklärung juristischer Personen, AJP 2002, S. 1060 ff. S. 1067). Hunkeler und Krampf/Schuler vertreten die Auffassung, dass die Gegenmeinung fälschlicherweise auf das alte Aktienrecht und die dazu entwickelte Lehre und Rechtsprechung abstelle, welches die Anzeige durch die Revisionsstelle noch nicht gekannt habe. Ausserdem gebe es keinen Grund für eine solche „Bestrafung“ der Gesellschaft. Hunkeler (a.a.O., Anm. 205) fügt an, die Tatsache, dass der Verwaltungsrat die gesetzlich vorgeschriebenen Schritte unterlassen habe, sollte besser bei der materiellen Beurteilung des Aufschubsgesuches berücksichtigt werden.

Die Beschwerdeführerin hält in der Sache dafür, dass ein Aufschub zu gewähren sei, wenn die Gläubiger durch den Konkursaufschub nicht schlechter gestellt seien als bei der sofortigen Konkurseröffnung und wenn Aussicht auf eine dauerhafte Sanierung bestehe. Die Aussicht auf eine dauerhafte Sanierung liege vor, wenn während der Aufschubfrist eine dauerhafte finanzielle Gesundung der Gesellschaft erwartet und ihre Ertragskraft wieder hergestellt werden könne. Die Überschuldung sei ohne die Rangrücktritte unbestritten, diese sowie die Forderungsverzichte und Finanzierungszusagen würden aber sicherstellen, dass die Gläubiger nicht schlechter fahren als bei einer sofortigen Konkurseröffnung. Das Gegenteil sei der Fall. Die bereits eingeleiteten Massnahmen seien nachhaltig und die für die Fortführung benötigten Kosten seien von Aktionärsseite zur Verfügung gestellt worden. Die Ertragskraft der Gesellschaft sei langfristig wieder hergestellt und das laufende Pilotprojekt in ... könne ohne Kosten fortgeführt werden, wobei die Beschwerdeführerin am Erlös partizipiere (act. 1 Rz 32).

5. Die Kammer sieht keinen Grund, auf ihre Praxis bezüglich der Verweigerung der Gesuchsmöglichkeit bei einer Anzeige durch die Revisionsstelle, die soweit ersichtlich der Mehrheitsmeinung entspricht, zurückzukommen. Aber auch wenn dem nicht so wäre und das Antragsrecht bejaht würde, erscheint der Erfolg der Sanierung – das primäre Kriterium für den Aufschub – nicht als ausreichend gesichert. Zu Gunsten der Beschwerdeführerin ist in diesem Zusammenhang davon auszugehen, dass die Forderungsverzichte und Rangrücktritte gehörig unter-

zeichnet sind, bzw. dass allfällige Mängel behoben werden könnten. Die Beschwerdeführerin legt glaubhaft dar, dass mit dem Darlehen von Dr. E. _____ (act. 4/31) die derzeit fälligen Verbindlichkeiten und die künftig auflaufenden Kosten gedeckt werden könnten (act. 1 Rz 20). Dokumentiert ist auch die Behauptung der Beschwerdeführerin, dass die laufenden Kosten zusätzlich drastisch reduziert worden sind: Der Mietvertrag für die Büroräume sei aufgelöst und auf die C. _____ Holding AG übertragen worden (act. 1 Rz 22); ausserdem beschäftige die Beschwerdeführerin seit dem 1.1.2011 kein Personal mehr. Das Pilotprojekt ... werde durch die nahestehenden Firmen C. _____ Holding AG und deren Tochtergesellschaft D. _____ AG weiter betreut. Die Beschwerdeführerin hat vor Vorinstanz drei laufende Projekte genannt, wobei sich die zwei in ... ihrer Einschätzung nach mit 80 % und eines in ... mit 50 % realisieren lassen sollten. Bezüglich des Einsatzes an allen wichtigen Orten der heiligen Stätten in Mekka stehe noch der letzte Schritt vor der definitiven Auftragserteilung bevor und bezüglich der Technologie für Tieraufzucht in ... und in ... seien erste Offerten bereits abgegeben worden (act. 8 S. 3). Als Zeithorizont ist dort von 12-24 Monaten die Rede und das Gesamt-Projekt in Mekka würde zwei bis drei Jahre dauern. In der Beschwerdeschrift ist dann nur noch vom laufenden Pilotprojekt in ... die Rede (act. 1 Rz 22, 32). Dazu wird ausgeführt, die Pilotanlage sei seit 2010 im Flughafen Jeddah in Betrieb, wobei vom Kaufinteressenten, B. _____ Group, noch eine Zertifizierung verlangt werde. Die Zertifizierung und weitere Verhandlungen mit der B. _____ Group seien im Gange. Der Vollzug des geplanten Grossprojektes würde 2-3 Jahre dauern, verbunden mit einem erwarteten Umsatz von rund EUR 120 Mio. (act. 1 Rz 22).

Die Beschwerdeführerin hat keinen eigentlichen Sanierungsplan eingereicht. Das liegt sozusagen in der Natur der Sache, weil die Sanierung der Beschwerdeführerin ausschliesslich davon abhängt, ob das eine Projekt in ... realisiert werden kann, was hinwiederum davon abhängt, ob sich die Gegenpartei in dem Projekt letztlich und innert nützlicher Frist für den Vertragsschluss entscheidet. Dieses „Entweder-Oder“ bzw. „Alles-oder-Nichts“ führt allerdings dazu, dass nicht gesagt werden kann, dass richterlich überprüfbare Sanierungsaussichten bestehen. Dass inzwischen seit der Konkurseröffnung bereits mehr als drei Monate vergangen

sind, ist bereits erwähnt worden, so dass nicht von einem inzwischen erfolgreichen Projektentscheid ausgegangen werden kann. Mangels abschätzbarer Sanierungsaussichten wäre der Konkursaufschubsantrag, wenn er gültig gestellt werden könnte, ohnehin abzulehnen.

IV.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die Beschwerdeführerin für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 ZPO), so dass das erstinstanzliche Kostendispositiv zu bestätigen ist und die Kosten der zweiten Instanz mit dem durch die Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen sind (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Anzumerken bleibt, dass sich die Kosten des Konkurseröffnungsverfahrens nach Auffassung der Kammer entgegen dem vorinstanzlichen Entscheid nicht wie bisher nach der bundesrätlichen Gebührenverordnung zum SchKG bemessen, deren Art. 48 ff. seit Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung keine gesetzliche Grundlage mehr haben, sondern gestützt auf Art. 1 lit. c und Art. 96 ZPO nach der kantonalen Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren (vgl. www.gerichte-zh.ch/entscheide/entscheide-neue-zpo.html: "Kosten gerichtlicher SchK-Sachen").

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Über die Beschwerdeführerin wird am **15. Juli 2011, 13.40 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
3. Das Konkursamt Z_____ wird mit dem Vollzug beauftragt.
4. Die vorinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositiv-Ziff. 4) wird bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt
6. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
7. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin, an das Konkursamt Z._____, an das Betreibungsamt W._____, an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an die Revisionsstelle A1._____, sowie an das Bezirksgericht Zürich, Konkursgericht, je gegen Empfangsschein.
8. 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 eine konkursrichterliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Prof. Dr. I. Jent-Sørensen

versandt am: