

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120190-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-
Sørensen sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler.

Urteil vom 30. Oktober 2012

in Sachen

A._____ (Schweiz) AG in Liquidation,
Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

betreffend

Überschuldungsanzeige / Ersatzvornahme der Revisionsstelle

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
(Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 3. Oktober 2012 (EK120239)

Erwägungen:

I.

1. Mit Anzeige vom 21. August 2012 setzte die B. _____ AG, die vormalige Revisionsstelle der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Beschwerdeführerin), das Bezirksgericht Meilen von der Überschuldung der Beschwerdeführerin in Kenntnis (act. 8/1).

2. Das Einzelgericht im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichts Meilen (Vorinstanz) forderte mit Verfügung vom 24. August 2012 von der vormaligen Revisionsstelle eine aktuelle, von einem vertretungsberechtigten Verwaltungsratsmitglied unterzeichnete Zwischenbilanz zu Veräusserungs- und Fortführungswerten, einen Bericht, der die Überschuldung zu Veräusserungs- und Fortführungswerten bestätigt, sowie eine Erklärung über allfälliges Grundeigentum der Beschwerdeführerin. Gleichzeitig gab die Vorinstanz dem Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Stellungnahme zur Überschuldungsanzeige (act. 8/4).

Die vormalige Revisionsstelle erklärte mit Eingabe vom 27. August 2012, sie verfüge nicht über die geforderten Unterlagen und könne daher keinen entsprechenden Bericht erstellen. Zudem hielt sie fest, aufgrund ihres Kenntnisstandes verfüge die Beschwerdeführerin nicht über Liegenschaften (act. 8/5).

Der Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin reichte sodann mit Eingabe vom 27. September 2012 innert erstreckter Frist verschiedene Belege über die Situation der Firmengruppe sowie Belege über Sanierungsmassnahmen zu den Akten (act. 8/9, 8/10/1-7).

3. Mit Urteil vom 3. Oktober 2012 eröffnete die Vorinstanz in Anwendung von Art. 192 SchKG i.V.m. Art. 725a Abs. 1 OR den Konkurs über die Beschwerdeführerin (act. 3).

4. Mit Eingabe vom 15. Oktober 2012 erhob der Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin rechtzeitig Beschwerde gegen das Urteil vom 3. Oktober 2012, und stellte die folgenden Anträge (act. 2 S. 2):

- "1. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen;
2. Der mit Urteil vom 3. Oktober 2012, 10:30 Uhr vom Bezirksgericht Meilen über die Beschwerdeführerin ausgesprochene Konkurs sei aufzuheben;
3. Das Konkursverfahren des Konkursamtes C. _____ sei bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Aufhebung des Konkursdekretes aufzuschieben;
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin."

5. Mit Verfügung vom 17. Oktober 2012 wurde der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen (act. 9).

6. Die Beschwerdeführerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens mit Bezahlung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.00 sichergestellt (act. 5/2).

7. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-12). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Das vorliegende Verfahren ist ein Beschwerdeverfahren nach Art. 319 ff. ZPO (vgl. Art. 194 i.V.m. Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dabei kann falsche Rechtsanwendung und offensichtlich falsche Sachverhaltsfeststellung geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

Nach Art. 326 Abs. 1 ZPO sind neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel ausgeschlossen. In Abs. 2 werden besondere Bestimmungen des Gesetzes vorbehalten. Als solche besondere Bestimmungen, welche eine Ausnahme erlauben, gelten Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG betreffend die Beschwerde gegen eine Konkursöffnung. Art. 174 Abs. 1 SchKG, wonach in der Beschwerde unechte Noven vorgebracht werden können, gilt auch bei der Konkursöffnung nach einer Überschuldungsanzeige. Die in Art. 174 Abs. 2 SchKG abschliessend als zulässig genannten echten Noven sind dagegen nicht auf eine Konkursöff-

nung nach Überschuldungsanzeige zugeschnitten. Ein Analogieschluss auf weitere Arten von echten Noven wird mehrheitlich abgelehnt (vgl. die Ausführungen der Kammer in *OGer ZH PS110058* vom 15. Juli 2011, E. III./1.; vgl. auch BSK SchKG II-Brunner/Boller, 2. Auflage 2010, Art. 194 N 8).

Im vorliegenden Beschwerdeverfahren sind daher lediglich unechte Noven zulässig.

2. Die Vorinstanz erwog, dass die vorhandenen Aktiven der Beschwerdeführerin zu Fortführungswerten gemäss den vorgelegten Bilanzen, insbesondere gemäss der Zwischenbilanz vom 27. September 2012, die Forderungen der Gläubiger der Beschwerdeführerin nicht zu decken vermöchten. Zudem sei weder dargetan worden noch ersichtlich, inwiefern eine Bewertung des Anlagevermögens zu Veräusserungswerten hieran etwas ändern könnte. Auch unter Berücksichtigung der vorgelegten, im Juni 2012 vereinbarten Rangrücktritte im Gesamtbetrag von total Fr. 1'750'120.64 (act. 8/10/5-7) würde das Fremdkapital die Aktiven der Beschwerdeführerin deutlich übersteigen. Revidierte Abschlüsse für die letzten zweieinhalb Jahre würden zwar nicht vorliegen, und ebenso fehle ein Bericht, welcher die Überschuldung zu Fortführungs- und Veräusserungswerten bestätige. Dies weise aber gerade auch auf die prekäre Vermögenslage der Beschwerdeführerin hin, die selber erklärt habe, es seien für die gesamte Firmengruppe in den Jahren 2010 und 2011 aus Liquiditätsnot keine revidierten Jahresabschlüsse erstellt worden (act. 8/10/1 S. 3).

Gestützt auf diese Überlegungen kam die Vorinstanz zum Schluss, die Beschwerdeführerin sei überschuldet. Dies führte zur Konkureröffnung (act. 3).

3. Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, die Vorinstanz habe entschieden, ohne den Effekt der getroffenen Sanierungsmassnahmen, auf welche mit Eingabe vom 27. September 2012 hingewiesen worden sei, auf die Bilanz der Beschwerdeführerin vollständig abschätzen zu können, und ohne auf diese Massnahmen im Urteil auch nur einzugehen. Ihr, der Beschwerdeführerin, sei der Ernst ihrer Lage offenbar nicht genügend bewusst gewesen, als sie die Eingabe vom 27. September 2012 verfasst habe. Sie habe erste Rangrücktritte beigelegt.

Es stelle sich die Frage, welchen Sinn diese Rangrücktritte gemacht hätten, wenn sie nicht ausreichen würden, die Überschuldung zu verhindern. Die Vorinstanz hätte aufgrund der Informationen und aufgrund der Art und Weise, wie diese an sie herangetragen worden seien, kritischer sein sollen, und hätte ihrer Fragepflicht nach Art. 56 ZPO im Rahmen der Thematik Sanierung nachkommen sollen. Insbesondere angesichts der gesetzlich vorgeschriebenen Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen sei dies der Fall (act. 2 S. 3 f.).

Dass die Vorinstanz nicht mehr über alle vom Verwaltungsrat getroffenen Sanierungsmassnahmen habe informiert werden können, liege daran, dass die Vorinstanz bereits drei Werktage nach Erhalt der Eingabe des Verwaltungsrates ohne weitere Nachfrage entschieden habe. Daher, so die Beschwerdeführerin weiter, seien diese Massnahmen im Beschwerdeverfahren darzustellen und zu belegen (act. 2 S. 4).

Sie sei, so die Beschwerdeführerin, innerhalb der Firmengruppe der D._____ AG (kurz "D._____") der "Marketingarm", was dazu führe, dass vor allem bei ihr erhebliche Verpflichtungen gegenüber Kreditoren der Gruppe entstanden seien. Dies sowie der Umstand, dass sie nicht Eigentümerin der Patente der Gruppe sei, habe bei ihr zur Gefahr einer Überschuldung geführt. Die Gruppenstruktur habe ihr nun aber auch die Sanierung erleichtert, da sie mit den anderen Firmen der Gruppe Rangrücktritte habe abschliessen können. Ferner habe ihr Geschäftsführer und Verwaltungsrat, Dr. med. E._____, die ausstehenden Gehaltszahlungen subordiniert, und weitere Rangrücktritte hätten mit den Beratern F._____ AG und G._____ Treuhand vereinbart werden können. Zudem hätten die Verwaltungsratsmitglieder der Beschwerdeführerin bereits am 30. Januar 2012 auf ihre Honorare für 2011 und 2012 verzichtet. Dies führe zur Zwischenbilanz vom 30. September 2012, welche keine Überschuldung mehr ausweise (act. 2 S. 5).

4. Dass die Vorinstanz gestützt auf das ihr vorgelegte Tatsachenmaterial und die ihr eingereichten Belege eine Überschuldung der Beschwerdeführerin bejahte, wird von dieser nicht beanstandet. Vielmehr stützt sich die Beschwerdeführerin auf neue Vorbringen und neue Beweismittel, welche sie vor Vorinstanz nicht

einzubringen vermochte (ihrer Ansicht nach wegen ungenügender Ausübung der Fragepflicht durch die Vorinstanz; vgl. dazu unten II./6.). Dabei (insbesondere bei den neu eingereichten weiteren Rangrücktritten und weiteren Vereinbarungen sowie bei der Zwischenbilanz per 30. September 2012, vgl. act. 10/7-15) handelt es sich weitestgehend um unechte Noven, die wie gesehen zulässig sind (vgl. zu act. 5/16, dem einzigen echten Novum, nachfolgend II./4.4).

4.1 Gemäss der Zwischenbilanz der Beschwerdeführerin vom 30. September 2012 stehen Aktiven im Umfang von Fr. 70'888.69 Forderungen von Gläubigern im Umfang von Fr. 57'419.63 gegenüber (act. 5/10). Danach wäre die Beschwerdeführerin, wie von ihr geltend gemacht, nicht mehr überschuldet. Indes ist ihr bilanzmässiges Eigenkapital von Fr. 100'000.00 lediglich noch im Umfang von rund Fr. 13'000.00 durch Aktiven gedeckt. Mit Blick auf die Frage einer Überschuldung schadet dies nicht. Zu prüfen ist, ob auf diese Bilanz abgestellt werden kann.

4.2 In der erwähnten Zwischenbilanz sind verschiedene Korrekturen von Bilanzpositionen ersichtlich, als Folge der dargelegten Sanierungsmassnahmen. Zunächst sind die vereinbarten Rangrücktritte aufzuzeigen. Auf diesem Weg wurden die negativen Aktiven "Kontokorrent H._____" (H._____) von Fr. -171'370.06, "Kontokorrent D._____" (ex ...)" von Fr. -1'483'590.08 (diese Rangrücktrittserklärung wurde als einzige unverändert bereits vor der Vorinstanz eingereicht, vgl. act. 8/10/7), "Kontokorrent I._____" (I._____) von Fr. -55'137.20, "Kontokorrent D._____" von Fr. -392'468.65, sowie die Passiven "J._____" Löhne" von Fr. -147'884.75 und schliesslich "J._____" Beratung" von Fr. -189'368.50 ausgeglichen und aus der (für die Frage der Überschuldung) massgeblichen Bilanz gestrichen (act. 5/6-9, act. 5/11-13).

Die Beträge der Forderungen gemäss den Rangrücktrittserklärungen beziehen sich auf die Zwischenbilanz vom 30. September 2012 (act. 5/10). Vor Vorinstanz wurden neben der erwähnten, bereits unverändert eingereichten Erklärung zwei frühere Rangrücktrittserklärungen betreffend die Positionen "Kontokorrent H._____" und "Kontokorrent I._____" eingereicht (act. 8/10/5-6). Dass damals Rangrücktritte betreffend höhere Beträge erklärt wurden, ist unerheblich. Die

höheren Beträge ergeben sich aus der gleichzeitig eingereichten Zwischenbilanz vom 30. Juni 2012 (act. 8/10/3). Dass die aktuellen Rangrücktritte tiefere Beträge nennen, erklärt sich durch entsprechende tiefere Beträge gemäss Zwischenbilanz vom 30. September 2012 (act. 5/10; dies obwohl die von den früheren Rangrücktritten erfassten Forderungen an sich nicht, auch nicht teilweise, hätten bezahlt oder sonst wie getilgt werden dürfen, vgl. act. 8/10/5-6 je Ziff. 3 – darauf ist hier nicht einzugehen). Die früheren, höheren Beträge sind daher für die Beurteilung einer Überschuldung gemäss Zwischenbilanz vom 30. September 2012 nicht massgeblich.

Bei einzelnen dieser Rangrücktrittserklärungen ist für die Kammer nicht klar ersichtlich, wer diese Erklärungen für die Gläubiger unterschrieben hat und wie die Unterschriftenregelung der betreffenden juristischen Personen ist. Die Beschwerdeführerin hat Angaben hierzu unterlassen. Dies ist indes aus den nachfolgend geschilderten Gründen nicht entscheidend und kann daher offen bleiben.

4.3 Zusätzlich zu den geschilderten Rangrücktritten macht die Beschwerdeführerin in der Zwischenbilanz per 30. September 2012 zur Passivposition "J._____ VR-Honorare" von Fr. -121'250.00 den Vermerk "Übernahme durch D._____, Sanierung 30. Januar 2012", und setzt die genannte Position daher in der Zwischenbilanz zu Fr. 0.00 ein (act. 5/10).

4.3.1 Bereits gegenüber der Vorinstanz machte die Beschwerdeführerin dazu geltend, der Verwaltungsrat und das Management hätten auf Honorar verzichtet und Honorarforderungen seien in Aktien der D._____ AG umgewandelt worden (act. 8/10/1 S. 4 unten). Ein Beleg dazu wurde der Vorinstanz indes nicht vorgelegt.

4.3.2 In der Beschwerdebeurteilung wird zu diesem Punkt erklärt, alle Verwaltungsratsmitglieder der Beschwerdeführerin hätten bereits am 30. Januar 2012 auf ihre Honorare für die Jahre 2011 und 2012 verzichtet (act. 2 S. 5). Zum Beleg verweist die Beschwerdeführerin auf zwei Vereinbarungen vom 30. Januar 2012 zwischen K._____ bzw. L._____ und der D._____ (act. 5/14-15).

4.3.3 Im Handelsregisterauszug der Beschwerdeführerin sind als Verwaltungsräte K. _____ (seit tt.mm.2008) und E. _____ (seit tt.mm.2010) aufgeführt. L. _____ dagegen war danach zu keinem Zeitpunkt Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin (act. 6). Was mit der Vereinbarung zwischen ihm und der D. _____ vom 30. Januar 2012 im Zusammenhang mit der Beschwerdeführerin nachgewiesen werden soll, ist vor diesem Hintergrund nicht ersichtlich und wird von der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin auch nicht verdeutlicht. Jedenfalls wird damit kein Verzicht auf einen Honoraranspruch eines Verwaltungsratsmitglieds der Beschwerdeführerin dieser gegenüber belegt. Inhaltlich geht es in der Vereinbarung denn auch nicht etwa um eine Honorarforderung gegenüber der Beschwerdeführerin, sondern um eine solche gegenüber der M. _____ AG (bei der es sich offenbar um die frühere Muttergesellschaft der Beschwerdeführerin handelt, bevor die D. _____ AG die Beteiligungen der M. _____ AG übernommen hatte, vgl. act. 5/6) über einen Betrag von Fr. 60'000.00. Die Forderung wurde in der Vereinbarung vom Gläubiger, L. _____, an die D. _____ AG abgetreten und von dieser gegenüber der M. _____ AG nachrangig gestellt, unter gleichzeitiger Erklärung der D. _____ AG, L. _____ gegenüber "als neue Schuldnerin für ebendiese Forderung" zu denselben Konditionen einzutreten (act. 5/15).

4.3.4 K. _____ dagegen ist wie geschildert Verwaltungsrätin der Beschwerdeführerin. Auch die als Beleg für ihren behaupteten Forderungsverzicht eingereichte Vereinbarung betrifft aber nicht eine Forderung gegenüber der Beschwerdeführerin, sondern eine solche gegenüber der M. _____ AG über Fr. 62'500.00, betreffend welche dasselbe vereinbart wurde wie in der Vereinbarung mit L. _____ (vgl. act. 5/14; dieser sowie K. _____ sind denn auch im Handelsregister als ehemalige Verwaltungsräte der M. _____ AG in Liquidation vermerkt). Auch diesbezüglich gibt die Beschwerdeführerin nicht an, was sich aus dieser Vereinbarung ihrer Ansicht nach für den Verzicht auf einen Honoraranspruch ihr, der Beschwerdeführerin gegenüber ergebe.

Sollte etwa anzunehmen sein, dass die Honorare für die Verwaltungsratsstätigkeit bei der Beschwerdeführerin von Anfang an von der Konzernmutter (damals der M. _____ AG) geschuldet gewesen wären und nicht von der Beschwerdefüh-

rerin, so würde sich fragen, weshalb diese Ansprüche überhaupt je als Passiven der Beschwerdeführerin bilanziert wurden. Die Beschwerdeführerin verdeutlicht dies nicht.

4.3.5 Weiterer Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin neben K._____ ist wie geschildert E._____. Dieser vereinbarte am 30. September 2012 mit der Beschwerdeführerin einen Rangrücktritt betreffend eine Honorarforderung über Fr. 147'884.75 (act. 5/11). Diese Position ist bereits Teil der vorstehend geschilderten Rangrücktritte. Sie entspricht der Streichung der Passivposition "J._____ Löhne" in diesem Umfang gemäss Zwischenbilanz vom 30. September 2012 (act. 5/10). Unabhängig davon, ob der erwähnte Betrag lediglich Ansprüche aus Arbeitsvertrag als Geschäftsführer (vgl. act. 2 S. 5) oder auch die Verwaltungsratshonorare betrifft, kann dieser Rangrücktritt jedenfalls nichts zur Klärung der Anpassung bei der Passiv-Position "J._____ VR-Honorare" beitragen. Derselbe Rangrücktritt würde andernfalls doppelt berücksichtigt, was selbstredend nicht angehen kann.

4.3.6 Auch wenn über die geschilderte Unstimmigkeit beim Honoraran-spruch der Verwaltungsrätin K._____ (gemeint ist der Umstand, dass es um Honorarforderungen gegenüber einer anderen Gesellschaft geht) hinweggesehen und der entsprechende Betrag von Fr. 62'500.00 berücksichtigt würde, bliebe damit bei der Passiv-Position "J._____ VR-Honorare" (von total wie gesehen Fr. 121'250.00) ein offener Betrag von Fr. 58'750.00, dessen Streichung die an-waltlich vertretene Beschwerdeführerin nicht näher verdeutlicht, geschweige denn belegt.

Nur nebenbei ist zu bemerken, dass selbst eine Berücksichtigung der Ver-einbarung mit L._____ (obwohl er gar nicht Verwaltungsrat der Beschwerdeführe-rin ist oder je war) der Beschwerdeführerin nicht helfen würde, da die Rechnung betragsmässig auch dann nicht stimmig wäre: die beiden Beträge von Fr. 60'000.00 und Fr. 62'500.00 führen zu einem Total von Fr. 122'500.00 und nicht zum in der Zwischenbilanz vermerkten Total von Fr. 121'250.00 (act. 5/10). Ob die Vereinbarungen genau diese Forderung betreffen, könnte daher nicht be-urteilt werden. Dies gilt schliesslich auch aus dem weiteren Grund, dass in den

Vereinbarungen nicht festgehalten wurde, auf welche Zeitperioden sich die davon betroffenen Honoraransprüche beziehen. Auch wenn sämtliche anderen, geschilderten Unstimmigkeiten ausgeblendet würden, liesse sich mit den Vereinbarungen vom 30. Januar 2012 (act. 5/14-15) daher nicht belegen oder auch nur glaubhaft machen, dass, wie von der Beschwerdeführerin behauptet, auf die Verwaltungsrats honorare für die Jahre 2011 und 2012 verzichtet wurde (die Formulierung in den Vereinbarungen spricht vielmehr eher gegen eine Regelung betreffend zukünftige Honorare wie diejenigen für das Jahr 2012).

Die Korrektur der Position "J. _____ VR-Honorare" bleibt mithin zumindest im Umfang von Fr. 58'750.00 unglaublich und kann nicht berücksichtigt werden. Die Schulden der Beschwerdeführerin sind entsprechend, bei Berücksichtigung sämtlicher anderer geltend gemachter Sanierungsmassnahmen, auf Fr. 116'169.63 (Fr. 58.750.00 + Fr. 57'419.63 gemäss act. 5/10) festzusetzen. Sie werden durch die Aktiven gemäss Zwischenbilanz von Fr. 70'888.69 (act. 5/10) nicht gedeckt.

Somit ist von einer Überschuldung der Beschwerdeführerin auszugehen.

4.4 Ohne Relevanz ist die Anpassung der Position "Kontokorrent I. _____ - ...", bei der es sich um die Berichtigung einer Aktivposition im Sinne einer Abschreibung (und nicht, wie zunächst angenommen, um die Berichtigung einer Schuld der Beschwerdeführerin, vgl. act. 9) handelt, die von Fr. 55'805.60 oder von Fr. 40'405.96 auf Fr. 0.00 abgeschrieben wurde (act. 5/10).

Gleiches gilt für die Frage, wie es sich mit dem einzigen mit der Beschwerde vorgebrachten, echten Novum, der Aufstellung "Kundenzahlungen 2012 – Einlagen D. _____ 2012 vom 15. Oktober 2012" (act. 5/16) verhält. Wie eingangs dargestellt, sind echte Noven im vorliegenden Verfahren nach herrschender Auffassung unzulässig (vgl. vorne II./1.). Auch wenn der Gegenansicht gefolgt würde und das Novum gehört würde, hilft dies der Beschwerdeführerin nicht:

Die Beschwerdeführerin macht geltend, aus der Aufstellung würde sich ergeben, dass sie mit den darin aufgezeigten Einkünften die derzeit anfallenden Kosten abdecken könne, weshalb keine erneute Überschuldung drohe (act. 2

S. 6). Auch wenn dem so sein mag, ändert dies an der bestehenden Überschuldung nichts, zumal damit nur eine Beibehaltung der bestehenden Situation, nicht aber eine Verbesserung geltend gemacht wird.

Etwas anderes gilt auch nicht mit Blick auf die in der Aufstellung (act. 5/16) aufgezeigten Zahlungen von der D._____ AG an die Beschwerdeführerin. Die Beschwerdeführerin erklärt dazu, es handle sich dabei um Gelder neuer Investoren, welche die D._____ AG zur Finanzierung ihrer Töchter, u.a. der Beschwerdeführerin verwende. Die Beschwerdeführerin sei auf diesem Weg im Jahr 2012 zu liquiden Mitteln von Fr. 257'000.00 gekommen (act. 2 S. 6). Allerdings erfolgten sämtliche der geschilderten Zahlungen vor dem 30. September 2012, so dass sie in der bilanzmässigen Momentaufnahme gemäss Zwischenbilanz von diesem Datum (act. 5/10) bereits als berücksichtigt gelten müssen. Diese Zahlungen vermögen daher an der aufgezeigten Überschuldung per 30. September 2012 nichts zu ändern. Mangels eines konkreten anderen Vorbringens ist im Übrigen davon auszugehen, dass diese Zahlungen über das "Kontokorrent D._____" abgerechnet wurden, also Passiven der Beschwerdeführerin sind, welche vom belegten Rangrücktritt D._____ umfasst sind. Auch daher ergeben sich daraus keine zusätzlichen Sanierungsschritte der Beschwerdeführerin.

Irgendwelche Verbesserungen ihrer wirtschaftlichen Situation nach dem 30. September 2012 (welche allenfalls entgegen der geschilderten Praxis als echte Noven gehört werden könnten) hat die Beschwerdeführerin somit nicht geltend gemacht. Daher bleibt die festgestellte Überschuldung per 30. September 2012 massgeblich.

5. Zu den Umständen, dass keine revidierten Abschlüsse der Beschwerdeführerin zu Fortführungs- und Veräusserungswerten und kein diesbezüglicher Prüfbericht der Revisionsstelle (vgl. Art. 725 Abs. 2 OR) vorliegen, kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. vorne II./2.).

6. Schliesslich vermag die Beschwerdeführerin auch aus ihren Ausführungen zur richterlichen Fragepflicht nichts für sich abzuleiten. Auch wenn der Sachverhalt nach Art. 255 ZPO von Amtes wegen festzustellen ist, ist es nicht

Sache des Gerichts, die Parteien darauf hinzuweisen, wie sie eine Überschuldung beseitigen bzw. wie sie eine Sanierung durchführen können. Das Gericht hat lediglich mit seinen Fragen auf einen unklaren Sachverhalt hinzuweisen oder allenfalls den Parteien Gelegenheit zu geben, zu Rechtsfolgen, die sie nicht vorausgesehen haben, Stellung zu nehmen (*OGer ZH PS110058* vom 15. Juli 2011, E. III./2.).

Entsprechend ist das Gericht, wenn der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft wie vorliegend – nach Erstattung einer Überschuldungsanzeige durch die Revisionsstelle – auf entsprechende Fristansetzung hin gewisse Sanierungsmassnahmen geltend gemacht hat, nicht dazu verpflichtet, nach Fristablauf noch nachzufragen, ob allenfalls auch noch weitere, nicht erwähnte Sanierungsmassnahmen unternommen worden seien (die Eingabe des Verwaltungsrats an die Vorinstanz wurde am letzten Tag der erstreckten Frist der Post übergeben, vgl. act. 8/7, 8/9). Vielmehr darf angenommen werden, dass der Verwaltungsrat sich in einer solchen Situation des Ernsts der Lage bewusst ist und dass er entsprechend auf Fristansetzung zur Stellungnahme hin alle vorgenommenen Sanierungsschritte bekannt gibt und belegt. Dass die Vorinstanz die Fragepflicht mangelhaft ausgeübt hätte, wie es die Beschwerdeführerin nahe legt, ist daher nicht ersichtlich.

7. Die Beschwerdeführerin hat im vorliegenden Verfahren lediglich einen Hauptantrag betreffend Konkursaufhebung gestellt. Auch vor Vorinstanz stellte sie keinen ausdrücklichen Antrag auf Gewährung eines Konkursaufschubs (vgl. dazu act. 8/7, 8/9). Zur Stellung eines solchen Eventualantrags auf Aufschub des Konkurses gestützt auf Art. 725a OR (der vor Konkurseröffnung zu stellen ist) wäre der Verwaltungsrat, nachdem er die Überschuldungsanzeige unterlassen hat, im Übrigen nach der Praxis ohnehin nicht berechtigt (vgl. *OGer ZH PS110058* vom 15. Juli 2011, E. III./4-5).

8. Zusammenfassend ist die Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen das Urteil vom 3. Oktober 2012 betreffend Konkurseröffnung abzuweisen.

III.

Durch die Abweisung der Beschwerde bleibt auch das erstinstanzliche Kostendispositiv rechtskräftig.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 ZPO). Die Kosten der zweiten Instanz sind mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom 3. Oktober 2012 (EK120239) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin, an das Konkursamt C._____ sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Meilen, ferner an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt N._____, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

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 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. T. Engler

versandt am: