

**Art. 192 SchKG, Art. 725a OR, Konkursöffnung aufgrund einer Überschuldungsanzeige.** *Das Konkursgericht darf auf die Anzeige der Schuldnerin abstellen und muss nicht einen Revisionsbericht im Sinne von Art. 725 OR einverlangen oder gar einholen.*

Auf Anzeige der Schuldnerin, sie sei überschuldet, wurde der Konkurs eröffnet. Die Schuldnerin führt dagegen Beschwerde, weil keine revidierte Bilanz vorgelegen habe. Das Obergericht weist die Beschwerde ab.

(Aus den Erwägungen des Obergerichts:)

(II) 1.1 Nach Art. 194 Abs. 1 i.V.m. Art. 174 SchKG kann der Entscheid des Konkursgerichts über die Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung mit Beschwerde nach ZPO angefochten werden, wobei die Parteien in Abweichung von Art. 326 ZPO neue Tatsachen geltend machen können, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG). Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen (Art. 174 Abs. 1 SchKG; Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO). Dies bedeutet, dass konkrete Rechtsbegehren zu stellen sind und in der Begründung darzulegen ist, welche Beschwerdegründe nach Art. 320 ZPO geltend gemacht werden und an welchen konkreten Mängeln der angefochtene Entscheid leidet.

1.2 Bei der Überschuldungsanzeige nach Art. 192 SchKG ist die betroffene Gesellschaft bzw. deren Verwaltung als Partei des erstinstanzlichen Verfahrens, hier die Beschwerdeführerin, ohne Weiteres zur Weiterziehung des Entscheides legitimiert (vgl. BSK SchKG II-GIROUD, 2. Aufl. 2010, Art. 174 N 14). Sodann ist die Beschwerdeführerin durch das Konkursdekret der Vorinstanz sowohl materiell als auch formell beschwert, zumal es sich bei der durch den Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin vorgenommenen Überschuldungsanzeige nicht um einen Antrag um Konkursöffnung, sondern vielmehr um die Erfüllung einer gesetzlich vorgeschriebenen Pflicht handelt (vgl. dazu BGer 5A\_625/2015 vom 18. Januar 2016, E. 3.2 m.w.H.; vgl. etwa BSK SchKG EB-D. STAEHELIN, Basel 2017, Art. 192 ad N 16b). Da die vorliegende Beschwerde rechtzeitig (vgl. act. 8/10/1) erhoben wurde und sowohl konkrete Begehren als auch eine Begründung enthält (vgl.

Art. 321 Abs. 1 ZPO), ist grundsätzlich auf die Beschwerde einzutreten, soweit sich im Rahmen der weiteren Erwägungen nicht im Einzelnen noch Vorbehalte ergeben.

2.1 Die Beschwerdeführerin rügt zunächst eine unrichtige Anwendung der Art. 725 Abs. 2 OR und 725a Abs. 1 OR durch die Vorinstanz und stellt sich auf den Standpunkt, die Vorinstanz habe bei der Feststellung der Überschuldung zu Unrecht auf die von ihr im vorinstanzlichen Verfahren eingereichte Zwischenbilanz vom 27. Dezember 2016 abgestellt. So sei diese handschriftlich und offenkundig etwas "hemdsärmelig" erstellte Zwischenbilanz nie einem zugelassenen Revisor zur Prüfung unterbreitet worden. Die in der Zwischenbilanz aufgeführten Werte seien sodann offensichtlich nicht genau wiedergegeben, sondern lediglich sehr grob (vermutungsweise auf Fr. 1'000.–) gerundet. Der Verfasser deklariere sogar selbst, dass die Bilanz "unübersichtlich" sei, da kein Zugriff auf die Konten bestehe und deshalb keine ganzen Zahlen geliefert werden könnten. Die Zwischenbilanz basiere letztlich auf reinen Annahmen des Verfassers. Die Vorinstanz – so die Beschwerdeführerin weiter – habe nicht auf eine formelle Prüfung dieser Bilanz durch einen zugelassenen Revisor verzichten dürfen, dies sei nur ausnahmsweise zulässig. Vorliegend hätte zumindest eine Plausibilitätsprüfung durch einen zugelassenen Revisor erfolgen müssen. Gänzlich auf eine Prüfung verzichtet werden könne nur, wenn die Überschuldung offensichtlich sei, was der Fall sei, wenn jeder verständige Mensch ohne weitere Abklärungen sofort sehe, dass die Aktiven die Schulden und notwendigen Rückstellungen nicht zu decken vermöchten und keine oder keine genügenden Rangrücktritte erfolgt seien. Aufgrund der im konkreten Fall vorliegenden handschriftlichen und aus der Erinnerung erstellten Zwischenbilanz vom 27. Dezember 2016 könne jedoch nicht ohne weitere Abklärungen von einer offensichtlichen Überschuldung ausgegangen werden, weshalb die Vorinstanz nicht zuverlässig habe überprüfen können, ob tatsächlich eine Überschuldung vorliege. Aus diesem Grund sei die Vorinstanz zu Unrecht auf das Begehren eingetreten (act. 2 S. 4 ff. Rz 9-13).

2.2 Diesem Standpunkt der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden. So kann der Konkursrichter im Rahmen der Überschuldungsanzeige im Fall, dass

– wie vorinstanzlich – kein Antrag auf Konkursaufschub gestellt wurde, auf das Erfordernis einer Revision der Zwischenbilanz verzichten, weil das Revisionserfordernis verhindern soll, dass die Zwischenbilanz zu optimistisch ausfällt. Hingegen soll es nicht einer Überschuldungsanzeige ein formelles Hindernis zum Nachteil der Gläubiger in den Weg stellen (vgl. BGer 5A\_625/2015 vom 18. Januar 2016, E. 3.5 m.w.H.). Entgegen der Beschwerdeführerin (vgl. act. 2 S. 5 Rz 10) war die Vorinstanz deshalb ebenfalls nicht gehalten, weitere Unterlagen, insbesondere Darlehensverträge, einzufordern, um die von Marvin A. als Verwaltungsrat bzw. Christopher A. als Angestellter und Aktionär der Beschwerdeführerin unterschriftlich bestätigten Angaben zu überprüfen. Vielmehr durfte sie auf die von der Beschwerdeführerin eingereichte, ungeprüfte Zwischenbilanz abstellen, war doch aufgrund der darin enthaltenen Bilanzzahlen eine Überschuldung der Gesellschaft im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR ohne Weiteres zu bejahen bzw. offensichtlich. So verfügte die Beschwerdeführerin gemäss der fraglichen Bilanz per 27. Dezember 2016 über Aktiven von Fr. 92'306.– in Form von Guthaben auf drei verschiedenen Bankkonti (act. 8/8). Weiteres Vermögen, insbesondere Anlagevermögen, welches nach einer buchhalterischen Aufwertung allfälliger stiller Reserven zu einer verbesserten Bilanz zu Veräusserungswerten hätte führen können, bestand nicht. Etwas anderes wurde auch in der Beschwerde nicht vorgebracht. Diesen Aktiven stand im Bilanzzeitpunkt sodann Fremdkapital im Umfang von Fr. 1'361'500.– gegenüber (vgl. act. 8/8), womit das Fremdkapital das Vermögen der Gesellschaft um fast das Fünfzehnfache überstieg. Dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger durch die Gesellschaftsaktiven nicht mehr gedeckt waren, war deshalb entgegen der Beschwerdeführerin offensichtlich. Inwiefern die Vorinstanz unter der Prämisse, dass ein Verzicht auf eine geprüfte Bilanz zulässig ist, den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt hat, legt die Beschwerdeführerin im Übrigen nicht dar.

2.3 Im Beschwerdeverfahren bringt die Beschwerdeführerin vielmehr neu vor, es stehe wesentlich weniger schlimm um sie, als ein erster unkritischer Blick in die Bilanz vermuten liesse. Zur Position "Darlehen 320'000", welche zwei Darlehen umfasse, führte sie Folgendes aus: Der Verfasser der Bilanz habe inzwischen bemerkt, dass er fälschlicherweise von einem Darlehen einer ... Consulting

GmbH (DE) in Höhe von ca. Fr. 220'000.– ausgegangen sei, betrage dieses doch nur Fr. 133'000.–. In welcher Höhe das zweite, in derselben Position integrierte Darlehen der ... GmbH bestehe, könne er nicht genau sagen. Zudem handle es sich bei der in der Bilanz aufgeführten Position "... Holding AG" ebenfalls um ein Darlehen, wobei es sich bei dieser Gesellschaft um ihre Muttergesellschaft handle, welche ihrerseits durch das "A. Family Office", also im weiteren Sinne durch die Familie A. beherrscht werde. Ferner handle es sich bei den ausstehenden Löhnen ebenfalls zu einem wesentlichen Teil um Lohnforderungen der Brüder Marvin und Christopher A. (act. 2 S. 5).

2.4 Vorab festzuhalten ist, dass das Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach nicht (genau) bekannt sei, in welcher Höhe einzelne Bilanzpositionen, insbesondere das Darlehen der ... GmbH, tatsächlich bestünden, von vornherein nicht geeignet ist, um eine fehlende Überschuldung bzw. eine offensichtlich falsche Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz darzutun. Weiterungen dazu erübrigen sich. Damit ist hinsichtlich der ... GmbH von einem Darlehen in der Höhe von Fr. 150'000.– auszugehen, wie es in der ursprünglich eingereichten Vermögensübersicht beziffert worden ist (...). Zusammen mit der Forderung der ... GmbH (DE) beläuft sich die "Position Darlehen" somit auf Fr. 283'000.–. Dass die bilanzierte Forderung der ... Holding AG in der Höhe von Fr. 750'000.–, angeblich ein Darlehen, nicht oder nur in reduziertem Umfang bestehen soll, machte die Beschwerdeführerin nicht geltend. Dasselbe trifft auf die Position "ausstehende Löhne" im Betrag von Fr. 116'500.– zu.

Bei ihren Ausführungen, sowohl die ... Holding AG, angeblich ihre Muttergesellschaft, welche ihrerseits vom "A. Family Office" beherrscht sei, als auch die beiden Brüder Marvin und Christopher A. würden damit zuwarten, ihre Forderungen geltend zu machen, um das Überleben der Gesellschaft nicht zu gefährden (act. 2 S. 5 Rz 10 und S. 6 f. Rz 14), handelt es sich um blosse (neue) Behauptungen, die nicht belegt und damit nicht glaubhaft sind. Es kommt hinzu, dass die Beschwerdeführerin nicht ausführte, wann sich diese Gläubiger zu diesem Schritt entschlossen (vor oder nach der Konkurseröffnung), was aber nötig gewesen wäre, um ein zulässiges (unechtes) von einem unzulässigen (echten) Novum zu un-

terscheiden. All dies trifft auch auf die weitere, äusserst vage Behauptung zu, es bestehe die Aussicht, dass das Darlehen der ... Consulting AG noch nicht zurückbezahlt werden müsse.

Inwiefern sich die Überschuldung dadurch beseitigen lässt, dass die Staatsanwaltschaft die Konti der Beschwerdeführerin wieder freigibt (anscheinend sind die einzigen Aktiven der Beschwerdeführerin seit Mai 2016 gesperrt und soll die Freigabe dieser Guthaben in naher Zukunft "im Bereich des Möglichen sein" [act. 2 S. 6]), erschliesst sich der Kammer nicht. Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass auch hier keine entsprechende Verlautbarung der Staatsanwaltschaft vorliegt und die Behauptung somit nicht glaubhaft ist. Ihre Behauptung stützt die Beschwerdeführerin sodann auf eine angebliche Auskunft der Staatsanwaltschaft vom 19. Januar 2017 (act. 2 S. 4 Rz 8). Damit handelt es sich um ein echtes Novum, das ohnehin nicht beachtet werden kann.

Unter Berücksichtigung der Korrektur bei der Position "Darlehen" beliefen sich die Passiven per 27. Dezember 2016 somit auf Fr. 1'324'500.-, was die finanziell desolante Situation nicht verbessert. Und werden selbst nur die unbestrittenen bzw. nicht substantiiert bestrittenen Positionen berücksichtigt, wären die Passiven immer noch mit über Fr. 300'000 zu beziffern (Darlehen: Fr. 133'000, SVA/Versicherung/Treuhand/Steuern/BVG/Unfall: Fr. 150'000 und Diverses: Fr. 25'000). So oder so erweist sich die Überschuldung als offensichtlich.

2.5 Schliesslich stellt die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren ein Begehren um Konkursaufschub, welches sie damit begründet, dass – sofern die Gesellschaftskonten durch die Staatsanwaltschaft wieder freigegeben würden – eine dauerhafte Gesundung der Gesellschaft zu erwarten sei, da eine Wiederaufnahme der operativen Tätigkeit eine Wiederherstellung der Ertragskraft erwarten lasse (act. 2 S. 7 Ziff. 16 f.).

Sowohl der Antrag der Beschwerdeführerin um Gewährung des Konkursaufschubes als auch die Rangrücktritte einzelner Gläubiger, welche die Beschwerdeführerin in Aussicht stellt, stellen echte Noven dar. Solche sind jedoch – wie bereits ausführt – auf die in Art. 174 Abs. 2 SchKG genannten Vorbringen be-

schränkt, was entgegen der Beschwerdeführerin auch für ein Begehren um Konkursaufschub gilt. Wurde der Konkurs eröffnet, ohne dass vor erster Instanz ein Gesuch um Konkursaufschub gemäss Art. 725a OR gestellt wurde, kann dies im Rechtsmittelverfahren nicht mehr nachgeholt werden (OGer ZH, PS150150-O vom 22. September 2015, E. 3.2, in: CAN 2015 Nr. 83; BSK SchKG EB-D. STAEHELIN, Art. 192 ad N16).

Wäre auf den neuen Antrag auf Konkursaufschub einzutreten und wären die dazu neu vorgebrachten Behauptungen zu beachten, müsste der Antrag aus folgenden Gründen abgewiesen werden. Voraussetzung der in Aussicht gestellten Rangrücktritte ist laut Angaben der Beschwerdeführerin die Freigabe der gesperrten Bankguthaben durch die Staatsanwaltschaft. Lässt sich der Zeitpunkt der behaupteten Freigabe noch einigermaßen eingrenzen ("in den nächsten Wochen"), ist die Wahrscheinlichkeit, dass es überhaupt zu einer Freigabe der Bankguthaben kommt, als zu gering einzustufen, um sie ernsthaft in Betracht zu ziehen (laut der Beschwerdeführerin ist die Freigabe "im Bereich des Möglichen" [act. 2 S. 6 Ziff. 14]). Weshalb mit der Wiederaufnahme der operativen Tätigkeit eine Wiederherstellung der Ertragskraft erwartet werden kann, legte die Beschwerdeführerin sodann nicht näher dar, was angesichts der horrenden Schulden, die sie in der Vergangenheit erwirtschaftete, aber nötig gewesen wäre. Die in Aussicht gestellten Rangrücktritte mögen die Bilanz zu verbessern, auf die künftige operative Tätigkeit der Gesellschaft wirken sie sich nicht aus. Eine Aussicht auf Sanierung im Sinne von Art. 725a Abs. 1 OR ist damit zu verneinen.

2.5 Zusammenfassend ist die Beschwerde der Beschwerdeführerin abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 20. Februar 2017  
Geschäfts-Nr.: PS170006-O/U