

BGE 150 III 315

Bundesgericht (BGE), 2024-07-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_150 III 315](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_150_III_315)

FR: ATF 150 III 315

IT: DTF 150 III 315

Regeste

Regeste Art. 192 SchKG i.V.m. Art. 725b Abs. 3 und Art. 729c OR; Konkursöffnung über eine Aktiengesellschaft ohne vorgängige Betreuung; ersatzweise Überschuldungsanzeige durch die Revisionsstelle; Überschuldung; Rangrücktritt. Ohne Überschuldungsanzeige durch den Verwaltungsrat, die Revisionsstelle oder den zugelassenen Revisor kann der Konkurs nicht nach Art. 192 SchKG i.V.m. Art. 725b Abs. 3 OR eröffnet werden (E. 4.2). Die Überschuldungsanzeige ergeht kraft gesetzlicher Pflicht. Sie kann nicht zurückgenommen, sondern lediglich berichtigt werden. Wenn die Gesellschaft nicht überschuldet ist, darf das Gericht den Konkurs nicht eröffnen (E. 4.4). Anforderungen an den Nachweis der Überschuldung bei Auseinandersetzungen zwischen Verwaltungsrat und Revisionsstelle; Verhältnis von Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflicht (E. 5). Mit der Vereinbarung des Rangrücktritts in genügendem Umfang wird die verpönte Überschuldung in einen gesetzlich tolerierten Zustand überführt. Das bedeutet, dass der Verwaltungsrat nicht zur Deponierung der Bilanz verpflichtet ist, wenn die Überschuldung durch genügend Rangrücktritte abgedeckt ist. Neu wird verlangt, dass auch Zinsforderungen dem Rangrücktritt unterliegen (E. 6.2.2). "Deckungsgarantien" bzw. Garantien und Patronatserklärungen sind keine Alternativen zum Rangrücktritt (E. 6.2.3). Eine aus der Auflösung stiller Reserven resultierende tiefere Bewertung des nachrangigen Fremdkapitals ist für die Pflicht zur Benachrichtigung des Gerichts ohne Bedeutung (E. 6.4.3).

Erwägungen

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 729c OR i.V.m. Art. 725b Abs. 3 und 4 OR. Die Revisionsstelle sei nur legitimiert eine Überschuldung gemäss Art. 729c OR anzuzeigen, wenn diese offensichtlich sei und der Verwaltungsrat seinen Pflichten nach Art. 725b OR nicht nachkomme. Vorliegend habe weder nach dem eingereichten Jahresabschluss per 31. Dezember 2022 (zu Fortführungswerten) noch nach einem Zwischenabschluss zu BGE 150 III 315 S. 318 Fortführungs- und Veräusserungswerten eine offensichtliche Überschuldung vorgelegen. Dies habe die Revisionsstelle, welche ursprünglich aufgrund falscher Annahmen eine Überschuldung der Beschwerdeführerin (zu Fortführungswerten) festgestellt habe, nun auch mit Schreiben vom 20. Dezember 2023 bestätigt. Dieses sei als Rückzug der Überschuldungsanzeige durch die Revisionsstelle zu qualifizieren, zumal die Voraussetzungen für einen Benachrichtigungsaufschub gemäss Art. 725b Abs. 4 OR erfüllt seien.

E. 4.2

Notwendige Voraussetzung der Konkursöffnung wegen Überschuldung ist eine Überschuldungsanzeige. Der Konkursrichter darf die Überschuldungsanzeige nur vom

Verwaltungsrat (Art. 725b Abs. 3 OR), der Revisionsstelle (Art. 728c Abs. 3, Art. 729c OR) oder einem vom Verwaltungsrat für die Prüfung des Zwischenabschlusses ernannten Revisor (Art. 725b Abs. 5 OR) entgegennehmen, was zu den formellen Voraussetzungen gehört, um den Konkurs nach Art. 192 SchKG i.V.m. Art. 725b Abs. 3 OR zu eröffnen. Er kann nicht von sich aus den Konkurs aussprechen, wenn er auf andere Weise als durch die gehörige Anzeige von einer allfälligen Überschuldung erfährt (Urteile 5A_790/2017 vom 3. September 2018 E. 3.3.3, in: BISchK 2019 S. 216; 5A_625/2015 vom 18. Januar 2016 E. 3.4; 5A_587/2011 vom 9. November 2011 E. 4.3). Bei der subsidiären Pflicht der Revisionsstelle, im Falle einer offensichtlichen Überschuldung und bei anhaltender Säumnis des Verwaltungsrates den Richter zu benachrichtigen, handelt es sich um eine Ersatzvornahme gegenüber einem säumigen Verwaltungsrat, dem nach Art. 725b Abs. 3 OR in erster Linie die Überschuldungsanzeige obliegt (vgl. Urteil 5A_517/2011 vom 16. Dezember 2011 E. 3.2; EBERLE/ LENGAUER, Zürcher Kommentar, 2016, N. 165 zu Art. 728c OR ; WATTER/BÄNZIGER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. II, 6. Aufl. 2024, N. 8 und 31 zu Art. 728c OR). Es geht darum, die Konkursverschleppung zu verhindern und die Gläubiger davor zu schützen, dass die Gesellschaft neue Schulden eingeht oder allenfalls einzelne Gläubiger in unerlaubter Weise bevorzugt. Geschützt werden sollen damit aber nicht nur die bisherigen Gesellschaftsgläubiger, sondern auch die Allgemeinheit, indem verhindert wird, dass überschuldete juristische Personen im Verkehr bleiben (BGE 127 IV 110 E. 5a; Urteile 5A_517/2011 vom 16. Dezember 2011 E. 3.1; 5A_221/2008 vom 10. Juli 2008 E. 2.3; EBERLE/LENGAUER, a.a.O., N. 84 zu Art. 728c OR ; WATTER/BÄNZIGER, a.a.O., N. 8 zu Art. 728c OR ; VON DER CRONE, Aktienrecht, 2. Aufl. 2020, Rz. 2004). BGE 150 III 315 S. 319

E. 4.3

Vorliegend wurde die B. AG unbestrittenermassen als Revisionsstelle der Beschwerdeführerin bestellt, wobei sie auch als solche im Handelsregister eingetragen ist. Dass sie dazu legitimiert war, den Richter über die für sie feststehende offensichtliche Überschuldung zu benachrichtigen, kann folglich keinem Zweifel unterliegen. Die Klärung, ob tatsächlich eine Überschuldung vorliegt, erfolgt im Rahmen der materiellen Beurteilung, wobei eine unterschiedliche Auffassung des Verwaltungsrates bei der Prüfung der Überschuldung als materieller Voraussetzung der Konkursöffnung berücksichtigt werden kann (KRAMPF/SCHULER, Die aktuelle Praxis des Konkursrichters des Bezirksgerichtes Zürich zu Überschuldungsanzeige, Konkursaufschub und Insolvenzerklärung juristischer Personen, AJP 2002 S. 1063; WATTER/BÄNZIGER, a.a.O., N. 44 zu Art. 728c OR).

E. 4.4

Im Übrigen ist festzuhalten, dass die Überschuldungsanzeige eine gesetzliche Pflicht darstellt und nicht zurückgenommen, sondern lediglich berichtigt werden kann (Urteil 5A_625/2015 vom 18. Januar 2016 E. 3.2.2 und 3.4.4; Urteil des Bundesgerichts vom 15. Januar 1945, in: BISchK 1945 S. 62 ff.; TALBOT, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Aufl. 2017, N. 30 zu Art. 192 SchKG ; JAGMETTI/TALBOT, Insolvenzerklärung juristischer Personen und Überschuldungsanzeige, ZZZ 2022 S. 276; KRAMPF/SCHULER, a.a.O., S. 1066). Stellt sich heraus, dass die Gesellschaft nicht überschuldet ist oder im Zeitpunkt des Entscheidens keine Überschuldung mehr vorliegt, darf der Richter den Konkurs nicht eröffnen (JAGMETTI/TALBOT, a.a.O., S. 272; GIROUD, Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 1986, S. 71).

E. 5.1

Die Beschwerdeführerin bemängelt das Fehlen eines Zwischenabschlusses zu Fortführungs- und Veräusserungswerten. Indem das Obergericht erwogen habe, dass die Revisionsstelle keine Pflicht gehabt habe, einen Zwischenabschluss zu Fortführungs- und Veräusserungswerten zu erstellen und als Nachweis der angeblichen Überschuldung einzureichen, habe es Art. 725b Abs. 3 i.V.m. Art. 729c OR verletzt. Ausserdem hätten sowohl die Revisionsstelle als auch der erstinstanzliche Konkursrichter die Pflicht gehabt, die Erstellung und Einreichung eines Zwischenabschlusses zu Veräusserungswerten zu verlangen. Selbst wenn ein Jahresabschluss zu Fortführungswerten eine Überschuldung ergebe, was vorliegend nicht der Fall sei, so sei dann immer noch separat zu prüfen, ob auch eine Überschuldung BGE 150 III 315 S. 320 zu Veräusserungswerten vorliege. Das Gesetz verlange ausserdem ausdrücklich einen Zwischenabschluss und nicht bloss eine Zwischenbilanz. Schliesslich unterlägen die Zwischenabschlüsse zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten einer Prüfung durch die Revisionsstelle bzw. einen zugelassenen Revisor. Vorliegend hätten dem erstinstanzlichen Konkursrichter weder ein Jahresabschluss zu Veräusserungswerten noch Zwischenabschlüsse zu Fortführungs- und Veräusserungswerten vorgelegen. Die Revisionsstelle habe mit ihrer Überschuldungsanzeige vom 10. August 2023 einzig einen Jahresabschluss per 31. Dezember 2022 zu Fortführungswerten vorgelegt. Die Überprüfung, ob die Überschuldung auch gemäss Jahresabschluss per 31. Dezember 2022 zu Veräusserungswerten vorgelegen wäre, habe vom erstinstanzlichen Konkursrichter mangels Vorliegens eines Jahresabschlusses zu Veräusserungswerten offensichtlich nicht vorgenommen werden können. Ohne die willkürliche Annahme, dass die Überschuldung durch die Beschwerdeführerin bestätigt worden sei, hätte der erstinstanzliche Konkursrichter eine Überschuldung somit nicht nachweisen können. Sodann habe das Obergericht im Zusammenhang mit dem ihr gegenüber erhobenen Vorwurf der Verletzung der Mitwirkungspflicht den Sachverhalt offensichtlich falsch festgestellt, indem es willkürlich angenommen habe, dass sie vor erster Instanz anwaltlich vertreten gewesen sei. Hätte das Obergericht den Sachverhalt nicht willkürlich festgestellt und kein Bundesrecht verletzt, wäre es zum Schluss gekommen, dass der erstinstanzliche Konkursrichter basierend auf Art. 725b Abs. 1 und 3 OR sowie Art. 55 Abs. 2 i.V.m. Art. 255 lit. a ZPO die Erstellung und Einreichung eines Zwischenabschlusses zu Fortführungs- und Veräusserungswerten hätte verlangen müssen.

E. 5.2

Der Verwaltungsrat hat nach Art. 725b Abs. 1 und 2 OR bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung umgehend einen Zwischenabschluss zu Fortführungs- und Veräusserungswerten zu erstellen und diesen der Revisionsstelle oder einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorzulegen. Auf den Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten kann verzichtet werden, wenn die Annahme der Fortführung gegeben ist und der Zwischenabschluss zu Fortführungswerten keine Überschuldung aufweist. Ist die Annahme der Fortführung nicht gegeben, so genügt ein Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten (Art. 725b Abs. 1 Satz 2 und 3 OR). Zweck von Art. 725b Abs. 1 und 2 OR sind die Klärung, ob eine Überschuldung besteht und die Angabe, wie hoch sie ist (RENGGLI/KISSLING/CAMPOUNOVO/HONOLD/KEEL, BGE 150 III 315 S. 321 Die eingeschränkte Revision, 3. Aufl. 2023, S. 303). Ergibt sich aus den Zwischenabschlüssen, dass die Gesellschaft zu Fortführungs- und Veräusserungswerten überschuldet ist, so hat

der Verwaltungsrat grundsätzlich das Gericht zu benachrichtigen (Art. 725b Abs. 3 SchKG). Die Anrufung bzw. Benachrichtigung des Gerichts im Sinne von Art. 725b Abs. 3 OR kann in einem Begehren um provisorische Nachlassstundung oder um Eröffnung des Konkurses bestehen (Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts [Aktienrecht], BBl 2017 579 zu Art. 725b OR ; HUNKELER/WOHL/SCHÖNMANN, in: Berner Kommentar, Das Aktienrecht - Kommentar der ersten Stunde, 2023, § 17 Rz. 85). Die Benachrichtigung des Gerichts kann unterbleiben, solange begründete Aussicht besteht, dass die Überschuldung innert angemessener Frist, spätestens aber 90 Tage nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse, behoben werden kann und dass die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 OR). Eine weitere Ausnahme von der Pflicht zur Bilanzdeponierung ist die Möglichkeit, ausreichende Rangrücktritte zu erhalten (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR). Art. 729c OR (für die eingeschränkte Revision) bzw. Art. 728c Abs. 3 OR (für die ordentliche Revision) enthalten sodann die subsidiäre Pflicht der Revisionsstelle zur Benachrichtigung des Konkursgerichts, wenn die Gesellschaft offensichtlich überschuldet ist und der Verwaltungsrat seiner Anzeigepflicht nicht nachkommt. Dabei ist nicht erforderlich, dass die Überschuldung gross ist, um offensichtlich zu sein. Es genügt, dass sie sich klar aus den Umständen ergibt (Urteile 4A_505/2007 vom 8. Februar 2008 E. 4.1.2; 4C.117/1999 vom 16. November 1999 E. 1a; EBERLE/LENGAUER, a.a.O., N. 90 zu Art. 728c OR ; WATTER/BÄNZIGER, a.a.O., N. 34 zu Art. 728c OR).

E. 5.3

In der Praxis stellt die Revisionsstelle eine Überschuldung in den meisten Fällen - wie vorliegend - im Verlauf der Prüfung der Jahresrechnung fest (RENGGLI/KISSLING/CAMPONOVO/HONOLD/KEEL, a.a.O., S. 304; CAMPONOVO, Benachrichtigung des Konkursrichters durch die Revisionsstelle, in: Treuhand und Revision, Jahrbuch 2012, S. 129 und 145; EBERLE/LENGAUER, a.a.O., N. 106 zu Art. 728c OR). Erfolgt eine Überschuldungsanzeige mittels einer Ersatzvornahme durch die Revisionsstelle, kann eine revidierte Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Liquidationswerten häufig deshalb nicht eingereicht werden, weil der Verwaltungsrat der Revisionsstelle den Zwischenabschluss nicht aushändigt oder gar keinen solchen erstellt hat (KRAMPF/SCHULER, BGE 150 III 315 S. 322 a.a.O., S. 1065; PETER/GENEQUAND/CAVADINI, in: Commentaire romand, Code des obligations, Bd. II, 2. Aufl. 2017, N. 23 zu Art. 728c OR). Die Revisionsstelle ist in einer solchen Situation nicht verpflichtet, selber und unentgeltlich eine Zwischenbilanz zu erstellen (JAGMETTI/TALBOT, a.a.O., S. 272; BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 3. Aufl. 2021, N. 9 zu Art. 192 SchKG). Muss die Revisionsstelle in der Überzeugung des Vorliegens einer offensichtlichen Überschuldung das Gericht selbst benachrichtigen, wird sie dem Konkursgericht den Tatbestand der Überschuldung regelmässig auf eine andere Art - z.B. durch eine an die letzte Bilanz anknüpfende Darstellung - glaubhaft machen müssen (Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band "Ordentliche Revision", 2015, S. 349; EBERLE/LENGAUER, a.a.O., N. 121 zu Art. 728c OR ; BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, a.a.O., N. 9 zu Art. 192 SchKG ; TALBOT, a.a.O., N. 11 zu Art. 192 SchKG ; PETER/GENEQUAND/CAVADINI, a.a.O., N. 23 zu Art. 728c OR ; RENGGLI/ KISSLING/CAMPONOVO/HONOLD/KEEL, a.a.O., S. 304).

E. 5.4

Das Konkursgericht stellt den Sachverhalt gemäss Art. 255 lit. a ZPO von Amtes wegen fest. Es gilt der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz (Urteil 5A_300/2016 vom 14. Oktober 2016 E. 5.1; BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, a.a.O., N. 22 zu Art. 192 SchKG). Dieser äussert sich vor allem in einer verstärkten Fragepflicht des Gerichts. Die richterliche Verpflichtung, den Sachverhalt von Amtes wegen zu erstellen, befreit die Parteien jedoch nicht davon, während des Verfahrens aktiv mitzuwirken. Sie haben dem Richter rechtserhebliche Tatsachen mitzuteilen und die verfügbaren Beweise zu bezeichnen (BGE 130 III 102 E. 2.2; BGE 128 III 411 E. 3.2.1; Urteil 5A_354/ 2016 vom 22. November 2016 E. 4.1). Erstattet die Revisionsstelle die Anzeige wegen offensichtlicher Überschuldung beim Gericht, ist dem Verwaltungsrat die Gelegenheit einzuräumen, dem Konkursgericht seinen Standpunkt darzulegen (BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl. 2022, § 11 Rz. 300; WATTER/BÄNZIGER, a.a.O., N. 42 zu Art. 728c OR). Behauptet die Gesellschaft, entgegen der Darstellung der Revisionsstelle nicht überschuldet zu sein, verweigert aber jegliche Mitwirkung, stellt es keine Verletzung von Art. 8 ZGB dar, wenn das Konkursgericht der Darstellung der Revisionsstelle folgt (Urteil 5A_517/2011 vom 16. Dezember 2011 E. 5.3; HUBER, in: SchKG, Kurzkommentar, 2. Aufl. 2014, N. 33 zu Art. 192 SchKG ; BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, a.a.O., N. 24c zu Art. 192 SchKG ; KÄGI/ZWEIFEL/WÜSTINER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. II, BGE 150 III 315 S. 323

E. 5.5

Vorliegend hat das Obergericht nach dem Gesagten richtig erkannt, dass es nicht Aufgabe der Revisionsstelle war, einen Zwischenabschluss zu erstellen. Was den von der Beschwerdeführerin beanstandeten Ablauf des erstinstanzlichen Verfahrens bzw. ihren Einwand betrifft, sie sei zu keinem Zeitpunkt zur Erstellung und Einreichung eines (geprüften) Zwischenabschlusses aufgefordert worden, ergibt sich aus den Akten was folgt:

E. 5.5.1

Nachdem die A. AG die eingeschrieben an die im Handelsregister eingetragene Domiziladresse versandte Verfügung vom 11. August 2023 (Frist zur Stellungnahme) nicht abgeholt hatte, liess das Bezirksgericht seine Verfügung dem am 11. August 2023 aus dem Verwaltungsrat ausgeschiedenen D. an seine Privatadresse in V. zustellen. D. bestätigte am 1. September 2023, die Verfügung vom 11. August 2023 samt Beilagen erhalten zu haben. BGE 150 III 315 S. 324

E. 5.5.2

Mit Schreiben vom 21. August 2023 (Postaufgabe 22. August 2023) wandten sich C., bereits damals Präsident des Verwaltungsrats der A. AG, und E., die sich als Mitglied des Verwaltungsrats bezeichnete, an das Bezirksgericht. Sie führten aus, am 20. Juni 2023 seien weltweit irreführende und verleumderische Informationen über F. und seine Firmen, einschliesslich der A. AG, die früher zu 100 % dem russischen Unternehmen G. LLC gehört habe, aber aktuell zu 51 % einem Fonds gehöre, der in Spanien eingetragen sei, und nicht mehr von F. bzw. der G. LLC kontrolliert werde, verbreitet worden. Seither sei das Unternehmenskonto bei der Bank geschlossen worden. Des Weiteren habe die FINMA aufgehört, die Anträge des Unternehmens auf Lizenzerteilung zu prüfen, hätten die Selbstregulierungsorganisation sowie die Kunden die Zusammenarbeit beendet und seien die Schweizer Verwaltungsratsmitglieder ausgeschieden. Die A. AG sei mittels dreier

"Nachrangdarlehen" mit einer Kreditlimite von Fr. 3'600'000.- finanziert worden. Die Revisionsstelle habe die Schuld per 31. Dezember 2022 unzutreffenderweise mit Fr. 3'165'328.- angegeben; tatsächlich habe diese Fr. 3'441'301.- betragen. Die Revisionsstelle habe den Jahresabschluss ohne Berücksichtigung von Devisenverlusten der in russischen Rubel geschuldeten Darlehen erstellt. Die Forderungsrechte des Darlehensgebers auf Rückzahlung der Hauptforderungen sowie der Zinsen seien nachrangig. Damit habe die Überschuldung per 31. Dezember 2022 Fr. 3'510'562.- betragen. Weil die Kreditlimite aber Fr. 3'600'000.- betragen habe und dieser Betrag die ausgewiesene Überschuldung übersteige, habe kein Grund für die Benachrichtigung des Gerichts bestanden. Mit Eingabe vom 5. September 2023 (Postaufgabe) reichten C. und E. dem Bezirksgericht Kopien der drei von der in Russland domizilierten G. LLC am selben Tag unterzeichneten Ergänzungen ("Addendum") der am 25. Juni 2018, 21. Juni 2019 und 25. Juni 2020 datierten Darlehensverträge ("Subordinated Loan Agreement") ein.

E. 5.5.3

Die B. AG nahm am 19. September 2023 zu diesen beiden Eingaben Stellung. Nach Benachrichtigung des Richters habe sich E. bei ihr gemeldet. Sie habe daraufhin die Revisionsarbeiten weitergeführt und per 19. August 2023 ihren Revisionsbericht abgegeben. Die Jahresrechnung weise nunmehr ein negatives Eigenkapital von Fr. 3'510'562.- aus. Sodann bestünden Rangrücktritte in der Summe von Fr. 3'165'328.-. Damit deckten die Rangrücktritte die Überschuldung nicht. Diese Zahlen ergäben sich aus der von der BGE 150 III 315 S. 325 A. AG erstellten "Trial Balance" per 31. Dezember 2022. Die Darlehen seien ursprünglich in Schweizer Franken gewährt, später aber in Rubel umgewandelt worden. Damit unterlägen diese Darlehen Fremdwährungsschwankungen, und Fremdwährungsverluste auf langfristigen Darlehen seien in der Jahresrechnung erfolgswirksam zu erfassen. Selbst wenn unrichtigerweise statt eines Rangrücktritts von Fr. 3'165'328.- ein solcher von Fr. 3'600'000.- berücksichtigt würde, wären rechnerisch lediglich rund Fr. 90'000.- des Eigenkapitals gedeckt (= Fr. 3'600'000.- ./ Fr. 3'510'562.-). Davon ausgehend, dass die Gesellschaft auch im Jahr 2023 Verluste mache, sei dieses Eigenkapital in Kürze aufgezehrt. In beiden Fällen hätte der Verwaltungsrat Sanierungsmassnahmen zu ergreifen. Schliesslich regelten die von der A. AG eingereichten Vertragszusätze bloss die Rückführung der Darlehen, wogegen Sanierungsmassnahmen gefordert wären. Es sei nicht Sache der Revisionsstelle, Sanierungsmassnahmen vorzuschlagen. Falls aber die Gesellschaft fortgeführt werden solle, komme eine sofortige weitere Darlehensgewährung via Banküberweisung in genügender Höhe in Betracht, welche ebenfalls unter Rangrücktritt zu stellen wäre. In dem dieser Eingabe beigelegten Revisionsbericht vom 19. August 2023 wies die Revisionsstelle die Beschwerdeführerin unter anderem ausdrücklich darauf hin, dass es ihr Verwaltungsrat versäumt habe, im Einklang mit Art. 725b OR eine Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Liquidationswerten zu erstellen ("We draw attention to the fact that the financial statements of A. AG disclose an over-indebtedness. Furthermore, we point out that the Board of Directors has failed to prepare an interim balance sheet in accordance with art. 725b CO. If this balance sheet were to show an over-indebtedness on the basis of going concern and liquidation values, the provisions of art. 725b CO would have to be observed.").

E. 5.5.4

Mit Verfügung vom 20. September 2023 räumte das Bezirksgericht der A. AG Frist zur Stellungnahme zur Eingabe der Revisionsstelle ein. Diese wurde wiederum nicht abgeholt.

Unabhängig davon meldeten sich C. und E. mit Schreiben vom 20. September 2023 wiederum beim Bezirksgericht (Posteingang 27. September 2023). Sie teilten mit, dass "zur Deckung des Eigenkapitals des Unternehmens und der darüber hinausgehenden Verschuldung des Unternehmens (abzüglich der Forderungsrechte aus den Verträgen des nachrangigen Darlehens)" Massnahmen zur Wiederherstellung des normalen Unternehmensbetriebs ergriffen worden seien. BGE 150 III 315 S. 326 Ausserdem legten sie dem Schreiben eine Kopie des Protokolls einer ausserordentlichen Generalversammlung der A. AG vom 23. Dezember 2022 bei, gemäss welchem E. als Mitglied des Verwaltungsrats gewählt worden sei; die erforderliche Eintragung werde nachgeholt. Schliesslich meldete sich am 10. Oktober 2023 H. im Namen und mit Vollmacht der A. AG beim Bezirksgericht. Er ersuchte um Einräumung einer angemessenen Fristverlängerung, damit der ordnungsgemässe Zustand der Gesellschaft wieder hergestellt werden könne. Insbesondere gehe es um die Korrektur des Abschlusses 2022 sowie um die Wahl eines Verwaltungsrats mit Wohnsitz in der Schweiz. Obwohl das Bezirksgericht H. zwei Fristverlängerungen gewährt hatte, meldete sich dieser nicht mehr.

E. 5.5.5

Bei dieser Sachlage kann sich der Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin nicht in guten Treuen auf den Standpunkt stellen, nicht hinreichend auf seine Pflicht zur Erstellung eines Zwischenabschlusses hingewiesen worden zu sein, dient der Untersuchungsgrundsatz doch nicht dazu, die Unzulänglichkeiten einer nachlässigen Partei bzw. einer Partei, die darauf verzichtet, sich zu äussern, zu beheben. Im Ergebnis zu Recht hat das Obergericht der Beschwerdeführerin vorliegend eine Verletzung ihrer Mitwirkungspflicht vorgeworfen, woran auch der Umstand nichts zu ändern vermag, dass die Beschwerdeführerin im erstinstanzlichen Verfahren in der Tat noch nicht anwaltlich vertreten war.

E. 6

Aufl. 2024, N. 31 zu Art. 725b OR ; Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band "Ordentliche Revision", 2015, S. 360). Geben alle verfügbaren Informationen das Bild einer Überschuldung nach Fortführungs- und Liquidationswerten, hat das Gericht grundsätzlich mit einer kurzen, aber noch angemessenen Frist die Nachreichung der geprüften Zwischenabschlüsse zu verlangen. Massgebend sind diesbezüglich aber stets die konkreten Umstände des Einzelfalles (vgl. EBERLE/LENGAUER, a.a.O., N. 119 zu Art. 728c OR). Wird dieser Aufforderung nicht entsprochen, ist das Gericht im Allgemeinen berechtigt, auf das Vorliegen einer Überschuldung zu schliessen und ohne Weiteres den Konkurs zu eröffnen, und zwar umso eher, je weniger der Verwaltungsrat die Fakten belegt und je deutlicher er Anzeichen von Realitätsverlust erkennen lässt (vgl. BÖCKLI, a.a.O., § 11 Rz. 302). Falls das Gericht trotz allem noch Anhaltspunkte für eine unmittelbare Sanierung oder das Zustandekommen eines Nachlassvertrags wahrnimmt, kann es den Entscheid über den Konkurs aber auch von Amtes wegen aussetzen und die Akten dem Nachlassgericht überweisen (Art. 725b Abs. 3 OR i.V.m. 173a Abs. 2 SchKG und Art. 293/293a SchKG; BÖCKLI, a.a.O., § 11 Rz. 300 und 303; GLANZMANN, Pflichten des Verwaltungsrats bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung gemäss neuem Aktienrecht, in: Rechnungswesen und Kapitalschutz im Strafrecht, 12. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Tagungsband 2021, 2022, S. 122; ROUILLER UND ANDERE, La société anonyme suisse, 3. Aufl. 2022, Rz. 173h-j; WATTER/BÄNZIGER, a.a.O., N. 42 zu Art. 728c OR).

E. 6.1

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, ihr Verwaltungsrat sei nie darum besorgt gewesen, dass sie überschuldet sei, weshalb er auch nicht verpflichtet gewesen sei, im Sinne von Art. 725b Abs. 1 OR einen Zwischenabschluss zu Fortführungs- und/oder Veräusserungswerten zu erstellen. Zu prüfen bleibt damit, ob die Beschwerdeführerin im kantonalen Verfahren zu Recht geltend gemacht hat, sie sei nicht überschuldet bzw. die Überschuldung sei durch Rangrücktritte abgedeckt.

E. 6.2.1

Die Konkursöffnung setzt voraus, dass die Gesellschaft tatsächlich überschuldet ist. Eine Überschuldung liegt vor, wenn "die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind" (Art. 725b Abs. 1 OR), also das Eigenkapital gänzlich aufgezehrt ist (GLANZMANN, a.a.O., S. 119; VON DER CRONE, a.a.O., Rz. 2001; HUNKELER/WOHL/SCHÖNMANN, a.a.O., § 17 Rz. 77; vgl. auch BGE 150 III 315 S. 327 Urteil 5A_950/2015 vom 29. September 2016 E. 8.1). Nach der Konzeption des Gesetzes ist der Überschuldungstatbestand nur erfüllt, wenn die Aktiven die Verbindlichkeiten sowohl zu Fortführungs- als auch zu Veräusserungswerten nicht mehr decken. Bei fehlender Fortführungsfähigkeit ist jedoch nur die Bilanz zu Veräusserungswerten massgeblich (Art. 725b Abs. 1 Satz 3 OR ; GLANZMANN, a.a.O., S. 119).

E. 6.2.2

Das Gesetz gibt dem Verwaltungsrat im Fall der Überschuldung wie unter bisherigem Recht die Möglichkeit, auf die Benachrichtigung des Gerichts zu verzichten, sofern Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Überschuldung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten und ihre Forderungen stunden (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR). Neu wird verlangt, dass auch die Zinsforderungen während der Dauer der Überschuldung dem Rangrücktritt unterliegen (vgl. GLANZMANN, a.a.O., S. 124). Ein Rangrücktritt stellt für sich allein keine echte Sanierungsmassnahme dar und beseitigt die Überschuldung nicht. Er erlaubt es aber, Zeit für das Ergreifen von Sanierungsmassnahmen zu gewinnen (Urteil 4C.47/ 2003 vom 2. Juli 2003 E. 2.2; Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band "Buchführung und Rechnungslegung", 2023, S. 274 f.; KRAMPF/SCHULER, a.a.O., S. 1066; BÖCKLI, a.a.O., § 11 Rz. 238 und 242; MEISTER, in: OR, Kommentar, 4. Aufl. 2023, N. 5 zu Art. 725b OR ; EBERLE/LENGAUER, a.a.O., N. 126 zu Art. 728c OR ; OULEVEY/ LEVRAT, La société anonyme, 2022, Rz. 727). Der Rangrücktritt bewirkt somit keine Umwandlung von Fremdkapital in Eigenkapital, d.h. ein Darlehen mit Rangrücktritt bleibt ein Darlehen und ist entsprechend als Fremdkapital auszuweisen (Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band "Ordentliche Revision", 2015, S. 351 und 355; VON DER CRONE, a.a.O., Rz. 2027; ROUILLER UND ANDERE, a.a.O., Rz. 173c). Mit der Vereinbarung eines Rangrücktritts in genügendem Umfang wird die verpönte Überschuldung aber in einen gesetzlich tolerierten Zustand überführt, was bedeutet, dass der Verwaltungsrat nicht zur Deponierung der Bilanz verpflichtet ist, wenn die Überschuldung durch genügend Rangrücktritte abgedeckt ist. Die im Rahmen der parlamentarischen Beratung diskutierte Auffassung, wonach der Rangrücktritt nur dann von der Benachrichtigung des Gerichts befreien soll, wenn die Aussicht besteht, dass die Gesellschaft saniert werden kann, haben der Bundesrat (vgl. Votum BR Keller-Suter, AB 2019 N 2398) und das Parlament (vgl. AB 2020 N 982 ff.) abgelehnt (GLANZMANN, a.a.O., S. 126; BGE 150 III 315 S. 328 KÄGI/ZWEIFEL/WÜSTINER, a.a.O., N. 57 zu Art.

725b OR ; FORSTMOSER/KÜCHLER, Schweizerisches Aktienrecht 2020, 2022, N. 4 zu Art. 725b OR). Aufgrund der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 255 lit. a ZPO) ist ein Rangrücktritt im erstinstanzlichen Verfahren bis zur Urteilsfällung zu beachten (Art. 229 Abs. 3 ZPO ; JAGMETTI/TALBOT, a.a.O., S. 269). Demgegenüber sind erst nach der Konkurseröffnung erklärte Rangrücktritte im Beschwerdeverfahren nach Art. 319 ff. ZPO unbeachtlich (vgl. Art. 194 i.V.m. Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG ; Urteil 5A_243/2019 vom 17. Mai 2019 E. 3.1, in: SJ 2019 I S. 376).

E. 6.2.3

Keinen Ersatz für einen Rangrücktritt bilden "Deckungsgarantien" bzw. Garantien und Patronatserklärungen. Sie befreien den Verwaltungsrat im Allgemeinen nicht von der Pflicht der Benachrichtigung des Richters (KÄGI/ZWEIFEL/WÜSTINER, a.a.O., N. 50 zu Art. 725b OR ; Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band "Eingeschränkte Revision", 2013, S. 94; EBERLE/LENGAUER, a.a.O., N. 125 zu Art. 728c OR ; GIROUD, a.a.O., S. 81).

E. 6.3

Die Beschwerdeführerin begründet ihren Standpunkt zum einen damit, dass wegen des Vorliegens von Darlehen mit Rangrücktritt weder per 31. Dezember 2022 noch per Ende April 2023 eine (offensichtliche) Überschuldung vorliege.

E. 6.3.1

Das Obergericht hat dazu erwogen, der Gesamtwert der Aktiven der Beschwerdeführerin habe per 31. Dezember 2022 Fr. 87'999.56 und das Fremdkapital - ohne Berücksichtigung der nachrangigen Darlehen - Fr. 157'261.22 betragen. Folglich sei die Beschwerdeführerin per 31. Dezember 2022 im Umfang von Fr. 69'261.66 überschuldet gewesen. Auch per Ende April 2023 habe die Überschuldung fortbestanden. Konkret habe der Gesamtwert der Aktiven Fr. 63'622.31 und das Fremdkapital der Beschwerdeführerin - ohne Berücksichtigung der nachrangigen Darlehen - Fr. 115'875.74 betragen, womit eine Überschuldung in der Höhe von Fr. 52'253.43 vorliege. Da sich eine Überschuldung einer Aktiengesellschaft allein aufgrund ihrer bilanzierten Werte beurteile, sei es bedeutungslos, dass die Beschwerdeführerin ihr Kreditlimit nicht vollständig ausgeschöpft habe.

E. 6.3.2

Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, es sei unbestritten, dass die Hauptgläubigerin der Beschwerdeführerin insgesamt nachrangige Darlehen in der Höhe von Fr. 3.6 Mio. (der Rangrücktritt erfasse auch die Zinsforderungen) zugesprochen habe, wobei per 31. Dezember 2022 erst Fr. 3'165'328.- gezogen worden seien. Sie habe demnach noch einen nicht gezogenen Kredit von Fr. 434'572.- BGE 150 III 315 S. 329 zugute. Es handle sich hierbei um einen ihr zustehenden vertraglichen Anspruch, welcher einen wahrscheinlichen bzw. sicheren Mittelzufluss (flüssige Mittel) darstelle und daher mit einer (definitiven) Erhöhung des Nettovermögens gleichzusetzen sei. Die angebliche Überschuldung per 31. Dezember 2022 von Fr. 69'261.66 bzw. per 30. April 2023 von Fr. 52'253.43.- sei damit offensichtlich gedeckt.

E. 6.3.3

Die Rüge geht fehl. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin war sie per 31. Dezember 2022 und per 31. März 2023 zweifellos überschuldet, wobei auch keine hinreichenden Rangrücktritte vorlagen. Im pauschalen Hinweis der Beschwerdeführerin auf

einen nicht ausgeschöpften Kreditrahmen hat das Obergericht zu Recht keine sofort bilanzwirksame Sanierungsmassnahme erblickt. Voraussetzung hierfür wäre nämlich die Einhaltung der Zusage der G. LLC mit Sitz in U. Diese hat zwar am 5. Juli 2023 eine Garantieerklärung dergestalt abgegeben, dass sie rechtzeitige und hinreichende Massnahmen ergreifen werde, um die weitere Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin zu gewährleisten. Abgesehen von diesen vagen Versprechungen hat die Beschwerdeführerin betreffend die effektive Bereitstellung zusätzlicher liquider Mittel jedoch zu keinem Zeitpunkt Belege eingereicht. Wie das Obergericht zutreffend erkannt hat, vermag daran auch das Schreiben der Revisionsstelle vom 20. Dezember 2023 nichts zu ändern, wird darin seitens der B. AG doch bloss ausgeführt, sie hätte mit den neuen Unterlagen und Informationen keine Anhaltspunkte festgestellt, dass die Hauptgläubigerin ihrer Zusage nicht nachkommen sollte. Dass der Beschwerdeführerin gestützt auf diese Zusage tatsächlich weitere flüssige Mittel zugeflossen wären, geht auch aus dem Schreiben der B. AG nicht hervor.

E. 6.4

Zum anderen macht die Beschwerdeführerin geltend, es liege bei einem Zwischenabschluss per 30. Juni 2023 zu Veräusserungswerten keine (offensichtliche) Überschuldung vor. Zu berücksichtigen sei eine Verringerung der Kreditschulden bei Fremdwährungsdarlehen als Folge von Kursänderungen.

E. 6.4.1

Das Obergericht hat dazu erwogen, dass Wertschwankungen der nachrangigen Darlehen im vorliegenden Zusammenhang bedeutungslos seien, denn bei der Berechnung der Überschuldung seien diese genauso wenig zu berücksichtigen wie das daraus resultierende Eigenkapital. Entscheidend sei vielmehr, ob die gesamten Aktiven das ganze übrige, nicht nachrangige Fremdkapital decken. Dies sei BGE 150 III 315 S. 330 weder per 31. Dezember 2022 noch per 30. April 2023 der Fall. Selbst wenn die nachrangige Darlehensschuld bloss noch einen Wert von Fr. 2'728'382.- haben sollte, ändere dies nichts an der bestehenden Überschuldung. Vielmehr hätte die Beschwerdeführerin einen Anstieg ihrer Aktiven oder eine Abnahme ihres nicht nachrangigen Fremdkapitals im Rahmen des dargelegten Fehlbetrags bilanzmässig belegen müssen. Nur so hätte sie ihren Konkurs abwenden können. Bedeutungslos sei in diesem Zusammenhang das Memo der I. AG vom 22. Dezember 2023. Dieses vermöge nicht schlüssig aufzuzeigen, weshalb entgegen den Akten keine Überschuldung vorliege. Zudem halte diese Gesellschaft ausdrücklich fest, ein abschliessendes Urteil sei ihr infolge der kurzen Prüfzeit nicht möglich gewesen. Damit relativiere sie ihre Ausführungen.

E. 6.4.2

Die Beschwerdeführerin lässt diese Begründung des Obergerichts nicht gelten: Das langfristige Fremdkapital (nachrangige Darlehen, inkl. Zinsen) habe gemäss Revisionsbericht per 31. Dezember 2022 insgesamt Fr. 3'165'328.- betragen. Weiter gehe aus dem Revisionsbericht vom 19. August 2023 hervor, dass die Revisionsstelle zum selben Datum einen Währungsverlust von Fr. 275'973.- berücksichtigt habe, womit das gesamte langfristige (nachrangige) Fremdkapital Fr. 3'441'301.- betragen habe. Die Überschuldung habe folglich per 31. Dezember 2023 insgesamt und ohne Berücksichtigung der nachrangigen Darlehen Fr. 3'510'562.- betragen; unter Berücksichtigung der nachrangigen Darlehen habe die Überschuldung Fr. 69'261.66 betragen. Bei der Berechnung der

Überschuldung sei jedoch zu berücksichtigen, dass sich der Wechselkurs per 30. Juni 2023 zu ihren Gunsten verändert habe, weshalb per 30. Juni 2023 ein Kursgewinn von Fr. 419'360.- vorgelegen habe. Dieser Kursgewinn hätte im Rahmen eines Zwischenabschlusses zu Veräusserungswerten per 30. Juni 2023 als Aktivum im Sinne einer Aufwertungsreserve verbucht werden müssen. Folglich hätte eine Erhöhung der Aktiven festgestellt werden können, womit die angebliche Überschuldung von Fr. 69'261.66 per 31. Dezember 2022 mehr als gedeckt gewesen wäre. Mithin wäre bei Vorliegen eines Zwischenabschlusses zu Veräusserungswerten per 30. Juni 2023 klar gewesen, dass keine Überschuldung der Beschwerdeführerin vorlag, was die I. AG im Rahmen eines Memorandums ebenfalls so bestätigt habe. Indem das Obergericht den Kursgewinn von Fr. 419'360.- dennoch als bedeutungslos betrachtet bzw. bestritten habe, dass gemäss eines Zwischenabschlusses per 30. Juni 2023 zu Veräusserungswerten eine BGE 150 III 315 S. 331 Erhöhung der Aktiven um Fr. 419'360.- hätte festgestellt werden können (indem der Kursgewinn antizipativ hätte in der Bilanz aktiviert werden sollen), habe es Art. 725b Abs. 1 und 3 OR verletzt.

E. 6.4.3

Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet. Mit dem Obergericht ist vorab festzuhalten, dass sich in den Akten keine Bilanz per 30. Juni 2023, sondern bloss eine solche per Ende April 2023 befindet. Einen Zwischenabschluss per Ende Juni 2023 hat die Beschwerdeführerin weder der Revisionsstelle noch den Vorinstanzen zur Verfügung gestellt. Zutreffend sind die Ausführungen der Beschwerdeführerin insofern, als für das erste Halbjahr 2023 die Fremdwährung Rubel im Vergleich zum Schweizer-Franken deutlich an Wert verloren hat. Im Grundsatz bedeutet dies, dass sich die langfristigen Verbindlichkeiten der Beschwerdeführerin (mit Rangrücktritt) reduziert haben, womit eine stille Reserve entstanden ist (vgl. DIETERLE, Stille Reserven bei der Jahresrechnung aus buchtechnischer und aktienrechtlicher Sicht, 1996, S. 78). Aus bilanzieller Sicht stellen stille Reserven verdecktes Eigenkapital dar (HANDSCHIN, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2016, Rz. 852 und 857; BOEMLE/LUTZ, Der Jahresabschluss, 5. Aufl. 2008, S. 166). Wird vorliegend die stille Reserve in der Position langfristige Verbindlichkeiten durch Abwertung dieser Passivposition aufgelöst (vgl. dazu DIETERLE, a.a.O., S. 167), vermag dies - wie das Obergericht richtig erkannt hat - am Vorliegen des Tatbestands der Überschuldung jedoch offensichtlich nichts zu ändern. Die von den Währungsschwankungen betroffenen langfristigen Verbindlichkeiten (mit Rangrücktritt) hat das Obergericht bei der Berechnung der Überschuldung nämlich ohnehin nicht berücksichtigt. Damit vermag der von der Beschwerdeführerin ins Feld geführte Devisengewinn den Schluss des Obergerichts nicht umzustossen, dass ihre Aktiven keineswegs ausreichen, um die Schulden gegenüber den nicht rücktrittsbelasteten Gläubigern vollständig zu decken. Soweit sich die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang auf das Vorliegen einer Aufwertungsreserve beruft, ist dies nach dem Gesagten nicht nachvollziehbar bzw. fehlt es an der entsprechenden tatsächlichen Grundlage. Dass sie über aufwertbare Aktiven verfügen würde, hat die Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn das Obergericht die Beschwerdeführerin trotz des Fehlens einer Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten auch in dieser Hinsicht als überschuldet betrachtet hat.