

# ZH\_GERICHTE PS240140 vom 23. August 2024

Zh Gerichte, 2024-08-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_gerichte\\_PS240140](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_gerichte_PS240140)

FR: ZH\_GERICHTE PS240140 du 23 août 2024

IT: ZH\_GERICHTE PS240140 del 23 agosto 2024

## Regeste

Überschuldungsanzeige / Ersatzvornahme durch die Revisionsstelle

## Erwägungen

### E. 1

Juli 2024 setzte die Vorinstanz die mündliche Verhandlung auf den 11. Juli 2024 an (act. 7/3). Zur Verhandlung erschienen für die Beschwerdeführerin Rechtsanwalt Dr. iur. X1.\_\_\_\_\_, der Präsident des Verwaltungsrats der Be- schwerdeführerin sowie E.\_\_\_\_\_  
(Prot. Vi. S. 2).

### E. 1.1

Die Vorinstanz eröffnete gestützt auf Art. 725b Abs. 3 OR i.V.m. Art. 192 SchKG den Konkurs über die Beschwerdeführerin. Ein solcher Entscheid kann innert zehn Tagen mit Beschwerde angefochten werden. Der angefochtene Entscheid wurde der Beschwerdeführerin am 16. Juli 2024 zugestellt (act. 7/7), womit die Beschwerdefrist in Anwendung von Art. 145 Abs. 4 ZPO i.V.m. Art. 56 Ziff. 2 SchKG am 12. August 2024 endete. Die Beschwerdeführerin reichte ihr Be- schwerdeschrift am 17. Juli 2024 (act. 2) und damit fristgerecht ein. Innert der Rechtsmittelfrist kann eine Beschwerdeschrift ergänzt werden (vgl. OGer ZH

- 5 - PS230048 vom 19. April 2023 E. 3.3.), was die Beschwerdeführerin mit ihren Ein- gaben vom 26. Juli 2024 und vom 2. August 2024 tat (act. 14, act. 16)

### E. 1.1.1

Die Vorinstanz erwog, dass die Revisionsstelle zur Überschuldungsanzeige berechtigt gewesen sei, da gestützt auf die Zwischenbilanz sowohl zu Veräusse- rungs- als auch zu Fortführungswerten von einer offensichtlichen Überschuldung der Beschwerdeführerin auszugehen sei (act. 6 E. II.3.3.4.).

### E. 1.1.2

Dagegen bringt die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz hätte der Über- schuldungsanzeige der Revisionsstelle nicht stattgeben dürfen, da die Vorausset- zungen von Art. 729c OR nicht vorgelegen hätten. Die Revisionsstelle sei zu Un- recht von einer Überschuldung von Fr. -14.5 Mio. ausgegangen und habe ihr eine unangemessen kurze Frist bis am 21. Juni 2024 angesetzt, um den Nachweis der definitiven Beseitigung der Überschuldung zu erbringen. Die Vorinstanz habe es unterlassen, die Bemühungen des Verwaltungsrats nach Erhalt des Revisionsbe- richts zu würdigen. Mit diesen Bemühungen hätte wohl begründete Aussicht be- standen, dass die Überschuldung von Fr. -7.2 Mio. bis zum Ablauf der 90-tägigen Frist definitiv beseitigt werden könne. Die Vorinstanz hätte sich mit den Massnah- men des Sanierungsplans auseinander setzen müssen, um zu entscheiden,

ob die Revisionsstelle diesen zu Recht ablehnte bzw. zur Überschuldungsanzeige legitimiert war. Da begründete Aussicht auf Sanierung bestehe, die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet seien und der Verwaltungsrat folglich gemäss Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 OR einstweilen auf die Benachrichtigung des Gerichts habe verzichten dürfen, habe die Revisionsstelle mit der Einreichung der Überschuldungsanzeige in die Kompetenzen des Verwaltungsrats eingegriffen bzw. sei sie nicht zur Überschuldungsanzeige berechtigt gewesen (act. 14 Rz. 70 ff., Rz. 80 ff.).

### **E. 1.2**

Eine Überschuldungsanzeige ist eine notwendige Voraussetzung der Konkursöffnung wegen Überschuldung. Das Konkursgericht darf die Überschuldungsanzeige nur vom Verwaltungsrat (Art. 725b Abs. 3 OR), der Revisionsstelle (Art. 728c Abs. 3, Art. 729c OR) oder von 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. Bei der subsidiären Pflicht der Revisionsstelle, im Falle einer offensichtlichen Überschuldung und bei

- 8 - anhaltender Säumnis des Verwaltungsrats das Gericht 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 (BGer 5A\_146/2024 vom 3. Juli 2024 E. 4.2. m.w.H.). Es geht darum, eine Konkursverschleppung, die Anhäufung zusätzlicher Schulden und eine Gläubigerbevorzugung zu verhindern (OGer ZH PS230249 vom 25. Januar 2024 E. II.3.1. m.w.H.). Damit sollen nicht nur die bisherigen Gesellschaftsgläubiger geschützt werden, sondern auch die Allgemeinheit, indem verhindert wird, dass die überschuldete juristische Person im Verkehr bleibt (BGE 127 IV 110 E. 5.a; BGer 5A\_146/2024 vom 3. Juli 2024 E. 4.2. m.w.H.). Eine Revisionsstelle, die zum Anzeigzeitpunkt im Handelsregister eingetragen ist, ist zur Anzeige einer für sie offensichtlich feststehenden Überschuldung legitimiert (BGer 5A\_146/2024 vom 3. Juli 2024 E. 4.3. m.V.a. KRAMPF/SCHULER, Die aktuelle Praxis des Konkursrichters des Bezirksgerichtes Zürich zu Überschuldungsanzeige, Konkursaufschub und Insolvenzerklärung juristischer Personen, AJP 2002 S. 1060 ff., S. 1066 und BSK OR II-WATTER/BÄNZIGER, 6. Aufl. 2023, Art. 728c N 44). Die D. \_\_\_\_\_ AG war zum Anzeigzeitpunkt als Revisionsstelle der Beschwerdeführerin im Handelsregister eingetragen (vgl. E. I.1.1. oben) und demnach legitimiert, das Gericht über die für sie feststehende offensichtliche Überschuldung zu benachrichtigen.

### **E. 1.3**

Vom Vorliegen der Voraussetzungen der Untätigkeit des Verwaltungsrats sowie der offensichtlichen Überschuldung hängen sowohl die Zulässigkeit der Überschuldungsanzeige als auch deren Begründung ab. Solche doppelt relevanten Tatsachen werden nur in einer Prüfungsstation untersucht. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen werden nicht geprüft, sofern sie – wie vorliegend – schlüssig behauptet wurden. In ihrer Anzeige hat die Revisionsstelle plausibel dargelegt und dokumentiert, dass sie einerseits von einer offensichtlichen Überschuldung und andererseits von einem Säumnis des Verwaltungsrats ausgehen durfte (act. 7/1). Ob tatsächlich eine Überschuldung bzw. eine Ausnahme nach Art. 725b Abs. 3 OR vorgelegen hat, ist im Rahmen der materiellen Beurteilung zu prüfen (OGer ZH PS130198 vom 24. Dezember 2013 E. II.3.2;

JAGMETTI/TALBOT, Insol-

- 9 - venzerklärung juristischer Personen und Überschuldungsanzeige, Unter Berücksichtigung der Praxis des Konkursgerichts Zürich und des neuen Aktienrechts, ZZZ 59/2022 S. 264 ff., S. 271; vgl. BGer 5A\_146/2024 vom 3. Juli 2024 E. 4.3.; a.M. KRAMPF/SCHULER, a.a.O., S. 1063 gemäss welchen die Offensichtlichkeit der Überschuldung und die Säumnis des Verwaltungsrats den Zeitpunkt anzeigen, ab welchem die Revisionsstelle die Anzeige vornehmen muss, um nicht für allfälligen Schaden zu haften).

#### **E. 1.4**

Mit Urteil vom 12. Juli 2024 eröffnete die Vorinstanz mit Wirkung ab Freitag, 12. Juli 2024, 16.50 Uhr, den Konkurs über die Beschwerdeführerin (Dispositiv- Ziff. 1) und beauftragte das Konkursamt Winterthur-Altstadt mit der Durchführung des Verfahrens (Dispositiv-Ziff. 2, act. 3 = act. 6 [Aktenexemplar] = act. 7/6).

##### **E. 1.4.1**

Die Vorinstanz erwog, dass sich weder aus der von der Revisionsstelle dem Verwaltungsrat eher knapp angesetzten Frist noch aus den Motiven der Revisionsstelle zur Überschuldungsanzeige (Beschränkung des eigenen Risikos bzw. der eigenen Haftung) eine Unzulässigkeit der Anzeige ableiten lasse (act. 6 E. II.3.4.1. – 3.4.3.).

##### **E. 1.4.2**

Dagegen bringt die Beschwerdeführerin vor, die Revisionsstelle habe die 90-tägige Frist nach Art. 725b Abs. 2 [recte: Abs. 4 Ziff. 2] OR in unzulässiger Weise willkürlich auf 21 Tage verkürzt und den definitiven Nachweis der Überschuldungsbeseitigung gefordert. Dass die Vorinstanz die Berechtigung der Revisionsstelle zur Anzeige bejahte, würde sowohl dem gesetzgeberischen Ziel, dem Verwaltungsrat 90 Tage für eine Sanierung zur Verfügung zu stellen, als auch der gesamten bisherigen Praxis, die von wesentlich längeren Fristen ausgehe, widersprechen (act. 14 Rz. 96 ff.).

##### **E. 1.4.3**

Die Frist, welche die Revisionsstelle dem Verwaltungsrat zur Einhaltung seiner Pflicht nach Art. 725b OR anzusetzen hat, ist von der Maximalfrist nach Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 OR (vgl. E. III.3. unten) zu unterscheiden. Unterlässt die Revisionsstelle die Fristansetzung, herrscht über die Rechtsfolgen Uneinigkeit. Gemäss der Obergerichtskommission des Kantons Obwalden könne dies nicht zur Ungültigkeit einer Überschuldungsanzeige führen. Es wäre unverhältnismässig, aus einem solchen Grund einen Konkurs aufzuheben oder nicht zu eröffnen und die Sache zur Fristansetzung an die Revisionsstelle zurückzuweisen, weshalb auf die Überschuldungsanzeige einzutreten sei. Die Einhaltung dieser Vorgehensweise habe gegenüber den Interessen der Gläubiger sowie der Öffentlichkeit, deren Schutz das Gesetz bezwecke, in den Hintergrund zu treten. Zudem sei

- 10 - zu beachten, dass die Revisionsstelle wegen zu später Überschuldungsanzeige verantwortlich gemacht werden könne und der Gesellschaft kein Schaden entstehe, da der Verwaltungsrat die Gelegenheit habe, vor dem Konkursgericht seine Gegendarstellung vorzubringen (AbR 2000/01 Nr. 28 S. 108 ff., S. 112). Demgegenüber wird die Meinung vertreten, das Konkursgericht habe auf eine Überschuldungsanzeige durch die Revisionsstelle nicht einzutreten, wenn dem Verwaltungsrat vorgängig keine Frist angesetzt wurde (JAGMETTI/TALBOT, a.a.O., S. 271). Dass dies auch die Rechtsfolge

sei, wenn die Revisionsstelle dem Verwaltungsrat eine zu kurze Frist angesetzt habe, wird – soweit ersichtlich – nicht vertreten. Bereits in den Jahren 2022 und 2023 verzeichnete vorliegend die Beschwerdeführerin – wie sie selbst ausführte – Verluste von insgesamt Fr. 10.1 Mio. bzw. Fr. 10.7 Mio.. Zudem bestand bereits per 31. Dezember 2023 eine Überschuldung (vgl. act. 7/4 Rz. 2 f. m.V.a. act. 5/6; act. 5/6a – b). Mit Schreiben vom 19. April 2024 wies die Revisionsstelle den Verwaltungsrat auf die Überschuldung hin und setzte ihm Frist zur Einreichung eines Zwischenabschlusses zu Fortführungs- und Veräusserungswerten an (act. 7/1; act. 7/2/3). Im ersten Quartal 2024 scheiterte eine geplante Finanzierungsrunde. Da es aufgrund der Fortsetzung der bisherigen Ausgabepolitik (Wachstumsfinanzierung) wohl auch im ersten Quartal 2024 zu Verlusten gekommen sei, ging der Verwaltungsrat Ende April 2024 von einer starken Überschuldungsgefahr aus (act. 7/4 Rz. 5). Im Prüfungsbericht der Zwischenbilanz sowie im Begleitschreiben vom 28. Mai 2024 wies die Revisionsstelle den Verwaltungsrat auf seine Pflichten gemäss Art. 725b OR hin und setzte ihm Frist zur Orientierung über das beabsichtigte weitere Vorgehen an (act. 5/8; act. 7/2/6). Mit Schreiben vom 11. Juni 2024 teilte die Revisionsstelle dem Verwaltungsrat im Wesentlichen mit, dass mit den dargelegten Sanierungsmassnahmen die Überschuldung zu Fortführungswerten nicht behoben werden könne und setzte ihm eine letzte, nicht verlängerbare Frist an (act. 7/2/7). Es ergibt sich aus dem geschilderten Ablauf, dass die Revisionsstelle den Verwaltungsrat mehrmals auf seine Pflichten gemäss Art. 725b OR hinwies und diesbezüglich Frist ansetzte. Die verkürzte Darstellung der Beschwerdeführerin findet in den Akten keine Stütze und ein unzulässiges Vorgehen der Revisionsstelle ist nicht erkennbar, auf die Anzeige ist einzutreten.

- 11 -

## **E. 2**

Eventualiter seien das Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 12. Juli 2024 (Geschäfts-Nr. EK240430-K) und die damit angeordnete Konkursöffnung aufzuheben und die Akten an das Nachlassgericht zu überweisen." In prozessualer Hinsicht beantragte sie, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und aufgrund der Umstände sei über die Beschwerde unverzüglich zu entscheiden (act. 14 S. 2).

### **E. 2.1**

Ist eine Gesellschaft überschuldet, eröffnet das Gericht den Konkurs (Art. 725b Abs. 3 OR i.V.m. Art. 192 SchKG). Wie von der Vorinstanz korrekt dargelegt, darf ein Konkursgericht, welches von einer Revisionsstelle eine Überschuldung angezeigt erhält, den Konkurs über eine Gesellschaft nicht eröffnen, wenn sich herausstellt, dass die Gesellschaft nicht überschuldet ist oder zum Zeitpunkt des Entscheids keine Überschuldung mehr vorliegt (act. 6 E. II.1. m.V.a. BSK SchKG I-BRUNNER/BOLLER/FRITISCHI, 3. Aufl. 2021, Art. 192 N 16a; BSK OR II- KÄGI/ZWEIFEL/WÜNSTINER, 6. Aufl. 2023, Art. 725b N 44). Das Konkursgericht hat demnach zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt der Konkursöffnung überschuldet war. Eine Überschuldung einer Gesellschaft liegt gemäss Art. 725b Abs. 1 OR vor, wenn die Verbindlichkeiten der Gesellschaft durch die Aktiven weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind und kein Ausnahmetatbestand von Art. 725b Abs. 4 OR vorliegt (vgl. OGer ZH PS230249 vom 25. Januar 2024 E. II.6.2.). Zu berechnen ist dabei das Nettoaktivvermögen, mithin die Aktiven abzüglich des nicht nachrangigen Fremdkapitals

(KÄGI/ZWEIFEL/WÜSTINER, a.a.O., Art. 725b N 11).

## **E. 2.2**

Gemäss der Zwischenbilanz zu Fortführungswerten steht einem Aktivvermögen von Fr. 24'313'679.– ein Fremdkapital von Fr. 31'491'365.– gegenüber, womit eine Überschuldung von Fr. -7'177'686.– vorliegt (act. 7/2/4/2). Gemäss der Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten beträgt das Aktivvermögen der Beschwerdeführerin Fr. 13'226'799.– und ihr Fremdkapital Fr. 36'426'562.–, woraus eine Überschuldung von Fr. -23'199'763.– resultiert (act. 7/2/4/1). Die Revisionsstelle brachte sowohl in Bezug auf die Zwischenbilanz zu Fortführungswerten als auch zu Veräusserungswerten Einschränkungen und Bemerkungen an, unter deren Berücksichtigung die Überschuldung gemäss der Zwischenbilanz zu Fortführungswerten Fr. -14'500'000.– und gemäss der Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten Fr. -31'902'659.– betragen würde (act. 7/2/5 f.; act. 7/2/7). Dass sowohl gestützt auf die Bilanz zu Fortführungs- als auch zu Veräusserungswerten eine Überschuldung der Beschwerdeführerin bestand, führte diese anlässlich der

- 12 - Konkursverhandlung selber aus (vgl. act. 5/4 Rz. 5, Rz. 14, Rz. 20, Rz. 21). Die Überschuldung zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung ist folglich unbestritten.

## **E. 2.3**

Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass, sofern die Beschwerdeführerin vorbringt, die Vorinstanz habe festgestellt, die Überschuldung betrage gemäss der Bilanz zu Fortführungswerten Fr. -7'7178'00.– (act. 14 Rz. 75, Rz. 81, Rz. 90), ihr nicht zu folgen ist. In ihrer Erwägung II.3.3.2. erwoh die Vorinstanz einzig, dass selbst bei Berücksichtigung der von der Beschwerdeführerin vorgebrachten beanstandeten Positionen (gestützt auf welche die Revisionsstelle von einer Überschuldung von Fr. -14'500'000.– ausgehe) in Bezug auf die Bilanz zu Fortführungswerten eine Überschuldung im Umfang von Fr. -7'178'000.– bestehe.

## **E. 2.4**

Mit Eingabe vom 2. August 2024 (persönlich überbracht) wandte sich die Beschwerdeführerin mit einer "Noveneingabe" an die Kammer (act. 16).

## **E. 2.5**

Die Akten der Vorinstanz (act. 7/1 – 11) wurden von Amtes wegen beigezogen. Auf das Einholen einer Stellungnahme der Revisionsstelle oder der Vorinstanz kann verzichtet werden. Die Angelegenheit ist spruchreif. II. 1.

## **E. 3.1**

Die Vorinstanz kam zum Schluss, die Beschwerdeführerin habe nicht genügend dargetan, dass begründete Aussicht auf Sanierung innert der 90-tägigen Frist bzw. bis zum 27. August 2024 bestehe (act. 6 E. II.3.4.6.).

## **E. 3.2**

Dagegen bringt die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz habe verlangt, dass sie am 11. Juli 2024 [an der Konkursverhandlung] verbindliche Verpflichtungen zur Aktienzeichnung von Investoren vorlege und die Beseitigung der Überschuldung beweise. Damit sei die in Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 OR vorgesehene Frist zu Unrecht gekürzt worden. Der Nachweis der effektiven Beseitigung der Überschuldung dürfe vor Ablauf der 90-tägigen Frist nicht verlangt werden (act. 14 Rz. 92, Rz. 97 ff.).

### **E. 3.3**

Mit der auf den 1. Januar 2023 in Kraft getretenen Aktienrechtsrevision hat der Gesetzgeber die unter altem Recht unklare und teilweise umstrittene Frage (vgl. BSK OR II-WÜSTINER, 5. Aufl. 2016, Art. 725 N 40a) geklärt, wie lange der Verwaltungsrat die Benachrichtigung des Gerichts unterlassen kann. Es gilt eine Frist von längstens 90 Tagen, vom Tag des Vorliegens der geprüften Zwischenabschlüssen an gerechnet. Bei den 90 Tagen handelt es sich um eine Maximalfrist (vgl. Wortlaut der Bestimmung "spätestens" sowie Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts [Aktienrecht], BBl 2017 [nachfol-

- 13 - gend: Botschaft Aktienrecht] 579) und nicht um eine Karenzfrist. Der Verwaltungsrat kann die Frist nicht vorbehaltlos ausreizen, sondern hat regelmässig zu prüfen (vgl. Wortlaut der Bestimmung "solange"), ob weiterhin begründete Aussichten auf eine fristgerechte Überschuldungsbehebung bestehen. Wird dies verneint, hat er das Gericht zu benachrichtigen (KÄGI/ZWEIFEL/WÜSTINER, a.a.O., Art. 725b N 65; HUNKELER/WOHL/SCHÖNMANN, in: Berner Kommentar, Das Aktienrecht - Kommentar der ersten Stunde, Art. 725 – 725c N 96).

### **E. 3.4**

Der Vollständigkeit halber ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass der Verwaltungsrat erst am 5. Juli 2024 – somit mehr als 5 Wochen nach Vorliegen der geprüften Zwischenbilanz – zur Generalversammlung einlud (act. 5/7). Auch die Term Sheets wurden erst zwischen dem 8. und 10. Juli 2024 – folglich rund sechs Wochen nach Vorliegen der geprüften Zwischenbilanz – unterschrieben (act. 5/11).

### **E. 3.5**

Sofern die Beschwerdeführerin geltend macht, dem Verwaltungsrat stünden vorbehaltlos 90 Tage "für eine Sanierung zur Verfügung", ist ihr nicht zu folgen, da es sich bei der 90-tägigen Frist um eine Maximalfrist handelt. Die Vorinstanz kam richtigerweise zum Schluss, dass zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung keine begründete Aussicht für eine fristgerechte Beseitigung der Überschuldung bestehe (vgl. E. III.4.5.2. unten), weshalb sie korrekterweise zu diesem Zeitpunkt den Konkurs über die Beschwerdeführerin eröffnete.

### **E. 4.1**

Die Vorinstanz erwog, dass gemäss der eigenen Darstellung der Beschwerdeführerin (m.V.a. act. 7/4 Rz. 32) eine Sanierung nur erfolgen könne, wenn das notwendige Kapital von den Investoren eingezahlt werde. Gemäss der Beschwerdeführerin seien Gespräche mit Investoren geführt worden, welche bereits zu "Term Sheets" über Fr. 9'970'000.– geführt hätten. Die Vorinstanz verweist auf das Intro der eingereichten Term Sheets, das ausdrücklich festhalte: "this term sheet [...] is for discussion purposes only, and except as specifically set forth below there is no legally binding obligation on the part of any negotiating party until definitive agreements are signed and delivered by all parties. This Term Sheet

- 14 - does not constitute an offer to sell nor an offer to purchase securities in the Company" (m.V.a. act. 5/11). Gestützt darauf erwog die Vorinstanz, die Term Sheets seien unverbindliche Absichtserklärungen, mit welchen die Beschwerdeführerin auch unter Berücksichtigung der weiter vorgelegten Unterlagen und der Business Judgment Rule keine begründete Aussicht auf Sanierung rechtsgenügend nachweisen könne. Gestützt auf die

Absichtserklärungen bzw. "Term Sheets" seien die Investoren nicht verpflichtet, das – an der auf den 26. Juli 2024 angesetzten Generalversammlung – neu zu beschliessende Aktienkapital tatsächlich bis Ende August 2024 zu liberieren. Es sei damit nicht genügend dargetan, dass begründete Aussicht auf Sanierung innert der 90-tägigen Frist bzw. bis zum 27. August 2024 bestehe, weshalb die Beschwerdeführerin sich nicht darauf berufen könne, die Anzeige zu Recht unterlassen zu haben (act. 6 E. II.3.4.6.).

#### **E. 4.2**

Dagegen bringt die Beschwerdeführerin vor, anlässlich der Konkursverhandlung habe sie dargelegt, dass weiterhin begründete Aussicht auf Sanierung bestehe und diese in der Zwischenzeit konkretisiert worden seien. Sie habe die neue Transaktionsstruktur (Harmonika) detailliert erläutert und die Einladung zur Generalversammlung vom 26. Juli 2024 sowie 19 unterzeichnete Term Sheets eingereicht. Entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen würden die Term Sheets belegen, dass die begründete Aussicht auf Sanierung am 11. Juli 2024 weiterhin bestand, weil die vom Verwaltungsrat gefundenen 19 Investoren ihre konkrete Absicht bestätigt hätten, spätestens am 26. Juli 2024 die Aktien der Beschwerdeführerin zu einem auf der Unterschriftsseite des jeweiligen Term Sheets angegebenen Betrags zu zeichnen. In rechtlicher Hinsicht macht die Beschwerdeführerin geltend, "Aussicht auf Sanierung" heisse nicht "Gewissheit einer Sanierung", sondern es genüge, wenn die Sanierung überwiegend wahrscheinlich sei (m.V.a. KÄGI/ZWEIFEL/WÜSTNER, a.a.O., Art. 725b N 65; BGE 116 II 533; BGer 4C.436/2006 vom 18. April 2007; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht,

#### **E. 4.3**

Gemäss Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 OR kann die Überschuldungsanzeige aufgeschoben werden, 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 Forderung der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden. Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 OR wurde mit der am 1. Januar 2023 in Kraft getretenen Aktienrechtsrevision eingeführt und kodifiziert und präzisiert die bisherige Bundesgerichtspraxis (HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, 2. Aufl. 2020, Rz. 1749; BÖCKLI, a.a.O., § 11 Rz. 255).

#### **E. 4.4**

Der Wortlaut von Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 OR verlangt für den Aufschub der Benachrichtigung des Gerichts insbesondere begründete Aussicht für die fristgerechte Überschuldungsbehebung. In der Lehre wird die Meinung vertreten, dass zusätzlich begründete Aussicht auf Vollendung der (unmittelbar anschliessenden effektiven bzw. nachhaltigen) Sanierung der Gesellschaft bestehen muss (ausführlich BÖCKLI, a.a.O. § 11 Rz. 250 ff. m.w.H.; HUNKELER/WOHL/SCHÖNMANN, a.a.O., Art. 725 – 725c N 91 f.; a.M. KÄGI/ZWEIFEL/WÜSTNER, a.a.O., Art. 725b N 65 und wohl auch VON DER CRONE, Aktienrecht, 2. Aufl. 2020, Rz. 2007). Da vorliegend – wie aufzuzeigen sein wird (vgl. E. III.4.5.2. unten) – keine begründete

- 16 - Aussicht auf fristgerechte Behebung der Überschuldung bestand, kann offenbleiben, ob für einen Aufschub der Benachrichtigung des Gerichts nach Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 OR auch eine begründete Aussicht auf Sanierung zu verlangen ist. 4.5.1. Damit die Benachrichtigung des Gerichts gestützt auf Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 OR unterbleiben kann, wird begründete Aussicht auf fristgerechte Überschuldungsbehebung (sowie ggfls. auf

Sanierung [vgl. E. III.4.4. oben]) verlangt. Übertriebene Erwartungen oder vage Hoffnungen reichen indes nicht aus (vgl. BGer 6B\_448/2018 vom 9. Januar 2019 E. 3.4. m.w.H.; CHK OR- FACINCANI/ PLÜSS, 4. Aufl. 2023, Art. 725b N. 12) und auch bei erheblichen Zweifeln an den Erfolgsaussichten ist die begründete Aussicht zu verneinen (vgl. BGer 6B.492/2009 vom 18. Januar 2010 E. 2.2 m.w.H.). 4.5.2. In ihrer Beschwerdeschrift belässt es die Beschwerdeführerin dabei, geltend zu machen, die Vorinstanz habe die Tatsache ignoriert, dass begründete Aussicht auf Sanierung bestehe, da 19 Investoren ihre konkrete Absicht zur Aktienzeichnung bestätigt hätten (vgl. act. 14 Rz. 88, Rz. 90). Sie zeigt jedoch nicht auf, inwiefern die potentiellen Investoren – entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen – in den Term Sheets ihre "konkrete Absicht" zu Aktienzeichnung bestätigen würden und woraus sich der verpflichtende Charakter der Term Sheets ergebe. Das Intro der Term Sheets hält explizit fest, dass diese lediglich Diskussionszwecken dienen und, ausser wo ausdrücklich festgehalten, für die verhandelnden Parteien keine rechtlich bindenden Verpflichtungen darstellen, solange keine finalen Verträge von allen Parteien unterzeichnet und allen Parteien zugestellt worden seien. Zudem stellen sie kein Angebot zum Kauf von Wertpapieren des Unternehmens dar (vgl. act. 5/11). Die Term Sheets sind deshalb als unverbindliche Absichtserklärungen zu qualifizieren, in welchen sich die potentiellen Investoren nicht zur zukünftigen Liberierung des Aktienkapitals verpflichten. Es bestehen deshalb erhebliche Zweifel daran, dass die potentiellen Investoren das Kapital tatsächlich einzahlen. Die Beschwerdeführerin führte vor Vorinstanz auch nichts Konkretes zum Interesse der potentiellen Investoren an der Sanierung und zu deren Bonität aus. Damit wurden keine äusseren Umstände behauptet oder belegt,

- 17 - aufgrund derer die Vorinstanz hätte abschätzen können, wie ernsthaft die Absichtserklärungen waren und mit welcher Wahrscheinlichkeit auf das Einschies- sen von finanziellen Mitteln vertraut werden durfte. Auch in Bezug auf die ausser- ordentliche Generalversammlung machte die Beschwerdeführerin vor der Vorin- stanz keine konkreten Ausführungen zu den Voraussetzungen für die Harmonika und Verrechnungsliberierung und zum Erlangen des notwendigen Quorums. Da die Beschwerdeführerin beabsichtigte, die Überschuldung vollumfänglich durch die Harmonika und die Verrechnungsliberierung zu beheben (vgl. act. 7/4 Rz. 22), somit die Überschuldungsbehebung von den Kapitaleinzahlungen abhing, konnte die Vorinstanz die begründete Aussicht auf fristgerechte Überschuldungsbehebung zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung verneinen. Die Vorinstanz verneinte deshalb zu Recht, dass die Voraussetzungen für den Ausnahmetatbestand von Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 OR vorlagen. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass das Term Sheet der G.\_\_\_\_\_ GmbH & Co. KG über Euros 1 Mio. von Seiten der Beschwerdeführerin nicht unterzeichnet wurde (vgl. act. 5/11). Die Summe der unterzeichneten Term Sheets beläuft sich auf Fr. 8.97 Mio., womit die gemäss der Revisionsstelle beste- hende Überschuldung zu Fortführungswerten von Fr. -14.5 Mio. (vgl. E. I.1.2. oben) in jedem Fall nicht hätte behoben werden können. Daran vermag nichts zu ändern, dass die Beschwerdeführerin selbst von einer tieferen Überschuldung ausgeht. 4.5.3. Da die Vorinstanz korrekterweise begründete Aussichten auf eine fristge- rechte Behebung der Überschuldung verneinte und vorliegend offen gelassen wird, ob für den Ausnahmetatbestand Art. 275b Abs. 4 Ziff. 2 OR auch eine be- gründete Aussicht auf Sanierung zu verlangen wäre (vgl. E. III.4.4.), ist auf das Sanierungskonzept der Beschwerdeführerin nicht weiter einzugehen.

## **E. 5**

Aufl. 2022, § 11 N 247). So sei in der Botschaft zum Aktienrecht, die auf BGE 116 II 533 verweise, nur von einer begründeten und konkreten Aussicht auf Sanierung die Rede. Zur Behebung der Überschuldung würden alle Massnahmen gehören, die zu einem Wegfall der Konkursanzeigepflicht führten, und das dem Verwaltungsrat bei der Beurteilung der Sanierungsmassnahmen zukommende

- 15 - Geschäftsermessen sei, in Anwendung der Business Judgment Rule, von den Gerichten nur zurückhaltend zu überprüfen (m.V.a. KÄGI/ZWEIFEL/WÜSTNER, a.a.O., Art. 725b N 6). Wenn ernsthafte Investoren Term Sheets unterzeichnen, in denen sie die Absicht erklären würden, eine am 26. Juli 2024 zu beschliessende Kapitalerhöhung zu zeichnen und zudem der Gesamtbetrag von Fr. 9.97 Mio. der Absichtserklärungen bereits genüge, um die von der Vorinstanz festgestellte Überschuldung von Fr. -7'177'686.– zu beseitigen, sei die Sanierung überwiegend wahrscheinlich und die Aussicht auf Sanierung konkret und begründet. Indem die Vorinstanz die neue Transaktionsstruktur, die Einladung zur Generalversammlung vom 26. Juli 2024 und die unterzeichneten Term Sheets für den Nachweis der begründeten Aussicht auf Sanierung nicht als hinreichend erachtete, habe sie Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 OR falsch ausgelegt und im Endergebnis den effektiven Nachweis der erfolgreichen Überschuldungsbeseitigung vor Ablauf der 90-tägigen Frist verlangt (act. 14 Rz. 77 ff., Rz. 87 ff.).

### **E. 5.1**

Die Vorinstanz liess offen, inwiefern die Forderungen der Gläubiger dadurch gefährdet würden, dass die Beschwerdeführerin gemäss eigenen Ausführungen keine Finanzschulden zurückzahle, sondern die Forderungen der Kunden auf Lie-

- 18 - ferung und Leistungen durch Erbringen von Dienstleistungen erfülle und nur die Zahlungen für Löhne und Sozialversicherungsbeiträge bezahle (act. 6 E. II.3.4.7.).

### **E. 5.2**

Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, die Vorinstanz habe dadurch den Sachverhalt offensichtlich falsch festgestellt und Art. 725b Abs. 4 OR verletzt, da sie keinerlei Feststellungen zur fehlenden zusätzlichen Gefährdung der Gläubiger getroffen habe (act. 14 Rz. 93 ff.), kann ihr nicht gefolgt werden. Die Voraussetzungen gemäss Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 OR müssen kumulativ vorliegen (Botschaft Aktienrecht, 279; KÄGI/ZWEIFEL/WÜSTNER, a.a.O., 3, Art. 725b N 65). Da – wie aufgezeigt (vgl. E. III.4.5.2. oben) – die Voraussetzung der begründeten Aussicht auf fristgerechte Überschuldungsbehebung zu verneinen ist, konnte die Vorinstanz auf die Prüfung verzichten, ob die Forderungen der Gläubiger zusätzlich gefährdet wären.

## **E. 6**

Wie dargelegt (vgl. E. III.2.1. oben m.V.a. Art. 725b Abs. 3 OR i.V.m. Art. 192 SchKG), eröffnet das Gericht den Konkurs, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt der Konkurseröffnung überschuldet ist. Das Argument der Beschwerdeführerin, aufgrund der Auswirkungen des Konkurses habe die Vorinstanz mit der Konkurseröffnung das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt (act. 14 Rz. 100 f.), verfängt nicht, weil die bestehende Überschuldung keinen Handlungsspielraum belässt und die Konkurseröffnung unumgänglich macht. Dies selbst dann, wenn der Konkurs – wie hier – erhebliche Auswirkungen zeitigt.

### **E. 7.1**

Eventualiter argumentiert die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz hätte in Anwendung von Art. 173a Abs. 2 SchKG den Entscheid über den Konkurs von Amtes wegen aussetzen und die Akten an das Nachlassgericht überweisen müssen, da im vorinstanzlichen Verfahren nachgewiesen worden sei, dass konkrete Anhaltspunkte für eine unmittelbare Sanierung bestünden. Das vorinstanzliche Urteil und die damit angeordnete Konkursöffnung seien aufzuheben und die Akten dem Nachlassgericht zu überweisen (act. 14 Rz. 102 ff.).

- 19 -

### **E. 7.2**

Vorab ist festzuhalten, dass die vorinstanzliche Feststellung, die Beschwerdeführerin habe kein Nachlassgesuch gestellt (act. 6 E. II.4.), unbestritten blieb (act. 14 Rz. 102). Es trifft zu, dass das Konkursgericht von Amtes wegen den Entscheid über den Konkurs aussetzen kann, wenn Anhaltspunkte für das Zustandekommen eines Nachlassvertrags bestehen. In diesem Fall überweist es die Akten dem Nachlassgericht. Allerdings hat das Gericht nicht nach Möglichkeiten einer Sanierung zu forschen, bevor es den Konkurs ausspricht; es hat erst recht einen weiteren Beurteilungsspielraum, wenn es um die Frage geht, ob es von sich aus den Entscheid über den Konkurs aussetzen soll (BGer 5A\_625/2015 vom 18. Januar 2016 E. 3.8.1.). Inwiefern der (implizite) Ermessensentscheid der Vorinstanz, den Entscheid über den Konkurs nicht auszusetzen, offensichtlich unbillig sei, legt die Beschwerdeführerin nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. Insofern ist auch der Eventualantrag der Beschwerdeführerin abzuweisen.

### **E. 8**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Da der Beschwerde am 17. Juli 2024 aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde (act. 9), ist der Konkurs neu zu eröffnen. IV.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.