

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230249-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M Sarbach und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Tanner

Urteil vom 25. Januar 2024

in Sachen

A2. _____ AG,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____,

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X2. _____,

betreffend **Überschuldungsanzeige /**

Ersatzvornahme durch die Revisionsstelle

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes
Zürich vom 5. Dezember 2023 (EK231377)**

Erwägungen:

I.

1.

1.1. Die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Beschwerdeführerin) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Ihr Zweck besteht insbesondere in der Beratung und anderen Tätigkeiten im Bereich der Vermögensverwaltung von Privat- und Gesellschaftsvermögen. Als (kollektiv-)zeichnungsberechtigter Präsident des Verwaltungsrates ist im Handelsregister gegenwärtig einzig der russische Staatsangehörige B._____ mit Wohnsitz in C._____ (Russland) eingetragen. Die D._____ AG ist die Revisionsstelle (fortan Revisionsstelle) der Beschwerdeführerin (act. 6).

1.2. Mit Schreiben vom 10. Juli 2023 teilte die Revisionsstelle der Beschwerdeführerin mit, sie prüfe zur Zeit ihre Jahresrechnung im Rahmen einer eingeschränkten Prüfung. Sie habe dabei per 31. Dezember 2022 eine Überschuldung festgestellt. Entsprechend müsse die Beschwerdeführerin innert kurzer Frist saniert werden. Die Revisionsstelle bitte die Beschwerdeführerin daher um Rückmeldung bis zum 10. August 2023 bezüglich ihres Vorgehens. Zugleich stellte die Revisionsstelle der Beschwerdeführerin in Aussicht, dass sie das Gericht benachrichtigen werde, wenn sie die verlangten Informationen nicht erhalten werde (act. 10/2/1). In der Folge liess die Beschwerdeführerin die ihr angesetzte Frist ungenutzt verstreichen.

1.3. Am 10. August 2023 teilte die Revisionsstelle dem Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (fortan Vorinstanz) mit, dass die Beschwerdeführerin überschuldet sei. Ihr Verwaltungsrat habe trotz Fristansetzung weder Sanierungsmassnahmen noch Rangrücktritte vorgelegt (act. 10/1). Dieser Eingabe legte die Revisionsstelle einen Handelsregisterauszug und die Jahresrechnung 2022 bei (act. 10/2/4). Gleichentags sandte die Revisionsstelle zudem eine Kopie ihrer Überschuldungsanzeige der Beschwerdeführerin (act. 10/2/2). Mit Urteil vom 5. Dezember 2023 eröffnete die Vorinstanz in der Folge den Konkurs über die

Gesuchstellerin und beauftragte das Konkursamt Zürich Altstadt mit dem Vollzug dieser Anordnung (act. 3 = act. 9 = act. 10/34).

2.

Dagegen erhob die Beschwerdeführerin am 22. Dezember 2023 (Datum Poststempel) Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich. Sie stellte darin folgendes Rechtsbegehren (act. 2 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich (Konkursgericht) vom 5. Dezember 2023 betreffend Überschuldungsanzeige (Ersatzvornahme durch die Revisionsstelle), Geschäfts-Nr. EK231377-L, und die Konkurseröffnung aufzuheben.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Revisionsstelle D._____ AG."

In prozessualer Hinsicht beantragte sie weiter (act. 2 S. 2):

- "1. Die vorinstanzlichen Akten (Geschäfts-Nr. EK231377-L) seien beizuziehen.
2. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen."

Mit Verfügung vom 27. Dezember 2023 erteilte die Präsidentin der Kammer der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung. Zugleich setzte sie der Beschwerdeführerin eine Frist an, um einen Vorschuss von Fr. 750.– zu leisten (act. 7). Dieser Vorschuss traf mit Valutadatum 3. Januar 2024 bei der Gerichtskasse ein (act. 11). Die Akten der Vorinstanz wurden von Amtes wegen beigezogen. Auf das Einholen einer Stellungnahme der Revisionsstelle oder der Vorinstanz kann verzichtet werden. Die Angelegenheit ist spruchreif.

II.

1.

1.1. Die Vorinstanz eröffnete gestützt auf Art. 729c OR in Verbindung mit Art. 725b OR den Konkurs über die Beschwerdeführerin (act. 3 E. 7). Ein solcher Entscheid kann innert zehn Tagen mit Beschwerde angefochten werden. Der angefochtene Entscheid wurde der Beschwerdeführerin am 14. Dezember 2023 zugestellt (act. 10/36). Die Beschwerdeführerin übergab ihr Rechtsmittel am

22. Dezember 2023 (act. 2 S. 1) und damit rechtzeitig innert der 10-tägigen Beschwerdefrist der Post.

1.2. Die Beschwerde ist begründet und mit Anträgen versehen bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen. Die Beschwerde soll sich dabei sachbezogen mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinandersetzen und darlegen, inwieweit der angefochtene Entscheid unrichtig sei (CHK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 321 N 13 f.). Die vorliegende Beschwerde enthält klare Rechtsbegehren und wurde eingehend begründet (act. 2 S. 2 ff.). Damit entspricht sie den formellen Voraussetzungen von Art. 321 Abs. 1 ZPO. Die Beschwerdeführerin ist durch den Entscheid der Vorinstanz beschwert. Sie hat zudem den Kostenvorschuss von Fr. 750.– fristgerecht bezahlt (act. 11). Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen von Art. 59 Abs. 2 ZPO erfüllt sind, ist auf das Rechtsmittel einzutreten.

2.

2.1. Die Vorinstanz erwog, die Revisionsstelle sei zur Überschuldungsanzeige legitimiert gewesen. Die Bilanz der Beschwerdeführerin zeige eine offensichtliche Überschuldung an, was diese selbst bestätigt habe. Gemäss Art. 729c OR in Verbindung mit Art. 725b OR sei daher der Konkurs über sie zu eröffnen (act. 3 E. 5–7).

2.2. Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, die Revisionsstelle habe sich über die formellen Voraussetzungen von Art. 729c OR hinweggesetzt: Mit Schreiben vom 10. Juli 2023 habe die Revisionsstelle die Beschwerdeführerin darauf hingewiesen, dass sie überschuldet sei. Zugleich habe die Revisionsstelle der Beschwerdeführerin eine Frist von 30 Tagen angesetzt, um ihr Vorgehen zu erörtern. Die Revisionsstelle habe dieses Schreiben an die Sitzadresse der Beschwerdeführerin gesandt. Die Beschwerdeführerin sei damals mit unzeitigen Abgängen aller Verwaltungsratsmitglieder, die ihren Wohnsitz in der Schweiz gehabt hätten, konfrontiert gewesen. Entsprechend habe ihr dieses Schreiben nie zugestellt werden können. Richtigerweise hätte die Revisionsstelle dieses Schreiben direkt an den verbleibenden Verwaltungsratspräsidenten B. _____ oder an ein an-

deres Verwaltungsratsmitglied senden müssen. Dies wäre denn auch ohne Weiteres möglich gewesen (act. 2 S. 6 f.). Der Verwaltungsrat habe das Schreiben vom 10. Juli 2023 betreffend Revisionsergebnis und der daraus resultierenden Konsequenzen nicht zur Kenntnis genommen. Ungeachtet dessen habe die Revisionsstelle keinen weiteren Zustellversuch an ein Verwaltungsratsmitglied der Beschwerdeführerin unternommen, obwohl ihr dies zumutbar gewesen wäre. Die Revisionsstelle habe den Verwaltungsrat somit nicht rechtsgenügend über die angebliche Überschuldung informiert. Folglich habe sie ihm auch keine wirksame Frist angesetzt, um allfällige Sanierungsmassnahmen zu ergreifen (act. 2 S. 9 f.).

3.

3.1. Das Aktienrecht kennt die ordentliche Revision (Art. 727 OR), die eingeschränkte Revision (Art. 727a Abs. 1 OR) und den Verzicht auf eine Revision (Art. 727a Abs. 2 OR). Die Beschwerdeführerin lässt ihre Jahresrechnung eingeschränkt durch ihre Revisionsstelle überprüfen (act. 10/2/1). Folglich regelt nicht Art. 728c Abs. 3 OR, sondern Art. 729c OR die Mitteilungspflicht im Überschuldungsfall, wobei diese Bestimmung wie folgt lautet: "Ist die Gesellschaft offensichtlich überschuldet und unterlässt der Verwaltungsrat die Anzeige, so benachrichtigt die Revisionsstelle das Gericht." Wird der Richter benachrichtigt, so hat er grundsätzlich den Konkurs zu eröffnen, wenn die Voraussetzungen dafür erfüllt sind, das heisst, wenn ihm eine formell korrekte Überschuldungsanzeige unterbreitet wurde und die Gesellschaft überschuldet ist. Durch diese Mitteilungspflicht sollen eine Konkursverschleppung, die Anhäufung zusätzlicher Schulden und eine Gläubigerbevorzugung verhindert werden (BGer, 5A_517/2011 vom 16. Dezember 2011, E. 3.1; BSK OR II-Watter/Bänziger, 6. A., Art. 729c N 3 in Verbindung mit Art. 728c N 8; KUKO OR-Kirchschräger/Wirth, Art. 728c N 4). Bei einer Überschuldung tragen nämlich nicht das Aktienkapital und die gesetzlichen Reserven, sondern die Gläubiger das unternehmerische Risiko, was den Grundwerten einer Kapitalgesellschaft zuwiderläuft (vgl. Böckli, Schweizer Aktienrecht, 5. A., Zürich/Genf 2022, § 11 N 176).

3.2. Der Sitz einer Aktiengesellschaft kann innerhalb der Schweiz grundsätzlich frei gewählt werden (Art. 56 ZGB in Verbindung mit Art. 626 Abs. 1 Ziff. 1 OR;

BSK OR II-Schenker/Meyer, 6. A., Art. 626 Abs. 1 N 6). Als Sitz wird der Name der politischen Gemeinde ins Handelsregister eingetragen (Art. 117 Abs. 1 HRegV). Als Rechtsdomizil wird die Adresse vermerkt, unter der die Rechtseinheit an ihrem Sitz erreicht werden kann, mit folgenden Angaben: Strasse, Hausnummer, Postleitzahl und Ortsname. Es kann die eigene Adresse der Rechtseinheit oder die eines anderen (c/o-Adresse) sein (Art. 117 Abs. 2 HRegV). Die juristische Person muss an ihrem Rechtsdomizil effektiv erreichbar sein. Unzulässig sind hingegen fiktive Adressen, bei denen die Erreichbarkeit bloss über eine Umleitung von Briefsendungen an eine Postfachadresse erfolgen soll (Meisterhans/Gwelessiani, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2021, Art. 117 N 500; VGer ZH, VB.2018.00566 vom 23. Januar 2019, E. 2.3). Vielmehr muss an der gewählten Adresse eine natürliche Person alle an die Gesellschaft gerichteten Schreiben physisch entgegennehmen (VGer ZH, VB.2020.00870 vom 18. März 2021, E. 2.4). Zustellungen an das statutarische Domizil einer Gesellschaft sind somit rechtlich verbindlich. Unerheblich ist dabei, dass vorliegend offenbar mehrere Verwaltungsräte kurzfristig zurückgetreten sind. Vielmehr hätte die Beschwerdeführerin ihre jederzeitige Erreichbarkeit an ihrem offiziellen handelsregisterrechtlichen Zürcher Sitz sicherstellen müssen. Die Revisionsstelle musste weder den Verwaltungsrat mehrfach zum Handeln auffordern noch traf sie eine Pflicht, ihr Schreiben zusätzlich an den C._____er Wohnsitz des Verwaltungsratspräsidenten B._____ zu senden. Gemäss Art. 718 Abs. 4 OR muss eine Aktiengesellschaft durch mindestens eine Person mit Wohnsitz in der Schweiz vertreten werden. Diese Bestimmung verlöre jede Bedeutung, begründete das Fehlen einer in der Schweiz wohnenden Vertretung stets die Pflicht zur Zustellung ins Ausland. Zusammenfassend kann der Revisionsstelle kein Mitteilungsfehler angelastet werden.

4.

4.1. Die Beschwerdeführerin wirft der Revisionsstelle weiter vor, sie habe ihr bloss eine einmalige Frist von 30 Tagen angesetzt, um auf die angebliche Überschuldung zu reagieren und die entsprechenden Sanierungsmassnahmen zu ergreifen. Gemäss Art. 725c [gemeint 725b] Abs. 4 Ziff. 2 OR hätte die Revisions-

stelle dem Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin dafür eine Frist von 90 Tagen gewähren müssen (act. 2 S. 7, 9 f.).

4.2. Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 OR begründet keine Pflicht zur Fristansetzung. Vielmehr bezeichnet diese Norm bloss die maximale Zeitspanne, während der ein Verwaltungsrat bei ernsthaften Sanierungsaussichten darauf verzichten darf, das Gericht zu benachrichtigen. Auch Art. 729c OR äussert sich nicht zur Frage, welche Frist die Revisionsstelle dem Verwaltungsrat anzusetzen hat, ehe sie selbst das Gericht informieren muss. Um eine Konkursverschleppung zu verhindern, verbietet sich hier eine übermässig lange Frist. Zugleich darf die Frist aber auch nicht zu kurz bemessen sein, denn nur so kann der Verwaltungsrat das Versäumte effektiv nachholen. Bei der Fristansetzung gilt es diese beiden Interessen gegeneinander abzuwägen. Böckli erachtet eine "Frist von wenigen Wochen" als sachgerecht (Böckli, a.a.O., § 11 N 298). Von der Crone plädiert für eine vier- bis sechswöchige Frist (von der Crone, Aktienrecht, 2. A., Bern 2020, N 1746). Vorliegend forderte die Revisionsstelle den Verwaltungsrat auf, ihr innert 30 Tagen das weitere Vorgehen aufzuzeigen (act. 10/2/1). Damit stand dem Verwaltungsrat ausreichend Zeit zur Verfügung, um die nötigen Schritte zu ergreifen.

5.

5.1. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Revisionsstelle habe keine geprüfte Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Liquidationswerten, sondern bloss eine Jahresrechnung zu Fortführungswerten per 31. Dezember 2022 eingereicht. Auch habe die Revisionsstelle die Beschwerdeführerin zu keinem Zeitpunkt aufgefordert, einen solchen doppelten Zwischenabschluss zu erstellen. Der Vorinstanz hätten somit keinerlei Unterlagen vorgelegen, aus welchen sie sich ein Bild über die finanzielle Lage der Beschwerdeführerin hätte machen können. Aufgrund der Untersuchungsmaxime hätte die Vorinstanz die Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Veräusserungswerten von der Revisionsstelle oder der Beschwerdeführerin einholen müssen. Der Konkursrichter dürfe nicht auf die gesetzlich vorgeschriebenen Unterlagen verzichten (act. 2 S. 7, 9 f.).

5.2. Wenn begründete Besorgnis besteht, dass die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind, so erstellt der Verwaltungsrat unverzüglich je einen Zwischenabschluss zu Fortführungswerten und Veräusserungswerten (Art. 725b Abs. 1 Satz 1 OR). Auf den Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten kann verzichtet werden, wenn die Annahme der Fortführung gegeben ist und der Zwischenabschluss zu Fortführungswerten keine Überschuldung aufweist (Art. 725b Abs. 1 Satz 2 OR). Ist die Annahme der Fortführung nicht gegeben, so genügt ein Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten (Art. 725b Abs. 1 Satz 3 OR).

5.3. Gemäss Art. 725b Abs. 1 OR ist es Aufgabe des Verwaltungsrats, die beiden Zwischenabschlüsse zu erstellen. Soweit die Beschwerdeführerin diese Pflicht vorliegend auf die Revisionsstelle abwälzen möchte, ist Folgendes zu beachten: Nach einem Teil der Literatur muss die Revisionsstelle höchstens dann eigene Zwischenabschlüsse verfassen, wenn sich der Verwaltungsrat weigert, dies selbst zu tun und (kumulativ) sich die Überschuldung zudem nicht klar aus früheren Abschlüssen ergibt (BSK OR II-Watter/Bänziger, 6. A., Art. 728c N 35). Demgegenüber verneint eine andere Literaturstelle eine solche Pflicht gleich ganz, indem sie festhält (BSK SchKG II-Brunner/Boller/Fritschi, 3. A., Art. 192 N 9): "Da es zudem nicht Pflicht der Revisionsstelle ist, eine Zwischenbilanz aufzustellen, muss es genügen, wenn sie sich auf ihre Revisionsunterlagen abstützt, um eine offensichtliche Überschuldung zu begründen." Weiter gilt es zu beachten, dass die Revisionsstelle die Bücher der Beschwerdeführerin bloss eingeschränkt prüft und der Umfang der Überprüfung summarischer Natur ist (BSK OR II-Watter/Bänziger, 6. A., Art. 727a N 10).

5.4. Wie weiter unten aufgezeigt wird, dokumentiert der Jahresabschluss 2022 eine offensichtliche Überschuldung der Beschwerdeführerin. Folglich war die Revisionsstelle nicht gehalten, eigene Zwischenabschlüsse zu erstellen. Mit Schreiben vom 10. Juli 2023 teilte die Revisionsstelle der Beschwerdeführerin mit, sie habe bei ihrer eingeschränkten Revision eine Überschuldung festgestellt, weshalb eine Sanierung innert kurzer Zeit erfolgen müsse. Aus diesem Grund ersuche sie den Verwaltungsrat um Rückmeldung zum weiteren Vorgehen (act. 10/2/1). Ein

Verwaltungsrat muss seine obligationenrechtlichen Pflichten kennen. Andernfalls trifft ihn der Rechtsgrundsatz *ignorantia legis non excusat* (fehlende Gesetzeskenntnis bildet keine Entschuldigung). Entsprechend brauchte die Revisionsstelle dem Verwaltungsrat nicht das genaue Vorgehen im Überschuldungsfall zu schildern, sondern sie durfte sich auf eine allgemeine Handlungsaufforderung beschränken.

5.5. Entgegen der Beschwerde musste auch der vorinstanzliche Konkursrichter der Beschwerdeführerin keine Frist für das Erstellen der Zwischenabschlüsse ansetzen. Die Untersuchungsmaxime betrifft nur das Sammeln des Prozessstoffes (Art. 55 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 255 lit. a ZPO; OFK ZPO-Sarbach, 3. A., Art. 55 N 5). Demgegenüber gehört es nicht zu den gerichtlichen Aufgaben, die Parteien bei der Erfüllung ihrer materiell-rechtlichen Pflichten zu unterstützen. Die Beschwerdeführerin reichte keine aktuelle Bilanz zu Fortführungs- und Veräusserungswerten ein. Weshalb sie dies unterlassen hat, bleibt unklar. Als sachverhältnsnächste Person wäre sie dazu ohne Weiteres in der Lage gewesen. Damit missachtete die Beschwerdeführerin ihre prozessuale Mitwirkungspflicht. Wer sich über zumutbare Mitwirkungshandlungen hinwegsetzt, kann sich später nicht auf den Untersuchungsgrundsatz berufen. Die soziale Untersuchungsmaxime entbindet die Parteien mit anderen Worten nicht davon, dem Gericht die nötigen Tatbestandselemente zu nennen und ihm die verfügbaren Beweismittel zu liefern (BGer, 5A_2/2013 vom 6. März 2013, E. 4.2). Besonders gilt dies, wenn eine Partei – wie hier die Beschwerdeführerin – anwaltlich vertreten ist (BGE 141 III 569 E. 2.3.1; CHK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 55 N 15). Im Folgenden ist die finanzielle Situation der Beschwerdeführerin aufgrund der eingereichten Akten zu prüfen.

6.

6.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie sei nicht überschuldet gewesen (act. 2 S. 9). Aus der Jahresrechnung per 31. Dezember 2022 sei keine Überschuldung ersichtlich und schon gar keine offensichtliche Überschuldung. Sie habe ihre Überschuldung bereits im vorinstanzlichen Verfahren bestritten. Auch habe die Beschwerdeführerin festgehalten, dass sie aktuell Massnahmen zur Wie-

derherstellung des normalen Unternehmensbetriebs ergreife. Es lägen genügend Darlehen mit Rangrücktrittserklärung vor. Solche Rangrücktritte seien als Eigenkapital zu werten, weshalb sie bei der Berechnung des Nettoaktivvermögens nicht abzuziehen seien. Die A1._____ sei die Muttergesellschaft der Beschwerdeführerin. Die A1._____ habe ihrer Tochtergesellschaft am 25. Juni 2018, 21. Juni 2019 und 25. Juni 2020 Darlehen im Gesamtbetrag von Fr. 3'600'000.– gewährt. Diese Darlehen seien mit Rangrücktrittserklärungen versehen worden, welche sowohl die geschuldeten Forderungen als auch die aufgelaufenen Zinsen umfassten. Die A1._____ habe der Beschwerdeführerin mit diesen Darlehen eine Kreditlimite von Fr. 3'600'000.– vertraglich zugesichert. Die Beschwerdeführerin habe diese maximale Kreditlimite per 31. Dezember 2022 bloss im Umfang von Fr. 3'165'328.– ausgeschöpft. Der nicht beanspruchte Kreditrahmen betrage somit Fr. 434'672.–. Die gewährten Darlehen seien mit Nachtrag vom 24. Februar 2022 zum Kurs von 0.0114 von Schweizer Franken in russische Rubel konvertiert worden. Durch den Kursanstieg des Rubels gegenüber dem Schweizer Franken sei die Schuld der Beschwerdeführerin in Rubel gegenüber der Hauptgläubigerin angestiegen. Der auf diese Weise erlittene Währungsverlust betrage gemäss Bilanz zu Fortführungswerten Fr. 289'882.–. Dies wiederum habe zu einer Unterdeckung von Fr. 345'234.– geführt (Fr. 3'510'562.– [negatives Eigenkapital per 31. Dezember 2022] ./ Fr. 3'165'328.– [nachrangige Darlehen, inkl. aufgelaufene Zinsen]). In- dessen habe die Beschwerdeführerin Anspruch auf den erwähnten noch nicht bezogenen Kredit in der Höhe von Fr. 434'672.–. Die "Unterdeckung" von Fr. 345'324.– sei daher mehr als ausgeglichen. Entgegen der Vorinstanz habe somit per Ende 2022 keine offensichtliche Überschuldung vorgelegen (act. 2 S. 12–16).

6.2. Die Revisionsstelle hat nur dann das Gericht zu benachrichtigen, wenn die Gesellschaft offensichtlich überschuldet ist (Art. 729c OR). Eine Überschuldung liegt gemäss Art. 725b Abs. 1 OR vor, wenn die Verbindlichkeiten der Gesellschaft durch die Aktiven weder zur Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind und auch kein Ausnahmetatbestand von Art. 725b Abs. 4 OR vorliegt. Zu berechnen ist dabei das Nettoaktivvermögen, mithin die Aktiven abzüg-

lich des nicht nachrangigen Fremdkapitals (BSK OR II-Kägi/Zweifel/Wüstiner, 6. A., Art. 725b N 11).

6.3. Art. 959 Abs. 3 OR unterteilt die Aktiven einer Gesellschaft in das Umlauf- und Anlagevermögen.

6.3.1. Das Umlaufvermögen besteht gemäss Art. 959a Abs. 1 Ziff. 1 OR aus flüssigen Mitteln und kurzfristig gehaltenen Aktiven mit Börsenkurs (lit. a), Forderungen aus Lieferungen und Leistungen (lit. b), übrigen kurzfristigen Forderungen (lit. c), Vorräten und nicht fakturierten Dienstleistungen (lit. d) sowie aktiven Rechnungsabgrenzungen (lit. e).

6.3.2. Das Anlagevermögen setzt sich gemäss Art. 959a Abs. 1 Ziff. 2 OR aus Finanzanlagen (lit. a), Beteiligungen (lit. b), Sachanlagen (lit. c), immateriellen Werten (lit. d) sowie nicht einbezahltem Gesellschaftskapital (lit. e) zusammen.

6.4. Das Fremdkapital besteht aus kurz- und langfristigen Verbindlichkeiten (Art. 959 Abs. 6 OR).

6.4.1. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 1 OR unterteilt das kurzfristige Fremdkapital in Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen (lit. a), kurzfristige verzinsliche Verbindlichkeiten (lit. b), übrige kurzfristige Verbindlichkeiten (lit. c) sowie passive Rechnungsabgrenzungen (lit. d).

6.4.2. Gemäss Art. 959a Abs. 2 Ziff. 2 OR umfasst das langfristige Fremdkapital langfristige verzinsliche Verbindlichkeiten (lit. a), übrige langfristige Verbindlichkeiten (lit. b) und Rückstellungen sowie vom Gesetz vorgesehene ähnliche Positionen (lit. c).

7.

7.1. Per 31. Dezember 2022 (act. 10/2/4 S. 1) verfügte die Beschwerdeführerin über cash, cash equivalents & securities (flüssige Mittel und kurzfristige Aktiven mit Börsenkurs) im Wert von Fr. 692.54, rent deposit (Mietkautionsguthaben) von Fr. 48'000.50, VAT invoiced account (Mehrwertsteuerguthaben bei der ESTV) von Fr. 5'731.65, prepaid expense and accrued income (aktive transitorische Rech-

nungsabgrenzungen) von insgesamt Fr. 24'443.49 sowie office equipment, IT (Büroausstattung und IT), die ihrerseits unter Berücksichtigung der Abschreibungen einen Zeitwert von Fr. 9'131.38 (Fr. 37'439.40 ./. Fr. 28'308.02) hatten. Der Gesamtwert der Aktiven betrug somit Fr. 87'999.56 (Fr. 692.54 + Fr. 48'000.50 + Fr. 5'731.65 + Fr. 24'443.49 + Fr. 9'131.38).

7.2. Das Fremdkapital der Beschwerdeführerin setzte sich per 31. Dezember 2022 (act. 10/2/4 S. 2) aus vendors summary account (Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen) von Fr. 99'401.17 und accrued expense and deferred income (passive transitorische Rechnungsabgrenzungen) von insgesamt Fr. 57'860.05 zusammen. Die Bilanz weist zudem subordinated long-term loan (nachrangige langfristige Darlehen) bei der A1. _____ LLC im Gesamtbetrag von Fr. 3'165'327.63 (einschliesslich Zinsen) aus. Diese nachrangigen Darlehen fallen bei der Berechnung der Überschuldung ausser Betracht (vgl. Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR). Der Gesamtwert des nicht nachrangigen Fremdkapitals beträgt somit Fr. 157'261.22 (Fr. 99'401.17 + Fr. 57'860.05).

7.3. Zieht man von den Fr. 87'999.56 Aktiven das nicht nachrangige und damit massgebliche Fremdkapital von Fr. 157'261.22 ab, resultiert eine negative Differenz von **Fr. 69'261.66**. Die Beschwerdeführerin war per 31. Dezember 2022 in diesem Umfang überschuldet. Bedeutungslos ist dabei, dass die Beschwerdeführerin nach eigener Darstellung eine Kreditlimite bei ihrer Muttergesellschaft erst teilweise ausgeschöpft hat. Ob eine Aktiengesellschaft überschuldet ist oder nicht, beurteilt sich alleine aufgrund ihrer bilanzierten Werte. Es wäre an der Beschwerdeführerin gelegen, sich rechtzeitig die nötigen flüssigen Mittel zu beschaffen, damit diese bilanzwirksam die Überschuldung beseitigt hätten. Dies ist vorliegend nicht geschehen.

7.4. Der Generaldirektor der russischen Muttergesellschaft stellte der Beschwerdeführerin in Aussicht, er werde sie mit ausreichend finanziellen Mitteln ausstatten (act. 5/18): "we inform you that timely and sufficient measures will be taken to ensure the further operation of the Company in Switzerland, including financing of the Company by providing subordinates loans, if needed." Ein solches zeitlich und betragsmässig unbegrenztes Zahlungsverprechen ist ebenfalls nicht

bilanzierbar, weshalb es nichts an der Überschuldung zu ändern vermag. An dieser Tatsache ändert schliesslich auch das Schreiben der D. _____ AG vom 20. Dezember 2023 nichts (act. 5/5).

8.

8.1. Die Beschwerdeführerin reichte eine weitere Bilanz per Ende "202300 - 202304" ein, was als per Ende April 2023 zu verstehen ist (act. 5/16 S. 1). Danach verfügte die Beschwerdeführerin über cash, cash equivalents & securities (flüssige Mittel und kurzfristige Aktiven mit Börsenkurs) im Wert von Fr. 1'967.63, rent deposit (Mietkautionsguthaben) von Fr. 48'000.50, recoverable VAT (erstattungsfähige Mehrwertsteuer) von Fr. 4'512.80, prepaid expense and accrued income (aktive transitorische Rechnungsabgrenzungen) von Fr. 10.– sowie office equipment, IT (Büroausstattung und IT), die ihrerseits unter Berücksichtigung der Abschreibungen einen Zeitwert von Fr. 9'131.38 hatten. Der Gesamtwert der Aktiven betrug Fr. 63'622.31 (Fr. 1'967.63 + Fr. 48'000.50 + Fr. 4'512.80 + Fr. 10.– + Fr. 9'131.38).

8.2. Das Fremdkapital der Beschwerdeführerin setzte sich per Ende April 2023 (act. 5/16 S. 2) aus vendors summary account (Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen) in der Höhe von Fr. 76'114.79, payable VAT (zahlbare Mehrwertsteuer) von Fr. 211.55, accrued expense and deferred income (passive transitorische Rechnungsabgrenzungen) von insgesamt Fr. 39'549.40. Dazu kommen vorliegend nicht zu berücksichtigende subordinated long-term loan shareholder (nachrangige langfristige Darlehen der Aktionäre) bei der A1. _____ LLC im Gesamtbetrag von Fr. 3'270'581.33 sowie long-term loans shareholders (weitere langfristige Darlehen der Aktionäre) im Gesamtbetrag von Fr. 343'142.66. Ob diese weiteren langfristigen Darlehen der Aktionäre entgegen ihrer Bezeichnung in der Bilanz ebenfalls nachrangig sind, kann offenbleiben, da – wie sogleich zu zeigen sein wird – ohnehin ein Defizit resultiert. Der Gesamtwert des nicht nachrangigen Fremdkapitals beträgt mindestens Fr. 115'875.74 (Fr. 76'114.79 + Fr. 211.55 + Fr. 39'549.40).

8.3. Zieht man von den Fr. 63'622.31 Aktiven das nicht nachrangige und damit massgebliche Fremdkapital von mindestens Fr. 115'875.74 ab, resultiert eine negative Differenz von **Fr. 52'253.43**. Die Beschwerdeführerin war somit auch per 30. April 2023 überschuldet. Bezüglich der nicht ausgeschöpften Kreditlimite kann auf die obigen Erwägungen verwiesen werden.

9.

9.1. Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, die Darlehen der Muttergesellschaft seien mit Vereinbarung vom 24. Februar 2022 von Schweizer Franken in russische Rubel konvertiert worden. Per 31. Dezember 2022 habe die Beschwerdeführerin ihrer Muttergesellschaft einschliesslich Zinsen RUB 270'136'851 geschuldet. Bei einem RUB/CHF-Wechselkurs von 0.01165 habe der Wert des Darlehens damals Fr. 3'147'742 betragen. Per 30. Juni 2023 sei der RUB/CHF-Wechselkurs dann allerdings auf 0.01010 gefallen, weshalb der Darlehenswert damals bloss noch Fr. 2'728'382 betragen habe. Dies führe zu einem Kursgewinn von Fr. 419'360.– (Fr. 3'147'742.– ./ Fr. 2'728'382.–). Eine Bilanz per 30. Juni 2023 würde folglich keine Unterdeckung von Fr. 362'820.– (per 31. Dezember 2022), sondern einen Überschuss von Fr. 56'540.– (per 30. Juni 2023) ausweisen (Fr. 419'360.– ./ Fr. 362'820.–). Auch die E. _____ AG bestätige, dass durch die Wechselkursänderung ein Überschuss von Fr. 56'540.– resultiere (act. 2 S. 17–19).

9.2. Bei den Akten befindet sich keine Bilanz per 30. Juni 2023, sondern bloss eine solche per "202300 - 202304" und damit per Ende April 2023 (act. 5/16). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass Wertschwankungen der nachrangigen Darlehen im vorliegenden Zusammenhang bedeutungslos sind. Bei der Berechnung der Überschuldung sind sie genauso wenig zu berücksichtigen wie das daraus resultierende Eigenkapital. Entscheidend ist vielmehr, ob die gesamten Aktiven das ganze übrige, nicht nachrangige Fremdkapital decken. Wie oben aufgezeigt wurde, war dies vorliegend 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, wie die Beschwerdeführerin behauptet (act. 2 S. 17 f.), änderte dies nichts an der bestehenden Überschuldung. Vielmehr hätte

die Beschwerdeführerin einen Anstieg ihrer Aktiven oder eine Abnahme ihres nicht nachrangigen Fremdkapitals im Rahmen des oben dargelegten Fehlbetrags bilanzmässig belegen müssen. Nur so hätte sie ihren Konkurs abwenden können.

9.3. Bedeutungslos ist in diesem Zusammenhang das Memo der E._____ AG. Dieses vermag nicht schlüssig aufzuzeigen, weshalb entgegen den Akten keine Überschuldung vorliegt. Zudem hält diese Gesellschaft ausdrücklich fest, ein abschliessendes Urteil sei ihr infolge der kurzen Prüfzeit nicht möglich gewesen. Damit relativiert sie ihre Ausführungen (act. 5/17 S. 3).

10.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Da der Beschwerdeführerin am 27. Dezember 2023 aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

III.

1.

Ausgangsgemäss sind die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Spruchgebühr ist auf Fr. 750.– festzusetzen (Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG).

2.

Die Beschwerdeführerin unterliegt im vorliegenden Rechtsmittelverfahren. Sie hat daher keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Die Revisionsstelle ist nicht Partei im vorliegenden Verfahren, weshalb sie ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung hat.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über die Beschwerdeführerin wird mit Wirkung ab **Donnerstag, 25. Januar 2024, 09.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.

2. Das Konkursamt Zürich (Altstadt) wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt.

Für die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens wird der von der Beschwerdeführerin geleistete Vorschuss von Fr. 750.– herangezogen.

4. Der Beschwerdeführerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin, an der Revisionsstelle D._____ AG, ... [Adresse], an das Konkursamt Zürich (Altstadt), an das Bezirksgericht Zürich, Konkursgericht, sowie im Dispositiv an das Betreibungsamt Zürich 1 und das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. 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:

Dr. M. Tanner

versandt am:
25. Januar 2024