

Denise Jagmetti | Philip Talbot

# Insolvenzerklärung juristischer Personen und Überschuldungsanzeige



Unter Berücksichtigung der Praxis des Konkursgerichts Zürich und des neuen Aktienrechts

## INHALTSÜBERSICHT

### I. Einleitung

### II. Insolvenzerklärung (Art. 191 SchKG)

- A. Statistik
- B. Insolvenz begriff
- C. Legitimation
- D. Einzureichende Unterlagen
- E. Kostenvorschuss

### III. Überschuldungsanzeige (Art. 192 SchKG)

- A. Überschuldung
- B. Legitimation zur Anzeige
- C. Pflicht zur Bilanzdeponierung
- D. Einzureichende Unterlagen

### IV. Prozessuales

- A. Zuständigkeit
- B. Verfahren
- C. Prozesskosten
- D. Prüfungspflicht des Konkursgerichts
- E. Mitteilung der Konkursöffnung
- F. Rechtsmittel

## I. Einleitung

Das Konkursgericht Zürich behandelt jährlich rund 50 Insolvenzerklärungen bzw. Überschuldungsanzeigen von juristischen Personen. Vor rund 20 Jahren ist ein vielbeachteter Aufsatz von KRAMPF/SCHULER<sup>1</sup> mit ähnlichem Titel erschienen. Nun ist die Zeit reif, die Praxis unseres Gerichts erneut darzulegen und insbesondere auch die Auswirkungen der eidgenössischen ZPO im Zusammenhang mit vorliegender Thematik zu diskutieren.

Im Weiteren setzen wir uns mit den Neuerungen der Aktienrechtsrevision, welche die Überschuldungsanzeige betreffen, auseinander. Diese Revision wird per 1. Januar 2023 in Kraft treten.<sup>2</sup> Im Zuge der Aktienrechtsrevision wird der Konkursaufschub (leider) aus dem OR gestrichen. Aus diesem Grund wird an dieser Stelle darauf nicht eingegangen.

Wo es sich um die Praxis des Konkursgerichts Zürich handelt,<sup>3</sup> wird dies besonders vermerkt. Ansonsten handelt es sich (nur) um die Meinung der Autoren.

## II. Insolvenzerklärung (Art. 191 SchKG)

### A. Statistik

Zwischen 2011 und 2021 wurden am Bezirksgericht Zürich insgesamt 276 Insolvenzerklärungen juristischer Personen abgegeben. 96% aller Insolvenzerklärungen wurden durch AGs (47.1%) oder GmbHs (48.9%) eingereicht. In

**Denise Jagmetti**, Dr. iur., Rechtsanwältin, Senior Associate, Wenger Plattner, nebenamtliche Ersatzrichterin am Einzelgericht für SchKG-Klagen, besondere summarische Verfahren, Konkurs- und Nachlassgericht des Bezirksgerichts Zürich.

**Philip Talbot**, lic. iur., Rechtsanwalt, Leitender Gerichtsschreiber/Ersatzrichter am Einzelgericht für SchKG-Klagen, besondere summarische Verfahren, Konkurs- und Nachlassgericht des Bezirksgerichts Zürich, Lehrbeauftragter für Zivilverfahrensrecht, Kalaidos Law School.

- 1 MICHAEL KRAMPF/ROLF SCHULER, Die aktuelle Praxis des Konkursrichters des Bezirksgerichts Zürich zu Überschuldungsanzeige, Konkursaufschub und Insolvenzerklärung juristischer Personen, AJP 2002, 1060 ff.
- 2 Verordnung vom 2. Februar 2022 über die abschliessende Inkraftsetzung der Änderung vom 19. Juni 2020 des Obligationenrechts (Aktienrecht), AS 2022 109.
- 3 Die Daten der jeweiligen Entscheide werden nicht aufgeführt, da andernfalls Rückschlüsse auf die Parteien gezogen werden könnten.

neun Fällen reichte ein Verein eine Insolvenzerklärung ein. Stiftungen haben in den letzten elf Jahren lediglich zwei Insolvenzerklärungen abgegeben. Insolvenzerklärungen anderer Gesellschaftsformen gingen keine ein.

## B. Insolvenzbegriff

Ein Schuldner ist insolvent (zahlungsunfähig), wenn er dauerhaft weder über die liquiden Mittel verfügt, um seine fälligen Verbindlichkeiten binnen Zahlungsfrist zu erfüllen, noch über den erforderlichen Kredit, sich diese Mittel nötigenfalls zu beschaffen. Die einmalige Unmöglichkeit, fristgerecht zu zahlen, begründet dagegen noch keine Zahlungsunfähigkeit.<sup>4</sup>

## C. Legitimation

### 1. Gesellschaftsformen

Zur Insolvenzerklärung nach Art. 191 SchKG berechtigt ist ein Schuldner, auch wenn er nicht der Konkursbetreibung unterliegt. Legitimiert zur Insolvenzerklärung sind folgende *Körperschaften*: Aktiengesellschaft, Kommanditaktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Genossenschaft und Verein. Des Weiteren können auch die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft eine Insolvenzerklärung abgeben (Art. 191 SchKG i.V.m. Art. 574 Abs. 1 und Art. 545 Abs. 1 Ziff. 4 OR; bei Kommanditgesellschaften zusätzlich i.V.m. Art. 619 Abs. 1 OR).

*Stiftungen* sind nicht nur legitimiert, sondern können gegebenenfalls gar verpflichtet werden, eine Insolvenzerklärung abzugeben, wenn sie ihre Verbindlichkeiten längerfristig nicht erfüllen können. So sieht Art. 84a Abs. 3 f. ZGB vor, dass die Aufsichtsbehörde den Stiftungsrat zu den erforderlichen Massnahmen anhalten kann und bei dessen Untätigkeit nötigenfalls vollstreckungsrechtliche Massnahmen beantragt.

Der Konkurs von *Banken, Effekthändlern, Versicherungen und kollektiven Kapitalanlagen* untersteht spezialgesetzlichen Regelungen (vgl. entsprechende FINMA-Konkursverordnungen), weshalb ihnen die Insolvenzerklärung an das Konkursgericht nach Art. 191 SchKG nicht zur Verfügung steht. Eine allfällige Insolvenzerklärung überweist das Konkursgericht in Anwendung von Art. 194 Abs. 1 i.V.m. Art. 173b SchKG an die FINMA.

## 2. Organe

### a. Leitungsorgan

Zuständig für die Abgabe der Insolvenzerklärung beim Gericht ist jeweils das Leitungsorgan, welches den Auflösungsbeschluss des obersten Willensbildungsorgans<sup>5</sup> auszuführen hat. Die Erklärung *eines* vertretungsberechtigten Mitglieds des Leitungsorgans ist ausreichend.

Demnach genügt bei einer AG die Insolvenzerklärung eines Verwaltungsrats (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR), bei der GmbH die eines Geschäftsführers (Art. 819 Abs. 2 Ziff. 6 OR), bei der Genossenschaft die eines Mitglieds der Verwaltung (Art. 902 Abs. 2 Ziff. 1 OR), beim Verein die eines Vorstandsmitglieds (Art. 69 ZGB) und bei der Stiftung die Erklärung eines Stiftungsrats (Art. 84a Abs. 3 f. ZGB),<sup>6</sup> soweit die betreffende Person einzelzeichnungsberechtigt ist. Bei Kollektivgesellschaften, die naturgemäss über kein eigentliches Leitungsorgan verfügen, ist eine Insolvenzerklärung eines vertretungsberechtigten Gesellschafters erforderlich (Art. 563 OR), bei der Kommanditgesellschaft die Erklärung eines vertretungsberechtigten Komplementärs (Art. 603 i.V.m. Art. 563 OR).

In der Regel ergibt sich die Vertretungsberechtigung aus dem Handelsregisterauszug. Die Vertretungsberechtigung der Vorstandsmitglieder eines Vereins, welcher nicht im Handelsregister eingetragen ist, kann sich bspw. aus den mitzuschickenden Statuten ergeben oder aus Belegen, wonach die Unterzeichnenden die einzigen Vorstandsmitglieder sind.<sup>7</sup>

### b. Liquidator

Wird in der Liquidationsphase die Insolvenz der Gesellschaft festgestellt, kann auch eine Insolvenzerklärung abgegeben werden.

Der Verwaltungsrat ist in der Liquidationsphase als zwingendes Organ zuständig für die Aufgaben, die nicht zur Liquidation gehören. Die Aufgabe, die Beschlüsse der Generalversammlung (mithin den Beschluss der Auflösung zufolge Insolvenz) auszuführen, verbleibt als unentziehbare und unübertragbare Aufgabe in der Kompetenz des Verwaltungsrats.<sup>8</sup> Dementsprechend ist ein Liquidator, der nicht gleichzeitig auch dem Verwaltungsrat angehört, grundsätzlich nicht berechtigt, eine Insolvenzerklärung abzugeben. Entsprechendes gilt auch für andere Rechtsformen.

<sup>4</sup> BGE 111 II 206 E. 1; BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, Art. 191 N 2, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer/Franco Lorandi (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-BEARBEITER/IN); CHRISTIAN HACHMANN, Kriterium der Zahlungsunfähigkeit in der aktienrechtlichen Sanierung, Diss. Zürich 2017, N 114.

<sup>5</sup> Vgl. dazu II.D.2.a.

<sup>6</sup> Bei dessen Untätigkeit hat die Erklärung durch die Aufsichtsbehörde zu erfolgen (Art. 84a Abs. 3 f. ZGB).

<sup>7</sup> Konkursgericht Zürich, EK201055-L/U.

<sup>8</sup> Vgl. CR CO II-RAYROUX, Art. 739 N 30, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Rita Trigo Trindade (Hrsg.), Code des obligations II, Commentaire Romand, 2. A., Basel 2008.

Gemäss Praxis des Konkursgerichts Zürich ist der Liquidator *ausnahmsweise* zur Insolvenzerklärung berechtigt, wenn die Gesellschaft über keinen Verwaltungsrat mehr verfügt und die Generalversammlung den Liquidator zur Abgabe der Insolvenzerklärung ausdrücklich ermächtigt. In diesen Fällen von der Generalversammlung zu verlangen, einen Verwaltungsrat einzig zum Zweck der Insolvenzerklärung zu wählen, käme überspitztem Formalismus gleich.<sup>9</sup>

#### c. Aktionäre oder Gesellschafter?

Sofern die Aktionäre, Gesellschafter, Genossenschafter oder Vereinsmitglieder nicht zugleich auch dem Leitungsorgan angehören, sind sie nicht zur Abgabe einer Insolvenzerklärung berechtigt.<sup>10</sup>

#### d. Gläubiger?

Gemäss Art. 191 Abs. 1 SchKG steht das Recht, den Antrag auf Konkurseröffnung zufolge Insolvenz zu stellen, einzig

**Sofern die Aktionäre, Gesellschafter, Genossenschafter oder Vereinsmitglieder nicht zugleich auch dem Leitungsorgan angehören, sind sie nicht zur Abgabe einer Insolvenzerklärung berechtigt.**

dem Schuldner zu. Gläubiger sind nicht legitimiert, sie haben dagegen nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG die Möglichkeit, ohne vorgängige Betreuung die Konkurseröffnung zu verlangen, wenn der Schuldner, welcher der Konkursbetreuung unterliegt, seine Zahlungen eingestellt hat. Im Gegensatz zur Insolvenzerklärung nach Art. 191 SchKG muss der antragstellende Gläubiger indes die Zahlungseinstellung des Schuldners beweisen.<sup>11</sup>

#### e. Rechtsfolge bei Insolvenzerklärung durch unzuständiges Organ

Erfolgt die Insolvenzerklärung durch ein unzuständiges Organ resp. durch ein zurückgetretenes Organ,<sup>12</sup> wird vom Gericht zunächst *Frist* angesetzt, um den Mangel zu beheben. Wird dieser innert Frist nicht behoben, so wird auf das Begehren um Konkurseröffnung nicht eingetreten, da es an der Vertretungsmacht des unzuständigen Organs und damit

an der Postulationsfähigkeit als Prozessvoraussetzung i.S.v. Art. 59 Abs. 2 lit. c ZPO fehlt. Die Kosten sind dem unzuständigen Organ aufzuerlegen (Art. 108 ZPO).

## D. Einzureichende Unterlagen

### 1. Insolvenzerklärung eines vertretungsberechtigten Leitungsorgans und Antrag auf Konkurseröffnung

Einzureichen ist eine *ausdrückliche* Erklärung gegenüber dem Gericht, wonach die Gesellschaft zahlungsunfähig ist, und ein Antrag, dass der Konkurs aufgrund der Zahlungsunfähigkeit zu eröffnen sei.<sup>13</sup> Die Insolvenzerklärung kann entweder *schriftlich* eingereicht oder *mündlich* beim Gericht zu Protokoll gegeben werden (Art. 252 Abs. 2 ZPO).<sup>14</sup> Schriftliche Insolvenzerklärungen müssen die Originalunterschrift(en) der vertretungsberechtigten Leitungsorgane enthalten; Kopien genügen nicht (Art. 252 Abs. 2 i.V.m. Art. 130 Abs. 1 ZPO).

### 2. Auflösungsbeschluss des obersten Willensbildungsorgans

#### a. Organ

Für eine Insolvenzerklärung braucht es einen Auflösungsbeschluss des obersten Willensbildungsorgans. Darin muss die Insolvenz festgestellt und die Abgabe der Insolvenzerklärung beschlossen werden. Die Auflösung muss mithin *ausdrücklich zufolge Insolvenz* erfolgen. Ein Auflösungsbeschluss aus einem anderen Grund genügt nicht, denn das oberste Willensbildungsorgan muss über die Art der Liquidation entscheiden. Mit der obligationenrechtlichen Auflösung hat es noch keine Zustimmung zur konkursamtlichen Liquidation erteilt. Befindet sich demnach eine Gesellschaft aufgrund eines früher gefassten Auflösungsbeschlusses bereits in Liquidation und beabsichtigt sie nun, sich zahlungsunfähig zu erklären, wird ein neuer Auflösungsbeschluss wegen Insolvenz vorausgesetzt.<sup>15</sup>

Bei der AG und der Genossenschaft ist ein Beschluss der Generalversammlung (Art. 736 Ziff. 2 OR resp. Art. 911 Ziff. 2 OR), bei der GmbH ein solcher der Gesellschafterversammlung (Art. 821 Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 2 OR) und beim Verein ein Beschluss der Vereinsversammlung (Art. 76 Abs. 1 i.V.m. Art. 66 Abs. 1 ZGB)<sup>16</sup> erforderlich. In der Praxis wird es beim *Verein* auch als zulässig erachtet, dem Vorstand in den

<sup>9</sup> KRAMPF/SCHULER (FN 1), 1070, mit Verweis auf Verfügungen vom 25.4.1997 und 6.10.1997.

<sup>10</sup> KRAMPF/SCHULER (FN 1), 1070.

<sup>11</sup> PHILIP TALBOT, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. A., Zürich 2017 (zit. SK-Komm.-BEARBEITER/IN), Art. 190 SchKG N 13 und 22.

<sup>12</sup> OGer ZH, PS 190170, 1.10.2019, E. 3.1 ff.

<sup>13</sup> Konkursgericht Zürich, EK201683-L/Z1.

<sup>14</sup> Konkursgericht Zürich, EK201490-L/U.

<sup>15</sup> Konkursgericht Zürich, EK140757-L/U E. 4; BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI (FN 4), Art. 191 N 13 mit Verweis auf KRAMPF/SCHULER (FN 1), 1070; vgl. Art. 820 Abs. 1 OR.

<sup>16</sup> OGer ZH, PS150126-O/U, 27.7.2015, E. 2.2 ff.

Statuten eine selbständige Kompetenz zur Erklärung der Zahlungsunfähigkeit einzuräumen.<sup>17</sup> Bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft braucht es einen Beschluss der Gesellschafter (Art. 574 Abs. 1 i.V.m. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 4 OR [Beschluss der Kollektivgesellschaft] resp. Art. 619 Abs. 1 i.V.m. Art. 574 Abs. 1 und Art. 545 Abs. 1 Ziff. 4 OR [Beschluss der Komplementäre und Kommanditäre]).

*Stiftungen* steht grundsätzlich kein Selbstauflösungsrecht zu. Wenn jedoch das Vermögen zur Erreichung des Stiftungszwecks dauerhaft nicht ausreicht, können sie gestützt auf Art. 88 Abs. 1 ZGB eine Insolvenzerklärung abgeben.<sup>18</sup> Hierfür wird ein Auflösungsbeschluss des obersten Stiftungsorgans (in der Regel des Stiftungsrats) zufolge Insolvenz benötigt. Des Weiteren bedarf es der Genehmigung der zuständigen Stiftungsaufsichtsbehörde.<sup>19</sup>

#### b. Quorum

Aufgrund ihrer Tragweite bedürfen Auflösungsbeschlüsse regelmässig eines *qualifizierten Quorums*. Bei Aktiengesellschaften müssen mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte zustimmen (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 8 OR). Die Statuten können ein höheres Quorum vorsehen (Art. 704 Abs. 2 OR). Entsprechendes gilt für die GmbH (Art. 808b Abs. 2 OR). Für die Auflösung einer Genossenschaft sind zwei Drittel der abgegebenen Stimmen erforderlich, wobei die Statuten ein höheres Quorum vorsehen können (Art. 888 Abs. 2 OR). Bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft wird ein *einstimmiger Beschluss* vorausgesetzt, sofern der *Gesellschaftervertrag* nichts anderes vorsieht (Art. 557 i.V.m. Art. 534 OR; Art. 598 i.V.m. Art. 557 und Art. 534 OR). Für Auflösungsbeschlüsse von Vereinen sieht das Gesetz kein qualifiziertes Quorum vor (Art. 67 Abs. 2 ZGB). Ein solches kann indes statutarisch festgelegt werden (Art. 63 Abs. 1 ZGB). Bei Stiftungen sieht das Gesetz ebenfalls kein qualifiziertes Quorum vor, da Stiftungen wie erläutert grundsätzlich kein Selbstauflösungsrecht zukommt.<sup>20</sup> Allerdings bedarf es einer Genehmigung der Stiftungsaufsicht.<sup>21</sup>

Bei der AG und GmbH ist der Auflösungsbeschluss öffentlich zu beurkunden, weshalb die Prüfung der Einhaltung des Quorums dem Notar obliegt. Eine Nachprüfung durch das Gericht erfolgt nicht.<sup>22</sup> Ob das erforderliche Quorum erfüllt wurde, prüft das Konkursgericht dagegen bei Genossenschaften und Vereinen sowie bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften. Zu diesem Zweck sind bei einer Insolvenzerklärung einer Genossenschaft und eines Vereins auch die *Statuten* einzureichen, welche strengere Quoren als die im Gesetz vorgesehenen enthalten können. Bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften prüft das Gericht, ob sämtliche Gesellschafter dem Auflösungsbeschluss zugestimmt haben. Sofern der Gesellschaftsvertrag ein tieferes Quorum vorsieht und dieses Quorum zwar erreicht, indes kein einstimmiger Beschluss gefällt wurde, ist auch der *Gesellschaftsvertrag* einzureichen. Bei Stiftungen ist es Aufgabe der Stiftungsaufsicht, die Einhaltung des Quorums zu prüfen.

#### c. Form des Beschlusses

Soweit für die Gründung einer Rechtseinheit qualifizierte Formvorschriften einzuhalten waren, gelten diese auch bei Auflösung zufolge Insolvenzerklärung.<sup>23</sup> Dementsprechend braucht es eine *öffentliche Beurkundung* des Auflösungsbeschlusses bei der AG und GmbH (Art. 736 Ziff. 2 OR; Art. 821 Abs. 2 OR). Dies gilt selbst dann, wenn der Auflösungsbeschluss einstimmig gefasst wird.<sup>24</sup> Die Gebühr für die öffentliche Beurkundung durch den Notar richtet sich im Kanton Zürich nach der Notariatsgebührenverordnung<sup>25</sup> und beträgt in der Regel CHF 250.–.

Der Auflösungsbeschluss der Genossenschaft, des Vereins, der Stiftung sowie der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft muss nicht öffentlich beurkundet werden; *Schriftform* genügt.

### 3. Weitere Unterlagen

Beim Verein und der Genossenschaft sind wie erwähnt die *Statuten* einzureichen, damit das Gericht die Einhaltung des für den Auflösungsbeschluss erforderlichen Quorums überprüfen kann.<sup>26</sup> Bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft ist der *Gesellschaftsvertrag* einzureichen, soweit kein einstimmiger Beschluss gefasst, aber das im Vertrag vorgesehene Quorum erreicht wurde.

17 OGer ZH, PS150126-O/U, 27.7.2015, E. 2.2 f.

18 SK-Komm.-TALBOT (FN 11), Art. 191 SchKG N 20.

19 KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013, 355; BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI (FN 4), Art. 191 N 13g; im Verfahren EK171083-L des Konkursgerichts Zürich stellte die Stiftungsaufsicht einen Antrag auf vollstreckungsrechtliche Massnahmen i.S.v. Art. 84a Abs. 4 ZGB und ersuchte das Gericht um Eröffnung des Konkurses über eine Stiftung infolge Insolvenz, was sinngemäss als zustimmender Beschluss zur bereits vom Stiftungsrat abgegebenen Insolvenzerklärung verstanden wurde.

20 Vgl. II.D.2.a.

21 BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI (FN 4), Art. 191 N 13g.

22 Vorbehalten sind diejenigen Fälle, in denen das Quorum offensichtlich nicht erreicht wurde.

23 BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI (FN 4), Art. 191 N 13.

24 Konkursgericht Zürich, EK140757-L/Z1 E. 2; BGE 135 III 88 E. 4.1.

25 Notariatsgebührenverordnung des Kantons Zürich vom 9. März 2009 (LS 243), § 1 B Ziff. 4.4.3.2.

26 Konkursgericht Zürich, EK191995-L/Z1.

Gemäss den von den Zürcher Gerichten online aufgeschalteten Merkblättern zur «Überschuldungsanzeige und Insolvenzerklärung»<sup>27</sup> sind jeweils auch ein Handelsregisterauszug einzureichen sowie eine Erklärung, ob die Gesellschaft Grundstückseigentümerin ist oder nicht. In der Praxis wird jedoch die Eröffnung des Konkurses nicht von der Einreichung dieser Dokumente abhängig gemacht. Gemäss Praxis des Konkursgerichts Zürich stellt ein Handelsregistereintrag eine notorische Tatsache im Sinne von Art. 151 ZPO dar,<sup>28</sup> weshalb die Schuldnerin keinen Handelsregisterauszug einreichen muss. Die Information, ob die Gesellschaft über Grundstücke verfügt, ist für das Konkursamt, nicht aber für das Konkursgericht in einem ersten Schritt nach Konkurseröffnung für etwaige Sicherungsmassnahmen von Interesse. Diese Information erlangt das Konkursamt indes spätestens auch bei der Befragung der Schuldnerin, die unter Straffolge verpflichtet ist, alle ihre Vermögensgegenstände anzugeben (Art. 222 Abs. 1 SchKG).

Die Zahlungsunfähigkeit ist weder zu beweisen noch glaubhaft zu machen, sondern nur zu erklären.<sup>29</sup> Gibt die Schuldnerin die Insolvenzerklärung ab, hat sie Art. 191

**Die Zahlungsunfähigkeit ist weder zu beweisen noch glaubhaft zu machen, sondern nur zu erklären.**

SchKG in materieller Hinsicht bereits Genüge getan. Dementsprechend muss sie auch keine Unterlagen einreichen, welche ihre Zahlungsunfähigkeit belegen.<sup>30</sup>

#### 4. Rechtsfolge bei mangelhaften oder fehlenden Unterlagen

Sind die eingereichten Unterlagen mangelhaft oder unvollständig, setzt das Gericht der Schuldnerin mittels Verfügung *Frist zur Nachbesserung* an. Die Dauer der Frist wird gemäss Praxis des Konkursgerichts Zürich in der Regel auf 10 Tage angesetzt und ist erstreckbar. Kommt die Schuldnerin dieser Aufforderung nicht nach, tritt das Gericht auf die Insolvenzerklärung nicht ein.

## E. Kostenvorschuss

### 1. Höhe

Wer ein Konkursbegehren stellt bzw. sich beim Gericht für zahlungsunfähig erklärt, haftet für die Kosten der Konkurseröffnung und der Durchführung des Konkursverfahrens (Art. 194 Abs. 1 i.V.m. Art. 169 Abs. 1 SchKG). Das Konkursgericht Zürich verlangt für eine Insolvenzerklärung gestützt auf Art. 194 i.V.m. Art. 169 Abs. 2 SchKG einen Vorschuss für die Kosten des Gerichts und des Konkursamts.<sup>31</sup> Die Höhe des Kostenvorschusses wurde mit Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Januar 1999 auf CHF 1'800.– festgesetzt.<sup>32</sup> Ergibt die Inventarisierung im Rahmen des Konkursverfahrens, dass nicht genügend Vermögenswerte für die Durchführung zumindest des summarischen Konkursverfahrens vorhanden sind, so wird das Konkursverfahren nach Art. 230 Abs. 1 SchKG eingestellt.<sup>33</sup>

### 2. Unentgeltliche Rechtspflege?

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts kann die unentgeltliche Rechtspflege nur demjenigen Schuldner gewährt werden, der verwertbares Vermögen besitzt, aber nicht über die notwendigen Mittel verfügt, um den Kostenvorschuss zu leisten.<sup>34</sup> Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Schuldner Eigentümer eines Grundstücks ist, aber nicht mehr über genügend liquide Mittel verfügt, um den Kostenvorschuss zu bezahlen.

### 3. Rechtsfolge bei Nichtleisten des Kostenvorschusses

Da sich die Kostenvorschusspflicht bei Insolvenzerklärungen nicht aus Art. 98 ZPO, sondern aus Art. 169 SchKG ergibt, ist bei Nichtleistung des Kostenvorschusses keine Nachfrist anzusetzen. Art. 169 SchKG geht seinem Pendant Art. 103 ZPO als *lex specialis* vor.<sup>35</sup> Wird der Kostenvorschuss nicht geleistet, darf das Konkursgericht den Konkurs nicht eröffnen.<sup>36</sup> Das Gericht tritt auf das Konkursbegehren nicht ein (Art. 59 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. f ZPO).

<sup>31</sup> Konkursgericht Zürich, EK201683-L/Z1.

<sup>32</sup> § 6 der Verordnung des Obergerichts vom 9. Dezember 1998 über die Geschäftsführung der Konkursämter (Kantonale Konkursverordnung; LS 281.2).

<sup>33</sup> Es sei denn, ein Gläubiger verlangt innert zehn Tagen seit öffentlicher Bekanntgabe der Einstellung die Durchführung des Konkursverfahrens und leistet eine Sicherheit für die nicht gedeckten Kosten (Art. 230 Abs. 2 SchKG).

<sup>34</sup> BGE 133 III 614 E. 6.1.2.; 119 III 113 E. 3bb.

<sup>35</sup> SK-Komm.-TALBOT (FN 11), Art. 169 SchKG N 9 a.E.

<sup>36</sup> BSK SchKG II-NORDMANN (FN 4), Art. 169 N 24; OGer ZH, PS 160023-O/U, 24.2.16, E. 4.

<sup>27</sup> Internet: <https://www.gerichte-zh.ch/themen/betriebung-und-konkurs/formulare.html> (Abruf 24.8.2022).

<sup>28</sup> BGE 98 II 211 E. 4a.

<sup>29</sup> BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI (FN 4), Art. 191 N 9.

<sup>30</sup> BGE 119 III 113 E. 3b.

### III. Überschuldungsanzeige (Art. 192 SchKG)

#### A. Überschuldung

##### 1. Statistik

Zwischen 2011 und 2021 wurden am Bezirksgericht Zürich insgesamt 303 Überschuldungsanzeigen eingereicht. In 70.3% der Fälle zeigte jeweils eine AG die Überschuldung an. 27.4% stammten von einer GmbH. In sechs Fällen reichte eine Stiftung eine Überschuldungsanzeige ein. Nur eine Überschuldungsanzeige ging von einer Genossenschaft aus.

##### 2. Begriff

Eine Überschuldung im Sinne von Art. 725 OR liegt vor, wenn die Aktiven des Umlauf- und Anlagevermögens das Fremdkapital (die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger) nicht mehr decken. Eine Pflicht zur Bilanzdeponierung besteht grundsätzlich dann, wenn eine Überschuldung sowohl zu Fortführungs- als auch zu Veräusserungswerten vorliegt. Eine Überschuldung (nur) zu Veräusserungswerten kann in bestimmten Fällen dagegen ausreichen, eine solche Pflicht zu begründen: einerseits bei der Genossenschaft (Art. 903 Abs. 1 und Abs. 2 OR) und andererseits – bei anderen Gesellschaftsformen – in den Fällen, in denen die Fortführungsfähigkeit der Gesellschaft nicht mehr gegeben ist (Art. 958a OR).

Soweit die Schuldnerin einen sog. *Covid-Kredit* aufgenommen hat, gilt Folgendes: Für die Berechnung der Überschuldung nach Art. 725 Abs. 2 OR werden diese Kredite nicht als Fremdkapital berücksichtigt (Art. 24 Abs. 1 Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetz<sup>37</sup>). Gemäss dessen Abs. 2 gilt dies sinngemäss für alle Rechtsformen, die einer gesetzlichen Anzeigepflicht bei Kapitalverlust und bei Überschuldung nach Art. 725 OR unterstehen. Gemäss Praxis des Konkursgerichts Zürich steht es *im pflichtgemässen Ermessen der Schuldnerin*, ob sie einen Covid-Kredit bei der Berechnung der Überschuldung berücksichtigt oder nicht. Zeigt eine Schuldnerin die Überschuldung an, welche ohne Berücksichtigung des Covid-Kredits nicht überschuldet ist, wird sie vom Konkursgericht Zürich mit einer Zwischenverfügung auf Art. 24 Abs. 1 Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetz aufmerksam gemacht.<sup>38</sup>

##### 3. Beachtlichkeit von Rangrücktritten

Gemäss Art. 725 Abs. 2 OR *kann* der Verwaltungsrat von der Benachrichtigung des Konkursgerichts absehen, wenn Gläubiger im Ausmass der Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten.<sup>39</sup> Damit ein Rangrücktritt vom Konkursgericht Zürich beachtet wird, hat er folgenden Anforderungen zu genügen: Er muss unbedingt und solange unwiderruflich erklärt sein, bis die Überschuldung der Gesellschaft beseitigt ist. Grund dafür ist, dass eine Rangrücktrittsvereinbarung im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR mit einer Stundung der Forderung verbunden ist. Zudem muss die Rangrücktrittserklärung unanfechtbar sein, was bedeutet, dass der Rangrücktrittgeber finanziell in der Lage sein muss, den Verlust der ganzen Forderung ohne eigene Überschuldung zu verkraften.<sup>40</sup> Schliesslich muss die Rangrücktrittserklärung ein Verrechnungsverbot enthalten, ansonsten könnte der zurücktretende Gläubiger die Forderung auf diesem Weg tilgen.<sup>41</sup>

Zeigt die Revisionsstelle mittels Ersatzvornahme die Überschuldung einer Gesellschaft an (Art. 728c, Art. 729c, Art. 820 Abs. 1, Art. 906 Abs. 1 OR), kann diese nach Praxis des Konkursgerichts Zürich die Konkurseröffnung durch einen entsprechenden Rangrücktritt daher nur abwenden, wenn sie den Nachweis erbringt, dass der Rangrücktritt den genannten Anforderungen genügt.<sup>42</sup> Aufgrund der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 255 lit. a ZPO) ist ein Rangrücktritt bis zur Urteilsfällung zu beachten (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Somit kann die Schuldnerin einen Rangrücktritt auch noch während des Verfahrens um Konkurseröffnung nachreichen.

##### 4. Aktienrechtsrevision

Auch nach Inkrafttreten der Aktienrechtsrevision berechnet sich die Überschuldung aus der Differenz zwischen dem Vermögen und dem Fremdkapital. Die Aktienrechtsrevision stellt indes klar, in welchen Fällen zur Feststellung der Überschuldung allein auf die Veräusserungswerte abzustellen ist und wann sowohl die Fortführungs- als auch die Veräusserungswerte massgebend sind (Art. 725b Abs. 1 a.E. revOR).

<sup>37</sup> Bundesgesetz vom 18. Dezember 2020 über Kredite mit Solidarbürgschaft infolge des Coronavirus (Covid-19-SBüG; SR 951.26).

<sup>38</sup> Konkursgericht Zürich, EK220778-L/Z1.

<sup>39</sup> Es handelt sich um eine Kann-Vorschrift. Insofern darf der Verwaltungsrat die Bilanz auch dann deponieren, wenn ein Rangrücktritt im Umfang der Überschuldung vorliegt.

<sup>40</sup> Konkursgericht Zürich, EK171757-L/Z1.

<sup>41</sup> RICO CAMPONOVO, Der Rangrücktritt und seine Alternativen, ST 2002, 816 ff., 817.

<sup>42</sup> Konkursgericht Zürich, EK131338-L/Z2.

## B. Legitimation zur Anzeige

### 1. Gesellschaftsformen

Die *Aktiengesellschaft* hat gemäss Art. 725 OR i.V.m. Art. 192 SchKG im Falle der Überschuldung das Konkursgericht zu benachrichtigen. Geläufig ist auch der Begriff der Bilanzdeponierung.

Gemäss Art. 764 Abs. 2 OR sind für die *Kommanditaktiengesellschaft* die Bestimmungen der AG sinngemäss anwendbar. Das Konkursgericht Zürich hat soweit ersichtlich noch keine Überschuldungsanzeige einer Kommanditaktiengesellschaft behandelt.<sup>43</sup> Mangels Relevanz wird die Kommanditaktiengesellschaft daher nicht erläutert.

Auch für die *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* sind die Vorschriften des Aktienrechts sinngemäss anwendbar (Art. 820 Abs. 1 OR). Dies bleibt auch mit der Revision des Aktienrechts so (Art. 820 revOR). Die Möglichkeit des Konkursaufschubs, wenn ausstehende Nachschüsse unverzüglich einbezahlt werden, entfällt nach revidiertem Aktienrecht. Unverzüglich einbezahlte Nachschüsse sind nunmehr insbesondere im Rahmen der Anwendung von Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 revOR oder im Rahmen eines Nachlassstundungsgesuchs zu berücksichtigen.<sup>44</sup>

Gemäss Art. 903 Abs. 2 OR besteht auch für die *Genossenschaft* eine Anzeigepflicht im Falle ihrer Überschuldung.

Schliesslich ist auch die *Stiftung* zur Überschuldungsanzeige verpflichtet (Art. 84a ZGB). Es sind die aktienrechtlichen Bestimmungen über die Eröffnung des Konkurses und dessen Aufschieb sinngemäss anwendbar (Art. 84a Abs. 4 ZGB). Gemäss Art. 84a Abs. 4 revZGB sind (mit Inkrafttreten der Revision) die Bestimmungen des Aktienrechts zur Ermittlung der Überschuldung sowie zur Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen entsprechend anwendbar.

Für die Behandlung von Überschuldungsanzeigen von *Banken, Effektenhändlern, Versicherungen* und *kollektiven Kapitalanlagen* ist die FINMA zuständig und es bestehen spezialgesetzliche Regelungen. Eine allfällige Überschuldungsanzeige überweist das Konkursgericht in Anwendung von Art. 194 Abs. 1 i.V.m. Art. 173b SchKG an die FINMA. Gemäss Praxis des Konkursgerichts Zürich ergeht die Überweisung in Form einer (anfechtbaren) Verfügung.<sup>45</sup>

Gemäss Art. 192 SchKG eröffnet das Gericht den Konkurs von Amtes wegen, wenn das Gesetz dies vorsieht. Beim *Verein* ist eine Überschuldungsanzeige *nicht vorgesehen*. Dementsprechend bestehen weder für den Vorstand noch für eine allfällige Revisionsstelle Anzeigepflichten bei einer Überschuldung.<sup>46</sup> Vereinen steht nur die Insolvenzerklärung offen. Mit der *Revision* des Aktienrechts ändert sich dies für Vereine, die verpflichtet sind, sich im Handelsregister eintragen zu lassen. Gemäss Art. 69d revZGB sind ab 1. Januar 2023 die Bestimmungen des Aktienrechts zur drohenden Zahlungsunfähigkeit und zur Überschuldung sinngemäss anwendbar.

Bei *Kollektiv- und Kommanditgesellschaften* besteht mangels gesetzlicher Regelung keine Pflicht zur Anzeige der Überschuldung. Kollektiv- und Kommanditgesellschaften steht nur die Insolvenzerklärung offen.

### 2. Organ

#### a. Leitungsorgan

Bei der *Aktiengesellschaft* ist die Überschuldungsanzeige eine unübertragbare Aufgabe des Verwaltungsrats (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR), wobei gemäss Art. 713 Abs. 1 OR ein Mehrheitsbeschluss des Verwaltungsrats erforderlich ist, der sich zur Überschuldung und über den Gang zum Gericht ausspricht. Dabei sind die Formvorschriften von Art. 713 Abs. 3 OR zu beachten. Die Anzeige an das Konkursgericht als solche kann aber von einem einzelnen Mitglied des Verwaltungsrats oder einem Dritten abgegeben werden, der dazu beauftragt wurde.<sup>47</sup> Gemäss Praxis des Konkursgerichts Zürich stellt ein Handelsregistereintrag eine notorische Tatsache im Sinne von Art. 151 ZPO dar,<sup>48</sup> weshalb die Schuldnerin keinen Handelsregisterauszug einreichen muss.

Entspricht der Handelsregistereintrag der Schuldnerin nicht mehr den tatsächlichen Verhältnissen, sind dem Konkursgericht die entsprechenden Belege über die Zusammensetzung des Verwaltungsrats einzureichen (z.B. Rücktrittsschreiben oder Protokoll der Generalversammlung).<sup>49</sup> Ist ein Mitglied des Verwaltungsrats einer AG verstorben oder ausgeschieden, ist gemäss Praxis des Konkursgerichts Zürich der einzige Verwaltungsrat zur Abgabe der Überschuldungsanzeige legitimiert, auch wenn er im Handelsregister noch als Kollektivzeichnungsberechtigter aufgeführt wird.<sup>50</sup>

<sup>43</sup> In der Schweiz gibt es nur 11 Kommanditaktiengesellschaften (JEAN NICOLAS DRUEY/EVA DRUEY JUST/LUKAS GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. A., Zürich 2021, § 2 N 40).

<sup>44</sup> Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 399 ff. (zit. Botschaft Aktienrecht), 610.

<sup>45</sup> Konkursgericht Zürich, EK110001-L/U; SK-Komm.-TALBOT (FN 11), Art. 173b SchKG N 6; teilweise abweichend BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI (FN 4), Art. 173b N 7.

<sup>46</sup> SK-Komm.-TALBOT (FN 11), Art. 192 SchKG N 27.

<sup>47</sup> SK-Komm.-TALBOT (FN 11), Art. 192 SchKG N 3.

<sup>48</sup> Vgl. FN 28.

<sup>49</sup> KRAMPF/SCHULER (FN 1), 1062.

<sup>50</sup> Vgl. PETER BÖCKLI, Schweizerisches Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009, § 13 N 511b.

Bei der *GmbH* ist die Überschuldungsanzeige gemäss Art. 810 Abs. 2 Ziff. 7 OR eine unübertragbare Aufgabe der Geschäftsführer. Sofern die Gesellschafter die Geschäftsführung nicht gemeinsam ausüben, sondern diese einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen haben, ist jeder zeichnungsberechtigte Geschäftsführer zur Überschuldungsanzeige legitimiert. Hat eine GmbH mehrere Geschäftsführer, bedarf es eines Mehrheitsbeschlusses sämtlicher Geschäftsführer, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen.<sup>51</sup>

Bei der *Genossenschaft* ist die Verwaltung zur Überschuldungsanzeige legitimiert (vgl. Art. 903 Abs. 2 OR). Daran ändert sich mit dem revidierten Aktienrecht nichts, auch wenn Art. 903 Abs. 1 revOR nur noch die Bestimmungen des Aktienrechts für sinngemäss anwendbar erklärt. Der Überschuldungsanzeige muss ein Mehrheitsbeschluss der Gesamtverwaltung vorausgegangen sein (Art. 713 Abs. 1 OR analog).<sup>52</sup> Ist die Genossenschaft tatsächlich überschuldet, hat das Gericht den Konkurs zu eröffnen, wobei die Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten die Entscheidungsgrundlage bildet und einem Rangrücktritt bei einer Genossenschaft die gleiche Wirkung zukommt wie bei einer Aktiengesellschaft.<sup>53</sup> Mit der Einführung des *neuen Aktienrechts* gilt Folgendes: Art. 903 Abs. 1 revOR erklärt die Bestimmungen der AG als entsprechend anwendbar. Demzufolge wird inskünftig die Genossenschaft die Zwischenbilanz ebenfalls zu Fortführungs- und Veräusserungswerten zu erstellen haben und diese muss von der Revisionsstelle bzw. einem zugelassenen Revisor geprüft werden.

Bei *Genosschaften mit Nachschusspflicht* sind unverzüglich einbezahlte Nachschüsse nach neuem Recht insbesondere im Rahmen der Anwendung von Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 revOR oder im Rahmen eines Nachlassstundungsgehechs zu berücksichtigen.<sup>54</sup>

#### b. Ersatzvornahme (durch die Revisionsstelle bzw. eine zugelassene Revisorin)

Stösst die Revisionsstelle auf Anzeichen einer Überschuldung, hat sie den Verwaltungsrat unter Ansetzung einer angemessenen Frist zur Einhaltung seiner Pflichten nach Art. 725 Abs. 2 OR anzuhalten. Aufgrund der *Subsidiarität der Anzeigepflicht* der Revisionsstelle hat sie dem Verwaltungsrat zuerst eine Frist anzusetzen, bevor sie die Anzeige

vornimmt.<sup>55</sup> Dementsprechend tritt das Konkursgericht auf eine Überschuldungsanzeige durch die Revisionsstelle nicht ein, wenn dem Verwaltungsrat vorgängig keine Frist angesetzt wurde.

Bleibt der Verwaltungsrat trotz der Fristansetzung untätig und ist die Überschuldung offensichtlich, löst dies die Anzeigepflicht der Revisionsstelle nach Art. 728c Abs. 3 bzw. Art. 729c OR aus, d.h. die Revisionsstelle hat dem Konkursgericht ersatzweise die Überschuldung anzuzeigen. *Eine offensichtliche Überschuldung* liegt laut Bundesgericht dann vor, wenn jeder verständige Mensch ohne weitere Abklärungen sofort sieht, dass die Aktiven die Schulden und

**Die Aktienrechtsrevision verschärft die Regelung zum Aufschieben der Bilanzdeponierung bei Rangrücktritten. Sie müssen neu nicht nur den Betrag der Überschuldung umfassen, sondern auch die Zinsen, welche während der Dauer der Überschuldung anfallen.**

notwendigen Rückstellungen nicht mehr zu decken vermögen und dass die evtl. vorhandenen Rangrücktritte nicht gültig sind oder im Ausmass nicht ausreichen.<sup>56</sup> Von der offensichtlichen Überschuldung hängt demnach die Zulässigkeit der Überschuldungsanzeige durch die Revisionsstelle und deren Begründetheit ab. Eine solche Tatsache wird im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur *doppelrelevanten Tatsache*<sup>57</sup> nur in einer Prüfungsstation untersucht. Die betroffene Zulässigkeitsvoraussetzung wird nicht geprüft, sofern sie von der Revisionsstelle schlüssig behauptet wurde.<sup>58</sup>

Die Revisionsstelle kann sich der Pflicht zur ersatzweisen, dem Gläubigerschutz dienenden Überschuldungsanzeige nicht durch ihren *Rücktritt* entziehen. Entsprechend dem Zweck dieser Bestimmung darf die Ersatzvornahme auch nicht durch das jederzeitige Abberufungsrecht der Generalversammlung (Art. 730a Abs. 4 OR)<sup>59</sup> vereitelt werden. Das Recht und die Pflicht der Revisionsstelle zur Überschuldungsanzeige werden daher durch die *Abberufung* in diesem heiklen Moment nicht berührt. Zudem liegt es – im Hinblick auf die Revisionshaftung nach Art. 755 OR – im

<sup>51</sup> SK-Komm.-TALBOT (FN 11), Art. 192 SchKG N 24.

<sup>52</sup> Konkursrichter am Bezirksgericht Zürich, EK042487/U (Hinweis für den aufmerksamen Leser: Vor Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO im Jahre 2011 hiess das Konkursgericht Zürich Konkursrichter am Bezirksgericht Zürich).

<sup>53</sup> Konkursgericht Zürich, EK180747-L/U.

<sup>54</sup> Botschaft Aktienrecht (FN 44), 615.

<sup>55</sup> SK-Komm.-TALBOT (FN 11), Art. 192 SchKG N 12.

<sup>56</sup> BGer, 5A\_221/2008, E. 2.3.

<sup>57</sup> Vgl. dazu BGE 141 III 294 E. 5.

<sup>58</sup> Dies entspricht der ständigen Praxis des Konkursgerichts Zürich (z.B. Konkursgericht Zürich, EK170418-L/U; vgl. zum Ganzen OGer ZH, PS 130198-O/U, 24.12.2013, E. II.3.2).

<sup>59</sup> Nach Art. 730 Abs. 4 revOR kann die Revisionsstelle nur noch aus wichtigen Gründen abberufen werden.



Interesse der abgewählten Revisionsstelle selbst, dass sie noch zur Anzeige der Überschuldung befugt ist.<sup>60</sup>

Sofern der Verwaltungsrat es unterlässt, der Revisionsstelle die Zwischenbilanz auszuhändigen oder gar eine solche zu erstellen, kann die Revisionsstelle nicht verpflichtet werden, selber und unentgeltlich eine Zwischenbilanz zu erstellen und diese einzureichen. Dies hat jedoch nicht zur Folge, dass keine Überprüfung der finanziellen Situation der Schuldnerin durch das Konkursgericht erfolgen kann. Lässt sich die Überschuldung der Schuldnerin *ohne Zwischenbilanz* auf andere Weise feststellen, insbesondere anhand von Bilanzen und Revisionsberichten vergangener Jahre oder Angaben der Revisionsstelle und allenfalls einer diesbezüglichen Stellungnahme des Verwaltungsrats, ist die Konkurseröffnung dennoch möglich.<sup>61</sup>

**Häufig wird bei der Zwischenbilanz nicht zwischen Fortführungs- und Veräusserungswerten unterschieden. Dies lässt das Konkursgericht Zürich genügen, wenn sich bei einer Unterscheidung an der offensichtlichen Überschuldung nichts ändern würde.**

Geht die Überschuldungsanzeige durch die Revisionsstelle beim Konkursgericht Zürich ein, wird zunächst dem Leitungsorgan der Schuldnerin *Frist zur Stellungnahme* angesetzt. Widersetzt sich dieses der Konkurseröffnung, wird die Stellungnahme des Leitungsorgans i.d.R. der Revisionsstelle zur Stellungnahme zugestellt und danach über die Konkurseröffnung entschieden. Kommt das Gericht zum Schluss, dass keine Überschuldung im Sinne des Gesetzes vorliegt, wird von der Konkurseröffnung abgesehen und das Verfahren als dadurch erledigt abgeschlossen.<sup>62</sup>

Zeigt die Revisionsstelle die Überschuldung an und ist der einzige Verwaltungsrat der Schuldnerin *verstorben*, welcher zugleich *Alleinaktionär* war, sind die Erben, welche infolge Universalsukzession gemäss Art. 560 Abs. 1 ZGB die Erbschaft als Ganzes erworben haben, über die Überschuldungsanzeige der Revisionsstelle in Kenntnis zu setzen bzw. ist ihnen zur Überschuldungsanzeige das rechtliche Gehör zu gewähren.<sup>63</sup>

### c. Liquidator

Besteht begründete Besorgnis zur Annahme der Überschuldung einer Aktiengesellschaft in Liquidation, muss von den Liquidatoren eine Zwischenbilanz erstellt werden. Ergibt sich dabei, dass die Forderungen der Gläubiger zu Veräusserungswerten – während der Liquidation sind im Unterschied zu Art. 725 Abs. 2 OR die Fortführungswerte nicht massgebend – nicht mehr gedeckt sind, haben die Liquidatoren das Gericht zu benachrichtigen.<sup>64</sup>

Die *Prüfung der Zwischenbilanz* durch die Revisionsstelle bzw. einen zugelassenen Revisor ist im Liquidationsstadium *nicht notwendig*.<sup>65</sup> Aufgrund der Verweise in Art. 820 Abs. 1 und Art. 826 Abs. 2 OR gilt die Anzeigepflicht auch für den Liquidator einer GmbH. Dasselbe gilt aufgrund des Verweises in Art. 913 Abs. 1 OR für die Genossenschaft. An diesen Bestimmungen ändert das neue Aktienrecht nichts.

### d. Aufsichtsbehörde einer Stiftung

Gemäss Art. 84a Abs. 1 ZGB hat der Stiftungsrat bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung oder längerfristiger Zahlungsunfähigkeit eine Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten zu erstellen und diese der Revisionsstelle oder – sofern eine solche nicht bestellt wurde – der Aufsichtsbehörde vorzulegen. Stellt die Revisionsstelle fest, dass die Stiftung überschuldet ist oder ihre Verbindlichkeiten längerfristig nicht mehr erfüllen kann, legt sie die Zwischenbilanz der Aufsichtsbehörde vor (Art. 84a Abs. 2 ZGB). Die Aufsichtsbehörde hält den Stiftungsrat in diesem Fall zur Einleitung der erforderlichen Sanierungsmassnahmen an oder trifft diese im Unterlassungsfalle selber (Art. 84a Abs. 3 ZGB).

Ist eine Sanierung nicht möglich, beantragt die Aufsichtsbehörde sodann vollstreckungsrechtliche Massnahmen (Art. 84a Abs. 4 ZGB). Bezüglich den Letztgenannten ist die aktienrechtliche Bestimmung von Art. 725a OR sinngemäss anwendbar. Somit ist grundsätzlich *nur* die *Aufsichtsbehörde* dazu legitimiert, das Konkursgericht zu benachrichtigen. Bei *Dringlichkeit* ist jedoch auch die *Revisionsstelle* in analoger Anwendung von Art. 725 Abs. 2 und Art. 728c Abs. 3 bzw. Art. 729c OR dazu berechtigt und verpflichtet, direkt an das Konkursgericht zu gelangen.<sup>66</sup>

<sup>60</sup> Konkursgericht Zürich, EK171234-L/Z1.

<sup>61</sup> Konkursgericht Zürich, EK191233-L/U.

<sup>62</sup> Vgl. z.B. Konkursgericht Zürich, EK131937-L/U.

<sup>63</sup> Konkursrichter des Bezirksgerichts Zürich, EK060029/Z1.

<sup>64</sup> Konkursgericht Zürich, EK192266-L/U.

<sup>65</sup> BSK OR II-S TÄUBLI, Art. 743 N 11 und 13, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016.

<sup>66</sup> Konkursgericht Zürich, EK190443-L/U.

#### e. Willensbildungsorgan

Die Generalversammlung ist zur Abgabe einer Überschuldungsanzeige nicht legitimiert.<sup>67</sup> Von diesem Grundsatz ist der Konkursrichter am Bezirksgericht Zürich in folgender Konstellation abgewichen: Der einzige Verwaltungsrat der Schuldnerin ist verstorben, die Gesellschaft ist überschuldet und die Generalversammlung hat der Überschuldungsanzeige zugestimmt. In dieser Konstellation würde die Verzögerung der Konkursöffnung durch die zu erfolgende Bestellung des Verwaltungsrats die Interessen der Gläubiger unnötig gefährden.<sup>68</sup>

#### f. Dritte

Dritte sind nicht zur Überschuldungsanzeige legitimiert. Somit ist weder der Willensvollstrecker, ein Aktionär noch ein Gläubiger zur Abgabe einer Überschuldungsanzeige legitimiert.<sup>69</sup> In einem speziell gelagerten Fall hat das Konkursgericht Zürich die Revisionsstelle der Schuldnerin auf deren mögliche Überschuldung und auf ihre Pflichten hingewiesen sowie ihr Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt.<sup>70</sup> Anzumerken bleibt, dass ein handlungsfähiger, durch das Leitungsorgan *Bevollmächtigter* ohne Weiteres eine Überschuldungsanzeige einreichen kann (Art. 68 ZPO).

#### g. Rechtsfolge bei Einreichung durch unberechtigtes Organ

Wird die Überschuldungsanzeige durch ein unberechtigtes Organ bzw. einen unberechtigten Dritten eingereicht, wird der Schuldnerin in Anwendung von Art. 132 ZPO zunächst Gelegenheit zur Verbesserung der Überschuldungsanzeige angesetzt. Wird die Anzeige innert Frist nicht verbessert, wird darauf unter Kostenfolgen zu Lasten des Unberechtigten (Art. 108 ZPO) nicht eingetreten.

### C. Pflicht zur Bilanzdeponierung

#### 1. Nach geltendem Recht

Die Leitungsorgane haben die Pflicht, die Überschuldung anzuzeigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Umfang der Unterdeckung einen Rangrücktritt erklären (Art. 725 Abs. 2 OR). Die Leitungsorgane können zudem gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung<sup>71</sup> die Benachrichtigung des Gerichts kurze Zeit hinausschieben, um Sanierungs-

massnahmen zu ergreifen, sofern ernsthaft mit einem Erfolg der Sanierung gerechnet werden darf. Ein Aufschieben der Benachrichtigung um mehr als vier bis sechs Wochen dürfte aber unzulässig sein.<sup>72</sup>

#### 2. Aktienrechtsrevision

Die Aktienrechtsrevision verschärft die Regelung zum Aufschub der Bilanzdeponierung bei Rangrücktritten. Rangrücktritte müssen neu nicht nur den Betrag der Überschuldung umfassen, sondern auch die *Zinsen*, welche während der Dauer der Überschuldung anfallen (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 revOR).

Des Weiteren wird neu im Gesetz eine *Maximaldauer von 90 Tagen* nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse statuiert, innert derer die Schuldnerin Sanierungsmassnahmen ergreifen kann, um die Überschuldung zu beseitigen (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 revOR). Wenn es sich indes abzeichnet, dass die 90 Tage zur Sanierung der Schuldnerin nicht ausreichen, oder wenn sich die Überschuldung wesentlich erhöht, muss die Bilanz schon vor Ablauf der Frist beim Gericht deponiert werden.<sup>73</sup>

### D. Einzureichende Unterlagen

#### 1. Überschuldungsanzeige und Mehrheitsbeschluss des Leitungsorgans

Einzureichen ist zunächst eine ausdrückliche Überschuldungsanzeige, unterzeichnet von einem vertretungsberechtigten Leitungsorgan. Zudem ist ein Mehrheitsbeschluss des Leitungsorgans einzureichen.<sup>74</sup> Besteht das Leitungsorgan nur aus einer Person, genügt es, dass diese die Überschuldungsanzeige beim Gericht einreicht. Ein vorgängiger, formeller Beschluss des Leitungsorgans ist in diesem Fall nicht erforderlich.<sup>75</sup>

#### 2. Zwischenbilanz

a. Zu Fortführungs- und Veräusserungswerten  
Einzureichen ist nach geltendem Recht von Gesetzes wegen eine Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Veräusserungswerten (Art. 725 Abs. 2 OR). Soweit die Fortführungsfähigkeit nicht mehr gegeben ist, genügt eine Bilanz zu Veräusserungswerten (Art. 958a OR).

Das Konkursgericht Zürich weicht von dieser gesetzlichen Anweisung in den folgenden Konstellationen ab:

<sup>67</sup> ROGER GIROUD, Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, 2. A., Zürich 1986, § 5 N 107.

<sup>68</sup> Konkursrichter am Bezirksgericht Zürich, EK981138/U.

<sup>69</sup> KRAMPF/SCHULER (FN 1), 1064.

<sup>70</sup> Konkursgericht Zürich, EK162082-L/Z1. Diese Verfügung wurde von der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich für nichtig erklärt (VB160025-O, 22.11.17).

<sup>71</sup> BGE 116 II 533 E. 5a.

<sup>72</sup> Zum Ganzen: SK-Komm.-TALBOT (FN 11), Art. 192 SchKG N 5.

<sup>73</sup> Botschaft Aktienrecht (FN 44), 579.

<sup>74</sup> Siehe dazu oben III.B.2.

<sup>75</sup> Konkursgericht Zürich, EK210287-L/U.

Reicht die Schuldnerin lediglich eine Bilanz zu Fortführungswerten ein, zeigt diese aber eine offensichtliche Überschuldung und können der Bilanz keine Positionen entnommen werden, welche im Falle einer Veräusserung zur einer beträchtlichen Verringerung der Überschuldung führen würden, wird der Konkurs auch ohne Vorliegen einer Bilanz zu Veräusserungswerten eröffnet.<sup>76</sup>

Wenn nur eine Bilanz zu Fortführungswerten eingereicht wird, aber davon auszugehen ist, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger auch nicht durch die noch *spärlich vorhandenen Aktiven* zu Veräusserungswerten gedeckt sind.<sup>77</sup> Dies gilt selbstredend auch, wenn die Bilanz gar keine Aktiven mehr aufweist.<sup>78</sup> Ebenfalls auf eine Bilanz zu Veräusserungswerten wurde verzichtet, da die Überschuldung zu Fortführungswerten sehr hoch war und nichts auf das Vorliegen von stillen Reserven hindeutete.<sup>79</sup>

Häufig wird bei der eingereichten Zwischenbilanz nicht zwischen Fortführungs- und Veräusserungswerten unterschieden. Dies lässt das Konkursgericht Zürich genügen, wenn sich bei einer Unterscheidung an der Tatsache des Bestehens einer offensichtlichen Überschuldung nichts ändern würde, z.B. da die Aktiven im Vergleich zum Fremdkapital nur einen sehr kleinen Betrag ausmachen.<sup>80</sup>

Es ist grundsätzlich nicht Sache des Konkursgerichts, die bilanzierten *Werte auf ihre Richtigkeit zu prüfen*. Dies liegt in der Verantwortung der Leitungsorgane und der Revisionsstelle. In einem Fall am Konkursgericht Zürich bestritten die Verwaltungsräte die Höhe der Rückstellungen, welche die Liquidatorin bilanziert hatte. Das Gericht entschied, dass die Einschätzung der Liquidatorin vertretbar war. Dies auch, weil die Bilanz von zwei zugelassenen Revisionsexperten geprüft worden war. Das Konkursgericht sah somit keinen Grund, von der Auffassung der Revisionsstelle abzuweichen und sein Ermessen an die Stelle desjenigen der Fachexperten zu setzen. Wie von den Verwaltungsräten beantragt, gewährte das Gericht ihnen eine Frist, um die Überschuldung zu beseitigen.<sup>81</sup>

Die Aktienrechtsrevision stellt klar, was bis anhin bereits aufgrund von Art. 958a Abs. 2 OR gegolten hat: Ist die Annahme der Geschäftsführung nicht (mehr) gegeben, genügt ein Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 revOR). Ein Zwischenabschluss zu Fortführungswerten muss nicht erstellt werden.

#### b. Aktuelle Bilanz

Die einzureichenden Bilanzen müssen aktuell sein. Gemäss ständiger Praxis des Konkursgerichts Zürich<sup>82</sup> ist dies der Fall, wenn die Bilanzen vor *höchstens drei Monaten* erstellt wurden. Ansonsten wird eine Frist angesetzt, um eine aktuelle Bilanz einzureichen.

#### c. Prüfung der Bilanz

Nach einer langjährigen Praxis des Konkursgerichts Zürich konnte auf die Prüfung der Zwischenbilanz durch die Revisionsstelle bzw. einen zugelassenen Revisor nicht verzichtet werden.<sup>83</sup> Diese Praxis gab das Konkursgericht Zürich im Jahre 2017 auf. Dies, weil das Bundesgericht (wenn auch in einem nicht in der amtlichen Sammlung aufgenommenen Urteil) und auch das Obergericht des Kantons Zürich entschieden haben, dass *bei offensichtlicher Überschuldung* auf die Prüfung der Zwischenbilanz verzichtet werden könne.<sup>84</sup> Das Bundesgericht wies diesbezüglich darauf hin, dass nach

**Der Begriff der offensichtlichen Überschuldung sollte eng ausgelegt werden und die Gerichte sollten im Zweifelsfall eine geprüfte Bilanz verlangen.**

der Lehre im Rahmen der Überschuldungsanzeige dann, wenn kein Antrag auf Konkursaufschub vorliegt, auf das Erfordernis der Revision der Zwischenbilanz verzichtet werden könne. Schliesslich solle das Revisionserfordernis verhindern, dass die Zwischenbilanz zu optimistisch ausfalle, hingegen solle es nicht einer Überschuldungsanzeige ein formelles Hindernis zum Nachteil der Gläubiger in den Weg stellen.<sup>85</sup> Diese neue Praxis hat dazu geführt, dass in den meisten Fällen am Konkursgericht Zürich der Konkurs aufgrund einer Überschuldungsanzeige ohne Vorliegen eines Prüfberichts eröffnet wird.

Bei *Genossenschaften* ist eine Prüfung der Zwischenbilanz durch die Revisionsstelle von Gesetzes wegen nicht vorgesehen (Art. 903 Abs. 1 OR).

Das revidierte Aktienrecht sieht in Art. 725b Abs. 2 revOR ausdrücklich vor, dass der Verwaltungsrat die Zwischenabschlüsse durch die Revisionsstelle oder, wenn eine solche fehlt, durch einen zugelassenen Revisor prüfen lässt. Der Verwaltungsrat ernennt den zugelassenen Revisor.

<sup>76</sup> Konkursgericht Zürich, EK200057-L/U.

<sup>77</sup> Konkursgericht Zürich, EK201536-L/U.

<sup>78</sup> Konkursgericht Zürich, EK191764-L/U.

<sup>79</sup> Konkursgericht Zürich, EK191383-L/U.

<sup>80</sup> Konkursgericht Zürich, EK191644-L/U.

<sup>81</sup> Konkursgericht Zürich, EK192266-L/U.

<sup>82</sup> Konkursgericht Zürich, EK170480-L/Z1.

<sup>83</sup> KRAMPF/SCHULER (FN 1), 1064 f.

<sup>84</sup> BGer, 5A\_625/2015, E. 3.5; OGer ZH, PS 170006-O/U, 20.2.2017, E. II.2.2.

<sup>85</sup> Konkursgericht Zürich, EK170520-L/U mit Verweis auf BGer, 5A\_625/2015, E. 3.5.

Unseres Erachtens drückt der Gesetzgeber nun noch klarer aus, dass ein geprüfter Zwischenabschluss vorliegen muss – auch in Fällen offensichtlicher Überschuldung. *Ausnahmen* von der Prüfpflicht *sieht das Gesetz keine vor* und sind weder in den parlamentarischen Beratungen noch in der Botschaft diskutiert resp. erwähnt worden. Hätte der Gesetzgeber eine Ausnahmeregelung gewollt, hätte er im Zuge der Aktienrechtsrevision die Gelegenheit gehabt, den Fall einer offensichtlichen Überschuldung klar zu regeln und von der Prüfpflicht abzusehen, was er jedoch unterlassen hat.

Es sprechen aber nach wie vor *gute Gründe* für die Beibehaltung dieser vom Gesetzeswortlaut *abweichen- den Praxis*. Sie wirkt insbesondere der Konkursverschleppung entgegen und liegt damit im Interesse der Gläubiger. Nichtsdestotrotz sollte der Begriff der offensichtlichen Überschuldung eng ausgelegt werden und die Gerichte sollten im Zweifelsfall eine geprüfte Bilanz verlangen.

### 3. Aktienrechtsrevision: Zwischenabschluss

Der Verwaltungsrat hat nach revidiertem Aktienrecht (Art. 725b Abs. 3 revOR) das Gericht zu benachrichtigen, wenn die Gesellschaft nach den *Zwischenabschlüssen* überschuldet ist. Der Zwischenabschluss enthält gemäss Art. 960f Abs. 1 revOR nebst der Bilanz eine *Erfolgsrechnung und einen Anhang*. Der Begriff Zwischenabschluss ersetzt den Begriff Zwischenbilanz, weil eine Zwischenbilanz ohne Zwischenerfolgsrechnung – gemäss Botschaft zum revidierten Aktienrecht – methodisch undenkbar sei.<sup>86</sup> Die Gesellschaft muss mit Inkrafttreten von Art. 725b revOR demnach nicht nur die Zwischenbilanz, sondern auch die Erfolgsrechnung und den Anhang revidieren lassen und dem Gericht einreichen.

### 4. Rechtsfolge bei mangelhaften oder fehlenden Unterlagen

Sind die eingereichten Unterlagen mangelhaft oder unvollständig, setzt das Konkursgericht der Schuldnerin *Frist zur Verbesserung* an. Zudem werden der Schuldnerin in der Regel auch die Voraussetzungen einer Insolvenzerklärung erläutert und Frist zur Einreichung einer solchen angesetzt. Kommt die Schuldnerin diesen Fristansetzungen nicht nach, tritt das Gericht auf die Überschuldungsanzeige nicht ein. Zu beachten ist, dass sich das Leitungsorgan mit einer unvollständigen Überschuldungsanzeige nicht von seiner Verantwortlichkeit (Art. 752 ff. OR) entlastet.<sup>87</sup> Darauf wird

das Leitungsorgan vom Konkursgericht Zürich im *Nichteintretensentscheid* jeweils hingewiesen.<sup>88</sup>

## IV. Prozessuales

### A. Zuständigkeit

Die Insolvenzerklärung und die Überschuldungsanzeige sind zwingend *am ordentlichen Betreibungsort*, mithin am Sitz resp. – bei nicht im Handelsregister eingetragenen juristischen Personen – am Hauptsitz der Verwaltung einzureichen (Art. 46 SchKG). *Sitzwechsel* nach Rechtshängigkeit des Verfahrens sind unbeachtlich (Art. 53 SchKG analog). Wird die Überschuldungsanzeige ersatzweise durch die Revisionsstelle vorgenommen, ist auf den Zeitpunkt abzustellen, in welchem die Gesellschaft vom Verfahren Kenntnis erhält.<sup>89</sup> Wird zu einer Verhandlung vorgeladen, ist der massgebende Zeitpunkt jener der Vorladung.<sup>90</sup>

Im Kanton Zürich ist gemäss § 24 lit. c GOG ZH das Einzelgericht am Bezirksgericht *sachlich zuständig*.

### B. Verfahren

Über ein Konkursbegehren ist gemäss Art. 251 lit. a ZPO im summarischen Verfahren zu entscheiden.<sup>91</sup> Summarverfahren sind beförderlich zu erledigen. Sobald alle erforderlichen Unterlagen vorliegen, eröffnet das Konkursgericht Zürich in der Regel innert ein bis zwei Werktagen den Konkurs. Jedenfalls ist das Konkursgericht angehalten, möglichst rasch zu entscheiden und den Entscheid der Schuldnerin mitzuteilen. Andernfalls stellt sich die Frage nach der Staatshaftung.<sup>92</sup>

Gemäss Art. 255 lit. a ZPO gilt in Summarverfahren, in denen das Gericht als Konkursgericht zu entscheiden hat, der *Untersuchungsgrundsatz*. Das Gericht stellt mithin den Sachverhalt von Amtes wegen fest.

Die Konkurseröffnung zufolge Insolvenzerklärung oder Überschuldungsanzeige ist auch während der *Schonzeiten nach Art. 56 SchKG* möglich. Dies liegt daran, dass Schonzeiten den Schuldner vor Handlungen seiner Gläubiger schützen sollen, die Gläubiger indes weder zur Insolvenzerklärung nach Art. 191 SchKG noch zur Überschuldungsanzeige nach Art. 192 SchKG legitimiert sind.<sup>93</sup>

<sup>86</sup> Botschaft Aktienrecht (FN 44), 618.

<sup>87</sup> KRAMPF/SCHULER (FN 1), 1065 mit Verweis auf einen Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21.7.1994.

<sup>88</sup> Konkursgericht Zürich, EK171460-L/U.

<sup>89</sup> SK-Komm.-TALBOT (FN 11), Art. 192 SchKG N 28.

<sup>90</sup> BGE 134 III 417 E. 4.

<sup>91</sup> Vgl. BGE 119 III 113 E. 3b.

<sup>92</sup> Vgl. BGE 120 Ib 248 E. 2b.cc.

<sup>93</sup> Zum Ganzen: SK-Komm.-TALBOT (FN 11), Art. 191 SchKG N 25 und Art. 192 SchKG N 33.

Bei *Rückzug des Begehrens* ist zu unterscheiden: Die Insolvenzerklärung kann von der Schuldnerin bis zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung zurückgezogen werden. Demgegenüber stellt die Überschuldungsanzeige eine gesetzliche Pflicht dar, weshalb ein Rückzug derselben ausgeschlossen ist.<sup>94</sup>

Die Insolvenzerklärungen und Überschuldungsanzeigen werden in aller Regel im *schriftlichen Verfahren* erledigt. In aller Regel handelt es sich um ein Einparteienverfahren<sup>95</sup> – selbst wenn die Revisionsstelle die Überschuldungsanzeige. Der *Revisionsstelle* kommt mangels Interesse am

**Die Gesellschaft muss mit Inkrafttreten von Art. 725b revOR nicht nur die Zwischenbilanz, sondern auch die Erfolgsrechnung und den Anhang revidieren lassen und dem Gericht einreichen.**

Ausgang des Verfahrens *keine Parteistellung* zu,<sup>96</sup> weshalb sie auch nicht über den Stand des Verfahrens informiert wird. Dasselbe gilt auch für Gläubiger und Aktionäre.<sup>97</sup> Aktionäre, Gläubiger und Revisionsstelle können jedoch angehört werden, zumal der Untersuchungsgrundsatz gilt (Art. 255 lit. a ZPO). Erst wenn der Konkurs eröffnet wurde, wird über diesen Umstand – da er öffentlich bekannt gemacht wird (Art. 232 Abs. 1 SchKG) – Auskunft erteilt.

Der Entscheid über die Konkurseröffnung kann ausgesetzt werden, wenn die Schuldnerin oder ein Gläubiger ein Gesuch um Nachlassstundung oder Konkursaufschub eingereicht hat oder Anhaltspunkte für das Zustandekommen eines Nachlassvertrags vorliegen (Art. 194 i.V.m. Art. 173a SchKG; Art. 725a Abs. 1 OR).

### C. Prozesskosten

Gemäss Art. 52 lit. a GebV SchKG beträgt die *Entscheidgebüh*r in nicht streitigen Verfahren<sup>98</sup> zwischen CHF 40.– und CHF 200.–. Am Konkursgericht Zürich beläuft sich die Entscheidgebühr sowohl für Insolvenzerklärungen als auch für Überschuldungsanzeigen regelmässig auf CHF 200.–. Dies

wird bei sämtlichen Erledigungsentscheiden so gehandhabt, mithin auch bei Nichteintretensentscheiden.

Ein *Kostenvorschuss* ist nur bei Insolvenzerklärungen zu leisten. Bei Überschuldungsanzeigen darf keine Bevorschussung verlangt werden (Art. 194 Abs. 1 Satz 2 SchKG). In der Praxis kommt es gelegentlich vor, dass die Schuldnerin bei einer Überschuldungsanzeige einen Vorschuss leistet. In diesem Fall wird dieser nach Abzug der Entscheidgebühr dem beauftragten Konkursamt überwiesen. Die Entscheidgebühren, die bei einer Konkurseröffnung zufolge Überschuldung anfallen und der Gesellschaft auferlegt werden, sind Massekosten i.S.v. Art. 262 Abs. 1 SchKG.

Wird der Konkurs nicht eröffnet, kann die Entscheidgebühr gemäss Art. 108 ZPO der *Revisionsstelle* auferlegt werden, wenn die Ersatzvornahme nicht in guten Treuen vorgenommen wurde.<sup>99</sup> Hatte die Revisionsstelle dagegen berechtigten Anlass zur Überschuldungsanzeige, sind die Kosten der Schuldnerin aufzuerlegen.<sup>100</sup> Stellt die Revisionsstelle einen Antrag auf Parteientschädigung, wird dieser abgewiesen. Die Revisionsstelle nimmt die Überschuldungsanzeige als Organ der Schuldnerin vor. Eine allfällige vertragliche Entschädigungsforderung gegenüber der Schuldnerin wäre auf dem Zivilweg geltend zu machen.<sup>101</sup>

### D. Prüfungspflicht des Konkursgerichts

Werden die für die Insolvenzerklärung erforderlichen Unterlagen durch ein vertretungsberechtigtes Organ eingereicht, ist der Konkurs zu eröffnen. Die effektive Zahlungsunfähigkeit wird nicht geprüft.<sup>102</sup> Dagegen ist bei der Überschuldungsanzeige zunächst zu *prüfen*, ob die Gesellschaft tatsächlich überschuldet ist.

### E. Mitteilung der Konkurseröffnung

Das Gericht teilt die Konkurseröffnung zufolge Insolvenz resp. Überschuldung in aller Regel am Tag der Konkurseröffnung dem Konkursamt mit. Wenn feststeht, ob der Konkurs im ordentlichen oder im summarischen Verfahren durchgeführt wird, veröffentlicht das Konkursamt den Konkurs durch Publikation (Art. 232 Abs. 1 SchKG).

Die Konkurseröffnung wird sodann auch dem *Handelsregisteramt mitgeteilt* (Art. 176 SchKG), soweit die Schuldnerin im Handelsregister eingetragen ist. Eine Kopie des Konkurseröffnungsentscheids kann im Kanton Zürich ohne Interessennachweis elektronisch beim Handelsregis-

<sup>94</sup> BGer, 5A\_625/2015, E. 3.4.4.

<sup>95</sup> Hat bei einer Überschuldungsanzeige ein Gläubiger einen Antrag auf Konkursaufschub oder Nachlassstundung gestellt und stellt die Verwaltung einen davon abweichenden Antrag, so handelt es sich um ein strittiges Verfahren.

<sup>96</sup> KRAMPF/SCHULER (FN 1), 1070.

<sup>97</sup> Konkursgericht Zürich, EK201666-L/U.

<sup>98</sup> Die von der Revisionsstelle ersatzweise vorgenommene Überschuldungsanzeige führt nicht zu einem streitigen Verfahren (vgl. KRAMPF/SCHULER [FN 1], 1071; vgl. auch IV.B.).

<sup>99</sup> Konkursgericht Zürich, EK131937-L/U.

<sup>100</sup> Konkursgericht Zürich, EK171234-L/U.

<sup>101</sup> Konkursgericht Zürich, EK131731-L/U.

<sup>102</sup> BGE 119 III 113 E. 3b.

teramt bestellt werden. Daher wird im Entscheid des Konkursgerichts im Gegensatz zur früheren Praxis weder die Höhe der Überschuldung noch die Höhe der Aktiven und des Fremdkapitals erwähnt.

## F. Rechtsmittel

### 1. Beschwerde

Gegen den Entscheid des Konkursgerichts Zürich betreffend die Konkurseröffnung kann gemäss Art. 194 Abs. 1 i.V.m. Art. 174 SchKG Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 10 Tagen ab Zustellung des Entscheides beim Obergericht des Kantons Zürich zu erklären. Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO). Die Beschwerdefrist verlängert sich aber nach Art. 63 SchKG.<sup>103</sup>

Im Gegensatz dazu ist die *Bevorschussungsverfügung* bei Insolvenzerklärungen nicht mit Beschwerde anfechtbar. Art. 103 ZPO, wonach Entscheide über die Leistung von Vorschüssen mit Beschwerde anfechtbar sind, bezieht sich nur auf Vorschüsse i.S.v. Art. 98 ZPO. Indessen geht Art. 169 Abs. 2 SchKG als Grundlage für die Bevorschussung der Konkurskosten Art. 98 ZPO als *lex specialis* vor.<sup>104</sup>

### 2. Legitimation

Bei *Insolvenzerklärungen* gemäss Art. 191 SchKG ist nur die Schuldnerin selbst zur Beschwerde legitimiert. Gegen den antragsgemäss eröffneten Konkursentscheid kann sie Beschwerde erheben, wenn sie sich bei der Abgabe der Insolvenzerklärung in einem wesentlichen Irrtum befand.<sup>105</sup> Andere Personen, insbesondere Gläubiger, sind nicht beschwerdelegitimiert.<sup>106</sup> Die Organe der Schuldnerin sind nicht zur Erhebung einer Beschwerde in eigenem Namen berechtigt.<sup>107</sup>

Anders verhält es sich bei einer Konkurseröffnung gestützt auf Art. 192 SchKG. Bei der *Überschuldungsanzeige* sind nebst der Schuldnerin auch Gläubiger und Gesellschaftsorgane zur Erhebung eines Rechtsmittels legitimiert. Voraussetzung hierfür ist, dass sie sich bereits am erstinstanzlichen Verfahren beteiligten.<sup>108</sup> Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein Verwaltungsrat oder ein Gläubiger

nach Benachrichtigung des Gerichts einen (zur Zeit noch möglichen) Antrag auf Konkursaufschub<sup>109</sup> oder Nachlassstundung stellt.

*Aktionäre*, die nicht gleichzeitig auch Gläubiger sind, können weder den Konkursaufschub noch die Nachlassstundung beantragen und haben auch sonst keine Parteistellung im erstinstanzlichen Verfahren. Insofern sind sie auch nicht zur Erhebung eines Rechtsmittels gegen die Konkurseröffnung zufolge Überschuldung legitimiert.

<sup>103</sup> SK-Komm.-TALBOT (FN 11), Art. 174 SchKG N 2.

<sup>104</sup> SK-Komm.-TALBOT (FN 11), Art. 169 SchKG N 9.

<sup>105</sup> BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI (FN 4), Art. 191 N 30; SK-Komm.-TALBOT (FN 11), Art. 191 SchKG N 26.

<sup>106</sup> BGE 123 III 402 E. 3; AMONN/WALTHER (FN 19), 355; BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI (FN 4), Art. 191 N 28; SK-Komm.-TALBOT (FN 11), Art. 191 SchKG N 26.

<sup>107</sup> OGer ZH, PS 180179-O/U, 24.9.2018, E. 2.3.

<sup>108</sup> BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI (FN 4), Art. 192 N 24 m.w.H.

<sup>109</sup> Mit der Aktienrechtsreform wird der Konkursaufschub nach Art. 725a OR abgeschafft. Künftig kann nur noch ein Antrag auf Nachlassstundung gestellt werden, um die Konkurseröffnung zu verhindern.