

Art. 725 OR, Art. 192 SchKG, Art. 59 ZPO; Anfechtung des Konkursdekrets im Falle einer Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung wegen Überschuldung. Zur Anfechtung eines gestützt auf Art. 725 Abs. 2 OR und Art. 192 SchKG ergangenen Konkursdekrets wegen Überschuldung bedarf es eines Verwaltungsratsbeschlusses. Ein einzelner Verwaltungsrat ist dazu nicht legitimiert, auch wenn er dem Verwaltungsratsbeschluss, mit welchem die Bilanzdeponierung beschlossen wurde, nicht zugestimmt hat (E. 1–2). Ein Rechtsmittel gegen einen erstinstanzlichen Entscheid steht nur derjenigen Partei zu, die formell beschwert ist. Hat der Konkursrichter gestützt auf eine vom Verwaltungsrat beschlossene Deponierung der Bilanz dem eingereichten Konkursantrag entsprochen, hat sich die Aktiengesellschaft dieses Verhalten anrechnen zu lassen. Demgemäss fehlt es ihr an der formellen Beschwerde zur Anfechtung des Konkursdekrets. Auf die von der Aktiengesellschaft gegen das Konkursdekret erhobene Beschwerde kann nicht eingetreten werden (E. 3.1 u. 3.2). Die Anfechtbarkeit eines Verwaltungsratsbeschlusses ist nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre ausgeschlossen. Geltend gemacht werden kann einzig dessen Nichtigkeit. Nichtigkeit eines Verwaltungsratsbeschlusses ist nur im äussersten Fall und mit grösster Zurückhaltung bei Vorliegen schwerwiegender und dauerhafter Verstösse gegen zwingendes, im öffentlichen Interesse aufgestelltes Recht oder gegen die strukturwesentlichen Normen und fundamentale Ordnung des Aktienrechts anzunehmen (E. 3.3 – 3.4).

Aus den Erwägungen:

1. Gegen Aktiengesellschaften kann der Konkurs ohne vorgängige Betreuung in den Fällen eröffnet werden, die das Obligationenrecht vorsieht (Art. 192 SchKG). Gemäss Art. 725 Abs. 2 OR muss, wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, eine Zwischenbilanz erstellt und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorgelegt werden. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten. Nach Art. 725a Abs. 1 OR eröffnet der Richter auf diese Benachrichtigung hin den Konkurs. Er kann ihn auf Antrag des Verwaltungsrates oder eines Gläubigers jedoch aufschieben, falls Aussicht auf Sanierung besteht, wobei er in diesem Falle Massnahmen zur Erhaltung des Vermögens trifft.

2.1 Für den Weiterzug der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung verweist Art. 194 Abs. 1 SchKG auf Art. 174 SchKG, der den Weiterzug des konkursrichterlichen Entscheids über das Konkursbegehren in der ordentlichen Betrei-

bung regelt. Nach Abs. 1 der letztgenannten Bestimmung kann der Entscheid des Konkursgerichts innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Die Parteien können dabei neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Gegen den Entscheid des Konkursgerichts (Konkurseröffnung oder -aufschub) sind mithin nur die Parteien zur Beschwerde legitimiert. Dazu gehört der durch einen Verwaltungsratsbeschluss ermächtigte Verwaltungsrat, nicht jedoch ein einzelnes Mitglied des Verwaltungsrates, auch wenn es dem Verwaltungsratsbeschluss, mit welchem die Bilanzdeponierung beschlossen wurde, nicht zugestimmt hat (Brunner/Boller, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. A., Basel 2010, Art. 192 N 24, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

2.2.1 Mit Eingabe vom 17. Oktober 2011 erhob A. namens der Beschwerdeführerin Beschwerde gegen das Konkursdekret des Einzelrichters vom 6. Oktober 2011. Zur Vernehmlassung der nach wie vor im Handelsregister eingetragenen Verwaltungsräte B. und C. vom 20. Oktober 2011, es liege kein Verwaltungsratsbeschluss über die Anfechtung des Konkursdekrets vor, macht A. geltend, die beiden Verwaltungsräte sowie D. seien an der Generalversammlung vom 23. September 2011 abgewählt worden. Ferner liege ein Verwaltungsratsbeschluss vom 8. Oktober 2011 vor, gemäss welchem gegen das Konkursdekret Beschwerde einzureichen sei.

2.2.2 Die an den Generalversammlung vom 23. September 2011 erfolgte Abwahl der Verwaltungsräte B. und C. focht E., ein Aktionär der Beschwerdeführerin, beim Kantonsgericht Zug mit einem Gesuch um vorsorgliche Massnahmen an. Unangefochten blieb einzig die ebenfalls an der Generalversammlung vom 23. September 2011 vorgenommene Abwahl des Verwaltungsrats D. Das von E. eingeleite Verfahren hat das Kantonsgericht laut Geschäftskontrolle formell sistiert. Angesichts dessen steht zur Zeit nicht fest, ob die am 23. September 2011 erfolgte Abwahl der Verwaltungsräte B. und C. gültig ist. Demnach ist auch unklar, ob A. am 8. Oktober 2011 alleine und ohne Mitwirkung von B. und C. gültig beschliessen konnte, das Konkursdekret anzufechten. Angesichts dessen, dass es nach der Lehre und Rechtsprechung zur Anfechtung des Konkursdekrets eines Verwaltungsratsbeschlusses bedarf und ein einzelner Verwaltungsrat dazu nicht legitimiert ist, bestehen bereits von daher Zweifel, ob auf die Beschwerde eingetreten werden kann. Indes erweist sich die Beschwerde – wie nachfolgend ausgeführt wird – aus einem anderen Grund als unzulässig.

3.1 Gerichtliche Beurteilung und staatlicher Rechtsschutz können und sollen nur gewährt werden, sofern die prozessual geltend gemachten Ansprüche ein

schutzwürdiges Interesse betreffen. Ein solches Rechtsschutzinteresse ist Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO) und liegt nur dann vor, wenn eine Partei durch den angefochtenen erstinstanzlichen Entscheid beschwert ist. Dabei unterscheidet die Doktrin zwischen formeller und materieller Beschwerde.

Als formelle Beschwerde wird die Diskrepanz zwischen dem Parteiantrag und dem Dispositiv bzw. den Teilen des Entscheides, welche der Rechtskraft zugänglich sind (in der Regel demnach nicht die Motive des Entscheids), verstanden. Nicht beschwert ist demnach die klagende Partei, deren Klage vollumfänglich gutgeheissen wird. Beantragt jedoch die beklagte Partei die Abweisung der Klage und erkennt das Gericht stattdessen auf Nichteintreten, so ist sie formell beschwert, denn auch sie hat ein schützenswertes Interesse daran, über den streitigen Anspruch ein Sachurteil zu erhalten und nicht in einem neuen Verfahren mit der gleichen Klage belangt zu werden. Die formelle Beschwerde ist stets Prozessvoraussetzung; fehlt diese, so wird auf das Rechtsmittel nicht eingetreten.

Materielle Beschwerde liegt vor, wenn der Rechtsmittelkläger, auch wenn seinen Anträgen entsprochen wurde, durch das angefochtene Urteil in seiner Rechtsposition belastet wird und einen Rechtsnachteil erleidet. Die formelle Beschwerde umfasst immer auch die materielle Beschwerde. Materielle Beschwerde ohne formelle Beschwerde schliesst gewöhnlich die Einlegung eines Rechtsmittels aus. Ausnahmen finden sich im Ehe- und im Vormundschaftsrecht. So kann die klagende Partei, deren Scheidungsklage vollumfänglich gutgeheissen wird, zur Erhaltung der Ehe gegen den Entscheid Beschwerde an das Bundesgericht einlegen und die Klage bis zum Ablauf der Beschwerdefrist zurückziehen (BGE 84 II 235 bezüglich der Berufung gemäss Art. 43 aOG); der Bevormundete kann gegen das die Vormundschaft anordnende Urteil der ersten Instanz Berufung erklären, auch wenn sein Prozessbeistand vor der ersten Instanz die Gutheissung der Klage der Vormundschaftsbehörde beantragt hat (Staehelein/ Staehelein/Grolimund, Zivilprozessrecht nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen, Zürich/Basel/Genf 2008, § 25 N 28 f.; Beat Mathys, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, Art. 311 N 22 – 24; Kurt Blickenstorfer, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.] Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, Vor Art. 308 – 334 N 87 – 89; Alexander Zürcher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 59 N 14; Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 500).

In Übereinstimmung zur Auffassung, wonach die formelle Beschwerde Prozessvoraussetzung ist, hat die Justizkommission des Obergerichts unter dem bis Ende

2010 gültigen kantonalen Recht im Urteil vom 7. Juli 2005 (JZ 2005/2, publiziert in BISchK 2007 Nr. 14) erkannt, der nach der Konkurseröffnung neu gewählte Verwaltungsrat sei nicht befugt, gegen das Konkursdekret Beschwerde zu erheben, nachdem der frühere Verwaltungsrat dem Konkursrichter gegenüber bestätigt habe, dass die Voraussetzungen für die Konkurseröffnung erfüllt seien. Wenn der neu installierte Verwaltungsrat die Situation anders beurteile als sein rechtmässiger Vorgänger, sei das ein gesellschaftsinterner Vorgang, der nach aussen auf ein widersprüchliches Verhalten hinauslaufe. Der Gesellschaft müsse deshalb die für ein Rechtsmittel vorausgesetzte Beschwer abgesprochen werden.

3.2 Mit Eingaben vom 12. und 22. September 2011 beantragten die kollektivzeichnungsberechtigten Verwaltungsräte B. und D. namens der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 725 Abs. 2 OR und Art. 192 SchKG die Konkurseröffnung. Die Überschuldungsanzeige beruhte auf dem Verwaltungsratsbeschluss vom 5. September 2011, in welchem die Verwaltungsräte B., D. und C. gegen die Stimme von A. beschlossen, einen Konkursantrag zu stellen, falls bis zum 7. September 2011 keine Sanierungslösung gefunden werden sollte. Die Beschwerdeführerin hat sich den Verwaltungsratsbeschluss vom 5. September 2011 sowie die am 12. und 22. September 2011 erfolgte Bilanzdeponierung durch die Verwaltungsräte B. und D. anzurechnen, nachdem selbst nach Auffassung von A. die letztgenannten Verwaltungsräte frühestens am 23. September 2011 abgewählt worden sind. Demgemäss waren diese anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 5. September 2011 stimmberechtigt und befugt, in Nachachtung des an dieser Sitzung getroffenen Beschlusses beim Einzelrichter die Bilanz zu deponieren, nachdem bis zum 7. September 2011 keine Sanierungslösung gefunden worden war. Nachdem der Einzelrichter dem Konkursantrag entsprochen hat, fehlt es der Beschwerdeführerin an der formellen Beschwer zur Anfechtung des Konkursdekrets.

3.3 Soweit A. in der Vernehmlassung vom 31. Oktober 2011 zur Eingabe von B. und C. vom 20. Oktober 2011 geltend macht, der Verwaltungsratsbeschluss sei rechtswidrig und nichtig, ist fraglich, ob dies im vorliegenden Verfahren gehört werden kann. Abgesehen davon, dass – wie oben ausgeführt wurde – unklar ist, ob A. die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren überhaupt vertreten kann, wurde dieses Argument erst nach Ablauf der 10-tägigen Beschwerdefrist vorgebracht. Es erscheint daher verspätet. Daran ändert auch nichts, dass A. am 25. Oktober 2011 Gelegenheit eingeräumt wurde, zur Eingabe von B. und C. Stellung zu nehmen. Dabei ging es einzig zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zum Argument von B. und C., dass für die Beschwerdeerhebung kein gültiger Verwaltungsratsbeschluss vorliege. A. wurde damit nicht die Möglichkeit gegeben, zu weiteren Punkten Stellung zu nehmen und seine Beschwerde nach Ablauf der Beschwerdefrist zu ergänzen.

3.4 Doch selbst wenn der Einwand der Rechtswidrigkeit und der Nichtigkeit des Verwaltungsratsbeschlusses vom 5. September 2011 im vorliegenden Verfahren gehört werden könnte, hätte die Beschwerde, falls auf sie eingetreten werden könnte, keine Aussicht auf Erfolg.

3.4.1 Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre ist die Anfechtbarkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen ausgeschlossen (Martin Wernli, in: Honnold/Vogt/Watter, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3. A., Basel 2008, Art. 714 N 3). Geltend gemacht werden kann einzig deren Nichtigkeit. Nach Art. 714 OR gelten für die Beschlüsse sinngemäss die gleichen Nichtigkeitsgründe wie für die Beschlüsse der Generalversammlung (Art 706b OR). Nichtigkeit ist dabei aber nur im äussersten Fall und mit grösster Zurückhaltung bei Vorliegen schwerwiegender und dauerhafter Verstösse gegen zwingendes, im öffentlichen Interesse aufgestelltes Recht oder gegen die strukturwesentlichen Normen und fundamentale Ordnung des Aktienrechts anzunehmen (Martin Wernli, a.a.O., Art. 714 N 10).

3.4.2 A. macht im Wesentlichen geltend, der Verwaltungsratsbeschluss vom 5. September 2011 zur Erstattung des Konkursantrags sei als Druck- und Erpressungsmittel zustande gekommen, um ihn zu Konzessionen zu zwingen. Ob es sich so verhält, kann offen gelassen werden. Massgebend ist einzig, ob die Verwaltungsräte B., C. und D. bei der Beschlussfassung begründete Besorgnis einer Überschuldung der Beschwerdeführerin hatten. Dies trifft offenkundig zu, nachdem die F. AG als unabhängige Revisorin nach Prüfung der Zwischenbilanz vom 30. Juni 2011 zum selben Resultat kam. Angesichts dessen vermag es nicht zu überzeugen, wenn A. den übrigen Verwaltungsräten in diesem Zusammenhang unredliches Verhalten vorwirft. Demgemäss kann auch keine Rede davon sein, dass der Verwaltungsratsbeschluss vom 5. September 2011 zur Erstattung des Konkursantrages nichtig ist.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 29. November 2011