

# **BGE 151 III 574**

Bundesgericht (BGE), 2025-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_151 III 574](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_151_III_574)

FR: ATF 151 III 574

IT: DTF 151 III 574

## **Regeste**

Regeste Art. 174 SchKG; Tilgung der Kosten des Konkursgerichts innert der zehntägigen Frist zur Weiterziehung des Konkurserkennnisses; Erfordernis der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit. Hat der Schuldner die Kosten des Konkursgerichts erst im Beschwerdeverfahren getilgt, hat er mit seiner Beschwerde zusätzlich seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen, auch wenn die Schuldtilgung im Übrigen ganz vor der Konkursöffnung erfolgt ist (E. 3).

## **Erwägungen**

### **E. 3**

Zunächst ist auf die Rüge der Beschwerdeführerin einzugehen, sie habe die Kosten des Konkursgerichts erst innerhalb der Beschwerdefrist tilgen dürfen, ohne für die Gutheissung der Beschwerde gegen das Konkurserkennnis zusätzlich ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen zu müssen.

#### **E. 3.1**

Der Entscheid des Konkursgerichts kann 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 ( Art. 174 Abs. 1 SchKG ; "unechte Noven"). Zudem sind in der Beschwerde bestimmte echte Noven zulässig, welche in Art. 174 Abs. 2 SchKG abschliessend genannt werden (Urteile 5A\_1005/2020 vom 19. Januar 2021 E. 3.1.2; 5A\_328/2011 vom 11. August 2011 E. 2, in: SJ 2012 I S. 25; 5P.182/2001 vom 30. Juli 2001 E. 5b; BRÖNNIMANN, Novenrecht und Weiterziehung des Entscheides des Konkursgerichtes gemäss Art. 174 E SchKG , in: Festschrift für Hans Ulrich Walder [...], 1994, S. 444). Das obere kantonale Gericht, an das der Entscheid, den Konkurs zu eröffnen, weitergezogen werden kann, kann nach Art. 174 Abs. 2 SchKG die Konkursöffnung aufheben, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld, einschliesslich der Zinsen und Kosten, getilgt ist (Ziff. 1), der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist (Ziff. 2) oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet (Ziff. 3). Tilgung und Hinterlegung müssen einschliesslich Zinsen und Kosten erfolgt sein, was auch die Gerichtskosten des angefochtenen Konkurserkennnisses samt einer allfälligen Parteientschädigung sowie die Kosten des Konkursamtes umfasst (Urteile 5A\_217/2024 vom 14. Juni 2024 E. 2.1; 5A\_672/2022 vom 4. April 2023 E. 2.1; 5A\_829/2014 vom 9. Februar 2015 E. 3.3 und 3.5; 5A\_865/2013 vom 21. Januar 2014 E. 3; JAQUES/COMETTA, in: Commentaire romand, Poursuite et BGE 151 III 574 S. 576 faillite, 2. Aufl. 2025, N. 6b zu Art. 174 SchKG ; GIROUD, Tilgung oder Hinterlegung des geschuldeten Betrages beim Weiterzug der Konkursöffnung, in: Festschrift für Isaak Meier [...], 2015, S. 220). Die nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetretenen

Konkursaufhebungsgründe von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1-3 SchKG müssen sich innert der zehntägigen Beschwerdefrist verwirklicht haben und sind innerhalb derselben vorzubringen ( BGE 139 III 491 E. 4; BGE 136 III 294 E. 3.2). Nach Ablauf der Beschwerdefrist eingereichte Urkunden sind unzulässig und unbeachtlich (Urteile 5A\_827/2024 vom 10. Februar 2025 E. 3.1.1; 5A\_83/2024 vom 13. März 2024 E. 4.1, in: SJ 2024 S. 686). Trotz der Formulierung als "Kann-Vorschrift" muss die Konkursöffnung aufgehoben werden, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind (GIROUD/THEUS SIMONI, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 3. Aufl. 2021, N. 27 zu Art. 174 SchKG ; BRÖNNIMANN, a.a.O., S. 444).

### **E. 3.2**

Die Schuldnerin muss ihre Zahlungsfähigkeit nur dann glaubhaft machen, wenn sie sich auf einen der Aufhebungsgründe (echte Noven) von Art. 174 Abs. 2 SchKG beruft (DIGGELMANN/ENGLER, in: SchKG, Kurzkommentar, 3. Aufl. 2025, N. 12 zu Art. 174 SchKG ; TALBOT, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Aufl. 2017, N. 18 zu Art. 174 SchKG ). Die Schuldnerin kann sich stattdessen innerhalb der Beschwerdefrist auch auf ein nach Art. 174 Abs. 1 SchKG inhaltlich uneingeschränkt zulässiges unechtes Novum stützen ( BGE 139 III 491 E. 4.4; zit. Urteil 5A\_1005/2020 E. 3.1.2; Urteil 5A\_899/2014 vom 15. Januar 2015 E. 3.1, in: SJ 2015 I S. 437). Es handelt sich hier um Tatsachen, die zwar dem erstinstanzlichen Gericht nicht bekannt waren, aber doch schon im Moment des erstinstanzlichen Entscheids existierten ( BGE 46 I 365 E. 2; Urteile 5A\_874/2017 vom 7. Februar 2018 E. 4.2.1, in: SZ 2018 S. 238; 5A\_571/2010 vom 2. Februar 2011 E. 2, in: SJ 2011 I S. 149; JAQUES/COMETTA, a.a.O., N. 5 zu Art. 174 SchKG ). Insbesondere kann die Schuldnerin die vor der Konkursöffnung erfolgte Tilgung von Forderung, Zinsen und Kosten einwenden (SPÜHLER/DOLGE, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Bd. II, 8. Aufl. 2020, Rz. 48a). In einem solchen Fall ist die Konkursöffnung von der Beschwerdeinstanz ohne Prüfung der Zahlungsfähigkeit wieder aufzuheben (Urteile 5A\_183/2024 vom 10. Mai 2024 E. 3.2, in: BISchK 2024 S. 251; 5A\_452/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 5.2.2; zit. Urteil 5A\_571/2010 E. 2.3; JAQUES/COMETTA, a.a.O., BGE 151 III 574 S. 577 N. 1b zu Art. 174 SchKG ; FRITSCHI, Verfahrensfragen bei der Konkursöffnung, 2010, S. 294; GIROUD/THEUS SIMONI, a.a.O., N. 19b zu Art. 174 SchKG ). Denn das erstinstanzliche Gericht hätte den Konkurs in Kenntnis des Konkurshinderungsgrundes im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG gar nicht erst eröffnet (BOSSHARD, Le recours contre le jugement de faillite, JdT 2010 II S. 126; STOFFEL/CHABLOZ, Voies d'exécution, 3. Aufl. 2016, § 9 Rz. 71).

### **E. 3.3**

Gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG weist das Gericht das Konkursbegehren ab, wenn die Schuldnerin durch Urkunden beweist, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, getilgt ist. Dazu gehören auch die durch die Beurteilung des Konkursbegehrens anfallenden Gerichtskosten sowie eine allfällige Parteientschädigung an den Gläubiger in diesem Verfahren ( BGE 133 III 687 E. 2; zit. Urteil 5A\_827/2024 E. 3.1.2; Urteil 5A\_471/2023 vom 12. Oktober 2023 E. 3.1.3; JAQUES/COMETTA, a.a.O., N. 4 zu Art. 172 SchKG ; DIGGELMANN/ENGLER, a.a.O., N. 3 zu Art. 172 SchKG ). Darauf, dass zur Abwendung des Konkurses auch die Kosten des Verfahrens vor dem Konkursgericht sichergestellt werden müssen, ist die Beschwerdeführerin in der Vorladung zur Konkursverhandlung ausdrücklich aufmerksam gemacht worden. Ungeachtet dessen hat die Beschwerdeführerin

anstelle des in der Vorladung aufgeführten Gesamtbetrags von Fr. 10'230.50 (Forderung: Fr. 8'800.-; Zins: Fr. 680.80; Rechtsöffnungskosten: Fr. 300.-; Betreuungskosten: Fr. 249.70; Gerichtskosten: Fr. 200.-) vor der Konkursöffnung lediglich Fr. 10'097.45 und damit Fr. 133.05 zu wenig bezahlt. Gründe, an der Rechtmässigkeit der Konkursöffnung zu zweifeln, sind weder dargetan noch ersichtlich.

#### **E. 3.4**

In der kantonalen Gerichtspraxis wird der Umstand, dass die (inzwischen im Entscheid auferlegten) Kosten des Konkursgerichtes von der Schuldnerin erst nach der Konkursöffnung getilgt oder hinterlegt worden sind, mitunter als vernachlässigbar erachtet, wenn die Schuldtilgung im Übrigen ganz vor der Konkursöffnung erfolgt ist. Von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit sei in diesem Fall abzusehen (Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. Februar 2025 [PS250023] E. 2.3 mit Hinweis auf ein früheres Urteil des Obergerichts Zürich vom 6. Juli 2011, in: ZR 110/2011 S. 245 f.; Beschluss des Kantonsgerichts Schwyz vom 4. Oktober 2024 [BEK 2024 138] E. 3; Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 19. Juli 2016 [410 16 165] E. 4; vgl. auch DIGGELMANN/ENGLER, a.a.O., N. 7a zu Art. 174 SchKG ). Nach anderer Auffassung muss BGE 151 III 574 S. 578 die Schuldnerin auch sämtliche von Art. 172 Ziff. 3 SchKG erfassten Kosten (und damit namentlich auch die Kosten des Konkursgerichtes) bereits vor der Konkursöffnung getilgt bzw. sichergestellt haben, damit die Beschwerdeinstanz auf die Prüfung der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit verzichtet (vgl. Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 9. Januar 2025 [ZK 24 446] E. 6.2; Beschluss des Kantonsgerichts Freiburg vom 12. Dezember 2024 [102 2024 194] E. 2.2 f.; Urteil des Kantonsgerichts Waadt vom 22. Juni 2017 [2017/152] E. II; Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 7. September 2023 [BEZ.2023.57] E. 2.2). Der letztgenannten Auffassung ist zuzustimmen. Wenn die Schuldnerin die Kosten des Konkursgerichtes - wie vorliegend - vor der Konkursöffnung nicht sichergestellt hat, sind die Voraussetzungen für die Abweisung des Konkursbegehrens gestützt auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG nicht erfüllt (vorne E. 3.3; zit. Urteil 5A\_571/2010 E. 2.1). Beruft sich die Schuldnerin in ihrer Beschwerde gegen das Konkurskenntnis dann auf eine erst nach der Konkursöffnung erfolgte Tilgung oder Hinterlegung dieser Kosten, stützt sie sich nicht auf ein nach Art. 174 Abs. 1 SchKG unbeschränkt zulässiges unechtes Novum, bei dessen Berücksichtigung der erstinstanzliche Entscheid hätte anders ausfallen müssen. Vielmehr liegt stattdessen ein Anwendungsfall von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 oder 2 SchKG vor. Für die Aufhebung der Konkursöffnung infolge eines echten Novums wird vom Gesetz aber ausdrücklich verlangt, dass die Schuldnerin ausserdem ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. Sinn dieser Regelung ist es, den Konkurs nur für lebensfähige Schuldner abzuwenden (BRÖNNIMANN, a.a.O., S. 446 f.). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin kann der Vorinstanz vorliegend weder eine Verletzung des Verbots des überspitzten Formalismus ( Art. 29 Abs. 1 BV ) noch eine Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit ( Art. 5 Abs. 2 BV ) vorgeworfen werden, wenn sie über die zusätzliche gesetzliche Voraussetzung der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit nicht einfach hinweggesehen hat.