

# **BGer 5A\_790/2017 vom 3. September 2018**

Bundesgericht, 2018-09-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_790\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_790_2017)

FR: TF 5A\_790/2017 du 3 septembre 2018

IT: TF 5A\_790/2017 del 3 settembre 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Konkurserkennnis ist ein Entscheid in Schuldbetreibungs- und Konkursachen, welcher der Beschwerde in Zivilsachen unterliegt ( Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG ). Die Beschwerde gegen Entscheide des Konkursrichters ist an keinen Streitwert gebunden ( Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG ).

### **E. 1.2**

Mit vorliegender Beschwerde in Zivilsachen kann die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden ( Art. 95 BGG ). Das Bundesgericht wendet das Recht in diesem Bereich grundsätzlich von Amtes wegen und mit freier Kognition an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). In der Beschwerde ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt ( Art. 42 Abs. 2 BGG ; BGE 143 I 377 E. 1.2).

### **E. 1.3**

Die Verletzung verfassungsmässiger Rechte ist ebenfalls zu begründen ( Art. 106 Abs. 2 BGG ), wobei hier das Rügeprinzip gilt ( BGE 143 II 283 E. 1.2.2). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 BGG ). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ). Tatsächliche Vorbringen in der Beschwerdeantwort (wie Belege über weitere Zahlungen an die Beschwerdeführerin) oder in den "echten Noveneingaben" der Beschwerdeführerin (wie betreffend neue Betreibungen), welche sich nach Erlass des angefochtenen Entscheides ereignet haben, fallen von vornherein nicht unter Art. 99 Abs. 1 BGG und können nicht berücksichtigt werden ( BGE 133 IV 342 E. 2.1).

### **E. 1.4**

Gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG ist einzig die Rüge zulässig, dass eine Tatsachenfeststellung auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhe oder eine Tatsache offensichtlich unrichtig festgestellt worden sei, wobei "offensichtlich unrichtig" mit "willkürlich" gleichzusetzen ist ( BGE 140 III 115 E. 2). Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz "unrichtige, aktenwidrige Feststellung des Sachverhaltes" vor, indem sie verkannt habe, dass die Beschwerdegegnerin überschuldet und illiquid sei und die Werthaltigkeit der Darlehen widerlegt sowie angebliche Sanierungsmassnahmen durch nichts belegt seien. Die Vorbringen sind - soweit sie ohnehin nicht auf die Rüge der falschen Rechtsanwendung hinauslaufen - im relevanten Sachzusammenhang zu behandeln.

### **E. 2**

Das Obergericht hat zur Frage, ob die Beschwerdegegnerin ihre Zahlungen eingestellt habe, zunächst die in Betreibung gesetzten Forderungen anhand des Betreibungsregisterauszuges

vom 14. März 2017 (des damals zuständigen Betreibungsamtes Steinhausen) geprüft und sich mit den Sanierungsbemühungen der Beschwerdegegnerin befasst.

### **E. 2.1**

Die Vorinstanz hat festgehalten, dass in 13 Betreibungen im Umfang von Fr. 2'286'080.42 Rechtsvorschlag erhoben worden sei. Allein die Beschwerdeführerin habe 11 Betreibungen im Umfang von Fr. 2'221'888.67 eingeleitet. Von diesen seien 5 durch Zahlung (Nr. mmm, nnn, ooo, ppp sowie Nr. qqq gemäss Gerichtsurteil) erledigt worden. In den Betreibungen Nr. rrr und sss (betreffend Schadenersatz aus Geschäftsmiete) im Umfang von (insgesamt) Fr. 390'809.07 zur Prosequierung der Retention (Nr. ttt) habe die Beschwerdegegnerin die Barhinterlage (Fr. 650'000.--) geleistet. Die Betreibungsforderungen (Nr. uuu, vvv, www, xxx) für die Mietzinsen aus Geschäftsmiete und Schadenersatz für das Jahr 2015 seien gerichtsnotorisch (Urteile des Obergerichts vom 21. Juli 2015) beglichen. Die von anderen Personen erhobenen (zwei) Betreibungen (Nr. yyy, zzz) im Umfang von insgesamt Fr. 64'191.75 seien erledigt. Das Obergericht hat gefolgert, dass die in Betreibung gesetzten Forderungen beglichen, sichergestellt oder erledigt seien. Die weiter von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Schadenersatzforderungen für die Zeit nach Auszug der Beschwerdegegnerin aus dem Mietobjekt (im Februar 2017) bis zum Ablauf des Mietvertrags (im Jahre 2023) seien umstritten.

### **E. 2.2**

Weiter hat die Vorinstanz Stellung genommen zu Sanierungsbemühungen, auf welche sich die Beschwerdegegnerin im kantonalen Verfahren unter Hinweis auf den Bericht der Revisionsstelle vom 24. Mai 2017 zur Zwischenbilanz zu Fortführungswerten per 31. März 2017 berufen hatte. Aufgrund der Erklärungen der Revisionsstelle werde dargelegt, dass nicht nur die Überschuldung beseitigt, sondern die Beschwerdegegnerin weitere finanzielle Mittel im Umfang von Fr. 1,75 Mio. erhältlich machen könne. Die Revisionsstelle habe aufgrund der Zwischenbilanz zu Fortführungswerten die Zahlungsfähigkeit bejaht, weshalb "im vorliegenden Verfahren irrelevant" sei, dass der Verwaltungsrat keine Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten (gemäss Art. 725a OR : Anzeige der Überschuldung) vorgelegt habe. Weiter hat das Obergericht den Vorwurf, dass die Beschwerdegegnerin durch deren Organe ausgehöhlt werde, weil der Betrieb zu einem zu tiefen Kaufpreis per 1. Juli 2016 verkauft worden sei, verneint. Die Vorinstanz ist zum Ergebnis gelangt, dass eine Einstellung der Zahlungen im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG nicht vorliege, und die Konkurseröffnung aufzuheben sei.

### **E. 3**

Anlass zur Beschwerde gibt das Begehren der Beschwerdeführerin um Eröffnung des Konkurses ohne vorgängige Betreibung zufolge Einstellung der Zahlungen gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG . Das Obergericht hat die Zahlungseinstellung als Voraussetzung zur Konkurseröffnung über die Beschwerdegegnerin verneint. Demgegenüber besteht die Beschwerdeführerin als Gläubigerin auf der Gutheissung ihres Konkursbegehrens. Sie wirft der Vorinstanz die falsche Anwendung von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG sowie der Anzeigepflichten des Verwaltungsrates ( Art. 725 Abs. 2 OR ) und der Regeln über die Rechnungslegung ( Art. 958a Abs. 2 OR ) vor.

### **E. 3.1**

Jeder Gläubiger kann sich auf Art. 190 SchKG berufen bzw. die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung beantragen ( BGE 85 III 146 E. 3; Urteil 5A\_442/2015 vom 11.

September 2015, SJ 2016 I 85 ff., E. 4.1.2.1; KREN KOSTKIEWICZ, Kommentar SchKG, 19. Aufl. 2016, N. 1 zu Art. 190). Vorliegend ist die Legitimation der Beschwerdeführerin zum Begehren vom 16. März 2017 um Konkurseröffnung wegen Zahlungseinstellung ( Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG ) nicht umstritten. Im Beschwerdeverfahren gegen die Konkurseröffnung infolge Zahlungseinstellung können Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (unechte Noven), unbeschränkt geltend gemacht werden (Art. 194 Abs. 1 i.V.m. Art. 174 SchKG ). Das Obergericht hat die Beurteilung - und Aufhebung - der erstinstanzlichen Konkurseröffnung auf der Grundlage unechter Noven vorgenommen. Echte Noven und deren Zulässigkeit sind daher nicht zu erörtern, abgesehen davon, dass sie ohnehin nur zur Aufhebung der Konkurseröffnung geltend gemacht werden könnten (vgl. Urteile 5A\_509/2014 vom 27. August 2014 E. 4.1; 5A\_442/2015, a.a.O., E. 6.1).

### **E. 3.2**

Gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG kann beim Gericht ohne vorgängige Betreuung die Konkurseröffnung verlangt werden, wenn ein der Konkursbetreuung unterliegender Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Der Begriff der Zahlungseinstellung ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der dem Konkursrichter einen weiten Ermessensspielraum verschafft. Zahlungseinstellung liegt vor, wenn der Schuldner unbestrittene und fällige Forderungen nicht begleicht, Betreibungen gegen sich auflaufen lässt und dabei systematisch Rechtsvorschlag erhebt oder selbst kleine Beträge nicht mehr bezahlt. Mit solchem Verhalten zeigt der Schuldner, dass er nicht über genügend liquide Mittel verfügt, um seinen Verpflichtungen nachzukommen. Es ist jedoch nicht erforderlich, dass der Schuldner alle Zahlungen einstellt. Es reicht, wenn die Zahlungsverweigerung sich auf einen wesentlichen Teil seiner geschäftlichen Aktivitäten bezieht. Sogar die Nichtbefriedigung einer einzelnen Schuld kann auf Zahlungseinstellung schliessen lassen, wenn die Schuld bedeutend und die Zahlungsverweigerung dauerhaft ist. Die Zahlungseinstellung darf nicht bloss vorübergehender Natur sein, sondern muss auf unbestimmte Zeit erfolgen ( BGE 137 III 460 E. 3.4.1; STOFFEL/CHABLOZ, Voies d'exécution, 3. Aufl. 2016, § 9 Rz. 89; AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 38 Rz. 13, 14).

#### **E. 3.2.1**

Im konkreten Fall hat die Vorinstanz die Betreibungen (gemäss Registerauszug vom 14. März 2017), gegen welche die Beschwerdegegnerin Rechtsvorschlag erhoben hatte, erörtert und gefolgert, dass diese Forderungen beglichen, sichergestellt oder erledigt seien. Auf diese Begründung geht die Beschwerdeführerin nicht ein. Insoweit besteht kein genügender Anlass zur Annahme, dass die Beschwerdegegnerin unbestrittene und fällige Forderungen nicht begleicht, Betreibungen allgemein und insbesondere für kleine Beträge oder öffentlichrechtliche Forderungen gegen sich auflaufen lässt und ausserstande erscheint, ihre Gläubiger zu befriedigen.

#### **E. 3.2.2**

Zutreffend ist, dass die Vorinstanz im Grundsatz eine Forderung für Schadenersatzpflicht gegenüber der Beschwerdeführerin aus dem Vertrag über die Geschäftsmiete bejaht hat, wobei jedoch der Umfang "derzeit unbestimmt" und erst nach "einer langwierigen gerichtlichen Auseinandersetzung feststehen" werde. Zahlungseinstellung (oder Zahlungsunfähigkeit) kann jedoch nicht einfach mit mangelndem Zahlungswillen - d.h.

unterbliebene Zahlung wegen Bestreitung der Forderung - gleichgesetzt werden (FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 1993, § 38 Rz. 11; AMONN/WALTHER, a.a.O., § 38 Rz. 14), wie das Obergericht zutreffend festgehalten hat. Aus der vorinstanzlichen Erwägung geht ohne weiteres hervor, dass die betreffende Forderung umstritten ist und deren Nichtbegleichung nicht erlaubt, daraus eine Zahlungseinstellung nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG zu begründen.

### **E. 3.2.3**

Die Beschwerdeführerin hält zutreffend fest, dass bei Zahlungseinstellung eine objektive Illiquidität vorliegen muss, die den Schuldner ausserstande setzt, seine Gläubiger bei Fälligkeit der Forderungen zu befriedigen (AMONN/WALTHER, a.a.O., § 38 Rz. 14). Sie macht in diesem Zusammenhang geltend, dass die Beschwerdegegnerin "den Betrieb eingestellt" habe. Es ist in der Tat nicht ausgeschlossen, dass ein Schuldner die Einstellung der fälligen Zahlungen dadurch zur Kenntnis gibt, dass er sein Geschäft geschlossen hält (FRITZSCHE/WALDER, a.a.O.). Dass das Obergericht eine derartige Kenntnissgabe der Beschwerdegegnerin übergangen habe, lässt sich indes nicht behaupten. Nach dem angefochtenen Entscheid wurde der Betrieb der Beschwerdegegnerin unstrittig an die D.\_\_\_\_\_ AG übertragen und stehen - wie die Beschwerdeführerin selber ausführt - "weitere Fr. 1'750'000.-- für die Finanzierung allfälliger, weiterer Verluste zur Verfügung". Damit kann von einem eindeutig bekundeten Verhalten des Schuldners, dass er nicht mehr in der Lage sei, seine Gläubiger bei Fälligkeit zu befriedigen (vgl. FRITZSCHE/WALDER, a.a.O.), noch nicht gesprochen werden. Wenn die Beschwerdeführerin erklärt, weitere Darlehen seien vom Willen und Rangrücktritt des Darlehensgebers, der Aktionär der Beschwerdegegnerin ist, abhängig, hält sie selber fest, dass die Bereitstellung der Mittel gelingen kann. Jedenfalls genügen die Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht, um der Vorinstanz eine gesetzwidrige Ermessensbetätigung vorzuwerfen, wenn es eine Einstellung der Zahlungen auf unbestimmte Zeit - d.h. im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG - verneint hat.

### **E. 3.2.4**

Insoweit ist die Aufhebung des Konkursdekretes gestützt auf die tatsächlichen Umstände im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils nicht zu beanstanden. Fehlt es insoweit bereits am rechtmässig eröffneten Konkurs, erübrigt sich eine Prüfung der Zahlungsfähigkeit (im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG) als Voraussetzung zur Aufhebung der Konkurseröffnung (DIGGELMANN, in: Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl. 2014, N. 12 zu Art. 174).

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin wirft dem Obergericht allerdings eine Verletzung von Art. 725 Abs. 2 OR vor. Es habe unterlassen, den Konkurs zufolge Überschuldung der Beschwerdegegnerin zu eröffnen.

#### **E. 3.3.1**

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass Überschuldung alleine nicht genügt, um die Konkurseröffnung nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG auszusprechen, da es nicht selten geschieht, dass es überschuldeten Geschäftsleuten gelingt, den jeweiligen Fälligkeiten zu begegnen (FRITZSCHE/WALDER, a.a.O.). Zahlungseinstellung liegt nur vor, wenn der Schuldner unbestrittene und fällige Forderungen nicht begleicht, und darf daher nicht mit Überschuldung im Sinne von Art. 192 SchKG verwechselt werden, welche ein

selbständiger Konkursgrund darstellt (Urteil 5A\_950/2015 vom 29. September 2016 E. 8.1; STOFFEL/CHABLOZ, a.a.O., § 9 Rz. 90; AMONN/WALTHER, a.a.O., § 38 Rz. 13; HUBER, in: Kurzkomentar SchKG, 2. Aufl. 2014, N. 9 zu Art. 190).

### **E. 3.3.2**

Die Vorinstanz hat bestätigt, dass die Überschuldung ein eigener Konkursgrund ( Art. 192 SchKG ) darstellt, indes festgehalten, dass bei Überschuldung im Sinne von Art. 725 OR die Konkurseröffnung auf Antrag des Gläubigers (trotzdem) nach Art. 190 SchKG möglich sei (mit Hinweis auf BRUNNER/BOLLER, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 11

a.E. zu Art. 190). Nach einem Bundesgerichtsurteil aus dem Jahre 1993 soll der Konkursrichter gestützt auf Art. 190 SchKG den Konkurs ohne vorgängige Betreuung eröffnen können, wenn "insolvabilité" erstellt sei (Urteil 5P.442/1993 vom 15. Dezember 1993, SJ 1994 S. 433 ff., E. 3a

a.E. und 3c; zit. bei BRUNNER/BOLLER, a.a.O.). Hierfür wurde die Überschuldung (surendettement) im Sinne von Art. 725 OR (mit Hinweis auf die waadtländische Praxis [JdT 1974 II 126/126]) herangezogen.

### **E. 3.3.3**

Im Urteil 5A\_587/2011 vom 9. November 2011 E. 4.3 hat das Bundesgericht jedoch im Einklang mit den hier (in E. 3.3.1) erwähnten Grundsätzen von der Auffassung Abstand abgenommen, wonach der Konkursrichter gestützt auf Art. 190 SchKG den Konkurs ohne vorgängige Betreuung eröffnen können soll, wenn die Überschuldung erstellt ist, die Überschuldungsanzeige aber unterbleibt (HUBER, a.a.O.). Es hat klargestellt, dass die Bestimmungen von Art. 190-192 SchKG die Legitimation regeln, um an den Konkursrichter zu gelangen. So ist ausgeschlossen, dass Gläubiger beim Konkursrichter die Überschuldung gemäss Art. 725 Abs. 2 OR anzeigen könnten. Der Konkursrichter darf die Überschuldungsanzeige nur vom Verwaltungsrat oder der Revisionsstelle entgegennehmen ( Art. 725 Abs. 2, Art. 728c Abs. 3 OR ), was zu den formellen Voraussetzungen gehört, um den Konkurs nach Art. 192 SchKG zu eröffnen. Er kann nicht von sich aus den Konkurs aussprechen, wenn er auf andere Weise als durch die gehörige Anzeige von einer allfälligen Überschuldung erfährt (zit. Urteil 5A\_587/2011, mit Hinweis auf BGE 99 Ia 10 E. 3b, 3d; Urteil 5A\_625/2015 vom 18. Januar 2016 E. 3.4; WÜSTINER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, N. 2 zu Art. 725a). Daran ändert der (beschränkte) Untersuchungsgrundsatz im Verfahren vor dem Konkursrichter nichts ( Art. 255 lit. a ZPO ; MABILLARD, in: SZZP 2012 S. 178/179). Wenn die Beschwerdeführerin geltend macht, sie (als Gläubigerin) habe die "begründete Besorgnis" einer Überschuldung der Beschwerdegegnerin gemäss Art. 725 Abs. 2 OR hinreichend nachgewiesen, ohne dass die Vorinstanz den richtigen Schluss - die Konkurseröffnung - gezogen habe, geht sie fehl. Sie ist mit dem Konkursbegehren wegen Zahlungseinstellung ( Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG ) nicht berechtigt, dem Konkursrichter die Überschuldung der Beschwerdegegnerin anzuzeigen.

### **E. 3.3.4**

Vorliegend hat die Beschwerdegegnerin selber im erstinstanzlichen Verfahren einen "Bericht der Revisionsstelle zur Zwischenbilanz zu Fortführungswerten per 31. März der B.\_\_\_\_\_ AG" als "Bericht des unabhängigen Prüfers an den Verwaltungsrat der

B. \_\_\_\_\_ AG" (am 30. Juni 2017 beim Kantonsgericht) eingereicht, verbunden mit dem Antrag, dass das gegen sie gestellte Begehren um Konkurseröffnung (gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG ) abzuweisen sei. Im Falle der Überschuldungsanzeige des Verwaltungsrates gilt als formelle Voraussetzung einer Konkurseröffnung gemäss Art. 725a OR die rechtsgültig unterzeichnete Anzeige an den Richter gestützt auf einen Beschluss des Verwaltungsrates unter gleichzeitiger Hinterlegung der Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Veräusserungswerten mit dem Revisionsbericht der Revisionsstelle (vgl. WÜSTINER, a.a.O., N. 2 zu Art. 725a, mit Hinweisen).

### **E. 3.3.5**

Nach dem angefochtenen Urteil steht fest, dass der Revisionsbericht zuhanden des Verwaltungsrates betreffend Zwischenbilanz sich zu den Fortführungswerten per 31. März 2017 und zur "bestehenden Überschuldung" äussert. Von einem Beschluss des Verwaltungsrates zur Überschuldungsanzeige wird nicht gesprochen. Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, dass das Obergericht eine gehörige - formell genügende - Überschuldungsanzeige des Verwaltungsrates übergangen habe. Sie hält selber fest, dass die Revisionsstelle sich zu den massgebenden Prüfungspunkten überhaupt nicht geäussert habe und eine Zwischenbilanz zu Fortführungswerten mangels Fortführungsfähigkeit der Schuldners ohnehin nicht massgebend sei. Die Kritik der Beschwerdeführerin richtet sich - wie die Beschwerdegegnerin zutreffend bemerkt - gegen das Verhalten des Verwaltungsrates, welcher pflichtwidrig den Richter nicht gehörig benachrichtigt haben soll. Sowohl diese Ausführungen als auch der Vorwurf, das Obergericht habe zu Unrecht konkrete Aussichten auf eine Sanierung angenommen, so dass von einer Benachrichtigung des Richters abgesehen werden könne (vgl. WÜSTINER, a.a.O., N. 40a zu Art. 725, mit Hinweisen), gehen fehl, da Gegenstand des vorliegenden Verfahrens nicht die Verletzung der Anzeigepflicht des Verwaltungsrates ist. Im Kern macht die Beschwerdeführerin geltend, dass der Prüfungsbericht abgesehen von einem Verstoss gegen Art. 725 Abs. 2 OR nichts belege, weil u.a. die Veräusserungswerte weder vorliegen noch geprüft werden. Wenn die Beschwerdeführerin dem Obergericht vorwirft, dass es trotz fehlender gehöriger Benachrichtigung des Richters seitens des Verwaltungsrates "genügen" lasse, dass der Konkurs nicht eröffnet werde, blendet sie die Notwendigkeit der formellen Voraussetzungen zur Konkurseröffnung nach Art. 192 i.V.m. Art. 725a OR aus. Eine Rechtsverletzung wird nicht dargetan.

### **E. 3.4**

Im Ergebnis erweist sich die vom Obergericht angeordnete Aufhebung der Konkurseröffnung und die Abweisung des Begehrens der Beschwerdeführerin, über die Beschwerdegegnerin den Konkurs ohne vorgängige Betreuung gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG (Einstellung der Zahlungen) zu eröffnen, nicht als bundesrechtswidrig.

### **E. 4**

Der Beschwerde ist kein Erfolg beschieden. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 66 Abs. 1, Art. 68 Abs. 1 BGG ).