

# **BGer 5A 805/2012 vom 11. Februar 2013**

Bundesgericht, 2013-02-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_805\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_805_2012)

FR: TF 5A 805/2012 du 11 février 2013

IT: TF 5A 805/2012 del 11 febbraio 2013

## **Regeste**

Konkurseröffnung | Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gegen den Endentscheid über die Konkurseröffnung ist die Beschwerde in Zivilsachen zulässig ( Art. 90 und Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG ), und zwar unabhängig von der Höhe des Streitwerts ( Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG ) und ohne Einschränkung der Beschwerdegründe ( Art. 95 ff. BGG ; BGE 133 III 687 E. 1.2 S. 689 f.). Die im Übrigen fristgerecht (Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 BGG ) eingereichte Beschwerde richtet sich gegen den Entscheid eines oberen Gerichts, das kantonal letztinstanzlich auf Rechtsmittel hin geurteilt hat ( Art. 75 BGG ). Die von der Beschwerdeführerin nicht näher bezeichnete Eingabe ist als Beschwerde in Zivilsachen entgegenzunehmen.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin legt eingangs ihrer Beschwerde dar, sie beziehe sich sinngemäss auf sämtliche ihrer Vorbringen, die sie auch im Beschwerdeverfahren gegen die Konkursandrohung (bundesgerichtliches Verfahren 5A\_533/2012) erhoben habe (Ziff. 1 der Beschwerde). Die Begründung der vor Bundesgericht erhobenen Beschwerde muss in der Beschwerdeschrift enthalten sein. Pauschale Verweisungen auf Rechtsschriften in anderen Verfahren sind unzulässig ( Art. 42 Abs. 2 BGG ; BGE 138 III 252 E. 3.2 S. 258 ; 134 I 303 E. 1.3 S. 306). Darauf ist demnach nicht einzutreten.

### **E. 2.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 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 ). Neu sind Tatsachen, die weder im vorangegangenen Verfahren vorgebracht noch von der Vorinstanz festgestellt worden sind ( BGE 136 V 362 E. 3.3.1 S. 365). Die Beschwerdeführerin verweist vor Bundesgericht auf ein vom Beschwerdegegner "unterdessen" eingeleitetes Retentionsverfahren. Zudem beantragt die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht, vom Betreibungsamt C.\_\_\_\_\_ einen Amtsbericht über dieses Retentionsverfahren einzuholen. Diese Tatsachenbehauptung und Beweismittel sind neu und damit unzulässig und im vorliegenden Verfahren unbeachtlich. Es ist im Übrigen nicht Aufgabe des Bundesgerichts, Beweise abzunehmen und Tatsachen festzustellen, über die sich das kantonale Sachgericht nicht ausgesprochen hat ( BGE 136 III 209 E. 6.1 S. 214 f.).

### **E. 3.1**

Das Obergericht hat erwogen, die Beschwerdeführerin habe im Beschwerdeverfahren weder ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht noch einen Konkurshinderungsgrund nachgewiesen ( Art. 174 Abs. 2 SchKG ). Jedoch habe sie geltend gemacht, ihr sei die Konkursandrohung nicht zugestellt worden, wogegen sie am 4. Juni 2012 eine Beschwerde erhoben habe. Insoweit hat das Obergericht im angefochtenen Entscheid ausgeführt, das Kantonsgericht sei verpflichtet gewesen, den Konkurs zu eröffnen, da es an einem Grund für die Aussetzung des Entscheids gefehlt habe. Insbesondere sei der Beschwerde gegen die Konkursandrohung zu diesem Zeitpunkt keine aufschiebende Wirkung zugekommen.

### **E. 3.2.1**

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör und des Willkürverbots, da das Obergericht auf ihre Argumente in der Beschwerde gar nicht eingegangen sei. Es fehle demnach an einer sachbezogenen Begründung (Ziff. 2 der Beschwerde).

### **E. 3.2.2**

Die Beschwerdeführerin macht damit sinngemäss geltend, der obergerichtliche Entscheid sei unzureichend begründet.

### **E. 3.2.3**

Nach Art. 174 Abs. 1 SchKG kann der Entscheid des Konkursgerichts innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Gemäss Art. 327 Abs. 5 ZPO eröffnet die Rechtsmittelinstanz ihren Entscheid mit einer schriftlichen Begründung. Sodann haben die Parteien gemäss Art. 53 ZPO Anspruch auf rechtliches Gehör. Mit Art. 53 ZPO wird der in Art. 29 Abs. 2 BV als verfassungsrechtliche Minimalgarantie verankerte Anspruch auf rechtliches Gehör für den Anwendungsbereich der ZPO auf Gesetzesstufe geregelt. Die vom Bundesgericht zu Art. 29 Abs. 2 BV entwickelte Praxis ist auch für die Auslegung von Art. 53 ZPO zu berücksichtigen (Urteile 5A\_109/2012 vom 3. Mai 2012 E. 2.1; 5A\_31/2012 vom 5. März 2012 E. 4.3 mit Hinweisen). Die von der Beschwerdeführerin gerügte Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör ist damit im Lichte von Art. 53 ZPO zu prüfen. Das rechtliche Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in ihrer Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich die Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt ( BGE 138 I 232 E. 5.1 S. 237 ; 136 I 229 E. 5.2 S. 236).

### **E. 3.2.4**

Auch wenn der obergerichtliche "Dass-Entscheid" kurz ausgefallen ist (Begründung von einer Seite), setzt er sich mit den für den Entscheid wesentlichen Punkten auseinander (nämlich einerseits mit den Gründen für die Aufhebung der Konkursöffnung gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG und andererseits mit den geltend gemachten Mängeln des erstinstanzlichen Verfahrens). Das Obergericht hat die von der Beschwerdeführerin erhobenen Einwände behandelt und es ergibt sich aus der Begründung des Entscheids,

weshalb es die Beschwerde abgewiesen hat. Der Beschwerdeführerin war es denn auch ohne Weiteres möglich, den Entscheid sachgerecht mit Beschwerde an das Bundesgericht weiterzuziehen. Der Einwand der Verletzung des rechtlichen Gehörs erweist sich demnach als unbegründet.

#### **E. 3.2.5**

Inwiefern daneben der von der Beschwerdeführerin erhobenen Willkürklage ( Art. 9 BV ) selbstständige Bedeutung zukommen soll, ist weder ersichtlich noch von der Beschwerdeführerin dargetan ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Darauf ist nicht einzutreten.

#### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin macht in der Sache vor Bundesgericht sinngemäss geltend, das Kantonsgericht hätte das Konkursbegehren aufgrund der nichtigen Konkursandrohung abweisen müssen. Selbst wenn man nicht von der Nichtigkeit der Konkursandrohung ausgehen sollte, sei jedenfalls im Zeitpunkt der Konkurseröffnung das betreibungsrechtliche Beschwerdeverfahren gegen die Konkursandrohung hängig gewesen und hätte deshalb das Kantonsgericht das Verfahren der Konkurseröffnung aussetzen müssen. Das Obergericht habe das Vorgehen des Kantonsgerichts geschützt und damit Bundesrecht verletzt (E. 5 und 6 unten). Schliesslich habe das Bundesgericht seiner Beschwerde in Zivilsachen im Verfahren 5A\_533/2012 (betreffend die Konkursandrohung) am 3. September 2012 die aufschiebende Wirkung zuerkannt, weshalb das Obergericht das Beschwerdeverfahren nach Art. 174 SchKG gegen die Konkurseröffnung ebenfalls hätte aussetzen müssen (E. 7 unten).

#### **E. 5.1**

Wird von der Aufsichtsbehörde infolge einer Beschwerde (oder vom Gericht gemäss Art. 85 oder 85a Abs. 2 SchKG) die Einstellung der Betreuung verfügt, so setzt das Gericht den Entscheid über den Konkurs aus ( Art. 173 Abs. 1 SchKG ). Eine Beschwerde (nach Art. 17 SchKG an die Aufsichtsbehörde) hat nur auf besondere Anordnung der Behörde, an welche sie gerichtet ist, oder ihres Präsidenten aufschiebende Wirkung ( Art. 36 Satz 1 SchKG ).

#### **E. 5.2**

Das Konkursgericht hat demnach (in der ersten Konstellation von Art. 173 Abs. 1 SchKG) den Entscheid über den Konkurs auszusetzen, wenn die Aufsichtsbehörde einer betreibungsrechtlichen Beschwerde die aufschiebende Wirkung nach Art. 36 SchKG zuerkannt hat ( BGE 136 III 152 E. 4.1 f. S. 153 f.; GILLIÉRON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5. Aufl. 2012, N. 1453; BOSSHARD, Le recours contre le jugement de faillite, JdT 2010 II S. 122; FRITSCHI, Verfahrensfragen bei der Konkurseröffnung, 2010, S. 242; FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II, 3. Aufl. 1993, § 36 N. 23). Eine gegen die Konkursandrohung erhobene betreibungsrechtliche Beschwerde, die keine aufschiebende Wirkung zuerkannt erhält, ist mit anderen Worten kein Grund für die Aussetzung des Entscheids über den Konkurs (GIROUD, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Aufl. 2010, N. 5a zu Art. 172 SchKG und N. 4 zu Art. 173 SchKG ; AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl. 2008, § 36 N. 38; GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Band II, 2001, N. 11 zu Art. 172 SchKG ).

#### **E. 5.3**

Vorliegend erhob die Beschwerdeführerin am 4. Juni 2012 gegen die Konkursandrohung eine betreibungsrechtliche Beschwerde an das Obergericht als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs und ersuchte darin um aufschiebende Wirkung. Mit Schreiben vom 5. Juli 2012 wies das Obergericht das Gesuch um aufschiebende Wirkung ab (vgl. Lit. A.b oben). Im Zeitpunkt der Konkursöffnung am 12. Juni 2012 kam demnach der Beschwerde nach Art. 17 SchKG gegen die Konkursandrohung keine aufschiebende Wirkung zu. Das Obergericht ist im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass das Kantonsgericht das Verfahren gestützt auf Art. 173 Abs. 1 SchKG nicht auszusetzen hatte.

#### **E. 6.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Konkursandrohung vom 19. April 2012 sei nichtig, weshalb der Konkurs auch aus diesem Grund nicht hätte ausgesprochen werden dürfen.

#### **E. 6.2**

Gemäss Art. 173 Abs. 2 SchKG setzt das Konkursgericht den Entscheid ebenfalls aus und überweist den Fall der Aufsichtsbehörde, wenn im vorangegangenen Verfahren eine nichtige Verfügung ( Art. 22 Abs. 1 SchKG ) erlassen wurde.

#### **E. 6.3**

Wie aus den nachfolgenden Erwägungen ersichtlich wird, braucht vorliegend nicht näher darauf eingegangen zu werden, ob das Konkursgericht gestützt auf Art. 173 Abs. 2 SchKG eine offensichtliche Nichtigkeit selbst feststellen und das Konkursbegehren abweisen kann (vgl. dazu BGE 135 III 14 E. 5.4 S. 18) oder ob jedenfalls die blosserhebung einer Beschwerde an die Aufsichtsbehörde (ohne dass ihr aufschiebende Wirkung zuerkannt worden wäre) dann zur Aussetzung berechtigt, wenn auch der Fall des Art. 173 Abs. 2 SchKG zutrifft (JAEGGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, 4. Aufl. 1997/1999, N. 2 zu Art. 173 SchKG ).

#### **E. 6.4**

Die Konkursandrohung wurde der Beschwerdeführerin zu Recht an ihrer (nach wie vor) im Handelsregister eingetragenen Domiziladresse (c/o-Adresse) zugestellt (Art. 43 Abs. 1 lit. g i.V.m. Art. 117 Abs. 3 der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 [HregV; SR 221.411]; vgl. Urteile 5A\_682/2009 vom 20. April 2010 E. 4.2.2; 5A\_215/2007 vom 2. Oktober 2007 E. 2.1), zumal in solchen Fällen eine Zustellung an einen Verwaltungsrat oder Prokuristen der juristischen Person nicht mehr zulässig wäre ( BGE 120 III 64 E. 3a S. 66; 119 III 57 E. 3d S. 59). Es ist demnach nicht ersichtlich, inwiefern diese Zustellung sich als nichtig erweisen sollte, selbst wenn - wie von der Beschwerdeführerin behauptet - sie das Betreibungsamt angewiesen hätte, alle Zustellungen direkt an die private Adresse ihres einzigen Verwaltungsrats zu richten, da sich das Betreibungsamt ohnehin nicht zu einer solchen - wie dargelegt unzulässigen - Zustellung hätte ermächtigen lassen dürfen (vgl. Urteil 7B.21/1998 vom 17. Februar 1998 E. 1a, in: BLSchK 2003 S. 116). Im Übrigen erhielt die Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben am 29. Mai 2012 Kenntnis von der Konkursandrohung (S. 3 der betreibungsrechtlichen Beschwerde vom 4. Juni 2012 an das Obergericht als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs). Somit wäre auch aus diesem Grund nicht von der Nichtigkeit der Konkursandrohung auszugehen, da die Beschwerdeführerin Kenntnis von der Konkursandrohung erlangte und rechtzeitig vor der Konkursverhandlung eine betreibungsrechtliche Beschwerde gegen die Konkursandrohung einreichen konnte (vgl. BGE 128 III 101 E. 2 S. 104; 120 III 114 E. 3b S. 116; 110 III 9 E. 2

S. 11; Urteile 5P.266/2003 vom 20. Oktober 2003 E. 3.1; 5P.411/1996 vom 3. Dezember 1996 E. 2d).

#### **E. 6.5**

Das Obergericht hat demnach auch Art. 173 Abs. 2 SchKG nicht verletzt, wenn es das kantonsgerichtliche Vorgehen insoweit geschützt hat.

#### **E. 7**

Soweit die Beschwerdeführerin schliesslich geltend macht, das Obergericht hätte seinen Rechtsmittelentscheid über die Konkursöffnung ebenfalls aussetzen müssen, legt sie nicht dar und ist nicht ersichtlich, dass zu jenem Urteilszeitpunkt einer Beschwerde gegen die Konkursandrohung aufschiebende Wirkung zuerkannt worden wäre. Damit erübrigt es sich von vornherein, darauf einzugehen.

#### **E. 8**

Aus den dargelegten Gründen muss die Beschwerde abgewiesen werden, soweit darauf einzutreten ist. Die Beschwerdeführerin wird kosten- ( Art. 66 Abs. 1 BGG ), nicht hingegen entschädigungspflichtig ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.