

## **BGer 5A\_826/2010 vom 1. März 2011**

Bundesgericht, 2011-03-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_826\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_826_2010)

FR: TF 5A\_826/2010 du 1 mars 2011

IT: TF 5A\_826/2010 del 1 marzo 2011

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Angefochten ist ein obergerichtlicher Nichteintretensentscheid betreffend Weiterziehung eines Konkurses ( Art. 174 SchKG ), welcher gestützt auf Art. 192 SchKG i.V.m. Art. 725a und 820 OR eröffnet wurde. Solche Entscheide fallen streitwertunabhängig in den Anwendungsbereich der Beschwerde in Zivilsachen ( Art. 72 Abs. 2 lit. a, Art. 74 Abs. 2 lit. d und Art. 75 Abs. 1 BGG ). Was die Legitimation zur Ergreifung dieses Rechtsmittels anbelangt, so sind die Voraussetzungen von Art. 76 Abs. 1 lit. a BGG erfüllt. Weil im Übrigen kein Entscheid in der Sache, sondern lediglich die Beurteilung der Legitimation zur kantonalen Weiterziehung im Sinn von Art. 174 SchKG beantragt wird, sind auch die Voraussetzungen von Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG gegeben, denn die Beschwerdeführerinnen haben ein rechtlich geschütztes Interesse an der Klärung dieser Rechtsfrage (vgl. BGE 135 II 145 E. 3.1 S. 148), welche das Bundesgericht im Übrigen mit freier Kognition prüfen kann ( Art. 106 Abs. 1 BGG ), wobei aufgrund der Begründungspflicht gemäss Art. 42 Abs. 2 BGG auszuführen ist, inwiefern dem Obergericht eine Rechtsverletzung vorzuwerfen ist.

An den festgestellten Sachverhalt ist das Bundesgericht grundsätzlich gebunden ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Diesbezüglich kann einzig vorgebracht werden, er sei offensichtlich unrichtig festgestellt worden ( Art. 97 Abs. 1 BGG ), wobei "offensichtlich unrichtig" mit "willkürlich" gleichzusetzen ist (Botschaft, BBl 2001 IV 4338; BGE 133 II 249 E. 1.2.2 S. 252; 133 III 393 E. 7.1 S. 398), oder er beruhe auf einer anderen Rechtsverletzung im Sinn von Art. 95 BGG (z.B. Art. 29 Abs. 2 BV oder Art. 8 ZGB ). Ausserdem muss in der Beschwerde aufgezeigt werden, inwiefern die Behebung der vorerwähnten Mängel für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ; BGE 135 I 19 E. 2.2.2 S. 22). Für all diese Elemente gilt das strenge Rügeprinzip ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 133 II 249 E. 1.4.2 S. 255). Das bedeutet, dass das Bundesgericht nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen prüft, während es auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid nicht eintritt. Wird die Verletzung des Willkürverbots gerügt, reicht es sodann nicht aus, die Lage aus Sicht des Beschwerdeführers darzulegen und den davon abweichenden angefochtenen Entscheid als willkürlich zu bezeichnen; vielmehr ist im Einzelnen darzulegen, inwiefern das kantonale Gericht willkürlich entschieden haben soll und der angefochtene Entscheid deshalb an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet ( BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246).

In der Beschwerde in Zivilsachen dürfen überdies keine neuen Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden, es sei denn, erst der Entscheid der Vorinstanz habe dazu Anlass gegeben ( Art. 99 Abs. 1 BGG ). In der Beschwerde ist darzutun, inwiefern die Voraussetzung für eine nachträgliche Einreichung von Tatsachen und Beweismitteln erfüllt sein soll ( BGE 133 III 393 E. 3 S. 395).

## **E. 2**

Unbestrittenermassen waren die Beschwerdeführerinnen am erstinstanzlichen Konkursverfahren nicht beteiligt. Sie machen indes geltend, aus mehreren Gründen ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des Konkurserkennnisses bzw. an einem Konkursaufschub zu haben und deshalb im kantonalen Verfahren zur Beschwerdeführung gemäss Art. 174 SchKG legitimiert zu sein.

Zunächst leiten sie ihre Legitimation daraus ab, dass sie im Rahmen eines Massnahmeverfahrens mit Verfügungen des Einzelrichters des Kantonsgerichts vom 14. bzw. 15. Mai 2010 erwirken konnten, dass der Beschwerdegegnerin und ihren Organen verboten wurde, über jegliches Anlage- bzw. Umlaufvermögen zu verfügen, bis ein LCIA-Schiedsgericht rechtskräftig über die Rechtsgültigkeit des (die Übertragung des gesamten Stammkapitals der Beschwerdegegnerin an die Beschwerdeführerinnen beinhaltenden) Kaufvertrags vom 27. April 2010 entscheiden habe. Indem die Geschäftsführer der Beschwerdegegnerin ein Begehren um Konkursöffnung gestellt hätten, sei klar gegen die genannten Massnahmeverfügungen verstossen worden, weil die Beschwerdegegnerin mit der Konkursöffnung das Recht verliere, über ihr eigenes Vermögen zu verfügen.

Diesen Ausführungen kann aus zwei Gründen nicht gefolgt werden: Zum einen fliesst die Pflicht zur Benachrichtigung des Richters direkt aus Art. 725 Abs. 2 OR ; eine solche gesetzliche Pflicht könnte von vornherein nicht richterlich unterbunden werden (und offensichtlich zielte das Dispositiv des Massnahmeentscheides auch nicht hierauf). Zum anderen bewirkt die Eröffnung des Konkurses ohnehin keine Vermögensdisposition (und noch viel weniger die Überschuldungsanzeige als solche); mit der Konkursöffnung geht lediglich die Rechtszuständigkeit zur Vornahme von Vermögensdispositionen auf die Konkursverwaltung über, indem der Gemeinschuldner mit Bezug auf die zur Masse gehörenden Vermögensgegenstände die Verfügungsfähigkeit verliert (vgl. 204 Abs. 1 SchKG). Er bleibt indes Rechtsträger seines Vermögens, insbesondere also Eigentümer seiner Sachen und Gläubiger seiner Forderungen ( BGE 132 III 432 E. 2.4 S. 435).

Nach dem Gesagten kann sich aus der Parteistellung im Massnahmeverfahren, welches keinen Zusammenhang mit dem Konkursverfahren hatte, keine Legitimation zur Weiterziehung des Konkurserkennnisses im Sinn von Art. 174 SchKG ergeben.

## **E. 3**

Sodann behaupten die Beschwerdeführerinnen, dass sie bzw. dass wenigstens eine der vier beschwerdeführenden Gesellschaften direkte Gläubigerin(nen) sei(en) und sich daraus eine Beschwerdelegitimation ergebe.

### **E. 3.1**

Ob und unter welchen Bedingungen die Gläubiger des Gemeinschuldners gegen die Konkursöffnung Beschwerde erheben können, jedenfalls soweit sie keine Kenntnis von der Bilanzdeponierung hatten, kann vorliegend offen gelassen werden, weil die Beschwerdeführerinnen ihre Gläubigerstellung unter keinem Titel nachzuweisen vermögen, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen.

### **E. 3.2**

Das Obergericht hat in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, dass die Beschwerdeführerinnen gar nicht Gläubigerinnen der Beschwerdegegnerin seien, sondern nach ihrer eigenen

Darstellung lediglich Forderungen gegen eine Gläubigerin der Beschwerdegegnerin hätten. Sie würden nämlich auf ihre Eingabe vom 16. Juli 2010 im Massnahmeverfahren verweisen, wo sie ausgeführt hätten, die ETK-Gruppe mit Materialien für die Herstellung von Pipelines beliefert zu haben, welche ihrerseits über Jahre hinweg die Beschwerdegegnerin mit Pipelines beliefert habe; weil Letztere ihren Zahlungsverpflichtungen gegenüber der ETK-Gruppe zunehmend nicht mehr nachgekommen sei (Ausstände per Februar 2010 von \$ 390 Mio. zzgl. Konventionalstrafen), habe diese ihrerseits die Kaufpreiszahlungen an die Beschwerdeführerinnen für die Materiallieferungen nicht mehr erbringen können (Ausstände von \$ 416 Mio.). Das Obergericht hat sodann festgestellt, dass die Beschwerdeführerinnen auch anderweitig keine konkreten bzw. direkten Forderungen gegen die Beschwerdegegnerin nennen würden; solche gingen insbesondere auch nicht aus dem Protokoll der Besprechung zwischen K.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ hervor.

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerinnen versuchen gar nicht erst darzutun, dass und inwiefern das Obergericht im Zusammenhang mit der Sachverhaltsfeststellung, sie seien Gläubigerinnen einer Gläubigerin der Beschwerdegegnerin und nicht deren direkte Gläubigerinnen, gegen das Willkürverbot verstossen hätte.

### **E. 3.4**

Vielmehr machen die Beschwerdeführerinnen geltend, das Obergericht hätte ihre Gläubigerstellung von Amtes wegen abklären müssen. Diesbezüglich bringen sie aber entgegen der in Art. 42 Abs. 2 BGG statuierten Begründungspflicht nicht vor, in welcher (geltungszeitlich anwendbaren) Norm der von ihnen angerufene "beschränkte Untersuchungsgrundsatz" verankert wäre, und sie zeigen insbesondere auch nicht auf, inwiefern der Untersuchungsgrundsatz nicht nur die Konkursvoraussetzungen betreffen würde, sondern sich daraus auch zwingend die Pflicht des Obergerichts ergeben hätte, die Beschwerdeführerinnen aufzufordern, die behauptete Beschwerdelegitimation durch geeignete Dokumente zu belegen. Untauglich ist jedenfalls der Verweis auf Art. 56 und 255 der schweizerischen Zivilprozessordnung, die erst auf den 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist und deshalb vorliegend noch gar nicht anwendbar war. Soweit auf § 53 Abs. 2 der ZPO/ZG verwiesen wird, handelt es sich um kantonales Zivilprozessrecht, in welcher Hinsicht die Beschwerdeführerinnen mit qualifizierten Willkürügen (vgl. E. 1) im Einzelnen hätten darlegen müssen, inwiefern das Obergericht aufgrund der dort statuierten richterlichen Fragepflicht zwingend gehalten gewesen wäre, sie aufzufordern, ihre behauptete Gläubigerstellung mit Dokumenten zu belegen, und es dies in willkürlicher Weise unterlassen hat. Solches versuchen die Beschwerdeführerinnen nicht im Ansatz darzutun.

### **E. 3.5**

Im Zusammenhang mit der richterlichen Fragepflicht rügen die Beschwerdeführerinnen überdies eine Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV, indem der Gegenseite "mindestens zweimal" Gelegenheit zur Klarstellung geben worden sei, beispielsweise in der vorletzten Oktoberwoche 2010 durch Aufforderung zur Einreichung sämtlicher mit der Revisionsstelle geführten Korrespondenz.

Dem angefochtenen Entscheid ist zu entnehmen, dass der Vorsitzende im obergerichtlichen Verfahren die Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 21. Oktober 2010 aufgefordert hat,

die im Zusammenhang mit der Überschuldung stehende Korrespondenz mit der Revisionsstelle einzureichen, und dass die Beschwerdegegnerin dieser Aufforderung am 27. Oktober 2010 nachgekommen ist.

Diese Aufforderung hatte entgegen der sinngemässen Behauptung der Beschwerdeführerinnen aber offensichtlich nicht zum Gegenstand, die Beschwerdegegnerin zu einer Klarstellung oder zur Behebung von Versäumnissen in den Rechtsschriften aufzufordern; vielmehr ging es darum, mit Blick auf eine allfällige materielle Behandlung der Beschwerde mit Bezug auf die von den Beschwerdeführerinnen infrage gestellte Überschuldung der Beschwerdegegnerin die Akten mit hierüber möglicherweise Aufschluss gebenden Dokumenten zu komplettieren. Das Obergericht hat jedoch in der Folge nicht mehr auf die eingereichten Unterlagen Bezug genommen, da es auf die Beschwerde gar nicht eingetreten ist.

Inwiefern sich aus dem Einfordern von Akten, die für die materielle Beurteilung der Überschuldung allenfalls hätten dienlich sein können, im Zusammenhang mit der Garantie eines fairen Verfahrens im Sinn von Art. 29 Abs. 1 BV ein Anspruch der Beschwerdeführerinnen ableiten liesse, wonach das Obergericht sie speziell hätte auffordern müssen, die von ihnen behauptete Gläubigerstellung zu belegen, ist nicht ersichtlich: Aus der Begründungspflicht ergibt sich, dass der Beschwerdeführer seine Legitimation als Eintretensvoraussetzung hinreichend darzutun hat, soweit sie nicht klar auf der Hand liegt, und dass das Gericht nicht von sich aus Nachforschungen anstellen muss. Was das Bundesgericht im Zusammenhang mit Art. 42 Abs. 2 BGG festgehalten hat (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.1 S. 251, 354 E. 1 S. 356, 400 E. 2 S. 404), gilt mutatis mutandis auch für die entsprechende Norm vom § 210 Abs. 1 ZPO /ZG, wonach Beschwerden zu begründen sind.

An welcher Stelle das Obergericht die Beschwerdegegnerin im eigentlichen Sinn aufgefordert hätte, ihren Standpunkt zu erläutern oder zu ergänzen, wird von den Beschwerdeführerinnen nicht dargetan; insofern fehlt es ihrer Behauptung, das Obergericht habe die Parteien ungleich behandelt und dadurch Art. 29 Abs. 1 BV verletzt, an den tatsächlichen Grundlagen.

### **E. 3.6**

Unbehelflich ist sodann der Versuch der Beschwerdeführerinnen, das im kantonalen Beschwerdeverfahren Versäumte mit Noven im bundesgerichtlichen Verfahren nachzuholen:

Die Beschwerdeführerinnen reichen einen vom 1. April 2009 datierenden Darlehensvertrag zwischen der L. \_\_\_\_\_ Ltd. und der Beschwerdegegnerin über \$ 15 Mio. ein sowie eine undatierte Zessionserklärung, mit welcher die L. \_\_\_\_\_ Ltd. ihre Darlehensforderung "per 25. Juni 2010" an die Beschwerdeführerin Ziff. 3 abtritt. Auf dieser Basis wird die Behauptung aufgestellt, mindestens eine der beschwerdeführenden Gesellschaften sei eine direkte Gläubigerin der Beschwerdegegnerin. Indes ist dieser Abtretungsvertrag, mit welchem sich die eine Beschwerdeführerin offensichtlich hat zur direkten Gläubigerin machen und damit Beschwerdelegitimation verschaffen wollen, wie gesagt undatiert, so dass nicht einmal ersichtlich ist, ob er ein unechtes Novum im Sinn von Art. 174 Abs. 1 SchKG - diesfalls wäre der Vertrag aber zweifellos bereits vor Obergericht eingereicht worden, da die Gläubigerstellung im obergerichtlichen Verfahren der strittige Angelpunkt war - oder ein echtes Novum im Sinn von Art. 174 Abs. 2 SchKG - welches einzig vom

Schuldner eingereicht werden könnte (GIROUD, Basler Kommentar, N. 20 zu Art. 174 SchKG) - darstellen würde. Letztlich ist diese Unterscheidung aber ohnehin nicht weiter von Belang, weil sich die Zulässigkeit eines erst im bundesgerichtlichen Verfahren eingereichten Dokumentes nicht nach Art. 174 SchKG, sondern ausschliesslich nach Art. 99 Abs. 1 BGG bemisst. Nach dieser Norm ist die Berücksichtigung nur dann möglich, wenn erst der angefochtene Entscheid Anlass zur Einreichung des neuen Beweismittels Anlass gegeben hat (vgl. E. 1). Dies ist vorliegend nicht der Fall, war doch die Frage der Gläubigerstellung bereits der zentrale Punkt des vorinstanzlichen Beschwerdeverfahrens.

### **E. 3.7**

In keinem Zusammenhang mit der Beschwerdelegitimation steht schliesslich der Vorwurf an die Adresse der Geschäftsführer der Beschwerdegegnerin, diese vorgängig (im Umfang von ca. \$ 1,3 Mia.) ihrer Substanz entleert zu haben: Wer die Überschuldung der Gesellschaft gegebenenfalls zu verantworten hat, kann im Verfahren der Konkursöffnung weder geklärt noch überhaupt thematisiert werden.

### **E. 4**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerinnen nicht bzw. jedenfalls nicht erwiesenermassen Gläubigerinnen der Beschwerdegegnerin, sondern höchstens Gläubigerinnen einer Gläubigerin der Gemeinschuldnerin sind. Dass sie als solche zur Weiterziehung des Konkurskenntnisses gemäss Art. 174 SchKG berechtigt wären, behaupten sie selbst nicht. Entsprechend erübrigen sich diesbezügliche Erwägungen, weil das Bundesgericht die Rechtsanwendung aufgrund der Begründungspflichten von Art. 42 Abs. 2 BGG nur im Rahmen behaupteter Rechtsverletzungen prüft (vgl. E. 1).

Weil das Bundesgericht die aufschiebende Wirkung ausdrücklich nur in dem Sinn erteilt hat, dass bis zum Entscheid keine eigentlichen Vollstreckungs-, d.h. namentlich keine Verwertungsmassnahmen vorgenommen werden dürfen, muss kein neues Datum für die Konkursöffnung festgesetzt werden.

Entsprechend dem Verfahrensausgang werden die Beschwerdeführerinnen kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG ).

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