

# **BGer 5A\_977/2022 vom 28. Februar 2023**

Bundesgericht, 2023-02-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_977\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_977_2022)

FR: TF 5A\_977/2022 du 28 février 2023

IT: TF 5A\_977/2022 del 28 febbraio 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gegen den Entscheid des oberen kantonalen Gerichts, das als Rechtsmittelinstanz über die Konkursöffnung entschieden hat, ist die Beschwerde in Zivilsachen gegeben ( Art. 72 Abs. 2 lit. a, Art. 74 Abs. 2 lit. d und Art. 75 Abs. 1 BGG ).

### **E. 1.2**

Die im kantonalen Verfahren unterlegene Beschwerdeführerin ist als Schuldnerin vom angefochtenen Entscheid besonders berührt und daher zur Beschwerde berechtigt ( Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG ).

### **E. 1.3**

Mit der vorliegenden Beschwerde kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden ( Art. 95 lit. a BGG ). In der Beschwerde ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt ( Art. 42 Abs. 2 BGG ; BGE 143 I 377 E. 2). Die Verletzung verfassungsmässiger Rechte ist ebenfalls zu begründen, wobei hier das Rügeprinzip gilt ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 142 III 364 E. 2.4).

### **E. 1.4**

Das Bundesgericht liegt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 BGG ). Neue Tatsachen und Beweismittel sind nur soweit zulässig, als erst der vorinstanzliche Entscheid dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ), was in der Beschwerde näher auszuführen ist ( BGE 148 V 174 E. 2.2).

## **E. 2**

Anlass zur Beschwerde gibt eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung wegen Zahlungseinstellung ( Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG ). Strittig ist insbesondere die Zulässigkeit von Noven im kantonalen Beschwerdeverfahren.

### **E. 2.1**

Der Entscheid des Konkursgerichts kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach ZPO angefochten werden. Dabei gelten für die Noven die folgenden Grundsätze.

#### **E. 2.1.1**

Neue Tatsachen können vorgebracht werden, wenn sie vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (unechte Noven; Art. 174 Abs. 1 SchKG ). Die Rechtsmittelinstanz kann sodann die Konkursöffnung aufheben, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass einer der gesetzlichen Konkursaufhebungsgründe eingetreten ist (echte Noven; Art. 174 Abs. 2 SchKG ). Dazu gehören die Tilgung der Schuld samt Zinsen und Kosten, die Hinterlegung des geschuldeten Betrages beim oberen Gericht zuhanden des Gläubigers und der Verzicht der Gläubiger auf

die Durchführung des Konkurses (Ziff. 1-3).

### **E. 2.1.2**

Mit der SchKG-Revision von 1994 wurde das bisher kantonrechtlich bestimmte Novenrecht im zweitinstanzlichen Konkursverfahren bundesrechtlich geregelt. Massgebend ist Art. 174 SchKG, welcher für eine Anwendung von Art. 317 ZPO keinen Platz lässt (BGE 139 III 491 E. 4.4). Das Bundesgericht kam bereits im Jahre 2013 zum Schluss, dass aufgrund der grammatikalischen Auslegung von Art. 174 Abs. 1 und Abs. 2 SchKG unechte wie echte Noven zwingend innerhalb der Beschwerdefrist vorzubringen sind. Eine systematische Auslegung lasse nicht zu, dass die unechten Noven nur innerhalb der Beschwerdefrist, die echten Noven hingegen bis zum Rechtsmittelentscheid zulässig wären (BGE 139 III 491 E. 4 und E. 4.4; zuletzt Urteil 5A\_1005/2020 vom 19. Januar 2021 E. 3.1).

### **E. 2.1.3**

Unechte Noven sind in der Weiterziehung des ohne vorgängige Betreuung eröffneten Konkurses unbeschränkt zulässig (Art. 174 Abs. 1 i.V.m. Art. 194 SchKG). Die Regelung von Art. 174 Abs. 2 SchKG betreffend echte Noven ist auch bei der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung abschliessend. Nach der Rechtsprechung folgt aus dem Wortlaut dieser Bestimmung, dass keine weiteren Noven zulässig sind und im Rahmen einer Beschwerde gegen eine Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung im Grundsatz nur unechte Noven zulässig sind, da die in Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1-3 SchKG abschliessend aufgezählten Hypothesen nicht auf diese Verfahrensart zugeschnitten sind (Urteil 5A\_252/2020 vom 18. Juni 2020 E. 4.2.1; Urteil 5A\_243/2019 vom 17. Mai 2019 E. 3.1 mit Hinweisen, in: SJ 2019 I S. 376; vgl. Urteil 5A\_122/2022 vom 21. Juni 2022 E. 3.1, differenziert betreffend Gläubigerverzicht). Im konkreten Fall erübrigen sich weitere Erörterungen zur Rechtsprechung betreffend Noven, da sie für den Ausgang des Verfahrens nicht ausschlaggebend sind.

### **E. 2.2**

Im vorliegenden Fall wurde der Konkurs über die Beschwerdeführerin am 24. Oktober 2022 eröffnet. Die Zustellung des Konkurserkennnisses erfolgte am 1. November 2022. Am 11. November 2022 focht die Beschwerdeführerin den Entscheid beim Obergericht an. Sie machte geltend, bei ihrer Hausbank über ein Guthaben von Fr. 167'255.-- zu verfügen, womit das Total der betriebenen Forderungen von Fr. 166'801.30 (einschliesslich der B.\_\_\_\_\_) gedeckt sei. Zwar könne sie infolge des Konkursbeschlags zur Zeit nicht darüber verfügen, indes komme das Bankguthaben einer Sicherstellung sämtlicher Betreuungsforderungen gleich. Die Beschwerdeführerin erklärte sich ausdrücklich einverstanden, wenn aus dem Bankguthaben insbesondere die Forderung der B.\_\_\_\_\_ beglichen werde.

### **E. 2.3**

Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass keine der in Art. 174 Abs. 2 SchKG genannten Gründe erfüllt sei, womit sich die Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin erübrige. Sie habe nicht durch Urkunden bewiesen, dass die Schuld inklusive Zinsen und Kosten von total Fr. 157'493.10 getilgt sei. Als Tilgung komme nicht nur die Zahlung, sondern jeder auf einem zivilrechtlichen Grund beruhende Untergang der Forderung in Frage. Zudem könne der geschuldete Betrag zu Gunsten des Schuldners bei der Rechtsmittelinstanz hinterlegt werden. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte

Abtretung eines Bankguthabens oder von künftigen Einnahmen seien gemäss dem klaren und abschliessenden Wortlaut von Art. 174 Abs. 2 SchKG ungenügend.

#### **E. 2.4**

Die Beschwerdeführerin erblickt in der vorinstanzlichen Sichtweise eine Verletzung von Bundesrecht. Im vorliegenden Fall erweise sich das Ergebnis als unfair sowie überspitzt formalistisch und damit letztlich als willkürlich.

##### **E. 2.4.1**

Konkret macht die Beschwerdeführerin geltend, dass sie die Betreuungsforderung aus rein "prozessualen" Gründen nicht fristgerecht bei der Vorinstanz hinterlegen konnte. Sie weist auf den sofortigen Konkursbeschluss hin, womit ihr Bankguthaben nicht mehr verfügbar war. Dabei erwähnt sie nicht, dass es sich um eine Folge der Konkursöffnung handelt, die sich bereits aus dem Gesetz ergibt ( Art. 204 SchKG ). Sie gilt daher auch, wenn das Konkursamt die Bank noch nicht informiert hat, denn der Konkurs entfaltet augenblicklich alle seine materiell- und formellrechtlichen Wirkungen (STOFFEL/CHABLOZ, Voies d'exécution, 3. Aufl. 2016, § 9 Rz. 21 ff., § 10 Rz. 2).

##### **E. 2.4.2**

Weiter verweist die Beschwerdeführerin auf den Umstand, dass sie alles in ihrer Macht stehende getan habe, um den geschuldeten Betrag "innert Frist bzw. schnellstmöglichst" zu hinterlegen, die Vorinstanz jedoch ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung verweigert habe. Mit diesem Vorbringen verkennt sie, dass die Gutheissung eines solchen Gesuches einzig zur rückwirkenden Aufhebung des Konkurses geführt hätte (GIROUD/THEUS SIMONI, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. 2021, N. 29a zu Art. 174). Hingegen hätte ein solcher Entscheid nicht zu einer Verlängerung der Beschwerdefrist oder bei bereits erfolgtem Ablauf zu einer Wiederherstellung geführt und damit die spätere Tilgung bzw. Hinterlegung der Schuld ermöglicht, wie die Beschwerdeführerin meint. In Frage wäre einzig die teilweise Gewährung der aufschiebenden Wirkung gekommen, indem die Rechtsmittelinstanz den Schuldner ermächtigt hätte, über seine Bankguthaben zwecks Hinterlegung der Schuld bei der Gerichtskasse zu verfügen (GIROUD/THEUS SIMONI, a.a.O., N. 30 Art. 174). Da es an einem entsprechenden Gesuch der Beschwerdeführerin fehlte, konnte die Vorinstanz die nötigen Voraussetzungen für ein solches Vorgehen nicht prüfen. Daran kann auch die vom Beschwerdeführer angerufene richterliche Fragepflicht ( Art. 56 ZPO ) nichts ändern, da keine Unklarheit in den Vorbringen der Beschwerdeführerin vorlag. Es bestand im kantonalen Verfahren zudem kein Unvermögen der Beschwerdeführerin, ihren Standpunkt zu vertreten, welches aufgrund der Fürsorgepflicht einen Vertreter erforderlich gemacht hätte ( Art. 69 ZPO ).

##### **E. 2.4.3**

Schliesslich ist daran zu erinnern, dass sich der Konkursaufhebungsgrund der Tilgung bzw. Hinterlegung jedenfalls innert der Beschwerdefrist verwirklicht haben und geltend gemacht werden muss. Aus welchen Gründen dies nicht rechtzeitig möglich war, ist nicht entscheidend. Auf allfällige Schwierigkeiten bei der Überweisung (zur Tilgung bzw. Hinterlegung) der Schuld kann somit nicht Rücksicht genommen werden ( BGE 139 III 491 E. 4.4, E. 4.5: Vorbehalt der Fristwiederherstellung). Damit können die Vorbringen der Beschwerdeführerin zur Anweisung des Konkursamtes an ihre Hausbank und die daraufhin aufgetretenen Verzögerungen bei der Überweisung der in Betreuung gesetzten Summe an

die Vorinstanz nicht massgebend sein, ohne dass die Zulässigkeit der Vorbringen ( Art. 99 BGG ) im Einzelnen zu prüfen wäre.

### **E. 3**

Nach dem Gesagten ist der Beschwerde kein Erfolg beschieden. Sie ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Ausgangsgemäss trägt die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Eine Parteientschädigung ist nicht zu leisten.

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