

BS_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2014.89 vom 31. Oktober 2014

BS Appellationsgericht, 2014-10-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_BEZ.2014.89

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2014.89 du 31 octobre 2014

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2014.89 del 31 ottobre 2014

Erwägungen

E. 1

Der Entscheid betreffend Konkurseröffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO beim Appellationsgericht angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Diese Frist hat die Beschwerdeführerin eingehalten. Die Eingabe ist auch formgerecht erfolgt, weshalb auf die Beschwerde einzutreten ist.

Der angefochtene Entscheid ist im summarischen Verfahren und unter Geltung des Untersuchungsgrundsatzes ergangen (Art. 251 lit. a und Art. 255 lit. a ZPO). Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 320 ZPO).

Die Revisionsstelle hat die Mitteilung an das Gericht betreffend Überschuldung der Beschwerdeführerin in Erfüllung der gesetzlichen Pflicht vorgenommen (Art. 728c Abs. 3 OR und Art. 729c OR). Sie ist im vorliegenden Verfahren nicht Partei (Watter/Maizar, Basler Kommentar, 4. Auflage, 2012, Art. 728c OR N 41, wonach dies auch bei unterschiedlichen Meinungen zwischen Verwaltungsrat und Revisionsstelle der Fall ist, denn die Anzeige der Revisionsstelle an das Gericht ist eine Ersatzvornahme zugunsten des Verwaltungsrats und die Revisionsstelle hat kein Rechtsschutzinteresse am Ausgang des Verfahrens; Brunner/Boller, Basler Kommentar, 2. Auflage, 2010, Art. 192 SchKG N 24). Auf das Einholen einer Beschwerdeantwort wurde daher verzichtet.

E. 2

Das Zivilgericht hat im angefochtenen Entscheid erwogen, die Revisionsstelle habe bei einer offensichtlichen Überschuldung der Gesellschaft die Pflicht, diese beim Gericht anzuzeigen, wenn der Verwaltungsrat die Anzeige unterlasse (E. 2.3.1). Offensichtlich sei eine Überschuldung, wenn es für jeden verständigen Menschen ■ ohne dass dieser weitere Abklärungen vornehmen müsste ■ sofort erkennbar sei, dass die Aktiven die Schulden und notwendigen Rückstellungen nicht deckten und allfällige Rangrücktritte nicht gültig, zu kurz befristet oder nicht ausreichend seien (mit Verweis auf BGE 127 IV 110, E. 5a S. 113 f.; BGer 5A_221/2008 vom 10.7.2008, E. 2.3; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 15 N 740). Die Beschwerdeführerin habe an der Konkursverhandlung selbst ausführen lassen, die Gesellschaft habe in den sechs Jahren, in denen die Revisionsstelle im Amt sei, eine Überschuldung ausgewiesen, es habe aber nie Probleme gegeben (angefochtener Entscheid E. 2.2, 2.3.2 und 2.3.4). Die Überschuldung, die auch in der Zwischenbilanz per 30. Juni 2014 vorgelegen habe, sei offensichtlich und unbestritten. Da der Verwaltungsrat auch nach den Hinweisen der Revisionsstelle und der Fristansetzung zur Vorkehrung von Sanierungsmassnahmen untätig geblieben sei, sei die Revisionsstelle zur Anzeige an das Gericht berechtigt und verpflichtet gewesen. Nach der Jahresbilanz per 31.

Dezember 2013 weise die Beschwerdeführerin Aktiven im Wert von CHF 3'369'567.39 auf. Demgegenüber verfüge sie über Fremdkapital in der Höhe von total CHF 4'482'148.19. Damit sei das Fremdkapital per 31. Dezember 2013 nicht mehr durch die Aktiven gedeckt und es liege eine Überschuldung vor. Die von der Beschwerdeführerin an der Verhandlung eingereichte Zwischenbilanz vom 30. Juni 2014 zeige ebenfalls eine Überschuldung.

Die Ausführungen der Beschwerdeführerin an der Verhandlung, wonach nach Fortführungswerten aktuell keine Überschuldung mehr vorliege, da die Aktiven die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger decken würden (Bericht über die Prüfung des Zwischenabschlusses auf den 30. Juni 2014 vom 25. September 2014, eingereicht an der Verhandlung vom 26. September 2014), erachtet das Zivilgericht im angefochtenen Entscheid als unzutreffend. Anhand der Zwischenbilanz sei ersichtlich, dass der angebliche Wegfall der Überschuldung im Wesentlichen der Aktivierung von insgesamt CHF 4'100'000.00 aufgrund einer Neubewertung der Anteile am Prozesskostenfonds IV zuzuschreiben sei. Die Werthaltigkeit dieser Anteile habe die Beschwerdeführerin allerdings nicht substantiiert darlegen und nicht belegen können. Denn was die angeblich verfolgten drei Grossprojekte von Rückforderungsklagen angehe, habe die Beschwerdeführerin keinerlei Unterlagen eingereicht, aufgrund welcher ihre pauschalen Behauptungen hätten nachvollzogen werden können. Insbesondere sei nicht genügend substantiiert behauptet worden, um welche Prozesse es sich handeln solle, wie viele Kläger sich verbindlich daran beteiligen würden und wie hoch die Streitwerte seien. Daran vermöge auch das Schreiben vom 8. September 2014 nichts zu ändern. Denn zum einen stelle das Schreiben – was die Werthaltigkeit der Anteile am Prozesskostenfonds IV anbelange – ebenfalls lediglich Behauptungen auf, weshalb es höchstens als Ergänzung zu den Behauptungen angesehen werden könne und nicht als Beweismittel. Zum anderen seien selbst die darin aufgestellten Behauptungen lediglich pauschaler Natur und damit zu wenig substantiiert (angefochtener Entscheid E. 2.4.2). Die Aktivierung des Aktivums Prozesskostenfonds IV könne nicht nachvollzogen werden und sei als willkürlich anzusehen (angefochtener Entscheid E. 2.4.3). Es sei daher davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin auch zu Fortführungswerten überschuldet sei.

E. 3.1

3.1.1 Die Beschwerdeführerin macht in der Beschwerde geltend, sie sei weder überschuldet noch zahlungsunfähig (Beschwerde Rz. 7). Es sei zwar richtig, dass in der Bilanz per Ende 2013 und in der Zwischenbilanz per 30. Juni 2014 formell eine Überschuldung ausgewiesen werde. Dies liege aber nur daran, dass ein Aktivum ■ die Beteiligung am Prozesskostenfonds IV ■ massiv zu vorsichtig bewertet worden sei. Zudem zeige die Bilanz per 31. Dezember 2013 nicht die Situation per Jahresende, weil die Revisionsstelle Vorgänge des Jahres 2014 rückwirkend gebucht habe (Beschwerde Rz. 8), namentlich den Aufhebungsvertrag vom 8. Mai 2014 (Beschwerde Rz. 34).

3.1.2 Die Beschwerdeführerin behauptet, sie habe sich an der Verhandlung entgegen dem Wortlaut des Protokolls nicht als seit Jahren überschuldet bezeichnet (Beschwerde Rz. 14). Der Verwaltungsrat habe stattdessen an der Verhandlung ausgeführt, dass die Gesellschaft überschuldet gewesen wäre, wenn die Sanierungsmassnahmen nicht erfolgt wären. Der Sachverhalt sei hier offensichtlich unrichtig festgestellt worden (Beschwerde Rz. 17 ff.). Die Korrektur sei entscheidend, weil sich die Vorinstanz im Wesentlichen auf das angebliche Eingeständnis der Beschwerdeführerin gestützt habe. Weiter rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe von ihr offerierte Beweismittel für die

Werthaltigkeit der Anteile am Prozesskostenfonds IV und damit für die fehlende Überschuldung zu Fortführungswerten verworfen (Beschwerde Rz. 15). Die Beschwerdeführerin und der Revisionsexperte E_____ hätten der Vorinstanz dargelegt, dass bei korrekter Bewertung der Anteile am Prozesskostenfonds IV keine Überschuldung vorliege (Beschwerde Rz. 23. ff.). Die Revisionsstelle habe die Werthaltigkeit gar nicht geprüft. Auch in diesem Punkt sei das Protokoll der Verhandlung falsch, indem die Aussage von Herrn C_____ von der Revisionsstelle fehle, es sei der Bewertung dieser Aktiven keine besondere Aufmerksamkeit gewidmet worden. Eine offensichtliche Überschuldung könne nicht vorliegen, wenn sich zwei Revisoren über die Bewertung der Beteiligung uneinig seien (Beschwerde Rz. 31). Die Vorinstanz hätte auf den Bericht von E_____ abstellen müssen. Der Bericht gehe in Anhang 14.2 auf die einzelnen Positionen ein, welche die Werthaltigkeit ausmachten (Beschwerde Rz. 32). Damit habe sich die Vorinstanz nicht auseinandergesetzt. Die Werthaltigkeit ergebe sich aus den folgenden Punkten: Vorarbeiten für Sammelklage TCHF 965, Ergebnis Schmerzensgeldprozess TCHF 400 sowie laufender Prozess gegen die F_____ TCHF 3■240, wobei die Beschwerdeführerin daran mit 50.4% beteiligt sei.

3.1.3 Unter dem Stichwort unechte Noven äussert sich die Beschwerdeführerin sodann zur Geschichte des Prozesskostenfonds IV. Insbesondere hätte sie Streitwertvolumen von EUR 300 Mio. finanzieren müssen, was sie nicht gekonnt habe. Daher sei mit dem Prozesskostenfonds IV der Aufhebungsvertrag vom 8. Mai 2014 abgeschlossen worden (Beschwerde Rz. 39). Darin habe sie sich auch zu Zahlungen von rund CHF 3.6 Mio. bis ins Jahr 2018 verpflichtet (woran sie wiederum mit 50.4% beteiligt sei), sei aber von Verpflichtungen im Bilanzwert von CHF 33.5 Mio. befreit worden. Weiter behauptet die Beschwerdeführerin die Werthaltigkeit diverser Aktiven des Prozesskostenfonds IV, an dem sie beteiligt sei (Beschwerde Rz. 44 ff.). Sie führt aus, die Bewertung einzelner laufender, dem Prozesskostenfonds IV übertragener Projekte sei nicht trivial, weil es sich um Chancen und Risiken handle. Diese seien immer voll wertberichtigt gewesen, nicht wegen Wertlosigkeit, sondern weil es keinen Grund gegeben habe, sie zu aktivieren. Zum Beweis verweist die Beschwerdeführerin auf den Bericht E_____, der nun eine vertretbare Bewertung vornehme. Diese Aktiven seien der Prozess G_____/F_____ AG (EUR 2.5 Mio.; Beilage 5 zur Beschwerde), der Prozess H_____ als Pilotprozess für weitere Prozesse (Projekt Schmerzensgeld), die Sammelklageprojekte Immobilienfinanzierung und Lebensversicherungen, wobei hier die Ausgangslage für die Führung solcher Prozesse von Fachleuten als positiv bewertet werde (Beilagen 6 ■ 10 zur Beschwerde). Zu berücksichtigen sei auch der vor der Vorinstanz nicht zur Sprache gekommene J_____ -Prozess (Beschwerde Rz. 51 ff.). Dieses Aktivum sei im Bericht E_____ enthalten, aber von der Vorinstanz zu Unrecht nicht in Erwägung gezogen worden; ein Obsiegen sei wahrscheinlich (Beilagen 1 und 12 zur Beschwerde).

3.1.4 Schliesslich macht die Beschwerdeführerin echte Noven geltend (Beschwerde Rz. 63 ff.). Der Prozesskostenfonds IV sei ihr grösster Gläubiger. Er wolle den Konkurs der Beschwerdeführerin vermeiden und sei daher bereit, auf alle Ansprüche aus dem Aufhebungsvertrag zu verzichten. Im Gegenzug schulde sie dem Prozesskostenfonds noch eine Zahlung von CHF 850■000.00 sowie die Abtretung aller Rechte und Pflichten aus dem J_____ -Prozess und die Abtretung ihrer Anteile am Prozesskostenfonds IV an diesen selbst. All dies sei in einer Vereinbarung vom 17. Oktober 2014 geregelt (Beilage 14 zur Beschwerde). Ohne Beteiligung am Prozesskostenfonds IV und ohne J_____ -Prozess

würden sich die Bewertungsfragen gar nicht mehr stellen. Das Ergebnis des Vollzugs dieser Vereinbarung wäre, dass die Beschwerdeführerin völlig zweifelsfrei nicht überschuldet wäre. Vorausgesetzt sei aber die Aufhebung des Konkursentscheids. Hinzu komme, dass der Prozesskostenfonds IV als grösster Gläubiger auf den Konkurs verzichte (Beschwerde Rz. 67 ff.). Der Prozesskostenfonds habe hierauf ausdrücklich verzichtet, was aus den Schreiben vom 18. Oktober 2014 an das Konkursamt und an die Vorinstanz hervorgehe (Beilagen 17 und 18 zur Beschwerde).

E. 3.2

3.2.1 Wie bereits ausgeführt (siehe oben zum Sachverhalt) wurde das Protokollberichtigungs-gesuch der Beschwerdeführerin vom Zivilgericht abgewiesen. In der Begründung der entsprechenden prozessleitenden Verfügung vom 17. Oktober 2014 wird festgehalten, dass die von der Beschwerdeführerin als falsch bzw. unvollständig kritisierten Protokollierungen den gemachten Aussagen entsprechen. Insbesondere habe der Vertreter der Beschwerdeführerin die Überschuldung selbst angeführt und davon nicht bloss im Konjunktiv gesprochen; er habe die Überschuldung lediglich mit Blick auf die nachträglich erstellte, durch Herrn E_____ eingereichte Bilanz bestritten. Herr C_____ von der Revisionsstelle habe ausdrücklich klargestellt, dass im Rahmen der Revision nur geprüft werde, ob etwas überbewertet sei. Zum Wert der abbeschriebenen Anteile habe er sich nicht verbindlich äussern wollen, was ebenfalls korrekt protokolliert worden sei.

Damit ist auch für das vorliegende Beschwerdeverfahren auf das Protokoll der Verhandlung vom 26. September 2014 abzustellen. Insbesondere steht somit fest, dass die Beschwerdeführerin an der Verhandlung ausgesagt hat, dass sie seit Jahren daran sei, die Firma zu sanieren, dass während sechs Jahren eine Überschuldung bestanden habe, dass ihr bei der Aufsetzung des Vertrages vom 8. Mai 2014 nicht gesagt worden sei, dass dies zu einer Überschuldung führe, was es aber habe, dass die von der Revisionsstelle gesetzte Frist für Sanierungsmassnahmen zu kurz gewesen sei, dass Sanierungsmassnahmen in dieser Zeit nicht rechtsgültig hätten beschlossen werden können und dass es die Idee eines Rangrücktritts oder eines Forderungsverzichts gebe.

Auch in der Beschwerde führt die Beschwerdeführerin wiederum aus, es werde nicht bestritten, dass die Bilanz per 31. Dezember 2013 buchmässig eine Überschuldung ausweise (Beschwerde Rz. 23). Auch die Überschuldung gemäss Zwischenbilanz wird nicht bestritten (Beschwerde Rz. 62).

Als Ausgangspunkt steht also fest, dass die Beschwerdeführerin gemäss Bilanz per 31. Dezember 2013 und gemäss Zwischenbilanz per 30. Juni 2014 offensichtlich überschuldet ist. Auf die Höhe der Überschuldung kommt es dabei nicht an. Macht die Beschwerdeführerin geltend, sie sei entgegen den bilanzierten Zahlen nicht überschuldet, so trägt sie hierfür grundsätzlich die Beweislast. Im Verfahren vor Zivilgericht hat sie hierfür insbesondere den Bericht E_____ und das Schreiben vom 8. September 2014 der I_____ GmbH eingereicht. An der Verhandlung hat sie im Wesentlichen ausgeführt, der Fonds habe beschlossen, dass nur noch Prozesse mit 30 Mio. finanziert würden statt 300 Mio. (Protokoll S. 3). Es gebe drei Grossprojekte, Schmerzensgeldzahlungen, Penalties und ein Lebensversicherungsprojekt. Hierzu reichte sie diverse Unterlagen ein. E_____ (Revisor des Zwischenberichts) führte unter anderem aus, die Überschuldung sei nicht gegeben, solange er davon ausgehe, dass die Anteile werthaltig seien (Protokoll S. 3). Die Erwägungen des Zivilgerichts, wonach die Neubewertung der Aktiven im Zusammenhang

mit dem Prozesskostenfonds weder genügend substantiiert behauptet noch belegt sei, ist zutreffend. Aus den an der Verhandlung gemachten Aussagen und den eingereichten Unterlagen geht nicht schlüssig hervor und ist nicht nachgewiesen, weshalb die Beschwerdeführerin entgegen den deutlichen Zahlen in der Bilanz und der Zwischenbilanz nicht überschuldet sein sollte.

3.2.2 Gemäss Art. 326 ZPO sind im Beschwerdeverfahren neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen (Abs. 1). Das gilt grundsätzlich auch bei Geltung der Untersuchungsmaxime (statt vieler Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, 2013, Art. 326 ZPO N 4). Nach Abs. 2 dieser Bestimmung bleiben besondere Bestimmungen des Gesetzes vorbehalten. Vorbehalten bleiben insbesondere die Bestimmungen von Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG. Nach Art. 174 Abs. 1 SchKG können die Parteien neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (unechte Noven). Nach Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Rechtsmittelinstanz die Konkursöffnung aufheben, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass die Schuld getilgt oder hinterlegt ist oder dass der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet (echte Noven). Das Gesetz zählt die zulässigen echten Noven abschliessend auf (Giroud, Basler Kommentar, 2. Auflage, 2010, Art. 174 SchKG N 20; Sterchi, Berner Kommentar, Art. 326 ZPO N 6 f.). Nicht zulässig ist etwa das Argument, eine neue Revisionsstelle bestätige, dass keine Überschuldung vorliege; ebenso wenig nützen neu erklärte Rangrücktritte, auch wenn sie die Gesellschaft berechtigen würden, von der Überschuldungsanzeige abzusehen (vgl. Brunner/Boller, Basler Kommentar, 2. Auflage, 2010, Art. 192 SchKG N 24, wobei diese Autoren der Meinung sind, dass der klare Gesetzestext und der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers nicht abschliessend zu befriedigen vermögen; vgl. auch Urteil des OGer Zürich vom 30. Oktober 2012, PS120190, E. 1, wonach die in Art. 174 Abs. 2 SchKG abschliessend genannten echten Noven nicht auf die Konkursöffnung nach einer Überschuldungsanzeige zugeschnitten seien und ein Analogieschluss abzulehnen sei).

Die Beschwerdeführerin geht selbst davon aus, dass echte Noven gemäss herrschender Lehre vorliegend nicht zulässig sind. Sie plädiert aber dafür, dass an der Durchführung des Konkurses niemand ein Interesse habe und dass daher auch die echten Noven zu berücksichtigen seien (Beschwerde Rz. 71). Die Beschwerdeführerin behauptet ausserdem, sie sei zahlungsfähig (Beschwerde Rz. 58 ff.). Dies sei vor der Vorinstanz nicht umstritten gewesen und im Entscheid auch nicht thematisiert worden.

Mit Blick auf die herrschende Lehre und die oben angeführten Beispiele unzulässiger echter Noven können die von der Beschwerdeführerin als echte Noven aufgestellten Tatsachen und die neu eingereichten Beweismittel im vorliegenden Verfahren keine Berücksichtigung finden. Dass an der Durchführung des Konkurses kein Interesse bestehe, kann nicht entscheidend sein, selbst wenn es zutreffen würde, was nicht nachgewiesen ist. Es wird zwar behauptet, der Prozesskostenfonds IV sei der grösste Gläubiger, allerdings nicht der einzige. Es ist Sache des Gesetzgebers hier eine Anpassung der relevanten Bestimmungen vorzunehmen, sollte er der Meinung sein, dass die Frage der Zulässigkeit von echten Noven beim Konkurs aufgrund von Art. 725a OR anders zu regeln ist.

3.2.3 Was die als unechte Noven bezeichneten neuen Behauptungen und Beweismittel betrifft, so ist festzuhalten, dass auch diesbezüglich das Gericht nicht zur Überzeugung

gelangt, dass die zahlenmässig ausgewiesene und unbestrittene Überschuldung nicht besteht. Auch die Ausführungen in der Beschwerde sind pauschaler Natur. So wird bezüglich Prozess G_____/F____ AG lediglich ausgeführt, die Erfolgsaussichten seien gut; dazu wird auf eine Beilage verwiesen, was in jedem Fall ungenügend ist. Bezüglich Prozess H____ wird behauptet, es sei ein Pilotprozess für viele weitere Klagen, die aber vom Ausgang dieses Pilotprozesses abhängen würden. Auch hier liefert die Beschwerdeführerin nicht genügend konkrete Anhaltspunkte, weshalb die Bewertung im Umfang des Werts der angefangenen Arbeiten vertretbar sein soll. Betreffend die beiden Sammelklageprojekte Immobilienfinanzierung und Lebensversicherungen hält die Beschwerdeführerin fest, die Ausgangslage für die Führung solcher Prozesse werde von Fachleuten positiv bewertet. Dies ist ebenfalls nicht genügend substantiiert; der Hinweis auf fünf Beilagen genügt in diesem Zusammenhang auch nicht. Zum J____-Prozess hält die Beschwerdeführerin lediglich fest, ein Obsiegen sei wahrscheinlich. Auch diese Behauptung ist zu wenig konkret und nicht begründet. Schliesslich ist auch die Aussage in der Beschwerde, die fraglichen Aktiven seien bisher nicht aktiviert worden, weil dazu kein Anlass bestanden habe, nicht geeignet, die Plausibilität der Darstellung der Beschwerdeführerin zu stützen. Auch unter Berücksichtigung der unechten Noven erscheint daher die Überschuldung der Beschwerdeführerin als erstellt.

3.2.4 Die Frage der Zahlungsfähigkeit spielt bei der Konkursöffnung wegen Überschuldung gemäss Art. 725/725a OR keine Rolle. Die entsprechenden Ausführungen der Beschwerdeführerin (Beschwerde Rz. 58 ff. und 75) sind daher im vorliegenden Verfahren nicht relevant.

E. 4

Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 800.– sowie ihre eigenen Vertreterkosten.

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