

Konkurseröffnung auf Überschuldungsanzeige der Revisionsstelle; zulässige Noven im Beschwerdeverfahren – Art. 725 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 725a Abs. 1, Art. 728c Abs. 3 und Art. 729c OR; Art. 326 Abs. 2 ZPO; Art. 174 Abs. 2 und Art. 194 Abs. 1 Satz 1 SchKG.

Mit der Beschwerde gegen eine Konkurseröffnung dürfen gewisse Tatsachen geltend gemacht werden, die sich erst nach dem angefochtenen Entscheid ereignet haben. Solche zulässige echte Noven führen, wenn gleichzeitig die Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht wird, zur Aufhebung des Konkurses (E.4).

Die gesetzlichen Aufhebungsgründe sind in ihrem Wortlaut nicht auf Konkurseröffnungen ohne vorgängige Betreuung zugeschnitten. Dennoch ist die entsprechende Bestimmung auch auf solche Konkurseröffnungen anwendbar. Dabei genügt über den reinen Wortlaut hinaus eine nur sinngemässe Anwendbarkeit (E. 4).

Bei einer Beschwerde gegen eine Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung ist – analog zum Beweis der Tilgung der Schuld – als echtes Novum insbesondere auch der Nachweis zulässig, dass die Überschuldung inzwischen beseitigt worden ist (E. 4). Das wurde hier mit Forderungsverzichten belegt (E. 5.1).

OGE 40/2017/30/A vom 22. September 2017

Veröffentlichung im Amtsbericht

Sachverhalt

Am 25. Juli 2017 zeigte die Revisionsstelle der X. AG dem Kantonsgericht Schaffhausen die Überschuldung der Gesellschaft an. Am 22. August 2017 eröffnete die Einzelrichterin des Kantonsgerichts das Konkursverfahren über das Vermögen der X. AG. Diese erhob am 23. August 2017 gegen den Konkursentscheid Beschwerde ans Obergericht. Mit ergänzenden Beschwerdeeingaben vom 28. August 2017 und 4. September 2017 reichte sie unter anderem verschiedene Forderungsverzichte, einen Sanierungsplan und eine bereinigte Zwischenbilanz ein. Das Obergericht hiess die Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen

2. Zeigt die letzte Jahresbilanz, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist, so beruft der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung ein und beantragt ihr Sanierungsmassnahmen (Art. 725 Abs. 1 OR). Wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, muss eine Zwischenbilanz erstellt und diese einem zugelassenen Revisor

zur Prüfung vorgelegt werden. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten (Art. 725 Abs. 2 OR). Der Richter eröffnet auf die Benachrichtigung hin den Konkurs. Er kann ihn auf Antrag des Verwaltungsrats oder eines Gläubigers aufschieben, falls Aussicht auf Sanierung besteht; in diesem Fall trifft er Massnahmen zur Erhaltung des Vermögens (Art. 725a Abs. 1 OR). Ist die Gesellschaft offensichtlich überschuldet und unterlässt der Verwaltungsrat die Anzeige, so benachrichtigt die Revisionsstelle das Gericht (Art. 728c Abs. 3 und Art. 729c OR).

Formelle Voraussetzung einer Konkurseröffnung – wie sie hier in Frage steht – ist demnach eine Überschuldungsanzeige an den Richter gestützt auf einen Beschluss des Verwaltungsrats oder subsidiär durch die Revisionsstelle. Materielle Voraussetzung ist zum einen die effektive Überschuldung der Gesellschaft, zum andern das Fehlen eines rechtzeitigen Antrags und der Voraussetzungen für einen Konkursaufschub (Hanspeter Wüstiner, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. A., Basel 2016, Art. 725a N. 2 f., S. 1264).

[...]

Die *Beseitigung der Überschuldung* führt über eine Bilanzbereinigung. Diese kann unter anderem durch einen (freiwilligen) *Forderungsverzicht* der wichtigsten Gläubiger erfolgen (Wüstiner, Art. 725 N. 12, 16, S. 1246 f.). Wird im Rahmen der Sanierung im Sinn von Art. 725 Abs. 1 OR die Überschuldung beseitigt, fehlt es ebenfalls an einer Voraussetzung für die Konkurseröffnung.

[...]

3.3. [...]

In der ergänzenden Beschwerdeschrift vom 28. August 2017 erklärt die Beschwerdeführerin, inzwischen lägen bedingungslose und unwiderrufliche Forderungsverzichte über insgesamt Fr. aaa vor. Gemäss Zwischenabschluss per 31. Juli 2017 betrage das Eigenkapital nach Berücksichtigung der Forderungsverzichte Fr. bbb. Das liege knapp über der verlangten Hälfte des Aktienkapitals plus gesetzlicher Reserve. Die Mindestanforderungen gemäss Art. 725 OR bezüglich der Bilanz und des Eigenkapitals seien somit erfüllt. Die Forderungen der Gläubiger seien gedeckt. Der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung hätten sodann einen Sanierungsplan mit Datum vom 27. August 2017 ausgearbeitet. [...] Es be-

stehe nun begründete Aussicht auf eine nachhaltige Sanierung. Die Voraussetzungen seien gegeben, dass der Konkurs gestützt auf Art. 725 OR wieder aufgehoben werden könne.

In der ebenfalls innert der Beschwerdefrist eingereichten Eingabe vom 4. September 2017 erklärt die Beschwerdeführerin, unter Berücksichtigung der unterzeichneten Forderungsverzichte und aufgrund der im August verbesserten Parameter wies sie nun per 29. August 2017 ein Eigenkapital von Fr. ccc aus. Somit seien das gesetzliche Eigenkapital und die gesetzliche Gewinnreserve gedeckt. Zwar sei ein mündlich versprochener Forderungsverzicht über Fr. ddd nicht unterzeichnet worden. Auch ohne diesen Forderungsverzicht sei jedoch die Gesellschaft im jetzigen Zeitpunkt nicht überschuldet.

3.4. Die Beschwerdeführerin stellt [...] nicht in Frage, dass sie aufgrund der aktenkundigen Umstände im Zeitpunkt der angefochtenen Konkurseröffnung überschuldet war. Die Sanierungsarbeiten waren zwar nach ihren Angaben im Gange. Ein tragfähiges Sanierungskonzept lag aber noch nicht vor.

Mit der (ergänzten) Beschwerde macht die Beschwerdeführerin denn auch geltend, aufgrund der inzwischen eingetretenen Tatsachen seien die Voraussetzungen gegeben, den Konkurs gestützt auf Art. 725 OR wieder aufzuheben. Dementsprechend ersucht sie mit dem Hauptantrag um Aufhebung des kantonsgerichtlichen Konkursentscheids [...] Daher ist im Folgenden zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Konkursaufhebung tatsächlich erfüllt sind.

4. Nach Art. 326 ZPO sind im Beschwerdeverfahren neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel grundsätzlich ausgeschlossen (Abs. 1). Besondere Bestimmungen des Gesetzes bleiben jedoch vorbehalten (Abs. 2). Solche Bestimmungen sieht das Gesetz für die Beschwerde gegen Entscheide des Konkursgerichts in Art. 174 SchKG vor. Sie sind auch bei Konkurseröffnungen ohne vorgängige Betreuung anwendbar (Art. 194 Abs. 1 Satz 1 SchKG).

Mit der Beschwerde gegen eine Konkurseröffnung dürfen zum einen ohne Einschränkung Tatsachen neu geltend gemacht werden, die vor dem angefochtenen Entscheid eingetreten sind (unechte Noven; Art. 174 Abs. 1 Satz 2 SchKG). Zum andern dürfen auch gewisse Tatsachen geltend gemacht werden, die sich erst nach dem angefochtenen Entscheid ("inzwischen") ereignet haben. Solche zulässige echte Noven führen, wenn gleichzeitig die Zahlungsfähigkeit des Gemeinschuldners glaubhaft gemacht wird, zur Aufhebung des Konkurses (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Das gilt unter anderem dann, wenn der Schuldner durch Urkunden

beweist, dass inzwischen die Schuld, einschliesslich der Zinsen und Kosten, getilgt ist (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG).

Die Aufhebungsgründe werden in Art. 174 Abs. 2 SchKG abschliessend aufgezählt. Sie sind jedoch in ihrem konkreten Wortlaut nicht auf Konkursöffnungen ohne vorgängige Betreuung zugeschnitten. Dennoch ist die Bestimmung auch auf solche Konkursöffnungen anwendbar (Art. 194 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Dieser ausdrückliche gesetzgeberische Wille kann nur so vernünftig umgesetzt werden, dass über den reinen Wortlaut hinaus auch eine nur sinngemässe Anwendbarkeit von Art. 174 Abs. 2 SchKG genügen muss bzw. dass analog und im Sinn dieser Bestimmung auch modifizierte echte Noven zuzulassen sind, die der Zielsetzung von Art. 174 SchKG entsprechen, unnötige Konkurse in denjenigen Fällen zu vermeiden, in denen die Konkursöffnung nicht rechtzeitig abgewendet werden konnte und die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Betriebs nicht zum vornherein zu verneinen ist (vgl. Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft Nr. 410 13 208 vom 17. September 2013 E. 2 mit Hinweis auf Brunner/Boller, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. A., Basel 2010, Art. 192 N. 24, S. 1726 [wonach der Gesetzestext angesichts der Zielsetzung nicht abschliessend befriedige]). Andernfalls könnten bei Konkursöffnungen ohne vorgängige Betreuung überhaupt keine echten Noven zugelassen werden. Das kann nicht der Sinn des Gesetzes sein (vgl. Entscheid der Genfer Cour de Justice vom 7. Mai 1997 E. 1b, BISchK 1999 S. 193). Der mehrheitlichen Ablehnung eines Analogieschlusses auf weitere Arten von echten Noven (vgl. Daniel Staehelin, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband zur 2. A., Basel 2017, Art. 194 ad N. 8, lit. a, S. 201) ist somit für Konkursöffnungen ohne vorgängige Betreuung nicht zu folgen.

Bei einer Beschwerde gegen eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung ist daher – analog zum Beweis der Tilgung der Schuld – als echtes Novum insbesondere auch der Nachweis zuzulassen, dass die Überschuldung inzwischen beseitigt worden ist (vordergründig anderer Meinung: Staehelin, Art. 192 ad N. 24, lit. a [mit Kritik in lit. b], S. 200, mit Hinweis auf BGer 5A_625/2015 vom 18. Januar 2016 E. 3.6.1 [wo diese spezifische Tatsache jedoch nicht erwähnt wird]). Er ist jedoch innert der Beschwerdefrist zu erbringen; eine Nachfrist kann hierfür nicht gewährt werden. Dasselbe gilt für die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit (Roger Giroud, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. A., Basel 2010, Art. 174 N. 20, S. 1616; Staehelin, Art. 174 ad N. 20, lit. b, S. 189, mit Hinweisen, insbesondere BGE 136 III 294 und 139 III 491).

5.1. Die Schuldnerin hat, um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, einen besonderen Aufhebungsgrund darzutun. Bei einer Konkursöffnung ohne

vorgängige Betreuung genügt dazu – wie erwähnt (oben, E. 4) – in analoger Anwendung von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG der Nachweis, dass die Überschuldung seit der Konkurseröffnung beseitigt worden ist.

Die Beschwerdeführerin hat gültig unterzeichnete Forderungsverzichte von insgesamt Fr. eee eingereicht. Sie hat sodann eine Zwischenbilanz per 31. August 2017 vorgelegt, wonach unter Berücksichtigung der Forderungsverzichte keine Überschuldung und auch kein Kapitalverlust im Sinn von Art. 725 Abs. 1 OR mehr besteht. [...] Damit ist belegt, dass die Beschwerdeführerin nicht mehr überschuldet ist.

Der Konkursaufhebungsgrund von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG ist somit sinngemäss erfüllt.

5.2. Die Schuldnerin hat zur Aufhebung der Konkurseröffnung auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

Die Zahlungsfähigkeit gilt als glaubhaft gemacht, wenn für ihr Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 132 III 715 E. 3.1 S. 720). Es genügt, wenn die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Dabei dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können (Jolanta Kren Kostkiewicz, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2014, S. 294, Rz. 1080; Giroud, Art. 174 N. 26, S. 1617).

Die Beschwerdeführerin hat einen Sanierungsplan vom 27. August 2017 eingereicht. Dieser erscheint bei der hier gebotenen summarischen Betrachtung als hinreichend realistisch, um eine Weiterführung des Betriebs zu gewährleisten, ohne dass die Beschwerdeführerin in massgebliche Liquiditätsprobleme geraten sollte. Die Gläubiger haben denn auch in erheblichem Umfang auf bestehende Forderungen verzichtet. Zudem waren bei Konkurseröffnung trotz der damaligen Überschuldungssituation keine Beteiligungen gegen die Beschwerdeführerin registriert [...]

Die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin erscheint daher als glaubhaft.

5.3. Die Voraussetzungen für eine Aufhebung der Konkurseröffnung sind demnach erfüllt. Die Beschwerde erweist sich damit als begründet, und die angefochtene Verfügung ist aufzuheben.