

Art. 174 SchKG, Art. 326 ZPO, Noven in der Beschwerde gegen die Konkureröffnung. *Hier sind ausnahmsweise neue Behauptungen zulässig, es kommt aber darauf an, ob einer der gesetzlichen Gründe für die Aufhebung des Konkurses angerufen wird oder nicht.*

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

Vorab ist zu klären, was für Behauptungen zum Sachverhalt zulässig sind. Da es um eine Beschwerde im Sinne der Zivilprozessordnung geht (Art. 174 Abs. 1 Satz 1 SchKG), sind primär alle Behauptungen ausgeschlossen, die der ersten Instanz nicht vorgetragen wurden (Art. 326 ZPO); es geht also grundsätzlich um eine reine Kontrolle der Schlüsse, welche das angefochtene Urteil aus dem damals vorliegenden Material zog. Bei der Beschwerde gegen eine Konkureröffnung enthält das Gesetz zwei der in Art. 326 ZPO vorbehaltenen Ausnahmen:

Erstens dürfen hier ausnahmsweise ohne Einschränkung neue Behauptungen über Tatsachen aufgestellt werden, die sich *vor* dem angefochtenen Entscheid verwirklichten (Art. 174 Abs. 1 Satz 2 SchKG; solche Behauptungen werden allgemein und so auch im Folgenden als "unechte Noven" bezeichnet). In der Praxis ist das am häufigsten der Einwand des Schuldners, er habe schon vor der Konkureröffnung die Forderung und alle Kosten bezahlt, das aber aus Nachlässigkeit oder warum auch immer dem Konkursgericht nicht mitgeteilt. Nach den allgemeinen Regeln (für die Beschwerde Art. 326 ZPO, aber auch für die Berufung nach Art. 317 Abs. 1 ZPO) wäre das unzulässig, in der Beschwerde gegen die Konkureröffnung kann aber damit der Konkurs gestützt auf Art. 174 Abs. 1 SchKG aufgehoben werden - wenn sich der angefochtene Entscheid aufgrund der neuen Behauptungen als unrichtig erweist.

Zweitens dürfen in der Beschwerde gegen die Konkureröffnung bestimmte Behauptungen über Tatsachen vorgetragen werden, die sich *nach* dem angefochtenen Entscheid ereigneten: das wird nicht ausdrücklich bestimmt, ergibt sich aber daraus, dass das Gesetz den Schuldner zum Nachweis zulässt, "inzwischen" (das heisst: seit der Konkureröffnung) sei die Schuld getilgt oder hinterlegt worden, oder der Gläubiger habe auf die Durchführung des Konkurses ver-

zichtet. Solche neuen Behauptungen führen zusammen mit dem Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit zur Aufhebung des Konkurses (Art. 174 Abs. 2 SchKG).

Diese beiden Konstellationen dürfen nicht vermischt werden. Behauptungen über nach der Konkurseröffnung entstandene Tatsachen sind nur im Rahmen der Aufhebungsgründe von Art. 174 Abs. 2 SchKG zulässig, und diese letzten sind vom Gesetz abschliessend aufgezählt. Wurde – wie im vorliegenden Fall – der Konkurs ohne vorhergehende Betreuung eröffnet, kann die Beschwerde demnach nicht damit begründet werden, *seit* jenem Urteil sei die Überschuldung beseitigt worden. Es ist nur, aber immerhin zulässig, die Annahme des Konkursgerichts mit neuen Hinweisen auf Sachverhalte *vor* der Konkurseröffnung anzugreifen (so die ständige Praxis der Kammer, eingehend begründet in *OGerZH* PS110058 vom 15. Juli 2011, vgl. auch BSK SchKG II-Brunner/Boller, 2. Auflage 2010, Art. 194 N 8).

Unter diesen Voraussetzungen ist die heutige Beschwerde zu prüfen.

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 11. April 2014
Geschäfts-Nr.: PS130222-O/U