

Art. 725a OR, Aufschub des Konkurses. *Der Antrag müsste dem Konkursgericht gestellt worden sein und ist im Rechtsmittel gegen die Konkurseröffnung nicht mehr zulässig.*

Auf Anzeige der Überschuldung durch die Schuldnerin hin eröffnete das Konkursgericht den Konkurs. Ein Gläubiger führt dagegen Beschwerde.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

3.1 Zur Begründung führt der Beschwerdeführer im Wesentlichen aus, gestützt auf Art. 725a Abs. 1 OR könne der Richter die Eröffnung des Konkurses aufschieben, wenn Aussicht auf Sanierung bestehe. Er sei Gläubiger der Beschwerdegegnerin. Der Verwaltungsrat habe weder sämtliche Gläubiger umfassend informiert, noch eine Generalversammlung eingeleitet, und dies obwohl das notwendige Quorum von Aktionären eine Generalversammlung verlangt hätte. Er (der Beschwerdeführer) habe aufgrund der Konkurseröffnung mit den Aktionären und Gläubigern der Beschwerdegegnerin Rücksprache gehalten und festgestellt, dass sämtliche Aktionäre und Darlehensgeber die Sanierung der Gesellschaft wollten. Zu den vorläufigen Sanierungsvorschlägen würden unter anderem der Rangrücktritt sämtlicher Gläubiger gehören, eine Kapitalerhöhung um nominal Fr. 200'000.– zum Emissionspreis von Fr. 1'000'000.–, sowie die Schuldübernahme der ungedeckten Restanz durch die Aktionäre. Da alle Darlehensgeber auch Aktionäre der Gesellschaft seien, sei die Einleitung einer Generalversammlung einziges adäquates Mittel zur Rettung der Gesellschaft. Mit der fehlenden umfassenden Information der Aktionäre und Gläubiger sei ihnen die Möglichkeit zur Sanierung der Gesellschaft vorenthalten worden. Die bestehende Überschuldung könne durch einen rechtsgültigen Entscheid der Generalversammlung beseitigt werden. Die Revisionsgesellschaft habe die Zwischenbilanz denn auch nur zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten geprüft und sodann mit dem Vorbehalt beglaubigt, dass der Verwaltungsrat der Beschwerdegegnerin von einer Deponierung der Bilanz mit der Massnahme eines Rangrücktritts sämtlicher Gläubiger absehen könne.

Zwar sei – so der Beschwerdeführer weiter – in casu die Eröffnung des Konkurses bereits verfügt. Dieser Entscheid sei aber mittels Beschwerde gemäss Art. 319 ZPO anfechtbar, sofern eine Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes oder eine unrichtige Rechtsanwendung vorliege. Vorliegend habe das Gericht bei der Feststellung des Sachverhaltes unrichtige Informationen gehabt, die vom Präsidenten des Verwaltungsrates der Beschwerdegegnerin eingereicht worden seien. Der Präsident habe die notwendigen Bemühungen zur Sanierung der Gesellschaft unterlassen und die Bilanzdeponierung getätigt ohne Kenntnis der Gläubiger und Aktionäre.

3.2 Mit der Beschwerde können (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren sind neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 ZPO), weil es bei der Beschwerde nicht um die Fortführung des erstinstanzlichen Prozesses, sondern im Wesentlichen um eine Rechtskontrolle des vorinstanzlichen Entscheides geht (ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDt, 2. Aufl., Art. 326 N 3). Für die Weiterziehung eines Entscheides des Konkursgerichts sieht das SchKG bezüglich Noven zwar eine besondere Regelung vor. Danach können unechte Noven unbeschränkt vorgebracht werden, d.h. Tatsachen, die schon vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Hingegen ist der Katalog echter Noven, d.h. seit dem Entscheid eingetretene Tatsachen, in Art. 174 SchKG abschliessend geregelt (KUKO SchKG-HUBER, Art. 192 N 33; BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, Art. 192 N 24). Wurde der Konkurs eröffnet, ohne dass vor erster Instanz ein Sanierungsantrag gestellt wurde, kann dies im Rechtsmittelverfahren *nicht* nachgeholt werden (BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, Art. 192 N 16; vgl. auch ZR 108/2009 Nr. 14 S. 48; a.M. BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725a, N 5, allerdings ohne Begründung).

Ein Konkursaufschub kann folglich im Rechtsmittelverfahren nicht mehr beantragt werden. Diesbezüglich ist die Beschwerde somit ohne weitere Prüfung abzuweisen. Die vorgebrachten Beanstandungen des Beschwerdeführers, es ha-

be keine Generalversammlung gegeben und die Gläubiger wären vorab nicht informiert worden, sind zwar unechte und damit grundsätzlich zulässige Noven. Jedoch bilden weder die vorgängige Durchführung der Generalversammlung noch der Einbezug der Gläubiger eine Voraussetzung für die Konkursöffnung infolge Überschuldungsanzeige (BSK OR II-WÜSTNER, Art. 725a, N 1 ff.). Deshalb hatte weder der erstinstanzliche Konkursrichter zu prüfen, ob eine Generalversammlung durchgeführt bzw. die Gläubiger informiert wurden, noch kann das Fehlen solcher Handlungen zur Gutheissung der Beschwerde gegen die Konkursöffnung führen. Es ist auch nicht Sache des Konkursrichters, behauptete Pflichtverletzungen des Verwaltungsrates zu überprüfen. Damit kann offen bleiben, ob eine Pflicht des Verwaltungsrates zur Information sämtlicher Gläubiger überhaupt besteht. Einen Konkursaufhebungsgrund bringt der Beschwerdeführer jedenfalls nicht vor.

Dem (subeventuell gestellten) Antrag, der Entscheid dieser Beschwerdeinstanz – gemeint ist wohl die Beschwerdeschrift des Beschwerdeführers – sei der Vorinstanz zur Revision vorzulegen, kann ebenfalls nicht entsprochen werden. Abgesehen davon, dass es für eine solche Überweisung an einer gesetzlichen Grundlage fehlt, wäre dem Beschwerdeführer damit auch nicht gedient: Für die Revision hat der Revisionskläger beim Gericht, welches als letzte Instanz in der Sache entschieden hat, einen Revisionsgrund nach Art. 328 ZPO darzutun. Da der Beschwerdeführer keinen solchen Revisionsgrund dartut, erübrigt sich auch eine Überweisung der Beschwerdeschrift an die Vorinstanz.

Angemerkt werden kann, dass im Falle des Zustandekommens eines Nachlassvertrages grundsätzlich ein Widerruf des Konkurses nach Art. 195 SchKG in Frage kommt.

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 22. September 2015
Geschäfts-Nr.: PS150150-O/U