

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 02
Fax +41 31 635 48 14
obergericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ZK 17 142

Bern, 18. April 2017

Besetzung

Oberrichter Studiger (Referent i.V.), Oberrichter Bähler J. und
Oberrichterin Apolloni Meier
Gerichtsschreiberin Eichenberger

Verfahrensbeteiligte

A._____

Gesuchsgegner/Beschwerdeführer

gegen

B._____

vertreten durch Fürsprecher C. _____

Gesuchstellerin/Beschwerdegegnerin



Gegenstand

Anfechtung Konkurserkennntnis

Beschwerde gegen den Entscheid des Regionalgerichts Emmen-
tal-Oberaargau vom 16. März 2017 (CIV 16 3255)

Regeste:

Verwirkungsfrist Konkursbegehren, Betreuungskosten

- Die Verwirkungsfrist für die Stellung des Konkursbegehrens steht während der Dauer eines Verwaltungsverfahrens still. (E. 12)
- Die Parteientschädigung der Gläubigerin gehört zu den Betreuungskosten. (E. 13.2)

Erwägungen:

I.

1. Am 16. März 2017 fällte das Regionalgericht Emmental-Oberaargau (nachfolgend Vorinstanz) den folgenden Entscheid (Verfahren CIV 16 3255, pag. 23 ff.):
 1. Über A._____, vgt., wird mit Wirkung ab heute, Donnerstag, 16. März 2017, 08.15 Uhr, gestützt auf Art. 171 SchKG der Konkurs eröffnet.
 2. Die Gerichtskosten von CHF 400.00 (Notifikation CHF 200.00, Konkurseröffnung CHF 200.00) werden dem Schuldner/Gesuchsgegner auferlegt und mit den von der Gläubigerin/Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Die verbleibende Kostensicherheit von CHF 2'000.00 ist dem Konkursamt Emmental-Oberaargau, Dienststelle Emmental Oberaargau, zu überweisen.
 3. [Eröffnungsformel]
2. Gegen diesen Entscheid erhob A._____ (nachfolgend Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 18. März 2017 (Postaufgabe am 21. März 2017, pag. 31 ff.) Beschwerde mit dem Antrag um aufschiebende Wirkung sowie mit dem sinnngemässen Antrag um Aufhebung des angefochtenen Entscheids.
3. Der Antrag um Aufschub der Vollstreckbarkeit wurde mit Verfügung vom 22. März 2017 gutgeheissen (pag. 35 f.). Gleichzeitig wurde festgestellt, dass der Beschwerdeführer die Beträge von CHF 2'400.00 (erstinstanzliche Kosten des Konkursgerichts und des Konkursamtes) sowie von CHF 750.00 (Gerichtskostenvorschuss zweite Instanz) und die Forderung von CHF 1'118.20 beim Obergericht hinterlegt und bezahlt hat.
4. In ihrer Beschwerdeantwort vom 3. April 2017 stellte B._____ (nachfolgend Beschwerdegegnerin) die folgenden Rechtsbegehren (pag. 42 ff.):
 1. Der beim Obergericht des Kantons Bern hinterlegte Betrag von CHF 3'518.20 sei der Gesuchstellerin/Beschwerdegegnerin herauszugeben.
 2. Die Voraussetzungen zur Aufhebung der Konkurseröffnung seien von Amtes wegen zu prüfen.
 - unter Kosten- und Entschädigungsfolgen –
5. Es wurde kein weiterer Schriftenwechsel angeordnet (vgl. Verfügung vom 5. April 2017, pag. 46).

II.

6. Die 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern ist zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde gestützt auf Art. 174 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung- und Konkurs (SchKG; SR 281.1) i.V.m. Art. 6 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung (EG ZSJ; BSG 271.1), Art. 319 lit. a sowie Art. 251 lit. a der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) örtlich, sachlich und funktionell zuständig.
7. Die Beschwerdefrist beträgt im summarischen Konkursverfahren 10 Tage (Art. 174 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 321 Abs. 2 sowie Art. 251 lit. a ZPO).
8. Die Entscheidfindung erfolgt in Dreierbesetzung (Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).
9. Auf die form- und fristgerechte Beschwerde ist einzutreten (Art. 174 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 321 sowie Art. 251 lit a ZPO).

III.

10. Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe den Betrag in der Höhe von CHF 4'268.20 beim Obergericht hinterlegt. Er zahle die Betreibungen kontinuierlich ab und werde die restlichen Betreibungen bis spätestens Ende Jahr beglichen haben. Er führe ein Markthändler- / Schulungsunternehmen mit progressivem Erfolg. Er arbeite an zahlreichen Märkten in der Schweiz und verkaufe als einziger Händler in der Schweiz D._____ und E._____. Er habe in seinem Ausstellungsraum zahlreiche Verkaufstermine durch das gesamte Jahr hindurch und feste Plätze an begehrten Events wie z.B. F._____, etc. Zudem führe er gut besuchte E._____ Workshops durch, wobei die E._____ käuflich erworben werden könnten. In seinem Ausstellungsraum habe er einen Bestand von ca. 1'000 E._____ und Zubehör (VK im Durchschnitt pro E._____ CHF 350.00). Der Warenbestand der D._____ betrage 1'680 Packungen (VK pro Packung CHF 20.00). Zudem verfüge er gegenüber einer Drittperson über einen vollstreckbaren Titel von CHF 3'711.45.
11. Demgegenüber bringt die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort vor, die Ausführungen des Beschwerdeführers würden bestritten, soweit sie nicht Zugeständnisse enthielten oder ausdrücklich als richtig anerkannt würden. Der Beschwerdeführer habe die Forderungen der Beschwerdegegnerin sowie die erstinstanzlichen Kosten des Konkursgerichts und des Konkursamtes vollumfänglich beim Obergericht hinterlegt. Dementsprechend stelle sich die Beschwerdegegnerin nicht gegen die Beschwerde. Ob die Voraussetzungen zur Aufhebung der Konkursöffnung gegeben seien, insbesondere die Zahlungsfähigkeit des Beschwerdeführers gegeben sei, sei von Amtes wegen zu überprüfen. Aus Sicht der Beschwerdegegnerin könne die Konkursöffnung aufgehoben werden, sofern ihr der

beim Obergericht hinterlegte Betrag von CHF 3'518.20 herausgegeben werde. Dem Beschwerdeführer seien die Kosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens aufzuerlegen und der Beschwerdegegnerin sei eine angemessene Parteientschädigung für das vorliegende Verfahren zuzusprechen.

IV.

12.

12.1 Nach Ablauf von 20 Tagen seit der Zustellung der Konkursandrohung kann der Gläubiger unter Vorlegung dieser Urkunde und des Zahlungsbefehls beim Konkursgericht das Konkursbegehren stellen (Art. 166 Abs. 1 SchKG). Dieses Recht erlischt 15 Monate nach der Zustellung des Zahlungsbefehls (Art. 166 Abs. 2 Satz 1 SchKG). Ist Rechtsvorschlag erhoben worden, so steht diese Frist zwischen der Einleitung und der Erledigung eines dadurch veranlassten gerichtlichen Verfahrens still (Art. 166 Abs. 2 Satz 2 SchKG). Es handelt sich dabei um eine Verwirkungsfrist, weshalb ein nach Ablauf dieser Frist gestelltes Begehren von Amtes wegen abgewiesen werden muss (NORDMANN, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl., 2010, N. 13 zu Art. 166 SchKG). Das Verfahren ist an dem Tage erledigt, an dem der entsprechende Entscheid in Rechtskraft erwächst bzw. kein ordentliches Rechtsmittel mehr zur Verfügung steht und die Vollstreckbarkeit nicht aufgeschoben wurde (LEBRECHT, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl., 2010, N. 26 zu Art. 88 SchKG). Für die Fristberechnung sind die Bestimmungen der ZPO massgebend (vgl. Art. 31 SchKG).

12.2 Es ist zu prüfen, ob der vorliegende Zahlungsbefehl, welcher dem Schuldner am 3. August 2015 zugestellt worden war (pag. 6), überhaupt noch gültig bzw. ob das Recht zur Stellung des Konkursbegehrens nicht bereits verwirkt ist.

12.3 Gegen den Zahlungsbefehl erhob der Beschwerdeführer am 3. August 2015 Rechtsvorschlag (pag. 6). Die Beschwerdegegnerin als Krankenkasse hat diesen Rechtsvorschlag mit Verfügung vom 25. August 2015 selbst aufgehoben (pag. 3). Gegen die erwähnte Verfügung wurde keine Einsprache erhoben, womit die Aufhebung des Rechtsvorschlags rechtskräftig ist (vgl. Rechtskraftbescheinigung vom 26. Oktober 2015, pag. 5). Die Beschwerdegegnerin stellte das Fortsetzungsbegehren am 26. Oktober 2015 (pag. 4). Dem Beschwerdeführer wurde die Konkursandrohung indessen erst am 27. April 2016 zugestellt (pag. 8, ersetzt die am 28. Oktober 2015 ausgestellte Konkursandrohung). Das Konkursbegehren datiert vom 25. November 2016 (pag. 1, Eingang am 28. November 2016).

12.4 Das Konkursbegehren wurde fast 16 Monate nach der Zustellung des Zahlungsbefehls gestellt.

Es ist fraglich, ob die Verwirkungsfrist durch das Verwaltungsverfahren, mit welchem ein Rechtsvorschlag beseitigt wird, unterbrochen wird, denn Art. 166 Abs. 2 SchKG erwähnt nur das gerichtliche Verfahren, nicht aber das Verwaltungsverfahren.

Das Bundesgericht hat sich bisher noch nicht zu dieser Frage geäußert. In BGE 99 Ib 505 E. 3 hat das Bundesgericht in Bezug auf die Auslegung von gesetzlichen Bestimmungen festgehalten, dass daraus, dass der Wortlaut an sich klar sei, nicht ohne weiteres zu schliessen sei, dass für eine sinngemässe Auslegung kein Raum bleibe. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfe vom Wortlaut abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorlägen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergebe. Solche Gründe könnten sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Gesetzesbestimmungen ergeben (mit Hinweisen auf BGE 80 II 316; BGE 87 I 16; BGE 90 I 214 f.; BGE 95 I 326, 509; BGE 96 I 627; 98 I/a 192, 200).

Die fast identische Formulierung wie in Art. 166 Abs. 2 SchKG findet sich in Art. 88 Abs. 2 Satz 2, allerdings mit dem Unterschied, dass Art. 88 SchKG auch die Erledigung eines Verwaltungsverfahrens erwähnt (NORDMANN, a.a.O., N. 16 zu Art. 166 SchKG). In Bezug auf den Fristenstillstand enthält zudem Art. 154 Abs. 1 SchKG eine praktisch identische Regelung wie Art. 166 Abs. 1 SchKG.

Das Bundesgericht hielt in BGE 124 III 79 E. 2 fest, Art. 154 Abs. 1 SchKG habe in der Fassung vom 16. Dezember 1994 lediglich eine redaktionelle Änderung erfahren, indem er an die neue Fassung von Art. 88 SchKG angepasst worden sei. Diese beiden Bestimmungen – wie auch Art. 166 SchKG – würden daher derselben Betrachtungsweise unterliegen; und weil sich inhaltlich gegenüber dem früheren Recht nur insofern etwas geändert habe, als die Frist des Art. 166 Abs. 2 SchKG von einem Jahr auf 15 Monate verlängert worden sei, könne die bisher entwickelte Rechtsprechung zum Fristenstillstand unbedenklich auf die drei erwähnten Bestimmungen übertragen werden.

Gemäss Botschaft sollte mit dem neuen Art. 166 Abs. 2 SchKG die altrechtliche Jahresfrist auf 15 Monate erstreckt und der neuen Regelung über den Fristenstillstand von Art. 88 Abs. 2 SchKG angepasst werden (Botschaft, BBl 1991 III 1 f. S. 109 f.). Zu Art. 88 Abs. 2 hält die Botschaft fest, dass der Fristenstillstand hier wie auch bei der Pfandverwertung (Art. 154 Abs. 1) und im Konkurs (Art. 166 Abs. 2) einheitlich geregelt sei (Botschaft, BBl 1991 III 1 f. S. 72). Die geltende Fassung, nach der die Frist nur still stehe, wenn zur Beseitigung des Rechtsvorschlags Klage eingereicht werde, habe sich als zu eng erwiesen (Botschaft, BBl 1991 III 1 f. S. 72). Zu Art. 154 Abs. 1 SchKG hält die Botschaft fest, dass die neue Regelung über den Fristenstillstand der neuen Fassung von Art. 88 Abs. 2 SchKG angepasst werde (Botschaft, BBl 1991 III 1 f. S. 107). In der in der Botschaft vorgeschlagenen Fassung von Art. 88 Abs. 2, Art. 154 Abs. 1 sowie Art. 166 Abs. 2 SchKG war in Bezug auf den Fristenstillstand allerdings nur von gerichtlichen Verfahren die Rede, nicht aber von verwaltungsrechtlichen Verfahren (Botschaft, BBl 1991 III 1 f. S. 225, 242, 244). Gestützt auf die Ausführungen in der Botschaft ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine einheitliche Fristenstillstandsregelung für die Art. 88, 154 und 166 SchKG schaffen wollte. Eine gewollte Unterscheidung ist auch aus den parlamentarischen Beratungen nicht ersichtlich.

Dementsprechend muss das Verwaltungsverfahren, mit welchem ein Rechtsvorschlag beseitigt wird, nach der ratio legis in Bezug auf den Fristenstillstand betreffend Konkursbegehren dieselben Wirkungen haben wie das gerichtliche Verfahren.

- 12.5 Wann genau die Verfügung zur Beseitigung des Rechtsvorschlags der Beschwerdegegnerin vom 25. August 2015 (pag. 3) in Rechtskraft erwachsen ist, kann nicht eruiert werden, da unklar bleibt, wann die fragliche Verfügung dem Beschwerdeführer zugestellt worden ist. Aufgrund der Rechtskraftbescheinigung vom 26. Oktober 2015 (pag. 5) lässt sich immerhin festhalten, dass die 30-tägige Einsprachefrist (vgl. Art. 52 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG, SR 830.1] i.V.m. Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung [KVG; SR 832.10]) unbenutzt abgelaufen ist und mit Sicherheit vor dem 26. Oktober 2015 geendet hat. Die Einsprachefrist konnte frühestens am Freitag, 25. September 2015, ablaufen.

Demnach stand die Frist während des Verwaltungsverfahrens, d.h. mindestens vom 3. August bis 25. September 2015 still, womit die 15-monatige Frist bis zum 25. Dezember 2016 verlängert wurde. Damit ist das am 25. November 2016 gestellte Konkursbegehren innert der um die Dauer des Verwaltungsverfahrens verlängerten 15-monatigen Frist erfolgt.

13.

- 13.1 Nach Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Rechtsmittelinstanz die Konkurseröffnung aufheben, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld, einschliesslich der Zinsen und Kosten, getilgt ist (Ziff. 1), der geschuldete Betrag bei der Rechtsmittelinstanz zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist (Ziff. 2) oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet (Ziff. 3).
- 13.2 Die Betreuungskosten, welche im Hinblick auf eine Konkursaufhebung infolge Tilgung der Schuld (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG) gedeckt sein müssen, umfassen nicht nur sämtliche von den Vollstreckungsorganen verlangten Gebühren und Auslagen (Art. 1 GebV SchKG; Urteil des Bundesgerichts 5A_829/2014 vom 9. Februar 2015 E. 3.3). Selbstverständlich gehören auch die durch die Beurteilung des Konkursbegehrens anfallenden Gerichtskosten zu den in Art. 174 SchKG erwähnten Kosten, nicht hingegen die Kosten aus rein materiell rechtlichen Verfahren (Urteile des Bundesgerichts 5A_409/2013 vom 8. Juli 2013 E. 2.1 sowie 5A_435/2013 vom 10. Juli 2013 E. 2.1 und 5A_829/2014 vom 9. Februar 2015 E. 3.3). Unter die zu tilgenden Kosten fallen zudem insbesondere die Kosten des Konkursamtes, die zwischen der Konkurseröffnung durch die erste Instanz und der Aufhebung des Konkurses im Rechtsmittelverfahren anfallen (Urteil des Bundesgerichts 5A_829/2014 vom 9. Februar 2015 E. 3.5; AB SO, SOG 1998, 32 ff.; GIROUD in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Auflage, 2010, N. 21 zu Art. 174 SchKG). Der zu hinterlegende geschuldete Betrag nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 beinhaltet ebenfalls die Zinsen und Kosten (GIROUD, a.a.O., N. 22 zu Art. 174 SchKG).

Gemäss BGE 133 III 687 gehört auch die Parteientschädigung der Gläubigerin zu den Betreuungskosten, weshalb die Parteientschädigung ebenfalls zu tilgen bzw.

zu hinterlegen ist, damit der Konkurs aufgehoben werden kann. Diese Rechtsprechung wurde vom Bundesgericht mehrfach bestätigt (Urteile des Bundesgerichts 5A_409/2013 vom 8. Juli 2013 E. 2.1 sowie 5A_435/2013 vom 10. Juli 2013 E. 2.1 und 5A_829/2014 vom 9. Februar 2015 E. 3.3).

- 13.3 Der Zinsenlauf endet grundsätzlich mit der Eröffnung des Konkurses im erstinstanzlichen Konkurserkennnis (Art. 209 Abs. 1 i.V.m. Art. 175 SchKG). Im Falle einer Anfechtung des Konkursdekrets hemmt die bewilligte aufschiebende Wirkung jedoch sowohl die Vollstreckung als auch den Eintritt der Konkurswirkungen, weshalb weiterhin Zinsen geschuldet sind (GIROUD, a.a.O., N. 30 zu Art. 174 SchKG mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 5P.288/2003 vom 9. September 2003 E. 1; DIGGELMANN, in: Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl., 2014, N. 5 zu Art. 174 SchKG, N. 5 zu Art. 174 SchKG). Mit der Tilgung der Schuld (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG) endet der Zinsenlauf (vgl. MÖCKLI, in: Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl., 2014, N. 8 und 11 zu Art. 12 SchKG). Dasselbe gilt im Falle einer Hinterlegung des geschuldeten Betrags. Die Hinterlegung gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG ist als «Hinterlegung als Erfüllung» zu verstehen (BGE 135 III 31 E. 2.2.3). Bei der Hinterlegung als Erfüllung wird der Schuldner durch seine Hinterlegung befreit, seine Schuldpflicht geht folglich unter. Der Unterschied zur Tilgung der Schuld liegt einzig in der Abwicklung (BGE 135 III 31 E. 2.2.2 und E. 2.2.3). Die Verzugszinsen sind demnach bis zum Datum der Tilgung oder der Hinterlegung des Forderungsbetrags geschuldet (vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Bern ZK 16 557 vom 24. November 2016 E. III./2.).
- 13.4 An das Vorliegen der Zahlungsfähigkeit dürfen keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden. Dem Richter kommt bei der Beurteilung der Zahlungsfähigkeit ein grosses Ermessen zu. Die Zahlungsfähigkeit ist glaubhaft gemacht, wenn die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit, der Schuldner nicht illiquid ist, falls die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des schuldnerischen Betriebs nicht von vornherein verneint werden muss, wenn die Illiquidität vorübergehender Natur ist oder wenn der Schuldner seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und seine Schulden in absehbarer Zeit abzutragen vermag (es genügt, dass sich der Schuldner um die Sanierung seiner ungünstigen finanziellen Situation ernsthaft bemüht und mit den Gläubigern Abzahlungen vereinbart, die er glaubhaft in der Lage ist, vereinbarungsgemäss zu leisten). Blosser Behauptungen des Schuldners genügen nicht. Es sind konkrete Anhaltspunkte wie Zahlungsbelege, Belege über die dem Schuldner zur Verfügung stehenden Mittel (z.B. Bankguthaben, Kreditverträge, Erklärung der Bank, das schuldnerische Unternehmen weiterhin zu stützen), Debitorenlisten, Zwischenbilanzen, Auftragsbestätigungen, Jahresrechnung, Auszug aus dem Betreibungsregister etc. nötig (GIROUD, a.a.O., N. 26 zu Art. 174 SchKG). Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden (DIGGELMANN/MÜLLER, Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl., 2014, N. 13 zu Art. 174 SchKG).

14.

- 14.1 Nach Art. 326 Abs. 1 ZPO sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen. Besondere Bestimmungen des Gesetzes bleiben indessen gemäss Art. 326 Abs. 2 ZPO vorbehalten.
- 14.2 Gestützt auf Art. 174 Abs. 1 SchKG können die Parteien im Rahmen des Beschwerdeverfahrens neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind. Diese Ausnahme geht dem allgemeinen Novenverbot im Beschwerdeverfahren vor (Urteile des Bundesgerichts 5A_409/2013 vom 8. Juli 2013 E. 1.3, 5A_230/2011 vom 12. Mai 2011 E. 3.2.1). Die Noven können uneingeschränkt alle für das Konkursbegehren prozessrelevanten Tatsachen und Beweismittel betreffen (GIROUD, a.a.O., N. 19 zu Art. 174 SchKG). Art. 174 Abs. 2 SchKG erlaubt es dem Schuldner, seine Beschwerde mit bestimmten erst nach dem angefochtenen Entscheid entstandenen neuen Tatsachen und Beweismitteln zu begründen. Diese Regelung geht dem Grundsatz von Art. 326 Abs. 1 ZPO vor, der im Beschwerdeverfahren das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel ausschliesst, die nicht schon im erstinstanzlichen Verfahren behandelt werden konnten (GIROUD, a.a.O., N. 20 zu Art. 174 SchKG). Die gesetzliche Aufzählung ist abschliessend, d.h. der Schuldner kann nur die Tilgung, die Hinterlegung, den Gläubigerverzicht sowie die Zahlungsfähigkeit als echte Noven geltend machen. Die Noven müssen jedoch in der Beschwerdebegründung selbst vorgebracht werden. Nach Erhebung des Rechtsmittels bzw. spätestens nach Ablauf der zehntägigen Beschwerdefrist können sowohl echte als auch unechte Noven nicht mehr berücksichtigt werden (GIROUD, a.a.O., N. 20 zu Art. 174 SchKG; BGE 139 III 491 E. 4).
- 14.3 Die innerhalb der Beschwerdefrist vom Beschwerdeführer eingereichten Unterlagen sind damit zu den Akten zu erkennen und die neuen Tatsachenbehauptungen zu berücksichtigen.

15.

- 15.1 Die Forderung der Beschwerdegegnerin beträgt gemäss Zahlungsbefehl vom 16. Juni 2015 (zugestellt am 3. August 2015, pag. 6) in der Betreibung Nr. _____ CHF 647.60 nebst Zins zu 5% seit 3. März 2015 zuzüglich CHF 50.00 (für Mahnspesen gemäss Konkursbegehren, pag. 1).
- Im Konkursbegehren werden zudem Zahlungen in der Höhe von CHF 2'200.00 aufgeführt, ohne dass diese von der Forderungssumme abgezogen werden (pag. 1). Bei diesen Zahlungen handelt es sich vermutlich um den von der Beschwerdegegnerin an das Regionalgericht zu leistenden Konkurskostenvorschuss, zumal der Beschwerdeführer selbst nicht geltend macht, bereits vor der Hinterlegung beim Obergericht Zahlungen an die Gläubigerin geleistet zu haben.
- 15.2 Der Beschwerdeführer hat am 21. März 2017 den Betrag von CHF 4'268.20 an das Obergericht des Kantons Bern überwiesen (vgl. Beschwerdebeilage [BB] 1). Dieser Betrag ist gleichentags beim Obergericht eingegangen.
- 15.3 Gemäss der telefonischen Auskunft von Frau G. _____ vom Betreibungsamt Emmental-Oberaargau, Dienststelle Oberaargau, vom 11. April 2017 sind beim Be-

treibungsamt Kosten von je CHF 53.30 für die Ausstellung des Zahlungsbefehls sowie der Konkursandrohung, CHF 15.00 für die Zustellung des Zahlungsbefehls, CHF 15.00 für die Zustellung der Konkursandrohung sowie Kosten von je CHF 9.00 für die Ausstellung der Duplikate von Konkursandrohung und Zahlungsbefehl, mit-hin insgesamt Kosten von CHF 154.60 entstanden.

15.4 Der telefonischen Auskunft von Frau H._____ vom Konkursamt Emmental-Oberaargau, Dienststelle Emmental-Oberaargau, vom 11. April 2017 zufolge sind beim Konkursamt bisher Kosten von CHF 559.00 entstanden. Die vom Regionalgericht überwiesenen CHF 2'000.00 reichten auch zur Deckung der noch anfallenden Kosten aus.

15.5 Die Forderung inklusive Zinsen und Kosten setzt sich wie folgt zusammen:

Forderung	CHF	647.60
Mahnspesen	CHF	50.00
Zinsen (5% auf CHF 647.60 vom 3. März 2015 bis 21. März 2017)	CHF	66.50
Kosten Betreibungsamt	CHF	154.60
Gerichtskosten 1. Instanz	CHF	400.00
Konkurskostenvorschuss	CHF	2'000.00
Gerichtskosten 2. Instanz	CHF	750.00
Total Forderung inkl. Zinsen und Kosten	CHF	4'068.70

Die Forderung inklusive Zinsen und Kosten beträgt damit CHF 4'068.70 (inkl. Kosten Beschwerdeverfahren) und ist mit dem hinterlegten Betrag von CHF 4'268.20 ohne weiteres gedeckt.

16.

16.1 Weiter ist zu prüfen, ob der Beschwerdeführer seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht hat.

16.2 Der Schuldnerinformation des Betreibungsamts per 16. März 2017 (BB 2a) ist zu entnehmen, dass gegen den Beschwerdeführer im Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis 16. März 2017 72 Betreibungen im Betrag von CHF 72'241.65 eingetragen sind. Davon wurden 23 Betreibungen beim Betreibungsamt bezahlt und 28 Betreibungen zurückgezogen. Die Restschuld beträgt CHF 11'791.10. Der Beschwerdeführer bringt vor, dass er die restlichen Betreibungen bis Ende Jahr begleichen werde.

Im Jahr 2016 hat der Beschwerdeführer Einnahmen von CHF 142'895.00 erzielt, während die Ausgaben CHF 39'664.45 betrugen (BB 3).

Er hat weiter mit Fotos belegt, dass die E._____ an Märkten verkauft werden (BB 4, 5, 6). Den Warenbestand an E._____ hat der Beschwerdeführer ebenfalls mit einem Foto belegt (BB 8). Seine Ausführungen, wonach es sich dabei um ca. 1'000 E._____ handeln soll, welche einen durchschnittlichen Verkaufspreis von CHF 350.00 aufwiesen, erscheinen glaubhaft. Dasselbe gilt für den behaupteten Warenbestand an D._____ (1'680 Packungen zum Verkaufspreis von je CHF 20.00).

Zudem liegt eine Lohnpfändung gegenüber I. _____ für eine Forderung des Beschwerdeführers in der Höhe von CHF 3'711.45 vor (vgl. Pfändungsurkunde vom 13. März 2017, BB 9).

- 16.3 In Anbetracht der Tatsache, dass der Beschwerdeführer 23 Betreibungen beim Betreibungsamt bezahlt hat und 28 Betreibungen zurückgezogen worden sind, kann davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer um eine Sanierung seiner finanziellen Situation ernsthaft bemüht ist. Der massive Überschuss der Einnahmen im Vergleich zu den Ausgaben im Jahr 2016 lässt weiter den Schluss zu, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des schuldnerischen Betriebs nicht von vornherein verneint werden muss. Dementsprechend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht hat.
17. Nachdem der Beschwerdeführer die Forderung samt Zinsen und Kosten bei der Rechtsmittelinstanz hinterlegt und seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht hat, ist die Beschwerde gutzuheissen und der Konkursentscheid der Vorinstanz aufzuheben.

V.

18. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer gestützt auf Art. 108 ZPO die erst- bzw. oberinstanzlichen Verfahrenskosten zu tragen, zumal er deren Entstehung selbst zu verantworten hat.
19. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten werden bestimmt auf CHF 400.00 (Art. 52 der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [GebV SchKG; SR 281.35]). Sie werden mit dem von der Beschwerdegegnerin vor der ersten Instanz geleisteten Vorschuss von insgesamt CHF 2'400.00 verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die verbleibende Kostensicherheit von CHF 2'000.00 hat die Vorinstanz an das Konkursamt Emmental-Oberaargau, Dienststelle Emmental-Oberaargau, überwiesen.
20. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden bestimmt auf CHF 750.00 (Art. 52 i.V.m. Art. 61 GebV SchKG). Sie werden mit dem vom Beschwerdeführer beim Obergericht des Kantons Bern hinterlegten Betrag verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO).
21. Mangels Antrag ist der Beschwerdegegnerin für das erstinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.
22. Für das oberinstanzliche Verfahren liegt ein diesbezüglicher Antrag der neu anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin vor. Dementsprechend hat der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin für das oberinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung zu leisten. Diese wird gestützt auf Art. 7 i.V.m. Art. 5 der Parteikostenverordnung (PKV; BSG 168.811) und in analoger Anwendung des Kreisschreibens Nr. 7 der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern auf CHF 199.50 bestimmt.

23. Der Beschwerdeführer hat beim Obergericht des Kantons Bern für die Forderung inklusive Zinsen und Kosten den Betrag von CHF 4'268.20 hinterlegt. Der hinterlegte Betrag ist im Umfang von CHF 3'518.20 (Forderung inklusive Zinsen und Kosten von CHF 4'068.70 abzüglich Kosten Beschwerdeverfahren von CHF 750.00 zuzüglich oberinstanzliche Parteientschädigung von CHF 199.50) an die Beschwerdegegnerin zu überweisen.
24. Das Konkursamt Emmental-Oberaargau, Dienststelle Emmental-Oberaargau, wird angewiesen, den vom Regionalgericht Emmental-Oberaargau weitergeleiteten Kostenvorschuss von CHF 2'000.00 nach Abzug der beim Konkursamt entstandenen Kosten an den Beschwerdeführer zu überweisen.

Die Kammer entscheidet:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Entscheid des Regionalgerichts Emmental-Oberaargau vom 16. März 2017, mit welchem über A._____ mit Wirkung ab Donnerstag, 16. März 2017, 08.15 Uhr, der Konkurs eröffnet worden ist, wird aufgehoben.
 2. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 400.00, werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt und mit dem von der Beschwerdegegnerin geleisteten Vorschuss verrechnet.
 3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 750.00, werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt und mit dem von ihm hinterlegten Betrag verrechnet.
 4. Für das erstinstanzliche Verfahren wird keine Parteientschädigung gesprochen.
 5. Der Beschwerdeführer hat der Beschwerdegegnerin für das oberinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 199.50 zu bezahlen.
 6. Der hinterlegte Betrag von CHF 4'268.20 ist der Beschwerdegegnerin im Umfang von CHF 3'518.20 aus der Gerichtskasse zu überweisen. Damit ist die Parteientschädigung gemäss Ziffer 5 hiavor getilgt.
 7. Das Konkursamt Emmental-Oberaargau, Dienststelle Emmental-Oberaargau, wird angewiesen, den vom Regionalgericht Emmental Oberaargau weitergeleiteten Kostenvorschuss von CHF 2'000.00 nach Abzug der beim Konkursamt entstandenen Kosten an den Beschwerdeführer zu überweisen.
 8. Zu eröffnen:
 - dem Beschwerdeführer
 - der Beschwerdegegnerin, vertreten durch ihren Anwalt
 - dem Handelsregisteramt des Kantons Bern
 - dem Betreibungsamt Emmental-Oberaargau, Dienststelle Oberaargau
 - dem Konkursamt Emmental-Oberaargau, Dienststelle Emmental-Oberaargau
 - dem Grundbuchamt Emmental-Oberaargau
- Mitzuteilen:
- der Vorinstanz

Bern, 18. April 2017

Im Namen der 1. Zivilkammer

Der Referent i.V.:

Oberrichter Studiger

Die Gerichtsschreiberin:

Eichenberger

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.

Hinweis:

Es wurde kein Rechtsmittel an das Bundesgericht erhoben.