

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 02
Fax +41 31 634 50 53
obergericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ZK 18 140

Bern, 16. April 2018

Besetzung

Oberrichter Studiger (Referent), Oberrichterin Pfister Hadorn und
Oberrichter J. Bähler
Gerichtsschreiberin Kislig

Verfahrensbeteiligte

A._____, Inhaber der EF: **C.**_____

Gesuchsgegner/Beschwerdeführer

gegen

B._____

Gesuchstellerin/Beschwerdegegnerin



Gegenstand

Anfechtung Konkurserkennnis

Beschwerde gegen den Entscheid des Regionalgerichts Bern-
Mittelland vom 7. März 2018 (CIV 18 831)

Regeste:

In Verfahren betreffend Beschwerde gegen eine erstinstanzliche Konkureröffnung sind die Betreibungsferien (Art. 56 SchKG) zu beachten. Für die Beschwerdefrist gilt der Fristenstillstand nach Art. 63 SchKG (E. 11).

Erwägungen:

I.

1. Am 7. März 2018 fällte das Regionalgericht Bern-Mittelland folgenden Entscheid (pag. 23 ff.):
 1. Über A._____, vgt., wird mit Wirkung ab heute, Mittwoch, 7. März 2018, 13:00 Uhr, gestützt auf Art. 171 SchKG der Konkurs eröffnet.
 2. Die Gerichtskosten von CHF 400.00 werden dem Schuldner/Gesuchsgegner auferlegt. Die verbleibende Kostensicherheit von CHF 2'000.00 ist dem Konkursamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland, zu überweisen.
 3. [Eröffnungsformel]
2. Der Entscheid wurde A._____, Inhaber der Einzelfirma C._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer), am 16. März 2018 zugestellt (vgl. Sendungsverfolgung der Post, pag. 39).
3. Mit Eingabe vom 16. März 2018 («Einsprache») erhob der Beschwerdeführer sinn- gemäss Beschwerde gegen den angefochtenen Entscheid und beantragte dessen Aufhebung (pag. 47). Beiliegend reichte er eine Einzahlungs-Quittung des Betrei- bungsamtes Bern-Mittelland über einen Betrag von CHF 2'125.15 ein.
4. B._____ (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) beantragte in ihrer Stellungnah- me vom 22. März 2017, die Beschwerde sei nicht gutzuheissen (pag. 61).
5. Am 23. März 2018 (persönlich überbracht am 3. April 2018) reichte der Beschwer- deführer eine weitere Beschwerdeschrift ein mit folgenden Rechtsbegehren (pag. 63 ff.):
 1. Das Konkurserkennnis der Gerichtspräsidentin D._____ des Regionalgerichts Bern- Mittelland vom 7. März 2018 sei aufzuheben.
 2. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
unter Auferlegung der Kosten an den Beschwerdeführer
6. Am 3. April 2018 bezahlte der Beschwerdeführer den oberinstanzlichen Gerichts- kostenvorschuss von CHF 750.00 und hinterlegte zusätzlich einen Betrag von CHF 1'000.00 beim Obergericht des Kantons Bern.

7. Mit Verfügung vom 6. April 2018 wurde das Gesuch um aufschiebende Wirkung der Beschwerde vom 23. März 2018 abgewiesen (pag. 73 f.).
8. Am 10. April 2018 hinterlegte der Beschwerdeführer einen zusätzlichen Betrag von CHF 1'4000.00 beim Obergericht des Kantons Bern.

II.

9. Gegen Endentscheide des Konkursrichters oder der Konkursrichterin steht die Beschwerde offen (Art. 309 lit. b Ziff. 7 i.V.m. Art 319 lit. a der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]).
10. Die 1. Zivilkammer des Obergerichts ist für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde in jeder Hinsicht zuständig (Art. 6 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1]).
11.
 - 11.1 Zur Anwendung gelangt das summarische Verfahren (Art. 251 Bst. a ZPO). Die Beschwerde ist daher innert 10 Tagen seit Zustellung des erstinstanzlichen Entscheids beim Obergericht des Kantons Bern einzureichen (Art. 321 Abs. 2 ZPO). Der Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO gilt in summarischen Verfahren nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO). Vorbehalten bleiben nach Art. 145 Abs. 4 ZPO jedoch die Bestimmungen des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1). Das Verhältnis zwischen Gerichtsferien und Betreibungsferien ist nicht restlos geklärt (vgl. den publizierten Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern ZK 14 387).
 - 11.2 In der Lehre ist der Vorrang der Betreibungsferien im Grundsatz anerkannt. Jedoch wird der Umfang der Verweisung teilweise eingegrenzt auf die rein betreibungsrechtlichen Streitigkeiten (STAEHELIN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2016, N 7 zu Art. 145 ZPO; BENN, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2017, N 9 zu Art. 145 ZPO) oder sogar nur auf solche Verfahren, die in eine Betreibungshandlung münden (FREI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N 19 zu Art. 145 ZPO; BAUER, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Auflage 2010, N 17 zu Art. 63 SchKG). Das Bundesgericht wendet Art. 63 SchKG trotz Kritik in der Lehre (siehe u.a. PENON/WOHLGEMUTH, in: Kostkiewicz/Vock [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Auflage 2017, N 1 und 10 f. zu Art. 63 SchKG; BAUER, a.a.O, N 7 ff. zu Art. 63 SchKG, mit Hinweisen) in konstanter Rechtsprechung nur auf solche Fristen an, die durch eine Betreibungshandlung ausgelöst werden. Liegt keine Betreibungshandlung vor, kommt Art. 56 SchKG nicht zum Tragen, womit Art. 63 SchKG betreffend die Auswirkungen der Betreibungsferien auf den Lauf einer Frist der Boden entzogen ist (BGE 127 III 173 E. 1a S. 175; BGE 117 III 4 E. 3 S. 4; BGer 5A_547/2014 vom 1. September 2014, E. 3.2).

- 11.3 Bei der Konkurseröffnung handelt es sich um eine Betreibungshandlung (BAUER, a.a.O., N 40 zu Art. 56 SchKG), weshalb auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts für den Fristenlauf Art. 63 SchKG zur Anwendung gelangt (vgl. STAHELIN, a.a.O. N 9 zu Art. 145 ZPO, FREI, a.a.O., N 19 zu Art. 145 ZPO). Wurde die Konkurseröffnung vor Beginn der Betreibungsferien vorgenommen und fällt der Ablauf der Rechtsmittelfrist in eine dieser Schonzeiten, so verlängert sich die Frist nach Ablauf der Schonzeit um drei Tage (Art. 63 Satz 2 SchKG).
- 11.4 Der Entscheid vom 7. März 2018 wurde dem Beschwerdeführer am 16. März 2018 zugestellt. Die zehntätige Beschwerdefrist endete somit grundsätzlich am 26. März 2018. Dieser Tag fiel jedoch in die Betreibungsferien während sieben Tagen vor und nach Ostern (Art. 56 Ziff. 2 SchKG). Die Betreibungsferien endeten am Sonntag, 8. April 2018, weshalb sich die Beschwerdefrist bis am Mittwoch, 11. April 2018, verlängerte. Sowohl die als «Einsprache» bezeichnete Eingabe vom 16. April [recte: März] 2018 wie auch die Beschwerde vom 23. März 2018 (persönlich überbracht am 3. April 2018) samt Beschwerdebeilagen erfolgten daher fristgerecht.
12. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde wird eingetreten.
- 13.
- 13.1 Die Parteien können im Beschwerdeverfahren nach Art. 174 Abs. 1 Satz 2 SchKG neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Art. 174 Abs. 2 SchKG erlaubt es dem Schuldner zudem, seine gegen das Konkurserkennntnis erhobene Beschwerde mit bestimmten, erst nach dem angefochtenen Entscheid entstandenen neuen Tatsachen und Beweismitteln zu begründen und damit von der Beschwerdeinstanz die Aufhebung des Konkurses zu verlangen. Das Gesetz zählt die zulässigen echten Noven abschliessend auf, nämlich die alternativen Konkurshinderungsgründe der Tilgung, der Hinterlegung und des Gläubigerverzichts, die alle durch Urkunden zu beweisen sind, ferner die Zahlungsfähigkeit des Schuldners (vgl. GIROUD, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Auflage 2010, N. 20 zu Art. 174 SchKG). Die Konkursaufhebungsgründe müssen sich jedoch innerhalb der Beschwerdefrist verwirklicht haben und geltend gemacht werden (Art. 174 Abs. 2 SchKG; BGE 139 III 491 E. 4 S. 492 ff.).
- 13.2 Die Unterlagen des Beschwerdeführers betreffend seine finanzielle Situation sowie die Tilgung der Schuld wurden innert der – durch die Betreibungsferien verlängerten – Beschwerdefrist eingereicht und können folglich als Noven berücksichtigt werden.

III.

14. 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 zu-

handen des Gläubigers hinterlegt ist (Ziff. 2) oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet (Ziff. 3).

15. Der Beschwerdeführer hat nach der Konkurseröffnung einen Betrag von CHF 2'125.15 an das Betreibungsamt Bern-Mittelland bezahlt (vgl. Beilage zur Eingabe vom 16. März 2018). Gemäss Betreibungsabrechnung vom 16. März 2018 (Beilage 3 zur Beschwerde vom 23. März 2018) ist damit die Schuld einschliesslich Kosten und Zinsen bis am 8. März 2018 getilgt. Weiter hat der Beschwerdeführer den Gegenwert des von der Beschwerdegegnerin erstinstanzlich geleisteten Kostenvorschusses von insgesamt CHF 2'400.00 beim Obergericht des Kantons Bern hinterlegt. Der hinterlegte Betrag dürfte auch genügen, um die zwischen dem 8. März 2018 und dem 16. März 2018 aufgelaufenen Zinsen zu begleichen. Damit liefert der Beschwerdeführer den erforderlichen Urkundenbeweis, dass er inzwischen die Gesamtforderung der Beschwerdegegnerin von CHF 1'806.32 zuzüglich Zinsen und Gebühren sowie die angefallenen Konkurs- und Gerichtskosten getilgt hat. Der Konkursaufhebungsgrund von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG ist erfüllt.

16.

- 16.1 Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG hat der Schuldner zudem (kumulativ) seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

- 16.2 Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache dann, wenn für deren 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; Urteil des Bundesgerichts 5A_810/2015 vom 17. Dezember 2015 E. 3.2.1).

Im Hinblick auf die Aufhebung der Konkurseröffnung bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher sein muss als seine Zahlungsunfähigkeit. An diese Glaubhaftmachung dürfen keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es liegt am Schuldner, Beweismittel vorzulegen, die geeignet sind, seine Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden vorhanden sind (Urteil des Bundesgerichts 5A_810/2015 vom 17. Dezember 2015 E. 3.2.1 m.w.H.). Es genügt, dass sich der Schuldner um die Sanierung seiner ungünstigen finanziellen Situation ernsthaft bemüht und mit den Gläubigern beispielsweise Abzahlungen vereinbart, die er glaubhaft in der Lage ist, vereinbarungsgemäss zu leisten. Bloss 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).

Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkei-

ten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (Urteil des Bundesgerichts 5A_912/2013 vom 18. Februar 2014 E. 3 m.w.H.).

- 16.3 Aus dem Betreibungsregistrauszug und der Schuldnerinformation (Beilage 2 zur Beschwerde vom 23. März 2018) ist ersichtlich, dass gegen den Beschwerdeführer zwischen dem 1. Januar 2013 und dem 8. März 2018 insgesamt 28 Betreibungen im Gesamtbetrag von CHF 175'848.65 angehoben wurden. Davon wurden vor der Konkurseröffnung bereits CHF 61'186.15 bezahlt und diverse Betreibungen zurückgezogen. Noch offen waren im Zeitpunkt der Konkurseröffnung Forderungen von CHF 14'108.10. Der Beschwerdeführer führt aus (pag. 67), sämtliche noch offenen Beträge könnten durch die zu erwartenden privaten Einnahmen nebst den neuen Verbindlichkeiten bezahlt werden. Neue Schulden würden nicht hinzukommen und die Zahlungseingänge würden die Restschulden decken. Es existiere noch eine Betreibung mit Rechtsvorschlag, bezahlt sei hingegen die Mietforderung der Eigentümergemeinschaft E. _____ strasse.
- 16.4 Die Angaben des Beschwerdeführers zu seinen finanziellen Verhältnissen bleiben äusserst vage. Innert der Beschwerdefrist hat er keinerlei Belege eingereicht, um seine Liquidität aufzuzeigen oder die von ihm geltend gemachten privaten Einnahmen bzw. Zahlungseingänge nachzuweisen. Ebenfalls nicht belegt ist die Zahlung an die Eigentümergemeinschaft E. _____ strasse. Ein entsprechender Beleg wird zwar in der Eingabe vom 23. März 2018 als «Beilage 4» aufgelistet, fehlt jedoch in den eingereichten Unterlagen. Es bleibt daher unklar, ob und wie der Beschwerdeführer die noch offenen Forderungen von mehr als CHF 10'000.00 begleichen kann.
17. Damit gelingt es dem Beschwerdeführer nicht, seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind nicht gegeben, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

III.

18. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer als unterliegende Partei kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).
19. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten von CHF 400.00 sind dem Beschwerdeführer bzw. seiner Konkursmasse zur Bezahlung aufzuerlegen und dem von der Beschwerdegegnerin an die Vorinstanz geleisteten Vorschuss zu entnehmen. Der Beschwerdeführer bzw. dessen Konkursmasse hat der Beschwerdegegnerin die vorgeschossenen erstinstanzlichen Gerichtskosten von insgesamt CHF 400.00 zu ersetzen.

Die verbleibende Kostensicherheit von CHF 2'000.00 ist dem Konkursamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland, zu belassen.

20. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 750.00 (Art. 52 Bst. b i.V.m. Art. 61 Abs. 1 der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [GebV SchKG; SR 281.35]), sind dem Beschwerdeführer bzw. seiner Konkursmasse zur Bezahlung aufzuerlegen und mit dem von ihm oberinstanzlich geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.
21. Der beim Obergericht hinterlegte Betrag von CHF 2'400.00 (CHF 3'150.00 abzüglich Kostenvorschuss von CHF 750.00) und der an das Betreibungsamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland, bezahlte Betrag von CHF 2'125.15 gehen zur weiteren Durchführung des Konkurses an das Konkursamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland
22. Der Beschwerdegegnerin ist mangels entsprechenden Antrags oberinstanzlich keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Die Kammer entscheidet:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Der über **A.**_____, vgt., mit Wirkung ab Mittwoch, 7. März 2018, 13:00 Uhr, eröffnete **Konkurs** wird **bestätigt**.
2. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 400.00, werden dem Beschwerdeführer bzw. dessen Konkursmasse zur Bezahlung auferlegt und dem von der Beschwerdegegnerin geleisteten Vorschuss entnommen. Der Beschwerdeführer bzw. dessen Konkursmasse wird verurteilt, der Beschwerdegegnerin die vorgeschossenen Kosten von CHF 400.00 zu ersetzen.

Es wird festgestellt, dass die verbleibende Kostensicherheit von CHF 2'000.00 dem Konkursamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland, überwiesen wurde.

3. Die oberinstanzlichen Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 750.00 werden dem Beschwerdeführer bzw. seiner Konkursmasse auferlegt und mit dem von ihm oberinstanzlich geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der beim Obergericht hinterlegte Betrag von 2'400.00 ist dem Konkursamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland zu überweisen
5. Ebenfalls ist der beim Betreibungsamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland, einbezahlte Betrag von CHF 2'125.15 dem Konkursamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland, zu überweisen.
6. Es wird keine Parteienschädigung zugesprochen.
7. Zu eröffnen:
 - dem Beschwerdeführer
 - der Beschwerdegegnerin
 - dem Handelsregisteramt des Kantons Bern
 - dem Betreibungsamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland
 - dem Konkursamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland
 - dem Grundbuchamt Bern-Mittelland

Mitzuteilen:

- der Vorinstanz

Bern, 16. April 2018
(ausgefertigt am: 19. April 2018)

Im Namen der 1. Zivilkammer
Der Referent:

Oberrichter Studiger

Die Gerichtsschreiberin:

Kislig

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.