

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 24 446

Bern, 9. Januar 2025

Besetzung

Oberrichter Bettler (Referent), Oberrichter Zuber und
Oberrichterin Sanwald
Gerichtsschreiber Balmer

Verfahrensbeteiligte

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Gesuchsgegner/Beschwerdeführer

gegen

C. _____ **AG**
Gesuchstellerin/Beschwerdegegnerin



Gegenstand

Konkurseröffnung

Beschwerde gegen den Entscheid des Regionalgerichts Emmen-
tal-Oberaargau vom 23. Oktober 2024 (CIV 24 1911)

Regeste:

Art. 174 Abs. 1 i.V.m. Art. 167 SchKG; Rückzug des Konkursbegehrens als unechtes Novum im Beschwerdeverfahren.

Wie der Klagerückzug ist der Rückzug des Konkursbegehrens eine empfangsbedürftige Prozesserklärung. Nur wenn diese beim Konkursgericht eintrifft, ist sie wirksam (E. 5.2).

Art. 174 Abs. 1 i.V.m. Art. 172 Ziff. 3 SchKG; Tilgung der Schuld als unechtes Novum im Beschwerdeverfahren.

Macht der Schuldner geltend, die Schuld vor Konkurseröffnung getilgt zu haben, muss er auch sämtliche Kosten, von denen er im Zeitpunkt der Tilgung Kenntnis hatte oder hätte haben können, tilgen. Dazu gehören insbesondere die Kosten des Konkursgerichts, sofern sie aus der Notifikation oder der Betreibungsabrechnung ersichtlich sind (E. 6.2).

Erwägungen:

I.

1.

- 1.1 A. _____ (nachfolgend Beschwerdeführer) ist Inhaber des Einzelunternehmens A. _____ Bedachungen. Die C. _____ AG (nachfolgend Beschwerdegegnerin) betreibt den Beschwerdeführer auf Konkurs (Betreibung Nr. _____ des Betreibungsamtes Emmental-Oberaargau, Dienststelle Oberaargau). Am 10. Juli 2024 wurde dem Beschwerdeführer die Konkursandrohung zugestellt. Sodann reichte die Beschwerdegegnerin am 16. Juli 2024 das Konkursbegehren beim Regionalgericht Emmental-Oberaargau für CHF 6'651.50 zuzüglich Zinsen und Kosten ein (pag. 1 ff.).
- 1.2 An der regionalgerichtlichen Konkursverhandlung vom 23. Oktober 2024 nahm keine der Parteien teil (pag. 12 ff.).
- 1.3 Das Regionalgericht eröffnete mit Entscheid vom 23. Oktober 2024 über den Beschwerdeführer den Konkurs. Die Gerichtskosten von CHF 400.00 auferlegte es dem Beschwerdeführer und überwies die verbleibende Kostensicherheit von CHF 2'000.00 an das Konkursamt Emmental-Oberaargau, Dienststelle Emmental-Oberaargau (pag. 12 ff.).

2.

- 2.1 Gegen diesen Entscheid hat der Beschwerdeführer am 1. November 2024 Beschwerde beim Obergericht des Kantons Bern erhoben. Er beantragt, der ausgesprochene Konkurs sei aufzuheben und der Beschwerde (sinngemäss superprovisorisch) die aufschiebende Wirkung zu erteilen (pag. 24). Gleichentags hat der Beschwerdeführer CHF 3'150.00 beim Obergericht hinterlegt. Davon sind CHF 750.00 als Gerichtskostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren bestimmt.
- 2.2 Mit Verfügung vom 4. November 2024 wies das Obergericht das (sinngemäss superprovisorische) Gesuch des Beschwerdeführers um aufschiebende Wirkung ab (pag. 26 ff.).

- 2.3 Am 7. November 2024 reichte der Beschwerdeführer, nunmehr anwaltlich vertreten, eine Beschwerdeergänzung ein (pag. 34 ff.).
- 2.4 Mit Verfügung vom 8. November 2024 wies das Obergericht das erneut (sinn- gemäss superprovisorisch) gestellte Gesuch des Beschwerdeführers um aufschie- bende Wirkung ab (pag. 39 f.).
- 2.5 Die Beschwerdegegnerin hat keine Beschwerdeantwort eingereicht.

II.

3.

- 3.1 Gegen Entscheide des Konkursgerichts steht einzig die Beschwerde offen (Art. 174 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG; SR 281.1] sowie Art. 309 Bst. b Ziff. 7 i.V.m. Art. 319 Bst. a der Schweizerischen Zivil- prozessordnung [ZPO; SR 272]).
- 3.2 Die Zivilkammern des Obergerichts des Kantons Bern sind für die Beurteilung der mit Beschwerde weitergezogenen Streitigkeit zuständig (Art. 4 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 6 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozess- ordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1] und Art. 28 Abs. 1 Bst. a des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]). Die Entscheidfindung erfolgt in Dreierbesetzung (Art. 3 ZPO i.V.m. Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).
- 3.3 Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.
- 3.4 Mit dem vorliegenden Entscheid in der Sache wird das (erst superprovisorisch ent- schiedene) Gesuch des Beschwerdeführers um aufschiebende Wirkung gegen- standslos (zur analogen Praxis des Bundesgerichts vgl. etwa Urteile des BGer 5A_742/2018 vom 17. Januar 2019 E. 3; 5A_592/2017 vom 24. August 2017 E. 4).

III.

- 4. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe das Kon- kursbegehren **zurückgezogen** (vgl. E. 5 unten). Dieser Rückzug sei Folge davon, dass er die in Betreibung gesetzte Forderung **getilgt** habe (vgl. E. 6 unten). Neben Rückzug und Tilgung – die beide vor Konkursöffnung erfolgt seien – habe er obe- rinstanzlich die Schuld **hinterlegt** (vgl. E. 7 unten). In einem ersten Schritt ist somit zu prüfen, ob das Regionalgericht den Konkurs – trotz Rückzug und Tilgung (Kon- kurshinderungsgründe) – fälschlicherweise eröffnet hat (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Falls nicht, wird in einem zweiten Schritt zu untersuchen sein, ob der Konkurs – in- folge Hinterlegung (Konkursaufhebungsgrund) – nachträglich aufzuheben ist (Art. 174 Abs. 2 SchKG).

5.

5.1 Der Beschwerdeführer bringt vor, dass die Beschwerdegegnerin am 14. Oktober 2024 das Konkursbegehren mittels Einschreiben zurückgezogen habe. Infolge eines Fehlers unbekannter Art sei dieser **Rückzug** nicht beim Regionalgericht eingegangen. Die Sendung sei aber richtig adressiert gewesen und fristgerecht erfolgt. Entsprechend sei ihm nicht anzulasten, dass der Rückzug des Konkursbegehrens beim Regionalgericht nicht eingetroffen sei. Über ihn sei der Konkurs fälschlicherweise und gegen den Willen aller Parteien eröffnet worden (pag. 24, 34 ff.).

5.2 Der Entscheid des Konkursgerichts kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Die Parteien können dabei neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Eine solche neue Tatsache kann darin liegen, dass der Gläubiger das Konkursbegehren vor Konkurseröffnung zurückgezogen hat (Art. 167 SchKG). Wie beim Klagerückzug handelt es sich beim Rückzug des Konkursbegehrens um eine empfangsbedürftige Prozessklärung. Diese zielt darauf ab, durch einseitige Parteierklärung und ohne Prüfung der Konkursvoraussetzungen das Verfahren vor dem Konkursgericht zu beenden. Als empfangsbedürftige Prozessklärung entfaltet der Rückzug des Konkursbegehrens seine Wirkungen nicht schon dann, wenn er zu Papier gebracht wird, sondern erst im Moment, in dem er beim Konkursgericht eintrifft (gleich für den Klagerückzug Urteil des KGer/GR ZK2 22 57 vom 6. Juni 2023 E. 2.6; Urteil des KassGer/ZH vom 29. September 2008 E. 4.3.c, in: ZR 2009 S. 16 f.; so auch für den Rückzug des Betreibungsbegehrens BGE 83 III 7). In Anlehnung an die obligationenrechtliche Regel gilt der Rückzug als eingetroffen, wenn er in den Machtbereich des Konkursgerichts gelangt, das heisst, wenn die Kenntnisnahme nur noch vom Willen des Konkursgerichts abhängt. Die Gefahr, dass der Rückzug nicht beim Konkursgericht eintrifft, trägt der Gläubiger (VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, I/1, 3. Aufl. 1974, N. II 2 zu § 22).

5.3 Gemäss Sendungsverfolgung der Schweizerischen Post hat die Beschwerdegegnerin ihren Rückzug des Konkursbegehrens am 14. Oktober 2024 der Post übergeben. Dieser Rückzug ist aus unbekannten Gründen nicht beim Regionalgericht eingetroffen, sondern die Schweizerische Post hat das Einschreiben bereits am 15. Oktober 2024 wieder an die Beschwerdegegnerin rückgesendet, wo es am 17. Oktober 2024 eingetroffen ist (pag. 21). Das Regionalgericht hat somit keine Kenntnis vom Rückzug erhalten (können). Folglich ist ein wirksamer Rückzug des Konkursbegehrens zu verneinen, zumal die Beschwerdegegnerin – beziehungsweise hier indirekt der Beschwerdeführer – die Gefahr des Nichteintreffens des Rückzugs trägt. Weil im Zeitpunkt der Konkurseröffnung kein wirksamer Rückzug des Konkursbegehrens vorgelegen hat, ist die diesbezügliche Kritik des Beschwerdeführers unbegründet.

6.

6.1 Der Beschwerdeführer führt weiter aus, die in Betreuung gesetzte Forderung vor Konkurseröffnung **getilgt**, das heisst der Beschwerdegegnerin CHF 7'108.11 bezahlt zu haben (pag. 24, 34 ff.).

- 6.2 Als neue Tatsache, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten ist (Art. 174 Abs. 1 ZPO), kann der Schuldner auch die Tilgung einwenden. Denn das Konkursgericht weist das Konkursbegehren ab, wenn der Schuldner durch Urkunden beweist, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, getilgt ist (Art. 172 Ziff. 3 SchKG). Zu den zu tilgenden Kosten gehören nicht nur die Betreuungskosten der Vollstreckungsorgane, sondern auch die Prozesskosten der durchgeführten Summarverfahren. Letztere umfassen namentlich die Kosten des Konkursgerichts selbst. Nach der Praxis des Obergerichts des Kantons Zürich darf der Schuldner die Kosten des Konkursgerichts aber erst im Beschwerdeverfahren tilgen, ohne dabei den Herrschaftsbereich von Art. 174 Abs. 1 SchKG zu verlassen, sprich ohne seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen zu müssen (Urteil des OGer/ZH PS190016 vom 7. Februar 2019 E. 2 mit Hinweis auf ein früheres Urteil des OGer/ZH vom 6. Juli 2011, in: ZR 2011 S. 245 f.). Demgegenüber ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung Tilgung im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG nur dann anzunehmen, wenn der Schuldner die Kosten des Konkursgerichts – samt einer allfälligen Parteientschädigung an den Gläubiger – vor Konkurseröffnung bezahlt (BGE 133 III 687 E. 2).

Richtig scheint jedenfalls, dass der Schuldner den Konkurs nur abwenden (und gegebenenfalls Beschwerde gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG führen) kann, wenn er sämtliche Kosten tilgt, von denen er im Zeitpunkt der Tilgung Kenntnis hatte oder hätte haben können. Dazu zählen insbesondere die (reduzierten) Gerichtskosten des Konkursverfahrens von CHF 200.00, sofern sie entweder aus der Notifikation des Konkursgerichts oder aus der Abrechnung des Betreibungsamts ersichtlich sind. Ob auch die Kostensicherheit für das Konkursamt von CHF 2'200.00 unter den Begriff der Kosten nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG fällt, kann offenbleiben, hat doch das Konkursamt vor Konkurseröffnung regelmässig keinen Aufwand gehabt (anders aber, sobald der Konkurs fälschlicherweise eröffnet wurde). Ebenfalls nicht zu vertiefen ist die Frage, ob der Schuldner tatsächlich eine noch nicht festgelegte Parteientschädigung antizipieren und vorab tilgen muss (oder in diesem Fall die zitierte Praxis des Obergerichts des Kantons Zürich oder eine andere Lösung gelten würde).

- 6.3 Der Beschwerdeführer hat der Beschwerdegegnerin am 14. Oktober 2024 CHF 7'108.11 bezahlt (nicht nummerierte Beschwerdebeilage [BB]). Die zu tilgende Schuld, inklusive Kosten, betrug gemäss Konkursandrohung vom 28. Februar 2024 CHF 6'905.81 (pag. 5). Dazu sind bis am 14. Oktober 2024 – Zeitpunkt der Tilgung – Zinsen von CHF 208.15 gekommen. Weiter hat das Regionalgericht den Beschwerdeführer in der Notifikation vom 2. August 2024 darauf aufmerksam gemacht, dass im Falle der Tilgung reduzierte Gerichtskosten von CHF 200.00 anfallen (pag. 7 f.).

Folglich belief sich die zu tilgende Schuld – Zinsen und Kosten inbegriffen – am 14. Oktober 2024 auf CHF 7'313.96. Obwohl der Beschwerdeführer von diesem Betrag Kenntnis hatte oder hätte haben können, bezahlte er nur CHF 7'108.11, also CHF 205.85 zu wenig. Eine Tilgung im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG ist somit nicht gegeben. Daraus folgt, dass das Regionalgericht das Konkursbegehren auch dann nicht hätte abweisen können, wenn es von der Bezahlung des Be-

schwerdeführers gewusst hätte. Denn die in Betreuung gesetzte Forderung wurde am 14. Oktober 2024 nicht restlos getilgt. Im Ergebnis war weder der Konkurshinderungsgrund des Rückzugs noch jener der Tilgung erfüllt, womit das Regionalgericht den Konkurs über den Beschwerdeführer zu Recht eröffnet hat.

7.

7.1 Für den Fall, dass keine Konkurshinderungsgründe verfangen, bringt der Beschwerdeführer eventualiter vor, die Schuld oberinstanzlich hinterlegt zu haben (pag. 36). Zudem hat das Obergericht mit der Beschwerde auch Kenntnis vom Rückzug des Konkursbegehrens erhalten. Somit wären die Konkursaufhebungsgründe der **Hinterlegung** und des Verzichts auf die Durchführung des Konkurses zu prüfen (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 SchKG).

7.2 Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann das Obergericht die Konkurseröffnung aber nur aufheben, wenn der Schuldner durch Urkunden einen Konkursaufhebungsgrund beweist und zusätzlich seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Zahlungsfähigkeit während der zehntägigen Beschwerdefrist glaubhaft zu machen (BGE 139 III 491 E. 4). Die frühere bernische Praxis, die dem Schuldner erlaubte, nachträglich Belege zu seiner Zahlungsfähigkeit einzureichen, ist überholt (Beschluss der Zivilabteilungskonferenz des OGer/BE vom 23. September 2022, in: BISchK 2023 S. 62).

7.3 Der Beschwerdeführer äussert sich in seiner Beschwerde nicht zur Zahlungsfähigkeit (pag. 24). Darauf vom Obergericht hingewiesen (pag. 27), stellt er in seiner Beschwerdeergänzung in Aussicht, entsprechende Beweismittel organisieren und nachreichen zu wollen (pag. 36). In der Folge sind keine Beweismittel eingegangen. Sie hätten am Ausgang des Verfahrens aber ohnehin nichts geändert. Denn die Zahlungsfähigkeit ist innerhalb der Beschwerdefrist glaubhaft zu machen. Das misslingt dem Beschwerdeführer, zumal er seine Zahlungsfähigkeit nicht einmal behauptet, geschweige denn belegt. Ausserdem hat der Beschwerdeführer gemäss Schuldner-Information des Betreibungsamtes Emmental-Oberaargau, Dienststelle Oberaargau, vom 4. November 2024 Restschulden von CHF 424'142.06 (pag. 25.11). Damit ergibt sich seine Zahlungsfähigkeit auch nicht ohne Weiteres aus den Akten.

8. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Einerseits liegen keine Konkurshinderungsgründe vor, welche die Eröffnung des Konkurses als fehlerhaft erscheinen lassen (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Andererseits macht der Beschwerdeführer seine Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft, so dass der Konkurs auch nicht nachträglich aufzuheben ist (Art. 174 Abs. 2 SchKG).

IV.

9.

9.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer als unterliegende Partei kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

- 9.2 Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 750.00 (Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 Bst. b der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [GebV SchKG; SR 281.35]), werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm oberinstanzlich in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO).
- 9.3 Die Beschwerdegegnerin hat keine Beschwerdeantwort eingereicht, weshalb ihr von vornherein keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.
- 9.4 Der beim Obergericht vom Beschwerdeführer hinterlegte Betrag von CHF 2'400.00 geht zur weiteren Verwendung an das Konkursamt Emmental-Oberaargau, Dienststelle Emmental-Oberaargau.

Die Kammer entscheidet:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 750.00, werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm oberinstanzlich in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Für das Beschwerdeverfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Der vom Beschwerdeführer beim Obergericht hinterlegte Betrag von CHF 2'400.00 geht zur weiteren Verwendung an das Konkursamt Emmental-Oberaargau, Dienststelle Emmental-Oberaargau.
5. Zu eröffnen:
 - dem Beschwerdeführer
 - der Beschwerdegegnerin
 - dem Handelsregisteramt des Kantons Bern
 - dem Betreibungsamt Emmental-Oberaargau, Dienststelle Oberaargau
 - dem Konkursamt Emmental-Oberaargau, Dienststelle Emmental-Oberaargau
 - dem Grundbuchamt Emmental-Oberaargau

Mitzuteilen:

- dem Regionalgericht Emmental-Oberaargau, Gerichtspräsident D. _____

Bern, 9. Januar 2025

Im Namen der 1. Zivilkammer

Der Referent:

Oberrichter Bettler

Der Gerichtsschreiber:

Balmer

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; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.

Hinweis:

Dieser Entscheid ist in Rechtskraft erwachsen.