

dagegen vorbringt, er sei mit dem betreffenden Gläubiger in Verhandlung und sei daran, eine Schuldensanierung durchzuführen, ändert das nichts daran, dass die beiden Fortsetzungsbegehren pendent sind, wie das Betreibungsamt festhält. Es ist Sache des Beschwerdeführers, die Gläubiger zu veranlassen, ihre Begehren zurückzuziehen, wenn sie mit einer Stundung bzw. Ratenzahlung einverstanden sind. Soweit der Beschwerdeführer eine Schuldensanierung durchführen und verhindern will, dass während der dafür notwendigen Verhandlungsdauer pendente Betreibungen fortgesetzt oder neue Betreibungen eingeleitet werden können, steht ihm hierfür das Institut der einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung im Sinne von Art. 333 ff. SchKG zur Verfügung. Hiezu hat er aber den Nachlassrichter anzurufen und eine Stundung zu erwirken. Das hat er unbestrittenemassen nicht getan, weshalb das Betreibungsamt verpflichtet ist, den berechtigten Begehren der Gläubiger Folge zu geben. Es ist deshalb auch unerheblich, ob der Beschwerdeführer – wie er ausführt – das Betreibungsamt jeweils über den Stand der Schuldensanierung informiert hat. Das Betreibungsamt ist nicht berechtigt, die Anstrengungen des Beschwerdeführers zur Schuldentilgung in der Weise zu berücksichtigen, dass es auf die von den Gläubigern angebehrten Betreibungshandlungen verzichtet. Das Betreibungsamt ist wie gesagt im Gegenteil verpflichtet, den gesetzmässigen Begehren der Gläubiger stattzugeben.

Justizkommission als AB SchKG, 16. Juni 2004

*Art. 192 SchKG, Art. 725a OR. – Fehlt es an der gesetzlich vorgesehenen Prüfung der Zwischenbilanz zu Veräusserungs- und Fortführungswerten, kann die Konkurseröffnung wegen Überschuldung trotzdem erfolgen, wenn sich die Überschuldung aus den übrigen Akten klar ergibt. Ein Konkursaufschub ist jedoch schon aus diesem Grunde ausgeschlossen (Erw. 3).*

*Aus den Erwägungen:*

1. Wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, muss eine Zwischenbilanz erstellt und diese der Revisionsstelle zur Prüfung vorgelegt werden. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat grundsätzlich den Richter zu benachrichtigen (Art. 725 Abs. 2 OR). Der Richter hat gemäss Art. 725a Abs. 1 OR auf diese Benachrichtigung hin den Konkurs zu eröffnen; auf Antrag des Verwaltungsrates oder eines Gläubigers kann er ihn aber aufschieben,

falls Aussicht auf Sanierung besteht, wobei er in diesem Falle Massnahmen zur Erhaltung des Vermögens trifft. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung kann der Richter einen Sachwalter bestellen und entweder dem Verwaltungsrat die Verfügungsbefugnis entziehen oder dessen Beschlüsse von der Zustimmung des Sachwalters abhängig machen; er hat die Aufgaben des Sachwalters zu umschreiben.

Der Konkursaufschub ist die vom Gesetz vorgesehene Möglichkeit, den Entscheid über die Konkurseröffnung unter bestimmten Voraussetzungen einstweilen auszusetzen (Roger Giroud, Die Konkurseröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, 2. A., Zürich 1986, S. 105). Es sollen, soweit das ohne Schädigung berechtigter Interessen der Gläubiger geschehen kann, die Nachteile vermieden werden, die mit der plötzlichen Konkurseröffnung verbunden sind (ZR 10 [1911] Nr. 91). Es geht beim Konkursaufschub darum, einer überschuldeten Gesellschaft, bei der die Aussicht besteht, dass sie das finanzielle Gleichgewicht innert nützlicher Frist wiederherzustellen vermag, zu ermöglichen, sich vor der Konkurseröffnung zu retten und die Existenz zu bewahren. Gelingt das, kommt der Erfolg in der Praxis meistens allen Betroffenen, so auch den Gläubigern, zugute (Roger Giroud, a.a.O., S. 106). Das Konkursaufschubverfahren bezweckt, Zeit für eine allfällige Sanierung der überschuldeten Gesellschaft zu gewinnen. Trotz des Vorliegens eines Konkursgrundes wird im Interesse der Gläubiger und der Gesellschaft selbst von der sofortigen Konkurseröffnung abgesehen (BGE 101 III 106). Die Gläubiger dürfen sich indes nicht in einer schlechteren Lage durch den Konkursaufschub befinden, als wenn der Konkurs sofort eröffnet würde (BGE 120 II 427). Der Konkursaufschub bezweckt m.a.W., im Interesse der Gläubiger und der Gesellschaft die Rahmenbedingungen zu schaffen, damit eine realistische Chance auf Sanierung ausgelotet und wahrgenommen werden kann. Dabei müssen die Gläubiger aber nicht besser gestellt sein als bei sofortiger Konkurseröffnung; es genügt, wenn sie nicht schlechter gestellt sind (Alexander Dubach, Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR: Zweck, Voraussetzungen und Inhalt, in: SJZ 94 [1998], S. 151).

2. a) Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz die Sanierungsaussichten der Beschwerdeführerin aufgrund der damaligen Aktenlage verneint und überdies auch die Gläubigerinteressen im Fall eines Aufschubes als nicht genügend gewährleistet erachtet. Sie hat deshalb das Begehren um Konkursaufschub abgewiesen. Nachdem sie auf der anderen Seite die Überschuldung und damit einen materiellen Konkursgrund (Art. 192 SchKG i.V.m. Art. 725a Abs. 1 OR) bejahte und auch keine Anhaltspunkte für das Zustandekommen eines Nachlassvertrages ausmachen konnte (Art. 173a SchKG), eröffnete sie über die Beschwerdeführerin ohne weiteres den Konkurs.

b) Gegen das Konkurserkenntnis ist gemäss Art. 174 SchKG, der gemäss Art. 194 Abs. 1 SchKG auch auf die ohne vorgängige Betreuung erfolgten

Konkurseröffnungen anwendbar ist, der Weiterzug innert 10 Tagen an das obere Gericht möglich. Das zugerische Recht sieht hierfür gemäss § 208 Ziff. 1 ZPO die Beschwerde an die Justizkommission des Obergerichts vor. Nach Art. 174 SchKG sind dabei unechte Noven unbeschränkt zulässig (Abs. 1); echte Noven, also Tatsachen, die sich erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben, können hingegen nur beschränkt berücksichtigt werden. Sie sind in Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1–3 SchKG abschliessend aufgezählt. Sodann können sie nur unter der Voraussetzung in die Beurteilung einbezogen werden, wenn der Schuldner gleichzeitig seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. Die in der genannten Bestimmung des SchKG aufgezählten echten Noven sind nun allerdings offensichtlich nicht auf den Konkurs ohne vorgängige Betreibung, insbesondere nicht auf den im Sinne von Art. 192 SchKG ausgesprochenen zugeschnitten, sondern in erster Linie auf die Konkurseröffnung in der ordentlichen Konkursbetreibung. Nach dem Wortlaut können somit bei einer Konkurseröffnung wegen Überschuldung im Sinne von Art. 192 SchKG nur unechte Noven berücksichtigt werden. Das ist denn auch – soweit ersichtlich – herrschende Lehrmeinung (Hans Ulrich Hardmeier, Zürcher Kommentar, Zürich 1997, N 1311 zu Art. 725a OR; Alexander Brunner, Basler Kommentar zum SchKG II, Basel/Genf/München 1998, N 8 zu Art. 194; Beat Schönenberger, Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR, in: BLSchK 2002, S. 185). Auch ein neuester bundesgerichtlicher Entscheid geht offenbar vom Ausschluss echter Noven aus (BGE 5P.263/2003/frs). Die Justizkommission hat demgegenüber in einem Entscheid vom 1. Mai 2001 (JZ 2001/55.112) noch den gegenteiligen Standpunkt vertreten und – indem sie im Gesetzesverweis (Art. 194 Abs. 1 SchKG) eine sinngemässe Anwendbarkeit der Novenregelung von Art. 174 Abs. 2 SchKG erblickte – sämtliche echten Noven bezüglich Sanierungsfähigkeit und Sanierungsaussichten sowie Wahrung der Gläubigerinteressen im Rechtsmittelverfahren als zulässig erachtet. Ob an dieser Auffassung heute noch festgehalten werden kann, mag vorliegend dahin gestellt bleiben. Die Frage ist für den Ausgang des Verfahrens, wie nachfolgend zu zeigen ist, ohne Einfluss.

c) Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung der Konkurseröffnung und die Bewilligung eines Konkursaufschubs im Sinne von Art. 725a Abs. 1 OR. Es ist deshalb zunächst zu prüfen, ob die Voraussetzungen für einen Konkursaufschub erfüllt sind, was – bejahendenfalls – ohne weiteres auch zur Aufhebung der Konkurseröffnung führen würde.

3. a) Sowohl der Konkursaufschub als auch die Konkurseröffnung wegen Überschuldung setzen zunächst eine formell richtige Überschuldungsanzeige voraus. Das bedeutet u.a., dass dem Konkursrichter eine revidierte Zwischenbilanz zu Veräusserungs- und Fortführungswerten vorgelegt wird. Im vorliegenden Fall hat der Konkursrichter indes auf dieses Requisit verzichtet und den Konkurs ausgesprochen, obwohl die eingereichte Zwischenbilanz von der Revisionsstelle nicht geprüft wurde und damit auch kein Bericht der Revisionsstelle vorlag, der die Überschuldung zu Veräusserungs- und zu

Fortführungswerten bestätigt. Grundsätzlich ist indes am Erfordernis der Prüfung der Zwischenbilanz durch die Revisionsstelle selbst dann festzuhalten, wenn die Gesellschaft wirtschaftlich nicht mehr in der Lage ist, eine Prüfung in Auftrag zu geben, oder sie über keine Revisionsstelle mehr verfügt. Auf der anderen Seite kann dadurch der vom Gesetz beabsichtigte Gläubigerschutz vereitelt werden. Von der Praxis und von verschiedenen Autoren wird deshalb befürwortet, dass jedenfalls die Konkurseröffnung wegen Überschuldung trotzdem erfolgen kann und soll, wenn die Überschuldung sich aus den übrigen Akten klar ergibt (Alexander Brunner, Basler Kommentar SchKG II, N 8 zu Art. 192 mit Hinweisen; Beat Schönenberger, Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR, in: BISchK 2002, S. 165). Die Justizkommission schliesst sich dieser Auffassung an. Eine andere Frage ist aber, ob bei Fehlen der gesetzlich vorgeschriebenen Prüfung der Zwischenbilanz durch die Revisionsstelle auf einen Antrag der Gesellschaft auf Konkursaufschub eingetreten werden kann. Selbst wenn der Richter zur Beurteilung der finanziellen Lage einer Gesellschaft Elemente beachten muss, die sich nur aus der Bilanz ergeben können, so z.B. der Stand der Buchhaltung, kommt dem Bericht der Revisionsstelle eine entscheidende Bedeutung zu. Der Richter hat die Chancen einer erfolgreichen und dauerhaften Sanierung abzuschätzen. Insbesondere dürfen sich die Gläubiger nicht in einer schlechteren Lage befinden als im Falle einer sofortigen Konkurseröffnung. Wenn der Aufschub bewilligt wird, bewirkt dies den Rechtsstillstand für die Betreibungen. Angesichts der Tragweite eines solchen Entscheids kann der Richter nicht auf die Vorlegung der vom Gesetz vorgesehenen und in geeigneter Weise kontrollierten Unterlagen verzichten. Schiebt der Richter den Konkursentscheid auf, ist er verpflichtet, die geeigneten Massnahmen zur Erhaltung des Gesellschaftsvermögens und zur gerechten Befriedigung der Gläubiger anzuordnen. Bei Fehlen verlässlicher Unterlagen kann der Richter aber auch nicht entscheiden, welche Massnahmen zu treffen sind, so dass ein Aufschieben des Konkursentscheides unhaltbar wäre (BGE 120 II 425 = Praxis 84 Nr. 135).

b) Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin ihren Verzicht auf die Einreichung des notwendigen Berichts der Revisionsstelle zunächst mit der zeitlichen Dringlichkeit begründet. Der Konkursrichter hat sie daraufhin mit Verfügung vom 18. Februar 2004 aufgefordert, eine – revidierte – Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Veräusserungswerten nachzureichen. Die Beschwerdeführerin verwies diesbezüglich in der Folge auf ein Schreiben der X. vom 27. Februar 2004. Daraus geht hervor, dass die gesetzliche Revisionsstelle nur gegen Leistung eines Vorschusses von CHF 10'000.– zur Prüfung der Zwischenbilanz bzw. der Jahresrechnung 2003 zur Fortführungs- und Veräusserungswerten bereit ist, da sie noch Honorarausstände aus dem Vorjahr habe. Sodann hielt sie die vom Konkursrichter eingeräumte Frist für zu kurz bemessen und erklärte, dass ihr eine Berichterstattung bis zum 12. März 2004 möglich wäre. Abschliessend fügte sie folgende Bemerkung

an: «Um Ihnen bzw. dem Konkursrichter dennoch einen Anhaltspunkt zu geben (im Sinne einer punktuellen und von der Buchhaltung losgelösten Bemerkung, welche jedoch nicht als Prüfungshandlung bzw. -urteil bezeichnet werden kann), können wir ausgehend von der Prüfung der Vorjahresrechnung feststellen, dass die in den Unterlagen ausgewiesenen Um- und Ausbaurbeiten in den Mietlokalitäten in der Höhe von rund CHF 2 Mio. per 31.12.2003 als Fortführungswert (unter Berücksichtigung einer gesicherten Fortführung und des langfristigen Mietvertrags) als plausibel erscheinen.» Auch in ihrer Beschwerde hat die Beschwerdeführerin darauf verzichtet, den erforderlichen Revisionsbericht nachzureichen bzw. die Revisionsstelle mit der Prüfung der Bilanz bzw. des Status zu betrauen, obschon dafür genügend Zeit zur Verfügung gestanden hätte. Sie hält dazu lapidar fest, aus der detaillierten Bilanz und Erfolgsrechnung seien bereits alle relevanten Zahlen und die daraus zu schliessenden Erkenntnisse sichtbar. Aufgrund der engen finanziellen Liquiditätssituation der Gesellschaft – so die Beschwerdeführerin weiter – hätte ein revidierter Jahresabschluss keine neuen Erkenntnisse gebracht, die die Situation der Unternehmung grundsätzlich anders dargestellt hätten, ausser die schon selbst gewonnenen Erkenntnisse zu bestätigen. Wenn die Beschwerdeführerin sodann offeriert, der Revisionsstelle umgehend den Auftrag zur Revision des Jahresabschlusses zu erteilen, sofern die Justizkommission den Konkursaufschub gewähre, welche eine Sanierung ermöglichen würde, verkennt sie Sinn und Zweck des gesetzlich vorgeschriebenen Berichts der Revisionsstelle. Es kann aber auch nicht Aufgabe der Oberinstanz sein, die rechtskundig vertretene Beschwerdeführerin erneut aufzufordern, einen entsprechenden Revisionsbericht nachzureichen, nachdem sie hiezuv bereits ausdrücklich durch die erste Instanz aufgefordert worden war. Fehlt es aber an der gesetzlich vorgesehenen Prüfung der Zwischenbilanz zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten, ist ein Konkursaufschub schon aus diesem Grunde ausgeschlossen. Die Prüfung der Zwischenbilanz durch die Revisionsstelle hat nicht nur den Zweck, dem Konkursaufschubsrichter von unabhängiger Seite die Überschuldung und namentlich deren Umfang zu bestätigen, sondern dient ihm insbesondere auch zur Beurteilung der Sanierungsaussichten.

Justizkommission, 7. April 2004