

fahren unbestritten, nachdem der Beschwerdegegner der Rechtsöffnungsverhandlung unentschuldigt fernblieb; auch im obergerichtlichen Verfahren hat er sich nicht vernehmen lassen. Aufgrund dieser Sachlage muss aber von einer antizipierten Annahmeverweigerung gesprochen werden. Hat die Beschwerdeführerin mithin ihre Leistung im Sinne von Art. 82 OR angeboten, kann sie den vereinbarten Kaufpreis fordern, ohne dass der Beschwerdegegner dem die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegenhalten könnte.

In BGE 79 II 280, auf den sich der Rechtsöffnungsrichter beruft, hat das Bundesgericht zwar tatsächlich noch entschieden, dass die Weigerung des Schuldners, die gehörig angebotene Leistung anzunehmen, ihn nicht der Einrede aus Art. 82 OR beraube, so dass er deswegen nur zur Leistung Zug um Zug verpflichtet werden könne. Davon ist das Bundesgericht indes in seinem neueren Entscheid BGE 111 II 463 abgerückt. Es hat erkannt, dass der Schuldner mit seiner Einrede nicht durchdringt, wenn der Gläubiger bereits erfüllt oder auch nur Erfüllung angeboten habe. Ist dem aber so, ist nicht einzusehen, weshalb, wie dies BGE 79 II 283 noch verlangt hat, der Verkäufer, falls er zur Zwangsvollstreckung schreiten will, sich vorher nach den einschlägigen Vorschriften von Art. 91/92 OR durch Hinterlegung der Sache von der eigenen vertraglichen Verbindlichkeit zu befreien hat.

(Justizkommission, 11. September 1998, i.S. Z. AG / B.)

*Art. 173a SchKG; Art. 174 SchKG. – Aussetzen des Konkursentscheides, wenn Anhaltspunkte für das Zustandekommen eines Nachlassvertrages bestehen. Der Richter hat nicht in jedem Fall von sich aus nach Möglichkeiten einer Sanierung zu forschen, bevor er den Konkurs aussprechen darf. Solche Anhaltspunkte müssen sich entweder direkt aus den ihm vorliegenden Akten ergeben, oder sie müssen ihm durch den Schuldner, durch Gläubiger oder Drittpersonen zur Kenntnis gelangen.*

*Aus den Erwägungen:*

3. Gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG kann der Entscheid des Konkursgerichtes innert zehn Tagen nach seiner Eröffnung an das obere Gericht weitergezogen werden. Die Parteien können dabei neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Im übrigen kann die Konkurseröffnung gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG nur aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld, einschliesslich Zinsen und Kosten, getilgt ist oder der geschuldete Betrag bei der Rechtsmittelinstanz hinterlegt ist oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet. Diese sogenannten echten Noven sind im Gesetz abschliessend aufgezählt (vgl. Botschaft, Sepa-

ratdruck, S. 112; Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. A., Bern 1997, § 36 N 58).

a) Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, es liege ein solches zulässiges, echtes Novum vor. Auch nachdem sie vom Vorsitzenden der Justizkommission mit Schreiben vom 12. Mai 1998 ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, reichte sie innerhalb der noch offenen Rechtsmittelfrist keinen entsprechenden Urkundenbeweis nach.

b) Die Beschwerdeführerin beruft sich mit ihrer Argumentation hingegen sinngemäss auf Art. 173a Abs. 2 SchKG, wonach das Gericht den Entscheid über den Konkurs auch von Amtes wegen aussetzen kann, wenn Anhaltspunkte für das Zustandekommen eines Nachlassvertrages bestehen, und diesfalls die Akten dem Nachlassrichter zu überweisen hat. Ob im Beschwerdeverfahren überhaupt noch darauf eingetreten werden kann, mag im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben. Anhaltspunkte für das Zustandekommen eines Nachlassvertrages, die den Konkursrichter zu einer Aussetzung des Konkursbegehrens hätten veranlassen können, lagen jedenfalls im Zeitpunkt der Konkursöffnung keine vor. Die Beschwerdeführerin teilte dem Konkursrichter am 27. April 1998 zunächst mündlich mit, dass die Konkursforderung beglichen und der entsprechende Beleg dem Gericht eingereicht werde. Am 30. April 1998 musste sie diese Aussage revidieren und teilte ihm dann telefonisch mit, dass sie die Forderung zur Zeit nicht begleichen könne, da Debitorenzahlungen im 10fachen Betrag – wider Erwarten – nicht eingegangen seien. Bei dieser Sachlage hatte der Konkursrichter aber offensichtlich keine Veranlassung, den Entscheid über das Konkursbegehren auszusetzen.

Die Bestimmung von Art. 173a Abs. 2 SchKG war im Entwurf des Bundesrates über die Revision des SchKG vom 8. Mai 1991 noch nicht enthalten. Sie kam erst im Rahmen der nationalrätlichen Kommissionsberatungen ins Gesetz. Im Bericht vom 14. September 1992 an die Kommission des Nationalrates hat die "Expertengruppe Sanierungsrecht" auf die Möglichkeit hingewiesen, "dass Arbeitnehmer oder Arbeitnehmervertreter, Branchenvertreter oder gar die Öffentliche Hand Hinweise liefern, dass vor einer Konkursöffnung noch Sanierungsmassnahmen geprüft werden sollten" (zitiert bei Hans-Ulrich Hardmeier, Änderungen im Konkursrecht, in: AJP 11/96, S. 1431). Daraus erhellt, dass nicht etwa die Meinung bestand, dass der Konkursrichter in jedem Fall von sich aus zunächst noch nach Möglichkeiten einer Sanierung zu forschen hat, bevor er den Konkurs aussprechen darf. Solche Anhaltspunkte müssen sich entweder direkt aus den ihm vorliegenden Akten ergeben, oder sie müssen ihm durch den Schuldner, durch Gläubiger oder Drittpersonen zur Kenntnis gelangen. Nicht ausgeschlossen ist indes, dass der Konkursrichter aufgrund seiner notorischen Kenntnisse bei grösseren Betrieben mit mehreren Angestellten von sich aus weitere Abklärungen vorzunehmen hat, um dadurch allenfalls auf Anhaltspunkte für eine mögliche Sanierung zu stossen. Auf der anderen Seite wird sich der

Konkursrichter im Rahmen des summarischen Verfahrens mit der Glaubhaftmachung derartiger "Anhaltspunkte" begnügen müssen (Hans Ulrich Hardmeier, a.a.O., S. 1431).

Im Beschwerdeverfahren gegen das Konkursdekret liegt es mithin am Rechtsmittelkläger, solche Anhaltspunkte namhaft zu machen. Die Beschwerdeführerin hat nun zwar Bilanzen und Revisionsberichte der Geschäftsjahre 1995 und 1996 eingereicht. Entgegen ihrer Darstellung hat sie aber keine Bilanz aus dem Jahre 1997 vorgelegt. Die eingereichten Bilanzen und Erfolgsrechnungen aus den früheren Jahren sind im Hinblick auf die Sanierungsaussichten zum vorneherein wenig aussagekräftig. Die Beschwerdeführerin hätte zumindest eine aktuelle detaillierte Zwischenbilanz vorlegen müssen, damit das Gericht überhaupt in der Lage gewesen wäre zu prüfen, ob solche Anhaltspunkte bestanden hätten. Auch die übrigen, unbestimmten und nicht substantiierten Ausführungen der Beschwerdeführerin sind offensichtlich nicht geeignet, auch nur Anhaltspunkte für Sanierungsaussichten glaubhaft darzulegen. Sind aber keine solche Anhaltspunkte für das Zustandekommen eines Nachlassvertrages ersichtlich, kann auch im Beschwerdeverfahren keine Aussetzung des Konkursdekretes in Betracht kommen.

(Justizkommission, 20. Mai 1998, i.S. T. AG / B.)

*Art. 174 Abs. 2 SchKG. – Aufhebung der Konkurseröffnung durch das obere Gericht. Begriff der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit. An das Vorliegen der Zahlungsfähigkeit im Sinne dieses Artikels dürfen keine strengen Anforderungen gestellt werden. Sie soll, da sie nur glaubhaft zu machen ist, wahrscheinlicher sein als die Zahlungsunfähigkeit.*

*Aus den Erwägungen:*

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG kann das obere Gericht, an das der Entscheid des Konkursgerichtes innert 10 Tagen weitergezogen wurde, diesen aufheben, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld, einschliesslich der Zinsen und Kosten, getilgt ist.

Nachdem die Beschwerdeführerin diesen Zahlungsnachweis innerhalb der Rechtsmittelfrist geleistet hat und damit die erste Voraussetzung zur Aufhebung des Konkursdekretes erfüllt, ist im folgenden zu prüfen, ob sie auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht hat.

3. a) Das Tatbestandselement der Zahlungsfähigkeit gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG wird im Gesetz nicht näher umschrieben. Auch die Botschaft enthält zu diesem Begriff keine Ausführungen. Das Verständnis ergibt sich