



Entscheidung des Kantonsgesichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht

vom 14. Mai 2013 (410 13 81)

Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)

Konkurseröffnung ordentlich / berufsmässige Parteivertretung (Art. 68 Abs. 2 ZPO)

Besetzung

Präsidentin Christine Baltzer-Bader;
Gerichtsschreiber i.V. Diego Stoll

Parteien

A. ____ AG,
vertreten durch Advokat Dr. Ernst Staehelin, LL.M, Malzgasse 15,
4052 Basel,
Beschwerdeführerin

gegen

Einfache Gesellschaft B. _____,
vertreten durch werner sutter & co. ag, Liegenschaftsverwaltung, Lut-
zertstrasse 33, 4132 Muttenz,
Beschwerdegegnerin

Gegenstand

Konkurseröffnung ordentlich /
Beschwerde gegen den Entscheid des Bezirksgerichtspräsidenten Ar-
lesheim vom 12. März 2013

A. Mit Eingabe vom 17. Januar 2013 liess die Einfache Gesellschaft B.____, vertreten durch die werner sutter & co. ag, unter Vorlegung der Konkursandrohung und des Zahlungsbefehls in der Betreuung Nr. X des Betreibungsamtes Arlesheim gegen die A.____AG beim Bezirksgericht Arlesheim das Konkursbegehren stellen. In der Folge eröffnete der Präsident des Bezirksgerichts Arlesheim in Anwendung von Art. 171 SchKG in Abwesenheit der Parteien am 12. März 2013 um 10.30 Uhr den Konkurs über die A.____AG. Die Schuld inklusive Zinsen und Kosten für ausstehende Mietzinsen belief sich laut Bezirksgericht Arlesheim auf CHF 9'614.45.

B. Mit Beschwerde vom 25. März 2013 gelangte die A.____AG, vertreten durch Advokat Dr. Ernst Staehelin, an das Kantonsgericht Basel-Landschaft. Sie beantragte die Aufhebung des Entscheids des Bezirksgerichtspräsidenten Arlesheim vom 12. März 2013. Demgemäss sei die Konkurseröffnung zu widerrufen und das Konkursamt Arlesheim anzuweisen, das Konkursverfahren zu schliessen. Sodann sei zu veranlassen, dass der Widerruf im Handelsregister publiziert werde. Weiter sei von der Auferlegung von Gerichtskosten abzusehen und der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung zuzusprechen. In prozessrechtlicher Hinsicht sei der vorliegenden Beschwerde schliesslich die aufschiebende Wirkung zu bewilligen. Zur Begründung brachte die Beschwerdeführerin zunächst vor, die Beschwerdegegnerin sei im Konkursverfahren vor dem Bezirksgericht nicht rechtsgültig vertreten gewesen, weshalb ihr Konkursbegehren ungültig sei. Es sei notorisch, dass es sich bei der werner sutter & co. ag um eine gewerbmässig tätige Liegenschaftsverwaltung handle. Sie sei folglich weder eine Aktiengesellschaft, in der registrierte Anwälte arbeiten, noch eine Sachwalterin oder eine Rechtsagentin. Ebenso wenig sei sie eine Vertreterin im Sinne von Art. 27 SchKG, zumal der Kanton Basel-Landschaft von der Möglichkeit, derartige Vertreter zuzulassen, keinen Gebrauch gemacht habe. Dass die werner sutter & co. ag berufsmässig handle, sei schliesslich wiederum notorisch und bedürfe keiner weiteren Erörterung. Weiter erklärte die Beschwerdeführerin, dass sie am 25. März 2013 einen Betrag von CHF 14'178.60, unter anderem zur Deckung der fraglichen Forderung, an das Betreibungsamt Arlesheim geleistet habe. Ausserdem machte sie ihre Zahlungsfähigkeit geltend. So verfüge ihre Tätigkeit über ein enormes Marktpotential, da sie in ihrem Gebiet führend sei und derzeit nahezu konkurrenzlos agieren könne. Sie habe in den Jahren 2011 und 2012 vier Lizenzverträge für sieben Länder abgeschlossen und sei selbst in drei Ländern tätig. Zudem herrsche Zuversicht, dass demnächst erste wesentliche Lizenzgebühren vereinnahmt werden könnten. Aus dem Ertragsbudget für das Jahr 2013 ergebe sich sodann, dass im laufenden Jahr ein Betriebsertrag von knapp CHF 1'300'000.00 erwirtschaftet werden könne, woraus sich ein Jahresgewinn ergebe, welcher das Eigenkapital deutlich verstärken werde. Schliesslich habe eine Drittperson einen Betrag von CHF 30'000.00 zur Verfügung gestellt, damit die in Betreuung gesetzten Forderungen beglichen werden könnten. Bislang seien dabei jene Forderungen gedeckt worden, für welche eine Konkursandrohung oder eine Pfändungsankündigung bestanden habe. Die Bezahlung der restlichen in Betreuung gesetzten Forderungen würde erfolgen, sobald der CEO der Beschwerdeführerin wieder in die Räumlichkeiten der Gesellschaft gehen und die entsprechenden Unterlagen sichten könnte. Soweit die zur Verfügung gestellten Mittel nicht ausreichen würden, könnten die ersten Lizezeinnahmen verwendet werden.

C. Mit Verfügung vom 27. März 2013 erkannte die Präsidentin der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, dass der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt werde. Die Beschwerdeführerin könne den Betrieb bis auf weiteres unter Aufsicht des Konkursamtes Arlesheim weiterführen. Dieses werde indes ersucht, dem Kantonsgericht Basel-Landschaft Mitteilung zu machen, falls zum Schutz der Gläubigerinteressen weitergehende Sicherheitsmassnahmen anzuordnen seien.

D. Mit Stellungnahme vom 8. April 2013 teilte das Bezirksgericht Arlesheim mit, dass die Zulassung gewerbsmässiger Vertreter zur berufsmässigen Vertretung vor Gericht im Sinne von Art. 68 Abs. 2 lit. c ZPO trotz fehlender gesetzlicher Grundlage aus praktischen Gründen erfolge, wobei auf das Protokoll eines Erfahrungsaustausches zwischen dem Kantonsgericht, Abteilung Zivilrecht, und den Bezirksgerichten verwiesen werde.

E. Mit Eingabe vom 23. April 2013 wandte sich die Beschwerdeführerin erneut an das Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht. Unter Verweis auf ihre Beschwerdeschrift vom 25. März 2013 wies sie nochmals darauf hin, dass der Kanton Basel-Landschaft von der Möglichkeit, Vertreter im Sinne von Art. 27 SchKG zuzulassen, keinen Gebrauch gemacht habe. Dies bedeute, dass Art. 68 Abs. 2 lit. c ZPO im Kanton Basel-Landschaft überhaupt keine Anwendung finde. Die Vertretungsberechtigung der Liegenschaftsverwaltung müsse sich also auf eine andere Bestimmung stützen können, was vorliegend aber nicht der Fall sei. Weder praktische Gründe noch das von der Vorinstanz erwähnte Protokoll könnten diese fehlende gesetzliche Grundlage ersetzen.

F. Mit Schreiben vom 2. Mai 2013 teilte die werner sutter & co. ag dem Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, sodann mit, dass der betriebene Betrag über CHF 9'552.05 am 16. April 2013 vom Betreibungsamt Arlesheim überwiesen worden sei. Weiter sei die amtliche Mietausweisung der Beschwerdeführerin bereits erfolgt und das Mietverhältnis per 31. März 2013 beendet worden.

Erwägungen

1.1 Der Entscheid des Konkursgerichtes kann gemäss Art. 174 Abs. 1 Satz 1 SchKG mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Zur Anwendung kommt das summarische Verfahren (Art. 251 lit. a ZPO). Die Beschwerde ist daher bei der Rechtsmittelinstanz innert zehn Tagen seit der Zustellung des begründeten Entscheides oder seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidbegründung schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO). Im vorliegenden Fall wurde der begründete Entscheid des Bezirksgerichtspräsidenten Arlesheim der Beschwerdeführerin am 14. März 2013 zugestellt. Ihre Beschwerdeschrift übergab sie der Schweizerischen Post am 25. März 2013. Da der letzte Tag der Beschwerdefrist auf einen Sonntag fiel und die Frist daher erst am nächsten Werktag endete (vgl. Art. 142 Abs. 3 ZPO), wurde die Beschwerde fristgerecht aufgegeben. Auch der Kostenvorschuss für das Rechtsmittelverfahren in der Höhe von CHF 750.00 wurde rechtzeitig geleistet.

1.2 Die Beschwerde hat gewissen inhaltlichen Voraussetzungen zu genügen. So ist zu verlangen, dass die Beschwerdeschrift ein zulässiges Rechtsbegehren enthält, ansonsten von Amtes wegen nicht auf die Beschwerde einzutreten ist. Der Beschwerdeführer hat dabei anzugeben, welchen materiellen Verfahrensausgang er anstrebt. Wenngleich zwischen Anträgen und deren Begründung unterschieden werden sollte, darf die Begründung für die Auslegung der Anträge beigezogen werden. Es wäre überspitzt formalistisch, mangels genügenden Antrags in der Sache nicht auf eine Beschwerde einzutreten, wenn sich aus der Begründung klar ergibt, was der Rechtsmittelkläger verlangt (KUNZ/HOFFMANN-NOWOTNY/STAUBER, ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Art. 321 N 30 mit Verweis auf Art. 311 N 60 ff.). Die Anträge, es sei der Entscheid des Bezirksgerichtspräsidenten Arlesheim vom 12. März 2013 aufzuheben, von der Auferlegung von Gerichtskosten abzusehen, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung zuzusprechen und der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu bewilligen, sind ohne Weiteres zulässig. Den ebenfalls verlangten Widerruf der Konkursöffnung gilt es dagegen umzudeuten, da die Beschwerdeführerin den Konkurs offenkundig nicht gemäss Art. 195 SchKG widerrufen, sondern gestützt auf Art. 174 SchKG aufheben möchte. Auf die Begehren, es sei das Konkursamt Arlesheim anzuweisen, das Konkursverfahren zu schliessen und zu veranlassen, dass der Widerruf (recte: die Aufhebung) des Konkurses im Handelsregister publiziert werde, kann hingegen mangels sachlicher Zuständigkeit des Kantonsgerichts Basel-Landschaft nicht eingetreten werden. Der Entscheid wird den entsprechenden Ämtern (Betreibungs- und Konkursamt Arlesheim bzw. Handelsregisteramt Basel-Landschaft) in Anwendung von Art. 176 SchKG aber mitgeteilt.

1.3 Soweit auf die Beschwerde einzutreten ist, ist für deren Beurteilung gemäss § 5 Abs. 1 lit. b EG ZPO das Präsidium der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts zuständig. Der Entscheid erfolgt in Anwendung von Art. 327 Abs. 2 ZPO aufgrund der Akten.

2.1 Die Beschwerde als ausserordentliches Rechtsmittel richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 319 ff. ZPO. Aufgrund von Art. 326 Abs. 1 ZPO können im Beschwerdeverfahren keine neuen Anträge, Tatsachenbehauptungen oder Beweismittel vorgebracht werden. Vorbehalten bleiben gemäss Art. 326 Abs. 2 ZPO besondere Bestimmungen des Gesetzes. So können die Parteien nach Art. 174 Abs. 1 Satz 2 SchKG im Verfahren betreffend Konkursöffnung neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Diese sog. unechten Noven können uneingeschränkt vorgebracht werden. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Rechtsmittelinstanz die Konkursöffnung sodann aufheben, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels oder spätestens innert der Rechtsmittelfrist 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). Das Gesetz zählt die zulässigen, sog. echten Noven damit abschliessend auf.

2.2 In ihrer Beschwerdebegründung rügt die Beschwerdeführerin zunächst, dass die Beschwerdegegnerin im Konkursverfahren vor dem Bezirksgericht Arlesheim nicht rechtsgültig vertreten gewesen sei. Sie beruft sich damit auf ein unechtes Novum im Sinne von Art. 174

Abs. 1 Satz 2 SchKG. Die Parteivertretung bestimmt sich nach Art. 68 ZPO. Während Abs. 1 festhält, dass sich jede prozessfähige Partei im Prozess durch eine beliebige Person vertreten lassen kann, regelt Abs. 2 die Voraussetzungen, welche eine Person erfüllen muss, damit sie eine andere Person berufsmässig vertreten kann. Der Begriff der berufsmässigen Vertretung ist dabei nicht restlos geklärt. Während der Vorentwurf zur schweizerischen ZPO diesbezüglich noch auf die kantonalen Vorschriften verwiesen hatte (Art. 60 Abs. 4 VE-ZPO), wurde in der Vernehmlassung eine gesamtschweizerische Regelung angeregt, ohne dass der Begriff näher geklärt worden wäre. In der einschlägigen Literatur wird teilweise auf die Regelmässigkeit der Parteivertretung (TENCHIO, Basler Kommentar, Art. 68 N 6), teilweise auf deren Entgeltlichkeit (STAEHELIN/SCHWEIZER, ZPO Kommentar, Art. 68 N 8; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 13 N 16), teilweise auf eine Kombination der beiden Elemente (HRUBESCH-MILLAUER, DIKE-Kommentar ZPO, Art. 68 N 5; DOMEJ, ZPO Kurzkomentar, Art. 68 N 10; STERCHI, Berner Kommentar ZPO, Art. 68 N 6; in diesem Sinne auch § 4 Abs. 2 Anwaltsgesetz Basel-Landschaft) abgestellt. Vorliegend legt die Beschwerdeführerin indes keinerlei Umstände dar, welche die Regelmässigkeit der Parteivertretung bzw. deren Entgeltlichkeit belegen würden, sondern beschränkt sich auf den Hinweis, dass es notorisch sei, dass die werner sutter & co. ag berufsmässig handle. Im Sinne von Art. 151 ZPO sind jene Tatsachen allgemeinnotorisch, welche zum allgemeinen Wissen und Erfahrungsschatz gehören oder einem sehr grossen Personenkreis bekannt sind und durch jedermann mit allgemein zugänglichen Mitteln feststellbar sind. Gerichtsnotorisch sind diejenigen Tatsachen, welche das Gericht in seiner amtlichen Tätigkeit wahrgenommen hat und die unzweifelhaft feststehen (BRÖNNIMANN, Berner Kommentar ZPO, Art. 151 N 2 ff.; HASENBÖHLER, ZPO Kommentar, Art. 151 N 3 ff.). Bei der werner sutter & co. ag handelt es sich laut Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Basel-Landschaft um eine gewerbsmässig tätige Liegenschaftsverwaltung, welche den Betrieb eines Architekturbüros sowie den An- und Verkauf bzw. die Verwaltung von Liegenschaften bezweckt. Dass die Unternehmung daneben auch gewerbsmässig Prozesse führt und Parteien vor Gericht vertritt, ist hingegen nicht bekannt. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin ist daher das Vorliegen einer entsprechenden notorischen Tatsache zu verneinen. Auch den weiteren in diesem Zusammenhang vorgebrachten Ausführungen kann nicht gefolgt werden. So ist die berufsmässige Vertretung im Rahmen des Bundesrechts völlig frei, wenn ein Kanton auf die Legiferierungsmöglichkeiten gemäss Art. 27 SchKG verzichtet, zumal die ratio legis von Art. 68 Abs. 2 lit. c ZPO darin zu sehen ist, dass denjenigen Personen, die zur gewerbsmässigen Vertretung im Zwangsvollstreckungsverfahren befugt sind, ermöglicht werden soll, ihre Klientschaft auch im damit verbundenen summarischen Gerichtsverfahren zu vertreten (Urteil des OGer des Kantons Bern vom 16. Mai 2011, ZK 11 184, E. IV 14, in: CAN 2/2012, S. 18 ff.; vgl. auch ROTH/WALTHER, Basler Kommentar SchKG, Art. 27 N 3 f.; MUSTER, Kurzkomentar SchKG, Art. 27 N 7). Weiter ist keineswegs unbestritten, dass die Handlungen eines vertretungsunbefugten Vertreters tatsächlich ungültig sind. Vielmehr scheint auch die Ansicht vertretbar, dass die Vertretung dann per definitionem als nicht berufsmässig im Sinne von Art. 68 Abs. 1 ZPO zu qualifizieren ist, was sich letztendlich auf die Bemessung der Parteientschädigung auswirkt (STERCHI, Berner Kommentar ZPO, Art. 68 N 6). Die Rüge der nicht rechtsgültigen Vertretung der Beschwerdegegnerin vor dem Bezirksgericht Arlesheim kann demnach nicht gehört werden.

2.3 Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, dass sie die fragliche Schuld am 25. März 2013 beglichen habe und überdies zahlungsfähig sei. Sie macht damit ein echtes Novum im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG geltend. Vorliegend bestätigte das Betreibungsamt Arlesheim mit Quittung vom 25. März 2013, dass die Beschwerdeführerin eine Einzahlung im Betrag von CHF 14'178.60 geleistet habe. Auch die Beschwerdegegnerin erklärte mit Schreiben vom 2. Mai 2013, dass der betriebene Betrag von CHF 9'552.05 bei ihr eingegangen sei. Damit ist der Konkurshinderungsgrund der vollumfänglichen Tilgung der Schuld (Ziff. 1) nachgewiesen. Zu prüfen bleibt indes, ob die Beschwerdeführerin auch ihre Zahlungsfähigkeit hinreichend glaubhaft gemacht hat. An die Zahlungsfähigkeit sind dabei grundsätzlich keine allzu strengen Anforderungen zu stellen. Sie ist glaubhaft gemacht, wenn die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher erscheint als die Zahlungsunfähigkeit, wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Betriebs nicht zum vornherein verneint werden muss bzw. die Möglichkeit besteht, den Konkurs noch zu verhindern oder wenn der Schuldner seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und seine Schulden in absehbarer Zeit abzutragen vermag, wobei diesbezüglich genügt, dass er sich um die Sanierung seiner ungünstigen finanziellen Situation ernsthaft bemüht. Blosser Behauptungen des Schuldners genügen dabei nicht, vielmehr sind konkrete Anhaltspunkte, wie Zahlungsbelege, Belege über die dem Schuldner zur Verfügung stehenden Mittel, Debitorenlisten, Auftragsbestätigungen, Betreibungsregisterauszüge, aktuelle Jahresrechnungen oder Zwischenbilanzen erforderlich. Von besonderer Wichtigkeit ist dabei der aktuelle Auszug aus dem Betreibungsregister für die letzten Jahre. Zu diesem und den einzelnen als nicht erledigt ausgewiesenen Betreibungen hat der Schuldner schriftlich Stellung zu nehmen und behauptete Abzahlungsvereinbarungen und geleistete Raten entsprechend zu belegen (GIROUD, Basler Kommentar SchKG, Art. 174 N 26; DIGGELMANN/MÜLLER, Kurzkomentar SchKG, Art. 174 N 15). Der eingereichte Betreibungsregisterauszug führt per 25. März 2013 neun Betreibungen über CHF 32'069.40 auf, wobei sich die tatsächlich noch bestehenden Schulden auf CHF 30'080.70 belaufen. Für die Tilgung dieser Verbindlichkeiten hat eine Drittperson einen Betrag von CHF 30'000.00 zur Verfügung gestellt. Damit wurden am 25. März 2013 jene Forderungen gedeckt, für welche eine Konkursandrohung oder eine Pfändungsankündigung bestanden hat. Die weiteren in Betreibung gesetzten Forderungen sollen getilgt werden, sobald der CEO der Beschwerdeführerin wieder in die Räumlichkeiten der Gesellschaft gehen kann, notfalls unter Verwendung der ersten Lizenzeinnahmen. Aufgrund der eingereichten Unterlagen und dem dargelegten, kurz- und mittelfristig angestrebten Auftragsvolumen ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin künftig in der Lage sein wird, ihre Verbindlichkeiten jeweils zu erfüllen, weshalb ihre Zahlungsfähigkeit insgesamt zu bejahen ist. **Die Beschwerdeführerin ist allerdings darauf hinzuweisen, dass sie, falls das zuständige Gericht ein weiteres Konkursdekret gegen sie aussprechen muss, nicht damit rechnen kann, dass sie durch Beschwerde dessen Aufhebung erreichen kann.**

2.4 Im Ergebnis ist die Beschwerde gutzuheissen und das Konkursdekret des Bezirksgerichtspräsidenten Arlesheim vom 12. März 2013 in der Betreibung Nr. X des Betreibungsamtes Arlesheim aufzuheben.

3. Abschliessend ist über die Verteilung der Prozesskosten zu entscheiden. Gemäss Art. 106 ZPO werden die Prozesskosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Die-

ser Grundsatz wird jedoch durch Art. 107 ZPO eingeschränkt, welcher in gewissen Fällen eine Verteilung der Prozesskosten nach Ermessen vorsieht. Gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO kann dabei insbesondere von der Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens abgesehen werden, wenn besondere Umstände vorliegen, welche dies als unbillig erscheinen lassen. Vorliegendes Verfahren wurde einzig durch das Versäumnis der Beschwerdeführerin, die Konkursforderung rechtzeitig zu begleichen, veranlasst und hätte durch rechtzeitige Bezahlung der Forderung verhindert werden können. Es erscheint deshalb als angemessen, dass sie trotz ihres Obsiegens die Gerichtskosten beider Instanzen selbst zu tragen hat. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dabei in Anwendung von Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 lit. b GebV SchKG auf CHF 750.00 festgesetzt. Ferner hat die Beschwerdeführerin die Kosten ihrer Rechtsvertretung selbst zu tragen.

Demnach wird erkannt:

- ://:
1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird, und das Konkursdekret des Bezirksgerichtspräsidenten Arlesheim vom 12. März 2013 in der Betreuung Nr. X des Betreibungsamtes Arlesheim wird aufgehoben.
 2. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten von CHF 250.00 sowie die zweitinstanzlichen Gerichtskosten von CHF 750.00 werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

Präsidentin

Gerichtsschreiber i.V.

Christine Baltzer-Bader

Diego Stoll