

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5A_350/2007 /bnm

Urteil vom 19. September 2007
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Raselli, Präsident,
Bundesrichterin Escher, Bundesrichter Meyer,
Gerichtsschreiber Ruppen.

Parteien
K. _____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwalt Erich von Arx,

gegen

V. _____ Versicherungen,
Beschwerdegegnerin,

Konkursamt des Kantons Thurgau, Kantonale Verwaltung, 8510 Frauenfeld.

Gegenstand
Konkurseröffnung,

Beschwerde in Zivilsachen gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 25. Mai 2007.

Sachverhalt:

A.

Die V. _____ Versicherungen (fortan: V. _____) betrieben K. _____ für zwei Forderungen (Betreibungen Nrn. xx und yy des Betreibungsamtes B. _____). Nach abgeschlossenem Einleitungsverfahren und erfolgter Konkursandrohung fand am 2. März 2007 auf Begehren der V. _____ die Konkursverhandlung statt, zu welcher keine der beiden Parteien erschien. Da K. _____ den Ausweis über die Ablösung der Betreibung durch Bezahlung schuldig blieb, eröffnete der Präsident des Bezirksgerichtes Steckborn in den genannten Betreibungen gleichentags um 10.00 Uhr den Konkurs.

B.

Gegen diese Verfügung erhob K. _____ fristgerecht Rekurs beim Obergericht des Kantons Thurgau, wobei er die Aufhebung der Konkurseröffnung sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte.

Mit Urteil vom 25. Mai 2007 wies das Obergericht des Kantons Thurgau den Rekurs von K. _____ vollumfänglich ab. Da dem Rekurs die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden war, eröffnete das Obergericht den Konkurs neu am 25. Mai 2007 um 10.30 Uhr.

C.

K. _____ (fortan: Beschwerdeführer) ist mit Beschwerde in Zivilsachen vom 29. Juni 2007 im Sinne von Art. 72 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110) an das Bundesgericht gelangt. Er verlangt die Aufhebung des obergerichtlichen Urteils in dem Sinne, als die Konkurseröffnung über den Beschwerdeführer zu widerrufen sei. Eventualiter verlangt er die Aufhebung des obergerichtlichen Urteils und die Rückweisung zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz.

Die V. _____ (fortan: Beschwerdegegnerin) hat sich zur Beschwerde nicht vernehmen lassen. Das Obergericht schliesst in seiner Vernehmlassung zur Beschwerde auf Abweisung derselben.

Schliesslich stellte der Beschwerdeführer ein Gesuch um aufschiebende Wirkung im Sinne von Art. 103 Abs. 2 und 3 BGG. Nachdem die Beschwerdegegnerin sowie das Obergericht auf eine

Vernehmlassung zum Gesuch um aufschiebende Wirkung verzichtet hatten, hiess das präsidierte Mitglied der II. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts das Gesuch um aufschiebende Wirkung mit Verfügung vom 23. Juli 2007 in dem Sinne gut, als bis zum Entscheid des Bundesgerichts Vollstreckungsmassnahmen zu unterbleiben haben.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesgesetz über das Bundesgericht ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten (AS 2006, 1242). Gemäss Art. 132 Abs. 1 BGG ist das neue Gesetz auf Beschwerdeverfahren anwendbar, wenn der angefochtene Entscheid nach dessen Inkrafttreten ergangen ist. Der angefochtene Entscheid datiert vom 25. Mai 2007, so dass auf das vorliegende Verfahren das BGG anwendbar ist.

1.2 Das Konkurserkennnis ist ein Entscheid in Schuldbetreibungs- und Konkursachen, welcher der Beschwerde in Zivilsachen unterliegt (Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG). Die Beschwerde gegen Entscheide des Konkursrichters ist an keinen Streitwert gebunden (Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG). Der Entscheid des Konkursgerichts gemäss Art. 171 und Art. 172 SchKG beendet ein Verfahren, das durch das Konkursbegehren eines Gläubigers nach Art. 166 Abs. 1 SchKG eröffnet worden ist. Er ist damit in einem eigenen Verfahren ergangen, womit er einen Endentscheid nach Art. 90 BGG darstellt. Hingegen kommt er keiner einstweiligen Verfügung (Art. 98 BGG) gleich, über die in einem späteren Hauptverfahren entschieden wird (Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 S. 4336). Daraus ergibt sich, dass der Beschwerdeführer sämtliche Beschwerdegründe vorbringen kann und das Bundesgericht in seiner Prüfungsbefugnis nicht auf die verfassungsmässigen Rechte beschränkt ist (Art. 95 bis 97 BGG). Das Bundesgericht prüft somit den Sachverhalt beschränkt (Art. 97 BGG) und die Anwendung des eidgenössischen Rechts (Art. 95 lit. a BGG) frei.

1.3 Auf die Vorbringen des Beschwerdeführers ist nur soweit einzutreten, als sie den Begründungsanforderungen genügen. Die Beschwerde nach Art. 72 ff. BGG hat nebst einem Antrag eine Begründung zu enthalten, in welcher in gedrängter Form dargelegt wird, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG). Auch Verfassungsfragen sind in der Beschwerdeschrift vorzubringen und zu begründen (Art. 106 Abs. 2 BGG). Die Begründungspflicht lehnt sich bei der Verfassungsbeschwerde an die für die staatsrechtliche Beschwerde geltenden Anforderungen an (Art. 90 Abs. 1 lit. b des Bundesrechtspflegegesetzes [OG]; vgl. die Botschaft, a.a.O., S. 4294). Demnach prüft das Bundesgericht auch weiterhin nur klar und einlässlich erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen (BGE 131 I 313 E. 2.2 S. 315; 125 I 71 E. 1c S. 76; 123 II 552 E. 4d S. 558). Hingegen tritt es auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid nicht ein (BGE 130 I 258 E. 1.3 S. 261; 131 I 291 E. 1.5 S. 297). Macht der Beschwerdeführer eine Verletzung des Willkürverbotes geltend, muss er anhand des angefochtenen Entscheides im Einzelnen darlegen, inwiefern dieser im Ergebnis an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet (BGE 130 I 258

E. 1.3 S. 261). Damit wird auf die allgemeine Bestreitung des Sachverhalts nicht eingegangen.

1.4 Neue Beweisofferten, wie sie der Beschwerdeführer in seiner Eingabe dem Bundesgericht mehrfach unterbreitet, sind im eidgenössischen Beschwerdeverfahren - soweit nicht erst der angefochtene Entscheid Anlass zu deren Vorbringen gegeben hat - nicht zulässig (Art. 99 BGG; im gleichen Sinne schon die Praxis zur staatsrechtlichen Beschwerde: BGE 128 I 354 E. 6c S. 357 mit Hinweisen). Namentlich sind dies der am 25. Juni 2007 von A._____, dem Verwaltungsratspräsidenten der B._____ AG (fortan: B._____) und vom Beschwerdeführer original unterzeichnete Geschäftsführungsauftrag sowie die gleichentags von A._____ original unterzeichnete Zahlungsbestätigung, die Personalvorsorge-Sammelausweise der P._____ vom 17. April 2004, resp. vom 27. Juni 2007 und das Kontoblatt zum Konto zz sowie die (Online-) Handelsregisterauszüge der B._____ (als Muttergesellschaft) und der C._____ AG (als Tochtergesellschaft; fortan: C._____). Weiter beantragt er die Zeugeneinvernahme von A._____. Nach obgenannter Bestimmung sind neue Vorbringen vor Bundesgericht jedoch grundsätzlich unzulässig. Die Parteien sind damit insbesondere gehalten, alle rechtserheblichen Tatsachen und Beweismittel bereits vor den Vorinstanzen vorzubringen.

Demnach finden sie im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren keine Berücksichtigung. Anders wäre zu entscheiden, wenn erst der Entscheid der Vorinstanz zur Vorlage dieser neuen Beweismittel Anlass gegeben hätte, welche Voraussetzung jedoch vorliegend nicht erfüllt ist.

Es wäre bei dieser Ausgangslage Sache des Beschwerdeführers gewesen, sämtliche Beweismittel zum Nachweis seiner Zahlungsfähigkeit im obergerichtlichen Verfahren beizubringen, zumal sich diese zentrale Frage schon dort gestellt hat. Es kann daher nicht gesagt werden, erst der Entscheid der Vorinstanz habe zum Einreichen der neuen Beweismittel Anlass gegeben. Es bleibt deshalb dabei, dass die neuen Beweismittel unzulässig sind.

2.

Der Beschwerdeführer wirft dem Obergericht eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts im Sinne von Art. 97 Abs. 1 BGG vor. Seine Ehefrau sei entgegen den Feststellungen der Vorinstanz niemals Verwaltungsrätin der B._____ gewesen, was sich ohne Weiteres aus dem dem Obergericht vorgelegenen Handelsregisterauszug ergebe. Durch diese offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung habe die Vorinstanz die mangelnde Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit des Beschwerdeführers begründet.

2.1 In Ergänzung zu den Rügen, die sich auf Art. 95 f. BGG stützen, sind unter den engen Voraussetzungen von Art. 97 Abs. 1 BGG auch Vorbringen gegen die Sachverhaltsfeststellung zulässig. Ein solcher Einwand kann nach der letztgenannten Bestimmung nur erhoben werden, wenn die Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann. "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (vgl. die Botschaft, a.a.O., S. 4338). Bezüglich der vom Beschwerdeführer vorgebrachten Sachverhaltsrüge bleibt die Kognition des Bundesgerichts demnach eine auf Willkür beschränkte (Art. 97 Abs. 1 BGG).

2.2 Der Beschwerdeführer stützt sein Vorbringen auf den von ihm eingereichten (Online-) Handelsregisterauszug der B._____. Dieser Handelsregisterauszug wurde nach Erlass des angefochtenen Urteils erstellt und gilt demnach als neues Beweismittel, das vor Bundesgericht keine Beachtung findet (vgl. oben E. 1.4). Selbst wenn dieses nicht als neu gälte, so diene es dem Beschwerdeführer nicht, dem Obergericht eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung nachzuweisen, da dies vom Beschwerdeführer nicht rechtsgenügend dargetan wird. Auch tut er nicht dar, inwiefern der Sachverhalt in Bezug auf die wirtschaftliche Verflechtung der einzelnen vom Beschwerdeführer beherrschten Gesellschaften willkürlich festgestellt sein sollte (vgl. oben E. 1.3).

Für das Bundesgericht ist somit der von der Vorinstanz festgestellte Sachverhalt massgebend (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG).

3.

Der Beschwerdeführer rügt sodann eine willkürliche Beweiswürdigung.

3.1 Das Obergericht habe die Bilanz der C._____ insofern willkürlich gewürdigt, als es angenommen habe, dass der Beschwerdeführer seit Jahren als Arbeitnehmer und nur vordergründig auf selbständiger Basis für die C._____ tätig gewesen sei. Diese habe jedoch nie Arbeitgeberbeiträge für den Beschwerdeführer bezahlt, was sich auch aus dem - vom Beschwerdeführer im bundesgerichtlichen Verfahren neu eingereichten - Personalvorsorge-Sammelausweis der P._____ vom 27. Juni 2007 sowie dem Kontoblatt zum Konto zz ergebe.

3.2 Beschlägt die Beschwerde in Zivilsachen nicht die Anwendung von Bundesrecht, sondern wird die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend gemacht, so gilt das Rügeprinzip (Art. 106 Abs. 2 BGG). Da sich hierbei, wie weiter oben dargelegt (vgl. E. 1.3), die Begründungspflicht bezüglich der Grundrechtsverletzung an den für die staatsrechtliche Beschwerde geltenden Anforderungen orientiert, wird auf eine allgemeine Bestreitung des Sachverhalts und auf appellatorische Kritik nicht eingegangen. Insofern der Beschwerdeführer die obergerichtliche Beweiswürdigung pauschal als unfundiert und tendenziös bezeichnet, ist somit auf seine appellatorische Kritik nicht einzutreten.

Ungeachtet der Tatsache, dass das vom Beschwerdeführer eingereichte Beweismittel neu und damit unzulässig ist (vgl. oben E. 1.4), vermag er eine willkürliche Beweiswürdigung demnach nicht darzulegen.

4.

Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann das obere Gericht die Konkursöffnung aufheben, 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, der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet. Aus der genannten Bestimmung ergibt sich eindeutig, dass die Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen ist und die Aufhebung des Konkurses nur in Frage kommt, wenn zusätzlich eine der drei weiteren Voraussetzungen durch Urkunden bewiesen ist. Die in Art. 174 Abs. 2 SchKG aufgestellten Voraussetzungen sind demnach kumulativ (vgl. Urteil 5P.256/2002 vom 4. September 2002, publ. in: Pra 2003 Nr. 8, S. 42). Wird ein Konkurskenntnis bei der oberen kantonalen Instanz angefochten, so können unechte Noven unbeschränkt (Art. 174 Abs. 1 SchKG) und echte Noven im Rahmen der Konkurshinderungsgründe (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1-3 SchKG) angeführt werden (Giroud, in: Staehelin/Bauer/ Staehelin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, N. 2 zu Art. 174 SchKG). Eine Tatsache ist glaubhaft, wenn der Richter in freier Überprüfung der Vorbringen zum Schluss gelangt, dass sie mit einer gewissen

Wahrscheinlichkeit zutrifft (BGE 120 II 393 E. 4c S. 298; 130 III 321 E. 3.3 S. 325, je mit Hinweisen). Die Glaubhaftmachung stellt dabei im Unterschied zum strikten Beweis, der volle richterliche Überzeugung verlangt, ein minderes Beweismass dar. Konkret heisst dies im Hinblick auf die Aufhebung der Konkursöffnung, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher sein muss als dessen Zahlungsunfähigkeit (vgl. Urteil 5P.401/2004 vom 22. Dezember 2004, E. 2, publ. in: Pra 2005 Nr. 93, S. 682).

4.1 Nachdem der Beschwerdeführer vor Vorinstanz mittels Postquittung bewiesen hat, dass die beiden von der Beschwerdegegnerin in Betreuung gesetzten Forderungen durch Zahlung erfüllt worden sind (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG), erachtete die Vorinstanz die Zahlungsfähigkeit des Beschwerdeführers als nicht glaubhaft dargelegt (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Sie begründet dies mit den seit Oktober 2005 insgesamt 27 Betreibungen gegen den Beschwerdeführer, wovon acht offenen im Gesamtbetrag von rund Fr. 14'000.--, den drei vorhandenen Verlustscheinen von rund Fr. 18'700.-- sowie damit, dass der Beschwerdeführer einerseits elf Mal für Beträge zwischen rund Fr. 430.-- und rund Fr. 16'500.-- gepfändet und andererseits dem Beschwerdeführer sieben Mal der Konkurs angedroht worden ist, wobei es hierbei teilweise um kleinere Beträge von einigen Hundert Franken gegangen ist. Im August 2006 musste sogar eine Forderung von lediglich Fr. 64.-- gegen den Beschwerdeführer in Betreuung gesetzt werden.

Das Obergericht ist demnach zum Schluss gelangt, dass aufgrund der sich beim Beschwerdeführer ergebenden finanziellen Situation dieser offensichtlich nicht in der Lage sei, sämtliche laufenden Rechnungen zu bezahlen oder gar aufgelaufene Schulden abzubezahlen.

4.2 Hiergegen bringt der Beschwerdeführer vor, dass er seine Zahlungsfähigkeit rechtsgenügend dargetan habe. Sein Vorbringen sieht er durch den Geschäftsführungsauftrag sowie das Zahlungsverprechen seitens der B._____ als bewiesen an. Des Weiteren führt er an, die C._____ habe gemäss eingereicherter Bilanz und Erfolgsrechnung ihren Ertrag gegenüber dem Vorjahr markant steigern können. Indem die Vorinstanz trotz dieser vom Beschwerdeführer eingereichten Urkunden dessen Zahlungsfähigkeit nicht als glaubhaft erachtet und damit ein strengeres Beweismass angewandt habe, habe sie Art. 174 Abs. 2 SchKG und damit Bundesrecht verletzt.

4.3 Als grundsätzlich zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der unbestrittene und fällige Forderungen nicht bezahlt. Dies, indem er Konkursandrohungen sich anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt (Brunner, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, N. 11 zu Art. 190 SchKG). Ein solches Bild ergibt sich denn auch bezüglich der Zahlungsmoral des Beschwerdeführers, was nach der Praxis des Bundesgerichts zur Annahme dessen Zahlungsunfähigkeit genügt. Hierbei verkennt der Beschwerdeführer den bundesrechtlichen Begriff der Zahlungsunfähigkeit, wenn er ausführt, dass vor der Konkursöffnung erfolgte Betreibungsregistereinträge nichts über die Zahlungsfähigkeit eines Konkursiten aussagten. Vielmehr beruht die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck.

Auch vermag der Beschwerdeführer aufgrund des zwischen ihm und der B._____ abgeschlossenen Geschäftsführungsauftrags, welcher bereits im kantonalen Rekursverfahren in elektronisch unterzeichneter Form vorlag (vgl. oben E. 1.4), nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Durch diesen Auftrag wird dem Beschwerdeführer als einzigem Verwaltungsrat und verantwortlichem Geschäftsführer die Leitung der C._____ übertragen. Jedoch kann der Beschwerdeführer weder durch diesen Auftrag noch durch das von der B._____ ausgestellte Zahlungsverprechen den Abbau seiner aufgelaufenen Schulden oder die Erfüllung seiner laufenden Verpflichtungen belegen. Dass vorliegend die zwischen der Mutter- und Tochtergesellschaft durchaus üblichen Vernetzungen dazu verwendet worden sind, um die (nicht vorhandene) Zahlungsfähigkeit des Beschwerdeführers nachträglich erstellen zu wollen, ist in Anbetracht der Umstände doch sehr wahrscheinlich. So war es für den Beschwerdeführer, der bei beiden Gesellschaften einzelzeichnungsberechtigt ist, ohne Weiteres möglich, Bestätigungen und Aufträge selbständig zu erstellen, um den Anschein seiner Zahlungsfähigkeit zu erwecken.

Für das Bundesgericht ist nach dem Gesagten und aufgrund der wirtschaftlichen Verflechtung der vom Beschwerdeführer kontrollierten Gesellschaften im Sinne einer gesamtheitlichen Betrachtung die Zahlungsunfähigkeit des Beschwerdeführers viel wahrscheinlicher als dessen Zahlungsfähigkeit.

5.

Nach dem Gesagten ist der Beschwerde kein Erfolg beschieden und die obergerichtliche Konkursöffnung somit nicht zu beanstanden. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Die Beschwerdegegnerin hat weder zur Sache noch zum Gesuch um aufschiebende Wirkung materiell Stellung genommen. Allein schon aus

diesen Gründen - und ungeachtet der Tatsache, dass dem Gesuch im Sinne der Erwägungen entsprochen worden ist - ist ihr für das bundesgerichtliche Verfahren keine Entschädigung zuzusprechen.

6.

Da dem Gesuch um aufschiebende Wirkung (lediglich) in dem Sinne entsprochen worden ist, als bis zum Entscheid des Bundesgerichts Vollstreckungsmassnahmen zu unterbleiben hatten, bleibt das vom Obergericht neu festgesetzte Konkurseröffnungsdatum bestehen. Angesichts der nur beschränkt verfügten aufschiebenden Wirkung muss der Konkursstermin im Dispositiv demnach nicht neu festgesetzt werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde in Zivilsachen wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Thurgau sowie dem Konkursamt des Kantons Thurgau schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 19. September 2007

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung

des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: