

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

aus dem Sinn der Regelung, den Konkurs nur für lebensfähige Schuldner abzuwenden (Jürgen Brönnimann, Novenrecht und Weiterziehung des Entscheides des Konkursgerichtes gemäss Art. 174 E. SchKG, in FS H.U. Walder, Zürich 1994, S. 446). Der genannte Autor will für die Bestimmung dieses Begriffes naheliegenderweise auf den entgegengesetzten Begriff der Zahlungsunfähigkeit bzw. Zahlungseinstellung nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG abstellen. Mit Recht weist indes Isaak Meier darauf hin, dass diese Auslegung der besonderen Situation, wie sie nach Zahlung der ausstehenden Forderung durch den Schuldner vorliegt, nicht gerecht wird. Überzeugend führt er dazu aus: "Infolge der zusätzlichen Voraussetzung der Zahlungsfähigkeit muss der Richter bei deren Verneinung die Konkurseröffnung aussprechen, obschon nicht feststeht, ob überhaupt ein Gläubiger an der Konkurseröffnung interessiert ist! Darin unterscheidet sich diese Konkurseröffnung denn auch von der auf Antrag eines Gläubigers erfolgenden Konkurseröffnung nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG. An das Vorliegen der Zahlungsfähigkeit nach Art. 174 Abs. 2 SchKG dürfen daher keine strengen Anforderungen gestellt werden. Vielmehr muss sie stets bejaht werden, wenn die Möglichkeit besteht, dass der Konkurs doch noch verhindert werden kann. Konkret bedeutet dies: Die Zahlungsfähigkeit im Sinne dieses Artikels ist trotz Zahlungseinstellung als gegeben zu betrachten, wenn der Schuldner glaubhaft machen kann, dass er im Verhältnis zu seinen Schulden immer noch über erhebliche Mittel verfügt, die eine Sanierung als möglich erscheinen lassen." (Isaak Meier, Konkursrecht: Revisionspunkte und aktuelle Fragen, in: Aktuelle Fragen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts nach revidiertem Recht, Basel 1996, S. 100; ebenso Hans-Ulrich Hardmeier, Änderungen im Konkursrecht, AJP 11/96, S. 1432). Auch Brönnimann hält unter Hinweis auf BGE 102 Ia 159 und 91 I 3 dafür, Zahlungsfähigkeit könne auch noch bejaht werden, wenn die Illiquidität nur vorübergehender Natur sei, die ausstehenden Schulden nicht zu bedeutend seien und ernsthaft damit zu rechnen sei, dass der Schuldner seinen Verpflichtungen in Zukunft wieder aus eigenen Mitteln werde nachkommen können (Jürgen Brönnimann, a.a.O., S. 447). Die Zahlungsfähigkeit kann aber sicher nicht allein schon deshalb bejaht werden, weil der Schuldner nach der erstinstanzlichen Konkurseröffnung den betreibenden Gläubiger bezahlt. Auf der anderen Seite kann jedoch die Tatsache, dass der Schuldner weitere offene Beteiligungen mittlerweile beglichen hat, als Indiz für eine lediglich vorübergehende Illiquidität gewertet werden.

b) Der Schuldner hat die Voraussetzung der Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Glaubhaftmachung bedeutet im Unterschied zum vollen Beweis, der richterliche Überzeugung verlangt, lediglich eine überwiegende Wahrscheinlichkeit. Die Zahlungsfähigkeit muss mithin wahrscheinlicher sein als die Zahlungsunfähigkeit. Hiefür muss der Schuldner objektive Anhaltspunkte namhaft machen und soweit möglich belegen; blosser Behauptungen genügen nicht (Jürgen Brönnimann, a.a.O., S. 448). Sodann

verlangt der Wortlaut des Gesetzes, dass der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit mit der Einreichung des Rechtsmittels glaubhaft machen muss. Richtigerweise muss die Bestimmung dahingehend verstanden werden, dass die diesbezüglichen Beweismittel längstens bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist noch nachgereicht werden können. In Frage kommen z.B. Belege über erfolgte Zahlungen, welche in einem angemessenen Verhältnis zu den Verpflichtungen des Schuldners stehen, und Belege über die dem Schuldner zur Verfügung stehenden Mittel (wie Bankguthaben, Kreditverträge), sodann Auszüge aus dem Betreibungsregister, eine aktuelle Jahresrechnung oder eine Zwischenbilanz oder zumindest ein finanzieller Status (vgl. Jürgen Brönnimann, a.a.O., S. 448).

c) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die sofort fälligen Schulden in der Höhe von Fr. 163'002.35 seien durch die ihr zur Verfügung stehenden flüssigen Mittel gedeckt. So verfüge sie auf einem WIR-Geld-Konto über Fr. 35'667.50 und zudem habe sie bei der N. AG ein Darlehen im Betrag von Fr. 130'000.- aufgenommen. Daneben seien sofort fällige Forderungen aus Arbeitsleistungen über Fr. 139'183.30 ausstehend.

Aufgrund des eingereichten Kontoauszugs vom 31. Dezember 1996 und zweier Zahlungsbelege ist ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin über ein WIR-Guthaben in der Höhe von Fr. 34'725.55 verfügt. Ebenfalls belegt ist das der Beschwerdeführerin mit Vertrag vom 17. Januar 1997 gewährte Darlehen der N. AG über maximal Fr. 130'000.-. Die Auszahlung dieses Darlehens erscheint aufgrund des eingereichten Zwischenabschluss vom 6. Dezember 1996 der N. AG zudem gesichert. Keine Belege finden sich hingegen für die behaupteten Debitorenguthaben im Umfang von Fr. 139'183.30. Aus dem von der Justizkommission eingeholten Betreibungsregistrauszug des Betreibungsamtes Baar vom 22. Januar 1997 geht ferner hervor, dass die Beschwerdeführerin nebst den von ihr angegebenen Schulden allein im Jahre 1996 für weitere Fr. 183'596.80 betrieben wurde, wovon Betreibungen im Umfang von Fr. 146'446.45 noch unerledigt sind. Davon dürfte sich die bis zur Konkursandrohung fortgeschrittene Betreibung der M. AG vom Juli 1996 über Fr. 2'632.15 inzwischen durch Bezahlung erledigt haben, was aus dem gleichen Grund wohl auch für die im August und September 1995 angehobenen Betreibungen der R. AG und der O. AG über insgesamt Fr. 35'588.55 gilt. Zuzugabe Zeitablaufs werden ferner auch die noch unerledigten Betreibungen aus dem Jahre 1995 über insgesamt Fr. 661'478.10 hinfällig geworden sein, wurde doch keine dieser Betreibungen nach der Erhebung des Rechtsvorschlags bzw. der Anhebung des Betreibungsbegehrens fortgesetzt. Einzige Ausnahme bildet lediglich die im Oktober 1995 angehobene Betreibung von B. über Fr. 6'160.-, welche von der Beschwerdeführerin im Umfang von Fr. 6'232.- anerkannt wird. Geht man somit zugunsten der Beschwerdeführerin davon aus, dass die im Jahre 1995 anhängig gemachten Betreibungen – mit Ausnahme der vorerwähnten –

ebenfalls erledigt worden sind, sind nebst den von der Beschwerdeführerin aufgeführten, sofort fälligen Schulden über insgesamt Fr. 155'445.15 weitere Betreibungen über Fr. 143'814.30 offen. Unter dem Vorbehalt, dass die im Jahre 1996 in Betreibung gesetzten Forderungen zu Recht bestehen, ergibt sich somit eine Schuldsumme in der Grössenordnung von Fr. 299'259.45. Demgegenüber sind – unter Berücksichtigung der nicht belegten Debitorenbestände von Fr. 139'183.30 – verfügbare Vermögenswerte über Fr. 304'850.80 vorhanden. Unter diesen Umständen kann angenommen werden, dass die Beschwerdeführerin im Sinne der vorstehenden Ausführungen zahlungsfähig ist. Die Beschwerdeführerin muss sich allerdings vor Augen halten, dass die eingereichten Unterlagen zur Belegung ihrer Zahlungsfähigkeit eher dürftig sind und dass bei einem erneuten Konkurs höhere Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit zu stellen wären. Insbesondere wären Debitorenguthaben zumindest mit entsprechenden Rechnungen zu belegen. Erforderlich wären vor allem auch Dokumente, welche die Tilgung oder anderweitige Erledigung der im Betreibungsregister aufgeführten Forderungen belegen, was natürlich die Einreichung eines aktuellen Betreibungsregisterauszugs voraussetzt.

4. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Voraussetzungen gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG, unter denen die Justizkommission die Konkurseröffnung aufheben kann, erfüllt sind. Die Beschwerde erweist sich mithin als begründet und ist dementsprechend gutzuheissen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind – ebenso wie die erstinstanzlichen – gleichwohl der Beschwerdeführerin aufzuerlegen, da das Konkursdekret seinerzeit zu Recht erging und die Beschwerdeführerin die Voraussetzung für dessen Aufhebung im Rechtmittelverfahren erst nachträglich geschaffen hat.

(Justizkommission, 4. April 1997, i.S. R. AG / K. AG)

*Art. 207 Abs. 1 SchKG. – Ein im Zeitpunkt der Konkurseröffnung über die Gläubigerin bereits pendentes Rechtsöffnungsverfahren muss nicht eingestellt werden. Die Konkursverwaltung entscheidet, ob sie das Rechtsöffnungsverfahren für die Masse weiterführen will oder ob sie es für angezeigt hält, im Hinblick auf eine Verwicklung in einen allfälligen Anfechtungsprozess den Abstand zu erklären.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Die Beschwerdeführerin rügt, dass der angefochtene Rechtsöffnungsentscheid ergangen sei, obgleich das Verfahren zufolge vorheriger Konkurseröffnung über die Beschwerdegegnerin richtigerweise hätte eingestellt sein müssen. Sie möchte deshalb die Wirksamkeit des Entscheids bis zum Zeit-