

ZSU.2021.267
(SG.2021.253)
Art. 6

Entscheid vom 7. Januar 2022

Besetzung Oberrichter Marbet, Präsident
 Oberrichter Lienhard
 Oberrichter Richli
 Gerichtsschreiber Bastian

Klägerin **A.**_____,
 [...]

Beklagte **B.**_____ **GmbH**,
 [...]
 vertreten durch Rechtsanwalt Luca Barmettler,
 Bahnhofstrasse 8, 6403 Küssnacht am Rigi

Gegenstand Konkurs

Das Obergericht entnimmt den Akten:

1.

1.1.

Die Klägerin betrieb die Beklagte mit Zahlungsbefehl Nr. [...] des Betreibungsamts R. vom 13. April 2021 für eine Forderung von Fr. 20'000.00 nebst 5 % Zins seit 8. Februar 2019.

1.2.

Die Beklagte erhob gegen den ihr am 20. Mai 2021 zugestellten Zahlungsbefehl keinen Rechtsvorschlag.

2.

2.1.

Die Klägerin stellte mit Eingabe vom 15. November 2021 (Postaufgabe: 16. November 2021) das Konkursbegehren, nachdem die Konkursandrohung der Beklagten am 7. September 2021 zugestellt worden war und diese die in Betreuung gesetzte Forderung nicht bezahlt hatte.

2.2.

Der Präsident des Bezirksgerichts Baden erkannte am 7. Dezember 2021:

" 1.

Über die Firma "B. GmbH", [...] wird mit Wirkung ab 7. Dezember 2021, 10:00 Uhr, der Konkurs eröffnet.

2.

Mit der Durchführung des Verfahrens wird das Konkursamt Aargau, Amtsstelle Baden, beauftragt. Vorbehalten bleibt eine allfällige andere Zuweisung durch die leitende Konkursbeamtin. Das Konkursamt wird ersucht, die Konkurseröffnung zu publizieren.

3.

Die Gesuchstellerin haftet als Gläubigerin gemäss Art. 194 i.V.m. Art. 169 SchKG gegenüber dem Konkursamt Aargau für die Kosten, die bis und mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven oder bis zum Schuldenruf entstehen.

4.

Die Entscheidgebühr von Fr. 350.00 wird der Gesuchsgegnerin auferlegt und mit dem in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss der Gesuchstellerin verrechnet, so dass der Gesuchstellerin gegenüber der Konkursmasse eine Forderung von Fr. 350.00 zusteht."

3.

3.1.

Die Beklagte erhob dagegen mit Eingabe vom 17. Dezember 2021 Beschwerde und beantragte die Aufhebung der Konkursöffnung, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. In prozessualer Hinsicht stellte sie den Antrag, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

3.2.

Der Instruktionsrichter des Obergerichts wies das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit Verfügung vom 21. Dezember 2021 ab.

3.3.

Auf die Zustellung der Rechtsmitteleingabe der Beklagten an die Klägerin zur Erstattung einer Beschwerdeantwort wurde verzichtet.

Das Obergericht zieht in Erwägung:

1.

1.1.

Der Entscheid des Konkursgerichts kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Die Parteien können dabei neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 Satz 2 SchKG i.V.m. Art. 326 Abs. 2 ZPO). Die Rechtsmittelinstanz kann die Konkursöffnung aufheben, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld, einschliesslich der Zinsen und Kosten, getilgt oder der geschuldete Betrag bei der Rechtsmittelinstanz zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Diese bundesrechtliche Regelung bezweckt, sinnlose Konkurse über nicht konkursreife Schuldner zu vermeiden (AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 36 N. 58).

1.2.

Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Im Hinblick auf die Aufhebung der Konkursöffnung heisst dies, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher sein muss als seine Zahlungsunfähigkeit. In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt

beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen seine Behauptungen allein nicht. Es liegt am Schuldner, Beweismittel vorzulegen, die geeignet sind, seine Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen. Zahlungsfähig ist der Schuldner, wenn er über ausreichende liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden verfügt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen einen Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (Urteil des Bundesgerichts 5A_33/2021 vom 28. September 2021 E. 2.2 mit weiteren Hinweisen).

2.

Die Beklagte hat die Betreibungsforderung von Fr. 23'180.55 (inkl. Zinsen und Kosten; vgl. vorinstanzliche Akten act. 7 Rückseite) nur im Teilbetrag von Fr. 3'180.55 (nach Abzug des Kostenvorschusses von Fr. 500.00) bei der Obergerichtskasse hinterlegt. In Bezug auf den Restbetrag von Fr. 20'000.00 wendet sie dessen Tilgung bereits vor der Konkurseröffnung ein, allerdings ohne hierzu den gesetzlich verlangten Urkundenbeweis zu erbringen. Die schriftliche Bestätigung eines früheren Vertragspartners der Klägerin, der ihr die treuhänderisch verwalteten Fr. 20'000.00 – unter Abzug unbezifferter Kosten – ausgehändigt haben soll (Beschwerdebeilage 12), reicht hierzu nicht aus, zumal darin ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass keine Unterlagen mehr zur Verfügung stünden.

Ebensowenig ist im vorliegenden Vollstreckungsverfahren von Relevanz, dass sich zwar die Betreibung der Klägerin ausdrücklich gegen die Beklagte richtet, diese aber offenbar nicht Schuldnerin der Betreibungsforderung ist (Beschwerde S. 7 f.). Entgegen der Auffassung der Beklagten ist eine Betreibung ohne Titel nicht nichtig, sondern im Gegenteil ausdrücklich zulässig. Es wäre an der Beklagten gewesen, sich rechtzeitig gegen die (allenfalls) ungerechtfertigte Betreibung mit den dafür zur Verfügung stehenden betreibungsrechtlichen Mitteln (Rechtsvorschlag, Klage nach Art. 85/85a SchKG, etc.) zur Wehr zu setzen.

Somit fehlt es bereits an der ersten Voraussetzung von Art. 174 Abs. 2 SchKG (Hinterlegung/Tilgung der Forderung), weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

3.

Selbst für den Fall, dass der hinterlegten Summe Tilgungswirkung zukäme, wäre die Beschwerde mangels glaubhaft gemachter Zahlungsfähigkeit abzuweisen gewesen.

Die Beklagte macht diesbezüglich mit Hinweis auf den von ihr eingereichten Betreibungsregisterauszug (Beschwerdebeilage 17) und die provisorischen Geschäftszahlen für die Periode 1.1.2020 bis Juni 2021 geltend, ihre Zahlungsschwierigkeiten seien nur vorübergehender Natur und es seien genügend liquide Mittel vorhanden, um die Gläubiger bei Fälligkeit ihre Forderungen zu befriedigen (Beschwerde S. 10). Wie sie dies indessen bei einem aktuellen Verlust von knapp unter Fr. 200'000.00 (trotz Sozialversicherungsleistungen, wohl in Form von Kurzarbeitsentschädigungen, von Fr. 118'826.95 und einem COVID-Kredit von Fr. 29'346.00) bewerkstelligen will, ist unklar. Die Betriebsstruktur der Beklagten offenbart ein derartiges Missverhältnis zwischen Einnahmen und Ausgaben, dass ein erfolgreiches Wirtschaften nicht möglich erscheint. Zwar mag es zutreffen, dass ihr – wie in der Gastronomie üblich – regelmässig liquide Mittel zufließen, die sie zur Bezahlung fälliger Forderungen einsetzen kann. So weist denn auch die Zwischenbilanz per Juni 2021 flüssige Mittel von Fr. 19'543.27 aus, was aber als Momentaufnahme nichts über die Liquidität im Zeitpunkt der Beschwerde im Dezember 2021 aussagt. Alsdann behauptet die Beklagte zwar, ihre sich aus dem Betreibungsregister ergebende Schuld in Höhe von gesamthaft Fr. 98'958.37 regelmässig abbezahlen, einen Nachweis dafür reicht sie jedoch nicht ein. Aus der eingereichten Schuldner-Information des Betreibungsamts R. ergibt sich einzig, dass in der Betreuung Nr. [...] der C. AG ein Ergebnis von Fr. 5'522.60 erzielt werden konnte. In welchem Zeitraum und in welchen Raten diese Zahlungen erfolgten, geht daraus nicht hervor und ebensowenig liegt ein Nachweis dafür vor, dass für die Forderung von D. über Fr. 56'863.00, welche offenbar eine Mietzinsforderung für die Zeit der behördlich angeordneten Betriebsschliessung im Frühjahr 2020 ("Lockdown") betrifft, wie in der Beschwerde (S. 9) behauptet eine Abzahlungsvereinbarung getroffen worden ist. Unter diesen Umständen muss der Beklagten auf Dauer die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit abgesprochen und kann auch kurzfristig nicht von ihrer Zahlungsfähigkeit ausgegangen werden.

4.

Ausgangsgemäss hat die Beklagte die obergerichtliche Entscheidgebühr zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO; Art. 61 i.V.m. Art. 52 GebV SchKG) und ihre eigenen Parteikosten selbst zu tragen. Die Klägerin hatte keine Beschwerdeantwort zu erstatten (Art. 322 Abs. 1 ZPO), weshalb ihr auch keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

5.

Die Zahlung der Forderungssumme kann der im Konkurs befindliche Schuldner nicht zu Lasten der Konkursmasse vornehmen, da er über die Aktiven der Masse nicht zum Nachteil der übrigen Gläubiger verfügen darf (Art. 204 Abs. 1 SchKG). Mit Zustimmung der Konkursverwaltung kann er jedoch den Forderungsbetrag samt Zins und Kosten zu Lasten der Masse bei der Beschwerdeinstanz hinterlegen. Diese überweist den Betrag an den Gläubiger, wenn sie die Beschwerde gutheisst. Bei Abweisung der Beschwerde ist der hinterlegte Betrag an die Konkursverwaltung zu überweisen. Diese hat zu entscheiden, ob er der Konkursmasse, dem Schuldner, der die Geldsumme möglicherweise nach der Konkurseröffnung von dritter Seite als Darlehen erworben hat, oder einem Dritten, der die Hinterlegung in eigenem Namen vorgenommen hat, zusteht (GIROUD/THEUS SIMONI, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. 2021, N. 25 zu Art. 174 SchKG). Die Obergerichtskasse hat daher die bei ihr von der Beklagten hinterlegten Fr. 3'680.55 unter Abzug der obergerichtlichen Gebühr von Fr. 500.00 an das Konkursamt Aargau, Amtsstelle Baden, zu überweisen.

Das Obergericht erkennt:

1.

Die Beschwerde der Beklagten wird abgewiesen.

2.

Die obergerichtliche Entscheidgebühr von Fr. 500.00 wird der Beklagten auferlegt und mit der von der Beklagten in Höhe von Fr. 3'680.55 geleisteten Konkurs hinterlage verrechnet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Die Obergerichtskasse wird angewiesen, nach Rechtskraft des vorliegenden Entscheids die Restanz der von der Beklagten geleisteten Konkurs hinterlage im Betrag von Fr. 3'180.55 an das Konkursamt Aargau, Amtsstelle Baden, zu überweisen.

Zustellung an:

[...]

Mitteilung an:

[...]

Mitteilung nach Rechtskraft an:
[...]

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.00 bzw. in allen übrigen Fällen mindestens Fr. 30'000.00 beträgt, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder es handle sich um einen Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters (Art. 44 Abs. 1, Art. 72, Art. 74, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 7. Januar 2022

Obergericht des Kantons Aargau

Zivilgericht, 4. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Marbet

Bastian