

ZSU.2021.222
(SG.2021.195)
Art. 1

Entscheid vom 3. Januar 2022

Besetzung Oberrichter Marbet, Präsident
 Oberrichter Lienhard
 Oberrichter Richli
 Gerichtsschreiber Bastian

Klägerin **A.**_____,
 [...]

Beklagte **B.**_____,
 [...]
 vertreten durch Rechtsanwalt Eugen Fritschi,
 Klausstrasse 49, 8008 Zürich

Gegenstand Konkurs

Das Obergericht entnimmt den Akten:

1.

1.1.

Die Klägerin betrieb die Beklagte mit Zahlungsbefehl Nr. ... des Betreibungsamtes Q. vom 8. März 2021 für eine Forderung von Fr. 7'264.85 nebst 5 % Zins seit 9. Oktober 2020, Fr. 95.00 Inkassogebühren und Fr. 30.00 Mahnspesen.

1.2.

Die Beklagte erhob gegen den ihr am 23. März 2021 zugestellten Zahlungsbefehl keinen Rechtsvorschlag.

2.

2.1.

Die Klägerin stellte mit Eingabe vom 25. August 2021 das Konkursbegehren, nachdem die Konkursandrohung der Beklagten am 11. Juni 2021 zugestellt worden war und diese die in Betreibung gesetzte Forderung nicht bezahlt hatte.

2.2.

Der Präsident des Bezirksgerichts Baden erkannte am 28. September 2021:

" 1.

Über B., [...] wird mit Wirkung ab 28. September 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 gegen diesen ihr am 1. Oktober 2021 zugestellten Entscheid mit Eingabe vom 11. Oktober 2021 Beschwerde und beantragte die

Aufhebung des Konkurserkennnisses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

3.2.

Der Instruktionsrichter des Obergerichts erteilte der Beschwerde mit Verfügung vom 15. Oktober 2021 die aufschiebende Wirkung.

3.3.

Die Klägerin erstattete keine Beschwerdeantwort.

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 Klägerin hat der Vorinstanz mit Schreiben vom 30. September 2021 den Rückzug ihres Konkursbegehrens mitgeteilt (vgl. vorinstanzliche Akten act. 28). Dies ist zwar nach der Konkurseröffnung nicht mehr möglich, kann aber ohne Weiteres als Verzicht auf die Durchführung des Konkurses im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG interpretiert werden, womit die erste Voraussetzung von Art. 174 Abs. 2 SchKG erfüllt ist. Somit kann offenbleiben, ob die von der Beklagten am 30. September 2021 an das Betreibungsamt Q. vorgenommene Bezahlung von Fr. 8'262.20 (Beschwerdebeilage 3) zur vollständigen Tilgung der Forderung ausreichend gewesen wäre, zumal bei einer Zahlung via Betreibungsamt in der Regel zusätzliche Gebühren anfallen, die innert der Beschwerdefrist bezahlt werden müssen (GIROUD/THEUS SIMONI, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. 2021, N. 21b zu Art. 174 SchKG).

3.

Die Beklagte ist seit dem tt.mm. 1980 im Handelsregister des Kantons Aargau eingetragen, seit dem tt.mm. 1999 mit dem Zweck [...]. Zu den Gründen für die Konkurseröffnung führt sie im Wesentlichen aus, der Geschäftsführer der Beklagten habe sich den Termin der Konkursverhandlung falsch eingetragen und diese deshalb verpasst (Beschwerde S. 3). Zur Zahlungsfähigkeit führt sie sodann im Wesentlichen aus, sie trage derzeit noch die Folgen einer persönlichen Baisse (Trennung von der Ehefrau) ihres Geschäftsführers im Jahre 2019 sowie der Covid-19 Pandemie, während der zeitweise während Monaten keine Aufträge eingegangen seien. Nach einer Umstrukturierung mit einer Reduktion des Personalbestands von 40 auf 20 Mitarbeitende seien unterdessen die Auftragsbücher wieder gut gefüllt und es herrsche Vollbeschäftigung (Beschwerde S. 5/7/9).

Im Betreibungsregister des Betreibungsamts Q. sind seit dem 1. November 2017 insgesamt 139 Betreibungen gegen die Beklagte verzeichnet (Beschwerdebeilage 26). Der Gesamtbetrag der in Betreibung gesetzten Forderungen beträgt gemäss Schuldner-Information des Betreibungsamts Q. per 6. Oktober 2021 Fr. 1'963'752.77, wobei Zahlungen im Gesamtumfang von Fr. 1'084'733.03 geleistet wurden und Fr. 845'041.24 noch offen sind

(Beschwerdebeilage 18). Wenn auch der Gesamtbetrag der dringlichsten Forderungen aufgrund einiger in dieser Berechnung enthaltener mit Rechtsvorschlag eingestellter und nicht mehr fortsetzbarer oder anderweitig erloschener Betreibungen effektiv ein wenig tiefer liegen dürfte, so steht dennoch fest – und wird auch von der Beklagten nicht bestritten –, dass die Beklagte kurzfristig fällige Verbindlichkeiten in Höhe von zumindest einigen hunderttausend Franken hat. Einen Teil davon – mutmasslich die öffentlich-rechtlichen Forderungen, für die gemäss Art. 43 SchKG die Konkursbetreibung ausgeschlossen ist – zahlt sie aufgrund einer aktuell am 23. August 2021 vollzogenen Einkommenspfändung durch monatliche Raten von Fr. 33'000.00 ab (Beschwerdebeilage 28). Über liquide Mittel verfügt die Beklagte ausweislich ihres Kontoauszugs der D. per 4. Oktober 2021 (Beschwerdebeilage 8) und ihrer Zwischenbilanz per 30. September 2021 (Beschwerdebeilage 22) allerdings – trotz Erhalt eines Covid-Kredits über Fr. 300'000.00 im Jahr 2020 (Beschwerde S. 6/9; Beschwerdebeilage 10) sowie eines Kontokorrentkredits von zuletzt noch Fr. 62'500.00 (Beschwerde S. 5 f.; Beschwerdebeilage 9) – nicht. Vielmehr zeigt gerade die Zwischenbilanz die wirtschaftliche Schieflage der Beklagten deutlich auf, indem kurzfristigen Verbindlichkeiten in Höhe von Fr. 1'554'139.55 (Kreditoren Fr. 1'053'571.48 + Kredit E. Fr. 62'500.00 + andere kurzfristige Verbindlichkeiten Fr. 438'068.07) Debitorenforderungen von Fr. 515'386.27 gegenüber stehen. Zwar weist dieselbe Zwischenbilanz auch angefangene Arbeiten im Umfang von Fr. 692'500.00 aus, ohne diese allerdings etwa in Form einer Aufstellung derzeit pender Aufträge in dieser Höhe zu substantiieren. Eingereicht sind einzig einige aktuelle Auftragsbestätigungen und eine Aufstellung aktueller Aufträge im Umfang von gesamthaft rund einer halben Million Franken (Beschwerdebeilagen 17 und 19). Dies zeigt zwar, dass sich die wirtschaftliche Lage der Beklagten tatsächlich etwas zu verbessern scheint, wie die Beklagte aber ihre kurzfristig fälligen Verbindlichkeiten zu bezahlen gedenkt, legt sie in ihrer Beschwerde nicht hinreichend dar. Die prognostisch errechneten Überschüsse der Monate Oktober bis Dezember 2021 von insgesamt Fr. 184'533.00 (Beschwerdebeilage 23) reichen dafür nicht ansatzweise aus, zumal zu berücksichtigen ist, dass im bisherigen Jahresverlauf ein Verlust von Fr. 70'976.71 erwirtschaftet wurde (Beschwerdebeilage 22).

Soweit die Beklagte in ihrer Beschwerde das Gegenteil behauptet, ist ihr entgegenzuhalten, dass sie nur schon zur Tilgung ihrer Verpflichtungen aus dem Pfändungsvollzug, der bis mindestens Mitte 2022 läuft (Beschwerdebeilage 28), sowie ihrer Abzahlungsvereinbarung mit der F., der sie offenbar seit der letzten Zahlung im Mai 2021 nicht mehr nachgekommen ist, und der G. (Beschwerdebeilage 30) monatliche Überschüsse von mindestens Fr. 45'000.00 erzielen müsste (G.: 2'000.00; F.: 10'000.00; Pfändung: Fr. 33'000.00). Wie sie dies – nebst der Befriedigung der weiteren Gläubiger, wie der H., der sie gemäss handschriftlichem Vermerk auf der Schuldanerkennung vom 10. Mai 2017 per 30. September 2021 noch

Fr. 109'822.35 schuldet (Beschwerdebeilage 30), die bereits in Betreuung gesetzt wurden (Beschwerdebeilage 26) – bewerkstelligen will, ist unerfindlich, zumal sie selbst geltend macht, in den Wintermonaten auch in guten Jahren jeweils Verluste einzufahren (vgl. Beschwerde S. 11 f.).

Es ergibt sich somit zusammenfassend, dass die Beklagte zwar offensichtlich bemüht ist, ihre wirtschaftliche Situation zu verbessern, nach dem oben Dargelegten mangels ausreichender Liquidität aber gleichwohl ihre Zahlungsunfähigkeit weit wahrscheinlicher ist, als ihre Zahlungsfähigkeit. Die Beschwerde der Beklagten ist folglich abzuweisen.

4.

Ausgangsgemäss hat die Beklagte die obergerichtliche Entscheidgebühr zu bezahlen (Art. 68 SchKG; Art. 61 i.V.m. Art. 52 GebV SchKG) und ihre eigenen Parteikosten selbst zu tragen. Die Klägerin hat keine Beschwerdeantwort erstattet, weshalb ihr auch keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

Das Obergericht erkennt:

1.

Die Beschwerde der Beklagten wird abgewiesen.

2.

Von Amtes wegen wird Ziffer 1 des Entscheids des Präsidenten des Bezirksgerichts Baden vom 28. September 2021 aufgehoben und es wird erkannt:

1.

Über die B., [...] wird mit Wirkung ab 3. Januar 2022, 14:00 Uhr, der Konkurs eröffnet.

3.

Die obergerichtliche Entscheidgebühr von Fr. 500.00 wird der Beklagten auferlegt.

4.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

Zustellung 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, 3. Januar 2022

Obergericht des Kantons Aargau

Zivilgericht, 4. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Marbet

Bastian