

ZSU.2022.207
(SG.2022.72)
Art. 110

Entscheid vom 31. Oktober 2022

Besetzung Oberrichter Richli, Präsident
 Oberrichter Egloff
 Oberrichterin Massari
 Gerichtsschreiber Huber

Klägerin **A.**_____,
 [...]

Beklagte **B.**____ **GmbH**,
 [...]
 vertreten durch Rechtsanwalt Hansjörg Geissmann,
 Bahnhofstrasse 57, 5000 Aarau
 substituiert durch MLaw Alina Schneider, daselbst

Gegenstand Konkurs

Das Obergericht entnimmt den Akten:

1.

1.1.

Die Klägerin betrieb die Beklagte mit Zahlungsbefehl Nr. xxx des Regionalen Betreibungsamts Q. vom 25. Februar 2022 für eine Forderung von Fr. 83.60 nebst Zins zu 5 % seit 25. Februar 2022 sowie für Verzugszins vom 27. November 2021 bis 24. Februar 2022 von Fr. 1.00 und für eine Bearbeitungsgebühr von Fr. 50.00.

1.2.

Die Beklagte erhob gegen den ihr am 28. Februar 2022 zustellten Zahlungsbefehl keinen Rechtsvorschlag.

2.

2.1.

Mit Eingabe vom 7. Juli 2022 stellte die Klägerin beim Bezirksgericht Aarau das Konkursbegehren, nachdem die Konkursandrohung der Beklagten am 9. Mai 2022 zugestellt worden war und diese die in Betreuung gesetzte Forderung seither nicht bezahlt hatte.

2.2.

Der Präsident des Bezirksgerichts Aarau erkannte am 5. September 2022:

" 1.

Über die **B. GmbH**, X-Strasse, R., wird mit Wirkung ab **5. September 2022, 09:00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.

2.

Mit der Durchführung des Verfahrens wird das Konkursamt Aargau, Amtsstelle Oberentfelden, beauftragt. Vorbehalten bleibt eine allfällige andere Zuweisung durch die leitende Konkursbeamtin.

3.

Das Konkursamt wird ersucht, die Konkurseröffnung zu publizieren.

4.

Die Gesuchstellerin haftet gegenüber dem Konkursamt Aargau für die Kosten, die bis und mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven oder bis zum Schuldenruf entstehen (Art. 169 Abs. 1 SchKG).

5.

Die Gerichtskosten, bestehend aus der Entscheidgebühr von Fr. 200.00, werden der Gesuchsgegnerin auferlegt und mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet, so dass der Gesuchstellerin gegenüber der Konkursmasse eine Forderung von Fr. 200.00 zusteht.

6.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen."

3.

3.1.

Gegen diesen ihr am 13. September 2022 zugestellten Entscheid erhob die Beklagte mit Eingabe vom 15. September 2022 beim Obergericht des Kantons Aargau Beschwerde mit folgenden Anträgen:

" 1.

Es sei der Entscheid des Bezirksgerichts Aarau vom 5. September 2022 vollständig aufzuheben.

2.

Es sei die Konkursöffnung vom 5. September aufzuheben.

3.

Unter o/e-Kostenfolge zu Lasten des Beschwerdegegners."

Ausserdem beantragte sie, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

3.2.

Mit Eingabe vom 22. September 2022 teile die Beklagte dem Obergericht mit, dass sie innert der Beschwerdefrist den Betrag von Fr. 12'000.00 bei der Obergerichtskasse hinterlegt habe, und reichte weitere Unterlagen ein.

3.3.

Der Instruktionsrichter des Obergerichts wies mit Verfügung vom 26. September 2022 das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab.

3.4.

Es wurde keine Beschwerdeantwort eingeholt.

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).

Art. 174 Abs. 2 SchKG erlaubt es dem Schuldner überdies, seine gegen das Konkurserkennntnis erhobene Beschwerde mit bestimmten, erst nach dem angefochtenen Entscheid entstandenen neuen Tatsachen und Beweismitteln (echte Noven) zu begründen und damit von der Beschwer-

deinstanz die Aufhebung des Konkurses zu erlangen. Diese nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetretenen Konkurshinderungsgründe müssen sich innert der Rechtsmittelfrist verwirklicht haben und geltend gemacht werden. Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist vorgebrachte Noven können nicht mehr berücksichtigt werden (BGE 136 III 294, 139 III 491; ROGER GIROUD/FABIANA THEUS SIMONI, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. 2021, N. 20 f. zu Art. 174 SchKG). Die von der Beklagten mit Beschwerde vom 15. September 2022 sowie mit Eingabe vom 22. September 2022 und damit vor Ablauf der Beschwerdefrist eingereichten Belege zur Glaubhaftmachung ihrer Zahlungsfähigkeit sind demnach im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen.

1.2.

Die Rechtsmittelinstanz kann die Konkurseröffnung 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 (KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 36 Rz. 58).

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 Konkurseröffnung 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 Zah-

lungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (Urteil des Bundesgerichts 5A_33/2021 vom 28. September 2021 E. 2.2 mit weiteren Hinweisen).

2.

Die Beklagte macht geltend, ihr einziger Gesellschafter und Geschäftsführer sei gemäss Arztzeugnis vom 5. September 2022 infolge eines Unfalls vom 28. Juni 2022 bis und mit 5. September 2022 zu 100 % arbeitsunfähig gewesen, weshalb er unverschuldet nicht in der Lage gewesen sei, insbesondere die notwendigen Handlungen gemäss Art. 172 SchKG vorzunehmen und an der Konkursverhandlung vom 5. September 2022 teilzunehmen, um eine Abweisung des Konkursbegehrens zu bewirken (Beschwerde S. 3, Rz. 4 ff.). Mit diesem Einwand ist die Beklagte im vorliegenden Verfahren nicht zu hören. Vielmehr hätte die Beklagte nach Wegfall des Hindernisses bei der Vorinstanz ein begründetes Wiederherstellungsgesuch einreichen und die versäumte Rechtshandlung nachholen müssen (Art. 33 Abs. 4 SchKG). Aus der Beschwerde (S. 5, Rz. 13) ist zu schliessen, dass dies nicht geschehen ist. Die Vorladung zur Konkursverhandlung wurde korrekt erlassen und der Beklagten am 19. August 2022 zugestellt (vorinstanzliche Akten [VA] act. 8 ff.). In den vorinstanzlichen Akten finden sich auch keine Hinweise, dass die Beklagte die Vorinstanz darüber informiert hätte, dass ihr einziger Gesellschafter und Geschäftsführer im Verfahren betreffend Konkurseröffnung wegen eines Unfalls weder selber handeln noch rechtzeitig einen Vertreter für die Beklagte bezeichnen konnte. Das geltend gemachte unechte Novum vermag deshalb nicht zu einer Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids zu führen.

3.

3.1.

Die Beklagte hat am 22. September 2022, mithin während der Beschwerdefrist, nach Abzug des Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren von Fr. 500.00 zugunsten der Beklagten Fr. 11'500.00 bei der Obergerichtskasse hinterlegt (Beilage 1 zur Eingabe vom 22. September 2022). Damit ist die Konkursforderung der Klägerin inklusive Zinsen und Kosten von Fr. 412.50 (vgl. VA act. 8) gedeckt und die erste Voraussetzung von Art. 174 Abs. 2 SchKG (Hinterlegung des geschuldeten Betrags beim oberen Gericht zuhanden des Gläubigers) erfüllt.

3.2.

Die Beklagte ist seit dem 30. Januar 2020 mit folgendem Zweck im Handelsregister des Kantons Aargau eingetragen: Führen von Gastronomiebetrieben mit Take Away und Lieferdienst; kann sich an anderen Unternehmen beteiligen, Grundeigentum, Lizenzen, Patente und andere immaterielle Werte erwerben, verwalten, vermitteln und veräussern sowie Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften errichten. Nach Angaben der Beklagten waren pandemiebedingte Umsatzeinbussen in den Jahren 2020

und 2021 ursächlich für die Konkurseröffnung. Mittlerweile habe sich die Beklagte davon erholt und generiere mittlerweile wieder täglich einen Umsatz von durchschnittlich Fr. 3'172.46 (Beschwerde S. 3, Rz. 7).

Ungeachtet dessen hat die Beklagte Liquiditätsprobleme, wovon die Schuldnerinformation des Regionalen Betreibungsamts Q. vom 6. September 2022 (Beschwerdebeilage [BB] 5) zeugt. Darin sind (ohne die der vorliegenden Konkurseröffnung zugrundeliegende) 72 Betreibungen aufgeführt, wovon 23 Betreibungen durch Zahlung an das Betreibungsamt und sechs Betreibungen durch Rückzug erledigt sind und in fünf Betreibungen Verlustscheine nach Art. 149 SchKG in der Höhe von total Fr. 27'137.65 ausgestellt werden mussten. Mithin waren bei Einreichung der Beschwerde am 15. September 2022 noch 38 Betreibungen im Betrag von insgesamt Fr. 172'089.91 offen, wobei in neun Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 76'245.60 Rechtsvorschlag erhoben worden war. Der Auszug aus dem Betreibungsregister ist das wichtigste bzw. unerlässliche Dokument zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit (Urteile des Bundesgerichts 5A_80/2007 vom 4. September 2007 E. 5.2 und 5A_181/2018 vom 30. April 2018 E. 3.1). Die Beklagte hat es allerdings unterlassen, zwecks Glaubhaftmachung ihrer Zahlungsfähigkeit zu jeder als nicht erledigt aufgeführten Forderung Stellung zu nehmen (vgl. GIROUD/THEUS SIMONI, a.a.O., N. 26g zu Art. 174 SchKG; PETER DIGGELMANN, in: Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl. 2014, N. 15 zu Art. 174 SchKG; PHILIP TALBOT, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl. 2017, N. 19 zu Art. 174 SchKG). In der Beschwerde fehlen vielmehr jegliche Ausführungen dazu.

Der bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag genügt sodann bei weitem nicht, um die unbestrittenen Forderungen von rund Fr. 96'000.00 zu tilgen. Gemäss "Verkaufszusammenfassung" (BB 9) erzielte die Beklagte in der Zeit vom 9. August 2022 bis 12. September 2022 einen Bruttoerlös von insgesamt Fr. 111'036.02. Wie sich Aufwand und Ertrag seit dem 1. Januar 2022 bis zur Beschwerdeerhebung entwickelt haben, hat die Beklagte indessen nicht belegt; insbesondere hat sie keinen Zwischenabschluss eingereicht. Für das Jahr 2021 liegt auch kein definitiver Abschluss vor (BB 8). Somit kann nicht beurteilt werden, wie sich Aufwand und Ertrag der Beklagten seit dem 1. Januar 2022 im Vergleich zum Vorjahr und insbesondere seit der schrittweisen Aufhebung der Corona-Massnahmen per 1. März bzw. 1. April 2022 entwickelt haben. Ohne Kenntnis des regelmässig anfallenden Aufwands und Ertrags ist es auch nicht möglich zu beurteilen, ob der Beklagten aktuell und in den nächsten Monaten genügend liquide Mittel zur Tilgung der fälligen Schulden zur Verfügung stehen werden. Aktuelle Bankkontoauszüge, aus welchen hervorginge, welche liquiden Mittel sie kurzfristig abrufen könnte (vgl. GIROUD/THEUS SIMONI, a.a.O., N. 26b zu Art. 174 SchKG; DIGGELMANN, a.a.O., N. 15 zu Art. 174 SchKG), hat die

Beklagte ebenfalls nicht eingereicht. Ein weiteres Indiz für die Zahlungsunfähigkeit ist schliesslich das Vorliegen von fünf Verlustscheinen (Urteil des Bundesgerichts 5A_470/2012 vom 19. November 2012 E. 3.3; GIROUD/THEUS SIMONI, a.a.O., N. 26e zu Art. 174 SchKG). Aus der Zahlungsvereinbarung mit der AHV-Ausgleichskasse vom 23. Juni 2022 (BB 14) vermag die Beklagte schliesslich ebenfalls nichts zu Gunsten abzuleiten, da sich aus den Akten nicht ergibt, ob die Abschlagszahlungen von ihr selbst oder von ihrem früheren Gesellschafter und Geschäftsführer C., auf den die Verfügung, die Ratenrechnungen und die Einzahlungsscheine ausgestellt sind (BB 12 und 14), geleistet werden.

Insgesamt erscheint daher die Zahlungsfähigkeit der Beklagten nicht wahrscheinlicher als ihre Zahlungsunfähigkeit, womit erstere nicht glaubhaft gemacht ist.

4.

Zusammenfassend liegen keine Noven i.S.v. Art. 174 Abs. 1 oder 2 SchKG vor, die zur Aufhebung des vorinstanzlichen Konkurserkennnisses führen würden. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

5.

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

Das Obergericht erkennt:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die obergerichtliche Entscheidgebühr von Fr. 500.00 wird der Beklagten auferlegt und mit der von der Beklagten in Höhe von Fr. 12'000.00 geleisteten Konkurs hinterlage verrechnet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Die Obergerichtskasse wird angewiesen, nach Rechtskraft des vorliegenden Entscheids den Restbetrag der von der Beklagten geleisteten Konkurs hinterlage in der Höhe von Fr. 11'500.00 an das Konkursamt Aargau, Amtsstelle Oberentfelden, 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, 31. Oktober 2022

Obergericht des Kantons Aargau

Zivilgericht, 4. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Richli

Huber