

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2018.6 vom 29. Januar 2018**

BS Appellationsgericht, 2018-01-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_BEZ.2018.6](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_BEZ.2018.6)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2018.6 du 29 janvier 2018

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2018.6 del 29 gennaio 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Der Entscheid des Zivilgerichts betreffend Konkursöffnung kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG, SR 281.1]). Diese Frist hat die Beschwerdeführerin eingehalten. Auf die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde ist somit einzutreten. Zuständig zu ihrer Beurteilung ist das Dreiergericht des Appellationsgerichts (§ 92 Abs. 1 Ziff. 6 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]).

1.2 Wie sich aus den nachstehenden Erwägungen ergibt, ist der Gläubiger inzwischen vollständig befriedigt worden (vgl. unten E. 2.2). Damit ist sein schutzwürdiges Interesse an einer Weiterführung des Verfahrens entfallen. In ausnahmsweiser Abweichung von Art. 322 Abs. 1 ZPO kann daher von der Einholung einer Beschwerdeantwort abgesehen werden (vgl. Diggelmann, in: Hunkeler [Hrsg.], Kurzkomentar SchKG, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 174 N 18; Talbot, in: Kostkiewicz/Vock, Kommentar zum SchKG, 4. Auflage, Zürich 2017, Art. 174 N 10).

### **E. 2**

2.1 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 ist, 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). Die Erfüllung der erwähnten Voraussetzungen muss innerhalb der Beschwerdefrist belegt werden (Giroud, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar SchKG Band II, 2. Auflage, Basel 2010, Art. 174 N 20; BGE 136 III 294 E. 3.2 S. 295 mit Hinweisen).

2.2 Die Beschwerdeführerin hat die Forderung des Gläubigers inzwischen getilgt. Dazu reicht sie eine Quittung des Betreibungsamts vom 31. Januar 2018 über die Zahlung von CHF 14'837.20 ein, mit welcher unter anderem auch die Tilgung der Schuld in vorliegender Betreibung Nr. [ ] bescheinigt wird (Beschwerdebeilage [BB] 5). Des Weiteren legt die Beschwerdeführerin eine (provisorische) Abrechnung des Betreibungsamts vom 31. Januar 2018 ins Recht, aus welcher die Tilgung der Forderung des Gläubigers samt aufgelaufener Zinsen und Kosten hervorgeht (BB 6). Damit ist die eine Voraussetzung für die Aufhebung des Konkurses erfüllt.

### **E. 2.3**

2.3.1 Die andere Voraussetzung ■ die Zahlungsfähigkeit ■ wird bejaht, wenn der Schuldner über ausreichend Mittel verfügt, um zumindest alle fälligen Verpflichtungen zu tilgen (AGE BEZ.2014.31 vom 25. April 2014 E. 2.3.1). Die Zahlungsfähigkeit muss nach dem Gesetzeswortlaut lediglich glaubhaft, das heisst mittels schlüssiger Belege ausreichend wahrscheinlich gemacht werden. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass objektiv betrachtet, liquide ■ das heisst aktuelle, tatsächlich verfügbare ■ Mittel vorhanden sind, mit welchen fällige Forderungen getilgt werden können (Fritschi, Die Weiterziehung des Konkurserkennnisses, BLSchK 67/2003, S. 63; vgl. auch BGer 5A\_912/2013 vom 18. Februar 2014 E. 3). Der wichtigste Beleg in diesem Zusammenhang ist der Auszug aus dem Betreibungsregister (BGer 5A\_126/2010 vom 10. Juni 2010 E. 6.2). Die Zahlungsfähigkeit gemäss Art. 174 SchKG verlangt nicht nur die soeben dargelegte Zahlungsfähigkeit im engeren Sinn ■ also die Fähigkeit, die fälligen Forderungen mit liquiden Mittel zu tilgen ■, sondern setzt auch die "Lebensfähigkeit" des schuldnerischen Betriebs voraus. Der Schuldner muss demgemäss im Zusammenhang mit den in Betreuung gesetzten fälligen Forderungen und den noch nicht fälligen Forderungen nachweisen, dass er imstande ist, seinen Zahlungsverpflichtungen in absehbarer Zeit nachzukommen, so dass die wirtschaftliche Lebensfähigkeit sichergestellt erscheint. Anders als bei der Zahlungsfähigkeit im engeren Sinn, die im Sinn einer Momentaufnahme nach der Liquidität fragt, geht es bei der Lebensfähigkeit oder Sanierungsfähigkeit des Betriebs um die Entwicklung über einen absehbaren künftigen Zeitraum (Fritschi, Verfahrensfragen bei der Konkursöffnung, Zürich 2010, S. 332). Die nachträgliche Aufhebung der Konkursöffnung muss ein wirtschaftlich sinnvoller Entscheid sein, was nur der Fall ist, wenn der schuldnerische Betrieb "lebensfähig" ist (Walder/Kull/Kottmann, in: Jaeger [Hrsg.], Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Auflage, Zürich 1997/99, Art. 174 N 10; vgl. auch AGE BEZ.2014.31 vom 25. April 2014 E. 2.3.1).

2.3.2 Im eingereichten Betreibungsregistrauszug vom 31. Januar 2018 (BB 7) finden sich insgesamt 15 Einträge. Sechs dieser Betreibungen tragen den Vermerk "bezahlt". Aus der Quittung des Betreibungsamts vom 31. Januar 2018 (BB 5) geht hervor, dass sieben weitere Forderungen mit der Barzahlung an diesem Tag beglichen worden sind. Bezüglich der beiden letzten aufgeführten Forderungen der C\_\_\_\_ (nachfolgend: C\_\_\_\_) über CHF 640.30 (Betreibung Nr. [ ]) und CHF 1'748.10 (Betreibung Nr. [ ]) führt die Beschwerdeführerin aus, dass diese bereits vorgängig zur Konkursöffnung beglichen worden seien. Die C\_\_\_\_ habe dies mündlich bestätigt, sich aber geweigert, eine schriftliche Bestätigung abzugeben. Als Beweis beantragt die Beschwerdeführerin die Einvernahme eines Mitarbeiters der C\_\_\_\_ als Zeuge. Im Übrigen macht die Beschwerdeführerin geltend, sie verfügte über genügend liquide Mittel, um die Forderungen der C\_\_\_\_ (nochmals) zu bezahlen (Beschwerde, Rz 13). Auf die Zeugeneinvernahme kann verzichtet werden, weil die Beschwerdeführerin glaubhaft gemacht hat, dass sie über genügend liquide Mittel zur (nochmaligen) Tilgung der Forderungen der C\_\_\_\_ verfügt (dazu nachstehend).

Die Beschwerdeführerin behauptet, als klassischer Dienstleistungsbetrieb benötige sie zum Betrieb ihres Geschäfts vorwiegend Personal, das die jeweiligen Sicherheitsdienstleistungen erbringe (dazu Beschwerde, Rz 21). Ihr Personal sei auf Abruf im Stundenlohn angestellt. Für Januar 2018 bestünden Lohnansprüche von gesamthaft CHF 35'090.18 gemäss Kreditorenliste vom 31. Januar 2018 (BB 17). Auf der Kreditorenliste sind unter anderem auch ein (Brutto-)Lohn von CHF 5'770.83 von D\_\_\_\_\_

und ein (Brutto-)Lohn von CHF 5'770.83 von E\_\_\_\_\_ aufgeführt. D\_\_\_\_\_ ist gemäss Generalvollmacht der Beschwerdeführerin deren Geschäftsführer mit Einzelunterschrift (BB 2). E\_\_\_\_\_ zeichnet in der elektronischen Korrespondenz der Beschwerdeführerin als deren Geschäftsführer Basel (vgl. BB 23). Damit ist davon auszugehen, dass in der erwähnten Lohnsumme auch die Löhne der Vorgesetzten und des administrativen Personals enthalten sind. Alle früheren Lohnforderungen sind gemäss Angaben der Beschwerdeführerin bezahlt (Beschwerde, Rz 21).

Die Beschwerdeführerin führt sodann aus, sie verfüge über ein kleines Büro, das mit drei Arbeitsplätzen ausgestattet sei, sowie über zwei geleaste Fahrzeuge. Die einzigen weiteren laufenden Kosten betreffen die Telefonie (Beschwerde, Rz 22). Der Bruttomietzins für die Geschäftsräume an der [...] in Basel beträgt nachweislich CHF 650.■ (BB 18). Die Leasingraten für die beiden Fahrzeuge belaufen sich gemäss den Leasingverträgen auf je CHF 179.30 (BB 19 und 20). Die Telefoniekosten betragen gemäss den Angaben der Beschwerdeführerin durchschnittlich CHF 600.■ pro Monat. Diese laufenden Kosten seien alle bezahlt (BB, Rz 22).

Auf verschiedenen elektronischen Korrespondenzen der Beschwerdeführerin finden sich neben ihrem Domizil an der [...] in Basel noch Adressen an der [...] in F\_\_\_\_\_ und/oder an der [...] in G\_\_\_\_\_ (vgl. E- Mails vom 26. September 2017 [BB 31], 20. Oktober 2017 [BB 30], 1. November 2017 [BB 29] und 31. Januar 2018 [BB 23]). Auf eingereichten Offerten findet sich neben der Adresse in Basel auch noch diejenige in F\_\_\_\_\_ (Offerten vom 6. Oktober 2017 [BB 25] und 15. November 2017 [BB 24]). Gemäss ihrer Webseite ([http://www.A\\_\\_\\_\\_.ch](http://www.A____.ch)[besucht am 5. Februar 2018]) befindet sich der Hauptsitz der Beschwerdeführerin an der [...] in Basel und hat sie eine Filiale [...] an der [...] in F\_\_\_\_\_ und eine Filiale [...] an der [...] in G\_\_\_\_\_. Auch wenn in F\_\_\_\_\_ und G\_\_\_\_\_ Adressen bestehen, bedeutet dies nicht notwendigerweise, dass die Beschwerdeführerin an diesen beiden Orten über Räumlichkeiten verfügt, für die Kosten etwa in Form von Mietzinsen anfallen würden. Sie muss dort indessen in irgendeiner Form erreichbar sein (z.B. Briefkasten, [Telephon-]Empfang), was zweifelsohne mit Kosten verbunden ist. Hierüber äussert sich die Beschwerdeführerin allerdings nicht.

Darüber hinaus fallen bei der Beschwerdeführerin zusätzlich zu den von ihr erwähnten laufenden Kosten Versicherungsprämien an. Die beiden Fahrzeug-Leasing-verträge vom 30. November 2016, Ziff. 18 verpflichten die Beschwerdeführerin als Leasingnehmerin zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung sowie einer Vollkasko-Versicherung mit Neuwertzusatz (BB 19 und 20). Ausserdem hat sie, wie aus dem Unternehmer-Offertblatt an die [...] vom 6. Oktober 2017 hervorgeht (BB 25), eine Betriebshaftpflichtversicherung abgeschlossen, um die mit ihrer Tätigkeit verbundenen Haftungsrisiken abzudecken. Auch diesbezüglich sind die Angaben der Beschwerdeführerin offensichtlich lückenhaft.

Die Beschwerdeführerin gibt die Höhe ihrer liquiden Mittel mit CHF 69'476.50 an (Beschwerde, Rz 25). Zum Beweis legt sie einen elektronischen Auszug ihres bei der [...] geführten Kontos mit der Nummer [ ] per 31. Januar 2018 ins Recht (BB 9). Aus diesem Auszug geht zwar nicht hervor, auf wessen Namen dieses Konto lautet. Aus dem bei den Akten des Konkursamtes befindlichen Schreiben der [...] vom 31. Januar 2018, wonach die Konten der Konkursitin gesperrt worden seien, ergibt sich jedoch ohne Weiteres, dass die Beschwerdeführerin Inhaberin des genannten Kontos ist.

Auch wenn davon auszugehen ist, dass die fälligen Forderungen insbesondere wegen zusätzlicher Versicherungs- und Adresshalterkosten höher sind als das angegebene Total von CHF 36'700.■ (Löhne Januar CHF 35'090.■ + weitere Kosten CHF 1'610.■), kann die Beschwerdeführerin diese mit den vorhandenen liquiden Mitteln von CHF 69'476.50 bei Weitem decken. Die Zahlungsfähigkeit im engeren Sinn ist demzufolge glaubhaft gemacht.

2.3.3 Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdeführerin auch zahlungsfähig im weiteren Sinn ist, genauer ob der schuldnerische Betrieb "lebensfähig" ist (oben E. 2.3.1). Sie hat keine Jahresabschlüsse eingereicht. Sie begründet dies damit, dass sie ihre Geschäftstätigkeit erst im Verlauf des Jahres 2016 aufgenommen habe. Die Jahresrechnung für das Jahr 2016 erfasse nicht ein gesamtes Geschäftsjahr und sei deshalb nicht aussagekräftig. Die Jahresrechnung für das Jahr 2017 sei aufgrund des erst kürzlich beendeten Geschäftsjahres noch nicht erstellt (Beschwerde, Rz 8). Sie verweist stattdessen auf ihre Debitoren sowie ihre Auftragslage.

Die Beschwerdeführerin behauptet, sie verfüge über Debitoren von CHF 93'442.50 (Beschwerde, Rz 26). Zum Beweis reicht sie eine Debitorenliste vom 31. Januar 2018 ein (BB 21) und beantragt eine Parteibefragung. Gemäss Debitorenliste datieren die Rechnungen vom 16. November 2017 bis 31. Januar 2018 und sind zwischen dem 16. Dezember 2017 und dem 2. März 2018 fällig. Auch wenn die Beschwerdeführerin keine Belege für die in der Debitorenliste aufgeführten Rechnungen und den Bestand dieser Forderungen eingereicht hat, ist es aufgrund der Debitorenliste glaubhaft, dass sie in erheblichem Umfang über Forderungen verfügt, die bereits fällig sind oder in naher Zukunft fällig werden.

Die Beschwerdeführerin führt weiter aus, die H\_\_\_\_\_ habe einen Nachtrag Nr. 2 zum Werkvertrag Nr. 207 vom 23. Juni 2017 bewilligt und um dessen Unterzeichnung und Retournierung ersucht. Dieser Nachtrag generiere Einnahmen von CHF 62'935.50 (Beschwerde, Rz 28) bzw. monatlich CHF 27'000.■ (Beschwerde, Rz 30). Gemäss Begleitschreiben vom 30. Januar 2018 (BB 22) sandte die H\_\_\_\_\_ der Beschwerdeführerin den Nachtrag Nr. 2 zum Werkvertrag Nr. 207 vom 23. Juni 2017 mit der Bitte um Unterzeichnung und Retournierung. Gemäss der ersten Seite des Nachtrags Nr. 2 zum Werkvertrag Nr. 207 (BB 22) wird im Namen der H\_\_\_\_\_ die Annahme der Offerte der Beschwerdeführerin vom 5. Oktober 2017 mit einem Betrag von CHF 62'935.50 bestätigt. Gemäss Offerte Nachtrag vom 5. Oktober 2017 wurden Baustellenbewachungsleistungen der Beschwerdeführerin im Umfang von CHF 62'935.50 in der Zeit vom 6. Oktober bis 30. November 2017 vereinbart. Gestützt auf die erwähnten Urkunden ist es glaubhaft, dass der Auftrag der H\_\_\_\_\_ verlängert worden ist und die Beschwerdeführerin damit in den nächsten Monaten Einnahmen von CHF 62'935.50 erzielen wird.

Die Beschwerdeführerin verweist sodann auf verschiedene laufende Aufträge, darunter zwei Aufträge der H\_\_\_\_\_ mit monatlichen Einnahmen von CHF 27'000.■ bzw. CHF 2'600.■, diverse Verkehrsdienste (monatlich ca. CHF 50'000.■), Bewachung der Basler Herbstmesse (CHF 75'000.■) sowie Winterdienste für drei Gemeinden (CHF 2'000.■) (Beschwerde, Rz 31). Zum Beweis reicht sie eine Übersicht ihrer Aufträge ein (BB 32) und beantragt eine Parteibefragung. Beim grösseren der beiden Aufträge der H\_\_\_\_\_ handelt es sich offensichtlich um den bereits erwähnten Nachtrag Nr. 2 zum Werkvertrag Nr. 2017 (vgl. BB 22). Damit ist dieser Auftrag zwar glaubhaft gemacht, aber nicht zusätzlich zu berücksichtigen. Die weiteren Aufträge hat die Beschwerdeführerin nicht glaubhaft gemacht. Betreffend die ausstehenden Offerten macht die Beschwerdeführerin geltend, sie

könne keine schriftlichen Verträge einreichen, weil es branchenüblich sei, dass die Offerten nur mündlich angenommen würden (vgl. Beschwerde, Rz 29). Selbst wenn diese Behauptung zutreffen sollte, müsste die Beschwerdeführerin zumindest über Kopien der betreffenden Offerten verfügen. Zur Glaubhaftmachung der Aufträge hätten deshalb allermindestens die betreffenden Offerten eingereicht werden müssen und ist die beantragte Parteibefragung nicht geeignet.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe offene Offerten mit einem Auftragsvolumen von über CHF 1 Mio. Es sei branchenüblich, dass die Offerten jeweils erst viele Monate nach der Offertstellung kurz vor dem Einsatz mündlich angenommen würden. Aus diesem Grund könnten keine schriftlichen Verträge eingereicht werden (Beschwerde, Rz 29). Bei sechs der acht eingereichten Offerten wird als Arbeitsbeginn oder voraussichtlicher Arbeitsbeginn Februar 2018 oder ein früheres Datum angegeben (BB 24■26, 28, 29 und 31). Dass diese Offerten noch angenommen werden, ist sehr unwahrscheinlich bis ausgeschlossen. Ob die beiden anderen Offerten (BB 27 und 30) angenommen werden, ist völlig ungewiss. Damit können keine Einnahmen aus offenen Offerten berücksichtigt werden.

Aufgrund der vorstehenden Feststellungen ist es glaubhaft, dass die Beschwerdeführerin mit den verbleibenden liquiden Mitteln auf dem Konto bei der [...] sowie den Einnahmen aus den bestehenden Debitoren und dem Auftrag der H\_\_\_\_ ihren Zahlungsverpflichtungen in absehbarer Zeit nachkommen kann. Dabei ist zu berücksichtigen, dass zumindest die Lohnkosten der auf Abruf im Stundenlohn angestellten Sicherheitsmitarbeiter nur dann anfallen, wenn die Beschwerdeführerin auch entsprechende Aufträge hat. Insgesamt erscheint es somit glaubhaft, dass die Beschwerdeführerin in der Lage sein wird, ihren weiteren kurz- und längerfristigen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen. Damit wurde auch die Zahlungsfähigkeit im weiteren Sinne ■ im Sinne der Lebensfähigkeit ■ glaubhaft gemacht.

### **E. 3**

Aufgrund dieser Erwägungen ist die Beschwerde gutzuheissen und die Konkursöffnung folglich aufzuheben. Mit ihrem säumigen Verhalten hat die Beschwerdeführerin das vorliegende Beschwerdeverfahren veranlasst. Das behauptete Fehlverhalten eines ihrer Mitarbeiters (Beschwerde, Rz 7) muss sich die Beschwerdeführerin anrechnen lassen. Sie hat deshalb trotz Gutheissung der Beschwerde die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des Beschwerdeverfahrens sowie ihre Vertretungskosten zu tragen (Art. 108 ZPO).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.