

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS240034-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 19. März 2024

in Sachen

A. _____ GmbH,
Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ [Stiftung],
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes
Zürich vom 20. Februar 2024 (EK240065)**

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 20. Februar 2024 über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Beschwerdeführerin) den Konkurs (act. 8). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 4. März 2024 rechtzeitig Beschwerde, verlangte sinngemäss die Aufhebung der Konkurseröffnung und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Zudem leistete die Beschwerdeführerin bereits den für die Kosten des Beschwerdeverfahrens vom Obergericht üblicherweise erhobenen Vorschuss von Fr. 750.-- (act. 6/1). Mit Verfügung vom 7. März 2024 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung einstweilen verweigert und die Beschwerdeführerin darauf hingewiesen, dass sie ihre Beschwerde bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist hinsichtlich der Darlegung der Zahlungsfähigkeit ergänzen könne (act. 10). Eine weitere Eingabe ging innert der Rechtsmittelfrist nicht ein.
2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl einen der drei Konkurshinderungsgründe als auch seine Zahlungsfähigkeit innert der Rechtsmittelfrist mit Urkunden nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann vorbringen, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294). Entsprechend und der Systematik folgend hat das Gericht, welches das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat (Art. 57 ZPO), im Rahmen der Prüfung der Aufhebungsgründe aber vorab zu klären, ob Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens vorliegen, sofern entsprechende Rügen vorgebracht werden (KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 174 N 7).

3. Die Beschwerdeführerin ist als GmbH seit dem tt.mm.2022 mit Sitz in Zürich im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt die Erbringung von Dienstleistungen im Gebäudeunterhalt, ... (act. 7). Mit ihrer Beschwerde macht die Beschwerdeführerin einerseits geltend, sie habe vom vorinstanzlichen Verfahren nichts gewusst und erst die Konkursöffnung sei angekommen. Im Büro seien täglich mindestens drei Mitarbeiter/innen tätig und das Büro sei immer besetzt. Wenn der Pöstler geklingelt und etwas abgegeben hätte, wäre dies angekommen (act. 2 S. 2). Andererseits gibt die Beschwerdeführerin zusammengefasst an, eine ehemalige Mitarbeiterin habe die Verträge mit der Beschwerdegegnerin abgeschlossen und die Postbearbeitung, Zahlungen etc. ausgeführt. Sie habe jegliche Korrespondenz zu sich direkt umgeleitet und habe alles für sich behalten und auch gewisse Teilrechnungen nicht bezahlt. Als die Konkursöffnung in der Post gelegen habe, sei dies völlig unerwartet gekommen. Sie sei sehr bestrebt und bemüht, die Firma am Laufen zu halten, weshalb sie auch am 1. März 2024 sämtliche fällige Rechnungen und Beträge direkt beim Konkursamt beglichen habe (act. 2).

4.1. Eine Konkursöffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (Art. 168 SchKG). Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO; vgl. Art. 1 lit. c ZPO). Wird eine eingeschriebene Postsendung nicht abgeholt oder erfolgt keine gültige Ersatzzustellung, so gilt sie gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss erst dann mit der Zustellung eines behördlichen Akts gerechnet werden, wenn ein Verfahrensverhältnis begründet wurde. Damit entsteht für die Partei die prozessuale Verpflichtung, dafür zu sorgen, dass ihr während des hängigen Verfahrens Vorladungen und Entscheide zugestellt werden können (BGer 7B.89/2004 vom 3. Juni 2004 E. 1.2.3.). Nach ständiger Praxis der Kammer (ZR 104/2005 Nr. 43) und bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 138 III 225 E. 3.2) vermag die Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt noch kein Prozess-

rechtsverhältnis in Bezug auf ein allfälliges Konkurseröffnungsverfahren beim Konkursgericht zu begründen. Daraus folgt, dass im Falle misslungener postalischer Zustellungen ein Konkursgericht die Konkursöffnung erst aussprechen darf, wenn die Vorladung zur Konkursverhandlung dem Schuldner durch einen Mitarbeiter des Gerichts (Gerichtswibel etc.) oder durch eine andere Behörde (Gemeindeverwaltung, Polizei) zugestellt wurde oder wenn eine öffentliche Vorladung im Sinne von Art. 141 ZPO erfolgte. Andernfalls wird der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 53 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV), was zur Aufhebung des Entscheides führen muss, weil eine Heilung dieses Verfahrensmangels in zweiter Instanz nicht möglich ist (BSK SchKG II-NORDMANN, 2. Aufl. 2010, Art. 168 N 15).

4.2. Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz (act. 9) ist ersichtlich, dass die Vorladung vom 18. Januar 2024 für die auf den 20. Februar 2024 angesetzte Konkursverhandlung der Beschwerdeführerin am 19. Januar 2024 an ihrem Geschäftsdomizil gegen Unterschrift einer Angestellten zugestellt wurde (act. 9/4 und act. 9/7). Das Konkurserkennnis vom 20. Februar 2024 konnte hingegen nicht zugestellt werden und wurde mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" retourniert (act. 9/11). Da die Beschwerdeführerin aber nach zugestellter Vorladung im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO Kenntnis vom Verfahren hatte, gilt der angefochtene Entscheid als am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch, mithin am 28. Februar 2024, ebenfalls als erfolgt. Daraus lässt sich nichts zu Gunsten der Beschwerdeführerin ableiten.

5.1. Sodann hinterlegte die Beschwerdeführerin mit Zahlung vom 1. März 2024 innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Obergericht des Kantons Zürich zu Gunsten der Beschwerdegegnerin einen Betrag in Höhe von Fr. 7'800.-- (act. 4/3/2 und act. 6/2). Dieser Betrag deckt die Konkursforderung einschliesslich Zinsen und Kosten (Fr. 5'799.--, vgl. act. 10). Des Weiteren bezahlte die Beschwerdeführerin am 1. März 2024 dem Konkursamt Aussersihl-Zürich Fr. 1'200.--, welcher Betrag gemäss Bestätigung des Konkursamtes die Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung deckt (act. 5). Damit hat die Beschwerdeführerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von

Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nachgewiesen. In diesem Fall hat die Beschwerdeführerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

5.2. Die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners ist glaubhaft, wenn für ihr Vorhandensein gewisse objektive Elemente sprechen, so dass das Gericht den Eindruck hat, sie sei gegeben, ohne aber ausschliessen zu müssen, es könne auch anders sein (BGE 130 III 321 E. 3.3; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGE 132 III 715 E. 3.1). In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit 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 aber Behauptungen allein nicht. Es liegt am Schuldner, Beweismittel vorzulegen, die geeignet sind, seine Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den 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 (BGer, 5A_108/2021 vom 29. September 2021 E. 2.2; BGer, 5A_918/2020 vom 26. März 2021 E. 4.1; BGer, 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer, 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer, 5A_118/2012 vom 20. April 2012, E. 3.1; BGer, 5A_328/2011 vom 11. August 2011, E. 2).

5.3. Mit Bezug auf die Zahlungsfähigkeit legte die Beschwerdeführerin ihrer Beschwerde einzig einen Auszug des auf sie lautenden Kontos bei der ZKB vom 27. Februar 2024 bei (act. 4/2). Dieser Auszug weist allerdings lediglich Belastungen und trotz Anstieg des Saldos keine Gutschriften auf. Damit erweist sich der

Auszug als lückenhaft und nicht aussagekräftig. Darüber hinaus reichte die Beschwerdeführerin innert der Rechtsmittelfrist keine weiteren Unterlagen ein. Insbesondere fehlt es – entgegen der Ankündigung in der Beschwerdeschrift – am Betreibungsregisterauszug, welcher einen wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt. Demnach fehlt es umfassend an konkreten Ausführungen und Unterlagen, die geeignet wären ein verlässliches Bild über die aktuelle finanzielle Situation der Beschwerdeführerin zu vermitteln. Vor diesem Hintergrund kann die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin nicht beurteilt werden. Es bleibt daher festzustellen, dass die Beschwerdeführerin nicht glaubhaft zu machen vermag, dass sie zahlungsfähig im Sinne des Gesetzes ist.

6. Die Beschwerde erweist sich daher insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen.

7. Immerhin ist die Beschwerdeführerin aber auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist (dazu insbesondere KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 195 N. 3 und 5).

8. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von Fr. 750.-- sind ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und aus dem geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen. Prozessentschädigungen sind nicht zuzusprechen; der Beschwerdeführerin wegen ihres Unterliegens und der Beschwerdegegnerin mangels entstandener Umtriebe.

Der bei der Obergerichtskasse zugunsten der Beschwerdegegnerin hinterlegte Betrag von Fr. 7'800.-- ist dem Konkursamt Aussersihl-Zürich zuhanden der Konkursmasse der Beschwerdeführerin auszuzahlen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr zugunsten der Beschwerdegegnerin hinterlegten Betrag von Fr. 7'800.-- an das Konkursamt Aussersihl-Zürich zu überweisen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Aussersihl-Zürich, mit besonderer Anzeige und im Urteils-Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Betreibungsamt Zürich 5, je gegen Empfangsschein.
6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um einen Entscheid des Konkurs- oder Nachlassrichters oder der Konkurs- oder Nachlassrichterin im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am:
21. März 2024