

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230116-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. M. Sarbach, Vorsitzender, Oberrichterin lic. iur.
A. Strähl und Ersatzrichterin lic. iur. N. Jeker sowie Gerichtsschreiberin MLaw J. Camelin-Nagel

Urteil vom 7. August 2023

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____ Versicherungs-Gesellschaft AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Horgen vom 13. Juni 2023 (EK230094)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 13. Juni 2023 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Horgen den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 407.30 nebst 6 % Zins seit 5. Juni 2022, Fr. 90.– Umtriebsspesen, Fr. 140.– Rechtsöffnungskosten und Fr. 142.10 Betreuungskosten (act. 3). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 28. Juni 2023 (Datum Poststempel) Beschwerde. Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 29. Juni 2023 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 10).

2.1. Die Schuldnerin macht vorab geltend, ihr sei die Vorladung zur Konkursverhandlung nicht (ordentlich) zugestellt worden. Die Zustellung sei durch Publikation im kantonalen Amtsblatt erfolgt. Dies sei nur zulässig, wenn der Aufenthaltsort des Adressaten unbekannt sei oder trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden könne. Sowohl ihr Beauty-Center als auch ihr Briefkasten seien gut sichtbar. Der Briefkasten sei ordnungsgemäss angeschrieben und das Coiffeur-Geschäft öffne wie in der Branche üblich um 10:00 Uhr. Wenn der Pöstler oder der Stadtammann vor 10:00 Uhr läute, sei noch niemand dort. Die Öffnungszeiten seien dem Internet zu entnehmen (act. 2 Rz. 6 ff.).

2.2. Eine Konkursöffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (vgl. Art. 168 SchKG). Die Zustellung von Vorladungen (und Entscheiden) erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (vgl. Art. 1 lit. c i.V.m. Art. 138 Abs. 1 ZPO). Die Zivilprozessordnung sieht in Art. 141 Abs. 1 die Zustellung durch Publikation im kantonalen Amtsblatt oder im Schweizerischen Handelsamtsblatt vor, nämlich dann, wenn der Aufenthaltsort der Adressatin oder des Adressaten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann (lit. a), wenn eine Zustellung unmöglich oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden wäre (lit. b) oder wenn eine Partei mit (Wohn-)Sitz im Ausland entgegen der Anweisung des Gerichts kein Zu-

stellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet hat (lit. c). Die Zustellung gilt am Tag der Publikation als erfolgt (vgl. Art. 141 Abs. 2 ZPO).

2.3. Entgegen der Auffassung der – anwaltlich vertretenen – Schuldnerin erfolgte die Publikation im Amtsblatt vorliegend nicht, weil ihre Adresse nicht ermittelt werden können, sondern wegen Unmöglichkeit der Zustellung gestützt auf Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO. Von einer Unmöglichkeit darf in der Regel ausgegangen werden, wenn entsprechende Versuche des Gerichts tatsächlich gescheitert sind, beispielsweise wenn der Zustellungsempfänger weder die eingeschriebene Postsendung abholt, noch zuhause persönlich angetroffen werden kann (vgl. KUKO ZPO-WEBER, 2. A., Art. 141 N 2, LUKAS HUBER, DIKE-Komm ZPO, 2. A., Art. 141 N 19.; BSK ZPO-GSCHWEND, 3. A., Art. 141 N 3). Es braucht bei bekannter Adresse drei formelle Versuche auf zwei verschiedenen Wegen damit von einer Unmöglichkeit der Zustellung ausgegangen werden darf (vgl. OGer ZH LF160059 vom 22. Dezember 2016 E. 5. mit Hinweis auf OGer ZH PF150044 vom 2. September 2015 E. 3.3., OGer ZH PS140173 vom 25. Juli 2014 E. 2.2.).

2.4. Den Akten lässt sich entnehmen, dass zunächst eine postalische Zustellung erfolgte, welche die Schuldnerin nicht entgegen nahm und daher nach Ablauf der Abholfrist mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an die Vorinstanz retourniert wurde (act. 8/6). Danach erfolgten am 19. April 2023 und am 9. Mai 2023 zwei Zustellversuche durch das Gemeindeammannamt (act. 8/10). Damit sind drei formelle Zustellversuche auf zwei verschiedenen Wegen erfolgt, weshalb die Vorinstanz zu Recht von einer Unmöglichkeit der Zustellung ausging. Anhaltspunkte dafür, dass sämtliche Zustellversuche vor 10:00 Uhr erfolgt sein sollen und deshalb gescheitert sind, finden sich in den Akten keine. Ausserdem erklärte dies auch nicht, weshalb die Schuldnerin die Vorladung nicht innert der siebentägigen Abholfrist auf der Post hätte abholen können. Die Zustellung der Vorladung zur Konkursverhandlung durch Publikation im kantonalen Amtsblatt ist damit zu Recht erfolgt.

3.1. Die Konkureröffnung kann im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkursaufhebungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nach-

weist (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Die Beschwerde ist innert der Beschwerdefrist abschliessend zu begründen. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Nachfristen können hingegen keine gewährt werden (BGE 139 III 491).

3.2. Die Schuldnerin weist mittels Quittung nach, am 22. Juni 2023 Fr. 9'439.80 bei der Obergerichtskasse hinterlegt zu haben, was die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten ohne weiteres deckt (act. 5/6). Ferner hat die Schuldnerin beim Konkursamt Horgen die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 800.– sichergestellt (act. 5/7). Damit wurde innert der Beschwerdefrist der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung nachgewiesen.

3.3. Es bleibt zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin glaubhaft ist. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine Anzeichen für eine Verbesserung ihrer finanziellen Lage zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen ihre Behauptungen allein nicht. Sie muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck erhält, diese seien zutreffend, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (BGE 132 III 715 E. 3.1.; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die Schuldnerin die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die schon bestehenden Schulden wird abtragen können (vgl. OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014). Bei einem ersten

Konkurs ist der Massstab zudem ein milderer als wenn die Schuldnerin innert vergleichsweise kurzer Zeit ein zweites Mal in Konkurs fällt (vgl. OGer ZH PS180162 vom 17. September 2018 E. 2.3.).

3.4.1. Wesentlichen Aufschluss über die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere ein Auszug aus dem Betreibungsregister. Vorliegend weist der eingereichte Betreibungsregisterauszug der Schuldnerin seit September 2019 zwanzig Betreibungen auf. Lässt man die nun hinterlegte Konkursforderung ausser Acht, sind davon noch vierzehn Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 16'081.11 offen. Davon befinden sich zwei Betreibungen im Stadium der Pfändung und eine im Stadium der Konkursandrohung. Verlustscheine und frühere Konkursöffnungen sind keine registriert (vgl. act. 5/19).

3.4.2. Die Schuldnerin anerkennt, sechs offene Betreibungen im Umfang von Fr. 8'638.35 zu haben (act. 2 Rz. 18). Diesen Betrag hat sie zusammen mit der Konkursforderung bei der Obergerichtskasse zu Händen des Betreibungsamtes hinterlegt (vgl. act. 5/6). Hinsichtlich der restlichen acht Betreibungen macht die Schuldnerin einerseits geltend, sie seien teilweise bereits bezahlt worden (act. 2 Rz. 16), ohne indes Belege einzureichen bzw. konkret anzugeben, welche Betreibungen bereits bezahlt worden sein sollen. Andererseits wendet sie ein, die Betreibungen seien schon über ein Jahr alt, weshalb sie nicht mehr fortgesetzt werden könnten (act. 2 Rz. 17). Dass die einjährige Frist gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG (vermeintlich) abgelaufen ist, bedeutet entgegen der Ansicht der Schuldnerin nicht zwangsläufig, dass diese Betreibungen nicht fortgesetzt werden könnten, zumal die Frist während eines allfälligen Gerichts- oder Verwaltungsverfahrens still steht (Art. 88 Abs. 2 SchKG). Die mehr als zwei Jahre zurückliegenden und mittels Rechtsvorschlag gestoppten Betreibungen (vorliegend die Betreibungen Nr. 1, Nr. 2, Nr. 3, Nr. 4, Nr. 5, Nr. 6, Nr. 7) können im Rahmen der Prüfung der Zahlungsfähigkeit jedoch praxisgemäss unberücksichtigt bleiben (vgl. OGer ZH PS200011 vom 19. März 2020 E. 5.3.3). Das Recht zur Stellung des Konkursbegehrens erlischt sodann 15 Monate nach Zustellung des Zahlungsbefehls. Auch hier steht die Frist während eines Gerichtsverfahrens still (Art. 166 Abs. 2 SchKG). Obwohl nicht bekannt ist, ob die Schuldnerin gegen die Betreibung Nr. 8

im Stadium der Konkursandrohung Rechtsvorschlag erhoben hat und die Betreuung, während eines Verfahrens zur Beseitigung des Rechtsvorschlags still stehen würde, ist im Sinne einer wohlwollenden Prüfung aufgrund des im Betreibungsregister vermerkten Betreibungsdatums vom 26. Februar 2021 zu Gunsten der Schuldnerin davon auszugehen, dass die Frist zur Stellung des Konkursbegehrens (ebenfalls) bereits abgelaufen ist. Es ist daher davon auszugehen, dass die Schuldnerin keine offenen Betreibungen hat.

3.4.3. Die Schuldnerin ist als GmbH seit dem tt.mm.2017 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt den Handel im In- und Ausland mit Waren aller Art, insbesondere mit Haarpflegeprodukten und Kosmetik- und Coiffeurbedarfsartikeln (act. 6).

3.4.4. Zur finanziellen Lage des Unternehmens führte die Schuldnerin aus, sie führe ein gut laufendes Beauty-Center / Coiffeur-Geschäft an bester Lage mitten in C._____. Gemäss Bilanz 2022 bestehe ein langfristiges Fremdkapital über Fr. 150'482.–. Wegen eines Verlustvortrags aus der Corona-Zeit, in welcher sie keinen Ertrag gehabt habe, belaufe sich das Eigenkapital auf – Fr. 27'579.–. Dies stellen sozusagen kapitalersetzende Darlehen der Geschäftsführerin an die Gesellschaft dar. Sie habe diesbezüglich jedoch eine Rangrücktrittserklärung abgegeben, um die Überschuldung zu verhindern. Der Verlust im Jahr 2022 habe Fr. 60'543.– betragen, bei einem Umsatz von Fr. 84'224.–. In Zukunft werde dies jedoch anders aussehen. Im Januar 2023 sei ein Umbau über rund Fr. 30'000.– erfolgt. Seither floriere das Geschäft, was die Einnahmen für die Monate März bis Mai 2023 zeigten. Sie habe einen durchschnittlichen Umsatz von rund Fr. 11'000.– pro Monat erzielt, weshalb mit einem im Vergleich zum Vorjahr wesentlich höheren Jahresumsatz von Fr. 132'000.– zu rechnen sei. Ein Beweis dafür sei die Gehaltserhöhung einer der beiden Angestellten ab 1. Juni 2023. Debitoren habe sie keine, da die Kunden per Kredit- oder Bankkarte, mit Twint oder bar bezahlten. Offene Kreditoren habe sie ebenfalls keine. Sie zahle denn auch regelmässig die Löhne ihrer Mitarbeiter. Sie sei offensichtlich in der Lage, die laufenden Rechnungen zu bezahlen und die öffentlich-rechtlichen Zahlungen an die Steuerämter, an die SVA, an die MWST und an Versicherungen zu tätigen. Das

Kontovermögen bei der Raiffeisenbank betrage per Konkurseröffnung
Fr. 3'489.53 (act. 2 Rz. 14).

3.4.5. Die Schuldnerin reichte die Bilanz und Erfolgsrechnung für das Jahr 2022 ein (act. 5/11). Daraus ist ersichtlich, dass sie im Jahr 2022 einen Verlust von Fr. 60'543.– verbuchte. Dies im Gegensatz zum Vorjahr, wo (immerhin) ein minimaler Gewinn von Fr. 2'683.– erzielt werden konnte. Weshalb das Geschäftsergebnis im Jahr 2022 so schlecht war, erklärt die Schuldnerin nicht. Sie behauptet einzig, aufgrund eines Verlustvortrags aus der Corona-Zeit, in welcher sie keinen Ertrag gehabt habe, sei ihr Eigenkapital so tief. Es mag zwar zutreffen, dass der Verlustvortrag von - Fr. 47'579.– auf die Coronazeit zurückzuführen ist. Dies erklärt aber nicht, weshalb das Geschäftsergebnis für das Jahr 2022 so viel schlechter war wie für das Jahr 2021. Der viel geringere Ertrag von Fr. 84'224.– im Jahr 2022 gegenüber Fr. 121'583.– im Jahr 2021 kann jedenfalls nicht mit der Pandemie zusammenhängen. Entgegen den Ausführungen der anwaltlich vertretenen Schuldnerin beläuft sich ihr Eigenkapital für das Jahr 2022 sodann nicht auf - Fr. 27'579.–, sondern gar auf - Fr. 88'122.–. Dem steht ein Fremdkapital von Fr. 175'818.– gegenüber. Es mag zutreffen, dass die Geschäftsführerin eine Rangrücktrittserklärung über Fr. 150'000.– abgegeben hat (act. 5/11). Dies vermag an der maroden finanziellen Situation der Schuldnerin indes nichts zu ändern. Die Behauptung, es würden keine offenen Kreditoren bestehen, wird sodann durch die Bilanz widerlegt. Dort sind kurzfristige Verbindlichkeiten von Fr. 25'134.– aufgeführt. Dazu äussert sich die Schuldnerin nicht. Sie reicht auch keine Zwischenbilanz ein, aus welcher hervorginge, dass die Schulden mittlerweile tatsächlich getilgt worden sind. Flüssige Mittel sind im Umfang von Fr. 3'476.11 vorhanden (vgl. act. 5/16). Damit lassen sich die Schulden nicht decken. Ebenfalls nicht dargetan und ersichtlich ist, mit welchen Mitteln die Schuldnerin den erfolgten Umbau von Fr. 30'000.– finanziert haben soll.

Was den Geschäftsgang im Jahr 2023 angeht, macht die Schuldnerin geltend, ihr Geschäft floriere mittlerweile. Sie reicht Listen der Einnahmen für die Monate März bis Mai 2023 (act. 5/12) ein, aus welchen ein durchschnittlicher Umsatz von Fr. 11'000.– hervorgeht. Die Schuldnerin geht daher von einem Jahres-

umsatz von Fr. 132'000.– aus (act. 2 Rz. 14). Nicht nachvollziehbar ist, weshalb die Liste der Einnahmen für die Monate Januar und Februar 2023 nicht eingereicht wurden. Die Schuldnerin räumt zudem ein, dass das Geschäft erst ab Februar 2023 floriere, da im Januar 2023 ein Umbau stattgefunden habe. Es ist daher davon auszugehen, dass zumindest im Januar 2023 keine Einnahmen generiert wurden, weshalb maximal mit einem Umsatz von Fr. 121'000.– für das Jahr 2023 zu rechnen ist. Das entspricht dem Umsatz für das Jahr 2021. In diesem Jahr konnte ein Gewinn von Fr. 2'638.– erwirtschaftet werden. Die Personalkosten waren im Jahr 2021 indes um Fr. 15'000.– tiefer als im Jahr 2022 und da die Schuldnerin im Juni 2023 gar eine Lohnerhöhung für eine Mitarbeiterin gewährte (act. 5/15), werden die Personalkosten im Jahr 2023 wohl noch höher ausfallen. Hinzu kommen die Kosten des Umbaus von angeblich Fr. 30'000.–. Ausserdem ist der Verlustvortrag dieses Jahr mehr als doppelt so hoch (Fr. 108'122.–) wie für das Jahr 2021. Damit ist selbst bei dem von der Schuldnerin geltend gemachten Umsatz auch für das Jahr 2023 wieder mit einem (hohen) Verlust zu rechnen. Dass sich in nächster Zeit eine wesentliche Verbesserung der finanziellen Situation der Schuldnerin abzeichnet, ist damit nicht glaubhaft. Vor diesem Hintergrund ist ebenfalls nicht glaubhaft gemacht, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt und neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die schon bestehenden Schulden abtragen werden können. Die Voraussetzungen zur Aufhebung des Konkurses sind daher nicht erfüllt. Die Beschwerde ist abzuweisen. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

3.5. Der bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag von Fr. 9'439.80 ist an die zuständige Konkursverwaltung zu überweisen.

4. Der Vollständigkeit halber ist die Schuldnerin auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach (frühestens nach Ende der Eingabefrist, vgl. Art. 195 Abs. 2 SchKG) die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch das Konkursgericht besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen (also auch die, für welche noch keine Betreuung eingeleitet wurden) beglichen sind

oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

5. Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von Art. 52 lit. b i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 750.– festzusetzen. Eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen; der Schuldnerin nicht aufgrund ihres Unterliegens, der Gläubigerin nicht mangels Umtrieben in diesem Verfahren.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und es wird über die Schuldnerin mit Wirkung ab **7. August 2023, 08:15 Uhr**, der Konkurs eröffnet. Das Konkursamt Horgen wird mit dem Vollzug beauftragt.
2. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 9'439.80 an das Konkursamt Horgen zu überweisen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Horgen, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Horgen, je gegen Empfangsschein und an die Obergerichtskasse.
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:

MLaw J. Camelin-Nagel

versandt am: