

ZG_OBERGERICHT BZ 2024 50 vom 4. Juli 2024

ZG Obergericht, 2024-07-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg_obergericht_BZ_2024_50

FR: ZG_OBERGERICHT BZ 2024 50 du 4 juillet 2024

IT: ZG_OBERGERICHT BZ 2024 50 del 4 luglio 2024

Regeste

II. Beschwerdeabteilung

Erwägungen

E. 1

Die Beschwerdeführerin machte in ihrer Beschwerde geltend, ihr sei weder die Vorladungsanzeige vom 12. März 2024 noch der Entscheid des Konkursgerichts vom 23. April 2024 rechtsgültig zugestellt worden. In den Sendungsverfolgungen der Post für die Vorladung vom 12. März 2024 und für den Entscheid vom 23. April 2024 sei ihre Sitzadresse (F. _____, 6300 Zug) als Empfängeradresse aufgeführt. Dennoch seien beide Sendungen in 5430 Wettingen zugestellt und am Schalter von einer G. _____ entgegengenommen worden. Sie (die Beschwerdeführerin) habe dort weder Sitz noch eine Geschäftsniederlassung bzw. Domiziladresse. Auch der einzige Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin, H. _____, habe keinen Wohnsitz in Wettingen. Es sei unklar, um wen es sich bei G. _____ handle.

Seite 3/8 In ihrer Stellungnahme vom 17. Mai 2024 hielt die Beschwerdeführerin fest, sie habe zeitweilig einen Auszug des Nachsendeauftrages der Post erhältlich machen können. Daraus gehe hervor, dass ein Auftrag im Namen der Beschwerdeführerin zugunsten der Adresse c/o I. _____, 5430 Wettingen bestehe. Gemäss eigener Darstellung betreibe die J. _____ AG digitale Briefkästen. Die physische Briefpost werde zuerst an ein Scan-Center (wohl in Wettingen) gesendet, dort eingelese und über die Plattform der J. _____ AG online für die Kunden zugänglich gemacht. Trotz intern getätigten Abklärungen bleibe für sie (die Beschwerdeführerin) unklar, wer den Nachsendeauftrag bei der Post erstellt habe. Zudem bestehe zwischen ihr und der J. _____ AG kein Vertragsverhältnis. Damit sei sie nicht gehörig zur Konkursverhandlung vorgeladen worden, was eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstelle (vgl. act. 1 Rz 5 ff.; act. 7 N 1 ff.).

E. 1.1

Gemäss Art. 138 ZPO erfolgt die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Abs. 1). Sie ist erfolgt, wenn die Sendung von der Adressatin oder vom Adressaten oder von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegengenommen wurde. Vorbehalten bleiben Anweisungen des Gerichts, eine Urkunde dem Adressaten oder der Adressatin persönlich zuzustellen (Abs. 2). Bei juristischen Personen sind grundsätzlich die im Handelsregister eingetragenen Personen und andere zur Vertretung berechnete Personen empfangsberechtigt (Frei, Berner Kommentar, 2012, Art. 138 ZPO N 11). Die Zustellung

erfolgt am Geschäftssitz der juristischen Person oder an die Pri- vat- oder Geschäftsadresse der zur Vertretung berechtigten Personen (vgl. Stachelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, Art. 138 ZPO N 5, mit Hinweisen; vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_268/2012 vom 12. Juli 2012 E. 3.4). Mit dieser Regelung will das Gesetz sicherstellen, dass gerichtliche Sendungen – analog zu Betreuungsurkunden – in die Hände jener natürlichen Personen gelangen, die für die Gesellschaft handeln können (Urteil des Bundesgerichts 5A_268/2012 vom 12. Juli 2012 E. 3.4). Die Zustellung gilt am siebten Tage nach dem erfolg- losen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern der Adressat mit der Zustellung einer gericht- lichen Urkunde rechnen muss (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Da die Konkursandrohung nach der Rechtsprechung noch kein Prozessrechtsverhältnis begründet, muss der Schuldner eine Vorladung zur Konkursverhandlung nicht erwarten (BGE 138 III 225 E. 3.2). Die Anzeige der Konkursverhandlung muss den Parteien vor ihrer Durchführung zugestellt werden, da es sich um ein formelles Erfordernis der Konkurseröffnung handelt. Nur so ist gewährleistet, dass das Verfahren unter Beachtung der verfassungsmässigen Garantien, insbesondere des Anspruchs auf rechtliches Gehör, durchgeführt wird (BGE 138 III 225 E. 3.3). Die Beweislast für die ordnungsgemässe Zustellung trägt das Gericht. Eine fehlerhaf- te Zustellung entfaltet grundsätzlich keine Rechtswirkungen. Das Gericht hat sie von Amtes wegen zu beachten und die betreffende Prozesshandlung – wie eine Fristansetzung oder eine Vorladung – zu wiederholen. Entstehen dem Adressaten aus der fehlerhaften Zustellung keine negativen Folgen, so wenn er auf andere Weise Kenntnis von der gerichtlichen Urkun- de erhält, kann er sich aufgrund des Missbrauchsverbots nicht darauf berufen (Urteil des Bundesgerichts 5A_44/2021 vom 23. August 2021 E. 2.1.3 m.H.).

E. 1.2

Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin bei der Post einen Auszug des Nachsendeauftrages erhältlich machen können. Daraus geht nach Angaben der Beschwerdeführerin Seite 4/8 hervor, dass ein Auftrag im Namen der Beschwerdeführerin zugunsten der Adresse "c/o I._____, 5430 Wettingen" besteht (vgl. act. 1 Rz 1). Dass diese Gesellschaft die Anzeige der Konkursverhandlung tatsächlich entgegengenommen hat, stellt die Beschwerdeführerin nicht in Abrede und ergibt sich zudem aus der Zustellbescheinigung in den vorinstanzlichen Akten (Vi act. 4). Danach hat eine Angestellte der J._____ AG, G._____, die Anzeige am 13. März 2024 in Wettingen entgegengenommen (vgl. act. 1 Rz 2). Mit der Aushändigung an die bei der J._____ AG angestellte Person wurde die Anzeige gültig zugestellt. Daran vermag der Einwand der Beschwerdeführerin, sie könne sich nicht erklären, wie es zum Nachsendeauftrag gekommen sei, nichts zu ändern. Die Beschwerdeführerin räumt selber ein, dass bei der Post ein Nachsendeauftrag in ihrem Namen zugunsten der Adresse "c/o I._____, 5430 Wettingen" besteht. Wenn die rechtsunterworfenen Person der Post CH AG einen Nachsendeauftrag erteilt, so entbindet sie das nicht von der ursprünglichen Pflicht, für die Entgegennahme besorgt zu sein. Das Verhalten des beauftragten Dritten ist der rechts- unterworfenen Person ebenso zuzurechnen wie deren eigenes Verhalten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_463/2019 vom 8. Juni 2020 vom E. 3.2.4). Folglich ist die Entgegennah- me der Post durch eine Angestellte der J._____ AG der Beschwerdeführerin als eigene Handlung anzurechnen, auch wenn sich die Beschwerdeführerin nicht erklären kann, wie es zum Nachsendeauftrag gekommen ist.

Somit steht fest, dass die Anzeige der Konkursverhandlung der Beschwerdeführerin gültig zugestellt wurde. Der Vorwurf, die Vorinstanz habe das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt, erweist sich daher als unbegründet.

E. 2

Zu prüfen bleibt, ob andere Gründe die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids rechtfertigen.

E. 2.1

Nach Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Rechtsmittelinstanz 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 (Ziff. 1), der geschuldete Betrag bei der Rechtsmittelinstanz zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist (Ziff. 2) oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet (Ziff. 3). Bei der 10-tägigen Rechtsmittelfrist von Art. 174 Abs. 1 SchKG handelt es sich um eine gesetzliche Frist. Die Konkursaufhebungsgründe gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1-3 SchKG sind daher nur zu berücksichtigen, wenn sie sich innert der Rechtsmittelfrist verwirklicht haben und urkundlich nachgewiesen werden. Ferner muss innert der Rechtsmittelfrist die Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht werden. Es ist nicht statthaft, die Frist zur Beibringung der gehörigen Unterlagen zu verlängern (vgl. BGE 139 III 491 E. 4; Urteil des Bundesgerichts 5A_977/2022 vom 28. Februar 2023 E. 2.1.2).

E. 2.2

Die Beschwerdegegnerin bestätigte mit Schreiben vom 2. Mai 2024 und damit innerhalb der zehntägigen Rechtsmittelfrist, dass die Beschwerdeführerin sämtliche Schulden, insbesondere diejenigen aus der Betreibung Nr. E. _____ des Betreibungsamtes Zug, samt Zinsen und Kosten getilgt habe (vgl. act. 1/4). Die Forderung der Beschwerdegegnerin inkl. Zinsen und Kosten ist somit gedeckt und der in Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG erwähnte Konkursaufhebungsgrund gegeben. Bei den Akten liegt weiter ein Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 24. April 2024 an das Betreibungsamt Zug, worin die Beschwerdegegnerin um Rückzug der Betreibung Nr. E. _____ und des Konkurses gegen die Beschwerdeführerin bat (vgl. act. 1/11). Damit erklärte die Beschwerdegegnerin sinngemäss, auf die Durchführung des

Seite 5/8 vorliegenden Konkursverfahrens zu verzichten. Dementsprechend ist auch der in Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG erwähnte Konkursaufhebungsgrund gegeben. Im Folgenden bleibt zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht hat.

E. 2.3

Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache dann, wenn für ihr 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 bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit des Schuldners wahrscheinlicher sein muss als seine Zahlungsunfähigkeit. In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es liegt am Schuldner, Beweismittel vorzulegen, die geeignet sind, seine Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen. Der Schuldner muss namentlich nachweisen, dass gegen ihn kein Konkursbegehren in einer ordentlichen Konkurs- oder in einer Wechselbetreibung hängig

ist und dass keine weiteren vollstreckbaren Betreibungen vorliegen. Wichtigstes bzw. unerlässliches Dokument zum Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit ist der Auszug aus dem Betreibungsregister; vorzulegen ist ein Betreibungsregisterauszug mindestens der letzten drei Jahre. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden vorhanden sind. 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. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck. Dabei sind auch Betreibungen, gegen die Rechtsvorschlag erhoben wurde, im Rahmen der Gesamtbetrachtung der Zahlungsgewohnheiten zu berücksichtigen. Der Schuldner ist daher grundsätzlich gehalten, zu jeder im Betreibungsregister nicht als erledigt aufgeführten Forderung Stellung zu nehmen und behauptete Zahlungsvereinbarungen und geleistete Raten zu belegen (Urteile des Bundesgerichts 5A_353/2022 vom 31. August 2022 E. 2.3 und 2.5.2 und 5A_33/2021 vom 28. September 2021 E. 2.2 und 3.3, je mit Hinweisen). Bei der Beurteilung der Zahlungsfähigkeit kommt dem Richter ein weiter Ermessensspielraum zu (vgl. Giroud/ Theus Simoni, Basler Kommentar, 3. A. 2021, Art. 174 SchKG N 26).

E. 2.5

Zur Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin ist Folgendes festzuhalten:

E. 2.5.1

Gemäss dem von der Beschwerdeführerin eingereichten Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zug vom 19. April 2024 (act. 1/12) wurden gegen sie – nebst der Betreibung, die zur Konkursöffnung geführt hat und aufgrund der Zahlung des geschuldeten Betrags erledigt ist – seit Juni 2023 insgesamt 12 Betreibungen über insgesamt CHF 578'077.33 angehoben. Davon sind drei Betreibungen über CHF 2'250.00 durch Zahlung an das Betreibungsamt erledigt (Nr. K. _____, Nr. L. _____ und Nr. M. _____). Mit Bezug auf die Betreibungen der N. _____ GmbH in der Höhe von CHF 4'327.35 (Nr. O. _____) und CHF 300.00 (Nr. P. _____) hat die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren den Nachweis erbracht, dass sie diese Forderungen am 2. Februar 2024 mit einer Zahlung von insgesamt CHF 4'500.00 per Saldo aller Ansprüche getilgt hat (vgl. act. 1/13). Entsprechend schrieb der Einzelrichter am Kantonsgericht Zug am 5. Februar 2024 das Verfahren betref-

Seite 6/8 fend Konkursöffnung in der Betreibung Nr. O. _____ des Betreibungsamts Zug zufolge Rückzugs ab (vgl. 1/14). Drei weitere Betreibungen über CHF 2'356.55 befinden sich im Stadium der Pfändung (Nr. Q. _____, Nr. R. _____ und Nr. S. _____). Nach – unbelegter – Darstellung der Beschwerdeführerin wurden diese Forderungen am 24. April 2024 beglichen (vgl. act. 1 Rz 24). Gegen die Forderung der Konkursmasse T. _____ AG von CHF 20'000.00 (Betreibung Nr. U. _____) hat die Beschwerdeführerin Rechtsvorschlag erhoben. Diese Schuld wurde nach Darstellung der Beschwerdeführerin vollständig beglichen, aber die Betreibung noch nicht zurückgezogen (vgl. act. 1 Rz 24). Auch gegen die Forderung der Eidgenössischen Steuerverwaltung von CHF 535'716.15 (Betreibung Nr. V. _____) hat die Beschwerdeführerin

Rechtsvorschlag erhoben. Sie bestreitet die Höhe der Forderung, da sie der Auffassung ist, dass ihr Umsatz nicht mehrwertsteuerpflichtig sei. Die Steuer sei nach Auskunft von H._____ in der Zwischenzeit auf rund CHF 28'000.00 reduziert worden (vgl. act. 1 Rz 24). Bei einer weiteren Betreuung der Eid- genössischen Steuerverwaltung über CHF 2'000.00 und einer solchen der W._____ GmbH über CHF 11'127.28 wurde der Zahlungsbefehl zugestellt. Die Beschwerdeführerin bestreitet diese Forderungen in Bestand und Höhe (vgl. act. 1 Rz 24).

E. 2.5.2

Am 17. Mai 2024 reichte die Beschwerdeführerin einen aktualisierten Betreibungsregisterauszug vom gleichen Tag ein. Dieser kann indes, weil die Eingabe nach Ablauf der zehntägi- gen Rechtsmittelfrist erfolgte, nicht mehr berücksichtigt werden (vgl. E. 2.1).

E. 2.5.3

Eine aktuelle Zwischenbilanz fehlt. Es liegt einzig die Bilanz für das Jahr 2022 vor (vgl. act. 1/15) sowie die – vage und nicht überprüfbare – Angabe des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin, wonach für das Geschäftsjahr 2023 grundsätzlich mit ähnlichen Zahlen gerechnet werden könne (act. 1 Rz 25). Stellt man auf die vorhandenen Zahlen und Angaben ab, so verfügt die Beschwerdeführerin über ein Umlaufvermögen bzw. flüssige Mittel von to- tal CHF 19'006.58. Diese Mittel vermögen das kurzfristige Fremdkapital von CHF 856'627.69 nicht annähernd zu decken, was zeigt, dass die Beschwerdeführerin grosse Liquiditätspro- bleme hat. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Bilanz per Ende 2022 ein Anlagevermögen von CHF 18,8 Mio. ausweist, das die langfristigen Verbindlichkei- ten in der Höhe von CHF 15,3 Mio. deutlich übersteigt.

E. 2.5.4

Trotz angespannter Liquiditätsslage war die Beschwerdeführerin in der Lage, innert kurzer Zeit genügend Mittel aufzubringen, um die Konkursforderung samt Zinsen und Verfahrenskosten zu decken bzw. die in Betreuung gesetzten Forderungen teilweise zu begleichen. Diese Mittel stammen, wie die Beschwerdeführerin selbst ausführt, von ihrem wirtschaftlichen Berechtigten H._____, der die Gesellschaft zusammen mit einem Geschäftspartner Ende April 2023 übernommen hat und bestrebt ist, durch Verhinderung des Konkurses und Auf- rechterhaltung der Geschäftstätigkeit das eigene, indirekt gehaltene Vermögen vor Wertzer- fall zu schützen (act. 1 Rz 25, act. 2 Rz 8 f.). Dementsprechend hat dieser am 6. Mai 2024 ein "Unwiderrufliches Zahlungsversprechen" unterzeichnet, wonach er sich verpflichtet, der Beschwerdeführerin – unter der Bedingung, dass der über diese eröffnete Konkurs aufgeho- ben wird – einen Betrag von CHF 1 Mio. zu überweisen (act. 2/18). Mit diesem Liquiditätszu- fluss wird die Beschwerdeführerin in der Lage sein, sämtliche kurzfristigen Verbindlichkeiten zu tilgen. Unter diesen Umständen erscheint die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin glaubhaft, was zur Gutheissung der Beschwerde führt.

Seite 7/8

E. 3

Sind die Voraussetzungen, unter denen die II. Beschwerdeabteilung im Rechtsmittelverfahren die Konkursöffnung aufheben kann, im vorliegenden Fall erfüllt, erweist sich die Beschwerde als begründet. Sie ist daher gutzuheissen und das Konkursdekret ist aufzuheben.

E. 4

Trotz dieses Ausgangs des Beschwerdeverfahrens hat die Beschwerdeführerin die Kosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens zu tragen. Wie erwähnt, erging das Konkursdekret damals zu Recht. Die Beschwerdeführerin hat die Voraussetzungen für dessen Aufhebung erst im Nachhinein geschaffen. Sie hat damit das Beschwerdeverfahren verursacht, weshalb sie auch für diese Kosten einzustehen hat (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Die Beschwerdegegnerin hat sie hingegen bereits mangels eines entsprechenden Antrags nicht zu entschädigen. Urteilsspruch

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