

II. Beschwerdeabteilung

BZ 2023 16

Oberrichter St. Scherer, Abteilungspräsident
Oberrichter M. Siegwart
Oberrichter A. Sidler
Gerichtsschreiberin D. Huber Stüdi

Urteil vom 28. März 2023 [rechtskräftig]

in Sachen

**A. _____ AG,
Beschwerdeführerin,**

gegen

**B. _____ AG,
vertreten durch C. _____ AG,
Beschwerdegegnerin,**

betreffend

Konkurseröffnung in der ordentlichen Betreuung Nr. _____ des Betreibungsamtes Baar
(Beschwerde gegen den Entscheid der Einzelrichterin am Kantonsgericht Zug vom 7. Februar
2023)

Sachverhalt

1. Mit Entscheid vom 7. Februar 2023 eröffnete die Einzelrichterin am Kantonsgericht Zug auf entsprechendes Begehren der B. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) in der Betreuung Nr. _____ des Betreibungsamtes Baar über die A. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) den Konkurs (offener Betrag inkl. Zinsen und Kosten: CHF 622.40). Zur Begründung hielt die Einzelrichterin im Wesentlichen fest, die Parteien seien auf den 7. Februar 2023, 09.00 Uhr, zur Konkursverhandlung vorgeladen worden, seien aber nicht erschienen. Die Beschwerdeführerin habe auch sonst nichts von sich hören lassen, weshalb der Entscheid auf Grundlage der Akten zu fällen sei. Die Beschwerdeführerin sei als Aktiengesellschaft im Handelsregister eingetragen und unterliege daher der Konkursbetreuung. Im vorliegenden Verfahren seien die Voraussetzungen für die Konkurseröffnung erfüllt, weshalb über die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 171 f. SchKG und Art. 251 ZPO der Konkurs zu eröffnen sei (Verfahren EK 2023 7).
2. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 17. Februar 2023 Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zug und beantragte, die Beschwerde sei gutzuheissen und der Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 7. Februar 2023 betreffend Konkurseröffnung vollumfänglich aufzuheben, unter Kosten- und Entschädigungsfolge nach Gesetz. In prozessualer Hinsicht stellte sie den Antrag, es sei der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen mit der Folge, dass der angefochtene Entscheid des Kantonsgerichts Zug nicht in Rechtskraft erwachse und der Konkurs über die Beschwerdeführerin nicht eröffnet werde.
3. Mit Verfügung vom 20. Februar 2023 erkannte der Abteilungspräsident der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu.
4. In der Beschwerdeantwort vom 27. Februar 2023 erklärte die Beschwerdegegnerin, sie halte an ihrer Forderung fest.
5. Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung.

Erwägungen

1. Die Voraussetzungen zur Konkurseröffnung waren im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids erfüllt. Es lagen damals keine Konkurshinderungsgründe vor, weder in formell- noch in materiellrechtlicher Hinsicht (Art. 172 ff. SchKG). Namentlich war in jenem Zeitpunkt die Schuld weder getilgt noch gestundet (Art. 172 Ziff. 3 SchKG). Die Vorinstanz war daher verpflichtet, dem Konkursbegehren ohne Weiteres stattzugeben und über das Vermögen der Beschwerdeführerin den Konkurs zu eröffnen.
2. Nach Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Rechtsmittelinstanz die Konkurseröffnung 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_1005/2020 vom 19. Januar 2021 E. 3.1.2).

3. Die Beschwerdeführerin hinterlegte am 17. Februar 2023, mithin innerhalb der laufenden Beschwerdefrist, den Betrag von CHF 822.40 bei der Gerichtskasse zur Sicherstellung der Forderung der Beschwerdegegnerin inklusive Zinsen und Kosten von CHF 622.40 (vgl. act. 1/2). Der in Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG erwähnte Konkursaufhebungsgrund ist mithin gegeben. Im Folgenden bleibt zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht hat.
4. 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 Gesamtbeurteilung 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, a.a.O., Art. 174 SchKG N 26).

5. Zur Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin ist Folgendes festzuhalten:
- 5.1 Gemäss dem von der Beschwerdeführerin eingereichten Auszug aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Baar vom 9. Februar 2023 sind gegen sie nebst der Betreibung, die zur Konkursöffnung geführt hat, seit April 2021 insgesamt elf Betreibungen über total CHF 27'364.95 anhängig gemacht worden (vgl. act. 1/3). Davon sind fünf Betreibungen über insgesamt CHF 14'551.20 durch Bezahlung an das Betreibungsamt bzw. an Gläubiger erledigt bzw. erloschen. Weitere vier Betreibungen über total CHF 10'194.85 befinden sich im Stadium der Konkursandrohung (Nrn. _____, _____, _____ und _____), und bei zwei Betreibungen über insgesamt CHF 2'618.90 (Nrn. _____ und _____) wurde der Zahlungsbefehl zugestellt. Offen sind demnach gemäss Betreibungsregisterauszug Forderungen in Höhe von CHF 12'813.75. Die Beschwerdeführerin hat innert laufender Beschwerdefrist sämtliche gemäss Betreibungsregisterauszug offenen Forderungen beglichen. Dies geht aus den fünf Zahlungsbestätigungen der D. _____ vom 17. Februar 2023 und den Transaktionsdetails der E. _____ AG per 15. Februar 2023 hervor (vgl. act. 1/4-1/9). Folglich sind keine Betreibungen mehr offen.
- 5.2 Nach Angaben der Beschwerdeführerin hat die Gesellschaft nur tiefe Fixkosten. Der Verwaltungsrat arbeite während des Wiederaufbaus des Geschäfts ohne Entschädigung. Eine Büromiete bestehe nicht, da die Büros vom Verwaltungsrat kostenlos zur Verfügung gestellt würden. Die Beschwerdeführerin beziffert die offenen Kreditoren auf total CHF 8'813.20, bestehend aus zwei Forderungen der F. _____ AG vom 19. Januar 2023 über CHF 2'765.80 und CHF 2'093.45, Versicherungsforderungen von CHF 2'500.00 sowie einer Forderung eines Subunternehmers über CHF 1'453.95, die allerdings noch nicht fällig sei (vgl. act. 1 S. 5).
- 5.3 Die Beschwerdeführerin verfügt bei der E. _____ AG über ein Bankkonto mit einem positiven Saldo von CHF 17'950.07 per 16. Februar 2023 (vgl. act. 1/10). Die vorne in E. 5.1 erwähnten Zahlungen nach Konkursöffnung erfolgten – mit einer Ausnahme (vgl. act. 1/8) – nicht über dieses Konto, sondern wurden offenbar von den Organen der Gesellschaft geleistet (vgl. act. 1 S. 5). Das Bankguthaben von CHF 17'950.07 entspricht somit dem aktuellen Stand. Weiter verfügt die Beschwerdeführerin über offene Debitoren in Höhe von insgesamt CHF 33'025.90. Es handelt sich um eine Forderung gegenüber der G. _____ AG in Höhe von CHF 3'047.15, zwei Forderungen gegenüber der H. _____ AG über CHF 1'101.00 und CHF 1'360.40 sowie fünf Forderungen gegenüber der I. _____ GmbH über CHF 5'169.60, CHF 1'777.05, CHF 15'347.25, CHF 1'453.95 und CHF 3'769.50 (vgl. act. 1/11). Mit dem Bankguthaben von CHF 17'950.07 und den Debitoren von CHF 33'025.90 ist die Beschwerdeführerin in der Lage, die fälligen Kreditoren zu bezahlen. Seit 1. November 2022 konnte die Beschwerdeführerin Einnahmen von total CHF 71'231.07 (bei Ausgaben von CHF 53'430.30) generieren (vgl. act. 1/10). Insgesamt ist die finanzielle Situation der Beschwerdeführerin angespannt, aber knapp ausgeglichen.
- 5.4 Aus der Geschäftskontrolle des Obergerichts und des Kantonsgerichts geht hervor, dass über die Beschwerdeführerin bereits einmal – mit Entscheid der Einzelrichterin am Kantonsgericht Zug vom 26. April 2022 (EK 2022 86) – der Konkurs eröffnet wurde. Die von der Beschwerdeführerin dagegen erhobene Beschwerde hiess das Obergericht des Kantons Zug, II. Beschwerdeabteilung, mit Urteil vom 14. Juni 2022 gut (BZ 2022 54). Weiter wurden am 18. August 2022 – nach der ersten Konkursöffnung – und am 2. Februar 2023 – nach der

zweiten Konkursöffnung – zwei weitere Verfahren auf Konkursöffnung gegen die Beschwerdeführerin eingeleitet, welche zufolge Zahlung erledigt wurden (Verfahren EK 2022 304 und EK 2023 46). Nur bei sehr grosszügiger Betrachtungsweise kann vor diesem Hintergrund angenommen werden, dass die Beschwerdeführerin in der Lage ist, ihren künftigen Verpflichtungen nachzukommen, und ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht hat. Die Beschwerdeführerin muss sich im Klaren sein, dass im Falle einer erneuten Konkursöffnung deutlich höhere Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit gestellt würden.

6. 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.
7. 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

1. In Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 1 des Entscheids der Einzelrichterin am Kantonsgericht Zug vom 7. Februar 2023 aufgehoben und das Konkursbegehren der Beschwerdegegnerin wird zufolge Hinterlegung des offenen Schuldbetrages abgewiesen.
2. Die Gerichtskasse wird angewiesen, vom hinterlegten Betrag von CHF 822.40 einen Anteil von CHF 622.40 an die Beschwerdegegnerin auszuzahlen.
3. Der Beschwerdeführerin wird für das Beschwerdeverfahren eine Spruchgebühr von CHF 750.00 auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 1'800.00 verrechnet. Der Restbetrag von CHF 1'050.00 sowie der zu viel hinterlegte Betrag von CHF 200.00 werden an das Konkursamt Zug überwiesen, das den sich nach Abzug seiner eigenen aufgelaufenen Kosten ergebenden Saldo der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten hat.
4. Gegen diesen Entscheid ist die Beschwerde in Zivilsachen nach den Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) zulässig; die Beschwerdegründe richten sich nach den Art. 95 ff. BGG. Eine allfällige Beschwerde ist innert 30 Tagen seit Zustellung des Entscheids schriftlich begründet und mit bestimmten Anträgen sowie unter Beilage des Entscheids und der Beweismittel (vgl. Art. 42 BGG) beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Die Beschwerde hat nach Art. 103 Abs. 1 BGG in der Regel keine aufschiebende Wirkung.

5. Mitteilung an:

- Parteien
- Kantonsgericht Zug, Einzelrichterin (EK 2023 7)
- Konkursamt Zug
- Handelsregisteramt Zug (im Dispositiv)
- Amt für Grundbuch und Geoinformation des Kantons Zug (im Dispositiv)
- Betreibungsamt Baar (im Dispositiv)
- Gerichtskasse (im Dispositiv)

Obergericht des Kantons Zug

II. Beschwerdeabteilung

St. Scherer
Abteilungspräsident

D. Huber Stüdi
Gerichtsschreiberin

versandt am: