

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS240182-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur.  
A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

## Urteil vom 20. November 2024

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ GmbH,**  
Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

**B. \_\_\_\_\_,**  
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes  
Affoltern vom 12. September 2024 (EK240091)**

**Erwägungen:**

1. Mit Urteil vom 12. September 2024 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichts Affoltern für eine Forderung der Gläubigerin von

Fr.	13'747.00	nebst Zins zu 5% seit 29.08.2023
Fr.	1'060.00	Reglementarische Kosten
Fr.	1'085.00	Verzugszins vor Betreuung
Fr.	212.30	Betreibungskosten
Fr.	- 1'258.00	geleistete Zahlung vom 13.09.2023
Fr.	- 1'258.00	geleistete Zahlung vom 10.10.2023
Fr.	- 1'258.00	geleistete Zahlung vom 14.11.2023
Fr.	- 1'258.00	geleistete Zahlung vom 18.12.2023
Fr.	- 1'258.00	geleistete Zahlung vom 18.01.2024
Fr.	- 1'258.00	geleistete Zahlung vom 13.02.2024
Fr.	- 1'258.00	geleistete Zahlung vom 21.03.2024
Fr.	- 1'258.00	geleistete Zahlung vom 17.05.2024

den Konkurs über die Schuldnerin (act. 8). Dagegen erhob diese mit Eingabe vom 20. September 2024 (Datum Poststempel) Beschwerde. Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und reichte zwei Beilagen ein (act. 2, act. 4/1-2).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Rechtsmittelinstanz die Konkursöffnung aufheben, wenn die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass die Schuld einschliesslich der Zinsen und Kosten getilgt ist, der geschuldete Betrag bei der Rechtsmittelinstanz zuhanden der Gläubigerin hinterlegt ist, oder die Gläubigerin auf die Durchführung des Konkurses verzichtet. Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung hängt nach der Praxis der Kammer davon ab, ob innert der Beschwerdefrist einer der vorgenannten Konkursaufhebungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachgewiesen wird und (falls es darauf ankommt) die Zahlungsfähigkeit der Konkursitin nicht schon auf den ersten Blick geradezu ausgeschlossen ist (vgl. ZR 112 (2013) Nr. 4). Beim Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung muss der geschuldete Betrag einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten vor Ablauf der Beschwerdefrist beim Obergericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt worden sein

(Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichts sind praxisgemäss (ebenfalls vor Ablauf der Beschwerdefrist) beim zuständigen Konkursamt sicherzustellen (OGer ZH PS110095 vom 6. Juli 2011).

3. Mit Verfügung vom 24. September 2024 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung einstweilen verweigert, da es am Nachweis eines Konkursaufhebungsgrundes sowie an der Sicherstellung der Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes und des Konkursamtes fehlte. Die Schuldnerin wurde darauf hingewiesen, dass sie die Beschwerde bis zum Ablauf der Beschwerdefrist betreffend Nachweis eines Konkursaufhebungsgrundes, Sicherstellung der Konkurskosten sowie – unter Nennung der üblicherweise erforderlichen Unterlagen – Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit ergänzen könne. Die Beschwerdefrist beginne erst mit der förmlichen Zustellung des Konkursbescheides, welche bis anhin noch nicht erfolgt sei, zu laufen. Ferner wurde der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.– für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 10). Die mittels Gerichtsurkunde verschickte Verfügung kam mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" zurück (act. 11/1).

4.a) Aus den inzwischen bei der Kammer eingegangenen vorinstanzlichen Akten ergibt sich, dass auch die Zustellungsversuche des Konkursgerichtes scheiterten. So wurde der mit Gerichtsurkunde an die Schuldnerin verschickte Konkursbescheid vom 12. September 2024 am 23. September 2024 als "Nicht abgeholt" an die Vorinstanz retourniert (act. 9/17). Ein zweiter Zustellungsversuch mit Gerichtsurkunde blieb ebenfalls erfolglos (act. 9/21). Schliesslich stellte die Vorinstanz der Schuldnerin den Entscheid per A-Post zu mit dem Hinweis, dass dadurch keine neue Fristen ausgelöst würden. Der Entscheid gelte aufgrund der Zustellungsfiktion von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO am 8. Oktober 2024 als zugestellt (act. 9/22).

Gemäss Praxis der Kammer liegt in der Zustellung per A-Post oder in einer Mitteilung bzw. einer allfälligen Aushändigung einer Kopie des Urteils durch das Konkursamt an die Schuldnerin keine förmliche und damit fristauslösende Zustellung (OGer ZH PS120221 vom 19. November 2012). Entgegen der Ansicht der Vorinstanz kann die Zustellung auch nicht nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO fingiert werden. Gemäss dieser Bestimmung gilt eine eingeschriebene Sendung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste. Letzteres ist bei der blossen Zustellung der Konkursandrohung an die Schuldnerin durch das Betreibungsamt nicht der Fall, da dadurch noch kein Prozessrechtsverhältnis begründet wird. Sodann wurde der Schuldnerin die Vorladung zur Verhandlung über das Konkursbegehren nicht rechtsgenügend zugestellt. Nach einer gescheiterten Zustellung mittels Gerichtsurkunde publizierte die Vorinstanz die Vorladung im Amtsblatt des Kantons Zürich (act. 9/9-11). Dies war gemäss konstanter Praxis der Kammer, wonach es für eine Publikation vorgängig drei formelle Zustellungsversuche auf zwei verschiedenen Wegen braucht, nicht zulässig (nebst vielen OGer ZH PF200090 vom 23. Dezember 2020 E. 4.2; OGer ZH PS190145 vom 23. September 2019 E. 6.a). Mangels eines Prozessrechtsverhältnisses musste die Schuldnerin demnach nicht mit der Zustellung eines Konkursentscheides rechnen, weshalb die Zustellungsfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO nicht greift.

b) Da der Schuldnerin der angefochtene Entscheid durch die Vorinstanz nicht formell zugestellt worden war, holte die Kammer dies durch das Stadttammannamt nach und wies die Schuldnerin darauf hin, dass mit Erhalt des Entscheides die Beschwerdefrist von 10 Tagen ausgelöst werde, innert welcher die Beschwerde gemäss der Verfügung vom 24. September 2024 ergänzt werden könne. Das Stadttammannamt konnte der Schuldnerin die Sendung am 23. Oktober 2024 aushändigen (act. 12-13). Damit endete die Beschwerdefrist am 4. November 2024 (Art. 142 Abs. 1 und 3 ZPO). Noch am 4. November 2024 überbrachte die Schuldnerin – auch ohne formelle Zustellung der Verfügung der Kammer vom 24. September 2024 (oben E. 1.b) – eine weitere Eingabe samt Beilagen (act. 16 und 17/1-5). Gleichentags stellte sie auch die Kosten des Konkursamtes in der Höhe von Fr. 1'800.– sicher (act. 17/4).

Die erst am 7. November 2024 ebenfalls persönlich abgegebenen Unterlagen sind hingegen verspätet und können deshalb nicht mehr berücksichtigt werden (act. 19/1-3, vgl. auch act. 10, nachstehend E. 5.c).

c) Im zweitinstanzlichen Verfahren kann – anders als vor Vorinstanz – eine Zustellungsfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO angenommen werden. Die Schuldnerin hat das Beschwerdeverfahren eingeleitet und musste deshalb mit Zustellungen rechnen. Die Verfügung vom 24. September 2024 wurde an die von ihr auf der Beschwerde bezeichnete Adresse in C.\_\_\_\_\_ verschickt (act. 2 und 11/1). Sie wurde ihr gemäss der Sendungsverfolgung der Post am 25. September 2024 zur Abholung gemeldet, so dass die siebentägige Abholfrist am 2. Oktober 2024 endete (act. 11/1). An diesem Tag gilt die Verfügung als zugestellt. Da die Schuldnerin den Vorschuss für das Beschwerdeverfahren innerhalb der angesetzten Zahlungsfrist nicht geleistet hatte, wurde ihr am 28. Oktober 2024 eine einmalige fünftägige Nachfrist angesetzt (act. 14). Auch diese Verfügung konnte nicht zugestellt werden. Gemäss Sendungsverfolgung wurde der Schuldnerin am 30. Oktober 2024 eine Abholungseinladung hinterlassen. Die siebentägige Abholfrist lief demnach am 6. November 2024 ab (act. 15). Die Schuldnerin leistete den Vorschuss am 1. November 2024 und damit innerhalb der Nachfrist mit Fristende am 11. November 2024 (act. 17/3 und 18).

d) Zur Konkursforderung erklärte die Schuldnerin in ihrer Beschwerde unter Hinweis auf zehn auf ein A4-Blatt kopierte Quittungen, sie habe gemäss Tilgungsplan der Gläubigerin alle zehn Raten à Fr. 1'258.– bezahlt. Die letzte Rate sei am 15. September 2024 bezahlt worden. Die Gläubigerin habe ihr mit Schreiben vom 1. Juli 2024 mitgeteilt, dass ihr Beitragskonto einen Saldo von Fr. 210.– zugunsten der Gläubigerin aufweise. Sie sei aufgefordert worden, diesen Betrag bis zum 31. Juli 2024 zu begleichen (act. 2, act. 4/1-2). Mit Verfügung vom 24. September 2024 wurde der Schuldnerin dargelegt, dass ausgehend vom Konkursbegehren der Gläubigerin vom 12. Juli 2024 und der Aufstellung im angefochtenen Entscheid unter Berücksichtigung von acht Teilzahlungen à je Fr. 1'258.– eine Restforderung der Gläubigerin von Fr. 6'419.10 bestehe (act. 10).

Die Darstellung der Schuldnerin ist nicht schlüssig. Wenn gemäss Tilgungsplan die letzte Rate im September 2024 fällig war, konnte im Juni 2024 der Ausstand kaum bloss Fr. 210.– betragen haben. In ihrer zweiten Eingabe ging die Schuldnerin selbst von einem Ausstand von Fr. 6'419.10 aus und machte geltend, sie habe am 4. November 2024 Fr. 3'903.10 an die Gläubigerin überwiesen und den Restbetrag von Fr. 2'516.– bereits früher in zwei Raten bezahlt, die jedoch noch nicht abgerechnet worden seien. Sie belegt diese Zahlungen mit drei Quittungen (act. 16-16A). Allerdings ist festzuhalten, dass die Quittungen für die beiden Teilzahlungen von je Fr. 1'258.– (total Fr. 2'516.–) vom 20. März und 16. Mai 2024 datieren und die Gläubigerin diese Zahlungen entgegen der Behauptung der Schuldnerin im Konkursbegehren von der offenen Forderung bereits abgezogen hat (act. 8 und 9/1 S. 3 siebte und achte Rate). So finden sich die beiden Zahlungsbelege auch auf der von der Schuldnerin mit ihrer Beschwerde eingereichten Zusammenstellung der zehn Quittungen zum Nachweis der Tilgung der Konkursforderung (act. 4/1). Weder legt die Schuldnerin plausibel dar noch ergibt sich aus den Akten, inwiefern die Zahlungen nicht berücksichtigt worden wären. Somit ist die Konkursforderung im Umfang von Fr. 2'516.– nach wie vor offen.

Wie oben gesehen, rechnete die Gläubigerin im Konkursbegehren nur acht Teilzahlungen an ihre Forderung an, während die Schuldnerin in ihrer Zusammenstellung zehn Quittungen aufführte (act. 9/1 und 4/1). Was es mit den beiden – in der Mitte des A4-Blattes platzierten (act. 17/5) – im Konkursbegehren nicht erwähnten Zahlungsbelegen aus dem Juni und August 2023 auf sich hat, ist nicht ersichtlich. So bleibt mit Blick auf die Zahlungsdaten offen, ob diese beiden Raten bereits Eingang in die Berechnung der Grundforderung (vor Abzug der Raten) durch die Gläubigerin gefunden haben oder ob sie die Konkursforderung gar nicht betreffen und in eine andere Beitragsperiode fallen. Unter diesen Umständen kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Zahlungen zur Tilgung der Konkursforderung, konkret der noch offenen Fr. 2'516.–, erfolgt sind. Weiter ist auch offen, ob die nach den ursprünglichen Angaben der Schuldnerin einzig noch verbliebene Restschuld von Fr. 210.– inzwischen bezahlt wurde. Die Schuldnerin reichte keinen entsprechenden Zahlungsbeleg ein. Somit vermochte sie den Nachweis, dass die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten beglichen ist,

nicht zu erbringen. Die Beschwerde ist daher mangels eines Konkursaufhebungsgrundes abzuweisen.

5.a) Selbst wenn man die Tilgung der Konkursforderung aufgrund der eingereichten Unterlagen bejahen würde, wäre die Beschwerde abzuweisen. Nebst dem Nachweis eines Konkurshinderungsgrundes hat die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat deshalb aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen sie noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Situation zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihr die Tilgung ihrer Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich hingegen eine Schuldnerin, die beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (zum Ganzen vgl. BGer 5A\_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A\_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

b) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss der aktuellen Auskunft aus dem Register des Betreibungsamtes Affoltern am Albis (act. 17/1) wurden seit dem 21. Dezember 2020 bis zum 17. September 2023 lediglich drei Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 17'164.25 eingeleitet. Zwar ist die Beteiligung Nr. 1 durch Rechtsvorschlag gehemmt und die Beteiligung Nr. 2 inzwischen bezahlt (act. 17/1 Seite 3). Wie dargelegt, wies die Schuldnerin jedoch

nicht nach, dass die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Betreuung Nr. 3 inzwischen vollständig getilgt worden ist.

c) Die Schuldnerin erklärte, sie habe keine weiteren Verbindlichkeiten (act. 16) und reichte entsprechend keine Kreditorenliste ein. Dies deckt sich jedoch nicht mit der Aktenlage, weist doch das Konto der Schuldnerin bei der PostFinance per 16. September 2024 inklusive aufgelaufene Zinsen einen Negativsaldo von Fr. 986.93 auf (act. 17/2). Die Schuldnerin reichte die rudimentäre Jahresrechnung per 31. Dezember 2023 nach Ablauf der Beschwerdefrist ein, weshalb sie im Rahmen der Liquiditätsprüfung unberücksichtigt bleiben muss (oben E. 4.b). Auch bei deren Beachtung wäre sie mangels Aktualität nur beschränkt aussagekräftig. So ist am Stichtag etwa ein Kassabestand von knapp Fr. 30'000.– bilanziert. Wären diese flüssigen Mittel noch in ähnlicher Höhe vorhanden, hätte die Schuldnerin die Konkursforderung wohl rechtzeitig bezahlt und auch ihr Postkonto ausgeglichen. Ferner wurde den Grundsätzen an die Rechnungslegung nicht Genüge getan. So fehlen die nach Art. 958d OR anzugebenden Vorjahreszahlen, was die Beurteilung der finanziellen Entwicklung der Schuldnerin verunmöglicht. Die Schuldnerin machte sodann keine Debitoren geltend. Vielmehr erklärte sie in ihrer Beschwerde, sie verfüge über kein Geld (act. 2), was sich mit dem negativen Kontostand ihres Postkontos deckt. Weitere Vermögenswerte, welche zur Aufrechterhaltung des Betriebes nicht benötigt werden, sind nicht bekannt. Verlässliche Rückschlüsse auf den Geschäftsgang sind in Anbetracht der lückenhaften Unterlagen kaum möglich.

Aufgrund der eingereichten Unterlagen ist davon auszugehen, dass die Schuldnerin ihre offenen Verbindlichkeiten (Konkursforderung und Negativsaldo) nicht zu decken vermag. Wie sie diese abbauen und in Zukunft ihren laufenden Verpflichtungen regelmässig nachkommen will, bleibt offen. Anzumerken ist, dass im Kontoauszug der PostFinance zwischen Oktober 2023 und August 2024 zwar regelmässige Gutschriften verzeichnet sind, die Belastungen diese Zahlungseingänge aber knapp übersteigen (act. 17/2). Auch zur bisherigen Profitabilität äusserte sich die Schuldnerin nicht, sondern verweist lediglich auf ihre weiteren geschäftlichen Verpflichtungen, für welche die Konkurseröffnung weitreichende Fol-

gen hätte (act. 16). Immerhin ist in diesem Zusammenhang auf den im Jahr 2023 erwirtschafteten Verlust von Fr. 9'813.38 hinzuweisen (act. 19/1). Die Schuldnerin vermochte mithin ihre Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft darzutun, weshalb die Beschwerde auch aus diesem Grund abzuweisen ist.

6. Ausgangsgemäss sind die Kosten beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage einer Kopie von act. 2 und 16, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Affoltern ZH, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Affoltern a.A., je gegen Empfangsschein.
4. 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. S. Bohli Roth

versandt am:  
21. November 2024