

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS200219-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 4. Dezember 2020

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 30. Oktober 2020 (EK200469)

Erwägungen:

1. A. _____ AG (Schuldnerin und Beschwerdeführerin, nachfolgend Schuldnerin) ist seit dem tt.mm.2008 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Die Gesellschaft bezweckt das Betreiben von Fitness- und Kraft-Centers sowie den Handel mit Waren aller Art (act. 6). Gestützt auf das Konkursbegehren in der Betreuung Nr. 1 der Stiftung Auffangeinrichtung BVG (Gläubigerin und Beschwerdegegnerin, nachfolgend Gläubigerin) vom 25. September 2020 (act. 8/1) eröffnete das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur mit Urteil vom 30. Oktober 2020, 09.20 Uhr, für eine Forderung von Fr. 4'590.45 einschliesslich Zinsen und bisherige Betreuungskosten über die Schuldnerin den Konkurs (act. 7). Mit Eingabe vom 12. November 2020 (Poststempel) erhob sie innert Frist Beschwerde (act. 8/7 S. 1 i.V.m. act. 7) und beantragte (act. 2 S. 2):

"1. Es sei der am 30. Oktober 2020, 09.20 Uhr, über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin A. _____ AG, ... [Adresse] eröffnete Konkurs (...) aufzuheben;

2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin (zzgl. MwSt.)".

Überdies wurde in prozessualer Hinsicht die Gewährung der aufschiebenden Wirkung verlangt (act. 2 S. 2). Mit Verfügung vom 13. November 2020 wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9).

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. All dies hat vor Ablauf der Rechtsmittelfrist zu erfolgen. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbe-

schränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind.

3. Die Schuldnerin wies nach, dass die Konkursforderung mit Teilzahlungen von insgesamt Fr. 4'591.– getilgt wurde, nämlich mit Banküberweisungen von Fr. 650.05 am 7. Oktober 2020 (Zürcher Kantonalbank, act. 5/3), von Fr. 3'669.70 am 5. November 2020 (Zürcher Landbank, act. 5/4) und mit Posteingahlung von Fr. 271.25 am 11. November 2020 (act. 5/5). Ausserdem stellte die Schuldnerin die Kosten des Konkursamtes und die vorinstanzlichen Kosten, insgesamt Fr. 800.–, beim Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur sicher. Dies bestätigte das Konkursamt mit Schreiben vom 3. November 2020 (act. 5/7). Damit ist ein Konkursverhinderungsgrund (Tilgung) im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG dargetan. Für das Beschwerdeverfahren leistete die Schuldnerin einen Kostenvorschuss (act. 11).
4. Nebst dem Nachweis des Eintrittes eines Konkursverhinderungsgrundes hat der Schuldner im Beschwerdeverfahren seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und dass er bestehende Altlasten innert längstens zweier Jahre abtragen kann. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und der Schuldner auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihm die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass wirklich glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien bloss vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft

machen muss, so genügen Behauptungen allein nicht. Er muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck hat, die Behauptungen seien zutreffend, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (BGE 132 III 715 Erw. 3.1.; BGE 132 III 140 Erw. 4.1.2; BGer 5A_297/2012 von 10. Juli 2012 Erw. 2.3).

5. Die Beschwerdeführerin brachte vor, sie sei seit ihrer Gründung über mehrere Jahre in einem hart umkämpften Markt erfolgreich geführt worden. Sie geniesse bei ihren Kunden einen guten Ruf und verfüge heute über eine breit gestreute, treue Kundschaft. Seit den Jahren 2017 bis 2018 sei die Mitgliederanzahl konstant gestiegen. Die finanziellen Schwierigkeiten hätten im Wesentlichen gegen Ende des Jahres 2014 sowie im Jahr 2015 begonnen. Im Jahr 2014 habe sie u.a. einen Umbau des Studios in B._____ finanziert, um der Kundschaft eine schönere, modernere Trainingsumgebung zur Verfügung stellen zu können. Gleichzeitig seien ab dem Jahr 2015 in der näheren Umgebung weitere Fitnessstudios bekannter Betreiber wie Pilze aus dem Boden geschossen, was die Kundschaft teilweise veranlasst habe, in diesen neueren Fitnessstudios zu trainieren, und sie weniger Einnahmen generiert habe. Aufgrund all dieser Faktoren hätten sich die Geschäftsjahre ab dem Jahr 2015 als sehr schwierig gestaltet. Weil sie den Konkurrenzkampf unterschätzt habe, habe sie es zudem verpasst, frühzeitig entsprechende Massnahmen zur Verbesserung ihrer Situation zu ergreifen. Als erste Sanierungsmassnahme sei im Jahr 2017 das Fitnessstudio in C._____ BE verkauft worden. Als weitere erhebliche Sanierungsmassnahme sei der Personalbestand im Jahr 2018 und per März 2019 von vier auf noch eine Person gesenkt worden. Gleichzeitig habe sich dadurch die Miete von zwei Parkplätzen erübrigt, die deshalb gekündigt worden seien. Sie sei ausserdem dabei, über die Reduktion der Miete zu verhandeln. Es seien also diverse notwendige Sanierungsmassnahmen eingeleitet worden, welche ihre Wirkung jedoch erst im Laufe von 2020 und 2021 entfalteteten, weil zunächst u.a. ein grosser Schuldenberg abzutragen sei. Im Jahr 2020 seien dann die Massnahmen zur Eindämmung von Covid19 erschwerend dazugekommen (act. 2 S. 11-13). Sie habe seit dem Jahr 2017 erfolgreich Massnahmen zur

Verbesserung der finanziellen Lage ergriffen, die Ausgabenseite unter Kontrolle gebracht und - insbesondere auch aufgrund der Zusammenarbeit mit dem Treuhänder - eine klare Strategie für die Zukunft. Sie sei aufgrund der pandemischen Lage in Liquiditätsschwierigkeiten geraten. Die zu erwartenden Zahlungseingänge würden ihr in den nächsten Monaten die nötige Liquidität bringen, um sowohl die laufenden Kosten zu decken, wie auch die aufgelaufenen Schulden abzutragen. Auch die relativ geringe Höhe der zur Konkursöffnung führenden Forderung von weniger als Fr. 5'000 zeige, dass diese kein Ausdruck von Zahlungsunfähigkeit gewesen sei, sondern die erforderlichen Schritte zur Verhinderung der Konkursöffnung schlicht aufgrund der durch das neue Corona-Virus verursachten aussergewöhnlichen Situation untergegangen seien (act. 2 S. 14-15).

6. a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage der Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Im Zeitraum vom 13. November 2015 bis 2. November 2020 wurden 117 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 579'563.96 eingeleitet (act. 5/8). Davon sind gemäss Auszug aus dem Register des Betreibungsamtes Oberwinterthur vom 2. November 2020 ohne die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung noch 40 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 311'027.26 offen. Für 6 Forderungen im Betrag von Fr. 17'605.90 wurde die Beteiligung eingeleitet, 7 Beteiligungen im Betrag von Fr. 68'433.3 befinden sich im Stadium der Konkursandrohung und 17 Forderungen im Betrag von Fr. 180'905.91 sind mit einem Rechtsvorschlag behaftet. Für 8 Beteiligungsforderungen im Betrag von Fr. 39'295.55 erfolgte die Pfändung und 2 Beteiligungen im Betrag von Fr. 4'786.6 befinden sich im Stadium des Pfändungsvollzuges. Die Beschwerdeführerin machte geltend, sie habe die folgenden Forderungen beglichen (act. 2 S. 9 und S. 11):
- D. _____ AG (Beteiligung Nr. 2, KA, Fr. 890.10)
 - E. _____ GmbH (Beteiligung Nr. 3, ZB, Fr. 1'593.95)
 - F. _____ GmbH (Beteiligung Nr. 4, KA, Fr. 624.65)
 - G. _____ (Schweiz) GmbH (Beteiligung Nr. 5, KA, Fr. 5'385.00).
- Lediglich für die letztgenannte Gläubigerin brachte die Beschwerdeführerin

einen Zahlungsnachweis (act. 5/17). Die blossе Behauptung, die Forderungen seien bezahlt worden, reicht nicht, weshalb lediglich die Forderung der G._____ (Schweiz) GmbH, im Betrag von Fr. 5'385.00 die Betreibungsausstände reduziert. Ferner sind auch die offenen Beteiligungen, die von den Gläubigern innert der Frist von Art. 166 SchKG nicht weiter verfolgt worden sind, zu berücksichtigen. Das sind (und bleiben) Schulden der Beschwerdeführerin. Zur bestrittenen Forderung gegenüber der H._____ (Schweiz AG) in der Höhe von Fr. 1'111.46 (Beteiligung Nr. 6) behauptete die Beschwerdeführerin, es liege eine Fehlbuchung vor, bzw. die Zahlungen hätten sich gekreuzt, sie sei mit der Gläubigerin in Kontakt (act. 2 S. 9). Es rechtfertigt sich, diese Forderung unberücksichtigt zu lassen. Nach Abzug dieser beiden Zahlungen sind somit noch Beteiligungsorderungen in der Höhe von Fr. 304'530.80 [Fr. 311'027.26 - (Fr. 5'385.00 + Fr. 1'111.46)] offen. Die Schuldnerin legte ferner einen Konto-Auszug des Beteiligungsamtes bei. Daraus geht hervor, dass die Schuldnerin gestützt auf die vom Beteiligungsamt gewährten Zahlungsaufschübe für Forderungen der Ausgleichskasse etc. regelmässig à conto Zahlungen geleistet hat und das Konto per 31. Oktober 2020 ein Guthaben von Fr. 2'744.05 ausweist (act. 5/11). Dieses Guthaben ist an die Schulden anzurechnen, so dass heute noch ein Ausstand von Fr. 301'786.75 (Fr. 304'530.80 - Fr. 2'744.05) besteht. Hinsichtlich der seit 18. Juni 2019 eingeleiteten und noch offenen Beteiligungen betreffen 17 Beteiligungen (Gesamtbetrag Fr. 179'500.25) Forderungen der eidgenössischen Steuerverwaltung (Forderungsbetrag insgesamt Fr. 110'372.90; 6 Beteiligungen, 3 mit Rechtsvorschlag), der Ausgleichskasse des Kantons Zürich (Forderungsbetrag insgesamt Fr. 54'330.95; 5 Beteiligungen, 4 mit Rechtsvorschlag) und des Staates Zürich sowie der Stadt Winterthur bzw. des Kantonalen Steueramtes Zürich (Forderungsbetrag insgesamt Fr. 14'796.40, 4 Beteiligungen, eine mit Rechtsvorschlag). Unter Hinweis, dass seitens der Eidgenössischen Steuerverwaltung für die Mehrwertsteuer eine Ermessenseinschätzung über Fr. 104'500.– vorliege, geht die Schuldnerin anhand ihrer Berechnungen davon aus, dass für die Steuerjahre 2018 bis 2019 Fr. 76'208.– zu viel in Rechnung gestellt wurden und

deshalb die effektiv geschuldeten Mehrwertsteuern bereits bezahlt worden sind (act. 2 S. 9). Sie reichte dazu eine Aufstellung ihres Treuhänders und dessen Stellungnahme ein (act. 5/13, act. 5/12 S. 2). Es rechtfertigt sich, die korrigierten Mehrwertsteuerabrechnungen zu berücksichtigen. Bezüglich der Forderungen der Ausgleichskasse erwartet die Schuldnerin eine Bereinigung der Beitragsabrechnungen, da sie seit dem 1. April 2019 kein SVA-pflichtiges Personal mehr beschäftigt (act. 2 S. 9). Über die Höhe der effektiven Beiträge äussert sich die Schuldnerin nicht. In der Bilanz werden per 31. Dezember 2019 Personalkosten in der Höhe von Fr. 97'142.23 ausgewiesen (act. 5/21). 2019 betragen die AHV-Abzüge 6,225% für Angestellte. Ob die von der Schuldnerin angestellte Aushilfe gegenüber den Sozialversicherungen als selbständig Erwerbende behandelt wird, ist zur Zeit nicht bekannt, eben so wenig, welchen Lohn das bis März 2019 angestellte Personal erzielte. Unter der Annahme, dass insgesamt 12.45% des Bruttolohnes geschuldet sind und die ausgewiesene Lohnsumme 93.775% (100% - 6.225%) zuzügl. BVG-Anteil entspricht, dürfte sich der AHV-Beitrag für 2019 im Bereich von Fr. 12'800.- bewegen. Die mit Rechtsvorschlag behafteten Forderungen der AHV belaufen sich auf Fr. 54'033.75 (Fr. 54'330.95 - Fr. 297.20). Es ist deshalb angezeigt, die AHV-Ausstände um Fr. 41'233.75 (54'033.75 - 12'800.-) zu kürzen. Die Schuldnerin geht davon aus, dass die Steuern tiefer ausfallen werden, da auch hier eine Ermessenseinschätzung für 2019 stattgefunden habe (act. 2 S. 9). Sie äusserte sich aber nicht dazu, mit welcher Reduktion für das Steuer-Jahr 2019 zu rechnen ist. Aus der eingereichten Steuererklärung 2019 (act. 5/14) lässt sich dies nicht entnehmen. Diesbezüglich ist deshalb keine Korrektur vorzunehmen. Demzufolge ist aktuell von Schulden in der Höhe von Fr. **184'345.-** [Fr. 301'786.75 - (Fr. 76'208.- + Fr. 41'233.75)] auszugehen.

b) Gemäss eingereicherter Liste hat die Schuldnerin per 30. November 2020 Debitoren in der Höhe von Fr. 46'928.20, wobei Fr. 3'684.- noch nicht fällig sind (act. 5/16 S. 18) und somit lediglich Debitoren von insgesamt Fr. 43'244.20 zu berücksichtigen sind. Die Kasse ist per 30. November mit Fr. 200.- und das PostFinance-Konto mit Fr. 100.- im Minus. Bei der Bank

wird ein Guthaben von Fr. 479.10 ausgewiesen. Das Durchlaufkonto Barzahlung Debitoren ist mit Fr. 80.– im Minus (act. 5/16 S. 18). Das Guthaben beläuft sich demnach auf effektiv Fr. 99.10. Für das Jahr 2017 wird ein Gewinn von Fr. 1'657.55, für 2018 ein Verlust von Fr. 111'100.98 und für 2019 ein Gewinn von Fr. 413.23 ausgewiesen (act. 5/20-21). Für den Zeitraum 1. Januar bis 31. Oktober 2020 wird ein Umsatz von Fr. 255'121.43 deklariert und für das Vorjahr im gleichen Zeitraum ein solcher von Fr. 274'365.56 (act. 5/10 S. 2). Da die Personalkosten tiefer ausfallen werden als 2019 und der Mietaufwand etwa jenem von 2019 entspricht, erwartet die Schuldnerin einen leichten Gewinn (act. 2 S. 13). Da auch im November und Dezember für Fitnesszentren die Besucherzahlen beschränkt sind, dürfte sich der Gewinn im Rahmen von 2019 bewegen. Der Treuhänder wies darauf hin, dass die Mehrwertsteuer-Abrechnung für das 1. Semester 2020 noch pendent sei (act. 5/12 S. 2). Für das Jahr 2019 berechnete der Treuhänder eine MwSt von Fr. 12'274.– (1. Halbjahr Fr. 5'349.–, 2. Halbjahr Fr. 6'925.–, vgl. act. 5/13). In dieser Höhe dürfte sich die Steuer anhand der Umsätze auch für das Jahr 2020 bewegen. Grundsätzlich muss die MwSt innert 60 Tagen nach Abrechnungsperiode bezahlt werden. Aufgrund der Pandemielage ist ein Aufschub um drei Monate ohne Begründung möglich. Ein weiterer Aufschub müsste begründet werden (<https://www.estv.admin.ch/estv/de/home/mehrwertsteuer/fachinformationen/inkasso/zahlungsaufschub.html>). Mit den Debitorenausständen kann die Schuldnerin die für das erste Halbjahr geschuldete Mehrwertsteuer problemlos bezahlen, ebenso die Kosten des Treuhänders von Fr. 5'000.– (vgl. act. 5/12 S. 2). Es wurde damit glaubhaft dargetan, dass die Schuldnerin ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen vermag.

Problematisch ist die Abtragung der alten Schulden. Wie bereits erwähnt, betragen diese Fr. 184'345.–. Die Pandemie wird auch nächstes Jahr ihre Spuren in den Geschäftszahlen hinterlassen, und es ist nicht mit einer gewaltigen Steigerung der Umsatzzahlen zu rechnen. Selbst wenn sich der monatliche Raumaufwand von Fr. 9'012.66 (Fr. 108'152.–. pro Jahr, act. 5/21 S. 4) 2021 reduzieren sollte, reichen die aufgezeigten Sparmass-

nahmen nicht, um die alten Schulden innert zweier Jahre abzutragen. In Gesamtwürdigung ihrer finanziellen Lage kann nicht davon ausgegangen werden, die Schuldnerin befinde sich bloss in einem vorübergehenden Liquiditätsengpass. Daran vermögen auch ihre bisherigen Zahlungen an das Betreibungsamt nichts zu ändern. Tatsache ist, dass zwar die ca. 100 Trainingsgeräte im Eigentum der Schuldnerin stehen (vgl. act. 2 S. 11), jedoch Sachwerte zugunsten der Betreuung Nr. 7 im Betrag von Fr. 84'170.– bereits gepfändet wurden (act. 5/8 S. 12-15). Mit finanzieller Hilfe gestützt auf die Härtefall-Verordnung, die am 1. Dezember 2020 in Kraft tritt und bis 31. Dezember 2021 gilt, kann die Schuldnerin auch nicht rechnen. Wer u.a. am 15. März 2020 Betreibungen für Sozialversicherungsbeiträge hatte, kann nicht davon profitieren.

7. Die Schuldnerin vermochte ihre Zahlungsfähigkeit somit nicht glaubhaft darzutun, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen.
8. Ausgangsgemäss sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen. Der Gläubigerin sind vor Obergericht keine Aufwendungen entstanden, für welche sie eine Entschädigung zugut hätte.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **Montag, 7. Dezember 2020, 11.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

4. Der Gläubigerin wird für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten), an das Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur, das Grundbuchamt Oberwinterthur-Winterthur ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Oberwinterthur, 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

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

MLaw R. Schneebeili

versandt am:

4. Dezember 2020