

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120061-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

Urteil vom 19. April 2012

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Fürsprecher Y. _____ und / oder Rechtsanwalt lic. iur X. _____

gegen

B. _____,

Gläubiger und Beschwerdegegner,

vertreten durch Z. _____

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 7. März 2012 (EK120040)

Erwägungen:

1. Am 7. März 2012 wurde über den Schuldner der Konkurs eröffnet (act. 3 = act. 6/10 = act. 7). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragte der Schuldner die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2). Letztere wurden mit Verfügung der Kammer vom 29. März 2012 gewährt.

2. Der Schuldner führt bzw. führte unter der Firma "C._____-Praxis, A._____" eine Einzelunternehmung im Sinne von Art. 934 OR. Aus dem Internet-Auszug des Handelsregisters vom 28. März 2012 geht hervor, dass die Einzelunternehmung am 7. März 2012, also am Tag der Konkurseröffnung, infolge Geschäftsaufgabe gelöscht worden ist (act. 9). Massgeblich für die Frage, ob ein Schuldner als Inhaber einer Einzelfirma nach Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG der Konkursbetrieung unterliegt, ist der Zeitpunkt der Löschung des Handelsregistereintrages. War der Schuldner zur Zeit der Einreichung des Fortsetzungsbegehrens noch eingetragen, unterliegt er der Konkursbetrieung, auch wenn die Einzelunternehmung nachträglich gelöscht worden ist (vgl. dazu BSK SchKG I-ACOCCELLA, 2. Auflage, Art. 39 N 11). Zwar befindet sich das Fortsetzungsbegehren des Gläubigers nicht bei den Akten, allerdings war die Einzelunternehmung aufgrund des Lösungsdatums vom 7. März 2012 (= Datum Urteilseröffnung) bei der Einreichung des Fortsetzungsbegehrens zweifellos noch im Handelsregister eingetragen. Somit unterlag bzw. unterliegt der Schuldner der Konkursbetrieung.

3. 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 Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind.

4.1 Gemäss Urteil vom 7. März 2012 eröffnete die Vorinstanz den Konkurs für die Forderung von Fr. 8'352.80 nebst Zins zu 7 % seit 11. Januar 2011, Anteil an Umtriebsspesen Fr. 750.–, diverse Kosten Fr. 17.– sowie Betreuungskosten Fr. 230.– (act. 7 S. 2). Aus dem Email-Verkehr der Parteien vom 16. März 2012 geht hervor, dass die Konkursforderung einschliesslich die dem Gläubiger belasteten Kosten des Konkursrichters im Einverständnis mit dem Gläubiger auf einen Gesamtbetrag von Fr. 10'172.65 fixiert worden ist (act. 5/10). Weiter belegt der Gläubiger den Zahlungseingang im genannten Betrag mit Valuta vom 21. März 2012 (act. 5/11). Mit den eingereichten Belegen belegt der Schuldner zudem die Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes im Betrag von Fr. 400.– (act. 5/12; act. 8) und des Barvorschusses für die zweitinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 750.– (act. 12). Damit weist der Schuldner den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung ausreichend nach (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG).

4.2 Wie bereits erwähnt, hat der Schuldner neben dem Konkurshinderungsgrund auch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Dazu müssen ausreichend liquide Mittel vorhanden sein, womit 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 in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen ihn noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Der Umstand, dass offene Betreibungen mittlerweile beglichen wurden, darf als Indiz für bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

4.3 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt das Betreibungsregister. Gemäss der eingereichten Auskunft des Betreibungsamtes D._____ vom 22. März 2012 wurden im Zeitraum vom 4. Januar 2011 bis 5. März 2012 gegen den Schuldner 28 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 252'548.90 angehoben. Davon sind zehn Betreibungen im Totalbetrag von Fr. 16'362.45 durch Zahlung an das Betreibungsamt als erledigt

vermerkt. Wie dargelegt wurde die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Forderung in der Betreuung Nr. ... inzwischen getilgt. Damit sind gegenwärtig noch 17 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 227'066.65 offen, welche allesamt im Auszug aufgrund der Konkursöffnung vom 7. März 2012 mit dem Vermerk "Konkursöffnung" versehen sind (act. 5/15).

Zur Betreuung Nr. ... im Betrag von Fr. 103'600.– gibt der Schuldner an, er bestreite den vollumfänglichen Bestand und die Fälligkeit dieser Forderung vehement. Er gehe davon aus, dass Frau Dr. E. _____ die Forderung auf den Praxisübernahme- und Kaufvertrag zu stützen versuche, weshalb dieser Vertrag auch eingereicht worden sei. Dieser Vertrag bilde jedoch keine Grundlage für die geltend gemachte Forderung (act. 2 S. 10; act. 5/16). Die übrigen Forderungen gemäss Betreibungsregisterauszug im Betrag von Fr. 132'586.47 werde er mit dem von ihm erwarteten Einkommen ohne weiteres abtragen können. Diesen Forderungen stehe nämlich das Einkommen aus seiner neu eröffneten Praxis gegenüber. Gemäss der Erhebung der Schweizerischen Ärztezeitung könne er mit einer selbständigen Praxis in der Regel ein AHV-pflichtiges Einkommen von Fr. 289'604.– generieren (Mittelwert; nach Abzug aller relevanten Betriebskosten). Bei ihm sei – wegen der Mangellage im Einzugsgebiet der Praxis – gar von einem höheren Betrag auszugehen, zumal auch die Fixkosten im F. _____ [Kanton] wesentlich tiefer lägen, währenddem die tariflich festgelegten Einnahmen dieselben seien (act. 2 S. 11). Ferner sei er Eigentümer von sieben Eigentumswohnungen in G. _____ [im Land H. _____], die er vermiete oder nötigenfalls auch veräussern könne, falls er liquide Mittel benötige. Folglich gebe es keinen Grund daran zu zweifeln, dass die Forderungen in den noch offenen Betreibungen, soweit begründet, von ihm bezahlt werden könnten. Er sei aus eigener Kraft in der Lage, die ausstehenden Forderungen innert absehbarer Zeit zu begleichen. Es bestehe deshalb kein Anlass, von einer dauernden Zahlungsunfähigkeit auszugehen. Seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sei mehr als intakt. Die derzeit noch bestehenden Betreibungen seien bloss Nachwirkungen des kurzfristigen Liquiditätsengpasses, in welchem er sich befunden habe (act. 2 S. 12).

4.4 Frau Dr. E. _____ stellte am 2. März 2012 das Betreibungsbegehren für die vom Schuldner bestrittene Forderung von Fr. 103'600.– (Bet.-Nr. ...). Seither sind keine zwei Monate vergangen. Der Stand des Betreibungsverfahrens ist aus dem Betreibungsauszug zwar nicht ersichtlich, aber es kann davon ausgegangen werden, dass innerhalb dieser kurzen Zeitspanne noch kein Fortsetzungsbegehren bzw. keine Konkursandrohung ergangen ist. Die Forderung ist daher nicht unmittelbar zu begleichen, zumal sie auch bestritten wird und vermutlich dagegen Rechtsvorschlag erhoben wurde.

Damit verbleiben in Betreuung gesetzte und vom Schuldner anerkannte Forderungen von insgesamt Fr. 123'466.65 (Fr. 227'066.65 ./ Fr. 103'600.–).

Aus den Akten ergibt sich, dass der Schuldner am 12. März 2012 eine Arztpraxis für Hals-, Nasen- und Ohrenkrankheiten in I. _____ eröffnete (act. 5/7). Für die Praxisräumlichkeiten fallen monatliche Mietkosten von Fr. 1'500.– an (act. 5/18). Ferner gewährte die Vermieterin dem Schuldner für den Praxisaufbau mit Vertrag vom 3. Februar 2012 ein Darlehen von Fr. 310'000.–. Die Darlehensrückzahlungsraten von monatlich Fr. 1'500.– werden aber erst ab dem 1. Januar 2013 fällig (act. 5/19). Ob der Schuldner in den vergangenen Monaten ein Einkommen erzielt hat, geht aus den eingereichten Beilagen nicht hervor. Überdies reichte er keine Kontoauszüge zu den Akten, welche seine konkrete derzeitige finanzielle Situation belegen könnten. Aussagekräftige Bilanzzahlen über die Einnahmen der neuen Praxis liegen naturgemäss noch keine vor, da diese erst am 12. März 2012 eröffnet worden ist. Positiv zu werten sind die niedrige Praxismiete und das nicht unmittelbar zur Rückzahlung fällige Darlehen. Allerdings stimmt kritisch, dass der Schuldner mit seiner bisherigen Praxis fallierte - das steht fest, entgegen den einstweilen blossen Hoffnungen auf einen günstigeren Geschäftsgang am neuen Ort. Wie viel aus dem Verkauf der Wohnungen nach Abzug der Belastungen zu lösen ist, steht dahin. Gleichwohl darf die Zahlungsfähigkeit des Schuldners gerade noch als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG gelten, was zur Gutheissung der Beschwerde und Aufhebung des über den Schuldner eröffneten Konkurses führt.

5. Obwohl die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Spruchgebühren beider Instanzen dem Schuldner aufzuerlegen, weil dieser das Verfahren durch seine Zahlungssäumnis verursacht hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 7. März 2012, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Barvorschuss verrechnet. Es wird vorgemerkt, dass der Gläubiger die von ihm bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr vom Schuldner bereits zurück erhalten hat.
3. Das Konkursamt J._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'000.– (Fr. 400.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'600.– Rest des vom Gläubiger dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) dem Gläubiger Fr. 1'600.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Bülach und das Konkursamt J._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D._____, je gegen Empfangsschein.
5. 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. M. Weibel

versandt am: