

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2019.41 vom 11. Juli 2019**

BS Appellationsgericht, 2019-07-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_BEZ.2019.41](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_BEZ.2019.41)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2019.41 du 11 juillet 2019

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2019.41 del 11 luglio 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Der Entscheid des Zivilgerichts betreffend Konkursöffnung kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG, SR 281.1]). Diese Frist wurde vorliegend eingehalten. Auf die auch formgerecht erhobene Beschwerde ist somit einzutreten. Zuständig zu ihrer Beurteilung ist das Dreiergericht des Appellationsgerichts (§ 92 Abs. 1 Ziff. 6 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]).

### **E. 2**

2.1 Die Rechtsmittelinstanz kann 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, der geschuldete Betrag bei der Rechtsmittelinstanz zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet (Art. 174 Abs. 2 SchKG).

Mit der Beschwerde können neue Tatsachen geltend gemacht werden, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 Satz 2 SchKG und Art. 326 Abs. 2 ZPO). Insbesondere kann der Schuldner geltend machen, er habe die Forderung bereits vor der Konkursöffnung bezahlt. In diesem Fall muss er seine Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft machen ■ dies wird gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG nur für den Fall der nachträglichen Zahlung verlangt (vgl. AGE BEZ.2019.27 vom 23. Mai 2019 E. 3, BEZ.2018.37 vom 28. August 2018 E. 2, BEZ.2015.27 vom 18. Mai 2015 E. 2; Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. Oktober 2014, PS140235, E. 2.1; Diggelmann, in: Hunkeler [Hrsg.], Kurzkomentar SchKG, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 174 N 7 und 12).

2.2 Vorliegend macht der Schuldner geltend, dass der Konkurs aufgrund einer vor Konkursöffnung erfolgten Zahlung von C\_\_\_\_\_ und D\_\_\_\_\_ an das Betreibungsamt aufzuheben sei (vgl. Beschwerdeschrift, S. 5). Gegen den Schuldner bestanden offene Beteiligungen im Umfang von CHF 129'938.20 (vgl. Beschwerdebeilage 4). Mit E-Mail vom 12. Juni 2019 teilte das Betreibungsamt C\_\_\_\_\_ mit, dass die Schulden des Schuldners, die zur Vermeidung eines Konkurses getilgt werden müssen, CHF 94'265.30 betragen würden (Beschwerdebeilage 9). Gleichtags bat C\_\_\_\_\_ das Betreibungsamt per E-Mail um Angabe der Zahlungsadresse, damit der Konkurs abgewendet werden könne (Beschwerdebeilage 9). Am 13. Juni 2019, spätestens um 06:00 Uhr, wurde dem Konto des Betreibungsamts eine Zahlung von C\_\_\_\_\_ und D\_\_\_\_\_ von CHF 94'265.30 gutgeschrieben (vgl. Beschwerdebeilagen 10 f.). Mit Darlehensvertrag vom 18. Juni 2019 gewährten C\_\_\_\_\_

und D\_\_\_\_\_ dem Schuldner und seiner Ehefrau ein Darlehen von maximal CHF 150'000.■ zwecks Überbrückung der Schulden-situation (Beschwerdebeilage 8). Gemäss dem Vertrag ist die Zahlung von CHF 94'265.30 Teil dieses Darlehensbetrags.

2.3 Hat der Schuldner mehrere Schulden an denselben Gläubiger zu bezahlen, so ist er gemäss Art. 86 Abs. 1 des Obligationenrechts (OR, SR 220) berechtigt, bei der Zahlung zu erklären, welche Schuld er tilgen will. Diese Bestimmung gilt sinngemäss, wenn der Schuldner eine Zahlung an das Betreibungsamt tätigt und mehrere Verpflichtungen vorliegen (Giroud, in: Basler Kommentar, 2. Auflage 2010, Art. 172 SchKG N 19). Wenn die Zahlung durch einen Dritten erfolgt, kann dieser erklären, auf welche Schuld die Zahlung anzurechnen sei (vgl. Leu, in: Basler Kommentar, 6. Auflage 2015, Art. 86 OR N 1; Weber, in: Berner Kommentar, 2. Auflage 2005, Art. 86 OR N 9). Die Anrechnungserklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (Leu, a.a.O., Art. 86 OR N 3) und nicht nur bei, sondern auch vor der Zahlung abgegeben werden (Mercier, in: Furrer/Schnyder [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 86 OR N 5; Weber, a.a.O., Art. 86 OR N 24).

Nachdem die Gläubigerin am 8. April 2019 in der Betreuung Nr. [...] das Konkursbegehren gestellt hatte, setzte die Abwendung des Konkurses voraus, dass die Gegenstand dieser Betreuung bildende Forderung einschliesslich Zinsen und Kosten vor dem Entscheid des Konkursgerichts getilgt wird (vgl. Art. 172 Ziff. 3 SchKG; Talbot, in: Kostkiewicz/Vock [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Auflage, Zürich 2017, Art. 172 N 5). Zu den Kosten gehören dabei auch diejenigen des Konkursgerichts (Giroud, a.a.O., Art. 172 SchKG N 11; Talbot, a.a.O., Art. 172 SchKG N 5). Unter diesen Umständen ist die E-Mail von C\_\_\_\_\_ vom 12. Juni 2019 als Anrechnungserklärung der leistenden Dritten zu verstehen, mit der diese erklärt haben, dass mit der Zahlung von CHF 94'265.30 die Gegenstand der Betreuung Nr. [...] bildende Forderung einschliesslich Zinsen und Kosten getilgt werden solle. Mit der genannten Zahlung wurde die Forderung folglich bereits vor der am 13. Juni 2019 um 15:19 Uhr ausgesprochenen Konkurseröffnung bezahlt. Der Konkursentscheid ist daher aufzuheben, ohne dass der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen braucht.

### **E. 3**

Der Schuldner erschien nicht zur Verhandlung vor dem Konkursgericht (angefochtener Entscheid, E. 4). Es wäre Aufgabe des Schuldners gewesen, dem Konkursgericht gegenüber darzulegen und durch Urkunden zu beweisen, dass die Konkursforderung bereits vor der Konkursverhandlung bezahlt worden ist (vgl. Art. 172 Ziff. 3 SchKG). Das Konkursgericht war nicht gehalten, von sich aus den Sachverhalt zu erforschen und nach konkurshindernden Tatsachen ■ wie der Bezahlung der in Konkursbetreibung gesetzten Forderung ■ zu suchen. Das Konkursgericht hat zwar die konkurshindernden Tatsachen von Amtes wegen festzustellen (vgl. Art. 255 lit. a ZPO). Dies entbindet die Parteien jedoch nicht davon, an der Sachverhaltsfeststellung mitzuwirken (BGer 5A\_517/2011 vom 16. Dezember 2011 E. 5.3.2 und 5.3.3, 5A\_571/2010 vom 2. Februar 2011 E. 2; vgl. auch Klingler, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 255 N 1; Fritschi, Verfahrensfragen bei der Konkurseröffnung, Zürich 2010, S. 294). Der Schuldner hat somit durch sein Versäumnis die erstinstanzliche Konkurseröffnung und das vorliegende Beschwerdeverfahren verursacht. Trotz Gutheissung der Beschwerde hat er daher die erstinstanzlichen Gerichtskosten von CHF 350.■ sowie ■ entsprechend seinem eigenen

Rechtsbegehren ■ die zweitinstanzlichen Gerichtskosten von CHF 600.■ (vgl. Art. 61 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 52 lit. b der Gebührenverordnung zum SchKG [GebV SchKG, SR 281.35]) und die ihm entstandenen Vertretungskosten zu tragen (vgl. Art. 108 ZPO).

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