

# **FR\_GERICHTE 102 2018 210 vom 7. September 2018**

FR Kantonsgericht, 2018-09-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_102\\_2018\\_210](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_102_2018_210)

FR: FR\_GERICHTE 102 2018 210 du 7 septembre 2018

IT: FR\_GERICHTE 102 2018 210 del 7 settembre 2018

## **Regeste**

Urteil des II. Zivilappellationshofs des Kantonsgerichts | Betreuung auf Konkurs (Art. 159-196 SchKG)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Der Entscheid des Konkursgerichts über die Konkursöffnung kann innert zehn Tagen nach dessen Zustellung mit Beschwerde gemäss ZPO angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG).

### **E. 1.2**

Der angefochtene Entscheid wurde dem Beschwerdeführer am 17. Juli 2018 zugestellt. Die am 18. Juli 2018 persönlich dem Kantonsgericht überreichte Beschwerde wurde somit innert der 10-tägigen Frist eingereicht.

### **E. 1.3**

Mit der Beschwerde kann einerseits eine unrichtige Rechtsanwendung gerügt werden (Art. 320 lit. a ZPO). Diesbezüglich entscheidet das Kantonsgericht mit voller Kognition. Andererseits kommt als Beschwerdegrund die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts in Frage (Art. 320 lit. b ZPO). In tatsächlicher Hinsicht ist somit lediglich eine Willkürprüfung vorgesehen.

### **E. 1.4**

Die ZPO hat keinen Einfluss auf das in Abs. 1 zweiter Satz und Abs. 2 von Art. 174 SchKG geregelte Novenrecht, welches beibehalten wurde (vgl. Ziff. 17 Anhang 1 ZPO) und der ZPO vorgeht (Urteil BGer 5A\_230/2011 vom 12. Mai 2011 E. 3.2.1, in SZZZP 2011, S. 428; Urteil BGer 5A\_405/2011 vom 27. September 2011 E. 4.5.3).

### **E. 1.5**

Über eine Beschwerde kann aufgrund der Akten entschieden werden (Art. 327 Abs. 2 ZPO). Kantonsgericht KG Seite 3 von 6

### **E. 1.6**

Der Streitwert beträgt CHF 5'204.-; Zinsen, Betreuungskosten, Gerichtskosten und Parteientschädigung werden nicht berücksichtigt (Art. 91 Abs. 1 zweiter Satz ZPO).

### **E. 2.1**

Nach Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Rechtsmittelinstanz die Konkursöffnung aufheben, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass die Schuld einschliesslich der Zinsen und Kosten getilgt ist (Ziff. 1), dass der

geschuldete Betrag bei der Rechtsmittelinstanz zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist (Ziff. 2) oder dass der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet (Ziff. 3). Der Schuldner hat die Urkunden für den Beweis der Konkursaufhebungsgründe im Sinne von Ziff. 1–3 mit der Beschwerde einzureichen (BGE 139 III 491 E. 4). Zum geschuldeten Betrag gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG gehören unter anderem auch die Kosten des Betreibungsamtes, sämtliche Kosten des Betreibungsverfahrens sowie die Kosten des Verfahrens vor dem Konkursrichter (GIROUD, in Basler Kommentar SchKG II, 2. Aufl. 2010, Art. 174 N. 22 und Art. 172 N. 11; TALBOT, in Kostkiewicz/Vock [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl. 2017, Art. 174 N. 14 und Art. 172 N. 5 ff.). Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 140 III 610 E. 4.1; 132 III 715 E. 3.1). Im Hinblick auf die Aufhebung der Konkurseröffnung heisst dies, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten 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. 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 Konkursitengewonnenen Gesamteindruck (vgl. zum Ganzen Urteil BGer 5A\_810/2015 vom 17. Dezember 2015 E. 3.2.1 mit weiteren Hinweisen). Nach der Praxis des II. Zivilappellationshofes kann dieser den Betreibungsregisterauszug in Nachachtung des Beschleunigungsgebots ausnahmsweise auch von Amtes wegen beim Betreibungsamt anfordern (vgl. Urteil KG FR 102 2017 134 vom 21. Juni 2017 E. 3b mit Hinweis; COMETTA, Commentaire romand LP, 2005, Art. 174 N. 14). Um seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen, kann der Schuldner zum Beispiel Belege über erfolgte Zahlungen, welche in einem angemessenen Verhältnis zu den Verpflichtungen des Schuldners stehen, und Belege über die dem Schuldner zur Verfügung stehenden Mittel (wie Bankguthaben, Kreditverträge), eine aktuelle Jahresrechnung oder zumindest einen finanziellen Status einreichen (vgl. BRÖNNIMANN, Noven-Kantonsgericht KG Seite 4 von 6 recht und Weiterziehung des Entscheides des Kantonsgerichts gemäss Art. 174 E-SchKG, in Festschrift H.-U. Walder, 1994, S. 448).

## **E. 2.2**

Zu prüfen ist nach dem Vorgesagten somit, ob der geschuldete Betrag beim Kantonsgericht hinterlegt ist und der Beschwerdeführer seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht hat.

### **E. 2.2.1**

Gemäss Vorladung des Gerichtspräsidenten vom 30. Mai 2018 betrogen die Ausstände (inklusive Zins, Betreibungs- und Inkassokosten sowie Entscheidgebühr) des Beschwerdeführers zu jenem Zeitpunkt CHF 5'204.-. Am 27. Juni 2018 hat der Beschwerdeführer das Betreibungsamt Sense kontaktiert und eine Übersicht der gegen ihn offenen Betreibungen sowie eine Rechnung für diese (zahlbar bis Ende Juli 2018) verlangt. Die Übersicht umfasste drei Betreibungen, dabei unter anderem die Betreibung Nr. ccc der Beschwerdegegnerin mit einem Saldo von CHF 5'126.40, eine weitere Betreibung der Beschwerdegegnerin mit einem Saldo von CHF 435.60 sowie eine Betreibung mit einem Saldo von CHF 368.75. Gesamthaft betrug der Saldo zugunsten des Betreibungsamtes am 27. Juni somit CHF 5'930.75. Am 3. Juli 2018 überwies der Beschwerdeführer einen Betrag von CHF 1'804.35 (Saldo: CHF 4'126.40), womit er die beiden kleineren Betreibungsbeträge sowie CHF 1'000.- als Teilzahlung der Betreibung Nr. ccc zu tilgen gedachte. Am 12. Juli 2018 nach Säumnis der festgesetzten Konkursverhandlung machte er das Konkursgericht telefonisch auf seine "Abmachung" mit dem Betreibungsamt aufmerksam. Das Konkursgericht wies ihn richtigerweise darauf hin, dass dies für das Gericht nicht verbindlich sei. Der Beschwerdeführer macht mit seiner Beschwerde geltend, durch die gleichentags erfolgte Hinterlegung beim Kantonsgericht des offenen Restbetrags von CHF 4'126.40 sei die Beschwerde gutzuheissen. Mit Schreiben vom 24. Juli 2018 macht der Präsident des II. Zivilappellationshofs den Beschwerdeführer darauf aufmerksam, dass dieser bei der Gerichtskasse CHF 4'126.40 hinterlegt habe, die Konkursforderung insgesamt jedoch CHF 5'204.- betrage; der Beschwerdeführer habe noch innert der Rechtsmittelfrist Zeit, die fehlenden CHF 1'077.60 zu hinterlegen. Dem ist der Beschwerdeführer am 25. Juli 2018 fristgerecht nachgekommen.

### **E. 2.2.2**

Die Zahlungsfähigkeit des Beschwerdeführers wird durch den Betreibungsregisterauszug belegt. Nebst der Betreibung, welche zur Konkursöffnung geführt hat, sind zwar noch rund ein Dutzend weitere aufgeführt. Davon ist jedoch nur die vorliegend streitige Forderung aktuell im Stadium der Konkursandrohung bzw. Konkursöffnung, alle weiteren Forderungen wurden getilgt oder sind erloschen. Gemäss Auskunft des Betreibungsregisteramtes betrug am 27. Juni 2018 der Gesamtbetrag der Betreibungen gegen den Beschwerdeführer CHF 5'930.75. Davon hat er CHF 1'804.35 mit Zahlung an das Betreibungsamt am 3. Juli 2018 getilgt. Den verbleibenden Saldo von CHF 4'126.40 hat der Beschwerdeführer mit dem beim Kantonsgericht hinterlegten Betrag von CHF 5204.- vollumfänglich gedeckt. Zudem ist nicht ersichtlich, dass der Schuldner systematisch Rechtsvorschlag erheben würde und für die letzten 20 Jahre sind keine Verlustscheine registriert. Zwar weist der Beschwerdeführer nicht mit Urkunden nach, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind. Dies lässt sich jedoch auf die Tatsache stützen, dass es ihm möglich war, einen seine Schulden (im Zeitpunkt der Beschwerde) klar übersteigenden Betrag von insgesamt CHF 5204.- zu hinterlegen und den Kostenvorschuss in Höhe von CHF 500.- fristgerecht zu bezahlen. Mit Blick darauf, dass keine zu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit gestellt werden dürfen, ist diese jedoch insgesamt als glaubhaft gemacht zu betrachten (vgl. Urteil KG FR 102 2017 265 vom 7. November 2017 E. 2.3). Die Beschwerde ist folglich gutzuheissen und der angefochtene Entscheid ist aufzuheben.

### **E. 3**

Kantonsgericht KG Seite 5 von 6 Der vom Beschwerdeführer hinterlegte Betrag in Höhe von CHF 5'204.- wird unverzüglich zuhanden der Beschwerdegegnerin (Betreibung Nr. ccc) dem Betreibungsamt überwiesen. Ein allfälliger Saldo – der Beschwerdeführer hat dem Betreibungsamt am 3. Juli 2018 bereits eine Anzahlung von CHF 1'000.- für die obige Betreibung überwiesen – ist dem Beschwerdeführer zurückzuerstatten.

#### E. 4

Trotz Gutheissung der Beschwerde sind die Prozesskosten beider Instanzen dem Beschwerdeführer aufzuerlegen, welcher diese unnötigerweise verursacht hat, indem er die betriebene Forderung nicht fristgerecht bezahlte (Art. 108 ZPO). Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind pauschal auf CHF 500.- festzusetzen (Art. 52 und 61 GebV SchKG) und werden vom geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Die Beschwerdegegnerin liess sich im Beschwerdeverfahren nicht vernehmen, sodass ihr keine Parteientschädigung auszurichten ist. Der Hof erkennt: I. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Das Urteil des Präsidenten des Zivilgerichts des Sensebezirks vom 12. Juli 2018 betreffend die Konkursöffnung über A. \_\_\_\_\_ wird aufgehoben. II. Der von A. \_\_\_\_\_ beim Kantonsgericht hinterlegte Betrag von CHF 5'204.- wird zuhanden der B. \_\_\_\_\_ AG (Betreibung Nr. ccc) dem Betreibungsamt des Sensebezirks überwiesen. Ein allfälliger Saldo ist A. \_\_\_\_\_ zurückzuerstatten. III. Die Prozesskosten beider Instanzen werden A. \_\_\_\_\_ auferlegt. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden auf CHF 200.- festgesetzt; diese sind vom geleisteten Kostenvorschuss der B. \_\_\_\_\_ AG zu beziehen und durch A. \_\_\_\_\_ zu ersetzen. Der Saldo ist der B. \_\_\_\_\_ AG zurückzuerstatten. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden auf CHF 500.- festgesetzt und mit dem von A. \_\_\_\_\_ geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet. IV. Zustellung. Dieses Urteil kann innert 30 Tagen nach seiner Eröffnung mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht angefochten werden. Das Beschwerderecht und die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind in den Art. 72–77 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110) geregelt. Die begründete Beschwerdeschrift ist beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Freiburg, 7. September 2018/mpo Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

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