

# **FR\_GERICHTE 102 2018 228 vom 15. November 2018**

FR Kantonsgericht, 2018-11-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_102\\_2018\\_228](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_102_2018_228)

FR: FR\_GERICHTE 102 2018 228 du 15 novembre 2018

IT: FR\_GERICHTE 102 2018 228 del 15 novembre 2018

## **Regeste**

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

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Der Entscheid des Konkursgerichts kann innert zehn Tagen nach dessen Zustellung mit Beschwerde gemäss ZPO angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Gemäss Art. 138 Abs. 1 ZPO erfolgt die Zustellung von Entscheiden durch eingeschriebene Post- sendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung. Die Zustellung gilt bei einer eingeschriebenen Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 2 lit. a ZPO). Der angefochtene Entscheid des Gerichtspräsidenten vom 9. August 2018 wurde dem Beschwerdeführer gleichentags per Gerichtsurkunde zugestellt und traf am nächsten Tag an der Abhol-/Zustellstelle ein, von wo dieser aufgrund eines Auftrages „Post zurückbehalten“ an den Absender retourniert wurde. Aufgrund des hängigen Konkursverfahrens musste der Beschwerde- führer mit der Zustellung des Konkursentscheids rechnen. Die Zustellung gilt daher am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch, mithin am 17. August 2018 als erfolgt (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Folglich lief die Frist am 27. August 2018 aus, so dass die am 24. August 2018 eingereichte Beschwerde fristgerecht erfolgte.

### **E. 1.2**

Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und/oder die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

Kantonsgericht KG Seite 3 von 5

### **E. 1.3**

Die Rechtsmittelinstanz kann aufgrund der Akten entscheiden (Art. 327 Abs. 2 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, inzwischen 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 Zahlungsfähigkeit mit der Beschwerde glaubhaft zu machen und mit dieser sind auch die Urkunden für den Beweis der Konkursaufhebungsgründe im Sinne von Ziff. 1-3 einzureichen (BGE 139 III 491 E. 4). Für die Konkurshinderungsgründe gemäss

Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1-3 SchKG muss folgerichtig gelten, was für das Beibringen der Urkunden zu ihrem Beweis gilt. Konkurshinderungsgründe sind gemäss Art. 174 SchKG nur zu berücksichtigen, wenn sie sich innert der Rechtsmittelfrist verwirklicht haben und geltend gemacht werden (BGE 136 III 294 E. 3.2). 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 132 III 715 E. 3.1 mit Hinweis). Im Hinblick auf die Aufhebung der Konkursöffnung 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, Beweis- mittel 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 Zahlungs- fähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (STAEHELIN, in Basler Kommentar SchKG, Ergänzungsband zur 2. Aufl. 2017, Art. 174 ad N. 26 a mit weiteren Hinweisen; KREN KOSTKIEWICZ, OFK-SchKG, 19. Aufl. 2016, Art. 74 N. 13 ff. mit weiteren Hinweisen). Falls Konkursandrohungen hängig sind, muss der Schuldner mittels Urkunde glaubhaft machen, dass eine der Hypothesen von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 bis 3 SchKG erfüllt ist, es sei denn, aus den Akten geht hervor, dass genügend Liquiditäten vorhanden sind, um diese Schulden zu bezahlen, sowie um die weiteren fälligen Schulden zu begleichen (COMETTA, in Commentaire romand Poursuite et faillite, 2005, Art. 174 N. 13).

## **E. 2.2**

Gemäss Vorladung des Gerichtspräsidenten vom 14. Juni 2018 betrug der Ausstand (inklusive Zins, Betreibungs- und Inkassokosten, Parteientschädigung und Entscheidegebühr) des Beschwerdeführers zu jenem Zeitpunkt insgesamt CHF 1'906.-. Der Beschwerdeführer überwies den Betrag von CHF 1906.-, Valuta 10. August 2018, an die Gerichtsschreiberei des Sensebezirks und hinterlegte den Betrag von CHF 200.- am 24. August 2018 beim Kantonsgericht. Damit ist eine Voraussetzung von Art. 174 Abs. 2 SchKG erfüllt.

Kantonsgericht KG Seite 4 von 5

## **E. 2.3**

In Bezug auf die Zahlungsfähigkeit bringt der Beschwerdeführer vor, auf dem als Geschäftskonto benutzten, zur Zeit jedoch blockierten Bankkonto bei der Raiffeisenbank D. \_\_\_\_\_ befände sich ein Betrag von CHF 21'290.35. Des Weiteren sei er hälftiger Miteigen- tümer einer 3 ½-Zimmerwohnung im Stockwerkeigentum in der Gemeinde

E.\_\_\_\_\_. Auch habe er Debitoren, namentlich in Rechnung gestellte Arbeiten, im Gesamtbetrag von rund CHF 32'482.60, welche auf das erwähnte Konto überwiesen würden. Sein Rechtsvertreter sei mandatiert, eine zusätzliche Forderung von CHF 38'000.- einbringlich zu machen, welche auf einer Schuldanerkennung beruhe. Gemäss Betreibungsregisterauszug vom 23. August 2018 seien Betreibungen im Gesamtwert von CHF 33'032.65 hängig, die Betreibung Nr. fff im Betrag von CHF 8'893.35 sei jedoch laut Auskunft des Betreibungsamtes hinfällig. Zudem würden fünf Betreibungen im Gesamtbetrag von CHF 6'705.05 vollumfänglich bestritten. Da auch die Betreibung Nr. ccc des Betreibungsamtes des Sensebezirks betreffend die Forderung der Beschwerdegegnerin von CHF 1'799.85 bereits beglichen sei, seien lediglich Betreibungen in der Höhe von rund CHF 16'500.- pendent. Entsprechend könnten die Betreibungen bereits mit dem Banksaldo gedeckt werden und kurzfristig würden noch weitere liquide Mittel zur Verfügung stehen, weshalb er als zahlungsfähig gelte. Hinsichtlich seiner Schuldner informierte der Beschwerdeführer in einem späteren Zeitpunkt, dass diese in der Zwischenzeit vom Kantonalen Konkursamt angewiesen worden seien, die ausstehenden Rechnungen direkt an die zuständige Behörde zu bezahlen. Folglich sei es ihm unmöglich den Eingang der Zahlungen zu belegen. Die erwähnten ausstehenden Beträge, die Anweisung an einen zusätzlichen Schuldner sowie der Saldo auf dem blockierten Geschäftskonto würden die ausstehenden Betreibungen jedoch vollumfänglich decken, womit er seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht habe.

#### **E. 2.4**

Wie der Beschwerdeführer selber ausführt, sind laut Betreibungsregisterauszug Betreibungen in Höhe von CHF 33'056.65 vermerkt. Nebst der Betreibung, welche dem vorliegenden Verfahren zugrunde liegt, liegen gegen den Schuldner weitere vollstreckbare Betreibungen vor, wovon acht Betreibungen für den Gesamtbetrag von CHF 8'994.10 im Stadium der Konkursandrohung sind. Drei Gläubigerinnen haben bereits ein Konkursbegehren gestellt, wobei diese aufgrund des bereits eröffneten Konkurses gegenstandslos geworden und die Verfahren abgeschrieben worden sind. Selbst wenn die diesem Verfahren zugrundeliegende Betreibung und die Betreibung Nr. fff, welche nach Angaben des Beschwerdeführers hinfällig sein soll, nicht berücksichtigt würden, reichen die ihm zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel nicht aus, um die den Konkursandrohungen zugrundeliegenden Forderungen sowie die weiteren fälligen Schulden zu begleichen. Gemäss Auskunft des Kantonalen Konkursamtes hat denn auch das Inkasso bei den Debitoren des Beschwerdeführers innert der ihnen gesetzten Zahlungsfrist zu keinem Zahlungseingang geführt. Unter diesen Umständen kann nicht angenommen werden, dass die Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht worden ist. Mangels Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit ist die Beschwerde abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen. Der Beschwerdeführer wird darauf hingewiesen, dass er seinen Gläubigern einen Nachlassvertrag vorschlagen kann und, sollte dieser zustande kommen, die Konkursverwaltung beim Konkursgericht den Widerruf des Konkurses beantragen wird (Art. 332 SchKG).

#### **E. 3**

Das Kantonale Konkursamt wird mit der Durchführung des Konkursverfahrens beauftragt.

#### **E. 4**

Die Gerichtskosten von CHF 200.00 (Entscheidgebührl inkl. Auslagen) werden dem Gesuchsgegner auferlegt und vom Kostenvorschuss der Gesuchstellerin bezogen. Der verbleibende Kostenvorschuss wird dem Konkursamt überwiesen. II. Der beim Kantonsgericht hinterlegte Betrag von CHF 200.- wird dem Kantonalen Konkursamt überwiesen. III. Die Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens werden A. \_\_\_\_\_ auferlegt. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden auf CHF 500.- festgesetzt und mit dem von A. \_\_\_\_\_ geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen. 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) geregelt. Die begründete Beschwerdeschrift ist beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Freiburg, 15. November 2018/fju Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin:

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