

# **FR\_GERICHTE 102 2019 121 vom 19. Juni 2019**

FR Kantonsgericht, 2019-06-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_102\\_2019\\_121](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_102_2019_121)

FR: FR\_GERICHTE 102 2019 121 du 19 juin 2019

IT: FR\_GERICHTE 102 2019 121 del 19 giugno 2019

## **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). Der angefochtene Entscheid des Gerichtspräsidenten des Sensebezirks vom 2. Mai 2019 wurde der Beschwerdeführerin am 6. Mai 2019 zugestellt.

### **E. 1.2**

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

### **E. 1.3**

Die Beschwerde hat eine Begründung aufzuweisen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). In der Beschwerdeschrift ist darzulegen, worauf der Beschwerdeführer seine Legitimation stützt, inwie- weit er beschwert ist, auf welchen Beschwerdegrund er sich beruft und an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet (FREIBURGHAUS/AFHELDT, in Kommentar zur Schweizerischen Zivil- prozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 321 N. 15). In der Beschwerdebegründung ist darzulegen, welche Sachverhaltselemente unrichtig sind und inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Erfüllt die Beschwerde grundlegende Anforderungen an Form oder Inhalt nicht, fehlt es an einer Eintretensvoraussetzung und die Rechtsmittelinstanz hat darauf nicht einzutreten (STERCHI, in Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, 2012, Art. 321 N. 22).

Kantonsgericht KG Seite 3 von 6 Die Beschwerde vom 16. Mai 2019 enthält sowohl Anträge als auch eine Begründung. Inhaltlich richtet sie sich gegen den Entscheid des Konkursgerichts vom 2. Mai 2019 bzw. das gesamte Konkursverfahren. Ob die am 16. Mai 2019 eingereichte Beschwerde den obenerwähnten Anfor- derungen an den Inhalt bzw. die Begründung einer Beschwerdeschrift genügt, ist allerdings frag- lich. Diese Frage kann jedoch vorliegend offen gelassen werden, da die Beschwerde – wie nach- folgend dargelegt – sowieso abzuweisen ist.

### **E. 1.4**

Die Rechtsmittelinstanz kann aufgrund der Akten entscheiden (Art. 327 Abs. 2 ZPO).

### **E. 2**

Anlass zur Beschwerde gibt die Zustellung des Zahlungsbefehls, der Konkursandrohung und des Konkursentscheides.

### **E. 2.1**

Ein Adressat kann sich nach Treu und Glauben nur auf einen Zustellungsfehler berufen, wenn er von der gerichtlichen Sendung keine rechtzeitige Kenntnis erlangt hat (Urteil BGer 5A\_268/2012 vom 12. Juli 2012 E. 3.1 mit Hinweis). Vorliegend steht fest, dass die Beschwerdeführerin rechtzeitig Beschwerde gegen das Konkursdekret beim Kantonsgericht geführt hat. Hingegen hat die Beschwerdeführerin an der Konkursverhandlung nicht teilgenommen. Streitpunkt bleibt daher, ob die Konkursverhandlungsanzeige gemäss Art. 168 SchKG korrekt zugestellt worden ist und die Rechte der Beschwerdeführerin an der Konkursverhandlung gewahrt worden sind.

### **E. 2.2**

Art. 64 bis Art. 66 SchKG regeln die Zustellung der Betreuungsurkunden und sind im Konkursöffnungsverfahren nicht anwendbar. Die Zustellung der Konkursverhandlungsanzeige, welche im summarischen, von der ZPO geregelten Verfahren erfolgt, richtet sich vielmehr nach den Regeln über die gerichtliche Zustellung bzw. nach Art. 136 ff. ZPO (Urteil BGer 5A\_268/2012 vom 12. Juli 2012 E. 3.2 mit Hinweisen). Gemäss Art. 138 Abs. 1 ZPO erfolgt die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheidungen durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung. Sie ist erfolgt, wenn die Sendung von der Adressatin oder vom Adressaten oder von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegengenommen wurde. Vorbehalten bleiben Anweisungen des Gerichts, eine Urkunde dem Adressaten oder der Adressatin persönlich zuzustellen (Art. 138 Abs. 2 ZPO). Diese Person braucht zur Entgegennahme von Gerichtsurkunden weder ausdrücklich noch stillschweigend ermächtigt zu sein (Urteil BGer 4A\_260/2016 vom 5. August 2016 E. 3.3 mit Hinweisen). Gerichtliche Zustellungen, die für juristische Personen bestimmt sind, werden oft von einer angestellten Person entgegengenommen. Die Zustellung kann jedoch an jedes zur Vertretung berechtigte Organ erfolgen, wobei auch die Privatadresse in Frage kommen kann. Mit dieser Regelung will das Gesetz sicherstellen, dass gerichtliche Sendungen – analog zu Betreuungsurkunden – in die Hände jener natürlichen Personen gelangen, die für die Gesellschaft handeln können (Urteil BGer 5A\_268/2012 vom 12. Juli 2012 E. 3.4 mit Hinweisen).

### **E. 2.3**

Aus den erstinstanzlichen Akten geht hervor, dass der Zahlungsbefehl sowie die Konkursandrohung in der Betreuung Nr. ddd an die Privatadresse des einzelzeichnungsberechtigten Geschäftsführers der Beschwerdeführerin zugestellt und dort diesem bzw. seiner Ehefrau ausgehändigt wurde. Diese Adresse figuriert nebst der Adresse am Sitz der Beschwerdeführerin als andere Adresse im Handelsregister. Demgegenüber wurden die Konkursverhandlungsanzeige

Kantonsgericht KG Seite 4 von 6 sowie der Konkursentscheid am Sitz der Beschwerdeführerin zugestellt. Beide Sendungen wurden entgegengenommen und der Empfang unterschriftlich quittiert. Ab diesem Moment befand sich die Sendung grundsätzlich im Machtbereich des Vertreters bzw. der Vertreterin und somit der Beschwerdeführerin. Die Sendungen wurden an die Adresse G. \_\_\_\_\_ in F. \_\_\_\_\_ adressiert, wobei die Adresse der Beschwerdeführerin gemäss Handelsregisterauszug

G.\_\_\_\_\_, c/o H.\_\_\_\_\_, SA in F.\_\_\_\_\_ lautet (www.zefix.ch; zuletzt besucht am 17. Juni 2019). Ein Blick in den Handelsregisterauszug der H.\_\_\_\_\_ SA zeigt, dass diese ihren Sitz im September 2018 nach I.\_\_\_\_\_ verlegte und die Adresse fortan J.\_\_\_\_\_, c/o K.\_\_\_\_\_ SA in I.\_\_\_\_\_, lautet (www.zefix.ch; zuletzt besucht am 17. Juni 2019). Ab diesem Zeitpunkt war somit eine Zustellung an die Adresse am Sitz der Beschwerdeführerin in G.\_\_\_\_\_ in F.\_\_\_\_\_ möglich, nicht aber mit dem Zusatz c/o H.\_\_\_\_\_ SA. So oder anders hatte die Beschwerdeführerin von der Konkursverhandlungsanzeige Kenntnis erlangt. In den erstinstanzlichen Akten befindet sich eine handschriftliche Notiz, wonach der einzelzeichnungsberechtigte Geschäftsführer der Beschwerdeführerin telefonisch erklärt hat, nicht zahlen zu können, jedoch bis am Mittag versuche, einen Rückzug zu erreichen. Ohne Kenntnis der Konkursverhandlungsanzeige hätte kein solches Telefongespräch stattfinden können. Sodann ist die Vorladungsfrist, welche gemäss Art. 168 SchKG mindestens drei Tage beträgt, unbestrittenermassen eingehalten. Die Vorladung erfolgte rund zwei Monate im Voraus und ab diesem Zeitpunkt hätte die Beschwerdeführerin auch die Möglichkeit gehabt, in die Verfahrensakten Einsicht zu nehmen. Die Beschwerde ist somit in diesem Punkt abzuweisen.

### **E. 3.1**

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).

### **E. 3.2**

In ihrer Beschwerde führt die Beschwerdeführerin aus, über die nötigen Belege zu verfügen, dass sämtliche Forderungen gegenüber allen Gläubigern einschliesslich Zinsen und Kosten bezahlt worden seien. Die erwähnten Belege oder Urkunden werden aber nicht eingereicht. Ein Blick in den Betreibungsregisterauszug der Beschwerdeführerin zeigt darüber hinaus Betreibungen, die den Gesamtbetrag von CHF 100'000.- übersteigen. Es ist folglich festzustellen, dass die Beschwerdeführerin ihre Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft gemacht und nicht mit Urkunden bewiesen hat, dass die Schuld, einschliesslich der Zinsen und Kosten, getilgt ist, der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet hat. Die Beschwerde ist abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen.

Kantonsgericht KG Seite 5 von 6

### **E. 4**

Mit dem Entscheid in der Sache wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos und ist abzuschreiben.

## **E. 5**

Schliesslich beantragt die Beschwerdeführerin die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Beschwerdeverfahren.

### **E. 5.1**

Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat nach Art. 29 Abs. 3 BV Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Art. 117 ZPO schliesst die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für juristische Personen nicht ausdrücklich aus (Urteil BGer 4A\_372/2018 vom 30. Juli 2018 E. 2.2). Die Regelung ist aber auf natürliche Personen zugeschnitten; juristische Personen können grundsätzlich weder die unentgeltliche Prozessführung noch eine Verbeiständung beanspruchen; sie sind nicht arm oder bedürftig, sondern bloss zahlungsunfähig oder überschuldet und haben in diesem Fall die gebotenen gesellschafts- und konkursrechtlichen Konsequenzen zu ziehen. Juristische Personen verfügen deshalb – wie grundsätzlich auch die Konkurs- oder Nachlassmasse – über keinen bundesrechtlichen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (BGE 143 I 328 E. 3.1 mit Hinweisen). Die unentgeltliche Rechtspflege ist juristischen Personen, die ansonsten die Ausnahmevoraussetzungen erfüllen, jedenfalls dann zu verweigern, wenn das Verfahren, für das sie beansprucht wird, deren Weiterexistenz nicht sichert (BGE 143 I 328 E. 3.3 mit Hinweis).

### **E. 5.2**

Der Beschwerdeführerin als juristische Person steht die unentgeltliche Rechtspflege grundsätzlich ohnehin nicht zu. Im Übrigen legt sie nicht dar, weshalb ihr als juristische Person ausnahmsweise ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege zustehen sollte. Auch befindet sie sich in Liquidation und das vorliegende Verfahren sichert ihre Weiterexistenz nicht. Die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin waren unter dem Blickwinkel der Willkürprüfung von vornherein aussichtslos; daher ist auch das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen.

## **E. 6**

Die Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens werden der unterliegenden Beschwerdeführerin auferlegt. Die Gerichtsgebühr ist pauschal auf CHF 300.- festzusetzen (Art. 52 und 61 Abs. 1 GebV SchKG). Es wurde gemäss Art. 322 Abs. 1 ZPO keine Vernehmlassung eingeholt und der Gegenpartei sind keine weiteren Umstände entstanden; es ist somit keine Parteientschädigung zuzusprechen. (Dispositiv auf nachfolgender Seite)

Kantonsgericht KG Seite 6 von 6 Der Hof erkennt: I. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist. Der Konkursentscheid des Präsidenten des Sensebezirks vom 2. Mai 2019 wird bestätigt. Er lautet wie folgt: 1. Über die Gesuchsgegnerin wird der Konkurs eröffnet. 2. Der Zeitpunkt der Konkursöffnung wird auf Donnerstag, 2. Mai 2019, 08.15 Uhr, festgesetzt. 3. Das Kantonale Konkursamt wird mit der Durchführung des Konkursverfahrens beauftragt. 4. Die Gerichtskosten von CHF 300.- (Entscheidgebühr inkl. Auslagen) werden der Gesuchsgegnerin auferlegt und vom Kostenvorschuss der Gesuchstellerin bezogen. Der verbleibende Kostenvorschuss wird dem Konkursamt überwiesen. II. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung ist gegenstandslos und wird

abgeschrieben. III. Das Gesuch um Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen. IV. Die Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens werden der A. \_\_\_\_\_ SA LTD, à E. \_\_\_\_\_, succursale F. \_\_\_\_\_, auferlegt. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden auf CHF 300.- festgesetzt. Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet. V. 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, 19. Juni 2019/fju Die Präsidentin: Die Gerichtsschreiberin:

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