

# GR\_GERICHTE KSK 2018 66 vom 5. November 2018

GR Gerichte, 2018-11-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_KSK\\_2018\\_66](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_KSK_2018_66)

FR: GR\_GERICHTE KSK 2018 66 du 5 novembre 2018

IT: GR\_GERICHTE KSK 2018 66 del 5 novembre 2018

## Regeste

Konkurseröffnung | Konkurs

## Erwägungen

### E. 16

Oktober 2018 Beschwerde beim Kantonsgericht von Graubünden ein und bean-

3 / 9 trage sinngemäss die Aufhebung des Konkursentscheides. Zur Begründung führte er insbesondere aus, dass er nicht mehr im Handelsregister eingetragen sei und über ihn der Konkurs deswegen nicht hätte eröffnet werden dürfen. Seit dem 06. März 2017 sei nämlich die Einzelunternehmung "X. \_\_\_\_\_" gelöscht, sodass das Fortsetzungsbegehren vom 06. Dezember 2017 drei Monate nach Ablauf der Halbjahresfrist im Sinne von Art. 40 SchKG erfolgt sei. J. Mit Schreiben vom 16. Oktober 2018 teilte das Betreibungs- und Konkursamt Plessur dem Kantonsgericht von Graubünden mit, dass die Fortsetzung der Betreuung auf Konkurs statt auf Pfändung aufgrund eines Fehlers des Betreibungsamtes erfolgt sei. Es handle sich dabei um einen nichtigen Akt ihrerseits. Fraglich sei nur, wer den Entscheid des Regionalgerichts Plessur aufheben könne. Letzteres habe dazu keine Handhabe und habe dementsprechend den eigenen Entscheid nicht aufheben wollen. Das Betreibungs- und Konkursamt unterstütze die Eingabe des Beschwerdeführers jedenfalls und es sei bereit, allfällige Kosten zu tragen. K. Mit prozessleitender Verfügung vom 17. Oktober 2018 forderte die Vorsitzende der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Kantonsgerichts von Graubünden die Y. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) zur Beschwerdeantwort auf. Gleichzeitig wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt. L. Mit Schreiben vom 26. Oktober 2018 ersuchte die Beschwerdegegnerin um eine Fristerstreckung für die Beschwerdeantwort bis zum 2. November 2018, worauf sie mit Schreiben vom 29. Oktober 2018 darauf hingewiesen wurde, dass die Frist für die Beschwerdeantwort als gesetzliche Frist nicht erstreckbar ist und in Anbetracht dessen, dass die prozessleitende Verfügung am 19. Oktober 2018 in Empfang genommen wurden sei, am 30. Oktober 2018 ende. Innert besagter Frist reichte die Beschwerdegegnerin keine Beschwerdeantwort ein. II. Erwägungen 1.1. Nach Art. 174 Abs. 1 SchKG können Entscheide des Konkursgerichts innert zehn Tagen mit Beschwerde nach ZPO angefochten werden. Als Anfechtungsobjekte kommen sämtliche Entscheide des Konkursgerichts infrage, womit klarerweise auch Konkursdekrete betreffend die Eröffnung des Konkurses umfasst sind (vgl. Roger Giroud, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159-352 SchKG, 2. Auflage, Basel 2010, N 10 zu Art. 174 SchKG). Damit handelt es sich vorliegend um ein zulässiges Anfechtungsobjekt. Die Beschwerdefrist von zehn Tagen ergibt sich nicht nur aus Art.

4 / 9 174 Abs. 1 SchKG, sondern darüber hinaus auch aus Art. 321 Abs. 2 ZPO, da der angefochtene Entscheid aufgrund von Art. 251 lit. a ZPO im summarischen Verfahren ergangen ist. Die Zuständigkeit der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Kantonsgerichts von Graubünden folgt aus Art. 8 Abs. 2 der Verordnung über die Organisation des Kantonsgerichts (KGV; BR 173.100). Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Zum Weiterzug legitimiert ist in erster Linie der Schuldner, über den der Konkurs eröffnet worden ist (vgl. Peter Diggelmann, in: Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl., Basel 2014, N 4 zu Art. 174 SchKG). 1.2. Der Konkursentscheid des Einzelrichters SchKG am Regionalgericht Plessur vom 10. Oktober 2018 wurde dem Beschwerdeführer am 12. Oktober 2018 mitgeteilt, womit die am 16. Oktober 2018 dem Kantonsgericht von Graubünden überbrachte Beschwerde sich in jedem Fall als fristgerecht herausstellt. Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass, weshalb auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde einzutreten ist. 2.1. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 320 ZPO). Der Begriff der unrichtigen Rechtsanwendung umfasst jeden Verstoß gegen geschriebenes und ungeschriebenes Recht. Die Beschwerdeinstanz überprüft entsprechende Rügen mit freier Kognition. Unrichtige Rechtsanwendung beinhaltet dabei auch die Unangemessenheit (vgl. PKG 2012 Nr. 11 E. 2 mit zahlreichen Hinweisen). Hinsichtlich des von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalts gilt demgegenüber eine eingeschränkte Kognition. Letzteren überprüft die Rechtsmittelinstanz nur unter dem Gesichtspunkt einer offensichtlich unrichtigen, also willkürlichen Feststellung (vgl. statt vieler Dieter Freiburghaus/Susanne Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 2016, N 5 zu Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt die Rügepflicht. Die Beschwerde führende Partei hat mit anderen Worten in der Beschwerdeschrift im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet und auf welche Beschwerdegründe sie sich beruft (vgl. Dieter Freiburghaus/Susanne Afheldt, a.a.O., N 15 zu Art. 321 ZPO). Was nicht gerügt wird, hat Bestand. 2.2. Die Beschwerde dient grundsätzlich nur der Rechtskontrolle und hat nicht den Zweck, das erstinstanzliche Verfahren fortzusetzen. Demnach können im Beschwerdeverfahren gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO keine neuen Anträge, Tatsachenbehauptungen oder Beweismittel vorgebracht werden. Vorbehalten bleiben gemäss Art. 326 Abs. 2 ZPO besondere Bestimmungen des Gesetzes. Nach Art. 174 SchKG sind

5 / 9 zwei Arten von Noven zu unterscheiden. Die erste Novengruppe bilden die Tatsachen und Beweismittel, die bereits vor dem erstinstanzlichen angefochtenen Entscheid bestanden haben, aber in diesem Entscheid nicht berücksichtigt wurden, weil sie dem erstinstanzlichen Gericht trotz der hier vorgeschriebenen Untersuchungsmaxime (Art. 255 lit. a ZPO) nicht bekannt waren und auch nicht von einer Partei vorgebracht wurden (sog. unechte Noven). Diese Noven können vor der Rechtsmittelinstanz unbeschränkt geltend gemacht werden (Art. 174 Abs. 1 Satz 2 SchKG). Die zweite Gruppe besteht aus neuen Tatsachen und Beweismitteln, die erst nach dem erstinstanzlichen angefochtenen Entscheid eingetreten sind (sog. echte Noven). Diese Noven dürfen nur unter besonderen Voraussetzungen berücksichtigt werden (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Die entsprechenden Konkurshinderungsgründe, welche im Gesetz abschliessend aufgezählt sind (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1-3 SchKG), müssen sich nicht nur innert der Rechtsmittelfrist verwirklicht haben, sondern auch innerhalb derselben beweismässig geltend gemacht werden (vgl.

Roger Giroud, a.a.O., N 17 und

## E. 19

zu Art. 174 SchKG; Kurt Amonn/Fridolin Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 36 N 57 f.). 2.3. Vorliegend rügt der Beschwerdeführer, er unterliege nicht der Konkursbetreibung, da er nicht mehr im Handelsregister eingetragen sei. Diesbezüglich führt er aus, dass der Handelsregistereintrag "X.\_\_\_\_\_" am 06. März 2017 aus dem Handelsregister gelöscht worden sei. Somit handelt es sich um eine Tatsache, die vor dem Konkursentscheid des Einzelrichters SchKG am Regionalgericht Plessur vom 18. April 2018 eingetreten ist, mithin um ein unechtes Novum im Sinne von Art. 174 Abs. 1 Satz 2 SchKG, welches vor der Rechtsmittelinstanz uneingeschränkt geltend gemacht werden kann. 3.1. Ist keine Beschwerde im Sinne von Art. 17 SchKG hängig und findet das Konkursgericht von sich aus, dass im vorangegangenen Verfahren eine nichtige Verfügung (Art. 22 Abs. 1 SchKG) erlassen wurde, so setzt es den Entscheid aus und überweist den Fall der Aufsichtsbehörde (Art. 173 Abs. 2 SchKG). Liegt hingegen offensichtliche Nichtigkeit vor, so kann sie das Konkursgericht selbst (vorfrageweise) feststellen und das Konkursbegehren abweisen (vgl. BGE 135 III 14 E. 5.4; Urteil des Bundesgerichts 5A\_682/2009 vom 20. April 2010 E. 4.2.3.5). Ein Nichtigkeitsgrund im Sinne von Art. 22 Abs. 1 SchKG liegt namentlich vor, wenn die Betreibung auf dem Weg des Konkurses statt der Pfändung fortgesetzt wird. Denn in diesem Fall wird gegen eine Vorschrift verstossen, die im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen aufgestellt worden ist (vgl. Flavio Cometta/Urs Peter Möckli, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1-158 SchKG, 2. Auflage, Basel 2010, N 13 zu 6 / 9 Art. 22 SchKG; Markus Dieth/Georg J. Wohl, in: Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl., Basel 2014, N 2c zu Art. 22 SchKG). 3.2. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, dass er bereits vor dem Regionalgericht Plessur die Feststellung der Nichtigkeit der Konkursbetreibung eingewendet hätte. Sinngemäss verlangt er vorliegend die Aufhebung der Konkursöffnung durch das Kantonsgericht von Graubünden als Beschwerdeinstanz des Regionalgerichts Plessur. Nach dem Gesagten ist auch das Kantonsgericht von Graubünden nur bei offensichtlicher Nichtigkeit selbst befugt, die angefochtene Konkursöffnung aufzuheben. Immerhin hat es von Amtes wegen zu prüfen, ob der Fall an die Aufsichtsbehörde zu überweisen wäre. 3.3. Die Betreibung wird gemäss Art. 39 Abs. 1 SchKG auf dem Weg des Konkurses fortgesetzt, wenn der Schuldner unter anderem als Inhaber einer Einzelfirma im Handelsregister eingetragen ist, und zwar sowohl für die Geschäftsschulden als auch für private Verpflichtungen. Da die Eintragung im Handelsregister Voraussetzung der Konkursfähigkeit ist, kann gegen eine eintragungspflichtige (aber nicht eingetragene) Person keine Konkursbetreibung durchgeführt werden (vgl. Domenico Acocella, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1-158 SchKG, 2. Auflage, Basel 2010, N 15 zu Art. 39 SchKG). Gemäss Art. 40 SchKG unterliegen die Personen, welche im Handelsregister eingetragen waren, nachdem die Streichung durch das Schweizerische Handelsamtsblatt bekanntgemacht worden ist, noch während sechs Monaten der Konkursbetreibung (Abs. 1). Stellt der Gläubiger vor Ablauf dieser Frist das Fortsetzungsbegehren, so wird die Betreibung auf dem Weg des Konkurses fortgesetzt (Abs. 2). Mit dieser Bestimmung soll verhindert werden, dass der Schuldner zum Nachteil der Gläubiger durch unerwartete Streichung im Handelsregister

dem strengen Verfahren der ordentlichen Konkursbetreibung entgeht (vgl. Domenico Acocella, a.a.O., N 1 zu Art. 40 SchKG mit Hinweis auf BGE 135 III 14). Die Löschung aus dem Handelsregister führt daher nicht zum sofortigen Dahinfallen der Konkursfähigkeit, wohl aber nach Ablauf der sechsmonatigen Nachwirkungsfrist, welche mit dem auf die Bekanntmachung im Schweizerischen Handelsamtsblatt folgenden Tage zu laufen beginnt und sechs Monate später am Tag mit derselben Zahl respektive am letzten Tag des betreffenden Monats endet (Art. 31 SchKG in Verbindung mit Art. 142 Abs. 2 ZPO). Da es sich um eine Verwirkungsfrist handelt, kann sie weder nach Art. 33 SchKG verlängert oder wiederhergestellt werden noch unterliegt sie den betreibungsrechtlich vorgesehenen Unterbrechungen wie Rechtsstillstand, Betreibungsferien etc. (vgl. Domenico Acocella, a.a.O., N 15 zu Art. 40 SchKG).

7 / 9 3.4. Vorliegend hat der Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde einen Handelsregisterauszug vom 15. Oktober 2018 (act. B.2) eingereicht, demzufolge das Einzelunternehmen "X.\_\_\_\_\_" am 06. März 2017 gelöscht und die Löschung am 09. März 2017 im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert wurde. Die Nachwirkungsfrist hat demnach am 10. März 2017 zu laufen begonnen und endete am 10. September 2017. Das Fortsetzungsbegehren der Beschwerdegegnerin datiert vom 05. Dezember 2017 (Akten des Betreibungsamtes act. 4) und wurde folglich erst fast drei Monate nach Ablauf der Nachwirkungsfrist gestellt. Die am 06. Dezember 2017 ausgestellte Konkursandrohung erweist sich unter diesen Umständen als nichtig, wie dies auch das Betreibungs- und Konkursamt Plessur mit Schreiben vom 16. Oktober 2018 zutreffend festgehalten hat. Hätte der Handelsregisterauszug bereits der Vorinstanz vorgelegen, hätte eine Konkurseröffnung unterbleiben müssen, zumal die fehlende Konkursfähigkeit des Beschwerdeführers daraus klar hervorgeht und eine offensichtliche Nichtigkeit der Konkursbetreibung durch das Konkursgericht selber ■ ohne Überweisung an die Aufsichtsbehörde im Sinne von Art. 173 SchKG ■ festgestellt werden kann. Nachdem sich die Nichtigkeit der Konkursbetreibung nun erst im Beschwerdeverfahren ergeben hat, ist der angefochtene Konkursentscheid somit aufzuheben und das Konkursbegehren der Beschwerdegegnerin abzuweisen. 4. Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Dieser Grundsatz wird indessen durch Art. 107 ZPO eingeschränkt, welcher in gewissen Fällen eine Verteilung der Prozesskosten nach Ermessen vorsieht. Insbesondere kann gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO von der Verteilung nach dem Prozessausgang abgesehen werden, wenn besondere Umstände vorliegen, welche dies als unbillig erscheinen lassen. Zudem hat gemäss Art. 108 ZPO unnötige Prozesskosten zu bezahlen, wer sie verursacht hat. Das vorliegende Verfahren ist in erster Linie darauf zurückzuführen, dass das Betreibungs- und Konkursamt Plessur ■ wie dieses auch selbst anerkennt ■ die Betreibung auf dem Weg des Konkurses statt der Pfändung fortgesetzt hat. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens dem Betreibungs- und Konkursamt Plessur zu überbinden, welches auch die mit der Konkurseröffnung entstandenen eigenen Kosten zu tragen hat. Der von der Beschwerdegegnerin geleistete Kostenvorschuss ist dementsprechend in vollem Umfang an diese zurückzuerstatten. Was das Beschwerdeverfahren anbelangt, hätte dasselbe vermieden werden können, wenn der Beschwerdeführer bereits vor der Vorinstanz auf seine Löschung im Handelsregister hingewiesen hätte. Dies hat er nicht getan. Allerdings handelt es sich beim Beschwerdeführer um einen juristischen Laien, von welchem nicht erwartet werden darf, dass ihm die Voraussetzungen einer Konkursbetreibung bekannt sind. Unter Einbezug aller Aspekte erscheint es daher als

angezeigt, die

8 / 9 Kosten des Beschwerdeverfahrens, welche auf CHF 500.00 festgesetzt werden (Art. 61 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 52 der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [GebV SchKG; SR 281.35]), aus Billigkeitsgründen auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Parteientschädigungen sind keine zu sprechen, zumal weder der Beschwerdeführer noch die Beschwerdegegnerin anwaltlich vertreten sind und sie auch keine Umtriebsentschädigung beantragt haben. 5. Da sich die Beschwerde als offensichtlich begründet erweist, ergeht der vorliegende Entscheid in Anwendung von Art. 18 Abs. 3 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG; BR 173.000) in Verbindung mit Art. 7 Abs. 2 lit. b des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EGzZPO; BR 320.100) in einzelrichterlicher Kompetenz.

9 / 9 III.

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