



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Augustinergasse 3, Postfach 1654, 1701 Freiburg

T +41 26 304 15 00
tribunalcantonal@fr.ch
www.fr.ch/tc

102 2020 19

Urteil vom 17. Februar 2020

II. Zivilappellationshof

Besetzung

Vizepräsident:

Markus Ducret

Richter:

Catherine Overney, Michel Favre

Gerichtsschreiberin:

Frédérique Jungo

Parteien

A. _____ GMBH, Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin

gegen

B. _____ AG, Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

Gegenstand

Konkurs (Art. 174 SchKG)

Beschwerde vom 29. Januar 2020 gegen den Entscheid der
Präsidentin des Zivilgerichts des Sensebezirks vom 23. Januar 2020

Sachverhalt

A. Am 28. November 2019 stellte die B. _____ AG in der Betreuung Nr. ccc des Betreibungsamtes des Sensebezirks ein Konkursbegehren gegen die A. _____ GmbH für den Forderungsbetrag von CHF 4'308.- nebst Zins zu 5% seit dem 13. Dezember 2018, für die Betreuungskosten von CHF 146.60 sowie die Kosten und die Entschädigung des Rechtsöffnungsverfahrens von CHF 280.-, ausmachend einen Gesamtbetrag von CHF 4'941.05.

B. Der Konkursrichter setzte die Verhandlung auf den 23. Januar 2020, um 8.15 Uhr, an und teilte den Parteien mit, dass die Konkursöffnung ausgesprochen werden muss, sofern die A. _____ GmbH bis zum Verhandlungstermin nicht durch Urkunden beweist, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, ausmachend CHF 5'098.85, getilgt ist oder ihr Stundung gewährt oder das Konkursbegehren zurückgezogen wurde oder begründete Einwendungen nach Art. 172 SchKG erhoben werden.

C. Trotz ordnungsgemässer Vorladung erschienen die Parteien nicht zur Konkursverhandlung. Die Gerichtspräsidentin eröffnete den Konkurs über die A. _____ GmbH und auferlegte ihr die Gerichtskosten im Betrag von CHF 200.-.

D. Mit Eingabe vom 29. Januar 2020 erhob die A. _____ GmbH (nachfolgend: die Beschwerdeführerin) Beschwerde gegen den Konkursentscheid vom 23. Januar 2020 und beantragt dessen Aufhebung sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

E. Die Präsidentin des II. Zivilappellationshofs erteilte der Beschwerde mit Entscheid vom 30. Januar 2020 die aufschiebende Wirkung.

Die B. _____ AG reichte am 31. Januar 2020 eine spontane Stellungnahme ein, auf welche sie ebenso verwies, nachdem ihr die Beschwerde zugestellt worden war.

Erwägungen

1.

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 der Gerichtspräsidentin des Sensebezirks vom 23. Januar 2020 wurde der Beschwerdeführerin am 27. Januar 2020 zugestellt. Die am 29. Januar 2020 eingereichte Beschwerde erfolgte somit fristgerecht.

1.2. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und/oder die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Parteien können dabei nach Art. 174 SchKG unechte Noven (Abs. 1) sowie unter bestimmten Voraussetzungen echte Noven (Abs. 2) vorbringen.

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

2.

2.1. Die A. _____ GmbH hinterlegte am 28. Januar 2020 den Betrag von CHF 6'100.- beim Kantonsgericht. In ihrer Beschwerde vom 29. Januar 2020 gegen den Konkursentscheid vom 23. Januar 2020 macht sie überdies geltend, die gesamte Forderung bereits beglichen zu haben, woraufhin die Gläubigerin gemäss Abmachung ihr Konkursbegehren hätte zurückziehen sollen. Aus dem eingereichten Betreibungsprotokoll geht hervor, dass die Betreibung Nr. ccc inklusive Zinsen und Kosten per Valuta 22. Januar 2020 bezahlt wurde. Diese Zahlung stellt ein unechtes Novum im Sinne von Art. 174 Abs. 1 SchKG dar, welches im Beschwerdeverfahren uneingeschränkt vorgebracht werden kann. Im Gegensatz zum Schuldner, welcher seine Schuld erst nach der Konkurseröffnung tilgt (Art. 174 Abs. 2 SchKG), muss die Beschwerdeführerin ihre Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft machen (vgl. Urteil KG FR 102 2019 245 vom 14. November 2019, 102 2016 75 vom 3. Juni 2016, 102 2014 279 vom 17. März 2015, 102 2013 15 vom 13. Februar 2013; TALBOT, *in* Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl. 2017, Art. 174 N. 12 und 18; AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, S. 339 f. N. 58).

Es ist somit Sache des II. Zivilappellationshofs zu prüfen, ob die Voraussetzungen für einen Konkurs im Zeitpunkt der Konkurseröffnung durch die erste Instanz tatsächlich erfüllt waren.

Vorliegend überwies die Beschwerdeführerin dem Betreibungsamt vor der Konkurseröffnung einen Betrag von CHF 5'001.25 (Kapital: CHF 4'308.-; Zinsen: CHF 238.75; Kosten; CHF 454.50). Gemäss Verfügung des Gerichtspräsidenten vom 29. November 2019 betrug der Ausstand, inklusive Zins, Betreibungs- und Inkassokosten sowie Entscheidgebühr zu jenem Zeitpunkt jedoch insgesamt CHF 5'098.85. Im Zeitpunkt der Konkurseröffnung waren durch die Zahlung beim Betreibungsamt zwar die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Forderung sowie allfällige Zinsen und Kosten gedeckt, nicht aber der gesamte Betrag gemäss Verfügung vom 29. November 2019, welcher aufgrund des eingeleiteten Verfahrens bereits Entscheidgebühren von CHF 100.- beinhaltete. Die Differenz von CHF 97.60 (CHF 5'098.85 - CHF 5'001.25) war im Zeitpunkt der Konkurseröffnung nicht vollumfänglich gedeckt.

2.2. Nach Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Rechtsmittelinstanz die Konkurseröffnung 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). Zu tilgen ist die betriebene Forderung inkl. sämtlicher Kosten. Hinzukommen die Kosten des Konkursgerichts sowie des Konkursamts (TALBOT, *in* Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl. 2017, Art. 174 N. 14).

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 Konkurs hinderungsgründe gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1-3 SchKG muss folgerichtig gelten, was für das Beibringen der Urkunden zu ihrem Beweis gilt. Konkurs hinderungsgründe 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 Leistungsfähigkeit des Unternehmens des Schuldners 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 vollsteckbaren 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 Konkursiten gewonnen Gesamteindruck (STAEHELIN, *in* Basler Kommentar SchKG, Ergänzungsband zur 2. Aufl. 2017, Art. 174 N. 26a mit weiteren Hinweisen).

2.3. Wie bereits obenstehend ausgeführt, betrug die offene Schuld im Zeitpunkt der Konkursöffnung noch CHF 97.60. Die Beschwerdeführerin hat am 28. Januar 2020 den Betrag von CHF 6'100.- beim Kantonsgericht hinterlegt, womit dieser Betrag gedeckt ist.

In Bezug auf die Zahlungsfähigkeit reicht die Beschwerdeführerin verschiedene Belege ein, um dies darzutun. Gemäss dem Auszug ihrer verschiedenen Bankkonten bei der Raiffeisenbank mit Druckdatum 28. Januar 2020 verfügte sie in diesem Zeitpunkt über mehr als CHF 100'000.-. Der eingereichte Betreibungsregisterauszug vom 29. Januar 2020 zeigt zudem, dass sämtliche Betreibungen beglichen sind. Mit Blick darauf, dass keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit gestellt werden dürfen, ist diese somit insgesamt als glaubhaft gemacht zu betrachten. Die Beschwerde ist gutzuheissen und die Konkursöffnung aufzuheben.

2.4. Der von der Beschwerdeführerin beim Kantonsgericht hinterlegte Betrag ist der Beschwerdeführerin grundsätzlich zurückzuerstatten. Die im Zeitpunkt der Konkursöffnung nicht gedeckte Differenz von CHF 97.60 entspricht einem Teil der erstinstanzlichen Entscheidgebühr. Die nunmehr auf CHF 200.- festgesetzten Gerichtskosten (Entscheidgebühr inkl. Auslagen) werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Diese werden mit dem hinterlegten Betrag verrechnet, so dass sich weitere Abrechnungen bezüglich der Kosten unter den Parteien erübrigen.

3.

3.1. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens von CHF 200.- (Entscheidgebühr inkl. Auslagen) werden der Beschwerdeführerin auferlegt, die das Verfahren durch nicht rechtzeitige Zahlung des geschuldeten Betrages verursacht hat. Sie werden von dem durch die Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen, sind aber durch Verrechnung durch die Beschwerdeführerin getilgt. Demnach ist der Beschwerdeführerin der Saldo des hinterlegten Betrages in Höhe von CHF 5'900.- zurückzuerstatten; CHF 200.- werden zur Rückerstattung der Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens an die Beschwerdegegnerin überwiesen.

3.2. Trotz Gutheissung der Beschwerde sind die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Die Beschwerdeführerin hat das vorliegende Verfahren dadurch verursacht, dass sie es versäumt hat, der Konkursrichterin anlässlich der Konkursverhandlung den Beweis für ihre Zahlung vorzulegen, obwohl sie in der Vorladung ausdrücklich darauf hingewiesen wurde. Sie kann sich auch nicht auf ein allfälliges Versäumnis der Gesuchstellerin berufen, da diese eine Löschung der Betreibung erst für den Fall in Aussicht stellte, dass sie eine Zahlung vom Betreibungsamt und eine Zahlung direkt von der Beschwerdeführerin erhalten hatte. Die Gerichtskosten werden auf CHF 500.- festgesetzt und mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet (Art. 52 und 61 Abs. 1 GebV SchKG).

3.3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

(Dispositiv auf nachfolgender Seite)

erkennt:

I. Die Beschwerde wird gutgeheissen.

Der Konkursentscheid der Präsidentin des Zivilgerichts des Sensebezirks vom 23. Januar 2020 wird aufgehoben.

II. Vom von der A. _____ GmbH beim Kantonsgericht hinterlegten Betrag von CHF 6'100.- werden CHF 200.- an die B. _____ AG überwiesen, der Saldo in Höhe von CHF 5'900.- wird der A. _____ GmbH zurückerstattet.

III. Die Prozesskosten beider Instanzen werden der A. _____ GmbH auferlegt.

Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden auf CHF 200.- festgesetzt; sie werden vom Kostenvorschuss der B. _____ AG bezogen.

Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren werden auf CHF 500.- festgesetzt und mit dem durch die A. _____ GmbH geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

Es werden keine Parteientschädigungen 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, 17. Februar 2020/fju

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin: