

Beschluss vom 19. September 2017

BEK 2017 109

Mitwirkend Kantonsgerichtsvizepräsidentin lic. iur. Daniela Pérez-Steiner,
Kantonsrichter Clara Betschart und Josef Reichlin.

In Sachen **A. _____ AG,**
Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwältin B. _____,

gegen

C. _____ AG,
Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt D. _____,

betreffend Konkursöffnung
(Beschwerde gegen die Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Höfe
vom 7. Juni 2017, ZES 2017 8);-

hat die Beschwerdekammer,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

1. Am 6. Januar 2017 ersuchte die C._____ AG beim Bezirksgericht Höfe um die Eröffnung des Konkurses, den das Betreibungsamt Höfe in der Betreuung Nr. zz am 24. November 2016 (zugestellt am 28. November 2016) für die Forderungen von Fr. 13'300.00 und Fr. 17'775.00 je nebst 5% Zins seit 5. Juni 2014 sowie für die Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten von Fr. 1'390.60 der Schuldnerin A._____ AG angedroht hatte (Vi-act. 1 und KB2; Zustellung des Zahlungsbefehls am 7. Juli 2014 [Vi-act. KB1]). Der Konkursrichter lud die Parteien zur Verhandlung vom 21. März 2017, 08.30 Uhr vor, wobei er die zu tilgende Schuld auf total Fr. 36'807.45 berechnete (Vi-act. 6, inkl. Fr. 1'858.30 Zins auf Fr. 13'300.00 und Fr. 2'483.55 Zins auf Fr. 17'775.00), und forderte gleichzeitig die Schuldnerin zur Bezahlung der Gerichtskosten von Fr. 300.00 auf. Mit Zahlungen vom 13. März 2017 kam die Schuldnerin dieser Verpflichtung nach bzw. beglich sie die Schuld von Fr. 36'807.45 (Vi-act. 8). Mit Eingabe vom 16. März 2017 machte sodann die Gläubigerin für das Verfahren eine Parteikostenentschädigung von Fr. 2'640.40 geltend (Vi-act. 10). In der Folge setzte der Konkursrichter diese ermessensweise auf Fr. 500.00 fest und lud am 1. Mai 2017 die Parteien neu zur Konkurseröffnungsverhandlung vom 6. Juni 2017, 08.30 Uhr, vor unter Hinweis auf die noch verbleibende bzw. zu tilgende Schuld von Fr. 500.00 (Vi-act. 14). Auf die gegen diese Vorladung erhobene Beschwerde der Schuldnerin trat das Kantonsgericht mit Verfügung vom 31. Mai 2017 nicht ein (BEK 2017 85).

Zur Verhandlung vor den Konkursrichter am 6. Juni 2017 erschien E._____ für die Schuldnerin. Dabei vertrat er den Standpunkt, die Schuldnerin habe die Forderung gemäss Vorladung vom 1. März 2017 bezahlt. Es sei nichts weiter geschuldet; eine Forderung über Fr. 500.00 sei bis 21. März 2017 nie gestellt worden und es bestehe kein Rechtsöffnungstitel (vgl. Vi-act. 21). Mit Verfügung vom 7. Juni 2017 eröffnete der Einzelrichter per 15.00 Uhr

den Konkurs über die A. _____ AG (Dispositivziff. 1), auferlegte der Schuldnerin die von ihr bezahlten Gerichtskosten von Fr. 300.00 (Dispositivziff. 3) und überwies den von der Gläubigerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'500.00 an das mit der Durchführung des Konkursverfahrens beauftragte Konkursamt Höfe (Dispositivziff. 2 und 3).

2. Gegen die Konkurseröffnung erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 19. Juni 2017 rechtzeitig Beschwerde mit den Anträgen, die Verfügung des Bezirksgerichts Höfe vom 7. Juni 2017 über die Konkurseröffnung der Schuldnerin sei aufzuheben und der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (KG-act. 1). Am 20. Juni 2017 wurde mit verfahrensleitender Verfügung der Beschwerde antragsgemäss aufschiebende Wirkung zuerkannt (KG-act. 3). Mit Beschwerdeantwort vom 3. Juli 2017 forderte die Gläubigerin die Abweisung der Beschwerde und die Konkurseröffnung über die Schuldnerin (KG-act. 8).

Da die Schuldnerin gegen die Verfügung des Kantonsgerichts vom 31. Mai 2017 (BEK 2017 85) Beschwerde beim Bundesgericht erhoben hatte, wurden die Parteien mit Verfügung vom 4. Juli 2017 eingeladen (KG-act. 9), sich zur vorgesehenen Sistierung des vor Kantonsgericht hängigen Beschwerdeverfahrens zu äussern. Innert Frist beantragte die Gläubigerin mit Eingabe vom 17. Juli 2017 unter Hinweis auf die zwischenzeitlich vom Bundesgericht am 13. Juli 2017 (5A_480/2017) verfügte Abweisung des Gesuchs der Schuldnerin um aufschiebende Wirkung die Fortführung des Beschwerdeverfahrens BEK 2017 109 (KG-act. 10). Diese Stellungnahme wurde der Schuldnerin zur Kenntnisnahme zugestellt (KG-act. 11), und es wurde in der Folge mit Verfügung vom 10. August 2017 den Parteien das Absehen von einer Sistierung und die Fortführung des vorliegenden Verfahrens bekannt gegeben (KG-act. 12), die den Parteien am 11. bzw. 14. August 2017 zugegangen ist. Mit – dem Kantonsgericht am 18. August 2017 zugestellten – Urteil, 5A_480/2017, vom

24. Juli 2017 trat das Bundesgericht auf die Beschwerde der Schuldnerin betreffend die Vorladung zur Konkursverhandlung vom 6. Juni 2017 nicht ein.

Am 21. August 2017 reichte die Schuldnerin eine Stellungnahme sowie eine Abrechnung/Quittung des Betreibungsamts Höfe vom 16. August 2017 ein betreffend die bezahlte Parteientschädigung von Fr. 600.00 aus dem Beschwerdeverfahren BEK 2016 184 (KG-act. 14 und 14/1). Diese Eingabe (inkl. Beilage) ging am 23. August 2017 zur Kenntnis an die Gläubigerin (KG-act. 15), die hierzu mit Eingabe vom 25. August 2017 Stellung nahm (KG-act. 16 und 16/1-4). Die Schuldnerin wurde davon in Kenntnis gesetzt (KG-act. 17). Am 4. September 2017 reichte sie eine Stellungnahme ein (KG-act. 18), die am 6. September 2017 der Gläubigerin zugestellt wurde (KG-act. 19).

3. Die Konkursöffnung kann nach Art. 174 Abs. 2 SchKG aufgehoben werden, wenn der Schuldner *erstens* durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld, einschliesslich Zinsen und Kosten, getilgt (Ziff. 1) oder der geschuldete Betrag zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist (Ziff. 2) oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet (Ziff. 3) und *zweitens* seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht.

a) Die Schuldnerin hat am 13. Juni 2017 Fr. 1'750.00 (KG-act. 2) beim Kantonsgericht hinterlegt. Davon sind Fr. 750.00 für den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren und voraussichtlich Fr. 500.00 für eine allfällige zweitinstanzliche Parteientschädigung sowie Fr. 500.00 zur Tilgung der vorinstanzlichen Parteientschädigung von Fr. 500.00 bestimmt (KG-act. 1 Ziff. 13 f.). Mit Letzterem ist die erste Voraussetzung für die beantragte Konkursaufhebung nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 i.V.m. Ziff. 2 SchKG erfüllt. Daran vermögen die von der Gläubigerin in diesem Zusammenhang gemachten Vorbringen (KG-act. 8 S. 4 f.) nichts zu ändern. Die von ihr erwähnte Parteientschädigung von Fr. 600.00 aus dem Verfahren BEK 2016 184 ist bzw. war nicht Bestandteil der zu tilgenden und somit zu beurteilenden Konkursforderung. Sodann

kann ein Konkursdekret, sofern die Voraussetzungen nach Art. 174 Abs. 2 SchKG erfüllt sind, auch bei Vorliegen einer rechtmässig erfolgten Eröffnung von der Rechtsmittelinstanz aufgehoben werden.

b) Zahlungsfähigkeit bedeutet sodann, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen ihn noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Als grundsätzlich zahlungsunfähig erweist sich demgegenüber ein Schuldner, der unbestrittene und fällige Forderungen nicht bezahlt, indem er Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt (KUKO-SchKG-Diggelmann, 2.A., Art. 174 N 13). Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindrucks (Urteil Bundesgericht, 5A_297/2012, vom 10. Juli 2012, E. 2.3). Schliesslich ist die Zahlungsfähigkeit nur, aber immerhin, glaubhaft zu machen; sie muss wahrscheinlicher sein als die Zahlungsunfähigkeit. Allerdings dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann (Urteil Bundesgericht, 5A_297/2012, vom 10. Juli 2012, E. 2.3).

aa) Gemäss vorläufigem Jahresabschluss 2016 (KG-act. 1/23) weist die Schuldnerin Aktiven von total Fr. 2'657'688.21 aus; die Passiven bestehen aus dem Fremdkapital in der Höhe von Fr. 2'389'749.82 und Eigenkapital von Fr. 267'938.39. Mit Ausnahme der Aktionärsdarlehen sowie den Rückstellungen über Fr. 8'000.00 sind keine weiteren Verbindlichkeiten verzeichnet (KG-act. 1/23 S. 3). Ferner sollen für das laufende Jahr noch nicht bezahlte Rechnungen im Umfang von rund Fr. 3'500.00 bestehen (KG-act. 1 S. 7). Betref-

fend die liquiden Mittel beliefen sich diese per Ende 2016 auf total Fr. 156'974.46 (KG-act. 1/23 S. 1) und am 7. Juni 2017 verfügte die Schuldnerin über Bankguthaben von Fr. 160'419.48 (vgl. KG-act. 1/11 und 1/12). Sodann sind gemäss aktuellem Betreibungsregisterauszug des Konkursamtes Höfe (KG-act. 1/8) – abgesehen von den Forderungen der Gläubigerin von Fr. 31'075.00, die zur Konkursandrohung führte und nun getilgt wurde, und der Stadtgemeinde Zürich von Fr. 116.00, die ans Betreibungsamt Zürich bezahlt wurde – weitere 11 Betreibungen von insgesamt Fr. 136'261.10 vermerkt. Wie die Schuldnerin indes zu belegen vermag, sind davon Betreibungen im Betrag von Fr. 123'087.40 erledigt (KG-act. 1/8 S. 2; vgl. auch KG-act. 1/9 und 1/10). Unbeachtlich zu bleiben hat der erst am 21. August 2017 erbrachte Nachweis der Begleichung einer weiteren Betreibungsforderung (der Gläubigerin) über Fr. 600.00 (KG-act. 14/1). Dieses Novum ist verspätet und kann somit nicht mehr gehört werden (BGE 139 III 491 E.4.4, wonach auch echte Noven innerhalb der Beschwerdefrist vorzubringen sind). Sodann sind laut Betreibungsregisterauszug keine weiteren Forderungen mit Konkursandrohungen verzeichnet; ebenso wenig sind getilgte Verlustscheine aus Pfändungen registriert.

bb) In diesem Sinne kann festgehalten werden, dass die noch offenen Betreibungen und aktuellen laufenden Verpflichtungen durch die zurzeit gesperrten Bankgutachten genügend gedeckt sind und die Schuldnerin im Sinne des Gesagten nicht zahlungsunfähig scheint. An letzterer Feststellung vermögen weder die Ausführungen der Gläubigerin in ihrer Beschwerdeantwort (KG-act. 8 S. 5 f.) noch ihre Vorbringen vom 25. August 2017, sofern sie überhaupt zu hören sind (Art. 326 ZPO), etwas zu ändern. Entscheidend ist das Bild, das sich aufgrund der Betreibungsregistereinträge aus der Zeit vor der Konkursöffnung ergibt (KUKO SchKG-Diggelmann, 2. A., Art. 174 N 13). Hierzu kann auf das bereits Gesagte verwiesen werden. Schliesslich kann nicht gesagt werden, die Schuldnerin habe Konkursandrohungen anhäufen lassen resp. sich immer erst unter dem Druck einer drohenden Konkursöffnung zur

Tilgung der Betreuungsforderung hinreissen lassen. Schliesslich ist mangelnder Zahlungswille nicht gleichbedeutend mit mangelnder Zahlungsfähigkeit (Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, SchKG, 4. Aufl., Art. 174 N 11). Dass die Schuldnerin die Zahlung der Parteientschädigung von Fr. 500.00 vor Vorinstanz noch verweigerte, ist nach dem Gesagten kaum auf Zahlungsunfähigkeit oder einem kurzfristigen Liquiditätsengpass zurückzuführen, sondern dürfte unter anderem darin liegen, dass sie noch nicht anwaltlich beraten war. Davon abgesehen genügt auch für eine, vorliegend jedoch nicht zur Beurteilung stehende Konkurseröffnung nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG der blosser Zahlungsunwille eines Schuldners nicht, sondern es muss objektiv gesehen Illiquidität vorliegen, die während einer längeren Zeit anhält (KUKO SchKG-Huber, 2. A., Art. 190 N 8). Und selbst wenn das bisherige Zahlungsverhalten der Schuldnerin der Gläubigerin gegenüber fraglich erscheint, vermag dieser Umstand allein noch nicht dazu führen, der Schuldnerin die ihr nach Art. 174 Abs. 2 SchKG zustehende Rechtswohltat des Vollstreckungsrechts in Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB zu versagen.

cc) Zusammenfassend kann die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin aufgrund der mit der Beschwerde eingereichten Belege, welche das Unternehmen durchaus als fortführbar erscheinen lassen, und der noch betragsmässig relativ bescheidenen Betreuungsschulden als glaubhaft angesehen werden. Die Schuldnerin muss sich aber bewusst sein, dass bei einem allfälligen erneuten Konkurs das obere Gericht bei einem Weiterzug an das Glaubhaftmachen – das zwar weniger als beweisen, aber mehr als behaupten ist – der Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen stellen würde.

In diesem Sinne sind die Dispositivziffern 1 und 2 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und das Konkursbegehren abzuweisen.

4. a) Die Konkurseröffnungskosten sowie die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.00 sind der Schuldnerin aufzuerlegen, hat sie doch die

Konkurseröffnung verursacht, und es ist der Gläubigerin aus der Hinterlegung der Betrag von Fr. 500.00 (vorinstanzliche Parteientschädigung) ausbezahlen.

b) In Nachachtung der zweitinstanzlichen Rechtsbegehren der Parteien und des Ausgangs des Beschwerdeverfahrens (die Schuldnerin obsiegt mit Ausnahme der Kostenfolge, während die Gläubigerin mit ihrem Antrag auf Abweisung der Beschwerde und Eröffnung des Konkurses, mithin in der Hauptsache unterliegt) hat die Gläubigerin die Schuldnerin für das Verfahren vor Kantonsgericht reduziert mit Fr. 400.00 (inkl. Auslagen und MWST; §§ 2, 6 und 10 GebTRA) zu entschädigen. Der Rest des beim Kantonsgericht hinterlegten Betrags von Fr. 500.00 ist der Schuldnerin zurückzuerstatten.

c) Sodann hat das Konkursamt über den ihm vom Vorderrichter überwiesenen Vorschussanteil von Fr. 3'500.00 und über seine Kosten mit den Parteien abzurechnen;-

beschlossen:

1. In Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositivziffern 1 und 2 der angefochtenen Verfügung aufgehoben und das Konkursbegehren abgewiesen.
2. Der Beschwerdegegnerin wird der beim Kantonsgericht hinterlegte Betrag von Fr. 500.00 ausbezahlt.
3.
 - a) Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.00 werden der Beschwerdeführerin auferlegt und vom geleisteten Vorschuss bezogen.
 - b) Der Rest des beim Kantonsgericht hinterlegten Betrags von Fr. 500.00 wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft von der Kantonsgerichtskasse zurückerstattet.

4. Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 400.00 zu entschädigen.
5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Massgabe von Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) *Beschwerde in Zivilsachen* beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; die Beschwerdeschrift muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.
6. Zufertigung an Rechtsanwältin B._____ (2/R), Rechtsanwalt D._____ (2/R), das Konkurs- und Grundbuchamt Höfe (1/R), das Betreibungsamt Höfe (1/R), das Handelsregister des Kantons Schwyz (1/R) und an die Vorinstanz (1/A, vorab und 1/R, unter Rückgabe der Akten) sowie an die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der Beschwerdekammer

Die Kantonsgerichtsvizepräsidentin

Versand

20. September 2017 kau