

Beschluss vom 13. September 2017

BEK 2017 132

Mitwirkend Kantonsgerichtsvizepräsident Dr. Reto Heizmann,
Kantonsrichter Clara Betschart und Josef Reichlin.

In Sachen **A. _____ GmbH,**
Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____,

gegen

C. _____,
Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend Konkursöffnung
(Beschwerde gegen die Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Mar-
sch vom 10. August 2017, ZES 2017 292);-

hat die Beschwerdekammer,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

1. Das Betreibungsamt Schübelbach drohte der Schuldnerin (A. _____ GmbH, nachfolgend: Beschwerdeführerin) in der Betreibung Nr. xx am 20. April 2017 für eine Forderung der Gläubigerin (C. _____, nachfolgend: Beschwerdegegnerin) von Fr. 1'586.00 und Fr. 146.60 Betreibungskosten den Konkurs an (Vi-act. 1). Die Beschwerdegegnerin stellte bei der Vorinstanz am 21. Juni 2017 das Konkursbegehren (Vi-act.1). Der Einzelrichter lud die Parteien zur Verhandlung am 12. Juli 2017 vor und bezifferte die zu tilgende Forderung auf total Fr. 2'124.67 (Vi-act. 2) resp., nach Nichtabholung der ersten Vorladung (Vi-act. 3), lud er zur Verhandlung am 10. August 2017 vor (Vi-act. 4, Forderung total: 2'130.82). Zur Verhandlung erschien keine der Parteien und der Einzelrichter eröffnete am selben Tag den Konkurs (Dispositivziff. 1). Die Gerichtskosten von Fr. 200.00 legte er der Beschwerdeführerin auf und bezog diese vom Kostenvorschuss der Beschwerdegegnerin.

2. Die Beschwerdeführerin erhob am 17. August 2017 beim Kantonsgericht Beschwerde und stellte die folgenden Rechtsbegehren:

1. Die Verfügung vom 10.08.2017 des Einzelrichters des Bezirksgerichts March im Verfahren ZES 17 292 sei vollumfänglich aufzuheben und die Konkurseröffnung sei aufzuheben.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin, eventualiter der Vorinstanz.

3. Laut Art. 174 Abs. 1 SchKG kann ein Entscheid des Konkursgerichtes innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (Satz 1); die Parteien können dabei neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eintraten (Satz 2). Ein solches (unechtes) Novum ist auch der Umstand, dass die Forderung bereits vor der Konkurseröffnung nebst Zinsen und Kosten bezahlt wurde (Eugen Fritschi, Verfahrensfragen bei der Konkurseröffnung, Zürich/Basel/Genf 2010, 294; OGE Schaffhausen vom 2. Juli 2013, 40/2013/15/A, Ziff. 2a). Wäre die Tilgung

dem Konkursgericht bekannt gewesen, hätte diese Tatsache gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens führen müssen (OGE-Schaffhausen, a.a.O., Ziff. 2a). Art. 174 Abs. 1 Satz 1 SchKG ermöglicht also, im Beschwerdeverfahren das unechte Novum der vorgängigen Bezahlung unbeschränkt einzubringen; weil Art. 174 Abs. 2 SchKG echte Noven betrifft, entfällt die in der genannten Bestimmung vorgesehene Prüfung der Zahlungsfähigkeit. Vorausgesetzt ist aber, dass nachgewiesenermassen sowohl die Forderung als auch die Zinsen und Kosten vor der Konkurseröffnung beglichen wurden (vgl. nur Fritschi, a.a.O., 294, sowie OGE Schaffhausen, a.a.O., Ziff. 2b).

4. Die Beschwerdeführerin erklärt in ihrer Beschwerde, die (unbestrittene) Forderung von Fr. 2'130.82 am 3. August 2017, also noch vor der Konkurseröffnung, direkt der Beschwerdegegnerin überwiesen zu haben. Dieses Vorbringen ist belegt (KG-act. 1/3 und 1/4) und wird im Beschwerdeverfahren durch die Beschwerdegegnerin explizit anerkannt (KG-act. 5). Zudem leistete die Beschwerdeführerin den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren fristgerecht. Damit sind die Voraussetzungen von Art. 174 Abs. 1 i.V.m. Art. 172 Ziff. 3 SchKG erfüllt, und die Zahlungsfähigkeit nach Art. 174 Abs. 2 SchKG ist nicht zu prüfen.

5. Zusammenfassend ist Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung antragsgemäss aufzuheben. Die Beschwerdeführerin beantragt, die Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin, eventualiter zulasten der Vorinstanz zu verteilen. Diesen Antrag begründet die Beschwerdeführerin nicht (vgl. nur den Verweis auf die Überforderung der Beschwerdeführerin resp. den Arbeitsunfall des Inhabers der Beschwerdeführerin [Schulterverletzung], KG-act. 1 N 10 und zugehörige Beilage 5, was jedoch im Zusammenhang mit der Sachverhaltsdarstellung vorgebracht wurde). Die Prozesskosten werden zwar grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO), unnötige Prozesskosten hat aber diejenige Partei zu

tragen, welche diese verursachte (Art. 108 ZPO). Vorliegend bezahlte die Beschwerdeführerin die Gesamtforderung direkt der Beschwerdegegnerin und informierte die Vorinstanz nicht über die Tilgung. Der Beschwerdeführerin wurde die Konkursöffnungsverhandlung rechtmässig angezeigt (Zustellung durch die Kantonspolizei Schwyz am 17. Juli 2017, Vi-act. 6) und die Beschwerdeführerin legt nicht dar, weshalb sie das Konkursgericht nicht vor der anberaumten Verhandlung über die Tilgung informierte. Nicht ersichtlich ist, wie die allenfalls implizit vorgetragenen Gründe der Nachlässigkeit resp. der Schulterverletzung des Inhabers der Beschwerdeführerin dazu geführt haben sollen, nicht vorgängig das Konkursgericht wenigstens telefonisch informieren zu können (belegt ist nur die Arbeitsunfähigkeit vom 10. August bis 13. August 2017, KG-act. 1/5; der Arbeitsunfall fand am 9. August 2017 statt [KG-act. 1 N 10], und die Zahlung wurde am 3. August 2017 ausgelöst resp. am 7. August 2017 bei der Beschwerdegegnerin gebucht [KG-act. 1 N 9 und KG-act. 1/3 und 1/4]). Damit verursachte die Beschwerdeführerin die angefallenen Kosten beider Instanzen (vgl. zutreffend auch OGE Schaffhausen, a.a.O., Ziff. 3), und ihr ist deshalb auch keine Entschädigung zuzusprechen. Eventualiter beantragt die Beschwerdeführerin die Tragung der Kosten- und Entschädigungsfolgen durch die Vorinstanz. Eine solche Kostenaufgabe aus Billigkeitsgründen ist aber nur dann angezeigt, wenn weder eine Partei noch Dritte die Kosten veranlassten (Art. 107 Abs. 2 ZPO, vgl. Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar ZPO, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 107 N 25 f.), was vorliegend wie dargelegt nicht der Fall ist. Die Beschwerdegegnerin schliesslich stellte keinen Antrag auf Entschädigung, weshalb auch ihr keine Entschädigung zuzusprechen ist;-

beschlossen:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung aufgehoben und das Konkursbegehren abgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.00 werden der Beschwerdeführerin auferlegt und vom geleisteten Vorschuss bezogen. Entschädigungen werden keine gesprochen.
3. 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.
4. Zufertigung an Rechtsanwalt B._____ (2/R), die C._____ (1/R), das Konkurs- und Grundbuchamt March (1/R), das Betreibungsamt Schübelbach (1/R), das Handelsregister des Kantons Schwyz (1/R), die Vorinstanz (1/A) sowie nach definitiver Erledigung an die Vorinstanz (1/R, unter Rückgabe der Akten) und an die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der Beschwerdekammer
Der Kantonsgerichtsvizepräsident

Versand

14. September 2017 kau