

Beschluss vom 22. Dezember 2017

BEK 2017 163

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

In Sachen **A. _____ GmbH,**
Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____,
Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend Konkurseröffnung
(Beschwerde gegen die Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht
Schwyz vom 10. Oktober 2017, ZES 2017 488);-

hat die Beschwerdekammer,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

1. Das Betreibungsamt Ingenbohl drohte der Schuldnerin (A. _____ GmbH, nachfolgend: Beschwerdeführerin) in der Betreibung Nr. xx am 7. August 2017 für eine Forderung der Gläubigerin (B. _____, nachfolgend: Beschwerdegegnerin) von Fr. 13'458.50 und total Fr. 764.36 Kosten/Verzugszins den Konkurs an (Vi-act. 1). Die Beschwerdegegnerin stellte bei der Vorinstanz am 8. September 2017 das Konkursbegehren (Vi-act. 1). Der Einzelrichter lud die Parteien zur Verhandlung am 10. Oktober 2017 vor und bezifferte die zu tilgende Forderung auf total Fr. 14'589.71 (Vi-act. 3). 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 19. Oktober 2017 beim Kantonsgericht Beschwerde und stellte die folgenden Rechtsbegehren:

1. Der Konkurs gegen die A. _____ GmbH sei unverzüglich aufzuheben.
2. Ebenso seien die Ziffern 2 und der 3 der angefochtenen Verfügung aufzuheben.
3. Das Konkursamt Schwyz sei anzuweisen, dass der Konkurs nicht eröffnet und publiziert wird und dass er eingestellt wird.
4. Der Beschwerde sei in jedem Fall die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gegenpartei bzw. des Bezirksgerichts Schwyz.

3. Mit prozessleitender Verfügung vom 20. Oktober 2017 (KG-act. 2) wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt (Ziff. 1) und den Parteien u.a. mitgeteilt, dass auf die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG gestützt auf Art. 174 Abs. 1 i.V.m. Art. 172 Ziff. 3 SchKG einstweilen verzichtet werde, allfällige weitere prozessleitende Anordnungen nach Eingang und Sichtung der Akten jedoch vorbehalten bleiben würden (Ziff. 4). Mit einer weiteren prozessleitenden Ver-

fügung (vom 13. November 2017, KG-act. 5) wurde bekanntgegeben, dass der Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren geleistet worden sei und eine Prüfung der Akten ergeben habe, dass die Forderung der Gläubigerin nicht vollständig getilgt worden sei (unter Verweis auf den Zahlungsbeleg, Beilage 2 zur Beschwerdeschrift, und mit Hinweis darauf, dass Fr. 14'589.71 einzubezahlen gewesen wären). Zudem sei nicht bekannt, ob die Schuldnerin die erstinstanzlichen Gerichtskosten von Fr. 200.00 bezahlt habe. Für eine Tilgung im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG sei vorausgesetzt, dass die Schuldnerin nicht nur die auf der Konkursandrohung aufgeführte Forderung samt Zinsen zahle, sondern sämtliche Kosten, insbesondere auch die Kosten des Konkursgerichts (mit Verweis auf Talbot, in: Kren Kostkiewicz/Vock, Kommentar SchKG, 2017, Art. 172 N 5). Für eine Anwendung der Art. 174 Abs. 1 i.V.m. Art. 172 Ziff. 3 SchKG bliebe deshalb kein Raum, vielmehr habe die Schuldnerin die Voraussetzungen von Art. 174 Abs. 2 SchKG zu erfüllen. Dafür wurde ausnahmsweise und unpräjudiziell eine Nachfrist von zehn Tagen angesetzt (unter Hinweis darauf, dass es sich um eine letztmalige Nachfrist handle und Fristerstreckungen nicht möglich seien), um durch Urkunden zu beweisen, dass entweder die Schuld, einschliesslich der Zinsen und Kosten, getilgt, oder der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden der Gläubigerin hinterlegt sei oder die Gläubigerin auf die Durchführung des Konkurses verzichte (mit Verweis auf Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1-3 SchKG), und dass die Schuldnerin zudem innert derselben Frist die Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG glaubhaft zu machen habe, und zwar insbesondere durch Einreichung eines Zwischenabschlusses mit Aktiven und Passiven samt Bankauszügen, vollständigen Kreditoren- und Debitorenlisten sowie einem aktuellen Betreibungsregisterauszug nebst Nachweis, dass weitere Betreibungsforderungen mit Konkursandrohung bezahlt und im Übrigen zumindest gedeckt sind; im Unterlassungsfall werde aufgrund der Akten entschieden. Innert Frist reagierte die Beschwerdeführerin jedoch nicht.

4. 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). Zwar erklärt die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde, die Forderung von Fr. 13'458.50 und Fr. 764.35 am 9. Oktober 2017 (total Fr. 14'222.85), also noch vor der Konkurseröffnung, dem Bezirksgericht Schwyz überwiesen zu haben. Dieses Vorbringen ist auch belegt (KG-act. 1/2; zudem bezahlte sie den Kostenvorschuss von Fr. 750.00 für das Beschwerdeverfahren). Vor Konkurseröffnung zu leisten wären jedoch Fr. 14'589.71 gewesen, und nicht nur Fr. 14'222.85 (dieser Betrag entspricht demjenigen auf dem Zahlungsbefehl und der Konkursandrohung, Vi-act. 1), worauf die Beschwerdeführerin nicht nur in erwähnter Verfügung des Beschwerdeverfahrens, sondern auch in der Vorladung zur Konkursverhandlung (Vi-act. 3, Berechnungsblatt) explizit hingewiesen wurde, auch auf die Folgen der Nichteinhaltung der Zahlungsfrist. Weder in der Beschwerde noch innert Nachfrist erklärt sich die Beschwerdeführerin zu diesem Umstand. Damit sind die Voraussetzungen von Art. 174 Abs. 1 i.V.m. Art. 172 Ziff. 3 SchKG nicht erfüllt und es

bleiben diejenigen nach Art. 174 Abs. 2 SchKG zu prüfen (Gründe nach Art. 320 ZPO bringt die Beschwerdeführerin nicht vor).

5. Laut Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung 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.

Weil der geschuldete Betrag auch die Kosten des angefochtenen Konkurs-erkenntnisses und die Zinsen umfasst, wurde er nicht vollständig einbezahlt, auch nicht innert der angesetzten Nachfrist (BSK SchKG-Giroud, Art. 174 N 21 ff., m.N., s. schon vorne Ziff. 4), und weil die Beschwerdegegnerin nicht auf die Durchführung des Konkurses verzichtete, wurde keine der in den erwähnten Ziff. 1-3 *erstens* statuierten Voraussetzungen erfüllt, weshalb die Beschwerde allein deshalb abzuweisen ist. An die Glaubhaftmachung der *zweiten* Voraussetzung (der Zahlungsfähigkeit) dürfen zwar keine zu strengen Anforderungen gestellt werden. Es liegt aber an der Beschwerdeführerin, fristgerecht geeignete Beweismittel vorzulegen. Vorausgesetzt ist im Kern, dass die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit (BSK SchKG-Giroud, Art. 174 N 26, m.N.). Die Beschwerdeführerin bringt jedoch, auch innert der unpräjudiziell angesetzten Nachfrist, keinerlei Gründe oder Belege zur Zahlungsfähigkeit vor, sondern stützt sich nur auf die Einzahlung des Betrags. Damit ist offensichtlich, dass sie die Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft machen kann, weshalb die angefochtene Beschwerde zu bestätigen ist.

6. Die Beschwerdeführerin beantragt die Tragung der Kosten- und Entschädigungsfolgen durch die Beschwerdegegnerin bzw. 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 nicht der Fall ist. Vielmehr sind die Verfahrenskosten des Beschwerdeverfahrens ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerdegegnerin reichte keine Beschwerdeantwort ein, weshalb ihr mangels Antrags und Aufwands für das Beschwerdeverfahren keine Entschädigung zuzusprechen ist. Der beim Bezirksgericht Schwyz hinterlegte Betrag von Fr. 14'222.85 ist nach Rechtskraft des Beschlusses der Beschwerdekammer dem Konkursamt Schwyz zu überweisen;-

beschlossen:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, die Wirkung der vorinstanzlichen Konkurseröffnung auf den 22. Dezember 2017, 15:00 Uhr, festgesetzt und die angefochtene Verfügung im Übrigen bestätigt.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.00 werden der Beschwerdeführerin auferlegt und vom geleisteten Vorschuss bezogen. Entschädigungen werden keine gesprochen.
3. Der beim Bezirksgericht Schwyz hinterlegte Betrag von Fr. 14'222.85 ist nach Rechtskraft dem Konkursamt Schwyz zu überweisen.
4. 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.
5. Zufertigung an die Beschwerdeführerin (1/R), die B._____ (1/R), das Konkurs- und Grundbuchamt Schwyz (1/R), das Betreibungsamt Ingenbohl (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

22. Dezember 2017 kau