

Beschluss vom 24. März 2017

BEK 2017 30

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

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

gegen

C. _____ AG
Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend Konkursöffnung
(Beschwerde gegen die Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht March vom 27. Januar 2017, ZES 2017 12);-

hat die Beschwerdekammer,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

1. Am 6. Dezember 2016 wurde der A._____AG vom Betreibungskreis Altendorf Lachen die Konkursandrohung in der Betreibung Nr. xxx für eine Forderung der C._____ über Fr. 36'640.25 zzgl. 4 % Zins seit 1. Januar 2016 und Umtriebsspesen von Fr. 500.00 zugestellt (Beilage zu Vi-act. 1).

a) Mit Eingabe vom 9. Januar 2017 (Postaufgabe) stellte die Gläubigerin bei der Vorinstanz das Konkursbegehren (Vi-act. 1). Der Einzelrichter am Bezirksgericht March lud die Parteien zur Konkursverhandlung am 27. Januar 2017 vor und bezifferte die Forderung auf total Fr. 37'122.55 (inkl. Betreuungskosten von Fr. 296.60 und Verfahrenskosten von Fr. 200.00; Vi-act. 2). Nachdem keine der Parteien zur Verhandlung erschien und die Gläubigerin trotz telefonischer Nachfrage um Aufschub durch den Vertreter der A._____AG am Konkursbegehren festhielt (Vi-act. 3), erkannte der Einzelrichter am Bezirksgericht March am selben Tag wie folgt (Vi-act. 4):

1. Über die Firma A._____AG wird der Konkurs eröffnet mit Wirkung ab: 27.01.2017, 11.00 Uhr.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 200.00 werden von der Gläubigerin erhoben, gehen jedoch zulasten der Schuldnerin.
3. (Rechtsmittelbelehrung)
4. (Mitteilung).

Gleichentags, um 15.50 Uhr, reichte die A._____AG beim Bezirksgericht March einen Zahlungsvorschlag ein (Vi-act. 6).

b) Die A._____AG (nachfolgend Beschwerdeführerin) reichte am 10. Februar 2017 beim Kantonsgericht Schwyz rechtzeitig Beschwerde ein und beantragte Folgendes (KG-act. 1):

1. Die mit Verfügung des Bezirksgerichts March vom 27. Januar 2017 über die Firma A._____AG mit Wirkung ab: 27.01.2017, 11.00 Uhr, eröffnete Konkurs sei aufzuheben.
2. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
3. Alles unter gesetzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin.

Mit Verfügung vom 13. Februar 2017 wurde das Gesuch um aufschiebende Wirkung einstweilen abgewiesen (KG-act. 2). Am 14. Februar 2017 überwies die Vorinstanz die Akten (KG-act. 3).

Mit Beschwerdeantwort vom 21. Februar 2017 stellte die C._____AG (nachfolgend Beschwerdegegnerin) folgende Anträge (KG-act. 5):

1. Es sei die Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 10. Februar 2017 abzuweisen und der vom Bezirksgericht March mit Verfügung vom 27. Januar 2017 über die Beschwerdeführerin eröffnete Konkurs aufrecht zu erhalten;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin.

Die Beschwerdeführerin nahm zur Beschwerdeantwort innert Frist nicht mehr Stellung (vgl. KG-act. 6)

2. Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, ihr Generalbevollmächtigter, D._____, habe sich vor der Konkurseröffnung mit einem Mitarbeiter der Beschwerdegegnerin, Herrn E._____, geeinigt, dass die Beschwerdeführerin sofort Fr. 10'000.00 überweise und den Restbetrag innert Wochenfrist zahle. D._____ sei in diesem Zeitpunkt davon ausgegangen, dass das Konkursbegehren zurückgezogen würde (KG-act. 1, S. 3). Die Beschwerdegegnerin wendet dagegen ein, nach der Konkursverhandlung habe die Beschwerdeführerin telefonisch bei Herrn E._____ um Zustimmung zu einer Ratenzahlung nachgefragt, was dieser aber abgelehnt habe. Der zuständige Mitarbeiter habe dies im Geschäftsverwaltungssystem vermerkt.

Gleichentags habe der Mitarbeiter auch gegenüber dem Gerichtsschreiber am Bezirksgericht March die Gewährung eines weiteren Zahlungsaufschubes verneint, was ebenfalls im Geschäftsverwaltungssystem vermerkt worden sei. Die Behauptungen der Beschwerdeführerin zu einer angeblichen Einigung seien damit widerlegt (KG-act. 5, S. 2 f.).

a) Gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG kann der Entscheid des Konkursgerichtes innert zehn Tagen mit Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO angefochten werden. Die Parteien können dabei neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Es handelt sich hierbei um Tatsachen und Beweismittel, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind, aber in diesem Entscheid nicht berücksichtigt wurden, weil sie dem erstinstanzlichen Gericht trotz der Untersuchungsmaxime gemäss Art. 255 lit. a ZPO nicht bekannt waren und auch nicht von einer Partei vorgebracht wurden. Bei dieser Novenregelung liegt eine gemäss Art. 326 Abs. 2 ZPO gesetzlich geregelte Ausnahme zu dem nach Art. 326 Abs. 1 ZPO bestehenden Novenverbot im Beschwerdeverfahren vor (vgl. u.a. Volkart, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2011, Art. 326 ZPO N 1 ff.; Urteil BGer vom 8. Juli 2013, 5A_409/2013, E. 1.3; Urteil BGer vom 12. Mai 2011, 5A_230/2011, E. 3.2.1).

b) Nach den vorstehenden Erwägungen vermag die Beschwerdeführerin ihre Behauptung, dass eine Zahlungsvereinbarung mit der Beschwerdegegnerin bestehe, nicht nachzuweisen. Demgegenüber belegt die Beschwerdegegnerin, dass sie dem Beschwerdeführer am 27. Januar 2017 auf dessen telefonische Anfrage hin erklärte, dass ihm kein Zahlungsaufschub gewährt werden könne (KG-act. 5/2). Sodann bestätigte sie gleichentags sowohl vor als auch nach diesem Telefonat gegenüber dem zuständigen Gerichtsschreiber am Bezirksgericht March, dass am Konkursbegehren festgehalten werde (KG-act. 5/1 und 5/3). Folglich erweist sich die Beschwerde in diesem Punkt als unbegründet.

3. Des Weiteren macht die Beschwerdeführerin geltend, sie sei gemäss den beigelegten offenen Rechnungen (Debitorenliste) zahlungsfähig. Die im Konkursbegehren aufgeführte Forderung sei zwar noch nicht bezahlt, könne aber jederzeit getilgt werden. Es werde angeboten, den geschuldeten Betrag beim Kantonsgericht zu hinterlegen (KG-act. 1, S. 4). Die Beschwerdegegnerin wendet dagegen ein, es sei irrelevant, ob die Beschwerdeführerin die Forderung jederzeit tilgen könne. Eine Tilgung sei jedenfalls nicht erfolgt, weshalb die Voraussetzungen von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG nicht erfüllt seien. Auch die Hinterlegung habe die Beschwerdeführerin lediglich angeboten, nicht aber bis zum Ablauf der Beschwerdefrist tatsächlich vorgenommen. Die Voraussetzungen der Aufhebung der Konkurseröffnung seien damit nicht gegeben (KG-act. 5, S. 3 f.).

a) Die Beschwerdeinstanz kann nach Art. 174 Abs. 2 SchKG die Konkurseröffnung aufheben, wenn der Schuldner erstens durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld, einschliesslich Zinsen und Kosten, getilgt (Ziff. 1) oder der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist (Ziff. 2) oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet (Ziff. 3) und zweitens seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. Der Schuldner muss den Nachweis sowohl des Aufhebungsgrundes als auch seiner Zahlungsfähigkeit innerhalb der Rechtsmittelfrist erbringen (BGE 136 III 294, E. 3.2; BSK SchKG II-Giroud, Art. 174 SchKG N 20; KUKO SchKG-Diggelmann, Art. 174 SchKG N 16).

Eine Tilgung, d.h. Zahlung oder anderweitiger zivilrechtlicher Untergang der Forderung (BSK SchKG II-Giroud, Art. 174 SchKG N 21), macht die Beschwerdeführerin nicht geltend, sondern bietet einzig an, den geschuldeten Betrag beim oberen Gericht zu hinterlegen (KG-act. 1, S. 4). Das blosses Anbieten der Hinterlegung kann aber als Aufhebungsgrund der Konkurseröffnung nicht genügen. Der geschuldete Betrag muss vielmehr bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist beim oberen Gericht eingetroffen sein. So muss z.B. bei der

Hinterlegung mittels Post- oder Bankanweisung der zu hinterlegende Betrag innert der Rechtsmittelfrist zu Gunsten der Beschwerdeinstanz der Schweizerischen Post übergeben oder einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet worden sein (Art. 143 Abs. 3 ZPO; BSK SchKG II-Giroud, Art. 174 SchKG N 22). Der erforderliche Urkundennachweis des Aufhebungsgrundes (BSK SchKG II-Giroud, Art. 174 SchKG N 24) ist denn auch erst möglich, nachdem die Hinterlegung tatsächlich erfolgte. Das Anbieten der Hinterlegung genügt demnach nicht als Aufhebungsgrund. Schliesslich wurde bereits festgehalten, dass die Beschwerdeführerin nicht (urkundlich) nachweisen konnte, dass die Beschwerdegegnerin einer Zahlungsvereinbarung zustimmte. In der Folge verzichtete bzw. verzichtet denn auch die Beschwerdegegnerin nicht auf die Durchführung des Konkurses, sondern hielt vielmehr am Konkursbegehren fest (KG-act. 5/1 und 5/3). Zusammenfassend konnte die Beschwerdeführerin keinen Konkursaufhebungsgrund nachweisen.

b) Darüber hinaus ist auch die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin nicht hinreichend nachgewiesen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, 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. Der wichtigste Beleg für die Zahlungsfähigkeit ist der Betreibungsregistrauszug. Denn die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf dem anhand der Zahlungsgewohnheiten des Konkursiten gewonnen Gesamteindruck. Bei Unternehmen dienen insbesondere auch Debitoren- und Kreditorenlisten sowie Jahresabschlüsse dem Nachweis der Zahlungsfähigkeit (KUKO SchKG-Diggelmann, Art. 174 SchKG N 13-15).

Die Beschwerdeführerin reichte verschiedene, angeblich noch offene Rechnungen ein. Diejenige vom 1. Juli 2014 zulasten der F._____AG (KG-act. 1/10) ist zum Nachweis der aktuellen Zahlungsfähigkeit untauglich. Des

Weiteren liegen folgende Rechnungen vor: vom 8. Dezember 2016 an Frau G. _____ über Fr. 5'629.10 (KG-act. 1/9), vom 10. Januar 2017 an die H. _____ AG über Fr. 5'853.60 (KG-act. 1/7), vom 10. Januar 2017 an die I. _____ GmbH über Fr. 23'568.90 (KG-act. 1/7a), vom 26. Januar 2017 an die J. _____ GmbH über Fr. 11'537.50 (KG-act. 1/8) sowie vom 31. Januar 2017 an die K. _____ AG über Fr. 62'174.55 (KG-act. 1/6). Der Totalbetrag der Rechnungen beläuft sich auf Fr. 108'763.65. Damit könnten zwar die in der Konkursandrohung festgehaltene Forderung von Fr. 34'640.25 zzgl. 4 % Zins seit 1. Januar 2016 (Beilage zu Vi-act. 1) sowie die Betreibungs- und Gerichtskosten gedeckt werden. Es genügt aber für die Bejahung der Zahlungsfähigkeit nicht, wenn der Konkursit die Konkursforderung lediglich aus dem Grunde zahlen kann, weil er seine übrigen Schulden vernachlässigt (vgl. KU-KO SchKG-Diggelmann, Art. 174 SchKG N 14). Wie bereits erwähnt, ist erforderlich, dass der Konkursit sämtlichen laufenden Verpflichtungen nachkommen kann. Dies kann jedoch vorliegend nicht geprüft werden, weil weder eine Kreditorenliste (zum Vergleich mit der Debitorenliste) noch ein Jahresabschluss, eine Bilanz oder ein Betreibungsregisterauszug vorhanden sind. Die geltend gemachte Zahlungsfähigkeit kann somit nicht als glaubhaft erachtet werden. Davon abgesehen drängte sich diesbezüglich auch keine Fristansetzung zur „Nachbesserung“ auf, da die Voraussetzungen nach Art. 174 Abs. 2 SchKG kumulativ erfüllt sein müssen und der Urkundenbeweis im Sinne von Ziffer 1-3 von Art. 174 Abs. 2 SchKG offensichtlich nicht erfüllt war bzw. ist.

c) Zusammenfassend ist die Beschwerde abzuweisen.

4. a) Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

b) Die Beschwerdegegnerin beantragt die Zusprechung einer Parteientschädigung. Zur Begründung führt sie aus, an sich gestalte sich der vorliegende Fall als „Massefall“, aufgrund der Verweigerungshaltung der Be-

schwerdeführerin sei aber im Vergleich zu Standardfällen zusätzlicher Aufwand entstanden (KG-act. 5, S. 4).

Als Parteientschädigung gilt nach Art. 95 Abs. 3 ZPO der Ersatz notwendiger Auslagen (lit. a), die Kosten einer berufsmässigen Vertretung (lit. b) und in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung (lit. c). Auslagen der Parteien sind zu entschädigen, wenn sie prozessual notwendig waren, wie etwa Reisespesen, Versandkosten, Fernmeldedienstleistungen oder Kopienkosten (BSK ZPO-Rüegg, Art. 95 ZPO N 17). Derartige Auslagen macht die Beschwerdegegnerin indessen nicht geltend. Die Beschwerdegegnerin ist nicht anwaltlich oder anderweitig berufsmässig vertreten (vgl. Art. 68 Abs. 2 ZPO, Art. 27 Abs. 1 SchKG), sodass keine entsprechende Entschädigung zugesprochen werden kann. Schliesslich ist eine Umtriebsentschädigung nur in begründeten Ausnahmefällen zuzusprechen, typischerweise bei einem Verdienstausschlag einer selbständig erwerbenden Person (vgl. Suter/von Holzen, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl., Art. 95 ZPO N 41). Die Beschwerdegegnerin begründet jedoch in keiner Weise, welcher zusätzliche Aufwand ihr im Vergleich zu Standardfällen entstand; ebenso erweist sich der vorliegende Fall nicht als kompliziert. Daher hat auch eine Umtriebsentschädigung zu entfallen;-

beschlossen:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.00 werden der Beschwerdeführerin auferlegt und vom geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Massgabe von Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; die Beschwerdeschrift muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.
5. Zufertigung an Rechtsanwalt B._____ (2/R), an die C._____AG (1/R), an das Konkursamt March (1/R), an den Betreibungskreis Altdorf Lachen (1/R), an das Handelsregister des Kantons Schwyz (1/R) und an 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

Die Kantonsgerichtsvizepräsidentin

Die Gerichtsschreiberin

Versand

28. März 2017 nsc