kantonschwyz

Beschluss vom 15. Februar 2021

BEK 2020 159

Mitwirkend

Kantonsgerichtsvizepräsident Dr. Reto Heizmann,
Kantonsrichterinnen Clara Betschart und lic. iur. Ilaria Beringer,
Gerichtsschreiber lic. iur. Mathis Bösch.

In Sachen

A._____ AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt B._____,

gegen

1. **C._____ AG,**
   Beschwerdegegnerin,
   vertreten durch Rechtsanwalt D._____,
2. **E._____**,
   Beschwerdegegner,

betreffend

Beschwerde
(Beschwerde gegen die Verfügung des Präsidenten des Bezirksgerichts Höfe vom 1. Oktober 2020, APD 2020 16);-

hat die Beschwerdekammer
als obere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibung und Konkurs,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

1. Im Konkurs der F._____ AG ist die C._____ AG als ausseramtliche Konkursverwaltung eingesetzt. Die G._____ AG wurde mit Mandatsvertrag vom 20./21. Januar 2020 beauftragt, die ausseramtliche Konkursverwaltung in diesem Konkursverfahren zu beraten, u.a. Factoringbeziehungen zwischen der Konkursitin und den Factoringnehmer zu analysieren und den Sachverhalt betreffend zivil- oder allfällige strafrechtliche Haftung der beteiligten Personen zusammenzustellen (Vi-act. Dossier C Bg 1 BB 19). Die A._____ AG teilte der ausseramtlichen Konkursverwaltung am 19. März 2020 mit, dass der Beschwerdegegner 2 ein Konkurrent von ihr und es ihr unerklärlich sei, dass diese offensichtlich befangene Hilfsperson auf ihre Kunden habe angesetzt werden können. Sie ersuchte um Absetzung der Hilfsperson (Vi-act. KB 23). Am 6. April 2020 verfügte die ausseramtliche Konkursverwaltung, den Beschwerdegegner 2 als Hilfsperson beizubehalten (Ziff. 1) und verpflichtete die ehemaligen Geschäftsführungsorgane der Konkursitin, Daten, Dokumente und Informationen innert 20 Tagen zu übermitteln (Ziff. 2; Vi-act. KB 2). Dagegen beschwerte sich die A._____ AG am 17. April 2020 bei der unteren Aufsichtsbehörde. Mit Verfügung vom 1. Oktober 2020 wies diese die Beschwerde ab und hob die angeordneten vorsorglichen Massnahmen auf. Die A._____ AG stellte mit rechtzeitiger Beschwerde vom 12. Oktober 2020 der oberen Aufsichtsbehörde folgende Anträge:

1. Die Verfügungen der Vorinstanz vom 1. Oktober 2020 sowie der ausseramtlichen Konkursverwaltung betreffend Ausstandsgesuch gegen Rechtsanwalt E._____ vom 6. April 2020 seien aufzuheben.
2. Die ausseramtliche Konkursverwaltung sei anzuweisen, Rechtsanwalt E._____ das Mandat als Hilfsperson der ausseramtlichen Konkursverwaltung im Konkurs über die F._____ AG in Liquidation zu entziehen.

2a. Eventualiter sei Rechtsanwalt E._____ anzuweisen, als Hilfsperson im Konkurs über die F._____ AG in Liquidation in

den Ausstand zu treten und diesbezüglich keine weiteren Amtshandlungen oder andere Handlungen mehr vorzunehmen.

3. Rechtsanwalt E._____ sei anzuweisen, sämtliche Akten und Unterlagen, welche ihm im Zusammenhang mit der Ernennung als Hilfsperson im Konkurs über die F._____ AG in Liquidation und in Ausübung seines Amtes zugekommen sind, an die ausseramtliche Konkursverwaltung zurückzugeben.

4. Rechtsanwalt E._____ sei anzuweisen, sämtliche von ihm kontaktierten Vertragspartner der Beschwerdeführerin schriftlich über seinen Ausstand im Konkursverfahren betreffend die F._____ AG in Liquidation zu informieren.

4a. Rechtsanwalt E._____ sei anzuweisen, eine Liste über sämtliche von ihm kontaktierten Vertragspartner der Beschwerdeführerin zu erstellen und diesbezüglich eine Vollständigkeitserklärung abzugeben.

5. Die ausseramtliche Konkursverwaltung sei anzuweisen, Vertragspartner der Beschwerdeführerin direkt oder über Hilfspersonen nur in Absprache mit der Beschwerdeführerin zu kontaktieren, sofern die Organe der F._____ AG in Liquidation oder die Beschwerdeführerin der ausseramtlichen Konkursverwaltung angefragte Informationen und Dokument nicht innert einer angemessenen Frist bereitstellen können.

6. Der Beschwerdeführerin sei volle Akteneinsicht in die Konkursakten sowie in sämtliche Akten im Zusammenhang mit der Ernennung und Mandatsausübung der Hilfsperson zu gewähren.

7. Eventualiter sei die Verfügung der Vorinstanz aufzuheben und die Sache zur Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Ausserdem stellte die Beschwerdeführerin vorsorgliche Anträge gegen die Tätigkeit des Beschwerdegegners 2. Die Beschwerdegegner beantragten, auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventualiter diese abzuweisen. Die Parteien reichten weitere Rechtsschriften ein.

2. Nach Art. 10 Abs. 1 SchKG dürfen die Beamten und Angestellten der Betreibungs- und der Konkursämter sowie die Mitglieder der Aufsichtsbehörden in eigener Sache (Ziff. 1), in Sachen von Angehörigen (Ziff. 2 und 2bis) und einer Person, deren Vertreter, Bevollmächtigte oder Angestellte sie sind (Ziff. 3) sowie in Sachen, in denen sie aus anderen Gründen befangen sein könnten (Ziff. 4), keine Amtshandlungen vornehmen. Ein

ausstandspflichtiger Betreibungs- oder Konkursbeamter muss ein an ihn gerichtetes Begehren sofort seinem Stellvertreter übermitteln und den Gläubiger davon mit uneingeschriebenem Brief benachrichtigen (Art. 10 Abs. 2 SchKG). Die Bestimmung gilt auch für ausseramtliche Konkursverwaltungen (Art. 241 SchKG).

a) Die Beamten entscheiden über die Ausstandspflicht selbständig, weil Art. 10 SchKG kein eigentliches Ausstandsverfahren vorsieht, sondern den Beamten im Unterschied zu den ohnehin nur als kantonales Recht anwendbaren Art. 47 ff. ZPO (i.V.m. Art. 20a Abs. 3 SchKG) direkt die Vornahme von Amtshandlungen verbietet bzw. gebietet, solche dem Stellvertreter zu überlassen. Die Beamten sind nicht gehalten, ihre Weigerung, in den Ausstand zu treten, durch begründeten Entscheid mitzuteilen, und können entweder die Amtshandlung trotz der Ablehnung vornehmen oder im Ausstandsfall nach Art. 10 Abs. 2 SchKG verfahren (vgl. Walder/Kull/Kottmann, SchKG, 4. A. 1997, Art. 10 SchKG N 4). Der Ausstandsentscheid kann deshalb nicht für sich allein, sondern nur im Zusammenhang einer Amtshandlung im engeren Sinne, die in Erfüllung der dienstlichen Aufgabe hoheitlich erfolgt, i.S.v. Art. 17 ff. SchKG weitergezogen werden (EGV-SZ 2005 A 6.1; vgl. auch Weingart, SK, 4. A. 2017, Art. 10 SchKG N 2, 21 und 23). Der Entscheid der ausseramtlichen Konkursverwaltung, den Beschwerdegegner als Hilfsperson beizubehalten, ist mithin, sofern er überhaupt als Ausstandsentscheid zu betrachten wäre (vgl. unten lit. b), nicht selbständig mit Beschwerde nach Art. 17 f. SchKG anfechtbar, weil er nicht im Zusammenhang mit einer Amtshandlung erfolgte.

b) Die Konkursverwaltung kann zur Besorgung einzelner Arbeiten Hilfspersonal anstellen, von dem jedoch keine selbständigen Entscheidungen ausgehen können (Schober/Avdyli-Luginbühl, SK, 4. A. 2017, Art. 241 SchKG N 10), ausser sie sei als Hilfsorgan vollstreckungsrechtlich mit der Verwaltung der Masse betraut und handelte insofern in einer hoheitlichen Funktion (Kren

Kostkiewicz, OFK, 20. A. 2020, Art. 17 SchKG N 6 ff.; Staehelin, BSK Ergänzungsband zur 2. A., Art. 17 SchKG ad N 15; Russenberger, BSK, 2. A. 2010, Art. 240 SchKG N 8; Lorandi, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Art. 17 SchKG N 58 und 67 m.H.; BGE 142 III 425 E. 3.4). Vorliegend wurde die Hilfsperson wie dargelegt mit Mandatsvertrag vom 20./21. Januar 2020 beauftragt, die ausseramtliche Konkursverwaltung in diesem Konkursverfahren zu beraten, u.a. Factoringbeziehungen zwischen der Konkursitin und den Factoringnehmer zu analysieren und den Sachverhalt betreffend zivil- oder allfällige strafrechtliche Haftung der beteiligten Personen zusammenzustellen (Vi-act. Dossier C Bg 1 BB 19). Mithin stellt sich vorliegend keine Ausstandsproblematik i.S.v. Art. 10 SchKG, weil der Beschwerdegegner 2 kein Hilfsorgan mit hoheitlichen Funktionen, sondern nur als Hilfsperson mit Spezialkenntnissen mit der Klärung von Sachverhalten beauftragt ist, welche der Konkursverwaltung dann dazu dient, Entscheide zur Verwaltung der Konkursmasse treffen bzw. der Gläubigerversammlung beantragen zu können. Den Beschwerdegegner 2 als Hilfsperson beizubehalten, ist kein hoheitlicher Entscheid, der eine Vollstreckungsfrage bzw. direkt die Verwaltung der Konkursmasse betrifft.

Aus diesen alternativen Gründen ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Aus den gleichen Gründen hätte auch die untere Aufsichtsbehörde auf die Beschwerde nicht eintreten sollen.

3. Ein Entscheid der unteren Aufsichtsbehörde kann an die obere Aufsichtsbehörde weitergezogen werden (Art. 18 SchKG), wobei sich Weiterzugs- und Novenrecht nach kantonalem Recht richten (Cometta/Möckli, BSK, 2. A. 2010, Art. 18 SchKG N 8). Nach § 18 EGzSchKG i.V.m. § 100 JG ist schweizerisches Zivilprozessrecht anwendbar. Danach kann mit der Beschwerde nur die unrichtige Rechtsanwendung und/oder die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz, hier also die untere Aufsichtsbehörde, geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die

Beschwerde ist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO), d.h. in der Beschwerdeschrift ist substanziiert vorzutragen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird und wie er geändert werden soll; die Beschwerdeführerin hat sich mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen; es genügt nicht, wenn sie ihre Ausführungen vor der ersten Instanz wiederholt bzw. lediglich auf diese verweist oder den angefochtenen Entscheid bloss in allgemeiner Weise kritisiert (BEK 2019 40 vom 2. April 2019 E. 2 m.H.). Eine mangelnde Begründung gilt im SchKG-Verfahren grundsätzlich als nicht verbesserlicher Fehler (BEK 2015 188 vom 2. Mai 2016 E. 3.a; Kren Kostkiewicz, OFK, 20. A. 2020, Art. 18 SchKG N 10 m.H.). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO; etwa BGer 5A_15/2016 vom 14. April 2016 E. 2.4; Vock/Meister-Müller, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. A. 2018, S. 70, zum Ganzen BEK 2019 191 vom 1. April 2020 E. 2).

a) Die untere Aufsichtsbehörde stellte fest, dass die Beschwerdeführerin im Konkursverfahren nicht Partei sei, da sie unstrittig nie eine Forderung eingegeben habe (angef. Verfügung E. 1.4). Die Beschwerdeführerin räumte ein, bis zum Entscheid der unteren Aufsichtsbehörde keine formelle Forderungseingabe gemacht zu haben. Noven können zweitinstanzlich nicht mehr geltend gemacht werden. Daher nahm die untere Aufsichtsbehörde zutreffend an, dass der Beschwerdeführerin die Parteistellung fehlt und sie als am Konkursverfahren nicht beteiligte Dritte nicht beschwerdelegitimiert war bzw. keine Ausstandsgründe geltend machen konnte. Insoweit ist abgesehen vom mangelnden Anfechtungsobjekt (vgl. oben E. 2) die Beschwerde abzuweisen.

Soweit die Beschwerdeführerin behauptet, es sei nicht Sinn und Zweck von Art. 10 Abs. 1 SchKG und insbesondere von Ziff. 4 dieser Bestimmung, dass der Ausstand von ihrer formellen Stellung abhängig sei, trifft dies nicht zu:

Ohne diese Stellung fehlt ihr das erforderliche Rechtsmittelinteresse, weil sie nicht dartut, inwiefern sie von einer durch den Beschwerdegegner 2 selbständig initiierten Amtshandlung betroffen ist, die diesen als befangen erscheinen lassen könnte (vgl. zu beiden Punkten auch oben E. 2).

b) Im Übrigen konnte die untere Aufsichtsbehörde in der Ausstandssache keine Umstände, namentlich kein konkretes Konkurrenzverhältnis der Beschwerdeführerin zum Beschwerdegegner 2 ausmachen, welche dessen Befangenheit im Sinne von Art. 10 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG nahelegen könnten. Inwiefern dies nicht zutreffen soll, legt die Beschwerdeführerin der oberen Aufsichtsbehörde nicht dar. Ihre Mutmassung, der Beschwerdegegner 2 wolle sie unter dem Deckmantel des Konkursverfahrens mit unlauterem und rechtswidrigem Verhalten aus dem Markt drängen, gründet einzig auf pauschalen und nicht glaubhaft gemachten Behauptungen eines Konkurrenzverhältnisses zwischen ihr und dem Beschwerdegegner 2 bzw. anderen, diesen finanzierenden Konkursgläubigern. Dagegen legte die Vorinstanz insbesondere dar, dass der Beschwerdegegner 2 nicht gehalten sei, sich zur Informationsbeschaffung an die Beschwerdeführerin zu wenden, und nicht ersichtlich sei, inwiefern er aufgrund seiner Tätigkeit im Factoring-Geschäft in einer Konkurrenzstellung zur Beschwerdeführerin stehe und sie bei der Informationsbeschaffung diffamiert habe. Damit setzt sich die Beschwerdeführerin konkret nicht auseinander, sondern kritisiert den vorinstanzlichen Entscheid nur in allgemeiner, über weite Strecken ihre bereits im erstinstanzlichen Verfahren gemachten Ausführungen repetierender Weise. Abschliessend bleibt darauf hinzuweisen, dass Verfahrensfehler grundsätzlich noch keinen Ausstand zu begründen vermögen, so dass hier umso weniger das monierte angebliche Vorgehen des Beschwerdegegners 2, seine Informationsbeschaffung bei den Kunden der Beschwerdeführerin mit deren IT-Problemen zu begründen, Anlass zur Annahme von Befangenheit geben kann.

4. Aus diesen Gründen sind die Beschwerdeanträge, soweit auf diese einzutreten ist, allesamt abzuweisen. Dasselbe gilt für die ausgangsgemäss ohnehin gegenstandslos gewordenen Verfahrensanträge. Die einschlägigen Akten wurden indes beigezogen. Die Weiterziehung des angefochtenen Entscheids hat keine Prozesskostenfolgen (Art. 61 Abs. 2 lit. a und Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG);-

beschlossen:

1. Die Beschwerde wird, soweit auf sie einzutreten ist, abgewiesen.

2. Es werden keine Kosten erhoben und keine Entschädigungen zugesprochen.

3. Gegen diesen Entscheid kann innert 10 Tagen seit Zustellung nach 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 die Parteivertreter (je 2/R), den Beschwerdegegner 2 (1/R) und die Vorinstanz (1/A sowie 1/R mit den Akten nach definitiver Erledigung).

Namens der Beschwerdekammer
Der Kantonsgerichtsvizepräsident

Der Gerichtsschreiber

Versand 16. Februar 2021 sl