

# **AR\_GERICHTE OG AB-16-2 vom 28. Juni 2016**

AR Gerichte, 2016-06-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar\\_gerichte OG AB-16-2](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar_gerichte OG AB-16-2)

FR: AR\_GERICHTE OG AB-16-2 du 28 juin 2016

IT: AR\_GERICHTE OG AB-16-2 del 28 giugno 2016

## **Regeste**

Obergericht Appenzell Ausserrhoden Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs  
Entscheid vom 28. Juni 2016 Mitwirkende Präsident W. Kobler Oberrichter B. Oberholzer  
und H. Zingg Gerichtsschreiberin B. Schittli Verfahren Nr. AB 16 2

## **Erwägungen**

### **E. 1**

FLAVIO COMETTA/URS PETER MÖCKLI, in: Basler Kommentar, SchKG I, 2. Aufl. 2010, N. 40 zu Art. 17 SchKG mit weiteren Hinweisen. 2 FLAVIO COMETTA/URS PETER MÖCKLI, a.a.O., N. 41 zu Art. 17 SchKG; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 6 Rz. 25. 3 FLAVIO COMETTA/URS PETER MÖCKLI, a.a.O., N. 18 f. zu Art. 17 SchKG; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, a.a.O., § 6 Rz. 7 f.; MARKUS DIETH/GEORG J. WOHL, in: Kurzkomentar Schuldbetreibung- und Konkursgesetz, Daniel Hunkeler [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 2 ff. zu Art. 17 SchKG.

### **E. 1.1**

Die angefochtene Konkursandrohung datiert vom 9. Februar 2016 (act. 8) und wurde der Beschwerdeführerin frühestens am 10. Februar 2016 zugestellt. Die 10-tägige Beschwerdefrist nach Art. 17 Abs. 2 SchKG ist mit der Eingabe vom 11. Februar 2016 (act. 1) offensichtlich eingehalten.

### **E. 1.2**

Zur Beschwerdeführung ist legitimiert, wer durch die angefochtene Verfügung eines Zwangsvollstreckungsorgans in seinen rechtlichen oder zumindest tatsächlichen Interessen betroffen und dadurch beschwert ist und deshalb ein schutzwürdiges Interesse Seite 4 an der Aufhebung oder Abänderung der Verfügung hat<sup>1</sup>. Nach der herrschenden Lehre hat die Schuldnerin generell ein schutzwürdiges Interesse<sup>2</sup>. Als Schuldnerin ist die Beschwerdeführerin durch die Konkursandrohung in ihren Interessen im vorgenannten Sinn tangiert und zur Beschwerde legitimiert.

### **E. 1.3**

Beschwerdeobjekt ist eine Verfügung. Darunter ist eine bestimmte behördliche Handlung in einem konkreten zwangsvollstreckungsrechtlichen Verfahren zu verstehen, die in Ausübung amtlicher Funktionen auf Grund des SchKG und dessen Ausführungsbestimmungen erlassen worden ist<sup>3</sup>. Die Verfügung muss das Verfahren vorantreiben und Aussenwirkungen zeitigen. Weder der Wortlaut noch das formale Erscheinungsbild entscheidet darüber, ob eine anfechtbare Verfügung vorliegt, sondern der tatsächliche und rechtliche Gehalt. Bei der Konkursandrohung des Betreibungsamtes C\_\_\_\_

vom 9. Februar 2016 (act. 8) handelt es sich um eine solche Verfügung im oben umschriebenen Sinn.

#### **E. 1.4**

Die Beschwerdeführerin muss in der Beschwerde angeben, welche Änderungen des angefochtenen Entscheides sie beantragt, sowie kurz darlegen, welche Rechtssätze durch den angefochtenen Entscheid verletzt sein sollen und aus welchem Grunde<sup>4</sup>. Grundsätzlich muss der Beschwerdeantrag auf Aufhebung bzw. Änderung der angefochtenen Verfügung oder auf Vornahme einer betreibungsrechtlichen Massnahme gerichtet sein<sup>5</sup>. Von Bundesrechts wegen reicht es aus, wenn aus der Beschwerde ersichtlich ist, gegen welchen Entscheid sie sich richtet, was daran falsch sein soll und was der Beschwerdeführer verlangt. Weitere Erfordernisse an Antrag und Begründung dürfen die Kantone nicht aufstellen, da der Bürger seine Rechte im

#### **E. 4**

KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, a.a.O., § 6 Rz. 52; Urteil des Bundesgerichtes 7B.129/2005 vom 28. September 2005 E. 2.1.

#### **E. 5**

FRANCO LORANDI, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, 2000, N. 40 zu Art. 20a SchKG; BGE 102 III 129 E. 1. Seite 5 Zwangsvollstreckungsverfahren auch ohne Rechtsbeistand wahren können muss<sup>6</sup>. Somit kann sich der Antrag auch durch Auslegung – namentlich der Begründung – ergeben<sup>7</sup>. Die Beschwerdeführerin macht sinngemäss geltend (act. 7), dass die Konkursandrohung (act. 8) gestützt auf einen formell nicht ordentlich zugestellten Rechtsöffnungsentscheid (act. 5/2) erlassen wurde, weshalb auch erstere ungültig sei. Vorliegend bestehen somit keine Zweifel, was die Beschwerdeführerin verlangt. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten. 2. Materielles 2.1. Gültigkeit der Konkursandrohung 2.1.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sie den Rechtsöffnungsentscheid des Bezirksgerichts Meilen vom 1. Dezember 2015 (act. 5/2) nie erhalten habe (act. 7). Dies, obwohl sie dem Bezirksgericht bereits am 18. November 2015 mitgeteilt habe (act. 9/2), künftige Korrespondenz an die zusätzlich im Handelsregister eingetragene Adresse E\_\_\_, zu senden. Ihre, vom Bezirksgericht am 21. Januar 2016 an die neue Firmenadresse G\_\_\_, retournierten Akten, habe sie erhalten (act. 2/3). Die Beschwerdeführerin macht abschliessend geltend, dass die Konkursandrohung (act. 8) somit nicht rechtens sein könne, da der Rechtsöffnungsentscheid, welcher dieser zugrunde liege, ihr nie zugestellt worden sei. 2.1.2. Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, dass das Bezirksgericht Meilen den vorgenannten Rechtsöffnungsentscheid am 2. Dezember 2015 an die Firmenadresse der Beschwerdeführerin – F\_\_\_ – gesendet habe (act. 13). Die Publikation über die Namens- und Sitzverlegung der Firma AA\_\_\_ GmbH (neu: A\_\_\_ GmbH) sei erst am 14. Dezember 2015 im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert worden. Zudem habe die Beschwerdeführerin die weitere Zustelladresse E\_\_\_, streichen lassen. Deswegen halte sie (die Beschwerdegegnerin) an der Konkursandrohung fest. 2.1.3. Das beschwerdebeklagte Amt hat am 29. Februar 2016 ausdrücklich auf eine Stellungnahme verzichtet (act. 11).

#### **E. 6**

FRANCO LORANDI, a.a.O., N. 39 zu Art. 20a; B1SchK 1991, Nr. 33 S. 114. 7 FRANCO LORANDI, a.a.O., N. 40 zu Art. 20a; BGE 102 III 129 E. 2. Seite 6 2.1.4. Das Bezirksgericht Meilen hat der Beschwerdeinstanz mitgeteilt, dass es nach der Rücksendung

des Rechtsöffnungsentscheides keine weiteren Zustellversuche unternommen habe, da die AA\_\_\_ GmbH (vormaliger Firmenname der Beschwerdeführerin) vom Verfahren Kenntnis gehabt hätte (act. 16 f.). Letztere habe es unterlassen, dem Bezirksgericht ihre Adressänderung bekannt zu geben. 2.1.5. Weiter ist von allen Beteiligten unbestritten, dass der Rechtsöffnungsentscheid (act. 5/2), welcher am 2. Dezember 2015 an die alte Firmenadresse der Beschwerdeführerin – F\_\_\_ – gesendet wurde, nicht zugestellt werden konnte. 2.1.6. Die Gültigkeit einer Konkursandrohung hängt davon ab, dass das Einleitungsverfahren korrekt durchgeführt worden ist. Das heisst, dass ein Fortsetzungsbegehren erst gestellt werden kann, wenn ein rechtskräftiger Zahlungsbefehl vorliegt<sup>8</sup>. Das zuständige Betreibungsamt hat diese Voraussetzung von Amtes wegen zu prüfen. Wurde der Rechtsöffnungsentscheid der Schuldnerin nicht nach den prozessrechtlichen Normen zugestellt, so ist deren Rechtsvorschlag nicht gültig beseitigt worden<sup>9</sup> und eine darauf basierende Handlung des Betreibungsamtes wäre nichtig<sup>10</sup>. Ein Verstoß gegen die vorgenannten Normen kann mit Beschwerde nach Art. 17 SchKG geltend gemacht werden<sup>11</sup>. Zusätzlich bleibt anzumerken, dass die Gläubigerin, welche ein Fortsetzungsbegehren nach Art. 88 SchKG stellt, eine Vollstreckbarkeitsbescheinigung des gerichtlichen Entscheides beizubringen hat. Dieser hat nachzuweisen, dass der Rechtsvorschlag gültig beseitigt wurde<sup>12</sup>. Es stellt sich somit die Frage, ob der Rechtsöffnungsentscheid (act. 5/2) der Beschwerdeführerin – entsprechend den prozessrechtlichen Vorschriften – gültig zugestellt wurde. 2.1.7. Da es sich beim Rechtsöffnungsentscheid um ein Dokument des Gerichtsverfahrens handelt (Art. 34 SchKG e contrario), gelten für diesen die Zustellungsvorschriften der Zivilprozessordnung (Art. 138 ZPO). Dementsprechend ist für das Gericht diejenige Zustelladresse verbindlich, welche ihm die Partei angibt; dies unabhängig davon, ob es

## E. 8

THOMAS Winkler, in: Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Daniel Hunkeler [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 6 zu Art. 88 SchKG. 9 THOMAS Winkler, a.a.O., N. 8 zu Art. 88 SchKG. 10 BGE 130 III 396 E. 1.2.2. 11 ANDRÉ E. LEBRECHT, in: Basler Kommentar, SchKG I, 2. Aufl. 2010, N. 6 zu Art. 88 SchKG. 12 ANDRÉ E. LEBRECHT, a.a.O., N. 14 zu Art. 88 SchKG. Seite 7 sich dabei um den Wohnsitz oder Firmensitz der Partei handelt<sup>13</sup>. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird von Verfahrensbeteiligten generell verlangt, dass sie – soweit sie mit einer gerichtlichen Mitteilung rechnen müssen – dafür zu sorgen haben, dass letztere ordentlich zugestellt werden kann<sup>14</sup>. In der darauf folgenden Erwägung 1.2. legte das Bundesgericht konsequenterweise explizit fest: „...il (Anmerkung: le destinataire) a le droit que les notifications se fassent à l'adresse communiquée.“ Das Bezirksgericht Meilen hat den umstrittenen Rechtsöffnungsentscheid der Beschwerdeführerin am 2. Dezember 2015 an deren Firmendomizil – F\_\_\_ – zugestellt (act. 5/2 und act. 16 S. 3). In der Folge erhielt es die vorgenannte Postsendung mit dem Rückschein der Post zurück. Auf diesem war vermerkt: „Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden“ (act. 16 S. 3). Trotz ausdrücklicher Bitte der Beschwerdeführerin vom 18. November 2015 (act. 9/2), künftige Postsendungen an die E\_\_\_, zu senden, verpasste es das Bezirksgericht am 2. Dezember 2015, den Rechtsöffnungsentscheid dorthin zuzustellen. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hätte die Beschwerdeführerin vorliegend das Recht gehabt, den Rechtsöffnungsentscheid an die von ihr mitgeteilte Adresse zugestellt zu bekommen. Der Rechtsöffnungsentscheid des Bezirksgerichts Meilen wurde der Beschwerdeführerin somit nicht – entsprechend den prozessrechtlichen Vorschriften –

rechtswirksam zugestellt, weshalb ihr Rechtsvorschlag nicht gültig beseitigt wurde. In der Folge ist die Konkursandrohung vom 9. Februar 2016 – auf Grund des fehlerhaften Einleitungsverfahrens – nichtig. 2.2. Mitwirkungspflicht der Parteien Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung läuft die Einsprachefrist zur Anfechtung einer rechtswidrig zugestellten Verfügung erst von demjenigen Tag an, an welchem der Adressat von dieser und deren Begründung Kenntnis nehmen konnte<sup>15</sup>. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben hat sich eine Verfahrenspartei, welche von einem Entscheid Kenntnis erhält, welcher sie betrifft, nach diesem zu erkundigen<sup>16</sup>, bzw. darum besorgt zu sein, den Inhalt der Verfügung und deren Begründung zu erfahren, um sich über die Ergreifung eines Rechtsmittels zu entschliessen<sup>17</sup>.

### **E. 13**

ROGER WEBER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 4 zu Art. 133 ZPO; BGE 139 IV 228 E. 1.2. 14 BGE 139 IV 228 E 1.1. 15 Urteil des Bundesgerichts 6B\_14/2013 vom 3. Juni 2013, in: Pra 102 (2013) Nr. 86; BGE 134 V 306 E. 4.2.; BGE 102 Ib 91 E. 3. 16 BGE 134 V 306 E. 4.2 17 BGE 102 Ib 91 E. 3. Seite 8 Vorliegend hat das Bezirksgericht der Beschwerdeführerin am 21. Januar 2016 ihre Akten an die Adresse G\_\_\_\_\_ retourniert (act. 2/3). Der Begleitbrief enthielt den Vermerk „Erledigungsdatum 1. Dezember 2015“. Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Beschwerde vom 11. Februar 2016 (act. 1) selbst angemerkt, dass sie vom Bezirksgericht ihre Akten retourniert, aber den besagten Rechtsöffnungsentscheid nicht erhalten habe. Gemäss den vorstehenden Ausführungen hätte sie diesen Umstand bereits nach Erhalt der Akten umgehend dem zuständigen Gericht melden müssen. Den Parteien eines Verfahrens werden für ihre Stellungnahmen usanzgemäss sieben bis zehn Tage zur Verfügung gestellt. Davon ausgehend, dass die Akten – inklusive Begleitschreiben – frühestens am 22. Januar 2016 und spätestens am 28. Januar 2016 bei der Beschwerdeführerin eintrafen, wäre die Frist zur Beanstandung zwischen dem 28. Januar 2016 und 7. Februar 2016 abgelaufen. Es ist jedoch nicht bekannt, wann die Beschwerdeführerin ihre Akten erhielt. Auf Grund der Tatsache, dass das Fortsetzungsbegehren bereits am 3. Februar 2016 und somit innerhalb der möglichen Reaktions- und Beschwerdefrist der Beschwerdeführerin erfolgte, mangelt es der vorliegend angefochtenen Konkursandrohung – auf Grund des Fehlens eines rechtskräftigen Zahlungsbefehls – auch diesfalls an der Rechtsgültigkeit. 2.3. Fazit Vorliegend wurde der Rechtsöffnungsentscheid des Bezirksgerichts Meilen (act. 5/2) der Beschwerdeführerin nicht entsprechend den prozessrechtlichen Vorschriften zugestellt. Da dieser somit – mangels Zustellung – nicht in Rechtskraft erwuchs, liegt auch kein rechtskräftiger Zahlungsbefehl vor, welcher dem Konkursamt – als gültige Vollstreckbarkeitsbescheinigung – beigebracht werden konnte. Die Konkursandrohung vom 9. Februar 2016 (act. 8), welche auf einem ungültigen Rechtsöffnungsentscheid basiert, wurde deshalb unrechtmässig verfügt<sup>18</sup> und ist nichtig.

### **E. 18**

BGE 130 III 396 E. 1.2.2. Seite 9 3. Kosten Das Beschwerdeverfahren vor der kantonalen Aufsichtsbehörde ist kostenfrei (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG i.V.m. Art. 61 Abs. 2 lit. a GebV SchKG) und eine Parteientschädigung darf nicht zugesprochen werden (Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG)<sup>19</sup>. Deshalb werden weder Kosten noch Entschädigungen zugesprochen.

### **E. 19**

KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, a.a.O., § 6 Rz. 62 und § 13 Rz. 13; FLAVIO  
COMETTA/URS PETER MÖCKLI, a.a.O., N. 28 zu Art. 20a SchKG; LUZIUS  
EUGSTER, in: Kommentar GebV SchKG, 2008, N. 9 f zu Art. 62 GebV SchKG. Seite 10  
Demnach erkennt die Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte  
Originaltext. Quellen-URL siehe oben.