

BGer 5A_44/2021 vom 23. August 2021

Bundesgericht, 2021-08-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_44_2021

FR: TF 5A_44/2021 du 23 août 2021

IT: TF 5A_44/2021 del 23 agosto 2021

Erwägungen

E. 1.1

Gegen den angefochtenen Entscheid einer kantonalen Rechtsmittelinstanz, welcher die Konkurseröffnung bzw. die Anzeige einer Konkursverhandlung betrifft, ist die Beschwerde in Zivilsachen unabhängig eines Streitwertes gegeben (Art. 72 Abs. 2 lit. a, Art. 74 Abs. 2 lit. d und Art. 75 Abs. 1 BGG).

E. 1.2

Als Schuldnerin ist die Beschwerdeführerin vom angefochtenen Entscheid besonders berührt und daher zur Beschwerde berechtigt (Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG). Auf die rechtzeitig erhobene Beschwerde gegen den letztinstanzlich ergangenen Entscheid ist daher einzutreten (Art. 100 Abs. 1 BGG).

E. 1.3

Mit der vorliegenden Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Verfassungsrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). In der Beschwerde ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt (Art. 42 Abs. 1 BGG ; BGE 140 III 86 E. 2). Die Verletzung verfassungsmässiger Rechte ist ebenfalls zu begründen, wobei hier das Rügeprinzip gilt (BGE 142 III 364 E. 2.4).

E. 1.4

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 BGG). Neue Tatsachen und Beweismittel sind nur zulässig, soweit der angefochtene Entscheid dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG).

E. 2

Anlass zur Beschwerde gibt eine Konkursverhandlung, die zur Konkurseröffnung geführt hat. Strittig ist, ob die Beschwerdeführerin die Anzeige für die gerichtliche Verhandlung rechtskonform erhalten hat.

E. 2.1

Ist das Konkursbegehren gestellt, so wird den Parteien wenigstens drei Tage vorher die gerichtliche Verhandlung angezeigt (Art. 168 erster Satz SchKG). Für die Anzeige der Konkursverhandlung sind die folgenden Regeln massgebend.

E. 2.1.1

Da es den Parteien frei steht, vor Gericht zu erscheinen, und das Gericht auch in deren Abwesenheit entscheidet, handelt es sich bei dieser Anzeige nicht um eine Vorladung im technischen Sinn (Art. 168 zweiter Satz, Art. 171 SchKG ; BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldbtreibungsrechts, 1911, S. 573). Inwieweit die Zustellungsanforderungen von Art. 138 ZPO analog zur Anwendung kommen, hat das

Bundesgericht bisher offen gelassen. Es hat indes die genügende Anzeige der Konkursverhandlung als absolut notwendig erachtet (vgl. BGE 138 III 225 E. 3.4; DIGGELMANN, in: Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl. 2014, N. 1 zu Art. 168). Da es sich bei der Anzeige der Konkursverhandlung nicht um eine Betreuungsurkunde handelt, gelangen die Zustellungsregeln von Art. 64 ff. SchKG nicht zur Anwendung. Über das Konkursbegehren entscheidet das Gericht nach den Regeln der ZPO und zwar im summarischen Verfahren (Art. 251 lit. a SchKG). Es liegt daher nahe, mangels eigener Zustellungsvorschriften im Konkursrecht die entsprechenden Vorschriften von Art. 138 ZPO anzuwenden, soweit sie mit dem Charakter der Konkursverhandlungsanzeige vereinbar sind (vgl. Urteile 5A_716/2020 vom 7. Mai 2021 E. 3.2; 5A_268/2012 vom 12. Juli 2012 E. 3.2). Die Lehre unterstellt die Anzeige zu dieser Verhandlung vor Gericht dem Zivilprozessrecht (DIGGELMANN, a.a.O., N. 2 zu Art. 168) oder geht zumindest stillschweigend von dieser Lösung aus (NORDMANN, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 8 ff. zu Art. 168; STOFFEL/CHABLOZ, Voies d'exécution, 3. Aufl. 2016, § 9 Rz. 56). In diese Richtung geht auch der Hinweis auf das inzwischen durch die ZPO abgelöste kantonale Recht (COMETTA, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2015, N. 1 zu Art. 168; GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Bd. III, 2001, N. 7, 9 zu Art. 168).

E. 2.1.2

Die gerichtliche Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden für Verfahren, deren Ablauf sich nach der ZPO richtet, ist in Art. 138 ff. ZPO geregelt. Sie erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Die Sendung ist dem Adressaten selber, oder falls das Gericht keine persönliche Zustellung anordnet, einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden mindestens sechzehnjährigen Person auszuhändigen (Art. 138 Abs. 2 ZPO). Sie gilt am siebten Tage nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, wenn der Adressat mit der Zustellung einer gerichtlichen Urkunde rechnen muss (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Da die Konkursandrohung nach der Rechtsprechung noch kein Prozessrechtsverhältnis begründet, muss der Schuldner eine Vorladung zur Konkursverhandlung nicht erwarten (BGE 138 III 225 E. 3.2). Der blosser Einwurf in den Briefkasten genügt selbst mit A-Post Plus nicht, da es an der erforderlichen Empfangsbestätigung fehlt (STAEHELIN/BACHOFNER, in: Zivilprozessrecht, Staehelin/Staehelin/ Grolimund [Hrsg.], 3. Aufl. 2019, S. 289, Rz. 22).

E. 2.1.3

Die Anzeige der Konkursverhandlung muss den Parteien vor ihrer Durchführung zugestellt werden, da es sich um ein formelles Erfordernis der Konkursöffnung handelt. Nur so ist gewährleistet, dass das Verfahren unter Beachtung der verfassungsmässigen Garantien, insbesondere des Anspruchs auf rechtliches Gehör durchgeführt wird (BGE 138 III 225 E. 3.3). Die Beweislast für die ordnungsgemässe Zustellung trägt das Gericht. Eine fehlerhafte Zustellung entfaltet grundsätzlich keine Rechtswirkungen. Das Gericht hat sie von Amtes wegen zu beachten und die betreffende Prozesshandlung - wie eine Fristansetzung oder eine Vorladung - zu wiederholen. Entstehen dem Adressaten aus der fehlerhaften Zustellung keine negativen Folgen, so wenn er auf andere Weise Kenntnis von der gerichtlichen Urkunde erhält, kann er sich aufgrund des Missbrauchsverbots nicht darauf berufen (FREI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 2 f., 35 f. zu Art. 138;

GSCHWEND, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 1, 26 f. zu Art. 138; TREZZINI, Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero, 2. Aufl. 2017, N. 5, 17 zu Art. 138).

E. 2.2

Im vorliegenden Fall lud der Einzelrichter des Kantonsgerichts die Parteien am 19. August 2020 zur Konkursverhandlung auf den 6. Oktober 2020 ein. Die Anzeige erfolgte per Einschreiben. Gemäss Sendungsverfolgung der Post erfolgte die Zustellung am 20. August 2020 um 11.34 Uhr. Als Empfangsperson ist C. _____, Geschäftsführer und Gesellschafter der A. _____ GmbH, angegeben. Auf dem Feld "Unterschrift" findet sich das Wort "Corona iV" und eine unleserliche Unterschrift. Dass es sich dabei nicht um die Unterschrift von C. _____ handelt, steht unstrittig fest.

E. 2.3

Nach Ansicht der Vorinstanz ist die Einschreibesendung der empfangsberechtigten Person ausgehändigt worden. Sie verweist auf die seit Anfang 2020 herrschende Corona-Pandemie, aufgrund welcher die Postboten zu ihrem eigenen Schutz und zum Schutz der Bevölkerung dazu übergegangen sind, der empfangsberechtigten Person eine eingeschriebene Sendung ohne Unterschrift auszuhändigen und stattdessen den Vermerk "Corona" anzubringen, gefolgt von ihrer (eigenen) Unterschrift. Zudem werde auf der Webseite der Post (mit Hinweis auf www.post.ch/de/pages/corona/faq) ausgeführt, dass der Postbote seine Unterschrift für die Zustellung eingeschriebener Sendungen nur dann anbringt, wenn er die empfangsberechtigte Person antrifft und ihr die Sendung übergibt. Treffe er niemanden an, so fülle er wie üblich einen Abholzettel aus und lege ihn in den Briefkasten. Es gäbe - so die Vorinstanz - keine Hinweise dafür, dass die Zustellung im konkreten Fall anders abgelaufen sei. Es sei davon auszugehen, dass die Anzeige der Konkursverhandlung vom 6. Oktober 2020 C. _____ als empfangsberechtigtem Vertreter der Beschwerdeführerin am 20. August 2020 ausgehändigt worden sei. Zu diesem Gerichtstermin sei niemand erschienen. Das Kantonsgericht habe den Konkurs über die Beschwerdeführerin zu Recht eröffnet, da die formellen und materiellen Voraussetzungen in jenem Zeitpunkt erfüllt waren.

E. 2.4

Die Beschwerdeführerin bestreitet, die Anzeige der Konkursverhandlung erhalten zu haben. Sie habe daher nicht daran teilnehmen und ihren Standpunkt geltend machen können. Dadurch seien ihre Verfahrensrechte, insbesondere der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden. Sie verlangt die Aufhebung des Konkurserkennnisses.

E. 2.4.1

Im Zuge der Corona-Pandemie hat der Bundesrat eine Reihe von Verordnungen erlassen, welche auch die Funktionsfähigkeit der Justiz gewährleisten bzw. verbessern sollten (OETIKER, Prozessführung und Verfahrensrecht, in: Covid-19, Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 15 Rz. 12). So hat er am 16. April 2020 gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV sowie das Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, SR 818.10) die Covid-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht erlassen (Covid-19-JVO; SR 272.81). Sie galt ursprünglich bis zum 30. September 2020 und wurde gestützt auf das am 26. September 2020 in Kraft getretene Covid-19-Gesetz (SR 818.102) bis Ende 2021 verlängert (in der Fassung gemäss Verordnung über die Abstützung der Covid-19-Verordnungen auf das Covid-19-Gesetz, in Kraft seit 8. Oktober 2020, AS 2020 3971). Diese Verordnung sieht verschiedene

Anpassungen des Verfahrens vor, insbesondere im Abschnitt "Betreibungs- und Konkursverfahren" die Möglichkeit einer Zustellung ohne Empfangsbestätigung. In Abweichung von Art. 34, Art. 64 Abs. 2 und Art. 72 Abs. 2 SchKG kann die Zustellung von Mitteilungen, Verfügungen und Entscheiden der Betreibungs- und Konkursbehörden sowie von Betreibungsurkunden gegen Zustellnachweis ohne Empfangsbestätigung erfolgen, wenn ein erster ordentlicher Zustellversuch gescheitert ist und der Empfänger spätestens am Vortag der Zustellung durch telefonische, elektronische oder sonstige Mitteilung über die Zustellung verständigt worden ist (Art. 7 Covid-19-JVO).

E. 2.4.2

Diese Ersatzzustellung ist allerdings auf die Tätigkeit der Vollstreckungsorgane begrenzt. Die Aufsichtsbehörden und Gerichte, welche im Betreibungs- und Konkursrecht Anordnungen treffen oder Entscheide fällen, sind vom Anwendungsbereich ausgeschlossen, wie sich aus dem Wortlaut der Bestimmung, deren Einordnung in der Covid-19-JVO und auch aus den Erläuterungen des EJPD ergibt. Die abweichende Regelung richtet sich an die Betreibungs- und Konkursämter, welche die Zustellungen vornehmen oder veranlassen (Erläuterungen vom 16. April 2020 zur Verordnung über die Massnahmen in der Justiz im Zusammenhang mit dem Coronavirus, Ziff. 2.4, Art. 7, erstes Lemma). Eine Erleichterung für die Zustellung von Urteilen und andern gerichtlichen Urkunden zusätzlich zum bereits bestehenden elektronischen Weg (Art. 139 ZPO) hat der Verordnungsgeber nicht vorgesehen (vgl. OETIKER, a.a.O., § 15 Rz. 104 ff.; BASTONS BULLETTI, COVID-19, die Wiederaufnahme der Zivilprozesse und der Rechtspraktiker, in: Newsletter ZPO Online 2020-N12, Rz. 5a). Ob die Erstinstanz die Anzeige der Konkursverhandlung allenfalls in analoger Anwendung von Art. 7 Covid-19-JVO hätte zustellen dürfen, ist nicht zu erörtern. Ein entsprechender Versuch, wie ihn auch die Post für eingeschriebene Briefe vorsieht (vgl. www.post.ch/de/pages/corona/faq), ist im konkreten Fall ohnehin unterblieben.

E. 2.5

Nach dem Gesagten ist hinsichtlich der Anzeige der Konkursverhandlung nach wie vor das gesetzliche Erfordernis der Empfangsbestätigung zu beachten (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz geht davon aus, dass der Postbote die Empfangsbestätigung ausgestellt habe, nachdem er C._____ angetroffen und ihm die eingeschriebene Sendung übergeben habe. Sie erblickt keine Hinweise, dass es sich anders verhalten haben sollte, und erachtet nach dieser kantonalen Praxis der Vorschrift von Art. 138 ZPO Genüge getan. Erleichterungen in der Zustellung nach Art. 138 ZPO wurden indes - wie dargelegt - nicht vorgenommen. Damit ist vorliegend der Beweis für die gesetzeskonforme Zustellung der Vorladung zur Konkursverhandlung, für welche das Gericht jedoch die Beweislast trägt (E. 2.1.3), nicht erbracht. Der Beschwerdeführerin war es damit verwehrt, an der Konkursverhandlung vom 6. Oktober 2020 teilzunehmen und ihre Argumente gegen das Konkursbegehren vorzutragen. Darin liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, die zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Konkursdekretes führt (vgl. BGE 145 I 167 E. 4.1; NORDMANN, a.a.O., N. 15 zu Art. 168). Das Konkursgericht (Kantonsgericht) wird die Konkursverhandlung neu ansetzen und anzuzeigen haben (BGE 138 III 225 E. 3.5).

E. 3

Der Beschwerde ist Erfolg beschieden. Das angefochtene Urteil und der Konkursentscheid des Kantonsgerichts vom 6. Oktober 2020 werden aufgehoben. Die Sache wird an die

Erstinstanz zurückgewiesen (Art. 107 Abs. 2 BGG), und das Kantonsgericht wird die Konkursverhandlung neu ansetzen und anzuzeigen haben. Zur Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens wird die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen (Art. 67 BGG). Ungeachtet des Verfahrensausgangs wird von der Kostenerhebung abgesehen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Der Kanton Zug hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen (Art. 68 Abs. 4 i.V.m. Art. 66 Abs. 3 BGG).

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