

Obergericht Appenzell Ausserrhoden
Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs

Entscheid vom 10. Januar 2017

Mitwirkende	Präsident W. Kobler Oberrichter B. Oberholzer und H. Zingg Gerichtsschreiberin B. Schittli
Verfahren Nr.	AB 16 8
Sitzungsort	Trogen
Beschwerdeführerin	A___ GmbH
Beschwerdegegnerin	B___ AG
beschwerdebeklagtes Amt	Betreibungsamt C___
Gegenstand	Konkursandrohung

Anträge

a) der Beschwerdeführerin:

(Sinngemäss) Die Konkursandrohung des Betreibungsamtes C___ vom 28. September 2016 sei aufzuheben.

b) des Betreibungsamtes C___:

(kein Antrag)

c) der Beschwerdegegnerin:

(kein Antrag)

Sachverhalt

A. Übersicht

- a) Am 31. Juli 2015 stellte das Betreibungsamt Meilen-Herrliberg-Erlenbach (ZH) der D___ GmbH (heute A___ GmbH, act. 4) in der Betreibung Nr. 44864 den Zahlungsbefehl betreffend die Forderung der B___ AG über CHF 907.20 nebst Zins zu 5 % seit 21. September 2014 zu (act. 7/1). Gegen den Zahlungsbefehl erhob die A___ GmbH am 13. August 2015 Rechtsvorschlag (act. 2).
- b) Mit Urteil vom 1. Dezember 2015 erteilte die Einzelrichterin des Bezirksgerichts Meilen der B___ AG in der Betreibung Nr. 44864 für CHF 45.80 nebst Zins zu 5 % seit 22. September 2014 und CHF 861.40 sowie die Betreibungskosten provisorische Rechtsöffnung. Der Entscheid wurde am 2. Dezember 2015 versandt (act. 7/1).
- c) Am 28. Juni 2016 gelangte die Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs Appenzell Ausserrhoden zum Schluss, dass das Einleitungsverfahren mangels ordnungsgemässer Zustellung des Rechtsöffnungsentscheides nicht korrekt durchgeführt worden ist; in der Folge wurde die Konkursandrohung des Betreibungsamtes C___ vom 9. Februar 2016 aufgehoben (act. 2). Am 15. September 2016 wurde der

Rechtsöffnungsentscheid des Bezirksgerichts Meilen der A___ GmbH erneut zugestellt (act. 7/2).

- d) Mit Eingabe vom 26. September 2016 (Postaufgabe) ersuchte die B___ GmbH das Betreibungsamt C___ erneut, die Betreibung durch Pfändung oder Konkursandrohung fortzusetzen (act. 10/2).
- e) Daraufhin erliess das Betreibungsamt C___ am 28. September 2016 eine Konkursandrohung, welche der A___ GmbH am 3. Oktober 2016 zugestellt werden konnte (act. 6).

B. Prozessgeschichte

- a) Gegen die erwähnte Konkursandrohung vom 3. Oktober 2016 erhob E___ für die A___ GmbH am 14. Oktober 2016 Beschwerde mit dem eingangs erwähnten Begehren (act. 1).
- b) Mit Schreiben der Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs vom 18. Oktober 2016 wurde die A___ GmbH aufgefordert (act. 3), innert Frist von 7 Tagen ein Rechtsbegehren zu stellen sowie die angefochtene Verfügung des Betreibungsamtes und allfällige weitere sachdienliche Unterlagen einzureichen.
- c) Am 13. Oktober 2016 wiederholte E___ ihren Antrag, die Konkursandrohung sei aufzuheben und reichte nebst der Konkursandrohung auch das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 1. Dezember 2015 samt Zustellbescheinigung vom 15. September 2016 ein (act. 6 und 7/1+2).
- d) Das Betreibungsamt C___ liess der Aufsichtsbehörde mit Schreiben vom 31. Oktober 2016 seine Akten zugehen, nahm zur Beschwerde aber nicht Stellung (act. 9). Die Beschwerdegegnerin liess sich ebenfalls nicht vernehmen.

Auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin kann verwiesen werden. Soweit für die Beurteilung erforderlich, ist im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen darauf einzugehen.

Erwägungen

1. Formelles

- 1.1 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 an der Aufhebung oder Abänderung der Verfügung hat¹. Nach der herrschenden Lehre hat die Schuldnerin generell ein schutzwürdiges Interesse².

Als Schuldnerin ist die Beschwerdeführerin durch die Konkursandrohung in ihren Interessen im vorgenannten Sinn tangiert und zur Beschwerde legitimiert.

- 1.2 Als Gesellschafterin und Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift ist E____ sodann befugt, für die Beschwerdeführerin zu handeln (act. 4).

- 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 ist³. 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.

¹ FLAVIO COMETTA/URS PETER MÖCKLI, 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: Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Daniel Hunkeler [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 2 ff. zu Art. 17 SchKG.

Bei der Konkursandrohung des Betreibungsamtes C___ vom 28. September 2016 (act. 6) handelt es sich um eine Verfügung im oben umschriebenen Sinn.

- 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 Grund⁴. Grundsätzlich muss der Beschwerdeantrag auf Aufhebung bzw. Änderung der angefochtenen Verfügung oder auf Vornahme einer betreibungsrechtlichen Massnahme gerichtet sein⁵. 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 Zwangsvollstreckungsverfahren auch ohne Rechtsbeistand wahren können muss⁶. Somit kann sich der Antrag auch durch Auslegung - namentlich der Begründung - ergeben⁷.

Die Beschwerdeführerin macht geltend (act. 1 und 5), dass die Anfechtungsfristen des Rechtsöffnungsentscheids längst abgelaufen gewesen seien, als dieser ihr zugestellt wurde. Sinngemäss macht sie damit die Ungültigkeit der Konkursandrohung (act. 6) geltend und beantragt deren Aufhebung. Es bestehen somit keine Zweifel, was die Beschwerdeführerin verlangt.

- 1.5 Die angefochtene Konkursandrohung wurde der Beschwerdeführerin am 3. Oktober 2016 zugestellt (act. 6). Die 10-tägige Beschwerdefrist nach Art. 17 Abs. 2 SchKG lief am Donnerstag, den 13. Oktober 2016 ab. Bei der Post wurde die Beschwerde jedoch erst am Freitag, den 14. Oktober 2016, aufgegeben. Die Erhebung der Beschwerde erfolgte somit verspätet und auf diese kann **nicht eingetreten** werden.

⁴ KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, a.a.O., § 6 Rz. 52; Urteil des Bundesgerichtes 7B.129/2005 vom 28. September 2005 E. 2.1.

⁵ FRANCO LORANDI, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, 2000, N. 40 zu Art. 20a SchKG; BGE 102 III 129 E. 1.

⁶ FRANCO LORANDI, a.a.O., N. 39 zu Art. 20a; BLSchK 1991, Nr. 33 S. 114.

⁷ FRANCO LORANDI, a.a.O., N. 40 zu Art. 20a; BGE 102 III 129 E. 2.

2. Materielles - Gültigkeit der Konkursandrohung

2.1 In der Beschwerdeschrift wird geltend gemacht (act. 1 und 5), die ursprüngliche Konkursandrohung sei mit Urteil vom 28. Juni 2016 aufgehoben worden. Nun veranlasse die Beschwerdegegnerin eine erneute Zusendung des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 1. Dezember 2015. Als der Rechtsöffnungsentscheid im September 2016 zugestellt worden sei, sei die Frist zur Einsprache jedoch längst verstrichen gewesen. Sie seien daher nicht in der Lage gewesen, Rekurs zu erheben und die Konkursandrohung sei deshalb aufzuheben.

2.2 Gemäss dem Rechtsöffnungsentscheid des Bezirksgerichts Meilen vom 1. Dezember 2015 kann die Beschwerdeführerin innert 20 Tagen auf Aberkennung der Forderung klagen und innert 10 Tagen Beschwerde beim Obergericht erheben (act. 7/1). Geht man von der Zustellung am 15. September 2016 aus, wäre die Frist für die Beschwerde am 26. September 2016 abgelaufen, diejenige für die Aberkennungsklage am 5. Oktober 2016.

Die erwähnten Rechtsmittel hat die Beschwerdeführerin nicht erhoben, weil sie meint, dass die Fristen bei der erneuten Zustellung im September 2016 bereits abgelaufen waren.

2.3 Davon geht auch die Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs aus. Nach deren Auffassung hat dies jedoch nicht die Ungültigkeit der Konkursandrohung vom 28. September 2016 zur Folge.

Die Beschwerdeführerin erkennt nämlich, dass die Rechtsmittelfristen nach der ordnungsgemässen Kenntnisnahme zu laufen beginnen. Wenn jemand Kenntnis von einem Entscheid erlangt, hat er die Pflicht, sich danach zu erkundigen bzw. dafür besorgt zu sein, den Inhalt des Entscheids und dessen Begründung zu erfahren, um sich über die Ergreifung eines Rechtsmittels zu entschliessen⁸. Im Entscheid der Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs vom 28. Juni 2016 wird erwähnt, dass die Beschwerdeführerin Ende Januar oder Anfang Februar 2016 Kenntnis vom Rechtsöffnungsentscheid des Bezirksgerichts Meilen erhalten hatte (AB 16 2, E. 2.2). Auch im Verfahren vor der Aufsichtsbehörde war der Rechtsöffnungsentscheid Thema. Die Beschwerdeführerin hätte diesen also unmittelbar, nachdem sie spätestens im März

⁸ Entscheid AB 16 2 der Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs AR vom 28. Juni 2016, E. 2.2 mit Verweis auf BGE 102 Ib 91 E. 3.

2016 Kenntnis von dessen Existenz erhielt (vgl. auch AB 16 2, B lit. g und h), herausverlangen und allfällige Rechtsmittel zeitnah ergreifen müssen⁹. Im Nachhinein kann sie auf jeden Fall nicht mehr geltend machen, die Rechtsmittelfristen seien bei der erneuten Zustellung bereits abgelaufen gewesen.

Andere Einwände gegen die Konkursandrohung bringt die Beschwerdeführerin nicht vor.

- 2.4 Zusammenfassend ist auf die Beschwerde somit nicht einzutreten. Auch wenn auf die Beschwerde eingetreten werden könnte, wäre sie abzuweisen.

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)¹⁰.

Es werden deshalb weder Kosten noch Entschädigungen zugesprochen.

⁹ BGE 128 III 101.

¹⁰ 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.

Demnach erkennt die Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Es werden keine Kosten erhoben und keine Entschädigungen zugesprochen.
3. **Rechtsmittel:**
Gegen diesen Entscheid steht innert einer Frist von **10 Tagen** nach der Zustellung die Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht offen (Art. 72-77 BGG, SR 173.110). Die Beschwerde ist bei der Bundesgerichtskanzlei, Avenue du Tribunal-Fédéral 29, Postfach, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG).
4. Zustellung am 10. Februar 2017 an:
 - A___ GmbH, eingeschrieben
 - B___ AG, eingeschrieben
 - das beschwerdebeklagte Amt, eingeschrieben

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Walter Kobler

lic. iur. Barbara Schittli