



Obergericht Appenzell Ausserrhoden
Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs

Urteil vom 20. Oktober 2020

Mitwirkende	Präsident W. Kobler Oberrichter B. Oberholzer, Oberrichterin S. Rohner-Staubli Gerichtsschreiberin B. Schittli
Verfahren Nr.	AB 20 14
Sitzungsort	Trogen
Beschwerdeführerin	B. GmbH vertreten durch: RA Dr. iur. R.
Beschwerdegegnerin	S. AG
beschwerdebeklagtes Amt	Betreibungsamt
Gegenstand	Nichtigkeit des Zahlungsbefehls in der Betreibung Nr. 21908069 sowie der gestützt darauf erlassenen Konkurs- androhung; evtl. Gesuch um Wiederherstellung einer Frist (Art. 33 Abs. 4 SchKG)

Anträge:

a) der Beschwerdeführerin:

1. Es sei die Nichtigkeit des Zahlungsbefehls des Betreibungsamts vom 23. Dezember 2019 in der Betreibung Nr. 21908069 sowie der gestützt darauf erlassenen Konkursandrohung festzustellen.

Eventualiter:

2. Es sei der Zahlungsbefehl des Betreibungsamts vom 23. Dezember 2019 in der Betreibung Nr. 21908069 sowie die gestützt darauf erlassene Konkursandrohung aufzuheben.

Subeventualiter:

3. Es sei die Frist für den Rechtsvorschlag gegen den Zahlungsbefehl des Betreibungsamts vom 23. Dezember 2019 in der Betreibung Nr. 21908069 wiederherzustellen und von dem durch diese Eingabe erhobenen Rechtsvorschlag Vormerk zu nehmen.
4. Unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge.

b) der Beschwerdegegnerin:

1. Die Beschwerde vom 6. April 2020 sei, soweit darauf überhaupt einzutreten ist, vollumfänglich abzuweisen.
2. Die Rechtsbegehren, einschliesslich der eventuellen und subeventuellen Rechtsbegehren, seien abzuweisen.
3. Die Betreibung des Betreibungsamts, Betreibungs-Nr. 21908069, vom 23. Dezember 2019, sei weiterzuführen.
4. Auf das Gesuch um Wiederherstellung der Frist für den Rechtsvorschlag gegen die oben in Ziff. 3 genannte Betreibung sei nicht einzutreten, gegebenenfalls abzuweisen.
5. Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführerin.

c) des Betreibungsamts :

(kein Antrag)

Sachverhalt

A. Übersicht

- a) Die Beschwerdeführerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die in **F.** domiziliert ist. Sie bezweckt den Betrieb eines Motorradrennstalls und die Organisation von Events im Bereich des Motorradrennsports inkl. Jugendförderung in diesen Bereichen. Einziger Gesellschafter ist M., belgischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Belgien (act. B 2/3).
- b) Die Geschäftsführung wurde nach der Gründung im Mai 2012 zur Hauptsache durch RA lic. iur. G. als treuhänderischer Geschäftsführer auf der Grundlage eines Mandatsvertrages vorgenommen (act. 1, S. 4 und act. 2/4).
- c) An der ausserordentlichen Gesellschafterversammlung der Gesellschaft vom 11. Dezember 2019 wurde RA lic. iur. G. als Geschäftsführer abberufen. Gleichzeitig wurde dessen Zeichnungsberechtigung entzogen und das Domizil der Gesellschaft verlegt (act. 2/5).
- d) Nach der Abwahl stellte RA lic. iur. G. über seine Rechtsanwaltsgesellschaft S. AG gegenüber der B. GmbH diverse Rechnungen mit Datum vom 13. bzw. 15. Dezember 2019 (act. 2/6), die Gegenstand der Betreuung Nr. 21908069 des Betreibungsamts sind (act. 1, S. 4). Des Weiteren veranlasste RA lic. iur. G. am 13. Dezember 2019 beim Handelsregisteramt Appenzell Ausserrhoden im Sinne einer vorsorglichen Massnahme eine Registersperre gemäss Art. 162 Abs. 1 HRegV gegen seine Austragung als Geschäftsführer und prosequierte diese Sperre an das Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden (act. 2/10).
- e) In der Folge leitete die S. AG gegen die B. GmbH ein Betreibungsverfahren über den Betrag von CHF 95'147.90 zuzüglich Zins zu 5 % seit 17. Dezember 2019 ein (act. 5/1). Die Zustellung des Zahlungsbefehls in der Betreuung Nr. 21908069 des Betreibungsamts erfolgte am 9. Januar 2020 an G. (act. 2/2); die gestützt darauf erlassene Konkursandrohung wurde diesem am 7. Februar 2020 übergeben (act. 2/12).
- f) Anlässlich der ausserordentlichen Gesellschafterversammlung der Beschwerdeführerin vom 2. Januar 2020 wurde W. als neuer Geschäftsführer bestimmt und ihm

Einzel-Unterschriftsberechtigung erteilt (act. 2/8). Dieser wandte sich zwecks Anmeldung der Mutation umgehend an das für das Handelsregister zuständige Amt für Wirtschaft und Arbeit (act. 2/8). Am 9. Januar 2020 beantragte der verbliebene Geschäftsführer, M., bei der Post eine Umleitung sämtlicher Postsendungen (act. 2/9).

- g) Der Einzelrichter des Kantonsgerichts wies das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen von RA lic. iur. G. mit Urteil vom 13. März 2020 ab (act. 2/10).
- h) Am 31. März 2020 wurde der B. GmbH die Verfügung des Einzelrichters des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden vom 27. März 2020 betreffend Sistierung des Verfahrens um Konkurseröffnung zugestellt (act. 2/11).

B. Prozessgeschichte

- a) Mit Eingabe vom 6. April 2020 liess die B. GmbH bei der Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs Appenzell Ausserrhoden gegen den in der Betreuung Nr. 21908069 des Betreibungsamts erlassenen Zahlungsbefehl und die gestützt darauf erlassene Konkursandrohung Beschwerde mit den eingangs erwähnten Begehren erheben resp. das Gesuch um Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist stellen (act. 1).
- b) Mit Verfügung vom 8. April 2020 gab die Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs den Verfahrensbeteiligten Kenntnis von der Beschwerde resp. dem Gesuch und räumte ihnen Gelegenheit zur Einreichung einer Stellungnahme ein (act. 3).
- c) Das Betreibungsamt verzichtete auf eine Vernehmlassung (act. 4). Die Stellungnahme der Beschwerde- resp. Gesuchgegnerin datiert vom 5. Juni 2020 (act. 12). Verschiedene Beweismittel wurden am 12. Juni 2020 (act. 14) resp. 22. Juni 2020 (act. 15) nachgereicht.
- d) Mit Verfügung vom 24. Juni 2020 wurde die Beschwerde- bzw. Gesuchsantwort samt Beilagen der Beschwerdeführerin/Gesuchstellerin und dem Betreibungsamt zur Kenntnis gebracht (act. 16).

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

Erwägungen

Zunächst ist zu prüfen, ob der Zahlungsbefehl vom 23. Dezember 2019 in der Betreuung Nr. 21908069 des beschwerdebeklagten Amtes und die gestützt darauf erlassene Konkursandrohung nichtig bzw. aufzuheben sind. Sollte dies bejaht werden, würde sich das Gesuch um Wiederherstellung der Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlags in der Betreuung Nr. 21908069 erübrigen, d.h. gegenstandslos werden.

I. Gültigkeit des Zahlungsbefehls und der Konkursandrohung in der Betreuung Nr. 21908069 des Betreibungsamts

1. Formelles

- 1.1 Als einzige Aufsichtsbehörde im Kanton amtiert ein Gremium mit drei Mitgliedern des Obergerichts (Art. 24 Abs. 1 lit. d Justizgesetz [JG, bGS 145.31]; Art. 10 Abs. 1 des Gesetzes über die Einführung des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs [EG SchKG, bGS 241.1]). Die Zuständigkeit der angerufenen Behörde ist somit gegeben.
- 1.2 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 (COMETTA/MÖCKLI, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. Aufl. 2010, N. 18 f. zu Art. 17 SchKG; AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 6 Rz. 7 f.; DIETH/WOHL, in: Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl. 2014, N. 2 ff. zu Art. 17 SchKG). 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 Zustellung des Zahlungsbefehls handelt es sich um eine Verfügung im oben umschriebenen Sinn (WÜTHRICH/SCHOCH, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. Aufl. 2010, N. 43 zu Art. 69 SchKG).

- 1.3 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 hat (COMETTA/MÖCKLI, a.a.O., N. 40 zu Art. 17 SchKG). Nach der herrschenden Lehre hat der am Vollstreckungsverfahren beteiligte Schuldner generell ein schutzwürdiges Interesse (COMETTA/MÖCKLI, a.a.O., N. 41 zu Art. 17 SchKG; AMONN/WALTHER, a.a.O., § 6 Rz. 25).

Die B. GmbH ist Schuldnerin in einem Betreibungsverfahren und damit zur Beschwerde legitimiert.

- 1.4 Schreibt das Gesetz den Weg der gerichtlichen Klage vor - dies ist in der Regel der Fall, wo materielle Rechtsfragen zu entscheiden sind oder besonders intensiv in die Stellung des Schuldners eingegriffen wird - ist die Beschwerde nach dem klaren Wortlaut von Art. 17 SchKG ausgeschlossen. Sie ist mit anderen Worten zur Klage subsidiär (DIETH/WOHL, a.a.O., N. 7 zu Art. 17 SchKG; COMETTA/MÖCKLI, a.a.O., N. 9 ff. zu Art. 17 SchKG; AMONN/WALTHER, a.a.O., § 6 Rz. 3 f.).

Gegen inhaltliche Mängel des Zahlungsbefehls kann sich der Schuldner auf dem Beschwerdeweg wehren, sofern nicht sogar Nichtigkeit vorliegt (MALACRIDA/ROESLER, in: Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl. 2014, N. 10 zu Art. 69 SchKG; WÜTHRICH/SCHOCH, a.a.O., N. 27 ff. zu Art. 69 SchKG).

- 1.5 Die Beschwerde muss binnen 10 Tagen seit dem Tage, an welchem der Beschwerdeführer von der Verfügung Kenntnis erhalten hat, angebracht werden (Art. 17 Abs. 2 SchKG).

Die Beschwerdeführerin macht geltend (act. 1, S. 2 f.), ihre Organe hätten erst durch die Verfügung des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden vom 27. März 2020, welche ihr am 31. März 2020 zugestellt worden sei, vom Betreibungsverfahren Nr. 21908069 des Betreibungsamts Kenntnis erlangt. Am 27. März 2020 ordnete der Einzelrichter des Kantonsgerichts die Sistierung des Verfahrens betreffend Konkurseröffnung aufgrund der Verordnung des Bundesrats vom 18. März 2020 über den Rechtsstillstand gemäss Art. 62 SchKG an (act. 2/11).

Die Beschwerdeaufgabe vom 6. April 2020 ist folglich fristgerecht erfolgt. Kommt hinzu, dass die Beschwerdeführerin Nichtigkeit des Zahlungsbefehls sowie der gestützt darauf erlassenen Konkursandrohung behauptet. Verstossen Verfügungen gegen Vorschriften, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind, so sind sie nichtig und die Aufsichtsbehörde hat - unabhängig davon, ob Beschwerde geführt worden ist - die Nichtigkeit der betroffenen Verfügung von Amtes wegen festzustellen (Art. 22 Abs. 1 SchKG).

- 1.6 W. ist gemäss Eintrag im Handelsregister (act. 2/3) seit dem 20. März 2020 einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer der Beschwerdeführerin und somit befugt, RA Dr. R. zu mandatieren (act. 2/1).

Sämtliche Prozessvoraussetzungen sind erfüllt, weshalb auf die Beschwerde einzutreten ist.

- 1.7 Das Verfahren vor der Aufsichtsbehörde richtet sich nach den Art. 17 - 21 SchKG sowie subsidiär nach dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (Art. 13 Abs. 2 EG SchKG). Die Aufsichtsbehörde stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Sie würdigt die Beweise frei und darf, unter Vorbehalt von Art. 22 SchKG, nicht über die Anträge der Parteien hinausgehen (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 3 SchKG). Der Entscheid ist zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 4 SchKG). Als Rechtsmittel steht, unabhängig vom Streitwert, die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht zur Verfügung (Art. 72 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 74 Abs. 2 lit. c des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG, SR 173.110]).

2. Materielles

- 2.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend (act. 1, S. 4), G. sei als Geschäftsführer abberufen worden, weil der einzige Gesellschafter Unstimmigkeiten in den Abrechnungen entdeckt habe und von Doppelverrechnungen sowie Missbrauch der Geschäftsführungsbefugnis habe ausgehen müssen. Mit den Rechnungen, welche Gegenstand der Betreuung Nr. 21908069 seien, fordere G. unter anderem Zahlungen für nicht fällige Mietzinsen. Zudem stelle er Rechnungen für Geschäftsführungshonorare über mehrere zehntausend Franken, obwohl im Anhang zum Mandatsvertrag eine „All-in-Fee“ von CHF 6'250.00 vereinbart worden sei. Bis jetzt sei sie nicht im Besitz der Buchungsbelege, welche eine Überprüfung der Rechnungen erlauben würden. Bis auf weiteres habe sie die Rechnungen daher bestritten und die Beschwerdegegnerin auf den Rechtsweg verwiesen

(act. 1, S. 5). Aus den vom Kantonsgericht sowie dem Betreibungsamt im Rahmen der Akteneinsicht zugestellten Dokumenten gehe hervor, dass G. nicht nur als Organ/Vertreter der Gläubigerin gehandelt habe, sondern sich unter Ausnützung des falschen Rechtsscheins im Handelsregister auch als Organ/Vertreter der Beschwerdeführerin ausgegeben und die Zustellung an seine Adresse verlangt habe. Sie habe daher weder vom Zahlungsbefehl noch von der Konkursandrohung Kenntnis erlangen, geschweige denn ihre Verfahrensrechte wahrnehmen können. Der Vertreter der Gläubigerin habe es in Verletzung seiner Interessenwahrungspflicht unterlassen, sie über die Zustellung des Zahlungsbefehls zu orientieren, sodass sie keinen Rechtsvorschlag habe erheben können. Ebenso wenig habe er die Androhung der Konkurseröffnung weitergeleitet. Indem Rechtsanwalt G. sowohl für die Gläubigerin als auch für die Schuldnerin gehandelt habe, liege ein klarer Fall von Doppelvertretung oder Doppelorganschaft vor. Es entspreche einem allgemeinen Grundsatz des Privatrechts und gefestigter Gerichtspraxis, dass Insichgeschäfte, welche den Selbsteintritt und die Doppelvertretung umfassten, unzulässig seien, wenn - wie hier - gegensätzliche Interessen zwischen den Vertretenen gegeben seien. Im Aussenverhältnis könne daher mangels Genehmigung für den Vertretenen kein verbindliches Rechtsgeschäft bzw. keine Rechtswirkung zustande kommen. Die Doppelvertretung führe daher zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts (act. 1, S. 5). Vorliegend sei die unzureichende Gewähr für die Übermittlung des Zahlungsbefehls aufgrund seiner Stellung sowohl bei der Gläubigerin als auch bei der Schuldnerin offensichtlich. Hinzu komme, dass G. die Ausstellung in rechtsmissbräuchlicher Weise erwirkt habe. Die Registersperre und das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen beim Kantonsgericht seien augenscheinlich nur erfolgt, um den Betreibungsbehörden eine nicht mehr existierende Organvollmacht vorzutäuschen (act. 1, S. 6). Die Aufrechterhaltung eines nach Aussen falschen Rechtsscheins durch die Sperrung des Handelsregisters sei einzig in der Absicht erfolgt, die strittigen Forderungen einer Überprüfung durch den Zivilrichter zu entziehen und die Beschwerdeführerin ihrer Rechte im Betreibungsverfahren zu berauben. Dies sei rechtsmissbräuchlich und verdiene keine Rechtsschutz (act. 1, S. 7).

- 2.2 Die Beschwerdegegnerin bringt im Wesentlichen vor, mit betreibungsrechtlicher Beschwerde könnten nur formelle Mängel des Betreibungsverfahrens geltend gemacht werden (act. 12, S. 3). Die Einwendungen, welche die Beschwerdeführerin gegen die Betreibung Nr. 21908069 vom 23. Dezember 2019 vorbringe (insb. in den Ziffern 6 bis 28) seien materielle Einwendungen gegen den Bestand und Umfang der betriebenen Forderung und deshalb aus dem Recht zu weisen. Die Betreibung beruhe auf mehreren Honorarnoten, welche detailliert und ausgewiesen seien (act. 12, S. 4). Diese wiederum würden sich auf Weisungen sowie schriftliche und mündliche Weisungen von M. bzw. der

Beschwerdegegnerin (recte Beschwerdeführerin) stützen. Mit der Betreibung bezwecke die Beschwerdegegnerin die Durchsetzung des in den Honorarnoten ausgewiesenen und in der Folge unbezahlt gebliebenen Forderungsbetrages. Damit verfolge sie ganz klar Ziele, die mit der Zwangsvollstreckung in Zusammenhang stünden. Ob die in Betreibung gesetzten Forderungen tatsächlich bestünden, sei weder durch das Betreibungsamt noch durch die Beschwerdeinstanz zu prüfen, sondern mittels separater Zivilklage resp. mittels Rechtsvorschlag zu bestreiten. Aus den ins Recht gelegten Akten würden sich keine Hinweise ergeben, wegen derer das Betreibungsamt die Betreibung hätte zurückweisen müssen (act. 12, S. 5). Dieses habe die geltend gemachten Forderungen auch nicht auf ihren Bestand prüfen müssen und dürfen. Das Betreibungsamt habe weder willkürlich gehandelt, noch habe es Verfahrensvorschriften verletzt. Der Zahlungsbefehl sei weder nichtig noch aufzuheben und die Beschwerde sei als unbegründet abzuweisen. Diese gebe auch nicht Anlass, gestützt auf Art. 22 SchKG von Amtes wegen in das Betreibungsverfahren einzugreifen.

Eine rechtsgenüßliche Abwahl von G. als Geschäftsführer der Beschwerdeführerin habe nicht stattgefunden (act. 12, S. 6). Dieser sei von M. und F. bedroht und zur Unterschrift gezwungen worden. M. und F. hätten G. zudem nicht durch einen anderen Geschäftsführer ersetzen wollen. Das hätte dazu geführt, dass die Gesellschaft über einen längeren Zeitraum hinweg nicht nach den geltenden gesellschaftsrechtlichen Regeln bestellt gewesen wäre und es hätte ihr so ein Konkursrisiko gedroht. Schliesslich habe bei jeder Ab- resp. Neuwahl der Geschäftsleitung einer GmbH eine Déchargeerklärung zu erfolgen. Eine solche sei - trotz mehrfachen Verlangens - bis heute weder protokolliert noch erteilt worden. Solange diese Entlastung nicht erfolge, müsse die Funktion der Geschäftsführung bei der bisherigen Person verbleiben. Bis zur Entlastung bestehe zugunsten des bisherigen Geschäftsführers zudem das Retentionsrecht an allen Gesellschaftsanteilen bis alle offenen Forderungen beglichen worden seien (act. 12, S. 7). Bis zu diesem Zeitpunkt sei die Wahl eines neuen Geschäftsführers rechtlich und vertraglich gar nicht möglich, und - falls doch vorgenommen - nichtig. Nicht aufgrund der durch die Beschwerdegegnerin veranlassten Registersperre, sondern unter Hinweis auf die bereits beschriebene, formungültige Abwahl des bisherigen Geschäftsführers habe kein neuer Geschäftsführer gewählt und eine Wohnsitzverlegung durchgeführt und eingetragen werden können (act. 12, S. 9). Es gehe hier nicht um eine unzulässige Doppelvertretung. Weil sich weder die Beschwerdeführerin noch M. um die rechtlichen und finanziellen Verpflichtungen gekümmert und weder eine Adressänderung noch eine Sitzverlegung veranlasst hätten, sei ihm nichts anderes übrig geblieben, als die trotz mehrfacher Mahnungen immer noch nicht bezahlten Ausstände für Honorare, Domizilgebühren und weiteren Auslagen auf dem Betreibungsweg einzufordern.

Im Übrigen sei die Doppelvertretung - wenn es denn überhaupt eine gewesen sei - hier zulässig gewesen. Auch das Bundesgericht habe schon bestätigt, dass ein Vertreter mit sich selbst kontrahieren könne, wenn ihm dies entweder ausdrücklich oder nach den Umständen stillschweigend zugestanden werde. Dies sei hier der Fall gewesen: Die Beschwerdeführerin habe nicht nur die Ab- und Neuwahl der Geschäftsführung unkorrekt und somit rechtsungültig durchgeführt, sie habe sich auch um jegliche weiteren rechtlichen Belange der B. GmbH völlig foutiert, zum Beispiel um die Neuorganisation der Postbearbeitung. Es sei deshalb anzunehmen, dass M. einer Postbearbeitung durch G. wissentlich und willentlich zugestimmt habe. Aufgrund der Ankündigung, die Vermögenswerte ins Ausland zu verschieben, wäre das Haftungsrisiko für G., zum Beispiel bezüglich der offenen Verrechnungssteueransprüche, nicht mehr vertretbar gewesen (act. 12, S. 10 f.). Mangels nicht erfolgter Postumleitung habe der Zahlungsbefehl nur an die bisherige und immer noch gültige Sitz- und Domiziladresse in F. zugestellt werden können. Falls G. die Zustellung des Zahlungsbefehls gegen die Beschwerdeführerin verweigert hätte, wäre er durch das beschwerdebeklagte Amt polizeilich zugeführt worden. Dies habe er aus naheliegenden Gründen vermeiden wollen. Die Beschwerdegegnerin habe sich also mitnichten rechtsmissbräuchlich verhalten.

- 2.3 Das beschwerdebeklagte Amt bemerkte am 9. April 2020 (act. 4), im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls (zugestellt am 9. Januar 2020 durch das Betreibungsamt Zürich) und der Konkursandrohung (zugestellt am 7. Februar 2020 durch das Betreibungsamt Zürich) sei gemäss Handelsregister G. als einziges Organ mit Wohnsitz in der Schweiz, konkret als Geschäftsführer mit Einzelunterschrift, eingetragen gewesen. Am 25. März 2020 sei er als Geschäftsführer der Beschwerdeführerin im Handelsregister gelöscht worden. Die Zustellung des Zahlungsbefehls und der Konkursandrohung habe daher nur an ihn rechtsgültig vorgenommen werden können, unter Vorbehalt der Nichtigkeit der Zustellung bei Doppelvertretung.
- 2.4 Gemäss dem Betreibungsbegehren setzt die Forderungssumme sich aus zwei Domizilrechnungen, fünf Honorarrechnungen, Mahnspesen und aufgelaufenen Zinsen zusammen, wobei die entsprechenden Rechnungen dem Begehren beigelegt sind. Als Grund der Forderung wird „Forderung aus Honorarrechnungen gestützt auf Mandatsvertrag & Domizilvertrag“ angegeben (act. 5/1). Die Konkursandrohung vom 31. Januar 2020 enthält dieselben Angaben (act. 5/6). Aus den Handelsregistern der Kantone St. Gallen und Appenzell Ausserrhoden ergibt sich, dass G. im Zeitpunkt der Einleitung der Betreibung und beim Stellen des Fortsetzungsbegehrens bei der Gläubigerin, S. AG, als Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift (act. 2/7) und bei der Schuldnerin, B. GmbH, als Geschäftsführer mit Einzelunterschrift (act. 2/3) fungierte.

- 2.5 Nach Art. 22 Abs. 1 SchKG ist eine Verfügung der Vollstreckungsbehörden nichtig, wenn sie gegen Vorschriften, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind, verstösst (vgl. BGE 115 III 26). Unter den Begriff des öffentlichen Interesses wird auch das Verbot des Rechtsmissbrauchs subsumiert (DIETH/WOHL, a.a.O., N. 2 zu Art. 22 SchKG). Dabei geht es insbesondere darum, den Betriebenen vor völlig unberechtigten Betreibungsverfahren zu schützen (DIETH/WOHL, a.a.O., N. 2 zu Art. 22 SchKG). Dies ist etwa dann der Fall, wenn mit der Betreibung ein Ziel verfolgt wird, das mit der Zwangsvollstreckung nicht das Geringste zu tun hat (DIETH/WOHL, a.a.O., N. 2d zu Art. 22 SchKG; COMETTA/MÖCKLI, a.a.O., N. 12 zu Art. 22 SchKG). Dies ist zu bejahen, wenn bloss die Kreditwürdigkeit des Schuldner geschädigt werden soll, wenn zwecks Schikane ein völlig übersetzter Betrag in Betreibung gesetzt wird, oder wenn offensichtlich ist, dass ein Gläubiger mit einer Betreibung insbesondere bezweckt, den Betriebenen mit Absicht zu schikanieren (DANIEL STAEHELIN, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband zur 2. Auflage, 2017, N. 24 zu Art. 8a SchKG). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Betreibung nur in Ausnahmefällen wegen Rechtsmissbrauchs nichtig, weil nach dem Konzept des schweizerischen Betreibungsrechts der Gläubiger sein Betreibungsbegehren nicht im Einzelnen begründen, sondern seine Gläubigerstellung nur behaupten muss, und zudem der Betreibungsbeamte und auch die Aufsichtsbehörde weder die Pflicht noch das Recht haben, die Begründetheit der Betreibung zu überprüfen (BGE 140 III 481 E. 2.3.1; DIETH/WOHL, a.a.O., N. 3 zu Art. 22 SchKG; DANIEL STAEHELIN, a.a.O., ad N. 24 zu Art. 8a SchKG; MAIER/VAGNATO Kren Kostkiewicz/Vock [rsg.] Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs 4. Aufl. 7522 SchKG; THOMAS ENGLER, Die nichtige Betreibung, in: ZZZ 2016, S. 48; vgl. auch HUNKELER/DISLER, Rechtsmissbräuchliche Betreibung: Urteil des Bundesgerichts 5A_508/2014 vom 19. September 2014 und aktuelle Rechtsentwicklung, in: Jusletter 20. Oktober 2014). An die Plausibilität der Forderung werden keine hohen Anforderungen gestellt; es genügt, wenn auf eine bestehende Rechtsbeziehung zwischen den Parteien hingewiesen wird, in deren Kontext Ansprüche in der geltend gemachten Höhe nachvollziehbar und daher plausibel erscheinen (THOMAS ENGLER, a.a.O., S. 49). Ob solche Ansprüche materiell effektiv bestehen und durchgesetzt werden können, ist nicht relevant (THOMAS ENGLER, a.a.O., S. 49).

Der Umfang der Vollmacht erstreckt sich grundsätzlich nicht auf sogenannte Insichgeschäfte (CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl. 2014, Rz. 1077; AHMET KUT, in: Furrer/Schnyder [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer

Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl. 2016, N. 25 ff. zu Art. 33 OR). Bei Insichgeschäften handelt dieselbe Person auf beiden Seiten:

- Beim Selbstkontrahieren (Selbsteintritt) schliesst die Vertreterin das Geschäft für den Vertretenen mit sich selbst ab.
- Von Doppelvertretung wird gesprochen, wenn die Vertreterin gleichzeitig als Vertreterin des Dritten handelt, mit welchem sie (für den Vertretenen) ein Geschäft abschliesst.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist das Selbstkontrahieren grundsätzlich unzulässig, weil das Kontrahieren eines Vertreters mit sich selbst regelmässig zu Interessenkollisionen führt. Selbstkontrahieren hat deshalb die Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes zur Folge, es sei denn, die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen sei nach der Natur des Geschäftes ausgeschlossen oder der Vertretene habe den Vertreter zum Vertragsschluss mit sich selbst besonders ermächtigt oder das Geschäft nachträglich genehmigt. Dieselben Regeln gelten auch für die Doppelvertretung zweier Vertragsparteien durch ein und denselben Vertreter sowie die gesetzliche Vertretung juristischer Personen durch deren Organe. Auch in diesen Fällen bedarf es einer besonderen Ermächtigung oder einer nachträglichen Genehmigung durch ein über- oder nebengeordnetes Organ, wenn die Gefahr einer Benachteiligung besteht (BGE 138 III 755 E. 6.2; BGE 127 III 332 E. 2a; BGE 126 III 361 E. 3a mit weiteren Hinweisen; CLAIRE HUGUENIN, a.a.O., Rz. 1078 f.; AHMET KUT, a.a.O. N. 27 zu Art. 33 OR).

- 2.7 Wie die Beschwerdegegnerin zu Recht ausführt, ist eine Betreibung nur in Ausnahmefällen wegen Rechtsmissbrauchs nichtig. Ebenso ist korrekt, dass es weder dem Betreibungsamt noch der Aufsichtsbehörde zusteht, über die Begründetheit der in Betreibung gesetzten Forderung zu entscheiden (JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, SchKG, 19. Aufl. 2016, N. 5 zu Art. 22 SchKG). Unbestritten ist sodann, dass es zwischen den Parteien Rechtsbeziehungen gab und eventuell noch gibt, in deren Kontext Ansprüche in der geltend gemachten Höhe nachvollziehbar und daher plausibel erscheinen. Ob solche Ansprüche materiell effektiv bestehen und durchgesetzt werden können, ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren - wie erwähnt - nicht zu entscheiden (THOMAS ENGLER, a.a.O., S. 49).

Ob der Zahlungsbefehl und die Konkursandrohung in der Betreibung Nr. 21908069 der S. AG gegen die B. GmbH am 9. Januar 2020 bzw. 7. Februar 2020 gültig an G. zugestellt werden konnten, ist indessen mit Blick auf die obigen Ausführungen zu den Insichgeschäften näher zu prüfen.

2.7.1 Im Betreibungsbegehren sind der Name und Wohnort des Gläubigers und seines allfälligen Bevollmächtigten sowie der Name und Wohnort des Schuldners und gegebenenfalls seines gesetzlichen Vertreters anzugeben (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 2 SchKG). Ist die Betreibung gegen eine juristische Person oder eine Gesellschaft gerichtet, so erfolgt die Zustellung an den Vertreter derselben. Als solcher gilt für eine Aktiengesellschaft oder eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung jedes Mitglied der Verwaltung oder des Vorstandes sowie jeder Direktor oder Prokurist (Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Werden die genannten Personen in ihrem Geschäftslokal nicht angetroffen, so kann die Zustellung auch an einen anderen Beamten oder Angestellten erfolgen (Art. 65 Abs. 2 SchKG). Die Ersatzzustellung ist jedoch nur zulässig, wenn die Zustellung an einen Vertreter im Sinne von Art. 65 Abs. 1 SchKG erfolglos versucht worden ist (JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, a.a.O., N. 7 zu Art. 65 SchKG). Wer als Vertreter einer juristischen Person oder Gesellschaft zum Empfang von Betreibungsurkunden berechtigt ist, wird durch Art. 65 Abs. 1 SchKG abschliessend festgelegt. Das Recht der Stellvertretung nach Art. 32 ff. OR hat daneben keinen Platz (PENON/WOHLGEMUTH, in Kren Kostkiewicz/Vock [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl. 2017, N. 4 zu Art. 65 SchKG).

Die Gläubigerin, S. AG, hat im Betreibungsbegehren keinen Vertreter für die Schuldnerin, B. GmbH, genannt (act. 5/1). Nach Auffassung des Bundesgerichts hat das Betreibungsamt in diesem Fall den Gläubiger unverzüglich davon in Kenntnis zu setzen und ihm Gelegenheit zur Ergänzung zu geben (BGE 118 III 10 E. 3a; BGE 117 III 10 E. 5b; BGE 109 III 4 E. 1b). Soweit diese Auffassung auch die im Handelsregister eingetragenen Personen betrifft, wird sie von PAUL ANGST (in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. Aufl. 2010, N. 4 zu Art. 65 SchKG) und PENON/WOHLGEMUTH (a.a.O., N. 5 zu Art. 65 SchKG) mit überzeugender Begründung abgelehnt. Eine ausdrückliche Bezeichnung der Vertreter juristischer Personen durch den Gläubiger wird vom Gesetz nicht verlangt. Art. 67 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG fordert lediglich die Angabe des gesetzlichen Vertreters des Schuldners. Die in Art. 65 SchKG aufgeführten Vertreter sind keine gesetzlichen Vertreter im Sinne jener Bestimmung. Es kann den Betreibungsbeamten also ohne weiteres zugemutet werden, die zum Empfang berechtigten Personen anhand eines im Internet abrufbaren Handelsregisterauszugs selbst zu bestimmen. Nur nebenbei bemerkt, ist auch das Gericht befugt, von sich aus, Abklärungen im Handelsregister zu tätigen (Entscheid des Einzelrichters des Obergerichts Appenzell Ausserrhoden, ERZ 18 38, vom 21. Januar 2019 in Sachen M.J. c. M.-C. AG, E. 2.2). In casu ist das beschwerdebeklagte Amt offenbar so vorge-

gangen, da es die Gläubigerin am 17. Dezember 2019 lediglich zur Bezahlung des Kostenvorschusses und nicht zur Nennung eines Vertreters der Schuldnerin aufforderte (act. 5/2).

2.7.2 Die mangel- oder fehlerhafte Zustellung ist anfechtbar; die Beschwerdefrist und die Frist für die Erhebung des Rechtsvorschlags beginnt mit der tatsächlichen Kenntnisnahme (BGE 104 III 12). Wenn die Zustellung nichtig ist, hat die Aufsichtsbehörde von Amtes wegen in das Verfahren einzugreifen und die Nichtigkeit festzustellen. Hier kommt der Beschwerde nur die Funktion einer jederzeit zulässigen Aufsichtsanzeige zu (PAUL ANGST, a.a.O., N. 23 zu Art. 64 SchKG). Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Praxis immer wieder betont hat, dass der Schuldner in der Lage sein muss, den Entscheid über den Rechtsvorschlag wirklich treffen zu können. Ist das nicht der Fall, ist die Zustellung nichtig und muss wiederholt werden. Eine Ersatzzustellung, an wen es auch sei, ist wirkungslos gegenüber dem Schuldner, wenn dieser keine Mitteilung erhält, mit anderen Worten, die Betreibung ist nichtig, wenn der Zahlungsbefehl infolge fehlerhafter Zustellung nicht in die Hände des Schuldners gelangt ist (PAUL ANGST, a.a.O., N. 23 zu Art. 64 SchKG). In Weiterführung dieses Grundsatzes hat die Praxis schon früh erkannt, dass die Zustellung eines Zahlungsbefehls an den Vertreter einer juristischen Person in der Betreibung, die dieser selbst gegen die juristische Person angehoben hat, nicht zulässig ist (BGE 45 III 27 E. 2, Urteile des Bundesgerichts 7B.45/2004 vom 26. März 2004 E. 1.3 und 5A_750/2013 vom 8. April 2014 E. 4.2; Entscheid des Obergerichts Uri vom 18. Juli 2014, OG SK 14 2; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, a.a.O., N. 13 zu Art. 65 SchKG; PENON/WOHLGEMUTH, a.a.O., N. 7 zu Art. 65 SchKG). Ist der Vertreter einer juristischen Person selbst betreibender Gläubiger, so hat die Zustellung an diejenige Person zu erfolgen, die ihn zu vertreten hat; die Zustellung an den betreibenden Gläubiger als Vertreter der Schuldnerin wäre nichtig (DANIEL STAEHELIN, a.a.O., 10b65SchKG). Begründet wird diese Rechtsfolge damit, dass der betreibende Gläubiger, der gleichzeitig Vertreter der Schuldnerin ist, keine Gewähr für die Übermittlung des Zahlungsbefehls bietet (Urteil des Obergerichts Uri vom 18. Juli 2014, OG SK 14 2; act. 2/13).

Bei der Überprüfung der Vertretungsverhältnisse der Parteien im Handelsregister hätte dem beschwerdebeklagten Amt auffallen müssen, dass G. sowohl Vertreter der betreibenden Gläubigerin als auch der betriebenen Schuldnerin ist und somit ein potentieller Interessenkonflikt besteht.

2.7.3 Die Beschwerdegegnerin bestreitet das Vorliegen einer unzulässigen Doppelvertretung und macht vielmehr geltend (act. 12, S. 10), in casu sei zufolge der Untätigkeit von M. (ungültige Abwahl der Geschäftsführung, keine sofortige Neuorganisation der Postzustellung) davon auszugehen, dass dieser einer Postbearbeitung durch G. wissentlich und willentlich zugestimmt habe.

Die Beschwerdegegnerin macht gegenüber der Beschwerdeführerin ausstehende Domizilgebühren und Honorare geltend (act. 12, S. 9 und 11). Davon, dass die Natur des Geschäftes die Gefahr einer Benachteiligung der Vertretenen ausschliesst, kann somit keine Rede sein. Aus der Beschwerde vom 6. April 2020 ergibt sich weiter, dass gerade keine nachträgliche Genehmigung des Geschäftes, d.h. der Betreuung, vorliegt. Ebenso wenig vermag die Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs allein im Umstand, dass die Beschwerdeführerin resp. deren Gesellschafter M. nach der Abwahl von G. als Geschäftsführer am 11. Dezember 2019 nicht unverzüglich eine Umleitung der Postzustellung veranlasst hat, eine besondere Ermächtigung für die Vornahme einer Doppelvertretung zu erkennen. Denn entgegen der Darstellung der Beschwerdegegnerin ist der Genannte gerade nicht untätig geblieben, sondern hat am 2. Januar 2020 W. zum neuen Geschäftsführer ernannt, welcher zwecks Vormerkung der Mutation im Handelsregister sofort an das Amt für Wirtschaft und Arbeit gelangte (act. 2/8) und er hat am 9. Januar 2020 bei der Post auch einen Umleitungsauftrag in Auftrag gegeben (act. 2/9).

Somit sind in casu keine Umstände gegeben, welche die Doppelvertretung ausnahmsweise als zulässig erscheinen lassen (ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung; Vorliegen eines Geschäftes, welches dem Vertretenen nur Vorteile bringt) und die Zustellung des Zahlungsbefehls sowie der Konkursandrohung an G. erweist sich als ungültig bzw. nichtig. Die Feststellung der Nichtigkeit genügt, eine formelle Aufhebung der Verfügungen ist nicht erforderlich (PAUL ANGST, a.a.O., N. 23 zu Art. 64 SchKG).

Daran ändern auch die weiteren Einwendungen der Beschwerdegegnerin, konkret die Abwahl von G. sei nicht rechtsgenügend erfolgt und er habe Anspruch auf Décharge-Erteilung (act. 12, S. 6 f.), nichts. Dagegen hätte G. sich mit Mitteln des Gesellschaftsrechts wehren müssen. Eine Ermächtigung resp. Rechtfertigung zur Doppelvertretung hat eine möglicherweise nicht korrekte Abwahl als Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung jedoch nicht zur Folge.

2.7.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass G. aufgrund des Umstandes, dass er im Zeitpunkt der Einleitung der Betreuung sowohl Vertreter der betreibenden Gläubigerin als auch der betriebenen Schuldnerin war, keine hinreichende Gewähr im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für die Übermittlung des Zahlungsbefehls und der Konkursandrohung an die Beschwerdeführerin bieten konnte. Dieser potentielle Interessenkonflikt manifestierte sich darin, dass die Beschwerdeführerin gemäss ihren unbestritten gebliebenen Angaben erst mit Zustellung der Verfügung vom 27. März 2020 Kenntnis vom Zahlungsbefehl und der Konkursandrohung erhielt. Der Zahlungsbefehl gilt daher als nicht rechtsgenügend zugestellt und nichtig. Mangels gültigem Zahlungsbefehl erweist sich auch die Konkursandrohung als nichtig.

II. Gesuch um Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist in der Betreuung Nr. 21908069 des Betreibungsamts

Nach dem Gesagten erübrigt sich eine Behandlung des Gesuchs um Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist.

III. Kosten

Das Beschwerdeverfahren vor der kantonalen Aufsichtsbehörde ist kostenfrei (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG, Art. 61 Abs. 2 lit. a GebV SchKG) und eine Parteientschädigung darf nicht zugesprochen werden (Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG; AMONN/WALTHER, a.a.O., § 6 Rz. 62 und §13 Rz. 11 und 13; COMETTA/MÖCKLI, a.a.O., N 28 zu Art. 20a SchKG; LUZIUS EUGSTER, Kommentar GebV SchKG, 2008, N 9 f. zu Art. 62 GebV SchKG).

Demnach erkennt die Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs:

1. Es wird festgestellt, dass der Zahlungsbefehl vom 23. Dezember 2019 in der Betreibung Nr. 21908069 des Betreibungsamtes sowie die gestützt darauf erlassene Konkursandrohung vom 31. Januar 2020 nichtig sind.
2. Es werden keine Kosten erhoben und keine Entschädigungen zugesprochen.
3. **Rechtsmittel:**
Gegen diesen Entscheid kann innert 10 Tagen seit der Zustellung Beschwerde in Zivilsachen erhoben werden. Die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde richtet sich nach Art. 72 ff. Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110). Die Beschwerde ist beim Schweizerischen Bundesgericht, Avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind - soweit vorhanden - beizulegen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG).
4. Zustellung am 23. Oktober 2020 an:
 - RA Dr. iur. R., eingeschrieben
 - RA lic. iur. G., eingeschrieben
 - Betreibungsamt, eingeschrieben

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Walter Kobler

lic. iur. Barbara Schittli