

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
Sitzungsort	Trogen
Beschwerdeführerin	A___ GmbH
Beschwerdegegnerin	B___ AG
beschwerdebeklagtes Amt	Betreibungsamt C___
Gegenstand	Konkursandrohung

Anträge:

a) der Beschwerdeführerin:

(Sinngemäss) Die Konkursandrohung vom 9. Februar 2016 sei aufzuheben.

b) des Betreibungsamtes C___:

(Keine)

c) der Beschwerdegegnerin:

Die Beschwerde sei abzuweisen.

Sachverhalt

A. Übersicht

Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um die ehemalige AA___ GmbH (act. 3) mit heutigem Sitz in D___ (AR). Am 12. Januar 2015 (Tagesregister; SHAB-Publikation XX. XX.2015) liess die Beschwerdeführerin folgende weitere Adresse im Handelsregister eintragen: E___ (act. 26). Am 31. Juli 2015 stellte das Betreibungsamt Meilen-Herrliberg-Erlenbach (ZH) der Beschwerdeführerin den Zahlungsbefehl (act. 5/1) betreffend die Forderung der Beschwerdegegnerin aus. Dieser wurde Ersterer am 3. August 2015 zugestellt (act. 5/1 S. 2), wogegen diese am 13. August 2015 Rechtsvorschlag erhob. Am 6. November 2015 bat die Beschwerdegegnerin beim Bezirksgericht Meilen (ZH) um provisorische Rechtsöffnung betreffend die vorgenannte Betreibung (act. 9/4). In der Folge forderte das Bezirksgericht die Beschwerdeführerin am 9. November 2015 zur Stellungnahme innert 14-tägiger Frist auf (act. 9/3 Ziff. 4). Diese Verfügung wurde der Beschwerdeführerin an die Firmenadresse F___ gesendet. Die Beschwerdeführerin reichte am 18. November 2015 (act. 9/2) ihre Stellungnahme ein, mit der Bitte, künftige Korrespondenz an die zusätzlich im Handelsregister eingetragene Postadresse E___, zu senden. Am 1. Dezember 2015 gewährte das Bezirksgericht Meilen der Beschwerdegegnerin in der Betreibung Nr. 44864 die provisorische Rechtsöffnung (für Fr. 45.80 nebst Zins zu 5 % seit 22. September 2014 sowie für Fr. 861.40 und die weiteren Betreibungskosten, act. 5/2 S. 8). Weiter auferlegte es der Beschwerdeführerin die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Rechtsöffnungsverfahrens. Das Urteil wurde der

Beschwerdeführerin (mit Rückschein) an die Adresse F___ gesendet, worauf der Rückschein der Post (act. 16 S. 3) am 4. Dezember 2015 mit der Bemerkung „**Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden**“ beim Bezirksgericht einging. Am 14. Dezember 2015 (Tagesregister; SHAB-Publikation XX.XX.2015) liess die Beschwerdeführerin den Firmensitz von F___ (ZH) nach D___ (AR) an die G___ verlegen (act. 3). Im Anschluss wurde am 8. Januar 2016 (Tagesregister; SHAB-Publikation XX.XX.2016) die weitere Adresse E___, gestrichen (act. 27). Das Bezirksgericht Meilen retournierte der Beschwerdeführerin am 21. Januar 2016 ihre Akten an die neue Postadresse in D___ (act. 2/3).

Am 3. Februar 2016 stellte die Beschwerdegegnerin das Fortsetzungsbegehren an das Betreibungsamt C___ (act. 5/3), worauf dieses am 9. Februar 2016 die Konkursandrohung erliess (act. 8).

B. Prozessgeschichte

- a) Gegen die erwähnte Verfügung vom 9. Februar 2016 (act. 8) erhob die Beschwerdeführerin am 11. Februar 2016 Beschwerde beim Obergericht des Kantons Appenzell Ausserrhoden (act. 1).
- b) Mit Schreiben vom 15. Februar 2016 (act. 6) wurde die Beschwerdeführerin vom Obergericht aufgefordert, den Entscheid, gegen welchen sie Beschwerde erheben wolle, innert 10 Tagen einzureichen sowie ein Rechtsbegehren zu formulieren.
- c) Mit Eingabe vom 25. Februar 2016 (Postaufgabe) begründete die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde und wies auf einen fehlerhaft eröffneten Rechtsöffnungsentscheid hin (act. 7).
- d) Mit Verfügung vom 26. Februar 2016 (act. 10) wurde der Beschwerdegegnerin sowie dem beschwerdebeklagten Amt jeweils eine Kopie der Eingaben vom 11. Februar 2016 und vom 25. Februar 2016 zur Vernehmlassung innert 10 Tagen zugestellt.
- e) Mit Schreiben vom 29. Februar 2016 verzichtete das beschwerdebeklagte Amt auf eine Stellungnahme (act. 11).
- f) Mit Eingabe vom 1. März 2016 (act. 13) teilte die Beschwerdegegnerin mit, dass der Rechtsöffnungsentscheid vom 1. Dezember 2015 der Beschwerdeführerin am 2. Dezember 2015 zugestellt worden sei. Es sei ihr (der Beschwerdegegnerin) zu Recht

die Rechtsöffnung erteilt worden, weil die Beschwerdeführerin die Schuldanerkennung nicht habe entkräften können, weshalb die vorliegende Beschwerde abzuweisen sei.

- g) Am 3. März 2016 (act. 15) ersuchte die Beschwerdeinstanz das Bezirksgericht Meilen um eine Kopie des Zustellungsnachweises für den Rechtsöffnungsentscheid vom 1. Dezember 2015. Mit Schreiben vom 8. März 2016 (act. 16) teilte dieses mit, dass der vorgenannte Entscheid der Beschwerdeführerin nicht habe zugestellt werden können. Auf telefonische Nachfrage wurde der Beschwerdeinstanz mitgeteilt, dass kein weiterer Zustellversuch unternommen worden sei (act. 17).
- h) Mit Verfügung vom 15. März 2016 (act. 18) wurden den Parteien die Aktenstücke Nr. 16 f. zugestellt, worauf die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 24. März 2016 (act. 19) noch einmal darlegte, weshalb ihrer Ansicht nach ein Verfahrensfehler vorliege und die Rechtsöffnung des Bezirksgerichts Meilen ungültig sei.

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

Erwägungen

1. Formelles

- 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.
- 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

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.

- 1.3. 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.

Bei der Konkursandrohung des Betreibungsamtes C___ vom 9. Februar 2016 (act. 8) handelt es sich um eine solche 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 Grunde⁴. 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

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: Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Daniel Hunkeler [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 2 ff. zu Art. 17 SchKG.

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.

Zwangsvollstreckungsverfahren auch ohne Rechtsbeistand wahren können muss⁶. Somit kann sich der Antrag auch durch Auslegung – namentlich der Begründung – ergeben⁷.

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).

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.

2.1.4. 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 vorliegt⁸. 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 worden⁹ und eine darauf basierende Handlung des Betreibungsamtes wäre nichtig¹⁰. Ein Verstoß gegen die vorgenannten Normen kann mit Beschwerde nach Art. 17 SchKG geltend gemacht werden¹¹.

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 wurde¹².

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

⁸ THOMAS Winkler, in: Kurzkommentar Schuldbetreibung- 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.

sich dabei um den Wohnsitz oder Firmensitz der Partei handelt¹³. 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 kann¹⁴. 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 konnte¹⁵. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben hat sich eine Verfahrenspartei, welche von einem Entscheid Kenntnis erhält, welcher sie betrifft, nach diesem zu erkundigen¹⁶, bzw. darum besorgt zu sein, den Inhalt der Verfügung und deren Begründung zu erfahren, um sich über die Ergreifung eines Rechtsmittels zu entschliessen¹⁷.

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.

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 verfügt¹⁸ und ist nichtig.

¹⁸ BGE 130 III 396 E. 1.2.2.

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)¹⁹.

Deshalb werden weder Kosten noch Entschädigungen zugesprochen.

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.

Demnach erkennt die Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Konkursandrohung in der Betreibung Nr. 21685669 des Betreibungsamtes C___ vom 9. Februar 2016 aufgehoben.
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 25. August 2016 an:
 - A___ GmbH, eingeschrieben
 - B___ AG, eingeschrieben
 - das beschwerdebeklagte Amt

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Walter Kobler

lic. iur. Barbara Schittli