

Obergericht Appenzell Ausserrhoden
Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs

Entscheid vom 5. Dezember 2017

Mitwirkende	Präsident W. Kobler Oberrichter B. Oberholzer, H. Zingg Gerichtsschreiberin B. Schittli
Verfahren Nr.	AB 17 12
Sitzungsort	Trogen
Beschwerdeführerin	A___ AG
Beschwerdegegnerin	Kantonale Arbeitslosenkasse , Geltenwilenstrasse 16 / 18, 9001 St. Gallen
beschwerdebeklagtes Amt	Betreibungsamt B___
Gegenstand	Konkursandrohung

Anträge:

a) der Beschwerdeführerin:

(sinngemäss) Die Konkursandrohung vom 7. September 2017 sei aufzuheben.

b) des Betreibungsamtes B___:

Die Beschwerde sei abzuweisen.

c) der Beschwerdegegnerin:

(kein Antrag)

Sachverhalt:

A. Übersicht

In der Betreuung Nr. 21793216 der Kantonalen Arbeitslosenkasse St. Gallen über einen Betrag von CHF 6'454.95 nebst Zins zu 5 % seit 29. März 2017 wurde der A___ AG am 15. September 2017 die Konkursandrohung zugestellt (act. 2).

B. Prozessgeschichte

- a) Gegen die Konkursandrohung vom 7. September 2017 erhob C___ am 25. September 2017 Beschwerde mit dem eingangs erwähnten Begehren (act. 1).
- b) Mit Verfügung vom 28. September 2017 gab die Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs der Beschwerdegegnerin sowie dem beschwerdebeklagten Betreibungsamt Gelegenheit, innert 10 Tagen eine Beschwerdeantwort einzureichen (act. 4).
- c) Die Stellungnahme des Betreibungsamtes B___ datiert vom 3. Oktober 2017 (act. 5). Die Beschwerdegegnerin liess sich nicht vernehmen.

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 Konkursandrohung vom 7. September 2017 wurde der Beschwerdeführerin am 15. September 2017 zugestellt (act. 2). Die 10-tägige Beschwerdefrist nach Art. 17 Abs. 2 SchKG ist demnach mit der Eingabe vom 25. September 2017 eingehalten.
- 1.2 C___, welcher die Beschwerdeschrift unterzeichnet hat, ist einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer der Beschwerdeführerin und als solcher zu deren Vertretung befugt (act. 1 und 3).
- 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 hat¹. Nach der herrschenden Lehre hat der am Vollstreckungsverfahren beteiligte Schuldner generell ein schutzwürdiges Interesse².

Die A___ AG ist Schuldnerin in einem Betreibungsverfahren und damit zweifellos zur Beschwerde legitimiert.

- 1.4 Beschwerdeobjekt ist - mit Ausnahme der Fälle der Rechtsverzögerung und Rechtsverweigerung, wo ein negatives Verhalten, ein gesetzwidriges Nichthandeln gerügt wird - 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. Die Verfügung muss das Verfahren vorantreiben und Aussenwirkungen zeitigen. Weder der Wortlaut noch das formale Erscheinungsbild

¹ COMETTA/ MÖCKLI, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. Aufl. 2010, N. 40 zu Art. 17 SchKG mit weiteren Hinweisen.

² COMETTA/ MÖCKLI, a.a.O., N. 41 zu Art. 17 SchKG; DIETH/WOHL, in: Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl. 2014, N. 11 zu Art. 17 SchKG.

entscheidet darüber, ob eine anfechtbare Verfügung vorliegt, sondern der tatsächliche und rechtliche Gehalt³.

Bei der Konkursandrohung durch das Betreibungsamt B___ vom 7. September 2017 handelt es sich um eine Verfügung im oben umschriebenen Sinn.

- 1.5 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 subsidiär⁴.

Vorliegend wird der Erlass einer Konkursandrohung durch das Betreibungsamt kritisiert. Eine allenfalls falsche Betreibungsart ist mit Beschwerde nach Art. 17 SchKG zu rügen⁵.

Auf die Beschwerde kann somit eingetreten werden.

2. Materielles - Anwendbarkeit der Konkursbetreibung

- 2.1 Die Beschwerdeführerin liess geltend machen (act. 1), dass die Gläubigerin, die Kantonale Arbeitslosenkasse St. Gallen, ein öffentliches Amt des Kantons St. Gallen (Teil des Volkswirtschaftsdepartements) sei. Die Forderung, welche die Kantonale Arbeitslosenkasse gegen sie erhebe, gründe somit im öffentlichen Recht, weshalb eine Betreibung auf Konkurs nach Art. 43 Ziff. 1 SchKG nicht zulässig sei.
- 2.2 Das Betreibungsamt B___ verwies auf zwei Entscheide des Bundesgerichts (BGE 139 III 288 E. 2.1 und 129 III 554 E. 3) und führte aus (act. 5), eine Ausnahme von der Konkursbetreibung sei nur dann möglich, wenn kumulativ die Forderung im öffentlichen Recht begründet und der Gläubiger ein Rechtssubjekt des öffentlichen Rechts sei. Bei der

³ COMETTA/ MÖCKLI, a.a.O., N. 18 f. zu Art. 17 SchKG; AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 6 Rz. 7 f.; DIETH/ WOHL, a.a.O., N. 2 ff. zu Art. 17 SchKG.

⁴ DIETH/ WOHL, a.a.O., N. 7 zu Art. 17 SchKG; COMETTA/ MÖCKLI, a.a.O., N. 9 ff. zu Art. 17 SchKG.

⁵ JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Kommentar SchKG, 19. Aufl. 2016, N. 15 zu Art. 38 SchKG; DOMENICO ACOCCELLA, in: BASLER KOMMENTAR, BUNDESGESETZ ÜBER SCHULDBETREIBUNG UND KONKURS I, 2. AUFL. 2010, N. 50 zu Art. 38 SchKG.

betrieblenen Forderung handle es sich um privatrechtliche Lohnzahlungen, weshalb die Ausnahme gemäss Art. 43 SchKG nicht zur Anwendung gelange.

- 2.3 Zusammen mit seiner Stellungnahme reichte das Betreibungsamt B___ ein Schreiben der betroffenen Arbeitnehmerin an die Arbeitslosenkasse (act. 6/1), das Protokoll der Vermittlungsverhandlung vom 22. November 2016 (act. 6/2) sowie die Abschreibungsverfügung des Vermittleramtes Kreis 1 (act. 6/3) ein. Aus diesen Unterlagen geht hervor, dass der in Betreuung gesetzten Forderung ausstehende Lohnzahlungen zugrunde liegen.
- 2.4 Die Betreuung wird auf dem Weg des Konkurses fortgesetzt, wenn der Schuldner in der Eigenschaft als Aktiengesellschaft im Handelsregister eingetragen ist (Art. 39 Abs. 1 Ziff. 8 SchKG). Die Konkursbetreuung ist jedoch in jedem Fall ausgeschlossen für Steuern, Abgaben, Gebühren, Sporteln, Bussen und andere im öffentlichen Recht begründete Leistungen an öffentliche Kassen oder an Beamte (Art. 43 Ziff. 1 SchKG).

Mit der Zahlung (*Anmerkung der Unterzeichneten*: der Arbeitslosenentschädigung) gehen alle Ansprüche des Versicherten samt dem gesetzlichen Konkursprivileg im Umfang der ausgerichteten Taggeldentschädigung auf die Kasse über. Diese darf auf die Geltendmachung nicht verzichten, es sei denn, das Konkursverfahren werde durch das Konkursgericht eingestellt (Art. 230 SchKG). Die Ausgleichstelle kann die Kasse überdies ermächtigen, auf die Geltendmachung zu verzichten, wenn sich nachträglich zeigt, dass der Anspruch offensichtlich unberechtigt ist oder sich nur mit übermässigen Kosten durchsetzen lässt (Art. 29 Abs. 2 Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG, SR 837.0).

Mit Art. 43 SchKG wird vom ordentlichen Vollstreckungsverfahren abgewichen, weshalb diese systemwidrige Bestimmung **eng** auszulegen ist⁶. Um die Betreuung auf Konkurs eines an sich konkursfähigen Schuldners auszuschliessen, wird **kumulativ** vorausgesetzt, dass die Forderung **im öffentlichen Recht begründet** und der Gläubiger ein **Rechtssubjekt des öffentlichen Rechts** ist⁷.

Ex lege zedierte Ansprüche und der darauf bezogene Rechtsstreit sind weiterhin privater Natur⁸.

⁶ BGE 139 III 288 E. 2.1.1.

⁷ BGE 139 III 288 E. 2.1; BGE 129 III 544 E. 3.

⁸ BGE 143 III 177 E. 6.3.1; Urteil des Bundesgerichts 8D_4/2013 vom 19. März 2014 E. 5.3 und 5.4.

- 2.5 Wie bei Art. 289 Abs. 2 ZGB handelt es sich auch bei Art. 29 Abs. 2 AVIG um eine Legalzession. Nach dem Gesagten verliert die gegenüber der Beschwerdeführerin geltend gemachte Forderung ihren privatrechtlichen Charakter durch die Legalzession nicht und die Voraussetzungen von Art. 43 Ziff. 1 SchKG sind vorliegend nicht erfüllt (zwar geht es um einen öffentlich-rechtlichen Gläubiger, aber - nach wie vor - um eine privatrechtliche Forderung). Das Betreibungsamt B___ hat der Beschwerdeführerin somit zu Recht eine Konkursandrohung zugestellt und die Beschwerde ist abzuweisen.

3. 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)⁹.

⁹ 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 SchKG.

Demnach erkennt die Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
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 20. Dezember 2017 an:
 - A___ AG, eingeschrieben
 - Kantonale Arbeitslosenkasse, St. Gallen, eingeschrieben
 - das beschwerdebeklagte Amt, eingeschrieben

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Walter Kobler

lic. iur. Barbara Schittli