

II. Beschwerdeabteilung
Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs

BA 2024 35

Oberrichter St. Scherer, Abteilungspräsident
Oberrichter M. Siegwart
Oberrichter A. Sidler
Gerichtsschreiberin D. Huber Stüdli

Beschluss und Urteil vom 4. Juli 2024 [rechtskräftig]

in Sachen

A. _____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____,
Beschwerdeführerin,

gegen

Betreibungsamt Baar, Rigistrasse 5, Postfach 1254, 6341 Baar,

betreffend

Konkursandrohung

Sachverhalt

1. Am 13. Mai 2024 stellte das Betreibungsamt Baar in der von der C. _____, Dubai, Vereinigte Arabische Emirate (nachfolgend: Gläubigerin), gegen die A. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) angehobenen Betreibung Nr. I. _____ die Konkursandrohung aus. Diese wurde am 27. Mai 2024 vom Bevollmächtigten D. _____ entgegengenommen (vgl. act. 1 Rz 1).
2. Dagegen reichte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 6. Juni 2024 Beschwerde beim Kantonsgericht Zug ein und stellte folgendes Rechtsbegehren (act. 1):
 1. Die angefochtene Konkursandrohung sei gerichtlich als nichtig zu erklären und die Zustellung nochmals über den Verwaltungsrat vorzunehmen.
 2. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
 3. Der Kanton Zug sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine Entschädigung für die anwaltliche Vertretung zuzusprechen.
 4. Die Akten bezüglich dieser Konkursandrohung seien vom Betreibungsamt Baar einzureichen und dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin zur Ergänzung der Beschwerde unter Fristansetzung zuzustellen.
 5. Oberrichter E. _____ habe wegen Vorbefassung in den Ausstand zu treten.

Das Kantonsgericht Zug leitete die Beschwerde zuständigkeitshalber an die II. Beschwerdeabteilung des Obergerichts Zug als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs weiter (act. 2).

3. Mit Schreiben vom 10. Juni 2024 teilte der Abteilungspräsident der Beschwerdeführerin mit, dass über das Gesuch um aufschiebende Wirkung nach Vorliegen der Stellungnahmen entschieden werde (act. 3).
4. Am 12. Juni 2024 nahm das Betreibungsamt Baar Stellung und reichte die amtlichen Akten ein (act. 4).
5. In der freigestellten Vernehmlassung vom 18. Juni 2024 beantragte die Gläubigerin, die Beschwerde sei abzuweisen. Zudem stellte sie den prozessualen Antrag, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung nicht zu gewähren (act. 5).

Erwägungen

1. Die Beschwerdeführerin verlangt den Ausstand von Oberrichter E. _____.
 - 1.1 Sie macht geltend, Oberrichter E. _____ sei vorbefasst, weil er bereits im Beschwerdeverfahren BA 2023 80 betreffend Arrestvollzug und im Beschwerdeverfahren BZ 2024 37 betref-

fend Rechtsöffnung zwischen denselben Parteien involviert gewesen und deshalb vorbefasst sei. Er habe beide Beschwerden abgewiesen, so dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass er im Interesse der Gläubiger die Entscheidungsfindungen treffe, bei einem Schiedsurteil international die Einwendungen des Schuldners praktisch aus juristischer Optik ausschliesse und den Rechtsschutz einer Zuger Gesellschaft verkleinere, auch wenn die Gläubigerin in Dubai Wohnsitz habe und offensichtlich keinen Heimatschutz betreibe (vgl. act. 1 Rz 3).

- 1.2 Nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Der Anspruch wird verletzt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr von Voreingenommenheit zu begründen vermögen, die also geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken (vgl. BGE 147 III 89 E. 4.1).
- 1.3 Eine gewisse Besorgnis der Voreingenommenheit und damit Misstrauen in das Gericht kann bei den Parteien immer dann entstehen, wenn einzelne Gerichtspersonen in einem früheren Verfahren mit der konkreten Streitsache schon einmal befasst waren. In einem solchen Fall sogenannter Vorbefassung stellt sich die Frage, ob sich ein Richter durch seine Mitwirkung an früheren Entscheidungen in einzelnen Punkten bereits in einem Mass festgelegt hat, die ihn nicht mehr als unvoreingenommen und dementsprechend das Verfahren als nicht mehr offen erscheinen lassen. Das Bundesgericht hat zur Beurteilung, ob eine vorbefasste Gerichtsperson im konkreten Fall wegen des Anscheins der Befangenheit in den Ausstand treten muss, Kriterien entwickelt. So ist etwa zu berücksichtigen, welche Fragen zu entscheiden sind und inwiefern sie sich ähnlich sind oder miteinander zusammenhängen. Zu beachten ist ferner der Umfang des Entscheidungsspielraums bei der Beurteilung der sich in den beiden Prozessabschnitten stellenden Rechtsfragen. Massgebend ist schliesslich, mit welcher Bestimmtheit sich der Richter bei seiner ersten Befassung zu den betreffenden Fragen ausgesprochen hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_271/2017 vom 7. September 2017 E. 4.2). Keine Befangenheit begründende Vorbefassung bewirkt die Mitwirkung in einem betriebsrechtlichen Beschwerdeverfahren und im Zivilprozess oder in einem die gleiche Forderung betreffenden Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren (vgl. Wullschleger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, Art. 47 ZPO N 57 m.H.).
- 1.4 Eine Partei, die eine Gerichtsperson ablehnen will, hat dem Gericht unverzüglich ein entsprechendes Gesuch zu stellen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat. Die den Ausstand begründenden Tatsachen sind glaubhaft zu machen (Art. 49 Abs. 1 ZPO). Die betroffene Gerichtsperson nimmt zum Gesuch Stellung (Art. 49 Abs. 2 ZPO). Wird der geltend gemachte Ausstandsgrund bestritten, so entscheidet das Gericht (Art. 50 Abs. 1 ZPO).
- 1.5 Wird das Mitglied einer Abteilung des Obergerichts in den Ausstand verlangt, entscheidet darüber gemäss konstanter Praxis grundsätzlich die betreffende Abteilung unter Ausschluss des abgelehnten Mitglieds. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann jedoch eine Behörde selber über ein missbräuchliches oder untaugliches Ausstandsgesuch befinden und auf dieses nicht eintreten, auch wenn gemäss dem anwendbaren Verfahrensrecht eine andere Instanz darüber zu entscheiden hätte (Urteil des Bundesgerichts 1B_236/2019 vom 9. Juli 2019 E. 1.4 mit Hinweisen; vgl. für das bundesgerichtliche Verfahren: Urteil des Bundesge-

richts 4A_430/2022 vom 23. November 2022 E. 2). Die Missbräuchlichkeit bzw. Untauglichkeit eines Ausstandsgesuchs darf jedoch nicht leichthin angenommen werden, denn es handelt sich dabei um eine Ausnahme vom Grundsatz, dass das zuständige Gericht über den Ausstand eines Richters in dessen Abwesenheit zu befinden hat (Urteil des Bundesgerichts 1B_236/2019 vom 9. Juli 2019 E. 1.4 mit Hinweisen).

- 1.6 Für Mitglieder der Aufsichtsbehörde gilt die Ausstandspflicht gemäss Art. 10 SchKG. Nach der Auffangklausel von Abs. 1 Ziff. 4 dürfen diese keine Amtshandlungen vornehmen in Sachen, in denen sie aus anderen [als den in Abs. 1 Ziff. 1-3 genannten] Gründen befangen sein könnten.
 - 1.6.1 Im Beschwerdeverfahren BZ 2024 37 betreffend Rechtsöffnung wirkte Oberrichter E._____ mit. Die Tatsache, dass der Rechtsöffnungsrichter in der gleichen Betreibungssache später der Aufsichtsbehörde, die über eine gegen die Pfändungsankündigung erhobene Beschwerde zu befinden hat, angehört, erweckt grundsätzlich keine Bedenken über die Unbefangenheit (vgl. Peter, Basler Kommentar, 3. A. 2021, Art. 10 SchKG N 15). Das Gleiche muss auch gelten, wenn ein Richter im Beschwerdeverfahren betreffend Rechtsöffnung mitwirkte und später als Mitglied der Aufsichtsbehörde über eine Beschwerde gegen eine Konkursandrohung zu befinden hat. Hinzu kommt, dass zur Konkretisierung der Generalklausel von Art. 10 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG die Rechtsprechung und Lehre zu Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 47 ZPO herangezogen werden kann (vgl. Peter, a.a.O., Art. 10 SchKG N 11). Die Mitwirkung bei der Rechtsöffnung nach den Art. 80-84 SchKG begründet gemäss Art. 47 Abs. 2 lit. c ZPO ausdrücklich keinen Ausstandsgrund. Im Übrigen befasste sich Oberrichter E._____ materiell gar nicht mit der Beschwerde gegen den Rechtsöffnungsentscheid, denn die Beschwerdeführerin zog die Beschwerde zurück. Auch aus diesem Grund ist eine Vorbefassung offensichtlich ausgeschlossen.
 - 1.6.2 Oberrichter E._____ wirkte auch im Beschwerdeverfahren BA 2023 80 betreffend Arrestvollzug mit. Wie dargelegt, stellt die Mitwirkung einer Person in einem die gleiche Forderung betreffenden Vollstreckungsverfahren keine Vorbefassung dar, die eine Befangenheit begründen würde (vgl. E. 1.3). Nachvollziehbare Argumente, weshalb es im vorliegenden Verfahren anders sein und ein Anschein der Parteilichkeit bestehen sollte, bringt die Beschwerdeführerin nicht vor. Die geäußerte Befürchtung, Oberrichter E._____ könnte die Entscheide im Interesse der Gläubiger treffen, "bei einem Schiedsurteil international die Einwendungen des Schuldners praktisch aus juristischer Optik" ausschliessen und "den Rechtsschutz einer Zuger Gesellschaft" verkleinern, auch wenn die Gläubigerin in Dubai Wohnsitz habe und offensichtlich keinen Heimatschutz betreibe, entbehrt jeder Grundlage. Eine Vorbefassung liegt somit auch diesbezüglich offensichtlich nicht vor.
 - 1.6.3 Nach dem Gesagten erweist sich das Ausstandsbegehren gegen Oberrichter E._____ nicht nur als unbegründet, sondern als geradezu haltlos und daher auch untauglich bzw. missbräuchlich im Sinne der in E. 1.5 zitierten Rechtsprechung. Es kann daher davon abgesehen werden, dieses der Beschwerdeabteilung zur Beurteilung zu unterbreiten; vielmehr ist – unter Mitwirkung von Oberrichter E._____ – darauf nicht einzutreten.
2. In der Sache macht die Beschwerdeführerin geltend, im Unterschied zum Zahlungsbefehl sei die Konkursandrohung einem im Handelsregister eingetragenen Organ zuzustellen. Dies sei vorliegend nicht erfolgt, da die Konkursandrohung an den Domizilhalter D._____ zuge-

stellt worden sei, welcher nach dem Mandatsvertrag und mündlicher Abmachung mit dem Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin, F. _____, nicht kompetent sei, für die Beschwerdeführerin eine Konkursandrohung und eine Vorladung zur Konkursöffnung entgegenzunehmen. Eine spezielle Vollmacht liege nicht vor. Das Betreibungsamt hätte daher die Konkursandrohung entweder F. _____ oder ihrem Rechtsvertreter im vorausgehenden Arrestverfahren zustellen müssen. Diese Formalität sei höher zu gewichten als der Umstand, dass ihr Rechtsvertreter über D. _____ Kenntnis von der Konkursandrohung erhalten habe. Bei Nichtigkeit sei eine Heilung nicht möglich (vgl. act. 1 Rz 1).

- 2.2 Bei der Konkursandrohung handelt es sich um eine Betreuungskurkunde, die nach den Erfordernissen von Art. 64 ff. SchKG zugestellt werden muss (vgl. BGE 121 III 16 E. 3b). Richtet sich eine Betreuung gegen eine juristische Person, so erfolgt die Zustellung der Betreuungsurkunden an den Vertreter derselben (Art. 65 Abs. 1 SchKG). Als solcher gilt bei einer Aktiengesellschaft jedes Mitglied der Verwaltung sowie jeder Direktor oder Prokurist (Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Hat die Gesellschaft an ihrem statutarischen Sitz kein Geschäftsbüro, so ist sie gehalten, ihr Domizil im Handelsregister eintragen zu lassen (vgl. Art. 117 Abs. 3, Art. 71 Abs. 1 lit. h, Art. 43 Abs. 1 lit. g HRegV). Mitteilungen aller Art sind somit grundsätzlich an dieses Domizil zu richten (BGE 100 Ib 455 E. 4). Ist eine Zustellung an den Domizilhalter aber nicht möglich, so darf sie an den Vertreter der betriebenen Gesellschaft gemäss Art. 65 Abs. 1 SchKG erfolgen, und zwar auch ausserhalb der Geschäftslokalitäten. So ist es bei einer Aktiengesellschaft zulässig, die Betreuungsurkunde dem Verwaltungsrat an seiner Büroadresse oder gar an seiner Privatadresse zuzustellen, sofern die Zustellung an den Domizilhalter unmöglich ist (GVP 2010 S. 273 ff.; vgl. zum Ganzen: Angst/ Rodriguez, Basler Kommentar, a.a.O., Art. 65 SchKG N 4 f.). Erfolgt die Zustellung einer Betreuungsurkunde nicht nach diesen Regeln, so entfaltet sie ihre Wirkungen gleichwohl, sofern der Betriebene von deren Inhalt Kenntnis erhält. Nichtig ist eine Zustellung nur dann, wenn die Zustellungsbescheinigung fehlt oder wenn die Betreuungsurkunde infolge fehlerhafter Zustellung nicht in die Hände des Betriebenen gelangt ist (vgl. BGE 128 III 101 E. 2).
- 2.3 Im vorliegenden Fall stellte das Betreibungsamt die Konkursandrohung am 27. Mai 2024 an den Bevollmächtigten D. _____ zu. Das Amt verfügt seit dem 18. Dezember 2023 über eine Vollmacht des Mitgliedes des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin, F. _____, welche die G. _____ AG, namentlich D. _____ und H. _____, berechtigt, die Beschwerdeführerin gegenüber dem Amt zu vertreten, nötige Informationen zu verlangen und Abkommen sowie Vereinbarungen in deren Namen abzuschliessen (vgl. act. 4 und 4/2). Gemäss Handelsregister verfügt die Beschwerdeführerin an ihrem Sitz in Baar über keine eigenen Büroräumlichkeiten. Sie hat eine Domiziladresse an der A. _____ in 6340 Baar. An dieser Adresse ist auch die G. _____ AG domiziliert, deren einziger Verwaltungsrat der von der Beschwerdeführerin bevollmächtigte D. _____ ist. Dementsprechend erfolgte die Zustellung korrekt an die im Handelsregister eingetragene Domiziladresse der Beschwerdeführerin. Unter diesen Umständen erübrigte sich – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – eine Zustellung an die Privatadresse des einzigen in der Schweiz wohnhaften Mitgliedes des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin, F. _____. Eine Ersatzzustellung an den Rechtsvertreter der Schuldnerin, wie die Beschwerdeführerin verlangt, ist im Gesetz nicht vorgesehen. Selbst wenn die Zustellung rechtsfehlerhaft gewesen wäre (was nicht der Fall ist), gelangte der Zahlungsbefehl unbestrittenermassen zum Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin, womit er seine Wirkungen entfalten konnte.

3. Weiter moniert die Beschwerdeführerin, es liege keine Rechtskraftbescheinigung des den Zahlungsbefehl beseitigenden Rechtsöffnungstitels vor, da allein der Beschwerderückzug noch keine Rechtskraft bewirke. Unklar sei, welche Dokumente dem Betreibungsamt bei Zustellung des Fortsetzungsbegehrens vorgelegen hätten. Diesbezüglich behalte sie sich weitere Ausführungen nach Einsicht in die Betreibungsakten vor (vgl. act. 1 Rz 1.2).

Die Beschwerdeführerin zog ihre Beschwerde gegen den Rechtsöffnungsentscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom 19. März 2024 am 6. Mai 2024 zurück, nachdem der Abteilungspräsident der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 16. April 2024 mitgeteilt hatte, die Beschwerde erscheine verspätet, und ihr dazu das rechtliche Gehör eingeräumt hatte (Verfahren BZ 2024 37). Somit ist der Beschwerdeführerin sehr wohl bekannt, dass der Entscheid des Rechtsöffnungsrichters in Rechtskraft erwachsen ist. Der Einwand der mangelnden Rechtskraftbescheinigung erfolgt somit wider besseres Wissen. Abgesehen davon hat die Gläubigerin im Beschwerdeverfahren mittels Vollstreckbarkeitsbescheinigung vom 17. Juni 2024 den Nachweis erbracht, dass der Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom 19. März 2024 rechtskräftig und vollstreckbar ist (vgl. act. 5/3). Folglich ist die Konkursandrohung auch unter diesem Aspekt nicht zu beanstanden.

4. Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin, das Konkursandrohungsformular sei bei den rechtlichen Hinweisen unvollständig und irreführend, weil vom Betreibungsamt nur die Bestreitung der Zulässigkeit der Konkursbetreibung mit einer SchKG-Beschwerde erwähnt werde, nicht aber der Einwand der Rechtsverletzung, Ermessensüberschreitung und des falschen oder unvollständigen Sachverhalts (vgl. act. 1 Rz 1.3).

Im Betreibungs- und Konkursverfahren sind die für eine einheitliche Durchführung der Vorschriften des SchKG sowie der zugehörigen Verordnungen des schweizerischen Bundesgerichts erforderlichen Formulare zu verwenden (Art. 15 SchKG sowie Art. 1 ff. VFRR, SR 281.31). Die meisten dieser Formulare sind 1996 vom Bundesgericht aufgestellt worden. Einige sind 2016 aktualisiert worden (vgl. <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/schkg/musterformulare.html>). Das Betreibungsamt Baar hat für die Konkursandrohung das amtliche Formular verwendet. Inwiefern das standardisierte Formular unvollständig oder irreführend sein soll, ist nicht ersichtlich.

5. Mit dem Entscheid in der Sache werden sowohl der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung als auch der Antrag der Gläubigerin, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen, gegenstandslos.
6. Anzumerken bleibt, dass dem Antrag der Beschwerdeführerin auf Zustellung der Akten des Betreibungsamtes Baar entsprochen wurde (vgl. act. 4).
7. Nach dem Gesagten ist auf das Ausstandsgesuch gegen Oberrichter E. _____ nicht einzutreten. Zudem erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist demnach abzuweisen.

Das Verfahren vor der kantonalen Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs ist – von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen – kostenlos (Art. 20a Abs. 2

Ziff. 5 SchKG) und Parteientschädigungen dürfen nicht zugesprochen werden (Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

Beschluss und Urteilsspruch

1. Auf das Ausstandsgesuch gegen Oberrichter E. _____ wird nicht eingetreten.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen.
3. Es werden keine Kosten erhoben und es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Gegen diesen Entscheid ist die Beschwerde in Zivilsachen nach den Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) zulässig; die Beschwerdegründe richten sich nach den Art. 95 ff. BGG. Eine allfällige Beschwerde ist innert 10 Tagen seit Zustellung des Entscheids schriftlich begründet und mit bestimmten Anträgen sowie unter Beilage des Entscheids und der Beweismittel (vgl. Art. 42 BGG) beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Die Beschwerde hat nach Art. 103 Abs. 1 BGG in der Regel keine aufschiebende Wirkung.
4. Mitteilung an:
 - Beschwerdeführerin
 - Betreibungsamt Baar
 - Gläubigerin

Obergericht des Kantons Zug
II. Beschwerdeabteilung
Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs

St. Scherer
Abteilungspräsident

D. Huber Stüdli
Gerichtsschreiberin

versandt am: