

Art. 17 Abs. 2, Art. 22 und Art. 65 SchKG. – Die fehlerhafte Zustellung des Zahlungsbefehls ist nur dann absolut nichtig, wenn die Notifikation an den Schuldner sowie die Zustellungsbescheinigung fehlen oder wenn infolge sonst fehlerhafter Zustellung die Urkunde nicht in die Hände des Betriebenen gelangt ist (Erw. 1). Die Zustellung der Betreibungsurkunde an einen Angestellten, der nicht im Dienste der betriebenen, sondern einer anderen, im gleichen Lokal tätigen Gesellschaft steht, ist gültig, wenn die betreffende Person in den gleichen Räumlichkeiten wie der Vertreter der Gesellschaft arbeitet und deshalb ohne Weiteres in der Lage ist und aller Wahrscheinlichkeit nach auch nicht versäumen wird, die Betreibungsurkunde unverzüglich an den Vertreter weiterzuleiten, sodass dieser bei seiner Rückkehr ins Geschäftslokal davon Kenntnis erhält (Erw. 2).

Aus den Erwägungen:

1. Die in der Replik der Beschwerdeführerin vom 18. September 2007 gestellten Anträge und die entsprechenden Begründungen sind bis auf das Subeventualbegehren neu und damit grundsätzlich verspätet.

1.1. Unzulässig ist namentlich die Ergänzung der Begründung nach Ablauf der Beschwerdefrist, da die Beschwerdebegründung Gültigkeitserfordernis ist (§ 210 Abs. 1 ZPO; GVP 1985/86 S. 138; JZ 1998/15). Eine Beschwerdeänderung im Sinne einer Erweiterung des Antrags oder der Begründung ist aber bereits von Bundesrechts wegen nur bis zum Ablauf der Beschwerdefrist möglich; danach ist sie ausgeschlossen, da das auf eine gesetzlich nicht vorgesehene Verlängerung der als Verwirkungsfrist ausgestalteten Beschwerdefrist hinausliefe (Franco Lorandi, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar zu den Artikeln 13–30 SchKG, Basel/Genf/München 2000, N 69 zu Art. 20a). Soweit zwar Nichtigkeit der Betreibungshandlung geltend gemacht werden kann, gilt die zehntägige Beschwerdefrist von Art. 17 Abs. 2 SchKG nicht, da die Nichtigkeit jederzeit vorgebracht und von der Aufsichtsbehörde von Amtes wegen festgestellt und die entsprechende Betreibungshandlung aufgehoben werden kann (Art. 22 Abs. 1 SchKG; BGE 121 III 144 E. 2). Die fehlerhafte Zustellung des Zahlungsbefehls ist zwar grundsätzlich nichtig (BGE 83 III 16; 117 III 10 E. c; 120 III 119 E. c). Allerdings ist sie gleichwohl wirksam, wenn der Schuldner trotzdem in den Besitz der Urkunde gelangt ist und Kenntnis von der Betreibung erlangt hat (BGE 128 III 101; 120 III 114). Mit anderen Worten ist sie nur dann absolut nichtig, wenn die Notifikation an den Schuldner sowie die Zustellungsbescheinigung fehlen oder wenn infolge sonst fehlerhafter Zustellung die Urkunde nicht in die Hände des Betriebenen gelangt ist (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A., Bern 2003, § 13 N 28 mit Hinweis auf BGE 110 III 9).

1.2. Im vorliegenden Fall machte die Beschwerdeführerin zwar bereits in ihrem Wiederherstellungsgesuch geltend, sie habe den fraglichen Zahlungsbefehl nicht erhalten. Sie lässt in ihrer Replik dann selbst darlegen, dass sie am 31. Juli 2007 von der Betreuung erstmals telefonisch und anschliessend durch Zustellung einer Kopie des Zahlungsbefehls Kenntnis erlangte. Damit wurde aber auch die Beschwerdefrist zur Anfechtung der Zustellung ausgelöst und sie hätte ihre Anträge und deren Begründung in ihrer Beschwerde vom 17. August 2007 vortragen müssen. Unter diesem Gesichtswinkel kann deshalb auf die Beschwerdeergänzung in der Replik vom 18. September 2007 wegen Verspätung nicht mehr eingetreten werden. Nachdem das Beschwerdeverfahren gemäss Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG von der Untersuchungsmaxime beherrscht ist, mag man die Vorbringen der Beschwerdeführerin, zumindest soweit es um die Frage der Zustellung geht, gleichwohl berücksichtigen.

2. Ist die Betreuung gegen eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung gerichtet, so erfolgt die Zustellung gemäss Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG an ein Mitglied der Verwaltung, einen Direktor oder Prokuristen. Zur Verwaltung in diesem Sinne gehören alle Gesellschafter, sofern ihnen die Vertretungsbefugnis nicht ausdrücklich entzogen ist (Art. 809 ff. OR). Werden die genannten Personen in ihrem Geschäftslokal nicht angetroffen, so kann gemäss Abs. 2 von Art. 65 SchKG die Zustellung auch an einen anderen Beamten oder Angestellten erfolgen (Ersatzzustellung).

2.1. Im vorliegenden Fall erfolgte die Zustellung des Zahlungsbefehls gemäss Zustellbescheinigung des Zustellbeamten des Betreibungsamtes A. auf der Ausfertigung des Zahlungsbefehls für den Gläubiger als Ersatzzustellung an «Hr. R., Ang. d. X.», d.h. an einen Angestellten der X. GmbH, welche Gesellschaft nach Angabe des Betreibungsamtes in den gleichen Räumen wie die Beschwerdeführerin tätig ist. Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass im Zeitpunkt der Zustellung des fraglichen Zahlungsbefehls, am 2. Mai 2007, kein Vertreter im Sinne von Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG in ihren Geschäftsräumen anwesend war. Wenn sie in diesem Zusammenhang bemerkt, das Betreibungsamt habe zu Recht nicht geltend gemacht, es habe erfolglos versucht, der ihm namentlich bekannten Vertreterin, Frau H., den Zahlungsbefehl zuzustellen, geht das an der Sache vorbei. Indem das Betreibungsamt bzw. der mit der Zustellung betraute Weibel ausdrücklich erwähnt, es handle sich um eine Ersatzzustellung, macht es implizite selbstredend geltend, es habe kein Vertreter der Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG angetroffen werden können. Das genügt aber, um eine Ersatzzustellung vorzunehmen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin waren keine weiteren Bemühungen angezeigt, «Frau H. ausfindig zumachen, um ihr den Zahlungsbefehl persönlich auszuhändigen» zu können. Die Beschwerdeführerin macht aber auch

nicht geltend, es sei eine eigene Angestellte oder ein eigener Angestellter damals in ihren Geschäftsräumen anwesend gewesen, der bzw. dem der Zahlungsbefehl hätte ausgehändigt werden können. Nach der Praxis, die von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gedeckt ist, ist aber eine Ersatzzustellung auch an einen im gleichen Geschäftslokal tätigen, nicht im Dienste der Betriebenen stehenden Angestellten zulässig (BGE 96 III 6). Diese Rechtsprechung hat entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nach wie vor Gültigkeit. Wenn die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, der zitierte Fall liege grundsätzlich anders als der vorliegende, ändert dies nichts. Wie dem Regest des amtlich publizierten Entscheides des Bundesgerichts entnommen werden kann, wird die Gültigkeit der Zustellung an einen Angestellten, der nicht im Dienste der betriebenen, sondern einer anderen, im gleichen Lokal tätigen Gesellschaft steht, ganz allgemein anerkannt. Es kommt denn auch entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin nicht in erster Linie auf die persönliche Subordination der empfangsberechtigten Person an, sondern darauf, dass die betreffende Person in den gleichen Räumlichkeiten wie der Vertreter der Gesellschaft arbeitet und deshalb ohne weiteres in der Lage ist und aller Wahrscheinlichkeit nach auch nicht versäumen wird, die Betreibungsurkunde unverzüglich an den Vertreter weiterzuleiten, sodass dieser bei seiner Rückkehr ins Geschäftslokal davon Kenntnis erhält. Es darf wohl durchaus angenommen werden, dass verschiedene Firmen, die in den selben Räumen ihre Geschäftstätigkeit ausüben, in einer besonderen Beziehung stehen, die es durchaus erwarten lässt, dass Betreibungsurkunden, die an einen dort tätigen Angestellten zugestellt werden, von diesem an die zuständigen Vertreter der Betriebenen weitergeleitet werden. Damit ist aber der Ratio von Art. 65 SchKG Genüge getan. Diese Rechtsprechung geht denn auch auf einen früheren Entscheid zurück (BGE 88 III 18 E. 3). Im Entscheid BGE 96 III 4 kam lediglich als zusätzliches Element hinzu, dass die Büroangestellte zum Verwaltungsrat der betriebenen Gesellschaft insofern in einem Unterordnungsverhältnis stand, als dieser gleichzeitig Verwaltungsratspräsident der Gesellschaft war, bei der die betreffende Person angestellt war. Damit wurde aber dieses Element nicht als zusätzliche Voraussetzung für eine ordnungsgemässe Ersatzzustellung stipuliert. Das Bundesgericht erachtete die Zustellung an diese Angestellte sogar als rechtswirksam, obwohl diese die Annahme der Urkunde verweigert hatte. Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass es sich bei R. um einen Angestellten der X. GmbH handelt, die in den selben Räumen wie sie ihrer Geschäftstätigkeit nachgeht. Dass R. der Geschäftsführerin H. nicht bekannt sei, wie diese geltend macht, ändert an der rechtsgültigen Zustellung nichts. Die Zustellung erfolgte denn auch nicht an einen Stellvertreter im Sinne von Art. 32 ff. OR, wie die Beschwerdeführerin annimmt, sondern gemäss der Rechtsprechung zu Art. 65 SchKG.

2.2 Ist nach dem Gesagten die Zustellung des Zahlungsbefehls am 2. Mai 2007 rechtsgültig erfolgt, kommt es nicht darauf an, wann die Beschwerdeführerin bzw. ihre Geschäftsführerin tatsächlich vom Zahlungsbefehl Kenntnis erhielt. Die Rechtsvorschlagsfrist lief deshalb am 12. Mai 2007 ab. Die telefonische Erklärung der Beschwerdeführerin vom 3. August 2007 gegenüber dem Betreibungsamt, wonach sie die in Betreibung gesetzte Forderung nicht akzeptiere, war damit als Rechtsvorschlagserklärung jedenfalls verspätet, wenn man denn diese Erklärung überhaupt als Rechtsvorschlag qualifizieren will.

Justizkommission als AB SchK, 11. Januar 2008

Art. 208 und 211 SchKG. – Das rechtliche Schicksal laufender Verträge im Konkurs- und Nachlassverfahren wird sowohl durch Normen des Privatrechts als auch des SchKG bestimmt. Dies gilt auch für den Fall, dass die Parteien im fraglichen Vertrag die Anwendung des Wiener Kaufrechts (CISG) vereinbart haben, weil ein bewusster Verzicht auf eine einheitsrechtliche Regelung vorliegt. Gemäss Art. 7 Abs. 2 CISG ist insoweit das jeweilige, nach den Regelungen des IPR massgebliche, nationale Recht anzuwenden (E. 3.1 und 3.2).

Art. 211 und 319 SchKG. – Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ist die Umwandlung von Forderungen auf den Tag vorzunehmen, an welchem die Bestätigung des Nachlassvertrages endgültig geworden ist (E. 4.2).

Aus den Erwägungen:
(...)

3.1 Das rechtliche Schicksal laufender Verträge im Konkurs- und Nachlassverfahren wird sowohl durch Normen des Privatrechts als auch des SchKG bestimmt. Das Privatrecht – bei dessen Anwendbarkeit namentlich das OR – regelt, ob ein Vertrag infolge Konkurseröffnung aufgelöst wird oder durch eine Partei aufgelöst werden kann und welche Konsequenzen sich hieraus ergeben. Das OR enthält hierzu allgemeine Regeln (insbesondere Art. 83 und Art. 107 ff. OR) sowie besondere Bestimmungen für einzelne Vertragstypen. Das SchKG seinerseits befasst sich mit denjenigen Fragen, welche sich aus der Zielsetzung des Konkurses und seinen Prinzipien ergeben (Meier, Laufende Verträge in Konkurs- und Nachlassverfahren, in: BISchK 2006, S. 90). Vorliegend ist nun aber zu berücksichtigen, dass die Parteien im Ver-