

Unzulässige Ediktalzustellung der Anzeige der Konkursverhandlung – Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 138 Abs. 3 lit. a und Art. 141 Abs. 1 ZPO.

Die Zustellung der Anzeige der Konkursverhandlung ist auch im Falle eines erfolglosen Zustellversuchs an die Domiziladresse einer Gesellschaft weder unmöglich noch mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden, wenn aus den Akten ersichtlich ist, dass der Zahlungsbefehl sowie die Konkursandrohung rechtshilfeweise an die Privatadresse des einzigen Verwaltungsrats der Gesellschaft haben zugestellt werden können (E. 4.2 f.).

OGE 40/2023/44/E vom 26. Januar 2024

Keine Veröffentlichung im Amtsbericht

Aus den Erwägungen

2. Nach Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin in ihrer Beschwerdeschrift zum einen ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und zum anderen durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe – Tilgung nach Ziff. 1, Hinterlegung nach Ziff. 2 oder Gläubigerverzicht nach Ziff. 3 – nachweist. Mit der Beschwerde können aber auch Mängel des Konkurseröffnungsverfahrens gerügt werden.

3. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass ihr die Vorladung zur Konkursverhandlung nicht zugestellt worden sei. Falls eine solche versandt und an das Kantonsgericht retourniert worden sei, wäre das Kantonsgericht verpflichtet gewesen, die Sendung der Polizei zu übergeben, damit diese die Zustellung vornehme. Die Adresse des einzigen Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin hätte dem Handelsregister entnommen werden können. Somit hätte zumindest dieser über die Konkursverhandlung informiert werden können. Die Publikation im Amtsblatt sei der Beschwerdeführerin nicht bekannt gewesen. Sie habe eine solche auch nicht zu erwarten gehabt. Zudem widerspräche diese Art der Bekanntmachung der Vorschrift, dass Sendungen des Gerichts, sollten diese nicht zugestellt werden können, der Polizei zu übergeben seien, auf dass diese die Zustellung vornehme. Da sie keine Kenntnis des Termins der Konkursverhandlung gehabt habe, habe sie die Konkursforderung nicht termingerecht bezahlen können. Der Konkurs sei daher widerrechtlich über sie verfügt worden.

4.1. Nach Art. 141 Abs. 1 ZPO erfolgt die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden durch Publikation im kantonalen Amtsblatt oder im

Schweizerischen Handelsamtsblatt (sog. Ediktalzustellung), wenn der Aufenthaltsort der Adressatin oder des Adressaten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann (lit. a), eine Zustellung unmöglich oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden wäre (lit. b) oder eine Partei mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland entgegen der Anweisung des Gerichts kein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet hat (lit. c). Die Zustellung gilt am Tag der Publikation als erfolgt (Art. 141 Abs. 2 ZPO). Da die Ediktalzustellung nur dann erfolgen darf, wenn die anderen Zustellungsformen nicht möglich sind, ist von einem unbekanntem Aufenthaltsort oder von Unmöglichkeit der Zustellung erst auszugehen, wenn sämtliche zumutbaren und sachdienlichen Nachforschungen vorgenommen wurden, jedoch erfolglos geblieben sind. Wann diesem Rechercheauftrag rechtsgenügend nachgekommen wurde, bestimmt sich nach der jeweiligen Sachlage (BGer 4A_646/2020 vom 12. April 2021 E. 3.1 f. mit Hinweisen).

4.2. Am 8. November 2023 versuchte das Kantonsgericht der Beschwerdeführerin, die Anzeige der Konkursverhandlung sowie das Konkursbegehren der Beschwerdegegnerin samt Beilagen per Einschreiben an die Domiziladresse zuzustellen. Die Post retournierte diese Sendung mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden". Am 13. November 2023 griff das Kantonsgericht zur öffentlichen Bekanntmachung. Gleichentags versandte es noch eine weitere eingeschriebene Konkursanzeige, welche die Anzeige vom 8. November 2023 ersetzte. Auch dieser Zustellversuch an die Domiziladresse blieb erfolglos.

Dass das Kantonsgericht vor der öffentlichen Bekanntmachung eine andere Form der Zustellung versucht hätte, ist weder aktenkundig noch dargetan. Dabei ist aus den Akten ersichtlich, dass bereits der Zahlungsbefehl sowie die Konkursandrohung rechtshilfweise an die Privatadresse des einzigen Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin zugestellt worden waren (zur Zustellung an den Verwaltungsrat im Allgemeinen vgl. BGer 5A_268/2012 vom 12. Juni 2012 E. 3.4).

4.3. Vor diesem Hintergrund kann aber nicht gesagt werden, die Zustellung sei unmöglich oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden gewesen. Die Voraussetzungen der öffentlichen Bekanntmachung nach Art. 141 Abs. 1 ZPO waren im Zeitpunkt der Publikation noch nicht erfüllt. Dass die Beschwerdeführerin sonstwie von der Anzeige der Konkursverhandlung Kenntnis gehabt hätte, ist nicht ersichtlich, zumal die Zustellung der Konkursandrohung noch kein Prozessrechtsverhältnis begründete, weshalb für die Anzeige der Konkursverhandlung auch die Zustellfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO nicht greift (vgl. BGE 138 III 225 E. 3.2 f. mit Hinweisen).

4.4. Mit diesem Vorgehen wurde das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) der Beschwerdeführerin verletzt. Eine Heilung vor der Rechtsmittelinstanz ist unter den vorliegenden Umständen ausgeschlossen (BGE 138 III 225 E. 3.3 mit Hinweisen).

4.5. Die angefochtene Verfügung ist somit aufzuheben. Die Sache ist zur Neuansetzung resp. zur Wiederholung der Konkursverhandlung und zu neuem Entscheid an das Kantonsgericht zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).