



BAZ 22 8

**Urteil vom 22. November 2022
Beschwerdeabteilung in Zivilsachen**

Besetzung

Präsidentin Livia Zimmermann, Vorsitz,
Oberrichterin Rahel Jacob,
Oberrichter Rolf Gabriel,
Gerichtsschreiber Silvan Zwysig.

Verfahrensbeteiligte

A. __, geb. __,
(EF: B. __),

__ (vormals __),

Beschwerdeführerin,

gegen

C. __ AG,
Recht & Compliance, __,

vertreten durch C. __ AG, Inkasso

Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Konkurseröffnung

Beschwerde gegen den Entscheid des Kantonsgerichts
Nidwalden, Zivilabteilung/Einzelgericht SchK, vom 18. Okto-
ber 2022 (ZES 22 334).

Sachverhalt:**A.**

In der Betreuung Nr. 2213293 des Betreibungsamtes Nidwalden hat die C.___ AG (Beschwerdegegnerin) gegen A.___, EF B.___ (Beschwerdeführerin) das Konkursbegehren gestellt. In der Folge hat das Kantonsgericht Nidwalden, Zivilabteilung/Einzelgericht SchK, mit Entscheid vom 18. Oktober 2022, 10.45 Uhr, den Konkurs über die Beschwerdeführerin eröffnet.

B.

Mit Eingabe vom 28. Oktober 2022 erhob die Beschwerdeführerin beim Obergericht Nidwalden Beschwerde gegen den Konkursentscheid. Sie beantragte sinngemäss die Aufhebung der Konkurseröffnung und Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Zur Begründung brachte sie im Wesentlichen vor, dass ihr die Vorladung zur Konkursverhandlung nicht zugestellt worden sei.

Mit Schreiben vom 2. November 2022 wurde der Antrag um Aufschub der Vollstreckung einstweilen bis zum Eingang der Beschwerdeantwort, allenfalls bis zum Endentscheid, bewilligt. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass nach Einsicht in die vorinstanzlichen Akten glaubhaft gemacht ist, dass die Beschwerde gutzuheissen ist.

C.

Die Beschwerdegegnerin hat sich innert Frist nicht vernehmen lassen.

D.

Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen zugezogen. Der vorliegende Entscheid wurde auf dem Zirkularweg gefällt.

Erwägungen:

1.

Der Entscheid des Konkursgerichtes kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Die Parteien können dabei neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Der Schuldner kann auch Mängel des vorinstanzlichen Verfahrens rügen oder einen Konkurshinderungsgrund i.S.v. Art. 174 Abs. 2 SchKG. Gemäss Art. 320 ZPO können mit der Beschwerde die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) oder die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) geltend gemacht werden. Für Rechtsfragen kommt der Beschwerdeinstanz die gleiche, d.h. die volle Kognition wie der Vorinstanz zu (BLICKENSTORFER KURT, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander [Hrsg.], Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N. 4 zu Art. 320 ZPO). Die unrichtige Sachverhaltsfeststellung ist von der Beschwerdeinstanz jedoch nur beschränkt überprüfbar, da die kantonale Beschwerdeinstanz grundsätzlich an die Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz gebunden ist. Die unrichtige Feststellung des Sachverhalts kann daher nur bei offensichtlicher Unrichtigkeit, d.h. wenn entscheidwesentliche Tatsachen schlechthin unhaltbar festgestellt worden sind, gerügt werden (BLICKENSTORFER, a.a.O., N. 8 zu Art. 320 ZPO; vgl. HANS REISER, in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 40 zu Art. 278 SchKG).

2.

2.1

Die Beschwerdeführerin macht keinen Konkurshinderungsgrund geltend. Sie hat weder ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht noch durch Urkunden bewiesen, dass zwischenzeitlich 1. die Schuld, einschliesslich der Zinsen und Kosten, getilgt ist, 2. der geschuldete Betrag zuhanden der Gläubiger hinterlegt ist; oder 3. die Gläubigerin auf die Durchführung des Konkurses verzichtet (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG). Die Beschwerdeführerin beruft sich einzig auf einen Verfahrensfehler vor Vorinstanz, da ihr die Vorladung zur Konkursverhandlung nicht zugestellt worden sei. Sie bringt sinngemäss vor, dass gemäss telefonischer Auskunft der ersten Instanz sie am 9. September 2022 die per Einschreiben versandte Vorladung entgegengenommen habe. Dies sei aber nicht möglich, da an diesem Tag ihr Sohn geheiratet habe und sie schon früh am Morgen zur Hochzeit gefahren sei. Niemand ausser ihr könne Einschreiben

entgegennehmen. Zum Beweis legt sie eine "Information Post Handhabung" des Hotel D.____, E.____, auf, offenbar der aktuelle Wohnsitz der Beschwerdeführerin. Danach gehe ein Hotelmitarbeiter jeden Morgen auf die Poststelle in E.____, um die ganze Post aus dem Postfach des Hotels abzuholen. Die Post werde dann an den Mieter verteilt. Wenn ein eingeschriebener Brief zugestellt werden solle, werde der Abholschein vorbeigebracht. Der Mieter sei verpflichtet, die Abholung bei der Post selber zu tätigen. Sie (das Hotel) dürften eingeschriebene Briefe für die Mieter nicht annehmen.

2.2

Ist das Konkursbegehren gestellt, so wird den Parteien wenigstens drei Tage vorher die gerichtliche Verhandlung angezeigt (Art. 168 erster Satz SchKG). Mangels eigener Zustellungs Vorschriften im Konkursrecht sind die entsprechenden Vorschriften von Art. 138 ZPO anzuwenden, soweit sie mit dem Charakter der Konkursverhandlungsanzeige vereinbar sind. Die gerichtliche Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden für Verfahren, deren Ablauf sich nach der ZPO richtet, ist in Art. 138 ff. ZPO geregelt. Sie erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Die Sendung ist dem Adressaten selber, oder falls das Gericht keine persönliche Zustellung anordnet, einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden mindestens sechzehnjährigen Person auszuhändigen. Da die Konkursandrohung nach der Rechtsprechung noch kein Prozessrechtsverhältnis begründet, muss der Schuldner eine Vorladung zur Konkursverhandlung nicht erwarten (Art. 138 Abs. 2 ZPO; Urteil [des Bundesgerichts] 5A_44/2021 vom 23. August 2021, E. 2.1.1 und 2.1.2, mit Verweisen).

Die Anzeige der Konkursverhandlung muss den Parteien vor ihrer Durchführung zugestellt werden, da es sich um ein formelles Erfordernis der Konkurseröffnung handelt. Nur so ist gewährleistet, dass das Verfahren unter Beachtung der verfassungsmässigen Garantien, insbesondere des Anspruchs auf rechtliches Gehör, durchgeführt wird. Die Beweislast für die ordnungsgemässe Zustellung trägt das Gericht. Eine fehlerhafte Zustellung entfaltet grundsätzlich keine Rechtswirkungen. Das Gericht hat sie von Amtes wegen zu beachten und die betreffende Prozesshandlung - wie eine Fristansetzung oder eine Vorladung - zu wiederholen (Urteil [des Bundesgerichts] 5A_44/2021 vom 23. August 2021, E. 2.1.3).

2.3

Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich, dass die Vorladung zur Konkursverhandlung, adressiert an die Beschwerdeführerin, am 9. September 2022 zugestellt wurde. Als Empfangsperson wird der Name "F.____" angegeben. Die Unterschrift ist unleserlich.

Damit fehlt es an einem Beweis der ordnungsgemässen Zustellung der Vorladung zur Konkursverhandlung. Die Beschwerde ist gutzuheissen. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Neuansetzung der Konkursverhandlung zurückgewiesen (vgl. Urteil [des Bundesgerichts] 5A_44/2021 vom 23. August 2021, E. 3).

3.

Wenn das Konkursgericht den Konkurs nicht hätte eröffnen dürfen (z.B. weil es vom Rückzug des Konkursbegehrens wusste, oder weil es nicht richtig vorgeladen hatte oder wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs), werden die Kosten Rechtsmittelinstanz in der Regel auf die Staatskasse genommen (Art. 107 Abs. 2 ZPO; BGer 5A_519/2019 E. 3.3.3).

Demnach erkennt das Obergericht:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Entscheid des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/Einzelgericht SchK, vom 18. Oktober 2022 (ZES 22 334) wird aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Durchführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren in Höhe von Fr. 400.00 werden auf die Staatskasse genommen.
3. Es wird keine Parteienschädigung zugesprochen.
4. [Zustellung].

Stans, 22. November 2022

OBERGERICHT NIDWALDEN
Beschwerdeabteilung in Zivilsachen
Die Präsidentin

lic. iur. Livia Zimmermann
Der Gerichtsschreiber

MLaw Silvan Zwysig

Versand: _____

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1005 Lausanne 14, Beschwerde eingereicht werden (Art. 72 ff. i.V.m. Art. 92 ff. BGG [Bundesgesetz über das Bundesgericht/Bundesgerichtsgesetz; SR 173.110]). Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angaben der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angeführten Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).