

# **BGer 5A\_186/2023 vom 29. November 2023**

Bundesgericht, 2023-11-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_186\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_186_2023)

FR: TF 5A\_186/2023 du 29 novembre 2023

IT: TF 5A\_186/2023 del 29 novembre 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gegen den Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs, welche über die Rechtzeitigkeit des Fortsetzungsbegehrens entschieden hat, ist die Beschwerde in Zivilsachen gegeben ( Art. 19 SchKG i.V.m. Art. 72 Abs. 2 lit. a, Art. 74 Abs. 2 lit. c und Art. 75 Abs. 1 BGG ). Die im kantonalen Verfahren unterlegene Beschwerdeführerin ist zur Beschwerde berechtigt ( Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG ).

### **E. 1.2**

Mit der vorliegenden Beschwerde kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden ( Art. 95 lit. a BGG ). In der Beschwerde ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt ( Art. 42 Abs. 2 BGG ; BGE 143 I 377 E. 1.2). Die Verletzung verfassungsmässiger Rechte ist ebenfalls zu begründen, wobei hier das Rügeprinzip gilt ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 142 III 364 E. 2.4).

### **E. 1.3**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 BGG ). Neue Tatsachen und Beweismittel sind nur soweit zulässig, als erst der vorinstanzliche Entscheid dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ; BGE 148 V 174 E. 2.2).

## **E. 2**

Vor der oberen Aufsichtsbehörde war einzig umstritten, ob die am 14. April 2021 eingeleitete Aberkennungsklage ( Art. 83 Abs. 2 SchKG ), welche das angerufene Bezirksgericht die zufolge Versäumnis der 20-tägigen Klagefrist als negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG (Einstellung oder Aufhebung der Betreibung) entgegengenommen hatte, zu einem Friststillstand im Sinne von Art. 88 Abs. 2 SchKG führte und die Konkursandrohung vom 17. Juni 2022 daher rechtswirksam war.

### **E. 2.1**

Die Vorinstanz hat festgehalten, dass die (umgewandelte) Klage nach Art. 85a SchKG nach erteilter Rechtsöffnung nicht geeignet sei, die Jahresfrist für die Gültigkeit des Zahlungsbefehls zu unterbrechen. Dass die von der Beschwerdeführerin eingereichte Aberkennungsklage vom 14. April 2021 verspätet sei, habe erst mit dem Entscheid des Bezirksgerichts vom 22. September 2021 mit Gewissheit festgestanden. Ob damit die am 14. April 2021 eingereichte Klage

"ex tunc" als nicht fristunterbrechende Klage nach Art. 85a SchKG gelte, erscheine nicht relevant. Der Beschwerdegegner habe ohnehin nicht vor dem Entscheid vom 22. September 2021 die Erklärung über die Vollstreckbarkeit der Rechtsöffnung erlangen können.

## **E. 2.2**

Gemäss der Vorinstanz hat sich die Gültigkeit des am 3. November 2020 zugestellten, ein Jahr gültigen Zahlungsbefehl nicht nur um die Dauer des Rechtsöffnungsverfahrens (12. Januar 2021 bis 14. April 2021; 93 Tage), sondern zusätzlich um die Dauer des Aberkennungsverfahrens bis zu dessen Umwandlung in ein Klageverfahren nach Art. 85a SchKG (15. April 2021 bis 22. September 2021; 161 Tage), also um insgesamt 254 Tage verlängert. Der Zahlungsbefehl sei jedenfalls noch gültig gewesen, sowohl am 3. Juni 2022, als der Beschwerdegegner das Fortsetzungsbegehren stellte, als auch am 17. Juni 2022, als er die Volltreckbarkeitsbescheinigung nachreichte. Die Konkursandrohung vom 17. Juni 2022 sei rechtmässig erlassen worden.

## **E. 3**

Anlass zur vorliegenden Beschwerde gibt die zeitliche Gültigkeit des Zahlungsbefehls und das Recht des Gläubigers, beim Betreibungsamt die Fortsetzung der Betreibung zu stellen, um die Konkursandrohung zu erwirken. Während die Vorinstanz die Dauer des Aberkennungsverfahrens als Friststillstand betrachtet hat, macht die Beschwerdeführerin geltend, eine eigentliche Aberkennungsklage sei nie erhoben worden, weshalb insoweit auch kein Friststillstand habe eintreten können.

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin beruft sich auf den Entscheid des Bezirksgerichts vom 22. September 2021, womit bestätigt werde, dass ihre Aberkennungsklage vom 14. April 2021 zufolge Fristversäumnis nicht als Aberkennungsklage zu behandeln sei, sondern als Klage nach Art. 85a SchKG. Diese Rechtsnatur trete "

ab initio" bzw.

"ex tunc" ein, in dem Sinne, dass zu keinem Zeitpunkt eine fristunterbrechende Aberkennungsklage nach Art. 83 Abs. 2 SchKG vorgelegen habe.

Die Beschwerdeführerin hält fest, dass die Jahresfrist vom 4. November 2020 bis zum 11. Januar 2021 lief, während des Rechtsöffnungsverfahrens (12. Januar 2021 bis zum 14. April 2021) stillstand, indes die Jahresfrist am 15. April 2021 ohne Unterbrechung weiterlief (ohne Angabe des verlängerten Enddatums). Somit sei der Zahlungsbefehl jedenfalls nicht mehr gültig gewesen, als der Beschwerdegegner am 17. Juni 2022 das (mit der Volltreckbarkeitsbescheinigung ergänzte) Fortsetzungsbegehren (vom 3. Juni 2022) gestellt habe. Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz eine Verletzung von Art. 159 i.V.m. Art. 88 Abs. 2 SchKG vor.

### **E. 3.2**

Die zeitliche Gültigkeit des Zahlungsbefehls im Hinblick auf die Fortsetzung der Betreibung durch die Konkursandrohung richtet sich nach den folgenden Regeln.

#### **E. 3.2.1**

Ist die Betreibung nicht durch Rechtsvorschlag oder durch gerichtlichen Entscheid eingestellt worden, kann der Gläubiger frühestens 20 Tage nach der Zustellung des Zahlungsbefehls das Fortsetzungsbegehren stellen ( Art. 88 Abs. 1 SchKG ). Das Recht des Gläubigers zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens erlischt ein Jahr nach der Zustellung des Zahlungsbefehls. Ist Rechtsvorschlag erhoben worden, so steht diese Frist zwischen der Einleitung und der Erledigung eines dadurch veranlassten Gerichts- oder

Verwaltungsverfahren still ( Art. 88 Abs. 2 SchKG ). Unterliegt der Schuldner der Konkursbetreuung, droht ihm das Betreibungsamt nach Empfang des Fortsetzungsbegehrens unverzüglich den Konkurs an ( Art. 159 SchKG ).

### **E. 3.2.2**

Ist die Frist nach Jahren berechnet (wie gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG ), so endet diese am Tag, der diese Zahl trägt wie jener Tag, an dem die Frist zu laufen beginnt ( Art. 31 SchKG i.V.m. Art. 142 Abs. 1 ZPO ; Urteil 5A\_967/2015 vom 1. Juli 2016 E. 3; NORDMANN/ONEYSER, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. 2021, N. 21a zu Art. 31). Im konkreten Fall wurde der Zahlungsbefehl am 3. November 2020 zugestellt; bei Fristbeginn am 4. November 2020 endet die Gültigkeit somit am 4. November 2021.

### **E. 3.2.3**

Das Rechtsöffnungsverfahren gehört zu den die Jahresfrist unterbrechenden Verfahren, so dass sich die Frist zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens um die Dauer des Rechtsöffnungsverfahrens verlängert ( BGE 79 III 58 E. 1; 124 III 79 E. 2). Vorliegend ist unstrittig, dass die Jahresfrist während der Dauer des Rechtsöffnungsverfahrens (12. Januar 2021 bis 14. April 2021; 93 Tage) stillstand.

### **E. 3.2.4**

Zu den die Jahresfrist unterbrechenden Klagen gehört auch die Klage nach Art. 85 und Art. 85a SchKG während der gerichtlich verfügten Einstellung der Betreuung (AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 22 Rz. 12). Das Bezirksgericht Weinfelden nahm am 22. September 2021 eine Klage (die gegen die Rechtsöffnung erhobene Aberkennungsklage) als negative Feststellungsklage im Sinne von Art. 85a SchKG entgegen. Nach dem Sachverhalt wurde in diesem Verfahren mit Bezug auf die Betreuung, in welcher der Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung bereits erwirkt hatte, keine (auch nur vorsorgliche) Einstellung angeordnet. Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat (mit Hinw. auf SIEVI, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. 2021, N. 23 zu Art. 88) und zu Recht unstrittig ist, hat vorliegend die umgewandelte negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG keine Verlängerung der Jahresfrist der Gültigkeit des Zahlungsbefehls zur Folge.

### **E. 3.2.5**

Die Aberkennungsklage führt zu einer Verlängerung der Frist zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens ( BGE 55 II 53 S. 54; 124 III 79 E. 2), wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat. Welche Wirkung der Entscheid des Bezirksgerichts auf "Klageumwandlung" (Entgegennahme der Aberkennungsklage nach Art. 83 Abs. 2 SchKG als Klage nach Art. 85a SchKG ) vom 22. September 2021 auf die Gültigkeitsdauer des Zahlungsbefehls hat, ist im Folgenden zu prüfen.

## **E. 3.3**

Nach Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung kann der Betriebene innert 20 Tagen auf dem Weg des ordentlichen Prozesses beim Gericht des Betreibungsortes auf Aberkennung der Forderung klagen ( Art. 83 Abs. 2 SchKG ).

### **E. 3.3.1**

Ob die Aberkennungsklage rechtzeitig erhoben wurde, entscheidet abschliessend das angerufene Gericht ( BGE 117 III 17 E. 2; zuletzt Urteil 5A\_496/2021 vom 10. Februar 2022 E. 2.3.2). Dieses hat die Fristeinholung als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu überprüfen (STAEHELIN, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. 2021, N. 32 zu Art. 83). Eine zu spät eingereichte Aberkennungsklage ist - wegen ihrer Rechtsnatur - als negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG entgegenzunehmen (Urteil 4A\_131/2012 vom 28. August 2012 E. 3.5; STAEHELIN, a.a.O., N. 32 zu Art. 83; ABBET, in: La mainlevée de l'opposition, 2. Aufl. 2022, N. 36 zu Art. 83).

### **E. 3.3.2**

Im konkreten Fall entschied das Bezirksgericht am 22. September 2021, dass die von der Beschwerdeführerin am 14. April 2021 (mit privatem Kurier) spedierte Aberkennungsklage verspätet erhoben war. Nach der Rechtsprechung können die Betreibungsbehörden nur dann, wenn von vornherein unzweifelhaft feststeht, dass die Frist zur Erhebung der Aberkennungsklage nicht gewahrt ist, die Betreibung fortsetzen, ohne den gerichtlichen Entscheid abzuwarten (zuletzt Urteil 5A\_496/2021 vom 10. Februar 2022 E. 2.3.2 mit Hinw.). Die Vorinstanz hat eine derartige Offensichtlichkeit verneint und damit die Möglichkeit, dass das Betreibungsamt aus diesem Grund einem allfälligen Fortsetzungsbegehren hätte Folge leisten können, ausgeschlossen. Diese Auffassung wird von der Beschwerdeführerin selber nicht in Frage gestellt.

### **E. 3.3.3**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, der Beschwerdegegner habe "gewusst", dass sie (die Beschwerdeführerin) die Aberkennungsklage zu spät eingereicht habe, was eine Rechtsverletzung darstelle (mit Hinw. auf Art. 152 ZPO , Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG , Art. 2 Abs. 2 ZGB ). Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin ist das Wissen, welches der Beschwerdegegner über ihre eigene, verspätete Beschwerdeführung gehabt haben soll, nicht erheblich. Die Vorinstanz hat vielmehr zutreffend festgehalten, dass die Klageantwort (mit der Einrede der möglichen Klageverspätung) zur Aberkennungsklage nicht massgebend sei, da über über die Rechtzeitigkeit das angerufene Gericht von Amtes wegen entscheidet. Von einer Rechtsverletzung kann nicht gesprochen werden, und eine missbräuchliche Rechtsausübung des Beschwerdegegners ist nicht ersichtlich.

### **E. 3.3.4**

Der Hinweis der Beschwerdeführerin auf das Urteil des Obergerichts vom 5. Januar 2022 führt nicht weiter. In jenem Urteil hielt das Obergericht einzig fest, dass das "Nichteintreten" des Bezirksgerichts keine eigene Wirkung habe, wenn die Aberkennungsklage zufolge Klageverspätung als Klage nach Art. 85a SchKG entgegengenommen werde. Wenn die Vorinstanz erwogen hat, vor dem 22. September 2021 sei es dem Beschwerdegegner gar nicht möglich gewesen, eine Vollstreckbarkeitsbescheinigung zum Rechtsöffnungsentscheid zu erlangen (vgl. BGE 136 III 152 E. 4.1; SIEVI, a.a.O., mit Hinw.), wird damit unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass der Entscheid über die Klageverspätung dem angerufenen Gericht vorbehalten ist. Das angerufene Gericht hat darüber am 22. September 2021 entschieden, wie die Vorinstanz zu Recht angenommen hat.

### **E. 3.3.5**

Die Beschwerdeführerin will dem Urteil des Bezirksgerichts ("Entgegennahme als Klage nach Art. 85a SchKG ") mit Bezug auf die Gültigkeit des Zahlungsbefehls eine Rückwirkung (Wirkung

"ab initio" bzw.

"ex tunc" ) beimesen. Damit blendet sie Sinn und Zweck von Gültigkeit bzw. Stillstand der Frist nach Art. 88 Abs. 2 SchKG aus: Die Verwirkung der Frist ist die Sanktion für die Untätigkeit der betreibenden Partei, weshalb die Frist solange ruht, als das auf die Rechtsöffnung gerichtete Verfahren dauert, und erst wieder zu laufen beginnt, wenn die Partei, nachdem sie einen vollstreckbaren Gerichtsentscheid erlangt hat, diesen nicht benutzt, um die Fortsetzung der Betreuung zu verlangen ( BGE 136 III 152 E. 4.1; AMONN/WALTHER, a.a.O., § 22 Rz. 11). Wenn die Vorinstanz erwogen hat, vor dem 22. September 2021 sei es dem Beschwerdegegner gar nicht möglich gewesen, die Fortsetzung zu verlangen, weil der betreibenden Partei - bis zum massgebenden Entscheid des mit Aberkennungsklage angerufenen Gerichts - gar keine Untätigkeit vorgeworfen werden könne, und deshalb geschlossen hat, die Gültigkeitsfrist habe zu ruhen, ist dies nicht zu beanstanden. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin verlängert sich die Gültigkeit des Zahlungsbefehls um die Dauer des Aberkennungsverfahrens.

#### **E. 3.3.6**

Die Beschwerdeführerin geht auf die Gültigkeit des Zahlungsbefehls im Falle der - wie dargelegt - begründeten Berücksichtigung des Aberkennungsverfahrens (15. April 2021 bis 22. September 2021; 161 Tage) nicht ein. Sie stellt den Schluss der Vorinstanz, dass für diesen Fall die Fortsetzung der Betreuung während der Gültigkeitsdauer des Zahlungsbefehls verlangt wurde, weder in tatsächlicher noch rechtlicher Hinsicht in Frage. Somit bleibt es beim Ergebnis der Vorinstanz, welche die Konkursandrohung vom 17. Juni 2022 als wirksam erachtet hat.

#### **E. 3.4**

Bleibt zu prüfen, ob das während des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ergangene, zur amtlichen Publikation bestimmte Urteil 5A\_190/2023 vom 3. August 2023 etwas ändert.

##### **E. 3.4.1**

Das Bundesgericht hat bestätigt, dass die Frist von Art. 166 Abs. 2 SchKG (bzw. Art. 88 Abs. 2 SchKG ) während der Dauer des Verfahrens zur (provisorischen oder definitiven) Rechtsöffnung, d.h. zwischen der Einreichung des Gesuchs und der Zustellung des Rechtsöffnungsentscheides stillsteht; dieser Stillstand wird nicht verlängert bis zum Ablauf der 10-tägigen Frist für die Beschwerde gegen den Rechtsöffnungsentscheid (vorbehältlich des Falls, dass der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zukommt) oder bis zum Ablauf der 20-tägigen Frist für die Erhebung der Aberkennungsklage. Der Stillstand tritt mit allfälliger Erhebung der Aberkennungsklage ein (Urteil 5A\_190/2023, a.a.O., E. 6.3.3). Zur Frage, ob mit "Zustellung des Rechtsöffnungsentscheids" nur das Dispositiv oder der begründete Entscheid gemeint ist, wird festgehalten, dass nach aktueller Rechtslage (vor Inkrafttreten des

rev

Art. 336 Abs. 3 ZPO am 1. Januar 2025; AS 2023 491) nicht bundesrechtswidrig ist, wenn auf das begründete Urteil abgestellt wird, um zu bestimmen, wann der Rechtsöffnungsentscheid vollstreckbar wurde (Urteil 5A\_190/2023, a.a.O., E. 6.4, E. 6.4.4).

### **E. 3.4.2**

Die Vorinstanz (E. 2.2) stellte mit Bezug auf den Stillstand durch das Rechtsöffnungsverfahren (93 Tage) auf die Zustellung des unbegründeten Rechtsöffnungsentscheides ab, berücksichtigte jedoch die 20-tägige Frist zur Erhebung der Aberkennungsklage als Stillstand und gelangte auf diese Weise (und unter Berücksichtigung der Betreibungsferien) zu einem Stillstand bis zum 14. April 2021. Es steht fest, dass der von der Beschwerdeführerin in der kantonalen Beschwerde erwähnte, in den Akten liegende begründete Rechtsöffnungsentscheid erst am 23. April 2021 versandt wurde. Anhaltspunkte für eine Anfechtung des Rechtsöffnungsentscheides bestehen nicht. Die Berücksichtigung der 20-tägigen Frist zur Aberkennungsklage ist nicht zu erörtern. Selbst ohne Berücksichtigung dieser Frist ergibt sich jedenfalls kein geringerer Stillstand, wenn auf den begründeten Rechtsöffnungsentscheid abgestellt wird. Das Ergebnis der Vorinstanz, die als kantonale Aufsichtsbehörde geschlossen hat, dass das Fortsetzungsbegehren innerhalb der Gültigkeitsdauer des Zahlungsbefehls gestellt wurde, ist mit Bundesrecht vereinbar.

### **E. 4**

Nach dem Dargelegten ist der Beschwerde kein Erfolg beschieden. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen, da der Beschwerdegegner zur einer Vernehmlassung in der Sache nicht eingeladen wurde und mit seinem Antrag zur aufschiebenden Wirkung (zufolge der angeordneten vorsorglichen Massnahmen) als unterliegend zu betrachten ist.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.