

BGer 5A 77/2021 vom 1. März 2022

Bundesgericht, 2022-03-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_77_2021

FR: TF 5A 77/2021 du 1 mars 2022

IT: TF 5A 77/2021 del 1 marzo 2022

Regeste

Konkurseröffnung | Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Erwägungen

E. 1

Die Beschwerde in Zivilsachen ist vorliegend grundsätzlich zulässig (Art. 72 Abs. 2 lit. a, Art. 74 Abs. 2 lit. d, Art. 75, Art. 76, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. c BGG).

E. 2

Gegenstand des Verfahrens ist die Frage, ob am 18. März 2020 die Beschwerdegegnerin das Fortsetzungsbegehren stellen und in der Folge der Beschwerdeführerin am 24. April 2020 eine Konkursandrohung zugestellt werden durfte, und zwar vor dem Hintergrund, dass zu diesen beiden Zeitpunkten die Frist für die Beschwerde in Zivilsachen gegen das abweisende Aberkennungsurteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 10. März 2020 noch lief. Das Obergericht hat im angefochtenen Urteil vom 18. Dezember 2020 unter Hinweis auf das Urteil 5A_714/2019 vom 3. Juni 2020 (teilweise publ. in BGE 146 III 284) festgehalten, das obergerichtliche Urteil vom 10. März 2020 sei zum Zeitpunkt der Stellung des Fortsetzungsbegehrens und der Zustellung der Konkursandrohung rechtskräftig und vollstreckbar gewesen. Die vom Bundesgericht mit Verfügung vom 4. Juni 2020 erteilte aufschiebende Wirkung habe die Konkursandrohung in ihrer Wirkung gehemmt. Mit dem bundesgerichtlichen Urteil vom 5. August 2020 sei die aufschiebende Wirkung und der Aufschub der Wirksamkeit der Konkursandrohung dahingefallen. Eine Neuzustellung der Konkursandrohung sei nicht erforderlich.

E. 3.1

In BGE 146 III 284 hat das Bundesgericht seine bisherige Praxis bestätigt, wonach die Beschwerde in Zivilsachen die formelle Rechtskraft eines angefochtenen Beschwerde- oder Berufungsentscheides von Gesetzes wegen grundsätzlich nicht hemmt (vgl. Art. 103 Abs. 1 BGG). Zwar kann es neben der Vollstreckbarkeit auch die Rechtskraft eines kantonalen Leistungsurteils von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei hin aufschieben (Art. 103 Abs. 3 BGG). Solange dies nicht geschehen ist, bleibt das kantonale Urteil jedoch rechtskräftig und vollstreckbar (E. 2.3.4). Ausgehend von dieser Praxis und insbesondere nach einem Vergleich mit der Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO hat das Bundesgericht die Beschwerde in Zivilsachen implizit als ausserordentliches Rechtsmittel qualifiziert (E. 2.3.5). Entgegen dem, wovon die Beschwerdeführerin ausgeht, gilt das Gesagte unabhängig davon, ob die Rechtskraft eines kantonalen Beschwerde- oder Berufungsentscheides in Frage steht (BGE 146 III 284 E. 2.3.4 S. 287). Insbesondere war im genannten BGE gerade über die Rechtskraft eines auf Berufung hin ergangenen Scheidungsurteils zu befinden (vgl.

die Einleitung von E. 2 und die gegenüber der publizierten Fassung ausführlichere lit. A des Urteils 5A_714/2019 vom 3. Juni 2020). Welche Rechtsnatur der Berufung zukommt und wie Art. 315 Abs. 4 ZPO genau zu verstehen ist, spielt entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle. Insbesondere ist es nicht systemwidrig, wenn auf ein ordentliches Rechtsmittel ein ausserordentliches folgt; dies im Gegensatz zum umgekehrten Fall, wenn auf ein ausserordentliches Rechtsmittel ein ordentliches folgen würde (BGE 146 III 284 E. 2.3.5). Eine wie auch immer geartete Verengung im Rechtsmittelzug (z.B. auch in anderen Bereichen wie der Kognition) ist im Gegensatz zu einer entsprechenden Ausweitung nichts Ungewöhnliches. Die Beschwerdeführerin möchte sodann sinngemäss auf BGE 146 III 284 zurückkommen, indem sie sich auf Entscheide anderer Abteilungen des Bundesgerichts beruft, die die bundesgerichtliche Beschwerde als ordentliches Rechtsmittel betrachteten. Die Beschwerdeführerin nennt keine Gründe, die ein solches Rückkommen rechtfertigen würden. BGE 146 III 284 ist im Übrigen in der Lehre auf Zustimmung gestossen (STÉPHANE ABBET, BLSchK 2020 S. 236; DERS., JdT 2021 II S. 96; FRANÇOISE BASTONS BULLETTI, Newsletter ZPO Online, 8. Juli 2020, Rz. 4 ff.; RUSSENBERGER/ WOHLGEMUTH, AJP 2020 S. 1367; GIANMARCO COLUCCIA, ius.focus 2/2021 S. 19). Die von der Beschwerdeführerin genannten Urteile der I. zivilrechtlichen Abteilung (BGE 138 III 702 E. 3.4 und BGE 139 III 120 E. 3.1.1) stehen in einem anderen Kontext, nämlich dem Bemühen, Art. 51 ZPO mit dem übrigen Rechtsmittelsystem, insbesondere den Rechtsmitteln des BGG, zu koordinieren.

E. 3.2

Im Übrigen ist fraglich, inwiefern die Rechtskraftdiskussion vorliegend überhaupt erforderlich ist. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Fortsetzung der Betreuung und die Zustellung der Konkursandrohung nur nach einem rechtskräftigen abweisenden Aberkennungsurteil erfolgen dürften und die blosser Vollstreckbarkeit des Aberkennungsurteils nicht genügen würde (vgl. DANIEL STAEHELIN, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. 2021, N. 63 zu Art. 83 SchKG, der die formelle Rechtskraft vorauszusetzen scheint). Die Vollstreckbarkeit des Aberkennungsurteils bezieht sich in einem solchen Fall auf die - bereits erteilte - provisorische Rechtsöffnung, welche als Folge des abweisenden Aberkennungsurteils zur definitiven wird (Art. 83 Abs. 3 SchKG). Diese Diskussion ist jedoch angesichts des soeben Ausgeführten (oben E. 3.1) hypothetisch. Der Vollständigkeit halber ist allerdings darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht schon früher entschieden hat, dass die Konkursandrohung trotz Hängigkeit eines Rechtsmittels gegen den Rechtsöffnungsentscheid erlassen werden kann, wenn diesem Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung zukommt (BGE 130 III 657 E. 2.1 mit Hinweisen), bzw. dass die Fortsetzung der Betreuung (Art. 88 SchKG) nach Erhebung des Rechtsvorschlages aufgrund eines vollstreckbaren Entscheides verlangt werden kann, der den Rechtsvorschlag ausdrücklich beseitigt (Urteil 5A_78/2017 vom 18. Mai 2017 E. 2.2 mit Hinweisen). Es entspricht mit anderen Worten konstanter Rechtsprechung, dass für die Stellung des Fortsetzungsbegehrens und für die Konkursandrohung ein vollstreckbarer, den Rechtsvorschlag beseitigender Entscheid genügt. Es ist kein Grund ersichtlich, dass dies nur für Rechtsöffnungsentscheide (oder Anerkenungsurteile mit ausdrücklicher Beseitigung des Rechtsvorschlages; Art. 79 SchKG) gelten sollte und nicht auch für ein abweisendes Aberkennungsurteil, das die provisorische Rechtsöffnung definitiv werden lässt (vgl. allgemein zur Thematik MARKUS/ WUFFLI, Rechtskraft und Vollstreckbarkeit: zwei

Begriffe, ein Konzept?, ZBJV 151/2015 S. 105 ff.; CHRISTOF BERGAMIN, Rechtskraft und Vollstreckbarkeit: Wann ist der Rechtsvorschlag definitiv beseitigt?, BISchK 2020 S. 149 ff.).

E. 3.3

Das Obergericht hat demnach zu Recht befunden, dass gestützt auf das Urteil vom 10. März 2020 die Beschwerdegegnerin am 18. März 2020 ein Fortsetzungsbegehren stellen und das Betreibungsamt in der Folge am 24. April 2020 der Beschwerdeführerin die Konkursandrohung zustellen durfte. Dass die Beschwerdeführerin später gegen das Urteil vom 10. März 2020 Beschwerde an das Bundesgericht erhoben hat und dieser Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ändert daran nichts. Die gültig erlassene Konkursandrohung wird durch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung im Aberkennungsverfahren bloss gehemmt. Erweist sich das Rechtsmittel - wie vorliegend mit Urteil 4A_221/2020 vom 5. August 2020 - als erfolglos, entfällt die aufschiebende Wirkung, womit auch der Aufschub der Wirksamkeit der Konkursandrohung wegfällt. Einer neuen Konkursandrohung bedarf es nicht (BGE 130 III 657 E. 2.2).

E. 3.4

Die Beschwerdeführerin beruft sich schliesslich auf Art. 173 Abs. 2 SchKG . Nach dieser Norm setzt das Konkursgericht den Entscheid aus und überweist den Fall der Aufsichtsbehörde, wenn es findet, dass im vorangegangenen Verfahren eine nichtige Verfügung (Art. 22 Abs. 1 SchKG) erlassen wurde. Die Beschwerdeführerin macht geltend, es sei zumindest zweifelhaft, ob die Konkursandrohung während der damals laufenden Beschwerdefrist nicht einem Mangel unterliege, welcher zu deren Nichtigkeit führe. Das Konkursgericht habe bereits dann nach Art. 173 Abs. 2 SchKG vorzugehen, wenn es die Abwesenheit von Nichtigkeitsgründen bezweifle (mit Hinweis unter anderem auf BGE 118 III 6). Die Beschwerdeführerin scheint damit geltend machen zu wollen, das Konkursgericht und die nachfolgenden Rechtsmittelinstanzen hätten nicht über ihre Einwände befinden dürfen, sondern die Angelegenheit der Aufsichtsbehörde überweisen müssen, da jedenfalls Zweifel an der Rechtmässigkeit der Konkursandrohung bestanden hätten. Nach dem Gesagten (oben E. 3.1 und 3.2) bestanden jedoch keine ernsthaften Bedenken, dass die Konkursandrohung nichtig sein könnte. Es ist demnach nicht zu beanstanden, wenn die kantonalen Gerichte auf eine Überweisung an die Aufsichtsbehörde verzichtet haben.

E. 3.5

Die Beschwerde ist damit abzuweisen.

E. 4

Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet (Art. 68 Abs. 1 BGG). Das Sicherstellungsgesuch der Beschwerdegegnerin wird mit dem vorliegenden Entscheid gegenstandslos.

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