Urteilskopf

101 III 40

9. Entscheid vom 15. Mai 1975 i.S. W. AG.

Regeste (de):
Konkursandrohung, Aberkennungsklage.

1. Kommt einem Rechtsmittel gegen den Rechtsöffnungsentscheid keine aufschiebende Wirkung zu und wird ihm diese auch nicht durch richterliche Verfügung erteilt, so kann trotz Hängigkeit des Rechtsmittels die Konkursandrohung erlassen werden (Erw. 2).

2. Die Frist für die Aberkennungsklage beginnt in einem solchem Fall schon mit der Mitteilung des erstinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheids zu laufen (Erw. 3.).

Regeste (fr):
Commination de faillite, action en libération de dette.

1. Si un recours contre une décision de mainlevée n'emporte pas d'effet suspensif et que celui-ci n'est pas non plus accordé par décision judiciaire, la commination de faillite peut intervenir en dépit de l'instance de recours (consid. 2).

2. Le délai pour ouvrir action en libération de dette, en pareil cas, commence déjà à courir à partir de la communication de la décision de mainlevée rendue en première instance (consid. 3).

Regesto (it):
Comminatoria di fallimento, azione di inesistenza di debito.

1. Se una decisione di rigetto dell'opposizione non comporta effetto sospensivo e se questo non venne conferito con decisione giudiziale, la comminatoria di fallimento può essere spiccata anche in pendenza di ricorso (consid. 2).

2. In tal caso il termine per proporre l'azione di inesistenza di debito corre dalla comunicazione della decisione di rigetto di prima istanza (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 40

BGE 101 III 40 S. 40

A.- In der von der W. AG gegen die K. AG beim Betreibungsamt Lugnez eingeleiteten Betreibung Nr. 355/74 erhob die Schuldnerin Rechtsvorschlag, worauf die Gläubigerin beim Kreisamt Lugnez die provisorische Rechtsöffnung erwirkte. Der Rechtsöffnungsentscheid ging den Parteien am 12. November 1974 zu. Am 22. November 1974 stellte die W. AG das Fortsetzungsbegehren, dem sie den Rechtsöffnungsentscheid beilegte und auf welchem sie vermerkte: "Es ist keine Aberkennungsklage erhoben worden". Gestützt darauf stellte das Betreibungsamt der Schuldnerin am 26. November 1974 die Konkursandrohung zu. Inzwischen hatte die Betriebene

am 15. November 1974 gegen den Rechtsöffnungsentscheid Beschwerde an den Kantonsgerichtsausschuss von Graubünden eingereicht. Diese wurde an der Sitzung vom 28. November 1974 behandelt und abgewiesen. Bevor der Beschwerdeentscheid schriftlich mitgeteilt werden konnte, stellte die Betriebene

am 3. Dezember 1974 beim Kantonsgerichtspräsidenten das Gesuch, der Rechtsöffnungsbeschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen. In Vertretung des abwesenden Präsidenten entsprach der Vizepräsident diesem Gesuch, offenbar in Unkenntnis der Tatsache, dass die Beschwerde bereits entschieden war. Am 12. Dezember 1974 wurde der Beschwerdeentscheid den Parteien zugestellt, und mit Entscheid vom 21. März 1975 hiess der Kantonsgerichtsausschuss eine Beschwerde gegen die vom Vizepräsidenten erteilte aufschiebende Wirkung gut und hob dessen Verfügung vom 3. Dezember 1974 auf.

B.- Gegen die Konkursandrohung vom 26. November 1974 reichte die Betriebene am 6. Dezember 1974 beim Kantonsgerichtsausschuss als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs Beschwerde ein. Diese wurde mit Entscheid vom 17. Dezember 1974, mitgeteilt am 15. April 1975, gutgeheissen und die Konkursandrohung aufgehoben.

C.- Mit dem vorliegenden Rekurs an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts beantragt die Gläubigerin, der Entscheid des Kantonsgerichtsausschusses sei aufzuheben. Die Betriebene beantragt Abweisung des Rekurses.

Erwägungen

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. Die Vorinstanz hat ihren Entscheid in erster Linie damit begründet, die betreibende Gläubigerin habe die auf der Rückseite des Formulars Nr. 4 "Begehren um Fortsetzung der Betreibung" aufgeführten Erläuterungen insofern nicht beachtet, als sie dem Fortsetzungsbegehren weder eine Bescheinigung über die Rechtskraft des Rechtsöffnungsentscheides noch eine solche über die Nichteinreichung einer Aberkennungsklage beigelegt habe. Diese Erläuterungen besitzen indessen keine Gesetzeskraft, sondern stellen blosse Ordnungsvorschriften dar. Zwar ist das Betreibungsamt befugt, die Beibringung der erwähnten Bescheinigungen zu verlangen und gegebenenfalls den Erlass der Konkursandrohung davon abhängig zu machen. Tut es das jedoch nicht, sondern gibt es dem Fortsetzungsbegehren durch Zustellung der Konkursandrohung Folge, so ist diese deswegen nicht ohne weiteres ungültig oder gar nichtig. Das ist nur dann der Fall, wenn sich

nachträglich herausstellt, dass der Rechtsöffnungsentscheid im Zeitpunkt der Zustellung der Konkursandrohung noch nicht in Rechtskraft erwachsen war oder dass rechtzeitig eine Aberkennungsklage eingereicht wurde. Diese Fragen sind allenfalls in einem Beschwerdeverfahren von den Aufsichtsbehörden zu prüfen. Indem die Vorinstanz eine solche Prüfung unterliess und einfach deswegen, weil die Rekurrentin dem Fortsetzungsbegehren die entsprechenden Bescheinigungen nicht beigelegt hatte, die Konkursandrohung für ungültig erklärte

und aufhob, hat sie daher Bundesrecht verletzt. Eine Rückweisung des Falles an den Kantonsgerichtsausschuss zur Nachholung der unterlassenen Prüfung erübrigt sich indessen, weil der Sachverhalt soweit abgeklärt ist, dass das Bundesgericht die Sache selbst entscheiden kann.

2. Ein erstinstanzlicher Rechtsöffnungsentscheid erwächst nur dann nicht mit seiner Mitteilung in Rechtskraft, wenn das kantonale Prozessrecht einen Weiterzug vorsieht, dem von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt (BGE 55 III 175 Erw. 3, BGE 47 III 68). Ein solches Rechtsmittel ist die Rechtsöffnungsbeschwerde im Sinne von Art. 265 der bündnerischen ZPO nicht. während der Beschwerde wegen Gesetzesverletzung gemäss Art. 263 Abs. 3 ZPO von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt, ist das bei der Rechtsöffnungsbeschwerde nicht der Fall; sie hat nur dann aufschiebende Wirkung, wenn ihr diese vom Kantonsgerichtspräsidenten verliehen wird (Art. 265 Abs. 2 ZPO). Somit war der Rechtsöffnungsentscheid im Zeitpunkt der Stellung des Fortsetzungsbegehrens (22. November 1974) und am Tage der Zustellung der Konkursandrohung (26. November 1974) rechtskräftig, da für die Rechtsöffnungsbeschwerde aufschiebende Wirkung weder verlangt noch bewilligt worden war. Die erst am 3. Dezember 1974 zu Unrecht ergangene und am 21. März 1975 wieder aufgehobene Suspensivverfügung vermochte daran nichts zu ändern. Die Beschwerde stand demzufolge der Konkursandrohung nicht im Wege.

3. Kam der Rechtsöffnungsbeschwerde somit keine aufschiebende Wirkung zu und war ihr eine solche auch nicht durch besondere Suspensivverfügung erteilt worden, so begann die Frist für die Aberkennungsklage mit der Mitteilung des Rechtsöffnungsentscheides am 12. November 1974 zu laufen und lief am 22. November 1974 ab (BGE 47 III 68, BGE 77 III 138;

FAVRE, Droit des poursuites, 3. Aufl., S. 159). Diese Frist hat die Schuldnerin unbestrittenermassen unbenützt verstreichen lassen, da sie der Ansicht war, die Klagefrist beginne erst mit der Zustellung des Entscheides über die Rechtsöffnungsbeschwerde zu laufen. Sie hat deshalb den Aberkennungsprozess erst nach Abschluss des Beschwerdeverfahrens eingeleitet. Zwar ist es grundsätzlich Sache des Richters, über die Rechtzeitigkeit einer Aberkennungsklage zu befinden. Wo indessen wie hier zum vornherein unzweideutig feststeht, dass die Klagefrist nicht gewahrt ist, können die Betreibungsbehörden die Betreibung fortsetzen, ohne den gerichtlichen Entscheid abzuwarten (BGE 91 III 17, BGE 65 III 91, BGE 53 III 68). Die am 26. November 1974 erlassene Konkursandrohung ist daher gültig.

Dispositiv

Demnach erkennt die Schuldbetr.- und Konkurskammer:
Der Rekurs wird gutgeheissen und der Entscheid des Kantonsgerichtsausschusses von Graubünden vom 17. Dezember 1974 aufgehoben; es wird festgestellt, dass die vom Betreibungsamt Lugnez in der Betreibung Nr. 355/74 am 26. November 1974 zugestellte Konkursandrohung gültig ist.