

ABS 09 176, publiziert Oktober 2009

Entscheid der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen,
unter Mitwirkung von Oberrichter Messer, Oberrichter Rieder und Oberrichter Bähler
sowie Kammerschreiberin Burch,

vom 9. September 2009

hat in der Sache

I. GmbH

Beschwerdeführerin

gegen

Betreibungs- und Konkursamt B., Dienststelle P.



Regeste:

Art. 112 Abs. 2 BGG, Art. 17 SchKG; Zustellung der Konkursandrohung während der 30-tägigen Frist nach Art. 112 Abs. 2 BGG.

Der Entscheid im Kompetenzverfahren kann mit kantonaler Nichtigkeitsklage angefochten werden und er untersteht der Beschwerde in Zivilsachen ans BGer. Verzichtet eine Beschwerdeführerin darauf, eine vollständige Ausfertigung des erstinstanzlichen Entscheids zu verlangen und erhebt nur Nichtigkeitsklage, so bedeutet ein solcher Verzicht auch ein Verzicht auf die Beschwerde in Zivilsachen. Die Zustellung der Konkursandrohung vor Ablauf der Frist nach Art. 112 Abs. 2 BGG ist zulässig, da die Beschwerdeführerin es unterlassen hat, neben der betreibungsrechtlichen Beschwerde auch eine vollständige Ausfertigung dieses Entscheides zu verlangen. Damit hat sie konkludent auf das Erheben einer Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht verzichtet. Dadurch erwuchs der Entscheid des Gerichtspräsidenten in Rechtskraft und seine Vollstreckbarkeit war hergestellt. Deshalb wurde auch die Konkursandrohung wirksam.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Gegen die Schuldnerin und Beschwerdeführerin erwirkte der Gläubiger im Kompetenzverfahren die Beseitigung des Rechtsvorschlages und Erteilung der Rechtsöffnung für den in Betreuung gesetzten Betrag von rund CHF 6'000.00 (Urteil vom 11.05.2009). Am 15.05.2009 stellte er das Fortsetzungsbegehren. Am 29.05.2009 wurde der Beschwerdeführerin die Konkursandrohung zugestellt.

Am 05.06.2009 erhob die Beschwerdeführerin betreibungsrechtliche Beschwerde und beantragte die Aufhebung der Konkursandrohung.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

6. Die Betreuung wird auf dem Weg des Konkurses fortgesetzt, wenn die Schuldnerin im Handelsregister als Gesellschaft mit beschränkter Haftung eingetragen ist (Art. 39 Abs. 1 Ziff. 9 SchKG). Nach Art. 159 SchKG hat das Betreibungsamt der Schuldnerin, die der Konkursbetreuung unterliegt, unverzüglich nach Eingang des Fortsetzungsbegehrens den Konkurs anzudrohen. Dem Fortsetzungsbegehren darf indessen nur stattgegeben werden, wenn ein rechtskräftiger Zahlungsbefehl vorliegt, das heisst entweder kein Rechtsvorschlag erfolgt oder wenn ein solcher beseitigt oder zurückgezogen worden ist (OTTOMANN in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreuung und Konkurs, Basel 1998, SchKG II, N 7 zu Art. 159).
7. Die Beschwerdeführerin ist als Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Handelsregister eingetragen. Sie unterliegt somit grundsätzlich der Konkursbetreuung. Vorliegend beseitigte der Gerichtspräsident 1 des Gerichtskreises XX mit Urteil vom 11. Mai 2009 den Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 123. Dieses Urteil wurde mit Ausfällung rechtskräftig. Gemäss Art. 112 Abs. 2 BG kann das kantonale Gericht den Entscheid ohne Begründung eröffnen (vgl. auch Art. 297 Abs. 3 ZPO). Die Parteien können diesfalls innert 30 Tagen eine Begründung verlangen, wobei das Urteil nicht vollstreckbar ist, solange nicht entweder diese Frist unbenutzt abgelaufen oder die vollständige Ausfertigung verlangt worden ist. Das Urteil befindet sich zwischen seiner Eröffnung ohne Begründung und der Zustellung des begründeten Entscheides respektive dem Verzicht beider Parteien auf eine schriftliche Begründung, in einem Schwebezustand (EHRENZELLER in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, N 13 zu Art. 112).
8. Vorab ist die Anwendbarkeit von Art. 112 Abs. 2 BGG im vorliegenden Fall zu prüfen. Der Gläubiger vertritt die Meinung, dieser Artikel finde keine Anwendung, da das zutreffende Rechtsmittel die Nichtigkeitsklage an den Appellationshof des Kantons Bern und nicht die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht sei.

In Übereinstimmung mit den Ausführungen des Gläubigers ist davon auszugehen, dass der Entscheid im Kompetenzverfahren mit kantonalen Nichtigkeitsklagen angefochten werden kann. Entgegen den weiteren Bemerkungen des Gläubigers unterliegt dieser Entscheid daneben aber auch der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Die Rüge, dass Bundesrecht in einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung falsch angewandt wurde, ohne dass es um eine Verletzung klaren Rechts geht, kann nicht mit Nichtigkeitsklagen an den Appellationshof, sondern nur mit Beschwerde ans Bundesgericht (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG) vorgebracht werden. Allerdings muss ein Beschwerdeführer, wenn er im Kompetenzverfahren sowohl kantonale Nichtigkeitsklagen erheben als auch mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht gelangen will, innert 30 Tagen seit Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheides einerseits eine vollständige Ausfertigung, d.h. Begründung verlangen, andererseits die kantonale Nichtigkeitsklagen erheben. Verzichtet ein Beschwerdeführer darauf, eine vollständige Ausfertigung zu verlangen und erhebt er nur Nichtigkeitsklagen, so bedeutet ein solcher Verzicht zugleich ein Verzicht auf die Beschwerde in Zivilsachen (SEILER in: Bundesgerichtsgesetz [BGG]; Stämpfli Handkommentar, Bern 2007, N 18 zu Art. 112). Unterlässt ein Beschwerdeführer die rechtzeitige Erhebung der Nichtigkeitsklagen an den Appellationshof, ist die Beschwerde in Zivilsachen nicht zulässig (BGE 5A_359/2008 vom 25. August 2008 E.

1.2.). Im Bereich der Mitbefechtung - wenn sowohl beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen und beim Appellationshof Nichtigkeitsklage erhoben wird - bildet nicht der zweitinstanzliche, sondern der erstinstanzliche Entscheid das Anfechtungsobjekt vor Bundesgericht (vgl. BGE 5A_604/2008, 5A_681/2008 vom 15. Juli 2009), wobei die Beschwerdefrist für die Beschwerde in Zivilsachen erst mit der Eröffnung des abweisenden Entscheides der oberen Instanz beginnen würde. Daraus ergibt sich die Anwendbarkeit der Vorschriften des BGG über die Eröffnung von Entscheiden auch im vorliegenden Gerichtsverfahren. Mithin gelangt insbesondere auch Art. 112 Abs. 2 BGG zur Anwendung.

9. Da die Anwendbarkeit von Art. 112 Abs. 2 BGG vorliegend bejaht werden muss, ist die Frage des Inhaltes und der Konsequenzen dieser Bestimmung in vorliegendem Beschwerdeverfahren zu prüfen.

Art. 112 Abs. 2 BGG sieht ausdrücklich vor, dass ein gestützt auf kantonales Prozessrecht ohne schriftliche Begründung erlassener Entscheid nicht vollstreckbar ist, solange die 30-tägige Frist, innert welcher eine schriftliche Begründung verlangt werden kann, nicht unbenützt abgelaufen ist. Vollstreckungsmassnahmen können in dieser Zeit somit nicht wirksam sein. Ob der Entscheid nach kantonalem Prozessrecht rechtskräftig und vollstreckbar ist, spielt dabei keine Rolle. Das Bundesrecht schliesst für die genannte Zeit die Vollstreckung generell aus. Der Hinweis des Gläubigers auf BGE 130 III 652 vermag daran nichts zu ändern: In genanntem Entscheid war zwar das Fortsetzungsbegehren verfrüht, die Vollstreckungshandlung selber erfolgte jedoch nicht innerhalb einer Sperrfrist, sondern erst nach deren Ablauf (vgl. ebenso Camera esecuzioni e fallimenti (TI), Entscheid vom 30. November 1990, E. 3).

Entgegen den Vorbringen des Gläubigers geht die Kammer indessen davon aus, dass es sich bei der Zustellung der Konkursandrohung um eine in Art. 112 Abs. 2 BGG umschriebene Handlung der Vollstreckbarkeit handelt. Eine Konkursandrohung ist eine definitive Vollstreckungsmassnahme (Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs (BL), Entscheid vom 10. Februar 2003, E. 2 [publiziert in BISchK 2006 S. 25ff.]; siehe auch OTTOMANN, a.a.O., N 7 zu Art. 159), die dem Schuldner eine letzte Möglichkeit einräumt, die in Betreibung gesetzte Forderung innert 20 Tagen zu begleichen.

10. Die Anwendbarkeit von Art. 112 Abs. 2 BGG ist somit zu bejahen. Bei der Zustellung der Konkursandrohung handelt es sich zudem um eine Vollstreckungsmassnahme, welche gemäss dieser Gesetzesbestimmung solange unterbleiben soll, bis die 30-tägige Frist unbenützt abgelaufen oder die vollständige Ausfertigung des Urteils eröffnet worden ist. Es bleibt somit die Frage zu prüfen, welche Konsequenzen die fehlende Vollstreckbarkeit der Konkursandrohung hat.

Keine Rolle spielt in casu die Frage, ob die Konkursandrohung, falls sie nicht erlassen werden durfte, nichtig oder bloss anfechtbar ist, da sie innert der Beschwerdefrist angefochten wurde. Entscheidend ist, ob die Konkursandrohung erlassen werden durfte, aber in ihrer Wirksamkeit gehemmt ist, oder ob sie gar nicht erlassen werden durfte. Hier stellt sich die Frage nach der Bedeutung des Vollstreckungsaufschubs gemäss Art. 112 Abs. 2 BGG im Vergleich zu anderen Hindernissen der Vollstreckbarkeit, nämlich aufschiebender Wirkung einer

Rechtsmittelfrist beziehungsweise Hängigkeit eines Rechtsmittels oder einer Aberkennungsklage einerseits (Folge der Nichtigkeit: BGE 101 III 40 E. 1) und Betreibungsferien andererseits (Folge des Aufschubs: BGE 121 III 284 E. 2b). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin betreibungsrechtliche Beschwerde erhoben, in einem Zeitpunkt, als die Frist gemäss Art. 112 Abs. 2 BGG noch am Laufen war und der Entscheid des Gerichtspräsidenten 1 des Gerichtskreises XX vom 11. Mai 2009 daher noch nicht vollstreckbar war. Die Beschwerdeführerin hat es aber unterlassen, gleichzeitig auch eine vollständige Ausfertigung dieses Entscheides zu verlangen, damit hat sie konkludent auf das Erheben einer Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht verzichtet. Dadurch erwuchs der Entscheid des Gerichtspräsidenten 1 des Gerichtskreises XX vom 11. Mai 2009 in Rechtskraft und seine Vollstreckbarkeit war hergestellt. Deshalb wurde aber auch die Konkursandrohung wirksam. Nichtigkeit einer Vollstreckungshandlung liegt - ausser in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen - nur ausnahmsweise vor, wenn nach den Umständen das System der Anfechtbarkeit nicht den notwendigen Schutz verleiht (COMETTA in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel 1998, SchKG I, N 9 zu Art. 22). Der vorliegende Verfahrensfehler wiegt nicht derart schwer, dass in casu keine Heilung dieses Fehlers eintreten könnte.

11. Aus den Darlegungen erhellt, dass die Konkursandrohung in der Betreibung Nr. 123 des Betreibungs- und Konkursamtes B, Dienststelle P., nicht nichtig ist.

(...)

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.