

Etwas zu stark hat das Bundesgericht auch die Wirkung der Frist von Art. 699 Abs. 2/Art. 958 Abs. 3 OR gewichtet. Es ist ständige Praxis und herrschende Lehre, dass die dort verankerte sechsmonatige Frist nicht im Voraus mittels Statutenbestimmung verlängert werden kann. Wird jedoch in einem konkreten Anwendungsfall die ordentliche Generalversammlung erst sieben oder acht Monate nach dem Bilanzstichtag durchgeführt, beeinträchtigt dies deren Beschlüsse oder die Unterlagen der Rechnungslegung und der Revision nicht.¹⁸ Auch würden vereinzelte Verstösse von Unternehmen gegen die Frist nicht dazu führen, dass Art. 699 Abs. 2/Art. 958 Abs. 3 OR toter Buchstabe würde.

Das Bundesgericht hätte m.E. also auch Rechtssicherheit schaffen können, ohne dabei zahlreiche Unternehmen zu überfordern, wenn es die Ausübung der Minderheiten-/Einzelrechte z.B. bis drei Monate vor dem Bilanzstichtag oder sogar während des gesamten Geschäftsjahrs zugelassen hätte.

C. Modifikationen in den Statuten

Die vom Bundesgericht festgelegte sechsmonatige Frist ist zwingender Natur. Sie kann von der Mehrheit der Gesellschafter oder vom obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan nicht verkürzt werden. Dies würde dem Zweck der Minderheiten-/Einzelrechte zuwiderlaufen und entspräche nicht dem bundesgerichtlichen Auslegungsergebnis, das entsprechende Rechtssicherheit schaffen wollte.

Zur Stärkung der Minderheiten-/Einzelrechte kann die Mehrheit der Gesellschafter in den Statuten eine längere Frist für deren Ausübung hinsichtlich des laufenden Geschäftsjahrs verankern (Bsp.: die Frist zur Ausübung läuft bis drei Monate vor dem Bilanzstichtag). Dies läuft der vom Bundesgericht beabsichtigten Schaffung von Rechtssicherheit nicht zuwider, da die Statuten allen am Unternehmen beteiligten Personen u.a. beim kantonalen Handelsregisteramt zugänglich sind.

Ebenfalls weiterhin zulässig ist es, dass die Statuten eine Pflicht für das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan vorsehen, jährlich neben dem Abschluss gemäss OR einen zusätzlichen Abschluss nach anerkanntem Standard zu erstellen. In einem solchen Fall würde sich die jährliche Ausübung der Minderheiten-/Einzelrechte erübrigen.

6. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht/ Organisation judiciaire et procédure

6.6. Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht/ Exécution forcée et faillite

Die Frist nach Art. 166 Abs. 2 SchKG

Besprechung von BGer, 5A_190/2023, 3.8.2023 (zur Publikation vorgesehen)

Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_190/2023 vom 3. August 2023 (zur Publikation vorgesehen), A SA gegen B, Konkursöffnung.



DUSAN KNEZEVIC*



DORIANA MAZZEI**

Die provisorische Rechtsöffnung und die Aberkennungsklage sorgen immer wieder für Gesprächsstoff, insbesondere wenn es um Fristen(berechnung) geht. In diesem zur Publikation vorgesehenen Urteil 5A_190/2023 vom 3. August 2023 kam das Bundesgericht zum Schluss, dass ein Gläubiger ab Zustellung des Rechtsöffnungsentscheids die Fortsetzung der Betreibung verlangen kann, unabhängig davon, ob es sich um eine provisorische oder um eine definitive Rechtsöffnung handelt. Dies führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit, weil bei der provisorischen Rechtsöffnung der Nachweis, dass eine Aberkennungsklage nicht erhoben oder rechtskräftig abgewiesen wurde, nicht (mehr) verlangt wird. Nach Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung ist im Hinblick auf das Fortsetzungsbegehren nun sowohl für die Betreibungsämter, für die Betreibenden als auch für die Betriebenen unklar, wie sie vorgehen sollen.

I. Sachverhalt

Am 4. September 2020 liess B (Gläubiger) der A SA (Schuldnerin) einen Zahlungsbefehl über CHF 600'000

¹⁸ Vgl. RINO SIFFERT/FLORIAN ZIHLER, Handelsregisterrecht, Entwicklungen 2009, Bern 2010, 100, mit zahlreichen Referenzen.

* DUSAN KNEZEVIC, MLaw, Rechtsanwalt, Holenstein Brusa Ltd, Zürich.

** DORIANA MAZZEI, MLaw, Rechtsanwältin, Holenstein Brusa Ltd, Zürich.

zzgl. Zinsen zustellen. Die A SA erhob Rechtsvorschlag gegen den Zahlungsbefehl. Am 11. September 2020 reichte B ein Gesuch um provisorische Rechtsöffnung ein. Mit Beschluss vom 23. Februar 2021 wurde die provisorische Rechtsöffnung erteilt. Dieser Entscheid wurde den Parteien zunächst einzig im Dispositiv eröffnet. Der begründete Entscheid wurde am 16. April 2021 an die Parteien versandt. Eine Kopie dieses Entscheids enthält einen Nassstempel vom 26. Mai 2021, der bestätigt, dass kein Rechtsmittel eingelegt wurde. Am 3. und am 30. Juni 2021 bescheinigten das Bezirksgericht Broye und Nord vaudois und die kantonale *Chambre patrimoniale*, dass bei ihnen keine Aberkennungsklage eingereicht wurde.

Nachdem B die Fortsetzung der Betreibung beantragt hatte, wurde der A SA am 14. Juli 2022 die Konkursandrohung zugestellt. B stellte am 2. August 2022 ein Konkursbegehren gegen die A SA. Am 6. September 2022 eröffnete das Bezirksgericht Broye und Nord vaudois den Konkurs über die A SA. Gegen diesen Entscheid erhob die A SA Beschwerde. Mit Eingabe vom 22. November 2022 zog B das Konkursbegehren zurück. Mit Entscheid vom 30. Dezember 2022, welcher am 6. Februar 2023 an die Parteien versandt wurde, wies die *Cour des poursuites et faillites* des Kantonsgerichts Waadt (nachfolgend die «Vorinstanz») die Beschwerde der A SA ab. Gegen diesen Entscheid erhob die A SA am 6. März 2023 vor Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen (Poststempel: 7. März 2023).

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Die Vorinstanz hielt fest, die 15-monatige Frist zur Stellung des Konkursbegehrens gemäss Art. 166 Abs. 2 SchKG sei, unter Berücksichtigung des Fristenstillstands vom 11. September 2020 bis zum 6. Mai 2021 (20 Tage nach dem Versand des begründeten Rechtsöffnungsentscheids an die Parteien), am 30. September 2022 abgelaufen. Das Konkursbegehren der Gläubigerin vom 2. August 2022 sei somit rechtzeitig gestellt worden. Die A SA (Beschwerdeführerin) machte geltend, dass die Frist gemäss Art. 166 Abs. 2 SchKG am 29. Juli 2022 abgelaufen und dass das am 2. August 2022 gestellte Konkursbegehren somit verspätet sei.

Das Recht des Gläubigers, beim Konkursgericht das Konkursbegehren zu stellen, erlischt 15 Monate nach der Zustellung des Zahlungsbefehls. Bei Erhebung eines Rechtsvorschlags steht die Frist zwischen der Einleitung und der Erledigung eines dadurch veranlassten gerichtlichen Verfahrens still (Art. 166 Abs. 2 SchKG). Gemäss Bundesgericht ist unter einem solchen gerichtlichen

Verfahren ein Verfahren zu verstehen, welches auf die Beseitigung des Rechtsvorschlags abzielt, d.h. ein Anerkennungsverfahren i.S.v. Art. 79 und Art. 279 SchKG, ein Verfahren der provisorischen oder definitiven Rechtsöffnung i.S.v. Art. 80 ff. SchKG, ein Aberkennungsverfahren i.S.v. Art. 83 Abs. 2 SchKG, ein Verfahren um Feststellung neuen Vermögens i.S.v. Art. 265a SchKG und ein Beschwerdeverfahren, welches gegen die Konkursandrohung eingeleitet und mit aufschiebender Wirkung versehen wurde. Unter «Erledigung eines dadurch veranlassten gerichtlichen Verfahrens» ist ein *vollstreckbarer* gerichtlicher Entscheid zu verstehen.

Im vorliegenden Fall hatte der Gläubiger die Frist von 15 Monaten durch die Einreichung des Gesuchs um provisorische Rechtsöffnung unterbrochen und die *erste Frage*, welche sich stellte, war, *wann genau die 15-monatige Frist wieder zu laufen begonnen hatte*, d.h., ab Zustellung des Rechtsöffnungsentscheids oder zehn Tage (Beschwerdefrist gemäss Art. 321 Abs. 2 i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO) bzw. 20 Tage (Frist für die Aberkennungsklage gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG) nach Zustellung des Rechtsöffnungsentscheids.

Der Rechtsöffnungsentscheid ist (nur) mit Beschwerde anfechtbar (Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO). Die Beschwerde, als ausserordentliches Rechtsmittel, hemmt die (formelle) Rechtskraft und die Vollstreckung des angefochtenen Entscheids nicht (Art. 325 Abs. 1 ZPO). Ein Rechtsöffnungsentscheid wird mit seiner Zustellung an die Parteien vollstreckbar, es sei denn, die mit einer Beschwerde befasste Rechtsmittelinstanz schiebt die Vollstreckbarkeit auf (vgl. Art. 325 Abs. 2 und Art. 336 Abs. 1 lit. a ZPO). Das Bundesgericht schloss daraus, dass der Gläubiger *ab Zustellung des Rechtsöffnungsentscheids die Fortsetzung der Betreibung verlangen und eine Konkursandrohung zustellen lassen kann*, unabhängig davon, ob es sich um eine provisorische oder um eine definitive Rechtsöffnung handelt.

Da der Gläubiger ab Zustellung des Rechtsöffnungsentscheids die Konkursandrohung verlangen kann, endet der Fristenstillstand nach Art. 166 Abs. 2 SchKG in diesem Zeitpunkt. Es besteht *keine Veranlassung, diesen Stillstand bis zum Ablauf der zehntägigen Frist für die Beschwerde gegen den Rechtsöffnungsentscheid* (es sei denn, der Beschwerde wird die aufschiebende Wirkung erteilt) oder bis zum Ablauf der zwanzigtägigen Frist für die Aberkennungsklage (nach erfolgter provisorischer Rechtsöffnung; Art. 83 Abs. 2 SchKG) *zu verlängern*. Erst ab Einleitung einer (allfälligen) Aberkennungsklage bis zum rechtskräftigen Aberkennungsentscheid steht die Frist von Art. 166 Abs. 2 SchKG erneut still.

Im vorliegenden Fall stellte sich eine *zweite* Frage und zwar, ob unter «Zustellung des Rechtsöffnungsentscheids» die Zustellung des *unbegründeten* oder des *begründeten* Entscheids zu verstehen sei. Das Bundesgericht rief zunächst seine Rechtsprechung in Erinnerung, nach welcher ein zweitinstanzlicher kantonalen Entscheid, welcher den Parteien einzig im Dispositiv eröffnet worden ist, vor der Zustellung des begründeten Entscheids nicht vollstreckt werden kann. Es wies anschliessend darauf hin, dass in der Lehre *kontrovers* diskutiert werde, ob dieser Grundsatz analog auch auf Entscheide *erstinstanzlicher* kantonalen Gerichte anzuwenden sei. Mit der Revision der ZPO, welche am 1. Januar 2025 in Kraft treten wird, werden die aktuellen Meinungsdivergenzen wegfallen. Ein ohne schriftliche Begründung eröffneter Entscheid ist vollstreckbar, wenn er rechtskräftig ist und das Gericht die Vollstreckbarkeit nicht aufgeschoben hat (Art. 336 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 lit. a nZPO) oder wenn er noch nicht rechtskräftig ist, jedoch die vorzeitige Vollstreckbarkeit bewilligt worden ist (Art. 336 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 lit. b nZPO). Der Gesetzgeber hat beschlossen, dass die Rechtsmittelinstanz (vor Einreichung des Rechtsmittels) über die Aufschiebung der Vollstreckbarkeit eines erstinstanzlichen *unbegründeten* Urteils entscheidet. Bei heutiger Rechtslage war es nicht bundesrechtswidrig, dass die Vorinstanz nicht auf das Datum des Dispositivs des Rechtsöffnungsentscheids, sondern auf jenes des begründeten Entscheids abstellte, um zu bestimmen, wann der Fristenstillstand nach Art. 166 Abs. 2 SchKG endete.

Gestützt auf die obigen Ausführungen entschied das Bundesgericht, der Fristenstillstand nach Art. 166 Abs. 2 Satz 2 SchKG, welcher am 11. September 2020 begann, *endete* im Zeitpunkt der Zustellung des *begründeten* Rechtsöffnungsentscheids (Datum unbekannt) und *begann* am nächsten Tag *erneut* zu laufen. Die 15-monatige Frist zur Stellung des Konkursbegehrens nach Art. 166 Abs. 2 Satz 1 SchKG wurde in der Folge *nicht mehr unterbrochen*, da keine Aberkennungsklage eingereicht wurde. Da der vorinstanzliche Entscheid *keine Feststellungen zum Datum der Zustellung des begründeten Rechtsöffnungsentscheids* enthielt, sondern lediglich das Datum der Versendung an die Parteien, welches irrelevant war, war das Bundesgericht nicht in der Lage zu prüfen, ob das Konkursbegehren rechtzeitig gestellt wurde. Die Sache wurde zwecks Vervollständigung des Sachverhalts an die Vorinstanz zurückgewiesen.

III. Bemerkungen

A. Definitive Beseitigung des Rechtsvorschlags

Bereits im Jahr 1895 hat der Bundesrat entschieden, dass «[a]ls Zeitpunkt der *gerichtlichen Erledigung der Klage* (auf Anerkennung der Forderung oder Beseitigung des Rechtsvorschlags) im Sinne von B.-G. 88, Abs. 2, 154, Abs. 1 und 166, Abs. 2 [...] der Zeitpunkt zu verstehen [ist], von dem an der Gläubiger in der Lage war, sich beim Betreibungsamt über die erfolgte Beseitigung des Rechtsvorschlags auszuweisen [...]».¹ Damit stellt sich die Frage, ob ein provisorischer Rechtsöffnungstitel als Ausweis genügt.

Die Fortsetzung der Betreibung kann nur verlangt werden, wenn ein *rechtskräftiger* Zahlungsbefehl vorliegt. Hat der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben, so kann die Betreibung nur fortgesetzt werden, wenn ein Gerichtsurteil den Rechtsvorschlag *ausdrücklich* beseitigt.² Dieses Urteil muss *vollstreckbar* (nicht rechtskräftig) sein.³ Gemäss Art. 336 Abs. 1 ZPO ist ein Urteil vollstreckbar, wenn (lit. a) der Entscheid rechtskräftig ist und das Gericht die Vollstreckung nicht aufgeschoben hat oder (lit. b) noch nicht rechtskräftig ist, jedoch die vorzeitige Vollstreckung bewilligt wurde.⁴ Mit anderen Worten: Die Berufung als ordentliches Rechtsmittel hat aufschiebende Wirkung (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Entscheide, welche mit Berufung angefochten werden können, treten in Rechtskraft und werden nach Ablauf der Rechtsmittelfrist oder mit dem Entscheid der oberen kantonalen Instanz vollstreckbar.⁵ Die Beschwerde als ausserordentliches Rechtsmittel hat keine aufschiebende Wirkung (Art. 325 Abs. 1 ZPO).

*Beschwerdefähige Entscheide treten in Rechtskraft und werden bereits mit der Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheids vollstreckbar.*⁶ Sowohl die definitive als auch die provisorische Rechtsöffnung können nur

¹ ALFRED BRÜSTLEIN, Entscheid des Bundesrates vom 16. Dezember 1895 in Sachen Martinelli, Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs, Fünfter Band, Jahrgang 1896, Bern, Nr. 38, 98–101.

² BSK SchKG I-SIEVI, Art. 88 N 6, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer/Franco Lorandi (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2021 (zit. BSK SchKG I-Verfasser).

³ BGer, 5A_78/2017, 18.5.2017, E. 2.2; 5A_579/2022, 1.5.2023, E. 4.1; BSK SchKG I-SIEVI (FN 2), Art. 88 N 6.

⁴ BGer, 5A_78/2017, 18.5.2017, E. 2.2; BSK SchKG I-SIEVI (FN 2), Art. 88 N 6.

⁵ CHRISTOF BERGAMIN, Rechtskraft und Vollstreckbarkeit: Wann ist ein Rechtsvorschlag definitiv beseitigt?, BLSchK 2020, 149 ff., 151 f.

⁶ BERGAMIN (FN 5), 152.

mit der Beschwerde angefochten werden, entsprechend werden *Rechtsöffnungsentscheide sofort rechtskräftig und vollstreckbar*, es sei denn, die Rechtsmittelinstanz würde durch Gewährung der aufschiebenden Wirkung die Vollstreckbarkeit aufschieben (vgl. Art. 325 Abs. 2 ZPO).⁷ Demzufolge verfügt der Gläubiger im Zeitpunkt der Eröffnung des Rechtsöffnungsentscheids (unabhängig davon, ob provisorisch oder definitiv) grundsätzlich über einen vollstreckbaren Entscheid. Es besteht kein Anlass, eine Rechtskraftbescheinigung des Rechtsöffnungsentscheids zu verlangen, da sich die Rechtskraft klar aus dem Gesetz ergibt.⁸ Gemäss Bundesgericht kann der Gläubiger nach Erhalt des Rechtsöffnungsentscheids die Betreuung fortsetzen (E. 6.3.1 f.). Ab diesem Zeitpunkt, von dem an der Gläubiger bescheinigen kann, dass er über einen vollstreckbaren Rechtsöffnungsentscheid verfügt, laufen die Verwirkungsfristen wieder.⁹ Sofern sich der Schuldner gegen die provisorische Rechtsöffnung wehrt, steht die Frist wieder still. Bei einer Beschwerde, welcher aufschiebende Wirkung erteilt wurde, steht die Frist *ex tunc* still, bei der Aberkennungsklage *ex nunc* (E. 6.3.3).

Die bundesrichterlichen Ausführungen erscheinen *prima facie* nachvollziehbar und korrekt. Bei näherer Betrachtung überzeugen sie jedoch nicht.¹⁰

Erstens stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber tatsächlich zwei verschiedene Zeitpunkte für den (neuen) Fristenstillstand beabsichtigt hat. Namentlich läuft bei der Beschwerde mit aufschiebender Wirkung in der Zwischenphase keine Frist nach Art. 166 Abs. 2 SchKG, bei Erhebung der Aberkennungsklage läuft die Frist nach Art. 166 Abs. 2 SchKG hingegen für den Zeitraum zwischen Rechtsöffnungsentscheid und Erhebung der Aberkennungsklage weiter und steht erst ab Erhebung der Aberkennungsklage wieder still.

Zweitens stützt sich das Bundesgericht nur auf Entscheide, in denen die Rechtsöffnung von Anfang an definitiv war¹¹ oder im Verlauf definitiv geworden war¹². Ein einziger zitierter Entscheid betrifft die provisorische Rechtsöffnung, wobei dieser Entscheid vom Bundesgericht als nicht anwendbar eingestuft wird.¹³

Drittens verkennt das Bundesgericht, dass obwohl der Entscheid über die provisorische Rechtsöffnung sofort rechtskräftig und vollstreckbar ist, er den Rechtsvorschlag gerade nicht definitiv beseitigt (es heisst nicht umsonst provisorisch).¹⁴ Die provisorische Rechtsöffnung beseitigt den Rechtsvorschlag gerade nur *bedingt*¹⁵ und nicht definitiv, wie es für die Fortsetzung der Betreuung aber notwendig ist.¹⁶ Es ist daher nicht nachvollziehbar, weshalb die Betreuung dennoch fortgesetzt werden kann. Bereits BLUMENSTEIN hielt im Jahr 1911 unseres Erachtens richtigerweise fest, dass für die Fortsetzung der Betreuung der Zahlungsbefehl nicht durch Rechtsvorschlag gehemmt sein darf bzw. für die Beseitigung des Rechtsvorschlags *«kommt die provisorische Rechtsöffnung so lange nicht in Betracht, als nicht feststeht, dass eine Aberkennungsklage seitens des Schuldners nicht erhoben oder aber vom Gericht abgewiesen worden ist»*.¹⁷

Die Unterscheidung, ob es sich um einen provisorischen oder definitiven Rechtsöffnungsentscheid handelt, hat unseres Erachtens folglich Auswirkungen auf den Fortgang der Betreuung. Ist der Rechtsvorschlag definitiv beseitigt, kann die Betreuung fortgesetzt werden, und die 15-monatige Frist nach Art. 166 Abs. 2 SchKG läuft weiter. Ist der Rechtsvorschlag hingegen lediglich provisorisch beseitigt, kann die Betreuung (noch) nicht fortgesetzt werden. Solange die Betreuung durch den Gläubiger nicht fortgesetzt werden kann, kann die 15-monatige Frist nach Art. 166 Abs. 2 SchKG nicht weiterlaufen bzw. steht still.

B. Abwarten der Frist für die Aberkennungsklage

Die Aberkennungsklage stellt kein Rechtsmittel gegen den provisorischen Rechtsöffnungsentscheid dar, sie verlängert aber den provisorischen Charakter der Rechtsöffnung.¹⁸ Ihr Ausgang entscheidet über Fortgang oder

⁷ BGer 5A_579/2022, 1.5.2023, E. 4.2; 5A_375/2022, 31.8.2022, E. 5.1.4.2; BERGAMIN (FN 5), 153.

⁸ BGE 126 III 479 Regeste und E. 2.

⁹ BGE 106 III 51 E. 3.

¹⁰ Gl. M. FRANÇOISE BASTONS BULLETTI in Newsletter ZPO Online 2023, Nr. 13 N 6.

¹¹ BGE 126 III 479 E. 2a; 106 III 51 E. 3; BGer, 5A_78/2017, 18.5.2021, E. 2.2 f.

¹² BGer, 5A_703/2018, 1.5.2019, E. 4.3 f.

¹³ BGer, 5A_579/2022, 1.5.2023, E. 4.1 (siehe unten Ziff. B).

¹⁴ BSK SchKG I-STAEHELIN (FN 2), Art. 83 N 13.

¹⁵ BGE 122 III 36 E. 2; 126 III 204 E. 3.b; BGer, 7B.89/2002, 26.7.2002, E. 3.2.

¹⁶ BGE 128 III 383 E. 3; BSK SchKG I-STAEHELIN (FN 2), Art. 83 N 13 und Art. 84 N 85; BSK SchKG I-SIEVI (FN 2), Art. 88 N 7.

¹⁷ ERNST BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldbtreibungsrechtes, Bern 1911, § 27 Ziff. V und § 43 Ziff. II.1.

¹⁸ BGE 128 III 44 E. 4b; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbtreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013, § 19 N 93; SHK SchKG-ABBET, Art. 83 N 17, in: Stéphane Abbet/Ambre Veuillet (Hrsg.), Stämpfli Kommentar, La mainlevée de l'opposition, Commentaire des articles 79 à 84 LP, 2. A., Basel 2022 (zit. SHK SchKG-Verfasser); CR LP-SCHMIDT, Art. 83 N 4, in Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (éd.), Poursuite et faillite: Commentaire romand de la Loi fédérale sur la poursuite

Dahinfallen der Betreuung.¹⁹ Obsiegt der Aberkennungskläger, kann die Betreuung nicht fortgesetzt werden,²⁰ und die provisorische Pfändung fällt *ipso iure* dahin.²¹ Obsiegt der Aberkennungsbeklagte, werden die provisorische Rechtsöffnung und die provisorische Pfändung definitiv.²² Die provisorische Rechtsöffnung wird auch dann definitiv, wenn keine Aberkennungsklage erhoben wurde oder wenn ein Nichteintretensentscheid ergangen ist.²³

In einem kürzlich vorangehenden nicht publizierten Entscheid hielt das Bundesgericht fest, dass ein provisorischer Rechtsöffnungstitel erst nach Ablauf der 20-tägigen Frist der Aberkennungsklage vollstreckbar wird. «*A differenza di quanto avviene per il rigetto definitivo, tuttavia, l'esecutività del rigetto provvisorio dell'opposizione è acquisita soltanto se, entro il termine di 20 giorni dalla sua notifica (art. 83 cpv. 2 LEF), non è stata presentata azione di disconoscimento del debito oppure quando questa sia stata respinta o dichiarata irricevibile.*»²⁴ Das Bundesgericht wies auch auf den unterschiedlichen Fortgang der Betreuung zwischen einem provisorischen und einem definitiven Rechtsöffnungsentscheid hin: «*In presenza di una sentenza di rigetto definitivo dell'opposizione, immediatamente esecutiva [...], l'ufficio di esecuzione è legittimato a dar seguito immediatamente alle domande di continuazione dell'esecuzione [...], mentre se, come nel caso concreto, l'opposizione è stata rigettata in via provvisoria, occorre ancora che l'escutente dimostri che il termine per inoltrare l'azione di disconoscimento del debito è trascorso infruttuoso o che tale domanda è stata respinta, facendo così diventare definitivo il rigetto [...]*»²⁵

pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Bâle 2005 (zit. CR LP-Verfasser).

¹⁹ BGE 128 III 44 E. 4b; AMONN/WALTHER (FN 18), § 19 N 105.

²⁰ CR LP-SCHMIDT (FN 18), Art. 83 N 11.

²¹ BGE 76 III 1 E. 1; BGer, 7B.8/2006, 6.3.2006, E. 3.2.2; BSK SchKG I-STAEHELIN (FN 2), Art. 83 N 10.

²² BGer, 7B.8/2006, 6.3.2006, E. 3.2.2; BSK SchKG I-STAEHELIN (FN 2), Art. 83 N 10; AMONN/WALTHER (FN 18), § 19 N 105; SHK SchKG-ABBET (FN 18), Art. 83 N 12; CR LP-SCHMIDT (FN 18), Art. 83 N 22; BLUMENSTEIN (FN 17), § 27 Ziff. V.

²³ BGer, 5A_579/2022, 1.5.2023, E. 4.1.

²⁴ Übersetzung: Im Gegensatz zur definitiven Rechtsöffnung erlangt die provisorische Rechtsöffnung ihre Vollstreckbarkeit erst, wenn innert 20 Tagen nach der Zustellung (Art. 83 Abs. 2 SchKG) keine Aberkennungsklage erhoben wurde, diese abgewiesen wurde oder wenn ein Nichteintretensentscheid ergangen ist; BGer, 5A_579/2022, 1.5.2023, E. 4.1.

²⁵ Übersetzung: Bei Vorliegen eines definitiven Rechtsöffnungsentscheids, welcher sofort vollstreckbar ist [...], ist das Betreibungsamt berechtigt, sofort dem Fortsetzungsbegehren Folge zu leisten [...], wohingegen, wenn wie im vorliegenden Fall der Rechtsvorschlag provisorisch beseitigt wurde, der Gläubiger noch nachweisen muss, dass die Frist für die Erhebung einer Aberkennungsklage erfolglos

Im vorliegenden BGer 5A_190/2023 wird diese Auslegung als nicht auf diesen Fall anwendbar «abgestempelt», mit der Begründung, dass BGer 5A_579/2022 die Frage der Aufhebung einer Konkursandrohung behandle, welche zu einem Zeitpunkt eröffnet wurde, als ein Rechtsmittel gegen die provisorische Rechtsöffnung hängig war, aber bevor die Rechtsmittelinstanz diesem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung verliehen hatte.²⁶ Diese Argumentation überzeugt (ebenfalls) nicht. Die (überzeugenden) rechtlichen Auslegungen in BGer 5A_579/2022 im Zusammenhang mit der provisorischen Rechtsöffnung sind ausführlich und generell abstrakter Natur. Es ist nicht nachvollziehbar (und wurde vom Bundesgericht auch nicht begründet), weshalb *generell abstrakt* beantwortete Rechtsfragen nicht auf nachfolgende Entscheide Anwendung finden sollen.

BERGAMIN unterscheidet bei der provisorischen Rechtsöffnung zwischen der «Vollstreckbarkeit» und dem «Definitivwerden». Ein provisorischer Rechtsöffnungsentscheid wird gemäss BERGAMIN sofort vollstreckbar, die Betreuung kann aber erst fortgesetzt werden, wenn der Rechtsöffnungsentscheid definitiv geworden ist.²⁷ Aus diesem Grund muss beim Stellen des Fortsetzungsbegehrens bei der provisorischen Rechtsöffnung zusätzlich nachgewiesen werden, dass die Frist für die Aberkennungsklage verstrichen, die Aberkennungsklage abgewiesen oder darauf nicht eingetreten wurde.²⁸

Zusammenfassend: Während laufender 20-tägiger Frist für die Erhebung der Aberkennungsklage kann der Gläubiger die definitive Beseitigung des Rechtsvorschlags nicht «ausweisen». Kann er das Definitivwerden nicht nachweisen, kann die Betreuung mit Ausnahme der Sicherungsmassnahmen nicht fortgesetzt werden.²⁹ Solange die Betreuung nicht fortgesetzt werden kann, kann unseres Erachtens auch die Frist nach Art. 166 Abs. 2 SchKG nicht weiterlaufen. Diese beginnt demnach erst wieder zu laufen, wenn der Gläubiger nachweisen kann, dass keine

verstrichen ist oder dass die Aberkennungsklage zurückgewiesen wurde, so dass die Rechtsöffnung definitiv geworden ist [...]; BGer, 5A_579/2022, 1.5.2023, E. 4.2; betreffend *definitive* Rechtsöffnung siehe auch BGE 130 III 657 E. 2.1; 126 III 479 E. 2b; BGer, 5A_570/2010, 17.6.2011, E. 3.3.2.

²⁶ BGer, 5A_190/2023, 3.8.2023, E. 6.3.3 a. E.

²⁷ BERGAMIN (FN 5), 153.

²⁸ BGer, 5A_579/2022, 1.5.2023, E. 4.2; BSK SchKG I-STAEHELIN (FN 2), Art. 83 N 13 und Art. 84 N 85.

²⁹ BGer, 5A_496/2021, 10.2.2022, E. 2.3.1; BGE 128 III 383 E. 3; BSK SchKG I-STAEHELIN (FN 2), Art. 83 N 13 und Art. 84 N 85; BERGAMIN (FN 5), 153; ALEXANDER R. MARKUS/MARKUS WUFFLI, Rechtskraft und Vollstreckbarkeit: zwei Begriffe, ein Konzept?, ZBJV 151/2015, 105.

Aberkennungsklage eingeleitet oder dass diese rechtskräftig abgewiesen wurde.³⁰

C. Sicherungsmassnahmen: Provisorische Pfändung und Güterverzeichnis

Unter Berücksichtigung, dass im Zeitpunkt der Gewährung der provisorischen Rechtsöffnung noch Ungewissheit über den Bestand und Umfang der Forderung besteht, kann der Gläubiger für die Dauer des Schwebezustands (d.h. bis zum Zeitpunkt, in welchem feststeht, ob die Aberkennungsklage erhoben oder abgewiesen worden ist) Sicherungsmassnahmen mit rein *provisorischem* Charakter verlangen (Art. 83 Abs. 1 SchKG).³¹ In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, weshalb ein Gläubiger provisorische Sicherungsmassnahmen verlangen sollte, wenn er die Betreuung fortsetzen kann.

Als Sicherungsmassnahmen kommen gemäss Art. 83 Abs. 1 SchKG die provisorische Pfändung, wenn der Schuldner der Betreuung auf Pfändung unterliegt, oder die Aufnahme des Güterverzeichnisses, wenn der Schuldner der Betreuung auf Konkurs unterliegt, in Frage. Eine provisorische Konkursandrohung sowie eine provisorische Konkursöffnung gibt es nicht.³² Der Gläubiger kann gemäss Art. 118 SchKG, solange die Sicherungsmassnahme provisorisch ist, die Verwertung bzw. die Konkursandrohung *nicht* verlangen.³³ *E contrario* können die Sicherungsmassnahmen gerade und deshalb verlangt werden, weil die Fortsetzung der Betreuung zum Zwecke der Verwertung (noch) *nicht* verlangt werden kann.³⁴ Gleiches gilt für die Konkursöffnung. Da die Konkursöffnung schwere und irreversible Folgen hat, darf diese nur bei definitiver Beseitigung des Rechtsvorschlages verlangt werden.³⁵ Zusammenfassend erscheint es logisch, dass der Gesetzgeber nicht wollte, dass die Betreuung fortgesetzt werden kann, solange die Rechtsöffnung provisorisch ist und der Rechtsvorschlages nur bedingt beseitigt worden ist, weshalb er Sicherungsmassnahmen vorgesehen hat.

D. Unklare Rechtsfolgen in der Praxis

Gestützt auf den vorliegenden Entscheid werden die Betreibungsämter einem Fortsetzungsbegehren Folge leisten müssen, selbst wenn keine Bescheinigung vorliegt, dass die Aberkennungsklage nicht erhoben oder rechtskräftig abgewiesen worden ist. Dies entspricht diametral der bisherigen Praxis. Die Betreibungsämter verlangen (bzw. verlangten zumindest bis zum Erlass des besprochenen Urteils) bei einer provisorischen Rechtsöffnung immer den Nachweis, «*dass eine Aberkennungsklage nicht erhoben, zurückgezogen oder rechtskräftig abgewiesen worden ist*».³⁶ Dies ergibt sich unmissverständlich aus allen drei per Februar 2024 aktuellen und online verfügbaren Formularen für die Fortsetzung (in deutscher, französischer und italienischer Fassung).³⁷ Ohne diesen Nachweis wird bzw. wurde dem Fortsetzungsbegehren keine Folge geleistet.

Das Bundesgericht hat nun aber entschieden, dass ein solcher Nachweis nicht notwendig ist und dass das Betreibungsamt dem Fortsetzungsbegehren ab Zustellung des Rechtsöffnungsentscheids Folge leisten kann bzw. muss (E. 6.3.3). Dies führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit in zweierlei Hinsichten. *Einerseits* ist für die Betreibungsämter unklar, wie sie sich verhalten sollen, wenn nach Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung das Fortsetzungsbegehren *ohne Nachweis, dass eine Aberkennungsklage nicht erhoben oder aber vom Gericht abgewiesen wurde*, gestellt wird. Insbesondere stellt sich die Frage, ob sie das Fortsetzungsbegehren in diesen Fällen zurückweisen, bei sich als «pendent» halten, bis dieser Nachweis vorliegt, oder dem Fortsetzungsbegehren sofort Folge leisten sollen. *Andererseits* ist für den Betreibenden und für den Betriebenen unklar, wie sie vorgehen sollen. Stellt der Betreibende nach Erhalt des Rechtsöffnungsentscheids das *Fortsetzungsbegehren* und wird es vom Betreibungsamt *zurückgewiesen*, müsste er gegen diese Verfügung betreibungsrechtliche Beschwerde erheben. Dies insbesondere in den Fällen, in welchen nur noch einige Tage (z.B. 10 Tage) für das Stellen des Fortsetzungsbe-

³⁰ BSK SchKG I-STAEHELIN (FN 2), Art. 88 N 15.

³¹ BGE 122 III 36 E. 2; BLUMENSTEIN (FN 17), § 27 Ziff. V.

³² HANSJÖRG PETER, Art. 83 LP, art. 59 ss. LP. – Considérations sur la continuation, par voie de faillite, de la poursuite, après la mainlevée provisoire, BISchK 2023, 262 ff., 272 f.

³³ BLUMENSTEIN (FN 17), § 27 Ziff. V.

³⁴ BGE 128 III 383 E. 3; CR LP-SCHMIDT (FN 18), Art. 83 N 7; SHK SchKG-ABBET (FN 18), Art. 83 N 10; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Art. 88 N 14, in: Pierre-Robert Gilliéron (éd.), Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 1999; BASTONS BULLETTI (FN 10), N 6c.

³⁵ PETER (FN 32), 272 f.

³⁶ Formular Fortsetzungsbegehren, 2, Internet: <https://www.betreibungsschalter.ch/de/fortsetzungbegehren/> (Abruf 8.2.2024).

³⁷ Gleich im Formular auf Französisch: «*Justification qu'aucune action en libération de dette n'a été intentée, retirée ou définitivement rejetée dans le cas où seule une mainlevée provisoire a été ordonnée.*» und Italienisch: «*Attestazione che non è stata promossa un'azione di inesistenza del debito, oppure che, proposta simile azione è stata ritirata o respinta definitivamente, se l'opposizione è stata rigettata solo in via provvisoria.*»; siehe Formular Fortsetzungsbegehren, 2, Internet: <https://www.betreibungsschalter.ch/de/fortsetzungbegehren/> (Abruf 8.2.2024).

gehens übriggeblieben sind, da ansonsten der Betreibende der Gefahr ausgesetzt ist, dass die Verwirkungsfrist von Art. 88 Abs. 2 SchKG abläuft. *Leistet* hingegen das Betreibungsamt *dem Fortsetzungsbegehren Folge* (und stellt die Konkursandrohung aus) und erhebt der Betriebsbene gleichzeitig Beschwerde gegen den Rechtsöffnungsentscheid, welcher aufschiebende Wirkung (noch) nicht erteilt wurde, müsste der Betriebsbene gegen die Konkursandrohung betriebsrechtliche Beschwerde erheben. In

beiden Konstellationen könnte dies zu einer Flut von betriebsrechtlichen Beschwerden führen, was bestimmt nicht vom Bundesgericht gewollt war. Unserer Meinung nach hatte das Bundesgericht einen guten Ansatz i.S. einer einfachen Lösung verfolgt und dabei die nachteiligen Folgen dieser Lösung für die Praxis zu wenig bis gar nicht in Betracht gezogen. Mit dem ergangenen Urteil ist eins klar, und zwar, dass dessen Umsetzung in der Praxis neue Stolpersteine schafft.

Anzeige

Adrian Feller

Schutz vor sexueller Belästigung im schweizerischen Arbeitsrecht

Inwieweit sind in der Schweiz Arbeitgebende gegenüber ihren Arbeitnehmenden zur Gewährleistung von Schutz vor sexueller Belästigung verpflichtet? Diese Masterarbeit verschafft einen Überblick über die Rechtsgrundlagen, untersucht Schwierigkeiten, die sich in der Praxis stellen und zeigt mögliche Lösungen auf.

Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen (RiU), Band 58
2024, 104 Seiten, broschüriert
ISBN 978-3-03891-680-2
CHF 46.–

Mit praktischer
Übersicht und
Merkblatt-Vorlage

RiU – LfE
Band 58Recht in privaten und
öffentlichen Unternehmen

Roland Müller / Thomas Geiser / Kurt Pärli (Hrsg.)

Law for Private and Public Enterprises

Adrian Feller

Schutz vor sexueller
Belästigung
im schweizerischen
ArbeitsrechtDIKE 