

Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 aSchKG. – Die Betreibungsämter sind nach der per 1. Januar 2008 erfolgten Aufhebung von Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 aSchKG, gemäss welchem geschäftsführende Mitglieder einer GmbH der Konkursbetreibung unterliegen, nicht verpflichtet, vor dem 1. Januar 2008 eingeleitete Betreibungsverfahren, in denen dem Betreibungsschuldner die Konkursandrohung zugestellt wurde, von Amtes wegen als Betreibungen auf Pfändung fortzusetzen.

Aus den Erwägungen:

2. In dem von der Beschwerdeführerin zitierten Urteil vom 2. Oktober 2008 hielt das Bundesgericht fest, dass nach der Aufhebung von Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG bzw. nach dem 1. Januar 2008 über ein geschäftsführendes Mitglied einer GmbH kein Konkurs zu eröffnen sei, unabhängig von den vor diesem Zeitpunkt ergangenen Verfahrensschritten, wie beispielsweise der Zustellung des Zahlungsbefehls oder der Konkursandrohung (BGE 135 III 14 ff.). Diesen Entscheid bestätigte das Bundesgericht im Urteil Nr. 5A_453/2008 vom 2. Dezember 2008. Die Frage, wie zu verfahren ist, wenn einem solchen Betreibungsschuldner vor dem 1. Januar 2008 die Konkursandrohung zugestellt wurde, liess das Bundesgericht allerdings offen. Insbesondere äusserte es sich nicht dazu, ob in einem solchen Fall die im Jahr 2007 ergangene Konkursandrohung nach der per Anfang 2008 erfolgten Aufhebung von Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG durch eine Pfändungsankündigung ersetzt werden kann. Die Beschwerdeführerin, welche eine solche «Umwandlung» beantragt, argumentiert, eine Ablehnung der Umwandlung hätte zur Folge, dass weder das Konkursbegehren gestellt noch die Pfändung vollzogen werden könnte, so dass der Betreibungsgläubiger ohne sein Verschulden das ganze Betreibungsverfahren nochmals von vorne einleiten müsste. Die Beschwerdeführerin weist damit auf die für einen Betreibungsgläubiger unbefriedigende Situation hin, falls eine «Umwandlung» der Konkursandrohung in eine Pfändungsankündigung nicht möglich wäre. Ob deswegen eine solche Umwandlung möglich sein muss, kann offen gelassen werden. Zu weit geht die Beschwerdeführerin jedenfalls, wenn sie verlangt, dass das von ihr eingeleitete Betreibungsverfahren von Amtes wegen ohne entsprechenden Antrag als Pfändungsverfahren hätte fortgesetzt werden müssen. Es liegt im Wesen des Schuldbetreibungsrechts, dass der Fortgang des Zwangsvollstreckungsverfahrens von der Initiative des Betreibungsgläubigers abhängt. Es ist denn auch nahe liegend, dass sich der Betreibungsgläubiger aufgrund seiner Interessenlage selber um das Schicksal des Verfahrens kümmert. Zu berücksichtigen ist sodann, dass Betreibungsverfahren aus mannigfaltigen Gründen nicht fortgesetzt werden. Beispielsweise verzichtet ein Betreibungsgläubiger auf die Eintreibung einer Forderung, weil vom Betreibungsschuldner ohnehin nichts zu holen ist. Ferner kann der Betreibungsschuldner den Betreibungsgläubiger unter dem Druck

der drohenden Pfändung oder des drohenden Konkurses von sich aus direkt befriedigt haben. Daraus erhellt, dass das Betreibungsamt über die Gründe, weshalb ein Betreibungsverfahren nicht fortgesetzt wird, in aller Regel nicht orientiert ist. Unter diesen Umständen geht es nicht an, dass das Betreibungsamt ohne nähere Kenntnis der Verfahrensumstände von Amtes wegen für die Fortsetzung eines hängigen Betreibungsverfahrens sorgt. Demnach war das Betreibungsamt X. auch nicht verpflichtet, die am 13. Dezember 2007 an den Schuldner zugestellte Konkursandrohung, die nach der auf den 1. Januar 2008 erfolgten Aufhebung von Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG nicht mehr zur Stellung des Konkursbegehrens berechnete, von Amtes wegen durch eine Pfändungsankündigung zu ersetzen. Daran ändert auch nichts, dass die Beschwerdeführerin, wie sie geltend macht, am 7. Dezember 2007 fristgemäss das Fortsetzungsbegehren gestellt habe. Dieses Gesuch hat das Betreibungsamt X. behandelt, als es dem Schuldner in Übereinstimmung mit dem damals gültigen Recht am 13. Dezember 2007 die Konkursandrohung vom 11. Dezember 2007 zustellte. Als diese Konkursandrohung nach der per 1. Januar 2008 erfolgten Aufhebung von Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG nicht mehr zur Konkurseröffnung berechnete, wäre es damit an der Beschwerdeführerin gewesen, sich um eine anderweitige Fortsetzung des Betreibungsverfahrens zu kümmern. Keinesfalls oblag es dem Betreibungsamt X. aufgrund des am 7. Dezember 2007 gestellten Fortsetzungsbegehrens, dem es Mitte Dezember 2007 in Nachachtung des damals gültigen Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG mit der Ausstellung der Konkursandrohung entsprochen hatte, nach der Gesetzesnovelle vom 1. Januar 2008 von Amtes wegen die Konkursandrohung durch den Erlass einer Pfändungsankündigung zu ersetzen. Damit stellt sich einzig die Frage, ob das Betreibungsamt X. verpflichtet gewesen wäre, diese «Umwandlung» aufgrund des von der Beschwerdeführerin am 5. Februar 2009 gestellten Antrags vorzunehmen. Wie nachfolgend ausgeführt wird, ist diese Frage letztlich zu verneinen.

3.1 Ist die Betreuung nicht durch Rechtsvorschlag oder durch gerichtlichen Entscheid eingestellt worden, so kann der Gläubiger frühestens 20 Tage nach der Zustellung des Zahlungsbefehls das Fortsetzungsbegehren stellen (Art. 88 Abs. 1 SchKG). Dieses Recht 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 Verwaltungsverfahrens still (Art. 88 Abs. 2 SchKG). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts läuft die Frist zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens nach der Einleitung eines Rechtsöffnungsverfahrens nicht, solange der Gläubiger nicht in den Besitz einer Urkunde gelangen kann, welche das Rechtsöffnungsurteil als vollstreckbar erklärt (BGE 106 III 51 E. 3).

3.2 Der betreibende Gläubiger verwirkt sein Recht, die Fortsetzung der Betreibung zu verlangen, wenn er die vorerwähnte Frist ungenutzt verstreichen lässt. Der Zahlungsbefehl verliert seine Gültigkeit und die Betreibung fällt dahin. Die gestützt auf ein verspätetes Begehren vollzogene Pfändung ist nichtig und der Schuldner kann die Fortsetzungshandlungen gestützt auf Art. 17 SchKG anfechten (vgl. André E. Lebrecht, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Basel/Genf/München 1998, N 21 zu Art. 88 mit Hinweisen).

3.3 Im vorliegenden Fall stellte das Betreibungsamt X. dem Schuldner den Zahlungsbefehl Nr. ... am 21. Juni 2007 zu. Nach erfolgtem Rechtsvorschlag ersuchte die Beschwerdeführerin am 12. Juli 2007 beim Rechtsöffnungsrichter am Kantonsgerichtspräsidium um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung. Mit Urteil vom 31. Oktober 2007, das der Beschwerdeführerin am 2. November 2007 zugestellt worden war, hiess der Rechtsöffnungsrichter dieses Gesuch im Wesentlichen gut. Gegen dieses Urteil wurde weder innert der 10-tägigen Rechtsmittelfrist (§ 210 Abs. 1 ZPO) bei der Justizkommission des Obergerichts Beschwerde erhoben, noch reichte der Schuldner innert der 20-tägigen Frist (Art. 83 Abs. 2 SchKG) Aberkennungsklage beim Kantonsgericht ein. Am 7. Dezember 2007 stellte die Beschwerdeführerin das Fortsetzungsbegehren, worauf das Betreibungsamt X. dem Schuldner am 13. Dezember 2007 die Konkursandrohung zustellte. In der Folge wartete die Beschwerdeführerin über ein Jahr zu, bevor sie am 5. Februar 2009 beim Betreibungsamt X. die «Umwandlung» der Konkursandrohung in eine Pfändungsankündigung beantragte. Zu diesem Zeitpunkt war die einjährige Verwirkungsfrist gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG, die zwar während des Rechtsöffnungsverfahrens still gestanden war, bereits seit längerem abgelaufen. Demgemäss hatte der Zahlungsbefehl Nr. ... seine Gültigkeit verloren und die fragliche Betreibung war dahin gefallen. Aus diesem Grund durfte das Betreibungsamt X. dem Gesuch um Umwandlung der Konkursandrohung vom 11. Dezember 2007 in eine Pfändungsankündigung nicht entsprechen. Die fragliche Pfändungsankündigung wäre nichtig gewesen.

Justizkommission, 31. März 2009