

gleichs vorbehaltlos zurück. Damit liegt der vom Betreibungsamt Y. ausgestellten Konkursandrohung ein rechtskräftiger Zahlungsbefehl zugrunde. Die Konkursandrohung ist demnach auch unter diesem Gesichtswinkel nicht zu beanstanden.

Justizkommission als AB SchKG, 18. Oktober 2004

*Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 68 SchKG, Art. 102 Abs. 1 und 2, 104 Abs. 1 OR. – Liegt ein Mahngeschäft i. S. von Art. 102 Abs. 1 OR vor und ist eine Mahnung nicht nachgewiesen, wird nach konstanter Rechtsprechung der Zahlungsbefehl als verzugsauslösende Mahnung qualifiziert (Erw. 3a). Für Betreuungskosten wird keine Rechtsöffnung erteilt (Erw. 3b).*

*Aus den Erwägungen:*

3. a) Ist der Schuldner mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug, so hat er gemäss Art. 104 Abs. 1 OR Verzugszinse zu fünf vom Hundert für das Jahr zu bezahlen, selbst wenn die vertragsmässigen Zinse weniger betragen. Die Verzugszinspflicht setzt mithin den Verzug des Schuldners voraus. Nach Art. 102 Abs. 1 OR wird der Schuldner grundsätzlich nur durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt, wenn eine Verbindlichkeit fällig ist. Wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet, oder ergibt sich ein solcher infolge einer vorbehaltenen und gehörig vorgenommenen Kündigung, so kommt der Schuldner gemäss Abs. 2 von Art. 102 OR ausnahmsweise schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug. Ein Verfalltag in diesem Sinne liegt vor, wenn der Zeitpunkt, zu dem der Schuldner die Erfüllung vornehmen muss (Verfallzeit), kalendermässig bestimmt oder zumindest bestimmbar ist. Der Schuldner muss im Moment des Vertragsabschlusses mit Bestimmtheit wissen, an welchem Tag bzw. bis zu welchem Tag er zu leisten hat. Ein Verfalltag ist nicht ausreichend bestimmt, wenn er abhängig ist vom Eintritt eines zukünftigen, zeitlich ungewissen Ereignisses, selbst wenn das ungewisse Ereignis vom Willen des Schuldners abhängt (Weber, Berner Kommentar, Bern 2000, N 110, 113 f. zu Art. 102 OR).

Gemäss der von der Beschwerdegegnerin unterzeichneten Auftragsbestätigung wurde «Zahlung: 30 Tage netto» vereinbart. Daraus wird nicht ohne weiteres klar, wann die 30-tägige Frist in Gang gesetzt wird; ist es der Zeitpunkt der Rechnungsstellung oder derjenige der Lieferung? Falls die Rechnungsstellung der massgebliche Ausgangspunkt für die Fristberechnung sein soll, ist die Frist offenkundig zu wenig bestimmt, würde sie doch

von der ungewissen Rechnungsstellung durch die Beschwerdeführerin abhängen. Sollte aber die Lieferung für die Zahlungsfrist massgeblich sein, wäre diese ebenfalls zu unbestimmt. Unter der Rubrik «Lieferzeit» findet sich nämlich folgende Abrede: «Abruf innert ca. 4 Monaten(;) 1. Abruf: 5 Stk. Ende Januar/anfangs Februar 2002». Damit erscheint aber die Zahlungsfrist von 30 Tagen ebenfalls nicht als genügend bestimmt. Abgesehen davon würde sich im vorliegenden Fall auch sofort die Frage stellen, ob als Anknüpfungspunkt für die Zahlungsfrist eine allfällige Teillieferung (welche?) oder die Rest- bzw. Gesamtlieferung gemeint sei. Die Zahlungsfrist stellt sich im vorliegenden Fall allenfalls als Fälligkeitstermin dar; es handelt sich also um ein Mahngeschäft. Um den (Zahlungs)-Verzug der Beschwerdegegnerin auszulösen, ist mithin eine Mahnung notwendig. Nachdem die Beschwerdeführerin eine solche nicht nachgewiesen hat, ist nach konstanter Rechtsprechung der Zahlungsbefehl als verzugsauslösende Mahnung zu qualifizieren. Die Beschwerde erweist sich daher in diesem Punkt als unbegründet.

b) Soweit die Beschwerdeführerin bemängelt, dass für die Zahlungsbelehlskosten keine Rechtsöffnung erteilt wurde, ist sie darauf hinzuweisen, dass dies auch nicht notwendig ist. Nach Art. 68 Abs. 1 SchKG trägt der Schuldner die vom Gläubiger vorzuschiessenden Betreibungskosten. Der Gläubiger ist aber berechtigt, von den Zahlungen des Schuldners die Betreibungskosten vorab zu erheben (Art. 68 Abs. 2 SchKG). Wird ihm also Rechtsöffnung für die Betreibungsforderung erteilt, kann er von der Zahlung (bzw. vom allfälligen Verwertungserlös) die Betreibungskosten abziehen und für den dadurch allenfalls entstehenden Fehlbetrag der Forderung die Betreibung ohne weiteres fortsetzen. Nach konstanter zugerischer Praxis wird deshalb für die Betreibungskosten keine Rechtsöffnung erteilt. Die Beschwerde erweist sich daher auch in diesem Punkte als unbegründet.

Justizkommission, 27. Oktober 2004