



5A_496/2021

Urteil vom 10. Februar 2022

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Escher, präsidierendes Mitglied,
Bundesrichter von Werdt, Bovey,
Gerichtsschreiber Buss.

Verfahrensbeteiligte
A. _____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Moritz Näf,
Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Reto Strittmatter,
Beschwerdegegnerin

Betreibungsamt Zug, Gubelstrasse 22, 6300 Zug,

Gegenstand
Konkursandrohung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug, II. Beschwerdeabteilung,
Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 9. Juni 2021 (BA 2021 9).

Sachverhalt:

A.

Am 14. September 2020 schlossen die C. _____ LLC, die A. _____ AG und die B. _____ AG das Assignment Agreement Nr. 2 ab. Darin anerkannte die A. _____ AG als Schuldnerin ("The Debtor") ihre Schuld in der Höhe von USD 2'371'732.50 gegenüber der C. _____ LLC als (ursprünglicher) Gläubigerin ("The Creditor"). Die C. _____ LLC trat ihre Forderung über USD 2'371'732.50 gegenüber der A. _____ AG an die B. _____ AG als neue Gläubigerin ("The New Creditor") ab. In der Folge bezahlte die A. _____ AG einen Teilbetrag von USD 567'000.--. Für den restlichen Betrag leitete die B. _____ AG beim Betreibungsamt Zug die Betreibung ein, woraufhin die A. _____ AG Rechtsvorschlag erhob. Mit Entscheid vom 8. Januar 2021 erteilte die Einzelrichterin am Kantonsgericht Zug der B. _____ AG in der Betreibung Nr. xxx des Betreibungsamtes Zug provisorische Rechtsöffnung für Fr. 1'672'663.81 nebst Zins zu 5 % seit 22. September 2020. Am 28. Januar 2021 reichte die A. _____ AG beim London Court of International Arbitration (nachfolgend: LCIA) ein Schiedsgesuch ein. Am 5. März 2021 stellte das Betreibungsamt Zug der A. _____ AG in der Betreibung Nr. xxx die Konkursandrohung zu.

B.

Gegen die Konkursandrohung liess die A. _____ AG mit Eingabe vom 11. März 2021 Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zug als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs einreichen, mit der

Begründung, sie habe eine Aberkennungsklage eingereicht, weshalb die Betreuung nicht fortgeführt werden dürfe. Mit Urteil vom 9. Juni 2021 wies das Obergericht die Beschwerde ab.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 17. Juni 2021 ist die A. _____ AG an das Bundesgericht gelangt. Die Beschwerdeführerin beantragt, es seien das Urteil des Obergerichts und die vom Betreibungsamt am 3. März 2021 ausgestellte Konkursandrohung aufzuheben.

Mit Verfügung vom 12. Juli 2021 wurde der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung erteilt. Während die Vorinstanz auf eine Stellungnahme zur Beschwerde verzichtet hat, beantragen das Betreibungsamt und die B. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) deren Abweisung.

Erwägungen:

1.

1.1. Entscheide kantonaler Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen unterliegen unabhängig eines Streitwertes der Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 Abs. 2 lit. a, Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG). Die Beschwerde ist fristgerecht erhoben worden (Art. 100 Abs. 2 lit. a BGG) und grundsätzlich zulässig.

1.2. Mit Beschwerde in Zivilsachen kann die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Das Bundesgericht wendet das Recht in diesem Bereich grundsätzlich von Amtes wegen und mit freier Kognition an (Art. 106 Abs. 1 BGG). In der Beschwerdeschrift ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG; **BGE 143 I 377** E. 1.2). Die Verletzung verfassungsmässiger Rechte ist ebenfalls zu begründen (Art. 106 Abs. 2 BGG), wobei hier das Rügeprinzip gilt (**BGE 142 III 364** E. 2.4).

2.

Anlass zur Beschwerde gibt die Frage, ob die Konkursandrohung vom Betreibungsamt gültig erlassen wurde.

2.1. Die Vorinstanz hat erwogen, die Beschwerdeführerin habe in ihrem Schiedsgesuch vom 28. Januar 2021 weder die Höhe noch den Bestand oder die Fälligkeit der Forderung der B. _____ AG aus der Abtretungsvereinbarung Nr. 2 bestritten. Mit der Einleitung des Schiedsverfahrens habe sie bezweckt, die B. _____ AG zum Abschluss eines Abzahlungsplans zu bewegen. Folglich habe es sich beim Schiedsgesuch vom 28. Januar 2021 nicht um eine Aberkennungsklage im Sinne von Art. 83 Abs. 2 SchKG gehandelt. Auch die Beschwerdegegnerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Konkursandrohung gültig ist. In ihrem Schiedsgesuch vom 28. Januar 2021 habe die Beschwerdeführerin Höhe, Bestand und Fälligkeit der in Betreuung gesetzten Forderung nicht bestritten, weshalb nicht ersichtlich sei, inwiefern die Vorinstanz Art. 83 Abs. 2 SchKG verletzt haben soll. Die Beschwerdegegnerin sei unter keinem Titel verpflichtet gewesen, mit der Beschwerdeführerin Verhandlungen im Hinblick auf die Vereinbarung eines Zahlungsplans aufzunehmen. Aus diesem unbegründeten Vorwurf lasse sich keine Bestreitung der Fälligkeit der Betreuungsforderung ableiten.

2.2. Demgegenüber ist die Beschwerdeführerin der Ansicht, dass die verfahrenseinleitende Eingabe an den Registrar des LCIA vom 28. Januar 2021 den für eine Fristwahrung notwendigen Inhalt aufgewiesen hat und die Fortsetzung der Betreuung Nr. xxx deshalb unzulässig gewesen ist. Gemäss der am 1. Oktober 2020 in Kraft getretenen neuen Fassung der LCIA-Schiedsordnung (nachfolgend LCIA-SchO 2020) würden die Rechtsbegehren im Schiedsgesuch noch nicht festgelegt. Gemäss Art. 15.2 der LCIA-SchO 2020 seien diese erst in der ausführlichen Klageschrift ("statement of case") festzulegen, welche innerhalb von 28 Tagen seit der Mitteilung der Konstituierung des Schiedsgerichts eingereicht werden müsse. Die Behauptung, dass die Konstituierung des Schiedsgerichts der Beschwerdeführerin am 20. April 2021 mitgeteilt worden sei, sei unbestritten geblieben. Weder zum Zeitpunkt der Einreichung des Schiedsgesuchs noch zum Zeitpunkt der Zustellung der Konkursandrohung seien die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin daher festgelegt gewesen. Dies verkenne die Vorinstanz, indem sie sich in ihrem Entscheid auf die Umschreibung des Streitgegenstands im Schiedsgesuch abstütze und bemängle, dass daraus nicht hervorgehe, dass die Beschwerdeführerin die Feststellung verlange, dass die gesamte oder ein Teil der in Betreuung gesetzten Forderung nicht mehr bestehe oder dass sie zum Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls noch nicht fällig gewesen sei. Ausserdem könne der Vorinstanz nicht gefolgt werden, wenn sie in der Umschreibung des Streitgegenstandes im Schiedsgesuch vom 28. Januar 2021 keine zumindest implizite Bestreitung der Fälligkeit erblicke. Selbst wenn die Beschwerdeführerin in der Umschreibung nicht ausdrücklich ausgeführt habe, dass sie die Fälligkeit bestreite, gehe daraus hervor, dass sie geltend mache, die B. _____ AG habe ihre eigenen Verpflichtungen aus dem Abtretungsvertrag Nr. 2 nicht erfüllt. Hierin müsse - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - sehr wohl zumindest eine implizite Bestreitung der Fälligkeit erblickt werden.

2.3.

2.3.1. Nach Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung kann der Betriebene gegen den Betreibenden innert 20 Tagen auf Aberkennung der Forderung klagen (Art. 83 Abs. 2 SchKG). Solange diese Frist läuft oder die Klage innert dieser Frist anhängig gemacht wurde, ist der Rechtsvorschlag nicht definitiv beseitigt und die Betreibung kann mit Ausnahme der in Art. 83 Abs. 1 SchKG genannten Sicherungsmassnahmen nicht fortgesetzt werden (vgl. **BGE 128 III 383** E. 3; STAEHELIN, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. 2021, N. 13 zu Art. 83 SchKG). Die Aberkennungsklage ist eine negative Feststellungsklage materiellrechtlicher Natur (**BGE 133 III 645** E. 5.2; **124 III 207** E. 3a). Der Betriebene verlangt mit dieser die rechtskräftige Feststellung, dass die gesamte oder ein Teil der in Betreibung gesetzten Forderung nicht oder nicht mehr besteht oder dass sie zum Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls noch nicht fällig war (STAEHELIN, a.a.O., N. 14 zu Art. 83 SchKG).

Ist für die Beurteilung der in Betreibung gesetzten Forderung ein Schiedsgericht vereinbart worden, so ist dieses zwingend für die Aberkennungsklage zuständig (vgl. **BGE 94 I 365** E. 3; Urteile 4A_213/2019 vom 4. November 2019 E. 3; 5A_127/2010 vom 7. September 2010 E. 3.1, in: SJ 2011 I S. 133; STAEHELIN, a.a.O., N. 42 zu Art. 83 SchKG; VOCK/MEISTER-MÜLLER, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Aufl. 2018, S. 156; VOCK, in: SchKG, Kurzkommentar, 2. Aufl. 2014, N. 8 zu Art. 83 SchKG). Diesfalls muss der Betriebene innert 20 Tagen die für die Bezeichnung der Schiedsrichter ihm obliegenden Vorkehrungen treffen und, sobald sich das Schiedsgericht konstituiert hat, innert weiteren 20 Tagen die Klage einreichen (**BGE 56 III 233** E. 4; Urteil 7B.55/2006 vom 21. September 2006 E. 3.2; STAEHELIN, a.a.O., N. 30 zu Art. 83 SchKG). Aus der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach die 20-tägige Frist sowohl für die Einleitung des Verfahrens zur Konstituierung des Schiedsgerichts als auch die Einreichung der Klage Geltung hat, kann indes nicht abgeleitet werden, dass die Bezeichnung des geltend gemachten Feststellungsanspruchs bei Einleitung des Verfahrens nicht notwendig wäre. Vielmehr ist mit der Vorinstanz und der Lehre gegenteils vom Grundsatz auszugehen, dass die klagende Partei innert der 20-Tages-Frist auch ihr individualisiertes Rechtsbegehren unterbreiten muss, selbst wenn die erste Verfahrenshandlung lediglich der Einleitung des Verfahrens zur Konstituierung des Schiedsgerichts dient (OETIKER, Eintritt und Wirkungen der Rechtshängigkeit in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 2003, Rz. 603 ff.; HABEGGER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 21 und 23 zu Art. 372 ZPO; GIRSBERGER/VOSER, International Arbitration, 4. Aufl. 2021, Rz. 886; STACHER, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. III, 2014, N. 63 zu Art. 372 ZPO). Trotz vorgängigem Rechtsöffnungsverfahren ist dies gerechtfertigt, weil sich das im materiellen Prozess zu stellende Feststellungsbegehren keineswegs auf die gesamte Forderung beziehen muss, für welche die provisorische Rechtsöffnung erteilt wurde, sondern die betriebene Partei namentlich auch die Aberkennung nur eines Teils der Forderung verlangen kann.

Lediglich der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass bezüglich des Erfordernisses der Bezeichnung des geltend gemachten Anspruchs entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin nach der LCIA-Schiedsordnung nichts grundsätzlich Anderes gilt. Art. 1.1 (iii) LCIA-SchO 2020 statuiert klar, dass bereits der Antrag auf Durchführung eines Schiedsverfahrens unter anderem eine kurze Darstellung über die Natur und Umstände der Streitsache enthalten und die von der klagenden Partei vorgebrachten Ansprüche spezifizieren muss.

2.3.2. Im konkreten Fall wurde der Streitgegenstand im Schiedsgesuch vom 28. Januar 2021 (in der im angefochtenen Entscheid wiedergegebenen Übersetzung des englischen Originaltexts) wie folgt umschrieben:

"Der Streit hat seinen Ursprung im Vertrag N 1201-BC/SC ("der Vertrag"). Das Recht, die Zahlung aus dem Vertrag zu fordern, wurde durch die Abtretungsvereinbarung Nr. 2 vom 14. September 2020 und die Abtretungsvereinbarung Nr. 3 vom 14. Oktober 2020 ("die Vereinbarungen") an die Beklagte abgetreten. Aufgrund der Pandemie und anderer Faktoren war die Klägerin nicht in der Lage, die Zahlungen aus den Vereinbarungen an die Beklagte vorzunehmen. Die Beklagte hat es versäumt, mit der Klägerin Verhandlungen aufzunehmen und einen Abzahlungsplan zu vereinbaren, und hat unter Verstoß gegen die Bestimmungen des Vertrages und der Vereinbarungen, Verhandlungen aufzunehmen, um Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Anforderungen aus dem Vertrag durch ein Schiedsverfahren zu lösen, eine Klage beim Schweizer Gericht eingereicht. Die Klägerin wird in der Klageschrift den Streitfall detailliert darlegen sowie die Rechtsbegehren nennen."

Obschon die Beschwerdeführerin im Schiedsgesuch auf die Forderung, die zur Betreibung geführt hat, Bezug genommen hat, mag fraglich sein, ob aus der zitierten Umschreibung des Streitgegenstands - wie die Beschwerdeführerin geltend macht - tatsächlich ein rechtsgenügender Antrag auf Feststellung der fehlenden Fälligkeit der Betreibungsforderung abgeleitet werden kann. Darauf kommt es aber vorliegend nicht an. Entscheidend ist, dass es nach der ständigen (aber im angefochtenen Entscheid nicht erwähnten) Praxis des Bundesgerichts grundsätzlich Sache des angerufenen Gerichts bzw. Schiedsgerichts ist, über die Rechtzeitigkeit der Aberkennungsklage zu befinden. Lediglich dort, wo von vornherein unzweifelhaft feststeht, dass die Klagefrist nicht gewahrt ist, können die Betreibungsbehörden die Betreibung fortsetzen, ohne den gerichtlichen Entscheid abzuwarten (**BGE 117 III 17** E. 2; **102 III 67** E. 2b; **101 III 40** E. 3; **91 III 15** E. 1; **65 III 89**; Urteil 7B.55/2006 vom 21. September 2006 E. 3.2). Eine solche Evidenz durfte im vorliegenden Fall nicht angenommen werden, weshalb die Kompetenz des Schiedsgerichts in dieser Frage nicht beschnitten bzw. dem Entscheid des Schiedsgerichts nicht durch voreilige Fortsetzung der Betreibung vorgegriffen werden durfte. Für den Ausgang des vorliegenden Beschwerdeverfahrens unerheblich ist demgegenüber das Vorbringen der Beschwerdegegnerin, das Schiedsgericht habe im zwischenzeitlich ergangenen Schiedsentscheid ausgeführt, aus dem Schiedsgesuch gehe alles andere als klar hervor, dass

die Beschwerdeführerin die Aberkennung der Forderung verlange und im Übrigen festgehalten, dass sich die Beschwerdeführerin im Schiedsverfahren gar nicht ernsthaft gegen die Forderung gewehrt habe. Der von der Beschwerdegegnerin eingereichte Schiedsentscheid des LCIA vom 16. August 2021 datiert nach dem angefochtenen Entscheid und kann als echtes Novum im bundesgerichtlichen Verfahren nicht berücksichtigt werden (Art. 99 Abs. 1 BGG; **BGE 143 V 19** E. 1.2; **135 I 221** E. 5.2.4; **133 IV 342** E. 2.1).

3.

Aus diesen Gründen ist die Beschwerde gutzuheissen und die Konkursandrohung in der Betreuung Nr. xxx ist aufzuheben. Dem Verfahrensausgang entsprechend wird die Beschwerdegegnerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Eine Rückweisung der Sache an die kantonale Aufsichtsbehörde zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens (Art. 67 und Art. 68 Abs. 5 BGG) erübrigt sich, da das Verfahren vor der kantonalen Aufsichtsbehörde kostenlos war (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG) und keine Parteientschädigung zugesprochen werden durfte (Art. 62 Abs. 2 der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, GebV SchKG, SR 281.35).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug, II. Beschwerdeabteilung, Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 9. Juni 2021 und die Konkursandrohung vom 3. März 2021 in der Betreuung Nr. xxx, Betreibungsamt Zug, gegen die A. _____ AG werden aufgehoben.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.-- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 5'000.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Betreibungsamt Zug und dem Obergericht des Kantons Zug, II. Beschwerdeabteilung, Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 10. Februar 2022

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Das präsidierende Mitglied: Escher

Der Gerichtsschreiber: Buss