

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS110194-O/U,
damit vereinigt PS110195

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Prof. Dr. P. Higi und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. V. Seiler.

Urteil vom 16. November 2011

in Sachen

1. **A._____ AG,**
Beschwerdeführerin 1
2. **B._____ AG,**
Beschwerdeführerin 2

vertreten durch X._____

betreffend
Beschwerde über das Betreibungsamt C._____

Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Hinwil vom 29. September 2011 (CB110020)

Erwägungen:

1. Übersicht / Prozessuales

1.1. Auf dem Grundstück der A._____ AG (nachfolgend Beschwerdeführerin 1) Kat. Nr. ..., GB K-BI. ..., Lb. betreibt die B._____ AG (nachfolgend Beschwerdeführerin 2) das "Hotel Restaurant D._____". Am 22. März 2007 unterzeichnete X._____ in seiner Funktion als alleiniger Verwaltungsrat und Organ(-Vertreter) der beiden Aktiengesellschaften einen "Mietvertrag". Darin überlässt die Beschwerdeführerin 1 die vorerwähnte Liegenschaft samt Hotel/Restaurant der Beschwerdeführerin 2 zur kostenlosen Nutzung (vgl. als act. 9/10 beigezogene Akten CB110005-E, act. 7/1).

1.2. Im März 2010 hat das Betreibungsamt C._____ (Betreibungsamt) in der gegen die Beschwerdeführerin 1 angehobenen Betreibung auf Grundpfandverwertung die Verwaltung der vorgenannten Liegenschaft übernommen. Am 19. Januar 2011 verpflichtete das Betreibungsamt die Beschwerdeführerin 1 als Vermieterin von der Beschwerdeführerin 2 als Mieterin rückwirkend ab 1. April 2010 einen monatlichen Mietzins von Fr. 9'165.-- einzufordern (Verfügung betreffend "betreibungsamtliche Festsetzung des Miet-/Pachtzinses"; act. 9/10-2). Am 9. März 2011 setzte das Betreibungsamt der Beschwerdeführerin 2 eine Nachfrist von 30 Tagen zur Bezahlung fälliger Mietzinse.

1.3. Nachdem innert Frist keine Zahlung erfolgt war, leitete das Betreibungsamt namens der Beschwerdeführerin 1 die Betreibung gegen die Beschwerdeführerin 2 ein und erliess am 1. September 2011 einen Zahlungsbefehl gegen die Beschwerdeführerin 2 über bisher aufgelaufene Mieten im Betrag von total Fr. 164'970.-- zuzüglich Zinsen und Kosten (Betreibung Nr. ...; act. 2).

1.4. Am 19. September 2011 erhoben die Beschwerdeführerinnen, vertreten durch X._____, betreibungsrechtliche Beschwerde beim Bezirksgericht Hinwil als untere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen (Vorinstanz). Darin verlangten sie in der Hauptsache die Feststellung der Nichtig-

keit der Verfügung des neuen Mietzinses und des Zahlungsbefehls bzw. die Aufhebung dieser Verfügungen und die Einstellung der Betreuung (act. 1).

1.5. Die Vorinstanz trat mit Beschlüssen vom 29. September 2011 (Geschäfts-Nr. CB110020-E und CB110021-E) auf die Beschwerde nicht ein und auferlegte dem Vertreter der Beschwerdeführerinnen die Kosten der Verfahren wegen mutwilliger Prozessführung. Sie erwog im Wesentlichen, es sei nicht ersichtlich, dass der angefochtene Zahlungsbefehl gegen Verfahrensvorschriften verstosse, welche im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Zwangsvollstreckungsverfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden seien. Die Beschwerdeführerinnen rügten zudem weder formelle Mängel noch machten sie die Verletzung vollstreckungsrechtlicher Bestimmungen geltend. Sie bestritten nur den Bestand der Betreuungsforderung. Hinsichtlich der Beschwerdeführerin 1 fehle es bereits an der Beschwerdelegitimation, sei diese doch nicht betriebene Schuldnerin und habe daher kein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des Zahlungsbefehls. Der Beschwerdeführerin 2 stünden als Schuldnerin für ihre Einwände sodann andere Rechtsbehelfe, namentlich der Rechtsvorschlag, zu Gebote. Die Aufsichtsbehörde dürfe das der Betreuungsforderung zugrundeliegende privatrechtliche Rechtsverhältnis nicht prüfen. Hinsichtlich der Kosten führte die Vorinstanz aus, die zahlreichen, unzureichend begründeten Beschwerden liessen nur den Schluss zu, dass der Vertreter der Beschwerdeführerinnen allein zum Zweck prozessiere, um die gegen die von ihm beherrschten Aktiengesellschaften laufenden Vollstreckungsverfahren zu verzögern (act. 6/7).

1.6. Gegen die Beschlüsse vom 29. September 2011 erhoben die Beschwerdeführerinnen am 24. Oktober 2011 rechtzeitig Beschwerde bei der Kammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen. In ihrer Beschwerdeschrift halten sie an ihren Anträgen und Ausführungen vor Vorinstanz vollumfänglich fest. Sie heben hervor, dass jede Änderung eines Mietzinses durch das gesetzlich vorgeschriebene Formular anzuzeigen sei. Dies sei nicht erfolgt, was die Nichtigkeit des Vorgangs zur Folge habe. Zudem genüge es im Aufsichtsbeschwerdeverfahren, auf den vermuteten Missstand hinzuweisen. Die Aufsichtsbehörde habe von sich aus der Sache nachzugehen und die Rechtmäs-

sigkeit des Vorganges zu prüfen. Laut den Beschwerdeführerinnen sei es falsch und würde es die Sache unnötig verkomplizieren, zur Frage des Mietzinses das Ergebnis eines Zivilgerichts abzuwarten. Im vorliegenden Fall sei weiter zu beachten, dass das Betreibungsamt nicht nur den Zahlungsbefehl erlassen, sondern diesen auch als Gläubigervertreter veranlasst habe. Das Betreibungsamt habe gewissermassen ein Betreibungsbegehren gestellt und in derselben Sache einen Zahlungsbefehl ausgefertigt. Die Beschwerdeführerinnen sind insgesamt der Auffassung, die Vorinstanz hätte auf die Beschwerde eintreten müssen, und sie beantragen, das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen (act. 7/8 je S. 3-5).

1.7. Mit einer separaten Eingabe, ebenfalls datiert vom 24. Oktober 2011, weisen die Beschwerdeführerinnen darauf hin, dass die Vorinstanz die Verfügung des Betreibungsamts betreffend "betreibungsamtliche Festsetzung des Miet-/Pachtzinses" mit Urteil vom 28. September 2011 (Geschäfts-Nr. CB110005-E) aufgehoben habe. Damit werde der von ihnen angefochtenen Betreibung Nr. ... die Grundlage entzogen. Für die Beschwerdeführerinnen sei dadurch jedoch noch unverständlicher, weshalb die angefochtenen Beschlüsse vom 29. September 2011 nicht im Sinne ihrer Begehren ausgefallen seien. Sollte das Urteil vom 28. September 2011 in Rechtskraft erwachsen, würde die Beschwerde gegen die Beschlüsse vom 29. September 2011 teilweise gegenstandslos, so dass die Beschwerdeführerinnen diese zurückziehen könnten, soweit sie sich auf die Hauptsache bezöge. Bezüglich der Kostenverfügung würde an der Beschwerde festgehalten. Die Beschwerdeführerinnen ersuchen abschliessend darum, ihnen zu ermöglichen, die Rechtskraft des Urteils vom 28. September 2011 abzuwarten, um den teilweisen Beschwerderückzug mitteilen zu können (act. 8/9).

1.8. Nach Eingang der Eingaben der Beschwerdeführerinnen wurden die vorinstanzlichen Akten der Verfahren CB110020-E und CB110021-E sowie des Verfahrens CB110005-E beigezogen. Gegen das Urteil der Vorinstanz vom 28. September 2011 im Verfahren CB110005 (act. 9/10-15) ergriff innert der zehntägigen Frist keine Partei Beschwerde. Die Aufhebung der Verfügung des Betreibungsamts vom 19. Januar 2011 betreffend "betreibungsamtliche Festsetzung des Miet-/Pachtzinses" ist damit rechtskräftig.

1.9. Gemäss Art. 125 lit. c ZPO kann das Gericht selbständig eingereichte Klagen bzw. Beschwerden vereinigen. Die Vereinigung ist aus Gründen der Prozessökonomie dann angezeigt, wenn die Verfahren einen sachlichen Zusammenhang aufweisen. Die vor Vorinstanz erhobene Beschwerde erfolgte für beide Beschwerdeführerinnen mit einer einzigen Eingabe, und ebenso gibt es gegen die angefochtenen Beschlüsse nur eine Beschwerdeschrift. Streitgegenstand der beiden Beschwerdeverfahren PS110195 und PS110194 ist die Betreibung Nr. ... und der dazugehörige Zahlungsbefehl gegen die Beschwerdeführerin 2. Der enge Sachzusammenhang ist damit gegeben. Beide Beschwerdeverfahren befinden sich zudem im gleichen Stadium; Stellungnahmen wurden nicht eingeholt. Das Beschwerdeverfahren PS110195 ist daher mit dem vorliegenden Beschwerdeverfahren PS110194 zu vereinigen und unter der letzteren Verfahrensnummer weiterzuführen. Das Verfahren Nr. PS110195 ist als dadurch erledigt abzuschreiben.

1.10. Die Sache ist spruchreif; eine Rückweisung erübrigt sich. Mit dem heutigen Entscheid wird der Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung, respektive der Erlass von vorsorglichen Massnahmen (Verhinderung weiterer Vollstreckungshandlungen in der Betreibung Nr. ...) gegenstandslos.

2. Materielles

2.1. Eine Verfügung ist als nichtig zu erklären, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und zudem die Rechtssicherheit dadurch nicht ernsthaft gefährdet wird (sog. Evidenztheorie). Die Aufsichtsbehörde hat die Nichtigkeit einer Verfügung von Amtes wegen festzustellen (Art. 22 Abs. 1 SchKG zweiter Satz). Verfügungen, mit denen das Betreibungsamt seine sachliche Zuständigkeit offensichtlich überschreitet, sind schlechthin nichtig (BGE 113 III 42 E. 2, S. 45; BGE 97 III 89 E. 5d, S. 102). Eine nichtige Verfügung hat von Anfang an keinerlei rechtliche Wirkungen, die Nichtigkeit kann jederzeit und insbesondere mit Beschwerde geltend gemacht werden (BGE 121 III 142 E. 2, S. 144; Lorandi, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar zu den Artikeln 13-30 SchKG, Basel 2000, Art. 22 N 104; BSK SchKG I-Cometta, Art. 22 N 8).

2.2. Die Vorinstanz hat im Urteil vom 28. September 2011 zutreffend und von keiner Seite beanstandet erkannt, dass das Betreibungsamt nicht befugt ist, im Rahmen seiner Verwaltungstätigkeit nach Art. 102 Abs. 3 SchKG ein privates Rechtsverhältnis mittels Verfügung einseitig abzuändern und etwa einen Mietzins hoheitlich festzusetzen (vgl. act. 9/10-15 S. 4). Derartige Verfügungen sind weder als ordentliche noch als ausserordentliche Verwaltungsmassnahmen nach Art. 17 f. VZG zulässig (vgl. dazu BGE 120 III 138 E. 2, S. 149 f.; BSK SchKG I-Lebrecht, Art. 102 N 14 ff.). Das Betreibungsamt konnte verfügungsweise weder die Beschwerdeführerin 1 dazu verpflichten, einen bestimmten Mietzins von ihrer Mieterin, der Beschwerdeführerin 2, zu verlangen (vgl. Dispositivziffer 1 der Verfügung betreffend "betreibungsamtliche Festsetzung des Miet-/Pachtzinses"; act. 9/10-2) noch die Beschwerdeführerin 2 als Mieterin verpflichten, einen solchen zu bezahlen (vgl. Dispositivziffer 2 der genannten Verfügung, welche bestimmt, "dieselbe Verfügung" werde gleichzeitig der Mieterin erlassen). Das gilt unabhängig davon, ob der zwischen den Beschwerdeführerinnen bestehende "Mietvertrag" gültig ist oder nicht.

2.3. Es ist vor diesem Hintergrund zu beurteilen, dass das Betreibungsamt am 1. September 2011 aus eigenem Antrieb (und ohne den Ausgang des pendenten Beschwerdeverfahrens gegen die vorerwähnte Verfügung abzuwarten) namens der Beschwerdeführerin 1 Betreuung für die von ihm verfügten Mietzinse einleitete und einen Zahlungsbefehl gegen die Beschwerdeführerin 2 erliess.

2.3.1. Zwar wird bei der Ausstellung eines Zahlungsbefehls von einer sehr beschränkten Kognitionsbefugnis des Betreibungsamts ausgegangen – eine materielle rechtliche Prüfung ist ihm verwehrt. Unentbehrliche Voraussetzung für die Ausstellung des Zahlungsbefehls ist aber die Stellung eines gültigen Betreibungsbegehrens durch den Gläubiger. Liegt offensichtlich kein gültiges Betreibungsbegehren vor, ist das Betreibungsamt befugt und verpflichtet, die Ausstellung des Zahlungsbefehls zu verweigern (BSK SchKG I-Wüthrich/Schoch, Art. 69 N 12).

2.4. Der Einwand, die im Namen des Gläubigers handelnde Person sei nicht vertretungsberechtigt, richtet sich gegen die Gültigkeit des Betreibungsbegehrens; damit wird eine verfahrensrechtliche Frage aufgeworfen, über welche die Auf-

sichtsbehörden zu befinden haben (BGE 84 III 72 E. 1, S. 73 f.; BSK SchKG I-Wüthrich/Schoch, Art. 69 N 12). Dazu fällt vorliegend in Betracht, dass die Befugnis des Betreibungsamts zur Vertretung der Beschwerdeführerin 1 nur soweit reicht, wie die Kompetenz des Betreibungsamts zur Verwaltung der der Beschwerdeführerin 1 gehörenden Liegenschaft. Mit der hoheitlichen Festsetzung des Mietzinses hat das Betreibungsamt seine sachliche Zuständigkeit offenkundig überschritten. Durfte das Betreibungsamt mittels Verfügung keinen Mietzins festsetzen, durfte es namens der Beschwerdeführerin 1 auch nicht Betreuung dafür einleiten. Es fehlt für die Ausstellung des Zahlungsbefehls gegen die Beschwerdeführerin 2 an der Befugnis des Betreibungsamts, die Beschwerdeführerin 1 als Gläubigerin zu vertreten, und mithin an einem gültigen Betreibungsbegehren. In der vorliegenden, besonderen Konstellation kann die fehlende materiellrechtliche Kognition des Betreibungsamts deshalb nicht dazu dienen, die Beschwerdeführerin 2 als zu Unrecht belangte Schuldnerin auf den Weg des Rechtsvorschlags zu verweisen. Die Kompetenzüberschreitung des Betreibungsamts muss vielmehr die Nichtigkeit der streitgegenständlichen Betreuung zur Folge haben.

2.4.1. Das wird weiter durch Folgendes gestützt: Die Mitarbeiter der Betreibungsämter dürfen nach Art. 10 Ziff. 3 SchKG keine Amtshandlungen vornehmen in Sachen einer Person, deren gesetzliche Vertreter, Bevollmächtigte oder Angestellte sie sind. Auch als Vertreter, Bevollmächtigter oder Organ einer juristischen Person ist der Betreibungsbeamte verpflichtet, in den Ausstand zu treten (BSK SchKG I-Peter, Art. 10 N 9, 17). Die Verwaltung der Liegenschaft der Beschwerdeführerin 1 wurde durch das Betreibungsamt übernommen und – soweit aktenkundig – nicht auf einen bestimmten Betreibungsbeamten bzw. Sachbearbeiter übertragen. Aus den Akten geht überdies nicht hervor, dass die Betreuung Nr. ... von einem anderen Mitarbeiter eingeleitet worden wäre als von demjenigen, welcher die Verfügung betreffend "betreibungsamtliche Festsetzung des Miet-/Pachtzinses" erlassen hatte. Zu Recht stören sich die Beschwerdeführerinnen daran, dass das Betreibungsamt nicht nur den Zahlungsbefehl ausgefertigt, sondern diesen auch als Gläubigervertreter veranlasst bzw. das Betreibungsbegehren gestellt und alsdann den Zahlungsbefehl erlassen hat. Die Einleitung der Betreuung Nr. ... und die Ausstellung des zugehörigen Zahlungsbefehls durch dieselben Mit-

arbeiter des Betreibungsamts, welchen die Verwaltung des Grundstücks und mit- hin die Vertretung der Beschwerdeführerin 1 obliegt, verletzt die Ausstandspflicht nach Art. 10 SchKG.

2.5. Die Betreuung Nr. ... und der dazugehörige Zahlungsbefehl können aus den vorgenannten Gründen keinen Bestand haben. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, und die angefochtenen Beschlüsse der Vorinstanz sind aufzuheben.

3. Kosten / Entschädigung

3.1. Bei diesem Ergebnis kann die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen nicht als mutwillig bezeichnet werden. Das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen ist grundsätzlich – unter Vorbehalt der bös- oder mutwilligen Prozessführung – kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG), und es dürfen keine Parteientschädigungen zugesprochen werden. Die von der Vorinstanz festgesetzten Spruchgebühren (Dispositivziffern 2 und 3 der angefochtenen Beschlüsse) sind daher aufzuheben.

3.2. Für das Beschwerdeverfahren vor der Kammer sind keine Kosten zu erheben und keine Entschädigungen zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Beschwerdeverfahren Nr. PS110195 wird mit dem vorliegenden Verfahren Nr. PS110194 vereinigt und unter der letztgenannten Prozessnummer weitergeführt. Das Verfahren Nr. PS110195 wird als dadurch erledigt abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde werden die jeweiligen Dispositivziffern 1-3 der angefochtenen Beschlüsse des Bezirksgerichts Hinwil vom 29. September 2011 in den Verfahren mit der Geschäfts-Nr. CB110020-E und CB110021-E aufgehoben und durch Folgendes ersetzt:
 - "1. Es wird festgestellt, dass die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts C. _____ und der zugehörige Zahlungsbefehl vom 1. September 2011 nichtig sind.
 2. Es werden keine Kosten erhoben."
2. Für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben und keine Entschädigungen zugesprochen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerinnen, an das Betreibungsamt C. _____ und – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Hinwil, je gegen Empfangsschein, sowie im Verfahren PS110195.
4. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 10 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um einen Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde in
Schuldbetreibungs- und Konkursachen im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. V. Seiler

versandt am: