

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS110224-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur.
P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 22. Dezember 2011

in Sachen

A._____ AG,

Beschwerdeführerin,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,

Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkursandrohung**
(Beschwerde über das Betreibungsamt C._____)

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen vom 2. November
2011 (CB110016)

Erwägungen:

1. Am 13. April 2011 nahm die Schuldnerin (nachfolgend Beschwerdeführerin), A._____ AG, den Zahlungsbefehl in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ für eine Forderung von Fr. 2'271.- nebst Zins von 5% seit 31.1.2009 zuzügl. Fr. 50.- reguläre Mahnkosten, Fr. 100.- reguläre Inkassokosten und Fr. 70.- bisherige amtliche Gebühren entgegen. Gläubigerin war die Stiftung Auffangeinrichtung BVG (act. 2/1). Den von der Beschwerdeführerin erhobenen Rechtsvorschlag beseitigte die Gläubigerin mit Verfügung vom 3. Mai 2011 (act. 2/2). Am 15. Juli 2011 wurde der Beschwerdeführerin die Konkursandrohung in dieser Betreibung zugestellt (act. 2/3). Gegen diese Konkursandrohung erhob sie Beschwerde bei der unteren Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs. Sie verlangte (act. 1 S. 2):

"Die Beseitigung der Konkursandrohung wegen Gesetzesverletzung.

Anweisung des Sachverhaltes an den Rechtsöffnungsrichter.

Wiederherstellung des Rechtsvorschlages bis der Rechtsöffnungsrichter es anders entschieden hat."

Mit Urteil vom 2. November 2011 wies das Bezirksgericht Horgen als untere Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs die Beschwerde ab (act. 8).

2. Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin Beschwerde beim Obergericht und beantragte (act. 9 S. 2):

"1. Die Beschwerde gegen das Urteil vom 2. November 2011 sei gutzuheissen wegen Verletzung des kantonalen Rechts (in Anlehnung an das Kreis Schreiben des Bundesgerichtes Nr. 26 vom 20. Oktober 1910).

2. Der Beschwerde ist die aufschiebende Wirkung nach Art. 36 SchKG betreffend das Begehren um Eröffnung des Konkurses vom 18. November 2011 zu erteilen, und dabei ist mit dem Vollzug der Entscheidungen der unteren Aufsichtsbehörde bis zum Ablauf der Rekurs- bzw. Beschwerdefrist

und im Fall der Weiterziehung, bis zum Entscheid der aufschiebenden Wirkung zuzuwarten, es sei denn, es liege Gefahr im Verzuge (...).

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin."

Wie sich aus den nachstehenden Erwägungen ergibt, erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet. Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort ist deshalb zu verzichten (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

3. Die Beschwerdeführerin verlangte aufschiebende Wirkung für das Konkursöffnungsverfahren. Diesbezüglich ist die Aufsichtsbehörde nicht zuständig. Dieses Gesuch hätte die Beschwerdeführerin beim Konkursgericht stellen müssen. Sinngemäss wurde auch beantragt, der vorliegenden Beschwerde aufschiebende Wirkung zu gewähren. Mit der sofortigen Entscheidungsfällung wird dieses Gesuch gegenstandslos.
4. Aus den eingereichten Beilagen der Beschwerdeführerin ergibt sich, dass die Verhandlung über die Konkursöffnung auf den 7. Dezember 2011 angesetzt wurde (act. 11). Ob inzwischen der Konkurs über die Beschwerdeführerin eröffnet worden ist, muss aber nicht abgeklärt werden. Selbst wenn die Beschwerdeführerin inzwischen die Prozessführungsbefugnis (als Folge der Konkursöffnung) verloren hätte, müsste – wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt – das vorliegende Verfahren nicht sistiert werden.

Wird über eine Partei der Konkurs eröffnet, hat dies Auswirkungen auf hängige bzw. einzuleitende Zivilprozesse und Verwaltungsverfahren. Mit der Konkursöffnung - und nicht erst mit deren Publikation - verliert der Schuldner die Fähigkeit über sein Vermögen zu verfügen (Art. 204 SchKG). In einem zum Zeitpunkt der Konkursöffnung hängigen Prozess verliert der Konkursit seine Prozessführungsbefugnis. Mit Ausnahme dringlicher Fälle werden Zivilprozesse, in denen der Schuldner Partei ist und die den Bestand der Konkursmasse berühren, eingestellt (Art. 207 Abs. 1 SchKG). Unter den

gleichen Voraussetzungen können Verwaltungsverfahren eingestellt werden (Art. 207 Abs. 2 SchKG). Werden im Rahmen eines Konkursöffnungsverfahrens von einem Schuldner Einwendungen bezüglich Nichtigkeit der Konkursandrohung vorgebracht, so hat das Konkursgericht vorgängig – in der Regel durch Überweisung der Akten an die untere Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibung und Konkurs – über die Frage der Nichtigkeit der Konkursandrohung zu entscheiden. Bei Überweisung an die Aufsichtsbehörde sistiert das Konkursgericht sein Verfahren bis die Aufsichtsbehörde entschieden hat. Im vorliegenden Fall wurde die Aufsichtsbehörde vor hängigem Konkursöffnungsverfahren zur Prüfung der Frage der Nichtigkeit angerufen. Über die Frage der Nichtigkeit muss deshalb sofort entschieden werden, damit das Konkursverfahren fortgesetzt werden kann.

5. Die Beschwerdeführerin rügte auch vor Obergericht, die Konkursandrohung sei zu Unrecht ausgestellt worden. Im Gegensatz zu ihren Ausführungen vor Vorinstanz bestreitet sie heute zu Recht nicht mehr, dass sich die Stiftung Auffangeinrichtung BVG selbst Rechtsöffnung erteilen kann. Diesbezüglich kann auf die vorinstanzlichen Erwägungen (act. 8 Erw. 3.2) und auf BGE 134 III 115 verwiesen werden. Die Beschwerdeführerin macht heute auch nicht mehr geltend, die Forderung der Gläubigerin sei nicht auf dem Konkursweg durchzusetzen. Wie die Vorinstanz richtigerweise ausführte, gelangt Art. 43 Ziff. 1 SchKG für Prämienforderungen der Stiftung Auffangeinrichtung BVG nicht zur Anwendung (vgl. act. 8 Erw. 3.3.2 und KUKO SchKG-Jent-Sørensen, Art. 43 N 10).
6. a) Aktuell bringt die Beschwerdeführerin vor, es handle sich beim Verwaltungsentscheid der Auffangeinrichtung BVG – mit welchem der Rechtsvorschlag beseitigt worden ist – nicht um einen Entscheid einer Bundesbehörde im Sinne von Art. 81 Abs. 1 [a]SchKG. Vielmehr handle es sich um einen ausserkantonalen Entscheid im Sinne von Art. 81 Abs. 2 [a]SchKG. Demzufolge gelange das Kreisschreiben des Bundesgerichtes Nr. 26 vom 20. Oktober 1911 zur Anwendung, d.h. das Betreibungsamt müsse den Schuldner vor Zustellung der Konkursandrohung darauf aufmerksam machen, dass es

ihm freistehe binnen 10 Tagen eine der in Art. 81 Abs. 2 [a]SchKG aufgeführten Einreden mündlich oder schriftlich beim Betreibungsamt zu erheben. Da das Betreibungsamt vorliegend der Beschwerdeführerin keine Frist zur Erhebung dieses nachträglichen Rechtsvorschlages angesetzt habe, sei kantonales Recht verletzt worden und die Konkursandrohung deshalb ungültig (act. 9 sinngemäss).

b) Diesen Ausführungen ist entgegen zu halten, dass das erwähnte Kreis Schreiben inzwischen aufgehoben worden ist (vgl. BGE 122 III 327). Bei der SchKG-Revision von 1994 wurde die entsprechende Regelung in das Gesetz aufgenommen, nämlich in Abs. 2 von Art. 79 aSchKG (vgl. BSK SchKG I-Daniel Staehelin, 1. Auflage, Art. 79 N 40). Mit dem Inkrafttreten der neuen (eidgenössischen) Zivilprozessordnung per 1. Januar 2011 wurde Art. 79 Abs. 2 aSchKG wieder aufgehoben (vgl. dazu BSK SchKG I-Daniel Staehelin, 2. Auflage, Art. 79 N 2b) und es sind nun alle Verfügungen von ausserkantonalen Verwaltungsbehörden von Bundesrechts wegen vollstreckbar (vgl. BSK SchKG I-Daniel Staehelin, 2. Auflage, Art. 79 N 18). Einreden gemäss Art. 81 Abs. 2 aSchKG (mangelnde Ladung und Vertretung) gegen ausserkantonale Entscheide sind im Rechtsöffnungsverfahren aufgehoben worden und können daher auch nicht mehr geltend gemacht werden, wenn die ausserkantonale Behörde den Rechtsvorschlag direkt gemäss Art. 79 SchKG beseitigt hat (vgl. dazu BSK SchKG I-Daniel Staehelin, 2. Auflage, Art. 79 N 2b).

c) Das Betreibungsamt hat demnach richtigerweise gestützt auf das Fortsetzungsbegehren die Konkursandrohung erlassen. Die Beschwerde ist abzuweisen.

7. Das Beschwerdeverfahren ist grundsätzlich kostenlos; Parteientschädigungen dürfen nicht zugesprochen werden (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG und Art. 61 Abs. 2 GebV SchKG bzw. Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und – unter Beilage der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Horgen sowie an das Betreibungsamt C._____, je gegen Empfangsschein.
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. I. Vourtsis-Müller

versandt am: