

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde  
über Schuldbetreibung und Konkurs



---

Geschäfts-Nr.: PS120031-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic.

## Urteil vom 22. Februar 2012

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Beschwerdeführerin,

gegen

**B.\_\_\_\_\_,**

Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

betreffend **Konkursandrohung**  
(Beschwerde über das Betreibungsamt C.\_\_\_\_\_)

Beschwerde gegen einen Beschluss der 7. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 15. Februar 2012 (CB120005)

## Erwägungen:

### I.

1.1 Aktenkundig und unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin mit Urteil des Einzelrichters in Zivilsachen am Bezirksgericht Zürich vom 20. November 2007 verpflichtet wurde, der Beschwerdegegnerin die eingeklagte Forderung von Fr. 4'500.-- zzgl. Zins sowie eine Umtriebsentschädigung von Fr. 457.-- zu bezahlen (act. 10/6). In der von der Beschwerdegegnerin angehobenen Betreuung beim Betreibungsamt D.\_\_\_\_\_, Betreibungs-Nr. ..., wurde der Beschwerdeführerin am 30. November 2010 der Zahlungsbefehl zugestellt. Mit Datum 1. Dezember 2010 wurde dagegen Rechtsvorschlag erhoben (act. 10/2 = act. 12/1/2). Gestützt auf vorerwähntes Urteil beantragte die Beschwerdegegnerin (aufgrund der Sitzverlegung der Beschwerdeführerin von D.\_\_\_\_\_ nach E.\_\_\_\_\_, act. 3 und 4) beim Einzelgericht (Audienz) des Bezirksgerichtes Zürich die Aufhebung des Rechtsvorschlags, worauf ihr mit Urteil vom 21. September 2011 die definitive Rechtsöffnung in vorerwählter Betreuung erteilt wurde (act. 10/4 = act. 12/1/3). Am 19. Dezember 2011 ersuchte die Beschwerdegegnerin beim zuständigen Betreibungsamt C.\_\_\_\_\_ um Fortsetzung der Betreuung-Nr. ... des Betreibungsamtes D.\_\_\_\_\_ (vgl. Art. 53 SchKG) gestützt auf den am 30. November 2010 der Beschwerdeführerin zugestellten Zahlungsbefehl (act. 10/3 = act. 12/1/1).

1.2 Am 3. Januar 2012 stellte das Betreibungsamt C.\_\_\_\_\_ der Beschwerdeführerin die Konkursandrohung vom 20. Dezember 2011 in der Betreuung Nr. ... (vormals Nr. ...) über Fr. 4'957.-- zzgl. Zinsen und Kosten zu (act. 2/2). Dagegen erhob sie mit Eingabe vom 10. Januar 2012 Beschwerde beim Bezirksgericht Zürich als untere kantonale Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter und verlangte sinngemäss die Aufhebung der Konkursandrohung. Einerseits machte sie geltend, die Konkursbetreuung sei ausgeschlossen, da es sich bei der Beschwerdegegnerin um ein Rechtssubjekt des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 43 SchKG handle, andererseits stellte sie die Rechtswirkung des ihr am 30. November 2010 zugestellten Zahlungsbefehls in Frage (act. 1). Mit Eingabe vom 19. Januar 2012 reichte die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeantwort ein (act.

8). Das Betreibungsamt C.\_\_\_\_\_ liess sich am 24. Januar 2012 vernehmen (act. 11 und 12/1-4). Die Vernehmlassung inkl. Beilagen wurden den Parteien zur Kenntnis gebracht (act. 13 und 14/1-3). Hierauf reichten die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 6. Februar 2012 und die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 10. Februar 2012 ihre Stellungnahmen ein (act. 15 und 16). Mit Zirkulationsbeschluss vom 15. Februar 2012 wies die Vorinstanz die Beschwerde ab (act. 18). Als Entscheid in der Sache hätte dieser gemäss § 135 Abs. 1 GOG als Urteil und nicht als Beschluss ergehen sollen (§ 135 Abs. 1 und 2 GOG), indes hat die falsche Bezeichnung des vorinstanzlichen Entscheides keine Auswirkungen, weil das zulässige Rechtsmittel nicht mehr (wie noch nach § 259 ZPO/ZH) von der Bezeichnung des angefochtenen Entscheides abhängt.

2.1 Gegen vorerwähnten Entscheid erhob die Beschwerdeführerin hierorts mit Eingabe vom 20. Februar 2012 rechtzeitig (act. 19/2) Beschwerde mit folgenden Anträgen (act. 24 S. 2 f.):

- „1. Somit ist die Beschwerde zur Neuurteilung an die untere Aufsichtsbehörde zurückzuweisen.
2. Es ist vorsorglich die angedrohte Konkursöffnung auf 23.2.2012 beim Konkursgericht zu sistieren.
3. Es ist die neuerliche Beschwerde nach Art. 17 SchKG von Amtes wegen an Hand zu nehmen, welche mit Schreiben vom 20.2.12 eingereicht wurde. Insbesondere gemäss Begründung ab Ziffer 9.
4. Es sei zur Kenntnis zu nehmen, dass wir gemäss Beilage nach Art. 85a SchKG klagten, welche Klage klar vor einer allfälligen Konkursöffnung behandelt und entschieden werden muss. Ansonsten wir unreparierbare Nachteile in dieser Klage zu gewärtigen haben.

Wegen der Dringlichkeit ersuchen wir Sie, vor dem 23.2.12 das Konkursgericht anzuweisen, die Verhandlung vorerst bis zum Entscheid dieser Beschwerde und der Klage nach Art. 85a SchKG zu sistieren.“

2.2 Wie sich aus den nachstehenden Erwägungen ergibt, erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet. Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort ist deshalb zu verzichten (Art. 20a Abs. 3 SchKG i.V.m. § 84 GOG und Art. 322 Abs. 1 ZPO).

3. Die Beschwerdeführerin verlangt die Sistierung des Konkursöffnungsverfahrens. Diesbezüglich ist die Aufsichtsbehörde nicht zuständig. Dieses Gesuch hätte die Beschwerdeführerin beim Konkursgericht stellen müssen. Selbst wenn man dem Gesuch die Bedeutung eines sinngemässen Antrags um Gewährung der aufschiebenden Wirkung der vorliegenden Beschwerde beimesen wollte, wird dieses mit der sofortigen Entscheidungsfällung gegenstandslos.

4. Aus den eingereichten Beilagen der Beschwerdeführerin ergibt sich, dass die Verhandlung über die Konkursöffnung auf den 23. Februar 2012 angesetzt ist (act. 17/6). Sofern im Rahmen eines Konkursöffnungsverfahrens von einem Schuldner Einwendungen bezüglich der Gültigkeit der Konkursandrohung vorgebracht werden, muss vorgängig – in der Regel durch Überweisung der Akten vom Konkursgericht an die untere Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibung und Konkurs – über die Frage der Gültigkeit der Konkursandrohung entschieden werden. Bei Überweisung an die Aufsichtsbehörde sistiert das Konkursgericht sein Verfahren, bis die Aufsichtsbehörde entschieden hat. Im vorliegenden Fall wurde die Aufsichtsbehörde vor dem hängigen Konkursöffnungsverfahren (vgl. act. 29) zur Prüfung der Frage der Gültigkeit der Konkursandrohung angerufen. Darüber muss deshalb sofort entschieden werden, damit das Konkursverfahren fortgesetzt werden kann.

## II.

1. Den Einwand, die Konkursbetreibung sei ausgeschlossen, weil es sich bei den betriebenen Schulbeiträgen um öffentlich-rechtliche Forderungen im Sinne von Art. 43 SchKG handle, hält die Beschwerdeführerin im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren zu Recht nicht mehr aufrecht. Dass das Begehren um Fortsetzung der Betreibung von der Beschwerdegegnerin rechtzeitig gestellt wurde, stellt sie ebenfalls nicht mehr in Frage. Es kann diesbezüglich vollumfänglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 25 S. 3 ff.).

2. Die Beschwerdeführerin rügt vor Obergericht, es stimme entgegen der vorinstanzlichen Erwägung nicht, dass sie in der Stellungnahme zur Vernehmlass-

sung des Betreibungsamtes im Wesentlichen bei den Ausführungen der Beschwerde geblieben sei, vielmehr seien Weiterungen und Erläuterungen erfolgt, welche in den angefochtenen Entscheid nicht eingeflossen seien (act. 24 S. 1). Dem ist entgegen zu halten, dass das Gericht nicht gehalten ist, auf sämtliche Ausführungen der Parteien einzugehen, sondern sich auf prozessrelevante Vorbringen beschränken kann und soll. Welche prozessrelevanten Ergänzungen und Ausführungen zu Unrecht nicht behandelt worden seien, legt die Beschwerdeführerin weder dar, noch sind solche ersichtlich. Ausführungen über den geltend gemachten Nichtbestand der Konkursforderung sowie Mängel des Urteils vom 20. November 2007 („Urteil aus Grundlagenirrtum“, act. 16 S. 4 und 24 S. 1; zu Letzterem vgl. nachstehend) sind für das vorliegende aufsichtsrechtliche Verfahren nicht relevant.

3.1 Weiter rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe die in der Stellungnahme vom 10. Februar 2012 neu erhobene „(Rechtsverweigerungs-) Beschwerde nach Art. 17 SchKG“ nicht behandelt. Darin habe sie im Falle der Qualifizierung der betriebenen Schulbeiträge als nicht öffentlich-rechtliche Forderung beantragt, es sei von Amtes wegen zu prüfen, ob die Betreuung zufolge mangelhafter Vorladung im Schlichtungsverfahren vor dem Friedensrichter nichtig sei (act. 24 S. 1).

Die „Nichtigkeit der Betreuung“ begründete (act. 1 S. 3 f) und begründet (act. 24) die Beschwerdeführerin damit, dass im Rahmen des von der Beschwerdegegnerin angestregten Zivilprozesses der Friedensrichter sie als beklagte Partei nicht korrekt vorgeladen habe, da die Vorladung „wohl“ an die falsche Adresse gesandt worden sei. Dennoch sei der Beschwerdegegnerin die Weisung ausgestellt worden, gestützt auf welche sie eine Forderungsklage beim Gericht anhängig gemacht und folglich das nichtige Urteil des Einzelrichters in Zivilsachen am Bezirksgericht Zürich vom 20. November 2007 erwirkt habe. Die Nichtigkeit wirke gemäss Basler Kommentar zu Art. 22 SchKG ex tunc und gelte ohne amtliche Aufhebung als nicht vorhanden.

3.2 Die Beschwerdeführerin vermengt offensichtlich Vorgänge im Rahmen des Betreibungsverfahrens einerseits und solche im Zivilprozess anderseits. Ei-

gener Darstellung zufolge geht sie zu Unrecht davon aus, mit der über vier Jahre nach dem Urteil des Einzelrichters in Zivilsachen am Bezirksgericht Zürich vom 20. November 2007 erhobenen vorerwähnten Rüge im aufsichtsrechtlichen Verfahren könne das dem vorliegenden Prozess zugrundeliegende Betreibungsverfahren in das Stadium des Rechtsvorschlags zurückversetzt werden und könne sie sich so im Rahmen einer neuen Forderungsklage der Beschwerdegegnerin erneut zur materiellen Berechtigung der Forderung äussern (act. 16 S. 4). Im Rahmen der aufsichtrechtlichen Beschwerde nach Art. 17 f. SchKG kann zwar jederzeit die Nichtigkeit einer Verfügung im Sinne von Art. 22 SchKG geltend gemacht werden, jedoch nicht die Nichtigkeit eines (Zivil-)Urteils, aus welchem Grunde nicht zu beanstanden ist, dass die Vorinstanz auf die diesbezüglichen Ausführungen nicht eingegangen ist. Dass die Vorladung zur Sühnverhandlung nicht ordnungsgemäss erfolgt sein soll, wäre im erstinstanzlichen Zivilprozess geltend zu machen gewesen oder im gegen das beanstandete Urteil vom 20. November 2007 zu erhebenden Rechtsmittel. Dies ist offensichtlich nicht erfolgt.

Dass, wie geltend gemacht, eine fehlerhafte Zustellung der Betreuung zu wiederholen ist und sofern der Schuldner vom Zahlungsbefehl keine Kenntnis erlangt hat, dieser nichtig ist (act. 24 S. 2), ist grundsätzlich zutreffend, doch kann die Beschwerdeführerin daraus im vorliegenden Verfahren nichts zu ihren Gunsten ableiten. Der Zahlungsbefehl wurde ihr unbestrittenermassen am 30. November 2010 zugestellt, worauf Rechtsvorschlag erhoben wurde (act. 10/2).

3.3 Zum Einwand der Beschwerdeführerin, es sei ihr durch die fehlerhafte Vorladung zur Sühnverhandlung das Recht, vor dem Friedensrichter eine Einigung zu erzielen, verweigert worden (act. 24 S. 2), ist lediglich der Vollständigkeit halber zu erwähnen, dass Vergleichsgespräche auch vor Gericht geführt und eine Einigung der Parteien erzielt werden kann, sofern dies von den Parteien überhaupt gewünscht ist. Was die Beschwerdeführerin aus der Rüge, die Vorladung zur Gerichtsverhandlung sei ihr zwei mal an eine falsche Adresse gesandt worden, zu ihren Gunsten herzuleiten gedenkt, ist unerfindlich, da sie eigenen Angaben zufolge in dritter Zustellung die Vorladung erhalten, dem Gericht in schriftlicher Form ihre Sachdarstellung eingereicht und sich anlässlich der mündlichen

Gerichtsverhandlung vertreten lassen hat (act. 24 S. 1; act. 16 S. 3; act. 10/6 S. 2 ff.).

4. Das Betreibungsamt hat demnach richtigerweise gestützt auf das Fortsetzungsbegehren die Konkursandrohung erlassen. Die Beschwerde ist nach dem Gesagten abzuweisen.

### III.

Für das Verfahren vor der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbtreibungs- und Konkursachen sind in Anwendung von Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG keine Kosten zu erheben und sind gemäss Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG keine Entschädigungen zuzusprechen.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Schriftliche Mitteilung:
  - an den Beschwerdeführer,
  - an die Beschwerdegegnerin (unter Beilage eines Doppels von act. 24),
  - an das Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung (unter Beilage der erstinstanzlichen Akten),
  - an das Betreibungsamt C.\_\_\_\_\_,  
je gegen Empfangsschein sowie
  - an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (vorab per Fax) zur Kenntnisnahme.
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. D. Tolic

versandt am: