

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS120147-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-
Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Findeisen.

Beschluss und Urteil vom 3. Oktober 2012

in Sachen

A._____,
Beschwerdeführer,

vertreten durch X._____,

gegen

B.____ SA,
Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B.____ SA, Inkassodienst,

betreffend **Zahlungsbefehl**

(Beschwerde über das Betreibungsamt C.____)

Beschwerde gegen ein Urteil der I. Abteilung des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom
24. Juli 2012 (CB120003)

Erwägungen:

I.

1. Mit Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt C._____, Zahlungsbefehl vom 28. Oktober 2010, verlangt die B._____, SA von A._____ die Bezahlung der KVG-Prämien Februar bis Mai 2010 von je Fr. 224.60 (= insgesamt Fr. 898.40) zuzüglich Zins, Spesen und Kosten. Nach einem Zustellversuch und darauffolgender Zustellung des Zahlungsbefehls an den Mitbewohner des Schuldners (act. 4 = act. 15/1) am 8. November 2010, erhob der Schuldner am 15. November 2010 Rechtsvorschlag (act. 7). Mit Verfügung vom 4. Juli 2011 hob die Gläubigerin gestützt auf Art. 49 des Allgemeinen Teils des Sozialversicherungsgesetzes (ATSG) den Rechtsvorschlag auf. Sie berücksichtigte in ihrem Entscheid drei Zahlungen von je Fr. 224.60 und bezifferte den noch offenen Betrag (inkl. Spesen, Zins und Kosten) mit Fr. 367.30 (act. 5). Gegen die Aufhebung des Rechtsvorschlages erhob der Schuldner kein Rechtsmittel (act. 2 S. 2 = act. 15/2 S. 2). Am 23. November 2011 wurde dem Schuldner der Konkurs angedroht. Zugestellt wurde die Urkunde nach drei Zustellungsversuchen am 5. und 15. Dezember 2011 sowie 5. Januar 2012 am 9. Januar 2012 wiederum dem Mitbewohner des Schuldners. Vom Betreuungsbetrag, bestehend aus der Hauptforderung von Fr. 898.40 und den Spesen von Fr. 70.00 sowie dem laufenden Zins von 5% seit 14. April 2010 wurden Teilzahlungen des Schuldners von Fr. 898.40 abgezogen und Kosten bestehend aus Zahlungsbefehls- und Konkursandrohungskosten von Fr. 79.00 sowie weiteren Zustellkosten von insgesamt Fr. 58.00 hinzugezählt (act. 4 = act. 15/1).

2. Mit Eingabe vom 17. Januar 2012 liess der Schuldner durch den mit Generalvollmacht vom selben Datum bevollmächtigten Mitbewohner X._____ beim Konkursamt C1._____ Beschwerde führen mit dem Antrag, "es sei die Konkursandrohung von Fr. 898.40, aufzuheben und deren Spesen, Zahlungsbefehlskosten & Konkursandrohung und den Zustellungsspesen, von Total Fr. 207.00" (act. 2 = act. 15/2). Am 18. Januar 2012 überwies das Konkursamt die Beschwerde zur Erledigung ans Bezirksgericht Dielsdorf (act. 1). Mit Urteil vom 24. Juli

2012 wies die I. Abteilung des Bezirksgerichts Dielsdorf als untere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen die Beschwerde ab (act. 8 = act. 13).

Gegen diesen Entscheid richtet sich die am 17. August 2012 fristgerecht erhobene Beschwerde des Schuldners (act. 9/1), worin er in der Sache (sinngemäss) die Aufhebung der Konkursandrohung vom 23. November 2010 (recte 2011) sowie den Erlass der daraus ersichtlichen Spesen von Fr. 70.00, Zahlungsbefehls- und Konkursandrohungskosten von Fr. 79.00 sowie Zustellungskosten von Fr. 58.00 beantragen liess. Daneben wurde die Löschung von Zahlungsbefehl und Konkursandrohung verlangt sowie in prozessualer Hinsicht die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 12).

Auf die Einholung einer Rechtsmittelantwort oder von Stellungnahmen wurde in Anwendung von § 85 GOG und § 84 GOG in Verbindung mit Art. 322 bzw. Art. 324 ZPO verzichtet.

II.

1. Das Verfahren der Aufsichtsbeschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a Abs. 2 SchKG. Diese sind mit dem Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011 nicht geändert worden (Anhang 17 der ZPO). Soweit der erwähnte Artikel keine Bestimmungen enthält, regeln die Kantone das Verfahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG). Das GOG stellt in § 83 und § 84 einige wenige Regeln (auch) zur Aufsichtsbeschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen auf (§ 85 in Verbindung mit § 83 und § 84 GOG). Ergänzend sind zudem die Vorschriften der ZPO anwendbar, für den Weiterzug an die obere kantonale Aufsichtsbehörde namentlich die Art. 319 ff. ZPO (§ 83 Abs. 3 und § 84 GOG). Allgemein gelten für das vorliegende Verfahren demnach neben den Vorschriften des SchKG - insbesondere Art. 17 ff. SchKG - und den erwähnten Bestimmungen des GOG auch diejenigen der ZPO.

2. Bei X._____ handelt es sich gemäss Bemerkung auf dem Zahlungsbefehl um den Mitbewohner des Schuldners (act. 4 = act. 15/1) und gemäss Handelsregistereintrag der D._____ Kommanditgesellschaft, bei welcher der Schuldner als unbeschränkt haftender Gesellschafter vermerkt ist, um deren Kommanditär (act. 16). Vor diesem Hintergrund darf angenommen werden, dass X._____ nicht regelmässig gegen Entgelt Personen vor den Betreibungsbehörden vertritt, sondern dies vorliegend aufgrund der konkreten Umstände tut (BSK SchKG I-ROTH/WALTHER, Art. 27 N 7; KUKO SchKG-MUSTER, Art. 27 N 3). Es ist daher von nichtgewerbsmässiger Vertretung auszugehen, auch wenn trotz des Hinweises in der Vollmacht vom 17. Januar 2012, wonach kein Honorar in Rechnung gestellt werde, dennoch eine Entschädigung für Aufwand und Spesen vereinbart wurde (act. 3 = act. 14). Nichtgewerbsmässige Vertreter müssen im Prinzip keine besonderen Voraussetzungen erfüllen; insbesondere besteht kein Anwaltsobligatorium (ungeachtet der Anwendbarkeit von Art. 27 SchKG auf Aufsichtsbeschwerdeverfahren in Schuldbetreibungs- und Konkursachen [vgl. dazu BSK SchKG I-ROTH/WALTHER, Art. 27 N 5; KUKO SchKG-MUSTER, Art. 27 N 6]), regeln doch weder Art. 27 SchKG noch Art. 68 ZPO die *nicht*gewerbsmässige Vertretung. Das SchKG schreibt zudem neben der gesetzlichen Vertretung in der Zwangsvollstreckung [Art. 68c SchKG] einzig vor, dass jeder am Betreibungsverfahren Beteiligte seine Rechte selbst wahren können muss [Art. 27 Abs. 3 SchKG; vgl. zum Ganzen BSK SchKG I-ROTH/WALTHER, Art. 27 N 3; KUKO SchKG-MUSTER, Art. 27 N 4; STEPHANIE HRUBESCH, DIKE-Komm-ZPO, Art. 68 N 1 ff.]).

3. Der Schuldner liess im Rechtsmittel ergänzend zu seinen Begehren vor Vorinstanz die Löschung von Zahlungsbefehl und Konkursandrohung beantragen (act. 12 S. 2). Im Beschwerdeverfahren nach Art. 319 ff. ZPO sind jedoch gemäss Art. 326 ZPO neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen. Eine Klageänderung in zweiter Instanz ist in diesem Rechtsmittelverfahren damit unzulässig (ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 227 N 30). Im Umfang der im Rechtsmittel erstmals gestellten Anträge auf Löschung von Zahlungsbefehl und Konkursandrohung ist auf die Beschwerde daher nicht einzutreten.

III.

1. Gemäss Art. 160 Abs. 1 Ziff. 4 enthält die Konkursandrohung die Mitteilung, dass der Schuldner, welcher die Zulässigkeit der Konkursbetreibung bestreiten will, innert zehn Tagen bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde zu führen hat. Die Bestimmung greift einen möglichen Beschwerdegrund heraus, ändert aber nichts an Art. 17 SchKG. Es können vielmehr sämtliche formellen Mängel der Konkursandrohung und alle Gesetzesverletzungen mit Beschwerde gerügt werden. Unzulässig sind dagegen Einwendungen gegen den Bestand der Forderung (BSK SchKG II-OTTOMANN/MARKUS, Art. 160 N 6; KuKo SchKG-DIGGELMANN/MÜLLER, Art. 160 N 4).

2. Als erste Voraussetzung der Konkursandrohung muss sich die Betreibung gegen einen im aktuellen Zeitpunkt konkursfähigen Schuldner richten. Dazu ist erforderlich, dass der Schuldner in einer der Eigenschaften gemäss Art. 39 SchKG im Handelsregister eingetragen ist. Dann muss der Schuldner in der Schweiz einen Konkursort haben. Als solcher gilt in erster Linie der Wohnsitz als ordentlicher Betreibungsort nach Art. 46 SchKG. Ferner muss ein Begehren des Gläubigers um Fortsetzung der Konkursbetreibung und ein rechtskräftiger Zahlungsbefehl vorliegen. Rechtskräftig wird ein Zahlungsbefehl insbesondere bei Vorliegen eines vollstreckbaren Entscheids, welcher den Rechtsvorschlag ausdrücklich beseitigt. Schliesslich darf die Betreibung auf Konkurs nicht gesetzlich ausgeschlossen sein, wie beispielsweise bei einer pfandgesicherten Forderung, im öffentlichen Recht begründeten Leistungen an öffentliche Kassen oder Beamte, Prämien der obligatorischen Unfallversicherung, periodischen familienrechtlichen Unterhalts- und Unterstützungsbeiträgen und Ansprüchen auf Sicherheitsleistung (Art. 41 SchKG und Art. 43 SchKG; vgl. zum Ganzen KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 2008, § 36 N 5 ff.).

Der Schuldner ist seit ... 2004 als unbeschränkt haftender Gesellschafter der Kommanditgesellschaft D._____ im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (act. 16). Er ist daher nach Art. 39 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG konkursfähig. Er

wurde zudem an seinem Wohnort E. _____ betrieben (act. 7). Weiter wurde die Verfügung der Gläubigerin vom 4. Juli 2011 betreffend Beseitigung des Rechtsvorschlags anerkanntermassen nicht angefochten (act. 2 S. 2 = act. 15/2 S. 2; act. 12 S. 2). Sie ist damit vollstreckbar geworden, wodurch der Zahlungsbefehl vom 28. Oktober 2010 in Rechtskraft erwuchs. Bei Forderungen aus Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) ist die Betreibung auf Konkurs auch nicht nach Art. 41 ff. SchKG ausgeschlossen. Schliesslich wurde nicht geltend gemacht, die Gläubigerin habe kein Konkursbegehren gestellt.

Nach dem Gesagten ist der Erlass der Konkursandrohung demnach nicht zu beanstanden.

3. Staatliches Handeln ist grundsätzlich kostenpflichtig. Soweit weder das SchKG selber (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5, Art. 67 Abs. 3, Art. 74 Abs. 3, Art. 88 Abs. 3, Art. 179 SchKG) noch die Gebührenverordnung (Art. 61 Abs. 2 GebV SchKG) Ausnahmen vorsehen, unterstehen auch die Einrichtungen der Ämter, Behörden und übrigen Organe der Zwangsvollstreckung der Gebührenpflicht. Die entsprechenden Gebühren und Entschädigungen richten sich nach der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG). Sofern nichts anderes bestimmt ist, gilt das Verursacherprinzip, wonach derjenige die entstandenen Kosten zu tragen hat, der sie verursacht hat (§ 13 Abs. 1 VRG; vgl. auch Art. 13 GebV SchKG; und zum Ganzen BSK SchKG I-EMMEL, Art. 16 N 6). Zur Prüfung der auferlegten Gebühren kann die Partei gemäss Art. 3 GebV SchKG auf ihre Kosten eine detaillierte Kostenrechnung erstellen lassen, welche die entsprechenden Bestimmungen der GebV SchKG nennt. Die Kostenrechnungsverfügung ist daraufhin mit Aufsichtsbeschwerde anfechtbar (Art. 2 GebV SchKG; BSK SchKG I-EMMEL, Art. 16 N 14). Allerdings bestimmt sich sowohl die Gebühr für den Zahlungsbefehl als auch die Konkursandrohung nach derselben Bestimmung und gestaffelt nach dem Forderungsbetrag (Art. 16 GebV SchKG und Art. 39 in Verbindung mit Art. 16 GebV SchKG). Da die Gebühr für die Konkursandrohung deutlich geringer ausfiel als diejenige für den Zahlungsbefehl darf vermutet werden, dass die Zahlungen des Schuldners nach Zustellung des Zahlungsbefehls (je eine Monatsrate am 14. Dezember 2010, 27. Januar und

16. März 2011 gemäss act. 5) und nach Aufhebung des Rechtsvorschlags durch die Gläubigerin (eine weitere Monatsrate) bei deren Festsetzung sehr wohl berücksichtigt worden sind. Daneben ergibt sich aus der Konkursandrohung eindeutig, dass der Hauptbetrag von Fr. 898.40 im Zeitpunkt der Konkursandrohung bereits beglichen war und (lediglich) noch Spesen von Fr. 70.00, laufender Zins von 5% seit 14. April 2010 und Betreuungskosten von derzeit insgesamt Fr. 137.00 offen standen. Dass Verzugszins und Spesen noch nicht bezahlt waren, blieb denn auch sowohl vor Vorinstanz als auch im Rechtsmittel unbestritten (act. 2 S. 2 =act. 15/2 S. 2; act. 12 S. 2).

4. Aus den angeführten Gründen erweist sich das Rechtsmittel im Restumfang als unbegründet und ist daher abzuweisen.

IV.

Das Verfahren vor der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen ist kostenlos, wobei darauf hinzuweisen ist, dass bei bös- oder mutwilliger Beschwerdeführung Bussen, Gebühren und Auslagen auferlegt werden können (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG). Parteientschädigungen dürfen nicht zugesprochen werden (Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

Der Schuldner stellte für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Art. 119 Abs. 5 ZPO). Infolge der Kostenlosigkeit des Verfahrens wird der Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos, und das Gesuch ist entsprechend abzuschreiben.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Anträge betreffend Löschung von Zahlungsbefehl und Konkursandrohung wird nicht eingetreten.
2. Das Gesuch des Schuldners um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Rechtsmittelverfahren wird abgeschrieben.

3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

und sodann erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben und keine Parteientschädigungen zugesprochen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und – unter Beilage der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Dielsdorf 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. K. Findeisen

versandt am: