Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs

Geschäfts-Nr.: PS130082-O/U

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

Urteil vom 31. Mai 2013

in Sachen

A._____ AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

B._____ Stiftung,
Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkursandrohung**
(Beschwerde über das Betreibungsamt …)

Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Uster vom 25. April 2013 (CB130015)

Erwägungen:

1.1 In der Betreibung Nr. … gegen die Beschwerdeführerin wurde der Beschwerdegegnerin mit Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Uster vom 18. Januar 2013 definitive Rechtsöffnung für die Forderung im Betrag von Fr. 18'720.-- nebst Zins sowie für die Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten erteilt (act. 6/35). Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Obergericht des Kantons Zürich am 12. Februar 2013 ab (act. 6/37). Das Bundesgericht trat am 27. März 2013 auf eine gegen das Urteil des Obergerichts erhobene Verfassungsbeschwerde nicht ein (act. 6/38).

1.2 Nachdem die Beschwerdegegnerin die Fortsetzung der Betreibung verlangt hatte, wurde der Beschwerdeführerin am 9. April 2013 die Konkursandrohung des Betreibungsamts … (nachfolgend nur Betreibungsamt) zugestellt (act. 2/1). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin beim Bezirksgericht Uster als unterer kantonaler Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen (nachfolgend nur Bezirksgericht) Beschwerde und verlangte die Aufhebung der Konkursandrohung (act. 1). Das Bezirksgericht wies die Beschwerde mit Beschluss vom 25. April 2013 ab, soweit es darauf eintrat (act. 12).

1.3 Mit Beschwerde vom 10. Mai 2013 beantragt die Beschwerdeführerin der Kammer die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und die Aufhebung der Konkursandrohung (act. 13 S. 1 und 7). Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-10). Stellungnahmen bzw. Vernehmlassungen wurden nicht eingeholt.

2. Das Verfahren der Beschwerde im Sinne von Art. 17 Abs. 1 SchKG richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a Abs. 2 SchKG. Soweit das SchKG keine Bestimmungen enthält, regeln die Kantone das Verfahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG). Im Kanton Zürich verweist § 84 GOG für den Weiterzug an die obere Aufsichtsbehörde auf Art. 319 ff. ZPO (Beschwerde). Art. 322 Abs. 1 ZPO sieht die Möglichkeit einer Verfahrenserledigung ohne kontradikorisches Verfah-

rens vor, wenn sich die Beschwerde sogleich als unbegründet erweist (vgl. ZPO-Rechtsmittel-Kunz, Art. 322 N 7; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 322 N 4).

3.1 Das Bezirksgericht hat die Beschwerde der Beschwerdeführerin im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, dass für die in Betreibung gesetzte Forderung in der Höhe von Fr. 18'720.– nebst Zinsen von 5% seit 16. Juni 2012 sowie für die Betreibungs- und die Rechtsöffnungskosten definitive Rechtsöffnung erteilt worden sei. Die Spruchgebühr des Rechtsöffnungsurteils im Betrag von Fr. 300.– sei der Beschwerdeführerin auferlegt worden. Weiter sei die Beschwerdeführerin verpflichtet worden, der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 740.– zu bezahlen. Der Hinweis der Beschwerdeführerin auf Art. 43 SchKG gehe fehl, denn sowohl bei den Betreibungs- als auch bei den Rechtsöffnungskosten handle es sich nicht um Forderungen des Staates gegenüber der Beschwerdeführerin. Diese Kosten seien von der Beschwerdegegnerin im Sinne von Art. 68 Abs. 1 SchKG bevorschusst worden, und sie sei auch ohne ausdrückliche Erteilung der Rechtsöffnung nach Art. 68 Abs. 2 SchKG und Art. 85 Abs. 2 OR berechtigt, von den Zahlungen der Beschwerdeführerin vorab die Betreibungs- und die Rechtsöffnungskosten zu erheben. Ob die in Betreibung gesetzte Forderung durch die Leistung der Beschwerdeführerin an das Betreibungsamt mit ihrer ausdrücklichen Anweisung, das Geld nicht an die Beschwerdegegnerin auszubezahlen, tatsächlich getilgt worden sei, könne offen bleiben, da die Beschwerdeführerin die Forderung nicht vollumfänglich getilgt habe. Da mit den Zahlungen der Beschwerdeführerin vom 12. April 2013 über Fr. 12'988.– und vom 15. April 2013 über Fr. 6'416.50 zunächst die Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten getilgt worden seien, seien Fr. 1'400.– der Forderung offen geblieben. Da die Forderung der Beschwerdegegnerin somit nicht vollständig getilgt worden sei, sei die Konkursandrohung weiterhin gültig. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sei die Beschwerdegegnerin im Rechtsöffnungsverfahren zudem ordnungsgemäss vertreten gewesen. Das Bezirksgericht Zürich habe mit Beschluss vom 25. Juni 2009 den gesamten Verwaltungsrat der Beschwerdegegnerin suspendiert und Rechtsanwalt Dr. X._____ als Sachwalter bestellt. Am 14. Juni 2011 habe der Sachwalter Rechtsanwalt Dr. X1._____ die Vollmacht betreffend Grundbuchberichtigung etc. sowie vorsorgliche Massnahmen ausgestellt

(act. 6/2). Diese Vollmacht habe Rechtsanwalt Dr. X1._____ im Rechtsöffnungsverfahren eingereicht. Nachträglich habe die Beschwerdegegnerin eine von den Stiftungsräten C._____ und X._____ unterzeichnete Vollmacht vom 14. November 2012 betreffend Grundbuchberichtigung etc. sowie vorsorgliche Massnahmen/Rechtsöffnungsverfahren nachgereicht (act. 6/30), weil zwischenzeitlich der Stiftungsrat der Beschwerdegegnerin mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 16. Mai 2012 neu bestellt worden sei. Dass D._____ am 18. März 2013 die Revision des Urteils des Bezirksgerichts Zürich verlangt habe (act. 2/2), ändere an der ordnungsgemässen Vertretung der Beschwerdegegnerin nichts. D._____ sei offensichtlich nicht mehr Stiftungsrat der Beschwerdegegnerin und könne die Vollmacht von Rechtsanwalt Dr. X1._____ deshalb nicht widerrufen. Zudem sei das Schreiben von D._____ vom 10. April 2013 betreffend Widerruf der Vollmacht von Rechtsanwalt Dr. X1._____ (act. 2/3) erst nach Abschluss des Rechtsöffnungsverfahrens und Stellung des Fortsetzungsbegehrens erfolgt, weshalb die Vollmacht der Beschwerdegegnerin im Betreibungsverfahren selbst dann gültig gewesen sei, wenn D._____ zum Widerruf berechtigt gewesen wäre. Eine Stiftung sei im Übrigen dann handlungsfähig, wenn das oberste Organ, der Stiftungsrat, ordnungsgemäss bestellt sei. Da der Stiftungsrat der Beschwerdegegnerin neu bestellt worden sei, sei sie auch handlungsfähig. Das Revisionsgesuch von D._____ ändere nichts an dieser Rechtslage. Von der Handlungsfähigkeit sei die Rechtsfähigkeit zu unterscheiden. Die Beschwerdegegnerin habe die Persönlichkeit am 2. Januar 2004 erlangt und sei seither rechtsfähig. Ihr stehe deshalb ohne Weiteres die ihr zugesprochene Parteientschädigung zu (act. 12 S. 3 ff.).

3.2 Die Beschwerdeführerin bringt dagegen im Kern vor, mit den beiden Zahlungen von Fr. 12'988.-- und Fr. 6'416.--, d.h. insgesamt Fr. 19'404.50 sowie der Differenz infolge Kurswechsels von Fr. 92.90 (act. 15/2-3) habe sie die Schuld vollständig getilgt. Für die Betreibungskosten – die nach Art. 43 SchKG nicht einer Konkursbetreibung unterlägen – habe das Bezirksgericht willkürlich Rechtsöffnung erteilt. Zudem könne einer Partei nicht mehr zugesprochen werden als sie verlange. Die Beschwerdegegnerin habe nicht geltend gemacht, dass sie die Betreibungskosten vorab erheben wolle. Die angeblichen Rechtsöffnungskosten von Fr. 1'040.-- seien ebenfalls zu Unrecht in die Konkursandrohung aufgenommen

worden. Fr. 740.-- davon beträfen die Parteientschädigung; dafür sei jedoch keine Betreibung eingeleitet worden. Beim Restbetrag der Rechtsöffnungskosten von Fr. 300.-- handle es sich um Gebühren, die wiederum aus der Konkursbetreibung ausgeschlossen seien. Fraglich sei auch, wer die Beschwerdegegnerin vertrete. Ausserdem sei die Beschwerdegegnerin als Familienstiftung rechtswidrig. Es stehe fest, dass das Bezirksgericht bei diesem Verfahren keinen fairen Prozess durchgeführt habe, sondern einer rechtswidrigen und handlungsunfähigen Stiftung – der Beschwerdegegnerin – ermöglicht habe, mit einem Konkurs zu drohen. Das Bezirksgericht habe nicht unparteiisch, sondern willkürlich gehandelt und die Beschwerdeführerin diskriminiert (act. 13 passim).

4.1 Wie das Bezirksgericht richtig ausgeführt hat, handelt es sich bei den Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten nicht um öffentlich-rechtliche Forderungen des Staates im Sinne von Art. 43 SchKG. Diese Kosten wurden nämlich von der Beschwerdegegnerin bevorschusst. Nach Art. 68 Abs. 1 SchKG trägt der Schuldner die Betreibungskosten. Sie sind vom Gläubiger vorzuschiessen, derselbe ist aber nach Art. 68 Abs. 2 SchKG berechtigt, diese Kosten vorab von den Zahlungen des Schuldners zu erheben. Zu den Betreibungskosten gehören nicht nur die von den Vollstreckungsorganen in Anwendung der GebV SchKG verlangten Gebühren und Auslagen. Auch die Gerichtskosten der betreibungsrechtlichen Summarsachen nach Art. 25 lit. a ZPO wie diejenigen des Rechtsöffnungsgerichts fallen darunter. Das gilt auch, ohne dass für diese Kosten selbständig Betreibung eingeleitet und Rechtsöffnung erteilt wurde. Art. 68 Abs. 2 SchKG ist so zu verstehen, dass diese Kosten im Ergebnis zur Schuld geschlagen werden und vom Schuldner zusätzlich zu bezahlen sind. Die Parteikosten resp. die Parteientschädigung werden ebenfalls zu den Betreibungskosten gerechnet. Eine (eigene) Betreibung bzw. Rechtsöffnung für die Betreibungskosten ist nicht zulässig. Solange der Schuldner die Betreibungskosten nicht ersetzt hat, kann er keine Teilzahlung an die Kapitalforderung vornehmen (Art. 85 Abs. 1 OR). Auch die Frage der Tilgung der nebst der Forderung in Betreibung gesetzten Zinsen stellt sich erst danach. Der Schuldner haftet für die Betreibungskosten von Gesetzes wegen (BGE 85 III 124, E. I, S. 129; BGer 7B.196/2003 vom 27. Oktober 2003, E. 3.4.2; EVG K 144/03 vom 18. Juni 2004, E. 4.; BGE 130 III 520 E. 2.1, S. 522; BGE 133 III 687

E. 2.3, S. 691 f.; BSK SchKG I-Emmel, 2. A. Zürich 2010, Art. 68 N 22; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A. Bern 2003, § 13 Rz. 2, 9, 11, 25). Da die Beschwerdegegnerin die Rechtsöffnung "unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchsgegnerin [=Beschwerdeführerin]" verlangt hat (act. 6/1), kann überdies nicht gesagt werden, die Zusprechung einer Parteientschädigung durch das Rechtsöffnungsgericht widerspreche der Dispositionsmaxime. Wie das Bezirksgericht korrekt festhält (vgl. act. 12 S. 5 f.), hat die Beschwerdeführerin mit ihren Zahlungen von total Fr. 19'497.40 (vgl. act. 15/2-3) die Forderung der Beschwerdegegnerin nicht vollständig getilgt. Ob die Beschwerdeführerin, wie sie in der Beschwerde mit neuen Behauptungen zu untermauern sucht (act. 13 S. 5 f.), berechtigt war, die betreffenden Geldbeträge nur sicherzustellen, statt an die Beschwerdeführerin abliefern zu lassen (vgl. act. 15/2), ist hier daher nicht von Belang.

Davon abgesehen ist die Konkursandrohung auch dann nicht durch die Aufsichtsbehörde aufzuheben, wenn die Forderung *nach* der Mitteilung der Konkursandrohung vollständig bezahlt wird. Vielmehr hat sich damit nur ihr Zweck erfüllt (vgl. Art. 160 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG; BSK SchKG II-Ottomann/Markus, 2. A. Basel 2010, Art. 159 N 1 und Art. 160 N 5).

4.2 Die Rechtsfähigkeit der Beschwerdegegnerin steht ausser Frage; ihre Löschung im Handelsregister (vgl. act. 6/31/2) erfolgte einzig, weil die Beschwerdegegnerin als Familienstiftung nicht zur Eintragung verpflichtet ist (vgl. act. 6/29 S. 3). Der Einwand, dass die Beschwerdegegnerin keine Familienstiftung sei bzw. als Familienstiftung rechtswidrig bestehe, wurde von der Beschwerdeführerin sodann bereits im Rechtsöffnungsverfahren erhoben und verworfen (vgl. act. 6/35 E. 2.2, S. 3; act. 6/37 E. 4, S. 4; vgl. ferner den Entscheid der Kammer vom 8. Juli 2008, Geschäfts-Nr. LB080002, act. 6/31/3 E. 3.1, S. 5 f.). Der Hinweis der Beschwerdeführerin, dass die Gerichte für Anstände privatrechtlicher Natur bei einer klassischen Stiftung nicht zuständig seien (vgl. Art. 87 Abs. 2 ZGB e contrario), kann ihr aber ohnehin nicht helfen. Die Rechtsöffnung ist definitiv; die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden über die Betreibungsämter für Beschwerden gegen

deren Verfügungen hängt nicht von der Rechtsnatur der in Betreibung gesetzten Forderung bzw. der Person des Gläubigers oder des Schuldners ab.

4.3 Was weiter die Handlungsfähigkeit und Vertretung der Beschwerdegegnerin betrifft, weist das Bezirksgericht zutreffend darauf hin, dass der mit Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 25. Juni 2009 für die Beschwerdegegnerin bestellte Sachwalter Rechtsanwalt Dr. X1._____ am 14. Juni 2011 betreffend Grundbuchberichtigung etc. sowie vorsorgliche Massnahmen bevollmächtigt hat (act. 6/2). Im Rechtsöffnungsverfahren gegen die Beschwerdeführerin wurde ferner eine von den mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 16. Mai 2012 neu bestellten Stiftungsräten Dr. C._____ und X._____ unterzeichnete Vollmacht vom 14. November 2012 betreffend Grundbuchberichtigung etc. sowie vorsorgliche Massnahmen/Rechtsöffnungsverfahren eingereicht (act. 6/30). Dass der Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin, D._____, am 18. März 2013 gegen das Urteil des Bezirksgerichts Zürich die Revision verlangt hat (act. 2/2), macht die genannten Vollmachten und die gestützt darauf der Beschwerdegegnerin zuzurechnenden Handlungen nicht ungültig.

Wenn die Beschwerdeführerin im Weiteren gegen die Handlungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin ins Feld führt, ihr Stiftungsrat sei nicht ordnungsgemäss besetzt, weil mit dem Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 16. Mai 2012 lediglich zwei Stiftungsräte bestellt worden seien, während die Stiftungsurkunde vorsehe, dass der Stiftungsrat aus drei Stiftungsräten bestehen müsse und es zudem an einer Kontrollstelle fehle (act. 13 S. 6; vgl. act. 1 und act. 2/2), ist das unbehelflich. Die Handlungsfähigkeit einer Stiftung im Sinne von Art. 54 ZGB wird (ausschliesslich) durch den Stiftungsrat gewährleistet (vgl. BSK ZGB I-Grüninger, 4. A. Basel 2011, Art. 83 N 3). Hat das Bezirksgericht Zürich den Stiftungsrat der Beschwerdegegnerin neu bestellt, und ist der Entscheid in Rechtskraft erwachsen (darauf lässt das Revisionsbegehren der Beschwerdeführerin schliessen), konnte die Beschwerdegegnerin durch die neu bestellten Stiftungsräte handeln. Die Beschwerdeführerin behauptet zu Recht denn auch nicht, dass das Fortsetzungsbegehren von anderen Personen als von den gerichtlich bestellten Stiftungsräten C._____ und X._____ gestellt worden sei. Richtig ist weiter, dass D._____ nicht mehr Stif-

tungsrat der Beschwerdegegnerin ist und er die Vollmacht von Rechtsanwalt Dr. X1._____ nicht mit Schreiben vom 10. April 2013 (vgl. act. 2/3) widerrufen konnte. Dem Widerruf kommt zudem keine Rückwirkung zu.

Die Stellung des Fortsetzungsbegehrens durch die Beschwerdegegnerin war deshalb gültig, und das Nämliche gilt für die Konkursandrohung.

4.4 Der angefochtene Entscheid erweist sich im Ergebnis als richtig. Von Willkür kann keine Rede sein. Die Beschwerdeführerin bringt nichts vor, was ihren Vorwurf der Parteilichkeit und der Diskriminierung durch das Bezirksgericht objektivieren könnte. Die Beschwerde ist unbegründet und abzuweisen.

5. Das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen ist kostenlos; Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG; Art. 61 Abs. 2 und Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Es werden keine Kosten erhoben und keine Parteientschädigungen zugesprochen.

3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 13, an das Betreibungsamt … sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Uster, 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 Konkurssachen 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. V. Seiler

versandt am: