

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS130175-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili.

Urteil vom 22. Oktober 2013

in Sachen

A._____,
Beschwerdeführer,

gegen

B.____ **AG**,
Beschwerdegegnerin,

betreffend
Konkursandrohung / Betreibung Nr. ...
(Beschwerde über das Betreibungsamt C.____)

Beschwerde gegen einen Beschluss der 7. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich
vom 20. August 2013 (CB130055)

Erwägungen:

1.

1.1. Am 24. April 2013 stellte das Betreibungsamt C. _____ dem Beschwerdeführer in der gegen ihn laufenden Betreibung Nr. ... die Konkursandrohung zu (act. 2). In der Folge gelangte der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 3. Mai 2013 an die 7. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Betreibungsämter und verlangte die Aufhebung der Konkursandrohung sowie die Neuaufnahme des Forderungsprozesses FV120108 (act. 1). In diesem Prozess hatte das Einzelgericht 6. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich mit Urteil vom 2. Oktober 2012 über die der genannten Betreibung zu Grunde liegende Forderung entschieden. Es verpflichtete den Beschwerdeführer zur Zahlung von Fr. 7'945.65 nebst Zins zu 5 % seit 4. Juni 2011, Fr. 97.-- Betreibungskosten sowie der Kosten des Schlichtungsverfahrens in Höhe von Fr. 375.-- und hob in diesem Umfang (ohne die Kosten des Schlichtungsverfahrens) den Rechtsvorschlag des Beschwerdeführers auf (act. 3/15).

Zur Begründung seiner Beschwerde führte der Beschwerdeführer gegenüber der Vorinstanz im Wesentlichen aus, er sei im Prozess FV120108 nie gehörig vorgeladen worden und habe das Urteil vom 2. Oktober 2012 nie erhalten. Er habe erstmals am 24. April 2013 davon Kenntnis erhalten. Er habe sich somit nie vernehmen lassen oder ein Rechtsmittel erheben können, weshalb sein rechtliches Gehör verletzt worden sei (act. 1 S. 2).

Mit Beschluss vom 20. August 2013 wies die Vorinstanz die Beschwerde des Beschwerdeführers vom 3. Mai 2013 ab (act. 6 = act. 11).

1.2. Gegen diesen Beschluss erhob der Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 29. September 2013 rechtzeitig Beschwerde an die Kammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen (act. 10). Er beantragt die Aufhebung des angefochtenen Urteils, die Aufhebung der Konkursandrohung vom 8. April 2013 und sinngemäss die Aufhebung des Urteils vom 2. Oktober 2012 sowie die Neuansetzung der Verhandlung im Prozess FV120108.

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-7). Auf weitere prozessleitende Schritte wurde verzichtet. Insbesondere wurde keine Beschwerdeantwort eingeholt (Art. 322 ZPO). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Das Verfahren der Aufsichtsbeschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a Abs. 2 SchKG. Soweit Art. 20a Abs. 2 SchKG keine Bestimmungen enthält, regeln die Kantone das Verfahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG; COMETTA/MÖCKLI, BSK SchKG-I, 2. Aufl. 2010, Art. 20a N 38). Im Kanton Zürich richtet sich das Beschwerdeverfahren gemäss § 18 EG SchKG nach § 83 f. GOG. Dabei ist der Sachverhalt von Amtes wegen zu untersuchen und es sind die Bestimmungen der ZPO sinngemäss anwendbar (§ 83 Abs. 3 GOG). Für den Weiterzug an das Obergericht gelten insbesondere die Bestimmungen über die Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO (§ 84 GOG).

2.2. Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungspflicht ergibt sich ferner, dass die Beschwerde zudem (zu begründende) Rechtsmittelanträge zu enthalten hat. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). Das gilt auch im zweitinstanzlichen betriebsrechtlichen Beschwerdeverfahren (vgl. OGer ZH PS110019, Urteil vom 21. Februar 2011, E. 3.4).

2.3. Die vorliegende Beschwerde wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als zuständige Rechtsmittelinstanz eingereicht. Der Beschwerdeführer ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Beschwerde legitimiert. Es ist daher auf die Beschwerde einzutreten.

3.

3.1. Im vorinstanzlichen Verfahren strittig war die Frage, ob im Prozess FV120108 zwischen den Parteien betreffend Forderung das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt wurde und ob sich der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren gegen die im zugestellte Konkursandrohung erfolgreich darauf berufen kann.

Die Vorinstanz verneinte beides mit der Begründung, der Beschwerdeführer habe auf Grund der Zustellung der Kostenvorschussverfügung vom 21. Juni 2012 vom Verfahren FV120108 Kenntnis gehabt (vgl. act. 3/4 und act. 3/5/3). Immerhin habe er am 11. Juli 2012 unter Bezugnahme auf dieses Verfahren selber ein Verschiebungsgesuch für die auf den 21. August 2012 angesetzte Verhandlung gestellt (vgl. act. 3/7 und act. 3/8). Daher habe der Beschwerdeführer mit Zustellungen in diesem Verfahren rechnen müssen. Zwar habe er weder die neue Vorladung zur Hauptverhandlung vom 27. September 2012 noch den Endentscheid vom 2. Oktober 2012 abgeholt (vgl. act. 3/10, act. 3/12/3, act. 3/15 und act. 3/17). Beides gelte aber auf Grund der Fiktion von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO als zugestellt. Das Urteil, mit welchem der Rechtsvorschlag des Beschwerdeführers beseitigt worden sei, sei mangels Anfechtung schliesslich am 2. November 2012 vollstreckbar geworden, weshalb das Betreibungsamt C._____ dem Fortsetzungsbegehren der Beschwerdegegnerin zu Recht entsprochen und dem Beschwerdeführer die Konkursandrohung zugestellt habe (act. 9 S. 3 f.).

3.2. Dagegen bringt der Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift vom 29. September 2013 vor, er habe von Juli bis Oktober 2012 nicht mit Zustellungen rechnen müssen, weil er sich beruflich im Ausland aufgehalten habe und darüber das Bezirksgericht telefonisch informiert habe. In der Folge habe er auch das Verschiebungsgesuch für die Verhandlung gestellt. Seit seiner Rückkehr im November 2012 seien ihm keine Unterlagen in dieser Angelegenheit zugestellt worden und er habe erst am 24. April 2013 mündlich über das Betreibungsamt vom Urteil vom 2. Oktober 2012 erfahren (act. 10 S. 2 f.).

3.3. Den Akten im Verfahren FV120108 kann nicht entnommen werden, dass der Beschwerdeführer das Einzelgericht über einen Auslandsaufenthalt bis Ende Oktober 2012 telefonisch informiert hat. Der Beschwerdeführer wies in seinem Verschiebungsgesuch vom 11. Juli 2012 lediglich auf einen Auslandsaufenthalt hin (act. 3/8) und teilte mit, dass er vom 14. Juli 2012 bis zum 18. August 2012 in den USA sei und anschliessend für 3 Wochen nach China reise. Eine längere Abwesenheit bis Ende Oktober 2012 wird im Schreiben nicht erwähnt. Dementsprechend ersuchte der Beschwerdeführer auch nur um eine Verschiebung der Verhandlung auf die zweite Hälfte des Septembers 2012. Diesem Verschiebungsgesuch wurde entsprochen und die Verhandlung auf den 27. September 2012 verschoben (act. 3/10-11). An diesem Datum hätte der Beschwerdeführer nach seinen eigenen Angaben wieder in der Schweiz sein müssen. Zwar wurde die Vorladung für den Verschiebungstermin trotz Kenntnis der Abwesenheit des Beschwerdeführers am 17. Juli 2012 mittels Gerichtsurkunde versandt. Dies entspricht indessen den gesetzlichen Vorgaben (vgl. Art. 138 Abs. 1 ZPO). Es überrascht von daher zwar nicht, dass der Beschwerdeführer diese Gerichtsurkunde nicht entgegengenommen hat. Er hätte jedoch selbst geeignete Vorkehren treffen müssen, um über den neuen Verhandlungstermin orientiert zu sein (so hätte er z.B. auch nach Mitte September 2012 beim Gericht nachfragen können bzw. müssen, auf wann die Verhandlung denn nun verschoben werde, verlangte er doch selber die Ansetzung des Termins auf die zweite Hälfte des Septembers 2012; darauf ist vorliegend jedoch nicht weiter einzugehen). Entscheidend ist, dass der Beschwerdeführer das Gericht entgegen seiner Behauptung nicht darüber in Kenntnis setzte, dass er im Oktober 2012 abwesend ist, dass er vom hängigen Verfahren Kenntnis hatte und daher ab der zweiten Hälfte des Septembers 2012 auf jeden Fall mit der Zustellung einer gerichtlichen Mitteilung rechnen musste. Er kann sich daher zumindest nicht darauf berufen, ihm hätte das Urteil vom 2. Oktober 2012 nicht zugestellt werden dürfen. Dieses gilt demnach auf Grund der Fiktion von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO als am 23. Oktober 2012 zugestellt (act. 3/17). Die allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs betreffend die Vorladung zur Hauptverhandlung hätte demnach im Rechtsmittelverfahren geltend gemacht werden müssen. Das hat der Beschwerdeführer unterlassen. Die

Vorinstanz hielt demnach zu Recht fest, dass mangels Anfechtung das Urteil vom 2. Oktober 2012 vollstreckbar wurde und das Betreibungsamt in der Folge zutreffend dem Fortsetzungsbegehren der Beschwerdegegnerin entsprach und die Konkursandrohung zustellte. Der angefochtene Entscheid ist daher nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist abzuweisen.

4.

Das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen ist kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG); Prozessentschädigungen sind nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 10, und – unter Beilage der erstinstanzlichen Akten – an die 7. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Betreibungsämter 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. Houweling-Wili

versandt am: