

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS140007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur.
P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

Urteil vom 17. März 2014

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführerin (vor Obergericht),

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X._____,

gegen

B.____ AG,

Beschwerdegegnerin (vor Obergericht),

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y._____,

betreffend

Konkursandrohung / Fortsetzungsbegehren
(Beschwerde über das Betreibungsamt C.____)

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 23. Dezember
2013 (CB130016)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Die Parteien sind (oder waren) durch zwei Untermietverträge über Geschäftsräume in D._____ sowie durch einen Vertrag über fixe Einbauten miteinander verbunden. Die B._____ AG (Beschwerdeführerin vor der unteren Aufsichtsbehörde und Beschwerdegegnerin vor der oberen Aufsichtsbehörde; nachfolgend Mieterin) als Untermieterin kündigte alle drei Verträge aus wichtigem Grund am 29. November 2011 per 31. Mai 2012. In der Folge focht die A._____ (Beschwerdegegnerin vor der unteren Aufsichtsbehörde und Beschwerdeführerin vor der oberen Aufsichtsbehörde; nachfolgend Vermieterin) die Kündigungen bei der Schlichtungsbehörde Miete und Pacht des Kantons Luzern an. Nachdem die Mieterin den Urteilsvorschlag der Schlichtungsbehörde ablehnte und ihr deshalb die Klägerrolle zukam, reichte sie mit Eingabe vom 4. Juli 2012 beim Bezirksgericht Willisau Klage im vereinfachten Verfahren ein auf Feststellung der Gültigkeit der ausserordentlichen Kündigungen. Das Verfahren beim Bezirksgericht Willisau ist nach wie vor pendent. Die Mieterin leistete die Mietzinse bis zur Beendigung der Mietverhältnisse am 31. Mai 2012. Für die ausstehenden Mietzinse ab 1. Juni 2012 leitete die Vermieterin gegen die Mieterin die Betreibung ein. Nachdem die Mieterin Rechtsvorschlag erhob, wurde der Vermieterin die provisorische Rechtsöffnung erteilt. Die Mieterin erhob keine separate Aberkennungsklage gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG. Am 18. September 2013 ergingen die Konkursandrohungen für die offenen Mietzinsforderungen (vgl. zum Sachverhalt ausführlich act. 33 S. 2 ff.).

1.2 Gegen den Erlass der Konkursandrohungen erhob die Mieterin mit Eingabe vom 25. September 2013 bei der unteren Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter Beschwerde (act. 1). Das Bezirksgericht Dietikon hiess die Beschwerde mit Urteil vom 23. Dezember 2013 gut und hob die Konkursandrohungen vom 18. September 2013 auf (act. 33 S. 7). Dagegen legte die Vermieterin mit Eingabe vom 16. Januar 2014 (Datum Poststempel) bei der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs Beschwerde ein und beantragte, die

Ziffern 1 und 2 des Urteils der unteren Aufsichtsbehörde vom 23. Dezember 2013 seien unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Mieterin aufzuheben (act. 34). Mit Eingabe vom 17. Februar 2014 reichte die Mieterin die Beschwerdeantwort zu den Akten (act. 40). Mit Eingabe vom 19. Februar 2014 legte die Vermieterin das Protokoll der Instruktionsverhandlung vor dem Bezirksgericht Willisau ins Recht (act. 41 u. 42). Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs wurden die Eingaben den Parteien zugestellt (act. 43). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Prozessuales

Das Verfahren der Aufsichtsbeschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a Abs. 2 SchKG. Soweit Art. 20a SchKG keine Bestimmungen enthält, regeln die Kantone das Verfahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG). Der Kanton Zürich bestimmt im EG SchKG die zuständigen Behörden und bezeichnet das anwendbare Verfahren. § 17 Abs. 2 EG SchKG verweist für das Verfahren vor der unteren Aufsichtsbehörde auf §§ 80 f. GOG. Soweit das Bundesrecht keine Regelungen enthält, richten sich das Beschwerdeverfahren und der Weiterzug nach §§ 83 f. GOG. Diese Bestimmungen verweisen wiederum auf die Art. 319 ff. ZPO. Nach Art. 326 ZPO sind im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren neue Beweismittel nicht zulässig (vgl. zum Ganzen OG ZH PS110019 vom 21. Februar 2011). Die Beilagen act. 35/7 und act. 42 dürfen daher im Beschwerdeverfahren vor der oberen Aufsichtsbehörde nicht berücksichtigt werden.

3. Materielles

3.1 Der Sachverhalt ist unbestritten. Hingegen ist in rechtlicher Hinsicht umstritten, ob die vor dem Bezirksgericht Willisau hängige negative Feststellungsklage die Rechtswirkungen einer Aberkennungsklage nach Art. 83 Abs. 2 SchKG entfaltet, so dass die Konkursandrohungen zu Unrecht ergangen sind. Die untere Aufsichtsbehörde kam zum Schluss, die Feststellungsklage entfalte aus betriebsrechtlicher Hinsicht dieselbe Wirkung wie ein klassischer Aberkennungsprozess,

weshalb keine separate Aberkennungsklage nach erteilter Rechtsöffnung nötig gewesen sei, um die Betreibungen zu unterbrechen (vgl. act. 33 S. 4 ff.).

3.2 Die Vermieterin bringt zunächst vor, es liege eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts vor, indem die untere Aufsichtsbehörde festhalte, die Mieterin habe mit ihrer Feststellungsklage bereits vor der Erteilung der Rechtsöffnung ein Verteidigungsmittel gegen die Mietzinsforderungen ergriffen (act. 34 S. 6 f.). Dem ist zu widersprechen. Dass die Mieterin eine negative Feststellungsklage ergriffen hat, ist in tatsächlicher Hinsicht unbestritten. Ob die Feststellungsklage ein Verteidigungsmittel darstellt, ist eine Frage der rechtlichen Würdigung und nicht eine solche der Tatsachenfeststellung. Auf den Einwand der Vermieterin ist daher nicht weiter einzugehen.

3.3.1 Weiter macht die Vermieterin unter dem Titel "Verfahrensgegenstand" geltend, die untere Aufsichtsbehörde halte zu Unrecht fest, die Mieterin wolle sich mit der Feststellungsklage von ihren vertraglichen Pflichten aus dem Untermietverhältnis befreien. Das sei nie Zweck der Klage gewesen. Die Initiative für das Verfahren vor dem Bezirksgericht Willisau sei von ihr – der Vermieterin – ausgegangen. Die Mieterin sei lediglich aufgrund von prozessualen Gegebenheiten (Ablehnung des Urteilsvorschlags vor der Schlichtungsbehörde) gehalten gewesen, die negative Feststellungsklage einzureichen. Die Aberkennungsklage sei eine negative Feststellungsklage. Der Kläger müsse die Feststellung, dass die gesamte oder ein Teil der in Betreibung gesetzten Forderung nicht oder nicht mehr bestehe oder dass sie zum Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls noch nicht fällig gewesen sei, beantragen. Ein vor Gewährung der Rechtsöffnung hängiger Feststellungsprozess werde nur dann zu einem Aberkennungsprozess, wenn er das richtige Feststellungsbegehren, nämlich ein Begehren auf Feststellung der Nichtexistenz der betriebenen Forderung (Verweis auf BGE 128 III 44 E. 4a), zum Gegenstand habe. Nicht jeder irgendwie mit der betriebenen Forderung in Zusammenhang stehende Feststellungsprozess werde zu einem Aberkennungsprozess. Um die Funktion einer Aberkennungsklage zu erfüllen, müsse eine Feststellungsklage namentlich die Frage nach Bestand und Fälligkeit der Forderung klären (Verweis auf BGE 128 III 44 E. 4a). Diese Voraussetzung erfülle die beim Bezirksgericht

Willisau hängige Klage betreffend Feststellung der Gültigkeit der ausserordentlichen Kündigung vom 29. November 2011 eben gerade nicht. Gegenstand des in Willisau hängigen Verfahrens sei einzig die ausserordentliche Kündigung vom 29. November 2011 und mithin nicht ihre Mietzinsforderung (Bestand und Fälligkeit; act. 34 S. 8).

3.3.2 Die Mieterin macht dagegen im Wesentlichen geltend, das Feststellungsverfahren vor dem Bezirksgericht Willisau habe die Gültigkeit/Ungültigkeit der Kündigung und somit den Bestand/Nichtbestand sämtlicher Mietzinsforderungen des Rechtsverhältnisses zum Gegenstand. Daher sei es offensichtlich, dass mit diesem Feststellungsverfahren insbesondere die Abwehr (oder aus Sicht der Vermieterin eben die materiell-rechtliche Grundlage der vollstreckungsrechtlichen Durchsetzung) der Hauptpflicht des Mieters, nämlich die Zahlung der Mietzinse angestrengt worden sei und der Bestand/Nichtbestand dieser Forderungen geklärt werde. Es müsse folglich nicht speziell auf Aberkennung geklagt werden und es brauche demzufolge auch kein entsprechendes spezifisches Aberkennungsbegehren (act. 40 S. 10 f.).

3.3.3 Die untere Aufsichtsbehörde machte zutreffende Ausführungen zur Natur der Aberkennungsklage (act. 33 S. 5). Darauf kann verwiesen werden. Gegenstand einer Aberkennungsklage der Mieterin wäre die Feststellung, ob die in Betreuung gesetzten Mietzinsforderungen bestehen oder nicht. Gegenstand der negativen Feststellungsklage in Willisau ist die Feststellung der Gültigkeit der Kündigung der Mietverhältnisse. Die Frage ist demnach, ob die Aberkennungsklage und die bereits hängige negative Feststellungsklage identisch sind. Die untere Aufsichtsbehörde gab dazu an, zumindest funktional seien die beiden Klagen gemäss neuerer Bundesgerichtsrechtsprechung im Kernpunkt identisch (act. 33 S. 6). Dem ist beizupflichten. Der Begriff der Anspruchsidentität ist nicht grammatikalisch, sondern inhaltlich zu verstehen. Er wird durch die Rechtsbehauptungen bestimmt, die von den in verschiedenen Verfahren gestellten und beurteilten Begehren umfasst werden. Ein neuer Anspruch ist deshalb trotz abweichender Umschreibung vom beurteilten nicht verschieden, wenn er in diesem bereits enthalten ist (BGer 4A_508/2010 E. 2.1 m.w.H.). Massgeblich ist folglich, dass die Un-

termietverträge den Rechtsgrund für die Mietzinsforderungen darstellen. Wird die Gültigkeit der Kündigungen festgestellt, fällt gleichzeitig der Rechtsgrund für die Mietzinsforderungen weg. Somit umfasst die hängige Feststellungsklage auch den Bestand der Mietzinsforderungen, und es braucht keine separate Aberkennungsklage für die Unterbrechung der Betreuung.

3.4.1 Die Vermieterin moniert, die untere Aufsichtsbehörde habe zu Unrecht die massgebliche Verfahrensart ausser Acht gelassen. Eine korrekte Aberkennungsklage betreffend die Mietzinsforderungen würde nicht das Thema Kündigungsschutz betreffen, hätte einen Streitwert von weit mehr als Fr. 30'000.– und wäre somit im ordentlichen Verfahren zu führen (Verweis auf Art. 243 Abs. 1 u. 2 ZPO). Die hängige Feststellungsklage werde demgegenüber im vereinfachten Verfahren geführt. Folglich könne im hängigen Verfahren nur eine Widerklage mit derselben Verfahrensart erhoben werden (act. 34 S. 8 f.).

3.4.2 Die Mieterin hält im Wesentlichen dafür, vom Grundsatz, dass bei einer bereits hängigen Feststellungsklage keine Aberkennungsklage eingereicht werden müsse, sei infolge der Durchführung des Hauptverfahrens im vereinfachten Verfahren nicht abzuweichen (act. 40 S. 11).

3.4.3 Die untere Aufsichtsbehörde erwog zusammengefasst, die unterschiedliche Verfahrensart sei nicht relevant. In beiden Fällen handle es sich um einen "ordentlichen" Hauptsachenprozess, in welchem die von der Vermieterin gegen die in Betreuung gesetzten Forderungen vorgebrachten Einwendungen erhoben werden könnten (act. 33 S. 6 f.). Dem ist beizupflichten. Die Vermieterin bringt zwar richtig vor, dass eine Widerklage nur bei gleicher Verfahrensart möglich ist. Am Umstand, dass die negative Feststellungsklage die Wirkungen einer Aberkennungsklage entfaltet, ändert dies jedoch nichts. Auch ist unerheblich, dass eine Partei in einem ordentlichen Verfahren beispielsweise eine Sicherheit für die Parteienschädigung verlangen kann (vgl. act. 34 S. 9).

3.5 Die Vermieterin macht ferner geltend, die untere Aufsichtsbehörde habe zu Unrecht festgehalten, die Sperrwirkung der zuerst anhängig gemachten Feststellungsklage würde einer später angehobenen Aberkennungsklage entgegenstehen

(act. 34 S. 9). Aus welchen Gründen keine Sperrwirkung vorliegen würde, führte die Vermieterin nicht aus. Auf diesen Einwand ist daher nicht weiter einzugehen. Schliesslich ist die Auffassung der Vermieterin unzutreffend, das Bezirksgericht Dietikon und die I. Zivilkammer hätten in ihren Entscheiden vom 31. Juli 2012 bzw. vom 1. Oktober 2012 festgehalten, die hängige Feststellungsklage sei keine Aberkennungsklage (act. 34 S. 10; vgl. auch act. 3/23 S. 3 u. act. 3/24 S. 8). In jeden Entscheiden wurde darüber nicht geurteilt.

3.6 Der vorinstanzliche Entscheid erweist sich somit sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung als zutreffend, weshalb darauf verwiesen werden kann. Die Vermieterin bringt im Beschwerdeverfahren nichts vor, was eine andere Beurteilung nahelegen würde. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

3.7 Es besteht schliesslich aufgrund der vorliegenden Akten kein Anlass, von Amtes wegen in das Verfahren einzugreifen (Art. 22 SchKG).

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Das Verfahren vor der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen ist kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG). Parteientschädigungen sind nicht auszurichten (Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Es werden keine Kosten erhoben und keine Entschädigungen zugesprochen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Betreibungsamt C. _____ sowie an das Bezirksgericht Dietikon unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten, 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. M. Weibel

versandt am: