

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS170225-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichterin lic. iur. M. Stamm-
bach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 22. Januar 2018

in Sachen

A._____ GmbH,
Beschwerdeführerin,

gegen

B._____,
Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

betreffend
Konkursandrohung / Betreuung Nr. ...
(Beschwerde über das Betreibungsamt Zürich 1)

Beschwerde gegen einen Beschluss der 1. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich
vom 26. September 2017 (CB170106)

Erwägungen:

1. Gestützt auf das von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ am 4. August 2017 namens der Gläubigerin B. _____ (Beschwerdegegnerin) in der Betreuung Nr. ... für eine Forderung von Fr. 8'204.- nebst Zins zu 5 % seit 21. Juni 2017 gestellte Begehren um Fortsetzung der Betreuung gegen die Schuldnerin A. _____ GmbH (Beschwerdeführerin) (act. 3 S. 6) stellte das Betreibungsamt Zürich 1 der Schuldnerin am 4. September 2017 die Konkursandrohung zu (act. 2/7 S. 2). Mit Eingabe vom 14. September 2017 (Poststempel) erhob die Schuldnerin beim Bezirksgericht Zürich Beschwerde (act. 1), welche die 1. Abteilung als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Betreibungsämter mit Zirkulationsbeschluss vom 26. September 2017 abwies, soweit darauf eingetreten wurde (act. 7). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin innert Frist Beschwerde (act. 8 i.V.m. act. 7 und act. 5/1) und beantragte (act. 8 S. 1):

"Ich bitte Sie, den Zirkulationsbeschluss vom 26. September 2017 des Bezirksgerichts Zürich aufzuheben und für nichtig zu erklären.

Ich beantrage auch, dass Sie die Konkurs-Androhung des lic.iur. X. _____ als unzulässig und daher nichtig erklären."

Mit Verfügung vom 20. November 2017 wurde der Beschwerdegegnerin eine Frist zur Einreichung der Beschwerdeantwort angesetzt unter Hinweis, dass eine Gutheissung der Beschwerde mit Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz zur Vornahme weiterer Abklärungen mindestens nicht ausgeschlossen erscheine (act. 12). Innert Frist wurde keine Antwort eingereicht (act. 12-13). Demnach ist das Verfahren androhungsgemäss ohne diese weiterzuführen (act. 12, Art. 147 ZPO).

2. Gegen eine Verfügung eines Betreibungs- oder Konkursamtes kann bei der Aufsichtsbehörde wegen Gesetzesverletzung oder Unangemessenheit Beschwerde geführt werden, sofern das Gesetz nicht den Weg der gerichtlichen Klage vorschreibt (Art. 17 Abs. 1 SchKG). Auf den Weiterzug einer be-

treibungsrechtlichen Aufsichtsbeschwerde an die obere kantonale Aufsichtsbehörde sind sinngemäss die Art. 319 ff. ZPO anwendbar (Art. 20a Abs. 2 und 3 SchKG sowie § 18 EG SchKG i.V.m. § 83 f. GOG; BSK SchKG I-COMETTA/MÖCKLI, 2. Auflage, Art. 20a N 38). Als Beschwerdegründe können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Gemäss Art. 321 Abs. 1 ZPO ist eine Beschwerde innert der Frist schriftlich und begründet einzureichen. Entsprechend der Praxis der Kammer hat ein Beschwerdeführer auch in Verfahren, in welchen das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu untersuchen hat (vgl. dazu § 83 Abs. 3 GOG), sich mit der Begründung des angefochtenen Entscheids auseinanderzusetzen und im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid aus seiner Sicht unrichtig ist. Sind diese Anforderungen nicht erfüllt, wird auf das Rechtsmittel wegen fehlender Begründung ohne weiteres, d.h. ohne Nachfrist zur Behebung des Mangels anzusetzen, nicht eingetreten. Allerdings wird bei Laien zur Erfüllung des Erfordernisses, einen Antrag zu stellen und zu begründen, sehr wenig verlangt. Als Begründung reicht es aus, wenn auch nur rudimentär zum Ausdruck kommt, weshalb der angefochtene Entscheid nach Auffassung des Beschwerdeführers unrichtig sein soll (vgl. dazu OGer ZH PS160064 vom 2. Mai 2016, Erw.2.b mit Verweisen).

Noven sind im Beschwerdeverfahren gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO unzulässig (vgl. BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, in BGE 137 III 470 nicht publizierte Erw. 4.5.3). Für die Beschränkung des Novenrechts im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren gilt Art. 13 Abs. 2 SchKG in Verbindung mit § 84 GOG und Art. 326 Abs. 1 ZPO. Ist es den Kantonen von Bundesrechts wegen überlassen, ob es eine oder zwei Aufsichtsinstanz/en gibt, und genügt von Bundesrechts wegen auch nur eine Beschwerdeinstanz, so kann für das Verfahren vor der oberen Instanz die Kognition beschränkt werden (vgl. OGer ZH PS110019 vom 21. Februar 2011 und PS120189 vom 2. November 2012).

3. a) Die Vorinstanz führte u.a. aus, soweit die Beschwerdeführerin sinngemäss den Umfang der geltend gemachten Forderung bestreite und zudem einen angeblich ihr gewährten Zahlungsaufschub der Beschwerdegegnerin bzw. eine vereinbarte Stundung geltend mache (act. 1, 2/2 und 2/5; ...), könnten und dürften die Vorbringen im vorliegenden Beschwerdeverfahren als materielle Einwände nicht berücksichtigt werden (...). Auch der Einwand, die von der Beschwerdegegnerin verlangte Differenz zum Mindestlohn der letzten fünf Jahre stehe ihr nicht zu (vgl. act. 2/3-4), sei als materieller Einwand ebenfalls unzulässig. Formelle Einwände gegen die angefochtene Konkursandrohung seien hingegen von der Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde nicht vorgebracht worden. Die Beschwerde sei deshalb sofort als unbegründet abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten sei. Die Eingabe gebe auch keinen Anlass, von Amtes wegen einzuschreiten (Art. 22 SchKG). Vorliegend bestehe zwar insofern eine gewisse Diskrepanz zwischen Zahlungsbefehl und dem formlos beigezogenen Betreibungsprotokoll, als dass auf dem Schuldnerdoppel des Zahlungsbefehls ein Rechtsvorschlag vermerkt sei, im Betreibungsprotokoll hingegen nicht (act. 2/6 und 3). Dies müsse jedoch noch kein Hinweis darauf sein, dass etwa ein erhobener Rechtsvorschlag nicht gehörig protokolliert und demnach die Betreuung ohne einen in Rechtskraft erwachsenen Zahlungsbefehl fortgesetzt worden wäre, denn das der Betreuungsschuldnerin ausgehändigte Doppel des Zahlungsbefehls sei diesbezüglich wenig aussagekräftig (act. 2/6). Von ihr sei zudem in ihrer Beschwerde auch nicht geltend gemacht worden, dass ein von ihr erhobener Rechtsvorschlag nicht gehörig protokolliert bzw. beseitigt worden wäre. Im Weiteren brauche die Aufsichtsbehörde die Akten nicht nach nichtigen Verfügungen und Betreibungshandlungen zu durchforsten, mithin sich weitere Abklärungen von Amtes wegen nicht aufdrängten (...) (act. 7 Erw. 3).
- b) Vor Obergericht brachte die Beschwerdeführerin u.a. vor, es treffe nicht zu, dass sie vor Vorinstanz ihre Beschwerde nicht begründet habe. Sie habe die Gründe aufgelistet, vielleicht nicht so, wie vom Gericht erwartet. Sie sei eben keine Juristin. Am Ende habe sie beantragt, dass das Gericht diese

Konkursandrohung für nichtig erkläre (act. 10/8/1). Die Gläubigerin müsse das Geld gerichtlich einfordern, weil ein Rechtsvorschlag erhoben worden sei. Der Rechtsvorschlag sei vom Betreibungsamt Zürich 1 nicht protokolliert worden (act. 10/6/1-2). Die Gläubigerin verlange ungesetzlich viel. Als Kleinbetrieb mit 3-4 Mitarbeitern müsse sie einen Mindestgesamtlohn von CHF 21.44 pro Stunde bezahlen und nicht CHF 22.97, wie verlangt werde. Sie bezahle der Gläubigern CHF 22.- pro Stunde, also 56 Rappen mehr pro Stunde (act. 10/4). Sie schulde somit der Gläubigern total CHF 2'937.18, was sie heute überweisen werde (act. 10/5/1-3). Sie ersuche, ihren Antrag gutzuheissen und den Fall als erledigt zu erklären (act. 8 S. 1).

4. a) Mit den Erwägungen der Vorinstanz, dass sie nicht zuständig sei, die Begründetheit (und damit den Bestand) der in Betreibung gesetzten Forderung zu prüfen, setzte sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander. Vielmehr stellte sie diesen Erwägungen ihre eigenen Überlegungen gegenüber bzw. hielt an ihren Ausführungen in der vorinstanzlichen Beschwerdeschrift fest. Diesbezüglich fehlt es an einer auch nur minimalen Anforderungen genügenden Begründung der Beschwerde, weshalb diesbezüglich auf die Beschwerde nicht einzutreten ist. Zu bemerken ist lediglich, dass die Beschwerdeführerin insofern einem Missverständnis unterliegt, als sie davon ausgeht, die Vorinstanz werfe ihr vor, sie habe ihre Beschwerde nicht begründet. Dies trifft so nicht zu. Vielmehr stellte die Vorinstanz fest, dass keine formellen Mängel, und nur diese wären relevant, vorgebracht worden seien und deshalb erachtete das Gericht die Beschwerde als unbegründet.

b) Selbst wenn auf die Beschwerde in Bezug auf die geltend gemachten materiellen Beanstandungen einzutreten wäre, müsste sie abgewiesen werden. Die betreibungsrechtliche Beschwerde dient der einheitlichen und richtigen Anwendung des Betreibungs- und Konkursrechts und ermöglicht die Überprüfung der zwangsvollstreckungsrechtlichen Verfügung auf ihre Gesetzmässigkeit und Angemessenheit (BSK SchKG I- COMETTA/MÖCKLI, 2. Auflage, Art. 17 N 2). Vor Vorinstanz betitelte die Beschwerdeführerin ihre Eingabe mit "Beschwerde / Bestreiten der Zulässigkeit der Konkursbetrei-

bung" (act. 1 S. 1). Sie bestritt die Zulässigkeit der Konkursbetreuung mit der Begründung, Rechtsanwalt X._____ gehe falsch vor. Aus ihren weiteren Vorbringen ergibt sich, dass sie nicht einverstanden war, dass der Rechtsvertreter auf dem Betreuungsweg gegen sie vorging. So machte sie geltend, die Höhe des Lohnes Februar 2017 sei klar, jedoch könne der März und April Lohn mangels Stunden-Angaben der Gläubigerin – trotz entsprechender Aufforderung per SMS – nicht berechnet werden. Zuerst habe sie – die Gläubigerin – ihr erlaubt, das Geld zu schulden. Sie – die Beschwerdeführerin – habe eine neue Lokalität gemietet und Geld für die Kautions gebraucht. Nachdem die Bank am 26. Mai 2017 die 3a Säule ausbezahlt habe, habe sie der Beschwerdegegnerin ein SMS geschickt und gefragt, wieviele Stunden sie gearbeitet habe, damit ihr der Lohn bezahlt werden könne. Sie habe aber nicht geantwortet, sondern es vorgezogen, einen Anwalt aufzusuchen. Im weiteren machte die Beschwerdeführerin Ausführungen zur Höhe des Mindestlohnes und bestritt damit auch die mit der Betreibungsforderung geltend gemachten Nachzahlungen. Überdies fügte sie an, sie könne die Schulden bezahlen, sobald die Beschwerdegegnerin die geleisteten Stunden angebe (act. 1).

Gestützt auf diese Vorbringen ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass von der Beschwerdeführerin keine formellen Einwände gegen die angefochtene Konkursandrohung vorgebracht worden sind. Vielmehr wurden nur materielle Einwände erhoben, nämlich zum Bestand und Umfang sowie zur Fälligkeit der Forderung. Nichtigkeitsgründe wurden von der Beschwerdeführerin keine vorgebracht.

Da mit Beschwerde grundsätzlich nur formelle Mängel des Betreibungsverfahrens gerügt werden können, müsste somit die Beschwerde abgewiesen werden.

c) Die Vorinstanz hatte in ihrem Entscheid bezüglich des Rechtsvorschlages auf die Diskrepanz zwischen Zahlungsbefehl und dem formlos beigezogenen Betreibungsprotokoll hingewiesen, musste aber nicht von sich aus weitere Abklärungen tätigen. Die Parteien sind nämlich im Beschwerdeverfahren

ren zur Mitwirkung verpflichtet (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Die Aufsichtsbehörde stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 20a Abs. 2 Ziffer 2 SchKG). Das heisst, sie ist für die Beschaffung des Entscheidungsgrundlage bildenden Tatsachenmaterials zuständig. Bei Verletzung der Mitwirkungspflicht ist die Aufsichtsbehörde nicht verpflichtet, Umstände abzuklären, die sich nicht aus den Akten ergeben (BSK SchKG I- STAEHELIN, Ergänzungsband zur 2. Auflage, Art. 20a ad N 6, ad N 7, ad N 10). Vorliegend ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass das der Betreuungsschuldnerin ausgehändigte Doppel des Zahlungsbefehls wenig aussagekräftig dafür sei, ob ein erhobener Rechtsvorschlag nicht gehörig protokolliert und demnach die Betreuung ohne einen in Rechtskraft erwachsenen Zahlungsbefehl fortgesetzt worden sei. Insbesondere hatte die Beschwerdeführerin nicht behauptet, gegenüber dem Betreibungsamt mündlich oder schriftlich Rechtsvorschlag erhoben zu haben bzw. legte kein entsprechendes Schreiben oder eine Posteinschreibequittung an das Betreibungsamt bei.

5. a) Die Fortsetzung der Betreuung auf Pfändung oder auf Konkurs erfolgt nur auf Gesuch des Gläubigers. Sie kann verlangt werden, wenn ein rechtskräftiger Zahlungsbefehl vorliegt (Art. 88 SchKG). Dies ist der Fall, wenn kein Rechtsvorschlag erhoben oder ein solcher zurückgezogen worden ist. Hat der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben, so kann die Fortsetzung der Betreuung nur aufgrund eines vollstreckbaren Entscheides verlangt werden, der den Rechtsvorschlag ausdrücklich beseitigt (Art. 79 ff. SchKG). Wird eine Konkursandrohung erlassen, ohne dass der Rechtsvorschlag beseitigt worden ist, so ist diese Konkursandrohung nichtig (BSK SchKG I- COMETTA/MÖCKLI, 2. Auflage, Art. 22 N 12; BSK SchKG I-STAEHELIN, Ergänzungsband zur 2. Auflage, Art. 22 ad N 12 d).

b) Die Nichtigkeit der Konkursandrohung kann grundsätzlich jederzeit geltend gemacht werden (BSK SchKG I-STAEHELIN, Ergänzungsband zur 2. Auflage, Art. 22 ad N 16 c). Das Bundesgericht hat allerdings diesen Grundsatz im Laufe der Zeit eingeschränkt. Ab einem gewissen Zeitpunkt erscheinen alle Fortsetzungshandlungen nur noch als anfechtbar, selbst

wenn ein gültiger Rechtsvorschlag vorliegen sollte. Vorliegend erfolgte erst die Konkursandrohung, weshalb die Rüge der Nichtigkeit noch zulässig ist (vgl. dazu BGer 5A_383/2017 Urteil vom 3. November 2017 Erw. 4).

c) Eine andere Frage ist, ob sich die Beschwerdeführerin im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens noch auf die Nichtigkeit der Konkursandrohung berufen kann. Die Beschwerdeführerin machte geltend, es sei Rechtsvorschlag erhoben worden und dieser sei vom Betreibungsamt nicht protokolliert worden (act. 8 S. 1). Bei diesen Vorbringen handelt es sich nämlich um neue und damit gestützt auf Art. 326 ZPO an sich unzulässige Tatsachenbehauptungen. Eine allfällige Nichtigkeit der Konkursandrohung wäre indes durch das Gericht auch von Amtes wegen und deshalb auch im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren zu beachten (vgl. dazu OGer ZH PS160038 Urteil vom 4. April 2016). Die neuen Tatsachenbehauptungen sind deshalb zu berücksichtigen.

6. a) Im Rahmen einer Vervollständigung der Akten hat die Vorinstanz vom Betreibungsamt Zürich 1 formlos das Betreibungsprotokoll und das Fortsetzungsbegehren bezogen (act. 3). Im Betreibungsprotokoll wurde kein Rechtsvorschlag protokolliert (act. 3 S. 4). Der Zahlungsbefehl wurde der Geschäftsführerin der Beschwerdeführerin am 23. Juni 2017 zugestellt (act. 2/6, act. 3 S. 4). Auf dem von der Beschwerdeführerin der Vorinstanz eingereichten Schuldnerdoppel des Zahlungsbefehls ist das Feld Rechtsvorschlag angekreuzt und unter dem Datum "30.06.17" von der Geschäftsführerin unterzeichnet worden (act. 2/6 S. 2). Es gibt demnach Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführerin innert der 10tägigen Frist Rechtsvorschlag erhoben hat. Ob dieser rechtsgültig erfolgte, kann heute nicht entschieden werden.

- b) Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des vorinstanzlichen Zirkulationsbeschlusses vom 26. September 2017. Da die Sache noch nicht spruchreif ist, ist sie zur weiteren Sachverhaltsabklärung (insbesondere zur Einholung eines Amtsberichtes beim Betreibungsamt Zürich 1) an die Vorinstanz zurückzuweisen.
7. Das Beschwerdeverfahren ist grundsätzlich kostenlos; Parteientschädigungen dürfen nicht zugesprochen werden (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG und Art. 61 Abs. 2 GebV SchKG bzw. Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird, und der Zirkulationsbeschluss des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung, als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Betreibungsämter vom 26. September 2017 wird aufgehoben. Das Verfahren wird im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Betreibungsämter sowie an das Betreibungsamt Zürich 1, je gegen Empfangsschein.
5. 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 Schuldbetrei-
bungs- 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am:
22. Januar 2018