

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde  
über Schuldbetreibung und Konkurs



---

Geschäfts-Nr.: PS170114-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-  
Sørensen sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler

## Urteil vom 4. September 2017

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ & Co, ...**,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**B.\_\_\_\_\_ GmbH**,  
Beschwerdegegnerin,

vertreten durch X.\_\_\_\_\_,  
diese vertreten durch Modeagentur C.\_\_\_\_\_ GmbH,

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

Beschwerde gegen einen Beschluss der 1. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich  
vom 29. Mai 2017 (CB170063)

### Erwägungen:

I.

1. Am 11. Mai 2017 stellte das Betreibungsamt Zürich 1 der Kommanditgesellschaft "A.\_\_\_\_\_ & Co, ..." in der Betreibung Nr. ... für diverse Forderungen der B.\_\_\_\_\_ GmbH die Konkursandrohung zu (act. 2/9). Mit beim Betreibungsamt eingereichter und von diesem an das Bezirksgericht Zürich als untere kantonale Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter weitergeleiteter Eingabe vom 18. Mai 2017 erhob die Gesellschaft – bzw. für sie der unbeschränkt haftende Gesellschafter D.\_\_\_\_\_ – Beschwerde (act. 1 und 3). Sie machte im Wesentlichen geltend, die in Betreibung gesetzten Forderungen nur im Umfang von EUR 869.30 zu akzeptieren. Das Bezirksgericht wies die Beschwerde mit Beschluss vom 29. Mai 2017 ab, soweit es darauf eintrat (act. 8).

2. Mit Eingabe vom 14. Juni 2017 wandte sich die Beschwerdeführerin rechtzeitig an das Obergericht. Sie beantragt die Gutheissung der gegen die Konkursandrohung erhobenen Beschwerde. Sie macht geltend, die Betreuungsgläubigerin habe falsch abgerechnet und – neu – der Zahlungsbefehl vom 28. November 2016 sei ihr nicht zugestellt worden, weshalb sie keinen Rechtsvorschlag erhoben habe (act. 9; vgl. act. 6/3).

3. Aus den von der Kammer neben den vorinstanzlichen Akten (act. 1–6) beigezogenen betreibungsamtlichen Akten (act. 14/1–14) wird ersichtlich, dass sich das Betreibungsbegehren der B.\_\_\_\_\_ GmbH gegen "D.\_\_\_\_\_" richtet (act. 14/1, 14/9) und nicht wie der Zahlungsbefehl – und die Konkursandrohung – gegen die Kommanditgesellschaft "A.\_\_\_\_\_ & Co, ..." (act. 14/14, 2/9). Auch der dem Betreibungsbegehren als Forderungstitel beigelegte Vollstreckungsbescheid des deutschen Amtsgerichts Hagen vom 11. Juli 2016 richtet sich gegen "D.\_\_\_\_\_" als Antragsgegner (act. 14/8, 2/8). Auf der Gläubigerausfertigung des Zahlungsbefehls vom 17. November 2016 (act. 14/14) ist sodann bescheinigt, dass der Zahlungsbefehl am 28. November 2016 an E.\_\_\_\_\_, "Sohn des Betr.", zugestellt wurde (gemeint ist offensichtlich der im Handelsregister nicht als Vertretungsberechtigter der Kommanditgesellschaft eingetragene Sohn des Gesellschafters D.\_\_\_\_\_ [act. 14/10]). Eine E-Mail der Kommanditgesellschaft an den Betreibungsbeamten vom 22. November 2016 legt die Annahme nahe, dass die Über-

gabe des Zahlungsbefehls im Amtslokal des Betreibungsamtes erfolgte (act. 14/11).

Diese Feststellungen veranlassten die Kammer, vom Betreibungsamt mit Verfügung vom 17. Juli 2017 einen Bericht zur Zustellung des Zahlungsbefehls und zur Diskrepanz zwischen Betreibungsbegehren und Zahlungsbefehl einzuholen und der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 18).

**4.** Das Betreibungsamt hielt in seinem Bericht vom 19. Juli 2017 fest, es habe nach der Schliessung des Geschäftes der Kommanditgesellschaft an der ... [Strasse] in F. \_\_\_\_\_ mit deren Gesellschafter D. \_\_\_\_\_ vereinbart, dass er Betreuungsurkunden auf entsprechende Aufforderung hin im Amt abhole. Es könne davon ausgegangen werden, dass E. \_\_\_\_\_, der sich zusammen mit seinem Vater D. \_\_\_\_\_ um die Gesellschaft kümmere, zur Abholung von Urkunden berechtigt sei, und es seien Zustellungen zuhanden der "A. \_\_\_\_\_ & Co, ..." ohne schriftliche Vollmacht an E. \_\_\_\_\_ erfolgt. Die Gesellschaft habe diese Zustellungsart über lange Zeit stillschweigend geduldet und E. \_\_\_\_\_ als berechtigten Vertreter erscheinen lassen. Schliesslich hielt das Betreibungsamt fest, aufgrund der ihm bekannten Umstände keinen Zweifel an der Parteistellung der Kommanditgesellschaft gehegt zu haben (act. 20).

**5.** Die Betreuungsgläubigerin beantwortete die Beschwerde innerhalb der ihr mit Verfügung vom 7. August 2017 angesetzten Frist nicht und äusserte sich auch nicht zum Bericht des Betreibungsamtes. Das Verfahren ist deshalb androhungsgemäss fortzusetzen (act. 21 und 22). Auch zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung hatte sich die Betreuungsgläubigerin innerhalb der ihr dazu angesetzten Frist nicht geäussert; ihre Zustellungsempfängerin in der Schweiz hatte die entsprechende Verfügung vom 17. Juli 2017 auf der Post nicht abgeholt (act. 18 und 19/1).

## II.

**1.** Die Vorinstanz hielt der Beschwerde zurecht entgegen, dass mit dem Rechtsmittel der SchK-Beschwerde grundsätzlich nur formelle Mängel des schweizeri-

schen Vollstreckungsverfahrens geltend gemacht werden können und materielle Einwendungen gegen den Bestand und Umfang der betriebenen Forderungen grundsätzlich mit Rechtsvorschlag gegen den Zahlungsbefehl geltend zu machen gewesen wären (act. 8 Erw. 3).

**2.** Der neue Einwand der Kommanditgesellschaft, den Zahlungsbefehl nicht erhalten zu haben, ist grundsätzlich verspätet. Nach der Rechtsprechung der Kammer sind im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren neue Behauptungen unzulässig (OGer PS110019 vom 21. Februar 2011, Erw. 3.4; BGer 5A\_605/2011 vom 8. November 2011, Erw. 3.2).

**3.** Zu beachten bleibt Art. 22 SchKG: Verfügungen, die gegen Vorschriften verstossen, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind, sind nichtig. Die Nichtigkeit einer Verfügung wird von den Aufsichtsbehörden von Amtes wegen festgestellt, unabhängig davon, ob Beschwerde geführt worden ist. In erster Linie stellt sich die Frage, ob der Zahlungsbefehl, der vom Betreibungsbegehren abweichend die Kommanditgesellschaft als Schuldnerin bezeichnet, an Nichtigkeit leidet. Ist dies zu verneinen, wird die Nichtigkeit der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Sohn des Gesellschafters in Betracht zu ziehen sein.

**4.** Betreibungen werden durch das Betreibungsbegehren des Gläubigers angehooben (Art. 67 SchKG). Dieses veranlasst das Betreibungsamt, den Zahlungsbefehl auszustellen und dem Schuldner zuzustellen, womit die Schuldbetreibung ihren Anfang nimmt (Art. 38 Abs. 2 SchKG; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A, Bern 2013, § 16 N 1 ff.). Dass die Betreibung nur auf Begehren des Gläubigers eingeleitet wird, ist ein elementarer Grundsatz des Schuldbetreibungsrechts. Eine von Amtes wegen, ohne entsprechendes Betreibungsbegehren eingeleitete Betreibung verstösst gegen eine im öffentlichen Interesse aufgestellte Vorschrift und ist nichtig.

Zahlungsbefehle enthalten vorab die Angaben des Betreibungsbegehrens (Art. 69 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG). An diese Angaben, namentlich jene des Schuldners, ist das Amt gebunden. Es darf von sich aus keine Änderungen am Betreibungsbegehren

vornehmen. Bei der Berichtigung offensichtlicher Versehen oder erkennbarer Fehler des Gläubigers ist äusserste Zurückhaltung geboten. Ist das Betreibungsbegehren unklar oder unvollständig, hat das Betreibungsamt den Betreibenden zur Verdeutlichung bzw. Vervollständigung anzuhalten (BSK SchKG I-Wüthrich/Schoch, 2. Aufl., Art. 69 N 17; vgl. BGE 141 III 173, Erw. 2.3).

Das Betreibungsamt begründet die von ihm bei der Ausstellung des Zahlungsbefehls gewählte Schuldnerangabe damit, dass die von der Gläubigerin genannte Schuldner-Adresse (... [Strasse], F.\_\_\_\_\_) jener der Geschäftsräumlichkeiten der Kommanditgesellschaft entspreche. Die Kommanditgesellschaft sei wie die Gläubigerin in der Modebranche tätig. Der von der Gläubigerin eingereichte Mahnbescheid sei im Zusammenhang mit Warenlieferungen ausgestellt worden. D.\_\_\_\_ wohne nicht in F.\_\_\_\_ (act. 20 S. 2).

"D.\_\_\_\_" ist der Name einer natürlichen Person; "A.\_\_\_\_ & Co, ..." die Firma einer Personengesellschaft, die zwar keine Rechtspersönlichkeit hat, aber betreibungsrechtlich parteifähig ist. Der im Betreibungsbegehren als Forderungsurkunde genannte Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Hagen, den die Gläubigerin dem Betreibungsamt eingereicht hat, nennt als Antragsgegner nicht die Gesellschaft, sondern den Gesellschafter (act. 14/8; vgl. auch den Mahnbescheid act. 14/4). Vertreter der Gläubigerin ist im deutschen Mahnverfahren wie im Betreibungsverfahren ein (deutscher) Rechtsanwalt, dem der Unterschied zwischen Gesellschafter und Gesellschaft geläufig ist. Damit fehlt es von vornherein an einem Grund, die Schuldnerangabe gemäss Betreibungsbegehren von Amtes wegen zu ändern. Das Betreibungsamt hat ein Betreibungsverfahren eröffnet, für welches kein Betreibungsbegehren vorlag. Der Zahlungsbefehl ist deshalb nichtig (vgl. BSK SchKG I-Wüthrich/Schoch, Art. 69 N 30). Der Umstand, dass die Gläubigerin in dem auf der Grundlage des Zahlungsbefehls gestellten Fortsetzungsbegehren vom 26. April 2017 die Kommanditgesellschaft als Schuldnerin bezeichnet hat (act. 14/13), ändert nichts.

Es bleibt festzustellen, dass der Zahlungsbefehl und – als Folge davon – auch die darauf basierende Konkursandrohung nichtig sind.

5. Mit der Feststellung der Nichtigkeit des Zahlungsbefehls wird die Prüfung der Gültigkeit der Zustellung des Zahlungsbefehls an E. \_\_\_\_\_ obsolet. Eine Auseinandersetzung mit BGE 118 III 10, wo die Figur der Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht für die Zustellung von Betreuungsurkunden als irrelevant erachtet wurde (vgl. BGer 5A\_412/2016 vom 14. Oktober 2016, Erw. 3.3), erübrigt sich. Ob im vorliegenden Verfahren überhaupt von einer solchen Vollmacht ausgegangen werden könnte – das Betreibungsamt hat seine Darstellung nicht belegt (act. 20) –, braucht nicht geprüft zu werden.

6. Das Beschwerdeverfahren vor den kantonalen Behörden ist grundsätzlich kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG; Art. 61 Abs. 2 lit. a GebV SchKG). Eine Parteienschädigung darf nicht zugesprochen werden (Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

**Es wird erkannt:**

1. Es wird festgestellt, dass der Zahlungsbefehl vom 17. November 2016 und die Konkursandrohung vom 4. Mai 2017 in der Betreuung des Betreibungsamtes Zürich 1 Nr. ... gegen die Kommanditgesellschaft "A. \_\_\_\_\_ & Co, ..." nichtig sind.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an das Betreibungsamt Zürich 1 und die Vorinstanz, 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

Der Vorsitzende:

lic. iur. P. Diggelmann

versandt am:  
4. September 2017