Art. 69 und 22 SchKG. Nichtigkeit als Folge geänderter Angaben im Zahlungsbefehl. *Wenn als Schuldnerin statt der im Betreibungsbegehren genannten eine andere Person im Zahlungsbefehl genannt wird (und nicht nur ein offenkundiges Versehen oder ein Schreibfehler korrigiert worden ist), ist der Zahlungsbefehl nichtig.*

Das Betreibungsbegehren nannte als Schuldner eine Kommanditgesellschaft. Das Betreibungsamt stellte den Zahlungsbefehl auf den unbeschränkt haftenden Gesellschafter persönlich als Schuldner aus. Ein Rechtsvorschlag wurde nicht erhoben. Als Reaktion auf das Fortsetzungsbegehren droht das Amt der Gesellschaft den Konkurs an. Die Gesellschaft führt Beschwerde und bringt vor, der Forderungsbetrag sei unrichtig berechnet; vor Obergericht trägt sie zudem neu vor, weil der Zahlungsbefehl nicht ihr zugestellt wurde, habe sie nicht Rechtsvorschlag erhoben.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

(II) 1. Die Vorinstanz hielt der Beschwerde zurecht entgegen, dass mit dem Rechtsmittel der SchK-Beschwerde grundsätzlich nur formelle Mängel des schweizerischen 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.

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 (*OGerZH* 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 lei-

det. 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 angehoben (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 (…gasse, Zürich) 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. Hans-Peter X. wohne nicht in Zürich.

"Hans-Peter X." ist der Name einer natürlichen Person; "Hans-Peter X. & Co, Boutique Y." die Firma einer Personengesellschaft, die zwar keine Rechtspersönlichkeit hat, aber betreibungsrechtlich parteifähig ist. Der im Betreibungsbegehren als Forderungsurkunde genannte Vollstreckungsbescheid des Amtsge-

richts Hagen, den die Gläubigerin dem Betreibungsamt eingereicht hat, nennt als Antragsgegner nicht die Gesellschaft, sondern den Gesellschafter. 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, 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 Yves X. obsolet. Eine Auseinandersetzung mit BGE 118 III 10, wo die Figur der Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht für die Zustellung von Betreibungsurkunden 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 –, braucht nicht geprüft zu werden.

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 4. September 2017
PS170114