

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS170265-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur.
et phil. D. Glur und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie
Gerichtsschreiberin MLaw J. Nagel

Urteil vom 5. April 2018

in Sachen

A._____ Ltd.,

Gläubigerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend
Nichtigkeit der Betreibung
(Beschwerde über das Betreibungsamt Kloten)

Beschwerde gegen einen Beschluss der II. Abteilung des Bezirksgerichtes Bülach
vom 7. November 2017 (CB170017)

Erwägungen:

I.

Übersicht Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die A. _____ Ltd (Gläubigerin und Beschwerdeführerin, fortan: Gläubigerin) schloss mit der B. _____ AG (Schuldnerin und Beschwerdegegnerin, fortan: Schuldnerin) einen Flugzeug-Management- sowie einen Flugzeug-Leasing-Vertrag ab. Seit Beendigung des Flugzeug-Leasing-Vertrags im Oktober 2009 besteht zwischen den Parteien Uneinigkeit über die Schlussabrechnung (vgl. act. 25 S. 2).
2. Am 11. November 2014 stellte die Gläubigerin beim Betreibungsamt Kloten ein Betreibungsbegehren gegen die Schuldnerin für eine Forderung in der Höhe von Fr. 2'200'783.40 nebst Zins zu 6% seit dem 16. April 2010 (act. 3/1). Noch am selben Tag stellte das Betreibungsamt Kloten den Zahlungsbefehl aus, welcher der Schuldnerin am 13. November 2014 zugestellt wurde (act. 3/2). Die Schuldnerin erhob sogleich Rechtsvorschlag (act. 3/2).
 - 3.1. Mit Eingabe vom 12. Juni 2017 gelangte die Schuldnerin ans Bezirksgericht Bülach als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbeitreibungs- und Konkursachen (fortan Vorinstanz) und stellte folgende Anträge (act. 1 S. 2):
 - "1. Es sei die Nichtigkeit festzustellen
 - a) der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamts Kloten;
 - b) des Zahlungsbefehls vom 11. November 2014 in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamts Kloten.
 2. Es sei der Beschwerdegegner [das Betreibungsamt Kloten] anzuweisen, Dritten von der Betreibung Nr. ... keine Kenntnis zu erteilen."
 - 3.2. Die Vorinstanz holte eine obligatorische Vernehmlassung des Betreibungsamtes Kloten und eine Beschwerdeantwort ein (act. 4; act. 8; act. 14). Mit Eingabe vom 10. August 2017 nahm die Schuldnerin dazu Stellung (act. 18). Die Stellungnahme wurde der Gläubigerin zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 20). Hernach erachtete die Vorinstanz das Verfahren als spruchreif. Mit Beschluss vom

7. November 2017 trat sie auf das Rechtsbegehren Ziff. 2 nicht ein und stellte im Übrigen die Nichtigkeit der Betreuung und des Zahlungsbefehls fest (act. 24 Dispositiv-Ziff. 1 und 2).

4. Dagegen erhob die Gläubigerin mit Eingabe vom 27. November 2017 rechtzeitig Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich als obere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibungs- und Konkursachen (act. 25; vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 22). Ihre Anträge lauten wie folgt (act. 25 S. 2):

- "1. Es sei Ziffer 2 des Beschlusses des Bezirksgerichts Bülach als unterer kantonaler Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter vom 7. November 2017 (Geschäfts-Nr. CB 170017) aufzuheben und es sei auf die SchKG-Beschwerde der Beschwerdegegnerin vom 12. Juni 2017 nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei die SchKG-Beschwerde der Beschwerdegegnerin vom 12. Juni 2017 abzuweisen.
3. Subeventualiter sei der Beschluss gemäss Ziffer 1 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen."

5. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-22). Von der Einholung einer Beschwerdeantwort bzw. einer Vernehmlassung kann abgesehen werden. Das Verfahren ist spruchreif.

II.

Rechtliche Vorbemerkungen

1. Die gesetzliche Frist zur Beschwerde gegen die Zustellung des Zahlungsbefehls (Art. 17 Abs. 2 SchKG) hat die Beschwerdegegnerin unbenutzt verstreichen lassen. Verfahrensgegenstand ist vorliegend somit ausschliesslich die Nichtigkeit der Betreuung.

2.1. Das Begehren um Feststellung der Nichtigkeit von Betreuungshandlungen im Sinne von Art. 22 Abs. 1 SchKG kann jederzeit bei der zur Sachentscheidung zuständigen Aufsichtsbehörde geltend gemacht werden (vgl. KUKO SchKG-DIETH/WOHL, 2. Aufl. 2014, Art. 22 N 8; BSK SchKG I-COMETTA/MÖCKLI, 2. Aufl. 2010, Art. 22 N 16). Das Verfahren vor der Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a

Abs. 2 SchKG. Soweit das SchKG keine Bestimmungen enthält, regeln die Kantone das Verfahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG). Im Kanton Zürich richtet sich das Beschwerdeverfahren gemäss §§ 17 und 18 EG SchKG nach §§ 80 f. und 83 f. GOG. Danach 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 den Art. 319 ff. ZPO (vgl. § 84 GOG).

2.2. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei sind konkrete Anträge zu stellen und zu begründen. Die Beschwerde führende Partei hat sich hierbei mit der Begründung des vorinstanzlichen Entscheides einlässlich auseinander zu setzen und anzugeben, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet (Art. 321 ZPO; vgl. im Einzelnen BK ZPO-STERCHI, Bd. II, Bern 2012, Art. 321 N 15 ff.). Neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das gilt auch im zweitinstanzlichen aufsichtsrechtlichen Beschwerdeverfahren (vgl. OGer ZH PS110019 vom 21. Februar 2011, E. 3.4; OGer ZH PS120189 vom 2. November 2012 E. II.1.4 mit weiteren Hinweisen).

III.

Zur Beschwerde im Einzelnen

1. Rechtsschutzinteresse

1.1. Die Gläubigerin machte bereits vor Vorinstanz geltend, der Schuldnerin fehle es an einem schutzwürdigen Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit der Betreibung (act. 14 S. 3 f. Rz. 7 ff.).

1.2. Die Vorinstanz erwog dazu, das schutzwürdige Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit sei nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich zu bejahen, sobald die zugrundeliegende Forderung in Betreibung gesetzt worden sei, ohne dass der Schuldner den konkreten Nachweis erbringen müsse, dass er

wegen der Betreuung in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit empfindlich beeinträchtigt werde. Als Adressatin des Zahlungsbefehls sei die Schuldnerin unmittelbar betroffen und beschwert. Sie sei somit zur Beschwerde legitimiert (act. 24 S. 6 f. E. 3.2). Entgegen der Auffassung der Gläubigerin vermöge die Einleitung des Schiedsverfahrens nicht den Wegfall des praktischen Verfahrenszwecks der vorliegenden Beschwerde zu bewirken. Erstens könne sich die Frage, ob der praktische Verfahrenszweck der Beschwerde in Folge des Schiedsverfahrens allenfalls erreicht sei, erst stellen, wenn und sofern das Schiedsgericht den Bestand oder die Durchsetzbarkeit der dieser Betreuung zugrunde liegenden Forderung verneint habe. Zweitens stehe ein eingeleitetes Schiedsverfahren allfälligen Berichtigungen von betreibungsrechtlichen Verfügungen in keiner Weise entgegen. Nur die Aufsichtsbehörde vermöge die Nichtigkeit verbindlich festzustellen, andere Behörden könnten sie nur vorfrageweise prüfen (act. 24 S. 7 f. E. 3.4). Weil die Nichtigkeit von Amtes wegen festgestellt werde, müsse zur Geltendmachung keine Frist eingehalten werden. Der Einwand des Rechtsmissbrauchs wegen des Zuwartens der Schuldnerin bis nach Einreichung der Schiedsklage sei für die Eintretensfrage zudem unbeachtlich. Für das späte Vorbringen von Angriffs- und Verteidigungsmitteln kenne das Prozessrecht eigene Sanktionen, welche einen Rückgriff auf das Rechtsmissbrauchsverbot entbehrlich machten. Insbesondere könne der sehr späte Zeitpunkt der massgeblichen Vorbringen durch eine Partei bei der Kostenverteilung berücksichtigt werden (act. 24 S. 10 E. 3.7).

1.3. Die Gläubigerin hält daran fest, der Schuldnerin fehle es an einem schutzwürdigen Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit der Betreuung. Die Frist zur Fortsetzung der am 11. November 2014 eingeleiteten Betreuung sei schon längst abgelaufen und der Eintrag im Betreibungsregister habe für die Schuldnerin seit drei Jahren offensichtlich keinerlei Nachteile gezeitigt. Die Schuldnerin sei durch die Betreuung daher weder rechtlich noch tatsächlich betroffen. Der von der Vorinstanz zur Bejahung der Beschwerdelegitimation herangezogene BGE 141 III 68 sei im vorliegenden Fall nicht einschlägig, zumal es dort um das Feststellungsinteresse des Betriebenen zur Feststellungsklage auf Nichtbestand der in Betreuung gesetzten Forderung gehe. Die Klärung der materiell-rechtlichen

Lage komme vorliegend aber dem Schiedsverfahren zu. Ausserdem erfülle die vorliegende Betreuung genau die vom Bundesgericht vorgesehene Ausnahme der Bejahung des Feststellungsinteresses, liege doch der Fall vor, in dem die Betreuung einzig zur Unterbrechung der Verjährung einer Forderung eingeleitet worden sei. Zudem sei die Betreuung seit zwei Jahren abgeschlossen, weshalb der Schuldnerin ein schützenswertes Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit fehle. Die mögliche Kenntnisnahme durch Dritte stelle hier kein Problem dar, ansonsten mit der Einleitung des Verfahrens nicht zweidreiviertel Jahre zugewartet worden wäre. Weiter argumentiere die Vorinstanz, ein eingeleitetes Schiedsverfahren stehe dem vorliegenden Verfahren nicht entgegen. Dies möge formell zutreffen. Es ändere aber nichts daran, dass die Schuldnerin kein aktuelles und praktisches Interesse daran habe, jetzt noch die (bestrittene) Nichtigkeit der Betreuung feststellen zu lassen (act. 25 S. 4 Rz. 10 ff.). Nicht stichhaltig sei zudem die Ansicht der Vorinstanz, eine allfällige Rechtsmissbräuchlichkeit sei für die Eintretensfrage unbeachtlich, da das Prozessrecht hierfür eigene Sanktionen vorsehe. Gerade die von der Vorinstanz als einzige Sanktion genannte Berücksichtigung bei der Kostenverteilung greife im SchK-Beschwerdeverfahren nicht, da dieses grundsätzlich kostenlos sei (act. 25 S. 6 Rz. 17 ff.).

1.4. Verstossen Verfügungen gegen die Vorschriften, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligter Personen erlassen worden sind, so sind sie nichtig. Unabhängig davon, ob Beschwerde geführt worden ist, stellen die Aufsichtsbehörden von Amtes wegen die Nichtigkeit einer Verfügung fest (Art. 22 Abs. 1 SchKG). Zur Beschwerde wegen Nichtigkeit legitimiert ist, wer durch die angefochtene Verfügung eines Zwangsvollstreckungsorgans in seinen rechtlich oder zumindest tatsächlich geschützten Interessen betroffen ist und deshalb ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Abänderung hat (KUKO SchKG-DIETH/WOHL Art. 22 N 7; BSK SchKG I-COMETTA/MÖCKLI, Art. 17 N 40). Dieses Interesse besteht nicht mehr, wenn die Folgen der nichtigen Verfügung nicht mehr rückgängig gemacht werden können (BSK SchKG I-COMETTA/MÖCKLI, Art. 22 N 20). Gleich wie die Aufhebung einer fehlerhaften Verfügung durch Beschwerde im Sinne von Art. 17 SchKG ist aber auch die Feststellung der Nichtigkeit nicht Selbstzweck, sondern muss einen aktuellen, praktischen

Verfahrenszweck erfüllen (LORANDI, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Basel/Genf/München 2000, Art. 22 N 172 f.).

1.5. Die Gläubigerin weist zu Recht daraufhin, dass sich der von der Vorinstanz zur Bejahung der Beschwerdelegitimation herangezogene Bundesgerichtsentscheid (BGE 141 III 68) auf Feststellungsklagen bezieht, bei denen es um die Klärung der materiellen Rechtslage geht und nicht auf Beschwerdeverfahren zur Feststellung der Nichtigkeit von Betreibungshandlungen. Im Beschwerdeverfahren werden Betreibungshandlungen auf Verfahrensmängel überprüft, nicht jedoch Bestand oder Nichtbestand der Forderung festgestellt. Entsprechend kann die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Feststellungsklage nicht auf Beschwerdeverfahren herangezogen werden. Die Vorinstanz führte indes zu Recht aus, die Schuldnerin sei als Adressatin des Zahlungsbefehls unmittelbar von der Betreibungshandlung betroffen. Damit ist sie grundsätzlich beschwert (vgl. dazu LORANDI, a.a.O., Art. 17 N 176; KUKO SchKG-DIETH/WOHL, 2. Auflage 2014, Art. 22 N 7). Die Gläubigerin macht geltend, der Schuldnerin fehle es am schutzwürdigen Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit der von der Gläubigerin mit Begehren vom 11. November 2014 eingeleiteten Betreibung (act. 3/1, 3/2); sie könne nicht mehr fortgesetzt werden und die pendente Betreibung habe für die Schuldnerin in den letzten drei Jahren offensichtlich keine Nachteile gezeigt (act. 25 Rz 10). Und die Frage, ob die Betreibung zur Unterbrechung der Verjährung dienen konnte, könne als Vorfrage ebenso gut vom zwischenzeitlich bestellten Schiedsgericht beurteilt werden.

Was das schützenswerte tatsächliche Interesse bzw. den aktuellen praktischen Verfahrenszweck anbelangt, stammen diese aus dem SchK-Beschwerdeverfahren i.S.v. Art. 17 SchKG (vgl. BSK SchKG I-COMETTA/MÖCKLI, 2. Auflage 2010, N. 40 ff. zu Art. 17; KuKo SchKG-DIETH/WOHL, 2. Auflage 2014, N. 9 f. zu Art. 17). In der Regel wird die Nichtigkeit im Rahmen von eigentlichen SchK-Beschwerden geltend gemacht. In jenem Zusammenhang wird jeweils erwähnt, dass bei Nichtigkeit die 10-Tage-Frist von Art. 17 Abs. 1 SchKG nicht beachtlich ist. Ausserdem kann die Nichtigkeit von jedermann zur Anzeige gebracht werden, wobei das schützenswerte tatsächliche Interesse dort als Kriterium für die Frage dient, ob

der Anzeigende am Verfahren zu beteiligen ist ("Aufsichtsanzeige" [BSK SchKG I-COMETTA/MÖCKLI, 2. Auflage 2010, N. 17 zu Art. 22]; vgl. auch KuKo SchKG-DIETH/WOHL, 2. Auflage 2014, N. 7 zu Art. 22), oder ob er sich als Aussenstehender nicht am Verfahren beteiligen kann (und auch keinen Entscheid erhält; vgl. etwa auch die von der Gläubigerin zitierten Entscheid GVP Zug 2014 S. 250 f.). Trotz Verwendung des Begriffs "Beschwerde" ist jedenfalls zu beachten, dass die Vorgaben bei blosser Anfechtbarkeit und bei Nichtigkeit nicht identisch sind. Im Entscheid GVP Zug 2014 S. 250 f. wird diesbezüglich ausgeführt, dass der "Grundsatz, dass die Nichtigkeit einer Verfügung jederzeit von den Behörden zu beachten ist bzw. von einem Interessierten im Sinne einer Anzeige an die Aufsichtsbehörde geltend gemacht werden kann, gewissen Schranken [unterliegt]. Gemeinsam an diesen Schranken ist, dass es an einem aktuellen Feststellungsinteresse fehlt. Gleich wie die Aufhebung einer fehlerhaften Verfügung durch Beschwerde ist auch die Feststellung der Nichtigkeit nicht Selbstzweck. Sie muss einen aktuellen, praktischen Verfahrenszweck erfüllen (LORANDI, a.a.O., Art. 22 N 172 f.)". Das vorstehend wiedergegebene Zitat von LORANDI (a.a.O.) illustriert, was im Falle der Nichtigkeit das Erfordernis des "aktuellen, praktischen Verfahrenszwecks" meint, nämlich, dass "der Mangel durch die Feststellung der Nichtigkeit nicht mehr behoben werden kann, namentlich weil etwas Unwiderruffliches eingetreten ist". Das ist auch dann der Fall, wenn eine Betreibung abgeschlossen und der Verwertungserlös verteilt ist (vgl. z.B. ENGLER, Die nichtige Betreibung, ZZZ 2016, S. 46, der darauf hinweist, dass auch in diesen Fällen das Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit nicht ohne weiteres verneint werden kann, das Interesse am Bestand der abgeschlossenen Betreibung dann allerdings in der Regel überwiegt). Entsprechend ist im Nachfolgenden zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht auf die Beschwerde eintrat.

1.6.1. Die Schuldnerin machte vorinstanzlich geltend, ihr schutzwürdiges und aktuelles Rechtsschutzinteresse an der Feststellung der Nichtigkeit bestehe zum einen in der Beseitigung des Betreibungsregistereintrags, der ihre Kreditwürdigkeit und Reputation beeinträchtige. Zum anderen stütze sich die Gläubigerin in einem Schiedsverfahren auf die verjährungsunterbrechende Wirkung der nichtigen Betreibung, weshalb auch insofern ein schutzwürdiges Interesse an der Feststel-

lung der Nichtigkeit bestehe (act. 2 S. 4 Rz. 5 ff.). Dagegen wendete die Gläubigerin ein, der Schuldnerin fehle aufgrund des langen Zeitablaufs und des rechtsabhängigen Schiedsverfahrens ein Feststellungsinteresse. Zudem hätte sich die Schuldnerin schon lange gegen die Betreuung gewehrt, wäre ihre Kreditwürdigkeit und Reputation effektiv beeinträchtigt worden (act. 14 S. 4 Rz. 11). Der Eintrag bestehe nunmehr seit rund zweidreiviertel Jahren, ohne dass sich die Schuldnerin daran gestört habe. Der Eintrag habe ihr offensichtlich bisher nicht zum Nachteil gereicht. So habe der Eintrag den Kauf der Schuldnerin durch die C._____ nicht verhindert (act. 14 S. 5 Rz. 17). Im Beschwerdeverfahren wiederholt die Gläubigerin ihre vorinstanzlichen Ausführungen, wonach die mögliche Kenntnisnahme des Betreibungsregistereintrags durch Dritte kein Problem darstelle (act. 25 S. 4 Rz. 16 ff.). Zudem macht sie geltend, die Schuldnerin bezwecke mit der Beschwerde einzig die Torpedierung des Schiedsverfahrens. Sie versuche in rechtsmissbräuchlicher Weise, eine von der Zuständigkeit des Schiedsgerichts umfasste, allenfalls relevante Vorfrage in Verletzung der Schiedsklausel von einem staatlichen Gericht entschieden zu erhalten. Ein solches rechtsmissbräuchliches Verhalten dürfe nicht geschützt werden (act. 25 S. 6 Rz. 17 ff.).

1.6.2. Es ist unbestritten, dass das Betreibungsregister der Schuldnerin aufgrund der hier (als nichtig) angefochtenen Betreuung einen Eintrag in der Höhe von Fr. 2'200'783.40 zzgl. 6% Zins seit 16. April 2010 aufweist. Das kann sich auch bei einer Gesellschaft, die im Bereich der Verwaltung und Bewirtschaftung von Luftfahrzeugen tätig ist (vgl. act. 3/3) und sich somit regelmässig mit hohen Summen konfrontiert sieht, auf ihre Kreditwürdigkeit und Reputation auswirken, was keiner besondere Begründung bzw. keines Nachweises bedarf. Es mag zwar zutreffen, dass der Eintrag die Übernahme der Schuldnerin durch die C._____ nicht verhinderte. Daraus lässt sich jedoch nicht schliessen, der Eintrag zeitige auch in Bezug auf die Geschäftstätigkeit der Schuldnerin keine negative Wirkung, lässt sich eine Übernahme doch nicht mit dem Alltagsgeschäft gleichsetzen. Hinzu kommt, dass sich die Gläubigerin im Schiedsverfahren auf die verjährungsunterbrechende Wirkung der angefochtenen Betreuung beruft. Die Schuldnerin hat daher ein aktuelles, schutzwürdiges Interesse an der Nichtigerklärung der Betreuung und deren Entfernung aus dem Betreibungsregister.

1.6.3. Das – zugegebenermassen – lange Zuwarten mit der Geltendmachung der Nichtigkeit vermag daran nichts zu ändern. Nach konstanter Rechtsprechung kann die Nichtigkeit einer betriebsrechtlichen Verfügung jederzeit und ohne Bindung an eine Beschwerdefrist geltend gemacht werden (vgl. etwa BGE 121 III 142 E. 2; BGE 120 III 117 E. 2c; BGE 117 III 7 E. 3.c). Was den behaupteten Rechtsmissbrauch anbelangt, muss sich das Verhalten der Beschwerde führenden Partei insgesamt als missbräuchlich präsentieren. Davon kann mit Blick auf die Geltendmachung der Nichtigkeit nicht ausgegangen werden. Wie bereits ausgeführt, beruft sich die Gläubigerin im Schiedsverfahren auf die verjährungsunterbrechende Wirkung der angefochtenen Betreibung, was nachvollziehbar erklärt, weshalb sich das Interesse der Schuldnerin an der Feststellung der Nichtigkeit jetzt aktualisierte.

1.6.4. Entgegen der Auffassung der Gläubigerin ist die Anrufung der Aufsichtsbehörde auch nicht rechtsmissbräuchlich, nur weil die Gültigkeit der Betreibung eine Vorfrage im Schiedsverfahren bildet. Das Schiedsgericht vermag die Nichtigkeit lediglich vorfrageweise zu prüfen (LORANDI, a.a.O., Art. 22 Rz. 137). Der Vorfrageentscheid findet nicht Eingang ins Dispositiv und erwächst damit auch nicht in Rechtskraft. Selbst wenn das Schiedsgericht im Hinblick auf die Verjährungsunterbrechung die Nichtigkeit der Betreibung (vorfrageweise) bejahen würde, wirkte sich dies nur auf das Schiedsverfahren aus und hätte insbesondere keine Löschung des Betreibungsregistereintrags zur Folge. Daher lässt sich in der Anrufung der Aufsichtsbehörde, welche zur Beurteilung der Gültigkeit betriebsrechtlicher Verfahrenshandlungen zuständig ist, kein rechtsmissbräuchliches Verhalten erkennen. Insbesondere stellt dies keine Umgehung der Schiedsklausel dar, weil das Schiedsgericht – wie die Vorinstanz zutreffend erwog (act. 24 S. 8 E. 3.4.) – zur rechtskräftigen Beurteilung der Nichtigkeit der Betreibung nicht zuständig ist. Die Möglichkeit einer vorfrageweisen Überprüfung kann den Entscheid der hauptzuständigen Behörde nicht ersetzen.

1.7. Im Ergebnis ist die Vorinstanz zu Recht auf die Beschwerde um Feststellung der Nichtigkeit eingetreten.

2. Prozessführungsbefugnis der Konkursverwaltung

2.1. Die Vorinstanz erwog, mit dem Konkurs verliere eine Gesellschaft das Recht, über ihre Vermögenswerte zu verfügen. Das Verfügungsrecht werde auf die Konkursverwaltung übertragen. Die Prozessführungsbefugnis der ausländischen Konkursverwaltung hänge von der vorgängigen Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets nach Art. 166 IPRG ab. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei die ausländische Konkursmasse vor dieser Anerkennung nicht berechtigt, andere Rechtshandlungen als den Antrag auf Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets und die Beantragung der Anordnung sichernder Massnahmen vorzunehmen, sowie nach der Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets in der Schweiz, die Anfechtungsklage nach Art. 285 SchKG anzuheben. Insbesondere sei sie nicht befugt, ihr in der Schweiz zustehende Forderungen in Betreuung zu setzen (act. 24 S. 11 f. E. 4.3.).

2.2. Die Gläubigerin wendet dagegen ein, die Entscheide, auf welche die Vorinstanz verweise, seien alle in einem von der ausländischen Konkursverwaltung ohne vorgängige Anerkennung gemäss Art. 166 ff. IPRG in der Schweiz eingeleiteten eigentlichen Prozessverfahren ergangen. Demgegenüber habe sich das Bundesgericht bisher noch nie mit der Frage zu befassen gehabt, ob der ausländische Insolvenzverwalter befugt sei, ein Betreibungsbegehren zu stellen. Die Aussagen zur Betreuung mache das Bundesgericht immer im Rahmen von Prozessverfahren vor schweizerischen staatlichen Gerichten. Wenn diese Aussagen überhaupt so ausgelegt werden könnten, dass der ausländische Insolvenzverwalter ohne vorgängige Anerkennung nicht einmal ein Betreibungsbegehren stellen dürfe, dann seien diese Aussagen bisher nur im Sinne eines "obiter dictum" erfolgt. Werde eine vorgängige Anerkennung verlangt, habe es der Schweizer Schuldner in der Hand, die Anerkennung zu verzögern. Vorliegend sei das Betreibungsbegehren sowohl von der ausländischen Insolvenzverwaltung als auch von der Gläubigerin selbst autorisiert. Werde diesen die Stellung eines Betreibungsbegehrens generell versagt, müsse die Frage geprüft werden, ob die bisherigen Organe der ausländischen Gläubigerin weiterhin ein Betreibungsbegehren stellen könnten, sofern sie dazu nach dem auf die ausländische Gläubigerin anwendba-

ren Recht weiterhin befugt seien. Hilfsweise werde daher geltend gemacht, dass ihre bisherigen Organe dazu befugt gewesen seien (act. 25 S. 8 Rz. 24).

2.3. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, äusserte sich das Bundesgericht bereits mehrfach zu den Befugnissen der ausländischen Konkursmasse bzw. deren ausländischen Konkursverwalters (BGE 129 III 683; BGE 130 III 620; BGE 134 III 366 = Pra 97 (2008) Nr. 144; BGE 135 III 40; BGE 137 III 570; BGE 139 III 236). Es hielt fest, der ausländische Konkursverwalter sei in der Schweiz einzig berechtigt, die Anerkennung des ausländischen Konkurs sowie den Erlass sichernder Massnahmen zu beantragen. Andere Rechtshandlungen könne er vor der Anerkennung nicht vornehmen (BGE 129 III 683 E. 5.3; BGE 134 III 366 = Pra 97 (2008) Nr. 144 E. 9.2.3; BGE 137 III 570 E. 2; BGE 139 III 236 E. 4.2.). Daraus ergibt sich ohne Weiteres, dass der Konkursverwalter vor der Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets auch nicht zur Stellung eines Betreibungsbegehrens befugt ist. Dies bestätigte das Bundesgericht denn auch explizit. Es hielt fest, es müsse ein Antrag auf Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets gestellt werden, wenn die Verwaltung des ausländischen Konkurses beabsichtige, Forderungen des Konkursiten gegenüber einem in der Schweiz wohnhaften Schuldner in Betreuung zu setzen (BGE 134 III 366 = Pra 97 (2008) Nr. 144 E. 9.2.3 mit Verweis auf BGE 129 III 683 E. 5.3). Auch wenn diese Erwägungen – wie die Gläubigerin geltend macht – im Rahmen von Prozessverfahren bzw. als "obiter dictum" erfolgt sein sollten, ist nicht ersichtlich, weshalb hier davon abzuweichen wäre. Zwar wäre ein obiter dictum in gewisser Weise weniger verbindlich als die einen Entscheid tragenden Erwägungen, aber es bleibt eine Meinungsäusserung, von der das Bundesgericht nicht ohne weiteres abweicht. Dies legt die Gläubigerin denn auch nicht dar. Sie macht einzig geltend, werde eine vorgängige Anerkennung verlangt, habe es der Schweizer Schuldner in der Hand, die Anerkennung zu verzögern. Die Gläubigerin verkennt dabei, dass gewisse zeitliche Verzögerungen aufgrund des Anerkennungsverfahrens dem System des 11. Kapitels des IPRG inhärent sind und somit vom Gesetzgeber in Kauf genommen wurden. Der Einwand der Gläubigerin, ihre bisherigen Organe seien zur Einreichung eines Betreibungsbegehrens befugt gewesen, ist aus der Sicht des geltenden Rechts nicht ausschlaggebend. Und Verfahrensvereinfachungen, die den Verzicht auf ei-

nen Hilfskonkurs vorsehen, wenn es keine schutzwürdigen Gläubiger gibt (Botschaft zur Änderung des BG über das IPR, Bundesblatt 2017 S. 4126, Bundesblatt 2017 S. 4154) sind noch nicht in Kraft. Die Regelungen gemäss Art. 166 ff. IPRG sind abschliessend (BGE 137 III 570 E. 2). Soll die Bezahlung einer Forderung der ausländischen Konkursitin gegen einen in der Schweiz wohnhaften Schuldner erlangt werden, muss der ausländische Konkurs in der Schweiz anerkannt werden. Vorher fehlt die Berechtigung, in der Schweiz Betreibungen einzuleiten. Dass es – wenn eine vorgängige Anerkennung erforderlich ist – für eine durch Betreibung zu erwirkende Verjährungsunterbrechung allenfalls zeitlich eng werden kann, ist nicht auszuschliessen, hier aber nicht ersichtlich. Gegebenenfalls liesse sich durch die Beantragung einer Ermächtigung im Rahmen sichernder Massnahmen gemäss Art. 168 IPRG i.V.m. Art. 170 SchKG Abhilfe schaffen. Aufgrund des Gesetzestextes erscheint dies jedenfalls nicht ausgeschlossen.

2.4. Nach dem Gesagten ist die ausländische Konkursverwaltung vor der Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets in der Schweiz nicht berechtigt, Betreibungshandlungen vorzunehmen. Mit Konkursdekret vom 28. Februar 2010 des Grand Court of the Cayman Islands wurde über die Gläubigerin der Konkurs eröffnet (act. 3/5). Am 11. November 2014 stellte die Gläubigerin beim Betreibungsamt Kloten das angefochtene Betreibungsbegehren (act. 3/1). Die Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets wurde hingegen erst am 19. Dezember 2014 beantragt und erfolgte schliesslich am 13. Januar 2015 (act. 3/6). Entsprechend war die vor der Anerkennung des Konkurs erfolgte Einreichung des Betreibungsbegehrens unzulässig.

3. Nichtigkeit

3.1. Die Vorinstanz erwog, gemäss Bundesgericht sei eine Betreibungshandlung nichtig, wenn sie von einem nicht aktiv betreibungsfähigen Gebilde bewirkt werde (act. 26 S. 11 f. E. 4.1.). Die Gläubigerin sei bei der Stellung des Betreibungsbegehrens bereits als "in official liquidation" bezeichnet worden. Deshalb sei die ausländische Konkursverwaltung nur berechtigt gewesen, die Forderung in Betreibung zu setzen, wenn das ausländische Konkursdekret vorgängig anerkannt worden sei. Vor dieser Anerkennung habe der Gläubigerin eine für die Schweiz

gesetzlich vorgeschriebene Vertretung in der Person der ausländischen Konkursverwaltung gefehlt. Die Gläubigerin sei somit nicht in der Lage gewesen, ihre Interessen wahrzunehmen und habe als nicht aktiv betreibungsfähig angesehen werden müssen (act. 24 S. 11 f. E. 4.3.).

3.2. Mit diesen Erwägungen setzt sich die Gläubigerin nicht auseinander. Sie bestreitet zwar, dass der ausländische Konkursverwalter nicht berechtigt sei, eine Betreuung einzuleiten (siehe hiavor E. III. 2.2.), macht aber geltend, unabhängig von der Beantwortung dieser Frage sei ausgeschlossen, dass die Betreuungshandlungen Vorschriften verletzen, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von nicht am Verfahren beteiligten Personen erlassen wurden. Es gehe hier einzig um das Verhältnis zwischen der betreibenden Gläubigerin und der betriebenen Schuldnerin. Mit der Stellung des Betreibungsbegehrens werde kein in der Schweiz belegenes Aktivum der ausländischen Konkursitin den schweizerischen Gläubigern mit privilegierten Forderungen entzogen. Ohnehin würden alle noch nicht rechtskräftig abgewiesenen Konkursgläubiger als Verfahrensbeteiligte gelten. Für die Nichtigkeit gemäss Art. 22 SchKG genüge es nicht, wenn die Interessen Verfahrensbeteiligter verletzt seien, sondern es müssten auch die Interessen von nicht Beteiligten verletzt sein. Die angefochtene Betreuung wirke sich nicht zu Lasten nicht am Betreibungsverfahren beteiligter schweizerischer Gläubiger aus, da der schweizerische Anschlusskonkurs ergeben habe, dass keine privilegierten schweizerischen Gläubiger vorhanden seien (act. 25 S. 8 Rz. 25).

3.3. Die Gläubigerin wiederholt damit – teils wörtlich – ihren bereits vor Vorinstanz vorgetragenen Standpunkt (act. 14 Rz. 26 ff. = act. 25 S. 9 Rz. 26 ff.). Sie verkennt dabei, dass vor der Rechtsmittelinstanz nicht einfach der vorinstanzliche Prozess fortgeführt oder gar wiederholt wird, sondern die Erwägungen des angefochtenen Entscheids im Lichte gezielt dagegen formulierter Kritik überprüft werden (vgl. etwa BK ZPO-STERCHI, Art. 321 N 15 ff.). Die Gläubigerin unterliess jedoch aufzuzeigen, was an den vorinstanzlichen Erwägungen falsch ist. Dies ist denn auch nicht ersichtlich.

3.4. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, sind Betreuungshandlungen nichtig, die von einem nicht aktiv betreibungsfähigen Gebilde bewirkt werden (LO-

RANDI, a.a.O., Art. 22 N 30; BSK-SchKG I-COMETTA/MÖCKLI, 2. Auflage 2010, Art. 22 N 12 je m.w.H.). Die Betreuungsfähigkeit ist die Berechtigung, in einem Schuldbetreibungsverfahren die eigenen Interessen als Gläubiger oder als Schuldner selbständig wahrzunehmen oder durch einen selbst ermächtigten Vertreter wahrnehmen zu lassen (vgl. etwa SPÜHLER, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, 7. Auflage, Zürich 2016, S. 11 Rz. 36). Handelt eine nicht betreuungsfähige Person, widerspricht dies dem öffentlichen Interesse. So hatte das Bundesgericht beispielsweise Betreibungen einer einfachen Gesellschaft (BGE 43 III 176), eines Anlagefonds (BGE 115 III 11 E. 2a) oder einer nicht existierenden juristischen Person (BGE 140 III 175 E. 4.1) als nichtig erachtet. Vor der Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets in der Schweiz ist weder die ausländische Konkursmasse noch der ausländische Konkursverwalter berechtigt, Betreibungen in der Schweiz vorzunehmen (siehe hiavor E. III. 2.3.). Die Vorinstanz schloss damit zu Recht, dass die vor der am 13. Januar 2015 erfolgten Anerkennung eingeleitete Betreuung nichtig ist.

3.5. Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass im Übrigen auch die Argumentation der Gläubigerin nicht verfährt. Nichtig sind Verfügungen, die gegen Vorschriften verstossen, welche im öffentlichen Interesse oder in demjenigen am Verfahren nicht beteiligter Personen *erlassen* wurden (Art. 22 Abs. 1 SchKG; vgl. ferner BSK SchKG I-COMETTA/MÖCKLI, 2. Aufl. 2010, Art. 22 N 4 und 7). Die Bestimmungen von Art. 166 ff. IPRG sind Ausfluss des Territorialitätsprinzips und wurden zum Schutz der privilegierten inländischen Gläubiger erlassen (BBI 1983 I 450 vgl. auch BGE 139 III 236 E. 4.2). Auch in der vorgesehenen (und von der Bundesversammlung angenommenen) Änderung des 11. Kapitels des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht wird am Erfordernis der vorgängigen Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets festgehalten (vgl. BBI 2017 4135). In der Botschaft wird dabei ausdrücklich darauf hingewiesen, die sozialpolitisch begründete Privilegierung gewisser schutzbedürftiger Gläubigerkategorien werde durch die Änderungen nicht angetastet (BBI 2017 4131). Entgegen der Auffassung der Gläubigerin handelt es sich bei den privilegierten inländischen Gläubigern auch nicht um Verfahrensbeteiligte. Als Verfahrensbeteiligter gilt nur, wer im Zeitpunkt des Erlasses der in Frage stehenden Verfügung schon am Betrei-

bungsverfahren teilnimmt (LORANDI, a.a.O., Art. 22 N 55). Dass sich im Nachhinein – wie hier geltend gemacht – herausstellen kann, dass keine zur Teilnahme berechtigten (privilegierten schweizerischen) Gläubiger vorhanden sind, ändert nichts. Damit wäre die ohne vorgängige Anerkennung eingeleitete Betreuung auch unter diesem Gesichtspunkt nichtig.

IV.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

Das Beschwerdeverfahren ist kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG und Art. 61 Abs. 2 GebV SchKG). Parteienschädigungen dürfen in diesem Verfahren nicht zugesprochen werden (Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 25, unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz sowie an das Betreibungsamt Kloten, 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 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:

MLaw J. Nagel

versandt am:
6. April 2018