

# ZH\_OBERGERICHT PS140034 vom 10. Juni 2014

ZH Obergericht, 2014-06-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PS140034](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS140034)

FR: ZH\_OBERGERICHT PS140034 du 10 juin 2014

IT: ZH\_OBERGERICHT PS140034 del 10 giugno 2014

## Erwägungen

### E. 1

Gestützt auf das von A.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend Beschwerdeführerin) gegen B.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdegegner) gestellte Betreibungsbegehren, stellte das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon am 3. Oktober 2010 einen Zahlungsbefehl aus (act. 3/1), welcher B.\_\_\_\_\_ am 4. Oktober 2013 von einem Postboten in den Briefkasten gelegt wurde (act. 3/1, act. 6, act. 7/2). Die Pfändungsankündigung wurde am 30. Oktober 2013 per A-Post versandt (act. 14). Mit Eingabe vom 15. November 2013 (Poststempel) verlangte B.\_\_\_\_\_ u.a. die Aufhebung des Zahlungsbefehls und der Pfändungsankündigung und eventualiter die Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlages. Ferner beantragte er die Sistierung des Pfändungsverfahrens für die Dauer des Beschwerdeverfahrens und die Abnahme des Pfändungstermines vom 25. November 2013 bis auf weiteres (act. 1). In der Folge erteilte das Bezirksgericht Meilen der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung, holte eine Vernehmlassung des Betreibungsamtes ein und setzte A.\_\_\_\_\_ AG Frist zur Einreichung der Beschwerdeantwort an (act. 4). Nach Eingang der Vernehmlassung des Betreibungsamtes forderte die Vorinstanz B.\_\_\_\_\_ auf, innert Frist dem Gericht mitzuteilen, wann er vom Zahlungsbefehl Kenntnis erhalten habe bzw. forderte das Betreibungsamt auf, innert Frist einen Zustellungsnachweis für die Pfändungsankündigung zu erbringen (act. 12). Mit Urteil vom 21. Januar 2014 hiess das Bezirksgericht Meilen, untere kantonale Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter, die Beschwerde teilweise gut, hob die Pfändungsankündigung vom 30. Oktober 2013 in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon auf und stellte fest, dass B.\_\_\_\_\_ gegen den Zahlungsbefehl vom 3. Oktober 2013 in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon rechtzeitig Rechtsvorschlag erhoben habe. Im Übrigen Umfang wies es die Beschwerde ab (act. 21 S. 9-10).

- 3 - A.\_\_\_\_\_ AG erhob gegen diesen Entscheid Beschwerde beim Obergericht und beantragte (act. 22 S.2): "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Meilen als untere Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter vom 21. Januar 2014 (...) sei aufzuheben;

### E. 2

Die Vorinstanz prüfte vorgängig, ob der Pfändungsankündigung – wie dies von B.\_\_\_\_\_ behauptet wurde – ein mangelhaft zugestellter und damit nichtigen Zahlungsbefehl zugrunde liege, was zwangsläufig zur Nichtigkeit der Pfändungsankündigung führen würde (act. 21 Erw. III.1 S. 5-7). Aufgrund der vorliegenden Akten – so die Vorinstanz – sei nicht rechtsgenügend nachvollziehbar, auf welche Weise ihm der Zahlungsbefehl zugestellt worden sein soll. Ob es sich um eine Annahmeverweigerung oder Zustellung in den Briefkasten gehandelt habe, bleibe unklar. Namentlich eine Annahmeverweigerung von B.\_\_\_\_\_ lasse sich nicht hinreichend belegen, weshalb von seiner Sachverhaltsdarstellung auszugehen sei, wonach der Zahlungsbefehl lediglich in den Briefkasten gelegt worden sei (act. 21 Erw.

III.1.3 S. 7). Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, dass die mangelhafte Zustellung des Zahlungsbefehls wegen der späteren Kenntnisnahme des Zahlungsbefehls durch den Betriebenen bloss anfechtbar und nicht nichtig sei (act. 21 Erw. III.1.4 S. 7). B.\_\_\_\_\_ – so das Bezirksgericht Meilen – habe angegeben, er könne nicht mehr feststellen, wann er den Zahlungsbefehl zur Kenntnis genommen habe. Folglich sei davon auszugehen, dass er am 15. November 2013 (Datum der vorinstanzlichen Beschwerdeschrift) vom Zahlungsbefehl Kenntnis erhalten habe (act. 21 Erw. III.2.1 S. 7). Daraus schliesst die Vorinstanz, es mangle an der für die Fortsetzung der Betreuung erforderlichen Rechtskraft des Zahlungsbefehls, was die Aufhebung

- 4 - der Pfändungsankündigung zur Folge habe (act. 21 Erw. III.3.2 S. 8). Unter den gegebenen Umständen erachtet die Vorinstanz den mit der Beschwerdeschrift erhobenen Rechtsvorschlag als rechtzeitig erfolgt (act. 21 Erw. III.4 S. 8-9).

### **E. 3**

Das Verfahren der Aufsichtsbeschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a Abs. 2 SchKG. Soweit Art. 20a Abs. 2 SchKG keine Bestimmungen enthält, regeln die Kantone das Verfahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG; COMETTA/MÖCKLI, BSK SchKG-I, 2. Aufl. 2010, Art. 20a N 38). Im Kanton Zürich richtet sich das Beschwerdeverfahren gemäss §§ 17 und 18 EG SchKG nach §§ 80 ff. GOG. Dabei ist der Sachverhalt von Amtes wegen zu untersuchen und es 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 Art. 319 ff. ZPO (§ 84 GOG).

### **E. 4**

Ob die Pfändungsankündigung rechtzeitig mittels Beschwerde angefochten wurde, muss heute nicht mehr geprüft werden. Diesbezügliche Rügen fehlen in der Beschwerdeschrift vom 3. Februar 2014 (vgl. act. 22). Gerügt wurde hingegen, die Vorinstanz habe es unterlassen, den Sachverhalt bezüglich der Zustellung des Zahlungsbefehls von Amtes wegen – mittels Befragung des Postboten zur Annahmeverweigerung als Zeugen bzw. Einholung einer schriftlichen Auskunft darüber – abzuklären (act. 22 S. 4). Nachfolgend ist abzuhandeln, ob die Sache im Zeitpunkt der vorinstanzlichen Urteilsfällung spruchreif war oder die Vorinstanz vor der Urteilsfällung weitere Abklärungen bezüglich der Zustellung des Zahlungsbefehls hätte tätigen müssen.

### **E. 5**

a) Gemäss Art. 72 SchKG geschieht die Zustellung des Zahlungsbefehls durch den Betreibungsbeamten, einen Angestellten des Amtes oder durch die Post (Abs. 1). Bei der Abgabe hat der Überbringer auf beiden Ausfertigungen zu bescheinigen, an welchem Tag und an wen die Zustellung erfolgt ist (Abs. 2). Wie das Bundesgericht bereits verschiedentlich festgehalten

- 5 - hat, hat weder die Betriebene noch die betreibende Gläubigerin – ungeachtet einer inzwischen verbreiteten Praxis – darauf Anspruch, dass der Betriebenen vorgängig eine Abholungseinladung für einen Zahlungsbefehl zugestellt wird. Vielmehr liegt es allein im Ermessen des Betreibungsamtes, wie es im konkreten Fall bei der Zustellung des Zahlungsbefehls vorgehen will (vgl. BGer 5A\_536/2012 vom 20. März 2013 Erw. 2.2.1 und 2.2.2). Erfolgt die Zustellung des Zahlungsbefehls durch die Post, so handelt der

Postbote als Betreibungsgehilfe, und seine Handlungen werden dem Betreibungsamt zugerechnet (BGE 119 III 8 Erw. 2.b). Grundsätzlich ist es dem Zusteller nicht erlaubt, den Zahlungsbefehl in den Briefkasten des Schuldners zu legen, auch nicht, wenn dieser zuvor telefo- nisch zu verstehen gegeben hat, dass er sich durch einen "solchen unange- nehmen Besuch" nicht belästigen lassen wolle und seine Wohnungstüre nicht öffnen werde. Das Bundesgericht verlangt, dass in einem solchen Fall polizeiliche Hilfe in Anspruch zu nehmen ist (BGE 117 III 7 Erw. 3.). In jenem Entscheid führte es zur Frage der Annahmeverweigerung aus, es könne auch nicht gefolgert werden, dass die Zahlungsbefehle als zugestellt gälten, weil der Schuldner deren Annahme verweigert habe; denn nur die Bemer- kung des Schuldners am Telefon, dass er sich nicht belästigen lassen wolle und seine Wohnungstüre nicht öffnen werde, sei noch keine eigentliche An- nahmeverweigerung. Dafür, dass der Rekurrent im Augenblick, wo ein An- gestellter des Betreibungsamtes oder ein Postbote ihm die Zahlungsbefehle aushändigen wollte, deren Annahme tatsächlich verweigert hätte, fänden sich im angefochtenen Entscheid keine Anhaltspunkte (BGE 117 III 7 Erw. 3.b). In einem späteren Entscheid hatte das Bundesgericht einen Fall zu be- urteilen, in dem der mit der Zustellung Beauftragte den Zahlungsbefehl in ei- nem Umschlag in den Briefkasten gelegt hatte, nachdem ihm der Beschwer- deführer zuvor beim Versuch der Übergabe der Betreibungsurkunde erklärt hatte, dass er keine Zahlungsbefehle entgegennehme. Es verwies auf BGE 117 III 7 und führte aus, im Unterschied zum beurteilenden Fall sei in jenem Verfahren dem Einwurf nicht ein persönlicher Kontakt zwischen dem Zu- stellbeamten und dem Schuldner unmittelbar vorangegangen. Es ergebe

- 6 - sich aber aus jenem Entscheid, dass das Bundesgericht anders entschieden hätte, wenn sich Anhaltspunkte für eine tatsächliche Verweigerung der An- nahme bei der Aushändigung des Zahlungsbefehls durch einen Angestellten des Betreibungsamtes oder eines Postboten ergeben hätten (BGer 7B:161/2002 Erw. 3.2). Es bejahte deshalb in diesem jüngeren Entscheid eine effektive Annahmeverweigerung. Obwohl das Betreibungsamt davon abgesehen hatte, auf den von ihm zurückbehaltenen Zahlungsbefehls- exemplaren den Vermerk "Annahme verweigert" anzubringen, sah das Bun- desgericht unter den gegebenen Umständen darin keine Verletzung von Art. 72 Abs. 2 SchKG, wonach der Zustellbeamte auf den Ausfertigungen des Zahlungsbefehls zu bescheinigen habe, an welchem Tag und an wen die Zustellung erfolgt sei (BGer 7B.161/2002 Erw. 3.2). b) Vorliegend hat der Postbote auf dem Doppel des an den Beschwerde- gegner gerichteten Zahlungsbefehls vermerkt "zugestellt in Briefkasten" und als Datum der Zustellung den 4. Oktober 2014 aufgeführt. Diese Zustellung bestätigte er mit seiner Unterschrift (act. 3/1 S. 2). In seiner Vernehmlassung vom 26. November 2013 führte das Betreibungsamt aus, gemäss einer Rückfrage beim zustellenden Postangestellten, habe dieser an besagtem 4. Oktober 2013 versucht den Zahlungsbefehl an den Schuldner zuzustellen. Dieser habe jedoch anlässlich des Zustellversuchs die Entgegennahme des Zahlungsbefehls verweigert, diesen zu Boden geworfen und die Wohnungs- türe geschlossen. Der Postmitarbeiter habe in der Folge den in diesem Zeit- punkt bereits als zugestellt geltenden Zahlungsbefehl in den Briefkasten des Schuldners gelegt und habe dies entsprechend vermerkt (act. 6). Das Be- treibungsamt stützt sich bei diesen Ausführungen auf ein E-Mail von Stv. Leiter a.i., C.\_\_\_\_\_, vom 25. November 2014, worin dieser die Stellungnah- me des zuständigen Teamleiters nach Absprache mit dem Mitarbeiter wie folgt wiedergab (act. 7/2): "Ja der Schuldner wurde angetroffen. Allerdings verweigerte der Schuldner die BU, warf diese zu Boden und sagte, dass sein Anwalt ihm gesagt hat, keine solche Sendungen in Empfang zu nehmen.

Daraufhin schliess

- 7 - (schloss) er die Türe und liess den Mitarbeiter vor verschlossener Türe stehen. Darum wurde die BU als zugestellt in Briefkasten gelegt." Aus dem Zahlungsbefehl selbst ergibt sich nicht, dass eine Annahmeverweigerung vorliegt. Eine Verletzung von Art. 72 Abs. 2 SchKG liegt aber darin – wie unter 5a ausgeführt wurde – nicht. Es trifft zu, dass der Absender des E-Mails lediglich wiedergibt, was ihm ein namentlich nicht genannter Teamleiter über die Angaben des namentlich nicht genannten Zustellboten mitgeteilt hat (vgl. act. 21 Erw. 1.3 S. 6). Die Vorinstanz durfte es dabei nicht bewenden lassen und schliessen, es sei nicht rechtsgenügend nachvollziehbar, auf welche Weise der Zahlungsbefehl B.\_\_\_\_\_ zugestellt worden sei (act. 21 Erw. 1.3 S. 7). In erster Linie trifft zwar das Betreibungsamt die Beweislast für die ordnungsgemässe Zustellung von Betreuungsurkunden (vgl. act. 21 Erw. 1.3 S. 6), jedoch gelangt im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren die Untersuchungsmaxime zur Anwendung (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Nachdem seitens des Betreibungsamtes ausdrücklich behauptet worden war, es sei die Annahme des Zahlungsbefehls verweigert worden (act. 6), was die Beschwerdeführerin bestritten hat (act. 10), hätte die Vorinstanz die genauen Umstände auf geeignete Weise, z.B. mittels Einvernahme des Postboten als Zeugen, klären müssen. Das Betreibungsamt kann keine Zeugen im Sinne von Art. 171 ZPO (mit Ermahnung zur Wahrheit und Androhung strafrechtlicher Folgen bei Falschaussage) einvernehmen. Dies ist allein dem Gericht vorbehalten. Ob der Zahlungsbefehl ordnungsgemäss zugestellt wurde, d.h. ob eine Annahmeverweigerung vorliegt, hat die Vorinstanz von Amtes wegen abzuklären. Dies hat sie vorliegend unterlassen, weshalb die Beschwerde gutzuheissen ist. Das Verfahren ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese die notwendigen Abklärungen (Befragung des zuständigen Postboten zur Annahmeverweigerung als Zeuge bzw. Einholung einer schriftlichen Auskunft) bezüglich der Zustellung des Zahlungsbefehls tätigen kann.

- 8 -

## **E. 6**

In SchK-Beschwerdeverfahren erster und zweiter Instanz werden keine Kosten erhoben und es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG, Art. 61 Abs. 2 lit. a und Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG). Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.