

ZH_OBERGERICHT PS160154 vom 24. Oktober 2016

ZH Obergericht, 2016-10-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS160154

FR: ZH_OBERGERICHT PS160154 du 24 octobre 2016

IT: ZH_OBERGERICHT PS160154 del 24 ottobre 2016

Erwägungen

E. 1.1

Das Betreibungsamt Zürich 11 vollzog am 4. April 2016 in Abwesenheit des Beschwerdeführers die Pfändung Nr. ... (Betreibungs Nrn. 1, 2 und 3) und pfändete diverse Guthaben auf dem Kontokorrent des Betreibungsamtes, resultierend aus Kontosperrern bei verschiedenen Banken, aus der Pfändung einer Forderung sowie aus einer Überweisung im Auftrag des Schuldners. Abschliessend wurde festgehalten, dass das pfändbare Vermögen genügend ist. Die Pfändungsurkunde wurde am 7. April 2016 versandt (act. 3/2).

E. 1.2

Am 25. April 2016 (Datum Poststempel) gelangte der Beschwerdeführer an das Bezirksgericht Zürich als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Betreibungsämter und verlangte, es sei die Pfändung Nr. ... für ungültig zu erklären und es seien sämtliche damit zusammenhängende Pfändungen gemäss Pfändungsurkunde aufzuheben (act. 1). Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, die Pfändung sei ihm mangels Zustellung einer Pfändungsankündigung nicht gehörig angekündigt worden. Zudem habe das Betreibungsamt gegen Treu und Glauben verstossen, indem es auf sein Gesuch um Rechtsstillstand nicht reagiert und die Pfändung vollzogen habe. Nach Durchführung des Verfahrens wies das Bezirksgericht Zürich die Beschwerde mit Zirkulationsbeschluss vom 16. August 2016 ab (act. 12 = act. 16).

E. 1.3

Gegen diesen Beschluss erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 26. August 2016 Beschwerde bei der Kammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen (act. 17). Er hält darin an seinem bei der Vorinstanz gestellten Antrag fest. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-14). Auf weitere prozessleitende Anordnungen wurde verzichtet. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

E. 2.1

Das Verfahren der Aufsichtsbeschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a Abs. 2 SchKG. So-

- 3 - weit 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 § 18 EG SchKG nach § 83 f. 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. 2.2

Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). Das gilt auch im zweitinstanzlichen betreibungs- rechtlichen Beschwerdeverfahren (vgl. OGer ZH PS110019, Urteil vom 21. Febru- ar 2011, E. 3.4).

E. 2.3

Die vorliegende Beschwerde vom 26. August 2016 wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Der Beschwerdeführer ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Beschwerde legitimiert. Es ist daher auf die Beschwerde einzutreten.

E. 3.1

Der Pfändungsvollzug setzt voraus, dass die Pfändung dem Schuldner ge- mäss Art. 90 SchKG spätestens am vorhergehenden Tag angekündigt wurde. Die Pfändungsankündigung erfolgt schriftlich (vgl. Art. 34 SchKG). An wen die Ankün- digung zu senden ist, richtet sich nach den Art. 64-66 SchKG (vgl. auch BSK SchKG I-LEBRECHT, 2. Aufl. 2010, Art. 90 N 3 und 9 f.).

E. 3.2

Die Vorinstanz erachtete die Pfändung in diesem Sinne mit Schreiben des Betreibungsamtes vom 9. und 10. Februar 2016 als gehörig angekündigt. Sie führte dazu im Wesentlichen aus, die Pfändungsankündigungen vom 9. und

- 4 - 10. Februar 2016 seien zwar nicht abgeholt worden, würden aber als am letzten Tag der siebentägigen Abholungsfrist als zugestellt gelten, weil der Beschwerde- führer mit einer Zustellung habe rechnen müssen. Der Beschwerdeführer habe dem Betreibungsamt in einer anderen als der angefochtenen Pfändung zugrunde- liegenden Betreuung mit Schreiben vom 9. November 2015 die Zustelladresse c/o B._____ mitgeteilt. Diese Zustelladresse sei auch für die Zustellung der Zah- lungsbefehle in den der Pfändung zugrundeliegenden Betreibungen verwendet worden, und die Zahlungsbefehle seien dem Beschwerdeführer am

E. 3.3

Dagegen bringt der Beschwerdeführer mit der Beschwerde zusammenge- fasst vor, die Zahlungsbefehle in den Betreibungen Nr. 1, 3 und 2 und die Pfän- dungsankündigungen seien nicht ihm, sondern B._____ zugestellt worden. Die Zustelladresse B._____ sei jedoch lediglich einmalig für das Verfahren der Betrei- bung Nr. 4 bezeichnet worden. Die Einrichtung einer allgemeinen Zustelladresse sei nie beabsichtigt gewesen, zumal er am ...-Weg ..., ... Zürich einen festen Wohnsitz gehabt habe und auch unter dieser Adresse noch immer angemeldet sei. Aus dem Umstand, dass er von den Zahlungsbefehlen Kenntnis erhalten ha- be, könne auch nicht gefolgert werden, er sei mit der Zustellung an B._____ ein- verstanden gewesen. Und selbst wenn er mit einer Zustellung habe rechnen müssen, was er bestreite, so greife die Zustellfiktion mangels Zustellung an die richtige Adresse nicht. Das Betreibungsamt habe gewusst, dass ihm die Pfän-

- 5 - dungsankündigungen nie zugestellt worden seien, seien sie doch an die Adresse von B._____ versandt und als nicht abgeholt retourniert worden. Spätestens in diesem Zeitpunkt hätte das Betreibungsamt die Zustelladresse hinterfragen und sich über deren Gültigkeit bei ihm erkundigen müssen. Er sei in tatsächlicher Hinsicht weder rechtzeitig noch inhaltlich korrekt über die Pfändung in Kenntnis gesetzt worden und eine solche Kenntnis ergebe sich auch nicht aus der Zustellfiktion, weshalb die Pfändung ungültig sei (act. 17 S. 4 ff.).

E. 3.4

Unabhängig davon, ob die Zahlungsbefehle in den Betreibungen Nrn. 1, 2 und 3 zu Recht an die Adresse c/o B._____ hätten zugestellt werden dürfen, hat der Beschwerdeführer jedenfalls rechtzeitig von den Betreibungen erfahren, konnte er doch Rechtsvorschlag erheben. Das bestreitet er auch nicht. Mit der Vorinstanz ist deshalb festzustellen, dass ein allfälliger Mangel in der Zustellung der Zahlungsbefehle mit der Kenntnisnahme von den Betreibungsverfahren geheilt wurde und die Zahlungsbefehle als zugestellt gelten (BGE 88 III 12 E. 1, BGE 128 III 101 E. 2).

E. 3.5

Damit hatte der Beschwerdeführer Kenntnis von den Betreibungsverfahren und musste, nachdem er den Rechtsvorschlag zurückgezogen hatte, grundsätzlich mit weiteren Zustellungen rechnen. Diesfalls gilt nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO eine weitere nicht abgeholte eingeschriebene Postsendung als am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch zugestellt. Allerdings findet die ZPO nur auf die in ihrem Art. 1 genannten Gegenstände Anwendung, namentlich auf gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts (lit. c). Die Verfügungen der Vollstreckungsorgane hingegen (insbesondere der Betreibungs- und Konkursämter) stehen ausserhalb der ZPO (Botschaft ZPO, S. 7258). Demnach sind der von der Vorinstanz zitierte Bundesgerichtsentscheid über die Zustellung eines Rechtsöffnungsentscheides (BGE 130 III 396 E. 1.2.3) wie auch die in der einschlägigen Literatur genannten Entscheide (vgl. BSK SchKG I-NORDMANN, 2. Aufl. 2010, Art. 34 N 8, KUKO SchKG-MÖCKLI, 2. Aufl. 2014, Art. 34 N 5 sowie KREN KOSTKIEVICZ, OKF-SchKG, 19. Aufl. 2016, Art. 31 N 6 und Art. 34 N 6 mit Hinweisen auf BGE 130 III 396 E. 1.2.3, BGer 5A_677/2013 E. 2.1 vom 6. Dezember 2013, BGer 5A_552/2011 E. 2.1 vom

- 6 -

E. 3.6

Auch unter der genannten Zustellfiktion muss die versuchte Zustellung jedoch an die korrekte Adresse erfolgen bzw. erfolgt sein. Es ist fraglich, ob die vom Beschwerdeführer in der Betreibung Nr. 4 gemachte Mitteilung der Zustelladresse c/o B._____ (vgl. act. 8b) auch für das vorliegend zu beurteilende Pfändungsverfahren gilt bzw. galt. Diese Frage kann jedoch offen bleiben. Selbst wenn davon auszugehen ist, dass die mitgeteilte Zustelladresse c/o B._____ ausschliesslich für das Betreibungsverfahren Nr. 4 galt, so hält die Vorinstanz zu Recht fest, dass das Verhalten des Beschwerdeführers rechtsmissbräuchlich ist. Der Beschwerdeführer versuchte sich bereits im vorhergehenden Betreibungsverfahren beharrlich den Zustellungen des Betreibungsamtes zu entziehen, verschwiegen seinen Aufenthaltsort und wurde nur deshalb mit Verfügung vom 26. Oktober 2015 vom Betreibungsamt zur Angabe einer Zustelladresse angehalten (vgl. act. 7 und act. 8b). Sodann wehrte er sich nicht gegen die Zustellung der Zahlungsbefehle vom 7. Dezember 2015 an die Adresse c/o B._____, duldet also insofern Zustellungen dorthin,

und beruft sich nun erst im Zusammenhang mit der Pfändung auf die Ungültigkeit einer Zustellung an diese Adresse. Daran ändert auch nichts, wenn davon auszugehen ist, dass der Beschwerdeführer nicht durch B._____, sondern durch das Betreibungsamt von den Zahlungsbefehlen erfahren hat, wie er es geltend macht: Diesfalls ist dem Beschwerdeführer entgegenzuhalten, dass er auf Grund seines bisherigen Verhaltens damit rechnen musste, dass die Zustellung der Zahlungsbefehle an die Adresse c/o B._____ erfolgt war. Dennoch hat sich der Beschwerdeführer offenbar nicht daran gestört, keine Kenntnis von den Zahlungsbefehlen oder zumindest von Zustellversuchen erhalten zu haben. Er erkundigte sich im weiteren Verfahren (Erhebung und Rückzug Rechtsvorschlag, vgl. act. 8d) nicht beim Betreibungsamt nach dem Grund der fehlenden Kenntnis oder

- 8 - stellte klar, an welche Adresse Zustellungen im diesem Verfahren vorgenommen werden sollten. Wenn nicht direkt beabsichtigt, so hat der Beschwerdeführer damit zumindest in Kauf genommen, dass das Betreibungsamt auch weitere Zustellungen an die Adresse c/o B._____ vornimmt. Auch vor diesem Hintergrund erscheint das Verhalten des Beschwerdeführers, sich erst im Rahmen des Pfändungsvollzugs auf die unrechtmässige Verwendung der Zustelladresse zu berufen, rechtsmissbräuchlich und verdient keinen Schutz. Die Vorinstanz stellte demnach zu Recht fest, dass die Pfändungsankündigungen vom 9. und 10. Februar 2016 als dem Beschwerdeführer zugestellt gelten und die Pfändung Nr. ... mithin rechtsgenügend angekündigt wurde. Die Beschwerde ist insoweit abzuweisen. 4. 4.1. Nach Art. 56 Ziff. 3 SchKG dürfen Betreibungshandlungen gegen einen Schuldner, dem der Rechtsstillstand gewährt ist (Art. 57-62), nicht vorgenommen werden. Der Betreibungsbeamte kann einem schwerkranken Schuldner für eine bestimmte Zeit Rechtsstillstand gewähren (Art. 61 SchKG). Wie die Vorinstanz bereits zutreffend ausführte, muss sich die schwere Krankheit derart auswirken, dass der Schuldner nicht in der Lage ist, die notwendigen Rechtsvorkehrungen selbst zu treffen, und es ihm auch nicht möglich oder zuzumuten ist, einen Vertreter zu bestellen (act. 16 S. 8 f. mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). 4.2. Die Vorinstanz stellte fest, dass es für das Betreibungsamt keine Veranlassung gegeben habe, eine Verfügung zum Rechtsstillstand zu erlassen, weil der Beschwerdeführer mit E-Mail vom 25. Februar 2016 mangels neuer Vorbringen kein neues Gesuch um Rechtsstillstand gestellt habe. Bereits mit E-Mail und Verfügung vom 26. Oktober 2015 sei einem Begehren des Beschwerdeführers um Gewährung des Rechtsstillstandes nicht stattgegeben worden. Es hätten sich weder aus den Vorbringen des Beschwerdeführers noch aus den ärztlichen Zeugnissen eine zwischenzeitliche Veränderung seines Zustandes ergeben und der Beschwerdeführer habe auch nicht begründet, weshalb ihm dieses Mal der Rechtsstillstand gewährt werden solle. Dabei tue nichts zur Sache, dass die Verfügung vom 26. Oktober 2015 in einem anderen Verfahren ergangen sei, weil ei-

- 9 - ne Krankheit unabhängig des Sachverhalts einer Betreibung zu einem Rechtsstillstand führe oder eben nicht. Ohnehin würden aber auch keine Umstände vorliegen, die eine Gewährung des Rechtsstillstandes rechtfertigen würden und ein Gesuch wäre erneut abzulehnen gewesen. Der Beschwerdeführer sei gemäss Arztzeugnissen seit Ende Dezember 2014 zwar gesundheitlich eingeschränkt und halte sich offenbar schon seit längerem nicht mehr ständig in Zürich auf. Er sei aber offenbar ohne Weiteres in der Lage (für Arztbesuche) nach Zürich zu reisen. Ausserdem sei nicht ersichtlich, inwiefern es ihm nicht zuzumuten wäre, einen Vertreter zu bezeichnen (act. 16 S. 9 f.). Ferner erwog die

Vorinstanz, der Beschwerdeführer sei bereits mit Verfügung vom 26. Oktober 2015 darüber in Kenntnis gesetzt worden sei, dass seine Korrespondenz mit dem Betreibungsamt mittels Briefpost und nicht durch E-Mails zu erfolgen habe. Auch wenn dieser Hinweis in einem anderen Verfahren erfolgt sei, habe der Beschwerdeführer somit gewusst, dass die Kommunikation nicht per E-Mail erfolgen könne. Dennoch habe er am 25. Februar 2016 per E-Mail um Gewährung des Rechtsstillstandes ersucht. Das sei allerdings ohne Relevanz, weil der Beschwerdeführer seine E-Mail-Korrespondenz schliesslich auch seinem Einschreiben vom 24. März 2016 beigelegt habe (act. 16 S. 9). 4.3. Der Beschwerdeführer hält dem entgegen, dass Art. 33a SchKG eine Ordnungsvorschrift sei und eine Behörde, die die Annahme einer elektronischen Eingabe verweigern möchte, mindestens eine kurze Nachfrist zur Verbesserung setzen oder die Eingabe in Papierform verlangen müsse. Nicht zu reagieren, sei keine zulässige Alternative. Zudem sei fraglich, ob Art. 33a SchKG überhaupt Anwendung finde, weil es sich beim Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung des Rechtsstillstandes nicht um eine offizielle Eingabe handle und das Gesetz auch nicht zwingend ein Gesuch verlange. Das Betreibungsamt könne auch von Amtes wegen den Rechtsstillstand gewähren. Der Beschwerdeführer habe mehrere Monate nach der Verfügung vom 26. Oktober 2015 und in einem neuen Betreibungsverfahren auch nicht damit rechnen müssen, dass seine E-Mail nicht gelesen würde, zumal in der Vorladung des Betreibungsamtes vom 23. Februar 2016 eine Kontaktperson mit direkter Telefonwahl und E-Mail-Adresse angegeben gewesen sei. Mit der E-Mail vom 25. Februar 2016 habe er

- 10 - umgehend auf die Vorladung vom 23. Februar 2016 und die auf den Folgetag terminierte Einvernahme reagiert. Weil er erst am Vorabend von der Vorladung Kenntnis erhalten habe und in Zermatt gewesen sei, sei ihm die Wahrnehmung des Termins am nächsten Vormittag bereits aus zeitlichen Gründen nicht möglich gewesen. Hinzu komme, dass für ihn jede Reise nach Zürich eine Gefährdung seiner Gesundheit bedeute. Es sei ihm auch nicht möglich und zumutbar gewesen, für den folgenden Vormittag einen geeigneten Vertreter zu finden und diesen angemessen zu instruieren. Das Betreibungsamt habe die E-Mail vom 25. Februar 2016 auch als Gesuch um Gewährung des Rechtsstillstandes auffassen müssen, weil es sämtliche Komponenten enthalten habe, die man in einem Gesuch erwarten dürfe. Es sei auch nicht ausgeschlossen, in einem neuen Betreibungsverfahren einige Monate später unter Beilegung eines neuen ärztlichen Zeugnisses ein neues Gesuch um Rechtsstillstand zu stellen. So lange das Gesuch nicht offensichtlich querulatorisch erfolge, wofür es vorliegend keine Anhaltspunkte gebe, habe der Betreibungsbeamte das Gesuch mit der notwendigen Ernsthaftigkeit zu prüfen und gegebenenfalls mittels einer anfechtungsfähigen Verfügung abzuweisen. Vor Bearbeitung seines Gesuchs habe der Beschwerdeführer nicht damit rechnen müssen, dass das Betreibungsamt ohne jegliche weitere Benachrichtigung zum Vollzug der Pfändung schreite (act. 17 S. 7 ff.). 4.4. Damit verkennt der Beschwerdeführer allerdings, dass es für die Beurteilung der Gültigkeit der Pfändung Nr. ... nicht darauf ankommt, ob er mit E-Mail vom 25. Februar 2016 ein Gesuch um Gewährung des Rechtsstillstandes gestellt hat, weil dieser bei gegebenen Voraussetzungen auch von Amtes wegen zu gewähren ist (vgl. BSK SchKG I-BAUER, 2. Aufl. 2010, Art. 61 N 10). Mangels anderer Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass die Pfändung Nr. ... eine Betreibungs-handlung im Sinne von Art. 56 SchKG darstellt (BSK SchKG I-BAUER, 2. Aufl. 2010, Art. 56 N 33 und N 48). Demnach hätte die Pfändung bei Vorliegen der besonderen Umstände, namentlich bei schwerer Krankheit des Beschwerdeführers, nicht vollzogen werden dürfen und wäre auf Grund

ihrer Tragweite anfechtbar (BSK SchKG I-BAUER, 2. Aufl. 2010, Art. 56 N 51 ff., N 56).

- 11 - 4.5. Zwei der vom Beschwerdeführer dem Betreibungsamt vorgelegten Arztzeugnisse (act. 3/4) eignen sich indes mangels Aktualität von vornherein nicht dazu, einen Rechtsstillstand zu begründen, weshalb an dieser Stelle darauf auch nicht weiter einzugehen ist. Einschlägig ist einzig das Arztzeugnis vom 27. Januar 2016, worin dem Beschwerdeführer infolge medizinischer Rückschritte im Rahmen der Behandlung ("[...] there have been some medical setbacks in the course of treatment of the original matters [...]") (weiterhin) empfohlen wird, seine berufliche Beschäftigung und Reisepläne auf ein absolutes Minimum zu reduzieren ("[...] prolong our suggestion [...] to reduce his professional engagements and travelling plans to an absolute minimum."). Somit umfasst das Zeugnis aber nur die berufliche Beschäftigung, und es geht daraus auch nicht hervor, dass der Beschwerdeführer überhaupt nicht und/oder insbesondere nicht nach Zürich reisen kann, wie er es im Mail vom 25. Februar 2016 geltend macht (vgl. act. 3/4). Weiter vermag alleine das vom Beschwerdeführer behauptete Risiko, sich mit einem in Zürich grasierenden Grippevirus zu infizieren, keine solche Reiseuntauglichkeit nach Zürich zu belegen. Zudem sei angemerkt, dass es verschiedene andere Möglichkeiten gibt, das Risiko einer Ansteckung zu vermindern. Darüber hinaus gibt das Zeugnis jedenfalls keine Begründung dafür, dass es dem Beschwerdeführer nicht möglich oder zuzumuten gewesen wäre, einen Vertreter zu bestellen. Demnach vermag das Zeugnis vom 27. Januar 2016 keinen Rechtsstillstand zufolge einer schweren Krankheit zu rechtfertigen, weshalb sich die Pfändung als rechtmässig erweist. Die Beschwerde ist daher auch in dieser Hinsicht abzuweisen. Bei diesem Ergebnis bleibt sodann ohne Relevanz, ob das Betreibungsamt zu Unrecht nicht mit einer anfechtbaren Verfügung über die Gewährung des Rechtsstillstandes entschieden hat, weshalb sich weitere Ausführungen dazu erübrigen. 5. Das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen ist kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG); Prozessschädigungen sind nicht zuzusprechen.

- 12 - Es wird erkannt:

E. 7

Dezember 2015 zugestellt worden. Wenn sich der Beschwerdeführer auf den Standpunkt stelle, dass die Zustelladresse nur für die eine Betreibung gegolten habe, sei das rechtsmissbräuchlich. Es gehe nicht an, dass er eine Zustelladresse bezeichne und dann selektiv entscheide, welche Zustellungen an diese Adresse er in Empfang nehme und welche nicht. Der Beschwerdeführer habe offensichtlich auch Kenntnis von den Zahlungsbefehlen erhalten, schliesslich habe er in den Betreibungen am 16. Dezember 2015 Rechtsvorschlag erhoben und diesen am 18. Januar 2016 wieder schriftlich zurückgezogen. Mit der tatsächlichen Kenntnisnahme wäre auch ein allfälliger Mangel in der Zustellung geheilt. Durch den Rückzug habe das Betreibungsverfahren weitergeführt werden können und der Beschwerdeführer habe mit der Zustellung weiterer Sendungen rechnen müssen (act. 16 S. 5 f.).

E. 10

Oktober 2011) für die vorliegend zu beurteilenden Zustellungen des Betreibungsamtes nicht einschlägig. Das gilt letztlich auch für den Bundesgerichtsentscheid 5A_633/2014 vom 6. Januar 2015, worin eine Zustellfiktion, wie sie in der ZPO verankert ist, zwar bei Zustellungen des Konkursamtes bejaht wird (E. 2.5.1). Das Bundesgericht befasste sich in diesem Entscheid indes nicht eingehend mit der Rechtsgrundlage und verweist einzig auf

eine bereits oben zitierte Literaturstelle (BSK SchKG I-NORDMANN, 2. Aufl. 2010, Art. 34 N 8) sowie auf einen früheren Entscheid (BGE 120 III 3 E. 1d), welcher ebenfalls die Fiktion im gerichtlichen Kontext (Zustellung eines Entscheides des Obergerichts als kantonale Aufsichtsbehörde) behandelt. Das SchKG enthält keine dem Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO entsprechende Regelung, insbesondere schweigt sich der mit der Zustellung befasste Art. 34 SchKG über die Rechtsfolgen bei nicht abgeholt oder vereitelten Zustellungen aus, und die Zustellfiktion der ZPO wird auf Grund ihrer Einordnung unter dem Titel "Zustellungsform" trotz ihrer sachlichen Nähe nicht vom Wortlaut des in Art. 31 SchKG enthaltenen Verweises auf die Bestimmungen des Zivilprozessrechts zur Berechnung, die Einhaltung und den Lauf der Fristen (vgl. Art. 142 ff. ZPO) umfasst. Allerdings strebte der Bundesgesetzgeber mit der Einführung der schweizerischen Zivilprozessordnung eine Harmonisierung mit den übrigen Verfahrensordnungen des Bundes an (Botschaft ZPO, S. 7237) und beabsichtigte abweichende Regelungen zum SchKG nur dort, wo vollstreckungsrechtlichen Besonderheiten Rechnung zu tragen ist (wie beispielsweise bei der Regelung der Betreibungsferien; Botschaft ZPO, S. 7310). Eine solche Besonderheit, die eine abweichende Regelung im Vollstreckungsrecht rechtfertigen würde, ist im Zusammenhang mit der Zustellfiktion nicht ersichtlich. Dennoch verzichtete das Parlament im Rahmen der Einführung der schweizerischen ZPO auf eine wörtliche Übernahme der wesentlichen Inhalte von deren Art. 138 ins SchKG, weshalb die Kammer angesichts der eigenen Bestimmungen des SchKG zur Zustellung (Art. 34 SchKG) in der Vergangenheit von einem qualifizierten Schweigen ausging (vgl. OGer ZH PS140197 vom 4. September 2014 E. 3). Zwischenzeitlich stellte aber das Bundesgericht wie bereits erwähnt im Ergebnis die Anwendbarkeit der Zustellfiktion gestützt auf Art. 34 SchKG (bei einer Zustellung des Konkursamtes) fest. Demnach ist vorlie-

- 7 - gend von einer Gesetzeslücke auszugehen, die es nach Art. 1 Abs. 2 ZGB zu schliessen gilt, wobei sich angesichts des Umstandes, dass die Regelung der jüngeren und neueren Zivilprozessordnung der aktuellen Sicht des Gesetzgebers und der bundesgerichtlichen Praxis entspricht, eine analoge Anwendung von Art. 138 Abs. 3 ZPO ebenfalls bei nichtgerichtlichen Verfahren des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts rechtfertigt, soweit es nicht um die Zustellung von Betreibungsurkunden geht.

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