

ZH_OBERGERICHT PS170034 vom 3. April 2017

ZH Obergericht, 2017-04-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS170034

FR: ZH_OBERGERICHT PS170034 du 3 avril 2017

IT: ZH_OBERGERICHT PS170034 del 3 aprile 2017

Volltext

Art. 66 Abs. 4 Ziff. 2 SchKG, Voraussetzungen für die öffentliche Bekanntmachung. Die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen liegt beim Amt. Der Schuldner beschwert sich darüber, dass der Zahlungsbefehl öffentlich bekannt gemacht wurde. Das Betreibungsamt macht geltend, es habe zahlreiche erfolglose Versuche unternommen, den Zahlungsbefehl zuzustellen, alle erfolglos. Das sucht es durch handschriftliche Zeichen zu belegen, welche auf einer Kopie des Zahlungsbefehls angebracht sind. Diese Zeichen mögen für Angehörigen des Amtes etwas bedeuten, sind aber für aussen Stehende unverständlich. Die Beschwerde wird gutgeheissen. (aus den Erwägungen des Obergerichts:) (II) 2.1 Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet im Kern die Zustellung des Zahlungsbefehls durch öffentliche Bekanntmachung (Ediktalzustellung). Betreibungsurkunden, zu welchen der Zahlungsbefehl gehört, sind dem Schuldner aufgrund ihrer Bedeutung in qualifizierter Weise zuzustellen. Die Zustellung erfolgt entweder persönlich durch den Betreibungsbeamten bzw. einen Angestellten des Amtes oder durch die Post (Art. 72 Abs. 1 SchKG). Nur unter strengen Voraussetzungen kann die Zustellung durch eine öffentliche Bekanntmachung ersetzt werden (Art. 35 SchKG). Diese Möglichkeit besteht, wenn (als einer von drei Fällen) der Schuldner sich in beharrlicher Weise der Zustellung entzieht (Art. 66 Abs. 4 Ziff. 2 SchKG). Dazu ist erforderlich, dass der Schuldner zwar am Betreibungsort anwesend ist, sich aber absichtlich so verhält, dass die Zustellung des Betreibungsamtes trotz Einsetzung aller von Art. 64 ff. SchKG vorgesehenen Mittel, insbesondere der Polizei, nicht erfolgen kann. Erst wenn alle Anstrengungen gemacht worden sind, den Schuldner persönlich zu erreichen, und diese zu keinem Erfolg geführt haben, ist die öffentliche Bekanntmachung – im Sinne einer Ausnahme – zulässig (Urteil BGer 5A_343/2016 vom 20. Oktober 2016 E. 2.1 und 4.2; Komm SchKG-Kostkiewicz, 19. Aufl. 2016, N 18 zu Art. 66 SchKG; KuKo SchKG-Gehri, 2. Aufl. 2014, N 14 zu Art. 66 SchKG). 2.2 Ist die Publikation erfolgt, ohne dass die Voraussetzungen dafür erfüllt waren, ist der Zahlungsbefehl grundsätzlich nichtig. Vielmehr ist die Gesetzesverletzung innert zehn Tagen (Art. 17 Abs. 2 SchKG) seit Kenntnisnahme der Publikation mit Beschwerde zu rügen. Wenn, wie es in der Regel geschieht, das

Verfahren weiterläuft, bevor die Anfechtungsfrist abgelaufen ist oder sogar zu laufen begonnen hat, kann der Schuldner neben dem Zahlungsbefehl auch die nachfolgenden Betreibungshandlungen aus dem erwähnten Grunde anfechten und damit verhindern, dass diese rechtskräftig werden (BGE 136 III 571 E. 6.1 = Pra 100 (2011) Nr. 53). 3. Die Vorinstanz sah die Voraussetzungen für die am 8. April 2016 erfolgte öffentliche Bekanntmachung des Zahlungsbefehls als gegeben an. Zusammenfassend wurde erwogen, der Beschwerdeführer habe konkrete Ausführungen, inwiefern die öffentliche Bekanntmachung des Zahlungsbefehls nicht korrekt erfolgt sein soll, unterlassen. Das Betreibungsamt habe die mehrfachen Zustellversuche mittels handschriftlicher Notizen in

den Akten festgehalten. Da die Zustellung selbst unter Einsetzung der Polizei erfolglos geblieben sei, sei davon auszugehen, dass sich der Beschwerdeführer absichtlich der Zustellung habe entziehen wollen. Im Weiteren erblickte sie in den Vorbringen des Beschwerdeführers keinen Grund, die Frist für die Erhebung des Rechtsvorschlages wieder herzustellen. 4. Der Beschwerdeführer hält im Rechtsmittelverfahren an der rechtsun- gültigen Zustellung des Zahlungsbefehls fest, da die gesetzlichen Bestimmungen zur Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung nicht vorhanden gewesen sei- en. Er rügt u.a., dass den Beilagen zur Vernehmlassung ein polizeilicher Zustell- versuch nicht entnommen werden könne. 5.1 Im Anfechtungsfall trägt die Behörde die Beweislast für die ordnungs- gemässe Zustellung von Betreibungsurkunden. Wenn das Gesetz der Behörde zum Schutze des Schuldners die Einhaltung bestimmter Formen vorschreibt, ist ihr auch der Nachweis für deren Einhaltung aufzuerlegen (BGE 117 III 10 E. 5c- d). Das Betreibungsamt hat somit den Nachweis für das Vorliegen der Vorausset- zungen der öffentlichen Bekanntmachung gemäss Art. 66 Abs. 4 Ziff. 2 SchKG zu erbringen. 5.2 Hiezu wurde eine Kopie des Zahlungsbefehls vom 22. April 2016 ein- gereicht. Am linken Rand dieses Dokumentes wurden – nebst dem am oberen

Rand angebrachten Stempel "Mitt. Gläubiger Zustellung Pol." – handschriftlich fünf Daten notiert. Von diesen sind lediglich die ersten beiden Daten, nämlich "26.1" und "3.2", lesbar, während die weiteren Daten nicht eindeutig eruiert wer- den können, da sie vermutlich im Rahmen des Kopiervorgangs nicht vollständig erfasst wurden. Sodann ist weder vermerkt, dass es sich bei diesen handschrift- lich notierten Daten um Zustellungsversuche handelt (einzig neben dem Datum "3.2" steht "Tel.V."), noch, für den Fall, dass dem so sein sollte, auf welche Art und Weise die Zustellversuche erfolgt sein sollen; persönlich durch den Betrei- bungsbeamten oder einen Angestellten des Amtes, durch die Post, durch die Po- lizei (Art. 64 und Art. 72 SchKG). Das Betreibungsamt machte zum Zeitpunkt und der Form der Zustellversuche auch keine Ausführungen. Obschon die Vorinstanz im Rahmen der Fristansetzung zur Vernehmlassung das Betreibungsamt insbe- sondere um urkundlichen Nachweis der Zustellung des Zahlungsbefehls (und der Pfändungsankündigung) ersucht hatte, begnügte sich das Betreibungsamt mit der Einreichung der vorerwähnten Kopie des Zahlungsbefehls und führte in der Ver- nehmlassung lediglich pauschal aus: "Der entsprechende Zahlungsbefehl wurde ausgefertigt, konnte dem Schuldner aber auch trotz polizeilicher Bemühungen nicht zugestellt werden. Am 8. April 2016 erfolgte daher die Ediktalzustellung mit- tels entsprechender Publikation". Wann und insbesondere in welcher Form die behaupteten fehlgeschlagenen Zustellungen stattgefunden haben sollen, ist somit nicht bekannt. Wären die Zu- stellversuche mittels eingeschriebener Postsendung erfolgt, könnten die Zustellin- formationen anhand des hierbei zwingend vorhandenen Barcodes der Sendungs- verfolgung der Post (Track & Trace) entnommen werden. Zumindest das Datum der Absendung des Zahlungsbefehls müsste sodann auch aus dem Betreibungs- buch ersichtlich sein (Art. 10 VFRR). Entsprechendes ist in den Akten jedoch nicht vorhanden. Auch im Falle versuchter persönlicher Zustellung (Art. 72 Abs. 1 i.V.m. Art. 64 Abs. 1 SchKG) ist zu verlangen, dass sich dies den Akten eindeutig entnehmen lässt. Des weiteren findet sich in den Akten weder ein entsprechender Auftrag an die Polizei, dass ihr die Zustellung des Zahlungsbefehls übertragen wurde, noch ist der geltend gemachte erfolglose polizeiliche Zustellversuch ir- gendwie dokumentiert.

Allein die Aufforderung des Betreibungsamtes zur Abholung des Zahlungsbefehls auf dem Amt stellt jedenfalls keinen Zustellversuch dar und darf (im Falle der Nichtbefolgung) mit keinerlei Sanktionen verbunden sein (vgl. Urteil Bundesgericht 5A_268/2007 vom 16. August 2007 E. 2.2). 5.3 Das Betreibungsamt konnte nach dem Gesagten allein mit den handschriftlich auf dem Zahlungsbefehl vermerkten und teilweise nicht leserlichen Daten nicht nachweisen, dass vor dessen Publikation ohne Erfolg Zustellversuche mit den vom Gesetz vorgesehenen Mitteln, insbesondere auch unter Einbezug der Polizei, erfolgt sind und damit die gesetzlichen Voraussetzungen der Publikation erfüllt waren. Es bestehen somit keine Anhaltspunkte, dass sich der Beschwerdeführer der Zustellung absichtlich und beharrlich entzogen hätte. 5.4 Die Vorinstanz ist nach dem Gesagten zu Unrecht zur Auffassung gelangt, das Betreibungsamt habe die Zustellung des Zahlungsbefehls gestützt auf Art. 66 Abs. 4 Ziff. 2 SchKG durch öffentliche Bekanntmachung vornehmen dürfen. In Gutheissung der Beschwerde sind der angefochtene Entscheid und die öffentliche Zustellung des Zahlungsbefehls daher als ungültig zu erklären. Damit ist auch den Betreibungshandlungen, die sich auf den Zahlungsbefehl stützten, die Grundlage entzogen und sie sind aufzuheben. Das Betreibungsamt wird unter Berücksichtigung der vom Beschwerdeführer bereits geleisteten Zahlungen die Zustellung zu wiederholen haben. Obergericht, II. Zivilkammer Urteil vom 3. April 2017 Geschäfts-Nr.: PS170034-O/U

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