

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS170034-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 3. April 2017

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer,

gegen

Staat und Stadt Zürich,

Beschwerdegegner,

vertreten durch Steueramt der Stadt Zürich,

betreffend

Betreibung Nr. 1 / Pfändung Nr. 1

(Beschwerde über das Betreibungsamt Zürich ...)

Beschwerde gegen einen Beschluss der 1. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. Januar 2017 (CB160163)

Erwägungen:

I.

1. Mit Zahlungsbefehl vom 22. Januar 2016 des Betreibungsamtes Zürich ... betrieben der Staat und die Stadt Zürich (nachfolgend: Beschwerdegegner) A._____ für eine Steuerforderung von Fr. 8'182.90 nebst Zins zu 4,5% seit 19. Januar 2016 zzgl. Fr. 176.50 Zins für Steuernachforderungen und Fr. 256.75 Verzugszins bis 18. Januar 2016 (Betreibung Nr. 1). Am 8. April 2016 liess das Betreibungsamt den Zahlungsbefehl im Schweizerischen Handelsamtsblatt und im Amtsblatt des Kantons Zürich publizieren. Es wurde kein Rechtsvorschlag erhoben. Die daraufhin ausgestellte Pfändungsankündigung konnte A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) am 21. Mai 2016 postalisch zugestellt werden. Am 13. Juni 2016 leistete er in der vorerwähnten Betreibung eine Direktzahlung an den Beschwerdegegner im Umfang von Fr. 8'027.35, worauf ihn das Betreibungsamt am 20. Juni 2016 zur Restzahlung von Fr. 289.65 gemäss Schlussabrechnung aufforderte (act. 6a-b). Nachdem die Zahlung ausblieb, vollzog das Betreibungsamt am 23. August 2016 in Abwesenheit des Beschwerdeführers die Pfändung Nr. 1 und pfändete sein Kontoguthaben im Betrag von Fr. 1'000.-- bei der PostFinance (Kontokorrent Nr. 1). Die Pfändungsurkunde wurde am 20. September 2016 versandt und konnte dem Beschwerdeführer nach einer durch ihn ausgelösten Verlängerung der Aufbewahrungsfrist am 31. Oktober 2016 mit der Post zugestellt werden (act. 6a und act. 6d).

2. Über die Pfändung beschwerte sich der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 10. November 2016 (Poststempel) beim Bezirksgericht Zürich als untere kantonale Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter, indem er im wesentlichen geltend machte, die Pfändung beruhe auf einem zufolge rechtswidriger Publikation nichtigen Zahlungsbefehl. Singemäss beantragte er die Aufhebung sämtlicher gestützt auf diesen Zahlungsbefehl vorgenommener Betreibungshandlungen sowie die Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist (act. 1 und act. 2/1-3).

3. Das Betreibungsamt beantragte in seiner Vernehmlassung vom 28. November 2016 (Poststempel) die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde (act. 5 und act. 6/a-f). Hiezu nahm der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 5. Januar 2017 Stellung (act. 9 und act. 10; vgl. nachstehend Ziff. II.4). Der Beschwerdegegner liess sich im vorinstanzlichen Verfahren nicht vernehmen.

4. Mit Zirkulationsbeschluss vom 23. Januar 2017 wies die Vorinstanz die Beschwerde und das Wiederherstellungsgesuch ab, soweit darauf eingetreten wurde (act. 11 = act. 15). Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 13. Februar 2017 (Poststempel) rechtzeitig (vgl. act. 12/3) Beschwerde bei der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich als obere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungssachen (act. 16 und act. 18/1-14).

5. Mit fristgerecht (vgl. act. 19 und act. 20) eingereichter Beschwerdeantwort vom 17. März 2017 beantragte der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde (act. 23). Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-13). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1.1 Das Verfahren der Beschwerde 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 wird in § 84 GOG auf Art. 319 ff. ZPO (Beschwerde) verwiesen.

Die vorliegende Beschwerde wurde rechtzeitig schriftlich und begründet erhoben (Art. 321 Abs. 1 ZPO, Art. 18 SchKG). Sie enthält zwar keine ausdrücklichen Anträge. Der Rechtsmittelschrift lässt sich jedoch in guten Treuen entnehmen, dass an den vorinstanzlich gestellten Anträgen festgehalten wird.

1.2 Zwar hat der Beschwerdeführer einen Grossteil der in Betreuung gesetzten Forderung zwischenzeitlich durch Zahlung an den Beschwerdegegner beglichen (vgl. vorstehend Ziff. I.1), bezweckt aber mit seiner Beschwerde betref-

fend den Restbetrag die Aufhebung der Pfändung, weshalb im Falle der Gutheissung der Beschwerde eine erneute Zustellung des Zahlungsbefehls erforderlich wäre und somit ein Rechtsschutzinteresse an der Überprüfung der allenfalls mangelhaften Zustellung des Zahlungsbefehls besteht. Insoweit erweist sich die vorliegende Beschwerde als zulässig (vgl. hierzu Urteil BGer 5A_343/2016 vom 20. Oktober 2016 E. 2.2).

2. Wann der Beschwerdeführer von der Publikation des Zahlungsbefehls Kenntnis erlangt hat und damit die Beschwerdefrist von Art. 17 Abs. 2 SchKG ausgelöst wurde, ist nicht bekannt. Die Vorinstanz ging davon aus, dies sei spätestens mit der am 30. November 2016 erfolgten Zustellung der Vernehmlassung des Betreibungsamtes sowie der dazugehörigen Akten, insbesondere der daraus ersichtlichen öffentlichen Bekanntmachung des Zahlungsbefehls, erfolgt. Da der Beschwerdeführer indes bereits in der Beschwerdeschrift vom 10. November 2016 davon spreche, dass ihm der Zahlungsbefehl nicht rechtskonform zugestellt worden sei, sei zu seinen Gunsten davon auszugehen, dass er die Beschwerde in Kenntnis der öffentlichen Bekanntmachung des Zahlungsbefehls und innert der Frist von zehn Tagen seit Kenntnisnahme erhoben habe. Davon abzuweichen besteht im vorliegenden Verfahren kein Anlass.

3. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers (act. 21) kann die Beschwerdefrist gemäss Art. 18 Abs. 1 SchKG nicht gestützt auf Art. 32 Abs. 4 SchKG verlängert werden. Die Beschwerdefrist ist eine gesetzliche Frist, was bedeutet, dass innert dieser eine rechtsgenügend begründete Beschwerdeschrift einzureichen ist und eine nach Ablauf der Beschwerdefrist eingereichte Ergänzungsschrift nicht mehr berücksichtigt werden kann (BGE 126 III 30 E. 1b). Dies bleibt vorliegend jedoch insofern ohne Relevanz, als es sich bei der mit Schreiben vom 15. März 2017 (Poststempel) und somit nach Ablauf der Beschwerdefrist eingereichten "Verbesserung" lediglich um das zuzufolge eines Schreibfehlers korrigierte Beilagenverzeichnis zu act. 18/1-14 handelt (act. 21 f.).

4.1 Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz vorab Verletzung des rechtlichen Gehörs vor und macht geltend, seine Stellungnahme vom 5. Januar 2017 samt Beilage (act. 9 und act. 10) zur Vernehmlassung des Betreibungsamtes sei

zufolge Nichtanwendung der Art. 56 und 63 SchKG zu Unrecht unberücksichtigt geblieben (act. 16 S. 3).

4.2 Die Verfügung der Vorinstanz, mit welcher den Parteien eine Frist von zehn Tagen zur Stellungnahme zur Vernehmlassung des Betreibungsamtes angesetzt worden war (act. 7), wurde dem Beschwerdeführer am 9. Dezember 2016 zugestellt (act. 8/3). Die Frist zur Stellungnahme endete am 19. Dezember 2016 (Art. 31 SchKG i.V.m. Art. 142 Abs. 1 ZPO) und fiel somit in die Zeit der Weihnachtsbetriebsferien (Art. 56 Ziff. 2 SchKG). Die Stellungnahme wurde am 5. Januar 2017 zur Post gegeben (act. 9).

Nach Art. 63 SchKG wird die Frist bis zum dritten Tag nach den Betriebsferien verlängert, falls das Ende einer Frist in die Zeit der Betriebsferien fällt. Bei der Berechnung der Frist von drei Tagen werden (nebst Samstag und Sonntag) staatlich anerkannte Feiertage (darunter der Berchtoldstag, § 122 GOG) nicht mitgezählt. Weil Art. 63 SchKG im Zusammenhang mit den Bestimmungen über die Betriebsferien und den Rechtsstillstand steht, will ihn das Bundesgericht nur auf eigentliche Betreibungshandlungen anwenden (BGE 121 III 88 E. 6c/aa; a. A. OGerZH PS150004 vom 22. April 2015 E. 2.1). Die Stellungnahme vom 5. Januar 2017 erfolgte somit nur dann fristgerecht, wenn die Fristansetzung vom 30. November 2016 (act. 7) als Betreibungshandlung zu qualifizieren ist. Dies kann offen bleiben.

4.3 Nachdem sich der Beschwerdeführer im Rechtsmittelverfahren ausführlich äussern konnte und seine Beschwerde – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – gutzuheissen ist, wäre selbst im Falle der Verletzung des rechtlichen Gehörs von einer Rückweisung abzusehen, da diese zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötiger Verzögerung führen würde.

III.

1.1 Zur Begründung seiner Beschwerde brachte der Beschwerdeführer vor Vorinstanz im Wesentlichen vor, dass sich die Pfändungsurkunde in der Betreuung Nr. 1 (Pfändung Nr. 1) auf einen nichtigen Zahlungsbefehl bzw. auf eine nichtige Pfändungsankündigung stütze, da ihm diese nicht rechtskonform zugestellt worden seien, und die Pfändung daher auch nicht rechtmässig erfolgt sei. Im Weiteren bestehe überhaupt keine betreibungsrechtliche Schuld (act. 1).

1.2 Vorab ist festzuhalten, dass materiellrechtliche Einwände gegen den Bestand und den Umfang einer betriebenen Forderung weder vom Betreibungsamt noch von der Aufsichtsbehörde geprüft und berücksichtigt werden können, weshalb die Vorinstanz in diesem Punkt zu Recht nicht auf die Beschwerde eingetreten ist.

2.1 Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet im Kern die Zustellung des Zahlungsbefehls durch öffentliche Bekanntmachung (Ediktalzustellung). Betreuungsurkunden, 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 Betreuungsort 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 nicht 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 (act. 15 S. 5 f.).

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 seien. Er rügt u.a., dass den Beilagen zur Vernehmlassung ein polizeilicher Zustellversuch nicht entnommen werden könne (act. 16 S. 3).

5.1 Im Anfechtungsfall trägt die Behörde die Beweislast für die ordnungsgemässe 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 Voraussetzungen 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 eingereicht (act. 6a Blatt 10). 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 werden können, da sie vermutlich im Rahmen des Kopiervorgangs nicht vollständig erfasst wurden. Sodann ist weder vermerkt, dass es sich bei diesen handschriftlich 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 Betreibungsbeamten oder einen Angestellten des Amtes, durch die Post, durch die Polizei (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 insbesondere um urkundlichen Nachweis der Zustellung des Zahlungsbefehls (und der Pfändungsankündigung) ersucht hatte (act. 3), begnügte sich das Betreibungsamt mit der Einreichung der vorerwähnten Kopie des Zahlungsbefehls und führte in der Vernehmlassung 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 mittels entsprechender Publikation" (act. 5).

Wann und insbesondere in welcher Form die behaupteten fehlgeschlagenen Zustellungen stattgefunden haben sollen, ist somit nicht bekannt. Wären die Zustellversuche mittels eingeschriebener Postsendung erfolgt, könnten die Zustellinformationen anhand des hierbei zwingend vorhandenen Barcodes der Sendungsverfolgung 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 irgendwie dokumentiert.

Allein die Aufforderung des Betreibungsamtes zur Abholung des Zahlungsbefehls auf dem Amt (vgl. act. 10) 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.

6. Bei diesem Ausgang ist das Begehren um Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist gegenstandslos.

IV.

Für das Verfahren vor der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen sind in Anwendung von Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG keine Kosten zu erheben und sind gemäss Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, und der Beschluss der 1. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. Januar 2017 wird aufgehoben. Die öffentliche Zustellung des Zahlungsbefehls vom 22. Januar 2016 in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich ... wird als ungültig erklärt und alle daran anschliessenden Betreuungshandlungen, insbesondere die am 23. August 2016 erfolgte Pfändung Nr. 1, werden aufgehoben.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdeführer unter Beilage eines Doppels von act. 23 und an den Beschwerdegegner unter Beilage einer Kopie von act. 21 und act. 22, sowie unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten an das Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, sowie an das Betreibungsamt Zürich ..., 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:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am:
12. April 2017