

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS110109-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 8. August 2011

in Sachen

A. _____ AG,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Präsident des Verwaltungsrates, X. _____

gegen

1. B. _____,

Beschwerdegegner,

2. C. _____,

Abgelehnter,

betreffend

Rechtsverzögerungsbeschwerde / Ausstandsbegehren

(Betreibungsamt D. _____)

Beschwerde gegen einen Beschluss der 7. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich
vom 11. Mai 2011 (CB110014)

Erwägungen:

A. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1. Am 12. November 2010 reichte die A. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) beim Betreibungsamt D. _____ das Betreibungsbegehren gegen B. _____ (nachfolgend: Beschwerdegegner) über eine Forderung von Fr. 703'097'404'091.00 nebst 5 % Zins seit 1. Oktober 2008 ein (act. 3/2/1). Gleichentags fertigte das Betreibungsamt D. _____ (nachfolgend: Betreibungsamt) den Zahlungsbefehl in der Betreibung Nr. aus (act. 3/7/1-2).
2. Nach ersten gescheiterten Zustellversuchen des Zahlungsbefehls (act. 3/2/8) gewährte das Betreibungsamt dem Beschwerdegegner mit Verfügung vom 19. November 2010 gestützt auf ein von ihm eingereichtes Arztzeugnis bzw. infolge angeblich schwerer Krankheit in Anwendung von Art. 61 SchKG Rechtsstillstand bis 15. Dezember 2010 (act. 3/3/7/3). Gegen diese Verfügung erhob die heutige Beschwerdeführerin Beschwerde bei der Vorinstanz und verlangte neben der Aufhebung des Rechtsstillstandes auch die öffentliche Publikation des Zahlungsbefehls (act. 3/3/1 S. 2). In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wurde die angefochtene Verfügung mit Zirkulationsbeschluss der Vorinstanz vom 10. Dezember 2010 aufgehoben. Im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde (act. 3/3/8, Geschäft Nr. CB100182).
3. Mit Eingabe vom 7. Februar 2011 erhob die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz Rechtsverzögerungsbeschwerde. Sie beantragte postalische Zustellung des Zahlungsbefehls an den Beschwerdegegner und im Falle der Unzustellbarkeit dessen Publikation. Überdies wurde gegen den zuständigen Betreibungsbeamten, C. _____ (nachfolgend: Abgelehnter), ein Ausstandsbegehren gestellt (act. 3/1 und 3/2/1-10).
4. Mit Verfügung der Vorinstanz vom 7. Februar 2011 wurden die Beschwerde und das Ausstandsbegehren dem Betreibungsamt und dem Abgelehnten zur Vernehmlassung und dem Beschwerdegegner zur Beantwortung zugestellt (act. 3/4). Das Betreibungsamt nahm mit Eingabe vom 17. Februar 2011 Stellung zur Beschwerde und beantragte deren Abweisung. Gleichzeitig beantrag-

te der Abgelehnte die Abweisung des Ausstandsbegehrens (act. 3/6). Der Beschwerdegegner liess sich nicht vernehmen. Mit Verfügung vom 18. Februar 2011 wurde den Parteien die Vernehmlassung des Betreibungsamtes bzw. des Abgelehnten zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zugestellt (act. 3/8). Hierauf reichte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 4. März 2011 eine Stellungnahme ein. Darin hielt sie an ihren Ausführungen in der Beschwerdeschrift fest (act. 3/10).

5. Die Vorinstanz wies sowohl die Beschwerde als auch das Ausstandsbegehren mit Beschluss vom 11. Mai 2011 ab (act. 7). Verfahren, die nach dem 1. Januar 2011 beim Gericht eingehen, folgen den Regeln der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung. Richtig hat sich der juristische Mitwirkende als "Gerichtsschreiber" (§ 133 GOG) bezeichnet. Entscheide in der Sache haben heute allerdings gemäss § 135 Abs. 1 GOG als Urteil und nicht als Beschluss zu ergehen (§ 135 Abs. 1 und 2 GOG). Die falsche Bezeichnung des vorinstanzlichen Entscheides hat jedoch keine Auswirkungen, weil das zulässige Rechtsmittel nicht mehr (wie noch nach § 259 ZPO/ZH) von der Bezeichnung des angefochtenen Entscheides abhängt.

6. Gegen vorerwähnten Entscheid erhob die Beschwerdeführerin hierorts mit Eingabe vom 25. Mai 2011 rechtzeitig Beschwerde (act. 1 und 3/14/1). Nach Anlegung eines Geschäftes durch die Verwaltungskommission unter der Proz.-Nr. ... wurde die Beschwerde mit Verfügung vom 15. Juni 2011 der zuständigen II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich als obere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen zur Behandlung überwiesen (act. 4 = act. 6). Von der Einholung einer Beschwerdeantwort und einer Vernehmlassung der Vorinstanz ist abzusehen (Art. 322 Abs. 1 und 324 ZPO).

B. Materielles

1. Zur Frage der Zustellung und Publikation des Zahlungsbefehles erwog die Vorinstanz, dass eine postalische Zustellung des Zahlungsbefehls an den Beschwerdegegner, wie sie die Beschwerdeführerin verlange, nicht erlaubt sei. Der Zahlungsbefehl als Betreibungsurkunde sei dem Schuldner grundsätzlich persönlich auszuhändigen. Möglich sei eine Ersatzzustellung im Sinne von Art. 64 Abs. 1 SchKG, wobei diesfalls die Zustellung bzw. persönliche Übergabe an eine zum

Haushalt des Schuldners gehörende Person zu erfolgen habe. Der Zahlungsbefehl habe dem Beschwerdegegner trotz mehrfacher Zustellversuche weder persönlich noch ersatzweise zugestellt werden können. Da davon auszugehen sei, dass der angebliche Mitbewohner des Beschwerdegegners, Herr E._____, lediglich eine Wohngemeinschaft mit diesem bilde, käme eine Ersatzzustellung nicht in Frage. Dies wäre nur möglich, sofern Herr E._____, eine entsprechende Vollmacht zur Entgegennahme von Zahlungsbefehlen hätte. Dies könne offen bleiben, da offensichtlich auch dieser Person der Zahlungsbefehl nicht zugestellt werden können (act. 7 S. 4-6). Hernach wurden die strengen Voraussetzungen einer Publikation des Zahlungsbefehls dargestellt und es wurde erwogen, dass solange die Abklärungen von Interpol in Bezug auf den (in Land F._____) Aufenthaltsort des Beschwerdegegners im Gange seien und eine Antwort noch ausstehend sei, eine Ediktalzustellung nicht zulässig sei. Würde der (in F._____) Aufenthaltsort bekannt gegeben, käme eine rechtshilfweise Zustellung des Zahlungsbefehls in Frage (act. 7 S. 6 f.).

2.1 In der Beschwerdeschrift vom 25. Mai 2011 stellt die Beschwerdeführerin folgende Anträge (act. 8 S. 2):

„1. Es sei unter Geschäftsnummer CB-110014-L/U des Bezirksgericht Zürich erfolge Zirkulationsbeschluss unter Geschäftsnummer CB-110014-L/U insgesamt aufzuheben, den Anträgen der Beschwerdeführerin ist rechtliches Gehör zu gewähren und die mit Eingabe v. 07. Feb. 2011 erfolgten Anträge

A. zur Veröffentlichung des Zahlungsbefehls

und

B. zum Ausstandsbegehren

- durch Gutheissung zu entsprechen
- und dabei den zuständigen Betreibungsamt richterliche Anweisungen mit zeitlich und förmlich zu erfüllenden Vorgaben aufzugeben.“

Zur Begründung wird zusammengefasst ausgeführt, dass die Erwägung, wonach Zustellungen von Zahlungsbefehlen nicht auf postalischem Wege erfolgen könnten, „nicht den Wahrheiten und Realitäten in der Schweiz“ entspreche und unklar sei, „ob diese Unwahrheit vorsätzlich oder nur aus Unwissenheit und unzureichender Befassung und fehlender Sorgfalt durch das Gericht und dem Be-

treibungsamt so behauptet“ worden sei. Das Recht auf Publikation werde im angefochtenen Beschluss zwar erwähnt, die Anwendung des Gesetzes hernach jedoch verweigert. Sämtliche rechtlichen Auslegungen seien einseitig zu Gunsten der Gegenpartei und willkürlich erfolgt (act. 8 S. 2-4, 6).

2.2 Mitteilungen der Betreibungsämter werden schriftlich erlassen und, sofern das Gesetz nicht etwas anderes vorschreibt – so in den Art. 64 - 66 SchKG –, durch eingeschriebenen Brief oder durch Übergabe gegen Empfangsschein zugestellt (Art. 34 SchKG). Für die Zustellung von Zahlungsbefehlen sieht das Gesetz in Art. 64 SchKG eine qualifizierte Zustellung an den Schuldner vor. Diese hat durch offene Übergabe der Betreibungsurkunde an den Schuldner und Zustellungsbescheinigung des zustellenden Beamten auf der Urkunde zu erfolgen. Die Zustellung erfolgt durch den Betreibungsbeamten persönlich oder durch einen Angestellten des Amtes. Es kann für die Zustellung des Zahlungsbefehls auch die Post in Anspruch genommen werden, jedoch gelten diesfalls dieselben qualifizierten Zustellungsvorschriften, d.h. der Zahlungsbefehl muss dem Schuldner durch den Postboten physisch übergeben werden. Eine Abholungseinladung für den Zahlungsbefehl, nicht jedoch der Zahlungsbefehl als solcher, kann in das Postfach des Schuldners gelegt werden; kommt der Schuldner der Einladung jedoch nicht nach, darf die Zustellung nicht fingiert werden. Wenn weder der Schuldner noch eine zu seiner Haushaltung gehörende Person noch ein Angestellter getroffen wird und auch niemand zur Abholung der Urkunde erscheint, kann das Betreibungsamt den Zahlungsbefehl (wie im vorliegenden Falle geschehen) einem Gemeinde- oder Polizeibeamten zur Zustellung an den Schuldner übergeben (BSK SchKG-Angst, 2. Auflage, Basel 2010, N 8 ff. zu Art. 64 SchKG). Das Vorgehen des Betreibungsamtes, Zustellversuche durch das Betreibungsamt (act. 3/2/8) mit anschliessender in Anspruchnahme der Polizei, ist somit nicht zu beanstanden. Es besteht keine Pflicht, die Zustellung durch die Post bzw. den Postboten vornehmen zu lassen. Überdies müsste diesfalls wie vorerwähnt ebenfalls die gleiche qualifizierte Zustellform beachtet werden bzw. hätten bei erfolgloser persönlicher Übergabe durch den Postboten und Nichtabholung der Gerichtsurkunde weitere Zustellungsversuche erfolgen müssen, so wie sie auch das Betreibungsamt vorgenommen hat. Die Rüge der falschen Rechtsanwendung geht somit fehl.

2.3 Ob eine Ersatzzustellung an Herr E. _____ zufolge mutmasslich fehlender Hausgemeinschaft zu Recht unterblieben ist, oder auch Zustellungsversuche an diesen scheiterten, kann vorliegend dahingestellt bleiben (act. 8 S. 7 f.). Mit Schreiben vom 21. Juni 2011 teilte die Beschwerdeführerin nämlich mit, dass die beantragte Publikation am tt mm 2011 im SHAB erfolgt sei, nachdem der vom Betriebsamt am 25. Mai 2011 verlangte Kostenvorschuss für die Publikation am 31. Mai 2011 bezahlt worden sei (act. 12 S. 3). Das eigentliche Beschwerdeobjekt, die unterlassene Publikation des Zahlungsbefehls, welche die Beschwerdeführerin rügte, ist damit weggefallen. Die Beschwerde erweist sich somit in diesem Punkt als gegenstandslos.

3.1 Zum Vorwurf des unqualifizierten, ehrenrührigen und den Anschein der Befangenheit erweckenden Verhaltens des Abgelehnten hielt die Vorinstanz fest, dass dieser bestrebt sei, den Aufenthaltsort des Beschwerdegegners zu ermitteln. Die Verzögerungen seien nicht auf Unzulänglichkeiten des Abgelehnten zurückzuführen, sondern hingen einzig damit zusammen, dass noch unklar sei, ob sich der Beschwerdegegner in F. _____ aufhalte oder nicht. Solange sich Interpol hiezu nicht geäussert habe, seien ihm die Hände gebunden. Der Abgelehnte stehe überdies in keiner Beziehung zu den Parteien und handle auch nicht in eigener Sache oder in Angelegenheiten nach Art. 10 Abs. 1 Ziff. 2-4 SchKG. Entsprechendes sei auch nicht behauptet worden (act. 7 S. 7 f.). Die Beschwerdeführerin setzt sich mit diesen Erwägungen nicht auseinander und macht geltend, aus den Vorakten und der Korrespondenz sei dokumentiert, dass der Abgelehnte dem Beschwerdegegner „hilfreich zur Seite gestanden“ und auch im weiteren Verfahren durch rechtsverzögernde Massnahmen aufgefallen sei (act. 8 S. 6). Worin Letztere abgesehen von der verweigerten Publikation liegen sollten, wird nicht dargetan und ist auch nicht ersichtlich. Auf die Ausführungen zum im Dezember 2010 gewährten Rechtsstillstand (act. 6) ist jedenfalls nicht näher einzugehen, da die diesbezügliche Verfügung bereits aufsichtsrechtlich beurteilt worden und unangefochten geblieben ist. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (act. 8 S. 7) hat sich die Vorinstanz daher zu Recht nicht dazu geäussert, da diese Verfügung, ergangen im Proz.-Nr. CB100182, nicht Beschwerdeobjekt des vorliegenden Verfahrens ist.

3.2 Die öffentliche Bekanntmachung hat als letztes Mittel nur dann zu erfolgen, wenn die Zustellung an den Schuldner, die Ersatzzustellung als auch die Zustellung an seinem ausländischen Wohn- oder Aufenthaltsort erfolglos war. Sie ist grundsätzlich nur zulässig, wenn in der Schweiz ein Betreuungsort besteht (Angst, a.a.O., N 19 f. zu Art. 66 SchKG). Der ordentliche Betreuungsort einer natürlichen Person befindet sich an ihrem Wohnsitz (Art. 46 Abs. 1 SchKG). Vorgängige Nachforschungen zur Ermittlung des Aufenthaltes des Schuldners (befindet er sich in F._____, und hat er ev. einen neuen Wohnsitz begründet ?) waren notwendig, und der Abgelehnte hat daher zu Recht einstweilen mit der Ediktalzustellung zugewartet. Darin ist kein Befangenheitsgrund nach Art. 10 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG ersichtlich, noch hat die Beschwerdeführerin andere Ausstandsgründe nach Art. 10 Abs. 1 Ziff. 1 bis 3 SchKG geltend gemacht. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet und ist abzuweisen.

4. Ob und welche kriminelle Handlungen der Beschwerdegegner begangen haben soll, ist Thema des pendenten Strafverfahrens. Auf die diesbezüglichen Ausführungen der Beschwerdeführerin ist daher nicht näher einzugehen (act. 8 S. 5). Welche Beweise die Vorinstanz nicht berücksichtigt haben soll und was diese hätten beweisen sollen, wird nicht dargetan (act. 8 S. 3), weshalb auf die diesbezügliche Rüge nicht weiter einzugehen ist. Dass die Akten im Prozess-Nr. CB100182 beigezogen wurden entspricht gängiger Praxis und wurde sodann von der Beschwerdeführerin selbst indiziert (act. 3/1 S. 4). Es kann vorausgesetzt werden, dass ihr die Akten dieses abgeschlossenen Verfahrens, in welchem sie Beschwerde geführt hat, bekannt sind. Diese dienen sodann ausschliesslich der Vervollständigung der Prozessgeschichte, waren jedoch für das Ergebnis in der Sache nicht entscheiderelevant. Sodann konnte sich die Beschwerdeführerin zu sämtlichen Eingaben im vorinstanzlichen Verfahren äussern (vgl. vorstehend A.4). Der Vorwurf einer Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz geht daher fehl.

5. Bei der Eingabe der Beschwerdeführerin vom 21. Juni 2011 mit dem Betreff „Erweiterung/Anpassung der Beschwerde aus neu sich ergebendem Anlass“ (act. 12) handelt es sich nicht um eine Ergänzung der Beschwerdeschrift vom 25.

Mai 2011 im eigentlichen Sinne, sondern vielmehr um eine neue Beschwerde der Beschwerdeführerin, mit welcher sie Mängel im Zusammenhang mit der nunmehr erfolgten Publikation des Zahlungsbefehls rügt (act. 12 S. 3 ff.). Es handelt sich somit um eine Beschwerde gegen eine weitere, im vorliegenden Rechtsmittelverfahren nicht streitgegenständliche Verfügung des Betreibungsamtes. Zur Behandlung dieser Beschwerde ist das Obergericht als obere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibungs- und Konkursachen nicht zuständig, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten ist. Überweisungen von Amtes wegen an die zuständige Instanz, wie sie nach der zürcherischen Zivilprozessordnung noch bestanden, kennt die schweizerische Zivilprozessordnung nicht. Die Beschwerde ist durch die Beschwerdeführerin bei der unteren kantonalen Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibungs- und Konkursachen zu erheben. In diesem Sinne ist die Beschwerdeführerin darauf aufmerksam zu machen, dass sie ihre Eingabe vom 21. Juni 2011 innert eines Monats seit dem vorliegenden Entscheid bei der vorerwähnten zuständigen Instanz einreichen kann; es muss sich dabei um die selbige, unveränderte Eingabe handeln. Diesfalls gilt als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit das Datum der ersten Einreichung (Art. 63 Abs. 1 ZPO).

C. Kosten- und Entschädigungsfolge

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 Entschädigungen zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Auf die Beschwerde vom 21. Juni 2011 wird nicht eingetreten.
3. Es werden keine Kosten erhoben und keine Entschädigungen zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner und den Abgelehnten unter Beilage eines Doppels von act. 8 und 12 und – unter Beilage der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung als Beschwerdeinstanz, sowie an das Betreibungsamt D._____, 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am: