

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS110115-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Findeisen.

Beschluss und Urteil vom 8. Juli 2011

in Sachen

A._____ AG,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch X._____,

betreffend **Pfändungsankündigung**

(Beschwerde über das Betreibungsamt Y._____)

Beschwerde gegen einen Beschluss der 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich
vom 27. Mai 2011 (CB100185)

Erwägungen:

I.

1. Am 27. April und 2. Juni 2010 ging beim Betreibungsamt Y. _____ je ein Betreibungsbegehren des Steueramts der Stadt sowie des Kantons Zürich betreffend offene Staats- und Gemeindesteuern bzw. direkte Bundessteuern der A. _____ AG aus dem Jahr 2007 ein. Am tt. August 2010 stellte das Betreibungsamt daraufhin dem Angestellten der Schuldnerin B. _____ in den Betreibungen Nr. ... und Nr. ... die Zahlungsbefehle zu. Nach Eingang der Fortsetzungsbegehren am 29. September bzw. 4. Oktober 2010 kündigte das Amt schliesslich mit jeweils gleichentags versandten Anzeigen auf den 11. bzw. 14. Oktober 2010 die Pfändung an. Bis heute wurde allerdings die Pfändung nicht vollzogen (act. 9/1+2 sowie act. 15 und act. 16).

Mit Eingabe vom 25. November 2010 führte die A. _____ AG Beschwerde gegen die gleichentags zugestellten Pfändungsankündigungen und beantragte deren Aufhebung, unter Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 1). Mit Verfügung vom 29. November 2010 wurde dem Betreibungsamt Frist zu Vernehmlassung und Einsendung der Akten gesetzt (act. 4). Dieser Aufforderung kam die Behörde am 16. Dezember 2010 nach (act. 7). Auf die mit Verfügung vom 17. Dezember 2010 angesetzte Frist zur Stellungnahme zur Vernehmlassung (act. 10) liess sich die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 31. Januar 2011 vernehmen (act. 14). Am 25. März reichten die Beschwerdegegner die Gläubigerdoppel der Zahlungsbefehle in den Betreibungen Nr. ... und Nr. ... zu den Akten (act. 15 und act. 16). Mit Verfügung vom 25. März 2011 wurde der Beschwerdeführerin daher das rechtliche Gehör gewährt (act. 17). Nach Abweisung eines Fristerstreckungsgesuchs vom 16. April 2011 (act. 19) am 20. April 2011 (act. 20) ging innert der gewährten Notfrist keine weitere Stellungnahme ein. Mit Zirkulationsbeschluss vom 27. Mai 2011 wies die 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Betreibungsämter die Beschwerde schliesslich ab (act. 22 = act. 25 = act. 28).

Gegen diesen Entscheid richtet sich die am 20. Juni 2011 fristgerecht erhobene Beschwerde der A. _____ AG, worin sie in der Sache die Aufhebung des Zirkulationsbeschlusses 27. Mai 2011, die Feststellung der Fehlerhaftigkeit der Zustellung der Zahlungsbefehle in den Betreibungen Nr. ... und Nr. ... durch das Betreibungsamt Y. _____ sowie die Rechtsverbindlicherklärung der am 18. April 2011 mit Rechtsvorschlag an die Vorinstanz zugestellten Zahlungsbefehle mit Überweisung ans Betreibungsamt beantragt. In prozessualer Hinsicht verlangt die Beschwerdeführerin die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 26). Mit Verfügung vom 23. Juni 2011 wurde dem Rechtsmittel diese insofern erteilt, als ein allfälliger Verwertungserlös einer Pfändung in den Betreibungen Nr. ... und Nr. ... des Betreibungsamts Y. _____ bis zum Endentscheid des vorliegenden Verfahrens nicht zu verteilen sei (act. 29). Auf die Einholung von Stellungnahmen wurde verzichtet.

II.

1. Das Verfahren der Aufsichtsbeschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a Abs. 2 SchKG. Diese sind mit dem Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011 nicht geändert worden (Anhang 17 der ZPO). Soweit Art. 20a SchKG keine Bestimmungen enthält, regeln die Kantone das Verfahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG). Abgesehen davon, dass am 1. Januar 2011 hängige Zivilverfahren von der bisher sachlich zuständigen Instanz fortgeführt werden (§ 206 GOG), enthält das kantonale Recht keine eigenen Übergangsbestimmungen. Die neuen Bestimmungen wurden jedoch im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung erlassen und verweisen für Details des Verfahrens ausdrücklich auf die ZPO. Praxisgemäss sind daher die Übergangsbestimmungen der ZPO auch auf das kantonale Verfahren der SchKG-Beschwerde anzuwenden (OGER ZH NR100060 vom 21. Januar 2011, publiziert unter www.gerichte-zh.ch/entscheide/entscheide-neue-zpo.html). Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für im Zeitpunkt des Inkrafttretens der ZPO rechtshängige Verfahren bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz das bisherige Verfahrensrecht.

Demnach gelten für das Verfahren der Vorinstanz neben den Art. 17 ff. SchKG auch die Bestimmungen der zürcherischen ZPO (ZPO/ZH; vgl. auch Art. 20a Abs. 3 SchKG). Für die gegen den vorinstanzlichen Entscheid vom 27. Mai 2011 zur Verfügung stehenden Rechtsmittel und das Rechtsmittelverfahren gilt dagegen (ergänzend) das seit dem 1. Januar 2011 in Kraft stehende Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

2. Die Beschwerdeführerin beantragt im Rechtsmittel ergänzend zu ihren Begehren vor Vorinstanz die Feststellung der fehlerhaften Zustellung der Zahlungsbefehle in den Betreibungen Nr. ... und Nr. ... sowie die Rechtsverbindlichkeitserklärung der am 18. April 2011 mit Rechtsvorschlag an die Vorinstanz zugestellten Zahlungsbefehle und Überweisung an das Betreibungsamt (act. 26 S. 2 Ziff. 2 und Ziff. 3). Im Beschwerdeverfahren sind jedoch gemäss Art. 326 ZPO neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen. Eine Klageänderung in zweiter Instanz ist in diesem Rechtsmittelverfahren damit unzulässig (ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 227 N 30). In diesem Umfang ist auf die Beschwerde daher nicht einzutreten.

III.

1. Die Beschwerdeführerin stellte vor Vorinstanz in Abrede, dass ihr das Betreibungsamt Y. _____ als Voraussetzung zur Ausstellung der Pfändungsankündigungen in den Betreibungen Nr. ... und Nr. ... Zahlungsbefehle zugestellt habe. Dadurch habe das Betreibungsamt wesentliche Grundsätze des SchKG, insbesondere die Verteidigungsrechte der Schuldnerin verletzt. Daher seien die ihr unter anderem am 25. November 2010 zugestellten Pfändungsankündigungen als nichtig aufzuheben (act. 1).

In ihrer Stellungnahme vom 31. Januar 2011 bestritt die Beschwerdeführerin, am 29. September und 4. Oktober 2010 eine Pfändungsankündigung erhalten oder einen Abholschein der Post im Briefkasten vorgefunden zu haben. Gemäss Betreibungsamt seien die Pfändungsankündigungen am 29. September und 4. Oktober 2010 mit eingeschriebener Post versandt und offensichtlich wieder zu-

rückgestellt worden. Damit sei aber nur ein Zustellungsversuch nachgewiesen. Gemäss Praxis des Kassationsgerichts des Kantons Zürich seien an den Nachweis der Zustellung allerdings hohe Anforderungen zu stellen. Insbesondere liege noch keine Zustellverhinderung vor, wenn der Adressat die Sendung auf eine Abholungseinladung der Post hin nicht abhole. Der Zustellungsnachweis sei vielmehr durch Empfangsschein oder eine amtliche Bescheinigung zu erbringen. Solche Belege lägen hier nicht vor, weshalb die Pfändungsankündigungen nicht als rechtsgenügend zugestellt gälten. Dies umso mehr, als der Beschwerdeführerin bis heute keine Zahlungsbefehle zugestellt worden seien und sie auch in keinem Prozessrechtsverhältnis gestanden habe. Die Behauptung des Betreibungsamts, wonach der vom einzigen Verwaltungsratsmitglied (mit Einzelunterschrift) bevollmächtigte C._____ am 25. November 2010 Kopien der Ankündigungen auf der Amtsstelle abgeholt habe, sei ehrenrührig und unbeachtlich. Es werde mit Nichtwissen bestritten, dass die Zahlungsbefehle am 27. April 2010 dem Angestellten B._____ zugestellt worden seien. B._____ habe weder etwas mit der Geschäftsleitung zu tun noch sei er im Büro tätig. Als Taxichauffeur sei er zur Entgegennahme von Zahlungsbefehlen nicht berechtigt. Das Bundesgericht fordere sogar, dass nur eine unterschriftsberechtigte Person einen Zahlungsbefehl entgegennehmen dürfe. Daher sei die angebliche Zustellung der Zahlungsbefehle fehlerhaft und führe zur Nichtigkeit der entsprechenden Verrichtung (act. 14).

In ihrem Rechtsmittel anerkennt die Beschwerdeführerin vorab die vorinstanzlichen Feststellungen zum Sachverhalt inklusive der Zustellung der Betreibungsakten an den Angestellten B._____ im August 2010. Ergänzend führt sie an, dass B._____ damals am Taxistandplatz in E._____ auf Fahrgäste gewartet habe. Anderntags habe der Angestellte die Unterlagen hinter die Fahrzeugscheibe eines der Aktiengesellschaft gehörenden, auf einem Platz in einer Einstellhalle des Geschäftssitzes parkierten Fahrzeugs geklemmt ohne die Geschäftsleitung zu informieren. Die Dokumente seien bis heute unauffindbar. Fest hält die Beschwerdeführerin allerdings weiterhin an ihrer Auffassung, dass diese Zustellung nicht rechtsgültig gewesen sei. Das Bundesgericht fordere, dass bei juristischen Gesellschaften nur eine unterschriftsberechtigte Person einen Zahlungsbefehl entgegennehmen dürfe. Auch wenn nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung

auch eine Sekretärin zur Entgegennahme von Betreibungsakten berechtigt sei, müsse die Zustellung an einen weder mit der Geschäftsführung betrauten noch unterschreibungsberechtigten, auf einem Taxistandplatz auf Fahrgäste wartenden Angestellten einer juristischen Person als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden. Dies umso mehr, als dem Taxichauffeur die rechtlichen Folgen seiner eigenartigen Abgabe der Zahlungsbefehle an die Geschäftsleitung nicht zugemutet werden könnten. Die zustellende Person wäre demnach verpflichtet gewesen, dem Angestellten eine Mitteilung zu hinterlassen, wonach die Geschäftsleitung die Betreibungsakten beim Betreibungsamt abholen müsse. Durch das gewählte Vorgehen sei die Möglichkeit zur Erhebung eines Rechtsvorschlages erheblich geschmälert worden, was zur Nichtigkeit der entsprechenden Zustellung führe. Daher seien auch die Pfändungsankündigungen aufzuheben (act. 26).

2. Wie die Vorinstanz korrekt erwog (act. 22 S. 5 = act. 25 S. 5 = act. 28 S. 5), beruft sich die Beschwerdeführerin auf einen Nichtigkeitsgrund (BGE 120 III 55 f.; SchKG-COMETTA, Art. 22 N 12). Nichtigkeit wirkt ex tunc und ein nichtiger Akt gilt selbst ohne amtliche Aufhebung als rechtlich unverbindlich. Die Behörden haben Nichtigkeit von Amtes wegen zu beachten (SchKG-COMETTA, Art. 22 N 19 f.). Die Vorinstanz ist damit zu Recht auf die Beschwerde eingetreten (act. 22 S. 5 = act. 25 S. 5 = act. 28 S. 5).

3. Im Anfechtungsfall trägt in erster Linie das Betreibungsamt die Beweislast für die ordnungsgemässe Zustellung (BGE 117 III 13). Aus den Betreibungsprotokollen des Betreibungsamts Y._____ betreffend die Betreibungen Nr. ... und Nr. ... gegen die Beschwerdeführerin (act. 9/1+2) sowie die Gläubigerdoppel der Zahlungsbefehle vom tt. April und tt. Juni 2010 (act. 15 und act. 16) ist ersichtlich, dass diese am 17. August 2010 an B._____ zugestellt wurden. Damit wurde die Zustellung ausreichend nachgewiesen und von der Beschwerdeführerin im Rechtsmittelverfahren zu Recht auch nicht mehr bestritten.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist diese Zustellung zudem auch nicht zu beanstanden. Gemäss Art. 65 Abs. 1 SchKG hat die Zustellung von Betreibungsurkunden – zu denen auch Zahlungsbefehle gehören – zwar grundsätzlich an einen Vertreter der betriebenen juristischen Person zu erfolgen. Der

Zweck dieser Zustellungsbestimmung besteht primär darin, dass die für eine betriebene juristische Person bestimmte Betreuungsurkunde in die Hände jener natürlichen Personen gelangen soll, die in Betreuungssachen auch für sie handeln können. Um die Aufgabe der zustellenden Behörde jedoch nicht übermässig zu erschweren, lässt Art. 65 Abs. 2 SchKG nach erfolgloser Zustellung an ein Organ (im Sinne von Art. 65 Abs. 1 SchKG) in den Räumlichkeiten der Gesellschaft diejenige an einen (andern) Angestellten jedoch ebenfalls zu. Art. 65 Abs. 2 SchKG sieht demnach ausdrücklich vor, dass auch an einen anderen Angestellten zugestellt werden kann, sofern die zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen im Geschäftslokal nicht angetroffen werden. Dieser Angestellte übt bei der Wahrung der Interessen der Betriebenen in diesem Sinne Hilfsfunktion aus, indem er die Urkunde an die zum Handeln berufene Person weiterzuleiten hat (BGE 118 III 10; BGE 117 III 10). Ob der Angestellte dies tatsächlich tut oder nicht ist für Zeitpunkt und Gültigkeit der Zustellung an die juristische Person unerheblich. Die Gesellschaft muss sich das Handeln ihres Angestellten anrechnen lassen.

Es ist unbestritten, dass B. _____ im Zeitpunkt der streitgegenständlichen Zustellung bei der Beschwerdeführerin angestellt war (act. 14 S. 3; act. 26 S. 3 ff.). Dafür reicht nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung übrigens bereits aus, wenn jemand als Hilfsperson bei der Ausübung des Berufs des Schuldners mitwirkt, auch wenn dies lediglich für eine beschränkte Zeitdauer und aus Gefälligkeit der Fall sein sollte (immer noch BGE 72 III 78). Nach Auffassung des Bundesgerichts bildet zudem selbst die Tatsache, dass der Angestellte nicht im Dienst der betriebenen, sondern einer anderen, im gleichen Lokal tätigen Gesellschaft steht, kein Hindernis für die Gültigkeit der Ersatzzustellung, sofern unter den gegebenen Umständen vermutet werden kann, dass er zur Weiterleitung der Urkunde an den Berechtigten in der Lage sein wird (BGE 96 III 4; BGE 88 III 18).

Ebenfalls nicht geltend gemacht wird von der Beschwerdeführerin, dass die Zustellung nicht zuerst an einen ihrer Vertreter versucht worden wäre. Mit der Vorinstanz ist demnach davon auszugehen, dass eine Ersatzzustellung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 SchKG an B. _____ zulässig war. Damit erfolgte die Zustellung

der Zahlungsbefehle in den Betreibungen Nr. ... und Nr. ... gegen die Beschwerdeführerin am 17. August 2010 ordnungsgemäss und ist damit gültig.

Auch die übrigen Vorbringen der Beschwerdeführerin in ihrem Rechtsmittel verfangen nicht. Die angeführten Bundesgerichtsentscheide führen entweder zu keinen anderen Erkenntnissen (vgl. BGE 110 III 9 zur Nichtigkeit von infolge fehlerhafter Zustellung nicht in die Hände des Betriebenen gelangten Zahlungsbefehlen und deren jederzeitige Feststellbarkeit) oder sind nicht einschlägig (vgl. BGE 111 III 8 zur Frage des Bauhandwerkerpfandrechts als Schuldanerkennung). Die Rüge fehlerhafter Zustellung der Pfändungsankündigungen stösst schliesslich ebenfalls ins Leere. Obwohl sich die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vor Vorinstanz gegen die ehrenrührige und unbeachtliche Behauptung des Betreibungsamts, wonach C._____ am 25. November 2010 Kopien der Ankündigungen auf der Amtsstelle abgeholt habe, wehrte (act. 14 S. 3), ging sie selber in ihrer Beschwerde noch von einer Zustellung an sie am 25. November 2010 aus (act. 1 S. 2). Da demnach mindestens eine effektive Zustellung per 25. November 2010 nicht (ernsthaft) bestritten ist und die Pfändung bisher noch nicht stattgefunden hat, muss die Frage der ordnungsgemässen Zustellung von Pfändungsankündigungen – inklusive Zulässigkeit der Zustellfiktion – hier nicht abschliessend geklärt werden. Der Vollständigkeit halber ist daher lediglich darauf hinzuweisen, dass Art. 34 SchKG eine Ordnungsvorschrift darstellt und die Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Form nicht zur Ungültigkeit der betroffenen Mitteilung, Verfügung oder Entscheidung führt. Das Vollstreckungsorgan kann seiner Beweislast betreffend Zugang beim Adressaten auch auf andere Weise als durch Empfangsbestätigung nachkommen (BSK SchKG I-NORDMANN, Art. 34 N 7).

4. Nach dem Gesagten erweist sich das Rechtsmittel im Restumfang aus den angeführten Gründen als unbegründet und ist daher abzuweisen.

IV.

Das Verfahren vor der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen ist kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG). Partei-

entschädigungen dürfen nicht zugesprochen werden (Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

Es wird beschlossen:

1. Auf Ziffer 2 und Ziffer 3 der Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.
3. 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).

und sodann erkannt:

1. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin und – unter Beilage der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zürich sowie an das Betreibungsamt Y._____, je gegen Empfangsschein.
4. 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. K. Findeisen

versandt am: