

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS120029-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin Dr.
L. Hunziker Schnider und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler.

Urteil vom 16. Juli 2012

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Z._____

gegen

B._____ AG,

Beschwerdegegnerin,

betreffend **Rechtsvorschlag**
(Beschwerde über das Betreibungsamt C._____)

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 1. Februar 2012
(CB110016)

Erwägungen:

I.

1.

Am 17. Mai 2011 ging beim Betreibungsamt C1._____ das Betreibungsbegehren der B._____ AG für eine Forderung gegen A._____ von Fr. 3'895.10 nebst Zins u.a.m. ein (act. 13/1–2). Der Zahlungsbefehl wurde gleichentags im Amtslokal zu Handen der Betreuungsschuldnerin an deren Sohn zugestellt (act. 2).

Mit vom 4. Juni 2011 datierter Eingabe (Postaufgabe: 11. Juni 2011) wandte sich die Betreuungsschuldnerin unter dem Betreff "Betreibungsrechtliche Beschwerde, Wiederherstellung der Frist" an das Bezirksgericht Meilen. Sie ersuchte, die Frist zur Einreichung des Rechtsvorschlages wiederherzustellen. Sie machte geltend, ihr Sohn habe den Zahlungsbefehl im Betreibungslokal entgegengenommen und dabei einen Rechtsvorschlag kundgetan; sie selber habe zu keinem Zeitpunkt Kenntnis vom Zahlungsbefehl gehabt, so dass sie auch keine Möglichkeit gehabt habe, Recht vorzuschlagen. Die Voraussetzungen für ein Fortsetzungsbegehren seien deshalb nicht gegeben. Sie schloss mit dem Antrag, ihr einen nachträglichen Rechtsvorschlag zu ermöglichen (act. 1). Den Zahlungsbefehl legte sie ihrer Eingabe bei (act. 2).

Mit Schreiben vom 15. Juni 2011 forderte das Bezirksgericht die Betreuungsschuldnerin auf, ihre Eingabe nachträglich zu unterzeichnen und angesichts des doppeldeutigen Titels ihrer Eingabe mitzuteilen, ob sie eine betreibungsrechtliche Beschwerde erheben oder ein Gesuch um Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist stellen wolle (act. 3).

Mit unterzeichneter Eingabe vom 24. Juni 2011 (Postaufgabe: 26. Juni 2011) erklärte die Betreuungsschuldnerin unter Bezugnahme auf das Schreiben des Bezirksgerichtes vom 15. Juni 2011, dass sie ein Gesuch um Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist stelle (act. 4).

2.

Der Vorsitzende des Bezirksgerichtes als Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter erwog, dass die beantragte Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist nicht im Vordergrund stehe. Wenn der Sohn tatsächlich Rechtsvorschlag erhoben habe, erübrige sich eine Wiederherstellung der Frist. Ob Rechtsvorschlag erklärt worden sei, sei im Rahmen der betreibungsrechtlichen Beschwerde zu prüfen. Die Eingabe der Betreuungsschuldnerin sei deshalb zunächst als Beschwerde zu behandeln. Sollte sich herausstellen, dass kein Rechtsvorschlag erklärt wurde, werde in einem nächsten Schritt in einem separaten (unter der Geschäfts-Nr. BV110008 eröffneten) Verfahren zu prüfen sein, ob eine Fristwiederherstellung in Frage komme (act. 5 Erw. 3; vgl. act. 9 Erw. 3.2).

Mit Verfügung vom 8. Juli 2011 gab der Vorsitzende des Bezirksgerichtes der Beschwerdeführerin Gelegenheit, die Beschwerde zu substantizieren. Er forderte sie auf, insbesondere näher darzulegen, mit welchen Worten ihr Sohn Rechtsvorschlag erhoben habe und gegenüber wem er diese mündliche Erklärung abgegeben habe, und allfällige Beweismittel zu bezeichnen. Gleichzeitig habe sie darzulegen, wann erstmals und auf welche Weise sie von der Existenz des Zahlungsbefehls vom 17. Mai 2011 Kenntnis erhalten habe und welche betreibungsrechtliche Massnahme Anlass für ihre Eingabe vom 4. Juni 2011 gewesen sei. Er hielt fest, dass bei Säumnis Abweisung der Beschwerde drohe (act. 5).

Mit am 24. Juli 2011 der Post übergebener Eingabe machte die Beschwerdeführerin geltend, ihr Sohn habe auf dem Betreibungsamt gegenüber Frau D. _____ erklärt, "dass gesamte Forderung seitens der ursprünglicher Gläubigerin an Ihn abgetreten wurde", was eine Rechtsvorschlagserklärung darstelle. Sie hielt erneut fest, dass sie zu keiner Zeit Kenntnis von einer Betreuung gehabt habe, so dass ihr das Recht genommen worden sei, Recht vorzuschlagen (act. 8).

Nach Eingang einer Vernehmlassung des Betreibungsamtes (act. 12 und 13/1–5) und nachdem die Betreuungsgläubigerin auf eine Beschwerdeantwort verzichtet hatte (vgl. act. 10 und 11/2), führte das Bezirksgericht ein Beweisverfahren durch zur Frage, ob der Sohn der Beschwerdeführerin anlässlich der Entgegennahme des Zahlungsbefehls im Amtslokal des Betreibungsamtes mündlich erklärt habe,

"dass die Beschwerdeführerin die gesamte Forderung an ihn abgetreten habe" (act. 14 und Prot. I S. 6 ff.).

3.

Mit Urteil vom 1. Februar 2012 wies das Bezirksgericht die Beschwerde ab (act. 21). Als Anfechtungsobjekt bezeichnete es (Erw. 2.4; vgl. auch S. 2 des Urteils ["Rechtsbegehren"]):

- a) den Zahlungsbefehl "*mit dem Vermerk 'kein Rechtsvorschlag erhoben'*", der es der Betreuungsgläubigerin ermöglicht habe, am 7. Juni 2011 das Fortsetzungsbegehren zu stellen,
- b) die (nach Einreichung der Beschwerde erfolgte) Pfändungsankündigung vom 14. Juni 2011.

Das Gericht erwog, dass es der Beschwerdeführerin nicht gelungen sei, den angeblich vom Sohn erklärten Rechtsvorschlag zu beweisen (Erw. 5.4).

4.

Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin beim Obergericht als oberer Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter mit am 16. Februar 2012 der Post übergebener Eingabe rechtzeitig Beschwerde ("Rekurs"; act. 22; vgl. act. 19/1). Sie macht geltend, dass die Zustellung des Zahlungsbefehls als nichtig zu betrachten sei, weil sie zu keinem Zeitpunkt davon Kenntnis erhalten habe; der Sohn besitze beim Betreibungsamt keine Vollmacht.

Da die Eingabe nicht von der Beschwerdeführerin, sondern von dem in der Eingabe als deren Vertreter bezeichneten Sohn unterzeichnet war, wurde der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 24. Februar 2012 Frist angesetzt, um den Mangel zu beheben (act. 24). Mit Eingabe vom 1. März 2012 erklärte sie, ihren Sohn zu bevollmächtigen (act. 26). Die Betreuungsgläubigerin und Beschwerdegegnerin beantwortete die Beschwerde mit Eingabe vom 4. April 2012 (act. 29). Die Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin am 16. April 2012 zugestellt (act. 30).

II.

1.

1.1. Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Eingabe an die Vorinstanz vom 4. Juni 2011, womit sie beantragte, es sei ihr ein nachträglicher Rechtsvorschlag zu ermöglichen, insbesondere Folgendes festgehalten:

- Ihr Sohn habe bei der Entgegennahme des Zahlungsbefehls im Betreibungsamt mündlich einen Rechtsvorschlag kundgetan;
- sie selber habe vom Zahlungsbefehl zu keinem Zeitpunkt Kenntnis gehabt, so dass sie keine Möglichkeit gehabt habe, Recht vorzuschlagen;
- die Voraussetzungen für ein Fortsetzungsbegehren seien nicht gegeben.

1.2. Die Vorinstanz hat zu Recht erwogen, dass die Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist nicht im Vordergrund steht. Sie hat deshalb geprüft, ob durch den Sohn der Beschwerdeführerin Rechtsvorschlag erhoben wurde, was sie verneinte. Im Weiteren ging sie – was sie nur ganz beiläufig festhielt – davon aus, dass der Zahlungsbefehl dem im selben Haushalt wie die Beschwerdeführerin lebenden Sohn habe ausgehändigt werden dürfen (act. 21 Erw. 5.2). Gestützt darauf kam sie – unausgesprochen – zum Schluss, dass der Zahlungsbefehl *"mit dem Vermerk 'kein Rechtsvorschlag erhoben'"* und die Pfändungsankündigung vom 14. Juni 2011 nicht zu beanstanden seien, weshalb sie die Beschwerde abwies (act. 21).

1.3. Mit ihrer Beschwerde an das Obergericht stellt die Beschwerdeführerin den Entscheid bezüglich des Rechtsvorschlages nicht in Frage. Sie macht hingegen geltend, dass die Zustellung des Zahlungsbefehls nichtig sei (act. 22). Sinngemäss hatte sie die Zustellung schon vor Vorinstanz beanstandet.

2.

Gelangt ein Zahlungsbefehl wegen eines Zustellungsmangels nicht in die Hände des Betriebenen, ist die Betreibung nichtig und die Nichtigkeit kann und muss jederzeit festgestellt werden (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs-

und Konkursrechts, 8. A., Bern 2008, § 12 N 28; BGE 110 III 9 Erw. 2). Gelangt der Zahlungsbefehl aber trotz des Zustellungsmangels in die Hände des Betriebenen, entfaltet er seine Wirkung, sobald der Betriebene davon Kenntnis erhält (BGE 120 III 114 Erw. 3b S. 116; 128 III 101 Erw. 2).

Die Beschwerdeführerin hat vor Vorinstanz zusammen mit der Beschwerdeschrift vom 4. Juni 2011 (Postaufgabe: 11. Juni 2011) das Schuldnerexemplar des Zahlungsbefehls eingereicht (act. 2). Sie ist somit in den Besitz des Zahlungsbefehls gelangt. Selbst wenn die Zustellung an ihren Sohn vom 17. Mai 2011 einen Mangel aufwies, hat der Zahlungsbefehl somit Wirkung erlangt. Im Falle eines Zustellungsmangels allerdings nicht am 17. Mai 2011, sondern erst im Zeitpunkt, als die Beschwerdeführerin vom Zahlungsbefehl Kenntnis erhielt.

3.

3.1. Die am 11. Juni 2011 der Post übergebene, an die Vorinstanz gerichtete Beschwerde vom 4. Juni 2011 beginnt mit der Bitte, die Frist zur Einreichung des Rechtsvorschlages wiederherzustellen, und endet mit dem Antrag, einen nachträglichen Rechtsvorschlag zu ermöglichen. Die Beschwerdeführerin hält im Übrigen fest, dass ihr Sohn bei der Entgegennahme des Zahlungsbefehls gesagt habe, "dass die gesamte Zahlungsschuld schon lange an ihn abgetreten wurde", womit er einen Rechtsvorschlag kundgetan habe (act. 1). Nach Treu und Glauben ist in den Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht nur ein Gesuch um Fristwiederherstellung, sondern gleichzeitig auch eine Rechtsvorschlagserklärung zu sehen. Dass sie den Rechtsvorschlag nicht beim Betreibungsamt erklärt hat (Art. 69 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG), schadet nichts. Nach Art. 32 Abs. 2 SchKG ist eine Frist auch dann gewahrt, wenn vor ihrem Ablauf ein unzuständiges "*Betreibungs- oder Konkursamt*" angerufen wird; dieses hat die Eingabe unverzüglich dem zuständigen Amt zu überweisen. Wie BSK SchKG I-Nordmann, 2. Auflage, Art. 32 N 6 unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der Bestimmung darlegt, ist diese ausdehnend in dem Sinne auszulegen, dass – entgegen dem Gesetzeswortlaut, der nur von einem unzuständigen "Betreibungs- oder Konkursamt" spricht – die Anrufung einer unzuständigen "*Behörde*" genügt und die Überweisungspflicht

auslöst, soweit nicht die Einhaltung einer Klagefrist in Frage steht (vgl. Nordmann, a.a.O., Art. 33 N 15).

3.2. War die Zustellung des Zahlungsbefehls an den Sohn der Beschwerdeführerin vom 17. Mai 2011 mangelhaft, so ist die Rechtsvorschlagserklärung vom 11. Juni 2011 wirksam, sofern sie innerhalb von zehn Tagen ab dem Zeitpunkt, als die Beschwerdeführerin vom Zahlungsbefehl Kenntnis erlangte, erfolgt ist.

Die Beschwerdeführerin hat stets nur erklärt, dass sie "zu keinem Zeitpunkt" Kenntnis von einem allfälligen Zahlungsbefehl gehabt habe (act. 1, 8 und 22). Das Betreibungsamt hat in seiner Vernehmlassung festgehalten, dass es sich seiner Kenntnis entziehe, ob und wann die Beschwerdeführerin von ihrem Sohn über das Betreibungsverfahren informiert worden sei (act. 12 S. 3). Da die Beweislast für die Zustellung bei den Behörden liegt, ist die 10-tägige Rechtsvorschlagsfrist als gewahrt zu betrachten (vgl. BGE 120 III 117 und 117 III 10 Erw. 5c, wonach im Anfechtungsfall in erster Linie das Betreibungsamt die Beweislast für die ordnungsgemässe Zustellung von Betreibungsurkunden trägt; ferner BGer 2C_570/2011 vom 24. Januar 2012, Erw. 4.1; BGE 122 I 97 Erw. 3b).

4.

4.1. Der Zahlungsbefehl ist eine Betreibungsurkunde im Sinne von Art. 64 ff. SchKG. Ist der Schuldner eine natürliche Person, ist für die Zustellung Art. 64 SchKG massgeblich. Nach dieser Bestimmung ist der Zahlungsbefehl dem Schuldner in seiner Wohnung oder an dem Orte, wo er seinen Beruf auszuüben pflegt, zuzustellen. Wird er daselbst nicht angetroffen, so kann die Zustellung an eine zu seiner Haushaltung gehörende erwachsene Person oder an einen Angestellten geschehen. Wird keine der erwähnten Personen angetroffen, so ist die Betreibungsurkunde zuhanden des Schuldners einem Gemeinde- oder Polizeibeamten zu übergeben. Für Betreibungen gegen juristische Personen, Gesellschaften und unverteilte Erbschaften befindet sich die massgebliche Bestimmung in Art. 65 SchKG.

Angesichts der schwerwiegenden Folgen, welche sich an die Zustellung des Zahlungsbefehls knüpfen, bestimmt das Gesetz, dass die Zustellung des Zahlungsbe-

fehles in erster Linie immer an den Schuldner selbst und persönlich zu erfolgen hat. Eine Zustellung an andere Personen zu Händen des Schuldners ist nur in den in Art. 64 und 65 SchKG abschliessend aufgezählten Fällen zulässig. Eine vertragliche Vertretung des Schuldners bei der Entgegennahme von Betreibungs-urkunden kann nur zugelassen werden, wenn der Schuldner den Vertreter dem Betreibungsamt gegenüber ausdrücklich zu diesem Zwecke bezeichnet hat, eventuell wenn er einem Dritten eine Generalvollmacht ausgestellt hat (BGE 43 III 18 Erw. 3; vgl. Jaques, De la notification des actes de poursuite, in BISchK 2011 S. 177 ff.; insbes. S. 179 f.).

4.2. Eine Vollmacht des Sohnes der Beschwerdeführerin zur Entgegennahme des Zahlungsbefehls oder gar eine Generalvollmacht ist nicht aktenkundig. Das Betreibungsamt rechtfertigt in seiner Vernehmlassung die Zustellung an den Sohn der Beschwerdeführerin mit dem Hinweis auf Art. 64 Abs. 1 SchKG, wonach der Zahlungsbefehl an eine zum Haushalt des Schuldners gehörende erwachsene Person zugestellt werden könne (act. 12 S. 2). Dass der Sohn der Beschwerdeführerin – so der Betreibungsbeamte im vorinstanzlichen Beweisverfahren – für seine Mutter schon einmal einen Zahlungsbefehl abgeholt hat, ist kein Beweis für eine Vollmacht (Prot. I S. 20). Ebenso wenig die Aussage der Vollzugsbeamtin des Betreibungsamtes, welche auf die Frage, weshalb der Sohn der Beschwerdeführerin das Betreibungsamt aufgesucht habe, antwortete, er habe "im Auftrag" seiner Mutter den Zahlungsbefehl entgegengenommen, und ergänzte, dass er solche Schreiben in Empfang nehmen könne, weil die beiden im gleichen Haushalt leben würden (Prot. I S. 13).

Die Ersatzzustellung an eine zur Haushaltung des Schuldners gehörende erwachsene Person oder an einen Angestellten setzt voraus, dass der Schuldner in der Wohnung oder am Arbeitsort nicht angetroffen wird (Art. 64 SchKG). Eine Ersatzzustellung ohne vorgängige Prüfung der Anwesenheit des Schuldners verträgt sich nicht mit dem subsidiären Charakter der Ersatzzustellung (vgl. dazu Jaques, a.a.O., S. 184 FN 38). Da ein Versuch des Betreibungsamtes, der Beschwerdeführerin den Zahlungsbefehl in ihrer Wohnung persönlich zuzustellen, nicht aktenkundig ist, erscheint die Zustellung an den Sohn der Beschwerdeführe-

rin als unzulässig. Ob ausser Haus eine Ersatzzustellung zulässig gewesen wäre, wenn zuvor ein Versuch, der Beschwerdeführerin persönlich zuzustellen, tatsächlich gescheitert wäre, kann dahingestellt bleiben.

4.3. Zusammenfassend ergibt sich, dass die am 17. Mai 2011 erfolgte Zustellung des Zahlungsbefehls an den Sohn der Beschwerdeführerin mangelhaft war. Der Zahlungsbefehl hat seine Wirkung erst in dem Zeitpunkt entfaltet, als die Beschwerdeführerin von ihm effektiv Kenntnis erlangte. Die Beschwerdeführerin hat rechtzeitig Rechtsvorschlag erklärt.

Die Vorinstanz hat somit die Beschwerde, aufgrund welcher sie den Zahlungsbefehl *"mit dem Vermerk 'kein Rechtsvorschlag erhoben'"* und die Pfändungsankündigung vom 14. Juni 2011 prüfte, zu Unrecht abgewiesen. Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Urteils ist aufzuheben, und es ist festzustellen, dass

a) die am 17. Mai 2011 erfolgte Zustellung des Zahlungsbefehls an den Sohn der Beschwerdeführerin mangelhaft war;

b) der Zahlungsbefehl mit der effektiven Kenntnisnahme durch die Beschwerdeführerin seine Wirkung entfaltet hat und die Beschwerdeführerin dagegen rechtzeitig Rechtsvorschlag erhoben hat;

c) die erfolgte Fortsetzung der Betreuung nichtig ist.

Das Recht, ein Fortsetzungsbegehren zu stellen, erlischt ein Jahr nach der Zustellung des Zahlungsbefehls (zwischen der Einleitung und der Erledigung des durch einen allfälligen Rechtsvorschlag veranlassten Gerichtsverfahrens steht die Frist still) (Art. 88 Abs. 2 SchKG). Das Fortsetzungsbegehren der Beschwerdegegnerin vom 7. Juni 2011 erweist sich als verfrüht (act. 13/3). Ob der Zahlungsbefehl heute noch gültig ist, ist hier nicht zu erörtern.

5.

Das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen ist grundsätzlich kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG).

Das Betreibungsamt wird die unnötigen betreibungsamtlichen Kosten auf die Amtskasse zu nehmen haben.

Es wird erkannt:

1. Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichtes Meilen vom 1. Februar 2012 wird aufgehoben und es wird festgestellt, dass:
 - a) die am 17. Mai 2011 erfolgte Zustellung des Zahlungsbefehls des Betreibungsamtes C1. _____ in der Betreuung Nr. ... mangelhaft war;
 - b) der Zahlungsbefehl mit der effektiven Kenntnisnahme durch die Beschwerdeführerin seine Wirkung entfaltet hat und die Beschwerdeführerin dagegen rechtzeitig Rechtsvorschlag erhoben hat;
 - c) die erfolgte Fortsetzung der Betreuung nichtig ist.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz sowie an das Betreibungsamt C. _____, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am: