

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde in  
Schuldbetreibungs- und Konkursachen

---



Geschäfts-Nr.: PS120192-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur.  
P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler.

## Urteil vom 5. November 2012

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchs- und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Gesuch um  
Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist**  
(Beschwerde über das Betreibungsamt C. \_\_\_\_\_)

Beschwerde gegen einen Beschluss der 3. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich  
vom 28. September 2012 (CB120120)

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Am 3. September 2012 wurde dem Gesuchsteller und Beschwerdeführer (fortan Beschwerdeführer) der Zahlungsbefehl vom 28. August 2012 in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts C.\_\_\_\_\_ zugestellt. Die Zustellung geschah im Amt an den Beschwerdeführer persönlich (act. 2/1). Der Beschwerdeführer erhob am 14. September 2012 und damit einen Tag nach Fristablauf Rechtsvorschlag, was das Betreibungsamt mit Verfügung vom 14. September 2012 festhielt (act. 2/2).

2. Mit Eingabe vom 18. September 2012 ersuchte der Beschwerdeführer beim Bezirksgericht Zürich als untere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen (Vorinstanz) um Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist (act. 1).

3. Mit Beschluss vom 28. September 2012 wies die Vorinstanz das Gesuch um Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist ab, soweit sie darauf eintrat (act. 3 = act. 6). Der Beschluss wurde dem Beschwerdeführer am 8. Oktober 2012 zugestellt (act. 4/2).

4. Mit Eingabe vom 18. Oktober 2012 erhob der Beschwerdeführer rechtzeitig Beschwerde gegen den Beschluss vom 8. Oktober 2012, unter Stellung der folgenden Anträge (act. 7 S. 2):

- "1. Der Zirkulationsbeschluss vom 28. September 2012 sei aufzuheben;
2. Die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts C.\_\_\_\_\_ sei aufzuheben;
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegnerin."

5. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-4). Von der Einholung einer Beschwerdeantwort wurde abgesehen (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

## II.

### 1. Vorbemerkungen:

1.1 Das Verfahren der Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkurs-sachen 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.

1.2 Ist eine Verfügung eines Betreibungs- oder Konkursorgans im Sinne von Art. 17 SchKG fehlerhaft, d.h. verletzen ihre Form oder ihr Inhalt Rechtsnormen, so führt dies in der Regel nur zur Anfechtbarkeit dieser Verfügung. Eine solche Verfügung ist an sich grundsätzlich gültig und rechtswirksam, doch sie kann vom Verfahrensbeteiligten während einer bestimmten Frist in einem förmlichen Verfahren angefochten werden. Geschieht dies nicht, so hat es mit der fehlerhaften Verfügung sein Bewenden.

Verletzt eine Verfügung dagegen Vorschriften, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind, so ist sie nichtig. Dies kann jederzeit von Amtes wegen festgestellt werden, unabhängig davon, ob (rechtzeitig) Beschwerde geführt worden ist oder nicht (Art. 22 Abs. 1 SchKG; vgl. BSK SchKG I-Cometta/Möckli, 2. Auflage 2010, Art. 22 N 3 ff., N 16).

### 2. Zur Sache:

2.1 Der Beschwerdeführer hält vor dieser Instanz nicht mehr an seinem Gesuch um Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist fest. Dagegen lässt er geltend machen, er habe Wohnsitz in D.\_\_\_\_\_ [Staat in Europa] und halte sich

nur jeweils kurzfristig in der Schweiz auf, um seine Tochter E. \_\_\_\_\_ zu besuchen, welche bei der Kindesmutter in F. \_\_\_\_\_ wohnhaft sei.

Die Zustellung eines Zahlungsbefehls durch ein unzuständiges Betreibungsamt sei zwar für sich alleine noch nicht nichtig. Falls jedoch kein Betreibungsort in der Schweiz bestehe, sei die Betreibung nichtig. So verhalte es sich vorliegend. Daher sei die Betreibung Nr. ... des Betreibungsamts C. \_\_\_\_\_ nichtig (act. 7 S. 2 f.).

2.2 Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, den Zahlungsbefehl vom 28. August 2012 rechtzeitig (innert 10 Tagen ab Kenntnis, Art. 17 Abs. 2 SchKG) mit Beschwerde angefochten zu haben, und solches ist auch nicht ersichtlich. Der Zahlungsbefehl wurde dem Beschwerdeführer wie geschildert am 3. September 2012 zugestellt (act. 2/1), und sein Fristwiederherstellungsgesuch an die Vorinstanz vom 18. September 2012 (in welchem Mängel des Zahlungsbefehls überdies noch gar nicht geltend gemacht wurden) wurde erst am 19. September 2012 der Vorinstanz überbracht (act. 1). Der Beschwerdeführer kann daher im jetzigen Zeitpunkt diesbezüglich nur noch Nichtigkeitsgründe geltend machen. Auf blosser Anfechtbarkeit des Zahlungsbefehls könnte er sich dagegen nicht mehr berufen.

In der Beschwerdeschrift vom 18. Oktober 2012 macht der Beschwerdeführer entsprechend lediglich Nichtigkeitsgründe geltend. Er gibt aber nicht an, worauf sich seine Ansicht stützt, eine Betreibung durch ein unzuständiges Betreibungsamt sei nichtig, wenn kein Betreibungsort in der Schweiz bestehe (vgl. act. 7 S. 3).

2.3 Richtig ist, dass der Erlass eines Zahlungsbefehls durch ein örtlich unzuständiges Betreibungsamt lediglich anfechtbar ist. Eine Ausnahme davon macht die Praxis für Betreibungen gegen einen im Ausland wohnenden Schuldner, *wenn auch der Gläubiger im Ausland wohnt*, da ein öffentliches Interesse daran bestehe, dass die Schweiz keine Vermögenswerte eines Ausländers gegen einen anderen Ausländer ohne Betreibungsort pfände (BSK SchKG I-Schmid, 2. Auflage 2010, Art. 46 N 33, 35). Das Bundesgericht hat dazu präzisiert, Nich-

tigkeit sei in solchen Fällen nur dann anzunehmen, wenn der Schuldner einen "einwandfreien Auslandswohnsitz" habe und sich die Fortsetzung der Betreuung in der Schweiz geradezu als missbräuchliche Inanspruchnahme der schweizerischen Vollstreckungsgewalt darstelle (BGer 7B.132/2002 vom 4. Oktober 2002, E. 2).

Hat dagegen lediglich der betriebene Schuldner Wohnsitz im Ausland, der Gläubiger dagegen in der Schweiz, so ist diese Praxis nicht massgeblich. Es ist zu bedenken, dass der erwähnte Fall von Nichtigkeit beim Wohnsitz auch des Gläubigers im Ausland die Ausnahme ist. Im Allgemeinen ist die ständige Praxis massgeblich, wonach ein Zahlungsbefehl, der durch ein örtlich unzuständiges Amt zugestellt wird, nicht nichtig ist und gültig bleibt, solange er nicht in Gutheissung einer rechtzeitig erhobenen Beschwerde aufgehoben wird (Schmid, a.a.O., Art. 46 N 35; vgl. BGer 7B.100/2003 vom 18. Juli 2003, E. 1.2 mit weiteren Nachweisen; vgl. auch BISchK 2010 S. 212).

In der vorliegenden Situation kann angesichts des Wohnsitzes der Beschwerdegegnerin in der Schweiz denn auch nicht von einer missbräuchlichen Inanspruchnahme der schweizerischen Vollstreckungsgewalt die Rede sein.

2.4 Gegen die Nichtigkeit der Betreuung spricht auch ein Vergleich des vorliegenden Falles zu jenem der Pfändung durch ein örtlich unzuständiges Betreibungsamt. In diesem späteren Stadium des Zwangsvollstreckungsverfahrens führt die örtliche Unzuständigkeit des Betreibungsamtes grundsätzlich zur Nichtigkeit der Pfändung, weil die Möglichkeit besteht, dass Drittinteressen – die Anschlussrechte allfälliger anderer Gläubiger an der Pfändung (vgl. Art. 110 und Art. 111 SchKG) – beeinträchtigt werden (BGer 7B.17/2007 E. 6.3; Schmid, a.a.O., Art. 46 N 33).

Die mit dem vorliegenden Fall parallele Konstellation, in welcher der Schuldner angibt, er wohne im Ausland und müsse daher dort betrieben werden, führt dagegen nach der Praxis im Sinne einer Ausnahme nicht zur Nichtigkeit der Pfändung. Grund dafür ist, dass in diesem Fall keine massgeblichen Drittinteressen beeinträchtigt werden. Allfällige Anschlussrechte von Gläubigern im Ausland

fallen ausser Betracht (Schmid, a.a.O., Art. 46 N 35; vgl. BGE 105 III 60; BGer 7B.64/ 2000 vom 24. März 2000, E. 1b; vgl. auch BISchK 2000 S. 177).

Übertragen auf den vorliegenden Fall könnte sich der Beschwerdeführer daher gegen eine Pfändung durch das angeblich örtlich unzuständige Betreibungsamt nicht mit dem Hinweis auf seinen Auslandswohnsitz auf Nichtigkeit berufen. Umso weniger kann er dies, wenn es (erst) um die Zustellung des Zahlungsbefehls geht.

2.4 Der Beschwerdeführer vermag mit seinen Angaben in der Beschwerde vom 18. Oktober 2012 einen angeblichen Wohnsitz im Ausland ohnehin nicht darzutun, geschweige denn einen "einwandfreien" Auslandswohnsitz (vgl. zur Umschreibung des einwandfreien Wohnsitzes den bereits zitierten BGer 7B.132/ 2002). Ein solcher geht aus dem ... Ausländerausweis [des Staates D.\_\_\_\_\_] des Beschwerdeführers, der vom 11. November 2011 datiert (act. 10/4), nicht hervor, zumal der Beschwerdeführer sich darüber ausschweigt, in welchem Umfang er sich seither tatsächlich in D.\_\_\_\_\_] aufhielt. Der Beschwerdeführer hat immerhin eine Adresse in ..., an der er offenkundig postalisch erreichbar ist (er nahm den angefochtenen Entscheid an dieser Adresse persönlich entgegen, vgl. act. 4/2; vgl. auch die eigene Angabe des Beschwerdeführers in act. 1). Ferner war der Beschwerdeführer auch für das Betreibungsamt C.\_\_\_\_\_] im Zusammenhang mit der Zustellung des Zahlungsbefehls ohne weiteres erreichbar (act. 2/1). Die in Aussicht gestellte, bis anhin aber nicht erfolgte Nachreichung einer Wohnsitzbestätigung von D.\_\_\_\_\_] (act. 7 S.3) würde vor diesem Hintergrund nicht genügen, um einen Auslandswohnsitz nachzuweisen (einwohnermeldeamtliche Anknüpfungspunkte sind höchstens Indizien für einen entsprechenden Wohnsitz, vgl. BGE 125 III 100 E. 3). Dem Hinweis des Beschwerdeführers auf das Haager Übereinkommen vom 15. November 1965 über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen (act. 3 S. 3) wird damit der Boden entzogen. Darauf ist daher nicht weiter einzugehen.

3. Zusammenfassend ist die Beschwerde daher abzuweisen.

### III.

Das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen ist grundsätzlich kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG) und es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. Ohnehin wäre der Beschwerdegegnerin mangels eines ihr entstandenen Aufwandes im Beschwerdeverfahren keine Entschädigung zuzusprechen.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde des Beschwerdeführers gegen den Beschluss der 3. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. September 2012 (CB120120) wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 7, sowie an das Betreibungsamt C. \_\_\_\_\_ und – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: