

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS140033-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter lic. iur. et phil.
D. Glur sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 10. Juni 2014

in Sachen

A._____ AG,

Beschwerdeführerin (vor Obergericht),

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____,

Beschwerdegegnerin (vor Obergericht),

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend **Pfändungsankündigung**
(Beschwerde über das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon)

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 21. Januar 2014
(CB130036)

Erwägungen:

1. Gestützt auf das von A._____ AG (nachfolgend Beschwerdeführerin) gegen B._____ (nachfolgend Beschwerdegegnerin) gestellte Betreibungsbegehren, stellte das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon am 3. Oktober 2010 einen Zahlungsbefehl aus (act. 3/1), welcher B._____ am 4. Oktober 2013 von einem Postboten in den Briefkasten gelegt wurde (act. 3/1, act. 6, act. 7/2). Die Pfändungsankündigung wurde am 30. Oktober 2013 per A-Post versandt (act. 14). Mit Eingabe vom 15. November 2013 (Poststempel) verlangte B._____ u.a. die Aufhebung des Zahlungsbefehls und der Pfändungsankündigung und eventualiter die Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlages. Ferner beantragte sie die Sistierung des Pfändungsverfahrens für die Dauer des Beschwerdeverfahrens und die Abnahme des Pfändungstermines vom 25. November 2013 bis auf weiteres (act. 1). In der Folge erteilte das Bezirksgericht Meilen der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung, holte eine Vernehmlassung des Betreibungsamtes ein und setzte A._____ AG Frist zur Einreichung der Beschwerdeantwort an (act. 4). Nach Eingang der Vernehmlassung des Betreibungsamtes forderte die Vorinstanz B._____ auf, innert Frist dem Gericht mitzuteilen, wann sie vom Zahlungsbefehl Kenntnis erhalten habe bzw. forderte das Betreibungsamt auf, innert Frist einen Zustellungsnachweis für die Pfändungsankündigung zu erbringen (act. 12). Mit Urteil vom 21. Januar 2014 hiess das Bezirksgericht Meilen, untere kantonale Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter, die Beschwerde teilweise gut, hob die Pfändungsankündigung vom 30. Oktober 2013 in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon auf und stellte fest, dass B._____ gegen den Zahlungsbefehl vom 3. Oktober 2013 in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon rechtzeitig Rechtsvorschlag erhoben habe. Im Übrigen Umfang wies es die Beschwerde ab (act. 21 S. 9-10).

A._____ AG erhob gegen diesen Entscheid Beschwerde beim Obergericht und beantragte (act. 22 S.2):

"1. Das Urteil des Bezirksgerichts Meilen als untere Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter vom 21. Januar 2014 (...) sei aufzuheben;

2. die Sache sei an die untere Aufsichtsbehörde zur weiteren Sachverhaltsabklärung und zum Neuentscheid zurückzuweisen."

Mit Verfügung vom 17. März 2014 wurde der Beschwerdegegnerin Frist zur Einreichung einer Beschwerdeantwort angesetzt (act. 28). Innert Frist kam sie dieser Aufforderung nach und beantragte Abweisung der Beschwerde (act. 30). In der Folge wurde die Beschwerdeantwort der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 31).

2. Die Vorinstanz prüfte vorgängig, ob der Pfändungsankündigung – wie dies von B._____ behauptet wurde – ein mangelhaft zugestellter und damit nichtigen Zahlungsbefehl zugrunde liege, was zwangsläufig zur Nichtigkeit der Pfändungsankündigung führen würde (act. 21 Erw. III.1 S. 5-7). Aufgrund der vorliegenden Akten – so die Vorinstanz – sei nicht rechtsgenügend nachvollziehbar, auf welche Weise ihr der Zahlungsbefehl zugestellt worden sein soll. Ob es sich um eine Annahmeverweigerung oder Zustellung in den Briefkasten gehandelt habe, bleibe unklar. Namentlich eine Annahmeverweigerung lasse sich nicht hinreichend belegen, weshalb von der Sachverhaltsdarstellung von B._____ auszugehen sei, wonach der Zahlungsbefehl lediglich in den Briefkasten gelegt worden sei (act. 21 Erw. III.1.3 S. 7). Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, dass die mangelhafte Zustellung des Zahlungsbefehls wegen der späteren Kenntnisnahme des Zahlungsbefehls durch die Betriebene bloss anfechtbar und nicht nichtig sei (act. 21 Erw. III.1.4 S. 7). B._____ – so das Bezirksgericht Meilen – habe angegeben, sie könne nicht mehr feststellen, wann sie den Zahlungsbefehl zur Kenntnis genommen habe. Folglich sei davon auszugehen, dass sie am 15. November 2013 (Datum der vorinstanzlichen Beschwerdeschrift) vom Zahlungsbefehl Kenntnis erhalten habe (act. 21 Erw. III.2.1 S. 7). Daraus schliesst die Vorinstanz, es mangle an der für die Fortsetzung der Betreibung erforderlichen Rechtskraft des Zahlungsbefehls, was die Aufhebung der Pfändungsankün-

digung zur Folge habe (act. 21 Erw. III.3.2 S. 8). Unter den gegebenen Umständen erachtet die Vorinstanz den mit der Beschwerdeschrift erhobenen Rechtsvorschlag als rechtzeitig erfolgt (act. 21 Erw. III.4 S. 8-9).

3. Das Verfahren der Aufsichtsbeschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a Abs. 2 SchKG. Soweit Art. 20a Abs. 2 SchKG keine Bestimmungen enthält, regeln die Kantone das Verfahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG; COMETTA/MÖCKLI, BSK SchKG-I, 2. Aufl. 2010, Art. 20a N 38). Im Kanton Zürich richtet sich das Beschwerdeverfahren gemäss §§ 17 und 18 EG SchKG nach §§ 80 ff. GOG. Dabei ist der Sachverhalt von Amtes wegen zu untersuchen und es sind die Bestimmungen der ZPO sinngemäss anwendbar (§ 83 Abs. 3 GOG). Für den Weiterzug an das Obergericht gelten insbesondere die Bestimmungen über die Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO (§ 84 GOG).
4. Ob die Pfändungsankündigung rechtzeitig mittels Beschwerde angefochten wurde, muss heute nicht mehr geprüft werden. Diesbezügliche Rügen fehlen in der Beschwerdeschrift vom 3. Februar 2014 (vgl. act. 22). Gerügt wurde hingegen, die Vorinstanz habe es unterlassen, den Sachverhalt bezüglich der Zustellung des Zahlungsbefehls von Amtes wegen – mittels Befragung des Postboten zur Annahmeverweigerung als Zeugen bzw. Einholung einer schriftlichen Auskunft darüber – abzuklären (act. 22 S. 4).

Nachfolgend ist abzuhandeln, ob die Sache im Zeitpunkt der vorinstanzlichen Urteilsfällung spruchreif war oder die Vorinstanz vor der Urteilsfällung weitere Abklärungen bezüglich der Zustellung des Zahlungsbefehls hätte tätigen müssen.

5. a) Gemäss Art. 72 SchKG geschieht die Zustellung des Zahlungsbefehls durch den Betreibungsbeamten, einen Angestellten des Amtes oder durch die Post (Abs. 1). Bei der Abgabe hat der Überbringer auf beiden Ausfertigungen zu bescheinigen, an welchem Tag und an wen die Zustellung erfolgt ist (Abs. 2). Wie das Bundesgericht bereits verschiedentlich festgehalten hat, hat weder die Betriebene noch die betreibende Gläubigerin – ungeach-

tet einer inzwischen verbreiteten Praxis – darauf Anspruch, dass der Betrieben vorgängig eine Abholungseinladung für einen Zahlungsbefehl zugestellt wird. Vielmehr liegt es allein im Ermessen des Betreibungsamtes, wie es im konkreten Fall bei der Zustellung des Zahlungsbefehls vorgehen will (vgl. BGer 5A_536/2012 vom 20. März 2013 Erw. 2.2.1 und 2.2.2). Erfolgt die Zustellung des Zahlungsbefehls durch die Post, so handelt der Postbote als Betreibungsgehilfe, und seine Handlungen werden dem Betreibungsamt zugerechnet (BGE 119 III 8 Erw. 2.b).

Grundsätzlich ist es dem Zusteller nicht erlaubt, den Zahlungsbefehl in den Briefkasten des Schuldners zu legen, auch nicht, wenn dieser zuvor telefonisch zu verstehen gegeben hat, dass er sich durch einen "solchen unangenehmen Besuch" nicht belästigen lassen wolle und seine Wohnungstüre nicht öffnen werde. Das Bundesgericht verlangt, dass in einem solchen Fall polizeiliche Hilfe in Anspruch zu nehmen ist (BGE 117 III 7 Erw. 3.). In jenem Entscheid führte es zur Frage der Annahmeverweigerung aus, es könne auch nicht gefolgert werden, dass die Zahlungsbefehle als zugestellt gälten, weil der Schuldner deren Annahme verweigert habe; denn nur die Bemerkung des Schuldners am Telefon, dass er sich nicht belästigen lassen wolle und seine Wohnungstüre nicht öffnen werde, sei noch keine eigentliche Annahmeverweigerung. Dafür, dass der Rekurrent im Augenblick, wo ein Angestellter des Betreibungsamtes oder ein Postbote ihm die Zahlungsbefehle aushändigen wollte, deren Annahme tatsächlich verweigert hätte, fänden sich im angefochtenen Entscheid keine Anhaltspunkte (BGE 117 III 7 Erw. 3.b). In einem späteren Entscheid hatte das Bundesgericht einen Fall zu beurteilen, in dem der mit der Zustellung Beauftragte den Zahlungsbefehl in einem Umschlag in den Briefkasten gelegt hatte, nachdem ihm der Beschwerdeführer zuvor beim Versuch der Übergabe der Betreibungsurkunde erklärt hatte, dass er keine Zahlungsbefehle entgegennehme. Es verwies auf BGE 117 III 7 und führte aus, im Unterschied zum beurteilenden Fall sei in jenem Verfahren dem Einwurf nicht ein persönlicher Kontakt zwischen dem Zustellbeamten und dem Schuldner unmittelbar vorangegangen. Es ergebe sich aber aus jenem Entscheid, dass das Bundesgericht anders entschieden

hätte, wenn sich Anhaltspunkte für eine tatsächliche Verweigerung der Annahme bei der Aushändigung des Zahlungsbefehls durch einen Angestellten des Betreibungsamtes oder eines Postboten ergeben hätten (BGer 7B:161/2002 Erw. 3.2). Es bejahte deshalb in dieser jüngeren Entscheidung eine effektive Annahmeverweigerung. Obwohl das Betreibungsamt davon abgesehen hatte, auf den von ihm zurückbehaltenen Zahlungsbefehls-exemplaren den Vermerk "Annahme verweigert" anzubringen, sah das Bundesgericht unter den gegebenen Umständen darin keine Verletzung von Art. 72 Abs. 2 SchKG, wonach der Zustellbeamte auf den Ausfertigungen des Zahlungsbefehls zu bescheinigen habe, an welchem Tag und an wen die Zustellung erfolgt sei (BGer 7B.161/2002 Erw. 3.2).

b) Vorliegend hat der Postbote auf dem Doppel des an die Beschwerdegegnerin gerichteten Zahlungsbefehls vermerkt "zugestellt in Briefkasten" und als Datum der Zustellung den 4. Oktober 2014 aufgeführt. Diese Zustellung bestätigte er mit seiner Unterschrift (act. 3/1 S. 2). In seiner Vernehmlassung vom 26. November 2013 führte das Betreibungsamt aus, gemäss einer Rückfrage beim zustellenden Postangestellten, habe dieser an besagtem 4. Oktober 2013 versucht den Zahlungsbefehl an den im gleichen Haushalt lebenden Ehegatten, C._____, zuzustellen. Eine solche sogenannte Ersatzzustellung lasse der Gesetzgeber in Art. 64 Abs. 1 SchKG ausdrücklich zu. Der Ehegatte der Schuldnerin habe jedoch anlässlich des Zustellversuchs die Entgegennahme des Zahlungsbefehls verweigert, diesen zu Boden geworfen und die Wohnungstüre geschlossen. Der Postmitarbeiter habe in der Folge den in diesem Zeitpunkt bereits als zugestellt geltenden Zahlungsbefehl in den Briefkasten der Schuldnerin gelegt und habe dies entsprechend vermerkt (act. 6). Das Betreibungsamt stützt sich bei diesen Ausführungen auf ein E-Mail von Stv. Leiter a.i., D._____, vom 25. November 2014, worin dieser die Stellungnahme des zuständigen Teamleiters nach Absprache mit dem Mitarbeiter wie folgt wiedergab (act. 7/2):

"Ja der Schuldner wurde angetroffen. Allerdings verweigerte der Schuldner die BU, warf diese zu Boden und sagte, dass sein Anwalt ihm gesagt hat,

keine solche Sendungen in Empfang zu nehmen. Daraufhin schliess (schloss) er die Türe und liess den Mitarbeiter vor verschlossener Türe stehen. Darum wurde die BU als zugestellt in Briefkasten gelegt."

Aus dem Zahlungsbefehl selbst ergibt sich nicht, dass eine Annahmeverweigerung durch den Ehegatten der Schuldnerin vorliegt. Eine Verletzung von Art. 72 Abs. 2 SchKG liegt aber darin – wie unter 5a ausgeführt wurde – nicht. Es trifft zu, dass der Absender des E-Mails lediglich wiedergibt, was ihm ein namentlich nicht genannter Teamleiter über die Angaben des namentlich nicht genannten Zustellboten mitgeteilt hat (vgl. act. 21 Erw. 1.3 S. 6). Die Vorinstanz durfte es dabei nicht bewenden lassen und schliessen, es sei nicht rechtsgenügend nachvollziehbar, auf welche Weise der Zahlungsbefehl B._____ zugestellt worden sei (act. 21 Erw. 1.3 S. 7). In erster Linie trifft zwar das Betreibungsamt die Beweislast für die ordnungsgemässe Zustellung von Betreibungsurkunden (vgl. act. 21 Erw. 1.3 S. 6), jedoch gelangt im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren die Untersuchungsmaxime zur Anwendung (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Nachdem seitens des Betreibungsamtes ausdrücklich behauptet wurde, der Ehemann der Beschwerdeführerin habe die Annahme des Zahlungsbefehls verweigert (act. 6), was die Beschwerdeführerin bestritten hat (act. 10), hätte die Vorinstanz die genauen Umstände auf geeignete Weise, z.B. mittels Einvernahme des Postboten als Zeugen, klären müssen. Das Betreibungsamt kann keine Zeugen im Sinne von Art. 171 ZPO (mit Ermahnung zur Wahrheit und Androhung strafrechtlicher Folgen bei Falschaussage) einvernehmen. Dies ist allein dem Gericht vorbehalten. Ob der Zahlungsbefehl ordnungsgemäss zugestellt wurde, d.h. ob eine Annahmeverweigerung vorliegt, hat die Vorinstanz von Amtes wegen abzuklären. Dies hat sie vorliegend unterlassen, weshalb die Beschwerde gutzuheissen ist. Das Verfahren ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese die notwendigen Abklärungen (Befragung des zuständigen Postboten zur Annahmeverweigerung als Zeuge bzw. Einholung einer schriftlichen Auskunft) bezüglich der Zustellung des Zahlungsbefehls tätigen kann.

6. In SchK-Beschwerdeverfahren erster und zweiter Instanz werden keine Kosten erhoben und es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG, Art. 61 Abs. 2 lit. a und Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Bezirksgerichtes Meilen, untere kantonale Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter, vom 21. Januar 2014 aufgehoben und das Verfahren im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Für das Rechtsmittelverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Für das Rechtsmittelverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und – unter Beilage der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Meilen sowie an das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon, 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: