

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS150039-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-
Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

Urteil vom 26. März 2015

in Sachen

A._____,
Beschwerdeführer,

gegen

B._____,
Beschwerdegegner,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend
Verteilungsliste vom 17. Oktober 2014 / Pfändung Nr. 1
(Beschwerde über das Betreibungsamt Zürich 2)

Beschwerde gegen einen Beschluss der 3. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich
vom 23. Februar 2015 (CB140187)

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Am 17. Oktober 2014 stellte das Betreibungsamt Zürich 2 dem Beschwerdeführer als Schuldner in der Betreibung Nr. 2 die Abrechnung der Pfändung Nr. 1 zu. Dabei wurde ein Verwertungserlös abzüglich Verfahrenskosten von Fr. 6'318.– errechnet, welcher dem Beschwerdegegner als Gläubiger in der betreffenden Betreibung auszuführen sei, wobei ein Verlust des Beschwerdegegners von Fr. 104'160.75 resultiere (act. 5/1). Mit Eingabe vom 27. Oktober 2014 erhob der Beschwerdeführer beim Bezirksgericht Zürich als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs (Vorinstanz) Beschwerde mit dem Antrag, die Abrechnung in der Pfändung Nr. 1 sei aufzuheben (act. 1). Mit Zirkulationsbeschluss vom 23. Februar 2015 wies die Vorinstanz die Beschwerde ab (act. 14 = act. 17 = act. 19).

1.2. Dagegen erhob der Beschwerdeführer am 12. März 2015 (Datum Poststempel) fristgerecht Beschwerde bei der Kammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs mit folgenden Anträgen (act. 18):

- "1. Der Zirkulationsbeschluss vom 23. Februar 2015 ist aufzuheben. Der Verteilungsplan vom 17.10.2014 des Betreibungsamtes Zürich 2, Pfändung Nr. 1, welcher keine Gläubigergleichstellung gewährleistet, ist aufzuheben;
2. Meine Beschwerde vom 27. Oktober 2014 ist gutzuheissen und die Abrechnung des Betreibungsamt Zürich 2 vom 17.10.2014, die nicht zwei gepfändete Forderungen meiner Kanzlei beim ehemaligen Klienten (C. _____ und D. _____) beinhaltet, ist als unwirksam zu erklären;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu lasten des Betreibungsamtes Zürich 2;
4. Auf die Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen."

Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-15). Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort wurde verzichtet (vgl. Art. 20a Abs. 3 SchKG i.V.m. § 18

Abs. 1 EG SchKG i.V.m. § 84 GOG i.V.m. Art. 322 Abs. 1 ZPO; zur Anwendbarkeit dieser Bestimmungen vgl. Ziff. 2.1.). Das Verfahren ist spruchreif. Da sogleich ein Endentscheid gefällt werden kann, ist der prozessuale Antrag des Beschwerdeführers auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos geworden.

2. Zur Beschwerde

2.1. 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; BSK SchKG I-Cometta/Möckli, 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). Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO; vgl. OGer ZH PS110019 vom 21. Februar 2011, E. 3.4). In den Rechtsmitteln der schweizerischen Zivilprozessordnung gilt zudem eine Begründungspflicht. Es wird nur geprüft, was eine Partei am Verfahren der Vorinstanz oder an ihrem Entscheid mindestens der Spur nach bemängelt. Dabei hat die Beschwerde führende Partei darzulegen, weshalb der angefochtene Entscheid unrichtig sein soll und sie hat sich mit der Argumentation im angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen (BGE 138 III 374, E. 4.3.1., am Beispiel der Berufung, und umso mehr in der Beschwerde). Was nicht gerügt wird, hat Bestand.

2.2. Der Beschwerdeführer rügt in verschiedener Hinsicht eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör. Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Dessen Verletzung führt grundsätzlich ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung

des angefochtenen Entscheides (BGE 137 I 195 E. 2.2. m.w.H.). Diese Rüge ist deshalb vorweg zu behandeln.

2.2.1. Der Beschwerdeführer beanstandet, die Vernehmlassung des Betreibungsamtes Zürich vom 24. November 2014 sowie die damit eingereichten Beilagen seien ihm nicht zugestellt worden (act. 18 S. 3 f.). Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können (sog. Replikrecht). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht den Verfahrensbeteiligten ein Anspruch auf Zustellung von Vernehmlassungen zu, unabhängig davon, ob diese Eingaben neue und erhebliche Gesichtspunkte enthalten (BGE 137 I 195 E. 2.3.1. m.w.H.).

Die Vorinstanz stellte den Parteien – unter Hinweis auf diese Rechtsprechung – die Vernehmlassung des Betreibungsamtes Zürich 2 vom 24. November 2014 inklusive Beilagen mit Verfügung vom 1. Dezember 2014 zu und gab ihnen Gelegenheit, eine allfällige Stellungnahme dazu innert zehn Tagen ab Zustellung der Verfügung einzureichen (act. 10). Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, die Verfügung vom 1. Dezember 2014 erhalten zu haben. Er macht einzig geltend, die Vernehmlassung des Betreibungsamtes samt Beilagen seien ihm dabei nicht zugestellt worden (act. 18 S. 3 f.). Der Nachweis der Zustellung einer Sendung obliegt der zustellenden Behörde und ist mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu erbringen (OGer ZH PS140284 vom 2. März 2015 E. 4.2.). Ist die Zustellung eines eingeschriebenen Briefes nachgewiesen und liegen substantiierte Angaben des Absenders über dessen Inhalt vor, spricht eine natürliche Vermutung für deren Richtigkeit, wogegen dem Empfänger der Nachweis offensteht, dass der tatsächliche Inhalt der Sendung ein anderer war (BGer 2C_259/2011 vom 26. Juli 2011 E. 4; BGE 124 V 400 E. 2c). In Dispositivziffer 1 der Verfügung vom 1. Dezember 2014 wird ausdrücklich auf die Zustellung der Vernehmlassung des Betreibungsamtes sowie der Beilagen hingewiesen (act. 10). Der Beschwerdeführer hat den Erhalt der Verfügung sowie der genannten Beilagen auf der Empfangsbestätigung der Post sodann unterschriftlich bestätigt (act. 11/1). Damit ist der Nachweis der Zustellung dieser Dokumente erbracht.

Allein der Umstand, dass der Beschwerdeführer – wie er vorbringt – in seiner auf die Verfügung hin eingereichten Stellungnahme nie Bezug auf die Vernehmlassung des Betreibungsamt nahm, vermag keine begründeten Zweifel an der Zustellung zu erwecken (act. 18 S. 4).

Wären die fraglichen Dokumente dem Beschwerdeführer tatsächlich nicht mitgeschickt worden, hätte der Beschwerdeführer dies bei gebührender Aufmerksamkeit sodann ohne weiteres erkennen müssen, war die Zusendung dieser Eingaben und die Ansetzung einer Frist für die Einreichung einer allfälligen Stellungnahme dazu doch ausschliesslicher Inhalt der Verfügung vom 1. Dezember 2014. Es hätte unter diesen Umständen an ihm gelegen, die Vorinstanz auf das Fehlen der Unterlagen hinzuweisen und um deren Nachsendung zu ersuchen. Der Einwand des Beschwerdeführers, er habe sich nur oberflächlich auf den Inhalt der Verfügung konzentriert und den Hinweis auf die Zusendung der genannten Dokumente übersehen (act. 18 S. 3), erweist sich daher ebenfalls als unbehelflich. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist in diesem Zusammenhang nicht ersichtlich.

2.2.2. Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, die Vorinstanz habe sein rechtliches Gehör verletzt, indem sie die in seiner Stellungnahme vom 12. Dezember 2014 neu gestellten Beweisanträge nicht berücksichtigt habe. Die Aufsichtsbehörde habe den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, was namentlich zur Folge habe, dass Beweisanträge noch innert des laufenden Verfahrens korrigiert werden könnten (act. 18 S. 4 f.).

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich die Pflicht der Behörde, die Argumente und Verfahrensanträge der Partei entgegenzunehmen und zu prüfen sowie die ihr rechtzeitig und formrichtig angebotenen Beweismittel abzunehmen, es sei denn, diese beträfen eine nicht erhebliche Tatsache oder seien offensichtlich untauglich, über die streitige Tatsache Beweis zu erbringen (BGer 5A_305/2014 vom 13. Oktober 2014 E. 3.3. m.w.H.). Was die Rechtzeitigkeit der Vorbringen des Beschwerdeführers anbelangt, wies die Vorinstanz zutreffend darauf hin, dass die Beschwerde innert der Beschwerdefrist abschliessend begründet einzureichen sei. Eine nach Ablauf der Beschwerdefrist eingereichte

Ergänzungsschrift ist nicht mehr zu berücksichtigen (BGE 126 III 30 E. 1b). Der im betriebsrechtlichen Aufsichtsverfahren geltende Untersuchungsgrundsatz bedeutet lediglich, dass die Aufsichtsbehörde im Rahmen des von den Beschwerdeanträgen umschriebenen Beschwerdethemas den rechtsrelevanten Sachverhalt von sich aus, d.h. unabhängig von den konkreten Parteivorbringen, festzustellen hat. Dabei können zwar auch Beweismittel abgenommen werden, welche der Beschwerdeführer so nicht beantragt hat (KUKO SchKG-Dieth/Wohl, 2. Aufl. 2014, Art. 20a N 3). Die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes ändert jedoch nichts daran, dass das Beschwerdethema durch die Einreichung der Beschwerdeschrift fixiert wird. Die Vorinstanz hielt daher zu Recht fest, die Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 12. Dezember 2014 sei nur insoweit zu berücksichtigen, als die darin enthaltenen Anträge und Beschwerdegründe dem Inhalt nach bereits in der ursprünglichen Beschwerdeschrift vom 27. Oktober 2014 vorgebracht worden seien (act. 17 S. 5). Der Beschwerdeführer führt nicht näher aus, welche Beweisanträge zu Beschwerdegründen, die er bereits in seiner ursprünglichen Beschwerdeschrift vorbrachte und die rechtserhebliche Tatsachen betreffen, von der Vorinstanz zu Unrecht nicht berücksichtigt worden wären. Seine Rüge erweist sich bereits aus diesem Grund als unsubstantiiert.

Der Vollständigkeit halber sei dennoch folgendes bemerkt: Der Beschwerdeführer machte in seiner Stellungnahme vom 12. Dezember 2014 neu geltend, indem das Betreibungsamt seine Forderung gegenüber Herrn C._____ gepfändet, gleichzeitig aber auf Fr. 1.– entwertet habe, sei ihm ein Schaden verursacht worden, welcher schwer wiedergutzumachen sei (act. 13 Rz. 6). Der Vorgang der Pfändung bzw. ein dadurch verursachter Schaden war nicht Gegenstand der ursprünglichen Beschwerde des Beschwerdeführers. Die Vorinstanz hat dieses Vorbringen daher zutreffend als verspätet erachtet und den hierzu offerierten Zeugenbeweis zu Recht nicht berücksichtigt. Des weiteren beantragte der Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme vom 12. Dezember 2014 neu die Befragung der zuständigen Mitarbeiterin des Betreibungsamtes als Zeugin für seine Behauptung, ihm sei im August bzw. Anfang September ein Kollokationsplan bzw. eine Verteilungsliste gezeigt worden, in welcher neben dem Beschwerdegegner auch das kantonale Steueramt und das Steueramt der Stadt Zürich als Gläubiger

aufgelistet gewesen seien (act. 13 Rz. 3). Hierzu erwog die Vorinstanz, ob zwischenzeitlich ein Verteilungsplan bestanden habe oder nicht, sei ohnehin unbeachtlich. Die Behauptung des Beschwerdeführers, der ursprüngliche Verteilungsplan – von welchem er im Übrigen lediglich behauptete, er habe diesen zu Gesicht bekommen, nicht aber, dass dieser i.S.v. Art. 147 SchKG vom Betreibungsamt aufgelegt worden wäre – habe zu gelten, gehe daher fehl (act. 17 S. 6). Mit diesen Erwägungen setzt sich der Beschwerdeführer in seiner zweitinstanzlichen Beschwerdeschrift ebenfalls nicht auseinander. Insbesondere legt er nicht dar, inwieweit seine Behauptung, es habe zu einem früheren Zeitpunkt ein Verteilungsplan bestanden, entgegen den Ausführungen der Vorinstanz, rechtserheblich wäre. Der Vorwurf der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist demnach auch in dieser Hinsicht unbegründet.

2.3. In der Sache hält der Beschwerdeführer auch im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren an seinem Standpunkt fest, die Abrechnung der Pfändung vom 17. Oktober 2014 verletze den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung. Neben dem Beschwerdegegner hätten auch das kantonale Steueramt und das Steueramt der Stadt Zürich als Betreuungsgläubiger bei der Verteilung berücksichtigt werden müssen (act. 18 S. 5 f.). Die Vorinstanz hielt hierzu fest, unbestritten sei, dass die Frage, ob und inwieweit jemand an der Verteilung partizipiere, vom Betreibungsamt entschieden werde. Dabei sei alleine die betreibungsrechtliche Situation im Zeitpunkt der Verteilung massgebend. Mit Schreiben vom 1. bzw. vom 6. Oktober 2014 hätten die vom Beschwerdeführer genannten weiteren Gläubiger ihre Betreibungen zurück gezogen. Der Rückzug einer Betreibung sei jederzeit zulässig und müsse vom Betreibungsamt von Amtes wegen beachtet werden. Das Betreibungsamt habe daher richtig gehandelt, indem es den Verwertungserlös – wie aus der Abrechnung der Pfändung vom 17. Oktober 2014 ersichtlich – einzig dem Beschwerdegegner zugewiesen habe (act. 17 S. 5 f.).

2.3.1. Der Beschwerdeführer macht beschwerdeweise geltend, für die Frage, ob und wieweit jemand an der Verteilung teilnehme, sei die betreibungsrechtliche Situation im *Zeitpunkt der Verwertung* massgebend. Das Betreibungsamt Zürich 2 habe Anfang September 2014 einen Verteilungsplan erstellt, der Zahlungen an

drei Gläubiger vorgesehen habe. Er sei ersucht worden, eine Zahlung von Fr. 7'000.– zu leisten, die proportional unter den drei Gläubigern hätte verteilt werden sollen. Daraufhin habe das Betreibungsamt die Verteilung einseitig geändert. Der Zeitpunkt der Verwertung sei September 2014, nicht das Datum der Erstellung der Abrechnung gewesen (act. 18 S. 6).

2.3.2. Nach der einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung richtet sich die Beteiligung am Verwertungserlös – wie die Vorinstanz zutreffend erkannte – nach der betriebsrechtlichen Situation im Zeitpunkt der *Verteilung* (BGE 130 III 672 E. 3.1.). Dies hat denn auch der Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren anerkannt (act. 1 S. 3). Die vom Beschwerdeführer im Rechtsmittelverfahren zitierte Kommentarstelle nennt zwar den Zeitpunkt der Verwertung als massgeblich, verweist dabei aber ebenfalls auf den zitierten Bundesgerichtsentscheid, weshalb daraus nicht auf eine abweichende Lehrmeinung geschlossen werden kann (KUKO SchKG-Stöckli/Possa, 2. Aufl. 2014, Art. 144 N 20). Grundlage der Verteilung bilden der Kollokationsplan und die Verteilungsliste, welche zu erstellen sind, wenn von mehreren Gläubigern nicht sämtliche befriedigt werden können (Art. 146 Abs. 1 SchKG). Ist nur ein Gläubiger vorhanden, wird lediglich eine Abrechnung über das Ergebnis der Pfändung erstellt. Dass im Zeitpunkt der Erstellung der Abrechnung der Pfändung Nr. 1 weitere Gläubiger vorhanden gewesen wären, macht der Beschwerdeführer zu Recht nicht geltend. Im Einklang mit der Vorinstanz ist daher festzuhalten, dass das Betreibungsamt richtig vorgegangen ist, indem es den Erlös aus der Pfändung Nr. 1 vollumfänglich dem Beschwerdegegner zuwies. Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet.

2.4. Der Beschwerdeführer beanstandete vor Vorinstanz weiter, das Betreibungsamt habe bei der Verwertung zwei gepfändete Forderungen gegenüber Dritten zu Unrecht nicht berücksichtigt. Unter Einbezug dieser Forderungen hätte die Verwertung einen höheren Reinerlös als Fr. 6'318.– aufweisen müssen (act. 1 S. 3). Die Vorinstanz hielt hierzu fest, der Beschwerdegegner habe mit Schreiben vom 31. Juli 2013 sinngemäss auf die Verwertung verzichtet, nachdem er zuvor vom Betreibungsamt Zürich 2 mit Schreiben vom 30. Juli 2013 darauf hingewie-

sen worden sei, dass der Verwertungserlös der beiden gepfändeten Forderungen nicht einmal die Kosten der Verwertung decken würde. Der Beschwerdegegner habe damit von seinem Recht, einen Antrag um Verzicht auf Verwertung im Sinne von Art. 127 SchKG zu stellen, Gebrauch gemacht, weshalb nicht zu beanstanden sei, dass das Betreibungsamt in der Folge auf die Verwertung der Forderungen mit einem Schätzwert von jeweils Fr. 1.00 verzichtet habe (act. 17 S. 6 f.). Anzumerken ist, dass nach der Rechtsprechung ein Verwertungsverzicht sogar von Amtes wegen möglich ist (BSK SchKG I-Rutz/Roth, 2. Aufl. 2010, N 4 zu Art. 127).

Im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren bringt der Beschwerdeführer vor, dass die durch das Betreibungsamt veranlassten Drittschuldnerpfändungen de facto mit einem Schweizer Franken bewertet worden seien und die Pfändungen gegenüber der Drittschuldner aufrecht geblieben seien, habe ihm einen grossen Nachteil verursacht. Seine zwei ehemaligen Klienten würden die Bezahlung der Honorarsummen mit dem Hinweis verneinen, er besitze über die Forderungen keinerlei Legitimation mehr (act. 18 S. 6). Auch diese Rüge geht fehl. Nachdem die Behauptung eines Nachteils durch das Vorgehen des Betreibungsamts bei der Pfändung wie erwähnt bereits von der Vorinstanz zu Recht als verspätet erachtet wurde, stellt dieses Vorbringen auch im Beschwerdeverfahren ein unzulässiges Novum dar (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Im Übrigen wären Einwendungen gegen die betreibungsamtliche Schätzung mit Beschwerde gegen die Pfändungsurkunde geltend zu machen gewesen.

2.5. Die Beschwerde erweist sich demnach insgesamt als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden über die Betreibungsämter ist unentgeltlich (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG), und es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 18, und – unter Beilage der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zürich sowie an das Betreibungsamt Zürich 2, 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. S. Kröger

versandt am:
27. März 2015