

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS190111-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 15. Oktober 2019

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer,

gegen

1. **Kanton Zürich,**

2. **Stadt Zürich,**

Beschwerdegegner,

1 und 2 vertreten durch Steueramt der Stadt Zürich, Steuerabteilung ...,

betreffend **Betreibung Nr. ...**
(Beschwerde über das Betreibungsamt Zürich 11)

Beschwerde gegen einen Beschluss der 1. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich
vom 17. Juni 2019 (CB190038)

Erwägungen:

I.

1. Mit Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Zürich ... (fortan Betreibungsamt) vom 20. März 2018 wurde der Beschwerdeführer von den Beschwerdegegnern für Staats- und Gemeindesteuern 2015 in Höhe von Fr. 10'393.95 nebst 4,5% Zins seit 20. März 2018, Fr. 136.35 (Zins auf Steuernachforderung) und Fr. 133.85 (Verzugszins bis 19. März 2018) betrieben (Betreibung Nr. ..., act. 7a Blatt 1). Das Betreibungsamt liess den Zahlungsbefehl am 22. Juni 2018 im Schweizerischen Handelsamtsblatt und im Amtsblatt des Kantons Zürich publizieren (act. 7a Blatt 3 ff.). Anlass zur Beschwerde gibt diese Publikation des Zahlungsbefehls und die Rüge des Beschwerdeführers, die gesetzlichen Voraussetzungen der Publikation seien nicht vorhanden gewesen.

2. Mit an das Betreibungsamt adressiertem Schreiben vom 2. Juli 2018 (Poststempel) erhob der Beschwerdeführer in der vorerwähnten Betreibung Rechtsvorschlag (act. 7b).

3. Nachdem die Beschwerdegegner (und damaligen Gesuchsteller) am 10. August 2018 in der nämlichen Betreibung beim Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, um Erteilung der definitiven Rechtsöffnung ersucht hatten, nahm der Beschwerdeführer (und damalige Gesuchsgegner) hierzu mit Eingabe vom 1. September 2018 Stellung (act. 2). Mit Urteil vom 26. September 2018 erteilte das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, in der nämlichen Betreibung, abzüglich Fr. 1'000.- Teilzahlung vom 8. Juni 2018, definitive Rechtsöffnung (act. 7f = act. 9/3). Dagegen wehrte sich der Beschwerdeführer beim Obergericht. Mit Urteil vom 28. Februar 2019 ersetzte die I. Zivilkammer den bezirksgerichtlichen Rechtsöffnungsentscheid insofern, als sie von den Beträgen, für die Rechtsöffnung erteilt wurde, eine weitere Teilzahlung von Fr. 9'600.- vom 11. September 2018 abzog. Im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde (vgl. act. 9/4 S. 11). Auf die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht mit Urteil vom 21. Mai 2019 nicht ein (act. 17/1).

4.1 Mit einem an das "Bezirksgericht Zürich, Aufsichtsbehörde der Betreibungs- und Konkursämter", adressierten (Begleit-)Schreiben vom 21. März 2019 (Poststempel, act. 1 inkl. Beilagen act. 3/1-7) mit dem Betreff "Aufsichtsbeschwerde" reichte der Beschwerdeführer die vorerwähnte Stellungnahme vom 1. September 2018 (act. 2) ein. Er machte geltend, mit dieser Eingabe bereits im September 2018 Aufsichtsbeschwerde erhoben zu haben, weshalb er das Schreiben "wiederholt doppelt" zustelle. Darin rügt er Mängel des Rechtsöffnungsverfahrens und bestreitet das Vorliegen einer betreibungsrechtlichen Schuld. Auch habe er keine Kenntnis von innerhalb der Bestreitungsfrist dem Betreibungsamt zur Einsicht vorgelegten Beweisen der Beschwerdegegner. Ohnehin sei die Betreuung zufolge nicht rechtskonformer Zustellung des Zahlungsbefehls bzw. nicht rechtskonformer Ersatzvornahme nichtig (act. 2). Sowohl das Betreibungsamt (Vernehmlassung vom 2. April 2019, act. 6 inkl. Beilagen act. 7a-f) als auch die Beschwerdegegner (Beschwerdeantwort vom 5. April 2018, act. 8 inkl. Beilagen act. 9/1-4) beantragten die Abweisung der Beschwerde. Die jeweiligen Eingaben wurden den Verfahrensbeteiligten zugestellt (act. 10). Mit Schreiben vom 29. April 2019 nahm der Beschwerdeführer Stellung zur Beschwerdeantwort und zur Vernehmlassung (act. 14 inkl. Beilagen act. 15/1-2).

4.2 Mit Entscheid vom 17. Juni 2019 wies das Bezirksgericht Zürich als untere kantonale Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter (fortan Vorinstanz) die Beschwerde ab, soweit darauf eingetreten wurde (act. 18 = act. 21). Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 8. Juli 2019 (Poststempel) rechtzeitig (vgl. act. 19/3) Beschwerde bei der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich als obere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungssachen (act. 22 inkl. Beilagen act. 24/2-4).

5. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-19). Von der Einholung einer Beschwerdeantwort und einer Vernehmlassung der Vorinstanz wurde abgesehen (Art. 20a Abs. 3 SchKG i.V.m. § 84 GOG und Art. 322 Abs. 1 sowie 324 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1.1 Das Verfahren der Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkurs-sachen (Art. 17 f. SchKG) richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a Abs. 2 SchKG. Soweit das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs keine Bestimmungen enthält, regeln die Kantone das Verfahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG). Im Kanton Zürich richtet sich dieses gemäss Art. 18 EG SchKG i.V.m. § 83 ff. GOG nach den Bestimmungen der ZPO über das Beschwerdeverfahren (Art. 319 ff. ZPO).

1.2 Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde führende Partei hat sich mit der Begründung des angefochtenen Entscheides im Einzelnen auseinander zu setzen und wenigstens rudimentär darzulegen, an welchen Mängeln dieser ihrer Ansicht nach leidet und inwiefern er abgeändert werden sollte (Begründungslast). Blosser Verweisung auf die Ausführungen vor Vorinstanz oder deren blosser Wiederholung genügen nicht. Wenn auch bei Parteien ohne anwaltliche Vertretung an diese Erfordernisse kein strenger Massstab angelegt wird, ist bei fehlender Auseinandersetzung bzw. Begründung auf die Beschwerde ohne Weiteres nicht einzutreten (vgl. OGerZH PS110192 vom 21. Februar 2012, E. 5.1).

2. Auf die Einwendungen des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit dem Rechtsöffnungsgesuch der Beschwerdegegner ging die Vorinstanz mangels sachlicher Zuständigkeit nicht ein (act. 21 S. 4 und 7). Ohne sich mit diesen Erwägungen auseinanderzusetzen, wiederholt der Beschwerdeführer lediglich seine diesbezüglichen erstinstanzlichen Ausführungen, wonach ihm die Beschwerdegegner die Einsicht in die Steuerakten verweigert hätten (vgl. act. 2 S. 3 und act. 22 S. 1). Hierauf kann mangels genügender Begründung (vgl. vorstehend Ziff. II.1.2) nicht eingetreten werden.

3. Zur Behauptung des Beschwerdeführers, er habe keine Kenntnis von innerhalb der Rechtsvorschlagsfrist dem Betreibungsamt zur Einsicht vorgelegten

Beweismitteln der Beschwerdegegner, erwog die Vorinstanz, es gehe aus der Eingabe des Beschwerdeführers nicht hervor, ob er die Aufsichtsbehörde darum ersuche, das Betreibungsamt anzuweisen, die Beschwerdegegner zur Vorlage der Beweismittel im Sinne von Art. 21 i.V.m. Art. 73 Abs. 1 SchKG aufzufordern oder ob er lediglich feststellen lassen wolle, dass die Beschwerdegegner innerhalb der Bestreitungsfrist keine Beweismittel eingereicht hätten. Die Beschwerdeschrift genüge der Antrags- und Begründungspflicht nicht, weshalb nicht darauf einzutreten sei (act. 21 S. 4 f. und 7).

3.2 Der Beschwerdeführer hält dem entgegen, er habe seine Antrags- und Begründungspflicht hinreichend erfüllt (act. 22 S. 2), doch fehlt jegliche Auseinandersetzung mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids, womit er den Begründungs- bzw. Rügeanforderungen nicht genügt. Dasselbe gilt für die lediglich wiederholte Behauptung, er habe während der Rechtsvorschlagsfrist keine Beweismittel einsehen können (act. 22 S. 2). Auf die Beschwerde ist folglich auch in diesem Punkt nicht einzutreten.

3.3 Der Vollständigkeit halber sei angeführt, dass die Bestimmung von Art. 73 Abs. 1 SchKG es dem Schuldner ermöglichen soll, die Beweismittel des Gläubigers auf dem Betreibungsamt einzusehen, *bevor* er den Entscheid über die Erhebung des Rechtsvorschlags trifft. Dies war im vorliegenden Fall insofern hinfällig, als der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 2. Juli 2018 sowohl die Vorlage der Beweismittel im Sinne von Art. 73 SchKG verlangt als auch Rechtsvorschlag erhoben hatte (act. 7b). Aktenkundig ist, dass das Betreibungsamt seinem Gesuch nachkam und nach Eingang der Beweismittel der Beschwerdegegner am 11. Juli 2018 (act. 7c) den Beschwerdeführer gleichentags per Einschreiben sowie ein weiteres Mal am 16. August 2018 mit A-PostPlus-Sendung zur Einsichtnahme auf dem Amt aufforderte (act. 7d Blatt 1-3). Obwohl der Beschwerdeführer selbst um entsprechende Einsicht ersucht hatte und daher mit amtlichen Zustellungen rechnen musste, wurde das Einschreiben vom 11. Juli 2018 nach Ablauf der Abholfrist mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an das Betreibungsamt retourniert (act. 7d Blatt 4). Dass der Beschwerdeführer keine Kenntnis von der Auflage der Beweismittel beim Betreibungsamt hatte, ist daher, wie die Vorinstanz zu

Recht festhielt (act. 21 S. 5), ihm selbst und nicht dem Betreibungsamt anzulasten.

4.1 Zur geltend gemachten Nichtigkeit des Zahlungsbefehls in der Betreuung Nr. ... zufolge nicht rechtskonformer Zustellung bzw. unzulässiger Ersatzvornahme kam die Vorinstanz zum Schluss, die Voraussetzungen für die am 22. Juni 2018 erfolgte öffentliche Bekanntmachung des Zahlungsbefehls seien erfüllt gewesen. Das Betreibungsamt habe im Einklang mit Art. 64 SchKG nach fünf erfolglosen Zustellversuchen, welche handschriftlich auf dem Zahlungsbefehl dokumentiert seien, die Stadtpolizei Zürich mit der Zustellung des Zahlungsbefehls beauftragt, wobei auch die polizeiliche Zustellung gescheitert sei. Gemäss handschriftlicher Notiz auf dem Gesuch um Zustellung des Zahlungsbefehls an die Stadtpolizei habe der Beschwerdeführer niemandem die Türe geöffnet und sei auch telefonisch nicht erreichbar gewesen. Es sei anzunehmen gewesen, dass er sich der Zustellung im Sinne von Art. 66 Abs. 4 Ziff. 2 SchKG beharrlich entziehe, weshalb die Zustellung des Zahlungsbefehls zu Recht durch öffentliche Bekanntmachung erfolgt sei (act. 21 S. 6 f.).

4.2 Der Beschwerdeführer hält an der Nichtigkeit des publizierten Zahlungsbefehls fest. Er bestreitet, sich der Zustellung beharrlich entzogen zu haben und damit das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen für die Publikation des Zahlungsbefehls. Das Betreibungsamt habe keine Beweis für die ordnungsgemäss erfolgten Zustellversuche vorlegen können (act. 22 S. 1 f.).

4.3.1 Betreuungsurkunden, zu welchen der Zahlungsbefehl gehört, sind dem Schuldner aufgrund ihrer Bedeutung in qualifizierter Weise zuzustellen. Die Zustellung erfolgt entweder persönlich durch den Betreibungsbeamten bzw. einen Angestellten des Amtes oder durch die Post (Art. 72 Abs. 1 SchKG). Nur unter strengen Voraussetzungen kann die Zustellung durch eine öffentliche Bekanntmachung (sog. Ediktalzustellung) ersetzt werden (Art. 35 SchKG). Diese Möglichkeit besteht, wenn (als einer von drei Fällen) der Schuldner sich in beharrlicher Weise der Zustellung entzieht (Art. 66 Abs. 4 Ziff. 2 SchKG). Dazu ist erforderlich, dass der Schuldner zwar am Betreuungsort anwesend ist, sich aber absichtlich so verhält, dass die Zustellung des Betreibungsamtes trotz Einsetzung aller von

Art. 64 ff. SchKG vorgesehenen Mittel, insbesondere der Polizei, nicht erfolgen kann, weil er z.B. weder die eingeschriebene Postsendung abholt, noch zuhause persönlich angetroffen werden kann. Erst wenn alle Anstrengungen gemacht worden sind, den Schuldner persönlich zu erreichen, und diese zu keinem Erfolg geführt haben, ist die öffentliche Bekanntmachung – im Sinne einer Ausnahme – zulässig (Urteil BGer 5A_343/2016 vom 20. Oktober 2016, E. 2.1 und 4.2; Komm SchKG-Kostkiewicz, 19. Aufl. 2016, N 18 zu Art. 66 SchKG; KuKo SchKG-Gehri, 2. Aufl. 2014, N 14 zu Art. 66 SchKG).

4.3.2 Wird ein Zahlungsbefehl durch öffentliche Bekanntmachung zugestellt, ohne dass die Voraussetzungen von Art. 66 Abs. 4 SchKG dafür erfüllt waren, ist entgegen der Ansicht der Vorinstanz (act. 21 S. 6) grundsätzlich nicht von Nichtigkeit auszugehen. Die vorschriftswidrige Zustellung ist vielmehr innert zehn Tagen (Art. 17 Abs. 2 SchKG) seit Kenntnisnahme der Publikation des Zahlungsbefehls mit betreibungsrechtlicher Beschwerde zu rügen, nachher wird sie rechtmässig (BGer 5A_343/2016 vom 20. Oktober 2016, E. 2.2; BGer 5A_340/2015 Urteil vom 11. August 2015, E. 2.1; BGE 136 III 571 E. 6.1 = Pra 100 (2011) Nr. 53; BGE 75 III 81 E. 2). Ein Zustellungsfehler zieht nur ausnahmsweise Nichtigkeitsfolgen gemäss Art. 22 SchKG nach sich, wenn der Betriebene vom Zahlungsbefehl keine Kenntnis erlangt hat und somit seine Rechte im Verfahren nicht wahrnehmen können (vgl. BGE 136 III 571 E. 6.2-3; in diese Sinne auch die von der Vorinstanz [act. 21 S. 6] zitierte Rechtsprechung).

4.4.1 Der Beschwerdeführer hat am 2. Juli 2018 und damit innert 10 Tagen seit öffentlicher Bekanntmachung des Zahlungsbefehls Rechtsvorschlag erhoben (act. 7a und 7b). Es kann davon ausgegangen werden, dass er spätestens an diesem Tag von der Publikation des Zahlungsbefehls und dessen Inhalt Kenntnis erlangt hat. Mit der Anfechtung der Zustellung am 21. März 2019 war die zehntägige Beschwerdefrist nach Art. 17 Abs. 2 SchKG bereits verstrichen, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten gewesen wäre.

4.4.2 Selbst wenn davon ausgegangen würde, der Beschwerdeführer habe erst im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens zwischen den Parteien und damit im August / September 2018 (vgl. act. 2, act. 3/7 und act. 7f) von der Publikation

und dem Inhalt des Zahlungsbefehls erfahren (machte er doch im damaligen [wie im jetzigen] Verfahren nicht geltend, davon keine Kenntnis zu haben und beglich er am 11. September 2018 während des pendenten Rechtsöffnungsverfahrens den Grossteil der in Betreuung gesetzten Forderung, vgl. act. 9/4 S. 6 und 10), wäre die am 21. März 2019 erhobene Aufsichtsbeschwerde ebenfalls verspätet erfolgt.

Dass der Beschwerdeführer mit seiner vom 1. September 2018 datierten Stellungnahme zum Gesuch der Beschwerdegegner (bzw. damaligen Gesuchsteller) um Erteilung der definitiven Rechtsöffnung betriebsrechtliche Beschwerde erhoben habe (vgl. act. 1), macht er im Rechtsmittelverfahren zu Recht nicht mehr geltend (act. 22). So nimmt er einerseits im Betreff des erwähnten Schreibens nur Bezug auf die ihm von der Rechtsöffnungsrichterin angesetzte Frist zur Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch (vgl. act. 2 und act. 3/7). Andererseits hat sich das Bezirksgericht Zürich im (Rechtsöffnungs-)Entscheid vom 26. September 2018 zu dieser Frage bereits geäußert (act. 9/3 S. 5), wogegen sich der Beschwerdeführer bis vor Bundesgericht erfolglos gewehrt hat (act. 9/4 S. 6 f. und act. 17/1 S. 4).

4.5 Da im vorliegenden Fall (bloss) von der Anfechtbarkeit der Ediktalzustellung des Zahlungsbefehls in der Betreuung Nr. ... auszugehen ist und die dagegen erhobene betriebsrechtliche Beschwerde verspätet erhoben wurde, wäre auf diese durch die Vorinstanz nicht einzutreten gewesen. Im Ergebnis führt dies dazu, dass die nicht rechtzeitig angefochtene Ediktalzustellung, selbst wenn die Voraussetzungen dazu nicht erfüllt gewesen sein sollten, rechtsgültig wurde (vgl. vorstehend Ziff. II.4.3.2; BK SchKG I-Angst, 2. Aufl. 2010, N 20 zu Art. 66). Folglich ist dem Rechtsmittel des Beschwerdeführers kein Erfolg beschieden.

5. Der Vollständigkeit halber sei folgendes angemerkt: Wie aus früheren Verfahren bekannt, holt der Beschwerdeführer wiederholt eingeschriebene Postsendungen nicht ab und macht Nichtigkeit der ihn betreffenden Zahlungsbefehle und weiterer Betreuungshandlungen geltend (vgl. OGerZH PS170034 und OGerZH PS150112). Mit Blick auf künftige Fälle ist das Betreibungsamt wie schon im Urteil OGerZH PS170034 vom 3. April 2017 zwischen den selbigen Par-

teien erneut darauf hinzuweisen, dass es im Falle der (rechtzeitigen) Anfechtung die Beweislast für die Einhaltung der gesetzlichen Formvorschriften hinsichtlich der Zustellung von Betreibungsurkunden trägt. Aus den Akten muss ersichtlich sein, wann und in welcher Form – persönlich durch den Betreibungsbeamten oder einen Angestellten des Amtes, durch die Post oder durch die Polizei (Art. 64 und Art. 72 SchKG) – die Zustellung bzw. die Zustellversuche erfolgt sind. Bei Zustellungen mittels eingeschriebener Postsendung können die Zustellinformationen anhand des hierbei zwingend vorhandenen Barcodes der Sendungsverfolgung der Schweizerischen Post (Track & Trace) entnommen werden. Solche Dokumente gehören – insbesondere auch bei gescheiterten Zustellversuchen – in die Akten.

6. Aus den dargelegten Gründen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

III.

Für das Verfahren vor der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen sind in Anwendung von Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG keine Kosten zu erheben und sind gemäss Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG keine Entschädigungen zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 22, unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz sowie an das Betreibungsamt Zürich ..., 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. D. Tolic Hamming

versandt am: