

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS110196-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic.

Beschluss und Urteil vom 19. Dezember 2011

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

betreffend **Pfändung**

(Beschwerde über das Betreibungsamt B._____))

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 10. Oktober 2011
(CB110010)

Erwägungen:

1. Mit Verfügung des Betreibungsamtes B. _____ (nachfolgend: Betreibungsamt) vom 28. Februar 2011 wurde die Pfändung des Erwerbseinkommens des Beschwerdeführers dahingehend revidiert, als im Existenzminimum der Mietzins inkl. Nebenkosten nicht mehr berücksichtigt wurde mit der Begründung, dass gemäss Auskunft des Vermieters der aktuelle Mietzins nicht beglichen sei (act. 7/10).

2.1 Mit als anfechtbare Verfügung qualifiziertem Schreiben vom 11. März 2011 teilte das Betreibungsamt dem Beschwerdeführer mit, dass nach Mitteilung des Vermieters sein Vater (des Beschwerdeführers) sämtliche offenen Mietzinsen bezahlt habe. Damit der Mietzins im Existenzminimum wieder berücksichtigt werden könne, habe er sich darüber auszuweisen, dass er diesen wieder selber bezahle (act. 2/3). Mit Eingabe vom 19. März 2011 focht der Beschwerdeführer vorerwähntes Schreiben beim Bezirksgericht Hinwil als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs an (act. 1). Er beantragte einerseits die Revision einer Einkommenspfändung aus dem Jahre 2009, in welcher die Autokosten bei der Ermittlung des Existenzminimums nicht in vollem Umfang berücksichtigt wurden. Andererseits wurde die Berücksichtigung der Mietkosten in der Notbedarfsberechnung beantragt, u.a. mit der Begründung, dass ihm deren Streichung nie mitgeteilt worden sei, wodurch sich auch die Wiedereinrechnung gemäss Schreiben vom 11. März 2011 erübrige (act. 1 S. 2). Nach Vernehmlassung der Vorinstanz (act. 6) und der anschliessenden Stellungnahme des Vaters des Beschwerdeführers, C. _____, als Generalbevollmächtigter (act. 12) folgten weitere unaufgeforderte Schriftenwechsel. In diesen äusserten sich der Vater des Beschwerdeführers mit Eingabe vom 25. Juli 2011 (act. 21) und das Betreibungsamt mit Eingaben vom 12. und 14. Juli sowie 3. August 2011 (act. 14, 17 und 23) ausführlich zur Nichtberücksichtigung der Auto- und Mietkosten bei der Ermittlung des Existenzminimums wie auch zur Frage der Zustellung der Verfügung vom 28. Februar 2011.

2.2 Die Vorinstanz erachtete die Revisionsverfügung vom 28. Februar 2011 als mit Beschwerde gegen das Schreiben vom 11. März 2011 mit angefochten. Zur beanstandeten Nichtberücksichtigung des Mietzinses im Existenzminimum wurde erwogen, das Betreibungsamt habe mittels Revisionsverfügung vom 28. Februar 2011 die Wohnkosten zu Recht aus der Bedarfsrechnung des Beschwerdeführers gestrichen, denn er sei zu diesem Zeitpunkt eingeständenermassen mit der Mietzinszahlung in Verzug gewesen. Es erscheine recht unwahrscheinlich, dass ihm die Revisionsverfügung nicht zugegangen sein soll. Da die Mietkosten in der Bedarfsrechnung nicht mehr enthalten, die Mietausstände indes beglichen worden seien, erweise sich die Verfügung vom 11. März 2011 als folgerichtig. Im Umfang wie der Beschwerdeführer die Bezahlung des jeweils geschuldeten Mietzinses nachweise, habe das Betreibungsamt mittels einer neuerlichen Revision der Erwerbspfändung die Position wieder zu berücksichtigen und gegebenenfalls auch die einzelnen Beträge nachträglich auszuführen, so wie es das Amt bereits bei anderer Gelegenheit gehandhabt habe. Folglich wurde die Beschwerde mit Urteil vom 10. Oktober 2011 – soweit darauf eingetreten wurde – abgewiesen. Eben so der prozessuale Antrag des Beschwerdeführers auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters (act. 26 S. 5 f. = act. 29).

3. Gegen diesen Entscheid liess der Beschwerdeführer rechtzeitig (act. 27) Beschwerde erheben und folgende Anträge stellen (act. 30 S. 2):

„Anträge (sinngemäss)

1. Es sei die Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit der Verfügung vom 28. Februar 2011 festzustellen sowie die Verfügung vom 11. März 2011 aufzuheben;
2. Es seien in der Folge die Miete für Wohnung und Parkplatz ins Existenzminimum des Beschwerdeführers vorbehaltlos einzurechnen;
3. Eventualiter sei die Sache zur ergänzenden Abklärung und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück zu weisen;
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss dem Ausgang des Verfahrens.

Prozessualer Antrag

5. Es sei dem Beschwerdeführer ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person des Unterzeichneten beizugeben und - so weit das Verfahren nicht ohnehin kostenlos ist - die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen.“

Zur Begründung wird angeführt, die lapidare und willkürliche Annahme der Vorinstanz, die Revisionsverfügung sei wohl schon zugestellt worden, erweise sich klar als unzutreffend. Weder dem Beschwerdeführer noch seinem Vater, C._____, der ihn seit Jahren u.a. im Umgang mit dem Betreibungsamt unterstütze und als Generalbevollmächtigter vertrete, sei die Revisionsverfügung vom 28. Februar 2011 je zugestellt worden. Von dieser habe der Beschwerdeführer erst mit der angefochtenen Verfügung vom 11. März 2011 erfahren. Einen Beleg für die Zustellung habe das Betreibungsamt nicht eingereicht, wohl weil dieser gar nicht vorhanden sei. Zuzufolge Nichtzustellung der Revisionsverfügung vom 28. Februar 2011 sei diese nichtig bzw. unwirksam und habe es somit auch keine gültige Herabsetzung des Existenzminimums um den Betrag des Mietzinses gegeben. Als logische Folge davon habe die Verfügung vom 11. März 2011 keine Grundlage und sei daher aufzuheben (act. 30). In der Sache (Nichtberücksichtigung der Auto- und Mietkosten im Existenzminimum) wurde der vorinstanzliche Entscheid nicht beanstandet.

4.1 Zur Zustellungsfrage machten der Beschwerdeführer und sein Vater vor Vorinstanz zusammenfassend geltend, die Kürzung des Existenzminimums durch Nichtberücksichtigung der Mietkosten sei weder mündlich noch schriftlich mitgeteilt worden (act. 1 S. 2; act. 12 S. 4). Für die Verfügung vom 28. Februar 2011 könne das Betreibungsamt keine Empfangsbestätigung vorweisen (act. 21).

4.2 Das Betreibungsamt seinerseits hielt in der Vernehmlassung vom 8. April 2011 dafür, dass die Aussage des Beschwerdeführers bzw. seines Vaters nicht der Wahrheit entspreche (act. 6 S. 5). In der Eingabe vom 12. Juli und (nachdem die Vorinstanz dem Betreibungsamt die vollständige Fassung der Eingabe des Vaters des Beschwerdeführers vom 7. Juni 2011 [act. 12] zugestellt hat-

te, vgl. act. 18) 14. Juli 2011 äusserte sich das Betreibungsamt dahingehend, dass die Miete nicht wie behauptet in einer Nacht- und Nebelaktion aus dem Existenzminimum gestrichen worden sei. Das Schreiben habe Frau D. _____ unterschrieben und per Einschreiben versandt (act. 14 S. 2). Das Problem sei, dass der Beschwerdeführer seine eingeschriebene Post nicht abhole (act. 17 S. 1). Das Amt habe keine Empfangsbescheinigung vorzulegen. Wenn der Beschwerdeführer wegen seiner Unzuverlässigkeit nie seine Chargés abhole, sei dies nicht die Schuld des Betreibungsamtes. Gemäss BGE 123 II 492 gelte ein Chargé am siebten Tag der Abholfrist als zugestellt, sofern der Adressat mit der Zustellung habe rechnen müssen. Als Stammkunde des Betreibungsamtes müsse man mit eingeschriebener Post rechnen (act. 23).

5.1 Da das Gesetz bezüglich der verfügten Revision der Einkommenspfändung nicht etwas anderes vorschreibt, war diese Verfügung gemäss Art. 34 SchKG durch eingeschriebenen Brief oder durch Übergabe gegen Empfangsbescheinigung zuzustellen. Diese Vorschrift ist weniger streng als die Regelung der formellen Zustellung von Betreibungsurkunden nach Art. 64 ff. SchKG, worunter der Zahlungsbefehl und die Konkursandrohung zu zählen sind, will sie doch nur sicherstellen, dass u.a. dem Betreibungsamt jederzeit der Beweis für die Mitteilung zur Verfügung steht (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl., Bern 2008, § 12 N 3 f. und 10 f.). Das Formerfordernis stellt lediglich eine Ordnungsvorschrift dar. Nichteinhalten der vorgeschriebenen Form, wozu auch die Bestätigung des Empfanges der Verfügung durch den Empfänger gehört, hat deshalb keine Ungültigkeit der betroffenen Verfügung zur Folge (vgl. zur strengeren Rechtsfolge der Nichtigkeit bei fehlender Zustellungsbescheinigung von Betreibungsurkunden bzw. wenn diese zufolge gravierender Zustellungsfehler nicht in die Hände des Betriebenen gelangt sind, Amonn/Walther, a.a.O., § 12 N 27 f.; KUKO SchKG-Gehri, N 5 zu Art. 64 SchKG). Dem zuständigen Vollstreckungsorgan obliegt jedoch die Beweislast dafür, dass die Verfügung ihren Adressaten erreicht hat (BSK SchKG I-Nordmann, N 5 ff. zu Art. 34 SchKG; Hansjörg Peter, Edition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Bern 2010, S. 135 m.w.H.).

Der Adressat kann wegen Verletzung der gesetzlichen Zustellungsvorschrift Beschwerde führen, worauf bei begründeter Beschwerde die Mitteilung in der dafür vorgesehenen Form nachzuholen ist (Nordmann, a.a.O., N 7 zu Art. 34 SchKG; a.M. KUKO SchKG-Möckli, N 4 zu Art. 34 SchKG). Die Wiederholung der mangelhaften und daher anfechtbaren (aber nicht nichtigen) Zustellung kann jedoch bei fehlendem Rechtsschutzinteresse unterbleiben (analog BGE 128 III 465 E. 1 und 112 III 81 E. 2.b im Falle fehlerhafter Zustellung von Zahlungsbefehlen). Wann davon auszugehen ist, kann nicht nach starren Regeln entschieden, sondern nur unter Berücksichtigung der näheren Umstände des konkreten Einzelfalles beantwortet werden (vgl. BGE 5A.25/2011 E. 2 vom 18. April 2011 und 102 Ib 91 E. 3).

5.2 Der Beweis der Tatsache sowie des Zeitpunktes der Zustellung der Verfügung vom 28. Februar 2011 obliegt dem Betreibungsamt. Als Beweismittel für den behaupteten eingeschriebenen Versand der Verfügung vom 28. Februar 2011 wurde auf das Schreiben vom 11. März 2011 und dessen Versendungs-nachweis verwiesen (act. 14 S. 2, 15/3-4, 23 S. 1 und 24/1). Daraus lässt sich jedoch nichts zur Zustellung der Verfügung vom 28. Februar 2011 ableiten. Auch die weiteren Akten enthalten keine Hinweise, dass die Verfügung vom 28. Februar 2011 (in welcher Form auch immer) zugestellt wurde. Einen solchen stellt jedenfalls das nicht unterzeichnete Aktenexemplar der Verfügung (act. 7/10), welches keine Empfängerangaben enthält, sondern an entsprechender Stelle nur „LSI Aktenexemplar“ vermerkt ist, entgegen der Ansicht des Betreibungsamtes (act. 6 S. 5) nicht dar. Ob die Voraussetzungen für die behauptete Zustellfiktion am letzten Tag der Abholfrist gegeben sind, braucht vorliegend nicht beurteilt zu werden, zumal sich der Zeitpunkt der (fiktiven) Zustellung und damit der Beginn des Fristenlaufs auch nicht ermitteln lässt. So ist die Sendungsnummer, die jeder eingeschriebenen Postsendung zugeordnet wird (vgl. act. 15/4 und 24/1 für die Mitteilung vom 11. März 2011), nicht bekannt und folglich eine Sendungsverfolgung per Track & Trace nicht möglich. Sodann ist anzufügen, dass eine nicht abgeholte Sendung von der Post mit entsprechendem Vermerk an den Absender retourniert wird. In den vom Betreibungsamt eingereichten Akten befindet sich diese jedoch nicht. Der erforderliche Zustellnachweis der Verfügung vom 28. Februar

2011 konnte vom Betreibungsamt somit nicht erbracht werden. Ob die Zustellung zu wiederholen ist, ist nachfolgend unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zu prüfen.

5.3 Spätestens mit Mitteilung vom 11. März 2011, welche dem Beschwerdeführer unbestrittenermassen zugestellt wurde, hat er von der Revision der Einkommenspfändung bzw. der künftigen Nichtberücksichtigung des Mietzinses im Notbedarf und vom Grund hierfür Kenntnis erhalten (act. 30 S. 3) und seine Interessen durch Beschwerde vom 19. März 2011 gegen vorerwähnte Mitteilung fristgerecht wahr genommen (act. 1), im Rahmen welcher Anfechtung er sich in der Sache gegen die Verfügung vom 28. Februar 2011 wehrte (vgl. dazu BGE 128 III 465 E. 1 und 5A.25/2011 E. 2 vom 18. April 2011 E. 2.2). Die Vorinstanz erachtete denn auch die Revisionsverfügung als mit Beschwerde vom 19. März 2011 mit angefochten und behandelte diese in der Sache. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, durch die fehlende Eröffnung der Revisionsverfügung bzw. durch Kenntnisnahme von deren Inhalt erst mit Mitteilung vom 11. März 2011 sei ihm ein Rechtsnachteil erwachsen, noch ist ein solcher ersichtlich (vgl. BGE 112 III 81 E. 2 und 107 Ia 72 E. 4.a). So hat er sich vor Vorinstanz mehrfach in der Sache zur beanstandeten Revision geäussert, wozu er bzw. sein Vater offensichtlich trotz mangelnder Zustellung der Verfügung vom 28. Februar 2011 durchaus in der Lage waren, da ihnen deren Inhalt wie vorerwähnt mit Mitteilung vom 11. März 2011 bekannt gemacht wurde. In Würdigung dieser Umstände ist das Betreibungsamt im vorliegenden Fall trotz der unbewiesenen Zustellung nicht zu deren Wiederholung einzuladen, da eine erneute Zustellung dem Beschwerdeführer keinerlei zusätzliche Erkenntnisse über die angefochtene Revision der Einkommenspfändung verschaffen würde. Ein schutzwürdiges Interesse an der erneuten Zustellung der Verfügung vom 28. Februar 2011 ist somit vorliegend zu verneinen.

Die Beschwerde ist nach dem Gesagten abzuweisen.

5.4 Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle noch auf folgenden Umstand hinzuweisen: Zwischen dem Betreibungsamt und dem Beschwerdeführer bzw. dessen Vater besteht Uneinigkeit darüber, ob der Vater beim Betreibungs-

amt je eine Generalbevollmächtigung eingereicht hat. Dies kann und braucht bei vorliegendem Ausgang rückwirkend nicht beurteilt zu werden. Der Beschwerdeführer hat seinem Vater am 15. Januar 2011 eine (weitere) Generalvollmacht ausgestellt (act. 13/1). Sofern diese dem Betreibungsamt eingereicht wurde, muss dieser Umstand Eingang in die betreibungsrechtlichen Akten gefunden haben und wären Zustellungen daher nur noch an den Bevollmächtigten zu tätigen.

6.1 Zur Begründung des Gesuches um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes wurde ausgeführt, der Beschwerdeführer sei bis auf das Existenzminimum gepfändet und könne sich daher keinen Anwalt leisten. Einen solchen benötige er jedoch im Beschwerdeverfahren vor Obergericht, da rechtlich relevante Fragen zur Gültigkeit von Verfügungen sowie zur Zustellung und Vertretung geklärt werden müssten (act. 30 S. 4).

6.2.1 Gemäss Art. 29 Abs. 3 BV hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und deren Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Unter denselben Voraussetzungen besteht auch ein Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, sofern die Interessen der bedürftigen Person in schwerwiegender Weise betroffen sind und der Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, die den Beizug eines Rechtsvertreters erforderlich machen. Die Rechtsnatur des Verfahrens ist dabei ohne Belang. So lässt die im betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahren gemäss Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG vorherrschende Untersuchungsmaxime eine anwaltliche Vertretung nicht ohne weiteres als unnötig erscheinen, auch wenn in diesen Fällen in der Regel eine anwaltliche Mitwirkung nicht erforderlich sein dürfte (BGE 5A_336/2011 E. 2.3 und 2.5.2; vgl. auch Art. 117 f. ZPO).

6.2.2 Aus den Akten ergibt sich, dass der Lohn des Beschwerdeführers bis auf das Existenzminimum gepfändet, er somit mittellos ist. Auch wenn die Beschwerde im Ergebnis abzuweisen ist, erscheint das Rechtsbegehren nicht als von vornherein aussichtslos. So gilt es zu beachten, dass der vorliegende Fall in rechtlicher Hinsicht die Schwierigkeit aufwies, dass bezüglich der Frage der mangelhaften Zustellung und der sich daraus ergebenden Rechtswirkungen die vorliegend besonderen Umständen zu berücksichtigen waren und deren Zusammen-

hänge von einem Laien nur schwer erfassbar sind. Im vorliegenden betriebsrechtlichen Beschwerdeverfahren erweist sich daher die unentgeltliche Verbeistandung als ausnahmsweise geboten. Dem Antrag des Beschwerdeführers ist somit statt zu geben und Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand für das Rechtsmittelverfahren zu bestellen.

7. 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. Der Antrag auf Befreiung von den Gerichtskosten ist daher gegenstandslos. Gemäss Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG sind keine Entschädigungen zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Dem Antrag auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes wird statt gegeben, und dem Beschwerdeführer in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand für das Rechtsmittelverfahren bestellt.
2. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer zusammen mit nachfolgendem Erkenntnis.

und sodann erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben und keine Entschädigungen zugesprochen.
3. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer und – unter Beilage der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Hinwil als untere kantonale Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter sowie an das Betreibungsamt B. _____ unter Beilage eines Doppels von act. 30, 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

versandt am: