

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS130015-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur.
P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili.

Urteil vom 4. April 2013

in Sachen

A._____,
Beschwerdeführer,

gegen

1. **B.**_____,
2. **C.**_____,
3. **D.**_____,

Nr. 1 bis 3 vertreten durch Alimentenhilfe Region E._____,

betreffend **Zahlungsbefehl**
(Beschwerde über das Betreibungsamt F._____)

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 8. Januar 2013
(CB120017)

Erwägungen:

1.

1.1. Das Betreibungsamt F._____ stellte dem Beschwerdeführer am 24. November 2012 in den Betreibungen der Beschwerdegegner Nr. ... und ... je einen Zahlungsbefehl zu. Die Zahlungsbefehle deponierte der Weibel des Betreibungsamtes nach einem kurzen Gespräch mit der Mutter des Beschwerdeführers im Briefkasten der Familie A._____, Liegenschaft ... in ... (act. 1 S. 3, act. 1a S. 3, act. 2/3, act. 2a/3, act. 8 und act. 9/1-2).

1.2. Am 4. Dezember 2012 gelangte der Beschwerdeführer an das Bezirksgericht Hinwil als unterer kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen und beantragte die Aufhebung der genannten Betreibungen, die Feststellung, dass sein Betreibungsort F._____ sei, und die Anweisung an das Betreibungsamt, seine Adresse Dritten nicht bekannt zu geben (act. 1 und act. 1a). Das Betreibungsamt holte sodann eine Vernehmlassung des Betreibungsamtes F._____ und eine Stellungnahme der Beschwerdegegner ein (act. 4 und act. 8-10). Das Bezirksgericht Hinwil stellte diese Eingaben dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 31. Dezember 2012 zu (act. 12). Mit Urteil vom 8. Januar 2012 wies es sodann die Klage des Beschwerdeführers ab, soweit es darauf eintrat, und auferlegte ihm die auf Fr. 300.-- festgesetzte Gerichtsgebühr zufolge Mutwilligkeit (act. 13 = act. 16).

1.3. Gegen dieses Urteil erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 1. Februar 2013 rechtzeitig Beschwerde an die Kammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs (act. 17). Er beantragt die Aufhebung des angefochtenen Entscheides, die Aufhebung der Betreibungen, den Verzicht auf Kostenaufgabe und eventualiter die Rückweisung an die Vorinstanz.

1.4. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-14). Auf das Einholen einer Beschwerdeantwort wurde verzichtet (Art. 322 ZPO). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.

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; COMETTA/MÖCKLI, BSK SchKG-I, 2. Aufl. 2010, Art. 20a N 38). Im Kanton Zürich richtet sich das Beschwerdeverfahren gemäss § 18 EG SchKG nach § 83 f. 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).

2.2. Der Beschwerdeführer rügt im Beschwerdeverfahren zunächst, die Vorinstanz habe sein rechtliches Gehör verletzt, indem sie seine Stellungnahme vom 14. Januar 2013 zur Vernehmlassung des Betreibungsamtes und zur Stellungnahme der Beschwerdegegner nicht berücksichtigt bzw. ihm keine Gelegenheit gegeben habe, sich vor dem Entscheid zu äussern (act. 17 S. 2 f.).

2.2.1. Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 ZPO statuieren den Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör. Danach kommt den Parteien unter anderem das Recht zu, sich zu den Vorbringen des Gegners zu äussern. Nach der Rechtsprechung des EGMR und der mittlerweile gefestigten bundesgerichtlichen Praxis bedeutet das, dass einer Partei jede Eingabe der Gegenpartei oder Vernehmlassung zur Kenntnis zu bringen und ihr Gelegenheit zu geben ist, sich dazu äussern zu können; unabhängig davon, ob die Eingabe neue und erhebliche Gesichtspunkte enthält (anstatt vieler: BGE 137 I 195 E. 2.3.1 und E. 2.6 erster Absatz). Das Gericht ist allerdings nicht gehalten, die Partei förmlich zur Stellungnahme aufzufordern. Vielmehr hat die Partei, der eine Vernehmlassung oder eine Beschwerdeantwort zur blossen Kenntnisnahme übermittelt wurde, nach Treu und

Glauben unverzüglich zu reagieren, wenn sie sich nochmals zur Sache äussern will (BGer, 4A_273/2012 vom 30. Oktober 2012 mit Hinweis auf BGE 133 I 98 E. 2.2, BGE 133 I 100 E. 4.8 und BGE 132 I 42 E. 3.3).

2.2.2. Den Akten kann entnommen werden, dass die Vorinstanz die eingeholte Vernehmlassung des Betreibungsamtes vom 20. Dezember 2012 (act. 8) und die Beschwerdeantwort der Beschwerdegegner vom 21. Dezember 2012 (act. 10) dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 31. Dezember 2012 "zur Kenntnisnahme" und "zu Ihren Akten" eingeschrieben zugestellt hat (act. 12). Aus dem entsprechenden Zustellungsnachweis ergibt sich aber weiter, dass die entsprechenden Unterlagen dem Beschwerdeführer erst am 3. Januar 2013 ins Postfach avisiert und am 10. Januar 2013 zugestellt wurden. Sie kamen dem Beschwerdeführer somit überhaupt erst nach Urteilsfällung zur Kenntnis, weshalb es ihm nicht möglich war, sich rechtzeitig dazu zu äussern.

2.2.3. Der angefochtene Entscheid leidet somit an einem gravierenden Mangel. Auf Grund der formellen Natur des Gehörsanspruches kann dieser im Rechtsmittelverfahren grundsätzlich nicht geheilt werden. Er führt zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides, unabhängig davon, ob der Entscheid ohne die Verletzung anders ausgefallen wäre (ZK ZPO-SUTTER-SOMM/CHEVALIER, Art. 53 N 26, und TARKAN GÖKSU, DIKE-Komm-ZPO, Art. 53 N 40, beide mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; ZR 110 (2011) Nr. 20 E. 5). Ebenfalls nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann allerdings auch ein solcher (schwerer) Mangel ausnahmsweise geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die dieselbe Kognition hat, und wenn die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wäre (anstatt vieler: BGE 137 I 195 E. 2.3.2). Mit der Beschwerde kann (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz gerügt werden (Art. 320 ZPO). Auf Grund des im Beschwerdeverfahren vor den Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen geltenden Untersuchungsgrundsatzes (Art. 20a Abs. 2

Ziff. 2 SchKG, § 83 Abs. 3 GOG), verfügt die Kammer als zweite Aufsichtsbehörde aber (nicht nur in Rechtsfragen sondern) auch in Tatfragen über die gleiche Kognition wie die Vorinstanz, weshalb die Heilung des genannten Mangels durch die Kammer möglich und angezeigt ist. Ausführungen des Beschwerdeführers zur Beschwerdeantwort und zur Vernehmlassung sind daher praxisgemäss trotz der im Beschwerdeverfahren sonst geltenden Novenbeschränkung (Art. 326 Abs. 1 ZPO) zu beachten (ZR 100/2001 Nr. 27). Allerdings verweist der Beschwerdeführer für seine Stellungnahme zur Beschwerdeantwort und zur Vernehmlassung in seiner Rechtsmittelschrift pauschal auf ein Schreiben vom 14. Januar 2013, welches er an die Vorinstanz gesandt habe (act. 17 S. 2 f.). Ein Exemplar dieses Schreibens liegt indes nicht bei den vorinstanzlichen Akten und der Beschwerdeführer hat darauf verzichtet, in seiner Rechtsmitteleingabe den Inhalt dieses Schreibens wiederzugeben oder dieser eine Kopie des Schreibens beizulegen. Fehlt es an entsprechenden Ausführungen, so kann auch nicht weiter darauf eingegangen werden.

2.3. Der Beschwerdeführer macht in der Beschwerdeschrift im Weiteren geltend, die Zahlungsbefehle seien nichtig, deren Zustellung an ihn sei nicht erfolgt und diese Mängel könnten auch nicht geheilt werden. Er hält dafür, dass seine Mutter Herrn H._____ mitgeteilt habe, dass er (der Beschwerdeführer) nicht an dieser Adresse wohne und sie habe den Besucher nicht zum 300 Meter entfernten Briefkasten begleitet, weil sie im Pyjama gewesen sei. Der Briefkasten sei mit ... angeschriebenen und nicht ihm (dem Beschwerdeführer) zuzuordnen. Er führe lediglich ein Postfach in I._____ und wohne seit dem 22. November 2012 an der ...strasse ... in ... F._____, weshalb ab diesem Datum Zustellungen an ihn dorthin und insbesondere an ihn persönlich zu erfolgen gehabt hätten. Im Weiteren sei Herr H._____ kein Weibel des Betreibungsamtes F._____, weshalb er keine Zahlungsbefehle zustellen dürfe; erst recht nicht bloss in den Briefkasten. Er habe die Zahlungsbefehle im Original bis heute nicht erhalten, er habe von den Eltern lediglich Kopien der Vorderseite erhalten, weshalb er auch keine volle Kenntnis habe (act. 17 S. 3 ff.). Aus diesen Gründen sei das Verfahren auch nicht böser oder mutwillig (act. 17 S. 9).

2.4. Bei diesen Ausführungen handelt es sich überwiegend um eine Wiederholung dessen, was der Beschwerdeführer bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht hatte (vgl. act. 1). Die Vorinstanz setzte sich im angefochtenen Entscheid mit den Einwänden des Beschwerdeführers auseinander und legte zutreffend dar, warum die Zustellung der genannten Zahlungsbefehle an den Beschwerdeführer rechtswirksam sei. Sie erwog im Einzelnen, dass der Beschwerdeführer sich zwar per 21. bzw. 22. November 2012 in I. _____ abgemeldet habe, die An- oder Abmeldung bei der Einwohnerkontrolle jedoch lediglich ein Indiz für den Wohnsitz darstelle. Da sich der Beschwerdeführer erst nach Erhalt der Zahlungsbefehle rückwirkend abgemeldet habe, erscheine es jedoch höchst fraglich, ob der Beschwerdeführer bereits im Zeitpunkt der Zustellung der Zahlungsbefehle seinen Wohnsitz verlegt gehabt habe (act. 16 S. 5). Selbst wenn die Zustellung der Zahlungsbefehle an den Beschwerdeführer aber mangelhaft sei, sei sie im vorliegenden Fall dennoch wirksam. Unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 112 III 81, E. 2, BGE 120 III 117, E. 2.c mit Hinweis auf BGE 117 III 7; BGE 128 III 101, E. 2) führt die Vorinstanz zu Recht aus, dass die Zahlungsbefehle nicht nichtig seien und es dem Beschwerdeführer darüber hinaus an einem Interesse an der Feststellung der Fehlerhaftigkeit und der erneuten Zustellung fehle, weil er mit den ausgehändigten Kopien Kenntnis von den Zahlungsbefehlen erlangt habe und seine Rechte wahrnehmen können, indem er rechtzeitig Rechtsvorschlag habe erheben können (act. 16 S. 6).

2.5. Dagegen vermag der Beschwerdeführer auch im Rechtsmittelverfahren nichts vorzubringen. Insbesondere ändert an dieser Beurteilung nichts, dass der Beschwerdeführer von seinen Eltern nur Kopien der Vorderseite der Zahlungsbefehle erhalten haben soll. Einerseits enthält bloss die Vorderseite eines Zahlungsbefehls die relevanten Angaben über die angehobene Betreibung. Auf der Rückseite befinden sich lediglich Erläuterungen zum Betreibungsverfahren sowie eine Belehrung betreffend das Erheben des Rechtsvorschlages. Wie bereits festgestellt wurde, hat der Beschwerdeführer in den genannten Betreibungen zudem rechtsgültig Rechtsvorschläge erhoben. Auf der anderen Seite gestand der Beschwerdeführer in seiner Eingabe an die Vorinstanz selber ein, dass er von den Eltern nur die Aushändigung von Kopien verlangt habe, damit "eine Zustellung

von vornherein ausgeschlossen werden müsse" und "die falsche Zustellung nicht geheilt würde" (act. 1 S. 4). Er hätte also durchaus Zugang zu den Originalen und zur jeweiligen Rückseite gehabt. Vor diesem Hintergrund erscheint die Berufung des Beschwerdeführers auf ungenügende Kenntnis und auf Formmängel offenkundig missbräuchlich, was von vornherein keinen Rechtsschutz verdient. Dementsprechend rechtfertigt sich auch die erstinstanzliche Kostenaufgabe an den Beschwerdeführer zufolge mutwilliger Prozessführung (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 2. Satz SchKG). Der angefochtene Entscheid ist nicht zu beanstanden und die Beschwerde ist abzuweisen.

3.

Insgesamt erscheint damit auch die zweitinstanzliche Beschwerdeführung als mutwillig. Im Gegensatz zum erstinstanzlichen Verfahren ist auf Grund der festgestellten und geheilten Verletzung des Gehörsanspruches des Beschwerdeführers jedoch auf das Erheben von Kosten für das Beschwerdeverfahren wegen mutwilliger Prozessführung zu verzichten (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegner unter Beilage des Doppels von act. 17, und – unter Beilage der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Hinwil als untere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen sowie an das Betreibungsamt F.____, 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. K. Houweling-Wili

versandt am: