

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS230095-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 25. September 2023

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch B._____,

gegen

C.____ GmbH,

Beschwerdegegnerin,

betreffend **Zahlungsbefehl / Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist**
(Beschwerde über das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon)

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 9. Mai 2023
(CB220026)

Erwägungen:

I.

1.1 Anlass zur Beschwerde bildet die Frage der Rechtzeitigkeit des Gesuchs um Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist.

1.2 Mit Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon (fortan Betreibungsamt) vom 27. Oktober 2022 (Betreibung Nr. ...) betrieb die Gläubigerin C._____ GmbH (fortan Beschwerdegegnerin) den Schuldner A._____ (fortan Beschwerdeführer) für eine Forderung von Fr. 700.– zzgl. Zins und Kosten. Der Zahlungsbefehl wurde D._____ am 1. November 2022 zugestellt (vgl. act. 5). Das Betreibungsamt wies den vom Beschwerdeführer am 18. November 2022 erhobenen Rechtsvorschlag mit Verfügung vom gleichen Tag als verspätet zurück und verwies auf die Möglichkeit der Fristwiederherstellung nach Art. 33 Abs. 4 SchKG (vgl. act. 6).

1.3 Mit elektronischer Eingabe per IncaMail (vgl. act. 4) vom 2. Dezember 2022 gelangte der Beschwerdeführer an das Bezirksgericht Meilen als untere kantonale Aufsichtsbehörde über das Betreibungsamt (fortan Vorinstanz) und beantragte sinngemäss, es sei die Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlags gegen vorerwähnten Zahlungsbefehl wiederherzustellen (vgl. act. 1 - 4). Da die Eingabe nicht mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen war (vgl. act. 4 Blatt 4), setzte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 3. Januar 2023 in Anwendung von Art. 132 Abs. 1 ZPO Nachfrist zur Verbesserung des Mangels an (act. 7). Nachdem die Verfügung dem Beschwerdeführer an der von ihm in der Beschwerdeschrift angegebenen Anschrift in Küsnacht (vgl. act. 1) nicht zugestellt werden konnte – gemäss Vermerk der Post weil "Keine Nachsendung ins Ausland möglich" ist (act. 9) –, wurde er von der Vorinstanz per E-Mail vom 9. Januar 2023 über die gescheiterte Zustellung orientiert, unter Hinweis auf die Zustellfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO (vgl. act. 11). Der Beschwerdeführer reichte seine Eingabe vom 2. Dezember 2022 am 11. Januar 2023 mit der Originalunterschrift versehen (vgl. act. 13 f.) per Post ein, unter Beilage einer Zu-

stellungsvollmacht zugunsten von Herrn E._____ (act. 16) und einer Vertretungsvollmacht zugunsten seines Sohnes B._____ (act. 17).

1.4 Mit Verfügung vom 24. Januar 2023 setzte die Vorinstanz dem Betreibungsamt Frist zur Vernehmlassung und zur Einsendung der Akten sowie der Beschwerdegegnerin Frist zur Beantwortung der Beschwerde an. Ausserdem wurde der Beschwerde insofern aufschiebende Wirkung erteilt, als Betreibungshandlungen durch das Betreibungsamt bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens zu unterlassen seien (act. 18). Mit Eingabe vom 15. Februar 2023 beantragte das Betreibungsamt die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne (act. 20). Die Beschwerdegegnerin liess sich nicht vernehmen. Die Eingabe des Betreibungsamtes wurde den Parteien zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zugestellt, wobei die Zustellung an den Beschwerdeführer an die von ihm angegebene Zustelladresse scheiterte und mit dem Vermerk der Post "Annahme verweigert" (act. 24) an die Vorinstanz retourniert wurde. Mit Urteil vom 9. Mai 2023 wies die Vorinstanz das Gesuch des Beschwerdeführers um Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist gegen den Zahlungsbefehl in der Betreibung Nr. ... ab (act. 25 = act. 28).

2. Dagegen erhob B._____ im Namen und mit Vollmacht des Beschwerdeführers (act. 31) mit Eingabe vom 24. Mai 2023 (Poststempel) innert Frist Beschwerde bei der Kammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter (act. 29; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 26/3). Er hält sinngemäss am vorinstanzlichen Antrag fest. Als Zustellempfänger bezeichnete der Beschwerdeführer wiederum E._____, F._____-strasse ..., ... Zürich (act. 31; vgl. auch act. 29 S. 1).

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (vgl. act. 1 - 26). Den Parteien und dem Betreibungsamt wurde der Eingang der Beschwerde angezeigt (act. 34/1-3). Von der Einholung einer Beschwerdeantwort und einer Vernehmlassung der Vorinstanz wurde abgesehen (Art. 20a Abs. 3 SchKG i.V.m. § 18 EG SchKG i.V.m. § 84 GOG und Art. 322 Abs. 1 sowie 324

ZPO). Das Verfahren ist spruchreif. Der Beschwerdegegnerin ist mit dem vorliegenden Entscheid eine Kopie von act. 29 zuzustellen.

II.

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 SchKG 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). Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

2. Vor Vorinstanz machte der Beschwerdeführer zur Begründung seines Fristwiederherstellungsgesuchs geltend, der Zahlungsbefehl in der Betreuung Nr. ... sei von der Hausbesitzerin D. _____ am 1. November 2022 in Empfang genommen und am Folgetag eingeschrieben (Sendungsnummer 1) an ihn nach G. _____ [Ortschaft in Europa] geschickt worden, wo der Brief erst am 17. November 2022 angekommen sei. Wegen dieser Verzögerung habe er erst nach der verfallenen Frist telefonisch beim Betreibungsamt Rechtsvorschlag erheben können. Vom Betreibungsamt sei ihm empfohlen worden, ein Fristwiederherstellungsgesuch zu stellen und es sei ihm eine Verfügung in Aussicht gestellt worden. In der Zwischenzeit habe er eine Postumleitung an seine Adresse in G. _____ eingerichtet. Die Verfügung des Betreibungsamtes vom 18. November 2022 habe er erst am 1. Dezember 2022 erhalten (Sendungsnummer 2). Erneut sei es ihm nur nach der durch den Postversand entstandene Verzögerung möglich gewesen das Fristwiederherstellungsgesuch zu stellen (vgl. act. 1 - 4).

3.1 Die Vorinstanz wies das Gesuch mit folgender (Haupt-)Begründung ab: Unbestritten sei die rechtsgenügend erfolgte Zustellung des Zahlungsbefehls an die im selben Haushalt wie der Beschwerdeführer wohnende D. _____ am 1. November 2022, ab welchem Zeitpunkt die zehntägige Frist zur Erhebung des

Rechtsvorschlags gemäss Art. 74 Abs. 1 SchKG zu laufen begonnen und am 11. November 2022 geendet habe, weshalb der vom Beschwerdeführer telefonisch am 18. November 2022 erhobene Rechtsvorschlag verspätet erfolgt sei. Mit Kenntnisnahme des Zahlungsbefehls am 17. November 2022 sei das Hindernis zur Vornahme der Rechtshandlung dahingefallen. Dem Beschwerdeführer sei es ab diesem Zeitpunkt objektiv und subjektiv zumutbar gewesen, innert 10 Tagen, mithin bis spätestens 28. November 2022, nicht nur Rechtsvorschlag zu erheben, sondern auch bei der Aufsichtsbehörde um Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist zu ersuchen. Der Fristenlauf für das Wiederherstellungsgesuch werde durch den Wegfall des Hindernisses ausgelöst und – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – nicht durch die Zustellung der Verfügung des Betreibungsamts zum verspäteten Rechtsvorschlag. Der Beschwerdeführer habe das Wiederherstellungsgesuch am 2. Dezember 2022 bei der Aufsichtsbehörde (elektronisch) gestellt. Dieses sei nach Ablauf der Frist und damit verspätet erfolgt (act. 28 S. 4-6).

3.2 In einer Eventualbegründung erwog die Vorinstanz, selbst wenn von der Rechtzeitigkeit des Fristwiederherstellungsgesuchs auszugehen wäre, wäre dieses mangels behaupteter und glaubhaft gemachter fehlender Mitschuld des Beschwerdeführers an der Unkenntnis des Zahlungsbefehls abzuweisen. So bejahe zwar das Bundesgericht das Vorliegen eines unverschuldeten Hindernisses im Falle, da der Betriebene nach Übergabe des Zahlungsbefehls an eine Hausgenossin vom Zahlungsbefehl erst nach Ablauf der zehntägigen Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlags Kenntnis erlangt und ein eigenes Verschulden des Betriebenen dabei nicht kausal mitgespielt habe. Beide Voraussetzungen müsse der Betriebene darlegen und glaubhaft machen. Dass der Beschwerdeführer vor Fristablauf nicht anderweitig Kenntnis vom Zahlungsbefehl erhalten habe, habe er nicht geltend gemacht. Sodann habe er mit keinem Wort ausgeführt, inwiefern ihn an der Unkenntnis keine Mitschuld treffe. Der offenbar länger im Ausland weilende Beschwerdeführer habe nicht dargelegt, wie der Postnachversand konkret durch ihn organisiert worden sei und inwiefern ihn keine Mitschuld an der verspäteten Kenntnis des Zahlungsbefehls treffe (act. 28 S. 5-7).

4. Der Beschwerdeführer moniert in der Rechtsmittelschrift, die am 17. November 2022 erfolgte verspätete Zustellung des an ihn nach G._____ weitergeleiteten Zahlungsbefehls beruhe auf der ungewöhnlich langen Postübermittlungszeit, welche ihm nicht zum Nachteil gereichen könne (act. 29 S. 1). Nach Erhebung des Rechtsvorschlags am 18. November 2022 sei ihm vom Betreibungsamt telefonisch mitgeteilt worden, dass ihm ein Schreiben zugeschickt werde mit weiterführenden Informationen. Dass eine zehntägige Frist für das Fristwiederherstellungsgesuch laufe, sei ihm weder mitgeteilt worden noch habe er als juristischer Laie Kenntnis davon gehabt. Er habe das Gesuch am 2. Dezember 2022 umgehend nach Erhalt des Schreibens des Betreibungsamtes gestellt. Die Informationen im Brief des Betreibungsamtes seien wichtig gewesen, um sich über den Rechtsbestand der Situation zu informieren und entsprechend handeln zu können. Ausserdem sei die Vorinstanz auf sein Gesuch eingetreten, habe sie ihm doch Frist zur Verbesserung angesetzt gehabt (act. 29 S. 2 f.).

5.1 Wer durch ein unverschuldetes Hindernis davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln, kann die Aufsichtsbehörde oder die in der Sache zuständige richterliche Behörde um Wiederherstellung der Frist ersuchen. Er muss, vom Wegfall des Hindernisses an, in der gleichen Frist wie der versäumten ein begründetes Gesuch einreichen und die versäumte Rechtshandlung bei der zuständigen Behörde nachholen (Art. 33 Abs. 4 SchKG). Im Übrigen kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf die ausführliche Darlegung der Vorinstanz zur Fristwiederherstellung verwiesen werden (act. 28 S. 5 f.).

5.2 Der Beschwerdeführer hatte den unbestritten am 1. November 2022 rechtsgültig an D._____ zugestellten und von dieser an ihn weitergeleiteten Zahlungsbefehl am 17. November 2022 erhalten und am Folgetag Rechtsvorschlag erhoben, wobei ihm gemäss eigener Darstellung bewusst war, dass zu diesem Zeitpunkt die Rechtsvorschlagsfrist bereits verstrichen war (vgl. Ziff. II.2). Der geltend gemachte Wiederherstellungsgrund der langen Postübermittlungszeit bestand somit ab dem 17. November 2022 nicht mehr bzw. es lag ab diesem Datum kein unverschuldetes Hindernis im Sinne von Art. 33 Abs. 4 SchKG mehr vor. Damit wurde, wie die Vorinstanz richtig erwog, der Fristenlauf für das Fristwieder-

herstellungsgesuch ausgelöst. Der Beschwerdeführer hätte somit in der gleichen Frist wie der versäumten, bzw. innert 10 Tagen und damit unter Berücksichtigung des Wochenendes bis zum 28. November 2022 (nebst dem bereits erhobenen Rechtsvorschlag) das begründete Fristwiederherstellungsgesuch stellen müssen. Entgegen der Annahme des Beschwerdeführers ist der Zeitpunkt des Empfangs der Verfügung des Betreibungsamtes über die Rechtzeitigkeit des Rechtsvorschlages vom 18. November 2022 nicht relevant. Ein Anspruch auf eine Belehrung über die Möglichkeit der Fristwiederherstellung besteht nicht (vgl. BGer 5A_916/2022 vom 6. Juli 2023 und 5A_673/2017 vom 22. März 2018, E. 2.3.1). Kommt hinzu, dass das Zuwarten des Beschwerdeführers auf die Zustellung der von ihm wiederum nach Spanien veranlassten Weiterleitung der Verfügung kein unverschuldetes Hindernis darstellt, umso weniger, als ihm die Problematik der langen Übermittlungswege bekannt war. Dass das Betreibungsamt in der vom Beschwerdeführer behaupteten Interaktion eine falsche Rechtsauskunft erteilt haben soll, auf die er sich nach den Umständen verlassen durfte, und damit ein weiterer unverschuldeter Hinderungsgrund gesetzt worden wäre, wird vom Beschwerdeführer weder behauptet noch belegt. Auch die vom Beschwerdeführer in der Rechtsmittelschrift geltend gemachte Rechtsunkenntnis stellt kein unverschuldetes Hindernis im Sinne von Art. 33 Abs. 4 SchKG dar. Unbehilflich ist sodann sein Einwand (act. 29 S. 3), die Vorinstanz habe ihn nach Eingang der Beschwerde zur Verbesserung der formell mangelhaften Eingabe angehalten (vgl. vorstehend Ziff. I.2). Dieses Vorgehen ist nach Art. 132 ZPO gesetzlich vorgesehen, damit die Eingabe berücksichtigt und die geltend gemachte Rechtzeitigkeit des Gesuchs geprüft werden konnte.

5.3 Der Vorinstanz ist nach dem Gesagten beizupflichten, dass das am 2. Dezember 2022 gestellte Wiederherstellungsgesuch verspätet erfolgte. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen.

6. Bei diesem Ausgang braucht auf die Eventualbegründung der Vorinstanz (vorstehend Ziff. II.6.2.) nicht eingegangen zu werden. Die Behauptung der Unkenntnis des Zahlungsbefehls vor dessen Erhalt in G. _____ wie auch die erstmals im Rechtsmittelverfahren erfolgten Ausführungen zur Postumleitung per

Internet (vgl. act. 29 S. 2) stellen unzulässige neue Behauptungen dar, welche im (zweitinstanzlichen betriebsrechtlichen) Beschwerdeverfahren ausgeschlossen sind (Art. 326 ZPO; OGerZH PS110019 vom 21. Februar 2011, E. 3.4). Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers (act. 29 S. 2) war die Vorinstanz auch nicht gehalten, diesbezüglich Abklärungen zu veranlassen.

III.

Das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen ist grundsätzlich kostenlos (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. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage einer Kopie von act. 29, an die Vorinstanz sowie an das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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 Schuldbetrei-
bungs- 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:
26. September 2023