

## Lösungsskizze<sup>1</sup>

### Fall 1

Gabi Gloor hatte ihrem früheren Partner, Stefan Stucki, ein Darlehen von Fr. 20'000.-- gewährt, welches längst zur Rückzahlung fällig ist. Nach mehreren erfolglosen Mahnungen leitete sie daher beim Betreibungsamt seines Wohnortes eine Betreuung ein. Machen Sie sich Gedanken zu folgenden Konstellationen:

**Frage 1:** Stefan Stucki lebt in einer Wohngemeinschaft und anlässlich der Zustellung des Zahlungsbefehls trifft der Postbote eine Mitbewohnerin der Wohngemeinschaft, in der er lebt, an und übergibt ihr den Zahlungsbefehl. Kann Stefan Stucki, dem WG-Kollege Walter Wüst drei Tage später den Zahlungsbefehl übergibt, etwas gegen diese Zustellung vorkehren?

### Antwort 1:

Art. 64 Abs. 1 SchKG regelt die Zustellung von Betreuungsurkunden an natürliche Personen. Der Zahlungsbefehl ist eine Betreuungsurkunde (Kurt Amonn/Fridolin Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. A. Bern 2008, Rz 11 zu § 12). Da er Stefan Stucki nicht ausgehändigt werden konnte, ist an eine Ersatzzustellung zu denken, welche an zur Haushaltung gehörende erwachsene (nicht notwendigerweise volljährige) Personen oder an Angestellte des Schuldners möglich ist. Nach der Rechtsprechung ist eine WG aus unabhängigen Personen keine Hausgemeinschaft (BISchK 2007 S. 187), so dass die Zustellung mangelhaft ist. Ist die Zustellung mangelhaft, so gilt: „Da der Beschwerdeführer trotz fehlerhafter Zustellung von den Zahlungsbefehlen Kenntnis erhielt und diese ihre Wirkungen dennoch entfalten, begann die Rechtsvorschlagsfrist nach BGE 104 III 12 E. 2 nicht mit dem Datum der Zustellung, sondern mit der tatsächlichen Kenntnisnahme zu laufen“ (BISchK 2007 S. 189).

Anmerkung: Angefochten wird nicht die Verfügung (der Zahlungsbefehl) als solche, sondern deren Zustellung. Der Postbote gilt als Hilfsperson des Betreibungsamtes (Art. 72 Abs. 1 SchKG). Der Zahlungsbefehl als Verfügung entfaltet erst mit der Zustellung Aussenwirkung (Verfügung = „behördliche Handlung in einem konkreten zwangsvollstreckungsrechtlichen Verfahren, die in Ausübung amtlicher Funktionen auf Grund des SchKG und dessen Ausführungsbestimmungen

---

<sup>1</sup> Dies ist ein Arbeitspapier, erstellt für den „internen“ Gebrauch. Entsprechend enthält er nur beschränkte und unvollständige Literatur- und Rechtsprechungs zitrate. Im Hinblick auf die zur Verfügung stehende Zeit in der Übungsstunde sind die sich stellenden Fragen nicht abschliessend beantwortet.

erlassen worden ist ... Die Verfügung muss das Verfahren vorantreiben und Aussenwirkung zeitigen“ (BSK SchKG I-Cometta/Möckli, N. 18 f. zu Art. 17).

**Frage 2:** Was kann Stefan Stucki tun, wenn der WG-Kollege vergisst, den Zahlungsbefehl an ihn weiterzuleiten und dieser von der eingeleiteten Betreuung erst erfährt, als er geraume Zeit später eine Pfändungsankündigung zugestellt erhält?

**Antwort 2:**

Zur fehlerhaften Zustellung vgl. Frage 1. Der Unterschied zu jener Konstellation ist, dass hier der Schuldner vom Zahlungsbefehl gar keine Kenntnis erhält. Das führt zu Nichtigkeit, d.h. absoluter Unwirksamkeit (BGE 120 III 119; BGE 117 III 10). Das Betreibungsamt hat für eine Zustellung in rechtsgültiger Form besorgt zu sein. Stucki wird gegen die Pfändungsankündigung Beschwerde erheben können und diese wird aufgehoben werden, weil die Zustellung des Zahlungsbefehls nichtig war. Fraglich ist, ob er auch zuwarten könnte und die Nichtigkeit in einem späteren Verfahrensstadium geltend machen könnte. Entsprechend der Dogmatik, dass nichtige Betreibungsakte nicht heilen, ist dies zu bejahen. Die Beschwerdefrist gemäss Art. 17 Abs. 2 SchKG muss nicht eingehalten werden, da Nichtigkeit jederzeit von Amtes wegen festzustellen ist (BSK SchKG I-Cometta/Möckli, N. 16 zu Art. 22 SchKG).

Die Beweislast für die richtige Zustellung des Zahlungsbefehls trägt das Betreibungsamt. Wie es sich mit der Zustellung verhält, muss gegebenenfalls mit der Zeugeneinvernahme des WG-Genossen geklärt werden.

**Frage 3:** Was könnte Stefan Stucki vorkehren, wenn das Betreibungsamt – anstatt den Zahlungsbefehl zuzustellen – ihn per A-Post auffordert, den gegen ihn ausgestellten Zahlungsbefehl während der nächsten drei Tage beim Amt abzuholen, andernfalls ihm dieser amtlich zugestellt werden müsste.

**Antwort 3:**

Die Zustellungsregeln finden sich in Art. 64 ff. SchKG und Art. 72 SchKG. Bei natürlichen Personen erfolgt die gesetzlich vorgesehene Zustellung per Post oder durch den Betreibungsbeamten oder einen sog. Weibel (allenfalls durch die Polizei) am Wohn- oder Arbeitsort. Daraus ergibt sich tatsächlich kein Hinweis auf die Zulässigkeit der Abholaufforderung. Dennoch ist das Vorgehen, wie es vom Betreibungsamt X. gewählt wurde, üblich und wird im Übrigen von den "Kunden" geschätzt, weil damit eine unerwünschte Publizität am Wohn- bzw. Arbeitsort vermieden werden kann. Die Praxis und das Bundesgericht akzeptieren dieses Vorgehen (vgl. BISchK 2008 S. 127;

BGE 5A\_268/2007). Anzumerken ist, dass eine solche Abholungseinladung keine Verfügung ist und es daher (aus der Sicht des Schuldners) an einem tauglichen Anfechtungsobjekt fehlt. Die Abholeinladung darf keinesfalls mit einer Zwangsandrohung verbunden werden. Die „Androhung“, dass im Falle des Nichterscheinens „amtlich“, d.h. gemäss den Regeln des SchKG zugestellt wird, ist denn auch keine Zwangsanordnung.

Eine andere Frage ist, ob sich der Gläubiger nicht über dieses Procedere beschweren könnte, und zwar wegen Rechtsverzögerung gemäss Art. 17 Abs. 3 SchKG. Das ist an sich zu bejahen, weil die Zustellung des Zahlungsbefehls gemäss Art. 71 Abs. 1 SchKG „nach Eingang des Betreibungsbegehrens“ zu erfolgen hat. Eine eigentliche Frist für die Zustellung besteht nicht, dennoch ist im Interesse der Gläubiger (und zu deren Gleichbehandlung) innert kurzer Frist zuzustellen (KUKO SchKG-Malacrida/Rössler, N. 3 zu Art. 71). Die Aufforderung, innert 3 Tagen zu erscheinen, dürfte sich im Rahmen der „kurzen Frist“ halten.

**Frage 4:** Was kann Gabi Gloor tun, wenn das Betreibungsamt ihr mitteilt, dass vor der Zahlung eines Vorschusses der Betreibungskosten der Zahlungsbefehl weder aus- noch zugestellt werde?

**Antwort 4:**

Die Betreibungskosten sind vom Gläubiger gemäss Art. 68 Abs. 1 SchKG vorzuschüssen. Die Aufforderung zur Leistung eines Kostenvorschusses ist eine Verfügung; sie ist keine Rechtsverweigerung, weil sich das Betreibungsamt explizit (und unter Mitteilung an die Gläubigerin) weitere Vorkehren vom Kostenvorschuss abhängig macht. Die Gläubigerin ist als Betreibungspartei zwar legitimiert, Beschwerde zu führen, jedoch müsste die Beschwerde abgewiesen werden, weil das Betreibungsamt rechtmässig handelt („Wenn der Vorschuss nicht geleistet ist, kann das Betreibungsamt unter Anzeige an den Gläubiger die Betreibung einstweilen unterlassen“). Die Beschwerde der Gläubigerin müsste allerdings abgewiesen werden, da das Vorgehen des Betreibungsamtes den gesetzlichen Vorgaben entspricht.

**Frage 5:** Was kann Gabi Gloor tun, wenn sie nach mehreren Wochen keine Rückmeldung betreffend das von ihr gestellte Betreibungsbegehren erhalten hat?

**Antwort 5:**

Dem Gläubiger müsste das Gläubigerdoppel des Zahlungsbefehls zugestellt werden (Art. 70 SchKG). Daraus ersieht er auch, an wen der Zahlungsbefehl zugestellt wurde und ob der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben hat; das Exemplar für den Gläubiger verschafft diesem auch Gewiss-

heit, dass das Betreibungsamt seinem Betreibungsbegehren Folge geleistet hat (BSK SchKG I-Wüthrich/Schoch, N. 7 zu Art. 70). Wird der Zahlungsbefehl dem Schuldner nicht innert kurzer Frist nach Eingang des Betreibungsbegehren zugestellt, d.h. wenn es zu ungebührlichen Verzögerungen kommt, kann dies mit einer Beschwerde wegen Rechtsverweigerung/Rechtsverzögerung geltend gemacht werden (Art. 17 Abs. 3 SchKG). Es ist denkbar, dass die Aufsichtsbehörde solche Verzögerungen disziplinarisch ahnden könnte (Art. 14 SchKG). Praktisch dürfte dies allerdings nur dann der Fall sein, wenn es sich um ein „chronisches“ Problem des betreffenden Amtes handelt, z.B. wenn sich ergibt, dass es beim betreffenden Amt immer wieder zu Verzögerungen kommt.

**Frage 6:** Gehen Sie davon aus, dass Stefan Stucki den in Betreibung gesetzten Betrag von Fr. 20'000.-- (samt Kosten) direkt an Gabi Gloor bezahlte, und zwar unmittelbar, nachdem er den Zahlungsbefehl erhalten hatte. Als er in der Folge dennoch eine Pfändungsankündigung erhält, begibt er sich auf Betreibungsamt und weist dort den Post-Einzahlungsbeleg vor. Der Betreibungsbeamte teilt ihm mit, dass er eine solche Zahlung nicht berücksichtigen könne. Das kann Stucki nicht verstehen und es ergibt sich ein heftiges Wortgefecht, bei dem Stucki den Betreibungsbeamten einen sturen Paragraphenreiter und der Betreibungsbeamte Stucki einem idiotischen Besserwisser nennt. Stefan Stucki möchte beides nicht auf sich beruhen lassen.

**Antwort 6:**

Mit „beides nicht auf sich beruhen lassen“ ist die Weigerung, die Zahlung zu berücksichtigen und die Aussage, Stucki sei ein „idiotischen Besserwisser“ gemeint. Ob die in Betreibung gesetzte Forderung besteht oder ob sie durch Zahlung untergeht, hat das Betreibungsamt grundsätzlich nicht zu beurteilen. Eine Zahlung, die ausserhalb des Betreibungsverfahrens erfolgt, ist für das Betreibungsamt nicht beachtlich, weil er sonst beurteilen müsste, ob die Forderung damit getilgt ist, was eine materiellrechtliche Prüfung ist. Das führt zu Art. 17 Abs. 1 SchKG, wonach die SchK-Beschwerde subsidiär zu den gerichtlichen Klagen ist. Richtigerweise sollte Stucki ein Verfahren betreffend Aufhebung der Betreibung einleiten (Art. 85 und 85a SchKG), und zwar im summarischen Verfahren (Art. 85; Art. 251 lit. c ZPO) oder im vereinfachten Verfahren (Art. 85a SchKG; Art. 198 lit. c. Ziff. 1 ZPO). Nach dem Sachverhalt verfügt Stucki über eine Post-Einzahlungsquittung; eine solche Urkunde belegt die Zahlung, so dass es hier möglich ist, nach Art. 85 SchKG vorzugehen.

Achtung: Die Aufhebung der Betreibung (Art. 85 SchKG) wird im summarischen Verfahren gemäss Art. 251 lit. c ZPO durch den Einzelrichter im summarischen Verfahren nach Art. 24 lit. c

ZPO entschieden. Will gegen den genannten einzelrichterlichen Entscheid ein Rechtsmittel ergriffen werden, so ist dies nie die SchK-Beschwerde nach Art. 17 ff., sondern es ist stets ein Rechtsmittel nach ZPO, hier die Beschwerde gemäss Art. 319 ZPO (dass die Berufung nicht anwendbar ist, ergibt sich aus Art. 309 lit. b Ziff. 4 ZPO). Für die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht ist Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG massgeblich. Es handelt es sich beim Verfahren nach Art. 85 SchKG um ein solches mit Streitwerterfordernis i.S.v. Art. 74 Abs. 1 BGG.

Achtung: Es ist wichtig, dass Sie auseinander halten: Handelt es sich um ein gerichtliches Verfahren, so ist der Weiterzug ebenfalls „gerichtlich“ (Berufung oder Beschwerde nach ZPO). Ist der Ausgangspunkt eine SchK-Beschwerde, so richtet sich der Weiterzug nach SchKG bzw. GOG. Dass im Kanton Zürich der gerichtliche Weiterzug und die SchK-Beschwerde in beiden Fällen an die Bezirksgerichte und das Obergericht führen, ändert nichts an der Zweiteilung. Hat ein Bezirksgericht bzw. Obergericht eine SchK-Beschwerde zu behandeln, so werden in diesem Zusammenhang materiellrechtliche Fragen nicht überprüft.

Die zweite „Schiene“ ist die verbale Auseinandersetzung. Der Aufsicht unterworfen sind alle Zwangsvollstreckungsorgane, gegen deren Handlung bei den Aufsichtsbehörden Beschwerde geführt werden kann (BSK SchKG I-Emmel, N. 3 zu Art. 14). Objekt der administrativen Aufsicht ist die allgemeine administrative Tätigkeit (BSK SchKG I-Emmel, N. 4 zu Art. 14). Will der Schuldner die verbalen Anwürfe nicht auf sich beruhen lassen, so kann er eine Anzeige erheben, was in Art. 14 Abs. 2 SchKG, wo die Disziplinar-massnahmen erwähnt sind, vorausgesetzt wird. Anzeige betreffend Disziplinar-aufsicht und Beschwerde in Verfahrensfragen können in einer Rechtsschrift kombiniert werden, da für beides das Bezirksgericht zuständig ist.

Die Verhängung einer Disziplinar-massnahme erfordert eine schuldhaftige Pflichtverletzung; es dürfen nur die gesetzlich vorgesehenen Disziplinar-massnahmen verhängt werden (die Disziplinar-massnahmen sind in Art. 14 Abs. 2 SchKG abschliessend aufgezählt).

**Frage 7:** Wie würde es sich verhalten, wenn die Zahlung von Fr. 20'000.-- ans Betreibungsamt geleistet worden wäre und trotzdem eine Pfändungsankündigung erlassen würde?

**Antwort 7:**

Gemäss Art. 12 Abs. 1 SchKG hat das Betreibungsamt die Pflicht, Zahlungen für Rechnung des Gläubigers entgegenzunehmen. Mit der Zahlung erlischt die Betreibung – ganz allerdings nur, vollumfänglich, wenn alles – auch die Betreibungskosten bezahlt sind. Die Pfändungsankündigung

in einer erloschenen Betreibung (oder eine solche im vollen Umfang, wenn gemäss Art. 12 Abs. 2 SchKG eine Reduktion erfolgt ist), ist eine anfechtbare Verfügung. Wird in einer ganz bestimmten Betreibung bezahlt, so braucht es seitens des Amtes keine materielle Prüfung: „Die Zahlung an das Betreibungsamt ist, weil sie in Befolgung des Zahlungsbefehls geschieht, keine zivilrechtliche Erfüllungshandlung“ (BSK SchKG I-Emmel, N. 22 zu Art. 12), mithin geht es hier einzig um einen „Buchungsvorgang“. Gemäss Art. 12 Abs. 2 SchKG erlischt die Betreibung durch vollständige Zahlung, so dass die Weiterführung der Betreibung nichtig ist (vgl. Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 3. A., Zürich 1984, Anm. 52 zu § 8).

## **Fall 2**

Die Kreditbank AG betrieb Sonja Schneider wegen einer Darlehensschuld im Betrage von Fr. 50'000.--. Nach Durchführung des Einleitungsverfahrens vollzieht das Betreibungsamt eine Sachpfändung. Frau Schneider hatte sich inzwischen mit der Gläubigerin ausseramtlich auf eine Stundung und Teilzahlungsvereinbarung geeinigt und die Gläubigerin hat es deshalb unterlassen, bis zum letzt möglichen Zeitpunkt das Verwertungsbegehren (Art. 121 SchKG) zu stellen. In der Folge stellte das Betreibungsamt der Kreditbank AG einen Verlustschein gemäss Art. 149 SchKG aus.

**Frage 1:** War das zulässig?

**Antwort 1:**

Art. 121 SchKG lautet: Wenn binnen der gesetzlichen Frist das Verwertungsbegehren nicht gestellt oder zurückgezogen und nicht erneuert wird, so erlischt die Betreibung. Die Ausstellung eines Verlustscheins, ohne dass es zu einer möglichen Verwertung gekommen ist, ist m.E. nichtig. Ein besonderer Fall (hier nicht zutreffend) ist in Art. 127 SchKG geregelt, wo ausdrücklich ein Verwertungsverzicht vorgesehen ist und direkt ein Verlustschein ausgestellt werden kann.

**Frage 2:** Welche Verfahrens-Regeln sind auf das SchK-Beschwerdeverfahren anwendbar?

**Antwort 2:**

Verfahrensregeln befinden sich im ersten Teil des SchKG, in Art. 17 ff.; dann Art. 20a, 21, 22, 31-36; ergänzend gilt §§ 83 Abs. 3 und 84 i.V.m. Art. 319 ff. für das SchK-Verfahren vor Obergericht. In § 85 GOG ist vorgesehen, dass:

- die Beschwerde schriftlich einzureichen ist
- dass sie einen Antrag und eine Begründung enthalten muss

- dass eine Beschwerde, die sich sofort als unbegründet erweist, sofort und ohne Weiterungen erledigt werden kann
- dass im übrigen eine schriftliche Vernehmlassung (vgl. Art. 17 Abs. 4 SchKG bzw. Beschwerdeantwort eingeholt werden muss
- dass der Sachverhalt v.A.w. geklärt werden muss (was sich auch aus Art. 20a SchKG ergibt)
- dass die Vorschriften der ZPO, insbesondere über das Beweisverfahren, sinngemäss anwendbar sind
- dass das Obergericht als obere kant. AB Art. 319 ff. ZPO (Beschwerde) sinngemäss anwenden muss.

**Frage 3:** Frau Schneider verlangt die Berichtigung des Verlustscheins (keine Zinsen und keine Kosten), und auch die Herausgabe des gepfändeten Sachwertes, welcher nach wie vor beim Betreibungsamt liegt. Ausserdem ist sie der Meinung, dass sich das Betreibungsamt schadenersatzpflichtig gemacht habe und verlangt unter diesem Titel die Verpflichtung zur Zahlung von Fr. 1'000.--. Wie wird entschieden werden?

**Antwort 3:**

Die Ausstellung eines Verlustscheins, wenn die Betreibung nach Art. 121 SchKG erloschen ist, ist nichtig. Die Dispositionsmaxime (nach der nicht mehr zugesprochen werden kann, als verlangt wird) gilt bei Nichtigkeit nicht mehr, weil diese auch ohne Antrag festgestellt werden muss. Der Verlustschein ist ohne weiteres aufzuheben. Es schadet deshalb nicht, dass Frau Schneider nicht die Aufhebung des Verlustscheins, sondern nur die Berichtigung verlangt hat. Die Herausgabe der Sachwerte ist anzuordnen, weil bei einer erloschenen Betreibung keine Grundlage besteht, gepfändetes Gut weiter beim Betreibungsamt zu verwahren. Die Aufsichtsbehörde erteilt dem Betreibungsamt eine entsprechende Anweisung. Hingegen kann das Betreibungsamt nicht zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet werden, weil ein allfälliger Schadenersatz gemäss Art. 5 SchKG nach Haftungsgesetz gegen den Kanton (in einem gerichtlichen Verfahren) geltend werden müsste. Anzumerken ist, dass Schadenersatz in jenem Verfahren nur zugesprochen wird, wenn die geschädigte Person alle möglichen Rechtsmittel ergriffen hat, um den Schaden abzuwehren (Ausfluss aus der Schadensminderungspflicht).

**Frage 4:** Mit welchen allfälligen Kosten und Entschädigungen muss gerechnet werden?

**Antwort 4:**

vgl. Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5; Art. 61 und 62 Abs. 2 GebVO SchKG, anders beim Bundesgericht nach BGG. Das Bundesgericht verlangt in der Regel einen Kostenvorschuss (Art. 62 Abs. 1 BGG).

**Frage 5:** Wer ist zum Weiterzug berechtigt, wenn Frau Schneider erstinstanzlich erfolgreich ist? Wie steht es mit dem Betreibungsamt?

**Antwort 5:**

Beschwerdelegitimiert sind die Parteien des Betreibungsverfahrens, allenfalls Dritte, wenn sie von Anordnungen des Betreibungsamtes betroffen sind. Stellt das Betreibungsamt einen Verlustschein aus oder behält es gepfändetes Gut, das es freigeben müsste, kann sich der Schuldner bei der unteren AB beschweren. Wird der Verlustschein von der unteren AB aufgehoben, kann der Gläubiger diesen Entscheid weiterziehen, ebenso wenn gepfändetes Gut freigegeben wird. Grundsätzlich keine Beschwerdelegitimation hat das Betreibungsamt, ausser wenn es sich um Gebührenfragen handelt; diesfalls ist ausnahmsweise auch das Betreibungsamt zum Weiterzug legitimiert ((BSK SchKG I-Cometta/Möckli, N. 42 zu Art. 17; BGE 134 III 136).

**Frage 6:** Ist ein Weiterzug ans Bundesgericht möglich?

**Antwort 6:**

Der Weiterzug ans Bundesgericht richtet sich nach Art. 19 SchKG („Die Beschwerde an das Bundesgericht richtet sich nach dem Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005“). Anwendbar ist die Beschwerde in Zivilsachen, vgl. Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG, und zwar ohne Streitwertgrenze (Art. 74 Abs. 1 lit. c BGG). Auch Entscheide in Disziplinarsachen (Art. 14 Abs. 2 SchKG) sind mit Beschwerde in Zivilsachen anfechtbar BSK SchKG I-Levante, N. 11 zu Art. 19 mit Hinweis auf BGer 5A\_112/2009 E. 1). Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörden sind Endentscheide i.S.v. Art. 90 BGG. Die Beschwerdegründe richten sich nach Art. 95 BGG. Die blosser Unangemessenheit einer Entscheidung kann vor Bundesgericht nicht gerügt werden (BSK SchKG I-Levante, N. 55 zu Art. 19 mit Hinweis auf BGer 5A\_142/2008; das war vor Inkrafttreten des BGG ausdrücklich in Art. 19 aSchKG so vorgesehen). Zur Frage, wie es sich beim Weiterzug bei Nichtigkeit verhält, vgl. KuKo SchKG-Levante, N. 18 f. zu Art. 19. Das Bundesgericht kann die Nichtigkeit einer Verfügung nur im Rahmen einer bei ihm hängigen Beschwerde feststellen (BSK SchKG I-Levante, N. 13 zu Art. 19).

