

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

5A_522/2015

Urteil vom 12. Oktober 2015

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Escher, präsidierendes Mitglied,
Bundesrichter Schöbi, Bovey,
Gerichtsschreiber Buss.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Laurent Isenegger,
Beschwerdeführer,

gegen

1. B.B._____,
2. C.B._____,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Rolf Herter,
Beschwerdegegner,

Betreibungsamt Oberland, Dienststelle Oberland Ost.

Gegenstand
Ediktalzustellung eines Zahlungsbefehls,

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern, Aufsichtsbehörde in
Betreibungs- und Konkursachen, vom 17. Juni 2015.

Sachverhalt:

A.

A.a. Mit Arrestbefehl vom 15. Mai 2014 entsprach das Regionalgericht Oberland dem Gesuch von
B.B._____ und C.B._____ um Verarrestierung des im Eigentum von A._____ stehenden
Grundstücks U._____-Grundbuchblatt Nr. xxx gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG bis zur
Deckung der Arrestforderung von Fr. 1'002'640.-- zuzüglich Zins. Mit Betreuung vom 2. Juni 2014
verlangten B.B._____ und C.B._____ beim Betreibungsamt Oberland, Dienststelle Oberland
Ost gegen A._____ die Zustellung des Zahlungsbefehls in Betreuung Nr. yyy
(Arrestprosequierung).

A.b. Das Betreibungsamt versuchte den Zahlungsbefehl in der Folge vergeblich auf diplomatischem
Weg an die von den Gläubigern bezeichnete und auch in der Zentralen Personenverwaltung (ZPV)
sowie im Grundstückdaten-Informationssystem (Grudis) des Kantons Bern vermerkte Adresse des
Schuldners in Gibraltar zuzustellen. Am xx.xx.2015 erfolgte die öffentliche Publikation des
Zahlungsbefehls.

A.c. Am 20. März 2015 erkundigte sich das Betreibungsamt bei der Steuerverwaltung des Kantons
Bern, ob diese über Kontaktdaten des Schuldners verfüge, worauf es dessen Mobiltelefonnummer
erhielt. Gleichentags brachte das Betreibungsamt A._____ die öffentliche Publikation des
Zahlungsbefehls telefonisch zur Kenntnis.

B.

Mit Eingabe vom 30. März 2015 erhob A._____ gegen die öffentliche Bekanntmachung betreibungsrechtliche Beschwerde beim Obergericht des Kantons Bern, Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen. Zur Begründung machte er geltend, dass das Betreibungsamt bei richtiger Bemühung seinen aktuellen Wohnsitz und/oder Aufenthaltsort in der Schweiz hätte ausfindig machen können. Mit Entscheid vom 17. Juni 2015 wies das Obergericht die Beschwerde ab. Auf ein Wiedererwägungsgesuch wurde am 29. September 2015 nicht eingetreten.

C.

Gegen den Entscheid vom 17. Juni 2015 hat A._____ am 1. Juli 2015 beim Bundesgericht eine Beschwerde in Zivilsachen eingereicht. Der Beschwerdeführer beantragt die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und der Zustellung des Zahlungsbefehls in der Betreibung Nr. yyy durch öffentliche Bekanntmachung sowie die aufschiebende Wirkung; eventualiter ersucht er um Anerkennung des am 20. März 2015 erhobenen Rechtsvorschlags, subeventualiter verlangt er die Rückweisung an die Aufsichtsbehörde zu neuem Entscheid.

Während die Aufsichtsbehörde und das Betreibungsamt auf eine Stellungnahme zum Gesuch um aufschiebende Wirkung verzichtet haben, haben sich B.B._____ und C.B._____ (Beschwerdegegner) dem Gesuch widersetzt. Mit Verfügung vom 15. Juli 2015 ist der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden.

In der Sache haben die kantonale Aufsichtsbehörde und die Beschwerdegegner auf die Einreichung einer Stellungnahme verzichtet. Das Betreibungsamt hat in seiner Vernehmlassung vom 4. September 2015 im Wesentlichen auf die vor der Vorinstanz eingereichte Vernehmlassung vom 21. April 2015 verwiesen und einzelne Bemerkungen angebracht. Der Beschwerdeführer hat am 18. September 2015 eine Replik eingereicht.

Erwägungen:

1.

1.1. Angefochten ist der Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern, das als Aufsichtsbehörde über die Gültigkeit der öffentlichen Zustellung des Zahlungsbefehls befunden hat. Entscheide kantonaler Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen unterliegen unabhängig eines Streitwertes der Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 Abs. 2 lit. a, Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG). Die Beschwerde gegen den letztinstanzlichen Entscheid ist fristgemäss erhoben worden (Art. 75 Abs. 1, Art. 100 Abs. 2 lit. a BGG). Der Beschwerdeführer hat ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Abänderung des angefochtenen Entscheids (Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG). Die Beschwerde in Zivilsachen ist grundsätzlich zulässig.

1.2. Rechtsschriften an das Bundesgericht sind in einer Amtssprache zu verfassen (Art. 42 Abs. 1 BGG). Im vorliegenden Fall ist dies Französisch. Die Verfahrenssprache vor Bundesgericht bleibt aber Deutsch als jene Amtssprache, die im angefochtenen Entscheid Verwendung fand (Art. 54 Abs. 1 BGG; Urteil 5A_508/2014 vom 19. September 2014 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 140 III 481 mit Hinweis).

1.3. In der Beschwerdeschrift ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Mit der Beschwerde kann u.a. die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann deren Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 135 III 397 E. 1.5 S. 401). Die Beanstandung einer solchen mangelhaften Feststellung des Sachverhalts ist nur zulässig, wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrensentscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG).

1.4. Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen vor Bundesgericht nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt; echte Noven sind unzulässig (Art. 99 Abs. 1 BGG; BGE 133 IV 342 E. 2.1 S. 343 f.). Das erst mit der Replik eingereichte Beweismittel ist ohnehin verspätet (vgl. Art. 42 Abs. 1 BGG).

2.

Soweit das Betreibungsamt in seiner Vernehmlassung an das Bundesgericht bloss auf seine Vernehmlassung vor der Vorinstanz verweist, ist dies unzulässig und damit unbeachtlich (BGE 140 III 115 E. 2 S. 116). In seinen ergänzenden Bemerkungen behauptet es sodann einen von den

vorinstanzlichen Feststellungen abweichenden Sachverhalt (die Zustellbehörden in Gibraltar hätten den Zahlungsbefehl beim ersten Versuch gültig an einen "Angestellten" des Beschwerdeführers zugestellt), ohne zugleich substantiierte Rügen zu erheben. Auch diese ergänzenden Bemerkungen können daher nicht als hinreichende Begründung dienen (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f.).

3.

Anlass zur vorliegenden Beschwerde geben die Voraussetzungen der Publikation des Zahlungsbefehls nach Art. 66 Abs. 4 SchKG.

3.1. Gegen die öffentliche Bekanntmachung eines Zahlungsbefehls, ohne dass die Voraussetzungen nach Art. 66 Abs. 4 SchKG erfüllt sind, kann der Betriebene Beschwerde nach Art. 17 SchKG führen. Zu Recht hat die Aufsichtsbehörde die Anfechtbarkeit innert zehn Tagen nach Kenntnisnahme der öffentlichen Bekanntmachung angenommen (BGE 138 III 265 E. 3.1 S. 266 mit Hinweisen).

3.2. Gemäss den knappen vorinstanzlichen Feststellungen war die von den Gläubigern angegebene Adresse in Gibraltar auch in der Zentralen Personenverwaltung (ZPV) sowie im Grundstückdaten-Informationssystem des Kantons Bern (Grudis) vermerkt. Sodann konnte die eingeschriebene Sendung mit der Arresturkunde am 26. Juni 2014 an die Adresse in Gibraltar zugestellt werden. Die Zustellung des Zahlungsbefehls an die angegebene Wohnadresse in Gibraltar ist in der Folge zweimal auf diplomatischem Weg versucht worden, aber ohne Erfolg geblieben: Am 17. September 2014 ist die Zustellung nicht gemäss dem Ersuchen des Betreibungsamtes an den Beschwerdeführer persönlich erfolgt und mit Schreiben vom 23. Dezember 2014 (Eingang: 14 Januar 2015) hat die zuständige Stelle in Gibraltar, das "Registrar of the Supreme Court", das Ersuchen unerledigt zurückgesandt.

Die Vorinstanz hat dazu erwogen, das Betreibungsamt habe unter diesen Umständen nicht an der angegebenen Adresse in Gibraltar zweifeln müssen. Folglich sei es nicht verpflichtet gewesen, weitere Abklärungen bei der Polizei, der Post oder anderen Behörden zu tätigen. Es habe bereits die rechtshilfweise, persönliche Zustellung an die zuletzt bekannte und durch den Beschwerdeführer nicht geänderte Adresse mehrmals ergebnislos versucht. Dem Betreibungsamt könne folglich nicht vorgeworfen werden, bereits bei der ersten erfolglosen Zustellung zum Mittel der Publikation gegriffen zu haben. Das Amt habe auf die einheitlichen Angaben in den Verzeichnissen vertrauen und auf die Möglichkeit der Publikation zurückgreifen dürfen, nachdem die Zustellung auf diplomatischem Wege versucht worden sei, aber die entsprechenden Unterlagen zurückgekommen seien und ausserdem Hinweise auf eine neue Adresse gefehlt hätten. Weil sich der Beschwerdeführer nicht rechtzeitig um die Adressänderung bemüht habe, sei die Zustellung an ihn nicht erfolgreich gewesen und deshalb eine öffentliche Publikation nötig geworden. Diese Konsequenz habe sich der Beschwerdeführer selbst zuzuschreiben.

3.3.

3.3.1. Eine Zustellung durch öffentliche Publikation im Sinne von Art. 66 Abs. 4 SchKG darf nur als ultima ratio erfolgen (JEANNERET/LEMBO, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, N. 19 zu Art. 66 SchKG; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Bd. I, 1999, N. 48 zu Art. 66 SchKG). Das Gesetz sieht eine derartige Zustellung vor, wenn der Wohnort des Schuldners unbekannt ist (Ziff. 1), der Schuldner sich beharrlich der Zustellung entzieht (Ziff. 2) oder der Schuldner im Ausland wohnt und die Zustellung durch die Vermittlung der dortigen Behörden oder durch die Post gemäss Art. 66 Abs. 3 SchKG nicht innert angemessener Frist möglich ist (Ziff. 3).

3.3.2. Wenn die Vorinstanz annimmt, das Betreibungsamt habe darauf vertrauen dürfen, dass der Beschwerdeführer an der angegebenen Adresse in Gibraltar wohne, ist dies nicht haltbar. Die Einträge in den bernischen Verzeichnissen "Grudis" und "ZPV" belegen lediglich, dass der Beschwerdeführer die Adresse in Gibraltar damals - zu einem aus dem angefochtenen Entscheid nicht hervorgehenden Zeitpunkt - als Zustelladresse angegeben hatte. Zwar konnte die eingeschriebene Sendung mit der Arresturkunde im Juni 2014 zugestellt werden, doch ist nicht erstellt, von wem diese in Empfang genommen worden ist. Der Annahme, es handle sich um die aktuelle Wohnadresse des Beschwerdeführers hält dieser zu Recht entgegen, dass das Betreibungsamt vom um Rechtshilfe ersuchten "Registrar of the Supreme Court" in Gibraltar explizit informiert worden ist, dass sich an der fraglichen Adresse ein Lagerraum befinde (Schreiben vom 7. November 2014) sowie dass der Beschwerdeführer nicht an der fraglichen Adresse in Gibraltar wohnhaft sei und er wohl überhaupt nicht in Gibraltar wohne (Schreiben vom 23. Dezember 2014: "Mr. A. _____ does not reside at the address provided. We further understand that he does not live in Gibraltar."). Dem Beschwerdeführer

ist

daher beizupflichten, dass insgesamt wesentliche, von der Vorinstanz nicht berücksichtigte Tatsachenelemente gegen die Annahme der Vorinstanz sprechen, das Betreibungsamt habe auf die Richtigkeit der Adresse in Gibraltar vertrauen dürfen. Diese Annahme erweist sich mithin als offensichtlich unrichtig bzw. willkürlich (Art. 9 BV, vgl. zum Begriff: BGE 140 III 16 E. 2.1 S. 18 f. und 264 E. 2.3 S. 266).

Angesichts der dargelegten Umstände ist mit dem Beschwerdeführer davon auszugehen, dass er im fraglichen Zeitraum tatsächlich nicht an der angegebenen Adresse in Gibraltar wohnhaft war. Dafür spricht zusätzlich die Tatsache, dass das Bevölkerungs- und Migrationsamt des Kantons Genf in einem bereits der Vorinstanz vorgelegten Schreiben vom 26. März 2015 bestätigte, dass der Beschwerdeführer seit dem 17. Januar 2014 in Genf wohne. Damit ist der Vorinstanz auch nicht zu folgen, wenn sie den Tatbestand von Art. 66 Abs. 4 Ziff. 3 SchKG als erfüllt betrachtet hat, setzt dieser doch voraus, dass der Schuldner "im Ausland wohnt", die Zustellung durch die Vermittlung der dortigen Behörden oder durch die Post gemäss Art. 66 Abs. 3 SchKG aber nicht innert angemessener Frist möglich ist. Die Publikation des Zahlungsbefehls lässt sich mithin nicht auf diese Bestimmung stützen, wenn die Zustellung auf diplomatischem Weg bloss deshalb scheitert, weil sich die im Rechtshilfesuch angegebene Adresse als unzutreffend herausstellt. Auch die von der Vorinstanz zitierte Kommentarmeinung (PAUL ANGST, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, 2. Aufl. 2010, N. 23 zu Art. 66 SchKG) bezieht sich auf die Situation, in welcher der Wohnsitz des Schuldners im Ausland bekannt ist und ist daher vorliegend nicht einschlägig.

3.3.3. Es stellt sich weiter die Frage, ob die Vorinstanz von einem unbekanntem Wohnort im Sinne von Art. 66 Abs. 4 Ziff. 1 SchKG ausgehen durfte, auf welche Bestimmung sie sich ebenfalls berufen hat. Dabei genügt für die öffentliche Bekanntmachung nicht bereits der Umstand, dass der Wohnort oder Aufenthaltsort desjenigen, dem eine Urkunde zugestellt werden sollte, der Gegenpartei und dem Betreibungsamt tatsächlich unbekannt ist. Nach einhelliger Rechtsprechung und Lehre haben sowohl Gläubiger als auch das Betreibungsamt alle zweckmässigen, der Sachlage entsprechenden Nachforschungen zu unternehmen, um eine mögliche Zustelladresse des Schuldners, sei es auch nicht an seinem allfälligen festen Wohnsitz, herauszufinden (BGE 112 III 6 E. 4 S. 8; 64 III 40 E. 2 S. 43; 56 I 89 E. 2 S. 94 f.; GILLIÉRON, a.a.O., N. 54 zu Art. 66 SchKG; YVES DONZALLAZ, La notification en droit interne suisse, 2002, S. 247 Rz. 459; ANGST, a.a.O., N. 21 zu Art. 66 SchKG).

3.3.4. Wenn die Vorinstanz vorliegend weitere Nachforschungen kurzerhand als nicht erforderlich erachtet hat, hält dies vor Bundesrecht nicht stand. Einerseits durfte das Betreibungsamt gerade nicht auf die Richtigkeit der Adresse in Gibraltar vertrauen (vgl. E. 3.3.2) und andererseits waren die zumutbaren Abklärungsmöglichkeiten mit der Konsultation der bernischen Verzeichnisse "ZPV" und "Grudis" noch nicht erschöpft. Die Vorinstanz hätte berücksichtigen müssen, dass der Beschwerdeführer Eigentümer einer Liegenschaft in der Gemeinde U. _____ ist (Arrestobjekt) und als solcher - auch für den Zeitraum der Verlegung des Wohnsitzes ins Ausland - (beschränkt) steuerpflichtig blieb. Gemäss § 159 Abs. 3 des Steuergesetzes des Kantons Bern vom 21. Mai 2000 sind Steuerpflichtige mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland verpflichtet, eine Vertreterin, einen Vertreter oder ein Zustelldomizil in der Schweiz zu bezeichnen. Um weitere Anhaltspunkte zu gewinnen, war es dem Betreibungsamt daher namentlich zuzumuten, bei der Steuerverwaltung anzufragen, ob sie über Kontaktdaten des Beschwerdeführers verfüge oder ob dieser einen Vertreter in Steuerangelegenheiten in der Schweiz bestimmt habe, der allenfalls über die aktuelle Adresse seines Auftraggebers Auskunft geben könnte und in dessen wohlverstandenen Interesse auch sollte. In tatsächlicher Hinsicht steht fest und kann ergänzt werden (Art. 105 Abs. 2 BGG), dass der Beschwerdeführer der Steuerverwaltung sowohl seine nach wie vor aktuelle Mobiltelefonnummer angegeben als auch einen Vertreter in der Schweiz bezeichnet hatte. Auch der Einwohnergemeinde U. _____ waren diese Angaben seit 2008 bekannt. Das Betreibungsamt konnte diese Informationen denn auch auf einfache Anfrage hin rund zwei Wochen nach der Publikation des Zahlungsbefehls erhältlich machen und den Beschwerdeführer am gleichen Tag telefonisch erreichen. Nachdem derartige Bemühungen vor der Publikation unterblieben sind, kann nicht gesagt werden, es seien alle zumutbaren, der Sachlage entsprechenden Nachforschungen unternommen worden, um den Wohnort des Schuldners ausfindig zu machen und ihm den Zahlungsbefehl auf dem Wege der ordentlichen Zustellung zu übermitteln. Vielmehr muss die öffentliche Publikation als voreilig bezeichnet werden.

3.4. Die Aufsichtsbehörde ist nach dem Gesagten zu Unrecht zur Auffassung gelangt, das Betreibungsamt habe die Zustellung des Zahlungsbefehls gestützt auf Art. 66 Abs. 4 Ziff. 1 oder 3

SchKG durch öffentliche Bekanntmachung vornehmen dürfen. In Gutheissung der Beschwerde sind der angefochtene Entscheid und die öffentliche Zustellung des Zahlungsbefehls daher aufzuheben. Das Betreibungsamt ist einzuladen, eine neue Zustellung vorzunehmen.

4.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Beschwerdegegner zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen (Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG) sowie dem obsiegenden Beschwerdeführer eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 68 Abs. 1 und 4 BGG). Eine Rückweisung der Sache an die Aufsichtsbehörde zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens (Art. 67 und Art. 68 Abs. 5 BGG) erübrigt sich, da das Verfahren vor der kantonalen Aufsichtsbehörde kostenlos war (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG) und keine Parteientschädigung zugesprochen werden durfte (Art. 62 Abs. 2 der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, GebV SchKG, SR 281.35).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern, Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen, vom 17. Juni 2015 wird aufgehoben. Die öffentliche Zustellung des Zahlungsbefehls in der Betreibung Nr. yyy des Betreibungsamtes Oberland, Dienststelle Oberland Ost, vom xx.xx.2015 wird als ungültig aufgehoben.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden den Beschwerdegegnern unter solidarischer Haftung auferlegt.

3.

Die Beschwerdegegner haben den Beschwerdeführer mit Fr. 3'000.-- unter solidarischer Haftung zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Betreibungsamt Oberland, Dienststelle Oberland Ost, und dem Obergericht des Kantons Bern, Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 12. Oktober 2015

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Das präsidierende Mitglied: Escher

Der Gerichtsschreiber: Buss