

## Urteilkopf

138 III 265

41. Auszug aus dem Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung i.S. X. gegen Betreibungsamt A. (Beschwerde in Zivilsachen) 5A\_776/2011 vom 15. März 2012

**Regeste (de):**

Art. 5, 17 und 66 Abs. 4 SchKG; öffentliche Bekanntmachung des Zahlungsbefehls.

Anfechtung der öffentlichen Bekanntmachung des Zahlungsbefehls mit betreibungsrechtlicher Beschwerde und Abgrenzung zur Staatshaftung (E. 3).

**Regeste (fr):**

Art. 5, 17 et 66 al. 4 LP; notification d'un commandement de payer par publication.

Contestation de la notification d'un commandement de payer par voie édictale au moyen d'une plainte à l'autorité de surveillance et délimitation avec la responsabilité de l'Etat (consid. 3).

**Regesto (it):**

Art. 5, 17 e 66 cpv. 4 LEF; notifica del precetto esecutivo mediante pubblicazione.

Impugnazione, con un ricorso all'autorità di vigilanza, della notifica del precetto esecutivo fatta mediante pubblicazione e distinzione dalla responsabilità dello Stato (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 266

BGE 138 III 265 S. 266

A. Mit Betreibungsbegehren vom 13. Mai 2011 ersuchte die Z. AG das Betreibungsamt A., gegen X. die Betreuung für die Forderungssumme von Fr. 3'876.- nebst Zinsen einzuleiten. Die Betreuungsgläubigerin fügte im Betreibungsbegehren an, dass der Schuldner im November 2011 seine Wohnadresse in B. aufgegeben habe und seither unauffindbar sei, weshalb die Publikation des Zahlungsbefehls gewünscht werde. In der Folge machte das Betreibungsamt den Zahlungsbefehl Nr. 1 durch Publikation im Amtsblatt Basel-Landschaft (...) und im Schweizerischen Handelsamtsblatt (...) bekannt.

B. Am 24. Juni 2011 gelangte X. an die Aufsichtsbehörde Schuldbetreibung und Konkurs Basel-Landschaft. Er verlangte die Aufhebung des Zahlungsbefehls Nr. 1, eine Genugtuung von Fr. 1'000.- sowie die Veröffentlichung einer Meldung über die irrtümliche öffentliche Bekanntmachung des Zahlungsbefehls. Das Betreibungsamt teilte in der Vernehmlassung zur Beschwerde mit, dass die Gläubigerin die Betreuung inzwischen zurückgezogen habe und im Übrigen die öffentliche Bekanntmachung des Zahlungsbefehls rechtens gewesen sei. Mit Entscheid vom 23. August 2011 trat die kantonale Aufsichtsbehörde auf die Beschwerde nicht ein.

C. Mit Eingabe vom 4. November 2011 (Postaufgabe) hat X. Beschwerde in Zivilsachen erhoben. Der Beschwerdeführer beantragt (wie im kantonalen Verfahren), der Zahlungsbefehl Nr. 1 sei aufzuheben, eventualiter sei die Unzulässigkeit der Publikation festzustellen; weiter beantragt er die Zusprechung von Fr. 1'000.- als Genugtuung und die Veröffentlichung eines Korrekturvermerks. (...) Das Bundesgericht weist die Beschwerde in Zivilsachen ab.  
(Auszug)

## Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. Anlass zur vorliegenden Beschwerde gibt die Anfechtung der öffentlichen Bekanntmachung des

Zahlungsbefehls in einer Betreuung, welche die Gläubigerin während des kantonalen Verfahrens zurückgezogen hat.

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 (vgl. BGE 64 III 40 E. 1 S. 42; 136 III 571 E. 6.1 S. 573).

BGE 138 III 265 S. 267

3.2 Nach der Rechtsprechung kann der Betriebene mit Beschwerde nach Art. 17 SchKG die Aufhebung der öffentlichen Bekanntmachung des Zahlungsbefehls wegen Verletzung von Art. 66 Abs. 4 SchKG verlangen, selbst wenn er rechtzeitig Rechtsvorschlag erhoben hat, da mit der Ediktalzustellung der Betreuungsort in Frage stehen kann (BGE 34 I 590 E. 4 S. 593) oder Gebühren verbunden sowie moralische Interessen beeinträchtigt sein können (BGE 36 I 782 E. 1 S. 784; BGE 128 III 465 E. 1 S. 466). Hingegen ist die betreibungsrechtliche Beschwerde unzulässig, wenn damit bezweckt wird, lediglich die Rechtswidrigkeit der öffentlichen Bekanntmachung eines Zahlungsbefehls festzustellen (GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Bd. I, 1999, N. 58 zu Art. 66 SchKG). Im Allgemeinen muss mit der Beschwerde nach Art. 17 SchKG eine verfahrensrechtliche Korrektur bewirkt werden können, und darf es nie bloss darum gehen, eine Grundlage für die Geltendmachung von Schadenersatz- oder Genugtuungsansprüchen zu schaffen (BGE 99 III 58 E. 2 S. 60; BGE 118 III 1 E. 2b S. 3; BGE 120 III 107 E. 2 S. 108).

3.3 Streitpunkt ist, ob die Voraussetzungen zur Anfechtung der öffentlichen Bekanntmachung des Zahlungsbefehls mit Beschwerde nach Art. 17 SchKG gegeben sind.

3.3.1 Es steht fest, dass die Gläubigerin am 28. Juni 2011 - während des kantonalen Beschwerdeverfahrens - unter Hinweis darauf, dass der Beschwerdeführer allen seinen Verpflichtungen nachgekommen sei, gegenüber dem Betreibungsamt den Rückzug der Betreuung erklärt hat. Der Rückzug der Betreuung erfasst deren Grundlage: das Betreibungsbegehren (BGE 69 III 4 S. 5; GILLIÉRON, a.a.O., N. 120 zu Art. 67 SchKG). Mit dessen Rückzug durch die Gläubigerin ist die Betreuung aufgehoben (vgl. BGE 32 I 717 S. 721 oben). Anders als in den Fällen, in welchen eine Betreuung besteht und die Rechtsprechung (E. 3.2) die Anfechtung der öffentlichen Bekanntmachung des Zahlungsbefehls erlaubt, liegt hier eine aufgehobene Betreuung vor, wobei der Abschluss noch während des kantonalen Verfahrens erfolgte. Der Abschluss des Betreibungsverfahrens schliesst jedoch die Beachtung und die Berichtigung von Verfahrensfehlern grundsätzlich aus, zumal hier keine Amtshandlungen zum Schluss des Verfahrens (wie z.B. die Behandlung des Rückzugs im Betreibungsregister) zur Rede steht (vgl. BGE 99 III 58 E. 2 S. 60; LORANDI, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, 2000, N. 13 und 14 zu Art. 17 SchKG, mit Hinweisen). Insoweit ist nicht BGE 138 III 265 S. 268

ersichtlich, dass der beantragte kantonale Beschwerdeentscheid (mit dem Rechtsbegehren um Aufhebung der Ediktalzustellung) im konkreten Vollstreckungsverfahren eine praktische Wirkung entfalten soll.

3.3.2 Der Beschwerdeführer wirft die Frage der Gebühren für die angeblich zu Unrecht erfolgte öffentliche Bekanntmachung des Zahlungsbefehls auf. Es trifft zu, dass nach der Rechtsprechung (E. 3.2) die Anfechtung der Publikation mit Blick auf die allfälligen Gebühren zulasten des Betriebenen möglich ist. Diese Frage stellt sich vorliegend jedoch nicht. Die Kosten für die öffentliche Bekanntmachung (Art. 11 und 13 Abs. 1 GebV SchKG [SR 281.35]) sind vom Betreuungsgläubiger vorzuschüssen (Art. 68 Abs. 1 SchKG). Dass dies geschehen ist, bestreitet der Beschwerdeführer nicht. Zieht jedoch - wie hier - die Gläubigerin die Betreuung zurück, tritt die Überwälzung der Kosten vorgenommener Betreibungshandlungen nicht ein, und sie hat den von ihr geleisteten Vorschuss selber zu tragen (FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, 1984, § 15 Rz. 11 S. 184). Entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers steht hier keine Entscheidung des Betreibungsamtes über die Gebühren der Publikation aus. Daran ändert nichts, wenn er vorbringt, er habe der Gläubigerin (auch) die Gebühr für die öffentliche Bekanntmachung zurückerstattet, bevor diese die Betreuung zurückgezogen habe, und "diese Kosten von der Gläubigerin noch nicht zurückerstattet worden seien". Abgesehen davon, dass die erwähnte Zahlung als tatsächliches Vorbringen im angefochtenen Entscheid keine Stütze findet (Art. 105 Abs. 1 BGG), wäre dies nicht entscheidenderheblich: Zahlungen des Schuldners an den Gläubiger stellen keine Akte der Betreibungsorgane dar, über welche die Aufsichtsbehörden zu urteilen haben (vgl. BGE 73 III 69 S. 1 S. 70).

3.3.3 Nach dem Gesagten sind mit der umstrittenen öffentlichen Bekanntmachung des

Zahlungsbefehls keine weiteren amtlichen Kosten verbunden. Es können demnach einzig moralische Interessen des Beschwerdeführers beeinträchtigt sein. Dies genügt nicht zur Anfechtung der Publikation (vgl. BGE 34 I 590 E. 4 S. 593: Betreuungsort; BGE 128 III 465 E. 1 S. 466: Gebühren und moralische Interessen). Andernfalls läuft - wie hier - die betreibungsrechtliche Beschwerde darauf hinaus, lediglich die allfällige Rechtswidrigkeit der öffentlichen Bekanntmachung des Zahlungsbefehls festzustellen. Dies ist unzulässig, weil keine verfahrensrechtliche Korrektur erwirkt werden kann, zumal der Beschwerdeführer die Feststellung der BGE 138 III 265 S. 269

angeblich rechtswidrigen öffentlichen Bekanntmachung des Zahlungsbefehls gerade verlangt, damit ihm eine Genugtuung zugesprochen werde. Die mit BGE 128 III 465 ff. bestätigte Rechtsprechung hat (wie in E. 3.2 erwähnt) nichts an der Abgrenzung zwischen der Beschwerde (Art. 17 SchKG) und der Haftung (Art. 5 SchKG) geändert.

3.3.4 Seit der Gesetzesrevision von 1997 hält Art. 5 Abs. 4 SchKG ausdrücklich fest, dass im Fall, in welchem ein Zwangsvollstreckungsorgan in Erfüllung seiner Aufgaben widerrechtlich einen Schaden verursacht, ein Anspruch auf Genugtuung bestehen kann, wenn die Schwere der Verletzung dies rechtfertigt (Abs. 4). Die öffentliche Bekanntmachung einer Betreuungsurkunde, ohne dass die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, kann Anspruch auf Genugtuung geben (DALLÈVES, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, N. 7 zu Art. 5 SchKG). Ob die Voraussetzungen nach Art. 5 SchKG erfüllt sind, wird jedoch nicht von der Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen (Art. 17 SchKG), sondern vom Gericht nach Art. 5 SchKG entschieden. Auch die ("im Sinne einer Gegendarstellung nach Art. 28 ff. ZGB") angebehrte Publikation eines "Korrekturvermerks" fällt - wie allgemein die Publikation des Urteils über eine rechtswidrige öffentliche Bekanntmachung des Zahlungsbefehls - nicht in die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden (BGE 29 I 565 E. 5 S. 571; 36 I 782 E. 3 S. 785/786; GILLIÉRON, a.a.O., N. 58 zu Art. 66 SchKG).

3.4 Nach dem Dargelegten vermag der Beschwerdeführer keine Rechtsverletzung darzutun, wenn die Aufsichtsbehörde auf seine Beschwerde nicht eingetreten ist. Daran ändert nichts, dass die Aufsichtsbehörde dem Betreibungsamt (gestützt auf die Aufsichtsbefugnis nach Art. 13 SchKG) Anweisungen zum Vorgehen in zukünftigen Fällen gegeben hat und in diesem Zusammenhang das konkrete Vorgehen des Betreibungsamtes als "unzulässig" bezeichnet hat. Schliesslich bringt der Beschwerdeführer vergeblich vor, die Aufsichtsbehörde hätte sein Begehren, wenn sie es schon als Klage auf Schadenersatz bzw. Genugtuung betrachte, an die zuständige Instanz weiterleiten müssen. In der Beschwerdeschrift wird nicht dargelegt, inwiefern die bundesrechtlichen Vorgaben für das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden (Art. 20 Abs. 2 SchKG) oder kantonale Verfahrensvorschriften (Art. 20 Abs. 3 SchKG) verletzt seien, wenn die Aufsichtsbehörde angenommen hat, dass die Eingabe des Beschwerdeführers keine Überweisungspflicht ausgelöst habe.