Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5A 487/2009

Urteil vom 12. Oktober 2009
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Hohl, Präsidentin,
Bundesrichterin Escher, Bundesrichter von Werdt,
Gerichtsschreiber Levante.

Parteien
X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Daniel Philippe Hofstetter,
Beschwerdeführerin,

gegen

Z._____ GmbH,
Beschwerdegegner,

Betreibungsamt Bern-Mittelland, Dienststelle Bern, Poststrasse 25, 3072 Ostermundigen,
Mitbeteiligter.

Gegenstand
Pfändungsankündigung; Zustellung des Zahlungsbefehls,

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern, Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkurssachen, vom 6. Juli 2009.

Sachverhalt:

A.
Das Betreibungsamt Bern-Mittelland, Dienststelle Bern, kündigte in der gegen X._____ laufenden Betreibung Nr. 1 (Gläubigerin: Z._____ GmbH; Forderungssumme: Fr. 995.– nebst Zinsen und Kosten) am 16. März 2009 die Pfändung an. Hiergegen erhob X._____ Beschwerde und beantragte, die Pfändungsankündigung sowie den Zahlungsbefehl in der erwähnten Betreibung aufzuheben bzw. nichtig zu erklären, mit der Begründung, dass sie vom Zahlungsbefehl nie Kenntnis erlangt habe. Eventuell sei die Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlages wiederherzustellen.

B.
Das Obergericht des Kantons Bern, Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkurssachen, wies die Beschwerde sowie das Gesuch um Fristwiederherstellung mit Entscheid vom 6. Juli 2009 ab.

C.
Mit Eingabe vom 20. Juli 2009 führt X._____ Beschwerde in Zivilsachen. Die Beschwerdeführerin beantragt dem Bundesgericht, den Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde vom 6. Juli 2009 aufzuheben und festzustellen, dass der Zahlungsbefehl vom 15. Juli 2008 sowie die Pfändungsankündigung vom 16. März 2009

in der Betreibung Nr. 1 (Betreibungsamt Bern-Mittelland, Dienststelle Bern) nichtig seien. Eventuell sei die Sache zur Neubeurteilung an die kantonale Aufsichtsbehörde zurückzuweisen.

Es sind keine Vernehmlassungen eingeholt worden. Mit Präsidialverfügung vom 24. Juli 2009 wurde das Gesuch um aufschiebende Wirkung abgewiesen.

Erwägungen:

1.
1.1 Entscheide in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen unterliegen der Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG). Beschwerdeentscheide der kantonalen Aufsichtsbehörden über Verfügungen der Vollstreckungsorgane gemäss Art. 17 SchKG - wie die Zustellung des Zahlungsbefehls und die Pfändungsankündigung - sind Endentscheide im Sinne von Art. 90 BGG (vgl. BGE 133 III 350 E. 1.2 S. 351). Die Beschwerde in Zivilsachen ist grundsätzlich zulässig.

1.2 Mit vorliegender Beschwerde kann u.a. die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG), zu welchem nach der Begriffsbestimmung auch das Verfassungsrecht gehört. In der Beschwerdebegründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten ist in der Beschwerdeschrift vorzubringen und zu begründen (Art. 106 Abs. 2 BGG), wobei das Rügeprinzip gilt (BGE 133 III 589 E. 2 S. 591). Im Weiteren legt das Bundesgericht seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG).

2.
Im Verfahren vor der kantonalen Aufsichtsbehörde war umstritten, ob die Beschwerdeführerin vor dem Zeitpunkt der Pfändungsankündigung vom Zahlungsbefehl Kenntnis erlangt hatte. Die Vorinstanz hat festgehalten, dass auf dem Zahlungsbefehl in der Betreibung Nr. 1 die Zustellung an F̈rau X._____äm 14. Oktober 2008 durch den Betreibungsweibel Y._____ bescheinigt sei. Die Beschwerdeführerin habe weder ein Arztzeugnis vorgelegt, noch bewiesen, dass sie sich tatsächlich Mitte Oktober 2008 in der Seniorenvilla A._____ aufgehalten habe. Ihre Behauptung, sie sei wegen ihres Gesundheitszustandes nicht in der Lage gewesen, den Zahlungsbefehl auf dem Amt abzuholen, zumal sie auf den Rollstuhl angewiesen sei, vermöge die Richtigkeit der Bescheinigung auf dem Zahlungsbefehl nicht in Frage zu stellen. Dass die Abholungseinladung an den Weg B._____ gesandt worden sei, ändere nichts daran, selbst wenn sie ihren Aufenthalt in der Seniorenvilla A._____ belegt hätte. Ihr Sohn S._____ wohne am Weg B._____, habe mit seiner Mutter Kontakt und hätte ohne weiteres die Abholungseinladung an die Mutter weiterleiten können.

3.
Anlass zur vorliegenden Beschwerde gibt die Zustellung der Pfändungsankündigung und die Rüge, in der betreffenden Betreibung keinen Zahlungsbefehl erhalten zu haben. Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz im Wesentlichen vor, bei der Würdigung der Umstände, welche die Zustellungsbescheinigung auf dem Zahlungsbefehl in Frage stellen, die Untersuchungsmaxime (Art. 20 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) sowie Art. 9 und Art. 29 Abs. 2 BV verletzt zu haben.

3.1 Zu Recht ist unbestritten, dass eine fehlerhafte Zustellung des Zahlungsbefehls, welcher dem Betriebenen nicht zur Kenntnis gelangt, nichtig gemäss Art. 22 SchKG ist (BGE 120 III 117 E. 2c S. 119). Die Aufsichtsbehörde hat erwogen, dass der umstrittene Zahlungsbefehl auf dem Betreibungsamt abgeholt worden sei. Fest steht, dass auf dem Zahlungsbefehl in der Betreibung Nr. 1 die Zustellung an F̈rau X._____äm 14. Oktober 2008 durch den Betreibungsweibel Y._____ bescheinigt ist. Als öffentliche Urkunde im Sinne von Art. 9 ZGB kommt dieser Bescheinigung, Gegenbeweis vorbehalten, für ihren Inhalt volle Beweiskraft zu (vgl. aArt. 8 Abs. 3 SchKG; BGE 26 I 239 S. 240; 120 III 117 E. 2 [Ingress]S. 118; zuletzt Urteil 5A 29/2009 vom 18. März 2009 E. 4). Gemäss Art. 8 Abs. 2 SchKG (nach der Revision von 1994) sind die Protokolle und Register bis zum B̈eweis des Gegenteilsf̈ür ihren Inhalt beweiskräftig. Diese Änderung hat den Inhalt der Bestimmung nicht verändert (vgl. James T. Peter, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, N. 2 zu Art. 8), sondern Art. 8 Abs. 2 SchKG und Art. 9 Abs. 1 ZGB haben nach wie vor den gleichen

Sinn und die gleiche Tragweite (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, N. 30 zu Art. 8).

3.2 Die Beschwerdeführerin bestätigt die Auffassung der Aufsichtsbehörde, dass die Frage, ob der Gesundheitszustand überhaupt die Abholung des Zahlungsbefehls auf dem Amt erlaubt und ob sie sich im fraglichen Zeitraum in der Seniorenvilla A._____ aufgehalten habe, rechtserheblich ist. Sie wirft der Vorinstanz im Wesentlichen eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes vor, weil weder ihr Gesundheitszustand noch ihr Aufenthaltsort von Amtes wegen abgeklärt worden seien. Der Einwand geht fehl. Die Beschwerdeführerin selber hat die betreffenden Umstände in ihrer Beschwerde als rechtserheblich betrachtet. Dazu hat die Aufsichtsbehörde erwogen, dass die Beschwerdeführerin kein Arztzeugnis vorgelegt habe, welches den schlechten Gesundheitszustand belege; ebenso wenig habe sie bewiesen, dass sie sich tatsächlich Mitte Oktober 2008 in der Seniorenvilla A._____ aufgehalten habe. Dass es sich dabei um Umstände handelt, welche die - ohne weiteres zumutbare - Mitwirkung der Beschwerdeführerin notwendig machen (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG; GILLIÉRON, a.a.O., N. 33 zu Art. 20a), wird in der Beschwerdeschrift zu Recht nicht in Frage gestellt. Damit wäre es an der Beschwerdeführerin gewesen, im kantonalen Verfahren neben der Darstellung des Sachverhaltes auch die entsprechenden Beweismittel beizubringen. Insofern liegt keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes gemäss Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG vor.

3.3 Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe bereits im kantonalen Verfahren (unter Art. 2 Abs. 5 in ihrer Eingabe vom 6. Mai 2009) die Zustellung des Zahlungsbefehls auf dem Amt bestritten und hierfür den Beweisantrag gestellt, den Betreibungsweibel Y._____ und Frau Z._____ vom Betreibungsamt als Zeugen einzuvernehmen. In der Tat hat die Beschwerdeführerin diesen Antrag gestellt, ohne dass die Vorinstanz dazu näher Stellung dazu bezogen hat.
3.3.1 Nach der Rechtsprechung dürfen im Beschwerdeverfahren nach Art. 17 f. SchKG nicht so strenge Anforderungen an das Anerbieten von Beweisen gestellt werden wie in einem Zivilprozess (BGE 107 III 1 E. 2 S. 3). Die Geltung der Untersuchungsmaxime nach Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG schliesst - gleich wie in gewissen Zivilprozessen (vgl. Art. 114 II 200 E. 2b) - jedoch eine antizipierte Beweiswürdigung nicht aus (Urteil 7B.155/2005 vom 7. Oktober 2005 E. 3.3; GILLIÉRON, a.a.O., N. 29 zu Art. 20a). Die bundesgerichtliche Praxis ist allgemein streng, wo die Beweisanträge eines Rechtssuchenden ohne jede Begründung übergangen werden. Im Falle vorweggenommener Beweiswürdigung muss sich aus dieser zumindest implicite ergeben, weshalb das Gericht dem nicht abgenommenen Beweismittel jede Erheblichkeit oder Tauglichkeit abspricht (vgl. BGE 114 II 289 E. 2a S. 291; Urteil 5P.322/2001 vom 30. November 2001 E. 3c, nicht publ. in: BGE 128 III 4).
3.3.2 Diese Voraussetzung kann hier als erfüllt betrachtet werden. Die Beschwerdeführerin hat in der Eingabe an die Vorinstanz vorgebracht, der Betreibungsweibel Y._____ vermöge sich in Anbetracht seiner Auskünfte offenbar nicht mehr erinnern, wo und an wen die Zustellung erfolgt sei, sondern verweise einzig auf die Bescheinigung. Frau Z._____ vom Betreibungsamt ist unbestrittenermassen nicht die zustellende Beamtin gewesen. Vor diesem Hintergrund durfte die Aufsichtsbehörde ohne Verletzung des Willkürverbotes annehmen, eine Einvernahme dieser Zeugen vermöge an ihrer Überzeugung, dass mangels Belegen weder der Gesundheitszustand noch der Aufenthaltsort der Beschwerdeführerin Mitte Oktober 2008 die Richtigkeit der Zustellungsbescheinigung in Frage stelle, nicht zu ändern. Insoweit verletzt das Übergehen des gestellten Beweisantrages weder das rechtliche Gehör noch das Willkürverbot.

3.4 Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe in unzulässiger Weise angenommen, dass sie über ihren Sohn Kenntnis von der Abholungseinladung bzw. Möglichkeit der Zustellung des Zahlungsbefehls auf dem Amt erlangt habe. Die Vorbringen gehen an der Sache vorbei. Die Aufsichtsbehörde hat nur für den Fall, dass der Aufenthalt der Beschwerdeführerin in der Seniorenvilla belegt wäre, festgehalten, dass die Zusendung der Abholungseinladung an den Weg B._____ ebenfalls keinen Zweifel an der Richtigkeit der Zustellungsbescheinigung aufkommen lassen würde. Nach der vorinstanzlichen Erwägung ist die Zustellung der Abholungseinladung gar nicht entscheiderheblich gewesen, zumal der Beleg über den umstrittenen Aufenthalt nicht vorgelegt wurde. Ebenso wenig war gemäss der vorinstanzlichen Begründung die von den beiden erwähnten Zeugen zu belegende Behauptung, die Adresse Ä._____sei unbekannt, entscheiderheblich. In diesem Punkt ist die Rüge einer Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes oder des Willkürverbotes

unbegründet.

3.5 Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Vorinstanz ihr Argument, sie hätte Rechtsvorschlag erhoben, wenn ihr der Zahlungsbefehl zugestellt worden wäre, nicht gewürdigt habe. Dies trifft nicht zu. Die Aufsichtsbehörde hat festgehalten, der Hinweis der Beschwerdeführerin auf die Tatsache, dass bei der Zustellung kein Rechtsvorschlag erhoben worden sei, lasse nicht darauf schliessen, dass ihr der Zahlungsbefehl nicht zugestellt worden sei. Entgegen der Darstellung in der Beschwerdeschrift ist demnach das Vorbringen in der Entscheidfindung berücksichtigt worden. Von einer Verletzung des Anspruchs des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV; BGE 130 II 530 E. 4.3 S. 540) kann nicht gesprochen werden.

3.6 Schliesslich verlangt die Beschwerdeführerin, dass verschiedene Beweismittel zum Gesundheitszustand und zur Anwesenheit der Beschwerdeführerin im Oktober 2008 in der Seniorenvilla als Noven berücksichtigt werden (u.a. Arztzeugnis vom 20. Juli 2009, Bestätigungen der Seniorenvilla A._____ vom 16./20. Juli 2009).
3.6.1 Mit den neuen Beweismitteln will die Beschwerdeführerin im bundesgerichtlichen Verfahren belegen, dass die Zustellung des Zahlungsbefehls nichtig sei. Die frühere Rechtsprechung, wonach zur Feststellung der Nichtigkeit einer Verfügung (Art. 22 SchKG) Noven zulässig waren (BGE 91 III 41 E. 4 S. 45; 96 III 31 E. 1 S. 33) ist nicht mehr massgebend, weil das Bundesgericht nicht mehr Aufsichtsinstanz ist (Art. 15 SchKG; Fassung gemäss Anhang Ziff. 6 des BGG, in Kraft seit 1. Januar 2007). Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Berücksichtigung der neuen Beweismittel richtet sich - wie sie selber zu Recht annimmt - einzig nach Art. 99 BGG. Ihr Hinweis auf Art. 105 Abs. 2 BGG ist hingegen unbehelflich, da die Berücksichtigung von Noven, und nicht die Berichtigung bzw. Ergänzung von Sachverhaltsfeststellungen verlangt wird.
3.6.2 Der angefochtene Entscheid gibt entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin keinen Anlass zu Tatsachenvorbringen betreffend den Gesundheitszustand und die Wohnsituation im Oktober 2008. Diese Umstände sind nicht erstmals von der Aufsichtsbehörde als rechtserheblich erachtet worden. Vielmehr hat - wie im angefochtenen Entscheid zu Recht festgehalten wird - die Beschwerdeführerin selber in ihrer Eingabe im kantonalen Verfahren entsprechende Behauptungen aufgestellt. Damit scheidet die Zulässigkeit von Noven gestützt auf Art. 99 BGG aus und die neuen Beweismittel der Beschwerdeführerin können nicht berücksichtigt werden.

4.
Nach dem Dargelegten ist der Beschwerde kein Erfolg beschieden. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde in Zivilsachen wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 500.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkurssachen, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 12. Oktober 2009
Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Die Präsidentin: Der Gerichtsschreiber:

Hohl Levante