

# BGer 5A 103/2021 vom 18. Oktober 2021

Bundesgericht, 2021-10-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_103\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_103_2021)

FR: TF 5A 103/2021 du 18 octobre 2021

IT: TF 5A 103/2021 del 18 ottobre 2021

## Regeste

Nichtigkeit einer Betreuung | Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

## Erwägungen

### E. 1.1

Der angefochtene Entscheid einer kantonalen Rechtsmittelinstanz hat die Beurteilung der Nichtigkeit einer Betreuung zum Gegenstand. Dagegen ist die Beschwerde in Zivilsachen unabhängig eines Streitwertes gegeben ( Art. 19 SchKG i.V.m. Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG ). Der Beschwerdeführer ist als Schuldner vom angefochtenen Entscheid besonders berührt und daher zur Beschwerde berechtigt ( Art. 76 Abs. 1 lit. a BGG ). Auf die fristgerecht erhobene Beschwerde ist einzutreten ( Art. 100 Abs. 2 lit. a BGG ).

### E. 1.2

Mit der vorliegenden Beschwerde kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht geltend gemacht werden ( Art. 95 lit. a BGG ). In der Beschwerde ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt ( Art. 42 Abs. 1 BGG ; BGE 140 III 86 E. 2). Die Verletzung verfassungsmässiger Rechte ist ebenfalls zu begründen, wobei hier das Rügeprinzip gilt ( BGE 142 III 364 E. 2.4).

### E. 1.3

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann deren Feststellungen von Amtes wegen ergänzen ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). Neue Tatsachen und Beweismittel sind nur zulässig, soweit der angefochtene Entscheid dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ).

## E. 2

Anlass zur Beschwerde gibt die Zustellung eines Zahlungsbefehls während der Dauer des vom Bundesrat gestützt auf Art. 62 SchKG angeordneten allgemeinen Rechtsstillstandes.

### E. 2.1

Der Bundesrat oder mit seiner Zustimmung die Kantonsregierung kann im Falle einer Epidemie oder eines Landesunglücks für ein bestimmtes Gebiet oder für bestimmte Teile der Bevölkerung den allgemeinen Rechtsstillstand beschliessen ( Art. 62 SchKG ). Der Bundesrat hat angesichts der Covid-19-Pandemie am 16. März 2020 die ausserordentliche Lage gemäss Art. 7 des Epidemiegesetzes (SR 818.101) ausgerufen. Am 18. März 2020 hat er gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV einen allgemeinen Rechtsstillstand gemäss Art. 62 SchKG für das gesamte Gebiet der Schweizerischen Eidgenossenschaft angeordnet. Die Verordnung trat am 19. März 2020 in Kraft und galt bis zum 4. April 2020 (SR 281.241; AS 2020 836). Daran schlossen sich die Betreibungsferien gemäss Art. 56 Ziff. 2 SchKG an,

womit der Betreibungsstillstand bis am 19. April 2020 und die Fristverlängerung (für Fristen, deren Ende in den Rechtsstillstand bzw. die Betreibungsferien fielen) bis am 22. April 2020 andauerte. Eine Verlängerung des allgemeinen (unbeschränkten) Rechtsstillstandes erfolgte nicht.

## **E. 2.2**

Im vorliegenden Fall erfolgte die Zustellung des Zahlungsbefehls an den Beschwerdeführer am 19. März 2020, mithin während des vom Bundesrat angeordneten Rechtsstillstandes. Dass mit der Zustellung des Zahlungsbefehls eine Betreibungshandlung vorgenommen worden ist, welche in den sachlichen Bereich des Rechtsstillstandes fällt, steht ausser Zweifel ( Art. 56 SchKG ; BGE 121 III 56 E. 2a). Der Beschwerdeführer hätte die Anfechtung des Zahlungsbefehls nach Ablauf des allgemeinen Rechtsstillstandes und der anschliessenden Betreibungsferien beginnenden Beschwerdefrist von Art. 17 SchKG vornehmen können (WYSSEN, Geschlossene Zeiten, Betreibungsferien und Rechtsstillstand, 1995, S. 117).

## **E. 2.3**

Der Beschwerdeführer hat gegen die rechtswidrige Zustellung des Zahlungsbefehls keine Beschwerde, sondern Rechtsvorschlag erhoben. Nach Eingang des Verwertungsbegehrens hat er gegenüber dem Betreibungsamt erstmals geltend gemacht, dass die Zustellung des Zahlungsbefehls während dem allgemeinen Rechtsstillstand und damit die Betreibung als solche nichtig sei. Zu erörtern ist zunächst die Rechtsfolge der Verletzung des Rechtsstillstandes nach Art. 62 SchKG .

### **E. 2.3.1**

Verstossen Verfügungen gegen Vorschriften, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind, so sind sie nichtig ( Art. 22 Abs. 1 SchKG ). Fehlerhafte Verfügungen der Vollstreckungsorgane sind in der Regel anfechtbar. Als nichtig erweisen sie sich erst dann, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, weil er die Verletzung von in Art. 22 SchKG genannten Vorschriften erfasst (zuletzt Urteile 5A\_714/2020 vom 1. März 2021 E. 2.2.1; 5A\_367/2019 vom 23. Juni 2020 E. 5.1; AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 6 Rz. 34; COMETTA/MÖCKLI, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 4, 7 zu Art. 22; STOFFEL/CHABLOZ, Voies d'exécution, 3. Aufl. 2016, § 2 Rz. 92; GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Bd. I, 1999, N. 10 zu Art. 22). Die Umschreibung der nichtigen Verfügung eines Vollstreckungsorgans entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und wurde in der SchKG-Revision von 1994 in dieser Weise im Gesetz verankert (Botschaft vom 8. Mai 1991 über die Änderung des SchKG, BBl 1991 III 35, Ziff. 201.16). Insoweit kennt das SchKG einen eigenständigen Begriff der Nichtigkeit (SPÜHLER, Die Änderungen beim Beschwerdeverfahren [...], AJP 1996 S. 1348).

### **E. 2.3.2**

Das Bundesgericht hat seit jeher festgehalten, dass die Zustellung eines Zahlungsbefehls oder einer anderen Betreibungsurkunde während der Schonzeit nicht zur Nichtigkeit führt, sondern lediglich die daraus folgenden Wirkungen aufschiebt ( BGE 49 III 76 ). So hat das Bundesgericht auch keine Nichtigkeit angenommen, in einem Fall, wo die Wiederholung der Steigerungspublikation in den Betreibungsferien erfolgt ist, da durch diese

Vorbereitungshandlung zur Verwertung einer Liegenschaft keine berechtigten Interessen des Schuldners oder anderer verletzt wurden ( BGE 121 III 88 E. 6d). Hingegen wurde die Einsetzung einer ausseramtlichen Konkursverwaltung als nichtig eingestuft, da diese Anordnung im summarisch durchgeführten Konkursverfahren ausgeschlossen ist und gegen eine allgemein anerkannte Verfahrensregel verstösst ( BGE 121 III 142 E. 1c und E. 2). Bei der Zustellung eines Zahlungsbefehls während des Militär-, Zivil- oder Schutzdienstes ( Art. 57 SchKG ) betont die Rechtsprechung nach wie vor, dass es nicht nur um die Individualinteressen des Dienstpflichtigen gehe, sondern auch um das Interesse der Allgemeinheit, dass die zu erbringende Dienstleistung nicht beeinträchtigt werde. Damit hat es der Kritik in der Lehre eine Absage erteilt, wonach die frühere Rechtsprechung auf den Aktivdienst in Kriegszeiten zurückgehe und betont, dass heutzutage auch der Zivildienst und die Einsätze von Armeeangehörigen im In- und Ausland längere Zeit dauern können. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang zudem eine Abgrenzung der durch den Zivildienst begründeten Schonzeit von den Betreibungsferien vorgenommen, in welchen die Zustellung eines Zahlungsbefehls nach wie vor nicht nichtig ist ( BGE 127 III 173 E. 3; 67 III 69 ; vgl. BAUER, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 14 zu Art. 57).

### **E. 2.3.3**

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass sich die Vorinstanz im Widerspruch zur herrschenden Lehre befinde, die von der Nichtigkeit der während des allgemeinen Rechtsstillstandes erfolgten Zustellung des Zahlungsbefehls ausgehe (unter Hinweis insbesondere auf BAUER, a.a.O., N. 1 zu Art. 62; GILLIÉRON, a.a.O., N. 21 zu Art. 62; WYSSEN, a.a.O., S. 135; FOËX/JEANDIN, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, N. 12 zu Art. 62; PENON/WOHLGEMUTH, in: Schulthess Kommentar SchKG, 2017, N. 11 zu Art. 62). Einzig EICHEL/TURTSCHI (Der Rechtsstillstand nach Art. 62 SchKG , AJP 2020 S. 1009 f., 1019) würden die Ansicht vertreten, dass eine während des allgemeinen Rechtsstillstandes vorgenommene Betreibungshandlung nicht nichtig, sondern bloss anfechtbar sei.

### **E. 2.3.4**

Zutreffend ist, dass die vom Beschwerdeführer angeführten Autoren mehrheitlich das öffentliche Interesse am allgemeinen Rechtsstillstand gemäss Art. 62 SchKG betonen und daraus die Nichtigkeit der in diesem Zeitraum vorgenommenen Betreibungshandlung ableiten. Damit ist indes noch nicht ohne weiteres gesagt, worin das öffentliche Interesse liegt (GILLIÉRON, a.a.O., N. 20 zu Art. 62). Zum öffentlichen Interesse führt BAUER (a.a.O., N. 1 zu Art. 62) aus, dass bestimmte Unglücksereignisse nicht nur den einzelnen Schuldner, sondern auch ganze Bevölkerungskreise treffen, welche ihren Verpflichtungen generell nicht mehr nachkommen können, womit der allgemeine Rechtsstillstand Schuldner und Gläubiger schützen wolle (vgl. auch GILLIÉRON, a.a.O., N. 21 zu Art. 62). Soweit damit die überindividuelle Schutzrichtung des allgemeinen Rechtsstillstandes angesprochen wird, trifft diese Ansicht gewiss zu.

### **E. 2.3.5**

Dagegen gibt es in der Lehre Stimmen, welche das öffentliche Interesse an einem regulären Arbeitsrhythmus der Betreibungsämter höher gewichten und einem zusätzlichen Aufkommen von Betreibungen und dem damit verbundenen Rückstau, wie es in schwierigen Zeiten der Fall sei, begnügen wollen. Demnach sollte die Vornahme von

Betreibungshandlungen während dem allgemeinen Rechtsstillstand bloss anfechtbar sein, womit der Schutzbedürftigkeit des Einzelnen angemessene Rechnung getragen werden könne, ohne das Betreibungswesen mit der Wiederholung von nichtigen Betreibungshandlungen zusätzlich zu belasten (EICHEL/TURTSCHI, a.a.O., S. 1019; gl.M. im Ergebnis NEUENSCHWANDER, *Le pangolin ébranlé la LP*, JdT 2021 II S. 26). Dass ein gut funktionierendes Betreibungswesen im öffentlichen Interesse ist, trifft ohne Weiteres zu. Ob dies durch den allgemeinen Rechtsstillstand in Frage gestellt wird und das weitere öffentliche Interesse überwiegt, ist dagegen zweifelhaft, denn Sinn und Zweck von Art. 62 SchKG ist, für eine begrenzte Zeit einem Landesunglück zu begegnen, ohne dass zeitlicher Aufschub in anderer Weise möglich ist (GILLIÉRON, a.a.O., N. 21 zu Art. 62). Damit ist von der Nichtigkeit einer während des allgemeinen Rechtsstillstandes nach Art. 62 SchKG vorgenommenen Betreibungshandlung auszugehen.

#### **E. 2.4**

Steht fest, dass die Zustellung des Zahlungsbefehls am 9. März 2020 an den Beschwerdeführer an sich nichtig ist, bleibt zu prüfen, in welcher Weise die nachfolgenden Betreibungshandlungen von der Nichtigkeit berührt sind.

##### **E. 2.4.1**

Die Aufsichtsbehörde stellt die Nichtigkeit einer Verfügung jederzeit und von Amtes wegen fest, selbst wenn keine Beschwerde erhoben wurde ( Art. 22 Abs. 1 SchKG ; BGE 120 III 117 E. 2c; 136 III 571 E. 4; Urteil 5A\_464/2016 vom 29. August 2016 E. 4). Sie ist zu einer entsprechenden Prüfung verpflichtet, wenn ernsthafte Hinweise in dieser Richtung bestehen ( BGE 140 III 175 E. 4.3; ERARD, in: *Commentaire romand, Poursuite et faillite*, 2005, N. 14 zu Art. 22). Zwar gilt die Nichtigkeit einer Verfügung ex tunc und ist grundsätzlich von sämtlichen Behörden zu beachten. Indes kann sie in gewissen Fällen nicht mehr berücksichtigt werden; die Feststellung der Nichtigkeit einer Verfügung muss einen konkreten Nutzen bringen. Dieser kann unter Umständen fehlen, wenn ein Betreibungsverfahren abgeschlossen und der Erlös verteilt ist (COMETTA/MÖCKLI, a.a.O., N. 20 zu Art. 22; ERARD, a.a.O., N. 16 zu Art. 22). Wohl führt allein der Zeitablauf nicht dazu, dass ein Begehren um Feststellung der Nichtigkeit rechtsmissbräuchlich ist (STAEHELIN, in: *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Erg.band 2017, ad N. 16c zu Art. 22). Je weiter aber das Verfahren seit der Erlass der nichtigen Verfügung schon fortgeschritten ist, und je weniger die nachfolgenden Betreibungshandlungen auf dem nichtigen Akt aufbauen, desto weniger rechtfertigt sich die Auswirkung der Nichtigkeit auf diese (LORANDI, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, 2000, N. 118 zu Art. 22).

##### **E. 2.4.2**

Im vorliegenden Fall erhob der Beschwerdeführer gegen die Zustellung des Zahlungsbefehls keine Beschwerde nach Art. 17 SchKG bei der kantonalen Aufsichtsbehörde. Dass er die Nichtigkeit des Zahlungsbefehls und damit des Betreibungsverfahrens im anschliessenden Rechtsöffnungsverfahren geltend gemacht hätte oder die Frage von Amtes wegen aufgegriffen worden wäre, bringt er nicht vor, und aus den kantonalen Akten ergeben sich keine Hinweise in diese Richtung. Gegen die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung am 9. Juli 2020 erhob der Beschwerdeführer keine Aberkennungsklage (vgl. Art. 83 Abs. 3 SchKG ). Nachdem die Grundpfandgläubigerin das Verwertungsbegehren gestellt hatte, beauftragte das Betreibungsamt einen

Sachverständigen mit der Verkehrswertschätzung der Liegenschaft. Der Beschwerdeführer nahm an der Besichtigung vom 9. Dezember 2020 nicht teil, weshalb ihm das Betreibungsamt am 18. Dezember 2020 eine Frist zur Kontaktaufnahme auf den 4. Januar 2021 ansetzte und zugleich auf die Folgen eines allfälligen Fristversäumnisses und den weiteren Verfahrensverlauf hinwies. Daraufhin gelangte der Beschwerdeführer am 28. Dezember 2020 an das Betreibungsamt und machte geltend, die Zustellung des Zahlungsbefehls in der gegen ihn gerichteten Betreuung auf Grundpfandverwertung Nr. 220005834 sei nichtig, da sie während des allgemeinen Rechtsstillstandes erfolgt sei. Mit Verfügung vom 4. Januar 2021 lehnte das Betreibungsamt das Feststellungsbegehren ab, was erst Anlass zur Beschwerde gab.

#### **E. 2.4.3**

Dieser teilweise anhand der kantonalen Akten ergänzte Sachverhalt ( Art. 105 Abs. 2 BGG ) zeigt auf, dass das Verfahren seit Erlass der nichtigen Verfügung (Zustellung des Zahlungsbefehls während des Betreibungsstillstandes) schon weiter fortgeschritten ist und ein gerichtlicher Entscheid gestützt auf die eingeleitete Betreuung ergangen ist. Dass der Rechtsöffnungsrichter vorfrageweise über die offensichtliche Nichtigkeit der Betreuung (gemäss Art. 22 SchKG ) entscheiden kann, wenn diese ausser Zweifel steht, ist in der Rechtsprechung anerkannt (zuletzt Urteil 5A\_261/2018 vom 4. Februar 2019 E. 3.3.3, mit Hinweis auf BGE 139 III 444 E. 4.1.1; 140 III 175 E. 4.3; LORANDI, a.a.O., N. 151 zu Art. 22). Der Umstand alleine, dass ein rechtskräftiger Rechtsöffnungsentscheid inhaltlich nicht dem objektiven Recht entspricht, ändert indes nichts an seiner Verbindlichkeit (vgl. Urteile 5A\_647/2013 vom 27. Februar 2014 E. 4.2.1; 5A\_576/2010 vom 18. November 2010; ENGLER, Die nichtige Betreuung, ZZZ 2016 S. 47). Für die Frage, ob der vorliegende Rechtsöffnungsentscheid ungeachtet der nichtigen Zustellung des Zahlungsbefehls bestehen bleibt, ist ausschlaggebend, ob der Entscheid nicht selber von einem Fehler berührt wird, so dass er nichtig ist.

#### **E. 2.4.4**

Für die Nichtigkeit gerichtlicher Entscheidungen, welche für die Betreibungs- bzw. Aufsichtsbehörden unverbindlich sind, gelten indessen besondere, strengere Voraussetzungen (Urteil 5A\_647/2013 vom 27. Februar 2014 E. 4.2.1) : Fehlerhafte Gerichtsentscheide sind nichtig, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er sich als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Inhaltliche Mängel einer Entscheidung führen nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit. Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht ( BGE 147 III 226 E. 3.1.2; HOHL, Procédure civile, Bd. II, 2. Aufl. 2010, § 9 Rz. 546 ff.).

#### **E. 2.4.5**

Der Rechtsöffnungsentscheid vom 9. Juli 2020 baut zwar auf einem ungültigen Zahlungsbefehl auf, wurde jedoch nach Beendigung des Covid-19-Rechtsstillstandes zugestellt und stellt daher selber keine verpönte Betreuungshandlung dar (vgl. BAUER, a.a.O., N. 30 zu Art. 56). Wenn der Beschwerdeführer hier die Nichtigkeit geltend macht, steht nicht das persönliche Interesse am Rechtsstillstand im Vordergrund, denn er konnte Rechtsvorschlag trotz unrechtmässiger Zustellung des Zahlungsbefehls erheben (vgl. Urteil 5A\_913/2013 vom 19. März 2014 E. 4.1). Mit der Berufung auf Art. 62 SchKG macht er

vorab öffentliche Interessen geltend. Der dem Rechtsöffnungsentscheid anhaftende Mangel rechtfertigt mit Blick auf die öffentlichen Interessen, die dem Rechtsstillstand gemäss Art. 62 SchKG zugrunde liegen, keine Unverbindlichkeit. Die damit geschützten öffentlichen Interessen (genereller Schutz von Schuldner und Gläubigern wegen einer Epidemie, funktionierendes Betreibungswesen) sind mit Blick auf das nachfolgende Rechtsöffnungs- bzw. die darauf gestützte Fortsetzung der Betreibung auf Pfandverwertung nicht derart beeinträchtigt, dass die Nichtigkeitsfolge des Gerichtsentscheides zwingend verlangt ist.

### **E. 2.5**

Nach dem Dargelegten ergibt sich aus dem Fortgang der Betreibung, dass mit dem rechtskräftigen Rechtsöffnungsentscheid eine rechtswirksame Grundlage zur Öffnung des Weges zur Verwertung des Grundstückes vorliegt. Damit besteht kein Grund, weshalb der Beschwerdeführer sich noch auf den allgemeinen Rechtsstillstand nach Art. 62 SchKG berufen und aus der ungültigen Zustellung des Zahlungsbefehls die Nichtigkeit als Hindernis im Verwertungsstadium ableiten könnte. Der Vorinstanz kann im Ergebnis keine Verletzung von Bundesrecht vorgeworfen werden.

### **E. 3**

Der Beschwerde ist daher kein Erfolg beschieden. Die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sind gegeben ( Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG ). Ausgangsgemäss trägt der Beschwerdeführer die Verfahrenskosten ( Art. 66 Abs. 1 BGG ), die im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege auf die Bundesgerichtskasse genommen werden. Eine Parteientschädigung an die Grundpfandgläubigerin ist keine geschuldet.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.