

# **BGer 5A 146/2018 vom 5. November 2018**

Bundesgericht, 2018-11-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_146\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_146_2018)

FR: TF 5A 146/2018 du 5 novembre 2018

IT: TF 5A 146/2018 del 5 novembre 2018

## **Regeste**

Verlustschein | Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Angefochten ist der Entscheid einer oberen kantonalen Aufsichtsbehörde, die über einen Verlustschein befunden hat. Dagegen ist die Beschwerde in Zivilsachen unabhängig eines Streitwertes gegeben ( Art. 72 Abs. 2 lit. a, Art. 74 Abs. 2 lit. c und Art. 75 Abs. 1 BGG ).

### **E. 1.2**

Der im kantonalen Verfahren unterlegene Beschwerdeführer ist als Schuldner vom angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung. Insoweit ist er zur Beschwerde berechtigt ( Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG ).

### **E. 1.3**

Mit der vorliegenden Beschwerde kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden ( Art. 95 lit. a BGG ). In der Beschwerde ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt ( Art. 42 Abs. 2 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. 1.4**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 BGG ). Neue Tatsachen und Beweismittel sind nur zulässig, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ).

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer erachtet die Ausstellung des Verlustscheins Nr. yyy in der Betreuung Nr. xxx nach wie vor als nichtig. Grund dafür sei, dass keine vorgängig korrekt durchgeführte Pfändung und Verwertung stattgefunden habe. Diesen Zusammenhang habe die Vorinstanz nicht beachtet.

### **E. 2.2**

Nach Ansicht der Vorinstanz erweist sich der Verlustschein selbst dann nicht als nichtig, wenn die Voraussetzungen gemäss Art. 127 SchKG nicht gegeben wären. Der Beschwerdeführer hätte die Ausstellung des Verlustscheins mit Beschwerde nach Art. 17 SchKG anfechten müssen.

### **E. 3**

Anlass zur Beschwerde geben die Voraussetzungen, unter denen ein Verlustschein, der nach dem Verzicht auf die Verwertung ausgestellt worden war, nachträglich als nichtig erklärt werden kann.

### **E. 3.1**

Die vorliegende Ausstellung des Verlustscheines und die Frage der Nichtigkeit richtet sich nach folgenden Grundsätzen.

#### **E. 3.1.1**

Das Betreibungsamt kann auf Antrag des betreibenden Gläubigers von der Verwertung absehen und einen Verlustschein ausstellen, wenn anzunehmen ist, dass ein Zuschlag nicht möglich ist ( Art. 127 SchKG ). Ein solcher Verzicht soll dem Gläubiger die Kosten einer aussichtslosen Verwertung ersparen ( BGE 116 III 23 E. 3; RUTZ/ROTH, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung- und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 1 zu Art. 127; BETTSCHART, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, N. 2 zu Art. 127). Zudem kann das Betreibungsamt gemäss bundesgerichtlicher Praxis von Amtes wegen auf die Verwertung verzichten, sofern feststeht, dass die Verwertung nicht einmal deren Kosten decken würde ( BGE 83 III 131 E. 2).

#### **E. 3.1.2**

Verstossene Verfügungen gegen Vorschriften, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind, so sind sie nichtig. Unabhängig davon, ob Beschwerde geführt worden ist, stellen die Aufsichtsbehörden von Amtes wegen die Nichtigkeit der Verfügung fest ( Art. 22 Abs. 1 SchKG ). Mit Blick auf die Rechtssicherheit bildet die Nichtigkeit einer Verfügung allerdings die Ausnahme ( BGE 136 III 571 E. 4; LORANDI, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, 2000, N. 7 f. zu Art. 22). Ob ein Verlustschein nichtig ist, kann auch nach Abschluss des Betreibungsverfahrens noch geprüft werden ( BGE 80 III 141 E. 3).

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz hat festgestellt, dass das Betreibungsamt am 8. September 2010 in der Betreuung Nr. zzz (Gläubiger: Kanton Aargau, vertreten durch die Finanzverwaltung U.\_\_\_\_\_) die Pfändung (von Einkommen und Vermögenswerten) vorgenommen habe. Der Schuldner sei zur Sitzung erschienen, habe trotz entsprechender Aufforderung dem Betreibungsbeamten jedoch jegliche Auskunft über seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse verweigert. Am 1. Oktober 2010 habe der Kanton Aargau (vertreten durch die Obergerichtskasse) in der Betreuung Nr. xxx das Fortsetzungsbegehren gestellt und daher aufgrund von Art. 110 Abs. 1 SchKG an der Pfändung teilgenommen. Die Pfändungsurkunde sei dem Schuldner am 20. Oktober 2010 zugestellt, aber von ihm nicht abgeholt worden; er habe gegen die Pfändung auch keine Beschwerde erhoben. Nachdem der (in Betreuung Nr. zzz) pfändende Gläubiger seine Betreuung zurückgezogen hatte, sei die zu dessen Gunsten vollzogene Pfändung dahingefallen. Auf die Pfändung zu Gunsten des daran teilnehmenden Beschwerdegegners habe dieser Vorgang keinen Einfluss gehabt. Nachdem der Beschwerdegegner am 18. März 2011 den Verzicht auf die Verwertung erklärt hatte, habe das Betreibungsamt ihm einen Verlustschein ausgestellt; auch dagegen habe der Beschwerdeführer keine Beschwerde erhoben.

### **E. 3.3**

Der Beschwerdeführer rügt erstmals vor Bundesgericht, dass er von dem in der Betreuung Nr. xxx ausgestellten Verlustschein keine Kenntnis erhalten habe und daher dagegen keine Beschwerde führen konnte. Dieses Vorbringen ist neu und daher nicht zu berücksichtigen (E. 1.4).

### **E. 3.4**

Im vorliegenden Fall ist der (in den Akten liegende) Verlustschein ausgestellt worden, nachdem der Beschwerdegegner nach der Pfändung auf die Verwertung verzichtet hatte. Davon zu unterscheiden ist der Verlustschein, der dem betreibenden Gläubiger ausgestellt wird, ohne dass eine Pfändung und Verwertung durchgeführt worden wäre. Im zweiten Fall erweist sich der Verlustschein als nichtig ( BGE 125 III 337 E. 3a). Zu Recht wird indes vom Beschwerdeführer nicht in Frage gestellt, dass vorliegend ein definitiver Verlustschein gemäss Art. 149 SchKG gestützt auf einen vorangegangenen Verzicht auf Verwertung nach Art. 127 SchKG strittig ist. Definitive Verlustscheine ( Art. 149 SchKG ) werden nicht nur nach Rechtskraft von Kollokationsplan und Verteilungsliste ( Art. 144 ff. SchKG ), sondern auch bei Verzicht des Gläubigers auf die Verwertung gestützt auf Art. 127 SchKG ausgegeben (SPÜHLER, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, 7. Aufl. 2016, Rz. 632; BETTSCHART, a.a.O., N. 7 zu Art. 127; GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Bd. II, 2000, N. 18 zu Art. 127). Insoweit ist der von der Vorinstanz zitierte Bundesgerichtsentscheid ( BGE 125 III 337 E. 3a) für die Prüfung der Nichtigkeit im konkreten Fall nicht hilfreich.

### **E. 3.5**

Der Beschwerdeführer begründet die Nichtigkeit des Verlustscheins mit einer Reihe von Rügen, die sich auf den Pfändungsvorgang beziehen.

#### **E. 3.5.1**

Zwar stimmt der Beschwerdeführer der Vorinstanz zu, dass ein nach der durchgeführten Pfändung ausgestellter Verlustschein nicht bereits nichtig sei, weil er die Voraussetzungen von Art. 127 SchKG nicht erfüllte. Indes betont er, der Verlustschein sei ausgestellt worden, ohne dass die vorgängige Pfändung und Verwertung nach den hierfür geltenden Regeln durchgeführt worden sei. Er verweist in diesem Zusammenhang auf Art. 127 SchKG , wonach auf die Durchführung der Verwertung nur verzichtet werden kann, wenn voraussehbar ist, dass ihr Ergebnis die Kosten nicht decken wird. Dieser Fall ist nach Ansicht des Beschwerdeführers nicht gegeben, da das Betreibungsamt anlässlich der Pfändung nach besser geeigneten Vermögenswerten hätte forschen müssen und stattdessen überpfändet hatte. Zudem sei nach dem Ausscheiden des Hauptgläubigers die Pfändung übermässig geworden. Daher hätte das Betreibungsamt von Amtes wegen analog der Bestimmung von Art. 145 SchKG eine Nachpfändung durchführen müssen.

#### **E. 3.5.2**

Mit dieser Sichtweise verkennt der Beschwerdeführer den Ablauf der Pfändung und dessen Bedeutung für die spätere Ausstellung des Verlustscheins. Der Schuldner ist bei Straffolge verpflichtet, der Pfändung beizuwohnen oder sich vertreten zu lassen. Er untersteht einer umfassenden Auskunftspflicht über seine beweglichen und unbeweglichen Vermögenswerte ( Art. 91 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 SchKG ; BGE 135 III 663 E. 3.2.2). Nur auf diese Weise kann das Betreibungsamt die Pfändung in der gesetzlich vorgesehenen Reihenfolge vornehmen ( Art. 95 SchKG ). Zwar muss das Betreibungsamt den Sachverhalt von Amtes wegen abklären (vgl. VONDER MÜHLL, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz

über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 41 zu Art. 93). Dies bedeutet jedoch nicht, dass es nach pfändbaren Vermögenswerten forschen muss, für deren Existenz es keine Hinweise gibt (LEBRECHT, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 13 zu Art. 91). Im vorliegenden Fall nahm der Beschwerdeführer zwar an der Pfändung vom 8. September 2010 teil, verweigerte aber jede Angabe zu seinem Einkommen und Vermögen. Gepfändet wurde schliesslich sein über dem Notbedarf liegendes Einkommen und eine Liegenschaft. Mit der Beschwerde gegen die Pfändung hätte er bei der Aufsichtsbehörde eine allfällige Verletzung der hierfür geltenden Vorschriften rügen können. Der Beschwerdeführer machte von diesem Recht damals nicht Gebrauch. Damit besteht keine Möglichkeit, nach Ausstellung eines Verlustscheines die vorgängige Pfändung in ihren Einzelheiten noch zu überprüfen. Selbst wenn das Betreibungsamt diesbezüglich gegen massgebende Vorschriften verstossen hätte, würde dies noch nicht zur Nichtigkeit des anschliessend ausgestellten Verlustscheines führen.

### **E. 3.5.3**

Ebenso wenig kann dem Beschwerdeführer gefolgt werden, wenn er meint, der ausgestellte Verlustschein sei nichtig, weil das Betreibungsamt nicht von Amtes wegen eine Nachpfändung vorgenommen habe, als der betreibende Gläubiger auf die Verwertung verzichtet hatte. Ein Vorgehen nach Art. 145 SchKG käme ohnehin nur in Frage, wenn der Verwertungserlös ungenügend ist oder die Verwertung des Pfandgutes - aus welchen Gründen auch immer - nicht mehr möglich ist ( BGE 120 III 86 E. 3d). Erweist sich der Umfang der Pfändung als übermässig, so wäre eine Herabsetzung der Pfändung ( Art. 97 Abs. 2 SchKG ) und nicht ein Nachpfändung zu prüfen gewesen.

### **E. 3.5.4**

Damit bleibt es dabei, dass die Ausstellung des Pfändungsverlustscheines Nr. yyy selbst dann nicht nichtig ist, falls die vorangehende Pfändung nicht vorschriftsgemäss durchgeführt worden wäre. Es ist nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz Vorschriften, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind, verkannt habe. Daran ändert auch das allgemein gehaltene Vorbringen des Beschwerdeführers nichts, wonach nicht leichtfertig Verlustscheine ausgestellt werden sollen.

### **E. 3.6**

Nach dem Gesagten kann der Vorinstanz keine Verletzung von Bundesrecht vorgeworfen werden, wenn sie den Verlustschein nicht als nichtig erklärt hat. Der Beschwerdeführer vermag mit seinen Anträgen insgesamt nicht durchzudringen.

### **E. 4**

Der Beschwerde ist kein Erfolg beschieden. Ausgangsgemäss trägt der Beschwerdeführer die Verfahrenskosten ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Ein Grund zur Zusprechung einer Parteientschädigung besteht nicht.