

# **BGer 5A 164/2018 vom 20. November 2018**

Bundesgericht, 2018-11-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_164\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_164_2018)

FR: TF 5A 164/2018 du 20 novembre 2018

IT: TF 5A 164/2018 del 20 novembre 2018

## **Regeste**

Ediktalzustellung eines Zahlungsbefehls | Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

## **Erwägungen**

### **E. 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 kantonal 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.

### **E. 1.2**

Mit vorliegender Beschwerde kann namentlich die Verletzung von Bundesrecht und Völkerrecht gerügt werden ( Art. 95 lit. a und lit. b BGG ). In der Beschwerde ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt ( Art. 42 Abs. 2 BGG ). Die Verletzung verfassungsmässiger Rechte ist ebenfalls zu begründen, wobei hier das Rügeprinzip gilt ( BGE 143 II 283 E. 1.2.2).

### **E. 2**

Anlass zur Beschwerde geben die Voraussetzungen von Art. 66 Abs. 4 Ziff. 3 SchKG für die Zustellung eines Zahlungsbefehls durch öffentliche Bekanntmachung.

### **E. 2.1**

Wohnt der Schuldner im Ausland, so erfolgt die Zustellung nach Art. 66 Abs. 3 SchKG durch die Vermittlung der dortigen Behörden oder, soweit völkerrechtliche Verträge dies vorsehen oder wenn der Empfängerstaat zustimmt, durch die Post. Besteht ein Staatsvertrag, hat sich das Betreibungsamt an dessen Bestimmungen zu halten ( BGE 136 III 575 E. 4.2; Urteil 5A\_293/2013 vom 21. August 2013 E. 2.1). Nach Art. 66 Abs. 4 Ziff. 3 SchKG wird die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung ersetzt, wenn der Schuldner im Ausland wohnt und die Zustellung nach Absatz 3 nicht innert angemessener Frist möglich ist.

### **E. 2.2**

Vorliegend hat das Betreibungsamt versucht, dem Betriebenen den Zahlungsbefehl an seiner Wohnadresse in New York zustellen zu lassen, wobei es zu Recht nach dem Haager

Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 15. November 1965 (HZÜ; SR 0.274.131) vorgegangen ist, welchem sowohl die USA als auch die Schweiz beigetreten sind. Als gerichtliche oder aussergerichtliche Urkunden in Zivil- oder Handelssachen im Sinne von Art. 1 HZÜ sind auch die Betreuungsurkunden anzusehen, sofern sie sich - wie hier - auf zivilrechtliche Forderungen beziehen ( BGE 136 III 575 E. 4.2; Urteil 5A\_17/2018 vom 4. Juli 2018 E. 3.2.2). Gemäss Art. 5 Abs. 1 HZÜ wird die Zustellung des Schriftstücks von der Zentralen Behörde des ersuchten Staates bewirkt oder veranlasst, und zwar entweder in einer der Formen, die das Recht des ersuchten Staates für die Zustellung der in seinem Hoheitsgebiet ausgestellten Schriftstücke an dort befindliche Personen vorschreibt (Abs. 1 lit. a) oder in einer besonderen, von der ersuchenden Stelle gewünschten Form, es sei denn, diese Form sei mit dem Recht des ersuchten Staates unvereinbar (Abs. 1 lit. b). Von dem Fall des Absatzes 1 lit. b abgesehen, darf die Zustellung stets durch einfache Übergabe des Schriftstücks an den Empfänger bewirkt werden, wenn er zur Annahme bereit ist (Art. 5 Abs. 2 HZÜ). Die Zentrale Behörde des ersuchten Staates oder jede von diesem hierzu bestimmte Behörde stellt nach erfolgter oder versuchter Zustellung zuhanden der ersuchenden Stelle ein Zustellungszeugnis aus, welches Angaben über die Erledigung des Ersuchens zu enthalten hat; in ihm sind Form, Ort und Zeit der Erledigung sowie die Person anzugeben, der das Schriftstück übergeben worden ist. Gegebenenfalls sind die Umstände aufzuführen, welche die Erledigung verhindert haben (Art. 6 Abs. 1 und 2 HZÜ). Zu Recht hat die Vorinstanz angenommen, dass sich die Folgen einer fehlgeschlagenen Zustellung nicht nach dem HZÜ richten (Practical Handbook on the Operation of the Service Convention, Hague Conference on Private International Law [Hrsg.], 4. Aufl. 2016, S. 54 Rz. 165).

### **E. 2.3**

Die Vorinstanz hat die Ediktalzustellung gestützt auf Art. 66 Abs. 4 Ziff. 3 SchKG als zulässig erachtet und diese Bestimmung dabei unter Hinweis auf eine Lehrmeinung (PAUL ANGST, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 23 zu Art. 66 SchKG ) dahingehend ausgelegt, dass eine öffentliche Bekanntmachung auch dann erfolgen kann, wenn die Zustellung auf diplomatischem Weg versucht wurde, aber ergebnislos verlaufen ist, und die entsprechenden Unterlagen zurückgekommen sind. In tatsächlicher Hinsicht hat sie auf das Zustellungszeugnis gemäss Art. 6 HZÜ des offiziellen Zustelldiensts des Justizministeriums der Vereinigten Staaten "ABC Legal" (nachfolgend US-Zustelldienst) abgestellt. Daraus geht hervor, dass eine Zustellung gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a HZÜ an der Wohnadresse des Beschwerdeführers in New York versucht wurde, er aber dort nicht persönlich angetroffen wurde und die Zustellung deshalb nicht vorgenommen werden konnte.

### **E. 2.4**

Der Beschwerdeführer macht zusammengefasst geltend, die Vorinstanz hätte nach in jedem Fall erforderlicher Würdigung der konkreten Umstände zum Schluss kommen müssen, dass die Voraussetzungen für eine Zustellung des Zahlungsbefehls durch öffentliche Bekanntmachung nicht gegeben waren. Da die Zustellung des Zahlungsbefehls durch öffentliche Bekanntmachung nur als letztes Mittel erfolgen dürfe, hätte das Betreibungsamt zumindest noch einen weiteren Zustellversuch an seiner Wohnadresse in New York in Auftrag geben müssen. Dass eine Zustellung noch innert angemessener Frist möglich gewesen wäre, zeige auch die problemlose rechtshilfeweise Zustellung der Verfügung der

Vorinstanz vom 16. Oktober 2017 am 15. November 2017, mit welcher ihn die Vorinstanz aufgefordert habe, für das betreibungsrechtliche Beschwerdeverfahren ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen.

## **E. 2.5**

Die Beschwerde hat Erfolg.

### **E. 2.5.1**

Der Gesetzgeber hat die öffentliche Publikation in Art. 66 Abs. 4 Ziff. 3 SchKG - wie erwähnt - an die Voraussetzung geknüpft, dass die Zustellung an den im Ausland wohnhaften Schuldner nicht innert "angemessener Frist" möglich ist. Dem Betreibungsamt kommt bei der Bestimmung der im konkreten Fall angemessenen Zustellfrist damit ein Ermessen zu (PENON/WOHLGEMUTH, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl. 2017, N. 25 zu Art. 66 SchKG ; MYRIAM A. GEHRI, Die Ediktalzustellung von Betreibungsurkunden bei Schuldnern im Ausland, in: Schweizerisches und internationales Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler, 2005, S. 95 und 97; JEANNERET/LEMBO, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, N. 22 zu Art. 66 SchKG ). Es hat dabei zu berücksichtigen, dass die Ediktalzustellung die Ausnahme bilden muss ( BGE 129 III 556 E. 4). Entgegen der Auffassung der Vorinstanz dürfen die Voraussetzungen der Ediktalzustellung deshalb nicht generell dann als erfüllt betrachtet werden, wenn ein (vorliegend auf Art. 2 ff. HZÜ gestütztes) Zustellersuchen im ersten Anlauf keinen Erfolg hatte. Ist die Zustellung im Ausland auf Schwierigkeiten gestossen, sind vielmehr stets die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, so insbesondere die Anzahl der im ersuchten Staat vorgenommenen Zustellversuche, die Gründe des Scheiterns der Zustellung und der Zeitrahmen.

### **E. 2.5.2**

Vorliegend hätte die Vorinstanz - wie der Beschwerdeführer zu Recht vorbringt - in Betracht ziehen müssen, dass gemäss dem Zustellungszeugnis des US-Zustelldiensts nur ein einziger Zustellversuch (nämlich am 4. Juli 2017) stattgefunden hat und ausserdem zwischen dem Rechtshilfefauftrag des Betreibungsamts vom 8. Juni 2017 und dem Eingang des Zustellungszeugnisses gemäss Art. 6 HZÜ am 8. August 2017 erst zwei Monate vergangen waren. Nicht stichhaltig ist demgegenüber das Vorbringen der Beschwerdegegnerin, es sei mangels Vornahme einer Ersatzzustellung möglicherweise von einer Weigerung des rechtshilfeweise ersuchten Staates auszugehen, die Zustellung vorzunehmen. Die Beschwerdegegnerin macht (zu Recht) nicht geltend, dass die persönliche Übergabe nicht die bevorzugte Zustellmethode des US-Zustelldienstes darstelle (vgl. Practical Handbook on the Operation of the Service Convention, Hague Conference on Private International Law [Hrsg.], 4. Aufl. 2016, S. 54 Rz. 164) und das Betreibungsamt hat vorliegend nicht von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. b HZÜ neben der vorrangigen persönlichen Übergabe eine Ersatzzustellung an eine zur Haushaltung gehörende erwachsene Person oder einen Angestellten zu beantragen (wobei unklar geblieben ist, ob beim Zustellversuch vom 4. Juli 2017 eine zu diesem Personenkreis gehörende Person überhaupt angetroffen wurde). Ausserdem hat der US-Zustelldienst das Betreibungsamt im dem Zustellungszeugnis beigelegten "Investigation Report" (in welchem die im Rechtshilfesuch angegebene Wohnadresse des Betriebenen als korrekt erachtet wurde) eingeladen, eine erneute Zustellung in Auftrag zu geben. Zuletzt ist auch

nicht einzusehen, weshalb es für die Zulässigkeit der Ediktalzustellung sprechen soll, dass das Betreibungsamt zuvor über mehrere Monate erfolglos versucht hat, dem in New York wohnhaften Beschwerdeführer den Zahlungsbefehl am Betreibungsort in U.\_\_\_\_\_ zuzustellen. Dies zu versuchen war zwar nicht verboten (vgl. ANGST, a.a.O., N. 7 zu Art. 66 SchKG), hat bei der Anwendung von Art. 66 Abs. 4 Ziff. 3 SchKG jedoch ausser Betracht zu bleiben.

### **E. 2.5.3**

Nach dem Gesagten hält die vorinstanzliche Auslegung von Art. 66 Abs. 4 Ziff. 3 SchKG vor Bundesrecht nicht stand, was im konkreten Fall auch zu einem falschen Ergebnis geführt hat. Die Vorinstanz ist somit zu Unrecht zur Auffassung gelangt, das Betreibungsamt habe die Zustellung des Zahlungsbefehls gestützt auf Art. 66 Abs. 4 Ziff. 3 SchKG durch öffentliche Bekanntmachung vornehmen dürfen.

### **E. 3**

Offengelassen hat die Vorinstanz, ob sich der Beschwerdeführer im Sinne von Art. 66 Abs. 4 Ziff. 2 SchKG beharrlich der Zustellung entzogen hat und die Ediktalzustellung allenfalls aus diesem Grund als zulässig zu betrachten ist. Eine Rückweisung an die Vorinstanz ist indes nicht erforderlich, weil die Verfahrensbeteiligten vor Bundesgericht dazu Stellung genommen haben und sich die Sache aufgrund der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen und der Aktenlage als spruchreif erweist. Nachdem sich der Beschwerdeführer vorliegend gemäss dem Bericht der Gemeindepolizei U.\_\_\_\_\_ in New York aufgehalten hat, kann ihm nicht angelastet werden, dass ihm der Zahlungsbefehl am schweizerischen Betreibungsort nicht zugestellt werden konnte (vgl. ANGST, a.a.O., N. 22 zu Art. 66 SchKG). Auch war der Beschwerdeführer nicht verpflichtet, seinem Rechtsvertreter eine Vollmacht (auch) zur Entgegennahme von Betreibungsurkunden einzuräumen (BGE 69 III 82; Urteil 7B.86/2006 vom 8. Februar 2007 E. 2.1). Dass der Beschwerdeführer bei dem einmaligen Zustellversuch in New York nicht persönlich angetroffen werden konnte, erlaubt schliesslich ebenfalls noch nicht den Schluss, dass er sich der Zustellung absichtlich entzogen hat.

### **E. 4**

Nicht abschliessend beantwortet hat die Vorinstanz schliesslich die Frage, ob die bei ihr erhobene Beschwerde rechtzeitig erhoben worden ist. Die Frage ist zu bejahen: Die Frist zur Anfechtung des Zahlungsbefehls wegen unzulässiger öffentlicher Bekanntmachung läuft nicht, bevor der Schuldner von der öffentlichen Bekanntmachung Kenntnis erlangt hat (BGE 138 III 265 E. 3.1; 64 III 40 E. 1). Vorliegend hat der Beschwerdeführer geltend gemacht, am 12. Oktober 2017 durch seinen Rechtsvertreter von der öffentlichen Bekanntmachung des Zahlungsbefehls erfahren zu haben. Diese Darstellung wird durch das aktenkundige Schreiben des Anwalts der Beschwerdegegnerin an den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers vom 11. Oktober 2017 gestützt, in welchem ersterer auf die Publikation des Zahlungsbefehls im Schweizerischen Handelsamtsblatt und im Amtsblatt des Kantons Bern sowie das ungenutzte Verstreichenlassen der Rechtsvorschlagsfrist aufmerksam gemacht hat. Da sich das Vorbringen der Beschwerdegegnerin, der Beschwerdeführer habe schon vorher von der Publikation im Amtsblatt tatsächlich Kenntnis genommen, demgegenüber letztlich auf eine unsubstanzierte Behauptung beschränkt, ist auf die schlüssige Schilderung des Beschwerdeführers abzustellen und davon auszugehen, dass die Vorinstanz die kantonale Beschwerde zu Recht materiell behandelt hat.

## **E. 5**

Aus den dargelegten Gründen ist die Beschwerde gutzuheissen. Da sich die öffentliche Bekanntmachung als ungültig erweist, gilt der Zahlungsbefehl nicht als zugestellt. Das Betreibungsamt hat demnach eine neue Zustellung des Zahlungsbefehls vorzunehmen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdegegnerin kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 66 Abs. 1, Art. 68 Abs. 2 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).

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