

# **BGer 5A\_755/2011 vom 17. Januar 2012**

Bundesgericht, 2012-01-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_755\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_755_2011)

FR: TF 5A\_755/2011 du 17 janvier 2012

IT: TF 5A\_755/2011 del 17 gennaio 2012

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Angefochten ist ein kantonale letztinstanzliche Endentscheid in einer Betreibungssache, gegen den die Beschwerde in Zivilsachen unabhängig vom Streitwert grundsätzlich offen steht ( Art. 72 Abs. 2 lit. a, Art. 74 Abs. 2 lit. c, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG ).

Nicht einzutreten ist auf die Beschwerde jedoch, soweit sie sich gegen Akte richtet, die entweder nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Entscheides waren oder auf welche die Aufsichtsbehörde nicht eintrat. Dies ist der Fall mit Bezug auf die Publikationskosten, die Liegenschaftsschätzung, die Steigerungsbedingungen, die Eingabe an das Betreibungsamt vom 10. Oktober 2011 und das Schreiben des Richteramtes vom 14. Oktober 2011. Der Beschwerdeführer zeigt nicht auf, inwiefern die Aufsichtsbehörde gegen Bundesrecht verstossen hätte, wenn sie diese Punkte nicht materiell beurteilt hat.

### **E. 2**

Einzutreten ist hingegen auf die Fragen der Rechtmässigkeit der Rechtsöffnung (dazu E. 2.1) und der Verfügung des Betreibungsamtes vom 10. Oktober 2011 (dazu E. 2.2); im Zusammenhang mit der ersteren geht es nämlich um eine mögliche Nichtigkeit und mit Bezug auf die Verfügung vom 10. Oktober 2011 sind die Beschwerdefristen eingehalten.

#### **E. 2.1**

Mit Bezug auf die Rechtsöffnung bringt der Beschwerdeführer vor, nie eine Vorladung zum Verhandlungstermin und auch den Rechtsöffnungsentscheid selbst nie erhalten zu haben. Würden diese Behauptungen zutreffen, könnte allenfalls ein Nichtigkeitsgrund vorliegen (vgl. BGE 122 I 97 E. 3a/bb S. 99 ; 129 I 361 E. 2.2 S. 364; BGE 130 III 396 E. 1.3 S. 400). Diesfalls wären die betreffenden Vorbringen unabhängig von Beschwerdefristen jedenfalls bis zum Abschluss der Betreibung bzw. Verteilung des Erlöses möglich (vgl. COMETTA/MÖCKLI, in: Basler Kommentar, N. 20 zu Art. 22 SchKG ); hat der Schuldner nämlich in rechtsgültiger Weise weder eine Vorladung zur Rechtsöffnungsverhandlung noch den Rechtsöffnungsentscheid erhalten, bleibt der Rechtsvorschlag unbeseitigt und kann die Betreibung nicht fortgesetzt werden ( BGE 130 III 396 E. 1.2.2 und 1.3 S. 396 ff.), weshalb betreibungsrechtliche Verfügungen, welche dennoch erlassen und sich mithin auf einen nichtigen Entscheid stützen würden, ihrerseits nichtig wären (COMETTA/MÖCKLI, a.a.O., N. 8).

##### **E. 2.1.1**

Das Vorbringen, keine Vorladung zum Rechtsöffnungstermin erhalten zu haben, geht im vorliegenden Fall insofern an der Sache vorbei, als das Rechtsöffnungsverfahren, welches sich nach der damals in Kraft stehenden Zivilprozessordnung für den Kanton Solothurn richtete und im Summarverfahren abzuwickeln war (vgl. § 244 ZPO /SO), grundsätzlich ein

schriftliches ist (vgl. § 239 und 241 ZPO /SO). Die Aufsichtsbehörde hielt in ihrer Stellungnahme vom 12. Dezember 2011 denn auch fest, dass es gar keine mündliche Verhandlung gab. Entsprechend handelt es sich nicht um einen Verfahrensfehler, wenn dem Beschwerdeführer keine Vorladung zuzuging.

### **E. 2.1.2**

Was sodann das Vorbringen anbelangt, der Rechtsöffnungsentscheid sei nie zugestellt worden, ergibt sich aus dem Dispositiv des vom Beschwerdeführer als Beilage 13 eingereichten Entscheides, dass dieser der Gläubigerbank durch Gerichtsurkunde und dem Beschwerdeführer durch Publikation im Amtsblatt eröffnet werden sollte. Als Beilage 16 reicht der Beschwerdeführer einen Auszug aus dem Amtsblatt des Kantons Solothurn vom xxxx 2010 ein, woraus sich ergibt, dass die Publikation des Entscheides (einschliesslich Rechtsmittelbelehrung) auch tatsächlich erfolgt ist. Mit der amtlichen Publikation bzw. öffentlichen Bekanntmachung geht die Fiktion der Kenntnisnahme einher und der Entscheid gilt als am betreffenden Tag zugestellt (vgl. nunmehr Art. 141 Abs. 3 ZPO /CH). Demnach ist der den Behörden obliegende Zustellungsnachweis (vgl. BGE 114 III 51 E. 4 S. 55 ; 122 I 97 E. 3b S. 100) erbracht.

### **E. 2.1.3**

Der Beschwerdeführer kritisiert sodann, dass er über eine gültige Adresse verfüge und der Entscheid deshalb gar nicht hätte publiziert werden dürfen. Dazu ist Folgendes zu bemerken: Weil es sich beim Rechtsöffnungsentscheid nicht um eine Betreuungsurkunde im Sinn von Art. 64 SchKG handelt (vgl. ANGST, in: Basler Kommentar, N. 8 zu Art. 64 SchKG), richtet sich die Zustellung des am 25. November 2010 ergangenen Entscheides nicht nach den betreffenden Normen des SchKG, sondern nach denjenigen der Zivilprozessordnung des Kantons Solothurn, wie sie bis Ende des Jahres 2010 in Kraft stand. Die Anwendung kantonales Rechts - vorliegend von § 72 ZPO /SO, der als Zustellungsformen die Post, den Weibel und die amtliche Publikation nennt - prüft das Bundesgericht indes nicht frei im Sinn von Art. 106 Abs. 1 BGG; vielmehr kann diesbezüglich einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte, insbesondere die Verletzung des Willkürverbotes oder des rechtlichen Gehörs gerügt werden, wofür das strenge Rügeprinzip gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG gilt (BGE 133 I 201 E. 1 S. 203; 135 V 94 E. 1 S. 95). Der Beschwerdeführer erhebt keine solchen Rügen und entsprechend ist auf seine Kritik, er habe über eine gültige Postadresse verfügt und die Publikation sei deshalb unzulässig gewesen, nicht einzutreten, zumal in diesem Zusammenhang - anders als bei der in BGE 129 I 361 zu beurteilenden Sachlage - nicht von einer Nichtigkeit des Rechtsöffnungsentscheides ausgegangen werden kann: Der soeben zitierte Entscheid betraf Art. 111 ZPO /BE, wonach die Publikation einer Ladung ausdrücklich auf die Fälle beschränkt ist, wo der Aufenthaltsort des Empfängers unbekannt ist, und konkret den Fall, dass die betroffene Person, welche über eine gemeldete Wohnadresse verfügte, wegen einer ab initio auf dem Publikationsweg erfolgten Ladung gar nie Kenntnis davon hatte, dass gegen sie ein Vaterschaftsprozess eingeleitet worden war, welcher in der Verurteilung zu Unterhalt mittels Säumnisurteil mündete. Vorliegend geht es um § 72 ZPO /SO, der zwar primär die postalische Zustellung vorsieht, die Publikation aber an sich gleichberechtigt daneben stellt. Sodann erfolgte die Publikation des Entscheides vorliegend offensichtlich deshalb, weil der Beschwerdeführer - wie sich aus den von ihm selbst eingereichten Unterlagen ergibt - mehrfach behördliche Einschreibesendungen nicht abgeholt hatte. Im Übrigen ist auch festzuhalten, dass der Beschwerdeführer bereits lange vor der schliesslich

angefochtenen Verfügung vom 10. Oktober 2011 Kenntnis davon haben musste, dass die Betreuung ihren Fortgang genommen hatte, wurde doch am 25. Februar 2011 das Fortsetzungsbegehren mitgeteilt (vgl. Betreibungsprotokoll Beilage 2 des Betreibungsamtes im kantonalen Dossier), erfolgte sodann die Liegenschaftsschätzung, welche vom Beschwerdeführer vorliegend ebenfalls kritisiert wird (vgl. E. 1), und wurde am 22. August 2011 die (vom Beschwerdeführer nicht abholte, vgl. die Sendungsverfolgung Beilage 8 des Betreibungsamtes) Spezialanzeige sowie am 27. September 2011 die (am Folgetag zugestellte, vgl. Sendeverfolgung Beilage 9 des Betreibungsamtes) Mitteilung des Lastenverzeichnisses versandt. Der Beschwerdeführer wäre vor diesem Hintergrund der Betreibungsfortsetzung nach Treu und Glauben gehalten gewesen, beim Betreibungsamt Erkundigungen über den beseitigten Rechtsvorschlag einzuholen (vgl. Urteil 5A\_570/2010 vom 17. Juni 2011 E. 3.3.3 m.w.H.).

### **E. 2.2**

Mit Bezug auf die Verfügung des Betreibungsamtes vom 10. Oktober 2011, wonach mit Blick auf die Versteigerung zwecks Besichtigung durch Interessenten Zugang zur Liegenschaft zu gewähren sei, bringt der Beschwerdeführer einzig vor, dass er mit einem falschen Namen angesprochen worden sei ("Sehr geehrter Herr U. \_\_\_\_\_"). Inwiefern sich aus der falschen Anrede ein Rechtsnachteil ergeben soll, tut der Beschwerdeführer indes nicht dar. Das Schreiben war, wie er selbst festhält, an ihn adressiert und nahm im Übrigen auf die bevorstehende Versteigerung der Liegenschaft T. \_\_\_\_\_ Bezug, so dass Zweifel weder hinsichtlich des Verfügungsinhalts noch hinsichtlich des Verfügungsadressaten bestehen konnten. Es ist deshalb nicht ersichtlich, inwiefern die Aufsichtsbehörde gegen Bundesrecht verstossen hätte, wenn sie befand, die Verfügung sei rechtens gewesen.

### **E. 3**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde in Zivilsachen abzuweisen ist, soweit auf die eingetreten werden kann. Die Gerichtskosten sind somit dem Beschwerdeführer aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).

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