

# GR\_GERICHTE KSK 2019 75 vom 9. Dezember 2019

GR Gerichte, 2019-12-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_KSK\\_2019\\_75](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_KSK_2019_75)

FR: GR\_GERICHTE KSK 2019 75 du 9 décembre 2019

IT: GR\_GERICHTE KSK 2019 75 del 9 dicembre 2019

## Regeste

Zustellung Zahlungsbefehl | Aufsicht Beschwerde (SchKG 17 Abs. 1)

## Erwägungen

### E. 3

Unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge (Art. 61 Abs. 2 lit. a und Art. 62 GebV SchKG). Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass selbst wenn die Zustellung des besagten Zahlungsbefehls durch ein sog. Einwurf-Einschreiben erfolgt sei, was bestritten werde, die Art der Zustellung Schweizer Recht widersprechen und Personen mit Wohnsitz im Ausland gegenüber Personen mit Wohnsitz in der Schweiz diskriminieren würde. Eine gesetzmässige Zustellung des Zahlungsbefehls an den Beschwerdeführer werde bestritten und das Gericht daher ersucht, diesen als nichtig zu erachten bzw. aufzuheben, was dieselbe Rechtsfolge bei der Mitteilung des Verwertungsbegehrens nach sich ziehe. I. Die Y. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) beantragte in der Stellungnahme vom 17. September 2019, den Rekurs [recte: die Beschwerde] vom 4. September 2019 abzuweisen und der Gegenseite Gebühren, Verfahrenskosten und Parteientschädigungen aufzuerlegen. Zudem wurde beantragt, dem Rekurs [recte: der Beschwerde] sei keine aufschiebende Wirkung zu gewähren. Begründend wurde ausgeführt, dass die Frist von 10 Tagen gemäss Art. 17 SchKG zum

### E. 4

/ 10 Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde schon verstrichen gewesen sei. Der Zahlungsbefehl sei im Übrigen rechtsgültig zugestellt worden. J. Das Betreibungs- und Konkursamt der Region Maloja stellte dem Kantonsgericht von Graubünden mit Schreiben vom 17. September 2019 die Akten zu und erklärte den Verzicht auf eine Stellungnahme. K. Auf die weiteren Ausführungen in den Rechtsschriften sowie in den Akten wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. II. Erwägungen 1.1. Die vorliegende Beschwerde bezieht sich auf die Betreuung Nr. \_\_\_\_\_ bzw. den Zahlungsbefehl des Betreibungs- und Konkursamtes der Region Maloja vom 22. Oktober 2018, dessen rechtsgültige Zustellung an den Beschwerdeführer umstritten ist, sowie die Mitteilung der Verwertung vom 8. Juli 2019. In der Beschwerde wurde fälschlicherweise ausgeführt, dass eine Beschwerde im Sinne von Art. 17 SchKG erhoben werde und beantragt, dass die angefochtene Verfügung aufzuheben sei, obwohl eigentlich die Feststellung der Nichtigkeit der Zustellung des Zahlungsbefehls vom 22. Oktober 2018 geltend gemacht wird – folglich also eine Beschwerde zur Feststellung der Nichtigkeit im Sinne von Art. 22 SchKG erhoben wurde. Die Beschwerde nach Art. 17 SchKG hätte sich gemäss Art. 17 Abs. 2 SchKG ohnehin als verspätet erwiesen, da der Beschwerdeführer – wie sich aus seinem Schreiben an das Betreibungs- und Konkursamt der Region Maloja vom 20. August 2019 bzw. dessen Beilagen ergibt (vgl. KG act. B.4) –

spätes- tens am 20. August 2019 Kenntnis vom Zahlungsbefehl vom 22. Oktober 2018 sowie der Mitteilung der Verwertung vom 9. Juli 2019 hatte und somit die zehntä- gige Beschwerdefrist am Tag der Beschwerdeerhebung (4. September 2019) be- reits abgelaufen war. Die Feststellung der Nichtigkeit kann hingegen jederzeit geltend gemacht werden (Flavio Cometta/Urs Peter Möckli, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1 – 158 SchKG, 2. Aufl., Basel 2010, N 16 zu Art. 22 SchKG; Daniel Staehelin, in: Bau- er/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband zur 2. Auflage, Basel 2016, N 16c zu Art. 22 SchKG; Jolanta Kren Kostkiewicz, SchKG-Kommentar, 19. Aufl., Zürich 2016, N 12 zu Art. 22 SchKG; BGE 139 III 44 E. 3.1.2 m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 5A\_624/2009 vom 2. Dezember 2009, E. 2.1 m.w.H.). Unabhängig davon, ob Be- schwerde geführt worden ist, stellt die Aufsichtsbehörde die Nichtigkeit einer Ver-

## **E. 5**

/ 10 fügung bzw. einer Betreibungshandlung von Amtes wegen fest (Art. 22 Abs. 1 SchKG; BGE 128 III 101, E. 1b). Sachlich zuständig für die Feststellung einer allfälligen Nichtigkeit ist das Kantons- gericht von Graubünden als einzige kantonale Aufsichtsbehörde (Art. 22 Abs. 1 und Art. 13 SchKG in Verbindung mit Art. 13 des Einführungsgesetzes zum Bun- desgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [EGzSchKG; BR 220.000]). Die interne Zuständigkeit fällt dabei der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zu (Art. 8 Abs. 1 der Verordnung über die Organisation des Kantonsgerichts [KGV; BR 173.100]). 1.2. Die Feststellung der Nichtigkeit verlangt ein Feststellungsinteresse. Ein sol- ches liegt vor, wenn mit der Feststellung der Nichtigkeit ein aktueller, praktischer Verfahrenszweck verfolgt wird (Daniel Staehelin, a.a.O., N 16d zu Art. 22 SchKG). Dies ist vorliegend – obwohl die Frist für die Erhebung eines Rechtsvorschlages auch im Falle der Nichtigkeit der Erstzustellung ungenutzt abgelaufen wäre (vgl. nachfolgend E. 2.5) – gegeben, da bei der Bejahung der Nichtigkeit der Zustellung des Zahlungsbefehls die Mitteilung der Verwertung erneut erfolgen müsste und der Beschwerdeführer dadurch einen zeitlichen Aufschub in Bezug auf eine ra- tenweise Tilgung der Schuld erhalten würde. Auf die bei der zuständigen Aufsichtsbehörde formgerecht eingereichte Be- schwerde ist folglich einzutreten. 1.3. Das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden wird im Grundsatz vom Bundesrecht geregelt (vgl. Art. 20a Abs. 2 SchKG). Im Übrigen regeln nach Art. 20a Abs. 3 SchKG die Kantone das Verfahren. Gemäss Art. 10 EGzSchKG richtet sich das Verfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung und dem Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EGzZPO; BR 320.100), soweit das SchKG und das EGzSchKG keine Vorschriften enthalten. 1.4. Was das Gesuch um aufschiebende Wirkung betrifft, kann festgehalten werden, dass das Betreibungsamt mit dem Vollzug der Verfügung ohnehin zuzu- warten hat, bis die Verfügung über die aufschiebende Wirkung ergangen ist (BGE 109 III 37 E. 2.c). Mit der Zustellung des Endentscheids wird das Begehren um Gewährung der aufschiebenden Wirkung somit obsolet. 2. Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe den Zahlungsbefehl vom 22. Oktober 2018 des Betreibungs- und Konkursamts der Region Maloja erst am 26. August 2019 in Empfang genommen. Diesbezüglich ist zunächst festzuhalten, dass aus dem Schreiben des Beschwerdeführers vom 20. August 2019 bzw. des-

## **E. 6**

/ 10 sen Beilage hervorgeht, dass der Beschwerdeführer spätestens am 20. August 2019 Kenntnis von besagtem Zahlungsbefehl erhalten haben muss, legte er dem Schreiben vom 20. August 2019 doch bereits eine Kopie des Zahlungsbefehls bei (vgl. KG act. B.4). Zu prüfen ist dennoch, ob die durch das Amtsgericht O.3\_\_\_\_\_ (Deutschland) bestätigte Zustellung des Zahlungsbefehls am 15. November 2019 ungültig bzw. nichtig ist. 2.1. Die fehlerhafte Zustellung eines Zahlungsbefehls, der dem Betriebenen nicht zur Kenntnis gelangt, ist nichtig (Jolanta Kren Kostkiewicz, a.a.O., N 4 zu Art. 22 SchKG; BGE 128 III 101 E. 1b; BGE 120 III 117 E. 2c). Nichtig ist ferner auch die Zustellung einer Betreuungsurkunde im Ausland, die unter Verletzung staatsvertraglicher Bestimmungen erfolgt ist (BGE 131 III 448 E. 2.1; Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Aufl., Zürich 2017, N 17 der Vorbem. zu Art. 64-66 SchKG). Vorliegend ist dem Beschwerdeführer und Betriebenen der Zahlungsbe- fehl spätestens am 20. August 2019 zur Kenntnis gelangt, so dass zu prüfen bleibt, ob die Zustellung der Betreuungsurkunde im Ausland unter Verletzung staatsvertraglicher Bestimmungen erfolgt ist. 2.2. Der Beschwerdeführer wohnt in Deutschland, so dass betreffend die Zustel- lung von Betreuungsurkunden Art. 66 Abs. 3 SchKG zu beachten ist. Danach er- folgt die Zustellung bei ausländischem Wohnsitz des Schuldners durch die Ver- mittlung der dortigen Behörden oder, soweit völkerrechtliche Verträge dies vorse- hen oder wenn der Empfängerstaat zustimmt, durch die Post. Im Allgemeinen be- stimmt sich die Zustellung von Betreuungsurkunden im internationalen Verhältnis nach dem HZUe65. Dieses trat für Deutschland am 26. Juni 1979 und für die Schweiz am 1. Januar 1995 in Kraft. Gemäss Art. 2 bis 6 des HZUe65 sind die Schriftstücke grundsätzlich durch Vermittlung der von jedem Vertragsstaat zu be- stimmenden zentralen Behörde zuzustellen. Art. 10 lit. a HZUe65 schliesst – unter dem Vorbehalt, dass der Bestimmungsstaat keinen Widerspruch erklärt – nicht aus, dass gerichtliche Schriftstücke unmittelbar durch die Post übersandt werden dürfen. Wie die Schweiz (Ziff. 5 ihrer Vorbehalte) hat Deutschland indessen (in Ziff. 4 Abs. 2 seiner Vorbehalte) ausdrücklich erklärt, dass eine Zustellung nach Art. 10 des Übereinkommens nicht stattfindet (BGE 131 III 448 E. 2.2.1 m.w.H.). Entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin, die eine Zustellung auf einfachem postalischem Weg als genügend erachtet, hat demzufolge die Zustel- lung einer Betreuungsurkunde an einen Schuldner mit ausländischem Wohnsitz rechtshilfweise über die zuständige ausländische Behörde zu erfolgen. Die direk- te postalische Zustellung an die Adresse eines in Deutschland wohnenden

## **E. 7**

/ 10 Schuldners wäre hingegen nichtig (BGE 131 III 448 E. 2.2.3). Folglich hat das Be- treibungs- und Konkursamt der Region Maloja den richtigen Weg gewählt und am 30. Oktober 2018 um rechtshilfweise Zustellung erbeten. 2.3. Ob die rechtshilfweise Zustellung des Schriftstücks gültig erfolgt ist, be- stimmt sich nach den in Deutschland geltenden innerstaatlichen Vorschriften (vgl. BGE 107 III 11 E. 2; Art. 5 Abs. 1 Bst. a HZUe65). Vorliegend hat das Amtsgericht O.3\_\_\_\_\_ nach mehrmaligen erfolglosen Zustellversuchen (Schuldner zu Hause nicht angetroffen; vgl. auch Schreiben des Beschwerdeführers vom 20. August 2019, KG act. B.4) zur Ersatzzustellung durch Einlegen in den Briefkasten gegrif- fen. Dies ist in Deutschland gemäss § 180 der L.1\_\_\_\_\_ Zivilprozessordnung möglich, falls die Zustellung nach deren § 178 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 nicht ausführbar war und das Schriftstück in den zur Wohnung gehörenden Briefkasten eingelegt werden kann, welchen der Adressat für den Postempfang eingerichtet hat und der

in der allgemein üblichen Art für eine sichere Aufbewahrung geeignet ist. Diese Voraussetzungen sind erfüllt, da eine Zustellung in der Wohnung bzw. in Geschäftsräumen weder an den Beschwerdeführer selber noch an eine der in § 178 Abs. 1 Nr. 1 und 2 der L.1\_\_\_\_\_ Zivilprozessordnung genannten Personen möglich war und die Wohnung über einen allgemein üblichen Briefkasten verfügte (vgl. sinngemäss das Zustellungszeugnis des Amtsgerichts O.3\_\_\_\_\_ vom 23. November 2018, das eine Zustellung in einer der gesetzlichen Formen gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a HZUe65 durch "Einlegung in den Briefkasten der Wohnung durch die Post" bestätigt). Das Zustellungszeugnis des Amtsgerichts O.3\_\_\_\_\_ vom 23. November 2018, welches bescheinigt, dass die Betreibungsurkunde in den Briefkasten des Schuldners gelegt wurde, gilt als öffentliche Urkunde im Sinne von Art. 179 ZPO, da Zustellbescheinigungen als öffentliche Urkunden zu qualifizieren sind (Flavio Lardelli/Meinrad Vetter, in: Geiser/Fountoulakis [Hrsg.], Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl., Basel 2018, N 5 zu Art. 9 ZGB; BGE 117 III 10 E. 5c) und ausländische öffentliche Urkunden inländischen gleichstehen, soweit sie in der Schweiz anerkannt werden (Annette Dolge, in: Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 7 zu Art. 179 ZPO), was vorliegend aufgrund des HZUe65 (vgl. insb. Art. 6 HZUe65) der Fall ist. Folglich kommt dem Zustellungszeugnis volle Beweiskraft zu, solange nicht die Unrichtigkeit des Inhalts nachgewiesen ist. Vorliegend wurde der Gegenbeweis nicht geführt, eine blosser Bestreitung genügt nicht. 2.4. Demzufolge ist die Zustellung des Schriftstücks am 15. November 2018 grundsätzlich gültig erfolgt. Zu prüfen bleibt schliesslich, ob die gewählte Zustel-

## **E. 8**

/ 10 lungsart gegen den schweizerischen ordre public verstösst, d.h. ob dadurch grundlegende Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung missachtet und das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzt wird (BGE 107 III

## **E. 11**

E. 2). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird einerseits sogar ein Anheften einer Betreibungsurkunde an die Wohnungstür des Empfängers als zulässige Zustellungsart gemäss israelischem Recht als rechtsgültig erachtet (BGE 122 III 295 E. 2.c). Andererseits hat das Bundesgericht einen Verstoß gegen den schweizerischen ordre public in Bezug auf die im L.1\_\_\_\_\_ Recht vorgesehene Zustellung durch Niederlegung auf der Geschäftsstelle des Amtsgerichts mit postalischer schriftlicher Mitteilung der Niederlegung oder – wenn dies nicht möglich ist – Anheften an der Wohnungstüre gemäss § 182 [heute: § 181] der L.1\_\_\_\_\_ Zivilprozessordnung verneint (BGE 107 III 11 E. 4). Die Zustellung durch Einlegen in den Briefkasten bietet ähnlich verlässliche Gewähr dafür, dass die Urkunde dem Schuldner persönlich zur Kenntnis gelangt wie etwa nach schweizerischem Recht die Aushändigung an einen erwachsenen Hausgenossen bzw. an einen Angestellten oder die öffentliche Bekanntmachung. Die Rechtslage in Deutschland unterscheidet sich folglich nicht wesentlich von derjenigen in der Schweiz, so dass nicht gesagt werden kann, die Anerkennung der Zustellung des Zahlungsbefehls durch Einlegen in den Briefkasten verstosse gegen den schweizerischen ordre public (vgl. auch BGE 107 III 11 E. 4). Nach dem Gesagten ist die Zustellung des Zahlungsbefehls am 15. November 2018 rechtsgültig erfolgt, weshalb sich der am 4. September 2019 erhobene Rechtsvorschlag als verspätet erweist. Die Mitteilung des Verwertungsbegehrens vom 9. Juli 2019 ist damit zu Recht erfolgt. Demzufolge ist die Beschwerde abzuweisen. 2.5. Anzumerken ist, dass falls der

Betriebe bei einer fehlerhaften Zustellung vom Zahlungsbefehl Kenntnis erlangt, dieser damit – im Zeitpunkt der Kenntnisnahme – seine Wirkung zu entfalten beginnt, wodurch auch die Frist zur Erhebung eines Rechtsvorschlages ausgelöst wird (BGE 128 III 101, E. 2). Wie obenstehend dargelegt, ergibt sich aus den Verfahrensakten, dass der Beschwerdeführer spätestens am 20. August 2019 Kenntnis vom Zahlungsbefehl erlangt hat, wodurch die Frist zur Erhebung eines Rechtsvorschlages ausgelöst wurde. Der am 4. September 2019 erhobene Rechtsvorschlag hätte sich damit ohnehin als verspätet erwiesen. 3. Gemäss Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG und Art. 61 Abs. 2 lit. a der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [GebV SchKG; SR 281.35] ist das Beschwerdeverfahren vor der kantonalen Aufsichts-

9 / 10 behörde kostenlos. Die Verfahrenskosten von CHF 1'500.00 verbleiben demnach beim Kanton Graubünden. Eine Parteientschädigung ist im vorliegenden Verfahren gemäss Art. 62 GebV SchKG nicht zuzusprechen.

10 / 10 III.

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