

und ihr Ehemann demnach keine Zahlung an den Gesuchsteller getätigt haben, können sie auch nichts zu Verrechnung bringen.

KGP, 11.04.2008

3527

Pfändung eines Anspruchs. Die Pfändbarkeit bzw. Verwertbarkeit einer Zulassungsbewilligung ist unter den Voraussetzungen, dass im Kanton Appenzell Ausserrhoden grundsätzlich Bedarf für Hausarzt/ Allgemeinpraktiker-Bewilligungen besteht, das Departement Gesundheit einer Übertragung zustimmt und bei der Verwertung mit grosser Wahrscheinlichkeit ein im Verhältnis zum angegebenen durchschnittlichen Nettoeinkommen angemessener Ertrag erzielt werden könnte, grundsätzlich gegeben (Art. 92 SchKG).

Sachverhalt:

Am 25. September 2008 verfügte das Betreibungsamt Herisau gegenüber Z. eine Verdienstpfindung im das Existenzminimum von CHF 2'163.00 übersteigenden Betrag des Nettoverdienstes pro Monat. Gleichzeitig wurde festgelegt, dass die pfändbare Verdienstquote CHF 12'837.00 pro Monat betrage, falls der Schuldner seiner monatlichen Rechenschaftspflicht nicht nachkomme. Zusätzlich wurde der Anspruch des Schuldners auf eine Zulassungsbewilligung zur Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gepfändet.

Aus den Erwägungen:

Zur Diskussion steht somit die Pfändbarkeit resp. Verwertbarkeit der eingepfändeten Praxisbewilligung/Zulassung.

Dabei ist zunächst zu prüfen, ob diese überhaupt einen pfändbaren Vermögenswert darstellt und ob es sich bei der Tätigkeit eines Hausarztes und Allgemeinmediziners um einen Beruf handelt. Falls diese Fragen bejaht werden können, ist weiter zu untersuchen, ob der Beruf resp. die eingesetzten Hilfsmittel rentabel sind und der Erlös aus der Verwertung der Zulassungsbewilligung in einem vernünftigen Verhältnis zum erzielten Ertrag steht, der mit dieser Bewilligung erzielt werden kann.

Unpfändbar sind unter anderem die Werkzeuge, Gerätschaften, Instrumente und Bücher, soweit sie für den Schuldner und seine Familie zur Ausübung des Berufs notwendig sind (Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG). Nach *Georges Vonder Mühl* (Basler Kommentar, SchKG II, Basel 1998, N 13 zu Art. 92 SchKG mit Verweisen) werden die oben genannten Begriffe von der Praxis weit ausgelegt. Dabei stellt zum Beispiel eine zur Patentierung angemeldete Erfindung ein übertragbares Vermögensrecht dar und ist somit pfändbar (*Erwin Brügger*, SchKG, Schweizerische Gerichtspraxis 1946–1984, Zürich 1984, N 130 zu Art. 92 SchKG mit Hinweisen). Nach dem Gesagten erscheint es der Aufsichtsbehörde als folgerichtig, auch bei der Praxisbewilligung eines Arztes grundsätzlich von einem pfändbaren Vermögenswert auszugehen.

Zur wirtschaftlichen Existenz einer Person gehört die Möglichkeit, ihren Beruf auszuüben. Geschützt ist aber nicht jede wirtschaftliche Betätigung schlechthin, sondern nur die Berufstätigkeit im engeren Sinne. Entscheidend dafür ist die Abgrenzung zwischen “Beruf” und “Unternehmung”. Der Begriff des “Berufes” setzt die Anwendung persönlicher Fähigkeiten, eigener Arbeitskraft und eigenen Wissens voraus. Die “Unternehmung” ist demgegenüber industriell entwickelt und unterbaut. Der Unternehmer benützt, über seine persönlichen Fähigkeiten hinaus, in grösserem Stil maschinelle Einrichtungen und beansprucht in stärkerem Masse die Arbeitskraft Dritter. Der Kapitaleinsatz spielt hier die ausschlaggebende Rolle (*Kurt Amonn/Fridolin Walther*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. A., Bern 2008, § 23 N 20 ff.; *Georges Vonder Mühl*, a.a.O., N 15 ff. zu Art. 92 SchKG). Bei einem Arzt geht die Praxis und auch das Betreibungsamt zu Recht davon aus, dass er Berufsperson und nicht Unternehmer ist, auch wenn er teilweise kostspielige, technische Einrichtungen und Geräte benutzt (*Kurt Amonn/Fridolin Walther*, a.a.O., § 23 N 25).

Schliesslich muss sich der vom Schuldner ausgeübte Beruf auch als wirtschaftlich erweisen. Das Kriterium der Wirtschaftlichkeit spielt bei der Beurteilung der Berufskompetenz in der Rechtsprechung seit BGE 80 III 110 eine zentrale Rolle und stellt gleichzeitig den Betreibungsbeamten vor oft kaum belegbare Kalkulationsaufgaben. Zu prüfen ist die Frage der Wirtschaftlichkeit unter zwei Gesichtspunkten, welche für die Annahme der Unpfändbarkeit beide erfüllt sein müssen: Einmal hinsichtlich der individuellen geschäftlichen

Existenzfähigkeit des Schuldners, zweitens hinsichtlich der allgemeinen Rentabilität der eingesetzten Hilfsmittel im Rahmen seines Betriebs (*Georges Vonder Mühl*, a.a.O., N 21 zu Art. 92 SchKG).

Die Aufsichtsbehörde hat die massgebenden Tatsachen von Amtes wegen abzuklären, namentlich die Arbeitsfähigkeit des Schuldners, die Art und Wirtschaftlichkeit seiner Tätigkeit (BGE 89 III 33; *Erwin Brügger*, a.a.O., N 147 zu Art. 92 SchKG).

Art. 92 Ziff. 3 SchKG hat, was das erste Merkmal anbelangt, einen lohnenden, konkurrenzfähigen und nicht defizitären Beruf im Auge. Dessen Weiterführung soll nicht auf Kosten der Gläubiger geschützt werden (*Georges Vonder Mühl*, a.a.O.; *Erwin Brügger*, a.a.O., N 149 zu Art. 92 SchKG). Heben sich Aufwand und Ertrag der vom Schuldner ausgeübten Tätigkeit auf, so können auch zur Berufsausübung notwendige Werkzeuge gepfändet werden, weil sie nicht wirtschaftlich, d.h. gewinnbringend ist (AB BE, Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs [BISchK] 1990, S. 94 = *Erwin Brügger*, a.a.O., Nachträge N 15). Als unterste Grenze ist wohl das Existenzminimum zu bezeichnen, das der Schuldner aus dem Nettoerlös seiner Berufstätigkeit decken können sollte (AB BE, BISchK 1969, S. 107 = *Erwin Brügger*, a.a.O., N 243). Im Allgemeinen sollen an das Merkmal der Rentabilität keine hohen Massstäbe gelegt werden (BGE 117 III 22 f. = Pra. 1992 [81] Nr. 167, S. 611).

Das Betreibungsamt hat in der Beschwerdeantwort ausgeführt, dass mit dem vom Schuldner behaupteten Nettoeinkommen pro Monat von ca. CHF 6'500.00 nicht einmal das Existenzminimum gedeckt werden könne. Dabei seien im Notbedarf die mangels beigebrachter Belege nicht eingerechneten Positionen aufzurechnen, um den tatsächlichen Existenzbedarf ermitteln zu können. In Berücksichtigung dieser Umstände betrage der Existenzbedarf wenigstens CHF 7428.00 pro Monat:

Aktuelles Existenzminimum ohne Einrechnung Unterhaltsbeiträge an Ehefrau und Krankenkassenprämie	CHF 2163.00
nicht eingerechnete Frauenalimente	CHF 4125.00
nicht eingerechnete Krankenkassenprämie	CHF 190.00
nicht eingerechnete Wohnkosten (Mietzins für eine Person)	CHF 950.00
Existenzminimum	CHF 7428.00

Aus den Akten geht sodann hervor, dass auch Geschäftsauslagen, wie zum Beispiel Medikamente nicht bezahlt wurden bzw. werden (so wurde der Firma G.S. in der Betreuung Nr. X ein Verlustschein über CHF 81'695.55 ausgestellt). Weitere Verlustscheine resultieren aus einer Betreuung der AHV-, IV-, AVS- und AI-Beiträge.

Unter diesen Umständen ist die Schlussfolgerung des Betreibungsamtes, der Beruf des Schuldners sei nicht rentabel, nicht zu beanstanden.

Was das zweite Merkmal der Rentabilität anbelangt, wird verlangt, dass die Verwendungskosten des als Kompetenzgut angesprochenen Hilfsmittels in einem vernünftigen Verhältnis zu dem mit ihm erzielten Ertrag stehen. Je weniger hoch sich der Schätzwert des Hilfsmittels stellt, desto eher wird es sich als rentabel erweisen (BGE 87 III 61 ff.; AB SO, BlSchK 1960, S. 181 = *Erwin Brügger*, a.a.O., N 205; AB BE, BlSchK 1968, S. 184 = *Erwin Brügger*, a.a.O., N 209).

Nach Art. 55a Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.1) kann der Bundesrat die Zulassung von selbständig und unselbständig tätigen Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung für eine befristete Zeit von einem Bedürfnis abhängig machen. Die Kantone bestimmen die Leistungserbringer (Abs. 3). Der Kanton Appenzell Ausserrhoden hat diese Materie in der Verordnung zur Einführung der eidgenössischen Verordnung vom 3. Juli 2002 über die Einschränkung der Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung geregelt (bGS 811.2). Gemäss Art. 4 Abs. 2 lit. a der Verordnung ist eine Übernahme und Weiterführung einer bestehenden Praxis möglich, wenn der bisherige Inhaber auf die Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung verzichtet, der bisherige Inhaber belegt, dass die Praxis in den letzten zwölf Monaten vor der Übernahme an mindestens fünf

Halbtagen pro Woche effektiv betrieben wurde und der Nachfolger oder die Nachfolgerin sich verpflichtet, die Praxis in ihrer bisherigen fachlichen Ausrichtung zu führen und über einen dazu geeigneten Weiterbildungs- oder Facharzttitel verfügt.

Nach dem Gesagten kann eine Praxisbewilligung theoretisch auf eine andere als die ursprünglich befugte Person übertragen werden, wobei die Verwertung durch das Betreibungsamt den Verzicht des Berechtigten ersetzen würde. Erforderlich ist allerdings die Zustimmung der Gesundheitsdirektion (Art. 4 Abs. 1 der erwähnten Verordnung).

Zweifel hegt die Aufsichtsbehörde einzig an der Verhältnismässigkeit einer Verwertung der Praxisbewilligung/Zulassung. Der Vertreter der Gläubigerin hat im Fortsetzungsbegehren vorgebracht, Praxisbewilligungen würden unter Ärzten sehr hoch gehandelt. Die Preise würden sich je nach Kanton und Art der ärztlichen Ausrichtung zwischen CHF 100'000 (als absolut unterste Grenze) und weit über CHF 200'000 bewegen. Der Praxisbewilligung komme also ein tatsächlicher Wert zu und diese sei käuflich übertragbar.

Das Betreibungsamt hat diese Betrachtungsweise übernommen, obwohl diese sich offenbar lediglich auf Erfahrungen im Kanton St. Gallen bezieht. Es bestehen nicht die geringsten, objektiven Anhaltspunkte, ob im Kanton Appenzell Ausserrhoden ein (legal) funktionierender Markt und damit eine Nachfrage für eine Hausarzt/Allgemeinpraktiker-Zulassungsbewilligung besteht, ob das Departement Gesundheit einer Übertragung der Praxisbewilligung überhaupt zustimmen würde (Art. 4 Abs. 2 lit. a der V zur Einführung der eidgenössischen Verordnung vom 3. Juli 2002 über die Einschränkung der Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung; bGS 811.2) und in welchem Verhältnis der Erlös aus der Verwertung der Praxisbewilligung zum Nettoeinkommen des Schuldners stünde. Dieses beträgt pro Jahr immerhin CHF 78'000.00. Damit besteht aber die Gefahr, dass dem Schuldner seine zugegebenermassen unzureichende Existenzgrundlage gänzlich entzogen wird, ohne dass die betreibende Gläubigerin, deren Forderung sich immerhin auf CHF 81'695.55 beläuft, im Gegenzug mindestens zu einem grossen Teil Befriedigung erlangt.

Unter der Voraussetzung, dass im Kanton Appenzell Ausserrhoden tatsächlich Bedarf für Hausarzt/Allgemeinpraktiker-Bewilligungen

besteht, das Departement Gesundheit einer Übertragung zustimmen würde und bei der Verwertung mit grosser Wahrscheinlichkeit ein im Verhältnis zum angegebenen durchschnittlichen Nettoeinkommen angemessener Ertrag gelöst werden könnte, würde die Aufsichtsbehörde die Pfändbarkeit bzw. Verwertbarkeit der Zulassungsbewilligung grundsätzlich bejahen. Weil die erwähnten Voraussetzungen zurzeit jedoch nicht als erstellt gelten können, ist die Beschwerde – zumindest im jetzigen Moment – in diesem Punkt gut-zuheissen.

AB SchK, 17.11.2008

3528

Bewilligung Rechtsvorschlag (Art. 75 Abs. 2 SchKG); Parteienrollenverteilung; Feststellung neuen Vermögens (Art. 265a SchKG). Praxis der Einzelrichter zum Grenzwert für die Annahme neuen Vermögens.

Sachverhalt:

Mit Zahlungsbefehl Nr. XX des Betreibungsamtes Appenzeller Mittelland hat die Gesuchsgegnerin gegen den Gesuchsteller die Betreibung eingeleitet. Der Gesuchsteller hat auf die am 30. Oktober 2007 erfolgte Zustellung des Zahlungsbefehls hin Rechtsvorschlag erhoben mit der Begründung, er sei nicht zu neuem Vermögen gekommen. Die Gläubigerin wurde daraufhin auf die Möglichkeit hingewiesen, die Betreibung zurückzuziehen. Dies hat sie aber nicht getan. Der Betreibungsbeamte legte deshalb den Rechtsvorschlag am 6. Dezember 2007 dem Einzelrichter des Kantonsgerichts vor.

Aus den Erwägungen:

Prozessuales:

Nicht geregelt im Gesetz ist die Frage der Parteienrollenverteilung. In der Lehre werden dazu verschiedene Meinungen vertreten, und auch die Praxis ist uneinheitlich (vgl. etwa ZR 103 Nr. 7, S. 24; *Gut/Rajower/Sonnenmoser*, Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens, AJP 1998, S. 532 f.; *Christoph Spahr*, Prozessuales zum Bewilligungsverfahren nach Art. 265a SchKG am Beispiel des Kantons