

**Obergericht
des Kantons Bern**

**Cour suprême
du canton de Berne**

Aufsichtsbehörde in Betrei-
bungs- und Konkursachen

Autorité de surveillance
en matière de poursuite
et de faillite

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 04
Fax +41 31 635 48 14
aufsichtsbehoerdeschg.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ABS 17 155

Bern, 7. Juni 2017

Besetzung

Oberrichter Studiger (Präsident), Oberrichterin Pfister Hadorn und
Oberrichterin Grütter
Gerichtsschreiberin Kislig

Verfahrensbeteiligte

A._____ GmbH
vertreten durch Rechtsanwalt B._____
Beschwerdeführerin

gegen

Betreibungsamt Seeland, Dienststelle Biel/Bienne, Kontroll-
strasse 20, 2502 Biel/Bienne

Gegenstand

Beschwerde (SchKG 17)



Regeste:

Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung (Art. 66 Abs. 4 Ziff. 2 SchKG)

- Voraussetzungen der Zustellung eines Zahlungsbefehls durch öffentliche Bekanntmachung gemäss Art. 66 Abs. 4 SchKG (E. 10)
- Die öffentliche Bekanntmachung begründet die unwiderlegbare Vermutung, dass der Schuldner am Tag der Publikation vom Inhalt der veröffentlichten Urkunde Kenntnis genommen hat (E. 15)

Erwägungen:

1. Am 14. Juli 2016 stellte das Betreibungsamt Seeland, Dienststelle Biel/Bienne, in der Betreuung Nr. 1._____ gegen die A._____ GmbH (nachfolgend: Beschwerdeführerin) einen Zahlungsbefehl aus (Beschwerdebeilage [BB] 1). Am x._____ wurde der Zahlungsbefehl mittels Publikation im SHAB und im Amtsblatt des Kantons Bern durch öffentliche Bekanntmachung zugestellt (BB 2 und Vernehmlassungsbeilage [VB] 6).
2. Am 18. April 2017 wurde der Beschwerdeführerin am Schalter des Betreibungsamtes Seeland die Konkursandrohung in der Betreuung Nr. 1._____ (BB 3) ausgehändigt. Zugleich wurde sie über die öffentliche Bekanntmachung des Zahlungsbefehls vom 14. Juli 2016 informiert und ihr wurde der Zahlungsbefehl ausgehändigt.
3. Mit Eingabe vom 27. April 2017 erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen des Kantons Bern mit folgenden Rechtsbegehren:
 1. Die öffentliche Zustellung des Zahlungsbefehls in der Betreuung Nr. 1._____ des Betreibungsamtes Seeland, Dienststelle Biel vom 14. Juli 2016 sei als ungültig aufzuheben.
 2. Die Konkursandrohung vom 18. April 2017 in der Betreuung Nr. 1._____ des Betreibungsamtes Seeland, Dienststelle Biel sei aufzuheben.
 3. Eventualantrag: Der Beschwerdeführerin sei die Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlags gegen den Zahlungsbefehl Nr. 1._____ des Betreibungsamtes Seeland, Dienststelle Biel vom 14. Juli 2016 wiederherzustellen
 4. Verfahrensantrag: Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
- unter Kosten- und Entschädigungsfolge -
4. Mit Verfügung vom 1. Mai 2017 wurde der Beschwerde insoweit die aufschiebende Wirkung erteilt, als die Betreuung vorläufig eingestellt wurde.
5. Das Betreibungsamt Seeland, Dienststelle Biel/Bienne, beantragte in seiner Vernehmlassung vom 8. Mai 2017 die Abweisung der Beschwerde.

6. Die Gläubigerin, C._____, beantragte in ihrer Stellungnahme vom 13. Mai 2017 auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventuell sei diese abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.
7. Die Beschwerdeführerin liess sich nicht mehr vernehmen.
8. Die Zuständigkeit der kantonalen Aufsichtsbehörde als Beschwerdeinstanz ergibt sich aus Art. 17 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) i.V.m. Art. 10 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (EGSchKG; BSG 281.1).
9. Eine Beschwerde ist innert zehn Tagen seit dem Tage, an welchem der Beschwerdeführer von der Verfügung Kenntnis erhalten hat, zu erheben (Art. 17 Abs. 2 SchKG).

Die Beschwerdeführerin wehrt sich gegen die öffentliche Bekanntmachung des Zahlungsbefehls vom 14. Juli 2016 sowie gegen die Konkursandrohung vom 18. April 2017 und beantragt eventualiter die Wiederherstellung der Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlags. Soweit sich die Beschwerde gegen die Konkursandrohung richtet, erweist sie sich als fristgerecht. Ob die Anfechtung der Zustellung des Zahlungsbefehls durch öffentliche Bekanntmachung und das als Eventualantrag gestellte Wiederherstellungsgesuch innert der Frist von 10 Tagen ab Kenntnis (Art. 17 Abs. 2 SchKG) bzw. ab Wegfall des Hindernisses (Art. 33 Abs. 4 SchKG) erfolgten, ist fraglich. Dies kann jedoch offen bleiben, denn wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist der Beschwerde ohnehin kein Erfolg beschieden.

- 10.
- 10.1 Die Zustellung eines Zahlungsbefehls hat nach Art. 72 Abs. 1 SchKG durch den Betreibungsbeamten, einen Angestellten des Amtes oder durch die Post zu erfolgen. Es besteht kein gesetzlicher Vorrang zugunsten einer dieser Alternativen, womit die Auswahl dem Amt grundsätzlich freisteht. Kann der Zahlungsbefehl dem Schuldner nicht persönlich übergeben werden oder ist der Schuldner renitent, so ist der Zahlungsbefehl durch die Polizei zuzustellen (WÜTHRICH/SCHOCH, Basler Kommentar: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Auflage 2010, N 6 ff zu Art. 72 SchKG). Aufgrund dieser gesetzlichen Vorgaben hat sich im Kanton Bern eingebürgert, dass eine erste Zustellung durch die Post erfolgt. Gelingt die erste Zustellung nicht, werden zwei weitere Zustellversuche durch Angestellte des Amtes unternommen. Falls auch diese misslingen, ist der Schuldner zur Abholung auf das Amt vorzuladen. Bleiben die vorgenannten Massnahmen erfolglos, ist die polizeiliche Zustellung zu veranlassen (Kreisschreiben Nr. A3 der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen vom 1. Januar 2011, KS 3). Zwingend einzuhalten ist diese Reihenfolge allerdings nicht.
- 10.2 Gemäss Art. 66 Abs. 4 Ziff. 2 SchKG wird die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung ersetzt, wenn sich der Schuldner beharrlich der Zustellung entzieht. Die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung ist letztes Mittel, wenn keine andere Möglichkeit mehr besteht, den Schuldner zu erreichen, sei es durch Zustellung an seinem Wohn- oder Arbeitsort, sei es durch Ersatzzustellung oder sei es

durch Zustellung an seinem ausländischen Wohn- oder Aufenthaltsort (BGE 112 III 6; ANGST, Basler Kommentar: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Auflage 2010, N 20 zu Art. 66 SchKG). Es muss zunächst alles daran gesetzt werden, den Schuldner persönlich zu erreichen. Der Schuldner muss am Betreuungsort anwesend sein, sich aber so verhalten, dass eine Zustellung sowohl durch das Betreibungsamt als auch durch die Polizei nicht erfolgen kann. Bei der beharrlichen Entziehung der Zustellung ist ein absichtliches Verhalten erforderlich, erst dann ist eine öffentliche Publikation am Platze (ANGST, a.a.O., N 22 zu Art. 66 SchKG).

11. Die Beschwerdeführerin macht zusammenfassend geltend, es handle sich bei ihr um einen Einmann-Betrieb mit Sitz in der privaten Wohnung des einzigen Gesellschafters, Herrn E._____. Herr E._____ wohne alleine in der Wohnung, wenn er tagsüber beruflich oder privat unterwegs sei, stehe die Wohnung leer. Abends oder am Wochenende sei er in der Regel in der Wohnung anzutreffen. Die Geschäftstelefonate würden durch einen externen Telefondienst erledigt. Die Beschwerdeführerin habe bereits mehrfach Zahlungsbefehle erhalten, welche ihr immer hätten zugestellt werden können. Auch vorliegend habe es keinen Grund gegeben, weshalb sich die Beschwerdeführerin der Zustellung hätte entziehen wollen. Im Gegenteil, sie habe gewusst, dass sie gegen eine allfällige Betreibung durch die C._____ Rechtsvorschlag erheben müsse, da sie Gegenforderungen habe. Sie habe keine Kenntnis von den auf dem Zahlungsbefehl aufgeführten Zustellversuchen. Die Zustellversuche seien immer Werktags erfolgt und Herr E._____ habe sich wohl nicht zu Hause befunden, ansonsten hätte er die Türe geöffnet. Die Beschwerdeführerin habe auch nie eine Nachricht vorgefunden. Das Betreibungsamt habe Kenntnis davon gehabt, dass Herr E._____ tagsüber nicht immer zu Hause gewesen sei, telefonisch oder am Abend oder Wochenende habe er aber praktisch immer erreicht werden können. Herr F._____, welcher früher bei der Polizei gearbeitet habe, habe auch seine Mobiltelefonnummer besessen und ihn jeweils angerufen und mitgeteilt, wenn ein Zahlungsbefehl abzuholen gewesen sei. Herr E._____ habe die Zahlungsbefehle dann immer sofort abgeholt. Es könne somit nicht gesagt werden, dass alles daran gesetzt worden sei, die Beschwerdeführerin persönlich zu erreichen. Die Beschwerdeführerin habe nicht mit einer öffentlichen Bekanntmachung rechnen müssen, so dass es entschuldbar sei, dass sie die am x._____ erfolgte Publikation nicht zur Kenntnis genommen habe. Da die Fortsetzungshandlung vorgenommen worden sei, bevor sie vom entsprechenden Zahlungsbefehl tatsächlich Kenntnis erhalten habe, sei die Konkursandrohung ebenfalls aufzuheben.
12. Das Betreibungsamt führt in seiner Vernehmlassung aus, die Poststelle Nidau habe erfolglos versucht, den Zahlungsbefehl zuzustellen, weshalb der Beschwerdeführerin mittels Abholzettel eine Frist bis am 18. August 2016 angesetzt worden sei, um den Zahlungsbefehl bei der Poststelle abzuholen (VB 2). Nach der Retournierung des Zahlungsbefehls an die Dienststelle seien zwei Zustellversuche (am 25. August 2016 um 10:15 Uhr und am 30. August 2016 um 11:45 Uhr) durch den zuständigen Betreibungsweibel erfolgt. Bei beiden Zustellversuchen sei ein grüner Steckzettel «Vorladung» im Briefkasten hinterlassen worden, mit der Aufforderung, den Zah-

lungsbefehl auf dem Betreibungsamt abzuholen. Nachdem die Beschwerdeführerin nicht darauf reagiert habe, sei am 8. September 2016 der Auftrag zur Zustellung an die Ortspolizei Nidau erfolgt (VB 3). Die Polizei habe am 15. November, am 30. November und am 1. Dezember 2016 erfolglos versucht, den Zahlungsbefehl zuzustellen. Am 7. Dezember 2016 sei der Zahlungsbefehl mit einer Begleitnotiz an die Dienststelle retourniert worden (VB 4). Aufgrund der zahlreichen erfolglosen Zustellversuche und Vorladungsaufforderungen diverser Stellen sei schliesslich am x._____ die Publikation im SHAB und im Amtsblatt des Kantons Bern erfolgt.

13. Die Gläubigerin schliesst sich in ihrer Stellungnahme im Wesentlichen den Ausführungen des Betreibungsamtes an. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, wonach sie keine Kenntnis von den Zustellversuchen gehabt habe, sei völlig unglaubhaft.
14. Aus der Sendungsverfolgung der Schweizerischen Post (Sendungsverfolgung Nr. 2._____) geht hervor, dass der erste Versuch, der Beschwerdeführerin den Zahlungsbefehl zuzustellen, am 11. August 2016 durch die Post erfolgte (Beilage zur Stellungnahme der Gläubigerin [SB] 3). Der Beschwerdeführerin wurde mittels Abholungseinladung eine Frist bis zum 18. August 2016 gesetzt, um die Betreibungsurkunde bei der Poststelle abzuholen, die Sendung wurde jedoch nicht abgeholt (SB 3 und VB 2, Rückseite). Gemäss der Vernehmlassung des Betreibungsamtes erfolgten anschliessend zwei Zustellversuche durch den Betreibungsweibel (am 25. August 2016 um 10:55 Uhr und am 30. August 2016 um 11:45 Uhr, vgl. VB 2), wobei der Beschwerdeführerin am 30. August 2016 eine Vorladung zur Abholung auf dem Amt in den Briefkasten gelegt wurde (VB 3). Da die Beschwerdeführerin der Vorladung keine Folge leistete, wurde am 8. September 2016 die Polizei um Zustellung des Zahlungsbefehls ersucht (VB 3). Die Polizei versuchte ebenfalls mehrfach, den Zahlungsbefehl zuzustellen, jedoch ohne Erfolg (VB 2 und 4). Unter diesen Umständen erscheint es nicht glaubhaft, dass die Beschwerdeführerin keine Kenntnis von den Zustellversuchen gehabt und auch keine Nachricht erhalten haben soll. Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, dass sie an der auf dem Zahlungsbefehl angegebenen Adresse, welche dem im Handelsregister eingetragenen Sitz der Gesellschaft entspricht (BB 5), überhaupt nicht erreichbar gewesen wäre bzw. dass es sich um eine falsche Adresse handeln würde. Zutreffend ist wohl, dass sich der einzige Gesellschafter der Beschwerdeführerin nicht ständig in seiner Wohnung aufhielt. Indem zahlreiche Zustellversuche unternommen wurden und aktenkundig auch eine Benachrichtigung mittels Abholungseinladung erfolgte, hat das Betreibungsamt aber alle nötigen Schritte unternommen, um die Beschwerdeführerin persönlich zu erreichen. Eine telefonische Benachrichtigung des Schuldners ist weder im Gesetz vorgesehen noch entspricht dies der Praxis im Kanton Bern. Nachdem die Beschwerdeführerin weder durch die Post noch durch den Betreibungsweibel oder die Polizei vor Ort angetroffen werden konnte und auch nicht auf die Abholungseinladung der Post oder die Vorladung zur Abholung des Betreibungsamtes reagierte, musste davon ausgegangen werden, dass sie sich der Zustellung beharrlich zu entziehen versuchte. Die Voraussetzungen für eine Zustellung des Zahlungsbefehls durch öffentliche Bekanntmachung nach Art. 66 Abs. 4 Ziff. 2 SchKG waren demnach erfüllt.

15. Die öffentliche Bekanntmachung begründet die unwiderlegbare Vermutung, dass der Schuldner am Tag der Publikation vom Inhalt der veröffentlichten Urkunde Kenntnis genommen hat. Hieraus folgt, dass der Schuldner die Ediktalzustellung nicht mit dem Argument bestreiten kann, dass er von ihr keine Kenntnis nehmen konnte (KREN KOSTKIEWICZ, SchKG-Kommentar, 19. Auflage 2016, N 24 zu Art. 67 SchKG mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 5A_149/2013 vom 10. Juni 2013 E. 5.1.2.). Das Argument der Beschwerdeführerin, wonach sie nicht mit einer öffentlichen Bekanntmachung habe rechnen müssen und diese daher nicht zur Kenntnis genommen habe, verfängt folglich nicht. Die Beschwerdeführerin wurde durch die Publikation am x._____ über den Inhalt des Zahlungsbefehls in Kenntnis gesetzt, womit die Frist von 10 Tagen zur Erhebung von Rechtsvorschlag sowie zur Anfechtung mittels Beschwerde zu laufen begann. Betreibungshandlungen, die erst nach Ablauf der unbenutzten Beschwerdefrist vorgenommen werden, können nicht mehr unter Berufung auf eine unzulässige öffentliche Zustellung angefochten werden (ANGST, a.a.O., N 20 zu Art. 66 ZPO). Der Antrag auf Aufhebung der Konkursandrohung vom 18. April 2017 ist daher abzuweisen, zumal die öffentliche Bekanntmachung des Zahlungsbefehls zu Recht erfolgt ist.
16. Nach dem Gesagten sind auch die Voraussetzungen für eine Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist gemäss Art. 33 Abs. 4 SchKG nicht gegeben.
17. Die Beschwerde ist vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
18. Im betreibungs- und konkursrechtlichen Beschwerdeverfahren werden weder Gerichtskosten erhoben noch Parteientschädigungen gesprochen (Art. 20a SchKG und Art. 61 Abs. 2 sowie Art. 62 Abs. 2 der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [GebV SchKG; SR 281.35]).

Die Aufsichtsbehörde entscheidet:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Zu eröffnen:
 - der Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
 - der Gläubigerin, vertreten durch Rechtsanwalt D. _____
 - dem Betreibungs- und Konkursamt Seeland

Bern, 7. Juni 2017

Im Namen der Aufsichtsbehörde
in Betreibungs- und Konkursachen

Der Präsident:

Oberrichter Studiger

Die Gerichtsschreiberin:

Kislig

Rechtsmittelbelehrung

Gegen den Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen kann innert zehn Tagen nach der Eröffnung beim Bundesgericht Beschwerde erhoben werden. Wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung durch die kantonale Aufsichtsbehörde ist die Beschwerde jederzeit zulässig (Art. 72 Abs. 2 Bst. a, Art. 95 ff., Art. 100 des Bundesgerichtsgesetzes [BGG; SR 173.110]). Die Beschwerden sind an die folgende Adresse einzureichen: Schweizerisches Bundesgericht, 1000 Lausanne 14.

Der Entscheid ist rechtskräftig