

**Obergericht
des Kantons Bern**

Aufsichtsbehörde in Betrei-
bungs- und Konkursachen

**Cour suprême
du canton de Berne**

Autorité de surveillance
en matière de poursuite
et de faillite

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 04
Fax +41 31 634 50 53
aufsichtsbehoerdeschkg.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ABS 17 309

Bern, 13. November 2017

Besetzung

Oberrichter Studiger (Präsident), Oberrichter Hurni und Oberrich-
terin Grütter
Gerichtsschreiber Nuspliger

Verfahrensbeteiligte

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. B. _____ und/oder Rechts-
anwalt C. _____

Beschwerdeführerin

gegen

D. _____

Beschwerdegegner

sowie

Betreibungsamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland, Post-
strasse 25, 3071 Ostermundigen

Gegenstand

Beschwerde (SchKG 17)



Regeste:

Eine Betreibung ist rechtsmissbräuchlich, wenn die vom Gläubiger verfolgten Ziele nicht das Geringste mit der Zwangsvollstreckung zu tun haben. Im Beschwerdeverfahren wird zwar über die Forderung nicht entschieden. Trotzdem ist vom Gläubiger zu verlangen, dass er deren Bestand plausibilisiert. Gelingt ihm dies nicht und erscheint der Bestand als ausgeschlossen, liegt darin ein gewichtiges Indiz für die Verfolgung missbräuchlicher Zwecke (E. 5.4).

Erwägungen:

I.

1.

- 1.1 D._____ (nachfolgend: Beschwerdegegner) verfügte über ein Freizügigkeitskonto bei der Stiftung E._____. A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) ist die Stiftungsratspräsidentin der E._____ (Stiftung).
- 1.2 Im Zuge der Saldierung und Auszahlung des besagten Kontos kam es zwischen dem Beschwerdegegner und E._____ (Stiftung) zu Meinungsverschiedenheiten. Diese gipfelten darin, dass der Beschwerdegegner sowohl gegen die E._____ (Stiftung) als auch gegen die Beschwerdeführerin je eine Betreibung einleitete.

2.

- 2.1 Mit Beschwerde vom 6. September 2017 beantragte die Beschwerdeführerin der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen des Kantons Bern sinn- gemäss, was folgt:
 - 1. Es sei die Betreibung Nr. 1_____ des Betreibungsamts Bern-Mittelland, Dienststelle Mittel- land (Zahlungsbefehl vom 11. Juli 2017) infolge Nichtigkeit aufzuheben.
 - 2. Das Betreibungsamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland sei vorsorglich anzuweisen, Dritten keine Kenntnis von der unter Rechtsbegehren 1 genannten Betreibung zu geben.
 - 3. Dem Beschwerdegegner seien eine Busse von CHF 1'500.00 sowie sämtliche Gebühren und Auslagen des Betreibungsamtes und der angerufenen Aufsichtsbehörde aufzuerlegen.
- 2.2 Der Präsident der Aufsichtsbehörde hiess Rechtsbegehren 2 der Beschwerde gut und holte Vernehmlassungen bei Beschwerdegegner und Betreibungsamt ein (Ver- fügung vom 7. September 2017).
- 2.3 In seiner Vernehmlassung vom 20. September 2017 beantragte der Beschwerde- gegner die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei (Rechtsbe- gehren 1). Zudem seien die Beschwerdeführerin und deren Vertreter mit CHF 1'500.00 zu büssen und es seien ihnen sämtliche Gebühren und Auslagen des Betreibungsamts und der Aufsichtsbehörde aufzuerlegen (Rechtsbegehren 2).

- 2.4 Das Betreibungsamt liess sich am 26. September 2017 vernehmen. Es verzichtete auf das Stellen von Anträgen.
- 2.5 Am 28. September 2017 stellte die Aufsichtsbehörde die erwähnten Eingaben wechselseitig zu.

II.

3.

- 3.1 Verstossen Verfügungen gegen Vorschriften, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind, so sind sie nichtig. Unabhängig davon, ob Beschwerde geführt worden ist, stellen die Aufsichtsbehörden von Amtes wegen die Nichtigkeit einer Verfügung fest (Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG; SR 281.1]).
- 3.2 Die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen des Kantons Bern (nachfolgend: Aufsichtsbehörde) ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (EGSchKG; BSG 281.1).
- 3.3 Die Nichtigkeit einer Verfügung ist von sämtlichen Behörden jederzeit und von Amtes wegen zu beachten (BGE 139 III 44 E. 3.1.2 S. 46; BGE 121 III 142 E. 2 S. 144). Wird die Nichtigkeit mittels Beschwerde (Art. 17 Abs. 1 SchKG) geltend gemacht, so braucht die 10-tägige Beschwerdefrist (Art. 17 Abs. 2 SchKG) nicht eingehalten zu werden (COMETTA/MÖCKLI, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 16 zu Art. 22 SchKG).
- 3.4 Die weiteren Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

III.

- 4. Die Aufsichtsbehörde stellt folgenden Sachverhalt fest:
- 4.1 Mit Verfügung vom 30. Oktober 2013 belegte das Bezirksgericht Dielsdorf das Freizügigkeitskonto Nr. 2_____ des Beschwerdegegners bei der E._____ (Stiftung) mit einer Verfügungsbeschränkung (Beschwerdebeilage [BB] 3).
- 4.2 Am 23. März 2017 bat der Beschwerdegegner die E._____ (Stiftung) um Barauszahlung seines Guthabens infolge Pensionierung (BB 4).
- 4.3 Mit Schreiben vom 19. April 2017 (BB 5) orientierte die E._____ (Stiftung) das Bezirksgericht Dielsdorf über das gestellte Auszahlungsgesuch und bat um Anweisungen. Eine Kopie dieses Schreibens ging an den Beschwerdegegner (BB 6).
- 4.4 Das Bezirksgericht Dielsdorf hob die Verfügungsbeschränkung am 3. Mai 2017 auf (BB 7). Gemäss Eröffnungsformel ging je ein separates Exemplar dieser Verfügung an den Beschwerdegegner und an dessen Anwalt.

- 4.5 Mit Schreiben an die E. _____ (Stiftung) vom 27. Mai 2017 verschaffte der Beschwerdegegner seinem Unmut über die bisher nicht erfolgte Auszahlung Luft. Er führte aus, dass ihm nichts von einer «Arretierung» des Kontos bekannt sei. Wörtlich schrieb er: *«Sie lügen mich brandschwarz an. Wer lügt der stiehlt»*. Und weiter: *«Ihr hinterhältiges und arglistiges Treiben ist nur dazu gedient, um sich von der Auszahlung zu drücken. [...] Ich werde von Ihnen beschissen, belogen und betrogen wie die Juden im Dritten Reich. Mit allen mir rechtlich zustehenden Mittel werde ich gegen Sie vorgehen.»* Eine Kopie dieses Briefs ging an die Beschwerdeführerin.
- 4.6 Nachdem die Ausgleichskasse am 31. Mai 2017 geantwortet hatte, dass die Saldierung nach Eingang einer entsprechenden richterlichen Verfügung erfolgen werde (BB 9), bekräftigte der Beschwerdegegner seine vorbeschriebenen Aussagen in ebendieser Tonalität. Er behielt sich *«eine Verantwortlichkeitsklage gegen die Drahtzieher und Hintermänner»* ausdrücklich vor (BB 10). Die Beschwerdeführerin wurde wiederum mit einer Kopie dieses Briefs bedient.
- 4.7 Am 5. Juni 2017 reichte der Beschwerdegegner beim Friedensrichteramt 3+9 der Stadt Zürich ein Schlichtungsgesuch gegen die E. _____ (Stiftung) ein. Er beantragte, die E. _____ (Stiftung) sei zu verpflichten, ihm die Beträge von CHF 4'806.91 nebst Zins sowie CHF 450.00 (bisherige Kosten) und CHF 73.30 (Betreibungskosten) zu bezahlen.
- 4.8 Das Betreibungsamt Zürich 3 stellte am 8. Juni 2017 den Zahlungsbefehl gegen die E. _____ (Stiftung) aus (BB 12). Als Forderungsgrund ist vermerkt: *«Rechtswidrige Nichtbezahlung des am 23.03.2017 gekündigten Freizügigkeitskonto Nr. 2 _____ des Gläubigers»*. Der Zahlungsbefehl wurde am 8. Juni 2017 zugestellt. Die E. _____ (Stiftung) erhob sogleich Rechtsvorschlag.
- 4.9 Am 16. Juni 2017 teilte die E. _____ (Stiftung) dem Beschwerdegegner mit, dass sie ihm den Betrag von CHF 4'809.13 Valuta 16. Juni 2017 ausbezahlt habe (BB 13).
- 4.10 Trotzdem leitete der Beschwerdegegner eine Betreibung gegen die Beschwerdeführerin ein. Das Betreibungsbegehren (datierend vom 26. Mai 2017) traf am 27. Juni 2017 beim Betreibungsamt Bern-Mittelland ein (Beilagen 1 und 2 zur Beschwerdeantwort des Betreibungsamts). Das Betreibungsbegehren lautete auf Zahlung von CHF 4'806.91 nebst Zins zu 5% seit 23. März 2017 sowie CHF 1'325.00 (bisherige Kosten). Als Grund der Forderung nannte der Beschwerdegegner: *«Aus Verantwortung wegen Rechtswidrige Nichtbezahlung meines am 23.03.2017 gekündigtem Freizügigkeitskonto, Nr. 2 _____, meine Schreiben vom 17. Mai 2017 und 5. Juni 2017 an E. _____ (Stiftung) und an [die Beschwerdeführerin]»*.
- 4.11 Die Schlichtungsverhandlung fand am 28. Juni 2017 in Abwesenheit der E. _____ (Stiftung) statt. Der Beschwerdegegner zog die Klage vorbehaltlos zurück (BB 15).
- 4.12 Am 25. Juli 2017 wurde der Zahlungsbefehl Nr. 1 _____ des Betreibungsamts Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland der Beschwerdeführerin zugestellt. Diese erhob gleichentags Rechtsvorschlag (BB 2).

IV.

5.

- 5.1 Das SchKG erlaubt die Einleitung eines Betreibungsverfahrens, ohne dass der Gläubiger den Bestand seiner Forderung nachweisen muss. Ein Zahlungsbefehl als Grundlage des Vollstreckungsverfahrens kann grundsätzlich gegenüber jedermann erwirkt werden, unabhängig davon, ob eine Schuld besteht oder nicht (BGE 125 III 149 E. 2a S. 150; BGE 113 III 2 E. 2b S. 3).
- 5.2 Keinen Rechtsschutz findet hingegen, wer eine Betreibung rechtsmissbräuchlich einleitet (Art. 2 Abs. 2 des Zivilgesetzbuchs [ZGB; SR 210]). Rechtsmissbräuchlich verhält sich der Gläubiger, wenn er mit der Betreibung offensichtlich Ziele verfolgt, die nicht das Geringste mit der Zwangsvollstreckung zu tun haben. Nichtigkeit wegen Rechtsmissbrauchs ist allerdings nur in Ausnahmefällen anzunehmen. Die Schwelle kann überschritten sein, wenn der Gläubiger bloss die Kreditwürdigkeit des (angeblichen) Schuldners schädigen will oder wenn in schikanöser Weise ein völlig übersetzter Betrag in Betreibung gesetzt wird (BGE 140 III 481 E. 2.3.1 S. 483 mit Hinweisen; DIETH/WOHL, Kurzkomentar SchKG, N. 2d zu Art. 22).
- 5.3 Es steht weder dem Betreibungsamt noch der Aufsichtsbehörde zu, die Begründetheit der in Betreibung gesetzten Forderung zu beurteilen. Deshalb darf sich der Vorwurf des Schuldners nicht darin erschöpfen, dass der umstrittene Anspruch rechtsmissbräuchlich erhoben werde. Solange der Betreibende mit der Betreibung tatsächlich die Einforderung eines von ihm behaupteten Anspruchs bezweckt, ist Rechtsmissbrauch weitgehend ausgeschlossen (BGE 113 III 2 E. 2b S. 4; Urteil des Bundesgerichts 5A_838/2016 vom 13. März 2017 E. 2.1 mit Hinweisen).
- 5.4 Für die Frage des Rechtsmissbrauchs ist zu klären, vor welchem Hintergrund und mit welcher Absicht der Gläubiger seine Betreibung angehoben hat (Urteil des Bundesgerichts 5A_453/2016 vom 30. August 2016 E. 2.2 m.w.H.). Dass über die Forderung materiell nicht entschieden wird, bedeutet nicht, dass deren Bestand irrelevant wäre. Vielmehr darf vom Gläubiger verlangt werden, dass er seine Forderung plausibilisiert. Gelingt ihm dies nicht und erscheint der Bestand als ausgeschlossen, liegt darin ein gewichtiges Indiz für die Verfolgung missbräuchlicher Zwecke (Urteil PS150061 des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. Mai 2015 E. 3.4 m.w.H.; THOMAS ENGLER, Die nichtige Betreibung, in: ZZZ 37/2016 S. 44 ff. S. 49; CHRISTIAN EXNER, Rechtsbehelfe des Betriebenen bei ungerechtfertigten Betreibungen, in: Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier, 2015, S. 139 ff. S. 142).

6.

- 6.1 Der Beschwerdegegner ist der Ansicht, die Auszahlung seines Guthabens habe viel zu lange gedauert. Der Beschwerdeführerin wirft er vor, sie habe grobfahrlässig ihre Pflichten als Stiftungsratspräsidentin verletzt. Sie habe es versäumt, etwas gegen die ihr bekannten «Missstände» zu unternehmen. Die Beschwerdeführerin sei für die Geschäftsführung der Stiftung und somit auch für die rechtswidrige Nichtbezahlung seines Freizügigkeitsguthabens verantwortlich und haftbar.

- 6.2 Dass die Beschwerdeführerin als Organ der Stiftung nicht direkt aus dem Vorsorgeverhältnis berechtigt und verpflichtet ist, ist offensichtlich. Jedoch sind Organe von juristischen Personen gemäss Art. 55 Abs. 3 ZGB für ihr Verschulden persönlich verantwortlich; bei deliktischem Handeln können sich die Geschädigten direkt an den Schadensverursacher halten (HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar, 1993, N. 63 zu Art. 55 ZGB; HAROLD GRÜNINGER, Basler Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 5. Auflage, Basel 2014, N 17 zu Art. 83 ZGB).
- 6.3 In den Akten finden sich keinerlei Hinweise darauf, dass die Beschwerdeführerin persönlich in die Abwicklung des fraglichen Geschäfts involviert gewesen wäre. Dies macht der Beschwerdegegner auch nicht geltend, sondern greift auf die allgemeine Pflicht zur Überwachung der Geschäftsführung zurück. Bei Lichte besehen erweist sich die Kritik des Beschwerdegegners an der Geschäftsabwicklung jedoch als offensichtlich haltlos:
- Dem Beschwerdegegner ging die Auszahlung des Guthabens zu lange. Er negiert den Bestand der gerichtlichen Verfügungsbeschränkung. Stattdessen bezeichnet er die involvierten Mitarbeiter als Lügner und Diebe. Die E. _____ (Stiftung) habe sich vor der Auszahlung drücken wollen (z.B. Ziff. 7 und 9 der Vernehmlassung).
 - Es ist mit Urkunden bewiesen, dass das Freizügigkeitskonto gerichtlich gesperrt war (E. 4.1 und E. 4.4 oben). Der Beschwerdegegner war Partei in diesen Verfahren, betraf es doch sein Konto. Folglich kennt er die diesbezüglichen Anordnungen. Dass er dies bestreitet, ist seiner Glaubwürdigkeit abträglich (vgl. dazu E. 7.5 unten).
 - Das Gericht hob die Sperre mit Entscheid vom 3. Mai 2017 auf. Der Entscheid wurde der E. _____ (Stiftung) nach Eintritt der Rechtskraft mitgeteilt. Wann genau die Mitteilung erfolgte, ist nicht nachgewiesen. Aufgrund der Korrespondenz (BB 9) ist jedenfalls erstellt, dass die E. _____ (Stiftung) am 31. Mai 2017 hiervon noch keine Kenntnis hatte. Als frühester Termin der Kenntnisnahme kommt somit der 1. Juni 2017 in Frage.
 - Die Auszahlung des Guthabens erfolgte Valuta 16. Juni 2017. Der Vorwurf, die E. _____ (Stiftung) habe die Auszahlung verzögert, ist unbegründet.
- Damit entbehrt auch der Vorwurf an die Adresse der Beschwerdeführerin, diese habe ihre Überwachungspflicht verletzt, jeder Grundlage.
- 6.4 Hinzu kommt, dass der Beschwerdegegner nicht behauptet, dass ihm aus der angeblich verzögerten Abwicklung des Geschäfts ein Schaden im Rechtssinne erwachsen ist. Aufgrund der Aktenlage erscheint dies denn auch als ausgeschlossen.
- 6.5 Ergebnis: Dem Beschwerdegegner gelang es nicht, seine Forderung gegen die Beschwerdeführerin auch nur ansatzweise zu plausibilisieren. Darin liegt ein gewichtiges Indiz für die Rechtsmissbräuchlichkeit der Betreibung.

- 7.
- 7.1 In zeitlicher Hinsicht wirft die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner vor, dass dieser sie betrieben habe, nachdem ihm das Geld bereits ausbezahlt gewesen sei. Es handle sich somit um eine «Retourkutsche».
- 7.2 Der Beschwerdegegner bestreitet auch dies. Er macht geltend, dass er die Betreibung bereits am 26. Mai 2017 eingeleitet habe (Ziff. 10 der Vernehmlassung).
- 7.3 Zutreffend ist, dass auf dem Betreibungsbegehren das Datum «26. Mai 2017» vermerkt ist; das Begehren langte jedoch erst am 27. Juni 2017 beim Betreibungsamt ein (vgl. E. 4.10 oben). Der Grund für diese zeitliche Diskrepanz ist nicht klar.
- 7.4 Es fällt auf, dass der Beschwerdegegner in seinen Schreiben vom 27. Mai 2017 (BB 8) und vom 5. Juni 2017 (BB 10) nur die Betreibung gegen die E. _____ (Stiftung) erwähnt, nicht aber eine solche gegen die Beschwerdeführerin. Im zweitgenannten Schreiben behält er sich das Vorgehen gegen die «Drahtzieher und Hintermänner» sogar nur ausdrücklich vor.
- 7.5 Dass die Post einen ganzen Monat benötigte, um das Betreibungsbegehren zuzustellen, ist zwar nicht gänzlich ausgeschlossen, aber unwahrscheinlich. Zu bemerken ist, dass sich beim Beschwerdegegner die «Postprobleme» häufen. Dies schadet seiner Glaubwürdigkeit. So bestreitet er:
- den Erhalt der Verfügungen betr. Errichtung und Aufhebung der Verfügungsbeschränkung (BB 3 und Folgeverfügungen, sowie BB 7), obwohl er Partei war;
 - den Erhalt des Schreibens der E. _____ (Stiftung) vom 16. Juni 2017 (Ziff. 10 der Vernehmlassung).
- 7.6 Aufgrund des Eingangsstempels des Betreibungsamts und der weiteren vorerwähnten Punkte erachtet es die Aufsichtsbehörde als erstellt, dass es sich beim vermerkten Datum (26. Mai 2017) um einen Verschieb handelt (Mai statt Juni). Das Datum der Anhebung der Betreibung, d.h. die Übergabe des Betreibungsbegehrens an die Post zu Händen des Betreibungsamtes, ist somit der 26. Juni 2017.
- 7.7 Die Auszahlung des Betrages ist Valuta 16. Juni 2017 erfolgt. Die E. _____ (Stiftung) hatte dies dem Beschwerdeführer brieflich mitgeteilt (BB 13). Selbst wenn der Beschwerdeführer dieses Schreiben nicht zur Kenntnis genommen hätte, ist es unglaublich, dass er eine (mit Kostenfolgen verbundene) Betreibung einleitete, ohne vorgängig die letzten Kontobewegungen zu überprüfen.
- 7.8 Ergebnis: Der Beschwerdegegner hat die Betreibung wissentlich nach Erhalt der Zahlung eingeleitet. Er verfolgte damit offensichtlich zwangsvollstreckungsfremde Motive; angesichts der Tonart, in welcher er seinen Konflikt mit der E. _____ (Stiftung) austrägt, steht das Rachemotiv im Vordergrund.
8. Die Betreibung ist nichtig. Die Beschwerde ist gutzuheissen.

V.

9. 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]). Dies gilt praxisgemäss auch bei rechtsmissbräuchlichen Betreibungen.

Die Aufsichtsbehörde entscheidet:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen.
2. Es wird festgestellt, dass die Betreuung Nr. 1 _____ des Betreibungsamts Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland nichtig ist.
3. Es werden keine Kosten erhoben und keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Zu eröffnen:
 - der Beschwerdeführerin, vertreten durch ihre Anwälte
 - dem Beschwerdegegner
 - dem Betreibungs- und Konkursamt Bern-Mittelland

Bern, 13. November 2017

Im Namen der Aufsichtsbehörde
in Betreibungs- und Konkursachen

Der Präsident:

Oberrichter Studiger

Der Gerichtsschreiber:

Nuspliger

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.

Hinweis: Der Entscheid ist rechtskräftig.