

**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
aufsichtsbehoerdeschk.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ABS 18 324

Bern, 19. Oktober 2018

Besetzung

Oberrichter Studiger (Präsident), Oberrichter Hurni und Oberrich-
terin Grütter
Gerichtsschreiberin Niederhauser

Verfahrensbeteiligte

A._____

Beschwerdeführerin

gegen

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



Gegenstand

Beschwerde (SchKG 17)

Regeste:

Nichtige Konkursandrohung

- Gemäss Art. 206 Abs. 1 SchKG sind mit der Konkursöffnung grundsätzlich alle gegen den Schuldner hängigen Betreibungen aufgehoben. Diese Bestimmung ist zwingender Natur. In Missachtung der Konkursöffnung erfolgte Betreibungshandlungen sind nichtig und nicht bloss auf Beschwerde hin aufzuheben (E. 10).
- Gemäss Art. 230 Abs. 4 SchKG leben die vor der Konkursöffnung eingeleiteten Betreibungen nach der Einstellung des Konkurses wieder auf. Massgebend ist der Verfahrensstand, den die Betreibung zum Zeitpunkt der Konkursöffnung hatte. Eine nach Konkursöffnung in einer anderen Betreibung zugestellte Konkursandrohung ist somit nichtig (E. 13).

Erwägungen:

I.

1. A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) wird von der B._____ (nachfolgend: Gläubigerin) für eine Forderung von CHF 1'453.65 (Prämien KVG Januar – März 2016 je CHF 484.55) nebst Zins zu 5% seit 31. Januar 2016 sowie für CHF 60.00 Mahnspesen betrieben. Der Zahlungsbefehl in der Betreibung Nr. X._____ des Betreibungsamtes Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland (nachfolgend: Vorinstanz), wurde am 1. Februar 2017 zugestellt (Beschwerdebeilage [BB] 1). Es wurde kein Rechtsvorschlag erhoben.
2. Mit Entscheid vom 30. Mai 2017 wurde über die Beschwerdeführerin mit sofortiger Wirkung, d.h. ab Dienstag, 30. Mai 2017, 12:30 Uhr, der Konkurs eröffnet (BB 4). Die Zustellung der Konkursandrohung in der Betreibung Nr. X._____ erfolgte am Folgetag, d.h. am 31. Mai 2017 (BB 2).
3. Der am 30. Mai 2017 eröffnete Konkurs wurde am 15. November 2017 mangels Aktiven eingestellt (vgl. „Aktivitäten“ in der Beschwerdeantwortbeilage [BAB] 3). Die Gläubigerin in der Betreibung Nr. X._____ stellte daraufhin am 20. April 2018 beim Regionalgericht Bern-Mittelland das Konkursbegehren, weshalb der Konkurs mit Wirkung ab Dienstag, 28. August 2018, 13:00 Uhr, erneut eröffnet wurde (BAB 5).
4. Mit Eingabe vom 14. September 2018 (Postaufgabe am selben Tag) gelangte die Beschwerdeführerin an die kantonale Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen und stellte folgende Rechtsbegehren:

1. Es sei festzustellen, dass der Zahlungsbefehl vom 01.02.2017 in Betreuung N X. _____ sowie die Konkursandrohung vom 31.05.2017 in Betreuung N X. _____ des Betreibungsamtes Bern-Mittelland nichtig seien.
2. Eventualiter seien der Zahlungsbefehl vom 01.02.2017 sowie die Konkursandrohung vom 31.05.2017 zur Betreuung N X. _____ des Betreibungsamtes Bern-Mittelland aufzuheben.
3. Es sei der vorliegenden Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Zur Begründung brachte sie vor, sie habe vom Zahlungsbefehl und von der Konkursandrohung erst am 3. September 2018 Kenntnis erhalten, als ihr diese Dokumente von der Gerichtssekretärin per E-Mail zugestellt wurden. Die Beschwerdeführerin habe sich ab dem 20. Januar 2017 wegen eines Todesfalls in der Familie im Ausland aufgehalten. Während dieses Auslandsaufenthaltes habe sie wegen unerwarteter Herzrhythmusstörungen bis zum 17. Februar 2017 im Spital in C. _____ behandelt werden müssen. Die für die Postabholung und den Empfang verantwortliche Stellvertretung sei am 27. Januar 2017 plangemäss in die Ferien verreist, da sie nicht über die Verlängerung des Auslandsaufenthaltes der Beschwerdeführerin habe informiert werden können.

Die Beschwerdeführerin macht zudem umfangreiche rechtliche Ausführungen zur Zustellung des Zahlungsbefehls. Sie beanstandet sinngemäss, dass der Zahlungsbefehl nicht persönlich übergeben worden sei und dass weder der Tag der Zustellung noch die Person, die den Zahlungsbefehl entgegen genommen hat, angegeben worden seien.

Die Beschwerdeführerin hält korrekt fest, dass mit der Konkurseröffnung alle hängigen Betreibungen aufgehoben werden. Die unter Missachtung der Konkurseröffnung erfolgten Betreibungshandlungen seien nichtig, was jederzeit von Amtes wegen zu beachten sei.

5. Mit prozessleitender Verfügung vom 17. September 2018 wurde festgestellt, dass der Beschwerde gegen das Konkurserkenntnis vom 28. August 2018 (ZK 18 451) aufschiebende Wirkung erteilt wurde. Weitere Verfügungen zur aufschiebenden Wirkung würden sich deshalb erübrigen. Zudem wurden sowohl die Vorinstanz als auch die Gläubigerin aufgefordert, eine Vernehmlassung resp. eine allfällige Stellungnahme einzureichen.
6. Die Vorinstanz beantragte mit Beschwerdeantwort vom 1. Oktober 2018 die Abweisung der Beschwerde bezüglich Nichtigkeit des Zahlungsbefehls. Betreffend die Nichtigkeit der Konkursandrohung verzichtete sie auf einen Antrag.

Sie führte aus, dass der Zahlungsbefehl durch die zuständige Betreibungsbeamtin am 1. Februar 2017 an die Beschwerdeführerin zugestellt worden sei. Die Behauptung, wonach die Beschwerdeführerin hospitalisiert gewesen sei, sei nicht belegt. Die Zustellung des Zahlungsbefehls sei daher aus Sicht der Vorinstanz korrekt erfolgt. Der am 31. Mai 2017 zugestellte Konkursandrohung sei hingegen durch die Konkurseröffnung am 30. Mai 2017 die rechtliche Grundlage entzogen worden. Die Zustellung sei daher fehlerhaft. Die Aufhebung einer Konkurseröffnung falle aller-

dings weder in die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde noch in diejenige des Betreibungsamtes, weshalb auf die Stellung eines Antrages verzichtet werde.

II.

7. 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).

8. Eine Beschwerde muss nach Art. 17 Abs. 2 SchKG innert zehn Tagen nach Kenntnisnahme der Verfügung eingereicht werden. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe erst am 3. September 2018 von der Betreuung Kenntnis erhalten, weshalb die Beschwerdefrist eingehalten sei.

Dem Zahlungsbefehl in der Betreuung Nr. X._____ (BB 1), dem Geschäftsprotokoll der Vorinstanz (BAB 3) sowie der Beschwerdeantwort ist zu entnehmen, dass der Zahlungsbefehl zwar durch die Post nicht zugestellt werden konnte, die Zustellung am 1. Februar 2017 allerdings durch die zuständige Betreibungsbeamtin an die Beschwerdeführerin persönlich erfolgte. Als öffentliche Urkunde im Sinne von Art. 9 ZGB kommt der Bescheinigung auf dem Zahlungsbefehl resp. den betreibungsamtlichen Protokollen für ihren Inhalt solange volle Beweiskraft zu, als der Nachweis ihrer inhaltlichen Unrichtigkeit nicht erbracht werden kann. Insofern statuiert das Gesetz eine Vermutung, welche nur durch den Beweis des Gegenteils im Sinne eines Hauptbeweises umgestossen werden kann (Art. 8 Abs. 2 SchKG). Die Beschwerdeführerin hat keinerlei Unterlagen zu ihrem Auslandsaufenthalt (Flugticket etc.) sowie zu ihrer Hospitalisierung (Arztzeugnis, Eintrittsbericht etc.) eingereicht. Ihre Argumentation, wonach sie ab dem 20. Januar 2017 auslandabwesend und bis zum 17. Februar 2017 in C._____ hospitalisiert gewesen sei, vermag die gesetzliche Vermutung nicht umzustossen. Es ist daher davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin am 1. Februar 2017 Kenntnis von der Betreuung hatte. Die 10-tägige Beschwerdefrist ist somit abgelaufen. Gründe für eine Nichtigkeit des Zahlungsbefehls oder die Zustellung desselben, liegen keine vor. Die Beschwerde betreffend Zahlungsbefehl erfolgte somit verspätet, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

9. Gleich wie beim Zahlungsbefehl kann auch der Konkursandrohung (BB 2) sowie dem Geschäftsprotokoll der Vorinstanz (BAB 3) entnommen werden, dass diese per Post nicht zugestellt werden konnte und deshalb an den zuständigen Betreibungsbeamten/die zuständige Betreibungsbeamtin zur Zustellung übergeben wurde. Die Zustellung an die Beschwerdeführerin ist daraufhin am 31. Mai 2017 erfolgt. Die 10-tägige Beschwerdefrist wäre somit auch in Bezug auf die Konkursandrohung abgelaufen.

Die Beschwerdefrist muss allerdings nicht eingehalten werden, wenn es darum geht, die Nichtigkeit festzustellen, da diese jederzeit von Amtes wegen festgestellt werden kann (COMETTA/MÖCKLI, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 16 zu Art. 22 SchKG m.w.H.). Da

vorliegend zu prüfen ist, ob die Zustellung der Konkursandrohung am 31. Mai 2017, d.h. einen Tag nach der Konkurseröffnung, korrekt erfolgte oder ob allenfalls die Nichtigkeit festzustellen ist, ist auf die Beschwerde in Bezug auf die Konkursandrohung einzutreten.

III.

10. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Zustellung der Konkursandrohung am 31. Mai 2017 sei nichtig, da am 30. Mai 2017 der Konkurs über sie eröffnet wurde.

Gemäss Art. 206 Abs. 1 SchKG sind mit der Konkurseröffnung grundsätzlich alle gegen den Schuldner hängigen Betreibungen aufgehoben. Die Betreibungen fallen somit im Moment der Eröffnung des Konkurses und nicht erst mit dessen Publikation dahin (WOHLFART/MEYER, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 7 zu Art. 206 SchKG). Diese Bestimmung ist zwingender Natur. In Missachtung der Konkurseröffnung erfolgte Betreibungshandlungen sind nichtig und nicht bloss auf Beschwerde hin aufzuheben. Die Nichtigkeit ist jederzeit von Amtes wegen zu beachten. Ob der betreibende Gläubiger oder der Konkursbeamte von der Konkurseröffnung Kenntnis hatte oder nicht, ist nicht entscheidend (WOHLFART/MEYER, a.a.O., N. 14 zu Art. 206 SchKG m.w.H.).

11. Mit der Konkurseröffnung vom 30. Mai 2017 (CIV 17 1867) wurden alle gegen die Beschwerdeführerin hängigen Betreibungen aufgehoben, so auch die hier interessierende Betreibung Nr. X._____. Da diese am 31. Mai 2017 nicht mehr bestand, hätte auch die Konkursandrohung nicht zugestellt werden dürfen. Die Betreibungshandlung ist somit nichtig.

12. Gemäss Art. 230 Abs. 4 SchKG leben die vor der Konkurseröffnung eingeleiteten Betreibungen nach der Einstellung des Konkurses wieder auf. Da das Konkursverfahren gegen die Beschwerdeführerin im November 2017 mangels Aktiven eingestellt wurde, lebte auch die Betreibung Nr. X._____ wieder auf. Massgebend ist der Verfahrensstand, den die Betreibung zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung hatte. Am 30. Mai 2017 war in der Betreibung Nr. X._____ zwar das Fortsetzungsbegehren beim Betreibungsamt gestellt worden, die Zustellung der Konkursandrohung war hingegen noch nicht erfolgt, weshalb die Konkursandrohung nach Aufleben der Betreibung noch ordnungsgemäss hätte zugestellt werden müssen. Dies ist wie gezeigt indes nicht geschehen.

13. Obwohl der Konkurseröffnung eine nichtige Konkursandrohung zugrunde liegt, ist es nicht Sache der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen die Nichtigkeit der Konkurseröffnung festzustellen (COMETTA/MÖCKLI, a.a.O., N. 18 zu Art. 22 SchKG). Gemäss Art. 173 Abs. 2 SchKG setzt das mit dem Konkursbegehren betraute Gericht den Entscheid aus und überweist den Fall der Aufsichtsbehörde, wenn es von sich aus findet, dass im vorangegangenen Verfahren eine nichtige Verfügung erlassen wurde.

In casu wurde das Beschwerdeverfahren gegen die Konkurseröffnung (ZK 18 451) mit Verfügung vom 4. Oktober 2018 bis zum Abschluss des aktuellen betreibungs-

rechtlichen Beschwerdeverfahrens (ABS 18 324) sistiert. Über die Konkurseröffnung wird somit nach Abschluss des vorliegenden Verfahrens entschieden werden.

14. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Zustellung des Zahlungsbefehls in der Betreibung Nr. X._____ korrekt erfolgt ist, auf die Beschwerde ist diesbezüglich infolge Fristablaufs nicht einzutreten. Die Zustellung der Konkursandrohung am 31. Mai 2017 hätte hingegen aufgrund der erfolgten Konkurseröffnung nicht mehr erfolgen dürfen, weshalb diese Betreibungshandlung nichtig ist. Die vorliegende Beschwerde ist somit in diesem Punkt gutzuheissen. Über eine allfällige Aufhebung der Konkurseröffnung ist im separaten Beschwerdeverfahren (ZK 18 451) zu entscheiden.

IV.

15. 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 teilweise gutgeheissen, indem festgestellt wird, dass die am 31. Mai 2017 zugestellte Konkursandrohung nichtig ist. Im Übrigen wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Zu eröffnen:
 - der Beschwerdeführerin
 - der Gläubigerin
 - dem Betreibungs- und Konkursamt Bern-Mittelland

Mitzuteilen:

- der Verfahrensleitung im Verfahren ZK 18 451, Oberrichter J. Bähler (im Hause)

Bern, 19. Oktober 2018

Im Namen der Aufsichtsbehörde
in Betreibungs- und Konkursachen

Der Präsident:

Oberrichter Studiger

Die Gerichtsschreiberin:

Niederhauser

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.