

**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 22 71

Bern, 3. Mai 2022

Besetzung

Oberrichter Studiger (Präsident), Oberrichterin Grütter und Ober-
richterin Falkner
Gerichtsschreiberin Brönnimann

Verfahrensbeteiligte

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Beschwerdeführer

gegen

Betreibungsamt Oberland, Dienststelle Oberland West, Schei-
benstrasse 11, 3600 Thun

Gegenstand

Beschwerde (Art. 17 SchKG)



Regeste:

Wohnsitz und Betreuungsort; Abwesenheit des Schuldners

Da der Schuldner seinen Wohnsitz im Kanton Bern während seines mehrmonatigen Kur-aufenthalts im Ausland nicht aufgegeben hat (E. 7), wäre das Betreibungsamt nach Eingang des Fortsetzungsbegehrens und Kenntnisnahme der Pfändungsankündigung durch den Schuldner verpflichtet gewesen, die Möglichkeit einer Vertretung des Schuldners bei der Pfändung (Art. 91 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG) oder aber eine Pfändung in Abwesenheit zu prüfen (E. 8).

Erwägungen:

1.

1.1 A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) betreibt C._____ (nachfolgend: Schuldner) vor dem Betreibungsamt Oberland, Dienststelle Oberland West (nachfolgend: Betreibungsamt), in der Betreuung Nr. _____ (Beschwerdebeilage [BB] 4).

1.2 Mit Entscheid vom 3. Januar 2022 beseitigte das Regionalgericht Oberland den Rechtsvorschlag des Schuldners in der Betreuung Nr. _____ und erteilte die definitive Rechtsöffnung im Umfang von CHF 14'959.80 nebst Zins zu 5% seit dem 5. August 2021 (BB 5).

1.3 Am 1. Februar 2022 stellte der Beschwerdeführer dem Betreibungsamt das Fortsetzungsbegehren zu (BB 2).

1.4 Am 28. Februar 2022 teilte das Betreibungsamt dem Beschwerdeführer mit, der Schuldner befinde sich bis anfangs Mai 2022 in Portugal. Weiter bat das Betreibungsamt den Beschwerdeführer, das Fortsetzungsbegehren in diesem Zeitpunkt erneut zu stellen. Ebenso verwies es auf die zu begleichende Gebührenrechnung von CHF 120.10 (BB 3).

1.5 In der Folge ersuchte der Beschwerdeführer erneut um Vollzug der Pfändung, woraufhin ihm das Betreibungsamt mitteilte, dass die Pfändung mangels Aufenthalt des Schuldners in der Schweiz derzeit nicht vollzogen werden könne (vgl. E-Mail-Verkehr vom 3./7. März 2022, BB 7; vgl. auch Vernehmlassungsbeilage [VB] 5).

2.

2.1 Mit Beschwerde vom 11. März 2022 gelangte der Beschwerdeführer an die Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen und stellte die folgenden Rechtsbegehren (pag. 1 ff.):

1. Die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, dem Fortsetzungsbegehren des Beschwerdeführers in der Betreuung Nr. 221026840 vom 1. Februar 2022 unverzüglich Folge zu leisten.
2. Die Gebührenrechnung der Beschwerdegegnerin von CHF 120.10 sei zu stornieren.

- unter Kostenfolge -

- 2.2 In seiner Vernehmlassung vom 30. März 2022 beantragte das Betreibungsamt die Abweisung der Beschwerde, soweit auf sie eingetreten werden könne (pag. 10 ff.).
3. Die Zuständigkeit der kantonalen Aufsichtsbehörde als Beschwerdeinstanz betreffend Verfügungen und Handlungen des Betreibungsamtes 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 über Schuldbetreibung und Konkurs (EG SchKG; BSG 281.1).
4. Gemäss Art. 17 Abs. 2 SchKG muss die Beschwerde binnen zehn Tagen seit dem Tage, an welchem der Beschwerdeführer von der Verfügung Kenntnis erhalten hat, angebracht werden. Wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung kann jederzeit Beschwerde geführt werden (Art. 17 Abs. 3 SchKG).

Soweit der Beschwerdeführer die Stornierung der Gebührenrechnung in der Höhe von CHF 120.10 verlangt, ist aufgrund der Akten nicht nachvollziehbar, wann und inwiefern diese Gebühren tatsächlich in Rechnung gestellt worden sind. Lediglich im Schreiben des Betreibungsamtes vom 28. Februar 2022 findet sich ein Verweis auf die mittels Gebührenrechnung zu begleichenden Kosten in der Höhe von CHF 120.10 (BB 3). Gestützt auf die Unterlagen und Ausführungen der Beteiligten ist damit fraglich, ob die Beschwerde in Bezug auf die vom Gläubiger vorzuschliessenden Gebühren fristgerecht erfolgt ist.

Unabhängig davon begründet der Beschwerdeführer in keiner Weise, inwiefern die Gebühren gesetzeswidrig sein sollten bzw. weshalb sich eine Sistierung der Gebührenrechnung rechtfertigen sollte. Mangels Vorliegen der Rechnung kann jedenfalls eine allfällige Unrechtmässigkeit der Gebühren nicht nachvollzogen werden. Obwohl im Verfahren vor der Aufsichtsbehörde die Untersuchungsmaxime gilt, entbindet dies den Beschwerdeführer nicht von einer minimalen Begründungs- und Substanziierungspflicht. Der Beschwerdeführer soll wenigstens ansatzweise erkennen lassen, inwiefern er eine Verfügung oder Amtshandlung des Betreibungsamtes für ungesetzlich oder unangemessen hält (vgl. Urteil des Bundesgerichts 7B.129/2005 vom 28. September 2005 E. 2 m.w.H., vgl. auch DAUM, in: Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 2. Aufl. 2020, N 22 zu Art. 32 VRPG). Diesem Erfordernis ist der Beschwerdeführer in Bezug auf die beantragte Sistierung der Gebührenrechnung nicht nachgekommen. Insoweit kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

5. Die weiteren Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist soweit den Vollzug der Pfändung betreffend einzutreten.
- 6.
- 6.1 Der Beschwerdeführer macht zusammengefasst geltend, das Betreibungsamt sei nach Eingang des Fortsetzungsbegehrens verpflichtet, die Pfändung zu vollziehen. Die Rückweisung des Begehrens durch das Betreibungsamt biete dem Schuldner die Möglichkeit, sein Vermögen zum Nachteil des Beschwerdeführers auszugeben.

6.2 Das Betreibungsamt führt sinngemäss aus, es liege derzeit kein Betreibungsort in der Schweiz mehr vor. Für eine Pfändung in Abwesenheit des Schuldners bestehe sodann keine gesetzliche Grundlage.

6.3 Zu prüfen ist, ob (weiterhin) ein Betreibungsort in der Schweiz besteht und gegebenenfalls, ob und in welcher Form die Pfändung vollzogen werden kann.

7.

7.1 Gemäss Art. 46 SchKG ist der Schuldner an seinem (schweizerischen) Wohnsitz zu betreiben. Das Betreibungsrecht knüpft hierbei an das Zivilrecht an (Art. 23 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]; BGE 120 III 7 E. 2 S. 8). Demnach befindet sich der Wohnsitz dort, wo sich der Schuldner mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält (Urteil des Bundesgerichts 5A_403/2010 vom 8. September 2010 E. 2.1). Ein Wohnsitzwechsel wird nur zurückhaltend bejaht, wobei nicht auf den inneren Willen des Schuldners abzustellen ist, sondern worauf die erkennbaren Umstände objektiv schliessen lassen. Der Ort, wo die Schriften hinterlegt sind, ist dabei nur ein Indiz von mehreren zur Wohnsitzbestimmung. Das Hauptgewicht liegt auf den Beziehungen des häuslichen Lebens und der familiären und gesellschaftlichen Bande (SCHMID, in: Staehelin/Bauer/Lorandi [Hrsg.], Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 3. Aufl. 2021 [nachfolgend: BSK SchKG I], N 41, 44 zu Art. 46).

Eine Fixierung des Betreibungsortes erfolgt bei der Betreibung auf Pfändung grundsätzlich erst, nachdem dem Schuldner die Pfändung angekündigt worden ist (vgl. Art. 53 SchKG).

7.2 Aus den Unterlagen ergibt sich, dass sich der Schuldner zwecks Erholung nach einer Herzoperation für einen mehrmonatigen Kuraufenthalt nach Portugal begeben hat. Sowohl der Schuldner selber wie auch das Betreibungsamt gehen davon aus, dass es sich dabei um einen vorübergehenden Aufenthalt handelt und er ca. ab Mai 2022 in die Schweiz zurückkehren wird (vgl. auch VB 5). So hat der Schuldner denn beispielsweise auch seine Wohnung in Thun nicht aufgegeben (vgl. VB 3). Der Lebensmittelpunkt des Schuldners besteht unter diesen Umständen am bisherigen Wohnort fort.

Ergänzend ist festzuhalten, dass ein neuer Wohnsitz nur dann hätte begründet werden können, wenn der vorherige Wohnsitz aufgegeben worden wäre (vgl. SCHMID, in: BSK SchKG I, N 42 zu Art. 46 m.w.H.). Auch ein Betreibungsort am Aufenthaltsort könnte nur dann bestehen, wenn kein fester Wohnsitz vorliegt (vgl. Art. 48 SchKG). Nachdem der Schuldner seinen Wohnsitz in Thun während des Kuraufenthaltes in Portugal nie aufgegeben hat, besteht der Betreibungsort an diesem Wohnort fort.

7.3 Das Betreibungsamt geht demnach zu Unrecht davon aus, dass es zum Vollzug der Pfändung nicht zuständig ist. Liegt nach dem Gesagten grundsätzlich weiterhin ein Betreibungsort im Kanton Bern vor, bleibt zu prüfen, ob und gegebenenfalls auf welche Weise der Pfändungsvollzug erfolgen kann.

8.

- 8.1 Liegt ein rechtskräftiger Zahlungsbefehl vor und unterliegt der Schuldner der Betreibung auf Pfändung, hat das Betreibungsamt nach Empfang des Fortsetzungsbegehrens unverzüglich die Pfändung zu vollziehen (Art. 89 SchKG). Dem Betreibungsamt ist es beispielsweise nicht gestattet, die Begründetheit des Fortsetzungsbegehrens zu prüfen. Nach Eingang des Fortsetzungsbegehrens beim zuständigen Amt kann auf den Vollzug der Pfändung grundsätzlich nur dann verzichtet werden, wenn das Fortsetzungsbegehren vom Gläubiger zurückgezogen, eine richterliche Einstellungsverfügung erlassen wird oder der Schuldner die Forderung vollständig an das Betreibungsamt bezahlt (SIEVI, in: BSK SchKG I, N 32 zu Art. 88).

Die rechtmässige Durchführung einer Pfändung setzt voraus, dass diese dem Schuldner im Sinne von Art. 90 SchKG spätestens am vorhergehenden Tag unter Hinweis auf die Bestimmung des Art. 91 angekündigt worden ist. Wurde die Pfändung nicht oder nicht rechtzeitig angekündigt, ist sie anfechtbar (SIEVI, in: BSK SchKG I, N 15 zu Art. 90). Hat der Schuldner der Pfändung allerdings beigewohnt oder war er in der Lage, sich vertreten zu lassen, so wurde der Mangel der widerrechtlichen Pfändungsankündigung geheilt, und die Pfändung gilt als rechtsgültig vollzogen (WINKLER, in: Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Aufl. 2014, N 9 zu Art. 90).

- 8.2 Die Pfändungsankündigung stellt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts keine formell zustellbedürftige Betreibungsurkunde im Sinne von Art. 64 SchKG dar und untersteht folglich den allgemeinen Zustellvorschriften von Art. 34 f. SchKG (Urteil des Bundesgerichts 5A_590/2020 vom 21. April 2021 E. 3.1, 3.4). Gemäss Art. 34 SchKG erfolgt die Zustellung von Mitteilungen, Verfügungen und Entscheidungen der Betreibungs- und Konkursämter sowie der Aufsichtsbehörden durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung, sofern das Gesetz nichts Anderes bestimmt. Mit anderen Worten ist nach Art. 34 SchKG eine persönliche Übergabe im Sinne von Art. 64 SchKG nicht notwendig. Dabei kann auch eine Drittperson zur Entgegennahme ausdrücklich oder konkludent ermächtigt werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_28/2016 vom 8. Juni 2016 E. 4.1 f.).

Eine Zustellfiktion kommt nicht zum Tragen, da mit der Fortsetzung der Betreibung ein neuer Verfahrensabschnitt beginnt und der Schuldner mit der Pfändungsankündigung nicht rechnen muss (WINKLER, in: Kren Kostkiewicz/Vock [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl. 2017, N 23 zu Art. 90).

- 8.3 Das Betreibungsamt hat nach Eingang des Fortsetzungsbegehrens die Pfändung auf den 9. Februar 2022 angekündigt und dies dem Schuldner zusätzlich per SMS zur Kenntnis gebracht (vgl. VB 5). Daraufhin hat sich der Schuldner telefonisch beim Betreibungsamt gemeldet und auf seine derzeitige Abwesenheit hingewiesen. Unter diesen Umständen ist erstellt, dass der Beschwerdeführer von der Pfändungsankündigung Kenntnis erhalten hat. Selbst wenn der Schuldner nicht persönlich von der eingeschriebenen Postsendung Kenntnis genommen haben sollte, gilt

die Pfändungsankündigung damit als zugestellt. Denn die Nichteinhaltung der Form einer Mitteilung im Sinne von Art. 34 SchKG macht diese nicht ungültig; vielmehr trifft das Betreibungsamt diesfalls die Beweislast dafür, dass die Mitteilung ihren Adressaten erreicht hat (Urteil des Bundesgerichts 7B.75/2006 vom 6. Juli 2006 E. 2.2.2 mit Hinweisen). Dieser Beweis gelingt dem Betreibungsamt gestützt auf die aktenkundige Reaktion des Schuldners ohne Weiteres. Mit E-Mail vom 7. Februar 2022 hat der Schuldner sodann Unterlagen hinsichtlich seiner Vermögenssituation eingereicht und in Bezug auf seine Wohnung eine Kontaktaufnahme mit seiner Vermieterin und Wohngenossin angeboten (VB 3). Der Schuldner hat sich damit durchwegs kooperativ gezeigt und sich einem Pfändungsvollzug nicht verwehrt. Damit wäre die Bestellung einer Vertretung oder aber eine Pfändung in Abwesenheit zu prüfen gewesen.

- 8.4 Soweit das Betreibungsamt ausführt, der Schuldner könne nicht dazu gezwungen werden, eine Vertretung zu bestimmen (vgl. VB 5), ist nicht aktenkundig, dass dies dem Schuldner gegenüber überhaupt thematisiert worden wäre. Wäre der Schuldner zur Bestellung einer Vertretung im Rahmen der Pfändung im Sinne von Art. 91 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG bereit gewesen, wäre eine Pfändung in Abwesenheit gar nicht erst notwendig. Dies erscheint gestützt auf seine kooperative Mitarbeit als nicht unwahrscheinlich, zumal er im Rahmen seiner E-Mail vom 7. Februar 2022 explizit an seine Vermieterin verwiesen hat.
- 8.5 Eine Pfändung in Abwesenheit ist grundsätzlich möglich, wenn sie im Sinne von Art. 90 SchKG richtig angekündigt worden ist. Denn der Schuldner soll die Pfändung nicht durch seine Abwesenheit oder mangelhafte Vertretung einseitig verhindern können (BISchK 1987 S. 59 ff., 61). Die Pfändung in Abwesenheit entfaltet zwar erst dann Wirkungen, wenn dem Schuldner die Pfändungsurkunde zugestellt werden kann (BGE 112 III 14 E. 5 S. 16). Dies wiederum erfordert eine Zustellung im Sinne von Art. 64 SchKG. Eine Zustellung via die Mitbewohnerin des Schuldners wäre gestützt auf Art. 64 Abs. 1 SchKG indessen denkbar gewesen.
- 8.6 Am Ergebnis ändert nichts, dass das Betreibungsamt vor der Rückweisung des Fortsetzungsbegehrens weitere Abklärungen hinsichtlich der schuldnerischen Vermögenssituation getätigt und eine Pfändung offenbar als aussichtslos erachtet hat. Unabhängig davon wäre das Betreibungsamt zum Vollzug der Pfändung verpflichtet gewesen.
9. Zusammenfassend erweist sich die Rückweisung des Fortsetzungsbegehrens durch das Betreibungsamt als unrechtmässig. Das Betreibungsamt wird angewiesen zu prüfen, ob der Schuldner im Sinne von Art. 91 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG eine Vertretung bestellt. Andernfalls wäre eine Pfändung in Abwesenheit des Schuldners durchzuführen.
10. 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. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird das Betreibungsamt angewiesen, die Pfändung im Sinne der Erwägungen zu vollziehen. Soweit weitergehend wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Zu eröffnen:
 - dem Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
 - dem Betreibungs- und Konkursamt Oberland

Mitzuteilen:

- dem Schuldner

Bern, 3. Mai 2022

Im Namen der Aufsichtsbehörde
in Betreibungs- und Konkursachen

Der Präsident:

Oberrichter Studiger

Die Gerichtsschreiberin:

Brönnimann

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.