

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

Entscheid

ABS 23 31

Bern, 15. März 2023

Besetzung

Oberrichter Studiger (Präsident), Oberrichterin Falkner und
Oberrichter Schlup
Gerichtsschreiberin Widmer

Verfahrensbeteiligte

A. _____ AG

Beschwerdeführerin

gegen

Betreibungsamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland,
Poststrasse 25, 3071 Ostermundigen



Gegenstand

Beschwerde (SchKG 17)

Regeste:

Art. 10 Abs. 1 Bst. b KDSG; Weitergabe von besonders schutzwürdigen Personendaten an das Betreibungsamt zwecks Zustellung des Zahlungsbefehls

Die Weitergabe besonders schützenswerter Personendaten nach Art. 10 Abs. 1 Bst. b KDSG verlangt u.a. eine gesetzliche Befugnis der ersuchenden Behörde zur Bearbeitung. Das SchKG kennt keine Bestimmung, welche das Betreibungsamt zur Datenbearbeitung für die Feststellung des Aufenthaltsorts des Schuldners zwecks Zustellung des Zahlungsbefehls befugt. Die Universitären Psychiatrischen Diensten Bern AG, ein «anderer Träger öffentlicher Aufgaben» gemäss Art. 95 KV, kann insofern dem Betreibungsamt gestützt auf Art. 10 Abs. 1 Bst. b KDSG keine Auskunft über einen allfälligen Aufenthalt des Schuldners zwecks Zustellung des Zahlungsbefehls erteilen (E 3.1).

Art. 64 i.V.m. 72 SchKG; Unterlassener Zustellungsversuch des Zahlungsbefehls

Mit pauschalen Angaben - ohne nähere Begründung - kann sich das Betreibungsamt nicht von seiner Zustellpflicht nach Art. 64 SchKG befreien (E. 9).

Erwägungen:

I.

1.

1.1 Mit Eingabe vom 4. Januar 2023 reichte die A._____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) eine Betreuung gegen B._____ (nachfolgend: Schuldner) beim Betreibungsamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland (nachfolgend: Betreibungsamt) ein.

1.2 Am 11. Januar 2023 ging die Betreuung beim Betreibungsamt ein und wurde unter der Nr. _____ protokolliert. Das Betreibungsbegehren wurde gleichentags abgewiesen mit der Begründung, der Schuldner halte sich nicht an seinem Wohnort, sondern an einer geschützten Adresse auf. Da die Institution unter Berufung auf den Datenschutz die Auskunft über den Aufenthalt verweigere, sei eine Zustellung des Zahlungsbefehls nicht möglich.

2.

2.1 Mit Schreiben vom 20. Januar 2023 (Postaufgabe gleichentags) erhob die Beschwerdeführerin gegen die Abweisung der Betreuung Nr. _____ durch das Betreibungsamt Aufsichtsbeschwerde bei der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen des Kantons Bern mit dem Antrag, es sei die Rückweisung aufzuheben, die Kosten von CHF 14.10 zu stornieren sowie das Betreibungsamt zur Be-

arbeitung der Betreuung Nr. _____ und zur Zustellung des entsprechenden Zahlungsbefehls anzuweisen.

- 2.2 Fristgerecht reichte das Betreibungsamt am 30. Januar 2023 seine Vernehmlassung ein, in der es auf Stellung eines Antrags verzichtete.
- 2.3 Mit Verfügung vom 1. Februar 2023 bestätigte der Präsident den Eingang der Vernehmlassung, ordnete keinen weiteren Schriftenwechsel an und stellte einen schriftlichen Entscheid in Aussicht.

II.

- 3. 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).
- 4.
 - 4.1 Das Beschwerdeobjekt einer Aufsichtsbeschwerde ist eine Verfügung mit Ausnahme der Fälle der Rechtsverzögerung und -verweigerung nach Art. 17 Abs. 3 SchKG. Die Rechtsverweigerung nach Art. 17 Abs. 3 SchKG umfasst nur die formelle Rechtsverweigerung, d.h. die ausdrückliche oder stillschweigende Weigerung des Vollstreckungsorgans, eine gesetzlich vorgeschriebene Handlung vorzunehmen (FLAVIO COMETTA/URS MÖCKLI, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1-158, 3. Aufl. 2021, N. 34 zu Art. 17). Im Falle einer materiellen Rechtsverweigerung lehnt die Vollstreckungsbehörde die Amtshandlung in einer formellen, aber willkürlichen Verfügung ab, womit keine Rechtsverweigerung nach Abs. 3, sondern eine Rechtsverletzung nach Abs. 1 von Art. 17 SchKG vorliegt (DOMINIK VOCK/DANIÈLE MEISTER-MÜLLER, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Aufl. 2018, S. 60). Wird die Verfügung nicht begründet, liegt jedoch eine formelle Rechtsverweigerung vor (BGE 97 III 28; 80 III 135). Eine Verfügung gemäss Art. 17 SchKG ist eine bestimmte behördliche Handlung in einem konkreten zwangsvollstreckungsrechtlichen Verfahren, die in Ausübung einer amtlichen Funktion auf Grund des SchKG und dessen Ausführungsbestimmungen ergeht (BGE 142 III 643 E. 3.1; 142 III 425 E. 3.3). Die Verfügung muss das Verfahren vorantreiben und Aussenwirkung zeigen (BGE 142 III 643 E. 3.1; 142 III 425 E. 3.3, COMETTA/MÖCKLI, a.a.o., N. 19 zu Art. 17). Ob eine Verfügung vorliegt, entscheidet sich nach ihrem Gehalt und nicht nach ihrem Wortlaut oder Erscheinungsbild (BGE 129 III 400 E. 1.1; 128 III 156 E. 1c).
 - 4.2 Die Beschwerdeführerin führt Beschwerde gegen das Schreiben des Betreibungsamtes vom 11. Januar 2023, welches ein Realakt sei, der externe Auswirkungen bezwecke.
 - 4.3 Mit Schreiben vom 11. Januar 2023 teilte das Betreibungsamt der Beschwerdeführerin mit, eine Zustellung [des Zahlungsbefehls] an den Schuldner sei nicht möglich, weshalb das Betreibungsbegehren Nr. _____ abgewiesen werde. Das Schreiben vom 11. Januar 2023 erfüllt nicht alle Verfügungsvoraussetzungen, ist

jedoch aufgrund des Inhalts als Verfügung zu qualifizieren und wurde von den Parteien auch als solche verstanden. Keiner der Parteien erwächst durch die Fehlerhaftigkeit ein Nachteil, da insbesondere die Beschwerdefrist gewahrt wurde (vgl. E. 5 unten). Mit der Verfügung vom 11. Januar 2023 lehnte das Betreibungsamt die Zustellung des Zahlungsbefehls explizit ab, weshalb eine materielle Rechtsverweigerung bzw. eine Rechtsverletzung nach Art. 17 Abs. 1 SchKG zu prüfen ist.

5. Gemäss Art. 17 Abs. 2 SchKG beträgt die Beschwerdefrist zehn Tage. Die Verfügung des Betreibungsamtes ist auf den 11. Januar 2023 datiert (BB 2). Mit Postaufgabe der Beschwerde am 20. Januar 2023 wurde die zehntägige Frist gewahrt.
6. Auf die form- und fristgerechte Beschwerde ist demnach einzutreten.

III.

7. In der Sache ist umstritten, ob das Betreibungsamt zu Unrecht das Betreibungsbegehren Nr. _____ ohne versuchte Zustellung nach Art. 64 SchKG und ohne öffentliche Bekanntmachung nach Art. 66 Abs. 4 SchKG abwies.
8.
 - 8.1 Um das Vorgehen des Betreibungsamtes zu überprüfen, ist vorfrageweise die Rechtslage zur Datenbeschaffung durch das Betreibungsamt bei den Universitären Psychiatrischen Diensten Bern AG (nachfolgend: UPD) zu klären.
 - 8.2 Gemäss Betreibungsamt halte sich der Schuldner in der UPD auf. Diese würde gegenüber dem Betreibungsamt gestützt auf Art. 27 des Gesundheitsgesetzes (GesG, BSG 811.01) und Art. 321 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB, SR 311.0) die Auskunft verweigern, ob sich eine Person in der Klinik aufhalte (vgl. Vernehmlassungsbeilage [nachfolgend: VB] 3). Diese Rechtsauffassung werde auch von der Datenschutzaufsichtsstelle des Kantons Bern vertreten (vgl. VB 4, 5). Das Betreibungsamt bringt vor, es nehme mit der Zustellung des Zahlungsbefehls eine gesetzliche Aufgabe wahr, für welche die Kenntnis des Aufenthaltsorts eines Schuldners erforderlich sei, weshalb Haftanstalten und Kliniken nach Art. 19 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG, SR 235.1) zur Auskunft verpflichtet seien. Zudem gehe das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der staatlichen Zwangsmassnahmen dem privaten Interesse des Schuldners am Schutz seiner Privatsphäre vor.
 - 8.2.1 Das DSG gilt für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch private Personen und Bundesorgane (vgl. Art. 2 Abs. 1 DSG). Behörden der Kantone stellen keine Organe des Bundes dar, selbst wenn sie Bundesaufgaben wahrnehmen (GABOR P. BLECHTA, in: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz / Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, N. 82 zu Art. 3 DSG). Die Bearbeitung von Personendaten durch und unter kantonalen Behörden fällt in den Geltungsbereich der kantonalen Datenschutzgesetze, im Kanton Bern des Datenschutzgesetzes (KDSG, BSG 152.04).

- 8.2.2 Vorliegend ist die Weitergabe von Daten von der UPD an das Betreibungsamt zu prüfen. Das Betreibungsamt ist eine kantonale Behörde (vgl. Art. 2 SchKG) und die UPD ein «anderer Träger öffentlicher Aufgaben» gemäss Art. 95 der Verfassung des Kantons Bern (KV, BSG 101.1). Eine Datenbearbeitung bzw. -bekanntgabe von der UPD an das Betreibungsamt fällt nicht in den Geltungsbereich des DSG, sondern des KDSG.

8.3

- 8.3.1 Das KDSG unterscheidet zwischen Personendaten (vgl. Art. 2 Abs. 1 KDSG) und besonders schützenswerten Personendaten (vgl. Art. 3 KDSG). Als besonders schützenswert gelten u.a. Angaben über den geistigen oder körperlichen Zustand (vgl. Art. 3 Abs. 1 Bst. b KDSG). Besonders schützenswerte Personendaten dürfen nur bearbeitet werden, wenn die allgemeinen Voraussetzungen von Art. 5 KDSG erfüllt sind und zusätzlich die Zulässigkeit sich aus einer gesetzlichen Grundlage klar ergibt, die Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe es zwingend erfordert oder die betroffene Person ausdrücklich zugestimmt hat (Art. 6 KDSG; IVO SCHWEGLER, in: Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2021, S. 378 Rz. 61).

Die Weitergabe von Personendaten ist ein besonders kritischer Teil des Bearbeitungsprozesses und deshalb gesondert in Art. 10 KDSG geregelt (Vortrag der Justizdirektion an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates des Kantons Bern betreffend das Datenschutzgesetz vom 26. Juni 1985 [nachfolgend: Vortrag Datenschutzgesetz], S. 4). Benötigt die verlangende Behörde die Daten, ist im Rahmen der verwaltungsinternen Datenweitergabe Art. 10 Abs. 1 Bst. b KDSG anwendbar, wonach die verlangende Behörde die Erfüllung der allgemeinen Voraussetzungen von Art. 5 und allenfalls 6 KDSG, ihre gesetzliche Befugnis zur Bearbeitung und die fehlende entgegenstehende Geheimhaltungspflicht beweisen muss (Vortrag Datenschutz, S. 4).

- 8.3.2 Das Betreibungsamt ersuchte bei der UPD um Auskunft über einen möglichen Aufenthalt des Schuldners in einer psychiatrischen Klinik. Bei diesen Angaben handelt es sich um besonders schutzwürdige Personendaten nach Art. 3 KDSG. Das Betreibungsamt begründete die geltend gemachte Auskunftspflicht mit der Erfüllung einer gesetzlich vorgesehenen Aufgabe, womit auf kantonaler Ebene Art. 10 Abs. 1 Bst. b KDSG anwendbar ist und für die Bekanntgabe folglich eine gesetzliche Bestimmung vorausgesetzt wird, die das Betreibungsamt zur Bearbeitung der Daten befugt. Das SchKG beinhaltet keine Bestimmung, welche das Betreibungsamt zur Datenbearbeitung für die Feststellung des Aufenthaltsorts des Schuldners zwecks Zustellung des Zahlungsbefehls befugt.

Daraus ergibt sich, dass die UPD über einen allfälligen Aufenthalt des Schuldners zwecks Zustellung des Zahlungsbefehls dem Betreibungsamt keine Auskunft gestützt auf Art. 10 Abs. 1 Bst. b KDSG erteilen kann.

- 8.3.3 Die Prüfung der allgemeinen Voraussetzungen von Art. 5 und 6 KDSG sowie einer allfälligen Geheimhaltungspflicht durch Art. 27 GesG oder Art. 321 StGB kann demnach unterbleiben.

9.

- 9.1 Die Beschwerdeführerin rügt die unterlassene Zustellung des Zahlungsbefehls nach Art. 64 und 66 Abs. 4 Ziff. 2 SchKG durch das Betreibungsamt.
- 9.2 Die Zustellung des Zahlungsbefehls obliegt gestützt auf Art. 64 ff. i.V.m. 72 SchKG grundsätzlich dem Betreibungsamt als ordentliches Zustellungsorgan. Gemäss Art. 64 SchKG wird der Zahlungsbefehl dem Schuldner, sofern es sich dabei um eine natürliche Person handelt, in seiner Wohnung oder an dessen Arbeitstätte zugestellt. Wird er daselbst nicht angetroffen, kann eine Ersatzzustellung an eine zu seiner Haushaltung gehörende erwachsene Person oder an einen Angestellten erfolgen (Art. 64 Abs. 1 SchKG). Konnte eine Zustellung nach Art. 64 Abs. 1 SchKG nicht erfolgen, kann das Betreibungsamt die Betreibungsurkunde einem Gemeinde- oder Polizeibeamten zur Zustellung übergeben (vgl. Art. 64 Abs. 2 SchKG).
- Die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung nach Art. 66 Abs. 4 SchKG darf nur als *ultima ratio* erfolgen (Urteil des Bundesgerichts 5A_522/2015 vom 12. Oktober 2015 E. 3.1.1) und ist an Voraussetzungen geknüpft (PAUL ANGST/RODRIGO RODRIGUEZ, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1-158 SchKG, 3. Aufl. 2021, N. 19 zu Art. 66). Die Ediktalzustellung ist insbesondere möglich, wenn sich der Schuldner beharrlich der Zustellung entzieht (Art. 66 Abs. 4 Ziff. 2 SchKG), wobei die absichtliche Entziehung vorausgesetzt wird (ANGST/RODRIGUES, a.a.o., N. 22 zu Art. 66).
- 9.3 Vorab ist festzustellen, dass gestützt auf die dargelegte Rechtslage (vgl. E. 8.3.1 f. oben) die UPD dem Betreibungsamt korrekterweise keine Auskunft erteilte. Insofern kann vom Betreibungsamt eine Auskunftseinholung bei der UPD nicht verlangt werden.
- Die Nichtdurchführung der Zustellung nach Art. 64 bzw. 66 Abs. 4 SchKG begründete das Betreibungsamt mit dem Aufenthalt des Schuldners an einer geschützten Adresse bzw. in der UPD. Um einen Leerlauf sowie unnötige Kosten zu vermeiden und da das Betreibungsbegehren erneut eingereicht werden könne, habe es dieses zurückgewiesen. Weder in der Abweisungsverfügung noch in der Vernehmlassung macht das Betreibungsamt Angaben darüber, gestützt auf welche Informationen es einen Klinikaufenthalt des Schuldners annahm. Insbesondere führt es nicht aus, woher die Informationen stammen. Eine derart pauschale Aussage ohne Begründung und Beweise befreit das Betreibungsamt nicht von seiner Zustellungspflicht nach Art. 64 SchKG. In diesem Fall hätte das Betreibungsamt einen Zustellungsversuch gemäss Art. 64 Abs. 1 SchKG vornehmen und eine allfällige Nichtzustellung auf dem Zahlungsbefehlsdoppel des Gläubigers vermerken müssen.
- 9.4 Indem das Betreibungsamt nicht versuchte den Zahlungsbefehl zuzustellen, verletzte es Art. 64 SchKG und wies das Betreibungsbegehren zu Unrecht ab.
10. Die Beschwerde ist nach dem Gesagten gutzuheissen. Die Verfügung vom 11. Januar 2023 wird aufgehoben und das Betreibungsamt angewiesen, in der Betreibung Nr. _____ einen Zustellungsversuch des Zahlungsbefehls gemäss Art. 64 SchKG vorzunehmen.

11. Folglich kann die Prüfung einer Ediktalzustellung nach Art. 66 Abs. 4 Ziff. 2 SchKG sowie der Möglichkeit, den Zahlungsbefehl dem Schuldner ohne Bekanntgabe von dessen Aufenthaltsort an den Gläubiger zuzustellen, unterbleiben.

IV.

12. Im betreibungs- und konkursrechtlichen Beschwerdeverfahren werden weder Gerichtskosten erhoben noch Parteientschädigungen gesprochen (Art. 20a des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG; SR 281.1] 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 gutgeheissen.
2. Die Verfügung vom 11. Januar 2023 wird aufgehoben und das Betreibungsamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland angewiesen, einen Zustellungsversuch des Zahlungsbefehls in der Betreibung Nr. _____ gemäss Art. 64 SchKG vorzunehmen.
3. Es werden keine Gerichtskosten erhoben und es wird keine Parteientschädigung gesprochen.
4. Zu eröffnen:
 - der Beschwerdeführerin
 - dem Betreibungsamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland

Bern, 15. März 2023

Im Namen der Aufsichtsbehörde
in Betreibungs- und Konkursachen

Der Präsident:

Oberrichter Studiger

Die Gerichtsschreiberin:

Widmer

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.