

AUFSICHTSBEHÖRDE ÜBER DAS  
BETREIBUNGS- UND KONKURSAMT  
BASEL-STADT

BERICHT

ÜBER DIE RECHTSPRECHUNG IM JAHR 2005

Dr. H. Loehr (Vorsitz), Dr. H. Wohlfart, Dr. St. Wullschleger  
und Sekretär lic. iur. F. Emmel

Redaktion:                    lic. iur. F. Emmel

Herausgeber:                Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und  
Konkursamt Basel-Stadt,  
Bäumleingasse 5, Postfach 964, 4001 Basel

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Basel, Mai 2007

## Inhaltsübersicht

A.	Einleitung .....	1
B.	Rechtsprechung .....	1
1.	<u>Einsichts- und Auskunftsrecht (Art. 8a SchKG)</u>	
1.1.	Zur Glaubhaftmachung von Schadenersatzansprüchen als schutzwürdiges Interesse. Anforderungen an die Schuldnerbezeichnung .....	1
1.2.	Geltendmachung der "Löschung" beim Betreibungsamt? .....	3
1.3.	Schuldtilgung als Lösungsgrund? .....	3
2.	<u>Beschwerde (Art. 17/20a SchKG)</u>	
2.1.	Pflicht zur Rechtsmittelbelehrung bei Verfügungen? .....	5
2.2.	Beginn der Beschwerdefrist bei Fehlen einer Rechtsmittelbelehrung? .....	5
2.3.	Abgrenzung formeller von materieller Rechtsverweigerung (siehe unter Ziffern 1.1. und 10.)	
2.4.	Pfändungsankündigung als anfechtbare Verfügung? .....	7
2.5.	Praktischer Verfahrenszweck? .....	9
	(siehe auch unter Ziffer 7.1.)	
2.6.	Anforderungen an Form und Inhalt einer Beschwerdeschrift vor der kantonalen Aufsichtsbehörde (siehe unter Ziffer 11)	
2.7.	Verweis auf anderes Verfahren als genügende Begründung? .....	11
2.8.	Voraussetzungen der Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen bei rechtsmissbräuchlicher Betreibung .....	11
2.9.	Unentgeltliche Verbeiständung bei Beschwerdeführung: Voraussetzungen? (siehe unter Ziffern 8.3.1.- 8.3.4.)	

3.	<u>Nichtigkeit (Art. 22 SchKG)</u>	
3.1.	Nichtigkeit bei rechtsmissbräuchlicher Betreibung? (siehe unter Ziffer 2.8.)	
3.2.	Nichtigkeit bei Verstoss gegen die Unpfändbarkeit? (siehe unter Ziffer 8.1.)	
3.3.	Von der Nichtigkeit zur Anfechtbarkeit bei Zustellfehlern (siehe unter Ziffer 6)	
3.4.	Rechtsmissbräuchliche Berufung auf die Nichtigkeitsfolge (siehe unter Ziffer 5.1./5.2.)	
4.	<u>Wiederherstellungsgesuch (Art. 33 Abs. 4 SchKG)</u>	
4.1.	Wiederherstellungsgesuch oder Beschwerde? (siehe unter Ziffer 6)	
4.2.	Krankheit als unverschuldetes Hindernis bejaht.....	13
4.3.	Krankheit als unverschuldetes Hindernis verneint .....	14
5.	<u>Rechtsstillstand (Art. 56 ff. SchKG)</u>	
5.1.	Zustellung der Pfändungsurkunde als Betreibungshandlung.....	16
5.2.	Rechtsmissbräuchliche Berufung auf Rechtsstillstand infolge Militärdienstes.....	16
6.	<u>Zustellung von Betreibungsurkunden (Art. 64 f. SchKG)</u> Von der Nichtigkeit zur Anfechtbarkeit bei Zustellfehlern.....	19
7.	<u>Zahlungsbefehl und Rechtsvorschlag (Art. 69 ff. SchKG)</u>	
7.1.	Frist für Zustellung des Zahlungsbefehls? .....	22
7.2.	Schuldnerereinreden nach Art. 79 Abs. 2 SchKG bei Beseitigung des Rechtsvorschlages durch ausserkantonales Urteil im ordentlichen Prozess....	25

8.	<u>Pfändbarkeit (Art. 92 f. SchKG)</u>	
8.1.	Nichtigkeit bei Verstoss gegen die Unpfändbarkeit?.....	27
8.2.	Zur Beachtlichkeit der Unpfändbarkeit im Konkurs.....	27
8.3.	Zur Existenzminimumsberechnung	
8.3.1.	Eingriff in das Existenzminimum bei familienrechtlichen Unterhaltsforderungen.....	29
8.3.2.	Berücksichtigung laufender Unterhaltsbeiträge.....	29
8.3.3.	Kein Einbezug von Amortisationskosten für Wohneigentum .....	29
8.3.4.	Voraussetzungen der Einrechnung eines Privatwagens.....	29
8.3.5.	Frist zur Anpassung nicht lebensnotwendiger Mietkosten (siehe unter Ziffer 5.1./5.2.)	
9.	<u>Haftung für die Konkurskosten (Art. 169 SchKG)</u> Haftung nur bei Kenntnis der gesetzlichen Vorschrift? .....	35
10.	<u>Konkursverwaltung (Art. 235 ff. SchKG)</u> Zur Prüfung von Verantwortlichkeitsansprüchen (Art. 240 SchKG) .....	36
11.	<u>Retentionsverzeichnis (Art. 283 f. SchKG)</u> Zur Prüfungspflicht des Betreibungsamts bezüglich formeller und materieller Voraussetzungen.....	40
12.	<u>Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken (VZG)</u>	
12.1.	Folgen der Nichtleistung des Kostenvorschusses für neue Schätzung (Art. 9 Abs. 2 VZG) .....	44
12.2.	Anspruch auf Auflegung einer vom Betreibungsschuldner eingeholten Schätzung?.....	44
12.3.	Beschwerdeeinwände gegen amtliche Schätzung? .....	44
C.	Zweijahresstatistik 2004/2005 .....	47

## A. Einleitung

Im Berichtsjahr waren bei der Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt mehr Beschwerden und Wiedereinsetzungsgesuche nach Art. 33 Abs. 4 SchKG eingereicht und erledigt worden als im Vorjahr. Für die Fallzahlen wird auf die Zweijahresstatistik verwiesen (S. 47). Sechs Entscheide der Aufsichtsbehörde wurden mittels Beschwerde nach Art. 19 SchKG bei der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts angefochten, welches alle Beschwerden abgewiesen hat bzw. darauf nicht eingetreten ist (BGE 7B.76/2005 zu ABE 2005/6, letzterer siehe S. 16; BGE 7B.97/2005 zu ABE 2005/14, letzterer siehe S. 22; BGE 7B.173/2005 zu ABE 2005/26, letzterer siehe S. 29; BGE 7B.27/2005 zu ABE 2004/54, BGE 7B.166/2005 zu ABE 2005/40 sowie BGE 7B.171/2005 zu AB 2005/51).

## B. Rechtsprechung

### 1. Einsichts- und Auskunftsrecht (Art. 8a SchKG)

- 1.1. Art. 17, 22 SchKG. Eine materielle Rechtsverweigerung ist, falls keine nichtige Verfügung vorliegt, innert Beschwerdefrist anzufechten. Falls das Betreibungsamt ein Ersuchen um Einsicht in das Betreibungsregister durch Verfügung ablehnt, liegt eine materielle, keine formelle Rechtsverweigerung vor. Die unberechtigte Verweigerung der Einsichtnahme ins Betreibungsregister gegenüber Drittpersonen führt zur Nichtigkeit der betreffenden Verfügung und kann daher jederzeit beanstandet werden.
- Art. 8a Abs. 1 SchKG. Zur Einsichtnahme in das Betreibungsregister ist jedermann berechtigt, der ein schützenswertes Interesse glaubhaft machen kann. Ein solches liegt vor, wenn zwischen den betreffenden Personen ein Rechtsstreit hängig oder erst beabsichtigt ist, weil damit jedenfalls ein Anspruch auf Ersatz der Prozesskosten verbunden sein kann. In casu genügte für die Einsichtnahme, dass ein gewisser "Hansjörg B[...]" dem Beschwerdeführer im Rahmen einer Auseinandersetzung einen Schaden zugefügt haben soll. Ob der dem Betreibungsamt vorlegte polizeiliche Anzeigerapport keine beweiskräftige Urkunde gewesen sein soll, war nicht entscheidend, weil der einsichtsbegehrende Dritte dieses Interesse nur glaubhaft zu machen hat. Nicht zu kümmern hat das Betreibungsamt zudem die Frage einer allfälligen Verjährung von Schadenersatzansprüchen. Hingegen muss die Identität der Person, bezüglich der Einsicht verlangt wird, in deren Interesse zweifellos feststehen.

Im Juni 2005 ersuchte F. um Betreuungsauskunft über Hansjörg B., X.-strasse 26, 4051 Basel. Er legte seinem Gesuch die Kopie einer Anzeige von S. an die Kantonspolizei Zürich vom 6. September 2003 bei. Daraus ist zu entnehmen, dass es zwischen F. und einem "Hansjörg B[...]" in der Eisenbahn zu Auseinandersetzungen gekommen sein soll. Nachdem das Betreibungsamt das Gesuch abgelehnt hatte, hielt F. mit Eingabe vom 15. Juni 2005 an seinem Ersuchen fest mit der Begründung, er verlange von Hj. B. Schadenersatz gemäss Art. 41 OR. Das Betreibungsamt lehnte das Begehren am 22. Juni 2005 ab mit der Begründung, es fehle an einem genügenden Einsichtsinteresse, Schadenersatzforderungen würden nach einem Jahr verjähren. Darauf antwortete F., die Verjährung gemäss StGB sei länger, mindestens zwei Jahre. Das Betreibungsamt schrieb ihm am 29. Juni 2005, es halte die Korrespondenz für abgeschlossen. Falls er sich beschwert fühle, müsse er sich an die Aufsichtsbehörde wenden.

Mit Beschwerde vom 8. August 2005 begehrte F., das Betreibungsamt sei anzuweisen, ihm die Betreuungsauskunft über Hansjörg B. in Basel zu erteilen, Dieser habe ihn im Zug angegriffen, weshalb er haftpflichtig sei. Da es sich um eine Tötlichkeit handle, würden längere Verjährungsfristen gemäss StGB gelten. Die Aufsichtsbehörde wies das Betreibungsamt Basel-Stadt mit Urteil vom 24. August 2005 in Gutheissung der Beschwerde an, dem Beschwerdeführer Einsicht ins Betreibungsregister bezüglich Hansjörg B., wohnhaft an der X.-strasse 26, 4051 Basel, zu gewähren, sobald feststeht, dass dieser mit jenem "Hansjörg B[...]", der im Anzeigerapport genannt ist, identisch ist. Die Aufsichtsbehörde führte was folgt aus:

„a) Mit der betreibungsrechtlichen Beschwerde nach Art. 17 SchKG kann die Verletzung betreibungsrechtlicher Vorschriften durch das Betreibungsamt beanstandet werden. Damit auf sie einzutreten ist, muss sie binnen zehn Tagen seit Kenntnisnahme der angefochtenen Verfügung bei der Aufsichtsbehörde eingereicht werden (Art. 17 Abs. 2 SchKG). Jederzeit eingewendet werden können hingegen die formelle Rechtsverweigerung (Art. 17 Abs. 3 SchKG) sowie, weil von Amtes wegen zu beachten, die Nichtigkeit einer Verfügung (Art. 22 Abs. 1 SchKG).

Vorliegend hat das Betreibungsamt das Ersuchen des Beschwerdeführers um Einsicht in das Betreibungsregister durch Verfügung abgelehnt, weshalb keine formelle, sondern eine materielle Rechtsverweigerung vorliegt, die grundsätzlich innert Beschwerdefrist angefochten werden muss. Nichtigkeit liegt bei einem Verstoss gegen Vorschriften, die im öffentlichen Interesse oder in jenem von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind, vor (Art. 22 Abs. 1 SchKG). Beides ist bei den Vorschriften über die Einsichtnahme ins Betreibungsregister durch Drittpersonen nach Art. 8a SchKG, deren korrekte Anwendung

durch das Betreibungsamt strittig ist, gegeben, so dass es keine Rolle spielen kann, dass die Beschwerde nach Ablauf der zehntägigen Frist eingereicht wurde. Auf sie ist deshalb einzutreten.

b) Zur Einsichtnahme in das Betreibungsregister berechtigt ist jedermann, der ein schützenswertes Interesse glaubhaft machen kann (Art. 8a Abs. 1 SchKG; SchKG-PETER, Art. 8a N. 5, S. 48). Ein solches liegt vor, wenn zwischen den betreffenden Personen ein Rechtsstreit hängig oder erst beabsichtigt ist, weil damit jedenfalls ein Anspruch auf Ersatz der Prozesskosten verbunden sein kann (SchKG-PETER, Art. 8a N. 9, S. 50).

Vorliegend ergibt sich aus der Strafanzeige von S., dass ein gewisser "Hj. B[...]" dem Beschwerdeführer im Rahmen einer Auseinandersetzung einen Schaden zugefügt haben soll. Dies muss als schützenswertes Interesse genügen. Ob der dem Betreibungsamt vorlegte Anzeigerapport der Kantonspolizei Zürich, wie dieses argumentiert, bloss eine Kopie und damit keine beweiskräftige Urkunde sein soll, ist nicht entscheidend, weil der einsichtsbegehrende Dritte dieses Interesse nur glaubhaft zu machen, nicht nachzuweisen hat. Nicht zu kümmern hat das Betreibungsamt zudem die Frage einer allfälligen Verjährung von Schadenersatzansprüchen, die der Beschwerdeführer gegen Hansjörg B[...] allenfalls geltend machen will. Es ist nämlich grundsätzlich nicht Sache der Behörden, anstelle des Beschwerdeführers über den einzuschlagenden Weg und die Erfolgchancen zu befinden und die Akteneinsicht davon abhängig zu machen (BGE 130 III 42 E. 3.2.2.). Hingegen muss die Identität der Person, bezüglich der Einsicht verlangt wird, in deren Interesse zweifellos feststehen. Insofern hat der Beschwerdeführer dem Betreibungsamt noch genaueren Aufschluss zu geben. Auffällig ist, dass der Beschwerdeführer, wie das Betreibungsamt zur Recht bemerkt, teils von einem "Hansjörg B[...]" (Einsichtsgesuch) teils von einem "Hansjörg B[...]" (Beschwerde) spricht. [...]"

(ABE vom 24.8.2005 in Sachen F. gegen BA BS; AB 2005/56)

- 1.2. Art. 8a Abs. 3 SchKG. Der Antrag um „Löschung“, das heisst um Nichtbekanntgabe eines Betreibungsregistereintrages an Dritte, ist zunächst beim Betreibungsamt, nicht bei der Aufsichtsbehörde geltend zu machen, wo der Gesuchsteller die erforderlichen Voraussetzungen darzulegen und nachzuweisen hat.
- 1.3. Die Aufzählung der Lösungsgründe ist abschliessend. Namentlich darf dem Rückzug der Betreibung durch den Betreibungsgläubiger nicht der Fall gleich gestellt werden, dass der Betreibungsschuldner im Verlaufe des Verfahrens seine Schuld bezahlt hat. Entsprechend kann der Betreibungsgläubiger nach der Schuldtilgung auch nicht zum Rückzug der Betreibung verpflichtet werden, es sei denn, er habe sich dazu dem

Betreibungsschuldner gegenüber nachweislich bereit erklärt, den Rückzug jedoch nicht vorgenommen.

Im Betreibungsregister ist über A. eine Betreuung der Winterthur Versicherungs-Gesellschaft über CHF 755.60 aus dem Jahre 2004 eingetragen. Vermerkt ist zudem, dass am 8. Juli 2004 der Betreuungsschuldner die Forderung bezahlt hat. Mit „Zivilklage“ vom 13. Dezember 2004 gegen die Winterthur Versicherungs-Gesellschaft beehrte A. sinngemäss, dass die Betreuungsgläubigerin die Betreuung zurückziehe. Die Eingabe wurde von der Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt als Beschwerde entgegengenommen. Die Aufsichtsbehörde hat die Beschwerde am 5. Januar 2005 aus folgenden Gründen abgewiesen, soweit darauf einzutreten war:

„a) Nach 8a Abs. 1 SchKG kann jede Person, die ein Interesse glaubhaft macht, die Protokolle und Register der Betreibungs- und Konkursämter einsehen und sich daraus Auszüge geben lassen. Die Ämter geben Drittpersonen von einer Betreuung hingegen keine Kenntnis, wenn die Betreuung nichtig ist oder aufgrund einer Beschwerde oder eines Urteils aufgehoben worden ist, wenn der Betreuungsschuldner mit einer Rückforderungsklage obsiegt hat oder wenn der Betreuungsgläubiger seine Betreuung zurückgezogen hat (Art. 8a Abs. 3 SchKG). Der Betreuungsschuldner, der eine Löschung im Register gemäss Art. 8a Abs. 3 SchKG geltend macht, hat sich damit zunächst an das Betreibungsamt zu wenden (vgl. BGE 126 III 476 f.), wo er die erforderlichen Voraussetzungen darzulegen und nachzuweisen hat. Gegen einen abschlägigen Entscheid des Betreibungsamts kann bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde nach Art. 17 SchKG geführt werden. Soweit in Art. 8a Abs. 3 SchKG verlangt wird, dass ein richterlicher oder aufsichtsrechtlicher Entscheid über die Betreuung oder über die Betreibungsforderung vorliegt (lit. a und b), hat der Betreuungsschuldner vor dem Gang ans Betreibungsamt die betreffenden Instanzen anzurufen.

b) Vorliegend ist der Beschwerdeführer ans Zivilgericht Basel-Stadt mit dem Begehren gelangt, dass die Beschwerdegegnerin ihre Betreuung zurückziehe. Es stellt sich die Frage, ob für ein derartiges Rechtsbegehren überhaupt ein Rechtsschutzinteresse besteht.

Der Betreuungsgläubiger wird regelmässig zum Rückzug seiner Betreuung bereit sein, sobald der Betreuungsschuldner seine Forderung beglichen hat. Die Auslegung von Art. 8a SchKG ergibt, dass die Aufzählung der Lösungsgründe abschliessend ist. Namentlich darf dem Rückzug der Betreuung durch den Betreuungsgläubiger nicht der Fall gleich gestellt werden, dass der Betreuungsschuldner im Verlaufe des Verfahrens seine Schuld bezahlt hat (BJM 2004 S. 322). Entsprechend kann der Betreuungsgläubiger nach der Schuldtilgung auch nicht zum Rückzug der Betreuung verpflichtet werden, es sei denn, er habe sich dazu

dem Betreuungsschuldner gegenüber nachweislich bereit erklärt, den Rückzug jedoch nicht vorgenommen (zum Letzteren: SchKG-PETER, Art. 8a N. 28, S. 57). Dass die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer den Rückzug der Betreuung versprochen hätte, ist weder behauptet noch gar nachgewiesen. Da die Betreuungsgläubigerin und Beschwerdegegnerin offenbar die Betreuung nicht zurückziehen will, verbleiben dem Betreuungsschuldner und Beschwerdeführer gegebenenfalls nur die übrigen Lösungsgründe. Aus diesem Grund wurde die Eingabe des Beschwerdeführers von der Aufsichtsbehörde als Beschwerde entgegengenommen.

c) Sofern eine Betreuung nichtig ist oder von der Aufsichtsbehörde aufgehoben wird, besteht ein Anspruch auf Löschung im Sinne von Art. 8a Abs. 3 SchKG. In der Beschwerde wird nicht dargelegt, dass und weshalb ein Nichtigkeits- oder ein Aufhebungsgrund gegeben ist. Auch sonst ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen die Nichtigkeit der Betreuung der Beschwerdegegnerin festzustellen oder diese aufzuheben wäre. Unter diesen Umständen verbleibt lediglich die Feststellung, dass der Beschwerdeführer die in Betreuung gesetzte Forderung offensichtlich erfüllt hat. Dies gibt jedoch, wie bereits ausgeführt, keinen Anspruch darauf, dass die fragliche Betreuung gegenüber Dritten, die ins Betreibungsregister Einsicht nehmen, nicht zu erwähnen ist. Bei diesem Ergebnis fällt nicht ins Gewicht, dass der Beschwerdeführer mit seinem Begehren sich eigentlich zunächst an das Betreibungsamt hätte wenden müssen. [...]"

(ABE vom 5.1.2005 in Sachen A. gegen BA BS; AB 2004/89)

## 2. Beschwerde (Art. 17/20a SchKG)

- 2.1.- Art. 17 SchKG. Das SchKG sieht nicht vor, dass eine Verfügung des Betreibungsamts als solche zu bezeichnen und mit einer Rechtsmittelbelehrung auszustatten ist. Eine derartige Pflicht ergibt sich auch nicht aus einer allfälligen subsidiären Anwendung von Art. 35 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren, weil diese Vorschrift nach Art. 1 Abs. 3 VwVG nicht auf ein erstinstanzliches kantonales Verfahren bei der Anwendung von Bundesverwaltungsrecht anwendbar ist. Die Beschwerdefrist beginnt damit auch bei Fehlen einer Rechtsmittelbelehrung zu laufen.

In Betreuung Nr. 4028782 der C. Versicherung hat diese den Rechtsvorschlag des Betreuungsschuldners mit Verfügung vom 4. August 2004 aufgehoben und

am 10. Januar 2005 das Fortsetzungsbegehren gestellt. Das Betreibungsamt setzte darauf dem Betreibungsschuldner gemäss Art. 79 Abs. 2 SchKG Frist zu den Einreden an, er sei im Beseitigungsverfahren des Rechtsvorschlags nicht richtig vorgeladen worden oder nicht richtig vertreten gewesen. Der Betreibungsschuldner erhob in der Folge die Einrede, er sei nicht richtig vertreten gewesen. Darauf schickte das Betreibungsamt das Fortsetzungsbegehren an die C. Versicherung mit dem Hinweis zurück, dass sich das Fortsetzungsbegehren auf einen in einem anderen Kanton ergangenen Rechtsöffnungsentscheid stütze und es im Sinne von Art. 79 Abs. 2 SchKG erst wieder eingereicht werden könne, nachdem am Betreibungsort beim Rechtsöffnungsrichter ein Entscheid erwirkt worden sei, aus welchem hervorgehe, dass die Einrede des Betreibungsschuldners rechtskräftig beseitigt worden sei.

Mit Schreiben vom 2. Mai 2005 stellte die C. Versicherung beim Betreibungsamt das Begehren, es sei auf das Fortsetzungsbegehren vom 10. Januar 2005 einzutreten, weil die Rechtsöffnungsverfügung von ihrer Agentur in Basel erlassen worden sei. Das Betreibungsamt wies dieses Ansuchen mit Brief vom 9. Mai 2005 mit der Begründung ab, seine Verfügung vom 19. Januar 2005, mit welcher es das Fortsetzungsbegehren vorerst zurückgewiesen habe, sei längst rechtskräftig. Es werde aber seine Praxis künftig ändern und den Betreibungsschuldner im Falle von Verfügungen ausserkantonaler Kassen, die eindeutig von einer Filiale in Basel-Stadt erlassen worden seien, nicht mehr Gelegenheit zur Erhebung der Einrede gemäss Art. 79 Abs. 2 bzw. Art. 81 Abs. 2 SchKG geben. Auf die von der C. Versicherung dagegen am 18. Mai 2005 erhobene Beschwerde ist die Aufsichtsbehörde am 14. Juni 2005 aus folgenden Gründen nicht eingetreten:

„Damit auf eine betreibungsrechtliche Beschwerde nach Art. 17 SchKG einzutreten ist, muss sie binnen zehn Tagen seit Kenntnisnahme der angefochtenen Verfügung eingereicht werden (Abs. 2). Jederzeit erhoben werden kann die Rüge formeller Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung (Abs. 3). Von Amtes wegen und daher jederzeit festzustellen ist die Nichtigkeit einer Verfügung (Art. 22 SchKG).

Vorliegend wird weder formelle Rechtsverweigerung noch Rechtsverzögerung gerügt. Zudem liegt auch keine nichtige Verfügung vor, indem das Betreibungsamt dem Beschwerdegegner die Einrede nach Art. 79 Abs. 2 bzw. 81 Abs. 2 SchKG gewährt hatte. Entscheidend ist deshalb, dass die Beschwerde ausgehend von der Verfügung vom 19. Januar 2005 erst am 18. Mai 2005 und damit längst nach Ablauf der Beschwerdefrist eingereicht worden ist. Keine neue Beschwerdefrist auslösen konnte die Eingabe vom 2. Mai 2005, mit der die Beschwerdeführerin beehrte, dass auf ihr Fortsetzungsbegehren vom 10. Januar 2005 eingetreten werde, bzw. das Antwortschreiben des Betreibungsamtes vom 9. Mai 2005, mit dem dieses Ersuchen abgelehnt wurde. Auch wird weder ein

Hindernis nach Art. 33 Abs. 4 SchKG, das zu einer Wiederherstellung der verpassten Beschwerdefrist berechtigten würde, geltend gemacht noch ist ein solches ersichtlich. Die Beschwerdeführerin wendet bezüglich der Fristwahrung einzig ein, dass die angefochtene Verfügung weder als solche bezeichnet wurde noch eine Rechtsmittelbelehrung enthalten hat und damit als nicht gehörig eröffnet gelten könne.

Das SchKG sieht jedoch nicht vor, dass eine Verfügung als solche zu bezeichnen und mit einer Rechtsmittelbelehrung auszustatten ist. Eine derartige Pflicht ergibt sich auch nicht aus einer allfälligen subsidiären Anwendung von Art. 35 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren, weil diese Vorschrift nach Art. 1 Abs. 3 VwVG nicht auf ein erstinstanzliches kantonales Verfahren bei der Anwendung von Bundesverwaltungsrecht anwendbar ist. [...]"

(ABE vom 14.6.2005 in Sachen C. Versicherung gegen BA BS; AB 2005/34)

2.3. Abgrenzung formeller von materieller Rechtsverweigerung (siehe unter Ziffern 1.1., S. 1 und 10., S. 36)

2.4. Art. 17, 56 ff., 90 SchKG. Zwar stellt eine Pfändungsankündigung (Art. 90 SchKG) bereits eine mit Beschwerde (Art. 17 SchKG) anfechtbare Verfügung dar. Gleichwohl ist ein Betreuungsschuldner besser beraten, zunächst mit seinem Anliegen an das Betreibungsamt zu gelangen und erst danach an die Aufsichtsbehörde, sollte sein Gesuch abgelehnt werden. Bestimmte Umstände (Art. 57 ff. SchKG) bewirken vorübergehend einen Rechtsstillstand, während dem keine Betreibungshandlungen vorgenommen werden dürfen (Art. 56 Abs. 1 SchKG). Solche Umstände verleihen einen Anspruch auf Verschiebung eines festgesetzten Termins. Auf andere Umstände wird das Betreibungsamt nach Möglichkeit und unter Wahrung der Interessen des Betreibungsgläubigers Rücksicht nehmen, ohne dass ein Recht auf eine Verschiebung besteht.

In Betreuung Nr. 04/31834 wurde dem Betreuungsschuldner G. auf den 24. Mai 2005 die Pfändung angekündigt. Mit Beschwerde vom 19. Mai 2005 begehrte G., dass der Termin des Pfändungsvollzugs abzusagen sei, da er aus familiären Gründen verhindert sei. Zudem habe möglicherweise nicht die richtige Person, nämlich Tapeten B., das Fortsetzungsbegehren gestellt. Mit Eingabe vom 10. Juni 2005 teilte der Beschwerdeführer ferner mit, der Inhaber der Einzelfirma sei am 15. September 2004 verstorben, so dass die Person, die das Pfändungsbegehren unterschrieben habe, sich legitimieren müsse. Die Aufsichtsbehörde hat

die Beschwerde mit Entscheid vom 30. Mai bzw. 28. Juni 2007 aus folgenden Gründen abgewiesen:

„Mit der Beschwerde nach Art. 17 SchKG kann die Verletzung betreibungsrechtlicher Vorschriften durch das Betreibungsamt beanstandet werden. Der Beschwerdeführer hat zur Pfändungseinvernahme vom Betreibungsamt einen Termin erhalten, den er aus familiären Gründen auf einen anderen Zeitpunkt verlegt haben will. Um welche Gründe es sich dabei handelt, ist nicht bekannt. Bestimmte Umstände, wie etwa der Tod des Ehegatten eines Betreibungsschuldners (Art. 58 SchKG), bewirken vorübergehend einen Rechtsstillstand, während dem keine Betreibungshandlungen, beispielsweise ein Pfändungsvollzug, vorgenommen werden dürfen (Art. 56 Abs. 1 SchKG). Solche Umstände verleihen einen Anspruch auf Verschiebung eines festgesetzten Termins. Auf andere Umstände wird das Betreibungsamt nach Möglichkeit und unter Wahrung der Interessen des Betreibungsgläubigers Rücksicht nehmen, ohne dass ein Recht auf eine Verschiebung besteht. In allen Fällen sollte ein Betreibungsschuldner allerdings zunächst beim Betreibungsamt um Verschiebung nachsuchen. Zwar stellt die dem Beschwerdeführer angekündigte Pfändung bereits eine mit Beschwerde anfechtbare Verfügung des Betreibungsamtes dar (SchKG-LEBRECHT, Art. 90 N. 9, S. 883). Gleichwohl ist ein Betreibungsschuldner besser beraten, zunächst mit seinem Anliegen an das Betreibungsamt zu gelangen und erst danach an die Aufsichtsbehörde, sollte sein Gesuch abgelehnt werden. Das Betreibungsamt wird auf das Begehren eines Betreibungsschuldners rasch reagieren können und gegebenenfalls eine begründete Verfügung erlassen. Hingegen löst eine Beschwerde ein längeres Verfahren vor der Aufsichtsbehörde aus und vermag den einmal angesetzten Termin nicht aufzuhalten, falls nicht die aufschiebende Wirkung verlangt und bewilligt worden ist. Vorliegend hat der Beschwerdeführer diesen direkten Weg an die Aufsichtsbehörde gewählt. Da familiäre Gründe als solche keinen Anspruch auf Verschiebung eines festgesetzten Pfändungsvollzugs geben, ist die Beschwerde in diesem Punkt abzuweisen.

Ferner erhebt der Beschwerdeführer den Einwand, dass nicht die „richtige Person“ das Fortsetzungsbegehren gestellt habe. Mit seinem Einwand spricht der Beschwerdeführer zunächst den Umstand an, dass im Prozess vor dem Dreiergericht als Gläubiger die „Fa. B. Tapeten, Inh. M[...] B[...], [...] Olten“ auftrat, während in der Pfändungsankündigung als solcher „M[...] B[...], Liegenschaften, [...], Olten“ aufgeführt ist. Auf die letztere Gläubigerbezeichnung hat bereits der Zahlungsbefehl gelautes. Die unterschiedlichen Bezeichnungen sind damit zu erklären, dass der Zweck der fraglichen Einzelfirma laut Einträgen im Handelsregister bis zum 24. November 2003 der Handel mit Tapeten und danach unter anderem das Liegenschaftsgeschäft gewesen ist. Da eine Einzelfirma keine eigene Rechtspersönlichkeit aufweist, sondern rechtlich berechtigt und verpflichtet stets deren Inhaber, vorliegend M[...] B[...], ist, ist der Gläubiger des Beschwerdeführers der Gleiche geblieben. Jedenfalls war der Beschwerdeführer offensichtlich weder

beim Empfang des Zahlungsbefehls noch anlässlich der Entgegennahme der Vorladung zur Hauptverhandlung vor Dreiergericht im Zweifel darüber, wer ihn betrieben bzw. beklagt hat. Anderenfalls hätte er bereits damals sich nach der Identität des Betreuungsgläubigers bzw. Klägers erkundigt.

Zudem bringt der Beschwerdeführer vor, dass M[...] B[...] am 15. September 2004 verstorben sei, weshalb jene Person, die das Fortsetzungsbegehren gestellt habe, dazu legitimiert sein müsse. Hinzuweisen ist darauf, dass trotz des Todes des Inhabers einer Einzelfirma diese von den Rechtsnachfolgern weiterbetrieben werden kann. Vorliegend ist die Einzelfirma weiterhin im Handelsregister eingetragen. Zudem hat jene Person, die das Betreibungsbegehren für den Betreuungsgläubiger gestellt hatte, am 21. September 2004 an der Gerichtsverhandlung vor Dreiergericht in Vertretung des Betreuungsgläubigers bzw. von dessen Rechtsnachfolgern teilgenommen sowie in der Folge das Begehren um Fortsetzung eingereicht. Damit ist davon auszugehen, dass diese Person dazu legitimiert ist. [...]"

(ABE vom 30.5. bzw. 28.6.2005 in Sachen G. gegen BA BS; AB 2005/33)

- 2.5. Art. 17 SchKG. Damit auf eine Beschwerde einzutreten ist, hat sie stets einen praktischen Verfahrenszweck zu verfolgen. Zweck der Überprüfung durch die Aufsichtsbehörde ist die Herstellung des gesetzmässigen Zustandes. Nicht zulässig ist die Beschwerde zur blossen Feststellung pflichtwidrigen Handelns der Betreibungsbehörden. Falls das Betreibungsamt nach Anhebung der Beschwerde eine unterlassene Handlung vornimmt, ist auf die Beschwerde zwar einzutreten, diese jedoch als gegenstandslos abzuschreiben.

(Zum praktischen Verfahrenszweck siehe auch unter Ziffer 7.1., S. 22)

Mit vom 10. August 2004 datiertem Fortsetzungsbegehren verlangte die Ausgleichskasse G. die Fortsetzung der Betreuung Nr. 04/35004 gegen die Kollektivgesellschaft R. & M.. Am 8. November 2004, 10. Januar 2004 und 31. März 2005 mahnte sie beim Betreibungsamt die Erstellung der Pfändungsurkunde oder die Zahlung der Betreibungsforderung an. Mit Beschwerde vom 29. Juni 2005 stellte die Ausgleichskasse G. das Begehren, das Betreibungsamt sei anzuweisen, ihr in Betreuung Nr. 04/35004 unverzüglich die Abschrift der Pfändungsurkunde zuzustellen. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen an, gemäss Art. 89 SchKG habe das Betreibungsamt unverzüglich nach Eingang des Fortsetzungsbegehrens zur Pfändung zu schreiten. Das Betreibungsamt Basel-Stadt befinde sich deshalb mehrere Monate im Rückstand. Es könne somit das Verwertungsverfahren erst verspätet zu laufen beginnen, was die Begleichung der Forderung verzögere. Auch habe das Betreibungsamt nie auf ihre Mahnschreiben reagiert. Die Aufsichtsbehörde schrieb mit Entscheid vom 30. August 2005 die

Beschwerde, nachdem das Betreibungsamt die Pfändungsurkunde versandt hatte, als gegenstandslos ab, wobei sie was folgt ausführte:

„Mit der betreibungsrechtlichen Beschwerde kann jederzeit formelle Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung durch das Betreibungsamt beanstandet werden (Art. 17 Abs. 3 SchKG). Damit auf eine Beschwerde einzutreten ist, hat sie stets einen praktischen Verfahrenszweck zu verfolgen. Zweck der Überprüfung durch die Aufsichtsbehörde ist die Herstellung des gesetzmässigen Zustandes. Insbesondere ordnet die Aufsichtsbehörde die Vollziehung von Handlungen an, die das Betreibungsamt unbegründetermassen verweigert oder verzögert (Art. 21 SchKG). Nicht zulässig ist die Beschwerde zur blossen Feststellung pflichtwidrigen Handelns der Betreibungsbehörden (BGE 91 III 46 E. 7). Falls das Betreibungsamt nach Anhebung der Beschwerde eine unterlassene Handlung vornimmt, ist auf die Beschwerde zwar einzutreten, diese jedoch als gegenstandslos abzuschreiben (ZIMMERLI/KÄLIN/KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, 1997, S. 149).

Vorliegend hat das Betreibungsamt am 6. Juli 2005 die Pfändungsurkunde an die Beschwerdeführer zum Versand gebracht. Damit ist nachträglich erfüllt, was die Beschwerdeführerin zu Recht als Rechtsverzögerung beanstandet hat. Ihre Beschwerde zielt demzufolge nunmehr ins Leere, weshalb sie als gegenstandslos abzuschreiben ist. Gleichwohl ist mit dem Betreibungsamt in seiner Vernehmlassung festzustellen, dass die Pfändung vom 30. Mai 2005 in klarem Widerspruch zu Art. 89 SchKG eindeutig verspätet an die Hand genommen wurde. Auch geht es nicht an, dass das Betreibungsamt wiederholte Anfragen der Beschwerdeführerin unbeantwortet gelassen hat, wie es nun selber eingeräumt hat. Damit erübrigt es sich, das Betreibungsamt an seine Pflichten zu erinnern. Immerhin ist abschliessend zu erwähnen, dass der zuständige Pfändungsbeamte einen kostenaufwändigen Pfändungsvollzug in der Erwartung vermeiden wollte, dass die in Betreuung gesetzte Forderung, wie es in anderen Betreibungsverfahren gegen die Betreuungsschuldnerin geschehen ist, doch noch erfüllt würde. Dieser Fall ist auch hier eingetreten, so dass das Betreibungsverfahren für die Beschwerdeführerin am 17. August 2005 erfolgreich abgeschlossen werden konnte. [...]"

(ABE vom 30.8.2005 in Sachen Ausgleichskasse G. gegen BA BS; AB 2005/46)

- 2.6. Anforderungen an Form und Inhalt einer Beschwerdeschrift vor der kantonalen Aufsichtsbehörde (siehe unter Ziffer 11, S. 40)

- 2.7. Art. 20a SchKG, § 5 Abs. 3 EG SchKG BS. Ein Beschwerdeführer, der für seine Behauptung, eine Betreibung sei missbräuchlich eingeleitet worden, lediglich darauf verweist, dass sich die Aufsichtsbehörde für Zusatzinformationen an das Statthalteramt Arlesheim wenden könne, kommt seiner Begründungspflicht (§ 5 Abs. 3 EG SchKG) nicht nach. Sofern keine Hinweise auf eine rechtsmissbräuchliche Betreibung erkennbar sind, braucht die Aufsichtsbehörde den Sachverhalt nicht weiter und von Amtes wegen (Art. 20a Abs. 1 SchKG) abzuklären.
- 2.8. Art. 2 ZGB, Art. 21, 22 SchKG. Das Rechtsmissbrauchsverbot gelangt in allen Rechtsbereichen, insbesondere auch im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, zur Anwendung und ist von Amtes wegen zu beachten. Da eine Betreibung ohne Nachweis des Bestandes der Forderung eingeleitet werden kann, wird die Möglichkeit, auf Rechtsmissbrauch zu erkennen, stark eingeschränkt. In der Regel wird sich der Betreibungsschuldner deshalb gegen eine auch für missbräuchlich gehaltene Betreibung mittels Rechtsvorschlag sowie der Klagen nach Art. 85 und 85a SchKG wehren müssen. In eindeutigen Fällen von Rechtsmissbrauch ist es hingegen die Pflicht der Betreibungsorgane, namentlich der Aufsichtsbehörde, entsprechende Betreibungen von Amtes wegen für nichtig zu erklären bzw. diese aufzuheben.

In Betreibung Nr. 05/12508 wird Dr. S. von K. und J. P. über CHF 100'000.-- betrieben. Der Zahlungsbefehl ist am 28. Januar 2005 zugestellt worden. Am 1. Februar 2005 hat der Betreibungsschuldner Rechtsvorschlag erhoben. Mit Beschwerde vom 1. Februar 2005 begehrte Dr. S., die Betreibung Nr. 05/12508 sei aufzuheben und im Betreibungsregister zu löschen. Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, die Betreibenden seien bei den basellandschaftlichen Behörden bekannt dafür, dass sie mit Betreibungen geradezu um sich werfen würden. Sie würden das Telefon missbrauchen, die Ehre verletzen und für ihn einen künftigen Mietvertragsabschluss gefährden, wenn er einen Auszug aus dem Betreibungsregister vorlegen müsse. Die Aufsichtsbehörde hat die Beschwerde am 17. Februar 2005 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war, wobei sie Folgendes ausführte:

„Mit der vorliegenden Beschwerde wird sinngemäss geltend gemacht, die angefochtene Betreibung sei, ohne dass eine Forderung seitens der Betreibungsgläubiger gegen den Betreibungsschuldner bestehe, angehoben worden und deshalb missbräuchlich.

Nach BGE 115/1989 III 18 ff. verstossen Betreibungen, mit denen ein Betreibungsgläubiger offensichtlich Ziele verfolgt, die nicht das Geringste mit der Zwangsvollstreckung zu tun haben, gegen das Rechtsmissbrauchsverbot und sind deshalb nichtig. Solche Ziele können beispielweise Schikanierung, Kredit-schädigung und Verwirrung des Betriebenen zum Inhalt haben (BGE 115/1989 III 18 ff.; BSK-HONSELL, 2. Auflage 2002, Art. 2 ZGB N. 75 S. 55). Das erwähnte

Bundesgerichtsurteil stammt aus der Zeit vor der Revision 1994/1997 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes. In der Lehre ist umstritten, ob seit dieser Revision unter den genannten Umständen immer noch auf Nichtigkeit einer Betreuung zu erkennen ist, weil unter dem heutigen SchKG gemäss Art. 85a für den Betreuungsschuldner die Möglichkeit der richterlichen Aufhebung der Betreuung durch eine negative Feststellungsklage besteht (dagegen: SchKG-COMETTA, 1998, Art. 22 N. 12, S. 166; dafür: FRANCO LORANDI, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, 2000, Art. 22 SchKG N. 52, S. 190).

Festzustellen ist, dass das Rechtsmissbrauchsverbot in allen Rechtsbereichen, insbesondere auch im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht zur Anwendung gelangt und von Amtes wegen zu beachten ist (ZK-BAUMANN, 3. Auflage 1998, Art. 2 ZGB N. 42 f. S. 483 f., N. 488 ff. S. 708 ff.; BSK-HONSELL, 2. Auflage 2002, Art. 2 ZGB N. 75 ff. S. 55). Es entspricht der Besonderheit des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, dass der Betreuungsgläubiger eine Betreuung einleiten kann, ohne den Bestand der Forderung nachzuweisen. Dadurch wird die Möglichkeit, auf Rechtsmissbrauch zu erkennen, stark eingeschränkt (BGE 113/1987 III 4). In der Regel wird sich der Betreuungsschuldner deshalb gegen eine auch für missbräuchlich gehaltene Betreuung mittels Rechtsvorschlag sowie der Klagen nach Art. 85 und 85a SchKG wehren müssen. In eindeutigen Fällen von Rechtsmissbrauch ist es hingegen weiterhin die Pflicht der Betreibungsorgane, namentlich der Aufsichtsbehörde, entsprechende Betreibungen von Amtes wegen für nichtig zu erklären bzw. diese aufzuheben (vgl. ZK-BAUMANN, Art. 2 ZGB N. 243 ff. S. 587 f.).

Vorliegend behauptet der Beschwerdeführer lediglich, dass die angefochtene Betreuung von den Betreuungsgläubigern „völlig aus der Luft gegriffen“ sei. Nähere Umstände werden nicht genannt, Beweismittel nicht angeboten oder eingereicht. Der Beschwerdeführer verweist lediglich darauf, dass sich die Aufsichtsbehörde für Zusatzinformationen an das Statthalteramt Arlesheim wenden könne. Damit kommt er seiner Begründungspflicht (§ 5 Abs. 3 EG SchKG) nicht nach. Da keine Hinweise auf eine rechtsmissbräuchliche Betreuung erkennbar sind, braucht die Aufsichtsbehörde den Sachverhalt nicht weiter abzuklären. Die Beschwerde erweist sich, soweit darauf einzutreten ist, als unbegründet und ist daher abzuweisen. [...]“

(ABE vom 17.2.2005 in Sachen Dr. S. gegen K. und J. P. und gegen BA BS; AB 2005/7)

- 2.9. Unentgeltliche Verbeiständung bei Beschwerdeführung:  
Voraussetzungen?  
(siehe unter Ziffern 8.3.1.- 8.3.4., S. 29)

### 3. Nichtigkeit (Art. 22 SchKG)

- 3.1. Nichtigkeit bei rechtsmissbräuchlicher Betreibung?  
(siehe unter Ziffer 2.8., S. 11)
- 3.2. Nichtigkeit bei Verstoss gegen die Unpfändbarkeit?  
(siehe unter Ziffer 8.1., S. 27)
- 3.3. Von der Nichtigkeit zur Anfechtbarkeit bei Zustellfehlern  
(siehe unter Ziffer 6, S. 19)
- 3.4. Rechtsmissbräuchliche Berufung auf die Nichtigkeitsfolge  
(siehe unter Ziffer 5.1./5.2., S. 16)

### 4. Wiederherstellungsgesuch (Art. 33 Abs. 4 SchKG)

- 4.1. Wiederherstellungsgesuch als Beschwerde?  
(siehe unter Ziffer 6, S. 19)
- 4.2. Art. 33 Abs. 4 SchKG. Krankheit gilt als unverschuldetes Hindernis, wenn die Gesuchstellerin infolge der Krankheit davon abgehalten wurde, innert Frist zu handeln, oder unfähig gewesen ist, eine Drittperson mit der erforderlichen Handlung zu betrauen.

In Betreibung Nr. 04/51369 von R. wurde der Betreuungsschuldnerin M. am 22. November 2004 der Zahlungsbefehl zugestellt. Der dagegen erhobene Rechtsvorschlag ist am 7. Dezember 2004 eingegangen, worauf das Betreibungsamt am 8. Dezember 2004 festgestellt hat, dass er verspätet ist. Gleichzeitig wurde die Betreuungsschuldnerin auf die Möglichkeit der Wiederherstellung der verpassten Rechtsvorschlagsfrist aufmerksam gemacht. Mit Gesuch

vom 20. Dezember 2004 beehrte M. die Wiederherstellung der verpassten Rechtsvorschlagsfrist. Aus einer beigelegten ärztlichen Bescheinigung der Psychiatrischen Universitätspoliklinik des Kantonsspitals Basel vom 17. Dezember 2004 ging hervor, dass die Gesuchstellerin seit September 2004 in Behandlung bei der Poliklinik stand und seit November 2004 krankheitsbedingt nicht mehr in der Lage war, behördliche Termine und Fristen zuverlässig einzuhalten. Die Aufsichtsbehörde hat am 5. Januar 2005 in Gutheissung des Wiederherstellungsgesuchs das Betreibungsamt Basel-Stadt angewiesen, in der fraglichen Betreuung den am 7. Dezember 2004 eingetroffenen Rechtsvorschlag als rechtzeitig erhoben zu protokollieren, wobei sie Folgendes ausführte:

„Wer durch ein unverschuldetes Hindernis davon abgehalten wird, innert der zehntägigen Frist den Rechtsvorschlag zu erheben, kann die Aufsichtsbehörde um Wiederherstellung dieser Frist ersuchen. Hierzu ist, vom Wegfall des Hindernisses an gerechnet, innert der gleichen Frist wie der versäumten bei der Aufsichtsbehörde ein begründetes Gesuch einzureichen und die verpasste Rechtsbehandlung bei der zuständigen Behörde, hier dem Betreibungsamt, nachzuholen (Art. 74, 33 Abs. 4 SchKG).

Vorliegend macht die Gesuchstellerin mit dem innert Frist eingereichten Gesuch Krankheit als unverschuldetes Hindernis geltend. Dabei muss sie infolge der Krankheit davon abgehalten worden sein, innert Frist zu handeln, oder unfähig gewesen sein, eine Drittperson mit der Erhebung des Rechtsvorschlages zu betrauen (SchKG-NORDMANN, Art. 33 N. 11, S. 261 mit Hinweis auf BGE 112 V 255), was durch die ärztliche Bescheinigung der Psychiatrischen Universitätspoliklinik des Kantonsspitals Basel vom 17. Dezember 2004 als erwiesen zu betrachten ist. Danach war es der Gesuchstellerin seit November 2004 krankheitsbedingt nicht möglich, behördliche Termine und Fristen zuverlässig einzuhalten. Davon betroffen ist der am 22. November 2004 zugestellte Zahlungsbefehl, gegen den die Gesuchstellerin binnen zehn Tagen hätte Rechtsvorschlag erklären können. Dass sie den Rechtsvorschlag erst nach Ablauf dieser Frist eingereicht hat, ist offensichtlich auf ihren Gesundheitszustand zurückzuführen. Aus diesem Grund ist in Gutheissung des Wiederherstellungsgesuchs das Betreibungsamt Basel-Stadt anzuweisen, in der Betreuung Nr. 04/51369 den am 7. Dezember 2004 eingetroffenen Rechtsvorschlag als rechtzeitig erhoben zu protokollieren.

(ABE vom 5.1.2005 in Sachen M. gegen R. und BA BS; AB 2004/92)

- 4.3. Art. 33 Abs. 4, 74 SchKG. Bei Krankheit als unverschuldetem Hindernis muss die davon betroffene Person infolge der Krankheit davon abgehalten worden sein, innert Frist zu handeln, oder unfähig gewesen sein, eine Drittperson mit der Erhebung des Rechtsvorschlages zu betrauen. Eine

ärztlich bescheinigte, volle Arbeitsunfähigkeit erfüllt diese Voraussetzungen noch nicht.

In Betreuung 04/55078 gegen die S. AG wurde der Zahlungsbefehl am 10. November 2004 an B. zugestellt. Die S. AG erhob am 26. November 2004 Rechtsvorschlag, den das Betreibungsamt am 29. November 2004 als verspätet zurückwies. Mit Gesuch vom 6. Dezember 2004 beehrte die S. AG die Wiedereinsetzung in die Rechtsvorschlagsfrist. Zur Begründung führte sie an, die Verspätung habe ihren Grund darin gehabt, dass Herr T. während eines mehrtägigen Auslandsaufenthalts massive gesundheitliche Probleme gehabt habe. Mit Verfügung vom 7. Dezember 2004 setzte der Vorsitzende der Aufsichtsbehörde der Gesuchstellerin eine zehntägige Frist zur Mitteilung und zum Nachweis durch Belege, ob Herr T. in der fraglichen Periode bettlägrig war und ob er einziger Zeichnungsberechtigter für die Beschwerdeführerin ist. Mit Eingabe vom 20. Dezember 2004 teilte T. mit, dass er vom 18. November bis 10. Dezember 2004 nicht arbeitsfähig und dass er bereits in den letzten zwölf Monaten zweimal hospitalisiert gewesen sei. Herr G. und er selber seien die einzigen Zeichnungsberechtigten der Gesuchstellerin. Da der Erstere jedoch mit Erfolg versuche, der Gesuchstellerin Schaden zuzufügen und auch schon Gerichtstermine „in Verbindung“ mit der Gesuchstellerin „geschwänzt“ habe, werde er wohl nicht diese gegen sich vertreten. Mit Verfügung vom 4. Januar 2005 setzte der Vorsitzende der Aufsichtsbehörde der Gesuchstellerin eine fünftägige Frist zur Mitteilung, weshalb Herr G. in der fraglichen Betreuung sie gegen sich selbst hätte vertreten müssen. Die Gesuchstellerin hat auf diese Verfügung nicht mehr reagiert. Die Aufsichtsbehörde hat am 31. Januar 2005 das Wiederherstellungsgesuch aus folgenden Gründen abgewiesen:

„Wer durch ein unverschuldetes Hindernis davon abgehalten wird, innert der zehntägigen Frist den Rechtsvorschlag zu erheben, kann die Aufsichtsbehörde um Wiederherstellung dieser Frist ersuchen. Hierzu ist, vom Wegfall des Hindernisses an gerechnet, innert der gleichen Frist wie der versäumten bei der Aufsichtsbehörde ein begründetes Gesuch einzureichen und die verpasste Rechtsbehandlung bei der zuständigen Behörde, hier dem Betreibungsamt, nachzuholen (Art. 74, 33 Abs. 4 SchKG).

Vorliegend macht die Gesuchstellerin Krankheit ihres einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführers als unverschuldetes Hindernis geltend. Dabei muss die betreffende Person infolge der Krankheit davon abgehalten worden sein, innert Frist zu handeln, oder unfähig gewesen sein, eine Drittperson mit der Erhebung des Rechtsvorschlages zu betrauen (SchKG-NORDMANN, Art. 33 N. 11, S. 261 mit Hinweis auf BGE 112 V 255). Ein derartiger Krankheitszustand geht aus dem eingereichten Arztzeugnis nicht hervor, in der lediglich eine volle Arbeitsunfähigkeit für den Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführer bescheinigt wird. Unter solchen Umständen ist davon auszugehen, dass dieser in der fraglichen Betreuung selber oder durch eine Drittper-

son hätte Recht vorschlagen können. Als Drittperson wäre insbesondere G., einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat und ebenfalls Geschäftsführer, in Frage gekommen. Zur Erhebung des Rechtsvorschlages wäre nicht mehr als die Rücksendung des Zahlungsbefehls mit dem - möglichst datierten und unterzeichneten - Vermerk „Rechtsvorschlag“ erforderlich gewesen. Davon abgesehen hat selbst die Arbeitsunfähigkeit des Verwaltungsratspräsidenten gemäss dem eingereichten Arztzeugnis erst am 18. November 2004 begonnen. Der Zahlungsbefehl wurde jedoch der Gesuchstellerin bereits am 10. November 2004 zugestellt. Falls sich damals ihr Verwaltungsratspräsident bereits im Ausland aufgehalten haben sollte, was weder behauptet noch nachgewiesen ist, wäre der Gesuchstellerin vorzuwerfen, dass sie für die Zeit dieser Abwesenheit die zurückbleibende Mitarbeiterin, die den Zahlungsbefehl in Empfang genommen hat, mit der Erhebung des Rechtsvorschlages gegen eintreffende Zahlungsbefehle hätte beauftragen und bevollmächtigen müssen. [...]“

(ABE vom 31.1.2005 in Sachen S. AG gegen BA BS; AB 2004/88)

## 5. Rechtsstillstand (Art. 56 ff. SchKG)

- 5.1.- Art. 57 Abs. 1 iVm 56 SchKG, Art. 2 ZGB. Als Betreibungshandlung gilt die Zustellung der Pfändungsurkunde. Zu Sinn und Zweck des Rechtsstillstandes während des Militärdienstes. Die Verletzung der Rechtsstillstandsvorschriften infolge Militärdienstes führen zur Nichtigkeit der betreffenden Betreibungshandlung. Nicht auf die Nichtigkeitsfolge berufen kann sich, wer sich rechtsmissbräuchlich verhält. Als offener Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB) zählt eine Rechtsausübung, welche ohne schützenswertes Interesse erfolgt oder zu einem krassen Missverhältnis berechtigter Interessen führen würde. Ein Betreibungsschuldner, der einen eintägigen Militärdienst dazu benützt, um eine Pfändungsurkunde nach Dienstschluss auf der Poststelle abzuholen, kann sich nicht auf Rechtsstillstand berufen und verhält sich zudem rechtsmissbräuchlich (E. a).

Art. 93 SchKG. Bei der Berechnung des schuldnerischen Existenzminimums im Rahmen einer Einkommenspfändung werden nach Ablauf des nächsten Kündigungstermins nur noch Mietkosten berücksichtigt, die noch als lebensnotwendige Auslagen gelten können. Dabei wird dem Betreibungsschuldner durch den Pfändungsbeamten der betreffende Zeitpunkt angekündigt, auf den diese Änderung in der Berechnung des Existenzminimums vorgenommen wird. Das Betreibungsamt hat bei Bestreitung die Mitteilung und den Zeitpunkt, wann sie erfolgt ist, nachzuweisen. Andernfalls darf die Mietkostenreduktion erst nach Ablauf des nächstfolgenden Kündigungstermins vorgenommen werden (E. b).

In der Pfändungsgruppe Nr. 31057 hat das Betreibungsamt am 26. November 2004 in Gegenwart des Betreibungsschuldners U. die Pfändung vollzogen. Eingepfändet wurde die das Existenzminimum übersteigende Einkommensquote auf die Dauer eines Jahres in Höhe von CHF 2'340.-- pro Monat. Gleichzeitig wurde festgehalten, dass ab 1. März 2005 (nächstmöglicher Auszugstermin) noch ein auf CHF 1'400.-- monatlich reduzierter Mietzins angerechnet werde, weshalb ab diesem Datum die pfändbare Einkommensquote CHF 3'040.-- pro Monat betrage. Am 5. Januar 2005 gelangte die Pfändungsurkunde zum Versand an den Betreibungsschuldner.

Mit Beschwerde vom 24. Januar 2005 begehrte U. die Überprüfung der Pfändung. Aus der Lohnabrechnung der Novartis sei ersichtlich, dass er monatlich CHF 40.-- Umgebungszulage erhalte. Die entsprechenden Mehrauslagen würden durch die Arbeitsumgebung verursacht (erhöhter Nahrungs- und Wäschebedarf). Dieser Umstand sei in der Existenzminimumsberechnung zu berücksichtigen. Weiter sei erst ab 1. April 2005 ein herabgesetzter Mietzins einzurechnen; dies sei der nächstmögliche Kündigungstermin. Schliesslich sei ihm die Betreibungsurkunde 03/101626 während des Militärdienstes zugestellt worden und es sei abzuklären, ob die Pfändung überhaupt rechtmässig sei. Die Aufsichtsbehörde hat am 17. Februar 2005 das Betreibungsamt Basel-Stadt in teilweiser Gutheissung der Beschwerde angewiesen, in der Pfändungsgruppe Nr. 031057 CHF 40.-- für berufsbedingte Mehrauslagen einzurechnen und den reduzierten Mietzins erst ab 1. April 2005 einzusetzen. Im Übrigen wurde die Beschwerde jedoch abgewiesen. Die Aufsichtsbehörde hat dabei Folgendes ausgeführt:

„a) Zunächst ist auf den Einwand des Beschwerdeführers einzugehen, es sei abzuklären, ob der Zahlungsbefehl, der Grundlage für die angefochtene Pfändung bildet, rechtsgültig zugestellt worden sei. Der Beschwerdeführer befand sich am Tag, als er den Zahlungsbefehl auf der Post entgegennahm, für einen Tag im schweizerischen Militärdienst. Den gleichen Einwand hatte der Beschwerdeführer bereits vor dem Appellationsgericht Basel-Stadt im Rahmen seiner Beschwerde gegen den Rechtsöffnungsentscheid des Dreiergerichts Basel-Stadt im selben Betreibungsverfahren vorgebracht. Dort wurde der Einwand unter Hinweis darauf, dass sich der Beschwerdeführer rechtsmissbräuchlich auf Rechtsstillstand berufe, verworfen. Er ist gleichwohl nochmals von der Aufsichtsbehörde zu prüfen, weil diese durch das Urteil des Appellationsgerichts nicht gebunden ist und im Übrigen die Verletzung der Rechtsstillstandsvorschriften infolge Militärdienstes zur Nichtigkeit der betreffenden Betreibungshandlung führen würde (BGE 127/2001 III 177; SchKG-BAUER, Art. 57 N. 13, S. 423), was von Amtes wegen zu beachten wäre (Art. 22 Abs. 1 SchKG).

Nach Art. 57 Abs. 1 SchKG besteht für einen Betreibungsschuldner, der sich für die Schweiz (SchKG-BAUER, Art. 57 N. 9, S. 422) im Militärdienst befindet, wäh-

rend der Dauer dieses Dienstes Rechtsstillstand. Der Rechtsstillstand bedeutet, dass in dieser Zeit keine Betreibungshandlungen vorgenommen werden dürfen (Art. 56 SchKG). Als Betreibungshandlung gilt die Zustellung des Zahlungsbefehls, nicht hingegen dessen Ausstellung sowie die Erhebung des Rechtsvorschlages. Die Rechtsvorschlagserklärung scheidet als Betreibungshandlung aus, weil sie vom Betreibungsschuldner selber vorgenommen wird (SchKG-BAUER, Art. 56 N. 28 f., S. 411). Es liesse sich im vorliegenden Fall mit gleicher Begründung dem Einwand des Beschwerdeführers entgegenhalten, dass dieser den Zahlungsbefehl an jenem Tag, als er sich im Militärdienst befand, selber auf der Post abgeholt hat. Letztlich bleibt die Zustellung jedoch auch dann eine Betreibungshandlung, weil sie eine Handlung der Vollstreckungsbehörde ist, die den Betreibungsgläubiger näher an sein Ziel, sich aus dem Vermögen des Betreibungsschuldners zu befriedigen, bringt und in dessen Rechtsstellung eingreift (vgl. BGE 115/1989 III 13). Indessen ist dem Beschwerdeführer vorzuhalten, dass er sich am Tag seines eintägigen Militärdienstes zur Post begeben hat, um den Zahlungsbefehl in Empfang zu nehmen, obwohl er dies auch vor oder nach diesem Tag hätte tun können. Er beabsichtigte damit von der Wohltat des Rechtsstillstandes profitieren zu können, nachdem er bereits in einem früheren Betreibungsverfahren einen militärischen Kurzdienst zum Anlass nahm, der ihm zuvor durch die Post avisierten Abholungseinladung nachzukommen.

Der offenbare Missbrauch eines Rechts findet keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Dazu zählt eine Rechtsausübung, welche ohne schützenswertes Interesse erfolgt oder zu einem krassen Missverhältnis berechtigter Interessen führen würde (BGE 123/1997 III 203, 120/1994 II 108). Beim Rechtsstillstand infolge Militärdienst geht es sowohl um das Individualinteresse des Dienstpflichtigen als auch um das Interesse der Allgemeinheit, dass die von diesem zu erbringende Dienstleistung nicht beeinträchtigt wird. Der Wehrmann müsse den ihm während des Dienstes zugestellten Zahlungsbefehl ohne Nachteil vergessen dürfen und es dürfe ihm nicht zugemutet werden, im Dienst etwas vorzukehren, das ihn nach der Entlassung an die fällige Rechtsvorkehr erinnern solle (BGE 127/2001 III 176 f.).

Vorliegend waren durch die Entgegennahme des Zahlungsbefehls weder das mit dem Rechtsstillstand verbundene Interesse des Beschwerdeführers als Wehrmann noch jenes der Allgemeinheit tangiert. Augenscheinlich hat der Beschwerdeführer den Zahlungsbefehl, wie auch das Appellationsgericht feststellte, nicht während des militärischen Dienstes, sondern zwar noch am betreffenden Dienstag selber, aber erst nach Dienstschluss abgeholt. Hinzu kommt, dass durch eine Geltung des Rechtsstillstandes die berechtigten Interessen des Betreibungsgläubigers und Beschwerdegegners, die unter diesen Umständen weit höher als jene des Beschwerdeführers zu gewichten sind, übergangen würden. Es könnte nicht mit dem Interesse des Beschwerdeführers begründet werden, dass die Zustellung des Zahlungsbefehls wiederholt werden und der Beschwerdegegner dadurch eine Verfahrensverzögerung in Kauf nehmen müsste. Zusammenfassend ist deshalb

festzuhalten, dass der Zahlungsbefehl als rechtsgültig zugestellt zu betrachten ist.

b) Hinsichtlich der angefochtenen Pfändung beanstandet der Beschwerdeführer die Existenzminimumsberechnung. Das Betreibungsamt hat darin nicht berücksichtigt, dass im Lohn des Beschwerdeführers eine Umgebungszulage von CHF 40.-- enthalten ist, die mehrbedingte Berufsauslagen in dieser Höhe ausgleicht. Dies muss zu einer entsprechenden Erhöhung des Existenzminimums führen, was auch das Betreibungsamt in seiner Vernehmlassung anerkannt hat.

Ferner kritisiert der Beschwerdeführer, dass bereits ab 1. März 2005 nur noch ein reduzierter Mietzins in die Existenzminimumsberechnung eingesetzt werde. Der nächstmögliche Kündigungstermin der Wohnung sei erst der 1. April 2005. Der Beschwerdeführer bestreitet damit zu Recht nicht die Praxis, wonach im Rahmen einer Einkommenspfändung nach Ablauf des nächsten Kündigungstermins nur noch Mietkosten berücksichtigt werden, die noch als lebensnotwendige Auslagen gelten können. Dabei wird dem Betreibungsschuldner durch den Pfändungsbeamten der betreffende Zeitpunkt angekündigt, auf den diese Änderung in der Berechnung des Existenzminimums vorgenommen wird. Vorliegend will der Beschwerdeführer davon erst mit der Pfändungsurkunde erfahren haben, die ihm am 12. Januar 2005 zugestellt worden sei. Dass er davon bereits anlässlich des Pfändungsvollzugs am 26. November 2004 erfahren hat, kann letztlich vom Betreibungsamt nicht nachgewiesen werden, so dass von einer Reduktion der Mietkosten erst ab 1. April 2005 ausgegangen werden darf. [...]"

(ABE vom 17.2.2005 in Sachen U. gegen BA BS; AB 2005/6)

6. Art. 17, 33 Abs. 4 SchKG. Ein Wiederherstellungsgesuch, aus dem sich Beschwerdegründe ergeben, ist (auch) als Beschwerde zu behandeln (E. a).

Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2; 69 Abs. 2 Ziff. 1 iVm 67 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG)

Zur Zustellung einer Betreibungsurkunde an eine Aktiengesellschaft (Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Gelangt eine Betreibungsurkunde infolge fehlerhafter Zustellung nicht in die Hände des Betriebenen, so ist diese nichtig, was jederzeit festzustellen ist. Diese Nichtigkeit heilt, sobald die Urkunde tatsächlich gleichwohl der Betreibungsschuldnerin noch zugeht. In diesem Fall kann die Betriebene mittels Beschwerde innert zehn Tagen seit Kenntnisnahme die Aufhebung der Betreibungsurkunde wegen Verletzung der Zustellvorschriften verlangen (E. c). Gleichwohl ist in solchen Fällen die Betreibungsurkunde aufzuheben, falls die Betreibungsschuldnerin daran bzw. an der Wiederholung der Zustellung ein schutzwürdiges Interesse haben sollte. Zu den gesetzlich vorgeschriebenen Angaben in einem Zahlungsbefehl gehört unter anderem die Angabe der Forderungs-

urkunde samt Datum bzw. mangels einer solchen zumindest die Angabe des Forderungsgrundes (Art. 69 Abs. 2 Ziff. 1 iVm Art. 67 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG). Der Forderungsgrund soll der Betreuungsschuldnerin zusammen mit dem übrigen Inhalt des Zahlungsbefehls über den Anlass der Betreuung Auskunft geben. Falls in einem Zahlungsbefehl jeder diesbezügliche Hinweis fehlt und für die betriebene Person der Grund der Forderung nicht mindestens aus dem Gesamtzusammenhang erkennbar ist, so ist jener zwar nicht geradezu nichtig, aber auf Beschwerde hin aufzuheben. Die Betreuungsschuldnerin soll nicht Rechtsvorschlag erheben müssen, um erst in einem anschliessenden Rechtsöffnungsverfahren oder in einem Forderungsprozess von der gegen sie geltend gemachten Forderung Kenntnis zu erhalten (E. da). In casu wurde in der Konkursandrohung bezüglich der Betreuungsforderung lediglich auf die Angaben im Zahlungsbefehl verwiesen, den die Beschwerdeführerin nie zu Gesicht erhalten hat, womit der Forderungsgrund für die Betreuungsschuldnerin nicht wirklich erkennbar geworden ist (E. db).

In der Betreuung Nr. 04/35540 der Firma P. wurde der Zahlungsbefehl der Betreuungsschuldnerin J. AG am 25. September 2004 durch die Polizei zugestellt. Die Zustellung erfolgte an Herrn X.. In der Folge wurde kein Rechtsvorschlag erhoben. Nachdem die Betreuungsgläubigerin das Fortsetzungsbegehren gestellt hatte, erfolgte die Zustellung der Konkursandrohung durch die Polizei am 16. Dezember 2004 wiederum an Herrn X.. Am 2. Januar 2005 stellte die J. AG ein Gesuch um Wiederherstellung der Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlags. Zur Begründung führte sie aus, sie habe von der vorliegenden Betreuung erst durch die Konkursandrohung Kenntnis erhalten. Sie sei inaktiv und habe kein Personal. Herr X., der ihr die Konkursandrohung zugefaxt habe, sei weder bevollmächtigt noch sonst berechtigt, irgendwelche Post für sie entgegenzunehmen. Sie werde einzig durch ihren Verwaltungsrat vertreten. Am 2. Januar 2005 erhob die J. AG Rechtsvorschlag beim Betreibungsamt. Die Aufsichtsbehörde behandelte das Wiederherstellungsgesuch als Beschwerde. In Gutheissung derselben hob sie mit Urteil vom 18. Januar 2005 den Zahlungsbefehl auf und stellte die Nichtigkeit der Konkursandrohung fest, wobei sie Folgendes erwogen hat:

„a) Vorliegend hat die J. AG ein Gesuch um Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist gestellt. Aus der Begründung in ihrer Eingabe ergibt sich, dass sie beanstandet, ihr sei der Zahlungsbefehl gar nicht bzw. nicht vorschriftsgemäss zugestellt worden, wovon sie erst mit der Zustellung der Konkursandrohung erfahren habe. Aus diesem Grund ist ihr Wiederherstellungsgesuch als Beschwerde entgegenzunehmen und zu behandeln. Dabei ist zunächst zu untersuchen, ob und wann von einer rechtsgültigen Zustellung des Zahlungsbefehls ausgegangen werden darf und muss sowie ob die Beschwerdeführerin den allfälligen Zustellungsmangel rechtzeitig geltend gemacht hat.

b) Damit auf eine Beschwerde eingetreten werden kann, muss diese grundsätzlich innert zehn Tagen seit Kenntnisnahme der angefochtenen Betreibungshandlung eingereicht werden (Art. 17 Abs. 1 SchKG). Jederzeit geltend gemacht kann und von Amtes festgestellt werden muss hingegen die Nichtigkeit einer Verfügung. Nichtig sind Verfügungen, die gegen Vorschriften verstossen, welche im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind (Art. 22 Abs. 1 SchKG).

c) Bei einer Betreibung gegen eine Aktiengesellschaft sind die Betreibungsurkunden in erster Linie einem Mitglied des Verwaltungsrates, einem Direktor oder einem Prokuristen zuzustellen (Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Falls keine dieser Personen im Geschäftslokal angetroffen wird, so kann die Zustellung auch an einen andern Angestellten erfolgen (Abs. 2). Das SchKG will damit sicherstellen, dass die für eine Aktiengesellschaft bestimmten Betreibungsurkunden in die Hände jener natürlichen Personen gelangen, die in Betreibungssachen für die Aktiengesellschaft handeln, insbesondere Rechtsvorschlag erheben können (BGE 118/1992 III 12). Gelangt eine Betreibungsurkunde infolge fehlerhafter Zustellung nicht in die Hände des Betriebenen, so ist diese nichtig, was - wie ausgeführt - jederzeit festzustellen ist (BISchK 2003 S. 85; vgl. BGE 110/1984 III 9). Diese Nichtigkeit heilt, sobald die Urkunde tatsächlich gleichwohl der Betreibungsschuldnerin noch zugeht. In diesem Fall kann die Betriebene mittels Beschwerde innert zehn Tagen seit Kenntnisnahme die Aufhebung der Betreibungsurkunde wegen Verletzung der Zustellvorschriften verlangen (BGE 88/1962 III 15).

da) Der Zahlungsbefehl in der Betreibung Nr. 04/35540 wurde am 25. September 2004 durch die Kantonspolizei Basel-Stadt einem Herrn X. ausgehändigt. Die Umstände dieser Aushändigung erlauben nicht davon auszugehen, dass dieser von der Beschwerdeführerin zur Entgegennahme beauftragt und bevollmächtigt wurde. Daher kann nicht angenommen werden, dass die Beschwerdeführerin in ausreichendem Masse vom Zahlungsbefehl selber hat Kenntnis nehmen können. Die Beschwerdeführerin hat in der Folge erst mit der Konkursandrohung, die wiederum Herrn X. ausgehändigt und von dort aus der Beschwerdeführerin am 17. Dezember 2004 per Fax übermittelt wurde, von der Betreibung erfahren. Dadurch hat sie jedoch auf andere, rechtsgenügende Weise erfahren (Bericht über die Rechtsprechung der Aufsichtsbehörde Basel-Stadt im Jahre 2003, S. 22; vgl. SchKG-ANGST, Art. 64 N. 23, S. 466). Gleichwohl ist der Zahlungsbefehl aufzuheben, sollte die Beschwerdeführerin daran bzw. an der Wiederholung der Zustellung ein schutzwürdiges Interesse haben. Zu den gesetzlich vorgeschriebenen Angaben in einem Zahlungsbefehl gehört unter anderem die Angabe der Forderungsurkunde samt Datum bzw. mangels einer solchen zumindest die Angabe des Forderungsgrundes (Art. 69 Abs. 2 Ziff. 1 iVm Art. 67

Abs. 1 Ziff. 4 SchKG). Der Forderungsgrund soll der Betreuungsschuldnerin zusammen mit dem übrigen Inhalt des Zahlungsbefehls über den Anlass der Betreuung Auskunft geben. Falls in einem Zahlungsbefehl jeder diesbezügliche Hinweis fehlt und für die betriebene Person der Grund der Forderung nicht mindestens aus dem Gesamtzusammenhang erkennbar ist, so ist jener nicht geradezu nichtig, aber auf Beschwerde hin aufzuheben. Die Betreuungsschuldnerin soll nicht Rechtsvorschlag erheben müssen, um erst in einem anschliessenden Rechtsöffnungsverfahren oder in einem Forderungsprozess von der gegen sie geltend gemachten Forderung Kenntnis zu erhalten (BGE 121/1995 III 19 f.).

db) Die Beschwerdeführerin hat von der Konkursandrohung am 17. Dezember 2004 Kenntnis erhalten. In der Zeit zwischen sieben Tagen vor und nach Weihnachten sind Betreibungsferien, in denen keine Betreibungshandlungen vorgenommen werden dürfen (Art. 56 SchKG). Fristen hingegen laufen ungehindert weiter. Falls sie jedoch während der Betreibungsferien ablaufen, werden sie bis zum dritten Werktag nach Ferienende verlängert (Art. 63 Abs. 1 SchKG). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin zwar am 17. Dezember 2004 und damit einen Tag vor Beginn der Betreibungsferien vom Zahlungsbefehl durch die Konkursandrohung erfahren. Von da an lief die zehntägige Beschwerdefrist, deren Ende in die Betreibungsferien gefallen wäre, wodurch sich die Frist bis zum 5. Januar 2005, dem dritten Werktag danach, verlängert hat. Damit hat die Beschwerdeführerin am 2. Januar 2005 die zehntägige Beschwerdefrist eingehalten. Sie weist darin darauf hin, dass ihr die Betreuungsgläubigerin und die Forderung völlig unbekannt seien. In der Tat ist aus der Konkursandrohung die Forderungsurkunde bzw. der Forderungsgrund nicht ersichtlich. Dort wird lediglich auf die Angaben im Zahlungsbefehl verwiesen, den die Beschwerdeführerin nie zu Gesicht erhalten hat. Unter diesen Umständen kann sie den Forderungsgrund allenfalls erahnen. Wirklich erkennbar geworden ist er damit für sie jedoch noch nicht. Deshalb hat sie ein genügendes Interesse daran, dass ihr der Zahlungsbefehl korrekt zugestellt wird. Demzufolge ist in Gutheissung der Beschwerde in der Betreuung Nr. 04/35540 der Zahlungsbefehl aufzuheben und die Nichtigkeit der Konkursandrohung festzustellen (BGE 109/1983 III 55 f.). [...]"

(ABE vom 18.1.2005 in Sachen J. AG gegen Firma P. und BA BS; AB 2005/1)

## 7. Zahlungsbefehl und Rechtsvorschlag (Art. 69 ff. SchKG)

7.1. Art. 17, 21 SchKG. Damit auf eine Beschwerde einzutreten ist, hat diese einen praktischen Verfahrenszweck zu verfolgen. Zweck des Beschwerdeerhebung muss stets die Herstellung des gesetzmässigen Zustands sein, sei es durch Berichtigung oder Aufhebung der angefochtenen Ver-

fügung des Betreibungsamts, sei es durch Veranlassung einer Verfügung, wo diese in vorschriftswidriger Weise unterblieben ist. Hingegen darf die Beschwerde nicht dazu dienen, eine Pflichtwidrigkeit feststellen zu lassen, die nicht mehr besteht (Art. 21 SchKG; E. a).

Art. 68, 71 SchKG. Auch wenn das SchKG seit der Revision 1994/1997 keine bestimmte Frist zur Vornahme der Zustellung mehr enthält (Art. 71 Abs. 1 SchKG), so ist der Zahlungsbefehl doch innert kurzer Frist aus- und zuzustellen. Das Betreibungsamt kann eine Betreibungshandlung unter Anzeige an den Betreibungsgläubiger einstweilen unterlassen, falls der erforderliche Kostenvorschuss nicht geleistet wird (Art. 68 Abs. 1 SchKG). Das SchKG spricht nicht davon, dass das Betreibungsbegehren in solchen Fällen zurückzuweisen wäre oder dass bei einer einstweiligen Unterlassung der Betreibungshandlung auch die Betreibungsschuldnerin zu informieren wäre. Dafür, wie lange sich ein Betreibungsgläubiger mit der Leistung des Kostenvorschusses Zeit lassen kann, gibt es keine Vorschriften. In casu wurde nicht beanstandet, dass das Betreibungsamt den Betreibungsgläubiger zweimal zur Leistung des Vorschusses aufgefordert hat (E. b).

Am 2. September 2004 stellte der Vertreter von C. ein Betreibungsbegehren gegen die B. Sammelstiftung BVG. Er schrieb auf das Begehren, die Betreibung erfolge zwecks Unterbrechung der Verjährungsfrist und er habe die Betreibungsschuldnerin gebeten, ihm einen Verjährungseinredeverzicht zukommen zu lassen. Er bat deshalb das Betreibungsamt darum, mit der Zustellung des Zahlungsbefehls bis zur Einzahlung des Betreibungskostenvorschusses zuzuwarten. Das Betreibungsamt forderte den Betreibungsgläubiger zweimal zur Leistung des Kostenvorschusses auf, worauf der Kostenvorschuss am 21. Oktober 2004 bezahlt wurde. Mit Telefonaten vom 20. September, 19. Oktober, 10. Dezember und 14. Dezember 2004 wurde das Betreibungsamt vom Vertreter des Betreibungsgläubigers ersucht, mit der Zustellung des Zahlungsbefehls weiterhin zuzuwarten, was per Telefax vom 15. Dezember 2004 bestätigt wurde. Am 21. Januar 2005 schrieb das Betreibungsamt dem Vertreter des Betreibungsgläubigers, es werde den Zahlungsbefehl erlassen, falls die Betreibung nicht binnen 10 Tagen zurückgezogen werde. In der Folge kam es nicht zum Rückzug des Betreibungsbegehrens, worauf am 8. Februar 2005 der Zahlungsbefehl erstellt und versandt wurde. Aufgrund eines falsches Zustelldomizils musste am 6. April 2005 zudem ein neuer Zahlungsbefehl erlassen werden, der am 8. April 2005 der Betreibungsschuldnerin zugestellt wurde. Mit Beschwerde vom 8. April 2005 machte die B. Sammelstiftung BVG Rechtsverzögerung durch das Betreibungsamt geltend und verlangte die Anordnung angemessener disziplinarischer Massnahmen. Mit Entscheid vom 26. April 2005 trat die Aufsichtsbehörde auf die Beschwerde nicht ein. Gleichzeitig wies es das Betreibungsamt Basel-Stadt an, Zahlungsbefehle aus- und zuzustellen, sobald jeweils das Betreibungsbegehren und der Kostenvorschuss eingetroffen sind. Die Aufsichtsbehörde führte dabei Folgendes aus:

„a) Damit auf eine Beschwerde nach Art. 17 SchKG einzutreten ist, hat diese einen praktischen Verfahrenszweck zu verfolgen (BGE 7B.162/2002, 99/1973 III 60). Zweck des Beschwerdeerhebung muss stets die Herstellung des gesetzmässigen Zustands sein, sei es durch Berichtigung oder Aufhebung der angefochtenen Verfügung des Betreibungsamts, sei es durch Veranlassung einer Verfügung, wo diese in vorschriftswidriger Weise unterblieben ist. Hingegen darf die Beschwerde nicht dazu dienen, eine Pflichtwidrigkeit feststellen zu lassen, die nicht mehr besteht (Art. 21 SchKG; AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Auflage 2003, § 6 N. 2, S. 37; BGE 7B.162/2002, 99/1973 III 60). Vorliegend macht die Beschwerdeführerin geltend, dass ihr als Betreuungsschuldnerin der Zahlungsbefehl längere Zeit nicht zugestellt worden sei. Der Zahlungsbefehl wurde der Beschwerdeführerin am 8. April 2005 ausgehändigt. Am gleichen Tag noch, aber nach dieser Zustellung wurde die Beschwerde erhoben, so dass diese nichts mehr bewirken kann, was nicht bereits eingetreten war. Es ist deshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten. Doch selbst, wenn die Beschwerde noch vor der Zustellung des Zahlungsbefehls erhoben worden wäre, hätte sie danach ihren praktischen Zweck verloren und müsste nunmehr als gegenstandslos abgeschrieben werden.

b) Die Beschwerdeführerin beantragt, dass wegen der verzögerten Zustellung des Zahlungsbefehls disziplinarische Massnahmen zu ergreifen seien. Die Disziplinargewalt nach Art. 14 SchKG über die Angestellten des Betreibungs- und Konkursamts steht der Aufsichtsbehörde zu. Sie leitet ein Disziplinarverfahren von Amtes wegen dann ein, wenn genügend Anhaltspunkte für eine Dienstpflichtverletzung vorhanden sind. Aktiv wird sie entweder selbsttätig oder auf Anzeige hin. Mit dem Verzeigungsrecht der Betreuungsparteien ist allerdings kein Anspruch auf disziplinarische Ahndung verbunden. Auch hat die verzeigende Person keinen Anspruch auf Erledigung durch einen anfechtbaren Entscheid (SchKG-EMMEL, Art. 14 N. 12, S. 85).

Nach Art. 71 Abs. 1 SchKG ist der Zahlungsbefehl der Betreuungsschuldnerin nach Eingang des Betreibungsbegehrens zuzustellen. Auch wenn das SchKG seit der Revision 1994/1997 keine bestimmte Frist zur Vornahme der Zustellung mehr enthält, so ist der Zahlungsbefehl doch innert kurzer Frist aus- und zuzustellen (SchKG-WÜTHRICH/SCHOCH, Art. 71 N. 4, S. 568 f.). Andererseits bestimmt Art. 68 Abs. 1 SchKG, dass das Betreibungsamt eine Betreuungshandlung unter Anzeige an den Betreuungsgläubiger einstweilen unterlassen kann, falls der erforderliche Kostenvorschuss nicht geleistet wird. Das Gesetz spricht nicht davon, dass das Betreibungsbegehren in solchen Fällen zurückzuweisen wäre oder dass bei einer einstweiligen Unterlassung der Betreuungshandlung auch die Betreuungsschuldnerin zu informieren wäre. Dafür, wie lange sich ein Betreuungsgläubiger mit der Leistung des Kostenvorschusses Zeit lassen kann, gibt es keine Vorschriften (vgl. BGE 121/1995 III 190 f.). Vorliegend kann noch nicht beanstandet werden, dass das Betreibungsamt den Betreuungsgläubiger

zweimal zur Leistung des Vorschusses aufgefordert hat. Zu mehr wäre es jedenfalls nicht verpflichtet. Die dadurch erfolgte Verzögerung des Verfahrens von fast zwei Monaten kann nicht dem Betreibungsamt angelastet werden.

Hingegen geht es nicht an, dass auf Wunsch des Betreuungsgläubigers der Zahlungsbefehl auch nach Leistung des Kostenvorschusses weiterhin nicht ausgestellt und der Betreuungsschuldnerin nicht zugestellt wird. Sobald ein Betreibungsbegehren eingetroffen und der Kostenvorschuss geleistet ist, ist es zu bearbeiten und kann es grundsätzlich nicht mehr zurückgezogen werden. Damit erweist sich auch das Schreiben des Betreibungsamts vom 21. Januar 2005 an den Betreuungsgläubiger, dass es den Zahlungsbefehl erlassen werde, falls das Betreibungsbegehren nicht binnen zehn Tagen zurückgezogen werden sollte, zumindest als unnötig. Das Betreibungsamt wird angewiesen, solchen Wünschen inskünftig nicht mehr nachzukommen. Weiteres anzuordnen erübrigt sich, weil die betreffende Mitarbeiterin des Betreibungsamts offensichtlich guten Glaubens war, dass eine derartige Zustellungsverzögerung die Interessen der Betreuungsschuldnerin nicht verletzen würde. Ob dies zutrifft, kann dahin gestellt bleiben. Es kommt darauf nicht entscheidend an, weil eine ordnungsgemässe und speditiv-e Aus- und Zustellung von Betreibungsurkunden der Rechtssicherheit dient und damit auch im öffentlichen Interesse liegt. Nicht angesprochen sind mit der vorliegenden Anweisung jene Fälle, in denen es zufolge der Einführung neuer Software im EDV-System des Betreibungsamts zu Bearbeitungsrückständen gekommen ist und noch kommen sollte. Vorliegend ist es aus diesem Grund auch zu einer weiteren Verzögerung bei der Zustellung des Zahlungsbefehls gekommen, die jedoch dem Betreibungsamt nicht zum Vorwurf gemacht werden kann. [...]"

(ABE vom 26.4.2005 in Sachen B. Sammelstiftung BVG gegen BA BS; AB 2005/14; publiziert in: BISchK 2007 S. 15)

- 7.2. Art. 79 Abs. 2 SchKG. Der Betreuungsschuldnerin kommen die Einreden, sie sei im ordentlichen Prozess nicht richtig vorgeladen worden oder nicht gesetzlich vertreten gewesen (Art. 81 Abs. 2 SchKG), explizit auch dann zu, wenn das ausserkantonale Urteil im ordentlichen Prozess den Rechtsvorschlag ausdrücklich beseitigt hat. Nach Eingang des Fortsetzungsbegehrens ist ihr daher eine zehntägige Frist zur Erhebung dieser Einreden einzuräumen.

In Betreuung Nr. 5020535 ist auf Begehren der X. AG der Y. AG am 15. April 2005 die Konkursandrohung zugestellt worden. Die Betreuung wurde vom Betreibungsamt Wädenswil unter der Nr. 16.770 gegen die damals in Wädenswil domizilierte Y. AG eingeleitet. Diese hat - Publikation im SHAB vom 7. Februar 2005 - ihren Sitz nach Basel verlegt. Dem Fortsetzungsbegehren der Betrei-

bungsgläubigerin lag ein Entscheid des Bezirksgerichts March vom 20. Dezember 2004 i.S. X. AG gegen Y. AG bei, gemäss welchem das Bezirksgericht March die Y. AG zur Zahlung des im Fortsetzungsbegehren und nachfolgend in der Konkursandrohung erwähnten Betrags verpflichtet hat. Gleichzeitig hat es den Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 16.770 des Betreibungsamts Wädenswil im genannten Umfang aufgehoben und die definitive Rechtsöffnung erteilt.

Mit Beschwerde vom 25. April 2005 begehrte die Y. AG die Aufhebung der Konkursandrohung. Zur Begründung führte sie aus, gemäss Art. 79 Abs. 2 SchKG habe, falls der Entscheid der Beseitigung des Rechtsvorschlages in einem anderen Kanton ergangen sei, das mit der Fortsetzung der Betreuung befasste Betreibungsamt dem Betreuungsschuldner nach Eingang des Fortsetzungsbegehrens eine Frist von zehn Tagen zu geben, während welcher dieser gegen den Entscheid Einreden nach Art. 81 Abs. 2 SchKG erheben könne. Die Aufsichtsbehörde hob mit Entscheid vom 18. Mai 2005 in Gutheissung der Beschwerde die Konkursandrohung auf und wies das Betreibungsamt an, der Beschwerdeführerin nach Art. 79 Abs. 2 SchKG eine zehntägige Frist anzusetzen, wobei sie was folgt ausführte:

„Falls eine Betreuungsschuldnerin in der gegen sie geführten Betreuung Rechtsvorschlag erhebt, so hat die Betreuungsgläubigerin, will sie die Betreuung fortsetzen, ihren Anspruch im ordentlichen Prozess geltend zu machen (Art. 79 Abs. 1 SchKG), es sei denn, sie verfüge über einen Rechtsöffnungstitel, der ihr die Beseitigung des Rechtsvorschlages nach den Art. 80 ff. SchKG erlaubt. Die Fortsetzung der Betreuung auf Grund eines im ordentlichen Prozess erstrittenen rechtskräftigen Urteils verlangt, dass dabei auch der Rechtsvorschlag ausdrücklich aufgehoben wurde (Art. 79 Abs. 1). Anderenfalls muss die Betreuungsgläubigerin, um den Rechtsvorschlag beseitigen zu können, beim Richter am Betreuungsort die definitive Rechtsöffnung verlangen (Art. 80 Abs. 1 SchKG). Sofern das Urteil im ordentlichen Prozess nicht in jenem Kanton ergangen ist, wo die Rechtsöffnung verlangt wird, so stehen der Betreuungsschuldnerin im Rechtsöffnungsverfahren namentlich die Einreden zu, sie sei im ordentlichen Prozess nicht richtig vorgeladen worden oder nicht gesetzlich vertreten gewesen (Art. 81 Abs. 2 SchKG). Diese Einreden kommen jedoch der Betreuungsschuldnerin auch dann zu, wenn das ausserkantonale Urteil den Rechtsvorschlag ausdrücklich beseitigt hat. Art. 79 Abs. 2 SchKG bestimmt deshalb, dass das Betreibungsamt der Betreuungsschuldnerin nach Eingang des Fortsetzungsbegehrens eine zehntägige Frist setzen muss, damit diese die Einreden nach Art. 81 Abs. 2 SchKG erheben kann. Aus alledem ergibt sich, dass die Auffassung des Betreibungsamts, gemäss welcher der Beschwerdeführerin die Einredemöglichkeit nach Art. 79 Abs. 2 SchKG nicht zukomme, weil der Rechtsvorschlag im ordentlichen Prozess, der vor dem schwyzerischen Bezirksgericht March stattgefunden hat, ausdrücklich beseitigt worden ist, nicht richtig ist. Dies führt in Gutheissung der Beschwerde zur Aufhebung der Konkursandrohung. Zudem ist das Betreibungsamt

anzuweisen, der Beschwerdeführerin nach Art. 79 Abs. 2 SchKG eine zehntägige Frist zur Einredeerhebung einzuräumen. Sollte die Beschwerdeführerin davon Gebrauch machen, so wird die Beschwerdegegnerin die Fortsetzung der Betreibung erst verlangen können, nachdem sie einen Entscheid des Rechtsöffnungsrichters erwirkt hat (Art. 79 Abs. 2 SchKG). [...]"

(ABE vom 18.5.2005 in Sachen Y. AG gegen X. AG und BA BS; AB 2005/23)

## 8. Pfändbarkeit (Art. 92 f. SchKG)

- 8.1. Art. 92 iVm Art. 22 SchKG. Der Verstoss gegen die Vorschriften der Unpfändbarkeit nach Art. 92 SchKG macht eine Verfügung unter Umständen nach Art. 22 SchKG nichtig. Im Bereich von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 1 bis 5 SchKG ist dies der Fall, wenn eine Pfändung augenscheinlich und beträchtlich in das zum Leben Notwendige des Schuldners eingreift und diesen in eine völlig unhaltbare Lage zu bringen droht. So sind nach Art. 92 Abs. 1 Ziffer 5 SchKG die dem Schuldner und seiner Familie für die zwei auf die Pfändung folgenden Monate notwendigen Nahrungs- und Feuerungsmittel oder die zu ihrer Anschaffung erforderlichen Barmittel unpfändbar. Sogar schlechthin nichtig ist eine Pfändung von Rechtsansprüchen und Gegenständen gemäss Art. 92 Abs. 1 Ziffern 6 bis 11 SchKG. Nach Art. 92 Abs. 1 Ziff. 9a SchKG trifft dies namentlich auf die Renten nach Art. 20 AHVG zu. Unpfändbar sind hingegen Ansprüche auf Vorsorgeleistungen gegen eine Einrichtung der beruflichen Vorsorge nur vor Eintritt der Fälligkeit (Art. 92 Abs. 1 Ziff. 10 SchKG; E. ab).
- 8.2. Art. 197 iVm Art. 92 SchKG. Sachen und Rechte, die aus sozialen oder wirtschaftlichen Gründen unpfändbar sind oder deren Unpfändbarkeit sich aus ihrer besonderen Natur oder Zweckbestimmung ergibt, sind auch im Konkurs des Schuldners dem Zugriff der Gläubiger entzogen (E. ac).

Im Konkursverfahren über H. liess das Konkursamt Basel-Stadt mit Schreiben vom 22. Februar 2005 dessen Konto bei der Credit Suisse saldieren. Die Saldierung erfolgte am 3. März 2005 bei einem Saldo von CHF 6'585.05. In der Folge hat H. am 4. März 2005 auf dem Konkursamt vorgesprochen und die Unpfändbarkeit des Kontos geltend gemacht. Am 8. März 2005 hat das Konkursamt H. mitgeteilt, dass das Konto nicht freigegeben werden könne. Als H. mit Schreiben vom 9. März 2005 erneut die Freigabe des Kontos verlangte, verfügte das Konkursamt am 18. März 2005, dass diesem von dem per 3. März 2005 vorhanden gewesenen Saldo CHF 500.-- als unpfändbar belassen würden, der Restsaldo jedoch in die Konkursmasse falle.

Mit Eingabe vom 16. April 2004 an das Konkursamt beehrte H., dass das vollumfängliche Kontoguthaben an ihn „retourniert“ werde. Das Konto bestehe aus AHV-Guthaben und Pensionsguthaben. Die Eingabe wurde vom Konkursamt mit Schreiben vom 19. April 2005 als Beschwerde zuständigkeitshalber an die Aufsichtsbehörde weitergeleitet, die diese mit Entscheid vom 26. Mai 2005 abgewiesen hat, soweit darauf einzutreten war. Die Aufsichtsbehörde hat dabei Folgendes ausgeführt:

„aa) Damit auf eine betreibungsrechtliche Beschwerde einzutreten ist, muss sie binnen zehn Tagen seit Kenntnisnahme der angefochtenen Verfügung erhoben werden (Art. 17 Abs. 2 SchKG). Von Amtes wegen festzustellen ist und deshalb jederzeit geltend gemacht werden kann hingegen die Nichtigkeit einer Verfügung. Nichtigkeit liegt vor, wenn eine Verfügung gegen Vorschriften verstösst, die im Interesse der Öffentlichkeit oder von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind (Art. 22 Abs. 1 SchKG).

ab) Der Verstoss gegen die Vorschriften der Unpfändbarkeit nach Art. 92 SchKG macht eine Verfügung unter Umständen nichtig. Im Bereich von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 1 bis 5 SchKG ist dies der Fall, wenn eine Pfändung augenscheinlich und beträchtlich in das zum Leben Notwendige des Schuldners eingreift und diesen in eine völlig unhaltbare Lage zu bringen droht (SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 92 N. 66, S. 928). So sind nach Art. 92 Abs. 1 Ziffer 5 SchKG die dem Schuldner und seiner Familie für die zwei auf die Pfändung folgenden Monate notwendigen Nahrungs- und Feuerungsmittel oder die zu ihrer Anschaffung erforderlichen Barmittel unpfändbar. Sogar schlechthin nichtig ist eine Pfändung von Rechtsansprüchen und Gegenständen gemäss Art. 92 Abs. 1 Ziffern 6 bis 11 SchKG (SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 92 N. 67, S. 928). Nach Art. 92 Abs. 1 Ziff. 9a SchKG trifft dies namentlich auf die Renten nach Art. 20 AHVG zu. Unpfändbar sind hingegen Ansprüche auf Vorsorgeleistungen gegen eine Einrichtung der beruflichen Vorsorge nur vor Eintritt der Fälligkeit (Art. 92 Abs. 1 Ziff. 10 SchKG).

ac) Sachen und Rechte, die aus sozialen oder wirtschaftlichen Gründen unpfändbar sind oder deren Unpfändbarkeit sich aus ihrer besonderen Natur oder Zweckbestimmung ergibt, sind auch im Konkurs des Schuldners dem Zugriff der Gläubiger entzogen (SchKG-HANDSCHIN/HUNKELER, Art. 197 N. 52, S. 1889).

ad) Vorliegend beanstandet der Beschwerdeführer, dass das vom Konkursamt gesperrte und auf dessen Veranlassung saldierte Konto aus AHV- und Pensionsguthaben bestanden habe. Er führt damit jedenfalls zum Teil Nichtigkeitsgründe gegen die angefochtene Verfügung des Konkursamtes an, weshalb in diesem Ausmass auf seine Beschwerde unbesehen davon einzutreten ist, dass die zehntägige Frist bei der Beschwerdeerhebung nicht eingehalten wurde. Im übrigen erweist sich seine erst am 28. Tag nach der Zustellung der Verfügung am 21. März 2005 erhobene Beschwerde jedoch als verspätet. Hinzuweisen ist da-

bei darauf, dass die Betreibungsferien, die sieben Tage vor bis sieben Tage nach Ostern am 27. März 2005 gedauert haben (Art. 56 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG), in einem Konkursverfahren keine Anwendung finden (BGE 96/1970 III 77).

b) In der Sache selber ist davon auszugehen, dass das fragliche Konto im Zeitpunkt der Konkurseröffnung am 24. Juni 2004 einen Saldo von CHF 14'366.85 aufgewiesen hat. Gespeist wurde das Konto unter anderem aus regelmässigen Zahlungen der Ausgleichskasse Basel-Stadt von jeweils CHF 1'671.- und der Pax Leben von jeweils CHF 969.75. Es mag sich dabei um Renteneinkommen des Beschwerdeführers gehandelt haben. Ob diese unter den Konkursbeschluss gefallen sind oder nicht, kann allerdings dahingestellt bleiben. Wie das Konkursamt nämlich zu Recht darauf hinweist, hat der Beschwerdeführer daneben aber auch weitere Zahlungen empfangen, die nicht von Art. 92 SchKG erfasst worden sind. Es handelt sich neben anderem um eine Rückvergütung der Finanzverwaltung Basel-Stadt von CHF 1'291.70 sowie eine Rückerstattung von AHV-Beiträgen von CHF 7'792.85 der Ausgleichskasse Basel-Stadt. Da der Beschwerdeführer im Nachgang zur Konkurseröffnung durch verschiedene Bezüge den Kontosaldo auf CHF 5'594.40 bis zur Kontosperrung vermindert hat, hat er bereits mehr bezogen, als er berechtigt gewesen wäre. Unter diesen Umständen hat ihm das Konkursamt in Anwendung von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG einen zusätzlichen, aber nur noch geringen Bezug von CHF 500.-- zugestehen dürfen. Die Verfügung des Konkursamtes war somit weder nichtig noch - übrigens - sonst zu beanstanden. [...]"

(ABE vom 26.5.2005 in Sachen H. gegen KA BS; AB 2005/19)

### 8.3. Zur Existenzminimumsberechnung

- 8.3.1.- Art. 93 SchKG. Bei der Berechnung des Existenzminimums kommt dem  
 8.3.4. Betreibungsamt ein weiter Spielraum zu, in den die Aufsichtsbehörde im Einzelfall nicht eingreift, wenn das Ermessen gesetzmässig ausgeübt und ihre Weisung zur Existenzminimumsberechnung beachtet wurde (E. 1). In die Existenzminimumsberechnung ist nicht nur den Betreuungsschuldner bzw. in casu Arrestschuldner, sondern auch dessen Familie einzubeziehen, wozu seine Ehefrau und selbst seine Stiefkinder gehören. Bei familienrechtlichen Unterhaltsforderungen aus dem letzten Jahr vor Zustellung des Zahlungsbefehls hat der Arrestschuldner einen Eingriff in sein Existenzminimum hinzunehmen. Eine Privilegierung des geschiedenen gegenüber dem neuen Ehegatten des Unterhaltsschuldners muss sich aus dem materiellem Recht ergeben (E. 1a). Die laufende Unterhaltsverpflichtung des Unterhaltsschuldners ist nur dann in sein Existenzminimum ein-

zubeziehen, wenn die Unterhaltsbeiträge tatsächlich bezahlt worden sind und werden (E. 1b, vgl. auch E. 1e bzgl. Krankenversicherungskosten). In die Existenzminimumsberechnung im Rahmen eines Arrest- oder Pfändungsvollzuges können nur effektive Bezüge von Kinderzulagen eingesetzt werden. Gegenteilig verhält es sich mit unzulässig hohen Ausgaben des Arrestschuldners, die auf das Angemessene zu kürzen sind (E. 1c). Amortisationskosten für Wohneigentum gehören nicht in den zu berücksichtigten Wohnaufwand, weil er der Vermögensbildung dient (E. 1d). Dem Arrestschuldner ist sein Personenwagen als Berufskompetenzgut nach Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG zu belassen, sofern dieser als Servicemitarbeiter im Hausdienst auf seinen Privatwagen zur Ausübung der Arbeit angewiesen ist, weil er flexible Arbeitseinsätze zu unregelmässigen Arbeitszeiten leisten muss. Zudem ist nicht zu beanstanden, dass dem Arrestschuldner, wenn es die Verkehrsverhältnisse nicht erlauben, nicht der jeweils kürzestmögliche Arbeitsweg eingerechnet wird (E. 1f.). Art. 20a Abs. 1 SchKG; Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG; § 173 ZPO BS iVm § 5 Abs. 3 EG SchKG BS. Das Beschwerdeverfahren ist grundsätzlich kostenlos (Art. 20a Abs. 1 SchKG) und es dürfen keine Parteientzündungen zugesprochen werden (Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG). Die unentgeltliche Rechtsverteidigung wird unter den Voraussetzungen von § 173 ZPO BS iVm § 5 Abs. 3 EG SchKG BS gewährt. Eine Beschwerdeführerin, die Eigentümerin einer Wohnung ist, hat für die Voraussetzung der Bedürftigkeit nachzuweisen, dass sie alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, ihre Wohnung zu vermieten, hypothekarisch zu belasten oder zu veräussern, dass ihr jedoch kein Angebot unterbreitet wurde, welches ihr innert nützlicher Frist liquide Mittel zugeführt hätte (E. 2).

Im Arrestverfahren Nr. 2005/47, Arrestgläubigerin X., Stuttgart (D), Arrestschuldner Y., Kanderne (D), wurde mit Arresturkunde vom 19. April 2005 der künftige Lohn des Arrestschuldners im Umfang von CHF 550.-- pro Monat auf die Dauer eines Jahres, längstens bis 19. April 2006, verarrestiert. Die Existenzminimumsberechnung wurde am selben Tag erstellt. Der in Kanderne in einem ihm bzw. seiner Ehefrau gehörenden Haus lebende Arrestschuldner ist verheiratet mit Z.. Es leben mit ihm und seiner Frau in Hausgemeinschaft drei Kinder seiner Ehefrau. Das gemeinsame Existenzminimum des Schuldners und seiner Ehefrau setzte das Betreibungsamt auf CHF 5'945.-- fest.

Mit Beschwerde vom 2. Mai 2005 beantragte X. die kostenfällige Aufhebung der in Vollzug des Arrestbefehls Nr. 2005/47 am 19. April 2005 erfolgten Lohnpfändung und die Anweisung des Betreibungsamts, vom monatlichen Lohn von Y. als Beschwerdegegner monatlich CHF 3'139.75 zu pfänden. Zudem sei ihr die unentgeltliche Verteidigung zu gewähren. Die Aufsichtsbehörde hat am 27. Juni 2005 in teilweiser Gutheissung der Beschwerde das Betreibungsamt angewiesen, bei der Berechnung des Existenzminimums im Arrestverfahren Nr. 2005/47 betreffend Y. die Wohnkosten mit CHF 2'086.55 anstatt CHF 2'154.75 einzusetzen sowie die Amortisationskosten festzustellen und davon in Abzug zu bringen.

gen. Zudem habe das Betreibungsamt die Unterhaltseinnahmen für die Stiefkinder Felix und Niklas von Y. abzuklären und gegebenenfalls in die Berechnung einzusetzen. Ferner hat die Aufsichtsbehörde das Gesuch von X. um unentgeltliche Verbeiständung abgewiesen. Die Aufsichtsbehörde führte was folgt aus:

„1) Nach Art. 93 SchKG kann das Einkommen eines Betreuungsschuldners soweit gepfändet werden, als es nach dem Ermessen des Betreibungsamtes für diesen und seine Familie nicht unbedingt notwendig ist. Dabei kommt dem Betreibungsamt ein weiter Spielraum zu (BGE 86 III 11, SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 93 N. 31, S. 940), in den die Aufsichtsbehörde im Einzelfall nicht eingreift, wenn das Ermessen gesetzmässig ausgeübt und ihre Weisung zur Existenzminimumsberechnung (BJM 2001 S. 96 ff.) beachtet wurde.

a) Zunächst macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Ehefrau des Beschwerdegegners sowie dessen Stiefkinder nicht in die Berechnung einzubeziehen seien, weil sie dadurch ihr gegenüber zu Unrecht privilegiert würden. Sie verkennt dabei, dass die Existenzminimumsberechnung nach Art. 93 SchKG nicht nur den Betreuungsschuldner, sondern auch dessen Familie einbeziehen muss, wozu seine heutige Ehefrau und selbst seine Stiefkinder gehören (BGE 46 III 55). Der sich daraus ergebende Schutz ist vom Gesetzgeber gewollt. Im Bereich familienrechtlicher Unterhalts- und Unterstützungsforderungen erweist er sich allerdings nicht als absolut. So hat der Betreuungsschuldner bei Unterhaltsforderungen aus dem letzten Jahr vor Zustellung des Zahlungsbefehls einen Eingriff in sein Existenzminimum hinzunehmen (BGE 111 III 15). Auf die Voraussetzungen hierfür einzugehen, erübrigt sich, weil weder vorgebracht wird noch ersichtlich ist, dass es sich vorliegend um derartige Ansprüche handelt. Ferner müsste sich eine Privilegierung, wie sie die Beschwerdeführerin für sich sinngemäss beansprucht, aus dem materiellen Recht ergeben. Hinzuweisen ist dabei, dass sich aus dem anwendbaren § 1582 BGB zwar ein Vorrang des geschiedenen Ehegatten gegenüber dem neuen Ehegatten des Unterhaltsschuldners ergibt, der jedoch dann zum Tragen kommt, wenn Ersterer Kinder zu betreuen hat (vgl. auch THALMANN/MAY, Praktikum des Familienrechts, 4. Auflage 2000, Rn 465 f.). Das Vorliegen auch dieser Voraussetzung wird weder behauptet noch ergibt sie sich aus den Akten. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob dieser Vorrang im schweizerischen Schuldbetreibungsverfahren zu berücksichtigen ist.

b) Sodann will die Beschwerdeführerin, dass die laufende Unterhaltsverpflichtung des Beschwerdegegners in dessen Existenzminimum einbezogen wird, was aber nur dann in Frage kommt, wenn die Unterhaltsbeiträge tatsächlich bezahlt worden sind und werden (BGE 121 III 22, BJM 2001 S. 98 Ziffer II/5), was offensichtlich nicht der Fall ist. Davon abgesehen würde eine Einrechnung die Beschwerdeführerin auch nicht näher an ihr Ziel, der Erfüllung ihrer Betreibungsfor-

derung, bringen, sondern sie vielmehr noch weiter davon entfernen. Zudem vermag der Umstand, dass eine Forderung in die Existenzminimumsberechnung einbezogen wird, nichts dazu beizutragen, dass diese, worauf die Beschwerdeführerin zu hoffen scheint, tatsächlich erfüllt wird.

c) Ferner beanstandet die Beschwerdeführerin, dass der Lohn der Ehefrau des Beschwerdegegners sowie die Kinderunterhaltsbeiträge und Unterhaltsbeiträge für die Stiefkinder, insbesondere für die Stieftochter Franziska, nicht den tatsächlichen Verhältnissen sowie dass der eingesetzte Grundbetrag für Franziska nicht den anzuwendenden Ansätzen entsprechen würden. Das Betreibungsamt hat sich jedoch jeweils Belege vorlegen lassen, aus denen sich die eingesetzten Zahlen ergeben oder jedenfalls ableiten lassen. Hinsichtlich des umstrittenen Lohnes hat die nachträglich einverlangte Lohnabrechnung für April 2005 ein Nettogehalt von nur EUR 678.29 ergeben, während in der Berechnung noch EUR 775.-- bzw. CHF 1'201.25 eingesetzt worden sind. Die Ehefrau des Beschwerdegegners, so ergibt sich daraus, arbeitet teilzeitlich und unregelmässig viele Stunden, was zu schwankendem Einkommen führt. Der als Nettolohn eingerechnete Betrag erweist sich damit als angemessen. Ferner trifft es nicht zu, dass der Beschwerdegegner von seinem schweizerischen Arbeitgeber höhere Kinderunterhaltsbeiträge erhältlich machen könnte. In der Schweiz hätte er je Kind von Gesetzes wegen nur CHF 170.-- (§ 5 Kinderzulagengesetz) bzw. allenfalls vertraglich etwas mehr an Kinderzulagen zu erwarten, was für die drei Stiefkinder Felix, Niklas und Franziska weniger als die zur Zeit bezogenen EUR 462.-- bzw. CHF 716.10 ausmacht. Hinzu kommt, dass von einem Vorrang des Bezugs ausländischer Kinderzulagen für Kinder im Ausland auszugehen ist (BGE 129 I 265). Davon abgesehen können in die Existenzminimumsberechnung im Rahmen eines Arrest- oder Pfändungsvollzuges nur effektive Bezüge eingesetzt werden. Gegenteilig verhält es sich hingegen mit unzulässig hohen Ausgaben, die auf das Angemessene zu kürzen sind. Ob der Beschwerdegegner in der Schweiz eine Familienzulage erhältlich machen könnte, muss daher dahingestellt bleiben. Weiter bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Unterhaltsbeitrag für die Stieftochter Franziska mehr als die belegten EUR 181.50 bzw. CHF 281.-- beträgt. Hingegen hat das Betreibungsamt noch näher abzuklären, ob und in welcher Höhe für die beiden jüngeren Stiefkinder Felix und Niklas Unterhaltsbeiträge festgesetzt sind und bezahlt werden. Es hat sich dazu ein allfälliges Scheidungsurteil, Unterhaltsverträge und dergleichen vorlegen zu lassen. Schliesslich kann der vom Betreibungsamt für die Stieftochter eingesetzte Grundbetrag von CHF 500.-- für Franziska nicht beanstandet werden, weil sie, wie nachträglich belegt wurde, tatsächlich am 10. Dezember 1992 geboren und damit über 12 Jahre alt ist (BJM 2001 S. 96 Ziffer I/4).

d) Hinweise darauf, dass der Beschwerdegegner und seine Ehefrau über Vermögenserträge verfügen könnten, sind nicht vorhanden. Hinsichtlich der

Wohnkosten geht das Betreibungsamt von einem Hypothekarzins von EUR 1'096.-- bzw. CHF 1'698.80 aus. Allerdings ist nicht klar, ob darin nicht auch Amortisationskosten enthalten sind, was das Betreibungsamt noch abzuklären hat. Amortisationskosten gehören nicht in den zu berücksichtigten Wohnaufwand (Richtlinien der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten in SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 93 S. 942 N. 23 Ziffer II/1; SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 93 S. 946 N. 26; BJM 2001 S. 97 Ziffer II/1), weil er der Vermögensbildung dient. Nicht zu beanstanden sind die berücksichtigten Nebenkosten von EUR 132.-- bzw. CHF 204.60 Auslagen für Erdgas und EUR 4.16 bzw. CHF 6.45 Auslagen für den Schornsteinfeger. Anders verhält es sich teilweise mit den EUR 158.-- bzw. CHF 244.90 für Grundstücksteuern, Kosten für Abwasser sowie Prämien für Gebäude- und Hausratversicherung, weil letztere in Höhe von EUR 44.-- bzw. CHF 68.20 nicht in die Existenzminimumsberechnung gehören (BJM 2001 S. 97 Ziffer II/1).

e) Unberechtigt ist ferner der Einwand bezüglich der Krankenversicherungskosten für den Beschwerdegegner, die mit EUR 408.-- bzw. CHF 632.40 eingesetzt wurden. Die Höhe und die Bezahlung dieser Kosten wurde nachträglich vom Beschwerdegegner belegt. Dass der Beschwerdegegner sich als Grenzgänger in der Schweiz kostengünstiger versichern lassen könnte, ist, weil nicht offensichtlich, ungewiss und auch nicht nachgewiesen.

f) Ausserdem ist nichts dagegen einzuwenden, dass das Betreibungsamt den Personenwagen des Beschwerdegegners als Berufskompetenzgut nach Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG bezeichnet hat. Aus dem nachträglich beigebrachten Schreiben vom 27. Mai 2005 der J. C. als Arbeitgeberin des Beschwerdegegners ergibt sich, dass dieser als Servicemitarbeiter im Hausdienst auf seinen Privatwagen zur Ausübung der Arbeit angewiesen ist, weil er flexible Arbeitseinsätze zu unregelmässigen Arbeitszeiten, beispielsweise am frühen Morgen, am späten Abend oder übers Wochenende, leisten muss. Unter diesen Umständen ist der Beschwerdegegner mit Wohnsitz in Kändern/Deutschland und Arbeitsort in Basel beruflich auf ein Auto angewiesen. Nicht zu beanstanden ist zudem, dass der Arbeitsweg in einer Richtung mit 25 km eingerechnet wurde, weil die Verkehrsverhältnisse im nahen Deutschland nicht immer erlauben, dass der Beschwerdegegner den kürzestmöglichen Weg fahren kann. Gleiches gilt für den angenommenen Verbrauch von 10 Litern pro 100 Kilometer. Angemessen erscheinen zudem die eingesetzten CHF 112.-- monatlichen Kosten für Versicherung, Steuern und Service. Darauf basierend können die mit CHF 255.-- in die Berechnung eingeflossenen pauschalen Automobilkosten auf jeden Fall nicht als überhöht bezeichnet werden.

g) Als unzulässig erscheint weiter der Einwand der Beschwerdeführerin gegen die Einrechnung der Automobilkosten der Ehefrau des Beschwerdegegners, um zur Arbeit zu fahren. Der Arbeitsweg von Kändern/Deutschland nach Staufen/Deutschland beträgt in eine Richtung 30 km und wäre mit öffentlichen Verkehrsmitteln mit einem Aufwand von 1 Std. 20 Min. bis 1 Std. 54 Min. je nach Tageszeit zu bewältigen, was einer Mutter von drei Kindern nicht zuzumuten ist (vgl. BGE 110 III 18).

h) Nicht zu beanstanden sind ferner die für auswärtige Verpflegung des Beschwerdegegners und seiner Ehefrau von täglich CHF 10.-- in der Schweiz bzw. CHF 9.-- in Deutschland. Die Beträge entsprechen der Weisung der Aufsichtsbehörde (BJM 2001 S. 97 Ziffer II/4b) und sind bescheidene Ansätze.

i) Sodann sind auch die Kosten für die Fahrt mit dem Schulbus für das älteste der Stiefkinder des Beschwerdegegners mit EUR 30.-- bzw. CHF 46.50 nachträglich belegt worden. Dasselbe gilt für die Schulbetreuungskosten über Mittag von 50.-- bzw. CHF 77.50 für die beiden jüngeren Stiefkinder.

k) Endlich bemängelt die Beschwerdeführerin zu Unrecht, dass das Betreibungsamt das gemeinsame Existenzminimum des Beschwerdegegners und seiner Ehefrau im Verhältnis zu ihren Nettoeinkommen berechnet hat (ALFRED BÜHLER, Aktuelle Probleme bei der Existenzminimumsberechnung, SJZ 2004 S. 25; BGE in BISchK 2002 S. 127; BGE 116 III 78; BGE 114 III 16). [...]

2) Das Beschwerdeverfahren ist grundsätzlich kostenlos (Art. 20a Abs. 1 SchKG) und es dürfen keine Parteientschädigungen zugesprochen werden (Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG). Abzuweisen ist das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtsverbeiständung. Zugegebenermassen verfügt sie über eine Eigentumswohnung, die sie zu DM 200'000.-- gekauft hat. Sie will diese bei der Prüfung ihrer Bedürftigkeit nicht berücksichtigt wissen, weil sie sich aufgrund ihrer finanziellen Situation nicht weiter hypothekarisch belasten könne, wofür sie jedoch keinerlei Beweise ins Recht gelegt hat. Sie hätte den Nachweis erbringen müssen, dass sie alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, ihre Wohnung zu vermieten, hypothekarisch zu belasten oder zu veräussern, dass ihr jedoch kein Angebot unterbreitet worden sei, welches ihr innert nützlicher Frist liquide Mittel zugeführt hätte (PKG 2001 S. 68 mit Hinweis; AGVE 1999 S. 63; ZR 1997 S. 132). [...]"

(ABE vom 27.6.2005 in Sachen X. gegen Y. und BA BS; AB 2005/26)

8.3.5. Frist zur Anpassung nicht lebensnotwendiger Mietkosten  
(siehe unter Ziffer 5.1./5.2., S. 16)

9. Art. 169 SchKG. Die Kenntnis der Vorschrift, wonach derjenige, der das Konkursbegehren stellt, für die Kosten, welche bis und mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven entstehen, haftet, wird vorausgesetzt. Dies gilt um so mehr, als die Gläubiger zusammen mit der Anzeige des Zivilgerichts als Konkursgericht über die Konkursöffnungsverhandlung auf den Inhalt dieser Vorschrift durch einen roten Zettel noch speziell aufmerksam gemacht werden.

Auf Begehren von W. eröffnete der Konkursrichter Basel-Stadt am 26. August 2004 über die P. GmbH den Konkurs. Nachdem kein Gläubiger den für die Durchführung des Konkursverfahrens erforderlichen Kostenvorschuss geleistet hatte, wurde dieses mangels Aktiven eingestellt. Am 22. Februar 2005 stellte das Konkursamt W. Rechnung über die bis dahin entstandenen Kosten von CHF 1'103.87. Mit Eingabe vom 1. März 2005 ans Konkursamt Basel-Stadt beanstandete W. die Rechnung als unerhört hoch und nicht nachvollziehbar. Es könne nicht sein, dass er einen totalen Verlust hinnehmen müsse und dafür noch bestraft werde. Die Eingabe wurde vom Konkursamt zuständigkeitshalber an die Aufsichtsbehörde zur Beurteilung als Beschwerde überwiesen, die diese mit Entscheidung vom 30. März 2005 aus folgenden Gründen abgewiesen hat:

„[...] Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, dass das Zivilgericht Basel-Stadt ihn über die realen Chancen des Konkursverfahrens hätte aufklären müssen, kann die Aufsichtsbehörde darauf insofern nicht eintreten, als sie nicht die vorgesetzte Behörde des Zivilgerichts ist. Davon abgesehen ist der Beschwerdeführer darauf hinzuweisen, dass fast ein Drittel aller Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt werden, was allgemein bekannt ist. In diesen Fällen haftet nach Art. 169 SchKG für die bis dahin aufgelaufenen Kosten, wer das Konkursbegehren gestellt hat. Die Kenntnis dieser Vorschrift wird vorausgesetzt, um so mehr als die Gläubiger zusammen mit der Anzeige des Gerichts über die Konkursöffnungsverhandlung auf deren Inhalt durch einen roten Zettel noch speziell aufmerksam gemacht werden. Weder begründet noch ersichtlich ist ferner, inwiefern die angefochtene Rechnung überhöht und nicht nachvollziehbar sein soll. Im Gegenteil hat das Konkursamt bei jeder Rechnungsposition angegeben, auf welche Vorschrift der Gebührenverordnung zum SchKG diese sich bezieht. Zudem hat das Konkursamt die Gebührenverordnung korrekt angewendet. [...]“

(ABE vom 30.3.2005 in Sachen W. gegen KA BS; AB 2005/10)

10. Art. 17 Abs. 3 SchKG. Zur Unterscheidung formeller von materieller Rechtsverweigerung bezüglich des Vorwurfs pflichtwidriger Unterlassung der Abklärung von Verantwortlichkeitsansprüchen durch die Konkursverwaltung.
- Art. 240 SchKG. Eine ernstliche Prüfung von Verantwortlichkeitsansprüchen nach Art. 754 OR durch die Konkursverwaltung muss sich einerseits an den gesetzlichen Haftungsvoraussetzungen und andererseits an den Prozesschancen und -risiken orientieren. Die Konkursverwaltung wird sich nur dann zur Prozessführung entschliessen bzw. diese den Gläubigern beantragen, wenn die Gewinnchancen jedenfalls grösser als die Verlustrisiken sind. Zudem sind die für eine Prozessführung erforderlichen finanziellen Mittel im Auge zu behalten. Sofern solche nicht oder nicht ausreichend verfügbar sind, wird die Konkursverwaltung sich lediglich dann für eine klageweise Geltendmachung entscheiden bzw. diese den Gläubigern empfehlen dürfen, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit mit einer gerichtlichen Gutheissung der Ansprüche zu rechnen ist und eine Urteilsvollstreckung weder von vornherein als aussichtslos erscheint noch nur sehr geringe Erfolgchancen verspricht.
- Art. 754, 757 OR. Unmittelbar geschädigte Gläubiger können jederzeit aufgrund eigener Ansprüche gegen die Verantwortlichen nach Art. 754 OR vorgehen. Diese Ansprüche sind nicht vom Konkursbeschluss betroffen und Art. 757 OR findet keine Anwendung. Zur Geltendmachung der Verantwortlichkeitsansprüche selber und der Gläubiger aus mittelbarer Schädigung.

Im Konkursverfahren über die B. AG hat das Konkursamt Basel-Stadt mit Zirkular vom 16. November 2004 beantragt, auf die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen zu verzichten. Dagegen erhoben zwei Gläubiger - worunter D. - von 17 Gläubigern beim Konkursamt Einsprache. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2004 an die Gläubiger stellte das Konkursamt Basel-Stadt fest, dass die Mehrheit der Gläubiger dem Antrag stillschweigend zugestimmt hat, womit dieser als genehmigt gelte. Mit Beschwerde vom 27. Dezember 2004 machte D. geltend, das Konkursamt Basel-Stadt sei anzuweisen zu prüfen, ob bei der Konkursitin alle gesetzlichen Vorschriften zur Führung einer Aktiengesellschaft beachtet worden seien. Die Aufsichtsbehörde hat am 11. Januar 2005 die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten war, wobei sie was folgt ausgeführt hat:

„aa) Mit der betreibungsrechtlichen Beschwerde nach Art. 17 SchKG kann die Verletzung betreibungsrechtlicher Vorschriften begangen durch das Konkursamt gerügt werden. Die Beschwerde muss innert zehn Tagen seit Kenntnisnahme der anfechtbaren Handlung bzw. Unterlassung erhoben werden, damit darauf einzutreten ist. Beschwerden wegen formeller Rechtsverweigerung können hingegen jederzeit eingereicht werden (Art. 17 Abs. 3 SchKG).

ab) Vorliegend wendet sich die Beschwerdeführerin gegen den Antrag des Konkursamts an die Gläubiger für einen Zirkularbeschluss. Vorgeworfen wird dem Konkursamt pflichtwidriges Handeln bzw. pflichtwidrige Unterlassung amtlicher Tätigkeit bei der Antragstellung hinsichtlich der Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen. Das Konkursamt hat in seinem Zirkular beantragt, auf die Geltendmachung solcher Ansprüche zu verzichten, nachdem es aufgrund der beschränkten Mittel der Konkursmasse von vertieften Nachforschungen bezüglich der Gründe, die zum Konkurs führten, abgesehen hat. Es handelt sich somit nicht um den Vorwurf formeller, sondern materieller Rechtsverweigerung (vgl. BGE 97/1971 III 31 f; MARKUS DIETH, Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen gemäss Art. 17 ff. SchKG, 1999, S. 75 f.). Letzterer ist innert Beschwerdefrist seit Kenntnisnahme vorzubringen. Die Beschwerde vom 27. Dezember 2004, die sich gegen den Zirkularantrag vom 16. November 2004 richtet, erweist sich damit als eindeutig verspätet. Daneben stellt sich die Frage, ob die von der Beschwerdeführerin am 4. Dezember 2004 beim Konkursamt gegen den Zirkularantrag eingereichte Einsprache innert zehn Tagen erhoben wurde und vom Konkursamt als Beschwerde zuständigkeitshalber an die Aufsichtsbehörde hätte weitergeleitet werden müssen (Art. 33 Abs. 2 SchKG). Diese Eingabe deckt sich inhaltlich im Wesentlichen mit den Vorbringen in der Beschwerde vom 27. Dezember 2004. Hinzuweisen ist, dass das Konkursamt in seiner Vernehmlassung nicht den Antrag gestellt hat, auf die Beschwerde nicht einzutreten, sondern diese abzuweisen. Letztlich kann jedoch die Frage, ob die Beschwerde rechtzeitig eingereicht wurde, offen bleiben, weil die Vorbringen der Beschwerdeführerin, wie sich zeigen wird, ohnehin unbegründet sind.

ba) Nach Art. 240 SchKG hat die Konkursverwaltung alle zur Erhaltung und Verwertung der Masse gehörenden Geschäfte zu besorgen. Dazu gehört, dass sie allfällige Ansprüche, insbesondere Verantwortlichkeitsansprüche nach Art. 754 OR, ernstlich prüft (ROLAND BACHMANN, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs, in AJP 2003 S. 499 ff., S. 504; vgl. PETER FORSTMOSER, Aufgaben, Organisation und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, in: Der Schweizer Treuhänder, 2002, S. 485 ff., 488). Nach dieser Vorschrift sind die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung befassten Personen sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen (Abs. 1).

bb) Im Konkurs einer Gesellschaft entscheidet gewöhnlich die zweite Gläubigerversammlung über die Geltendmachung von Ansprüchen, die der Gesellschaft zustehen (Art. 237 Abs. 3 Ziff. 3, Art. 238 Abs. 1, Art. 253 Abs. 2 SchKG). In einem summarischen Konkursverfahren wie dem vorliegenden kann die Konkursverwaltung diese Beschlussfassung ohne weiteres mittels Zirkular bei den Gläu-

bigern beantragen und herbeiführen (SchKG-LUSTENBERGER, Art. 231 N. 29, S. 2154; Rechtsprechungsbericht 2003 der AB BS S. 44). Entscheiden sich die Gläubiger dabei gegen eine Geltendmachung der Ansprüche, so kann jeder Gläubiger sich nach Art. 260 SchKG die Prozessführung darüber abtreten lassen (SchKG-BERTI, Art. 260 N. 4, S. 2410). Sofern es sich um Verantwortlichkeitsansprüche nach Art. 754 OR handelt, ist zwischen verschiedenen Ansprüchen zu differenzieren. Zudem bestehen in Rechtsprechung und Lehre unterschiedliche Ansichten über deren Ausgestaltung (BSK-WIDMER/BANZ, 2. Auflage 2002, Art. 757 OR N. 4 ff., S. 1130 ff.; BACHMANN S. 500).

bc) Bezüglich der Geltendmachung der Verantwortlichkeitsansprüche nach Art. 754 OR im Konkurs enthält Art. 757 OR besondere Vorschriften. Art. 757 Abs. 1 OR bestimmt, dass im Konkurs der geschädigten Gesellschaft auch die Gesellschaftsgläubiger berechtigt sind, Ersatz des Schadens an die Gesellschaft zu verlangen. Zunächst steht es jedoch der Konkursverwaltung zu, die Ansprüche von Aktionären und Gesellschaftsgläubigern geltend zu machen. Verzichtet die Konkursverwaltung auf diese Geltendmachung, so ist hierzu jeder Aktionär oder Gläubiger berechtigt. Das Ergebnis wird vorab zur Deckung der Forderungen der klagenden Gläubiger gemäss der Rangfolge nach Art. 219 f. SchKG verwendet. Am Überschuss nehmen die klagenden Aktionäre im Ausmass ihrer Beteiligung an der Gesellschaft teil. Der Rest fällt in die Konkursmasse (Art. 757 Abs. 2 OR; BACHMANN S. 504). Vorbehalten bleiben nach Art. 757 Abs. 3 OR die Abtretung von Ansprüchen der Gesellschaft gemäss Art. 260 SchKG.

Einig ist sich die Lehre und Rechtsprechung darüber, dass unmittelbar geschädigte Gläubiger jederzeit aufgrund eigener Ansprüche gegen die Verantwortlichen nach Art. 754 OR vorgehen können. Diese Ansprüche sind nicht vom Konkursbeschluss betroffen und Art. 757 OR findet keine Anwendung (BACHMANN S. 500; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, S. 422 f. N. 21 und 27; BGE 122/1996 III 176 ff., 190). Davon zu unterscheiden sind die Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft selber und der Gläubiger aus mittelbarer Schädigung. Letztere entstehen, sofern und soweit die Gesellschaft unmittelbar geschädigt ist (BACHMANN S. 499 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, S. 421 N. 15; BGE 122/1996 III 190). Bezüglich der Rechtsnatur der Klage auf Ersatz des Gesellschaftsschadens bestehen die in der Lehre vertretenen Theorien der Doppelnatur des Gläubigeranspruchs und der Prozessstandschaft sowie die vom Bundesgericht entwickelte Theorie des einheitlichen Anspruches der Gläubigersamtheit (BSK-WIDMER/BANZ, 2. Auflage 2002, Art. 757 OR N. 4 ff., S. 1130 ff.; BACHMANN S. 500 f., 505).

Nach der Theorie der Doppelnatur des Gläubigeranspruchs besteht ein Anspruch der Gläubiger aus eigenem Recht neben jenem der Gesellschaft. Zur Geltendma-

chung sind die Gläubiger nach Art. 757 Abs. 2 OR befugt, sobald die Konkursverwaltung darauf verzichtet. Zusätzlich können sie sich nach Art. 260 SchKG den Anspruch der Gesellschaft abtreten lassen (BSK-WIDMER/BANZ, Art. 757 OR N. 8, S. 1131; BACHMANN S. 505). Kein eigenes Forderungsrecht der Gläubiger besteht hingegen nach der Theorie der Prozessstandschaft. Geltend machen können die Gläubiger den Anspruch aus dem Recht der Gesellschaft, nachdem die Konkursverwaltung auf die Verfolgung verzichtet hat und ohne dass es hierfür einer Abtretung bedarf (BSK-WIDMER/BANZ, Art. 757 OR N. 10, S. 1131; BACHMANN S. 504). Nach der vom Bundesgericht vertretenen Theorie macht die Konkursverwaltung nach Art. 757 Abs. 1 OR nicht individuelle Rechte einzelner Gläubiger, sondern einen einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit geltend. Verzichtet die Konkursverwaltung darauf, können sich die Gläubiger diesen Anspruch abtreten lassen. Dadurch wird ihnen das Klagerecht der Konkursmasse übertragen (BSK-WIDMER/BANZ, Art. 757 OR N. 13, S. 1132; BGE 117/1991 III 432 ff., 439 f. zu Art. 756 Abs. 2 aOR; BGE 122/1996 III 189 f.; vgl. BGE 127/2001 III 374 ff., 381). Welche dieser Lösungen vorzuziehen ist, braucht vorliegend nicht entschieden zu werden.

bd) Die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen nach Art. 754 OR läuft regelmässig auf eine solche mittels Anhebung entsprechender Klagen hinaus. Eine ernstliche Prüfung von Verantwortlichkeitsansprüchen durch die Konkursverwaltung muss sich einerseits an den gesetzlichen Haftungsvoraussetzungen und andererseits an den Prozesschancen und -risiken orientieren. Mit Rücksicht auf die Pflicht zur Erhaltung der Konkursmasse wird sich die Konkursverwaltung nur dann zur Prozessführung entschliessen bzw. diese den Gläubigern beantragen, wenn die Gewinnchancen jedenfalls grösser als die Verlustrisiken sind. Zudem hat sie die finanziellen Mittel, die für eine Prozessführung erforderlich sind, im Auge zu behalten. Sofern die Konkursmasse über diese Mittel nicht oder nicht ausreichend verfügt, wird die Konkursverwaltung sich lediglich dann für eine klageweise Geltendmachung entscheiden bzw. diese den Gläubigern empfehlen dürfen, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit mit einer gerichtlichen Gutheissung der Ansprüche zu rechnen ist und eine Urteilsvollstreckung weder von vornherein aussichtslos erscheint noch nur sehr geringe Erfolgchancen verspricht.

be) Vorliegend hat das Konkursamt mit Blick auf die beschränkten Mittel der Masse von ca. CHF 15'000.-- an freien Aktiven von vertieften Nachforschungen über die Gründe des Konkurses abgesehen. Die Beschwerdeführerin andererseits leitet eine Pflicht zur näheren Prüfung durch das Konkursamt daraus ab, dass der Konkurs weder darauf zurückzuführen sei, dass der Hauptaktionär seine Zusagen nicht erfüllt hätte, noch seine Ursache darin habe, dass der Markt eingebrochen wäre, weil beides nicht stattgefunden habe. Allerdings sind ihre Überlegungen

bloss allgemeiner Natur und ohne gesicherten Hintergrund. Jedenfalls enthalten sie noch keine konkreten Hinweise auf Verfehlungen der verantwortlichen Organe. Auch sonst ist weder ersichtlich noch wurde von der Beschwerdeführerin genannt, was auf Pflichtverletzungen bei der Konkursitin hindeuten könnte. Unter diesen Umständen ist das Konkursamt nicht zu weiteren Abklärungen bloss möglicher Verantwortlichkeitsansprüche verpflichtet. Das gilt um so mehr, als die vorhandenen beschränkten finanziellen Mittel nicht ernstlich an eine Durchsetzung selbst vorhandener, dabei aber regelmässig bestrittener Ansprüche denken lassen. Im übrigen hat die Gläubigermehrheit dem Antrag des Konkursamts zugestimmt. Es steht damit der Beschwerdeführerin wie auch den übrigen Gläubigern frei, die Ansprüche gemäss Art. 757 Abs. 2 OR geltend zu machen. Das Konkursamt hat im Zirkular für allfällige Abtretungsbegehren eine Frist bis 7. Dezember 2004 gesetzt und daran die Verwirkungsfolge geknüpft. Welche Ansprüche davon betroffen sind, hängt von der massgebenden der drei erwähnten Theorien ab. [...]"

(ABE vom 11.1.2005 in Sachen D. gegen KA BS; AB 2004/93)

11. Art. 20a SchKG; Art. 79 OG; § 5 Abs. 3 EG SchKG. Die Anforderungen an Form und Inhalt einer Beschwerdeschrift vor den kantonalen Aufsichtsbehörden werden nicht durch Art. 20a SchKG, sondern durch das kantonale Recht umschrieben (in BS: § 5 Abs. 3 EG SchKG; E. a/aa). Art. 79 OR bezieht sich nur auf das Verfahren vor der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts (E. a/ab). Aus der Beschwerde muss zu entnehmen sein, worin die gerügte Rechtsverletzung, Unangemessenheit, Rechtsverweigerung oder –verzögerung besteht. Gleichzeitig sind alle hierbei aus der Sicht des Beschwerdeführers relevanten Tatsachen anzugeben. Nützlich, nicht aber erforderlich ist hingegen die Bezeichnung der für verletzt gehaltenen Gesetzesbestimmung. Dies gilt für Beschwerden, die von juristischen Laien eingereicht werden. Höhere Erwartungen dürfen an Eingaben vor allem von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gestellt werden (E. a/ad). Die Beschwerde gegen die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses durch einen anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer genügt den inhaltlichen Anforderungen, weil sich daraus ergab, dass nicht der Beschwerdeführer Mieter der fraglichen Räumlichkeiten gewesen sein soll (E. a/ae).
- Art. 283 SchKG. Das Betreibungsamt hat vor Erlass einer Retentionsurkunde frei und endgültig zu prüfen, ob die formellen Voraussetzungen vorliegen, sowie summarisch zu untersuchen, ob die materiellen Voraussetzungen für eine Retention eingehalten sind. Es darf die Aufnahme des Retentionsverzeichnisses nur verweigern, wenn die Voraussetzungen des Retentionsrechtes offensichtlich nicht gegeben sind. Dies betrifft auch die Frage, wer Mieter der betreffenden Räumlichkeiten ist. Keine eindeutigen, vom Betreibungsamt zu berücksichtigenden Ver-

hältnisse lagen bei der Frage vor, ob bei mehreren vorhandenen Mietverträgen die Änderung des einen Mietvertrages auf eine Drittperson als Mieterin vom Vertragswillen der Mietparteien gedeckt war (E. b).

Am 6. Januar 2005 stellte die F. AG ein Begehren um Rückschaffung weggeschaffter Gegenstände und um Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses gemäss Art. 283 f. SchKG. Am 7. Januar 2005 erstellte das Betreibungsamt die Retentionsurkunde 05/001 für fälligen Mietzins von CHF 4'450.-- und laufenden Mietzins von CHF 26'700.--. Am 1. Februar 2005 gab die Bank X. eine Bankgarantie über CHF 32'000.-- ab, die an die Stelle der im Retentionsverfahren erfassten Gegenstände trat.

Mit Beschwerde vom 13. Januar 2005 beehrte M., die Retentionsverfügung vom 7. Januar 2005 sei aufzuheben. Er habe mit der F. AG einen Mietvertrag per 1. September 2003 abgeschlossen. Gleichentags habe die F. AG auch mit der S. GmbH per 4. Dezember 2003 einen Mietvertrag für dieselben Räumlichkeiten abgeschlossen. Aufgrund verschiedener Korrekturen habe dann die S. GmbH gemäss einer bereinigten Fassung die Räumlichkeiten definitiv ab 4. Dezember 2003 gemietet, den Mietvertrag am 27. Dezember 2004 jedoch aus wichtigem Grund per sofort gekündigt. Mieter der Räumlichkeiten sei nicht er, sondern die S. GmbH. Zwar sei der erste, mit ihm abgeschlossene Mietvertrag nie formell aufgehoben worden, es ergebe sich aber aus den Umständen klar, dass der neuesten, mit der S. GmbH abgeschlossenen Vertragsversion allein Gültigkeit zukomme. Die Aufsichtsbehörde hat die Beschwerde mit Urteil vom 4. März 2005 abgewiesen, soweit diese nicht gegenstandslos war, wobei sie Folgendes erwogen hat:

„a) Die Beschwerdegegnerin [F. AG] beantragt zunächst, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, weil sie ungenügend begründet sei.

aa) Für das Verfahren bezüglich der Beschwerde nach Art. 17 SchKG vor den kantonalen Aufsichtsbehörden enthalten Art. 20a Abs. 1 und 2 SchKG bundesrechtliche Minimalvorschriften (BBI 1991 III S. 36; SchKG-COMETTA, 1998, Art. 20a N. 48, S. 155 f.). Daneben gelten weitere bundesrechtliche Vorgaben für das kantonale Verfahren (FRANCO LORANDI, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, 2000, S. 149 N. 36 mit Hinweis auf die Art. 61 Abs. 2 lit. a und Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG sowie Art. 77 Bundesrechtspflegegesetz, OG). Im Übrigen regeln jedoch die Kantone das Verfahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG; WALTER A. STOFFEL, Voies d'exécution, 2002, S. 44 N. 80). Art. 20a Abs. 1 und 2 SchKG schreiben Form und Inhalt der Beschwerde - im Gegensatz zum Beschwerdeentscheid (Abs. 2 Ziff. 4) - nicht vor. Die Anforderungen an die Beschwerdeschrift vor den kantonalen Aufsichtsbehörden werden deshalb durch das kantonale Recht umschrieben (ISAAK MEIER, Das Verwaltungsverfahren vor den Schuldbetreibungs- und Konkursbehörden, 2002, S. 116). Regelmässig wird dabei verlangt, dass die Beschwerde insbesondere einen Antrag und eine Be-

gründung enthält (für Basel-Stadt: § 5 Abs. 2 EG SchKG; vgl. § 109 Abs. 2 GVG ZH).

ab) Einen Schritt weiter geht Art. 79 OG hinsichtlich der Begründung einer Beschwerde nach Art. 19 SchKG vor Bundesgericht. Danach hat der Beschwerdeführer kurz darzulegen, welche Bundesrechtssätze und inwiefern sie durch den angefochtenen Entscheid verletzt worden sind. Auf diese Vorschrift beruft sich vorliegend die Beschwerdegegnerin. In der Tat ist nach einem Teil der Lehre Art. 79 OG auch auf das kantonale Beschwerdeverfahren anzuwenden (KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Auflage 2003, S. 48 N. 52, mit Hinweis auf BGE 73/1947 III 27 ff., 33; MARKUS DIETH, Beschwerde gemäss Art. 17 ff. SchKG, in AJP 2002 S. 363 ff., S. 378). Hierfür gibt es jedoch weder im OG noch im SchKG eine Grundlage. Art. 79 OR bezieht sich nur auf das Verfahren vor der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts (vgl. SUZETTE SANDOZ-MONOD, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Vol. II 1990, Art. 79 N. 2, S. 763; MEIER S. 116; STOFFEL S. 44 N. 80). Im Übrigen befasste sich das Bundesgericht in dem von der Lehre erwähnten Entscheid lediglich mit der Frage einer analogen Anwendung von Art. 79 OG auf das kantonale Verfahren mit Bezug auf neue Vorbringen. Es kam zum Schluss, dass das kantonale Recht nicht strengere Anforderungen als das Bundesrecht stellen dürfe (BGE 73/1947 III 33).

ac) Ein anderer Teil der Lehre leitet aus BGE 102/1976 III 129 ff. bundesrechtliche Massstäbe an den Antrag und die Begründung der Beschwerde vor den kantonalen Aufsichtsbehörden ab. Es genüge von Bundesrechts wegen, wenn aus der Beschwerde ersichtlich sei, gegen welchen Entscheid sie sich richte, was daran falsch sein solle und was der Beschwerdeführer verlange. Weitere Erfordernisse dürften die Kantone nicht aufstellen (LORANDI S. 150 N. 39; FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs, Band I 1984, S. 66 N. 34). Das Bundesgericht hat sich im erwähnten Entscheid mit der Frage befasst, wie bei einer Beschwerde ohne ausdrücklich gestellten Antrag das damit verfolgte Ziel durch Auslegung ermittelt werden kann und soll (KURT AMONN, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1976, in ZBJV 114/1978 S. 2). Es reiche aus, wenn die Beschwerde zwar nur implizit, aber doch klar auf die Nichtigkeitserklärung einer Versteigerung ausgerichtet sei, damit eine Neue stattfindet (BGE 102/1976 III 131). Es lässt sich daraus der Schluss ziehen, dass die Anforderungen auch an eine Beschwerdebegründung nicht zu hoch angesetzt werden dürfen.

ad) In die gleiche Richtung geht die Rechtsprechung der hiesigen als auch anderer Aufsichtsbehörden (MEIER S. 117). Der Bürger soll seine Rechte im Zwangsvollstreckungsverfahren auch ohne Rechtsbeistand wahren können. Aus

der Beschwerde muss wenigstens hervorgehen, inwiefern die angefochtene Verfügung für verfehlt gehalten wird (SchKG-Kommission LU in BISchK 55/1991 S. 114). Es muss aus ihr zu entnehmen sein, worin die gerügte Rechtsverletzung, Unangemessenheit, Rechtsverweigerung oder –verzögerung besteht. Gleichzeitig sind alle hierbei aus der Sicht des Beschwerdeführers relevanten Tatsachen anzugeben. Nützlich, nicht aber erforderlich ist hingegen die Bezeichnung der für verletzt gehaltenen Gesetzesbestimmung (vgl. LORANDI S. 150 N. 43). Dies alles gilt für Beschwerden, die von juristischen Laien eingereicht werden. Höhere Erwartungen dürfen an Eingaben vor allem von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gestellt werden.

ae) Vorliegend ist der Beschwerdeführer anwaltlich vertreten. Es ergibt sich aus der Beschwerde gegen die vom Betreibungsamt erstellte Retentionsurkunde, dass nicht der Beschwerdeführer selber, sondern die S. GmbH Mieterin der von der Beschwerdegegnerin vermieteten Räumlichkeiten sein soll. Der Beschwerdeführer ist daher der Ansicht, dass er als Dritter gelten müsse [...], weshalb er sinngemäss die Retention unter den Voraussetzungen von Art. 268a OR für unzulässig hält. Damit ist der Begründungspflicht Genüge getan. Das gilt auch für die übrigen Vorbringen, so dass auf die Beschwerde einzutreten ist.

b) Das Betreibungsamt hat vor Erlass einer Retentionsurkunde frei und endgültig zu prüfen, ob die formellen Voraussetzungen vorliegen, sowie summarisch zu untersuchen, ob die materiellen Voraussetzungen für eine Retention eingehalten sind (SchKG-SCHNYDER/WIEDE, 1998, Art. 283 N. 50 und 52, S. 2605 f.). Das Betreibungsamt darf die Aufnahme des Retentionsverzeichnisses nur verweigern, wenn die Voraussetzungen des Retentionsrechtes offensichtlich nicht gegeben sind (SchKG-SCHNYDER/WIEDE, Art. 283 N. 51, S. 2606; ZK-HIGI, 1995, Art. 266-268b OR N. 79 f., S. 316 f.). Das betrifft auch die Frage, wer Mieter der betreffenden Räumlichkeiten ist. Offensichtlich existieren drei Mietverträge, wovon einer auf den Beschwerdeführer als Mieter und einer auf die S. GmbH als Mieterin lauten. Ein dritter Vertrag war ursprünglich auch auf den Beschwerdeführer ausgestellt. Strittig ist unter den Parteien, ob die Änderung auf die S. GmbH als Mieterin vor oder nach der Vertragsunterzeichnung vorgenommen wurde und damit vom beidseitigen Vertragswillen gedeckt ist. Von eindeutigen Verhältnissen kann unter solchen Umständen nicht gesprochen werden, die das Betreibungsamt hätte beachten müssen. Dasselbe gilt für das Vorbringen, die retinierten Gegenstände seien Eigentum von Dritten und die Beschwerdegegnerin habe darum gewusst. Es wird vielmehr Sache des Richters im Rechtsöffnungsverfahrens bzw. in einem allfälligen Widerspruchsverfahren sein, darüber zu entscheiden. Ob das Widerspruchsverfahren noch einzuleiten ist, nachdem eine Bankgarantie geleistet wurde und die Retentionsgegenstände freigegeben worden sind, wird das Betreibungsamt zu entscheiden haben. Eine Rolle spielt dabei, von wem die Bankgarantie bei-

gebracht worden ist, die an die Stelle der Retentionsgegenstände getreten ist. Aufgrund dieser Bankgarantie ist die Aufforderung des Betreibungsamtes an den Beschwerdeführer, diverse Retentionsgegenstände zurückzubringen hinfällig und die Beschwerde insofern gegenstandslos geworden. Davon abgesehen ist sie unbegründet und deshalb abzuweisen. [...]"

(ABE vom 4.3.2005 in Sachen M. gegen F. AG und BA BS; AB 2005/3; publiziert in: BISchK 2006 S. 218)

## 12. Verordnung über die Zwangsvollstreckung von Grundstücken (VZG)

- 12.1. Art. 9 Abs. 2 VZG. Wer den für die erneute Schätzung einer Liegenschaft durch die Aufsichtsbehörde festgelegten Kostenvorschuss nicht fristgemäss leistet, verzichtet auf die Schätzung.
- 12.2. Obwohl darauf kein Anspruch besteht, wurde in casu das Betreibungsamt angewiesen, eine von den Betreuungsschuldnern selber eingeholte Schätzung ihrer Liegenschaft unter Hinweis darauf, dass es sich nicht um eine amtliche Expertise handelte, neben der amtlichen Schätzung zur Einsichtnahme aufzulegen.
- 12.3. Mit Beschwerde kann gegen die amtliche Schätzung vorgebracht werden, dass sie unklar und unvollständig ist. Bei Unklarheiten kann die Aufsichtsbehörde eine Erläuterung der Expertise durch den Schätzer anordnen.

In den Grundpfandbetreibungen Nrn. 05/12082 und 05/12087 gegen K. bzw. M. H. wurde den beiden Betreuungsschuldnern am 20. Oktober 2005 mit Verfügung gemäss Art. 99 Abs. 2 iVm Art 9 Abs. 2 VZG die Schätzung des Grundstücks mitgeteilt.

Mit Beschwerde vom 9. November 2005 machten K. und M. H. geltend, die Expertise sei nur K. H. zugestellt worden. Zudem sei die Expertise inhaltlich zu beanstanden, weil mehrere Positionen zu Unrecht als wertvermindernd einbezogen worden seien und der Realwert deutlich höher einzuschätzen sei. Mit Verfügung vom 17. November 2005 setzte der Vorsitzende der Aufsichtsbehörde den Beschwerdeführern Frist bis 6. Dezember 2005 zur Bezahlung eines Kostenvorschusses von CHF 4'000.-- für die mutmasslichen Expertisekosten, widrigenfalls von einem Verzicht auf eine neue Schätzung ausgegangen werde.

Mit Eingabe vom 6. Dezember 2005 beantragten die Beschwerdeführer, die von ihnen selber eingeholte Schätzung dem Betreibungsamt einzureichen und von diesem auflegen zu lassen. Hingegen leisteten sie den für eine Neuschätzung festgelegten Kostenvorschuss nicht. Auf Aufforderung der Aufsichtsbehörde hin

hat der Schätzer mit Eingabe vom 22. Dezember 2005 die auf S. 13 der Expertise aufgeführten „sofort notwendigen Investitionen für Instandstellungsarbeiten“ erläutert.

Mit Urteil vom 27. Dezember 2005 hat die Aufsichtsbehörde das Betreibungsamt Basel-Stadt angewiesen, die von den Beschwerdeführern selber eingeholte Schätzung mit den Steigerungsunterlagen, aber unter Hinweis darauf, dass es sich nicht um eine amtliche Expertise handelt, aufzulegen. Zudem sei das Erläuterungsschreiben des Schätzers der amtlichen Schätzung beizulegen. Die Aufsichtsbehörde führte dabei Folgendes aus:

„Das Betreibungsamt hat im Rahmen des Verwertungsverfahrens bei der Grundpfandbetreuung eine Schätzung des zu versteigernden Grundstückes einzuholen, deren Ergebnis den Betreuungsschuldnern mitzuteilen ist (Art. 99 Abs. 2 VZG). Vorliegend hat das Betreibungsamt beiden Betreuungsschuldnern die vollumfängliche Schätzung durch Verfügung vom 20. Oktober 2005 mitgeteilt, weshalb der Einwand der Beschwerdeführer, sie sei nur K.H. zugestellt worden, unbegründet ist.

Nach Art. 9 Abs. 2 VZG kann die Höhe der Schätzung endgültig bei der Aufsichtsbehörde angefochten oder eine neue Expertise durch Sachverständige verlangt werden. Auf Letzteres haben die Beschwerdeführer verzichtet, indem sie den hierfür festgesetzten Kostenvorschuss nicht geleistet haben. Stattdessen haben sie beantragt, die von ihnen selber eingeholte Schätzung einreichen und auflegen zu dürfen. Obwohl dazu kein Anspruch besteht, steht diesem Antrag nichts entgegen. Allerdings kann als amtliche Expertise nur jene gelten, die vom Betreibungsamt eingeholt worden ist. Die von den Beschwerdeführern in Auftrag gegebene ist hingegen unter Hinweis darauf aufzulegen.

Mit Beschwerde können die Beschwerdeführer gegen die angefochtene amtliche Schätzung vorbringen, dass sie unklar und unvollständig ist (ZGGVP 1997-98, S. 167). Vorliegend monieren die Beschwerdeführer, dass die Expertise einen Ausbau 1 und einen Ausbau 2 aufführe, welche erheblich wertmindernd eingesetzt seien, ohne dass gesagt werde, was daran zu renovieren sei. Dabei habe im Jahre 1997 die letzte grosse Renovation stattgefunden. Dasselbe treffe auf den Sanitärbereich zu, dessen Renovationskosten vom Gutachter mit CHF 280'000.-- eingesetzt worden seien.

In der Tat ist auf S. 13 des Gutachtens der Schätzer zum Schluss gelangt, dass für sofortige notwendige Investitionen bei den Sanitäreinrichtungen CHF 280'000.-- und bei den Ausbauten 1 und 2 CHF 133'000.-- aufzuwenden seien. Erklärungen dafür finden sich im Gutachten nur insofern, als der Experte bei den Sanitäreinrichtungen Kosten infolge technischer Alterung von CHF 156'800.-- und bei den Ausbauten 1 und 2 von CHF 228'800.-- errechnet hat. Die Erkundigung beim Sachverständigen hat ergeben, dass es sich bei den Ausbauten 1 und 2 um die Positionen 27 (z.B. Gipser-, Schreiner- und Metallbauarbeiten) und 28 (z.B. Bodenbe-

läge, Wandbeläge, Deckenverkleidung) des BKP (Baukostenplan) gemäss SIA handelt. Der Experte ist dabei richtigerweise davon ausgegangen, dass ein möglicher Ersteigerer des Grundstücks in jenen Bereichen Änderungen in der genannten Grössenordnung einrechnet. Zum Sanitärbereich zu zählen sind vorliegend 1 WC, drei Duschen mit WC und zwei Bäder mit WC sowie ein zur Zeit stillgelegtes Hallenschwimmbad. Auch in diesem Bereich wird ein Ersteigerer des Grundstücks für Instandstellungskosten sowie Änderungen Aufwendungen gemäss Annahmen des Schätzers einkalkulieren müssen. [...]"

(ABE vom 27.12.2005 in Sachen K. und M. H. gegen BA BS; AB 2005/78)

## C. Zweijahresstatistik 2004/2005

AUF SICHTSBEHÖRDE über das Betreibungs- und Konkursamt Basel-Stadt		
Statistischer Jahresbericht per 31.12.2005		
Jahr	2004	2005
Vom Vorjahr übernommen	10	10
Neu eingegangen	65	71
Total hängig	75	81
Erledigt wurden	65	77
Unerledigt übertragen	10	4
Die Beschwerden wurden wie folgt erledigt:		
Gutheissung	7	10
Abweisung	30	40
Rückzug	4	5
Nichteintreten	14	16
Gegenstandslos	10	6
Insgesamt erledigt	65	77