

**AUFSICHTSBEHÖRDE ÜBER DAS  
BETREIBUNGS- UND KONKURSAMT  
BASEL-STADT**

**BERICHT**

**ÜBER DIE RECHTSPRECHUNG IM JAHR 2003**

Dr. F. Beurret-Flück (Vorsitz), Dr. H. Loehr, Dr. H. Wohlfart (beide Beisitzer),  
lic. iur. F. Emmel (Sekretär)

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, Februar 2004

**Inhaltsübersicht**

Seite

<b>A.</b>	<b>Einleitung</b> .....	1
<b>B.</b>	<b>Rechtsprechung</b> .....	1
<b>1.</b>	<b><u>Einsichts- und Auskunftsrecht (Art. 8a SchKG)</u></b>	
1.1.	für Verfahrensbeteiligte nach Abschluss des Konkursverfahrens	
1.1.1.	Entscheid der Aufsichtsbehörde.....	1
1.1.2.	Entscheid des Bundesgerichts.....	3
1.2.	Scheidung als Grund zur Löschung eines ZB nach Art. 153 Abs. 2 SchKG?.....	6
<b>2.</b>	<b><u>Beschwerde (Art. 17 / 20a SchKG, Art. 61 f. GebV SchKG)</u></b>	
2.1.	Sachentscheidungsvoraussetzungen: Antrag, Begründung, praktischer Verfahrenszweck: (siehe unter Ziffer 17.)	
2.2.	Beschwerde oder Einsprache bei Arrest? (siehe unter Ziffer 15.2.)	
2.3.	Bussen und Kosten gegen beschwerdebeklagte Partei? (siehe unter Ziffer 6.2.)	
2.4.	Parteientschädigung bei Mut- oder Böswilligkeit? (siehe unter Ziffer 6.2.)	
2.5.	Zum Umfang der Begründungspflicht (siehe unter Ziffer 14.2.)	

<b>3.</b>	<b><u>Nichtigkeit (Art. 22 SchKG)</u></b>	
3.1.	Bei Fortführung einer Betreuung auf Geld- statt auf Sicherheitsleistung?.....	9
3.2.	Bei Zustellung von Betreuungsurkunden (siehe unter Ziffer 6.2.)	
<b>4.</b>	<b><u>Wiederherstellung (Art. 33 Abs. 4 SchKG)</u></b>	
	Abhängigkeit als unverschuldetes Hindernis? .....	12
<b>5.</b>	<b><u>Betreibungsort am Wohnsitz (Art. 46 Abs. 1 SchKG)</u></b>	
	Örtliche Unzuständigkeit. Einredeverwirkung?.....	15
<b>6.</b>	<b><u>Zustellung von Betreuungsurkunden (Art. 64 f. SchKG)</u></b>	
6.1.	Zustellung am hiesigen Arbeitsort bei auswärtigem Wohnsitz?.....	18
6.2.	Von der Nichtigkeit zur Anfechtbarkeit bei Zustellfehlern.....	19
<b>7.</b>	<b><u>Betreibungsbegehren (Art. 67 SchKG)</u></b>	
	Zur Bedeutung der Wohnortangabe .....	23
<b>8.</b>	<b><u>Kostentragungspflicht des Schuldners (Art. 68 SchKG)</u></b>	
	Bei Einstellung des Konkursverfahrens?.....	25
<b>9.</b>	<b><u>Zahlungsbefehl (Art. 69 SchKG)</u></b>	
	Zulässige zweite Betreuung für identische Forderung?.....	28
<b>10.</b>	<b><u>Rechtsöffnung (Art. 80 ff. SchKG)</u></b>	
	Zeitliche Befristung des Rechtsöffnungsbegehrens (siehe unter Ziffer 11.2.)	

**11. Fortsetzungsbegehren (Art. 88 SchKG)**

- 11.1. Prüfungspflichten des BA, Zustellfiktion bei Zurückbehaltungsauftrag an Post.....30
- 11.2. Zeitliche Befristung des Rechtsöffnungsbegehrens.....32

**12. Pfändbarkeit (Art. 92 f. SchKG)**

- 12.1. Kompetenzqualität von Kultusgegenständen für Familienangehörige trotz Erbschaftsausschlagung?
- 12.1.1. Entscheid der Aufsichtsbehörde.....35
- 12.1.2. Entscheid des Bundesgerichts.....39
- 12.2. Frist zur Anpassung nicht lebensnotwendiger Mietkosten.....40
- 12.3. Freigabe von Post- oder Bankguthaben für Lebensunterhalt trotz Arrest?  
(siehe unter Ziffer 15.3.)

**13. Betreibung auf Pfandverwertung (Art. 153 ff. SchKG)**

- 13.1. Scheidung als Grund zur Löschung eines Zahlungsbefehls an Ehegatten des Betreibungsschuldners? (siehe unter Ziffer 1.2.)
- 13.2. Scheidung als Grund für Verzicht auf Rechtsöffnung bzgl. Rechtsvorschlag des Ehegatten? (siehe unter Ziffer 17.)
- 13.3. Zu Sinn und Zweck von Art. 153a Abs. 1 SchKG (siehe unter Ziffer 11.2.)

<b>14.</b>	<b><u>Summarisches Konkursverfahren (Art. 231 SchKG)</u></b> Zustimmungserfordernis der Gläubiger zum Freihandverkauf? Eingeschränkte Beschlussfassung auf dem Zirkularweg?	
14.1.	Entscheid der Aufsichtsbehörde.....	42
14.2.	Entscheid des Bundesgerichts.....	46
<b>15.</b>	<b><u>Arrest (Art. 271 ff. SchKG)</u></b>	
15.1.	Arrest auf blosse Sicherheitsleistung? (siehe unter Ziffer 3.1.)	
15.2.	Beschwerde oder Einsprache bei Arrest?.....	49
15.3.	Arrestausschluss infolge strafprozessualer Sperrung der Arrestgegenstände?.....	49
	Freigabe von Post- oder Bankguthaben für Lebensunterhalt trotz Arrestnahme?.....	49
<b>16.</b>	<b><u>Retentionsverzeichnis (Art. 283 f. SchKG)</u></b>	
16.1.	Barhinterlage als Befreiung vom Retentionsbeschlagn. Voraussetzungen.....	52
16.2.	Was ist verfallener Jahreszins, was laufender bzw. künftiger Halbjahreszins? Wann ist die Gefährdung der Wegschaffung der Gegenstände glaubhaft zu machen? Wann liegt eine solche Gefährdung vor?	
16.2.1.	Entscheid der Aufsichtsbehörde.....	54
16.2.2.	Entscheid des Bundesgerichts.....	58
<b>17.</b>	<b><u>Amtliche Verwaltung und Bewirtschaftung von Liegenschaften (Art. 17 VZG)</u></b> Zugang zur Liegenschaft ohne Einwilligung des Grundeigentümers?.....	61
<b>C.</b>	<b>Zweijahresstatistik 2002/2003.....</b>	<b>64</b>

## A. Einleitung

Im Berichtsjahr 2003 war bei der Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt eine weitere Abnahme der Gesuche um Wiederherstellung verpasster Rechtsvorschlagsfristen und andererseits eine leichte Zunahme echter Beschwerden festzustellen. Insgesamt hat die Zahl der Eingaben etwas nachgegeben, was jedoch im Rahmen der üblichen Schwankungen liegt, wie sie über längere Zeit betrachtet stets zu beobachten sind. Der Rückgang der Wiederherstellungsgesuche dürfte darauf zurückzuführen sein, dass das Betreibungsamt die Betreuungsschuldner, die ihre Rechtsvorschlagsfristen verpasst haben, auf Veranlassung der Aufsichtsbehörde darauf aufmerksam macht, dass die Entscheide über die Gesuche im Unterschied zu den echten Beschwerden nicht kostenlos sind. Da solche Gesuche meistens nicht die hohen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen, damit sie gutgeheissen werden können, liegt eine Abnahme nicht nur im Interesse der Aufsichtsbehörde, sondern auch der Gesuchsteller und Gesuchstellerinnen, die stattdessen oft wirksamere Rechtsmittel (Klagen nach Art. 85 und 85a SchKG) im Verfahren noch ergreifen können. Für die Statistik wird auf die Tabelle am Ende dieses Berichts verwiesen (S. 64). Von den Beschwerdeentscheiden der Aufsichtsbehörde wurden sechs Fälle von den Beschwerdeführern bzw. Beschwerdeführerinnen an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts weitergezogen. Von fünf vom Bundesgericht bisher beurteilten Fällen wurden vier abgewiesen und einer gutgeheissen, wobei das Bundesgericht in diesem letzten Fall seine bisherige Rechtsprechung, die auch von der Aufsichtsbehörde zur Anwendung gebracht wurde, geändert hat (siehe unter Ziffer 1.1.2., S. 3). Ein sechster Fall ist noch beim Bundesgericht hängig (siehe unter Ziffer 11.1., S. 30).

## B. Rechtsprechung

**1.1.1. Art. 8a Abs. 1 SchKG. Das Einsichtsrecht der am Konkursverfahren Beteiligten erlischt mit dem Ende der Aktenaufbewahrungspflicht des Konkursamtes nach Ablauf von zehn Jahren seit Erledigung des Konkurses (Art. 5 VABK iVm Art. 14 Abs. 1 KOV). Nach Abschluss eines Konkursverfahrens genügt die Beteiligung am Verfahren zur Akteneinsicht nicht mehr in jedem Fall. Erforderlich ist vielmehr ein ausreichendes Interesse, das namentlich dann nicht mehr gegeben ist, falls Ansprüche, die sich aus dem Konkursverfahren ergeben können, verjährt sind.**

Über J. H. wurde am 29. September 1988 der Konkurs eröffnet. Das Verfahren wurde am 22. August 1990 geschlossen. Im März 2003 ist J. H. an das Konkursamt Basel-Stadt mit dem Begehren um Akteneinsicht gelangt. Mit Beschwerde vom 7. März 2003 bei der Aufsichtsbehörde beanstandete J. H., dass sie vom Konkursamt für die Akteneinsicht auf später vertröstet worden sei. Die Beschwerde wurde mit Entscheid vom 27. Juli 2003 abgewiesen, wobei folgendes erwogen wurde:

"1. Zu beurteilen ist eine Rechtsverzögerungsbeschwerde. Im übrigen wirft das Konkursamt die Frage auf, ob die Beschwerdeführerin überhaupt noch Anspruch auf Akteneinsicht habe.

Für letzteres massgebend ist Art. 8a Abs. 1 SchKG. Danach kann jede Person, die ein Interesse glaubhaft macht, die Protokolle und Register der Betreibungs- und Konkursämter einsehen und sich Auszüge daraus geben lassen. Das Einsichtsrecht gilt gleichermassen für Verfahrensbeteiligte und unbeteiligte Dritte. Bei Verfahrensbeteiligten liegt das erforderliche Interesse zunächst bereits in ihrer Beteiligung am Verfahren selber (vgl. SchKG-Peter, Art. 8a N. 5, S. 48). Zudem bezieht sich ihre Einsicht von vornherein auf mehr als nur auf Protokolle und Register (BGE 93/1967 III 7 zum Einsichtsrecht des Konkursgläubigers; vgl. SchKG-Peter, Art. 8a N. 17, S. 53 f.). Beschränkt ist die Akteneinsicht in zeitlicher Hinsicht. Das Einsichtsrecht Dritter erlischt fünf Jahre nach Abschluss des Verfahrens (Art. 8a Abs. 4 SchKG), dasjenige der Verfahrensbeteiligten besteht solange, als die Betreibungs- und Konkursämter zur Aufbewahrung der Akten noch verpflichtet sind (BGE 110/1984 III 51). Nach Art. 5 der Verordnung über die Aufbewahrung der Betreibungs- und Konkursakten (VABK, SR 281.33) in Verbindung mit Art. 14 Abs. 1 der Verordnung des Bundesgerichts über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV, SR 281.32) dürfen die Akten erledigter Konkurse nach Ablauf von zehn Jahren, vom Tage der Erledigung an gerechnet, vernichtet werden.

Bei der Frage bezüglich einer Akteneinsicht nach Abschluss eines Verfahrens erhält das Interesse an dieser Einsicht erhöhtes Gewicht (vgl. Alfred Kölz/Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage 1998, S. 47 Rz. 132 und S. 109 Rz. 299). Als genügend kann nun nicht mehr in jedem Fall die frühere Beteiligung an diesem Verfahren betrachtet werden. Das erforderliche Interesse ist für einen Verfahrensbeteiligten namentlich dann nicht mehr gegeben, falls Ansprüche, die sich aus dem Verfahren ergeben können, bereits verjährt sind, und auch sonst nichts ersichtlich ist, was dieses Interesse noch begründen könnte. Dabei ist auf Art. 6 SchKG hinzuweisen, wonach Schadenersatzforderungen aus einem Verfahren nach SchKG binnen eines Jahres seit Kenntnisnahme des Schadens, jedenfalls aber zehn Jahre nach Eintritt des Schadens [verjähren] (Abs. 1). Längere Fristen gelten für Schadenersatzan-

sprüche, die sich aus strafbaren Handlungen herleiten, für die längere strafrechtliche Verjährungsfristen vorgesehen sind (Art. 6 Abs. 2 SchKG).

Der vorliegend fragliche Konkurs war im Zeitpunkt der Geltendmachung der Akteneinsicht durch die Beschwerdeführerin im vergangenen März schon seit fast 13 Jahren geschlossen. Zudem hat die Staatsanwaltschaft Basel-Stadt mit Beschluss vom 24. März 2003 festgestellt, dass die von der Beschwerdeführerin gegen das Konkursamt Basel-Stadt zur Anzeige gebrachten und behaupteten Delikte spätestens am 22. August 2000 verjährt gewesen wären, weshalb das Strafverfahren eingestellt wurde. Auch sonst ist nicht erkennbar, woraus sich ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Einsicht noch ergeben könnte. Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass einerseits die Aufbewahrungspflicht des Konkursamtes längst abgelaufen ist und andererseits kein Interesse der Beschwerdeführerin an der Einsichtnahme mehr zu erblicken ist. Aus diesem Grund ist ihr Einsichtsrecht als definitiv untergegangen zu betrachten. Daran nichts ändern kann, dass die Akten des strittigen Konkursverfahrens offensichtlich noch vorhanden sind.

Da dort, wo kein Anspruch auf ein Tätigwerden der Verwaltung besteht, dieser bei Untätigkeit auch keine Rechtsverzögerung vorgeworfen werden kann, ist die Beschwerde damit unbegründet und abzuweisen. [...]"

(ABE in Sachen J. H. gegen KA BS vom 27.7.2003; AB 2003/20)

**1.1.2. Art. 8a Abs. 1 und 4 SchKG. Praxisänderung: Der Anspruch auf Akteneinsicht einer Gemeinschuldnerin ist im Einklang mit der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung auszulegen. Der Anspruch ist von der Glaubhaftmachung eines schutzwürdigen Interesses abhängig. Die Absicht, ein Verfahren zur Erlangung eines Ausgleichs, z.B. Schadenersatz, anzustrengen, ist ein solches Interesse. Dabei ist es grundsätzlich nicht Sache der Behörden, anstelle des Betroffenen über den allenfalls einzuschlagenden Weg und die Erfolgchancen zu befinden und die Akteneinsicht davon abhängig zu machen.**

Gegen das vorstehende Urteil der Aufsichtsbehörde unter Ziffer 1.1.1. hat J. H. bei der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts Beschwerde erhoben, die aus folgenden Gründen am 3. Dezember 2003 gutgeheissen wurde:



"1.

Die Aufsichtsbehörde hat im Wesentlichen festgehalten, dass einerseits keine Pflicht des Konkursamtes bestehe, die Akten über den seit fast 13 Jahren geschlossenen Konkurs der Beschwerdeführerin aufzubewahren, und andererseits kein Interesse der Beschwerdeführerin an der Einsichtnahme in die offenbar noch vorhandenen Akten erkennbar sei. Das Recht auf Akteneinsicht der Beschwerdeführerin sei untergegangen, weil die Akten des erledigten Konkurses gemäss Art. 5 der Verordnung des Bundesgerichts über die Aufbewahrung der Betreibungs- und Konkursakten vom 5. Juni 1996 (VABK; SR 281.33) in Verbindung mit Art. 14 Abs. 1 der Verordnung des Bundesgerichts über die Geschäftsführung der Konkursämter vom 5. Juni 1996 (KOV; SR 281.32) nach Ablauf von zehn Jahren vernichtet werden dürfen. Die Aufsichtsbehörde hat geschlossen, dass das Konkursamt mit der Nichtgewährung der Akteneinsicht keine gesetzlich vorgeschriebene Amtshandlung verweigere oder verzögere.

Demgegenüber macht die Beschwerdeführerin geltend, die Frist, innert der um Akteneinsicht ersucht werden könne, sei mehrmals unterbrochen worden, weil laufend und bis noch vor wenigen Monaten Akten ediert worden seien; folglich sei das Recht auf Akteneinsicht nicht verjährt und eine plötzliche Verweigerung rechtsmissbräuchlich. Sodann hätten die meisten, insbesondere strafrechtlichen Verfahren, welche sie (die Beschwerdeführerin) in Gang gesetzt habe, in irgendeinem Zusammenhang mit ihrem Konkurs gestanden; sie brauche (offenbar für einen weiteren Prozess) noch "einige wenige Akten zu einer lückenlosen Beweiskette".

2.

Die Beschwerdeführerin bringt zunächst vor, es sei rechtsmissbräuchlich, wenn das Konkursamt rückwirkend per 22. August 2000 ein Recht auf Akteneinsicht verweigere, obwohl noch bis vor wenigen Monaten Konkursakten herausgegeben worden seien. Soweit sich die Beschwerdeführerin mit diesen Vorbringen darauf beruft, das Konkursamt sei nach dem Grundsatz von Treu und Glauben weiter zur Gewährung der Akteneinsicht verpflichtet, rügt sie eine Verletzung des verfassungsmässigen Anspruchs des Bürgers gegenüber der Verwaltung auf Schutz des berechtigten Vertrauens (Art. 9 BV). Damit kann sie nicht gehört werden, denn im Beschwerdeverfahren gemäss Art. 19 SchKG kann ein Verstoß gegen Normen mit Verfassungsrang nicht gerügt werden (Art. 43 Abs. 1 i.V.m. Art. 81 OG; BGE 122 III 34 E. 1 S. 35).

3.

3.1 Das Konkursverfahren über die Beschwerdeführerin ist nach den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen (Art. 63 Abs. 2 i.V.m. Art. 81 OG) am 22. August 1990 geschlossen worden (vgl. Art. 268 SchKG). Die Akten dieses Konkurses, auf welche sich das Einsichtsgesuch der Beschwerdeführerin bezieht, darf das Konkursamt nach Ablauf von zehn Jahren, vom Tage der Erledigung an gerechnet, vernichten (Art. 5 VABK i.V.m. Art. 14 Abs. 1 KOV). Wenn die Aufsichtsbehörde vor diesem Hintergrund festgehalten hat, die zehnjährige amtliche Aufbewahrungspflicht der Akten des fast seit 13 Jahren geschlossenen Konkurses sei abgelaufen, und

gefolgert hat, die fraglichen Konkursakten seien vernichtbar, ist dies nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführerin geht fehl, soweit sie der Ansicht ist, dass ihre Einsichtnahme in die Akten über den eigenen erledigten Konkurs im Sinne einer "Fristunterbrechung" die amtliche Aufbewahrungsfrist der Akten verlängert habe.

3.2 Das Recht Dritter, in die Protokolle und Register der Betreibungs- und Konkursämter einzusehen und sich Auszüge daraus geben zu lassen, erlischt fünf Jahre nach Abschluss des Verfahrens (Art. 8a Abs. 4 SchKG). Von dieser Regel sind die einstigen Parteien des Zwangsvollstreckungsverfahrens ausgenommen. Hier wird nach der Rechtsprechung das - ein ausgewiesenes Interesse voraussetzende - Einsichtsrecht durch die Dauer der amtlichen Pflicht zur Aufbewahrung der Akten begrenzt (BGE 110 III 49 E. 4 S. 51). Hat das Betreibungs- oder Konkursamt auch nach Ablauf dieser Fristen die Akten noch nicht vernichtet, so ist es ihm nicht verwehrt, auch dann noch Einsichtnahme zu gewähren, allerdings ohne dass der Gesuchsteller einen Anspruch geltend machen kann (BGE 99 III 41 E. 3 S. 45). Mit ihrer Beschwerde wendet sich die Beschwerdeführerin gegen diese von der Aufsichtsbehörde angewendete Regel, wonach kein Anspruch auf Einsicht in die vernichtbaren, aber nicht vernichteten Akten des eigenen Konkurses bestehe.

3.2.1 Die erwähnte Rechtsprechung ist insoweit zu überdenken, als damit ein Anspruch auf Akteneinsicht einstiger Parteien des Zwangsvollstreckungsverfahrens nach Ablauf der amtlichen Aufbewahrungsfrist verneint wird. In der Literatur wird die entsprechende Verbindung von Aufbewahrungsfrist und Einsichtsrecht nicht begründet, wohl aber bestätigt (James T. Peter, in Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, N. 31 zu Art. 8a SchKG; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, N. 59 zu Art. 8a SchKG). Art. 8a Abs. 1 SchKG verankert indessen das Recht, bei vorhandenem Auskunftsinteresse die Protokolle und Register der Betreibungs- und Konkursämter einzusehen und sich Auszüge daraus geben zu lassen. Das Gesetz spricht einzig vom Erlöschen des Einsichtsrechts Dritter (fünf Jahre nach Abschluss des Verfahrens); eine zeitliche Begrenzung des Einsichtsrechts des Schuldners lässt sich dem Wortlaut von Art. 8a Abs. 4 SchKG nicht entnehmen. Im Rahmen der SchKG-Revision beschränkte sich der Bundesrat auf einen Hinweis auf die bisherige Rechtsprechung, indem er in der Botschaft ausführte, das Einsichtsrecht für die einstigen Parteien des Zwangsvollstreckungsverfahrens werde zeitlich durch die amtlichen Aufbewahrungsfristen begrenzt (BBl 1991 III 33). Das Parlament konzentrierte sich auf die Regelung des Einsichtsrechts Dritter, währenddem dasjenige des Schuldners nicht weiter Anlass zur Beratung gab. Demnach hindern weder Wortlaut noch Entstehungsgeschichte daran, Art. 8a SchKG betreffend das Einsichtsrecht des Schuldners im Einklang mit der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung auszulegen (vgl. BGE 128 V 20 E. 3a S. 24). Nach der Rechtsprechung zu Art. 29 Abs. 2 BV kann eine umfassende Wahrung der Rechte gebieten, dass ein Betroffener Akten eines abgeschlossenen Verfahrens einsehe, wobei dieser Anspruch davon abhängig ist, dass der Rechtsuchende ein besonderes schutzwürdiges Interesse glaubhaft machen kann; zudem findet das Akteneinsichtsrecht seine Grenzen an überwiegenden öffentlichen Interessen des

Staates oder an berechtigten Interessen Dritter (BGE 129 I 249 E. 3 S. 253). Betrachtet man Art. 8a Abs. 1 und 4 SchKG unter diesem Gesichtswinkel, erscheint es nicht gerechtfertigt, der Beschwerdeführerin als Gemeinschuldnerin das Recht auf Einsicht in die Akten des erledigten eigenen Konkurses mit dem blossen Argument des Ablaufs der amtlichen Aufbewahrungsfrist bzw. der Vernichtbarkeit der Akten zu verweigern. Vielmehr ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse an der Einsicht in die wohl vernichtbaren, aber vorhandenen Akten hat und (gegebenenfalls) andere Interessen einer Einsicht entgegenstehen.

3.2.2 Die Aufsichtsbehörde hat erwogen, dass allfällige Schadenersatzansprüche nach Art. 6 SchKG verjährt seien und mit Beschluss vom 24. März 2003 der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt festgestellt worden sei, die von der Beschwerdeführerin gegen das Konkursamt zur Anzeige gebrachten und behaupteten Straftaten seien spätestens am 22. August 2000 verjährt, weshalb das Strafverfahren eingestellt worden sei; ein Interesse der Beschwerdeführerin an der Einsicht in die Konkursakten sei nicht ersichtlich. Die Rechtsprechung hat indessen in der Absicht, ein Verfahren zur Erlangung eines Ausgleichs - z.B. im Sinne von Schadenersatz - anzustrengen, ein schutzwürdiges Interesse für die Akteneinsicht erblickt (BGE 129 I 249 E. 5.2 S. 259; vgl. BGE 58 III 118 S. 120). Entgegen der vorinstanzlichen Ansicht ist es grundsätzlich nicht Sache der Behörden, anstelle des Betroffenen über den allenfalls einzuschlagenden Weg und die Erfolgchancen zu befinden und die Akteneinsicht davon abhängig zu machen. Die Aufsichtsbehörde hat demnach der Beschwerdeführerin, die offenbar einen Prozess gegen das Konkursamt bzw. den Kanton anstrengt, zu Unrecht ein schutzwürdiges Interesse an der Akteneinsicht abgesprochen. Im Weiteren werden im angefochtenen Urteil keine öffentlichen Interessen des Staates oder Interessen Dritter genannt, welche einer Einsichtnahme der Beschwerdeführerin in die Akten ihres Konkurses entgegenstehen würden. Vor diesem Hintergrund erweist sich die Beschwerde als begründet, was zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führt, und es bleibt festzustellen, dass die Beschwerdeführerin das Recht hat, beim Konkursamt Einsicht in die vernichtbaren Akten des erledigten Konkurses zu nehmen, solange diese noch vorhanden sind. [...]"

(BGE vom 3.12.2003 in Sachen J. H. gegen AB BS; 7B.214/2003)

- 1.2. **Art. 8a Abs. 3 / Art. 153 Abs. 2 SchKG. Dem Rückzug der Betreuung durch den Gläubiger darf die Bezahlung der Betreuungsforderung durch den Schuldner im Verlaufe des Betreibungsverfahrens nicht gleichgestellt werden. Die Scheidung der Ehegatten im Verlaufe des Verfahrens auf Grundpfandbetreuung gegen den einen Ehegatten ist kein Grund zur Löschung des dem anderen Ehegatten im Falle einer Familienwohnung aufgrund von Art. 153 Abs. 2 SchKG zugestellten Zahlungsbefehls. Pflicht des Betreibungsamts, bei den Betreibungsregisterauszügen darauf zu achten, dass ein Zahlungsbefehl nach Art. 153 Abs. 2 SchKG nicht als Betreuung gegen den betreffenden Ehegatten aufgeführt wird.**

Die von der Bank X. AG eingeleitete Grundpfandbetreibung Nr. 02/16860 betreffend die Liegenschaft W...strasse in Basel, richtete sich gegen deren Eigentümer R. H.. Da die Liegenschaft dem Betreibungsschuldner teilweise als Familienwohnung diente, wurde auch dessen Ehefrau M. H.-B. unter der Nr. 02/16863 gemäss Art. 153 Abs. 2 lit. b SchKG am 15. März 2002 ein Zahlungsbefehl zugestellt. Die Ehe von R. H. und M. H.-B. wurde in der Folge am 18. Mai 2002 geschieden. Am 8. Oktober 2002 teilte das Betreibungsamt R. H. den Eingang des Verwertungsbegehrens mit und zeigte ihm gleichzeitig den Einzug der Mietzinse an. Am 15. Oktober 2002 beschwerte sich M. H.-B. bei der Aufsichtsbehörde mit dem Begehren, die Grundpfandbetreibung Nr. 02/16860 sei wegen Ungültigkeit ebenso aufzuheben wie die Mietzinssperre und das Verwertungsbegehren. Die Beschwerde wurde am 18. November 2002 von der Aufsichtsbehörde abgewiesen (AB 2002/74).

Am 21. Januar 2003 schrieb M. H.-B. an das Betreibungsamt Basel-Stadt mit dem Ersuchen, die gegen sie im Register vorhandene Betreibung aus dem Betreibungsregister zu 'löschen'. Das Betreibungsamt antwortete ihr am 23. Januar 2003, dass es die 'Löschung' der Betreibung Nr. 02/16863 nicht von sich aus vornehmen dürfe.

Mit Beschwerde vom 24. Januar 2003 begehrte M. H.-B., das Betreibungsamt sei anzuweisen, die Grundpfandbetreibung Nr. 02/16860 in ihrem Betreibungsregister zu löschen. Am 6. März 2003 zog die Betreibungsgläubigerin die Betreibung Nr. 02/16860 sowie den Zahlungsbefehl Nr. 02/16863 zurück. In der Folge hat die Aufsichtsbehörde die Beschwerde am 26. März 2003 aus folgenden Erwägungen gutgeheissen:

"[...] b) Einzutreten ist [...] auf das Begehren, das Betreibungsamt sei anzuweisen, den Registereintrag zu löschen. Dabei ist von Art. 8a Abs. 3 SchKG auszugehen, wonach unter bestimmten Voraussetzungen das Betreibungsamt Dritten von einer Betreibung keine Kenntnis gibt. Der vorliegende Fall fällt allerdings unter keine der gesetzlich ausdrücklich normierten Ausnahmen. Namentlich ist die Betreibung nicht nichtig oder aufgrund eines Urteils oder einer Beschwerde aufgehoben worden. Ebensowenig war offenbar die Betreibungsgläubigerin zunächst bereit, die Betreibung gegen die Beschwerdeführerin zurückzuziehen. Fraglich ist einzig, ob der Beschwerdeführerin dennoch ein Recht auf die so verstandene Löschung des sie betreffenden Zahlungsbefehls zusteht.

Aus dem Wortlaut von Art. 8a Abs. 3 SchKG geht nicht hervor, ob es sich bei den Voraussetzungen, die zu einem Ausschluss des Einsichtsrechts Dritter führen, um eine abschliessende Aufzählung handelt. Die Antwort darauf ist daher durch Auslegung zu ermitteln. Aus der Entstehungsgeschichte sowie aus Sinn und Zweck der Vorschrift ergibt sich, dass im Falle von durch Urteil oder Beschwerde aufgehobenen Betreibun-

gen, aus dem Ergebnis des richterlichen bzw. aufsichtsrechtlichen Verfahrens stets hervorgehen muss, dass die Betreibung bei ihrer Einleitung ungerechtfertigt war (BGE 125 III 336). Dasselbe gilt selbstverständlich auch bei einer nichtigen Betreibung. In all diesen Fällen handelt es sich damit um schon zu Beginn zu Unrecht angehobene Betreibungen. Daneben ist Dritten bei der Einsicht ins Betreibungsregister keine Kenntnis von einer Betreibung zu geben, falls entweder der Betreibungsschuldner mit einer Rückforderungsklage obsiegt hat oder falls der Betreibungsgläubiger die Betreibung zurückzieht. Dieser letzten Variante darf, wie die Materialien zeigen, aber nicht der Fall gleichgestellt werden, dass der Betreibungsschuldner die Forderung im Laufe des Verfahrens bezahlt hat. Es ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber die Aufzählung der Gründe für einen Ausschluss von der Einsicht ins Register in Art. 8a SchKG bewusst so gewählt hat, obwohl sie in einzelnen Fällen nicht gänzlich zu befriedigen vermag (BISchK 2000 S. 89). Dabei hätte der Zweck, den die Vorschrift verfolgt, durchaus einen weiteren Anwendungsbereich rechtfertigen können. Hinter der Auskunftsverweigerung steht der Zweck, Auskünfte zu verhindern, die keinen genügenden Rückschluss auf die Kreditwürdigkeit des Betriebenen zulassen (SchKG-Peter, Art. 8a N. 18).

c) Ein Zahlungsbefehl, der dem Ehegatten des Betreibungsschuldners im Rahmen einer Grundpfandbetreibung zuzustellen ist, soll, falls davon die Familienwohnung betroffen ist (Art. 153 Abs. 2 SchKG), diesem ermöglichen, sich selbständig gegen die Betreibung zur Wehr zu setzen (SchKG-Bernheim/Känzig, Art. 153 N. 1), um den Erhalt der Wohnung für die Familie nach Möglichkeit sicherzustellen. Dazu steht dem Ehegatten wie dem Betreibungsschuldner selber der Rechtsvorschlag zu (Art. 153 Abs. 2 SchKG). Falls die Ehe in der Folge getrennt wird, so verliert der am Grundstück nicht selber berechnigte Ehegatte die Aktivlegitimation an einer allfälligen Aberkennungsklage. Ebenso werden in einem solchen Fall die gegen diesen Ehegatten geführten Anerkennungsklage oder Rechtsöffnungsverfahren gegenstandslos (SchKG-Bernheim/Känzig, Art. 153 N. 65). Dies gilt um so mehr, falls die Ehe des Betreibungsschuldners im Verlauf des Betreibungsverfahrens geschieden wird. Daraus ergibt sich, dass in diesen Fällen der Sinn, weshalb der Zahlungsbefehl auch dem Ehegatten des Betreibungsschuldners zuzustellen war, nachträglich dahinfällt. Ein solcher Fall berechtigt jedoch nach den in Art. 8a SchKG aufgezählten Gründen nicht zur Verweigerung der Einsicht ins Betreibungsregister, auch wenn der Einsicht nehmende Dritte aus einem Zahlungsbefehl nach Art. 153 SchKG nicht auf die Kreditwürdigkeit des Ehegatten schließen können und dürfen. Hinzu kommt, dass, wie das Betreibungsamt zu Recht geltend macht, im Betreibungsregister auf die Besonderheit dieses Zahlungsbefehls hingewiesen wird. Diese Information wird damit auch auf den Betreibungsregisterauszügen erscheinen. Zudem hat das Betreibungsamt darauf zu achten, dass in den (einfachen) Betreibungsregisterauszügen bezüglich des Ehegatten eines Betreibungsschuldners ein solcher Zahlungsbefehl nicht als Betreibung gegen diesen aufgeführt wird. Auf diese Weise

wird der Dritte in die Lage versetzt, die Tragweite eines solchen Zahlungsbefehls zu erfassen, was genügen muss.

Diese Erwägungen müssten an sich zur Abweisung der Beschwerde führen. Im Nachgang zur Beschlussfassung der Aufsichtsbehörde hat die Betreuungsgläubigerin am 6. März 2003 jedoch sowohl die Grundpfandbetreibung Nr. 02/16860 als auch den Zahlungsbefehl Nr. 02/16863 gegen die Beschwerdeführerin zurückgezogen, weshalb dem Lösungsantrag in Gutheissung der Beschwerde dennoch stattzugeben ist.[...]"

(ABE vom 6.3.2003 in Sachen M. H.-B. gegen BA BS; AB 2003/6)

## 2. **Beschwerde (Art. 17 / 20a SchKG, Art. 61 f. GebV SchKG)**

2.1. **Sachentscheidungs Voraussetzungen:  
Antrag, Begründung, praktischer Verfahrenszweck**  
(siehe unter Ziffer 17., S. 61)

2.2. **Beschwerde oder Einsprache bei Arrest?**  
(siehe unter Ziffer 15.2., S. 49)

2.3. **Bussen und Kosten gegen beschwerdebeklagte Partei?**  
(siehe unter Ziffer 6.2., S. 19)

2.4. **Parteientschädigung bei Mut- oder Böswilligkeit?**  
(siehe unter Ziffer 6.2., S. 19)

2.5. **Zum Umfang der Begründungspflicht**  
(siehe unter Ziffer 14.2., S. 46)

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

3.1. **Art. 22 Abs. 1 / Art 38 Abs. 2 SchKG. Die Fortführung einer Betreibung auf Pfändung statt auf Konkurs und umgekehrt führt zur Nichtigkeit der betreffenden Verfahrensschritte. Das Gleiche gilt bei Fortsetzung einer Betreibung auf Sicherheitsleistung als Betreibung auf Geldleistung.**  
**Art. 38 Abs. 1 / Art. 271 SchKG. Ein Arrest ist auch bloss auf Sicherheitsleistung, nicht nur auf Zahlung möglich.**

Mit Arrestbefehl Nr. 2002/135 vom 26. Juli 2002, Arrestgläubigerin C. F., Arrestschuldner Dr. A. K., beauftragte der Arrestrichter Basel-Stadt das Betreibungsamt mit der Verarrestierung einer Forderung des Arrestschuldners. Als Forderungssumme wurden Fr. 408'700.-- genannt, als Forderungsurkunde ein Scheidungsurteil vom 26. September 2000 und als Forderungsgrund Sicherheit für zukünftige Unterhaltsbeiträge gemäss Art. 132 Abs. 2 ZGB. Auf Arresteinsprache von Dr. A. K. hin bestätigte der Arrestrichter den Arrestbefehl am 20. August 2002 für den Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG.

Zur Prosekution des von ihr begehrten Arrests stellte C. F. gegen den Arrestschuldner Dr. A. K. am 26. August 2002 das Betreibungsbegehren. Als Forderungssumme wurde darin "Sicherstellung von Fr. 408'700.--" und als Forderungsurkunde "Scheidungsurteil vom 26. September 2000; Sicherheit für zukünftige Unterhaltsbeiträge gem. Art. 132 Abs. 2 ZGB" genannt. Darauf erliess das Betreibungsamt am 19. September 2002 einen Zahlungsbefehl (Nr. 02/44124) für die ordentliche Betreibung auf Pfändung oder Konkurs für eine Forderung von Fr. 408'700.--. Als Forderungsurkunde wurde die Bezeichnung aus dem Betreibungsbegehren wörtlich übernommen. Nachdem der Betreibungsschuldner keinen Rechtsvorschlag erhoben hatte, stellte die Betreibungsgläubigerin am 28. Oktober 2002 das Fortsetzungsbegehren. Als Forderung führte sie wie im Betreibungsbegehren auf: "Sicherstellung von Fr. 408'700.--". Mit Brief vom 9. Dezember 2002 wandte sich der Vertreter des Betreibungsschuldners an das Betreibungsamt. Er verwies auf ein vorgängiges Telefongespräch und ersuchte das Betreibungsamt um schriftliche Bestätigung, dass es im Betreibungsverfahren Nr. 02/44124 zu keiner Auszahlung an die Betreibungsgläubigerin komme, da es sich um eine Betreibung auf Sicherstellung handle. Darauf antwortete das Betreibungsamt mit Verfügung vom 12. Dezember 2002, dass der Zahlungsbefehl vom 19. September 2002 auf Geldzahlung an den Betreibungsgläubiger laute und dieser, nachdem dagegen keine Beschwerde erhoben worden sei, rechtskräftig sei. Es werde deshalb nach erfolgter Pfändung und Ablauf der Teilnahmefrist den gepfändeten Barbetrag abrechnen und die Auszahlung des Nettoergebnisses an die Betreibungsgläubigerin veranlassen.

Mit Beschwerde vom 20. Dezember 2002 begehrte Dr. A. K., es sei die Verfügung des Betreibungsamtes vom 12. Dezember 2002 aufzuheben und die Nichtigkeit des Zahlungsbefehls und des Fortsetzungsbegehrens in Betreibung Nr. 02/44124 festzustellen. Zur Begründung führt er im wesentlichen aus, gemäss Art. 69 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG habe der Zahlungsbefehl genau die Angaben des Betreibungsbegehrens zu enthalten. Das Betreibungsamt dürfe von sich aus keine Änderungen am Betreibungsbegehren vornehmen. Vorliegend habe das Betreibungsamt aber selbständig ein klares Begehren der Betreibungsgläubigerin auf Sicherstellung eigenmächtig in ein Begehren auf Zahlung umgewandelt. Dies sei offensichtlich unzulässig und führe als gravierender Ver-

fahremangel zur Nichtigkeit des Zahlungsbefehls und damit auch des bereits gestellten Fortsetzungsbegehrens. Die Aufsichtsbehörde hat die Beschwerde am 11. Februar 2003 aus folgenden Erwägungen gutgeheissen:

"Gegen Verfügungen des Betreibungsamts kann innert zehn Tagen seit deren Kenntnisnahme Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde geführt werden (Art. 17 Abs. 2 SchKG). Verstossen Verfügungen gegen Vorschriften, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind, so sind sie nichtig. Unabhängig davon, ob dagegen Beschwerde geführt worden ist, stellen die Aufsichtsbehörden von Amtes wegen die Nichtigkeit einer Verfügung fest (Art. 22 Abs. 1 SchKG).

Vorliegend hat die Beschwerdegegnerin am 26. August 2002 beim Betreibungsamt Basel-Stadt die Einleitung einer Betreibung auf Sicherheitsleistung über Fr. 408'700.-- gegen den Beschwerdeführer begehrt. Das Betreibungsamt hat in der Folge einen Zahlungsbefehl für die ordentliche Betreibung auf Pfändung oder Konkurs über diesen Betrag erlassen und dem Beschwerdeführer zugestellt, ohne dass darauf vermerkt war, dass es sich um eine Betreibung auf Sicherheitsleistung handelt. Nachdem der Beschwerdeführer weder Recht vorgeschlagen noch sich dagegen mittels Beschwerde gewehrt hatte, gelangte die Beschwerdegegnerin am 28. Oktober 2002 erneut an das Betreibungsamt, nunmehr mit dem Begehren um Fortsetzung der Betreibung. Wiederum hat sie dabei die Sicherstellung der erwähnten Geldsumme verlangt. Es ergibt sich daraus, dass die Beschwerdegegnerin jeweils und eindeutig nicht die Betreibung auf Zahlung, sondern eine solche auf Sicherstellung geltend gemacht hat. Die vom Betreibungsamt stattdessen durchgeführte Betreibung auf Leistung steht dazu eindeutig in Widerspruch und verletzt damit Vorschriften, die im öffentlichen Interesse geschaffen worden sind. Gleichermassen hat das Bundesgericht dort entschieden, wo die Fortführung einer Betreibung auf dem Weg der Pfändung statt auf Konkurs und umgekehrt stattfindet (BGE 120 III 106). Die vorliegende Konstellation ist mit jener Situation vergleichbar und führt ebenfalls zur Nichtigkeit der betreffenden Verfahrensschritte. Aus diesem Grund ist festzustellen, dass in der Betreibung Nr. 02744124 der Zahlungsbefehl sowie alle nachfolgenden Betreibungsurkunden und Amtshandlungen keine Wirkung entfalten konnten.

Unter diesen Umständen läuft der Einwand einer verspäteten Beschwerde ins Leere. Davon abgesehen könnte einem Betreibungsschuldner, der nur den Zahlungsbefehl kennt, ohnehin nicht vorgehalten werden, er hätte um dessen Widerspruch zum Betreibungsbegehren wissen müssen. Ebenfalls keine Rolle spielen kann ferner, dass die Beschwerdegegnerin gegen die Durchführung einer Betreibung auf Zahlung heute offensichtlich nichts mehr einzuwenden hätte. Sie geht dabei insbesondere in der Annahme fehl, dass die Betreibung auf Sicherheitsleistung wie jene auf Zahlung letztlich zur Lei-



stungsvornahme an den Gläubiger führt. Dafür wäre vielmehr nach der Sicherstellung des Geldbetrages die Einleitung einer Betreibung auf Zahlung notwendig. Weiter war das Betreibungsamt auch nicht aufgrund des von der Beschwerdegegnerin vorgängig zur Betreibung erwirkten Arrestbefehles zur Durchführung einer Betreibung auf Zahlung anstatt auf Sicherheitsleistung berechtigt. Aus dem Arrestbefehl geht unter der Rubrik Forderungsurkunde bzw. Grund der Forderung das Scheidungsurteil bzw. die Sicherstellung von künftigen Unterhaltsbeiträgen gemäss Art. 132 Abs. 2 ZGB hervor. Nach dieser Gesetzesbestimmung kann eine Person, die im Rahmen eines Scheidungsurteils zu Unterhaltsleistungen verpflichtet worden ist, die Erfüllung dieser Pflicht aber beharrlich verweigert oder Anstalten zur Flucht trifft, zur Leistung angemessener Sicherheit für künftige Unterhaltsbeiträge angehalten werden. Dazu dient im Sinne einer vorsorglichen Massnahme bei Vorliegen von Arrestgründen die Arrestnahme beim Unterhaltspflichtigen (Thomas Sutter / Dieter Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Art. 132 ZGB N. 41; PraxKomm/Schwenzer, Art. 132 ZGB N. 14). Insbesondere muss der Arrest ganz allgemein auch bloss auf eine Sicherheitsleistung, nicht nur auf Zahlung möglich sein (SchKG-Acocella, Art. 38 N. 19 S. 290 mit Hinweisen). Aus diesem Grund hat die Beschwerdegegnerin hier zunächst Arrest genommen, um diesen danach mittels Betreibung auf Sicherheitsleistung zu prosequieren. Dies ist zulässig und daher nicht zu beanstanden.

Mit der Feststellung der Nichtigkeit des Zahlungsbefehls ist das Betreibungsamt Basel-Stadt auch anzuweisen, dem Beschwerdeführer gegenüber einen neuen Zahlungsbefehl, dieses Mal auf Sicherheitsleistung, auszustellen. [...]"

(ABE vom 11.2.2003 in Sachen Dr. A. K. gegen C. F. und BA BS; AB 2002/93)

### **3.2. Nichtige Zustellung von Betreibungsurkunden (Art. 64 f. SchKG)** (siehe unter Ziffer 6.2., S. 19)

## **4. Wiederherstellung (Art. 33 Abs. 4 SchKG)**

**Art. 33 Abs. 4, Art. 74 SchKG. Kein unverschuldetes Hindernis zur Wiederherstellung einer verpassten Rechtsvorschlagsfrist liegt grundsätzlich dann vor, wenn die von Gesetzes wegen zum Empfang von Betreibungsurkunden berechnete Person diese nicht an den Adressaten weiterleitet. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wurde bejaht bei einem volljährigen, aber lernbehinderten Schuldner, der die meiste Zeit auswärts in einer Wohnschule verbrachte. Seine Mutter tätigte bei Versandhäusern auf sei-**

**nen Namen, aber ohne sein Wissen Bestellungen, die zu den Zahlungsbefehlen führten.**

Das Betreibungsamt hat am 22. Oktober 2002, 4. Dezember 2002 und am 13. Januar 2003 vier Zahlungsbefehle betreffend den volljährigen Betreibungsschuldner M. H. dessen Mutter, die an der gleichen Adresse gemeldet und wohnhaft ist, durch die Kantonspolizei aushändigen lassen. Nachdem in allen Betreibungen kein Rechtsvorschlag erhoben wurde, beehrten die Betreibungsgläubigerinnen deren Fortsetzung. In der Folge ergab sich, dass sich M. H. seit längerem in einer Wohnschule in Spiez aufhielt. Darauf beauftragte das Betreibungsamt requisitorisch das Betreibungsamt Berner Oberland mit der Pfändungsvornahme. Dieses stellte die vier Pfändungsankündigungen dem Betreibungsschuldner am 20. Mai 2003 zu.

Mit Beschwerde vom 29. Mai 2003 beehrte M. H., die Zustellung der Zahlungsbefehle ebenso wie die Pfändungsankündigungen in den genannten Betreibungen seien aufzuheben bzw. die Rechtsvorschlagsfristen wiederherzustellen. Zur Begründung führte er aus, seine Mutter habe ihm am 12./13. April 2003 ein Schreiben der Kantonspolizei übergeben und gleichzeitig gesagt, sie habe einige Sachen auf seinen Namen bestellt und könne diese nicht bezahlen. Er habe den Vorführungsbefehl der Polizei seiner Bezugsperson in der Wohnschule gezeigt. Am 20. Mai 2003 habe er die Pfändungsankündigungen des Betreibungsamts Berner Oberland erhalten. Mit vom Beschwerdeführer mitunterzeichnetem Brief bestätigte die Wohnschule am 27. Mai 2003 diesen Sachverhalt. Sie erklärte, dass dieser sich seit August 2002 dort aufhalte. Die Zahlungsbefehle seien gemäss Aussage des Beschwerdeführers von seiner Mutter entgegengenommen, aber nie an ihn weitergeleitet worden. Mit Entscheid vom 2. Juli 2003 hat die Aufsichtsbehörde die Eingabe von M. H. als Beschwerde abgewiesen, hingegen als Wiedereinsetzungsgesuch gutgeheissen, wobei es folgendes erwogen hat:

"Die vorliegende Eingabe von M. H. enthält Vorbringen, die einerseits im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens und andererseits im Rahmen eines Gesuchs um Wiederherstellung der verpassten Rechtsvorschlagsfristen zu beurteilen sind.

a) Im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens ist zu untersuchen, ob im Zuge der fraglichen vier Betreibungsverfahren betreibungsrechtliche Vorschriften verletzt worden sind. Natürliche Personen sind an ihrem Wohnsitz zu betreiben (Art. 46 SchKG). Dieser bestimmt sich nach den Regeln des Zivilgesetzbuchs. Nach Art. 23 ZGB ist der Wohnsitz jener Ort, wo sich die betreffende Person mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält. Obwohl der Beschwerdeführer sich unter der Woche in der Wohnschule [...] in Spiez aufhält, so hat er seinen Wohnsitz weiterhin im Haushalt seiner Mutter in Basel (Art. 26 ZGB). Ferner sind die Betreibungsurkunden den natürlichen Personen als

Schuldner in deren Wohnung oder am Ort, wo sie ihren Beruf auszuüben pflegen, zustellen. Werden sie dort nicht angetroffen, so kann die Zustellung der Betreibungsurkunden an eine zu ihrer Haushaltung gehörende erwachsene Person erfolgen (Art. 64 SchKG). Dies ist vorliegend geschehen, indem die Zahlungsbefehle jeweils der Mutter des mündigen Beschwerdeführers ausgehändigt wurden. In diesem Zeitpunkt der Übergabe begann deshalb die Frist zu laufen, um dagegen Recht vorzuschlagen. Insbesondere kommt es im Falle, dass die Zustellvorschriften erfüllt sind, nicht darauf an, dass der Betreibungsschuldner von der Betreibungsurkunde tatsächlich Kenntnis nimmt, sondern es genügt, dass er aufgrund der Umstände dazu in der Lage ist und in seiner Abwesenheit alles vorzukehren hat, damit er umgehend von eingehenden Betreibungsurkunden unterrichtet wird. Aus diesen Grund erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist daher abzuweisen.

b) 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 Rechtshandlung bei der zuständigen Behörde, hier dem Betreibungsamt, nachzuholen (Art. 74, 33 Abs. 4 SchKG).

Grundsätzlich kann der Umstand, dass einem Betreibungsschuldner Betreibungsurkunden nicht ihm, sondern einer zum Empfang von Gesetzes wegen berechtigten Person ausgehändigt werden, die diese dann nicht an ihn weiterleitet, nicht als unverschuldetes Hindernis angesehen werden. Ein Betreibungsschuldner hat nämlich diejenigen Personen, die in seiner Abwesenheit für ihn die Post entgegennehmen dürfen, soweit zu instruieren, dass ihm die eingehenden Briefe weitergeleitet werden. Der vorliegende Fall enthält hingegen Besonderheiten, die eine Ausnahme von diesem Grundsatz erlauben. Es ist davon auszugehen, dass offenbar die Mutter des Gesuchstellers auf dessen Namen und Rechnung, aber ohne dessen Wissen verschiedene Bestellungen bei Firmen vorgenommen hat, für die der Gesuchsteller, weil die Rechnungen unbezahlt blieben, betrieben worden ist. Zu berücksichtigen ist dabei, dass der Gesuchsteller sich die meiste Zeit in einer Wohnschule für junge lernbehinderte Erwachsene in Spiez/Kanton Bern aufhält. Unter diesen speziellen Verhältnissen kann ihm nicht vorgehalten werden, er hätte seine Mutter für die Zeit seiner Abwesenheit hinsichtlich der eintreffenden, für ihn bestimmten Post angemessen anleiten müssen. Vielmehr befindet sich der Gesuchsteller in einem Abhängigkeitsverhältnis zu seiner Mutter und dürfte ihr unterlegen sein, so dass eine solche Anleitung praktisch gar nicht hätte stattfinden können. Zudem wäre eine solche Instruktion wohl auch nutzlos gewesen, weil die Mutter des Gesuchstellers alles Interesse daran haben musste, die Betreibungen vor ihm geheimzuhalten. Sie entschloss sich offensichtlich erst zur Information ihres Sohnes, als ein Schreiben der Kantonspolizei bezüglich polizeilicher Vorführung vorlag. Der Gesuchsteller erfuhr davon am

14. April 2003 und berichtete darüber den Verantwortlichen der Wohnschule, die sich mit Schreiben vom 15. April 2003 an das Betreibungsamt Basel-Stadt wandten. Obwohl dieses Schreiben beim Betreibungsamt nie eingetroffen ist, ergibt sich daraus der unmissverständliche Wille, den Betreibungen den Umstand entgegenzuhalten, dass nicht der Gesuchsteller, sondern dessen Mutter in fremden Namen Bestellungen getätigt hat. Dieser Wille wurde im vorliegenden Gesuch, das im Anschluss an die Zustellung der Pfändungsankündigungen eingereicht wurde, wiederholt. Es ist darin die Nachholung der zunächst verpassten Rechtsvorschläge zu erblicken. Unter den gegebenen Verhältnissen ist die in Art. 33 Abs. 4 SchKG festgesetzte Frist als gewahrt zu betrachten.

Diese Erwägungen führen in Gutheissung des Gesuchs zur Feststellung, dass in den Betreibungen Nrn. [...]gültig Rechtsvorschlag erhoben wurde. Das Betreibungsamt ist anzuweisen, die entsprechenden Eintragungen vorzunehmen. [...]"

(ABE vom 2.7.2003 in Sachen M. H. gegen X. AG et al. und BA BS; AB 2003/40)

5. **Betreibungsort am Wohnsitz (Art. 46 Abs. 1 SchKG)**

**Die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit kann nicht verwirken. Falls sie gegen den Zahlungsbefehl nicht vorgebracht wurde, kann sie gegen die Fortsetzung der Betreibung eingewendet werden. Das Betreibungsamt ist nicht zur Abklärung darüber verpflichtet, welches andere Betreibungsamt zuständig sein könnte. Eine Pflicht zur Überweisung eines Fortsetzungsbegehrens an ein zuständiges Betreibungsamt besteht nur, falls der Wille der Betreibungsgläubigerin erkennbar darauf ausgerichtet ist, die Betreibung, falls sie in Basel nicht möglich ist, an einem anderen Ort durchführen zu lassen.**

In Betreibung Nr. 03/33770 gegen S. S. wurde der Zahlungsbefehl am X...ring 169 Basel an Frau S. am 2. Juli 2003 zugestellt. Es wurde Rechtsvorschlag erhoben. Das darauf von der Betreibungsgläubigerin I. AG eingeleitete Rechtsöffnungsverfahren wurde durch den Rückzug des Rechtsvorschlags durch den Betreibungsschuldner beendet. Am 26. September 2003 stellte die Betreibungsgläubigerin das Fortsetzungsbegehren. Am 21. Oktober 2003 wies das Betreibungsamt dieses zurück mit der Bemerkung, gemäss Auskunft des Pfändungsdienstes wohne der Betreibungsschuldner nicht in Basel. Am X...ring 169 sei nur sein Arbeitsort. Die genaue Adresse könne nicht eruiert werden. Am 24. Oktober 2003 reichte die Betreibungsgläubigerin erneut das Fortsetzungsbegehren ein mit Hinweis auf Art. 48 und 64 SchKG. Gleichzeitig schrieb sie, S. S. habe ihr mitgeteilt, dass er in Goldach gemeldet sei und ihr zum Beleg eine aktuelle Pfändungsurkunde gefaxt. Es handle sich aber dabei ebenfalls wie bei der Basler Adresse nur um

eine Deckadresse. In Wirklichkeit wohne er in Bartenheim (Frankreich). Das Betreibungsamt wies auch dieses Fortsetzungsbegehren am 11. November 2003 zurück mit der Begründung, der Betreuungsschuldner wohne nicht in Basel, hier sei lediglich sein Arbeitsort.

Mit Beschwerde vom 20. November 2003 beehrte die I. AG, das Betreibungsamt habe die Pfändung in Betreuung Nr. 03/33770 aufgrund ihres Fortsetzungsbegehrens vom 24. Oktober 2003 zu vollziehen. Die ihr wegen der Rückweisung entstandenen Kosten seien zurückzuerstatten. Zur Begründung führte sie im wesentlichen aus, aus einer Auskunft der Gemeinde Bartenheim (Frankreich) gehe hervor, dass der Betreuungsschuldner dort seinen Zweitwohnsitz habe und von Basel zugezogen sei. Sie habe ihn deshalb in Basel betrieben. Gegen den Zahlungsbefehl habe er nie die Unzuständigkeitseinrede erhoben. Erstmals am 21. Oktober 2003 habe das Betreibungsamt die Rückweisung ihres Fortsetzungsbegehrens vom 26. September 2003 mit der Begründung verfügt, es handle sich bei der Adresse am X...ring 169 in Basel lediglich um den Arbeitsort des Betreuungsschuldners, er wohne nicht in Basel. Der Betreuungsschuldner habe die Einrede der Unzuständigkeit verwirkt, da er sie im Zahlungsbefehlsverfahren nicht geltend gemacht habe. Die Wohnung des Betreuungsschuldners und seine Arbeitsstätte seien gleichrangige Zustelldomizile, weshalb das Betreibungsamt Basel-Stadt das Fortsetzungsbegehren zu behandeln habe. Am 22. Dezember 2003 hat die Aufsichtsbehörde die Beschwerde aus folgenden Gründen abgewiesen:

"Die betriebsrechtliche Beschwerde nach Art. 17 SchKG ist binnen zehn Tagen seit Kenntnisnahme der angefochtenen Verfügung bei der Aufsichtsbehörde einzureichen. Anderenfalls kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden, es sei denn, es handle sich um eine nichtige Verfügung. Die Nichtigkeit einer Verfügung ist nämlich unabhängig davon, ob eine Beschwerde geführt wird oder nicht, und damit von Amtes wegen zu beachten (Art. 22 SchKG). [...] Das Betreibungsamt hat im zu beurteilenden Sachverhalt zwei Fortsetzungsbegehren der Beschwerdeführerin durch Verfügungen vom 21. Oktober 2003 sowie vom 11. November 2003 zurückgewiesen, weil der Betreuungsschuldner nicht in Basel wohne. Die von der Beschwerdeführerin dagegen am 20. November 2003 erhobene Beschwerde erweist sich mit Bezug auf die zweite dieser Rückweisungsverfügungen als rechtzeitig eingereicht, weshalb darauf einzutreten ist.

Nach Art. 46 Abs. 1 SchKG ist eine natürliche Person an deren Wohnsitz zu betreiben. Sofern der Wohnsitz oder ein anderer nach SchKG zulässiger Ort zur Einleitung eines Betreibungsverfahrens gegeben ist, können die erforderlichen Betreuungsurkunden in der Wohnung oder am Arbeitsplatz dieser Person zugestellt werden (Art. 64 Abs. 1 SchKG). Diese beiden Fragen - des Betreibungsorts einerseits und des Zustellungsorts andererseits - dürfen jedoch nicht miteinander vermischt werden. Es stellt sich deshalb hier einzig die Frage, ob der Betreuungsschuldner im Kanton Basel-Stadt Wohnsitz hat

oder nicht. Dabei geht die Beschwerdeführerin aufgrund einer Auskunft der Gemeinde Bartenheim in Frankreich davon aus, dass der Beschwerdegegner hier einen Erstwohnsitz und dort einen Zweitwohnsitz unterhält. Andererseits haben die Erkundigungen des Betreibungsamts ergeben, dass der Betreuungsschuldner im Kanton Basel-Stadt lediglich arbeitet, aber keinen Wohnsitz führt. Darunter ist nach Art. 23 ZGB ein tatsächlicher Aufenthalt einer Person an einem bestimmten Ort in der Absicht zu verstehen, dort auf Dauer zu verbleiben und damit ihren Lebensmittelpunkt zu begründen. Hierzu fehlen für Basel-Stadt als Wohnsitz des Beschwerdegegners ausreichende Anhaltspunkte. Festzustellen ist, dass der Betreuungsschuldner weder jetzt noch früher bei der Einwohnerkontrolle in Basel-Stadt angemeldet ist und war. Bekannt ist einzig, dass er am X...ring 169 in Basel in den Räumlichkeiten der C. AG arbeitet. Auch sonst ist daneben nichts ersichtlich, was zur Annahme eines Wohnsitzes in Basel-Stadt berechtigen und hinreichen könnte. Aus diesem Grund sind die Voraussetzungen zur Führung eines Betreibungsverfahrens in Anwendung von Art. 46 Abs. 1 SchKG nicht gegeben.

Daran nichts ändern kann, dass der Zahlungsbefehl dem Betreuungsschuldner an dessen Arbeitsort ausgehändigt und dieser damals gegen die Führung des Betreibungsverfahrens in Basel-Stadt nicht Beschwerde erhoben hatte. Mangels Beschwerde blieb und bleibt dieser Zahlungsbefehl zwar trotz Unzuständigkeit des Betreibungsamts Basel-Stadt gültig. Hingegen wurde und wird dadurch kein Betreibungsort für die Fortsetzung des Betreibungsverfahrens begründet (SchKG-Schmid, Art. 46 N. 8, S. 353). Entsprechend kann auch die Einrede des Betreuungsschuldners, dass das Betreibungsamt örtlich nicht zuständig ist, nicht verwirken (SchKG-Schmid, Art. 46 N. 8 mit Hinweis, S. 353). Damit übereinstimmend hat das Betreibungsamt auch in diesem Verfahrensstadium seine Zuständigkeit von Amtes wegen erneut zu prüfen. Immerhin kann ein unwidersprochener Zahlungsbefehl aber Grundlage für ein Fortsetzungsbegehren beim zuständigen Betreibungsamt sein (BGE 68/1942 III 150). Welches andere Betreibungsamt vorliegend zur Durchführung des Betreibungsverfahrens kompetent sein könnte, ist nicht sicher. Nach den Abklärungen des Betreibungsamts ist der Betreuungsschuldner in Goldach gemeldet. Dies weiter abzuklären ist nicht Sache des Betreibungsamts oder der Aufsichtsbehörde, sondern der Beschwerdeführerin. Ebenso wenig käme es in Frage, dass das Fortsetzungsbegehren von Amtes wegen dorthin zu überweisen wäre, was die Beschwerdeführerin allerdings auch nicht geltend macht. Erforderlich dazu wäre denn, dass der Wille der Beschwerdeführerin erkennbar darauf ausgerichtet wäre, die Betreibung, falls sie in Basel nicht möglich ist, an einem anderen Ort durchführen zu lassen (AB 2002/26 S. 3). Eine solche Absicht geht nirgends hervor. Im Gegenteil bezeichnet die Beschwerdeführerin in ihrem Schreiben vom 24. Oktober 2003 an das Betreibungsamt die Adresse in Goldach als eine blosse Deckadresse des Beschwerdegegners. [...]"

(ABE vom 22.12.2003 in Sachen I. AG gegen S. S. und BA BS; AB 2003/88)

## 6. Zustellung von Betreibungsurkunden (Art. 64 f. SchKG)

### 6.1. Art. 64 Abs. 1 SchKG. Der Arbeitsplatz des Betreibungsschuldners kommt auch dann als Zustellort in Frage, wenn dieser mit Wohnsitz ausserhalb von Basel sich zur Verrichtung der Arbeit am Betreibungsort – einer Grundpfandbetreibung - in Basel aufhält.

Mit Betreibungsbegehren vom 3. März 2003 stellte die Betreibungsgläubigerin C. S. das Begehren auf Grundpfandbetreibung gegen F. V., F...strasse 22 in Basel. Das Betreibungsamt stellte am 6. März 2003 einen entsprechenden Zahlungsbefehl unter Nr. G 03/17383 aus. Der Zahlungsbefehl wurde am 18. März 2003 an Frau S. B. zugestellt. Mit Brief vom 20. März 2003 erhob F. V. vorsorglich Rechtsvorschlag und machte geltend, der Zahlungsbefehl sei an seinem Arbeitsort zugestellt worden. Diese Zustellung sei nichtig, da er in Birsfelden wohne. Am 25. März 2003 antwortete das Betreibungsamt F. V. unter Hinweis auf Art. 51 Abs. 2 und 64 Abs. 1 SchKG, die Zustellung in Basel an der von der Betreibungsgläubigerin angegebenen Adresse sei rechtsgültig. Sein Rechtsvorschlag sei protokolliert worden. Gleichzeitig wies es ihn auf das Recht zur Beschwerdeführung hin.

Mit Beschwerde vom 3. April 2003 begehrt F. V. die Aufhebung des Zahlungsbefehls. Er macht wie schon gegenüber dem Betreibungsamt zur Begründung geltend, er habe seinen Wohnsitz in Birsfelden und damit nicht im Betreibungskreis Basel-Stadt. Die Aufsichtsbehörde hat die Beschwerde am 15. Mai 2003 aus folgenden Gründen abgewiesen:

"Vorliegend steht eine Grundpfandbetreibung in Frage, bei der der Zahlungsbefehl dem Betreibungsschuldner mit Wohnsitz in Birsfelden an dessen Arbeitsort in Basel zugestellt wurde.

Zu Recht wendet sich der Beschwerdeführer nicht gegen Basel-Stadt als Betreibungsort, weil eine Grundpfandbetreibung am Ort der gelegenen Sache zu führen ist (Art. 51 Abs. 2 SchKG). Nach Art. 64 ff. SchKG bestimmt sich hingegen, wo einem Betreibungsschuldner die Betreibungsurkunden zuzustellen sind. Dabei hat das Betreibungsamt den Beschwerdeführer in seinem Schreiben vom 25. März 2003 bereits darauf hingewiesen, dass im Falle einer natürlichen Person, die betrieben wird, als Zustellort alternativ entweder dessen Wohnung oder dessen Arbeitsort in Frage kommt (Art. 64

Abs. 1 SchKG). Dies gilt auch dann, wenn der Betreuungsschuldner mit Wohnsitz ausserhalb von Basel sich zur Verrichtung seiner Arbeit am Betreuungsort in Basel aufhält. Art. 66 Abs. 2 SchKG, wonach Betreuungsurkunden an einen auswärtigen Betreuungsschuldner durch Vermittlung des Betreibungsamts an dessen Wohnort oder durch die Post zuzustellen sind, kommt nur zur Anwendung, falls dieser weder persönlich am Betreuungsort angetroffen wird (SchKG-Angst, Art. 66 N. 7), noch eine Person oder ein Lokal am Betreuungsort bezeichnet hat, wo die Urkunden abgegeben werden können (Art. 66 Abs. 1 SchKG). Hier hat die Betreuungsgläubigerin den Arbeitsort des Beschwerdeführers in Basel angegeben, so dass das Betreibungsamt den Zahlungsbefehl diesem dort aushändigen und damit rechtsgültig zustellen durfte. [...]"

(ABE vom 15.5.2003 in Sachen F. V. gegen C. S. und BA BS; AB 2003/25)

- 6.2. **Art. 64 f. SchKG. Nichtig ist eine Betreuungsurkunde, die infolge eines Zustellfehlers nicht in die Hände der betriebenen Person gelangt. Die Nichtigkeit wird zur Anfechtbarkeit, sobald die Urkunde später dieser gleichwohl noch zugeht. Die Anfechtung führt nur bei Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses zur Aufhebung der Betreuungsurkunde. Daran fehlt es, wenn die Betreuungsschuldnerin innert zehn Tagen seit der nachträglichen Kenntnisnahme hat Recht vorschlagen können. Andererseits soll sie nicht Recht vorschlagen müssen, um erst im Rechtsöffnungsverfahren oder Forderungsprozess den Forderungsgrund zu erfahren. In casu hatte die Betreuungsschuldnerin nur Kenntnis der Konkursandrohung, auf der für den Forderungsgrund auf den Zahlungsbefehl verwiesen wurde. Bei Betreibungen, die eine bestimmte Person gegen eine andere führt, für die sie gleich selber oder das für sie handelnde Organ die Betreuungsurkunde entgegennimmt, liegt eine schwere Interessenkollision vor, welche die Zustellung dieser Betreuungsurkunde nichtig werden lässt.**  
**Art. 20a Abs. 1 SchKG / Art. 61 Abs. 2 und 62 Abs. 2 GebV SchKG. Offen gelassen, ob bei bös- oder mutwilligem Verhalten auch der beschwerdebeklagten Partei Bussen und Kosten sowie dieser bzw. der beschwerdeführenden Partei eine Parteientschädigung auferlegt werden können.**

In Betreuung Nr. 02/52798 betreibt die S. AG die A. AG. Der Zahlungsbefehl wurde durch die Post am 15. November 2002 gemäss Betreibungsprotokoll dem durch Vollmacht ausgewiesenen P. C. am S...weg 20 in Basel zugestellt. Die Konkursandrohung wurde am 23. Juni 2003 an A. W., Verwaltungsrat der Betreuungsschuldnerin, ausgehändigt. Am 30. Juni 2003 erhob die A. AG Rechtsvorschlag gegen den Zahlungsbefehl Nr. 02/52798.



Mit Beschwerde vom 30. Juni 2003 beantragte die A. AG: Es sei festzustellen, dass die Betreuung Nr. 02/52798 nichtig sei; eventualiter sei die Konkursandrohung aufzuheben und festzustellen, dass die Rechtsvorschlagsfrist bis zum 3. Juli 2003 gelaufen sei; subeventualiter sei die Rechtsvorschlagsfrist wiederherzustellen; jedenfalls sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, alles unter o/e Kostenfolge. Gleichzeitig werde vorsorglich Rechtsvorschlag erhoben. Zur Begründung wird im wesentlichen ausgeführt, die Beschwerdeführerin habe an ihrer Generalversammlung vom 21. Oktober 2002 A. W. anstelle von U. S. zum einzigen Verwaltungsrat gewählt. Gleichzeitig sei das Domizil vom S...weg 20 an die G...strasse 272 in Basel verlegt worden. Diese Änderung sei am 11. November 2002 in das Tagebuch des Handelsregisters eingetragen worden. Gemäss Auskunft des Betreibungsamts sei der Zahlungsbefehl Nr. 02/52798 am 15. November 2002 an ihrem bisherigen Domizil S...weg 20 c/o S. AG an P. C., einem Angestellten jener Firma, zugestellt worden. In ihre Hände sei dieser Zahlungsbefehl in der Folge nie gelangt. Die Zustellung sei nichtig, weil U. S. als Verwaltungsrat laut Eintrag im Handelsregister vom 11. November 2002 im Zeitpunkt der Zustellung am 13. November 2002 gelöscht gewesen sei. Die Zustellung wäre zudem zufolge Interessenkollision nichtig, selbst wenn U. S. noch als Verwaltungsrat eingetragen gewesen wäre. Als Vertreter der Betreuungsgläubigerin mit Einzelunterschrift habe er eine unzulässige Doppelfunktion innegehabt, welche gemäss der Rechtsprechung die Zustellung des Zahlungsbefehls als nichtig erscheinen lasse. Da ihr der Zahlungsbefehl nicht zugestellt worden sei, sei auch die Konkursandrohung zu Unrecht erfolgt. Sollte der Zahlungsbefehl nach Meinung der Aufsichtsbehörde jedoch rechtskräftig zugestellt worden sein, so verlange sie die Wiedereinsetzung in die Rechtsvorschlagsfrist gemäss Art. 33 Abs. 4 SchKG. Sie habe die verspätete Kenntnisnahme nicht zu vertreten. Vielmehr sei es ihr aufgrund des dolosen Verhaltens der von S. AG verunmöglicht worden, in den Besitz des Zahlungsbefehls zu kommen. Deshalb sei auch die Konkursandrohung aufzuheben und ihr verspäteter Rechtsvorschlag zu berücksichtigen. Die Beschwerde wurde mit Entscheid der Aufsichtsbehörde vom 25. August 2003 mit folgenden Erwägungen gutgeheissen:

"a) Bei einer Betreuung gegen eine Aktiengesellschaft sind die Betreuungsurkunden in erster Linie einem Mitglied des Verwaltungsrats, einem Direktor oder einem Prokuristen der Betreuungsschuldnerin 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 Betreuungsurkunden in die Hände jener natürlichen Personen gelangen, die in Betreuungssachen für die Aktiengesellschaft handeln, insbesondere Rechtsvorschlag erheben, können (BGE 118/1992 III 12). Gelangt eine Betreuungsurkunde infolge fehlerhafter Zustellung nicht in die Hände der betriebenen Person, so ist sie nichtig, was jederzeit festgestellt werden kann (BISchK 2003 S. 85; vgl. BGE 110/1984 III 9). Diese Nichtigkeit heilt, sobald die Urkunde der

Betriebungsschuldnerin später gleichwohl noch zugeht. In diesem Fall kann die Betriebsbene mittels Beschwerde innert zehn Tagen seit Kenntnisnahme die Verletzung der Zustellvorschriften rügen (BGE 88/1962 III 15). Folge dieser Verletzung darf nur dann die Aufhebung der Betriebungsurkunde sein, wenn die Betriebungsschuldnerin daran ein schutzwürdiges Interesse hat. Daran fehlt es etwa, wenn sie seit der nachträglichen Kenntnisnahme des Zahlungsbefehls innert zehn Tagen hat Rechtsvorschlag erheben können (BGE 128/2002 III 465 ff.).

b) Vorliegend wurde der Zahlungsbefehl an P. C. am 15. November 2002 ausgehändigt, der sich gegenüber der die Urkunde zustellenden Post mit einer Vollmacht ausgewiesen hat. Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass es sich dabei um eine Vollmacht von U. S. gehandelt hat. Nach Ansicht der Beschwerdegegnerin hingegen war P. C. der Handlungsbevollmächtigte der Beschwerdeführerin. Die Antwort auf diese strittige Frage kann offenbleiben. Die Zustellung war so oder anders ungesetzlich und damit zunächst nichtig.

Voraussetzung für eine gültige Entgegennahme durch einen Handlungsbevollmächtigten wäre ein erfolgloser Zustellversuch an einen Verwaltungsrat, Direktor oder Prokuristen der Beschwerdeführerin gewesen. Ein solcher Versuch ergibt sich weder aus den Akten noch liesse er sich heute mit Sicherheit feststellen. Im übrigen wäre er bestenfalls gegenüber U. S. unternommen worden, der im Verhältnis zwischen der Beschwerdegegnerin und der Beschwerdeführerin in jenem Zeitpunkt nicht mehr als zeichnungsberechtigtes Organ der Beschwerdeführerin gelten konnte. Zwar ist die Löschung von U. S. als einzigem Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin im Schweizerischen Handelsamtsblatt erst am 18. November 2002 und damit drei Tage nach der strittigen Zustellung vom 15. November 2002 publiziert worden. Da U. S. gleichzeitig Verwaltungsrat der gleichnamigen Beschwerdegegnerin war, konnte diese nicht als Dritte im Sinne von Art. 932 Abs. 2 OR betrachtet werden. Vielmehr ist davon auszugehen, dass U. S. und damit auch die Beschwerdegegnerin von dessen Abberufung und dem Domizilwechsel der Beschwerdeführerin an die G...strasse 272 bereits bei der Eintragung ins Handelsregister am 11. November 2002 Kenntnis hatten. Die Eintragung hat damit unter den genannten Personen sofort ihre Wirkung entfalten können (OR-Eckert, 2. Aufl. 2002, Art. 932 N. 20, S. 1683).

Unter diesen Umständen konnten weder die Räumlichkeiten am S...weg 20 weiterhin als Geschäftslokal der Beschwerdeführerin noch U. S. als deren empfangsberechtigtes Organ gemäss Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG angesehen werden. Entscheidend für den Eintritt der Nichtigkeitsfolge ist dabei, dass der Zahlungsbefehl zunächst weder an den seit dem 11. November 2002 neu eingesetzten Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin A. W. noch während dessen allfälligen Abwesenheit vom Geschäftslokal an der G...strasse 272 an einen anderen, sich dort befindlichen Angestellten gelangt ist.

c) Hinzu kommt, dass bei Betreibungen, die eine bestimmte Person gegen eine andere führt, für die sie gleich selber oder das für sie handelnde Organ aufgrund der Zustellvorschriften nach Art. 64 f. SchKG die Betreibungsurkunde entgegennimmt, eine schwere Interessenkollision vorliegt, welche die Zustellung dieser Betreibungsurkunde nichtig werden lässt (SchKG-Angst, Art. 65 N. 10, S. 474 mit Hinweisen auf kantonale Entscheide). Eine Interessenkollision liegt insofern vor, als der Empfänger der Betreibungsurkunde, auf dessen Begehren diese erlassen wurde, gewöhnlich nicht die erforderliche Unabhängigkeit dafür besitzt, um auch die Interessen der betriebenen Person angemessen wahrzunehmen. Diese Konstellation war vorliegend sowohl dann gegeben, wenn P. C. aufgrund einer durch U. S. speziell ausgestellten Vollmacht den Zahlungsbefehl entgegengenommen haben sollte, als auch, falls er sich gegenüber der die Zustellung ausführenden Post gegenüber als Handlungsbevollmächtigter der Beschwerdeführerin ausgegeben hätte. Als Angestellter der Beschwerdegegnerin hätte P. C. in einem wie im anderen Fall die Befugnis zur Vertretung der Beschwerdeführerin durch U. S. erhalten. Es ist davon auszugehen, dass diese Befugnis nur solange noch erteilt werden konnte bzw. Gültigkeit hatte, als U. S. Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin war.

d) Die Beschwerdeführerin hat in der Folge erst mit der Konkursandrohung, die ihr am 23. Juni 2003 zugestellt wurde, von der Betreibung erfahren. Dadurch hat sie jedoch davon auf andere, rechtsgenügeliche Weise Kenntnis erhalten (vgl. SchKG-Angst, Art. 64 N. 23, S. 466). Gleichwohl ist der Zahlungsbefehl aufzuheben, sollte sie 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 Betreibungsschuldnerin zusammen mit dem übrigen Inhalt des Zahlungsbefehls über den Anlass der Betreibung 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 Betreibungsschuldnerin 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.).

Die Beschwerdeführerin weist vorliegend zu Recht darauf hin, dass aus der ihr zugestellten Konkursandrohung die Forderungsurkunde bzw. der Forderungsgrund nicht ersichtlich ist. 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 erraten. Wirklich erkennbar geworden ist er damit für

sie jedoch noch nicht. Zwar hat die Beschwerdeführerin vorsorglicherweise zusammen mit der Beschwerde am 30. Juni 2003 auch Rechtsvorschlag erhoben. Gleichwohl steht es nicht nur in ihrem Interesse, sondern auch in jenem der Beschwerdegegnerin, dass der Betreuungsschuldnerin der Zahlungsbefehl korrekt zuzustellen ist. Gegebenenfalls wird diese bei ausreichender Kenntnis der vorgeschriebenen Betreibungsangaben auf die Wiederholung des Rechtsvorschlags verzichten. Demzufolge ist in Gutheissung der Beschwerde in der Betreuung Nr. 02/52798 der Zahlungsbefehl aufzuheben und die Nichtigkeit der Konkursandrohung festzustellen (BGE 109/1983 III 55 f.).

Das Beschwerdeverfahren ist grundsätzlich kostenlos (Art. 20a Abs. 1 SchKG; Art. 61 Abs. 2 GebV SchKG). Zudem dürfen im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen werden (Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG). Hingegen dürfen bei bös- oder mutwilliger Beschwerdeführung einer Partei sowie ihrem Vertreter Busen bis Fr. 1'500.-- sowie Auslagen und Kosten auferlegt werden (Art. 20a Abs. 1 SchKG). Ob Gleiches für die Parteientschädigung und in beiden Fällen auch dann gelten muss, wenn die im Verfahren unterliegende beschwerdebeklagte - und nicht beschwerdeführende - Partei auf diese Weise Anlass zur Beschwerde gegeben hat, kann offenbleiben. Eine ausdrückliche Vorschrift dazu fehlt jedenfalls. Entscheidend ist jedoch, dass das Verhalten der Beschwerdegegnerin zwar darauf ausgerichtet war, die (noch) gegebene personelle Verflechtung zwischen ihr und der Beschwerdeführerin auszunutzen. Ein solches Vorgehen widerspricht Treu und Glauben. Andererseits hätte die Beschwerdeführerin einem solchen Verhalten durch eine rechtzeitige Information des Betreibungsamts über die Vertretungsverhältnisse wirksam vorbeugen können. Hinzu kommt, dass es die Aufsichtsbehörde in Fällen erstmaliger Trölerei im Beschwerdeverfahren grundsätzlich bei einer Ermahnung an die Adresse der betreffenden Partei bewenden lässt. All dies führt dazu, dass das Kostenbegehren der Beschwerdeführerin, soweit es sich nicht als gegenstandslos erweist, abzuweisen ist.[...]"

(ABE vom 25.8.2003 in Sachen A. AG gegen S. AG und BA BS; AB 2003/53)

## 7. Betreibungsbegehren (Art. 67 SchKG)

**Art. 67 / Art. 69 SchKG. Im Betreibungsbegehren bzw. im Zahlungsbefehl anzugeben ist der Wohnort des Betreuungsschuldners, worunter auch eine blossе Zustelladresse fallen kann. Diese muss nicht mit einem festen Wohnsitz übereinstimmen.**

Der Zahlungsbefehl Nr. 03/14114 wurde dem Betreuungsschuldner Dr. X. am 13. Februar 2003 in dessen Arztpraxis an der Y...strasse in Riehen zugestellt. Der Betreuungsschuldner erhob bei der Zustellung Rechtsvorschlag. Der Zahlungsbefehl enthält als Schuldneradresse Y...strasse, Riehen, wie sie auch im Betreibungsbegehren als solche angegeben ist.

Mit Beschwerde vom 18. Februar 2003 beehrte Dr. X., der Zahlungsbefehl Nr. 03/14114 sei aufzuheben. Als Betreuungsort sei fälschlicherweise seine Geschäftsadresse angenommen worden. Die Betreuung betreffe ihn privat, er wohne an der Z...strasse in Riehen. Die Aufsichtsbehörde hat die Beschwerde mit Entscheid vom 18. März 2003 abgewiesen, wobei sie was folgt erwogen hat:

"Eine natürliche Person ist an ihrem Wohnsitz zu betreiben (Art. 46 Abs. 1 SchKG). Dies gilt unabhängig davon, ob die in Betreuung gesetzte Forderung in Zusammenhang mit einer von ihr geführten Einzelfirma steht oder sie selber betrifft, weil sie in beiden Fällen mit ihrem eigenen Vermögen haftet. Ferner ist im Betreibungsbegehren sowie im Zahlungsbefehl nebst dem Namen des Betreuungsschuldners auch dessen Wohnort aufzuführen (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 2 und 69 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG). Es geht dabei darum, den Betreuungsschuldner eindeutig identifizieren zu können (BGE 120 III 61). Zudem ist unter dem Wohnort lediglich eine mögliche Zustelladresse zu verstehen. Namentlich muss die Zustelladresse nicht mit dem allfälligen festen Wohnsitz zusammenfallen (BGE 112 III 8). Entsprechend sieht auch Art. 64 Abs. 1 SchKG vor, dass die Betreuungsurkunden dem Betreuungsschuldner entweder in seiner Wohnung oder dort, wo er seinen Beruf auszuüben pflegt, zuzustellen sind. Beide Orte sind gleichrangig (BGE 91 III 41).

Vorliegend ist wesentlich, dass der Beschwerdeführer in Riehen und damit in Betreuungskreis des Betreibungsamts Basel-Stadt Wohnsitz hat. Damit kommt als Betreuungsort für eine Forderung, für die er offensichtlich mit seinem eigenen Vermögen haftet, nur Basel-Stadt in Frage, wo die Betreuung auch angehoben wurde. Ferner kann dahingestellt bleiben, wo der Beschwerdeführer effektiv wohnt, an der Y...strasse oder an der Z...strasse. Beide Orte befinden sich in Basel-Stadt und sind deshalb mögliche und gleichwertige Zustellorte. Der Betreuungsschuldner hat daher kein schützenswertes Interesse daran, dass ihm die Betreuungsurkunden an einem, aber nicht am anderen dieser Orte ausgehändigt werden. [...]"

(ABE vom 18.3.2003 in Sachen Dr. X. gegen G. AG und BA BS; AB 2003/13)

## 8. Kostentragungspflicht des Schuldners (Art. 68 SchKG)

**Art. 68 SchKG. Die Vorschrift bringt einen im SchKG allgemeingültigen Grundsatz zum Ausdruck: Letztlich hat der Schuldner für die Kosten einzustehen, die dem Gläubiger bei seinen Bemühungen erwachsen, im Rahmen der Zwangsvollstreckung zur Deckung seiner Ansprüche zu kommen. Sofern liquide Mittel der Konkursmasse durch Vermischung ins Eigentum des Konkursamts bzw. des Gemeinwesens übergehen, so darf das Konkursamt nach Einstellung des Konkursverfahrens dem Anspruch des Gemeinschuldners auf Herausgabe der Konkursmasse seine eigene Forderung auf Deckung der Konkurskosten entgegenhalten und beide miteinander verrechnen.**

**Art. 169 SchKG. Einem Gläubiger, der die Verfahrenskosten vorschiesst, darf bis zur Einstellung des Konkursverfahrens der Vorschuss zurückerstattet werden, soweit die Konkurskosten durch die Konkursmasse gedeckt sind. Nach Wegfall des Konkursbeschlags hat sich der Gläubiger an den Gemeinschuldner zu halten.**

**Art. 16 f. KOV. Offengelassen, ob es in Anwendung dieser Vorschriften zu einer fortlaufenden Verrechnung der einander gegenüber gestellten Rechnungsposten kommt, so dass die Konkurskosten im Umfang der der Konkursmasse zufließenden Guthaben getilgt werden.**

Über M. K., Inhaber der Einzelfirma „HLC [...], M. K.“, wurde am 29. Oktober 2002 zufolge Konkursbetreibung durch A. S. der Konkurs eröffnet, in der Folge jedoch durch Verfügung des Zivilgerichts vom 13. November 2002 eingestellt und gleichzeitig eine Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses bis 7. Dezember 2002 gesetzt. Da in der Folge kein Gläubiger den Kostenvorschuss leistete, wurde die Einstellung des Konkursverfahrens per 7. Dezember 2002 definitiv. Am 14. November 2002 wurde der Konkursmasse ein Guthaben des Gemeinschuldners von Fr. 220.-- überwiesen. In der am 9. Dezember 2002 vom Konkursamt zuhanden des betreibenden Gläubigers erstellten Kostenabrechnung über das Konkursverfahren wurden diese Fr. 220.-- von den Gebühren und Auslagen in Abzug gebracht. Der Restbetrag wurde A.S. in Rechnung gestellt.

Mit Beschwerde vom 10. Februar 2003 beanstandete M. K. die Verrechnung der Fr. 220.-- mit den Konkurskosten. Es handle sich dabei um von ihm zuviel bezahlte und an ihn zurückerstattete Bussengelder. Sollten sie ihm vorenthalten werden, sei er doppelt gestraft. Die Aufsichtsbehörde hat die Beschwerde am 12. Mai 2003 aus folgenden Gründen abgewiesen:

"In Frage steht vorliegend, ob und bis zum welchem Zeitpunkt im Falle der Einstellung eines Konkursverfahrens mangels Aktiven Guthaben, die zugunsten der Konkursmasse eingegangen sind, mit den Konkurskosten in Verrechnung gebracht werden dürfen.

Hinsichtlich der Kostentragung im Konkursverfahren enthält das SchKG zwei spezielle Vorschriften. Nach Art. 169 SchKG haftet, wer das Konkursbegehren stellt, für die Kosten, die bis und mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven entstehen (Abs. 1). Der Konkursrichter kann deshalb vom Gläubiger einen entsprechenden Kostenvorschuss verlangen (Abs. 2). Ferner bestimmt Art. 262 Abs. 1 SchKG, dass sämtliche Kosten für die Eröffnung und die Durchführung des Konkurses vorab aus der Konkursmasse gedeckt würden. Diese Vorschrift hat in erster Linie ein Konkursverfahren im Auge, das tatsächlich zu Ende geführt wird, findet aber gleichermassen im Falle einer Einstellung des Konkursverfahrens nach Art. 230 Abs. 1 SchKG Anwendung.

Sobald ein Konkursverfahren definitiv eingestellt wird, entfällt der Konkursbeschluss zugunsten der Gläubiger und es besteht keine Konkursmasse mehr, aus der die Verfahrenskosten gedeckt werden könnten. Zudem darf keine Liquidation von Vermögenswerten mehr stattfinden. Sofern und soweit hingegen liquide Mittel wie Bargeld und andere rasch realisierbare Aktiven in der Masse vorhanden sind, dürfen diese bis dahin zur Deckung der Konkurskosten verwendet werden (BGE 102/1976 III 87 f.; BISchK 1981 S. 49 f.; BISchK 2000 S. 103 f.; vgl. Christoph Rudolf Stocker, Entscheidungsgrundlagen für die Wahl des Verfahrens im Konkurs, 1985, S. 188 f.; BGE 102/1976 III 81 f.; BISchK 1955 S. 24 f.). Damit ist allerdings nicht die Frage beantwortet, ob der Gemeinschuldner für derartige Kosten auch nach der Einstellung des Verfahrens haftet und ob das Konkursamt ihm gegenüber die Verrechnung erklären kann. Wenn die erwähnte Rechtsprechung darauf abstellt, ob der Konkursbeschluss zugunsten der Konkursgläubiger noch Bestand hat oder nicht, so beurteilt sie die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt das Konkursamt zugunsten eines Gläubigers, der nach Art. 169 SchKG einen Kostenvorschuss geleistet hat, die Verfahrenskosten, die durch den Vorschuss bereits gedeckt sind, zu dessen Entlastung aus der Konkursmasse beziehen darf, so dass das zuviel Vorgeschossene zurückgeleistet werden kann (vgl. BISchK 2000 S. 104; BISchK 1955 S. 25). Nach der Einstellung des Konkursverfahrens hat der kostentragende Gläubiger sich selber an den Gemeinschuldner zu halten, den er während zwei Jahren auch für solche Kosten auf Pfändung betreiben kann (Art. 230 Abs. 2 SchKG; BISchK 1981 S. 50; BISchK 2000 S. 103 f.; BGE 102/1976 III 87).

Allerdings ist die Haftung des Gemeinschuldners für Kosten eines (eingestellten) Konkursverfahrens nicht unumstritten. JAEGER (Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 1911, Art. 262 N. 3, S. 270) und ihm folgend STAEHELIN (SchKG-Staehelin, Art. 262 N. 31, S. 2433) lehnen eine persönliche Haftung des Gemeinschuldners ab, letzterer mit der Begründung, es handle sich nicht um dessen persönliche Schulden. Gegenteiligere Ansicht sind GILLIERON (Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Art. 230 N. 39, S. 589), das Bezirksgericht des Kantons Zürich (BISchK 1955, S. 24 f.), die Rekurskommissionen der Kantone Schwyz

(BlSchK 1981 S. 49 f.) und Thurgau (BlSchK 2000 S. 103 f.) sowie wohl auch das Bundesgericht (BGE 102/1976 III 87). Zu verweisen ist auf Art. 68 SchKG, wonach der Schuldner die Betreuungskosten trägt. Darunter zu verstehen sind ausschliesslich die Gebühren und Entschädigungen, welche die Ämter, Behörden und übrigen Organe in Anwendung insbesondere des SchKG für ihre Verrichtungen festsetzen und die gemäss Art. 16 Abs. 1 SchKG durch den Bundesrat in der Gebührenverordnung geregelt werden (Gilliéron, Art. 68 SchKG N. 8, S. 1048; Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Auflage 1997, § 13 N. 1 ff, S. 94 f.; BGE 119/1993 III 66). In der Gebührenverordnung werden insbesondere auch die Gebühren bei Durchführung eines Konkursverfahrens festgelegt (Art. 43 ff. GebV SchKG). Doch selbst wenn Art. 68 SchKG aufgrund seiner systematischen Einordnung im SchKG bei den Regeln betreffend die Anhebung der Betreuung keine direkte Anwendbarkeit auf ein Konkursverfahren beanspruchen könnte, so bringt diese Vorschrift doch einen im SchKG allgemeingültigen Grundsatz zum Ausdruck, dass nämlich letztlich der Schuldner für die Kosten einzustehen hat, die seinem Gläubiger bei seinen Bemühungen erwachsen, im Rahmen der Zwangsvollstreckung zur Deckung seiner Ansprüche zu kommen. Sofern liquide Mittel der Konkursmasse durch Vermischung ins Eigentum des Konkursamts bzw. des Kantons Basel-Stadt übergehen, so darf das Konkursamt nach der Einstellung des Konkursverfahrens dem Herausgabeanspruch des Gemeinschuldners seine eigene Forderung auf Deckung der Konkurskosten entgegenhalten und beide miteinander verrechnen. Namentlich schliesst das SchKG die Verrechnungsmöglichkeit für das Konkursamt nicht aus (vgl. SchKG-Staehelin, Art. 262 N. 30, S. 2433).

Gelder, die zugunsten einer bestimmten Konkursmasse beim Konkursamt eingehen, gelangen auf allgemeine von der Zivilgerichtskasse bei Post und Bank geführte Konten. Damit steht dem Gemeinschuldner ein bloss obligatorischer Anspruch auf Auszahlung zu (vgl. BGE 102/1976 II 303; SchKG-Russenberger, Art. 242 N. 21 mit Hinweisen, S. 2231). Vorliegend hat das Konkursamt deshalb in seiner Abrechnung vom 9. Dezember 2002 das Guthaben des Beschwerdeführers mit den ausstehenden Konkurskosten verrechnen können und die Restkosten dem Gläubiger und Beschwerdegegner in Rechnung gestellt. Diese Verrechnung ist wirksam geworden, sobald der Beschwerdeführer davon erfahren hat. Zudem hat sie damit ihre Wirkung auf jenen Zeitpunkt zurückbezogen, als beide Forderungen erstmals einander verrechenbar gegenüberstanden (Art. 124 Abs. 2 OR). Dies war am 14. November 2002, als das Guthaben des Beschwerdeführers eingegangen war, und damit noch vor der definitiven Einstellung des Konkursverfahrens der Fall. In Zukunft wird das Konkursamt jedoch darauf achten müssen, dass auch der Schuldner über eine derartige Verrechnung angemessen orientiert wird.

Bei diesem Ergebnis kann offenbleiben, ob die Verrechnung beider Forderungen nicht schon am 14. November 2002 ohne besondere Verrechnungserklärung des Konkursamtes eingetreten ist. Nach Art. 16 der Verordnung über die Geschäftsführung der Kon-



kursämter (KOV) sind alle Ein- und Auszahlungen, wie namentlich Konkurskosten (Vorschüsse und Saldo), eingehende Guthaben etc. unverzüglich nach ihrer zeitlichen Abfolge ins Kassabuch einzutragen. Zudem ist das Kassabuch monatlich abzuschliessen und der Saldo vorzutragen. Gemäss Art. 17 KOV ist zudem für jede Konkursliquidation im Kontokorrentbuch eine laufende Rechnung zu eröffnen, welche eine chronologische Zusammenstellung sämtlicher auf die Liquidation bezüglicher Kassenvorgänge auf Grund der Eintragungen im Kassabuch geben soll. Einem vertraglichen Kontokorrentverhältnis liegt bekanntlich die Abrede über eine Verrechnung der gegenseitigen und laufenden Forderungen zugrunde (vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 7. Auflage 1998, S. 233, N. 3236). Es spricht einiges dafür, dass es auch in Anwendung der Art. 16 f. KOV zu einer fortlaufenden Verrechnung der einander gegenüber gestellten Rechnungsposten kommt. Damit wären noch während des Konkursverfahrens die Konkurskosten im Umfang des der Konkursmasse zugeflossenen Guthabens des Beschwerdeführers getilgt worden. [...]"

(ABE vom 12.5.2003 in Sachen von M. K. gegen A. S. und KA BS; AB 2003/11)

## 9. Zahlungsbefehl (Art. 69 SchKG)

**Art. 69 SchKG. Eine zweite Betreuung für eine identische Forderung ist zulässig, solange die Betreuungsgläubigerin in der ersten Betreuung das Fortsetzungsbegehren noch nicht gestellt hat.**

In Betreuung Nr. 02/56470 wurde K. W. von der Kontrollstelle für den L-GAV des Gastgewerbes für Fr. 114.-- und Fr. 46.-- Verzugsschaden nebst Zins und Kosten für Vollzugskostenbeiträge für 2001 betrieben. Der Zahlungsbefehl wurde ihr am 23. Januar 2003 zugestellt, wobei sie keinen Rechtsvorschlag erhob. Am 3. März 2003 stellte die Betreuungsgläubigerin das Fortsetzungsbegehren. Die Konkursandrohung wurde K. W. am 28. April 2003 zugestellt.

In Betreuung Nr. 03/11888 wurde K. W. mit Begehren vom 22. Januar 2003 von derselben Betreuungsgläubigerin für denselben Betrag mit demselben Forderungsgrund erneut betrieben. Der Zahlungsbefehl wurde ihr am 14. Februar 2003 zugestellt, sie erhob nicht Rechtsvorschlag. Am 17. März 2003 stellte die Betreuungsgläubigerin das Fortsetzungsbegehren. Die Konkursandrohung wurde K. W. am 28. April 2003 zugestellt.

Mit Beschwerde vom 26. April 2003 beehrte K. W. sinngemäss die Aufhebung der Betreibung Nr. 03/11888. Zur Begründung führt sie an, die beiden Konkursandrohungen seien ihrer Meinung nach identisch. Die Betreibung Nr. 02/56470 sei gerechtfertigt, sie habe den entsprechenden Betrag an das Betreibungsamt überwiesen. Sie bestreite die mit Betreibung Nr. 03/11888 geltend gemachte Forderung. Die Aufsichtsbehörde hat die Beschwerde am 15. Mai 2003 mit folgenden Erwägungen abgewiesen:

"Mit der betreibungsrechtlichen Beschwerde kann die Verletzung von Verfahrensvorschriften im Rahmen eines Betreibungsverfahrens gerügt werden (Art. 17 SchKG). Nach Ansicht der Beschwerdeführerin wurde sie zweimal für die gleiche Forderung betrieben, was unzulässig sei. Das Bundesgericht hat kürzlich entschieden, dass die Einleitung einer zweiten Betreibung für eine identische Forderung nur dann unzulässig ist, wenn der Betreibungsgläubiger in der ersten Betreibung das Fortsetzungsbegehren bereits gestellt hat oder zu stellen berechtigt ist (BGE 128 III 383 ff.). Vorliegend hat die Beschwerdegegnerin in der Tat zwei Betreibungen für eine Forderung in der gleichen Höhe und mit derselben Begründung beim Betreibungsamt begehrt und sie beide bis zur Konkursandrohung fortgesetzt. Es kann dabei offen bleiben, ob die beiden Betreibungen die gleiche Forderung zum Inhalt haben. Das Begehren zur Betreibung Nr. 03/11888 wurde am 22. Januar 2003 und damit am Tag, bevor der Zahlungsbefehl in Betreibung Nr. 02/56470 der Beschwerdeführerin [K.W.] zugestellt werden konnte, eingereicht. Es ergibt sich daraus, dass die erste Betreibung nicht dazu geeignet war, eine zweite zu verhindern, sofern es sich dabei tatsächlich um Betreibungen für eine und die gleiche Forderung gehandelt haben sollte. Aus diesem Grund erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist deshalb abzuweisen. Sollte sich die Beschwerdeführerin gegen eine Fortsetzung der beiden Betreibungsverfahren wehren wollen, weil sie, wie sie behauptet, die zweimal in Betreibung gesetzte Forderung samt Zinsen und Kosten inzwischen beglichen hat, so hätte sie nach Art. 85 bzw. 85a SchKG an den Richter zu gelangen.[...]"

(ABE vom 15.5.2003 in Sachen K. W. gegen KS L-GAV und BA BS; AB 2003/30)

10. **Rechtsöffnung (Art. 80 ff. SchKG)**  
Zeitliche Befristung des Rechtsöffnungsbegehrens?  
(siehe unter Ziffer 11.2., S. 32)

## 11. Fortsetzungsbegehren (Art. 88 SchKG)

### 11.1. Art. 88 SchKG. Das Betreibungsamt hat die Fortsetzung einer Betreibung zu verweigern, falls der Betreibungsschuldner weder zur Rechtsöffnungsverhandlung vorgeladen noch ihm der Rechtsöffnungsentscheid zugestellt wurde. Ein per Einschreiben bzw. lettre signature oder per Rückschein versandter Rechtsöffnungsentscheid gilt im Falle eines vom Betreibungsschuldner der Post erteilten Rückbehalteauftrages als zugestellt, sobald die siebentägige Abholfrist unbenützt abgelaufen ist.

In Betreibung Nr. 03/100838 (Betreibungsgläubiger Kanton Basel-Stadt, Betreibungsschuldnerin F. AG) wurde der Zahlungsbefehl am 28. April 2003 durch die Polizei an M. F., einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der F. AG, zugestellt. Nachdem die F. AG Rechtsvorschlag erhoben und der Betreibungsgläubiger Rechtsöffnung verlangt hatte, bewilligte das Einzelgericht in Zivilsachen am 16. Oktober 2003 die definitive Rechtsöffnung.

Am 24. Oktober 2003 stellte der Betreibungsgläubiger das Fortsetzungsbegehren, worauf das Betreibungsamt M. F. von der F. AG zum Pfändungsvollzug vorlud.

Mit Beschwerde vom 23. November 2003 beantragte die F. AG, die Pfändung sei zu sistieren, bis sie die schriftliche Ausfertigung des Rechtsöffnungsurteils vom 16. Oktober 2003 mit der Begründung erhalten habe, die Beschwerdefrist abgelaufen sei und die Steuerverwaltung Basel-Stadt auf ihr schon lange gestelltes Erlassgesuch geantwortet habe. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu bewilligen. Zur Begründung wurde im wesentlichen geltend gemacht, M. F. sei vom 9. bis 29. Oktober 2003 landesabwesend gewesen und habe deshalb an der Gerichtsverhandlung nicht teilnehmen können. Der Post sei der Auftrag gegeben worden, sämtliche Post bis zum 29. Oktober 2003 zurückzubehalten. Jedenfalls habe sie das Urteil vom 16. Oktober 2003 nicht erhalten und deshalb auch keine Einsprachemöglichkeit gehabt. Die Steuerverwaltung sei gemäss Bundesverfassung verpflichtet, ihr Erlassgesuch zu prüfen und dazu Stellung zu nehmen. M. F. sei vom 28. November bis 15. Dezember 2003 erneut im Ausland abwesend und habe keinen Vertreter. Mit Entscheid vom 2. Dezember 2003 hat die Aufsichtsbehörde die Beschwerde abgewiesen, indem sie folgendes erwogen hat:

"Eine Betreibung kann nach erfolgtem gültigen Rechtsvorschlag fortgesetzt werden, sobald dieser durch den Richter definitiv beseitigt und das Urteil vollstreckbar ist (Art. 88 SchKG; SchKG-Staehelin, Art. 84 N. 85, S. 814). Der Betreibungsgläubiger hat daher dem Betreibungsamt zusammen mit seinem Fortsetzungsbegehren den Rechtsöffnungsentscheid samt der Bescheinigung, dass dieser rechtskräftig geworden ist, vorzu-

legen (SchKG-Lebrecht, Art. 88 N. 14, S. 867). Dem Betreibungsamt kommt dabei die Pflicht zu, die Einhaltung der formellen Voraussetzungen für eine Fortsetzung des Betreibungsverfahrens zu prüfen. Falls es feststellen sollte, dass der Betreibungsschuldner weder zur Rechtsöffnungsverhandlung vorgeladen noch ihm der Rechtsöffnungsentscheid zugestellt wurde, so wäre dieses Urteil nichtig und das Amt hätte deshalb eine Fortführung des Verfahrens zu verweigern (BGE 102/1976 III 137).

Vorliegend hat die Beschwerdeführerin den ihr vom Einzelgericht in Zivilsachen per Post und mit Rückschein zugesandten Rechtsöffnungsentscheid nicht entgegengenommen. Gleichwohl muss dieser als zugestellt angesehen werden. Wer als Partei rechtsgültig in ein Gerichtsverfahren einbezogen wurde, hat dafür zu sorgen, dass ihr die Entscheide, die dieses Verfahren hervorbringt, zugestellt werden können (BGE 115/1989 Ia 15; Thomas M. Müller, Gesetzliche und prozessuale Parteipflichten, 2001, S. 125). Falls eine Prozesspartei während eines hängigen Gerichtsverfahrens ihren Wohnsitz verlässt, so hat sie deshalb namentlich für die Nachsendung der Gerichtsurkunden zu sorgen oder einen Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen (BGE 107/1981 V 189; Oscar Vogel / Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 7. Auflage 2001, § 41 N. 14, S. 235).

Der Beschwerdeführerin wurde als Rechtsöffnungsbeklagten die Vorladung zur Rechtsöffnungsverhandlung ordnungsgemäss ausgehändigt. Als Prozesspartei hat sie damit prozessuale Pflichten dem Zivilgericht gegenüber übernommen. In der Folge will sie Basel vorübergehend verlassen haben, ohne allerdings für eine ausreichende Zustellmöglichkeit besorgt gewesen zu sein. Es kann nicht genügen, dass sie - wie übrigens auch lediglich behauptet wird und nicht nachgewiesen ist - damals der Post den Auftrag erteilt haben will, sämtliche während ihrer Abwesenheit eintreffenden Sendungen zurückzubehalten. Auf diese Weise hätte sie sich einen prozessualen Vorteil verschaffen können, der Anderen nicht zukommt (vgl. BGE 127/2001 III 174 f.). Ein per Einschreiben bzw. lettre signature oder per Rückschein versandter Gerichtsentscheid, der der betreffenden Prozesspartei durch die Post zur Abholung avisiert worden ist, gilt dann als zugestellt, sobald die siebentägige Abholfrist unbenützt abgelaufen ist. Gleiches findet im Falle eines Zurückbehaltungs- bzw. Rückbehalteauftrages Anwendung (BGE 123/1997 III 493 f.; Michael Schöll, Postlagersendung und Rückbehalteauftrag, in SJZ 97/2001 S. 422). Der Rechtsöffnungsentscheid wurde denn auch von der Post nach Ablauf der Abholfrist dem Einzelgericht in Zivilsachen retourniert. Damit ist die erwähnte Zustellfiktion gegenüber der Beschwerdeführerin eingetreten.

Vorliegend kommt hinzu, dass das Einzelgericht in Zivilsachen nach der Rücksendung durch die Post das Urteil der Beschwerdeführerin ausserdem mit normaler Post hat zukommen lassen. Somit ist ihr der Rechtsöffnungsentscheid sogar zweimal rechtskonform eröffnet worden. Dazu gehört im übrigen und entgegen der Ansicht der Beschwer-

deführerin nicht, dass das Urteil von einer Begründung und einer Rechtsmittelbelehrung begleitet sein muss. Im Rechtsöffnungsverfahren erfolgt die Urteilsbegründung mündlich und an der Hauptverhandlung vor Gericht. Zudem kann gegen das Urteil nur das ausserordentliche Rechtsmittel der Beschwerde ergriffen werden, so dass die Parteien darauf durch das Gericht nicht hinzuweisen sind (BJM 1999 S. 227, 1985 S. 284).

Nach alledem ist festzustellen, dass das Betreibungsamt weder seine Prüfungspflichten verletzt hat noch der Zustellung des Rechtsöffnungsurteils ein Mangel anhaftet. [...]"

(ABE vom 2.12.2003 in Sachen F. AG gegen Kanton BS und BA BS; AB 2003/86)

- 11. 2. Art. 88 Abs. 2 SchKG. Die Rechtsöffnung kann solange geltend gemacht werden, als das Betreibungsverfahren noch fortgesetzt werden kann.**  
**Art. 153a Abs. 1 SchKG. Die Vorschrift bezieht sich sowohl auf die Grundpfand- als auch auf die Faustpfandbetreibung. Sie regelt lediglich die Folgen eines Rechtsvorschlags und seiner Beseitigung bezüglich der Ausdehnung der Pfandhaft auf Miet- und Pachtzinse. Im übrigen kann der Betreibungsgläubiger aber die Beseitigung des Rechtsvorschlags verlangen, solange das Betreibungsverfahren noch fortgesetzt werden kann.**

In der Faustpfandbetreibung Nr. 02/90039 wurde der Gläubigerin G. SA am 31. März 2003 der mit einer Rechtsvorschlagserklärung der Schuldnerin versehene Zahlungsbefehl (Gläubigerausfertigung) zugestellt.

Mit Beschwerde vom 9. April 2003 begehrt die G. SA, die in Ziff. 4 der Erläuterungen des Zahlungsbefehls verfügte Frist von zehn Tagen für die Einreichung des Rechtsöffnungsbegehrens sei aufzuheben. Der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen. Zur Begründung wird geltend gemacht, die in Ziff. 4 der Erläuterungen des Zahlungsbefehls genannte zehntägige Frist beruhe auf Art. 153a Abs. 1 SchKG. Diese Bestimmung sei nur anwendbar, wenn eine Betreibung auf Grundpfandverwertung vorliege und vom Gläubiger eine Miet- oder Pachtzinssperre verlangt werde. Die Aufsichtsbehörde hat die Beschwerde am 30. Juli 2003 aus folgenden Gründen gutgeheissen:

"In Frage steht vorliegend, in welcher Frist der Gläubiger in einer Faustpfandbetreibung die Beseitigung des Rechtsvorschlags begehren muss, um die Betreibung weiterführen zu können. Das Betreibungsamt hat für den Zahlungsbefehl der vorliegend strittigen Faustpfandbetreibung das amtliche Formular des Bundesgerichts verwendet. Die Formulare des Bundesgerichts dienen der einheitlichen Durchführung des SchKG sowie der zugehörigen Verordnungen (Art. 1 Abs. 1 der Verordnung über die im Betreibungs-

und Konkursverfahren zu verwendenden Formulare und Register sowie die Rechnungsführung, VFRR, SR 281.31). Indem das Betreibungsamt dieses Formular verwendet hat, ist es zum Inhalt seiner Verfügung geworden. Auf der Rückseite des Formulars werden unter "Erläuterungen" die ersten beiden Absätze von Art. 153a SchKG wiedergegeben. Danach kann der Gläubiger eine Rechtsöffnung innert zehn Tagen beantragen.

Die zu beantwortende Frage betrifft das Einleitungsverfahren der Schuldbetreibung (Kurt Amonn/Dominik Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Auflage 1997, § 15 N. 6, S. 101) und stellt sich deshalb bei allen Betreibungsarten gleichermassen. Eine ausdrückliche Vorschrift dazu gibt es im ersten und zweiten Titel des SchKG nicht. Vielmehr gilt, dass die Rechtsöffnung solange geltend gemacht werden kann, als das Betreibungsverfahren noch fortgesetzt werden kann. Das heisst, dass im Falle der Betreibung auf Pfändung oder Konkurs die Frist zum Fortsetzungsbegehren (Art. 88 Abs. 2 SchKG), im Falle der Betreibung auf Pfandverwertung die Frist zum Verwertungsbegehren (Art. 154 Abs. 1 SchKG) und im Falle der Wechselbetreibung die Frist zum Konkursbegehren (Art. 188 Abs. 2 SchKG) noch nicht abgelaufen sein darf (SchKG-Staehelin, Art. 79 N. 8, S. 619 f.). Daran hat sich bei der Revision 1997 des SchKG nichts geändert. Allerdings gibt es auch Ausnahmen zur dargestellten Regel, wenn hierfür ein besonderer Grund besteht. Nach Art. 279 Abs. 2 SchKG etwa hat der Arrestgläubiger die Rechtsöffnung innert zehn Tagen zu begehren. Andernfalls fällt der Arrest dahin (Art. 280 Ziff. 1 SchKG). Es geht dabei offensichtlich darum, den Arrestschuldner durch den Arrest nur solange als unbedingt nötig zu belasten. Fraglich ist, ob und inwieweit eine Ausnahme auch in Art. 153a Abs. 1 SchKG zu erblicken ist. Danach kann in der Betreibung auf Pfandverwertung der Gläubiger innert zehn Tagen seit Mitteilung des Rechtsvorschlages Rechtsöffnung verlangen oder auf Anerkennung der Forderung oder Feststellung des Pfandrechts klagen.

Sinn, Zweck und Anwendungsbereich dieser Vorschrift sind nicht auf den ersten Blick klar. Ihre systematische Einordnung unter die Vorschriften der Betreibung auf Pfandverwertung (Art. 151 ff. SchKG), die sowohl für die Faustpfand- als auch für die Grundpfandbetreibung gelten, lässt den Schluss zu, dass sie auf beide dieser Betreibungsarten Anwendung findet. Anderenfalls wäre zu erwarten, dass die Vorschrift im Gesetz eindeutig der einen oder anderen dieser Betreibungsarten zugeordnet würde. Dabei ist insbesondere auf Art. 37 Abs. 2 SchKG hinzuweisen, wonach der Ausdruck Pfand sowohl das Grundpfand als auch das Faustpfand umfasst. In diesem Sinne spricht Art. 153a Abs. 1 SchKG einfach vom Pfandrecht (vgl. aber Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 2000, Art. 153a SchKG N. 3, S. 914).

Art. 153a SchKG hat seinen Ursprung augenscheinlich in der Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken (VZG; SR 281.42). Unter dem

Titel "E. Miet- und Pachtzinse" enthält die VZG wie vor ihrer Revision in den Artikeln 91 bis 96 Vorschriften über die Ausdehnung der Pfandhaft auf Miet- und Pachtzinsen. Namentlich wird in Art. 93 Abs. 1 VZG bestimmt, dass das Betreibungsamt, falls ein Rechtsvorschlag erhoben wurde, den Gläubiger aufzufordern hat, innert zehn Tagen entweder direkt Klage auf Anerkennung der Forderung und Feststellung des Pfandrechts oder ein Rechtsöffnungsbegehren zu stellen. Die Aufforderung hat mit der Androhung zu erfolgen, dass, falls diese Fristen nicht eingehalten werden, die an die Mieter bzw. Pächter erlassenen Anzeigen widerrufen und dass allfällig bereits bezahlte Miet- bzw. Pachtzinsbeträge freigegeben werden (Art. 93 Abs. 3 VZG). Sofern hingegen die Fristen eingehalten werden, so bleibt die Miet- bzw. Pachtzinssperre in vollem Umfang oder entsprechend dem von der Klage festgehaltenen Teilbetrag aufrecht (Art. 93 Abs. 4 VZG). Im Vergleich zur früheren Fassung wurde der heute gültige Art. 93 VZG nur sprachlich modifiziert. Die Vorschrift wurde im Zuge der Revision des SchKG in verkürzter Form jedoch ins Gesetz selber transferiert, soweit ihr Gesetzescharakter zukommt (Botschaft über die Änderung des SchKG vom 8. Mai 1991, Bundesblatt, BBl, 1991 III S. 106; Gilliéron, Art. 153a SchKG N. 3, S. 914). Es liegt darin offensichtlich zunächst das gesetzestechnische Anliegen, materielles Gesetz in formelles Gesetz zu integrieren. An Art. 93 VZG wurde dadurch jedoch nichts geändert (BGE 126/2000 III 484). Deshalb soll Art. 153a SchKG wie Art 93 VZG lediglich die Folgen eines Rechtsvorschlages und seiner Beseitigung bezüglich der Ausdehnung der Pfandhaft auf Miet- und Pachtzinse regeln (Amonn/Gasser, § 33 N. 13, S. 266; SchKG-Staehelin, Art. 82 N. 166, S. 755; SchKG-Bernheim/Känzig, Art. 153a SchKG N. 2, 14 + 16, S. 1592 ff.; Gilliéron, Art. 153a SchKG N. 8, S. 915 f.; im Ergebnis gleich: Peter Stücheli, Die Rechtsöffnung, 2000, S. 94; unklar: Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Auflage 1997, Art. 153a SchKG N 9. + 11, S. 848; abweichend: ZGB-Bauer, 2. Auflage 2003, Art. 891 N. 12, S. 1970). So stellt Art. 153a SchKG einerseits in den Absätzen 1 und 2 Fristen auf, deren Folgen er in Absatz 3 regelt. Falls die zehntägige Frist nicht eingehalten wird, wird nach Art. 153a Abs. 3 SchKG die Anzeige an die Mieter und Pächter widerrufen. Dies entspricht den in Art. 93 Abs. 3 VZG und mit umgekehrten Vorzeichen in Art. 93 Abs. 4 VZG in Aussicht gestellten rechtlichen Konsequenzen. Nicht ausgeschlossen ist damit aber, dass Art. 153a SchKG in direkter Weise und demzufolge - seit der Revision des SchKG - die Art. 91 ff. VZG in analoger Weise auch auf die Faustpfandbetreibung Anwendung finden können und sollen. Es ist denkbar, dass eine durch Besitzanweisung nach Art. 924 ZGB zu Faustpfand begebene bewegliche Sache (BK-Zobl, Art. 884 ZGB N. 684, S. 790) ebenfalls vermietet bzw. verpachtet bleibt (Art. 98 Abs. 2 SchKG p.a.) und dass der Gläubiger auch über die Miet- oder Pachtzinsen für seine Forderung Befriedigung finden darf.

Die Miet- und Pachtzinsen sollen einem Gläubiger nach Art. 153a SchKG und Art. 93 VZG nur dann zugute kommen, wenn er die Beseitigung des Rechtsvorschlages des

Schuldners innert zehn Tagen verlangt. Sonst steht ihm nur das Pfandobjekt selber für die Befriedigung zur Verfügung. In der Betreuung auf Pfandverwertung führt das Fortsetzungsbegehren im Gegensatz zur Betreuung auf Pfändung direkt zur Verwertung, weil eine vorhergehende Pfändung sich erübrigt. Nach der allgemeinen Regel kann der Gläubiger bis dahin auch die Rechtsöffnung verlangen. Ein Grund dafür, weshalb davon in der Betreuung auf Pfandverwertung abgewichen werden sollte, ist nicht ersichtlich. Die Verwertung eines Faustpfandes kann frühestens einen Monat und spätestens ein Jahr nach der Zustellung des Zahlungsbefehls verlangt werden. Bei der Betreuung auf Grundpfandverwertung betragen die analogen Fristen sechs Monate und zwei Jahre (Art. 154 SchKG). Bis zum Ablauf dieser Maximalfristen ist die Rechtsöffnung zulässig. Es wäre nicht einzusehen, weshalb vom Gläubiger einerseits zu verlangen wäre, dass er die Rechtsöffnung innert kürzester Zeit begehren, dass er andererseits aber die Verwertung spätestens nach einem bzw. nach zwei Jahren durchführen lassen müsste. Mit einem raschen Antrag zu einer Rechtsöffnung wäre weder für den Schuldner noch für den Gläubiger etwas gewonnen. Insbesondere gerät bei der Grundpfandbetreuung die Liegenschaft erst in amtliche Verwaltung, sobald das Verwertungsbegehren gestellt ist (Art. 101 VZG). Hingegen soll der Schuldner von den Miet- und Pachtzinsen weiterhin profitieren, wenn der Gläubiger die Ausdehnung der Pfandhaft nach Art. 806 ZGB nicht begehrt bzw. darauf verzichtet, indem er nicht innert kurzer Zeit zu erkennen gibt, dass er dessen Widerstand gegen die Betreuung zu überwinden bereit ist (vgl. SchKG-Bernheim/Känzig, Art. 153a SchKG N. 1, S. 1592). Es wäre nicht zu rechtfertigen, wenn der Gläubiger durch Anhebung der Betreuung dem Schuldner die Miet- und Pachtzinsen entziehen, mit der Verwertung der Liegenschaft sich aber Zeit lassen könnte. Hier hat der Schuldner wie bei der Arrestbetreuung ein gewichtiges Interesse an einer baldigen Entscheidung. Für diesen Fall allein gilt Art. 153a SchKG (Amonn/Gasser, § 33 N. 13, S. 266; SchKG-Staehelin, Art. 82 N. 166, S. 755; SchKG-Bernheim/Känzig, Art. 153a SchKG N. 2, 14 + 16, S. 1592 ff.; Gilliéron, Art. 153a SchKG N. 8, S. 915 f.) Ein gleiches Interesse fehlt hingegen, wenn die Miet- und Pachtzinsen von der Betreuung nicht betroffen sind. [...]".

(ABE vom 30.7.2003 in Sachen G. SA gegen M. P., N. M. und BA BS; GS 2003/26)

**12.1.1. Art. 92 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG. Die Pfändung von Kultusgegenständen ist grundsätzlich nicht nichtig, sondern anfechtbar. Trotz Ausschlagung einer Erbschaft können Familienangehörige die Kompetenzqualität von Kultusgegenständen geltend machen, sofern deren Persönlichkeitsrechte dadurch übermässig beschnitten werden, was aber nicht den Regelfall darstellt. Die Unpfändbarkeit von Kultusgegenständen kann nicht geltend machen, wer weder nachweist noch glaubhaft macht, dass er sich ihrer bei der Ausübung seines Glaubens tatsächlich bedient und auch darauf angewiesen ist.**



Am 8. Februar 2002 verstarb A. S. mit letztem Wohnsitz in Basel. Der Nachlass wurde von den beiden nächsten gesetzlichen Erben, worunter B. S., am 5. März 2002 ausgeschlagen, worauf es am 6. März 2002 zur Konkursöffnung kam. Mit Schreiben vom 29. April 2003 machte B. S. als Sohn des Verstorbenen die Herausgabe einer Ikone, auf der die heilige Maria dargestellt ist, sowie einer Statue des heiligen Antonius geltend. Beide Gegenstände hätten der geistigen Erbauung seines Vaters gedient und hätten nicht gepfändet werden dürfen. Dieser Anspruch wurde vom Konkursamt mit Verfügung 13. Mai 2003 abgewiesen.

Mit Beschwerde vom 2. Juni 2003 begehrte B. S. die Aufhebung dieser Verfügung. Sie seien gläubige Katholiken. In ihrem Glauben nehme die Verehrung der Maria einen wichtigen Platz ein. Zudem sei der Antonius der Familienheilige. Die Aufsichtsbehörde hat die Beschwerde am 2. Juli 2003 aus folgenden Gründen abgewiesen:

"a) Mit der betreibungsrechtlichen Beschwerde nach Art. 17 SchKG kann gegen Verfügungen der Vollstreckungsorgane nach SchKG die Verletzung betreibungsrechtlicher Vorschriften eingewendet werden. Legitimiert dazu ist, wer durch eine solche Verfügung oder deren Unterlassung in seinen rechtlich geschützten oder tatsächlichen Interessen betroffen und dadurch beschwert ist und deshalb ein schützenswertes Interesse an deren Aufhebung, Änderung oder Anordnung hat (SchKG-Cometta, Art. 17 N. 38, S. 110; Markus Dieth, Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen gemäss Art. 17 ff. SchKG, 1999, S. 56). Vorliegend handelt es sich um den Konkurs eines ausgeschlagenen Nachlasses. Der Beschwerdeführer als ausschlagender Erbe hat gegenüber dem Konkursamt die Unpfändbarkeit von Teilen der Konkursmasse geltend gemacht, was von diesem abgewiesen wurde. Insofern ist der Beschwerdeführer von der betreffenden Verfügung beschwert und hat ein tatsächliches Interesse an deren Aufhebung bzw. Änderung.

Damit auf eine Beschwerde eingetreten werden kann, ist diese zudem binnen zehn Tagen seit Kenntnisnahme durch den Beschwerdeführer zu erheben (Art. 17 Abs. 2 SchKG). Jederzeit kann hingegen die Nichtigkeit einer Verfügung eingewendet werden (Art. 22 SchKG). Eine Verletzung von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 1 bis 5 SchKG kann sich als nichtig erweisen, wenn die Persönlichkeitsrechte der beschwerdeberechtigten Person übermässig beschnitten werden (SchKG-Vonder Mühl, Art. 92 N. 66, S. 928). Dass ein derartiger Eingriff bei einer Pfändung von Kultusgegenständen gemäss Art. 92 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG eintritt, ist grundsätzlich zu verneinen. Generell ist die Rechtsprechung denn auch sehr zurückhaltend bei einer Annahme von nichtigen Verfügungen im Bereich der genannten Ziffern von Art. 92 SchKG (SchKG-Vonder Mühl, a.a.O.). Damit stellt sich konkret die Frage, ob der Beschwerdeführer die Beschwerdefrist eingehalten hat. Die angefochtene, per Einschreiben versandte Verfügung datiert vom 13. Mai 2003. Nicht bekannt ist, wann sie dem Beschwerdeführer zugestellt wurde. Die Beschwerde

hingegen wurde am 2. Juni 2003 zur Post gegeben und von dieser abgestempelt. Da die Beschwerde, wie sich zeigen wird, ohnehin abzuweisen ist, braucht über die Fristwahrung nicht entschieden zu werden.

b) In der Sache selber ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer und dessen Schwester als alleinige (gesetzliche) Erben den fraglichen Nachlass am 5. März 2002 ausdrücklich ausgeschlagen haben. Es stellt sich deshalb die Frage, ob der Beschwerdeführer unter diesen Voraussetzungen sich überhaupt auf die Unpfändbarkeit von Teilen der Konkursmasse noch berufen kann.

Mit einer Ausschlagung entfällt die Erbenstellung der Ausschlagenden und damit deren Erbberechtigung. Falls sie von allen nächsten gesetzlichen Erben erklärt wird, werden an deren Stelle keine anderen Erben nachberufen und gelangt die Erbschaft stattdessen zur Liquidation durch das Konkursamt nach den Vorschriften des Konkursrechts (Art. 573 Abs. 1, Art. 597 ZGB). Allerdings hat das Bundesgericht vor langer Zeit entschieden, dass Familienangehörige trotz einer Ausschlagung die Kompetenzqualität der notwendigen Einrichtungsgegenstände im Sinne von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG (in casu: Bettzeug) geltend machen könnten (BGE 22/1896 S. 701; vgl. C. Jaeger, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 1911, Art. 92 SchKG N. 2, S. 259 mit Hinweisen auf weitere, auch gegenteilige Entscheide). Nichts deutet daraufhin, dass der Gesetzgeber beabsichtigt habe, der Ehefrau und den Kindern eines verstorbenen Schuldners die diesen insofern gewährte Fürsorge zu entziehen. Es geht damit auch hier um die Frage, ob die Persönlichkeitsrechte des Schuldners bzw. seiner Familienangehörigen übermässig beschnitten werden.

In ihrer Gewichtung vergleichbare Gründe, wie sie vom Bundesgericht im erwähnten Urteil angeführt wurden, sind zwar auch bei Büchern, die der religiösen Erbauung dienen, und bei Kultusgegenständen zur Annahme, dass sie nach Art. 92 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG unpfändbar sind, denkbar, im Regelfall jedoch ausgeschlossen. Daran kann nichts ändern, dass nach Art. 573 Abs. 2 ZGB ein allfälliger Liquidationsüberschuss aus dem Konkursverfahren dem Beschwerdeführer und seiner Schwester zu gute käme. Dieser Liquidationsüberschuss kann sich erst nach Durchführung einer Verwertung der nach der Ausschlagung veräusserbaren Nachlassaktiven einstellen. Mit der Ausschlagung verzichtet der Erbe auf sein Erbrecht. Unter Art. 573 Abs. 2 ZGB erwirbt er den Überschuss kraft gesetzlicher Einsetzung als Singularsukzessor, nicht mehr als Erbe, so dass er sich [übrigens] auch auf zuvor noch gültige Pflichtteilsrechte nicht mehr berufen kann (ZK-Escher, Art. 573 ZGB N. 9, S. 200; BK-Tuor, Art. 573 ZGB N. 8 f., S. 652 f.). Ferner stellt das Konkursamt zu Recht darauf ab, ob der betreffende Erbe mit dem verstorbenen Schuldner eine Haushaltsgemeinschaft gebildet hat (vgl. BGE 82/1956 III 22), damit er sich auf Art. 92 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG berufen könnte. Es hat in diesem Zusammenhang aufgrund der Einträge der Einwohnerkontrolle festgestellt, dass der

Beschwerdeführer zwar bis 31. März 2002 an der gleichen Adresse wie dessen am 8. Februar 2002 verstorbener Vater angemeldet, dort aber anscheinend schon früher nicht mehr gewohnt habe. Unter solchen Umständen wäre auch eine Haushaltsgemeinschaft zu verneinen. Allerdings braucht auch über diesen Punkt nicht endgültig entschieden zu werden, weil so oder anders eine Anwendung von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG hinsichtlich der durch den Beschwerdeführer angesprochenen Gegenstände unter den gegebenen Verhältnissen ausscheidet.

Unter Kultusgegenständen im Sinne dieser Vorschrift sind bewegliche Sachen zu verstehen, die entweder Gegenstand religiöser Verehrung bilden oder zur Ausübung gottesdienstlicher Handlungen verwendet werden (BGE 88/1962 III 48; 61/1935 III 45; 30/1904 I 168). Zudem muss der Ansprecher jener Glaubensrichtung angehören, der die Gegenstände zuzuordnen sind, und diese Religion auch tatsächlich ausüben (BGE 88/1962 III 48 f.). Das Bundesgericht hat in diesem letzterwähnten Urteil festgestellt, dass Ikonen grundsätzlich als Kultusgegenstände der orthodoxen Kirche zu werten sind. Der Beschwerdeführer hat demgegenüber dargelegt, dass die fragliche Ikone koptischen Ursprungs und er selber katholischen Glaubens ist. Diese eine von dreizehn Ikonen, die sich in der Konkursmasse befinden, stelle die Maria dar, deren Verehrung den Katholiken wichtig sei. Zudem zeige eine ebenfalls sich in der Masse befindende Statue den heiligen Antonius, der von seiner Familie als Familienheiliger verehrt werde. Damit mögen zwar mit Bezug auf die behauptete, aber nicht belegte Zugehörigkeit des Beschwerdeführers zum katholischen Glauben Kultusgegenstände im Sinne der gesetzlichen Vorschrift vorliegen. Allerdings ist zweifellos weder nachgewiesen noch glaubhaft, dass der Beschwerdeführer sich bei der Ausübung seines Glaubens der Ikone mit der Maria und der Statue des Antonius tatsächlich bedient und auch darauf angewiesen wäre. Mit dem Konkursamt ist in dieser Hinsicht vielmehr festzuhalten, dass die beiden Gegenstände über ein Jahr lang seinem Zugriff durch das Konkursverfahren entzogen waren, ohne dass er während dieser Zeit jemals deren Herausgabe geltend gemacht oder zumindest deswegen nachgefragt hätte. An die Gegenstände erinnert hat sich der Beschwerdeführer augenscheinlich erst dann, als ihm die an seine Schwester gerichtete Aufforderung des Konkursamts zum Nachweis des angeblichen Eigentumsanspruchs an diversen Bildern im gleichen Nachlass zuzuging. Bezeichnend ist zudem, dass der Beschwerdeführer in jenem Zeitpunkt gegenüber dem Konkursamt lediglich geltend gemacht hat, dass die Ikone und die Statue der geistigen Erbauung seines Vaters gedient hätten. Eine eigene religiöse Verehrung oder Benützung der Gegenstände bei der Glaubensausübung wurde von ihm damals mit keinem Wort erwähnt (Schreiben vom 29. April 2003). Unter diesen Umständen müssen diese beiden Gegenstände im Gegenteil als Teile einer Kunstsammlung angesehen werden, welcher kein Kompetenzcharakter zugeschrieben werden kann. [...]"

(ABE vom 2.7.2003 in Sachen B. S. gegen KA BS; AB 2003/44)

**12.1.2. Art. 92 Abs. 1 Ziff. 1-5 SchKG. Bei der konkursamtlichen Liquidation einer Erbschaft sind die Kompetenzstücke zugunsten der Familienangehörigen auszuscheiden. Die Unpfändbarkeit von Kultusgegenständen kann nicht geltend machen, wer weder nachweist noch glaubhaft macht, dass er sich ihrer bei der Ausübung seines Glaubens tatsächlich bedient und auch darauf angewiesen ist.**

Gegen das vorstehende Urteil der Aufsichtsbehörde unter Ziffer 12.1.1. hat B. S. erfolglos bei der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts Beschwerde geführt. Die Beschwerde wurde am 28. August 2003 aus folgenden Erwägungen abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde:

"[...] 2.

Gemäss Art. 92 SchKG sind bestimmte Vermögenswerte aus moralischen, sozialen und wirtschaftlichen Gründen oder mit Rücksicht auf deren besondere Natur gänzlich unpfändbar. Durch den Verweis in Art. 224 SchKG ist diese Bestimmung grundsätzlich auch bei einem Konkursverfahren anwendbar.

2.1 Zur Geltendmachung der Unpfändbarkeit nach Art. 92 SchKG ist in erster Linie der Schuldner befugt. Jedoch steht dieses Recht auch seinen Familienangehörigen, welche mit ihm in einer Hausgemeinschaft leben, gegenüber der Pfändung von Gegenständen zu, die sie gemäss Art. 92 Abs. 1 Ziff. 1-5 SchKG als nicht nur dem Schuldner, sondern auch ihnen persönlich unentbehrlich beanspruchen (BGE 82 III 54; 85 III 65 E. 2 S. 66 f.; 91 III 52 E. 1 S. 55; Georges Vonder Mühl, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, N. 10 und 64 zu Art. 92 SchKG).

2.2 Dieses Recht bleibt ihnen nach dem Tod des Schuldners erhalten: Bereits in BGE 22 I 699 hat das Bundesgericht entschieden, dass bei der konkursamtlichen Liquidation der Erbschaft die Familienangehörigen, obwohl sie die Erbschaft ausgeschlagen haben, die Unpfändbarkeit von Gegenständen geltend machen können. Auch die Lehre geht mehrheitlich davon aus, dass die Kompetenzstücke gemäss Art. 92 Abs. 1 Ziff. 1-5 SchKG zu Gunsten der Familienangehörigen aus der zu liquidierenden Erbschaft auszuscheiden sind (Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, N. 13 zu Art. 193 SchKG; Sandra Laydu Molinari, La poursuite pour les dettes successorales, Diss. Lausanne 1999, S. 52 f.; Erich Bürgi, Probleme im Nachlasskonkurs, BISchK 1948 S. 112 f.; a. M.: Eugen Meier, Die Beschränkungen der Zwangsvollstreckung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1907, S. 85). Damit ist der Beschwerdeführer im vorliegenden Fall legitimiert, die Unpfändbarkeit der strittigen Gegenstände geltend zu machen.

3.

Unpfändbar nach Art. 92 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG sind die religiösen Erbauungsbücher und Kultusgegenstände. Unter Kultusgegenständen sind bewegliche Sachen zu verstehen, welche zur Ausübung gottesdienstlicher Handlungen verwendet werden oder Gegenstand religiöser Verehrung bilden (BGE 61 III 44 S. 45; 88 III 47 S. 48). Die in BGE 88 III 47 S. 48 f. vertretene Auffassung, der Schuldner bzw. dessen Familienangehöriger müsse jener Religion angehören, welcher der betreffende Kultusgegenstand zuzuordnen ist, darf zwar nicht zu eng verstanden werden. Jedoch bleibt Voraussetzung, dass der betreffende Kultusgegenstand tatsächlich Objekt einer religiösen Verehrung bildet. In dieser Hinsicht hat die Aufsichtsbehörde allerdings festgehalten, es sei weder nachgewiesen noch glaubhaft, dass sich der Beschwerdeführer bei der Ausübung seines Glaubens der Ikone und der Heiligenstatue tatsächlich bediene. An diese tatsächliche Feststellung ist die erkennende Kammer gebunden (Art. 63 Abs. 2 i.V.m. Art. 81 OG; BGE 119 III 54 E. 2b S. 55; 124 III 286 E. 3b S. 288). Damit weisen die beiden strittigen Gegenstände für den Beschwerdeführer keinen Kompetenzcharakter auf und sind daher auch nicht unpfändbar bzw. fallen in den Konkursnachlass.[...]

(BGE vom 28.8.2003; 7B.183/2003)

**12.2. Art. 93 SchKG. Nicht zu den lebensnotwendigen Kosten gehören Mietkosten für eine Wohnung in einer Grösse oder Ausstattung, die den Verhältnissen eines Betreuungsschuldners und seiner Familie unter den gegebenen finanziellen Umständen nicht angepasst ist. Der Betreuungsschuldner hat unter solchen Umständen bis zum nächsten Kündigungstermin für eine Wohnsituation zu vertretbaren Kosten besorgt zu sein. Danach wird in der Existenzminimumsberechnung nur noch ein seinen wirtschaftlichen Verhältnissen angemessener Mietzins berücksichtigt.**

Am 14. Januar 2003 erhielt das Betreibungsamt Basel-Stadt einen Pfändungsauftrag des Betreibungsamts Binningen bezüglich des von Allschwil nach Basel zugezogenen M. H.. Mit Requisitionsbericht vom 21. Februar 2002 stellte das Betreibungsamt Basel-Stadt unter anderem fest, der Betreuungsschuldner wohne alleine in einer 4½-Zimmer Dachwohnung. Er werde angewiesen, ab 1. Juni 2003 eine pfändbare Lohnquote von Fr. 1'170.-- an das zuständige Betreibungsamt abzuliefern. Bei der Berechnung des Existenzminimums werde ab 1. Juni 2003 ein um Fr. 1'610.-- reduzierter Mietzins berechnet. In der Existenzminimumsberechnung vom 24. Februar 2003 ist aufgeführt, dass die Miete der Wohnung des Betreuungsschuldners Fr. 2'610.-- betrage und für die Berechnung des Notbedarfs ab 1. Juni 2003 auf Fr. 1'000.-- herabgesetzt werde.

Mit Beschwerde vom 4. März 2003 machte M. H. geltend, es handle sich bei seinem jetzigen Mietvertrag um einen solchen auf die Dauer von drei Jahren. Auch müsse jeder Umzug von seinem Arbeitgeber genehmigt werden und er habe bis jetzt noch nicht einmal für seine bisherige Wohnung eine offizielle Genehmigung. Am 24. März 2003 hat die Aufsichtsbehörde die Beschwerde aus folgenden Gründen abgewiesen:

"Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der Berechnung des Notbedarfes eines Betreuungsschuldners nach Art. 93 SchKG diesem nur die zum Leben für sich und seine Familie erforderlichen Aufwendungen zu berücksichtigen sind. Nicht zu den lebensnotwendigen Kosten gehören namentlich Mietkosten für eine Wohnung in einer Grösse oder Ausstattung, die den Verhältnissen eines Betreuungsschuldners und seiner Familie unter den gegebenen finanziellen Umständen nicht angepasst sind. In solchen Fällen ist dem betreffenden Betreuungsschuldner eine angemessene Frist einzuräumen, binnen derer er sich gewöhnlich eine Wohnsituation zu vertretbaren Kosten schaffen kann. Dabei wird für Mietverhältnisse regelmässig davon ausgegangen, dass dies bis zum Ablauf des nächsten Kündigungstermins möglich sein sollte (SchKG-Vonder Mühll, Art. 93 N. 26 mit Hinweis). Vorliegend muss ein Mietzins von Fr. 2'610.-- als völlig unvereinbar mit den wirtschaftlichen Verhältnissen des Beschwerdeführers betrachtet werden, der einen Einzelpersonenhaushalt führt. Der vom Betreibungsamt in der Existenzminimumsberechnung per 1. Juni 2003 auf Fr. 1'000.-- reduzierte Mietzins wird der wirtschaftlichen Lage und den persönlichen Bedürfnissen des Beschwerdeführers zweifellos vollauf gerecht. Auch ist der Mietvertrag entgegen den Ausführungen in der Beschwerde auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden und kann daher auf drei Monate hinaus gekündigt werden. Der dem Beschwerdeführer mögliche Kündigungstermin wäre auf den 31. Mai 2003 gelegen gekommen. Damit ist es gerechtfertigt, ab 1. Juni 2003 bloss noch von diesem reduzierten Mietzins auszugehen. Dass der Beschwerdeführer die Kündigung offenbar bisher seinem Vermieter gegenüber nicht erklärt hat, ist seinem eigenen Verhalten zuzuschreiben, für das er selber das Risiko trägt und das ihn deshalb gegenüber seinen Gläubigern nicht entlasten kann. Auch die übrigen Ausführungen in der Beschwerde lassen nichts erkennen, was dem Betreibungsamt bei der Ausführung seiner Tätigkeit als gesetzeswidrig oder unangemessen vorgeworfen werden könnte. [...]"

(ABE vom 24.3.2003 in Sachen M. H. gegen BA BS; AB 2003/18)

### **12.3. Freigabe von Post- oder Bankguthaben für Lebensunterhalt trotz Arrest?** (siehe unter Ziffer 15.3., S. 49)

**13. Betreibung auf Pfandverwertung (Art. 153 ff. SchKG)**

**13.1. Scheidung als Grund zur Löschung eines Zahlungsbefehls an Ehegatten?**

(siehe unter Ziffer 1.2., S. 6)

**13.2. Scheidung als Grund für Verzicht auf Rechtsöffnung bezüglich  
Rechtsvorschlag des Ehegatten des Schuldners?**

(siehe unter Ziffer 17., S. 61)

**13.3. Zu Sinn und Zweck von Art. 153a Abs. 1 SchKG**

(siehe unter Ziffer 11.2., S. 32)

**14. Summarisches Konkursverfahren (Art. 231 SchKG)**

**14.1. Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG. Gläubigerversammlung und Zirkularbeschluss sind gleichwertige Alternativen.**

**Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 / Art. 256 Abs. 1 + 3 SchKG. Im summarischen Konkursverfahren liegt die Anordnung eines Freihandverkaufs in der Zuständigkeit und im Ermessen der Konkursverwaltung. Einer Zustimmung durch die Gläubiger bedarf es nicht. Bei Vermögenswerten von bedeutendem Wert ist den Gläubigern Gelegenheit zu höheren Angeboten zu geben.**

**Art. 255a Abs. 1 SchKG. Die Beschränkung der Zirkularbeschlüsse auf dringende Fälle und Fälle, wo eine Gläubigerversammlung nicht beschlussfähig ist, ist im summarischen Konkursverfahren nicht anwendbar.**

a) Über die Y. Holding AG wurde am 3. September 2002 der Konkurs eröffnet. Mit Entscheid vom 27. September 2002 stellte der Zivilgerichtspräsident das Konkursverfahren mangels Aktiven ein. Nachdem ein Gläubiger den verlangten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.-- geleistet hatte, bewilligte der Zivilgerichtspräsident mit Entscheid vom 3. Oktober 2002 das summarische Verfahren.

b) In der Konkursmasse befanden sich als Aktivum 100% des Aktienkapitals der Y. AG (Tochtergesellschaft). Dieses betrug Fr. 2'600'000.-- und war eingeteilt in 2'600 Namenaktien à nominal Fr. 1'000.--. Mit Zirkular vom 14. Dezember 2002 ersuchte das Kon-

kursamt Basel-Stadt die Gläubiger um Ermächtigung zum freihändigen Verkauf dieser Aktien an Herrn A. S. zu einem Preis von Fr. 50'000.-- und gewährte den Gläubigern das Recht zum höheren Angebot. Mit Schreiben vom 19. Dezember 2002 erhob die Beschwerdeführerin Z. Einsprache gegen den Antrag um Ermächtigung zum Freihandverkauf und stellte ihrerseits den Antrag, sie mit der Durchführung eines Verkaufsprozesses zu beauftragen und hiefür einen entsprechenden Gläubigerbeschluss zu erwirken. Dies wurde vom Konkursamt Basel-Stadt mit Schreiben vom 20. Dezember 2002 abgelehnt.

Gegen das Zirkular vom 14. Dezember 2002 und das Schreiben vom 20. Dezember 2002 richtet sich die vorliegende Beschwerde, mit der die Beschwerdeführerin dem Konkursamt Basel-Stadt ungenügende und falsche Sachverhaltsfeststellung, Unangemessenheit und Gesetzesverletzung vorwirft und folgende Anträge stellt:

1. Die Zirkularverfügung vom 14. Dezember 2002 des Konkursamtes des Kantons Basel-Stadt sei aufzuheben.
2. Die Verfügung vom 20. Dezember 2002 des Konkursamtes des Kantons Basel-Stadt gegenüber der Beschwerdeführerin sei aufzuheben.
3. Es sei das Konkursamt des Kantons Basel-Stadt anzuweisen, im Rahmen des Konkursverfahrens der Y. Holding AG in Liquidation für den Verkauf der Aktien der Y. AG (Tochtergesellschaft) einen Verkaufsprozess zum Zwecke des Verkaufs an den Meistbietenden durchzuführen und die Beschwerdeführerin mit der Durchführung des Verkaufsprozesses zu beauftragen.

**Eventualiter:** Es sei das Konkursamt des Kantons Basel-Stadt anzuweisen, eine Gläubigerversammlung einzuberufen und dieser zur Beschlussfassung die Durchführung eines Verkaufsprozesses betreffend der Aktien der Y. AG (Tochtergesellschaft) sowie die Beauftragung der Beschwerdeführerin mit der Durchführung eines solchen Verkaufsprozesses zu unterbreiten.

**Subeventualiter:** Es sei das Konkursamt des Kantons Basel-Stadt anzuweisen, auf dem Wege des Zirkularbeschlusses die Gläubiger über die Durchführung eines Verkaufsprozesses betreffend der Aktien der Y. AG (Tochtergesellschaft) sowie über die Beauftragung der Beschwerdeführerin mit der Durchführung eines solchen Verkaufsprozesses abstimmen zu lassen.

4. Der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei das Konkursamt des Kantons Basel-Stadt vorsorglich anzuweisen, von einem freihändigen Verkauf der Aktien der Y. AG (Tochtergesellschaft) bis zum Eintritt der formellen Rechtskraft in der vorliegenden Beschwerdesache abzusehen.
5. Vorsorglich wird die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels für den Fall beantragt, dass das Konkursamt des Kantons Basel-Stadt im Rahmen einer allfälligen Vernehmung Tatsachen und Beweismittel vorbringen sollte, zu welchen die Beschwerdeführerin mangels Kenntnis noch keine Stellung beziehen konnte.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Mit Verfügung vom 24. Dezember 2002 erkannte der Vorsitzende der Aufsichtsbehörde der Beschwerde aufschiebende Wirkung in dem Sinne zu, als das Konkursamt Basel-Stadt angewiesen wurde, von einem freihändigen Verkauf der Aktien der Y. AG (Tochtergesellschaft) einstweilen abzusehen, wobei dem Konkursamt ein siebentägiges



Einspracherecht eingeräumt wurde. Die Aufsichtsbehörde hat die Beschwerde mit Entscheidung vom 15. Januar 2003 abgewiesen, wobei sie was folgt erwogen hat:

"Nach Ablauf der Eingabefrist führt im summarischen Konkursverfahren die Konkursverwaltung die Verwertung der Vermögenswerte durch. Die Verwertung erfolgt entweder über eine öffentliche Versteigerung oder über einen Freihandverkauf. Die Anordnung eines Freihandverkaufs liegt in der Zuständigkeit und im Ermessen der Konkursverwaltung. Einer Zustimmung durch die Gläubiger bedarf es nicht, weil Art. 256 Abs. 1 SchKG im summarischen Verfahren keine Anwendung findet (Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG; SchKG-Lustenberger, Art. 231 N. 35). Bei Vermögensgegenständen von bedeutendem Wert sowie Grundstücken ist den Gläubigern aber immerhin Gelegenheit zu höheren Angeboten einzuräumen (Art. 256 Abs. 3 SchKG).

Vorliegend hat das Konkursamt nicht nur diese einschlägigen Vorschriften beachtet, sondern den Gläubigern darüber hinausgehende Rechte gewährt. So erhielten die Gläubiger nicht nur Gelegenheit zu besseren Offerten. Vielmehr wurde ihnen auch der beabsichtigte Freihandverkauf zur allfälligen Ablehnung unterbreitet. Die absolute Mehrheit der Gläubiger hat in der Folge gegen den vorgeschlagenen Freihandverkauf nicht opponiert und ihn damit gutgeheissen. Selbst in einem ordentlichen Verfahren wäre damit die Konkursverwaltung formell zum Freihandverkauf berechtigt. Davon abgesehen kann auch nicht beanstandet werden, dass das Konkursamt mit einem Zirkular an die Gläubiger gelangt ist. Im summarischen Verfahren werden in der Regel keine Gläubigerversammlungen einberufen. Der von der Beschwerdeführerin erwähnte Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG sieht bei richtiger Lektüre vor, dass in Fällen, in denen aufgrund der besonderen Umstände eine Anhörung der Gläubiger als wünschenswert erscheint, entweder eine Versammlung der Gläubiger veranstaltet oder ein Zirkularbeschluss unter diesen herbeigeführt werden kann. Es handelt sich damit um gleichwertige Alternativen, von denen eine Konkursverwaltung in solchen Fällen Gebrauch machen kann. Insbesondere ist Art 255a Abs. 1 SchKG, der Zirkularbeschlüsse nur in dringenden Fällen und dann, wenn eine Gläubigerversammlung nicht beschlussfähig ist, für zulässig erklärt, im summarischen Verfahren nicht anwendbar (SchKG-Lustenberger, Art. 231 N. 29). Ferner behauptet selbst die Beschwerdeführerin nicht, dass sie ein höheres Angebot zum vorgeschlagenen Freihandverkauf präsentiert hätte. Sie ist dagegen der Ansicht, dass sie als eine - nach ihrer eigenen Darstellung - auf Unternehmensverkäufe spezialisierte Gesellschaft mit der Durchführung eines Verkaufsprozesses zur Evaluation von höheren Angeboten zu betrauen sei. Eine gesetzliche Grundlage dafür nennt sie aber nicht. Auch ist eine solche nicht vorhanden. Ebensowenig bietet der von der Beschwerdeführerin herangezogene BGE 115 III 52 ff. dazu eine Basis. Einmal ging es dort um die Möglichkeit einer Verwertung durch ein privates Auktionshaus anstelle einer öffentlichen Versteigerung. Hier hingegen steht ein Freihandverkauf zur Diskussion, den die Beschwerdeführerin einerseits als Instrument im vorliegenden Fall ablehnt, anderer-

seits selber aber wieder nach Durchführung einer Evaluation potentieller Käufer an den Meistbietenden sinngemäss vorschlägt (Beschwerde S. 5 f. und 9 f.). Zudem hat das Bundesgericht klargemacht, dass die Gläubiger weder im Konkursverfahren noch in der Betreuung auf Pfändung grundsätzlich einen Anspruch auf Verwertung durch ein privates Auktionshaus hätten (BGE 115 III 54). Dies muss um so mehr auch für das Vorgehen im Zusammenhang mit einem Freihandverkauf Geltung beanspruchen. Hier haben die Gläubiger, wie erwähnt, lediglich ein Recht darauf, höhere Angebote zu unterbreiten. Besondere Umstände, um davon in analoger Weise zu den Überlegungen des Bundesgerichts abzuweichen, würden, wie sich aus der Prüfung der nachfolgenden Einwände der Beschwerdeführerin ergibt, im übrigen ohnehin nicht vorliegen.

Weiter beanstandet die Beschwerdeführerin, dass die Sachverhaltsfeststellung durch das Konkursamt bei der Beurteilung der vorliegenden Offerte zum vorgeschlagenen Freihandverkauf ungenügend und falsch und dass der vom Konkursamt eingeschlagene Weg unangemessen und übereilt seien. Zu Recht hat jedoch das Konkursamt nicht einfach darauf abgestellt, dass die per 31. Juli 2002 über die Y. AG (Tochtergesellschaft) erstellte Zwischenbilanz ein Eigenkapital von über Fr. 1 Mio. ausweist, sondern mitberücksichtigt, dass die Revisionsstelle zahlreiche Vorbehalte angebracht hat, die zu einer Reduktion des Eigenkapitals auf Fr. 200'000.-- führen. Ferner hat das Konkursamt mit Recht veranschlagt, dass es sich bei der Y. AG (Tochtergesellschaft) nicht um eine gesunde und blühende Gesellschaft, sondern um einen eigentlichen Sanierungsfall handelt. Es hat daraus treffend gefolgert, dass sich der Wert der Aktien kaum schätzen lässt. In diesem Punkt kann immerhin eine Übereinstimmung der Einschätzung durch das Konkursamt und die Beschwerdeführerin festgestellt werden, der nichts beizufügen ist. Allerdings hat der von der Beschwerdeführerin vorgeschlagene Verkaufsprozess bereits stattgefunden und die Offerte hervorgebracht, die nun die Beschwerdeführerin beanstandet. Nach Aussetzen des Konkurserkennnisses durch den Präsidenten des Bezirksgerichts X. beauftragte die Geschäftsleitung der Y. AG (Tochtergesellschaft) die P. AG in Y. damit, Sanierungsmöglichkeiten aufzuzeigen und Investoren zu suchen. Es handelt sich dabei um eine auf dem Gebiet der Unternehmensberatung spezialisierte Firma [...], von der angenommen werden darf, dass diese - wie auch die Beschwerdeführerin nach ihrer eigenen Überzeugung - zur Durchführung eines derartigen Projekts durchaus in der Lage ist. Von der Arbeit, die dabei von der P. AG geleistet wurde, zeugen die sich in den Akten befindliche Verkaufsdokumentation und ein Verkaufsprozess, der sich über drei Monate hingestreckt hat. Unter diesen Fakten darf mit dem Konkursamt angenommen werden, dass ein von der Beschwerdeführerin durchgeführter bzw. noch durchzuführender Verkaufsprozess kaum in der Lage wäre, bessere Resultate zu zeitigen. Für die zeitliche Dringlichkeit des Freihandverkaufs hat das Konkursamt auf den Bericht der P. AG zur Investorensuche abstellen dürfen und müssen, wonach ohne Zufuhr neuer flüssiger Mittel mit einer noch im Verlaufe des Januars eintretenden Zah-

lungsunfähigkeit der Y. AG (Tochtergesellschaft) und in der Folge mit der Deponierung der Bilanz beim Richter zu rechnen wäre.

Nach alledem kann dem Konkursamt weder eine Gesetzesverletzung noch ein Missbrauch oder eine Überschreitung seines Ermessen vorgeworfen werden. [...]"

(ABE vom 15.1.2003 in Sachen Z. gegen Y. AG (Tochtergesellschaft) und KA BS; AB 2002/94)

**14.2. Art. 20a Abs. 2 Ziff. 4 SchKG. Die Begründungspflicht ist nicht schon dadurch verletzt, dass die Aufsichtsbehörde sich nicht mit allen Parteistandpunkten auseinandersetzt und jedes Vorbringen der Beschwerdeführerin widerlegt.**

**Art. 256 Abs. 1 + 3 SchKG. Ein Freihandverkauf der zur Konkursmasse gehörenden Vermögenswerte setzt im summarischen Konkursverfahren keinen entsprechenden Beschluss der Gläubiger voraus. Hingegen ist den Gläubigern bei Vermögenswerten von bedeutendem Wert Gelegenheit zur höheren Angeboten einzuräumen.**

Eine von Z. gegen das vorstehende Urteil der Aufsichtsbehörde unter Ziffer 14.1. bei der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts geführte Beschwerde wurde am 12. Mai 2003 aus folgenden Gründen abgewiesen:

"[...] 1.

Für den Fall, dass am Beschwerdeverfahren Beteiligte in ihrer allfälligen Vernehmlassung zur Beschwerde neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen sollten, ersucht die Beschwerdeführerin um Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels. Wie sich aus den nachstehenden Darlegungen ergeben wird, besteht kein Anlass, diesem Begehren stattzugeben.

2.

Die Firma Y. \_\_\_\_\_ spricht der Beschwerdeführerin die Legitimation zur Beschwerde ab. Dass jene im Konkurs eine Forderung angemeldet habe, stellt sie nicht in Abrede; sie wendet jedoch ein, der geltend gemachte Anspruch sei noch nicht kolloziert und werde von ihr bestritten. Es steht der erkennenden Kammer nicht zu, der von der Konkursverwaltung zu erlassenden Kollokationsverfügung vorzugreifen. Beim gegenwärtigen Stand der Dinge ist die Legitimation der Beschwerdeführerin zu bejahen und aus dieser Sicht auf die Beschwerde deshalb einzutreten.

3.

Die Beschwerdeführerin wirft der kantonalen Aufsichtsbehörde unter Berufung auf Art. 20a Abs. 2 Ziff. 4 SchKG vor, sie habe den Entscheid nicht rechtsgenügend begründet, seien doch wesentliche von ihr vorgetragene Argumente unbehandelt geblieben.

Wie bei der aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleiteten Pflicht einer Behörde, ihre Entscheide zu begründen, geht es auch bei der erwähnten gesetzlichen Bestimmung darum, dass sich der vom Entscheid Betroffene über dessen Tragweite ein Bild machen und ihn in voller Kenntnis der Sache gegebenenfalls bei der oberen Instanz anfechten kann (dazu BGE 126 I 97 E. 2b S. 102 f. mit Hinweisen; Pierre-Robert Gilliéron, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Lausanne 1999, N 106 f. zu Art. 20a; Flavio Cometta, *Kommentar zum SchKG*, Basel 1998, N 40 zu Art. 20a). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Die kantonale Aufsichtsbehörde verletzt die ihr obliegende Begründungspflicht nicht schon dadurch, dass sie sich nicht mit allen Parteistandpunkten auseinandersetzt und jedes Vorbringen widerlegt. Im Übrigen bleibt es der Beschwerdeführerin unbenommen, ihre rechtlichen Einwendungen auch der erkennenden Kammer vorzutragen.

4.

4.1 Das summarische Konkursverfahren zeichnet sich dadurch aus, dass es einfach, rasch und weitgehend formlos ist. Es liegt zur Hauptsache in den Händen der Konkursverwaltung; Gläubigerversammlungen finden nur ausnahmsweise statt (BGE 121 III 142 E. 1b S. 143). Die Verwertung ist nach den in Art. 256 Abs. 2-4 SchKG festgelegten Regeln und unter bestmöglicher Wahrung der Interessen der Gläubiger durchzuführen (Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG). Wie die kantonale Aufsichtsbehörde zutreffend bemerkt, ist Art. 256 Abs. 1 SchKG, wonach ein freihändiger Verkauf der zur Masse gehörenden Vermögenswerte einen entsprechenden Beschluss der Gläubiger voraussetzt, hier nicht anzuwenden. Indessen hat die Konkursverwaltung, die im summarischen Verfahren einen Freihandverkauf anstrebt, Art. 256 Abs. 3 SchKG zu beachten und demnach bei Vermögensgegenständen von bedeutendem Wert und bei Grundstücken den Gläubigern die Gelegenheit einzuräumen, höhere Angebote zu machen.

4.2 Die kantonale Aufsichtsbehörde hat unter Hinweis auf die dargelegte gesetzliche Ordnung erklärt, das Konkursamt habe nicht nur die einschlägigen Vorschriften beachtet, sondern den Gläubigern noch darüber hinaus gehende Rechte gewährt. Neben dem Recht zur Einreichung einer besseren Offerte sei den Gläubigern noch die Gelegenheit eingeräumt worden, den vorgeschlagenen Freihandverkauf allenfalls abzulehnen. Sodann hält die Vorinstanz fest, dass die absolute Mehrheit der Gläubiger gegen den angestrebten Freihandverkauf nicht opponiert und ihn damit gutgeheissen habe, woraus sie schliesst, dass die Konkursverwaltung formell zum Freihandverkauf berechtigt sei. Dass das Konkursamt mit einem Zirkular an die Gläubiger gelangt sei, könne nicht beanstandet werden, würden doch im summarischen Verfahren in der Regel keine Gläubigerversammlungen einberufen.

5.

Mit diesen Erwägungen setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander. Insbesondere legt sie in keiner Weise dar, inwiefern die vorinstanzliche Auffassung, das Konkursamt sei unter den festgestellten Gegebenheiten, namentlich angesichts der (stillschweigenden) Zustimmung durch die Mehrheit der Gläubiger, berechtigt, den Freihandverkauf mit X. \_\_\_\_\_ (zu den vorgesehenen Bedingungen) zu vollziehen, gegen Bundesrecht verstossen soll. Ihre Ausführungen zur Angemessenheit dieses Verkaufs stossen unter diesen Umständen ebenso ins Leere wie die Vorbringen zum Eigenkapital und zur Zahlungsfähigkeit der Firma Y. \_\_\_\_\_, zum Wert der in Frage stehenden Aktien, zum Verkaufsprozess sowie zum möglichen Ergebnis und zur Dringlichkeit des Verkaufs.

Nach dem Gesagten ist auch der Rüge der Verletzung von Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG der Boden entzogen. Abgesehen davon, trifft es einerseits zwar zu, dass die Aufsichtsbehörde nach dieser Bestimmung den für ihren Entscheid massgeblichen Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat, doch besteht für die Parteien andererseits eine entsprechende Mitwirkungspflicht (dazu BGE 123 III 328 E. 3 S. 329). Was die Beschwerdeführerin vorträgt, stellt im Übrigen zu einem grossen Teil eine im Verfahren vor der erkennenden Kammer unzulässige Kritik an der Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse durch die Vorinstanz dar: Dass deren Feststellungen unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen wären, ist nicht dargetan, und es liegen auch keine Anhaltspunkte für ein offensichtliches Versehen vor (vgl. Art. 63 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 81 OG).

Zu den Ausführungen der Beschwerdeführerin bezüglich des Beizugs einer Drittperson für den Verkauf eines Unternehmens ist zu bemerken, dass es nicht nur darum geht, ob hierfür eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist. Es müsste zudem dargetan sein, dass der Verzicht der Konkursverwaltung, einen Dritten mit der Veräusserung zu beauftragen, gegen Bundesrecht, namentlich etwa die Pflicht, die Interessen der Gläubiger bestmöglich zu wahren (Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG), verstösst.

6.

Soweit die Beschwerdeführerin schliesslich den Einbezug der Firma Y. \_\_\_\_\_ in das kantonale Beschwerdeverfahren beanstandet, ist darauf hinzuweisen, dass als Verfahrensbeteiligter auch ein Dritter in Betracht kommt, falls dessen Rechtsstellung berührt ist (Cometta, a.a.O., N 45 zu Art. 17). Eine Verletzung von Bundesrecht ist der Vorinstanz in diesem Zusammenhang nicht vorzuwerfen. [...]"

(BGE vom 12.5.2003 in Sachen von Firma Z. gegen AB BS; 7B.27/2003)

**15. Arrest (Art. 271 ff. SchKG)**

**15.1. Arrest auf blosser Sicherheitsleistung?**

(siehe unter Ziffer 3.1., S. 9)

**15.2 Art. 17 Abs. 1 / Art. 278 SchKG. Solange und soweit eine Arresteinsprache gegeben ist, fehlt es am Rechtsschutzinteresse für eine Beschwerde. Bei Mängeln im Arrestvollzug, die keine Grundlage im Arrestbefehl haben, steht allein die Beschwerde zur Verfügung.**

**15.3 Art. 92 f. / 271 SchKG. Die Sperrung von Vermögenswerten durch eine Strafverfolgungsbehörde kann die Pfändung dieser Vermögenswerte und damit auch deren Verarrestierung nicht verhindern. Auch für einen in Deutschland wohnhaften Arrestschuldner bestimmt sich die Pfändbarkeit bzw. Verarrestierbarkeit seines Arbeitserwerbs nach schweizerischem Recht. Sofern der Arrestschuldner zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes auf Bank- oder Postguthaben angewiesen ist, wird ihm in analoger Anwendung von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG jener Betrag freigegeben, den er für die Dauer von zwei Monaten braucht. Unter Umständen kann ihm sogar der ganze Betrag im Sinne von Art. 93 SchKG belassen werden.**

Im Arrest Nr. 2003/18 vom 3. Februar 2003 betreffend den Arrestschuldner U. F. für eine Forderung von Fr. 29'453.85 nebst Zins wurden als Arrestgegenstände dessen sämtliche Guthaben bei der Schweizerischen Post, Postfinance, Basel, genannt. Unter den Arrestbeschlagnahme fiel danach gemäss Arresturkunde vom 4. März 2003 das Guthaben des Arrestschuldners auf PC-Konto [...], welches mit Fr. 10'283.20 erfasst und auf die Zivilgerichtskasse überwiesen wurde.

Mit Schreiben vom 31. März 2003 an das Betreibungsamt erhob U. F. Beschwerde und Einsprache gegen den Arrestbefehl. Zur Begründung machte er im wesentlichen geltend, das verarrestierte Konto sei im Januar 2000 durch das Verhöramt für Wirtschaftsdelikte des Kantons Nidwalden in Stans gesperrt worden. Zur Zeit der Arrestnahme sei es noch nicht freigegeben gewesen. Im Jahre 1999 seien diverse Einzahlungen aus Arbeitseinkommen in der Gesamthöhe von Fr. 8'200.-- auf dieses Konto getätigt worden. Davon seien Fr. 4'000.-- an die Rechtsanwälte F. & Kollegen und Fr. 2'800.-- an T. S. abgetreten worden. Dabei handle es sich um Forderungen aus Hilfe zum Lebensunterhalt, weshalb Pfändungsfreigrenzen zu beachten seien. Die Arresturkunde sei ihm am

24. März 2003 in der Justizverwahranstalt B. zugestellt worden. Zudem hege er Zweifel, ob die Gläubigerin das Betreibungsbegehren rechtzeitig gestellt habe. Im übrigen sei der Arrest rechtswidrig, da das betroffene Konto erst am 12. März 2003 vom zuständigen Verhöramt entsperrt worden sei. Die Beschwerde wurde mit Entscheid der Aufsichtsbehörde vom 15. Mai 2003 abgewiesen, die dabei folgendes erwogen hat:

"Die Aufsichtsbehörde ist zuständig zur Beurteilung von betreibungsrechtlichen Beschwerden nach Art. 17 SchKG. Geltend gemacht werden kann damit allgemein die Verletzung betreibungsrechtlicher Vorschriften im Rahmen der Zwangsvollstreckungsverfahren nach SchKG. Im Bereich des Arrestverfahrens stehen als Rechtsmittel die Arresteinsprache und die betreibungsrechtliche Beschwerde zur Verfügung. Im Unterschied zur Beschwerde richtet sich die Arresteinsprache an den Richter, der den Arrest verfügt hat (Art. 278 Abs. 1 SchKG). Die Beschwerde ist ausgeschlossen, wo eine gerichtliche Klage zur Verfügung steht (Art. 17 Abs. 1 SchKG), wozu auch die Arresteinsprache zu zählen ist. Solange und soweit die Arresteinsprache gegeben ist, fehlt es deshalb am nötigen Rechtsschutzinteresse für eine Beschwerde (SchKG-Reiser, Art. 275 N. 37 und Art. 278 N. 11; Yvonne Artho von Gunten, Die Arresteinsprache, Zürich 2001, S. 157). Anfechtungsobjekt der Arresteinsprache ist die Arrestbewilligung, jenes der Beschwerde der Arrestvollzug (SchKG-Reiser, Art. 278 N. 2; Artho von Gunten, S. 11). Mit der Arresteinsprache können neben den erforderlichen Prozessvoraussetzungen sämtliche Arrestvoraussetzungen bestritten werden (SchKG-Reiser, Art. 278 N. 8 ff.; Artho von Gunten, S. 127 ff., 157). Alle Mängel des Arrestbefehls, die unter altem Recht nur indirekt gegen den Arrestvollzug vorgebracht werden konnten, sind nach revidiertem SchKG der Einsprache zugänglich (Artho von Gunten, S. 157). Der Anwendungsbereich der Beschwerde ist auf die Kompetenzen des Betreibungsamts beim Vollzug des Arrestbefehls beschränkt. Mit der Schaffung der Einsprachemöglichkeit ist eine Kontrolle des Arrestbefehls durch das Betreibungsamt nicht mehr in gleichem Mass gerechtfertigt wie noch unter altem Recht (Artho von Gunten, S. 157; SchKG-Stoffel, Art. 274 N. 21 ff.). Weiterhin steht dem Betreibungsamt die Prüfung der Formrichtigkeit des Arrestbefehls zu. Zudem hat es beim Vollzug alle Vorschriften zu beachten, über die es auch bei einer Pfändung zu wachen hat. Nicht vollziehen darf es namentlich einen nichtigen Arrestbefehl (Artho von Gunten, S. 157; SchKG-Stoffel, Art. 274 N. 21 ff.). Vollzieht es einen mangelhaften Arrestbefehl, ist der Mangel im Einspracheverfahren geltend zu machen, wenn er dort behoben werden kann. Dies trifft insbesondere auch auf den Fall der Nichtigkeit zu, die in erster Linie mit Einsprache zu rügen ist. Nur gegen einen Mangel, der sich lediglich auf den Vollzug bezieht und keine Grundlage im Arrestbefehl hat, ist allein die Beschwerde zu ergreifen (Artho von Gunten, S. 157 f.; vgl. SchKG Stoffel, Art. 274 N. 28).

Vorliegend bezweifelt der Beschwerdeführer zunächst, dass die Beschwerdegegnerin das Betreibungsbegehren rechtzeitig gestellt und damit den Arrest fristgerecht prose-

quiert hat. Hierzu ist festzustellen, dass die Arresturkunde der Beschwerdegegnerin im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung noch gar nicht zugestellt war, so dass die Prosektionsfrist damals gar nicht zu laufen angefangen hatte.

Ferner wendet sich der Beschwerdeführer dagegen, dass sein Guthaben bei der Post nicht habe verarrestiert werden können. Er bringt damit nicht nur Einwände gegen den Arrestvollzug, sondern bereits auch gegen den Arrestbefehl vor, so dass diesbezüglich – wie ausgeführt – die Beschwerde als Rechtsmittel grundsätzlich vor der Einsprache weichen muss. Allerdings hat der Arrestrichter die Pfändbarkeit des Arrestgutes im Einspracheverfahren nur summarisch zu prüfen (Artho von Gunten, S. 130). Rechnung zu tragen hat der Arrestrichter der Frage der Unpfändbarkeit eines Vermögensgegenstandes nach Art. 92 und 94 SchKG (SchKG-Stoffel, Art. 271 N. 42).

Gleichwohl ist an dieser Stelle festzustellen, dass eine Sperrung von Vermögenswerten durch eine Strafverfolgungsbehörde – wie sie hier behauptet wird, aber nicht nachgewiesen ist – die Pfändung der nämlichen Vermögenswerte und damit auch deren Verarrestierung nicht verhindern kann. Es würde sich dabei um eine Verfügungsbeschränkung zu Lasten des Berechtigten handeln, die weder nach SchKG noch nach spezialgesetzlichen Vorschriften eine Unpfändbarkeit zur Folge hätte (Art. 92 SchKG; vgl. SchKG-Lebrecht, Art. 89 N. 36; SchKG-Vonder Mühl, Art. 92 N. 49 ff.).

Sodann hält sich der Beschwerdeführer darüber auf, dass das Arrestguthaben aus Einzahlungen aus Arbeitseinkommen bestehe, wovon ein Teil bereits abgetreten sei. Insofern ist er zunächst darauf hinzuweisen, dass auch für einen in Deutschland wohnhaften Arrestschuldner sich die Pfändbarkeit [bzw. damit auch die Verarrestierbarkeit] seines Arbeitserwerbs nach schweizerischem Recht bestimmt. Dabei ist ein Schuldner zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes grundsätzlich auf sein laufendes Einkommen verwiesen, so dass zur Zeit der Verarrestierung bestehende, auch aus Lohnzahlungen gespeisene Guthaben vollumfänglich pfändbar sind. Allerdings kann der Arrestschuldner aufgrund gänzlicher oder teilweiser Verdienstlosigkeit zur Finanzierung seines notwendigen Lebensunterhaltes auf solche Guthaben angewiesen sein. Unter diesen Voraussetzungen wird einem Schuldner in analoger Anwendung von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG jener Betrag freigegeben, auf den er hierfür während der Dauer von zwei Monaten angewiesen ist. Unter Umständen kann ihm sogar der gesamte Betrag im Sinne von Art. 93 SchKG belassen werden (SchKG-Vonder Mühl, Art. 93 N. 3 mit Hinweisen). Dergleichen hat der Beschwerdeführer jedoch weder geltend gemacht noch nachgewiesen. Was schliesslich die Abtretung seiner Forderung gegenüber der Post angeht, steht diese einer Verarrestierung nicht entgegen. Immerhin ist in der Arresturkunde die Berechtigung der behaupteten Abtretungsgläubiger an der Forderung vorzumerken und das Widerspruchsverfahren einzuleiten (vgl. SchKG-Staehelin, Art. 106 N. 6, 18 und 22). Das Betreibungsamt ist damit angewiesen, davon Kenntnis zu nehmen. Der Be-



schwerdeführer wird jedoch noch die genauen Anschriften der Abtretungsgläubiger nachliefern müssen. [...]"

(ABE vom 15.5.2003 in Sachen U. F. gegen Bank S. und BA BS; AB 2003/23)

## 16. Retentionsverzeichnis (Art. 283 f. SchKG)

**16.1. Art. 283 SchKG. Eine Barhinterlage vermag die Retentionsgegenstände vom Retentionsbeschlagnur zu befreien, wenn sie den gesamten geschuldeten bzw. künftigen Mietzins samt Zinsen und Kosten deckt. Durch Hinterlegung können nicht bloss einzelne Objekte vom Retentionsbeschlagnur befreit werden.**

**Art. 20a Abs. 1 SchKG. Eine Beschwerdeführerin, die sich in für sie erkennbarer Weise rechtswidrig verhält und sich dennoch gegen eine deswegen zu Recht erlassene Verfügung mit einer Begründung zur Wehr setzt, die erwiesenermassen wahrheitswidrig ist, handelt mutwillig.**

Mit Retentionsurkunde Nr. 03/14 vom 27. Februar 2003 wurden auf Begehren des Mietzinsgläubigers P. G. bei der S. AG 98 Fahrnispositionen in das Retentionsverzeichnis aufgenommen. Am 9. April 2003 schrieb der Gläubiger dem Betreibungsamt, Herr M. C. von der S. AG habe verschiedene Gegenstände aus den Mieträumlichkeiten entfernt. Die S. AG habe dafür laut ihren Angaben im Einverständnis mit dem Betreibungsamt einen Kaufpreis bezahlt. Er habe dazu nicht eingewilligt und verlange die sofortige Rückschaffung. Mit Verfügung vom 10. April 2003 forderte das Betreibungsamt die S. AG auf, die Gegenstände innert 5 Tagen zurückzubringen. Die von ihr für die Gegenstände bezahlte Betrag von Fr. 650.-- werde ihr darauf zurückerstattet. Am 22. April 2003 erhob die S. AG gegen diese Verfügung Einsprache beim Betreibungsamt. Am 23. April 2003 schickte das Betreibungsamt die Einsprache dem Gläubiger und fragte, ob er an der Rückschaffung festhalte. Am 29. April 2003 bestätigte der Gläubiger sein Rückschaffungsgesuch.

Mit ihrer Beschwerde vom 22. April 2003 begehrte die S. AG die Aufhebung der Verfügung des Betreibungsamts vom 10. April 2003, mit welcher dieses sie zur freiwilligen Rückschaffung binnen 5 Tagen der von ihr aus dem Mietobjekt weggeschafften Gegenstände aufforderte. Zur Begründung führt sie im wesentlichen an, die Vertreterin des Gläubiger, Frau V. B. von der S. I. AG, habe dem Verkauf der Gegenstände zuge-

stimmt. Die Aufsichtsbehörde hat die Beschwerde mit Entscheid vom 15. Mai 2003 mit folgenden Erwägungen abgewiesen:

"Mit der Aufzeichnung der Retentionsgegenstände im Retentionsverzeichnis (Art. 283 SchKG) beginnt der Retentionsbeschluss, der es dem Schuldner unter Straffolge verbietet, über die betreffenden Gegenstände frei zu verfügen. Insbesondere dürfen die Gegenstände nicht ohne Einwilligung des Betreibungsamts aus den Mieträumlichkeiten entfernt werden. Anderenfalls kann der Retentionsgläubiger verlangen, dass diese zurückgeschafft werden, ohne dass er dabei jedoch an die zehntägige Frist nach Art. 284 SchKG gebunden ist (BGE 104 III 26). Vorliegend behauptet die Beschwerdeführerin, dass ihr die Retentionsgläubigerin erlaubt habe, die Gegenstände "herauszukaufen". Sie will damit offensichtlich die Möglichkeit zur Sicherstellung der Retentionsforderung durch Barhinterlage zur Befreiung der retinierten Gegenstände vom Retentionsbeschluss ansprechen, die grundsätzlich bis zur Verwertung möglich ist. Allerdings muss die Hinterlage den gesamten geschuldeten bzw. künftigen Mietzins samt Zinsen und Kosten des Verfahrens decken. Insbesondere besteht keine Möglichkeit, durch Hinterlegung nur einzelne Objekte vom Retentionsbeschluss zu befreien (SchKG-Schnyder/Wiede, Art. 283 N. 55, 68; Franz Studer, Das Retentionsrecht in der Zwangsvollstreckung, Zürich 2000, S. 121 ff. N. 296 ff.). Zudem ist die Beseitigung des Beschlusses nur durch eine entsprechende Verfügung des Betreibungsamts möglich. Vorliegend hat die Beschwerdeführerin Fr. 650.-- an das Betreibungsamt überwiesen, offensichtlich um einzelne Gegenstände selbsttätig dem Retentionsbeschluss zu entziehen. Ihr Vorgehen läuft damit in mehrfacher Hinsicht den massgebenden Vorschriften zuwider. Im übrigen fehlt auch jeglicher Beweis für das von ihr reklamierte Einverständnis der Retentionsgläubigerin. Dies muss zur Abweisung der Beschwerde führen.

Das Beschwerdeverfahren ist grundsätzlich kostenlos. Bei mut- oder böswilliger Beschwerdeführung können einer Partei Bussen bis zu Fr. 1'500.-- sowie Gebühren und Auslagen auferlegt werden. Die vorliegende Beschwerde muss als mutwillig angesehen werden, weil sich die Beschwerdeführerin in für sie erkennbarer Weise rechtswidrig verhalten und sich dennoch gegen eine deswegen zu Recht erlassene Verfügung mit einer Begründung zur Wehr setzt, die erwiesenermassen wahrheitswidrig ist. Deshalb hat sie eine Trölbusse von Fr. 200.-- zu tragen. [...]"

(ABE vom 15.5.2003 in Sachen von S. AG gegen BA BS; AB 2003/32)

**16.2.1. Art. 283 SchKG. Offengelassen, ob die konkrete und unmittelbare Gefährdung für eine Wegschaffung der Gegenstände nur bei einem Retentionsbegehren bezüglich des laufenden bzw. künftigen Mietzinses glaubhaft zu machen ist oder auch dann, wenn bereits verfallener Mietzins ausstehend ist. Was vor dem letzten Zinstermin vor der Einreichung des Retentionsbegehrens liegt, gehört zum verfallenen Jahreszins, was danach folgt, zum laufenden Halbjahreszins. Wesentlich für das Vorliegen einer Gefährdung ist, dass aufgrund der gesamten Umstände mit der Entfernung der beweglichen Sachen, die zur Einrichtung oder Benutzung verwendet werden, aus den Mieträumlichkeiten ernsthaft gerechnet werden müsste, ohne dass der laufende Halbjahreszins bis dahin bezahlt wäre. Anzeichen für eine solche Gefährdung können nicht schon darin gesehen werden, dass die Mieterin sich in provisorischer Nachlassstundung befindet und mit grosser Wahrscheinlichkeit Unternehmensteile der Mieterin zum Verkauf gelangen dürften.**

Am 10. Januar 2003 ging beim Betreibungsamt das Begehren um Aufnahme einer Retentionsurkunde ein mit im wesentlichen folgendem Inhalt: Gläubiger (Vermieter) Pensionskassen X. und Y., Schuldnerin (Mieterin) Z. AG in provisorischer Nachlassstundung, Gegenstände in Büros und Lager in den F. Häusern 82 + 84, Mietvertrag vom 10. Februar 1997, fälliger Mietzins vom 1. Januar bis 31. März 2003 und laufender Mietzins vom 1. April bis 30. Juni 2003.

Das Betreibungsamt erliess am 10. Januar 2003 eine entsprechende Retentionsanzeige für den Mietzins vom 1. Januar bis 31. März 2003 an die Schuldnerin Z. AG in provisorischer Nachlassstundung. Mit Verfügung vom 13. Januar 2003 schrieb es den Retentionsgläubigerinnen, das Retentionsgesuch für den laufenden Mietzins werde abgewiesen. Bei der Retinierung von künftigen Mietzins müsse eine konkrete und unmittelbare Gefahr der Wegschaffung der Gegenstände glaubhaft gemacht werden, was hier nicht vorliege.

Mit Beschwerde vom 21. Januar 2003 beehrten die Pensionskassen X. und Y., es sei für die Retention auch die Mietzinsperiode vom 1. April bis 30. Juni 2003 einzuschliessen und das Betreibungsamt anzuweisen, in diesem Retentionsverfahren neben dem Mietzins für die Periode vom 1. bis 31. März 2003 (fälliger Mietzins) auch für den laufenden Mietzins vom 1. April bis zum 30. Juni 2003 in Höhe von Fr. 1'251'113.30 sich im Mietobjekt befindliche Gegenstände zu retinieren. Zudem stellten sie den Antrag, dass diese Anweisung sofort erfolge. Zur Begründung führten sie im wesentlichen folgendes an. Da der vertraglich jeweils im voraus geschuldete Mietzins für das 1. Quartal 2003 nur teilweise überwiesen worden sei, hätten sie am 10. Januar 2003 ein Begehren um Aufnahme einer Retentionsurkunde eingereicht, mittels deren nicht nur der fällige, sondern auch der laufende Mietzins sichergestellt werden sollte. In einem Begleit-

schreiben hätten sie ausgeführt, weshalb auch der laufende Mietzins erfasst werden müsse. Da als letztes Fälligkeitsdatum vor der Einreichung des Retentionsbegehrens der 1. Januar 2003 gelte, könne neben dem bereits verfallenen Mietzins des ersten Quartals 2003 noch die Sicherung für den Mietzins des zweiten Quartals 2003 verlangt werden. Es gehe hier nicht bloss um die Sicherung der laufenden, sondern auch des bereits verfallenen Mietzinses. In diesem Fall erübrige sich eine gesonderte Glaubhaftmachung der Gefährdung. Bezahle ein Mieter nicht mehr, sei das ein untrügliches Zeichen für eine Verschlechterung seiner Vermögenslage und zugleich für die Absicht, das Mietobjekt zu verlassen. Das Betreibungsamt habe deshalb zu Unrecht von ihnen ein besonderes Interesse hinsichtlich der Sicherung des künftigen Mietzinses verlangt. Im vorliegenden Fall könne zusätzlich ein solches Gefährdungsinteresse durchaus belegt werden. Ihre Mieterin Z. AG befinde sich nämlich seit dem 6. Dezember 2002 in provisorischer Nachlassstundung. Die provisorische Sachwalterin habe mitgeteilt, dass die bestehenden Mietverhältnisse zwar nicht aufgelöst würden, sie aber auch nicht in diese eintrete. Der Mietzins würde nur bis zum Ablauf der provisorischen Nachlassstundung am 6. Februar 2003 durch sie bezahlt. Es sei unter diesen Umständen damit zu rechnen, dass der Verkauf rentabler Unternehmensteile der Z. AG rasch und damit vor der nächsten Retentionsmöglichkeit realisiert werde. Die Gefährdung der Einbringlichkeit des künftigen Mietzinses sei deshalb konkret und unmittelbar. Die Aufsichtsbehörde hat die Beschwerde am 20. Februar 2003 aus folgenden Erwägungen abgewiesen:

"Nach Art. 268 Abs. 1 OR hat der Vermieter von Geschäftsräumlichkeiten für einen verfallenen Jahreszins und den laufenden Halbjahreszins ein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen, die sich in den vermieteten Räumen befinden und zu deren Einrichtung und Benutzung sie gehören. Der Vermieter kann, auch wenn die Betreuung nicht angehoben ist, zur einstweiligen Wahrung seines Retentionsrechts beim Betreibungsamt die Aufnahme eines Verzeichnisses der Gegenstände verlangen, die dem Retentionsrecht unterstehen (Art. 283 SchKG). Soweit das Gesuch für verfallenen Mietzins gestellt wird, ist der Bestand des Retentionsrechts zu vermuten. Hingegen muss bei der Geltendmachung des Retentionsrechts zur Sicherung des laufenden bzw. künftigen Halbjahreszinses zusätzlich eine konkrete und unmittelbare Gefahr der Wegschaffung der eingebrachten Mietgegenstände durch den Mieter glaubhaft gemacht werden (BGE 97 III 45). In der Rechtslehre, auf die sich die Beschwerdeführerinnen berufen, wird argumentiert, dass dies nur gelte, wenn die Aufnahme des Retentionsverzeichnisses ausschliesslich für laufenden bzw. künftigen Halbjahreszins verlangt werde (SchKG-Schnyder/Wiede, Art. 283 N. 53 f. mit Hinweisen). Für diese Ansicht spricht, dass der Ausstand verfallenen Mietzinses bereits auf die erforderliche Gefährdung für den Halbjahreszins hindeuten kann. Eine konkrete und unmittelbare Gefahr wird nach der Rechtsprechung nämlich jedenfalls dann angenommen, wenn neben verfallenem Mietzins auch die erste und praenumerando zu bezahlende Rate des Halbjahreszinses unbezahlt ist (SchKG-Schnyder/Wiede, Art. 283 N. 54 mit Hinweisen). Letztlich kann die Ant-

wort auf diese Frage jedoch offen bleiben, weil, wie sich zeigen wird, die Beschwerdeführerinnen die Retention nur für den laufenden bzw. künftigen Halbjahreszins geltend gemacht haben, so dass sie so oder anders die konkrete und unmittelbare Gefährdung glaubhaft machen müssen.

Für die Frage, was als laufender Halbjahreszins anzusehen ist, ist unbekümmert darum, ob der Mietzins im konkreten Fall prae- oder postnumerando zu bezahlen ist, auf den letzten Zinstermin vor der Einreichung des Retentionsbegehrens abzustellen. Was davor liegt, gehört zum verfallenen Jahreszins, was danach folgt, zum laufenden Halbjahreszins (BGE 97 III 46; ausführlich: BGE 42 III 282 f.). Vorliegend hat das Betreibungsamt deshalb in seiner Vernehmlassung zur Beschwerde zu Recht eingeräumt, es habe bei der Beurteilung des Retentionsgesuchs fälschlicherweise angenommen, es handle sich beim Mietzins für das erste Quartal 2003, der am 1. Januar 2003 fällig geworden ist, um einen Teil des verfallenen Jahreszinses. Ausgehend vom 1. Januar 2003 als letztem Zinstermin umfasst der verfallene Jahreszins die Mietzinse für die Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 2002. Da sich das Gesuch der Beschwerdeführerinnen einzig auf die Zeit ab 1. Januar 2003 bezieht, geht es ihnen um eine Absicherung des laufenden bzw. künftigen Halbjahreszinses.

Aus diesem Grund hätten die Beschwerdeführerinnen nicht nur für das vorliegend allein noch strittige zweite Quartal 2003, sondern auch für das erstere die konkrete und unmittelbare Gefährdung darlegen müssen. Dass darauf das Betreibungsamt versehentlich verzichtet hat, ist vorliegend nicht zu korrigieren. Weder liegt eine entsprechende Beschwerde der Z. AG als Retentionsschuldnerin vor, noch hat die Aufsichtsbehörde dagegen von Amtes wegen einzuschreiten. Allerdings besagt dies nicht, dass nun ebenso für das zweite Quartal auf die Glaubhaftmachung der Gefährdung zu verzichten wäre. Davon gehen die Beschwerdeführerinnen nur deshalb aus, weil sie - wie erläutert - zu Unrecht die am 1. Januar 2003 fällig gewordene Quartalsforderung zum verfallenen Jahreszins zählen. Daneben behaupten sie ferner auch, dass eine solche Gefährdung konkret vorliege. Sie glauben diese darin zu erkennen, dass sich die Z. AG in provisorischer Nachlassstundung befindet. Zudem habe die Sachwalterin in diesem Verfahren all jenen, die an die Z. AG Büroräumlichkeiten vermietet hätten, mitgeteilt, dass die bestehenden Mietverhältnisse zwar nicht aufgelöst würden, dass sie aber auch nicht in diese Verträge eintrete. Ferner werde der Mietzins nur bis zum Ablauf der provisorischen Nachlassstundung am 6. Februar 2003 bezahlt. Daraus sei ersichtlich, dass die Z. AG bzw. die Sachwalterin nicht gewillt seien, über dieses Datum hinaus Mietzinszahlungen zu leisten.

In der Rechtslehre und der Rechtsprechung wird die Gefahr einer Wegschaffung von Mietgegenständen angenommen, sobald der Mieter oder der Vermieter das Mietverhältnis – vor allem ausserterminlich - gekündigt haben, oder dann im ungekündigten

Mietverhältnis, wenn - wie schon erwähnt - sowohl verfallene Mietzinse und als auch die erste praenumerando zu bezahlende Zinsrate der laufenden Halbjahresperiode ausstehend sind (SchKG-Schnyder/Wiede, Art. 283 N. 54). Vorliegend ist das Mietverhältnis weder gekündigt noch die Mieterin mit der Zahlung des verfallenen Jahreszinses im Rückstand. Aus dem Umstand, dass die am 1. Januar 2003 verfallene Quartalsrate nur teilweise bezahlt worden sein soll, kann für sich allein noch nicht auf die erforderliche Gefährdung geschlossen werden. Wesentlich ist vielmehr, dass aufgrund der gesamten Umstände mit der Entfernung der beweglichen Sachen, die zur Einrichtung oder Benutzung verwendet werden, aus den Mieträumlichkeiten ernsthaft gerechnet werden müsste, ohne dass der laufende Halbjahreszins bis dahin bezahlt wäre. Die Z. AG befindet sich offensichtlich in einer finanziell prekären Lage, so dass die Bezahlung der Mietzinse eher fraglich erscheint. Mehr lässt sich jedoch auch nicht aus der Aussage der Sachwalterin lesen. Diese ist dahingehend zu verstehen, dass die Sachwalterin verständlicherweise nur Zahlungen bis zum festgesetzten Ende der provisorischen Nachlassstundung versprechen konnte und wollte, weil sie über das Nachher damals noch nicht sicher Bescheid wusste. Damit ist aber noch nicht auch schon vorgezeichnet, was in der Zeit danach geschehen wird. Namentlich wären Anzeichen für eine konkrete Gefährdung nötig, die eine bevorstehende Wegschaffung der eingebrachten Gegenstände ernstlich befürchten liessen. Derartige Hinweise können nicht schon darin gesehen werden, dass mit grosser Wahrscheinlichkeit Unternehmensteile zum Verkauf gelangen dürften. Es ist durchaus denkbar, dass in einem solchen Fall auch die bestehenden Mietverträge und dabei die ausstehenden Verpflichtungen übernommen würden. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerinnen an die Z. AG laut Mietvertrag eine Fläche von über 15'000m<sup>2</sup> vermietet haben. Unter solchen Umständen ist es nicht vorstellbar, dass die Mieterin Gegenstände in grösserem Umfang entfernen könnte, ohne dass dies von den Beschwerdeführerinnen festgestellt würde. In diesem Falle hätten die Beschwerdeführerinnen es in der Hand, die Aufnahme des Retentionsverzeichnisses für den Halbjahreszins ohne weiteres zu verlangen.[...]"

(ABE vom 20.2.2003 in Sachen Pensionskassen X. und Y. gegen Z. AG und BA BS; AB 2003/3)

**16.2.2. Art. 283 / Art. 297 Abs. 1 und 2 SchKG. Während provisorischer Nachlassstundung ist das Begehren um Aufnahme einer Retentionsurkunde zulässig. Die während einer Nachlassstundung verpönte Betreuung beginnt mit der Zustellung des Zahlungsbefehls. Bei der Gefährdung des Retentionsrechts geht es nicht um die Gefahr für die Einbringlichkeit der (künftigen) Mietzinsansprüche, sondern dass die Wegschaffung der haftenden Gegenstände droht.**

Eine gegen das vorstehende Urteil der Aufsichtsbehörde unter Ziffer 16.2.1. von den Pensionskassen X. und Y. bei der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts geführte Beschwerde wurde am 12. Mai 2003 aus folgenden Erwägungen abgewiesen:

"[...]2.

2.1 Der Vermieter von Geschäftsräumen hat ein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen in den vermieteten Räumen, die zu deren Einrichtung oder Benutzung gehören (Art. 268 Abs. 1 OR). Zur einstweiligen Wahrung dieses Rechts kann er die Hilfe des Betreibungsamtes in Anspruch nehmen und die Aufnahme eines Verzeichnisses der vom Retentionsrecht erfassten Gegenstände verlangen (Art. 283 Abs. 1 und 3 SchKG).

2.2 Schon im Zeitpunkt der Einreichung des Begehrens um Aufnahme einer Retentionsurkunde war der Z. \_\_\_\_\_ AG (Retentionsschuldnerin) die provisorische Nachlassstundung bewilligt worden. Diese Tatsache stand einer allfälligen Gutheissung des Begehrens grundsätzlich jedoch nicht entgegen:

Wohl ist zu bedenken, dass die Einleitung der zur Prosekution des Retentionsverzeichnisses erforderlichen Betreuung auf (Fahrnis-)Pfandverwertung (Art. 283 Abs. 3 SchKG) während der Stundung ausgeschlossen ist (Art. 297 Abs. 1 und 2 SchKG). Indessen ist nicht bereits in der Einreichung des Betreibungsbegehrens die verpönte Einleitung zu erblicken. Die Betreuung beginnt vielmehr erst mit der Zustellung des Zahlungsbefehls (Art. 38 Abs. 2 SchKG). Das während hängiger Nachlassstundung gestellte Betreibungsbegehren ist vom Betreibungsamt zu protokollieren und gegebenenfalls nach dem Wegfall der Stundung zu vollziehen (BGE 50 III 7 S. 9; vgl. auch den Entscheid der Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen für den Kanton Solothurn vom 26. November 1975, auszugsweise veröffentlicht in: SOG 1975 S. 22 Nr. 15 und SJZ 72/1976 S. 266 Nr. 82; Franz Studer, Das Retentionsrecht in der Zwangsvollstreckung, Diss. Zürich 2000, S. 170 f. Rz. 417).

3.

3.1 Das Retentionsrecht dient der Deckung eines verfallenen Jahreszinses und des laufenden Halbjahreszinses (Art. 268 Abs. 1 OR). Zur Sicherung des laufenden, noch nicht fälligen Zinses darf das Retentionsverzeichnis allerdings nur aufgenommen werden, wenn der Vermieter oder Verpächter eine unmittelbare Gefährdung seines Rechts, d.h. Anzeichen dafür glaubhaft macht,

dass der Mieter wegzuziehen oder die sich in den gemieteten Räumlichkeiten befindenden Sachen fortzuschaffen gedenkt (vgl. Art. 268b Abs. 1 OR; BGE 97 III 43 E. 2 S. 45; Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, 3. Aufl., § 63 Anm. 13; Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Aufl., § 34 Rz. 11; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., N. 4 zu Art. 283 SchKG).

3.2 Unter Berufung auf BGE 97 III 43 (E. 3 S. 46) erklärt die kantonale Aufsichtsbehörde, dass für die Abgrenzung zwischen verfallenem und laufendem Zins auf den letzten Zinstermin vor Einreichung des Begehrens um Aufnahme des Retentionsverzeichnisses abzustellen sei. Was davor liege, gehöre zum verfallenen (Jahres-), was folge, zum laufenden (Halbjahres-)Zins. Der hier massgebende Zinstermin sei der 1. Januar 2003 gewesen, so dass die Mietzinse für die Zeit vom 1. Januar 2002 bis zum 31. Dezember 2002 zu den verfallenen zu zählen seien. Da sich das Begehren der Beschwerdeführerinnen ausschliesslich auf die Zeit nach dem 1. Januar 2003 beziehe, strebe es einzig eine Absicherung des laufenden bzw. künftigen Halbjahreszinses an. Das Betreibungsamt habe eingeräumt, dass es bei der Beurteilung des Retentionsgesuchs (und dessen Gutheissung für das erste Quartal 2003) fälschlicherweise angenommen habe, es gehe um einen Teil des verfallenen Jahreszinses. Auf Grund ihrer Darlegungen hält die Vorinstanz weiter fest, dass die Beschwerdeführerinnen nicht nur für das zweite Quartal 2003, sondern auch für das erste eine konkrete unmittelbare Gefährdung des Retentionsrechts durch eine Wegschaffung der in Frage stehenden Gegenstände hätten glaubhaft machen müssen. Indessen habe die Beschwerdegegnerin das aufgenommene Retentionsverzeichnis nicht beanstandet und bestehe kein Anlass, dieses von Amtes wegen aufzuheben.

Die kantonale Aufsichtsbehörde hält schliesslich dafür, dass keine Umstände vorlägen, die im gegenwärtigen Zeitpunkt eine bevorstehende Wegschaffung der in die Mieträume eingebrachten Gegenstände ernstlich befürchten liessen. Derartige Hinweise könnten nicht schon darin gesehen werden, dass mit grosser Wahrscheinlichkeit Unternehmensteile der Z. \_\_\_\_\_ AG zum Verkauf gelangen dürften. Es sei durchaus denkbar, dass in einem solchen Fall auch die bestehenden Mietverträge samt den ausstehenden Verpflichtungen übernommen würden. Angesichts der vermieteten Fläche von über 15'000 m<sup>2</sup> sei zudem nicht vorstellbar, dass die Mieterin in grösserem Umfang unbemerkt Gegenstände entfernen könnte. Die Beschwerdeführerinnen könnten deshalb in einem solchen Fall zu gegebener Zeit ohne weiteres die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses verlangen.

3.3 Die Beschwerdeführerinnen sind der Ansicht, die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Abgrenzung zwischen verfallenem und laufendem Zins sei mit dem Wortlaut von Art. 268 Abs. 1 OR nicht vereinbar, höhle das mietrechtliche Retentionsrecht aus und führe zu sachwidrigen Ergebnissen, indem sie insbesondere die Unterschiede zwischen Praenumerando- und Postnumerando-Vereinbarungen ausser Acht lasse. Als Folge ihrer abweichenden Betrachtungs-



weise halten sie fest, die Periode des verfallenen Jahreszinses erstreckte sich hier auf die Zeit vom 1. April 2002 bis zum 31. März 2003.

Diese Ausführungen der Beschwerdeführerinnen stossen insofern von vornherein ins Leere, als das Betreibungsamt zur Sicherung des Mietzinses für die Zeit bis zum 31. März 2003 (ohne Prüfung einer Gefährdung) ein Retentionsverzeichnis aufgenommen hat und dieses auf Grund des angefochtenen Entscheids bestehen bleibt.

3.4 Auch die Beschwerdeführerinnen selbst gehen sodann davon aus, dass es bezüglich des zweiten Quartals 2003 um das Retentionsrecht für künftigen (laufenden) Mietzins geht. Sie halten unter Berufung auf Peter Higi (Zürcher Kommentar, N. 78 zu Art. 268-268b OR) und auf Anton K. Schnyder/M. Andreas Wiede (Kommentar zum SchKG, Basel 1998, N. 53 f. zu Art. 283 SchKG) indessen dafür, sie hätten für die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses zur Sicherung dieses Zinses keine besondere Gefährdung ihres Rechts nachzuweisen, da dieser (künftige) Zins unmittelbar an den (nach ihrer Betrachtungsweise) als verfallen zu qualifizierenden Zins für das erste Quartal anschliesse (für den das Betreibungsamt - wenn auch auf Grund eines Irrtums - ein Retentionsverzeichnis errichtet hat); der Umstand, dass der Mieter mit seinen fälligen Zahlungsverpflichtungen im Rückstand sei, beweise ausreichend, dass die Einbringlichkeit der Mietzinse auch künftig in Frage stehe.

Diesen Vorbringen ist nicht beizupflichten: Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Auffassung ergibt sich aus dem darin ebenfalls angerufenen BGE 97 III 43 ff. keineswegs, dass eine Gefährdung "der vermietetischen Ansprüche" nur dann belegt werden müsste, wenn die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses ausschliesslich für künftigen Mietzins verlangt wird (vgl. BGE 97 III 43 E. 2 S. 45; dazu auch Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., N. 6 zu Art. 283 SchKG, die ausdrücklich bemerken, das Betreibungsamt habe sich, unabhängig davon, ob das Retentionsrecht für einen laufenden Mietzins allein oder in Verbindung mit verfallenem Zins beansprucht werde, darüber zu vergewissern, ob die in Frage stehenden Gegenstände fortgeschafft werden wollten). Die Beschwerdeführerinnen verkennen, dass es um die Gefährdung des Retentionsrechts, d.h. darum geht, ob die Wegschaffung der haftenden Gegenstände droht (vgl. Art. 268b Abs. 1 OR; BGE 97 III 43 E. 2 S. 45), und nicht um die Gefahr für die Einbringlichkeit der (künftigen) Mietzinsansprüche. Ihre Vorbringen zur Zahlungsfähigkeit und zum Zahlungswillen der Beschwerdegegnerin stossen deshalb ins Leere.

Unbehelflich sind die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen schliesslich auch insoweit, als der Verneinung der erforderlichen Gefährdung durch die Vorinstanz der Umstand entgegengehalten wird, dass der Beschwerdegegnerin eine (provisorische) Nachlassstundung bewilligt wurde. Es ist zu bemerken, dass die Geschäftstätigkeit des Nachlassschuldners unter der Aufsicht des Sachwalters steht (Art. 298 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 293 Abs. 4 SchKG) und die als Retentionsobjekte in Frage kommenden Gegenstände somit nicht ohne weiteres verkauft werden

können und dass der Sachwalter für die Wahrung der Interessen der Retentionsberechtigten zu sorgen hat (dazu BGE 50 III 7 S. 10). [...]"

(BGE vom 26.6.2003 in Sachen Pensionskassen X. und Y. gegen AB BS; 7B.65/2003)

17. **Amtl. Verwaltung und Bewirtschaftung von Liegenschaften (Art. 17 VZG)**  
**Art. 17 SchKG / Art. 5 Abs. 2 EG SchKG.** Eine Beschwerde muss einen Antrag und eine Begründung enthalten sowie einen praktischen Verfahrenszweck verfolgen, damit darauf eingetreten werden kann.  
**Art. 153 Abs. 2 SchKG.** Der vom Ehegatten des Betreibungsschuldners und Grundeigentümers erhobene Rechtsvorschlag muss nicht beseitigt werden, wenn die Ehe inzwischen geschieden wurde.  
**Art. 17 VZG / 101 Abs. 1 VZG.** Im Rahmen der amtlichen Verwaltung und Bewirtschaftung steht dem Betreibungsamt der Zugang zur Liegenschaft auch ohne Einwilligung des Grundeigentümers offen. Dies gilt auch für die Vornahme einer Schätzung. Der Grundeigentümer hat grundsätzlich keinen Anspruch, bei der Aufnahme der schätzungsrelevanten Verhältnisse durch den Experten zugegen zu sein, sondern lediglich das Recht, nach einer ersten Schätzung auf seine Kosten eine zweite zu verlangen.

Die von der Bank X. AG eingeleitete Grundpfandbetreibung Nr. 02/16860 betreffend die Liegenschaft W...strasse 80, Basel, richtet sich gegen deren Eigentümer R.H.. Da die Liegenschaft dem Betreibungsschuldner teilweise als Familienwohnung diente, wurde auch dessen damaligen Ehefrau M. H.-B. unter der Nr. 02/16863 gemäss Art. 153 Abs. 2 lit. b SchKG am 15. März 2002 ein Zahlungsbefehl zugestellt. Am 8. Oktober 2002 teilte das Betreibungsamt R. H. den Eingang des Verwertungsbegehrens mit und zeigte ihm gleichzeitig den Einzug der Mietzinse an. Am 15. Oktober 2002 beschwerte sich M. H.-B. bei der Aufsichtsbehörde mit dem Begehren, die Grundpfandbetreibung Nr. 02/16860 sei wegen Ungültigkeit ebenso aufzuheben wie die Mietzinssperre und das Verwertungsbegehren. Die Beschwerde wurde am 18. November 2002 von der Aufsichtsbehörde abgewiesen (AB 2002/74). R. H. hat sich gegen die Verfügungen vom 8. Oktober 2002 nicht beschwert. Am 30. Januar 2003 wandte er sich an das Betreibungsamt und beschwerte sich darüber, dass seine Liegenschaft ohne Benachrichtigung an ihn besichtigt worden sei. Zudem sei gegen den seiner früheren Ehegattin zugestellten Zahlungsbefehl von dieser Rechtsvorschlag erhoben worden, welcher noch nicht beseitigt sei, weshalb die Verwertung nicht berechtigt sei. Das Betreibungsamt antwortete R. H. am 4. Februar 2003, seine Liegenschaft habe im Rahmen der amtlichen Schätzung gemäss Art. 99 i.V.m. Art. 9 VZG besichtigt werden müssen. Was den Zahlungsbefehl an seine nunmehr geschiedene Ehefrau gemäss Art. 153 Abs. 2 lit. b SchKG anbelange,

so habe diese selbst am 24. Januar 2003 deswegen Beschwerde eingereicht. Die Angelegenheit werde in jenem Verfahren behandelt.

Mit Beschwerde vom 10. Februar 2003 rügte R. H., dass das Betreibungsamt ihn nicht über die amtliche Schätzung seiner Liegenschaft informiert habe. Zudem sei das Betreibungsamt zu deren Verwertung nicht ermächtigt, da dem noch immer der nicht beseitigte Rechtsvorschlag seiner geschiedenen Ehefrau entgegenstehe. Am 6. März 2003 hat die Bank X. AG als Beschwerdegegnerin die Grundpfandbetreibung Nr. 02/16860 zurückgezogen. In der Folge ist die Aufsichtsbehörde am 18. März 2003 aus folgenden Erwägungen auf die Beschwerde nicht eingetreten:

"Damit auf eine Beschwerde nach Art. 17 SchKG eingetreten werden kann, muss sie einen Antrag und eine Begründung enthalten. Daran fehlt es vorliegend. Namentlich genügt es nicht, der Aufsichtsbehörde einfach ein Schreiben einzureichen, das der Beschwerdeführer an das Betreibungsamt sendet und gegenüber der Aufsichtsbehörde als Beschwerde verstanden wissen will. Zudem hat eine Beschwerde einen praktischen Verfahrenszweck zu verfolgen. Im Falle ihrer Gutheissung muss nämlich eine vollstreckungsrechtlich wirksame Berichtigung des gerügten Verfahrensfehlers möglich sein (Pra. 2003 S. 162). Auch dies ist vorliegend nicht gegeben, weil die vom Beschwerdeführer gerügte Durchführung der Schätzung seiner Liegenschaft, ohne dass er dazu eingeladen wurde, daran teilzunehmen, bereits erfolgt ist und er keine erneute Schätzung geltend macht. Ferner hat die Betreuungsgläubigerin ihre Betreuung ohnehin nun zurückgezogen, so dass die Beschwerde so oder anders ins Leere zielt. Aus diesen Gründen ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

Davon abgesehen müsste sie auch abgewiesen werden. Nachdem der Beschwerdeführer und seine Ehefrau voneinander geschieden wurden, brauchte die Bank X. AG den von der Ehefrau erhobenen Rechtsvorschlag zur Fortführung der Betreibung nicht mehr beseitigen lassen. Aus diesem Grund ist das Betreibungsamt auf das Verwertungsbegehren der Bank X. AG zu Recht eingegangen. Ferner kommt es in der Betreibung auf Pfandverwertung im Unterschied zur Betreibung auf Pfändung nicht zur Anwendung von Art. 8 VZG iVm Art. 91 SchKG, wonach der Betreuungsschuldner an der Pfändung teilzunehmen von Gesetzes wegen verpflichtet und daher darauf aufmerksam zu machen ist (Art. 90 SchKG). Im Verfahren der Betreibung auf Pfandverwertung hat das Betreibungsamt von der Stellung des Verwertungsbegehrens an für die Verwaltung und Bewirtschaftung der Liegenschaft wie im Pfändungsverfahren von der Pfändung an zu sorgen (Art. 101 Abs. 1 VZG). Im Rahmen dieser Verwaltungsmassnahmen (Art. 17 VZG) steht dem Betreibungsamt der Zugang zur Liegenschaft auch ohne Einwilligung des Liegenschaftseigentümers offen. Aus diesem Grund bedarf die Begehung einer Liegenschaft zu deren Schätzung keiner Ermächtigung durch den Grundeigentümer und braucht dieser daran auch nicht teilzunehmen. Ebensowenig steht ihm grundsätzlich ein

Anspruch darauf zu, bei der Aufnahme der schätzungsrelevanten Verhältnisse durch den Experten zugegen zu sein. Vielmehr hat er lediglich das Recht, im Nachgang zur Kenntnisgabe des Resultats einer ersten Schätzung auf seine Kosten eine zweite zu verlangen (ebenso: Entscheid des Aargauer Obergerichts als Schuldbetreibungs- und Konkurskommission vom 6. März 1967 S. 121 ff., bestätigt durch das Bundesgericht am 30. Mai 1967). [...]"

(ABE vom 18.3.2003 in Sachen von R.H. gegen Bank X. AG und BA BS; AB 2003/10; publiziert in: BLSchK 2003 S. 231)

### C. Zweijahresstatistik 2002 /2003

<b>AUFSICHTSBEHÖRDE</b> über das Betreibungs- und Konkursamt Basel-Stadt		
<b>Statistischer Jahresbericht per 31.12.2003</b>		
Jahr	2002	2003
Vom Vorjahr übernommen	7	6
Neu eingegangen	78	72
Total hängig	85	78
Erledigt wurden	79	68
Unerledigt übertragen	6	10
<b>Die Beschwerden wurden wie folgt erledigt:</b>		
Gutheissung	8	8
Abweisung	32	38
Rückzug	8	4
Nichteintreten	20	12
Gegenstandslos	11	6
Insgesamt erledigt	79	68