

**Art. 46 und Art. 67 SchKG, § 23 Abs. 1 EG SchKG, Betreuung gegen eine Gemeinde, Zuständigkeit.** *Das Betreibungsamt einer Gemeinde kann gegen diese keine gültigen Betreibungshandlungen vornehmen, insbesondere auch nicht im Sinne einer Hilfestellung für das dafür zuständige Notariat.*

Es soll eine Gemeinde betrieben werden. Im Auftrag und im Sinne einer Hilfestellung für das dafür zuständige Notariat fertigt das Betreibungsamt der Gemeinde den Zahlungsbefehl aus und stellt ihn der Betriebenen zu. Diese beschwerte sich zunächst bei der unteren, dann bei der oberen Beschwerdeinstanz gegen das Vorgehen.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

## II.

1. Die Vorinstanz hat – in teilweiser Gutheissung der Beschwerde – die Aus- und Zustellung des Zahlungsbefehls vom 15. April 2015 in der Betreuung Nr. 69945 durch das Betreibungsamt A. für nichtig erklärt (Dispositiv-Ziff. 1, act. 17 S. 7). Sie hat dazu ausgeführt: "Diese Nichtigkeit beschlägt nicht die ganze Betreuung an sich. Denn es ist nach wie vor problemlos möglich, eine Gemeinde zu betreiben. Die Betreuung Nr. 69945 ist nicht hinfällig. Aber der Zahlungsbefehl ist erneut aus- und zuzustellen. Dies – wie auch alle folgenden Betreibungshandlungen – muss vom zuständigen Notariat vorgenommen werden. Das erste Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin, wonach die ganze Betreuung für nichtig zu erklären sei, ist deshalb abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Das zweite Rechtsbegehren, wonach die Zustellung infolge Gesetzesverletzung aufzuheben sei, ist dagegen gutzuheissen".

Anzumerken ist, dass die Gemeinde B. in den Zuständigkeitsbereich des Betreibungsamtes A. gehört und dass Schuldner mit Sitz/Wohnsitz in B. grundsätzlich beim Betreibungsamt A. betrieben werden müssen. Allerdings gibt es hinsichtlich der Betreuung von Gemeinden eine besondere (sachliche) Zuständigkeit der Notariate gemäss § 23 Abs. 1 EG SchKG ("Für Schuldbetreibungen gegen Gemeinden sind die Notariate zuständig"), was die Vorinstanz zutreffend aufgezeigt hat (act. 17 S. 4 ff. E. 2.3-3.4). Entsprechend entfällt die Zuständigkeit der Betreibungsämter, wenn Gemeinden betrieben werden.

2. Betreibungen beginnen mit dem Betreibungsbegehren (Art. 67 Abs. 1 SchKG). Daran anschliessend stellt das Betreibungsamt den Zahlungsbefehl aus und zu. Hat ein örtlich unzuständiges Betreibungsamt einen Zahlungsbefehl aus- und zugestellt, führt dies – anders als bei der sachlichen Unzuständigkeit – nicht zu Nichtigkeit. Allerdings kann sich der Schuldner im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens auch auf die (örtliche) Unzuständigkeit berufen, was nicht nur zur Aufhebung des Zahlungsbefehls, sondern zur Aufhebung der ganzen Betreibung führt (BSK SchKG I-Schmid, N. 36 zu Art. 46; BISchK 2003 S. 84 f.).

Die Vorinstanz hat erwogen, dass die Nichtigkeit nicht die ganze Betreibung beschlage, denn es sei nach wie vor problemlos möglich, eine Gemeinde zu betreiben. Die Betreibung Nr. 69945 sei daher nicht hinfällig. Dem ist nicht zu folgen. Wie sich aus BISchK 2003 S. 84 f. einleuchtend ergibt, ist die Folge der Gutheissung einer Beschwerde wegen Unzuständigkeit stets die Aufhebung der Betreibung als Ganzes, weil ja das betreffende Amt in dieser Sache nicht mehr tätig sein kann. Anders ist es – wie der zitierte Entscheid darlegt – wenn z.B. eine fehlerhafte (nichtige) Zustellung in Frage steht, weil diese nicht den Zahlungsbefehl als solchen betrifft. Diesbezüglich lässt sich eine festgestellte Rechtsverletzung/Nichtigkeit auch dadurch beheben, wenn der ursprüngliche Zahlungsbefehl nochmals korrekt zugestellt wird.

Ist das Betreibungsamt A. sachlich nicht zuständig, so muss dies die gleichen Konsequenzen haben wie beim Erlass eines Zahlungsbefehls durch ein örtlich unzuständiges Amt und zur Aufhebung der Betreibung führen. Der vorinstanzliche Entscheid ist entsprechend zu korrigieren, als die Betreibung Nr. 69945 als Ganzes wegen Nichtigkeit aufzuheben ist. Das Betreibungsamt hat am 28. April 2015 im vorinstanzlichen Verfahren eingeräumt, dass die Zustellung des Zahlungsbefehls durch das Betreibungsamt Pfäffikon gemäss § 23 Abs. 1 EG SchKG falsch erfolgt sei. Es weist darauf hin, dass es üblich sei, dass das Betreibungsamt die Betreibung gegen Gemeinden entgegen nehme und diese im System (BEA.NET) erfasse. Der Zahlungsbefehl werde (ohne Unterschrift) ausgedruckt und dem zuständigen Notar übergeben. Dieser überprüfe den Zahlungsbefehl und unterschreibe ihn. Anschliessend nehme der Notar die Zustellung vor.

Sämtliche Gebühren würden an das Notariat gehen (act. 8). Die Vorinstanz hat – mit Blick auf diese Praxis – ausgeführt, dass in diesem Fall die Aufhebung der ganzen Betreibung keinen Sinn mache, sondern dass nur die Aus- und Zustellung, welche durch das Notariat zu wiederholen seien, aufgehoben würden. Sie hat sich ausdrücklich mit dem Sinn und Zweck von § 23 EG SchKG auseinandergesetzt und dazu folgendes ausgeführt (act. 17 S. 4 f.): "Gemäss § 4 EG SchKG stellt die Gemeinde dem Betreibungsamt die nötigen Räumlichkeiten und Einrichtungen zur Verfügung, beaufsichtigt es gemäss § 6 Abs. 1 EG SchKG in organisatorischer und personeller Hinsicht und kann gemäss § 6 Abs. 2 EG SchKG in die Geschäftsführung des Betreibungsamtes Einsicht nehmen. Besteht ein Betreibungskreis aus mehreren Gemeinden, so wird der Betreibungsbeamte gemäss § 7 Abs. 2 EG SchKG vom Gemeinderat der Sitzgemeinde oder vom Volk gewählt. Gemäss § 10 EG SchKG regelt der Gemeinderat das Arbeitsverhältnis des Betreibungsbeamten und der weiteren Mitarbeiter des Betreibungsamtes; auch entlohnt die Gemeinde die obgenannten Personen. Damit besteht eine sehr enge organisatorische und finanzielle Verflechtung zwischen den Gemeinden und den Betreibungsämtern, welche in gewissen Bereichen gar als Abhängigkeit bezeichnet werden kann. Um zu verhindern, dass diese Abhängigkeit der Betreibungsämter von den Gemeinden zu Interessenkonflikten führt, bestimmt § 23 Abs. 1 EG SchKG, dass für Betreibungen gegen Gemeinden nicht wie eigentlich üblich die Betreibungsämter, sondern die Notariate zuständig sind. Die Notariate sind nämlich organisatorisch nicht den Gemeinden, sondern vielmehr den Justizorganen unterstellt. Die Gemeinden haben keine Aufsichtsbefugnisse und keine organisatorischen und finanziellen Kompetenzen gegenüber den Notariaten. So werden die Notare gemäss § 10 des Zürcher Notariatsgesetzes vom 9. Juni 1985 (NotG; LS 242) vom Volk gewählt, unterstehen gemäss § 18 NotG dem kantonalen Personalrecht und obliegt die Notariatsverwaltung gemäss § 32 NotG dem Obergericht. Indem die Notariate für Betreibungen gegen Gemeinden zuständig sind, ist sichergestellt, dass solche Betreibungen nicht von Strukturen durchgeführt werden müssen, welche ihrerseits mit dem Schuldner eng verbunden, diesem unterstellt und in vielerlei Hinsicht sogar von ihm abhängig sind. Indem das neutrale

Notariat handelt, können von vornherein jegliche Einflussnahmen und Befangenheiten ausgeschlossen werden".

3. Der von der Vorinstanz richtig verstandene Zweck der Bestimmung schliesst jegliches Tätigwerden von Betreibungsämtern in Betreibungsangelegenheiten gegen "ihre" Gemeinden aus. Denkbar ist, dass das Problem bei Zweckverbänden, in denen ein einziges Betreibungsamt für mehrere Gemeinden zuständig ist, etwas entschärft sein mag, was allerdings am Grundsatz, wie er in § 23 EG SchKG festgehalten ist, nichts ändert. Die Vorinstanz hält es für zulässig, dass das Notariat die Informatiksysteme, die Datenbanken, das Fachwissen und die sonstigen Ressourcen des an sich zuständigen Betreibungsamtes in Anspruch nehmen könne (act. 17 S. 6 f. E. 4.2). Damit wird offensichtlich der Tatsache Rechnung getragen, dass die Notariate zur Abwicklung von Betreibungsverfahren nicht ausgerüstet sind, insbesondere weil sie nicht über Computersysteme verfügen, mit denen die Betreibungsämter Betreibungen weitestgehend elektronisch bearbeiten. Das erklärt auch, warum es in der bisherigen Praxis im Kanton Zürich offenbar üblich ist, dass die an sich unzuständigen Betreibungsämter den Notariaten gewisse Hilfestellung leisteten bzw. leisten mussten.

Administrative Probleme dürfen die Durchsetzung des Willens des Gesetzgebers nicht vereiteln. § 23 EG SchKG ist eine Bestimmung zur Wahrung der Unabhängigkeit, weshalb in solchen Betreibungen ausschliesslich die Notariate zuständig sein können. Im Zusammenhang mit den Ausstandsbestimmungen ist nämlich unbestritten, dass auch der Anschein von Befangenheit vermieden werden muss (vgl. als Beispiel KuKo ZPO-Kiener, N. 18 zu Art. 47: Als offen formulierte Generalklausel verlangt Art. 47 Abs. 1 lit. f den Ausstand immer dann, wenn [...] bei objektiver Betrachtung der Anschein der Befangenheit bzw. die Gefahr der Voreingenommenheit vorliegt"). Das ist nicht gewährleistet, wenn das wegen der besonderen Nähe unzuständige Betreibungsamt dann doch in gewisser, wenn auch nur untergeordneter Weise tätig wird. Anzumerken ist, dass mit Blick auf den Zweck von § 23 EG SchKG jedoch nichts dagegen spricht, dass ein anderes Betreibungsamt, welches über die nötige organisatorische Unabhängigkeit von der

betriebenen Gemeinde verfügt, dem Notariat die erforderliche administrative Unterstützung leistet.

Entsprechend den vorstehenden Erwägungen ist die Betreibung mit der Nr. 69945 vollumfänglich aufzuheben und es ist gleich zu verfahren wie mit einem Betreibungsbegehren, das bei einem örtlich unzuständigen Amt eingereicht wurde. Ein solches Betreibungsbegehren muss von Amtes wegen an das zuständige Amt überwiesen werden, sofern dieses anhand der Angaben im Begehren erkennbar ist (Art. 32 Abs. 2 SchKG; KuKo SchKG-Jeanneret/Strub, N. 9 vor Art. 46-55; BGE 127 III 567 E. 3a). Das ist im vorliegenden Fall gegeben.

4. a) Ist die Betreibung ohnehin aufzuheben, so ist über die Beschwerde in der Sache – nämlich ob die Beschwerdeführerin vorliegend nur die Rechtsmissbräuchlichkeit der Betreibung und nicht den Nichtbestand der Forderung geltend mache – nicht zu entscheiden. Müsste entschieden werden, so wäre dabei Folgendes in Betracht zu ziehen: Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass es diesbezüglich gewisse Überschneidungen gebe, welche schwierige Abgrenzungsfragen aufwerfen. Trotzdem sei sie der Ansicht, dass die Vorinstanz hätte klären müssen, ob die gegen die Beschwerdeführerin erhobene Forderung eine gewisse Plausibilität aufweise oder ob sie völlig abwegig sei. Diesbezüglich habe die Vorinstanz lediglich ausgeführt, dass die Beschwerdeführerin hauptsächlich die materiellrechtliche Begründetheit der in Betreibung gesetzten Forderung anzweifle, was sie im Rechtsöffnungsverfahren oder in einem Zivilprozess vorbringen müsse. Damit sei nicht geprüft worden, ob der Zahlungsbefehl an einem Nichtigkeitsgrund leide und die Vorinstanz habe die wesentlichen Überlegungen, von denen sie sich leiten liess, nicht genannt. Weiter führt die Beschwerdeführerin aus, dass die Beschwerdegegnerin nie in einem Anstellungs- bzw. Arbeitsverhältnis bei der Beschwerdeführerin gestanden sei und daher auch keine finanziellen Ansprüche haben könne (act. 18 S. 2).

b) Im Rechtsdurchsetzungssystem des SchKG besteht, beruhend auf Art. 17 Abs. 1 SchKG, eine grundsätzliche Trennung zwischen Klagen und Beschwerden. Beschwerden (bzw. Anzeigen von Nichtigkeit) sind nur zulässig, wenn das SchKG keine Klagen vorsieht. Zur Klärung des Bestandes von in Betreibung

gesetzten Forderungen steht gemäss SchKG der Klageweg zur Verfügung (Art. 79 SchKG; Art. 80 f. SchKG; Art. 82 SchKG). Bei der Aufhebung von Betreibungen wegen Rechtsmissbrauchs (Art. 22 SchKG) handelt es sich deshalb nicht um Fälle, in denen der Gläubiger geltend macht, dass gar keine Forderung besteht, weil für die Frage des Forderungsbestandes die Gerichte zuständig sind. Das Bundesgericht hat in BGer 5A\_588/2011 E. 3.2 ausgeführt: "Eine Betreibung ist nur in Ausnahmefällen wegen Rechtsmissbrauchs nichtig. Rechtsmissbräuchliches Verhalten liegt dann vor, wenn der Gläubiger mit der Betreibung offensichtlich Ziele verfolgt, die nicht das Geringste mit der Zwangsvollstreckung zu tun haben. Da es weder dem Betreibungsamt noch der Aufsichtsbehörde zusteht, über die Begründetheit der in Betreibung gesetzten Forderung zu entscheiden, darf sich der Vorwurf des Schuldners nicht darauf beschränken, der umstrittene Anspruch werde rechtsmissbräuchlich erhoben (vgl. [BGE 113 III 2](#) E. 2b S. 3 ff.). Nichtigkeit wegen Rechtsmissbrauchs kann hingegen dann vorliegen, wenn mit einer Betreibung sachfremde Ziele verfolgt werden, wenn also etwa bloss die Kreditwürdigkeit des (angeblichen) Schuldners geschädigt werden soll, wenn zwecks Schikane ein völlig übersetzter Betrag in Betreibung gesetzt wird, oder wenn offensichtlich ist, dass ein Gläubiger mit einer Betreibung insbesondere bezweckt, den Betriebenen mit Absicht zu schikanieren (vgl. [BGE 115 III 18](#) E. 3b S. 21; [130 II 270](#) E. 3.2 S. 278)".

Dass ein solcher Fall vorliegen würde, bringt die Beschwerdeführerin nicht vor. Sie legt nicht dar, worin der Rechtsmissbrauch bestehen soll, ausser dass die Beschwerdegegnerin ihrer Meinung nach keine finanziellen Ansprüche gegen die Beschwerdeführerin habe bzw. haben könne, weil es gar nie ein Arbeitsverhältnis mit der Beschwerdegegnerin gegeben habe. Würden Beteuerungen von Schuldner, die in Betreibung gesetzte Forderung bestünde nicht, zu einer Plausibilitätsprüfung durch das Betreibungsamt bzw. durch die SchK- Aufsichtsbehörden führen, würde das System des SchKG, nämlich dass der Gläubiger ohne Nachweis oder Plausibilisierung betreiben und dass der Schuldner – ebenfalls ohne Begründung und Plausibilisierung – Rechtsvorschlag erheben kann, aus den Angeln gehoben. Das Ergebnis wäre eine Art "Vorprüfung" durch das Betreibungsamt (wobei diese "Vorprüfung" dann mit Beschwerde gemäss Art. 17 ff. SchKG über

drei Instanzen bis ans Bundesgericht weitergezogen werden könnte). Das würde praktisch zu einem doppelten Rechtsweg führen: Zuerst die Klärung der Frage, ob die Forderung genügend plausibel für die Einleitung der Betreuung sei (beim Betreibungsamt und den Beschwerdeinstanzen) und dann – wiederum über drei Instanzen – im Klage- bzw. Rechtsöffnungsverfahren, ob die in Betreuung gesetzte Forderung nun auch tatsächlich bestehe. Das ist grundsätzlich und entschieden abzulehnen.

Dass die Beschwerdeführerin eine Gemeinde ist, ändert nichts. Für die Schuldbetreuung von Gemeinden besteht zwar ein besonderer Erlass, das Bundesgesetz über die Schuldbetreuung gegen Gemeinden und andere Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts vom 4. Dezember 1947 (SR 282.11), der aber in der vorliegenden Frage nicht einschlägig ist. Das SchKG macht keinen Unterschied entsprechend der Person des Schuldners und Behauptungen bzw. Beteuerungen von Organen öffentlicher Gemeinwesen haben kein grösseres Gewicht als diejenigen irgendeines "gewöhnlichen" Schuldners. Zum konkreten Fall ist schliesslich anzumerken, dass die Beschwerdegegnerin bei der Vorinstanz eine Email einreichte, wonach ihr bezüglich der Kindertagesstätte, die auf der Homepage der betriebenen Gemeinde in der Rubrik "Verwaltung" aufgeführt ist, mitgeteilt wurde, dass der Dienstplan zunächst so gestaltet werde, dass sie mit 60 % eingeteilt sei (act. 12/2). Ob die Person, die dieses Mail verfasste, Zusagen machen konnte und wie die Mitteilung von der Beschwerdegegnerin verstanden werden durfte bzw. musste, ist nicht hier (sondern als materiellrechtliche Frage durch die Gerichten) zu prüfen. Immerhin ist daraus ersichtlich, dass es der Beschwerdegegnerin mit ihrem Betreibungsbegehren nicht um die Verfolgung sachfremder Ziele, sondern um die Geltendmachung einer Forderung geht, von der sie der Meinung ist, sie stehe ihr zu.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 23. Juli 2015  
Geschäfts-Nr.: PS150111-O/U