

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS110187-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie
Gerichtsschreiberin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen.

Beschluss und Urteil vom 30. November 2011

in Sachen

A. _____,

Drittansprecherin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Betreibungsgläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____ und / oder Rechtsanwalt MLaw

Z. _____,

betreffend

Betreibung Nr. ... / Pfändungsanzeige
(Beschwerde über das Betreibungsamt C. _____)

Beschwerde gegen einen Beschluss der 7. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich
vom 4. Oktober 2011 (CB110132)

Erwägungen:

I.

1. Mit Beschluss vom 4. Oktober 2011 trat die Vorinstanz auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin und Drittsprecherin nicht ein. Sie begründete dies mit dem fehlenden eigenen rechtlich geschützten Interesse (act. 21 = act. 23). Die Beschwerdeführerin hatte beanstandet, dass die Beschwerdegegnerin als Gläubigerin in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ gegen den betriebenen Schuldner D._____ wegen „Verjährung“ des Zahlungsbefehls im Sinne von Art. 88 Abs. 2 SchKG kein gültiges Fortsetzungsbegehren mehr stellen könne. Dies könne sie als Drittsprecherin – zumindest gestützt auf Art. 22 SchKG – geltend machen.

2. Dagegen beschwerte sich die Beschwerdeführerin und Drittsprecherin mit rechtzeitiger Eingabe bei der Kammer (act. 22). Sie stellte folgende Anträge:

1. Es sei der Zirkulationsbeschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 4. Oktober 2011 (Prozess-Nr. CB110132-L/U) aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Pfändungsanzeige des Betreibungsamtes C._____ vom 18. August 2011 an die E._____ AG nichtig sei;
2. Es sei festzustellen, dass die Betreuung Nr. ... in Sachen B._____ gegen D._____ dahingefallen sei;
3. Es sei der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

3. Mit Verfügung vom 4. November 2011 (act. 25) wurde der Beschwerdeführerin aufgegeben, die Parteibezeichnung durch eine vollständige Adresse zu ergänzen sowie eine Originalvollmacht von einer identifizierbaren Person unterzeichnen zu lassen, und zwar unter der Angabe, in welcher Funktion die Unterschrift geleistet wurde und ob eine Einzelzeichnungsberechtigung vorliege (act. 25 S. 2 und 3).

Die Beschwerdegegnerin wurde aufgefordert, die lückenlose Vollmachterteilung im Original beizubringen (act. 25 S. 2 und 3).

4. Mit Eingabe vom 7. November 2011 (act. 27) brachte die Beschwerdegegnerin innert Frist das Original der Substitutionsvollmacht von Rechtsanwalt Prof. W._____ an Rechtsanwalt Y._____, datiert vom 22. November 2007, bei, welche sich auf der Vollmacht der Beschwerdegegnerin an Prof. W._____ vom 5. Juli 2007 befindet (act. 28). Die Beschwerdeführerin teilte fristgerecht mit, dass sie eine „...“ [Gesellschaftsbezeichnung] nach ... Recht [des Staates F._____] (act. 30/1) mit Sitz in G._____ [Hauptstadt des Staates F._____] bei ... mit der auf S. 1 der Eingabe angeführten Domiziladresse sei und wies die Zeichnungsbe-
rechtigung mit einem Registerauszug nach (act. 29 S. 2; act. 30/2). Ausserdem ging die Vollmachtsurkunde vom 19. April 2011 ein (act. 30/3). Die Unterschrift des unterzeichnenden H._____ (Präsident) sei aktenkundig und ergebe sich beispielsweise aus act. 3/20 (act. 29 S. 2 f.). Damit sind die Auflagen gemäss Verfügung vom 4. November 2011 (act. 25) erfüllt.

5. Bei der Beschwerdegegnerin wurde keine Beschwerdeantwort eingeholt, da die Sache i.S.v. Art. 322 Abs. 1 ZPO spruchreif ist.

6. Wird sofort in der Sache entschieden, erweist sich das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung als gegenstandslos und ist somit abzuschreiben.

II.

1. Die Vorinstanz ist auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin nicht eingetreten (act. 23 S. 3, Dispositiv-Ziff. 1). Sie hat dies damit begründet, dass die Beschwerdeführerin nicht Verfügungsadressatin sei, dass sie durch die Pfändungsnotifikation nicht in eigenen schützenswerten Interessen beeinträchtigt werde und dass die Regeln von Art. 88 SchKG soweit ersichtlich nicht verletzt seien, so dass kein Einschreiten wegen Nichtigkeit gemäss Art. 22 SchKG in Frage komme (act. 23 S. 2).

Die Eintretensfrage hängt in der vorliegenden Konstellation mit der Frage der Nichtigkeit zusammen, was dazu führt, dass das Vorgehen des Betreibungsamtes auch inhaltlich überprüft werden muss.

2. Ausgangspunkt ist, dass für die Beschwerdegegnerin (u.a.) Vermögenswerte verarrestiert wurden, die die Beschwerdeführerin für sich beansprucht. Sie ist damit Drittsprecherin (act. 22 Rz 7), und zwischen den beiden Parteien wurde auch bereits ein Arresteinspracheverfahren durchgeführt (act. vgl. act. 3/2). Das und die fristgerechte Prosequierung des Arrestes sind unbestritten. Ziel der Beschwerdeführerin ist es, dass das Betreibungsamt in der Betreuung Nr. ... nicht mehr aktiv sein und dass diese Betreuung nicht mehr fortgesetzt werden darf (act. 22 Rz 8). Nach Ansicht der Beschwerdeführerin hat der (ausländische) Zivilprozess – entgegen der äusserst knappen Begründung der Vorinstanz – keine Auswirkung auf die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____.

3. Fest steht, dass die Fortsetzung einer Betreuung, welche i.S.v. Art. 88 Abs. 2 SchKG erloschen ist, nichtig i.S.v. Art. 22 SchKG ist (vgl. BGE 96 III 118 E. a). Die Fortsetzung einer Betreuung, in der ein gültiger Rechtsvorschlag besteht, führt ebenfalls zu Nichtigkeit i.S.v. Art. 22 SchKG (vgl. BGE 73 III 145; vgl. auch BGE 85 III 14 und BGE 84 III 13; BSK SchKG I-Cometta/ Möckli, N. 12 zu Art. 22 [S. 162 Mitte]). Der Schuldner hat am 2. April 2008 Rechtsvorschlag erhoben, was zeitweise übersehen worden war. Dass der Rechtsvorschlag ungültig sein sollte, macht niemand geltend und ist auch nicht ersichtlich.

Damit ein Fortsetzungsbegehren gestellt werden kann, ist ein rechtskräftiger Zahlungsbefehl erforderlich. Rechtskräftig ist ein Zahlungsbefehl, wenn: (1) der Schuldner die Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlages verstreichen lässt; (2) der Schuldner einen erhobenen Rechtsvorschlag vorbehaltlos zurückzieht oder (3) ein gültig erhobener Rechtsvorschlag auf Veranlassung des Gläubigers rechtskräftig und definitiv beseitigt wird (vgl. KUKO SchKG-Winkler, N. 7 zu Art. 88). Im vorliegenden Fall hat der Schuldner den am 2. April 2008 erhobenen Rechtsvorschlag am 22. Juli 2011 zurückgezogen. Damit ist der Zahlungsbefehl an sich rechtskräftig geworden, allerdings nur, wenn er in jenem Zeitpunkt gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG nicht bereits „verjährt“ war: Das „Recht (ein Fortset-

zungebegehren zu stellen) erlischt ein Jahr nach der Zustellung des Zahlungsbefehls. Ist Rechtsvorschlag erhoben worden, so steht die Jahresfrist zwischen der Einleitung und der Erledigung eines dadurch veranlassten Gerichts- oder Verwaltungsverfahrens still“. Wird bis zum Ablauf dieses Jahres kein solches Verfahren eingeleitet, so verliert der Zahlungsbefehl seine Gültigkeit.

In BGE 113 III 120 ff. (S. 121 f. E. 2 und 3) – auf den die Beschwerdeführerin ebenfalls hinweist, diesen Entscheid jedoch nicht für einschlägig hält – hat das Bundesgericht zur Tragweite von Art. 88 Abs. 2 SchKG (und Art. 166 Abs. 2 sowie Art. 154 Abs. 2 SchKG) Stellung genommen. Es hat ausgeführt, dass nach dem Wortlaut nur Prozesse Frist unterbrechend wirken, welche nach Erhebung des Rechtsvorschlages eingeleitet wurden. Obwohl Fälle, in denen der Prozess vor der Einleitung einer Betreuung und damit vor Erhebung des Rechtsvorschlages eingeleitet wurde, vom Wortlaut von Art. 88 Abs. 2 SchKG nicht gedeckt würden, ist es nach Ansicht des Bundesgerichtes klar, dass Betreibungen auch nach der Rechtshängigkeit von Anerkennungsklagen (Art. 79 SchKG) eingeleitet werden können, worauf bereits Carl Jaeger (Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Auflage, C.____911, Band I ,N. 3 zu Art. 79) hingewiesen habe. Weiter betont das Bundesgericht den Zweck von Art. 88 Abs. 2 SchKG: Es wolle einerseits vermieden werden, dass Zahlungsbefehle unangemessen lange pendent blieben; andererseits gelte es aber auch zu verhindern, dass sie noch während der Rechtshängigkeit des Prozesses über den in Betreuung gesetzten Anspruch wirkungslos würden. Werde der Prozess bereits vor Einleitung der Betreuung angehoben, so stehe dies nicht weniger als die Klageeinleitung nach erhobenem Rechtsvorschlag der „Verjährung“ des Zahlungsbefehls entgegen. Zur Stützung der Richtigkeit seiner Ansicht verweist das Bundesgericht schliesslich noch auf die Regelung beim Arrest, wonach es ebenfalls ausreicht, wenn Klage oder Betreuung vor der Arrestlegung eingeleitet werden (Art. 279 Abs. 1 SchKG).

Was das vorliegende Verfahren anbelangt, ist von folgenden zeitlichen Verhältnissen auszugehen:

Zivilprozess in I._____, immer noch rechtshängig	26. Oktober 2007 (act. 11 S. 7, act. 13/5 S. 1, 13/6)
--	---

Arrestbefehl Nr. ... von Beschwerdegegnerin gegen Schuldner	18. Februar 2008 (act. 3/5)
Arrestvollzug	22. Februar 2008
Zahlungsbefehl Nr. ... (Zustellbestätigung 10. April 2008, act. 3/10)	4. März 2008 (act. 3/7)
Rechtsvorschlag Rechtsanwalt V. _____	2. April 2008 (act. 3/8)
Arresteinsprache Beschwerdeführerin gg. Beschwerdegegnerin	17. März 2008 (act. 13/3)
Abweisung Arresteinsprache	30. März 2009 (act. 13/3)
Fortsetzungsbegehren (1) zum am 10. April 2008 zugestellten ZB	7. April 2009 (act. 3/11, act. 13/7)
Rekurs betr. Arresteinsprache Beschwerdeführerin gg. Beschwerdegegnerin durch II. ZK abgewiesen	30. Juli 2009 (act. 3/6)
Schreiben an Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, dass Betreibungsamt den Rechtsvorschlag bemerkt habe	29. Juni 2011
Schreiben Betreibungsamt an den Vertreter des Beschwerdeführers betr. fehlende Mitteilung „Rechtsvorschlag erhoben“, z.K. an Gläubigerin	13. Juli 2011
Rückzug Rechtsvorschlag durch Schuldner	22. Juli 2011 (act. 3/22)
Gläubigerin stellt „aus Vorsicht“ ein neues Fortsetzungsbegehren; Ersuchen um Fortsetzung der Betreibung auf Grund des ursprünglichen Fortsetzungsbegehrens vom 7. April 2009	26. Juli 2011 (act. 13/8)
Bestätigung, dass beide Fortsetzungsbegehren fristgerecht beim Betreibungsamt eingegangen sind	10. August 2011 (act. 13/9)

Geht man von der richtigen und unbestrittenen Ansicht aus, dass der Arrest und seine Prosequierung im vorliegenden Verfahren nicht zu diskutieren sind, so bleibt zu prüfen, ob der am 4. März 2008 ausgestellte Zahlungsbefehl Nr. ... noch gültig ist und daher fortgesetzt werden konnte. Das ist zu bejahen. War die Anerkennungsklage nämlich bereits vor der Betreibung eingeleitet, so ist im Sinne der überzeugenden Erwägungen von BGE 113 III 121 f. davon auszugehen, dass der Zahlungsbefehl – solange die Anerkennungsklage nicht entschieden wurde – nicht verjähren konnte (vgl. z.B. auch CR LP-Schmidt, N. 7 zu Art. 88 SchKG). Die Gültigkeit des Zahlungsbefehls stand dem Fortsetzungsbegehren 1 vom 7./10. April 2011 daher an sich nicht entgegen. Hingegen konnte diesem keine Folge geleistet werden, weil in jenem Zeitpunkt der Rechtsvorschlag des Schuldners noch nicht beseitigt war und eine Fortsetzung der Betreibung trotz erhobenem Rechtsvorschlag unzulässig, ja geradezu nichtig wäre. Richtigerweise muss ein verfrüht gestelltes Fortsetzungsbegehren zurückgewiesen werden (vgl. z.B. BSK SchKG I-Lebrecht, N. 19 zu Art. 88). Wegen der weiter bestehenden Rechtshängigkeit der Anerkennungsklage konnte der Zahlungsbefehl einstweilen auch weiterhin nicht „verjähren“. Das hat sich mit dem Rückzug des Rechtsvorschlages des Schuldners allerdings geändert, weil er den Weg für die Stellung des Fortsetzungsbegehrens damit frei gemacht hat. Wenn der Schuldner am 22. Juli 2011 seinen Rechtsvorschlag zurückzog und wenn das zweite Fortsetzungsbegehren am 26. Juli 2011 – nur gerade vier Tage danach – gestellt worden ist,

dann kann allerdings nicht fraglich sein, dass die Betreuung auf der Grundlage des Zahlungsbefehls Nr. ... noch fortgesetzt werden konnte.

Was die Beschwerdeführerin dagegen anführt, ist nicht stichhaltig. Dass der Fall einer vorgängig eingeleiteten Anerkennungsklage in Art. 88 Abs. 2 SchKG nicht ausdrücklich erwähnt ist, wie die Beschwerdeführerin geltend macht (act. 22 Rz 13), trifft zu, hingegen spricht dies keineswegs gegen das „a-fortiori-Argument“ des Bundesgerichts. Der Hinweis der Beschwerdegegnerin auf die Situation beim Arrest – um den es hier allerdings nicht geht –, wonach im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen sei, dass bei einer rechtzeitig eingeleiteten Prosequierungsklage die Frist in der zusätzlichen Prosequierungsbetreibung still stehe (act. 22 Rz 15), ändert daran nichts. Im Gegenteil ist nicht ersichtlich, wie der Gläubiger nach Erhebung eines Rechtsvorschlages durch den Schuldner die Prosequierungsbetreibung hätte fortsetzen können, wenn die Anerkennungsklage noch rechtshängig war und daher als Rechtsöffnungstitel zur Beseitigung des Rechtsvorschlages nicht zur Verfügung stand (so auch die Beschwerdeführerin in act. 22 Rz 12). Es ist der Beschwerdeführerin zuzustimmen, dass Art. 279 SchKG den Arrestschuldner schützen will, indem er den Gläubiger zwingt, wenn immer möglich das Verfahren beförderlich fortzusetzen (act. 22 Rz 16). Eine Pflicht zur Prosequierung, wo die Voraussetzungen noch fehlen, ist daraus hingegen nicht abzuleiten. Daran ändert auch der Hinweis auf BSK SchKG I-Staehelin (N. 9 zu Art. 79) nichts, der die Ansicht vertritt, dass der Fristenlauf gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG erst dann gehemmt werde, wenn die Anerkennungsklage geändert und zusätzlich die Beseitigung des Rechtsvorschlages verlangt werde (act. 22 Rz 19). Ob es in einem inländischen Zivilprozess so wäre, kann offen bleiben. Jedenfalls steht fest, dass in einem Zivilprozess vor ausländischen Gerichten keine Beseitigung eines Rechtsvorschlages in einer schweizerischen Betreuung verlangt werden kann (so auch BSK SchKG I-Staehelin, N. 22 zu Art. 79: „Ausländische Gerichte können den Rechtsvorschlag in einer schweizerischen Betreuung nicht beseitigen. ... Aufgrund eines ausländischen Urteils ... muss daher immer noch das Rechtsöffnungsverfahren durchlaufen werden, worin das ausländische Urteil vorfrageweise ... für vollstreckbar erklärt wird ...“). Diese Rechtslage ist auch der Beschwerdeführerin bekannt (act. 22 Rz 19 a.E.).

Ob es richtig ist, dass bei Rückzug des Rechtsvorschlages durch den Schuldner die Betreuung innert 10 Tagen prosequiert werden müsse (act. 22 Rz 21), wenn der Bestand des Arrestes durch einen parallelen Anerkennungsprozess gemäss Art. 279 Abs. 1 SchKG gesichert ist, braucht nicht weiter untersucht zu werden, da die Beschwerdegegnerin mit der Stellung des Fortsetzungsbegehrens vier Tage nach Rückzug des Rechtsvorschlages die behauptete 10-tägige Frist ohnehin eingehalten hätte. Anzumerken ist immerhin, dass Einiges dafür spricht, dass der Rückzug des Rechtsvorschlages in der gegebenen Situation einzig den Fristenlauf gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG beeinflusst. Ob die Beschwerdegegnerin von der Erhebung des Rechtsvorschlages durch den Schuldner Kenntnis hatte oder nicht (act. 22 Rz 17 f., Rz 24) und auch ein erstes Fortsetzungsbegehren stellte, ist ohne Belang, da es nicht auf das Wissen der Beschwerdegegnerin sondern darauf ankommt, dass tatsächlich ein Rechtsvorschlag bestand, was nicht bestritten ist. Wofür es beim dargelegten Konzept ein Fristwiederherstellungsgesuch gebraucht hätte, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, ist nicht ersichtlich.

Die Beschwerde gegen den Nichteintretensentscheid der Vorinstanz ist daher abzuweisen, weil die Beschwerdeführerin nicht befugt ist, gegen die Pfändungsnotifikation Beschwerde zu führen. Weiterungen können unterbleiben, weil der Zahlungsbefehl. Nr. ... zunächst wegen der hängigen Anerkennungsklage nicht „verjähren“ konnte und weil die Beschwerdegegnerin unmittelbar nach Rückzug des Rechtsvorschlages, als ihr der Weg für die Fortsetzung der Betreuung frei gemacht war, das Fortsetzungsbegehren stellte.

III.

Beschwerdeverfahren sind unentgeltlich (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG; Art. 61 Abs. 2 GebV SchKG) und es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen (Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung zusammen mit dem nachfolgenden Erkenntnis.
3. Dieser Beschluss unterliegt – als Zwischenentscheid i.S.v. Art. 93 BGG – den Anfechtungsmöglichkeiten gemäss nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage von act. 22, und – unter Beilage der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Betreibungsämter sowie an das Betreibungsamt C._____, je gegen Empfangsschein.
5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 10 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um einen Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Prof. Dr. I. Jent-Sørensen

versandt am: