

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS110220-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf.

Urteil vom 22. Dezember 2011

in Sachen

A._____,
Beschwerdeführer,

gegen

B._____ AG,
Beschwerdegegnerin,

betreffend **Verwertung usw.**
(Beschwerde über das Betreibungsamt C._____)

Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Meilen vom 1. November 2011 (CB110021)

Erwägungen:

1. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1.1. Am 3. August 2011 wurde dem Beschwerdeführer der Zahlungsbefehl vom 27. Juni 2011 (Betreibung Nr. ...) für die Betreibung auf Verwertung eines Faustpfandes, nämlich des Fahrzeuges Jaguar XJ8, ZH ..., Fg. Nr. ..., zugestellt (act. 4/2). Im Zusammenhang mit anderen Betreibungsverfahren (Nrn. ..., ... und ...) pfändete das Betreibungsamt C._____ diesen Jaguar am 8. August 2011 aufgrund eines Pfändungsauftrages des Betreibungsamtes D._____ in den Geschäftsräumen der Beschwerdegegnerin im Beisein des Beschwerdeführers und seines damaligen Vertreters (act. 2 S. 3, act. 8/7-8). Am 13. September 2011 wurde dem Beschwerdeführer die Mitteilung des Verwertungsbegehrens vom 7. September 2011 zugestellt (act. 2 S. 2, act. 4/1). Gegen diese Mitteilung machte der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 23. September 2011 beim Bezirksgericht Meilen als untere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen eine Beschwerde anhängig (act. 2).

1.2. Am 28. September 2011 wurde dem Beschwerdeführer die Steigerungsanzeige für bewegliche Sachen, Forderungen und Rechte vom 23. September 2011 zugestellt (act. 8/5, act. 14/1 S. 2), wogegen dieser mit Eingabe vom 29. September 2011 ebenfalls Beschwerde beim Bezirksgericht Meilen erhob (act. 14/1).

1.3. Für beide Beschwerden wurde je ein separates Verfahren angelegt. Mit Präsidialverfügungen vom 27. September 2011 (act. 5) und vom 4. Oktober 2011 (act. 14/7) wurde einerseits dem Betreibungsamt C._____ Frist zur Vernehmlassung und Einreichung der Akten und andererseits der Beschwerdegegnerin Frist zur schriftlichen Beantwortung angesetzt. Überdies wurde den Beschwerden mit obgenannten Präsidialverfügungen die aufschiebende Wirkung erteilt und das Betreibungsamt C._____ wurde angewiesen, einstweilen keine Verwertung vorzunehmen. Das Betreibungsamt C._____ liess sich mit Eingaben vom 3. Oktober 2011 (act. 7) bzw. vom 7. Oktober 2011 (act. 14/9) innert Frist vernehmen, während die Beschwerdeantworten der Beschwerdegegnerin für beide Verfahren ausblieben.

1.4. Mit Zirkulationsbeschluss vom 1. November 2011 wurden die beiden Beschwerdeverfahren vereinigt und die Beschwerde wurde abgewiesen (act. 11 = act. 16). Dagegen erhob der Beschwerdeführer bei der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich als obere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen mit Eingabe vom 21. November 2011 (Datum Poststempel) innert Frist Beschwerde und beantragte Folgendes (act. 17):

- " 1. Der Zirkulationsbeschluss vom 01. November 2011 der unteren kantonalen Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter mit Geschäfts-Nr.: CB110021 sei aufzuheben, eventualiter sei er an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Die Verfügung des Betreibungsamtes C._____ vom 23. September 2011 ("Steigerungsanzeige für bewegliche Sachen, Forderungen und Rechte" in der Betreibung Nr. ...) sei aufzuheben.
3. Die Verwertung des PKW Jaguar XJ8 Executive 4.2, Fahrgestellnummer ... sei zu untersagen.
4. Der Gläubiger sei in puncto Pfändbarkeit und Retentionsrecht auf den Wege der Feststellungsklage zu verweisen.
5. Dieser Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen."

1.5. Mit Verfügung vom 22. November 2011 wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung erteilt (act. 20).

1.6. Von der Einholung einer Beschwerdeantwort und einer Vernehmlassung der Vorinstanz ist abzusehen (§§ 322 und 324 ZPO). Die Sache ist spruchreif.

2. Prozessuales

2.1. Die Regelung des Beschwerdeverfahrens vor den kantonalen Aufsichtsbehörden obliegt den Kantonen, unter Vorbehalt der bundesrechtlichen Minimalvorschriften von Art. 20a Abs. 2 SchKG und der verfassungsrechtlichen Vorgaben. Die Kantone sind frei, in welcher Form sie das Verfahren regeln (BSK SchKG I-Cometta/Möckli, Art. 20a N 38). Soweit Art. 20a SchKG keine Bestimmungen enthält, regeln die Kantone das Verfahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG). Der Kanton Zürich bestimmt im EG SchKG die zuständigen Behörden und bezeichnet das anwendbare Verfahren (§ 17 Abs. 1 und 2 EG SchKG). Die Bezirksgerichte und das Obergericht üben ihre Aufsicht nach Massgabe des SchKG und der §§ 80 f. GOG aus (§ 18 EG SchKG). Die Kantone sind nach Art. 13 SchKG frei, ob sie eine oder

zwei kantonale Aufsichtsbehörden einsetzen. Bei einem zweistufigen kantonalen Instanzenzug ist insbesondere zu regeln, ob und inwieweit vor oberer Aufsichtsbehörde Noven zulässig sind (Cometta/Möckli, a.a.O., Art. 20a N 40). Die Frage, inwiefern im kantonalen Beschwerdeverfahren Noven zulässig sind, entscheidet sich grundsätzlich nach kantonalem Verfahrensrecht (vgl. Bundesgerichtsentscheid vom 27. Januar 2006, 7B.205/2005, Erw. 1.2). Es ist den Kantonen somit freigestellt, vor oberer kantonomer Instanz jegliches Novenrecht auszuschliessen, weil damit immer noch der gleiche Rechtsschutz gewährt wird wie in jenen Kantonen, die nur eine einzige Beschwerdeinstanz vorsehen. Im Kanton Zürich wird in § 84 GOG auf Art. 319 ff. ZPO (Beschwerde) verwiesen. Nach Art. 326 ZPO sind demnach im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren Noven nicht zulässig (vgl. OGer ZH PS110019 vom 21. Februar 2011). Soweit der Beschwerdeführer Neues vorbringt, ist dies demnach nicht zu berücksichtigen.

2.2. Der Beschwerdeführer reichte seine erste Beschwerde beim Bezirksgericht Meilen vorab per Fax ein und verwies bezüglich Fristwahrung auf den Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 25. Oktober 2010 (AA100008; act. 2 S. 2). Das Kassationsgericht führte in diesem Entscheid indes aus, es sei an der bisherigen Praxis festzuhalten, wonach Fax-Eingaben auch vor kantonalen Gerichten unzulässig seien. An dieser Rechtsprechung wird – auch nach neuer Schweizerischer Zivilprozessordnung – weiterhin festgehalten. Fax-Eingaben genügen der schriftlichen Form nicht (vgl. OGer ZH, PS110208 vom 29. November 2011; BGer 1B_537/2011 vom 16. Nov.2011 Erw. 3). Die vom Beschwerdeführer vorab am 23. September 2011 per Fax eingereichte Beschwerde ging beim Bezirksgericht Meilen erst am 26. September 2011 ein (Briefkasten). Da jedoch die Frage im Raum steht, ob sich die angefochtenen Verfügungen auf einen nicht rechtskräftigen Zahlungsbefehl stützen und damit nichtig sein könnten, ist nicht weiter zu untersuchen, ob die zehntägige Frist eingehalten worden ist, da die Nichtigkeit jederzeit von Amtes wegen festzustellen ist.

3. Materielles

3.1. Die untere kantonale Aufsichtsbehörde hielt fest, es sei unbestritten, dass es am 8. August 2011, um 14.00 Uhr, im Rahmen der Betreibungen Nrn. ..., ... und

..., zur Pfändung des Jaguars des Beschwerdeführers durch das Betreibungsamt C._____ gekommen sei. Der Beschwerdeführer mache geltend, dass sein Vertreter bei dieser Gelegenheit indirekt Rechtsvorschlag gegen den Zahlungsbefehl vom 27. Juni 2011 in der Betreuung Nr. ... erhoben habe, indem dieser gegenüber der Betreibungsbeamtin erklärt habe, dass es sich beim zu pfändenden Jaguar um ein unpfändbares Kompetenzstück handle und der Beschwerdegegnerin am Jaguar kein Pfandrecht zustünde. Das Betreibungsamt habe hingegen erklärt, in der Faustpfandbetreuung Nr. ... sei kein Rechtsvorschlag erhoben worden. Hingegen habe es bestätigt, dass anlässlich der Pfändung vom 8. August 2011 die Kompetenzqualität des Jaguars und Drittansprüche des Vertreters des Beschwerdeführers geltend gemacht worden seien. Dieser Drittanspruch und die Geltendmachung der Kompetenzqualität seien auch im Pfändungsprotokoll der Betreibungen Nrn. ..., ... und ... vorgemerkt worden. Es gelte zu untersuchen, ob der Beschwerdeführer tatsächlich das Pfandrecht der Beschwerdegegnerin bestritten habe und ob seine Erklärung rechtlich als Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... zu behandeln sei (act. 16 S. 7 f.).

Es sei dem Beschwerdeführer beizupflichten, dass der Einwand der Unpfändbarkeit sowie die Bestreitung des Pfandrechts bei Betreibungen auf Pfandverwertung nur durch Erhebung des Rechtsvorschlages und nicht mit der betriebsrechtlichen Beschwerde vorgebracht werden können. Es dürfe vorliegend jedoch der Kontext, in welchem die fragliche Äusserungen gefallen seien, nicht ausser Acht gelassen werden. Dies sei während einer Pfändung im Rahmen der Betreibungen Nrn. ..., ... und ... geschehen, weshalb sich die Frage aufdränge, ob die Betreibungsbeamtin die Einwände mit der Betreuung Nr. ... habe in Verbindung bringen und folglich als Rechtsvorschlag gegen den entsprechenden Zahlungsbefehl verstehen müssen. Weder aus den handschriftlichen Notizen der Vollzugsbeamtin noch aus der gleichentags erfolgten Eingabe des Beschwerdeführers, in welcher seine Einwendungen nochmals zusammengefasst worden seien, lasse sich ein Bezug auf die Betreuung Nr. ... feststellen. Es befände sich in keinem der vorliegenden Dokumente der Hinweis, dass ein Bezug zum Zahlungsbefehl vom 27. Juni 2011 hergestellt werde. Es sei deshalb naheliegend, dass die Betreibungsbeamtin die Äusserungen des Beschwerdeführers anlässlich der Voll-

zugshandlung vom 8. August 2011 ausschliesslich den Betreibungen Nrn. ..., ... und ... zugeordnet habe. Wie dem Pfändungsprotokoll dieser Betreibungen zu entnehmen sei, seien die Einwände des Beschwerdeführers zur Kenntnis genommen und protokolliert worden. Dieses Pfändungsprotokoll sei auch vom Beschwerdeführer unterzeichnet worden. Die Behauptung des Beschwerdeführers, dass der Einwand der Kompetenzqualität und des zu Unrecht bestehenden Pfandrechts in Bezug auf den Zahlungsbefehl vom 27. Juni 2011 protokolliert worden sei, stehe im Widerspruch zum unterzeichneten Pfändungsprotokoll. Darin sei der Einwand der Kompetenzqualität vermerkt, nicht aber, dass das Pfandrecht der Beschwerdegegnerin explizit bestritten werde. Die Betreibungsbeamtin habe somit aufgrund der Äusserungen des Beschwerdeführers nicht darauf schliessen können oder müssen, dass mit diesen Erklärungen Rechtsvorschlag gegen den Zahlungsbefehl vom 27. Juni 2011 (Betreibung Nr. ...) erhoben worden sei (act. 16 S. 8 ff.).

3.2. Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, dass am 8. August 2011 explizit das Pfandrecht des Beschwerdegegners am Jaguar des Beschwerdeführers bestritten worden sei. Es sei gegenüber der Betreibungsbeamtin mündlich erklärt worden, dass es sich beim fraglichen Jaguar um ein unpfändbares Kompetenzstück handle und die Beschwerdegegnerin (oder Dritte) kein Pfandrecht und insbesondere kein Retentionsrecht hätten. Über diese Einwände hätten sie sich anlässlich der Pfändung vom 8. August 2011 unterhalten. Sein Rechtsvorschlag hätte demnach protokolliert werden müssen, was jedoch pflichtwidrig unterblieben sei. Die unbestritten geltend gemachte Kompetenzqualität und die Drittansprüche würden sich nicht auf eine bestimmte Betreibung, sondern als dingliche Rechte allein auf die Sache selber beziehen, weshalb das Betreibungsamt diese Einwendungen nicht nur auf bestimmte Verfahren beschränken könne. Weiter führt der Beschwerdeführer aus, der Rechtsvorschlag sei nicht gegen den Zahlungsbefehl, sondern explizit gegen das Pfandrecht des Beschwerdegegners erfolgt. Im Weiteren fasse die Eingabe vom 8. August 2011 von E. _____ nicht seine Einwände zusammen. Diese hätte lediglich der Geltendmachung der dinglichen Rechte an den beweglichen Sachen im Inneren des Jaguars gedient. Die Erklärung, dass kein Pfandrecht und insbesondere kein Retentionsrecht bestün-

de, habe sich nur auf die Betreuung Nr. ... beziehen können, weshalb auch nicht von fehlender Konnexität gesprochen werden könne. Es sei deshalb abwegig und widersinnig, dass das Betreibungsamt den Rechtsvorschlag gegen das Pfandrecht der Beschwerdeverfahren Nrn. ..., ... und ... zugeordnet habe, obwohl dieser Einwand in diesen Verfahren gar nicht möglich sei. Die behauptete Divergenz zwischen Protokoll und der Aussagen des Vertreters des Beschwerdeführers läge in der pflichtwidrigen Unterlassung der Protokollierung des Rechtsvorschlages. Das Pfandrecht sei am 8. August 2011 und somit innerhalb der zehntägigen Frist bestritten worden. Der Beweis des rechtzeitig erhobenen Rechtsvorschlages könne durch seine Beweisaussagen und die seines Sohnes erbracht werden (act. 2 S. 2 ff.).

3.3. Wie die Vorinstanz richtig ausführte, stellt sich vorliegend einzig die Frage, ob der Beschwerdeführer das Pfandrecht der Beschwerdegegnerin tatsächlich bestritten hat und seine Einwände somit als Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... zu behandeln sind. Denn auch der Einwand, dass der retinierte Gegenstand unpfändbar sei und daher nicht retiniert werden dürfe, ist mittels Rechtsvorschlag geltend zu machen (vgl. BGE 83 III 34).

Der Beschwerdeführer geht fehl, wenn er geltend macht, die im Zusammenhang mit anderen Betreibungsverfahren geäusserten Einwände bezüglich Kompetenzqualität und Drittansprüche würden sich nicht auf dieselben Verfahren beschränken. Dass der Beschwerdeführer diese Einwendungen anlässlich der Pfändung seines Jaguars am 8. August 2011 im Rahmen der Betreibungen Nrn. ..., ... und ... geltend machte, ist unbestritten. Daraus lässt sich jedoch nicht ableiten, dass auch Rechtsvorschlag gegen den Zahlungsbefehl vom 27. Juni 2011 in der Betreuung Nr. ... erhoben worden ist. Wo immer in einer Erklärung eines Betriebenen der Wille erblickt werden kann, das Verfahren sei einzustellen und der Richter müsse die Sache entscheiden, ist von einem gültigen Rechtsvorschlag auszugehen (BSK SchKG I-Bessenich, Art. 74 N 21). Es sind demnach keine strengen Voraussetzungen an das Erheben des Rechtsvorschlages gestellt. Es muss jedoch deutlich erkennbar sein, auf welche Betreuung sich die Erklärung bezieht. Ist ein Vermögensstück – wie vorliegend der Jaguar des Beschwerdefüh-

ers – Gegenstand verschiedener Betreibungsverfahren, so hat der Betriebsene seine Einwände in jedem einzelnen Verfahren vorzubringen.

Der Beschwerdeführer führt einerseits aus, dass beide Einwände (Kompetenzqualität und Bestreitung des Pfandrechts) schriftlich protokolliert worden seien (act. 2 S. 5), und andererseits, dass eine pflichtwidrige Unterlassung der Protokollierung des Rechtsvorschlages vorliege (act. 17 S. 8). Die anlässlich der Vollzugshandlung erhobenen Einwände des Beschwerdeführers (Kompetenzqualität und Drittansprüche) sind von der Betreibungsbeamten zur Kenntnis genommen und protokolliert worden. Dieses Pfändungsprotokoll wurde vom Beschwerdeführer selber unterzeichnet (act. 8/7). Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, es seien zwei Protokolle erstellt worden. Dass er bei Durchsicht des Protokolls vor der Unterzeichnung nicht hätte merken können, es sei die Bestreitung des Pfandrechts bzw. der Betreuung Nr. ... unvermerkt geblieben, behauptet er sodann nicht. Und das wohl zu Recht. Jedenfalls ist nicht im Ansatz erkennbar, warum der Beschwerdeführer ein Protokoll unterzeichnet haben soll, das anderes festhielt, als erklärt wurde.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich – von den Behauptungen des Beschwerdeführers abgesehen – den vorliegenden Akten kein Hinweis entnehmen lässt, wonach das Pfandrecht der Beschwerdegegnerin anlässlich der Vollzugshandlung vom 8. August 2011 im Rahmen der Betreibungen Nrn. ..., ... und ... bestritten worden ist.

Der Beschwerdeführer hätte gegen den Zahlungsbefehl vom 27. Juni 2011 in der Betreuung Nr. ... Rechtsvorschlag erheben müssen, um das Pfandrecht der Beschwerdegegnerin zu bestreiten bzw. um den Einwand vorzubringen, der retinierte Jaguar sei unpfändbar und hätte daher nicht retiniert werden dürfen. Dafür ist es nun zu spät. Hat es der Schuldner unterlassen, mit dem Rechtsvorschlag den Bestand des Pfandrechtes zu bestreiten, so kann er dies nicht durch eine Beschwerde im Sinne von Art. 17 ff. SchKG nachholen. Denn über den Bestand des Pfandrechtes – eine materiellrechtliche Frage – haben nicht das Betreibungsamt und die Aufsichtsbehörde, sondern der Richter zu befinden (BGE 119 III 100 Erw. 2a). Die Beschwerde ist abzuweisen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolge

Für das Verfahren vor der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen sind grundsätzlich keine Kosten zu erheben. Bei böswilliger oder mutwilliger Prozessführung können einer Partei oder ihrem Vertreter jedoch Bussen bis zu Fr. 1'500.– sowie Gebühren und Auslagen auferlegt werden (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG). Gemäss Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und – unter Beilage der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Meilen 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:

lic. iur. K. Graf

versandt am: