

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS120006-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Willi.

Urteil vom 15. März 2012

in Sachen

A._____

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____

Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Arrestvollzug**
(Beschwerde über das Betreibungsamt C._____)

Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 21. Dezember 2011 (CB110003)

Erwägungen:

I.

1. Am 20. Juli 2009 erliess der Arrestrichter gegen D._____, den Ehemann von A._____ (nachfolgend Beschwerdeführerin), zu Gunsten des Gläubigers B._____ (nachfolgend Beschwerdegegner) einen Arrestbefehl (act. 4/2). Als Arrestgegenstände wurden darin unter anderem 98 Inhaberaktien der E._____ AG zum Nominalwert von je Fr. 1'000.-- in/bei den vom Schuldner bewohnten bzw. benützten Wohnräumen in der Liegenschaft F._____, G._____ strasse, H._____ aufgeführt (act. 4/2 lit. c). Gemäss Arresturkunde vom 27. Juli 2009 wurden in der Folge durch das ehemalige Betreibungsamt I._____ (heute Betreibungsamt C._____) in dieser Liegenschaft F._____ unter anderem 98 Inhaberaktien der E._____ AG verarrestiert (act. 4/2-3). Mit Eingabe vom 18. April 2011 erhob die Beschwerdeführerin gegen diesen Arrest beim Bezirksgericht Pfäffikon als untere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen Beschwerde wegen Nichtigkeit (act. 1). Mit Beschluss vom 21. Dezember 2011 trat das Bezirksgericht Pfäffikon auf diese Beschwerde nicht ein (act. 26).

2. Hiegegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 19. Januar 2012 bei der Kammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs rechtzeitig Beschwerde (act. 27), mit den Anträgen, es sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und es sei die Nichtigkeit des Arrestes betreffend 45 bzw. 47 Inhaberaktien der E._____ AG festzustellen. In prozessualer Hinsicht beantragte die Beschwerdeführerin den Beizug der Akten der Verfahren EQ090005 (Arresteinsprache) des Bezirksgerichts Pfäffikon sowie NN100038 (Rekurs gegen den Arresteinspracheentscheid) und PE110021 (Rekurs gegen den Sistierungsentscheid im Widerspruchsverfahren) des Obergerichts des Kantons Zürich.

3. Mit Verfügung vom 31. Januar 2012 wurden die Akten der Verfahren EQ090005 (Arresteinsprache) des Bezirksgerichts Pfäffikon sowie NN100038 (Rekurs gegen den Arresteinspracheentscheid) und PE110021 (Rekurs gegen den Sistierungsentscheid im Widerspruchsverfahren) des Obergerichts des Kan-

tons Zürich beigezogen (act. 31). Gleichzeitig wurde dem Beschwerdegegner Frist zur Einreichung der Beschwerdeantwort angesetzt.

4. Am 16. Februar 2011 reichte der Beschwerdegegner innert Frist eine Beschwerdeantwort ein (act. 36). Er beantragt die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

II.

1. Die Vorinstanz begründet ihren Nichteintretensentscheid im Wesentlichen mit dem Umstand, die Geltendmachung der Nichtigkeit einer Verfügung sei zwar grundsätzlich an keine Frist gebunden, die Beschwerdeführerin habe mit der Beschwerde aber so lange zugewartet, dass ihr Verhalten rechtsmissbräuchlich und die Beschwerde daher als verspätet zu erachten sei (act. 26 S. 6 ff.). Sie erwog im Einzelnen, die Beschwerdeführerin habe bereits am 14. August 2009 Kenntnis von der Verarrestierung der Inhaberaktien erlangt und habe die Nichtigkeit dennoch erst rund 20 Monate später geltend gemacht. Jedenfalls würden auch sieben Monate zwischen ihrer Eigentumsanmeldung im September 2010 und der Beschwerdeerhebung liegen. Die Zeitspanne überschreite eine angemessene Überlegungsfrist bei Weitem. Die frühere Beschwerdeführung sei der Beschwerdeführerin zumutbar gewesen, zumal ihr Ehemann, dessen Vater und der Bruder bereits nach der Arrestlegung Arresteinsprache erhoben hätten, und sie auch deshalb um die Notwendigkeit juristischen Handelns wusste. Da die Beschwerdeführerin als einzige in diesem Umfeld zugewartet habe, habe der Beschwerdegegner zudem auf die Untätigkeit vertrauen dürfen und sich in gutem Glauben befunden (act. 26 S. 7 f.).

2. Dagegen bringt die Beschwerdeführerin vor, sie habe nie offiziell Kenntnis von der Arrestlegung erhalten. Mit dem Einreichen der Beschwerde habe sie zudem nicht einfach zugewartet. Es seien in dieser Zeit im Zusammenhang mit dem Arrest der 98 Inhaberaktien viele Verfahrensschritte eingeleitet und fortgesetzt worden. Nachdem ihr Ehemann als Arrestschuldner Einsprache erhoben und nebst dem Eigentum des Vaters auch ihr Eigentum geltend gemacht hatte, sei sie davon ausgegangen, dass sie nichts mehr unternehmen müsse. Erst

nachdem ihrem Ehemann im September 2010 vom Obergericht (Verfahren Nr. NN100036) eröffnet worden sei, er habe kein Rechtsschutzinteresse an der Geltendmachung des Eigentums der Beschwerdeführerin, habe sie sich veranlasst gesehen, rechtlichen Rat einzuholen, weshalb sie einen Rechtsanwalt mit ihrer Vertretung beauftragt habe (act. 27 S. 6). Vorher sei es ihr nicht zuzumuten gewesen, den Handlungsbedarf zu erkennen (act. 27 S. 11). Danach sei Eigentumsansprüche erhoben und damit das Widerspruchsverfahren eingeleitet worden, welches zunächst bis zur Entscheidung des Bundesgerichtes über die Arrestsprache vom 10. November 2010 sistiert worden sei. Um unnötige Doppelspurigkeiten zu vermeiden, sei zu diesem Zeitpunkt zunächst auf das Einleiten der betriebsrechtlichen Beschwerde verzichtet worden (act. 27 S. 7 und S. 11). Der Beschwerdegegner sei in Bezug auf den Bestand des Arrestsubstrats auch nicht gutgläubig gewesen, weil dieser, das Betriebsamt C._____ und auch das Bezirksgericht Pfäffikon zwischen August 2009 und September 2010 mehrmals ausdrücklich auf den Nichtigkeitsgrund aufmerksam gemacht worden seien (act. 27 S. 8 ff. und S. 11 f.). Es bestehe beim Beschwerdegegner auch kein schützenswerter Besitzzustand, da die Inhaberaktien nur verarrestiert seien und sich nicht im Besitz des Beschwerdegegners befinden würden (act. 27 S. 11). Es sei zudem niemandem gedient, wenn die Nichtigkeit, die von Amtes wegen zu berücksichtigen sei, wegen angeblicher Rechtsmissbräuchlichkeit nicht geprüft werde, das Verfahren weitergeführt und erst bei der Verwertung bemerkt werde, dass die Inhaberaktien nicht verwertet werden können (act. 27 S. 12).

3. Der Beschwerdegegner führt demgegenüber aus, die Beschwerdeführerin begründe praktisch ihre gesamte Beschwerde mit Noven, die nicht zulässig und aus dem Recht zu weisen seien (act. 36 S. 3, S. 5 und S. 8). Die Beschwerdeführerin und der Arrestschuldner und seine Familie würden seit mehr als zweieinhalb Jahren mit allen Mitteln versuchen, das Arrestverfahren zu verzögern. Das Obergericht habe das Verhalten der Beschwerdeführerin bereits als trölerisch und offensichtlich rechtsmissbräuchlich bezeichnet. Die Beschwerdeführerin habe zwischen Juli 2009 und April 2011 nichts unternommen, was andere Personen gemacht hätten, spiele keine Rolle (act. 36 S. 4 und S. 7). Die Beschwerdeführerin habe auch nicht behauptet, wann sie Kenntnis von der Arrestlegung erhalten

habe, weshalb zutreffend spätestens auf den 14. August 2009 abzustellen sei (act. 36 S. 5). Der Beschwerdegegner bestreitet sodann, dass mit der Einleitung der betriebsrechtlichen Beschwerde zugewartet worden sei um Doppelspurigkeiten zu vermeiden (act. 36 S. 6). Wenn die Beschwerdeführerin verfahrensökonomisch hätte handeln wollen, so hätte sie nicht am 14. September 2010 Eigentumsansprüche erhoben und den Beschwerdegegner ins Widerspruchsverfahren gezwungen, sondern dann die betriebsrechtliche Beschwerde eingereicht (act. 36 S. 6 f., S. 9). Im Übrigen macht der Beschwerdegegner diverse Ausführungen zum materiellen Sachverhalt und zur Frage der Nichtigkeit (act. 36 S. 3 f., S. 5, S. 7, S. 8 f.).

4.1 Nach einhelliger Lehre und konstanter Rechtsprechung kann die Nichtigkeit einer betriebsrechtlichen Verfügung mit Beschwerde nach Art. 17 SchKG jederzeit, das heisst ohne Bindung an eine Beschwerdefrist, bei der Aufsichtsbehörde geltend gemacht werden (BSK SchKG I-COMETTA/MÖCKLI, 2. Aufl. 2010, Art. 22 N 16; BGE 121 III 142 E. 2; BGE 120 III 117 E. 2c; BGE 117 III 7 E. 3.c; BGer 5A_16/2007 vom 11. April 2007, E. 3.1; BGer 5A_624/2009 vom 2. Dezember 2009, E. 2.1).

4.2 Die Vorinstanz führt unter Hinweis auf BGE 116 III 107 aber im Weiteren aus, dass das Rechtsmissbrauchsverbot der Geltendmachung der Nichtigkeit zeitliche Grenzen setze (act. 26 S. 6). Ein solcher Rechtsmissbrauch liegt nach Auffassung der Vorinstanz dann vor, wenn ein längerer Zeitraum ungenutzt blieb, obwohl es dem Berechtigten zumutbar gewesen wäre, sein Recht früher auszuüben, und beim gutgläubig Belasteten in dieser Zeit ein schützenswerter Besitzzustand entstanden sei, der durch die Ausübung des Rechts zerstört oder erheblich verringert werde (vgl. act. 26 S. 6 f.).

4.3 Damit verkennt die Vorinstanz indes, dass das Bundesgericht die Hürde hoch angesetzt hat und eine Verwirkung der Geltendmachung der Nichtigkeit nur zurückhaltend anzunehmen ist. Mit Blick auf den von der Vorinstanz zitierten Entscheid des Bundesgerichts wird zwar ersichtlich, dass ein erheblicher Zeitablauf Fragen aufwerfen und einen Verdacht auf (die Beschwerdeführung ausschliessende) Arglist begründen kann (BGE 116 III 107 E. 6.c; ZK-BAUMANN, Ein-

leitungsartikel ZGB, 3. Aufl., Art. 2 N 400). Angesichts dessen, dass die Nichtigkeit betreibungsamtlicher Verfügungen aber von Amtes wegen festzustellen ist (Art. 22 Abs. 1 Satz 2 SchKG) und daher grundsätzlich jederzeit geltend gemacht werden kann, kann der Zeitablauf alleine noch nicht ausschlaggebend sein. Vielmehr muss es sich um ein qualifiziertes Zuwarten handeln. Das Verhalten der beschwerdeführenden Partei muss sich insgesamt als missbräuchlich präsentieren. Das ist namentlich dann der Fall, wenn offensichtlich kein schützenswertes Interesse an der Beschwerdeführung ersichtlich ist (BGE 116 III 107 E. 6.c).

5.1 Daraus erhellt, dass selbst wenn mit der Vorinstanz davon ausgegangen wird, die Beschwerdeführerin habe mit der Beschwerdeerhebung rund 20 Monate zugewartet – was unbestreitbar sehr lange ist –, ihr Verhalten dennoch nicht zur Verwirkung des jederzeitigen Beschwerderechts führt:

5.1.1 Die Beschwerdeführerin stützt ihre Beschwerde wegen Nichtigkeit darauf, dass der Betreibungsbeamte gemäss Arresturkunde 45 bzw. 47 ihr gehörende Inhaberaktien an der E._____ AG in der Liegenschaft F._____ verarrestiert habe, obwohl sich die in Aktienzertifikaten verurkundeten Aktien nicht am Ort des Arrestvollzugs (Liegenschaft F._____) sondern in einem Safe in J._____ befunden hätten (act. 1 S. 4 f.). In den vorinstanzlichen Akten befindet sich ein Schreiben, worin die K._____ AG bestätigt, dass am 28. Mai 2008 Aktienzertifikate der E._____ AG ausgestellt und den Aktionären übergeben worden seien (act. 4/8). Das bestreitet der Beschwerdegegner nicht (act. 16 S. 7).

5.1.2 Der Arrestbefehl vom 20. Juli 2009 lautet auf "98 Inhaberaktien der E._____ AG zum Nominalwert von je Fr. 1'000.-- *in/bei den vom Schuldner bewohnten bzw. benützten Wohnräumen* in der Liegenschaft F._____, G._____strasse, H._____" (act. 4/2, Arrestgegenstand lit. c). Diese Formulierung kann nichts anderes bedeuten, als dass der Arrestbefehl den Arrestvollzug bezüglich physisch vorhandener Wertpapiere zulässt. Das Betreibungsamt C._____ führt in seiner Vernehmlassung an die Vorinstanz aus, der Betreibungsbeamte habe sich auf den Arrestbefehl gestützt und sei davon ausgegangen, die Beteiligungen an der E._____ AG seien lediglich als Forderungen vorhanden (act. 11). Gemäss Arresturkunde – übereinstimmend mit dieser Aussage – wurden Forde-

rungen gepfändet (act. 4/3, Nr. 3). Dementsprechend wurde am 20. Juli 2009 der Arrest auch an die E. _____ AG, c/o K. _____ AG angezeigt (act. 4/3 S. 2). Der Arrestbefehl und die Arresturkunde stimmen damit nicht überein.

5.1.3 Das Betreibungsamt darf nichts verarrestieren, was im Arrestbefehl nicht genannt ist (BGE 112 III 115 E. 2; BSK SchKG II-Reiser, 2. Aufl. 2010, Art. 275 N. 44). Der Arrestbefehl nennt 98 Inhaberpapiere mit Lageort in der vom Schuldner bewohnten Liegenschaft F. _____ (act. 30/3), so dass einzig die Verarrestierung von physisch am Ort des Arrestvollzuges vorhandenen Wertpapieren vom Arrestbefehl gedeckt war.

Findet der Betreibungsbeamte das im Arrestbefehl Genannte beim Arrestvollzug nicht vor, so muss er nachfragen und klären, wie es sich damit verhält, und der Schuldner ist zur Auskunft verpflichtet (vgl. auch OGer ZH PS110211 vom 20. Dezember 2011 E. 3.3 mit Hinweis auf BGE 116 III 107 E. 6b). Der Betreibungsbeamte ist offenbar ohne Weiteres „davon ausgegangen, dass die Beteiligungen an der E. _____ AG lediglich als Forderung vorhanden sei“ (act. 30/5), woraus sich ergibt, dass er nicht nachfragte und damit auch nicht feststellte, ob es die Inhaberaktien gab bzw. ob sie physisch in der Liegenschaft F. _____ vorhanden waren. Wäre dies der Fall gewesen, hätte er die Aktien im Zusammenhang mit dem Vollzug in Verwahrung nehmen müssen.

In der Arresturkunde (act. 4/3) ist zweierlei genannt: „2. ... der Anspruch auf Ausstellung der E. _____ AG“, der vom richterlichen Arrestbefehl nicht gedeckt ist und „3. 98 Inhaberaktien der E. _____ AG zum Nominalwert von je Fr. 1'000“, die es offenbar nicht gibt bzw. die nicht in F. _____ waren und die – was zum Arrestvollzug gehört hätte – auch nicht in Verwahrung genommen werden konnten. Daher erweist sich der Arrestvollzug, sowohl bezüglich der Inhaberaktien als auch bezüglich dem Anspruch auf Ausstellung von Aktien als nichtig (vgl. auch BGE 112 III 115 E. 2; BSK SchKG II-REISER, 2. Aufl. 2010, Art. 275 N 44).

5.2 Vor diesem Hintergrund kann offensichtlich nicht gesagt werden, der Beschwerdeführerin fehle es an einem erkennbaren schützenswerten Interesse an der Beschwerdeführung. Daran ändert nichts, dass die Beschwerdeführerin mit

der Geltendmachung längere Zeit gewartet hat. Der angefochtene Entscheid ist daher aufzuheben, und es ist die Nichtigkeit des Arrestes im beschriebenen Umfang festzustellen.

6. Das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen ist kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG); Prozessentschädigungen sind nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss des Bezirksgerichts Pfäffikon als untere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen vom 21. Dezember 2011 aufgehoben.
2. Der gemäss Arresturkunde vom 27. Juli 2009 des ehemaligen Betreibungsamtes I.____ (heute Betreibungsamt C.____) auf 98 Inhaberaktien der E.____ AG zum Nominalwert von je Fr. 1'000.-- (Nr. 3) gelegte Arrest ist nichtig.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben und keine Entschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und – unter Beilage der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Pfäffikon als untere Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen 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. Wili

versandt am: