

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS150178-O/U

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

Urteil vom 16. November 2015

in Sachen

A. _____,

gegen

B. _____ AG,

Beschwerdegegnerin,

betreffend **Pfändungsankündigung**
(Beschwerde über das Betreibungsamt Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg)

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen vom 17. September
2015 (CB150022)

Erwägungen:

1.

1.1. Das Betreibungsamt Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg stellte dem Beschwerdeführer am 27. März 2015 den Zahlungsbefehl in der Betreibung Nr. 1 zu, gegen welchen er Rechtsvorschlag erhob (act. 13/2). Am 24. Juni 2015 stellte die Beschwerdegegnerin beim Bezirksgericht Horgen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, das Begehren, es sei in der Betreibung Nr. 1 die definitive Rechtsöffnung für Fr. 2'000.00 sowie Fr. 73.30 Betreibungskosten zu erteilen und der erhobene Rechtsvorschlag sei aufzuheben (act. 12/1). Als definitiven Rechtsöffnungstitel reichte die Beschwerdegegnerin den anlässlich der Hauptverhandlung vom 25. November 2014 vor dem Bezirksgericht Horgen im Geschäft-Nr. FV140034 abgeschlossenen Vergleich ins Recht, in welchem der Beschwerdeführer die (reduzierte) Forderung der Beschwerdegegnerin von Fr. 2'000.00 anerkannt und sich zur Bezahlung bis spätestens 10. Dezember 2014 verpflichtet hatte (act. 13/2 und 13/6). Mit unbegründetem Urteil vom 23. Juli 2015 erteilte das Bezirksgericht Horgen die definitive Rechtsöffnung für Fr. 2'000.00 sowie für die Kosten und Entschädigungen gemäss dem Entscheid (act. 13/10). Das *unbegründete* Urteil wurde dem Beschwerdeführer am 4. August 2015 zugestellt. Mit Eingabe vom 13. August 2015 (Datum Poststempel) verlangte er fristgerecht die Begründung des Urteils (act. 13/11/2; act. 13/14). Am 31. August 2015 (Datum Eingang) stellte die Beschwerdegegnerin beim Betreibungsamt Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg das Fortsetzungsbegehren. Noch am gleichen Tag erliess das Betreibungsamt die Pfändungsankündigung (act. 6/3-4). Das *begründete* Rechtsöffnungsurteil wurde dem Beschwerdeführer am 8. September 2015 zugestellt (act. 13/17). Er erhob dagegen bei der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich eine Beschwerde (Geschäfts-Nr. RT150160).

1.2. Gegen die Pfändungsankündigung des Betreibungsamtes Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 3. September 2015 Beschwerde beim Bezirksgericht Horgen als untere kantonale Aufsichtsbehörde

in Schuldbetreibungs- und Konkursachen (fortan Vorinstanz; act. 1). Dieses wies die Beschwerde des Beschwerdeführers ohne Einholung einer Beschwerdeantwort bzw. Vernehmlassung mit Urteil vom 17. September 2015 ab (act. 7 = act. 10 = act. 12).

1.3. Gegen diesen Entscheid führt der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 1. Oktober 2015 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich als obere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs. Er stellt den Antrag, es sei der Entscheid der Vorinstanz sowie der Pfändungsvollzug aufzuheben (act. 8/1; act. 11 S. 2). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-8). Ebenfalls beigezogen wurden die Akten des Rechtsöffnungsverfahrens am Bezirksgericht Horgen mit der Geschäfts-Nr. EB150186 (act. 13/1-19). Mit Verfügung vom 9. Oktober 2015 wurde der Beschwerdegegnerin Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt. Ferner wurde die Prozessleitung delegiert (act. 14). Innert Frist reichte die Beschwerdegegnerin eine Beschwerdeantwort samt Beilagen ein. Sie beantragt die Abweisung der Beschwerde (act. 16 S. 3 und act. 17/1-5).

1.4. Auf die Vorbringen der Parteien ist insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung und unter Hinweis auf Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 und 3 SchKG nötig ist.

2.

Auf den Weiterzug einer betreibungsrechtlichen Aufsichtsbeschwerde an eine obere kantonale Aufsichtsinstanz sind nebst Art. 20a Abs. 2 SchKG – gestützt auf Art. 20a Abs. 3 SchKG i.V.m. § 18 EG SchKG und §§ 83 f. GOG – sinngemäss die Art. 319 ff. ZPO anwendbar. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung oder offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Art. 326 Abs. 1 ZPO schliesst neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel aus, auch bei Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen (BGer, Urteil 5A_405/2011 vom 27. September 2011 E. 4.5.3 mit Verweisen; BSK SchKG I-Cometta/Möckli, 2. A., Basel 2010, Art. 18 N 9).

3.

3.1. Der Beschwerdeführer hatte vorinstanzlich im Wesentlichen vorgebracht, gegen den Zahlungsbefehl vom 27. März 2015 in der Betreuung Nr. 1 rechtzeitig Rechtsvorschlag erhoben zu haben. Am 4. August 2015 habe er das Rechtsöffnungsurteil vom 23. Juli 2015 erhalten. Darin sei ihm die Möglichkeit zur Beschwerdeerhebung ab Erhalt des begründeten Urteils zugestanden worden. Mit Eingabe vom 13. August 2015 habe er um die Urteilsbegründung ersucht. Das begründete Urteil, welches ihm den Beschwerdeweg ebnen werde, habe er noch nicht erhalten. Dessen ungeachtet sei ihm am 1. September 2015 die Pfändungsankündigung in Bezug auf den Forderungsbetrag, gegen dessen Eintreibung er sich mit Erhebung des Rechtsvorschlages gewehrt habe, zugestellt worden. Das Betreibungsamt wolle das Rechtsöffnungsurteil vom 23. Juli 2015, mit dem er nicht einverstanden sei und gegen welches er eine Beschwerde erheben wolle, umsetzen, bevor das endgültige Urteil feststehe. Damit würden Tatsachen geschaffen, die schwer und nur mit unverhältnismässigem Aufwand wieder rückgängig gemacht werden könnten. Seine Verteidigungsrechte würden in unverhältnismässiger Weise beschnitten (act. 1).

3.2. Die Vorinstanz erwog, gegen das Urteil vom 23. Juli 2015, mit welchem der Beschwerdegegnerin in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg die definitive Rechtsöffnung erteilt worden sei, könne der Beschwerdeführer das Rechtsmittel der Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO erheben. Eine Beschwerde hemme nach Art. 325 Abs. 1 ZPO die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides nicht. Auch das Verlangen einer schriftlichen Begründung hemme diese nicht. Dies bedeute, dass das Urteil vom 23. Juli 2015 formell rechtskräftig und vollstreckbar sei. Die Vollstreckbarkeit des Rechtsöffnungsurteils würde nur entfallen, wenn die Rechtsmittelinstanz der Beschwerde gegen das Urteil vom 23. Juli 2015 nach Art. 325 Abs. 2 ZPO die aufschiebende Wirkung gewähren würde, was hier nicht der Fall sei. Solange der Entscheid vollstreckbar sei, könne die Betreuung fortgesetzt und damit auch die Pfändung vollzogen werden. Die Beschwerde gegen die Pfändungsankündigung sei demnach abzuweisen (act. 7 = act. 10 = act. 12).

3.3. Der Beschwerdeführer beanstandet zweitinstanzlich in Wiederholung seiner vorinstanzlichen Vorbringen, dass ihm zum Zeitpunkt der Pfändungsankündigung das begründete Rechtsöffnungsurteil, gegen welches er sich mit Beschwerde wehren wolle, noch nicht zugestellt bzw. der Instanzenzug nicht zu seiner Gänze durchgeführt worden sei. Er führt an, die Vorinstanz sei auf seine Argumentation nicht eingegangen (act. 11 S. 1 f.). Neu beanstandet der Beschwerdeführer zudem, der Pfändungsbeamte wolle die Pfändung auch für die Kosten vornehmen. Gemäss der Erwägung 2.2.4. des begründeten Rechtsöffnungsentscheides vom 23. Juli 2015 sei die definitive Rechtsöffnung für die Forderung von Fr. 2'000.00 erteilt worden, nicht aber für die Kosten des Urteils. Sodann habe die Beschwerdegegnerin anstatt die Betreuung Nr. 2 fortzusetzen für dieselbe Forderung die Betreuung Nr. 1 eingeleitet und dadurch unnötige Kosten verursacht, welche nun ihm auferlegt würden. Die Beschwerdegegnerin sei für die Kosten haftbar, weswegen die Pfändung nicht auch für diese erfolgen könne. Die Vorinstanz lasse diesen zentralen Streitpunkt unbeantwortet (act. 11 S. 2 f.).

3.4. Zu den Rügen des Beschwerdeführers zum Zeitpunkt der Pfändungsankündigung bzw. der Vollstreckbarkeit des Rechtsöffnungsentscheides äussert sich die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort nicht. Zu den Beanstandungen hinsichtlich der Kosten führt sie zusammengefasst aus, der Beschwerdeführer habe ihr aus der Betreuung Nr. 1 neben der ausstehenden Schuld von Fr. 2'000.00 lediglich die Betreuungskosten von Fr. 73.30 zu bezahlen. Die Gerichts- und Friedensrichterkosten im Verfahren-Nr. FV140034 sowie die Kosten aus der Betreuung Nr. 2 habe sie selber übernommen. Es seien dem Beschwerdeführer daher keine zusätzlichen Kosten auferlegt worden. Der Beschwerdeführer habe sich nicht an den Vergleich im Verfahren-Nr. FV140034 gehalten. Wenn er wie vereinbart die Schuld von Fr. 2'000.00 bezahlt hätte, wären keine Betreuungskosten entstanden. Bis heute habe er die in der Betreuung-Nr. 1 aufgeführte Schuld nicht bezahlt und auch keine Teilzahlung geleistet. Auch die ihr gemäss Rechtsöffnungsurteil zugesprochene Parteientschädigung von Fr. 50.00 sei nicht überwiesen worden (act. 16).

3.5.1. Voraussetzung für den Vollzug der Pfändung ist, dass der betreibende Gläubiger das Einleitungsverfahren vollständig durchlaufen sowie frist- und formgerecht das Fortsetzungsbegehren gestellt hat. Erst ein rechtskräftiger Zahlungsbefehl berechtigt (in der Regel) zur eigentlichen Vollstreckung. Rechtskräftig wird der Zahlungsbefehl, wenn der Gläubiger definitiv Rechtsöffnung erlangt bzw. einen vollstreckbaren Entscheid erwirkt hat, der den Rechtsvorschlag ausdrücklich beseitigt (Art. 38 Abs. 2 und Art. 88 SchKG; BSK SchKG I-Lebrecht, 2. A., Basel 2010, Art. 88 N 6 sowie Art. 89 N 3). Die Fortsetzung der Betreibung resp. eine Pfändungsankündigung, die dem Betriebenen zugestellt wird, bevor der Zahlungsbefehl rechtskräftig ist, ist nichtig. Eine nichtige Verfügung gilt selbst ohne amtliche Aufhebung als rechtlich unverbindlich und auf ihr beruhende weitere Verfügungen sind ihrerseits nichtig. Die Nichtigkeit wirkt ex tunc und ist von den Aufsichtsbehörden von Amtes wegen jederzeit festzustellen (Art. 22 SchKG; BSK SchKG I-Cometta/ Möckli, a.a.O., Art. 22 N 8, 12, 15 f. und 20).

3.5.2. Wie die Vorinstanz in zutreffender Weise erwog, steht gegen den Rechtsöffnungsentscheid das Rechtsmittel der Beschwerde zur Verfügung, welches die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides nicht hemmt. Die Vollstreckbarkeit entfällt nur, wenn die Rechtsmittelinstanz der Beschwerde die aufschiebende Wirkung gewährt (Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO i.V.m. Art. 319 ff. ZPO und Art. 325 Abs. 1 und 2 ZPO). Nicht gefolgt werden kann indes der Auffassung der Vorinstanz, dass auch das Verlangen einer schriftlichen Begründung die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides nicht hemme. Es ist zu berücksichtigen, dass nur die Rechtsmittelinstanz die Vollstreckbarkeit aufschieben kann, was voraussetzt, dass ein rechtsmittelfähiger Entscheid gefällt wurde. Wenn der (Rechtsöffnungs-)Entscheid zunächst lediglich im Dispositiv ergeht, ist es der betroffenen Partei nicht möglich, mit der Beschwerde an die Rechtsmittelinstanz zu gelangen und im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die aufschiebende Wirkung zu beantragen. Die Beschwerdefrist läuft erst ab Zustellung des begründeten Entscheides. Auf ein zuvor bereits eingereichtes und damit offensichtlich verfrühtes und unzulässiges Rechtsmittel würde nicht eingetreten (vgl. Art. 239 und Art. 321 Abs. 1-2 ZPO; statt vieler: OGer ZH PF110034 vom 22. August 2011). Das Obergericht des Kantons Zürich hat vor dem Hintergrund

dieser Problematik unlängst festgehalten, dass die ZPO keine explizite Regelung zur Frage enthalte, ob ein erst mündlich und im Dispositiv eröffneter Entscheid schon vollstreckbar sei, obschon eine schriftliche Begründung verlangt worden sei oder noch verlangt werden könne. Es hat weiter befunden, es sei betreffend die Frage der Vollstreckbarkeit eines erst im Dispositiv eröffneten Entscheides von einer echten Gesetzeslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit auszugehen, welche im Sinne einer analogen Anwendung von Art. 112 Abs. 2 Satz 3 BGG zu füllen sei (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Demnach sei auch einem unter der ZPO ergangenen, beschwerdefähigen Entscheid die Vollstreckung zu versagen, solange nicht entweder die zehntägige Begründungsfrist unbenützt abgelaufen oder die begründete Ausfertigung des Entscheides eröffnet worden ist (vgl. ZR 111 [2012] Nr. 70, darauf verweisend Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013, § 22 Rz. 1 f.; vgl. auch OGer ZH LB150035 vom 13. August 2015, E. II.2. in Abgrenzung zum Fristbeginn für die Erhebung der Ab-erkennungsklage).

3.5.3. Vorliegend wurde der begründete Rechtsöffnungsentscheid dem Beschwerdeführer, wie dargelegt, am 8. September 2015 eröffnet (vgl. oben Erw. 1.1.; act. 13/17). Die Vollstreckbarkeit des Rechtsöffnungsentscheides fällt damit – unter Vorbehalt der Erteilung der aufschiebenden Wirkung durch die Beschwerdeinstanz – auf diesen Tag. Das Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 23. Juli 2015 betreffend die definitive Rechtsöffnung war bei Stellung des Fortsetzungsbegehrens durch die Beschwerdegegnerin und dem Erlass der Pfändungsankündigung durch das Betreibungsamt am 31. August 2015 (noch) nicht vollstreckbar (act. 13/10 und 13/16; 6/3-4). Das Fortsetzungsbegehren ist damit verfrüht gestellt worden und die Pfändungsankündigung vom 31. August 2015 ist damit nichtig. Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass die Behauptung des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe einen "zentralen Streitpunkt" unbeantwortet gelassen, nicht zutrifft. Vor Vorinstanz machten die Parteien keine Ausführungen zum Pfändungsvollzug in Bezug auf die Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten. Sie wurden erstmals im Beschwerdeverfahren vor der Kammer vorgebracht. Es handelt sich somit um neue Tatsachenbehauptungen (Noven), welche im vorliegenden Verfahren nicht (mehr) zu berücksichtigen sind (vgl. oben

Erw. 2.). Der Vollständigkeit halber ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der Gläubiger nicht nur für die in Betreuung gesetzte Forderung, sondern auch für die Kosten des Betreibungs- und Rechtsöffnungsverfahrens Fortsetzung verlangen kann (Art. 68 SchKG; BSK SchKG I-Lebrecht, a.a.O., Art. 88 N 29).

3.6. Zusammengefasst ist in Gutheissung der Beschwerde festzustellen, dass die in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg erlassene Pfändungsankündigung vom 31. August 2015 nichtig ist.

4.

Das Beschwerdeverfahren ist kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG und Art. 61 Abs. 2 GebV SchKG). Parteienschädigungen dürfen in diesem Verfahren nicht zugesprochen werden (Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird festgestellt, dass die in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg erlassene Pfändungsankündigung vom 31. August 2015 nichtig ist.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdeführer unter Beilage der Kopien von act. 16 und act. 17/1-5, und – unter Beilage der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Horgen sowie an das Betreibungsamt Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg, 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. Würsch

versandt am:
16. November 2015