

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
7B.180/2006 /bru

Urteil vom 1. Dezember 2006
Schuldbetreibungs- und Konkurskammer

Besetzung
Bundesrichterin Hohl, Präsidentin,
Bundesrichter Meyer, Marazzi,
Gerichtsschreiber Schett.

Parteien
X. _____ AG,
Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt
Dr. Reto Thomas Ruoss,

gegen

Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer,
als obere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuld-
betreibungs- und Konkursachen, Postfach,
8023 Zürich.

Gegenstand
Fortsetzungsbegehren,

SchKG-Beschwerde gegen den Beschluss des Ober- gerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer,
als oberer kantonaler Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs-
und Konkursachen, vom 29. September 2006.

Sachverhalt:

A.

A.a Gestützt auf den Zahlungsbefehl vom 18. Mai 2005 des Betreibungsamts Zürich 1 in der
Betreibung Nr. 22044 sowie die Verlustbescheinigung vom 27. Juni 2006 gegen den Schuldner
Y. _____ verlangte die X. _____ AG mit Eingabe vom 30. Juni 2006 beim Betreibungsamt Zürich
2 die Fortsetzung der Betreibung ohne neuen Zahlungsbefehl für eine Forderung von Fr. 783'288.90
(Kapital), Fr. 269'555.50 (Zinsen) und Fr. 4'826.65 (Kosten). Mit Verfügung vom 3. Juli 2006 wies
das Betreibungsamt Zürich 2 das Begehren zurück und auferlegte der Gläubigerin die Kosten für die
Rückweisung des Fortsetzungsbegehrens.

A.b Die von der X. _____ AG dagegen am 10. Juli 2006 beim Bezirksgericht Zürich als unterer
Aufsichtsbehörde der Betreibungsämter eingereichte Beschwerde wurde mit Beschluss vom 13. Juli
2006 abgewiesen. Der Weiterzug an das Obergericht des Kantons Zürich (II. Zivilkammer) als obere
Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen hatte keinen Erfolg. Mit Beschluss vom
29. September 2006 wurde der Rekurs abgewiesen.

B.

Mit Eingabe vom 6. Oktober 2006 hat die X. _____ AG die Sache an die Schuldbetreibungs- und
Konkurskammer des Bundesgerichts weitergezogen. Sie beantragt, das Betreibungsamt Zürich 2 sei
anzuweisen, dem Fortsetzungsbegehren der Beschwerdeführerin vom 30. Juni 2006 sei Folge zu
geben und die Kostenrechnung des Betreibungsamtes vom 3. Juli 2006 über Fr. 18.-- sei aufzuheben.
Das Obergericht hat anlässlich der Aktenübersendung auf Gegenbemerkungen verzichtet (Art. 80
OG). Es wurden keine Vernehmlassungen eingeholt.

Die Kammer zieht in Erwägung:

1.

1.1 Die Vorinstanz führt aus, das Bezirksgericht habe unter Hinweis auf die Verlustbescheinigung
vom 27. Juni 2006 sowie die Verfügung des Betreibungsamtes Zürich 2 vom 3. Juli 2006 ausgeführt,
dass die Verlustbescheinigung in der Arrestprosektionsbetreibung gemäss bundesgerichtlicher
Rechtsprechung keinen definitiven Verlustschein im Sinne von Art. 149 SchKG bilde und somit nicht
zur vereinfachten Fortsetzung der Betreibung ohne neuen Zahlungsbefehl nach Art. 149 Abs. 3

SchKG berechtige. Diese Praxis sei im neueren BGE 102 III 25 wie auch von der Lehre bestätigt worden. Es bestehe kein Grund für eine Praxisänderung bzw. für eine Abweichung von derselben. Der Verlustbescheinigung könne folglich auch nicht nur ein Teil der Wirkungen von Art. 149 SchKG zuerkannt werden. Betreffend Art. 52 SchKG habe das Bezirksgericht festgehalten, dass der Gläubiger bereits vor der Revision der Bestimmung die Arrestprosektionsbetreibung wahlweise am Arrestort oder am ordentlichen Betreibungsort habe fortsetzen können.

Die Vorinstanz fährt fort, es sei festzuhalten, dass auch unter Hinweis auf den bereits vom Bezirksgericht erwähnten BGE 102 III 25 ausschliesslich einem Verlustschein im Sinne von Art. 149 SchKG, der am ordentlichen Betreibungsort erwirkt worden sei, die damit verbundenen und bis anhin unbestrittenen Wirkungen zukämen. Die Ausführungen des Bundesgerichts dazu seien - entgegen der Auffassung der Rekurrentin - nicht nur im Zusammenhang mit dem bzw. in Abgrenzung zum provisorischen Verlustschein nach Art. 115 Abs. 2 SchKG zu sehen. Im Gegenteil: ähnlich wie dem provisorischen Verlustschein kämen auch der bei einer Arrestprosequierung ausgestellten Verlustbescheinigung bewusst nur beschränkte Wirkungen zu. Der Umstand, dass die Gläubigerin gestützt auf Art. 52 SchKG wahlweise am Arrest- oder am ordentlichen Betreibungsort die Betreibung einleiten könne, mit der Konsequenz, dass gegebenenfalls ein unterschiedliches Resultat erwirkt werde, vermöge daran nichts zu ändern. Die Natur des Arrests als vorläufiges Sicherungsmittel verlange eine Beschränkung auf die im Arrestbefehl genannten Forderungen und Gegenstände. Die damit verbundene Exekution nur einzelner Objekte lasse demzufolge die Ausstellung eines Verlustscheins nicht zu, denn

dieser gebe als amtliche Bescheinigung darüber Auskunft, dass der betreibende Gläubiger aus dem gesamten pfändbaren Vermögen des Schuldners in der Schweiz nicht oder nicht voll habe befriedigt werden können und folglich mit einem bestimmten Betrag zu Verlust gekommen sei (Kurt Amonn/Fridolin Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003, S. 254 mit Hinweis auf BGE 116 III 68).

1.2 Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, entgegen der Auffassung des Obergerichts könne der Verlustbescheinigung die Wirkung eines definitiven Verlustscheins im Sinne von Art. 149 Abs. 3 bzw. Art. 158 Abs. 2 SchKG zukommen. Versage man der Verlustbescheinigung die Wirkung von Art. 149 Abs. 3 SchKG, werde der Arrestgläubiger in dem Falle benachteiligt, da er davon ausgegangen sei, der Arrestgegenstand vermöge ihm vollständige Deckung zu gewähren, weshalb er auf Prosequierung am ordentlichen Betreibungsort verzichtet habe. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei der im angefochtenen Entscheid zitierte BGE 102 III 25 nicht einschlägig.

1.3 Die auf einen Arrest gestützte Betreibung wird je nach der Person des Schuldners auf dem Wege der Pfändung oder des Konkurses fortgesetzt (Art. 279 Abs. 3 SchKG). Geht die Betreibung auf Pfändung, und wird sie gemäss Art. 52 SchKG an dem (nicht zufällig mit dem allenfalls vorhandenen allgemeinen Betreibungsort des schweizerischen Wohnsitzes zusammenfallenden) Orte der Arrestlegung durchgeführt, so können nach ständiger Rechtsprechung nur die arrestierten Gegenstände gepfändet werden und zur Verwertung gelangen, und es ist alsdann kein Verlustschein im Sinne des Art. 149 SchKG auszustellen (vgl. BGE 31 I 371; 34 I 405; 47 III 27 ff.; 90 III 79 ff.). Kommt es zu einer auf die Verwertung von arrestierten Gegenständen beschränkter Betreibung am speziellen Betreibungsorte des Art. 52 SchKG, so ist es in keinem Falle zulässig, dem Gläubiger einen Verlustschein auszustellen, der das Ungenügen des gesamten der schweizerischen Vollstreckung unterworfenen Vermögens zur Befriedigung des Gläubigers amtlich bescheinigen würde. In einer solchen Betreibung ist das Betreibungsamt weder verpflichtet noch auch nur berechtigt, alle in der Schweiz gelegenen Vermögensstücke des Schuldners zur Vollstreckung heranzuziehen. Vielmehr war es Aufgabe

des Gläubigers, die Gegenstände, die er zur Befriedigung für seine Forderung in Anspruch nehmen wollte, zu bezeichnen (Art. 274 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG). Hierauf hatte das Betreibungsamt keine Feststellung über das Vorhandensein oder Fehlen weiteren Vermögens des Schuldners zu treffen (BGE 90 III 79 S. 82). Es wäre im Gegenteil unangebracht, beim Fehlen einer in das ganze Schuldnervermögen gerichteten Betreibung dem Gläubiger insbesondere das Recht zur Erhebung einer Anfechtungsklage nach Art. 285 ff. SchKG zuzugestehen (BGE 90 III 79 S. 83).

Diese Rechtsprechung, dass bei einer Betreibung des in- oder ausländischen Schuldners am Arrestort sich die Verwertung auf die mit Arrest belegten Vermögenswerte beschränkt, wird von der Lehre einhellig bestätigt (Ueli Huber, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, [Hrsg.] Staehelin/Bauer/Staehelin, SchKG II, N. 4 zu Art. 149 SchKG, S. 1529; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, articles 89-158, N. 23 zu Art. 149 SchKG, S. 827; Hans Reiser, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, [Hrsg.] Staehelin/Bauer/Staehelin, SchKG III, N. 7 zu Art. 279 SchKG, S. 2558). Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin drängt sich somit eine Präzisierung der Rechtsprechung nicht auf.

1.4 Fehl geht der Einwand, es sei mit dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes zu vereinbaren, der Verlustbescheinigung - in Analogie zum Pfandausfallschein - die Wirkung gemäss Art. 149 Abs. 3 SchKG beizulegen.

Der Pfandausfallschein gibt dem bisherigen Pfandgläubiger das Recht, die Betreuung für die Ausfallforderung jetzt auf das übrige Vermögen des Schuldners zu richten. Weil die Forderung nicht mehr pfandgesichert ist, kann das auf dem Wege der ordentlichen Betreuung auf Pfändung oder auf Konkurs geschehen; innert Monatsfrist seit der Zustellung des Pfandausfallscheins darf der Gläubiger ohne neues Einleitungsverfahren gegen den Schuldner vorgehen (Art. 158 Abs. 2 SchKG). Die Betreuung auf Pfändung oder Konkurs kann wieder resultatlos enden oder eine ungenügende Deckung ergeben; in diesem Fall hat der Gläubiger Anspruch auf Ausstellung eines Verlustscheines nach Art. 149 bzw. bei der Betreuung auf Konkurs nach Art. 265 SchKG (BGE 31 I 371; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Bd. I, N. 10 zu Art. 158 SchKG, S. 878).

Eine Übereinstimmung zwischen Art. 149 und Art. 158 SchKG besteht darin, dass das Gesetz eine Forderung als noch nicht in Verlust gefallen betrachtet, solange für deren Befriedigung nur ein bestimmtes Vermögensstück oder mehrerer solcher in Beschlag genommen sind, während die Möglichkeit besteht, dass noch weiteres, von keiner Zwangsmassnahme betroffenes, schuldnerisches Vermögen zur Befriedigung der Forderung verfügbar ist (BGE 31 I 371 E. 1). Weil - wie ausgeführt - der Verlustschein bestätigt, dass das gesamte in der Schweiz gelegene und damit der schweizerischen Vollstreckung unterliegende Vermögen des Schuldners herangezogen und zur Befriedigung der betreibenden Gläubiger nicht ausgereicht hat, kann eine Betreuung am Arrestort im Falle eines Verlustes nicht zu der in Art. 149 Abs. 3 SchKG vorgesehenen Erleichterung führen. Hätte das Betreibungsamt im vorliegenden Fall statt einer Verlustbescheinigung einen Verlustschein ausgestellt, hätte ein solcher aufgehoben werden müssen (BGE 73 III 23 E. 3 S. 27). Die Beschwerdeführerin hat es sich selbst zuzuschreiben, dass sie die Betreuung nicht am ordentlichen Betreuungsort des Schuldners eingeleitet und sich dadurch des Privilegs des Art. 149 Abs. 3 SchKG begeben hat. Und sie hat

damit eine Benachteiligung gegenüber denjenigen Gläubigern hinzunehmen, welche die Betreuung am ordentlichen Betreuungsort des Schuldners eingeleitet haben. Dass schliesslich in BGE 102 III 25 entschieden wurde, nur der Gläubiger, der im Besitze eines definitiven Verlustscheines sei, habe keinen neuen Zahlungsbefehl zu erwirken, ist für den vorliegenden Fall in der Tat nicht von Belang, ändert aber nichts daran, dass sich schon das Bezirksgericht - auf welches die Vorinstanz verweist - zu Recht auf BGE 90 III 79 ff. berufen hat.

1.5 Nach dem Ausgeführten hat die Vorinstanz kein Bundesrecht verletzt, indem sie dem Begehren der Beschwerdeführerin um Fortsetzung der Betreuung gestützt auf die Verlustbescheinigung vom 27. Juni 2006 nicht entsprochen hat.

2.

Das Beschwerdeverfahren ist grundsätzlich kostenlos, und Parteientschädigungen dürfen nicht zugesprochen werden (Art. 20a Abs. 1 SchKG und Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

Demnach erkennt die Kammer:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin, dem Betreibungsamt Zürich 2 und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, als oberer kantonaler Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 01. Dezember 2006

Im Namen der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Der Gerichtsschreiber: