

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

5A 17/2018

Urteil vom 4. Juli 2018

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Escher, präsidierendes Mitglied,
Bundesrichter Herrmann, Bovey,
Gerichtsschreiber Levante.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
Beschwerdeführerin,

gegen

1. C._____, A.G.,
2. B._____, AG,
Beschwerdegegnerinnen,
beide vertreten durch
Rechtsanwalt Dr. Hansjürg Lenhard,

Bank D._____,
Mitbeteiligte,

Betreibungsamt Uster.

Gegenstand
Pfändungsankündigung,

Beschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, als obere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 13. Oktober 2017 (PS170171-O/U).

Sachverhalt:

A.

A.a. Auf Begehren der C._____ A.G. und der B._____ AG führt das Betreibungsamt Uster gegen A._____ die Betreibungen Nr. uuu bzw. Nr. vvv. Mit Schreiben vom 6. Juni 2017 stellte das Betreibungsamt A._____ die Pfändungsankündigungen in beiden Betreibungen zu.

A.b. Dagegen wehrte sich A._____ beim Bezirksgericht Uster als unterer kantonaler Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs. Sie machte im Wesentlichen geltend, die beiden Pfändungsankündigungen seien gesetzeswidrig. Die Beschwerde wurde am 28. Juni 2017 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war.

A.c. Das Obergericht des Kantons Zürich als obere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs trat auf die von A._____ gegen den erstinstanzlichen Beschluss erhobene Beschwerde am 13. Oktober 2017 nicht ein.

B.

Mit Eingabe vom 4. Januar 2018 ist A._____ an das Bundesgericht gelangt. Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung des obergerichtlichen Beschlusses und der Pfändungsankündigungen in den Betreibungen Nr. uuu bzw. Nr. vvv; eventualiter seien ihr die Zahlungsbefehle in den beiden Verfahren zuzustellen. Ferner verlangt sie die Feststellung, dass die

Arreste der C. _____ A.G. und der B. _____ AG (Beschwerdegegnerinnen) nicht bestehen. Die Beschwerdeführerin stellt ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege. Es sind die kantonalen Akten, indes keine Vernehmlassungen eingeholt worden.

Erwägungen:

1.

1.1. Angefochten ist der Entscheid einer oberen kantonalen Aufsichtsbehörde über die Pfändungsankündigung, mithin eine Schuldbetreibungs- und Konkursache. Dagegen ist die Beschwerde in Zivilsachen unabhängig eines Streitwertes gegeben (Art. 19 SchKG i.V.m. Art. 72 Abs. 2 lit. a und Art. 75 Abs. 1 BGG). Auf die fristgerecht erhobene Beschwerde ist aus dieser Sicht einzutreten (Art. 100 Abs. 2 lit. a BGG).

1.2. Mit der vorliegenden Beschwerde kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). In der Beschwerde ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG; BGE 140 III 86 E. 2). Die Verletzung verfassungsmässiger Rechte ist ebenfalls zu begründen, wobei hier das Rügeprinzip gilt (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 143 II 283 E. 1.2.2). Beruht der angefochtene Entscheid auf mehreren Begründungen, so ist eine Auseinandersetzung mit jeder von ihnen erforderlich, andernfalls auf die Beschwerde nicht eingetreten wird (BGE 133 IV 119 E. 6.3).

1.3. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 BGG). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur soweit vorgebracht werden, als der erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG).

2.

Anlass der Beschwerde bildet die Pfändungsankündigung im Rahmen der Arrestprosequierung.

2.1. Der Gläubiger kann das Fortsetzungsbegehren erst stellen, sobald der Zahlungsbefehl rechtskräftig ist. Das heisst insbesondere, dass der Schuldner keinen Rechtsvorschlag erhoben hat oder ein solcher vom Richter definitiv beseitigt worden ist (vgl. Art. 88 Abs. 1 und 2 SchKG; vgl. AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 22 Rz. 1 ff., 8 ff.). Liegt ein gültiges Fortsetzungsbegehren vor, so kündigt das Betreibungsamt die Pfändung an, sofern in diesem Zeitpunkt die Betreibungsart der Pfändung (Art. 42 Abs. 1 SchKG) zur Anwendung gelangt. Das Betreibungsamt prüft die Voraussetzungen zum Erlass der Pfändungsankündigung (Art. 90 SchKG) von Amtes wegen (FOEX, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, N. 3, 4 zu Art. 89; LEBRECHT, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 3, 4 zu Art. 89). Die Pfändungsankündigung stellt daher eine Verfügung gemäss Art. 17 SchKG dar, die mit Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde angefochten werden kann (Urteil 7B.97/2003 vom 6. Mai 2003, Pra 2004 Nr. 11 S. 56, E. 2.2, mit Hinweis auf LEBRECHT, a.a.O., N. 9 zu Art. 90; Urteil 5A 188/2010 vom 30. April 2010 E. 1; JAEGER/WALDER/KULL, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 89-158, 5. Aufl. 2006, N. 12 zu Art. 90).

2.2. Die Beschwerdeführerin erachtet die Voraussetzungen einer Pfändungsankündigung aus verschiedenen Gründen nach wie vor als nicht erfüllt.

2.2.1. In der Beschwerdeschrift wird vorgebracht, die Betreibungen Nr. uuu und Nr. vvv seien simuliert und daher nichtig. Es würden damit Arreste prosequiert, welche gar nicht mehr bestünden. Anlässlich der Versteigerung vom 5. März 2014 seien ihre offenen Verpflichtungen dem Ersteigerer überbunden worden. Die Aufsichtsbehörde müsse daher prüfen, ob die Arreste nunmehr gelöscht worden seien. Mit diesen Ausführungen nimmt sie Bezug auf eine vom Betreibungsamt Kreuzlingen durchgeführte Zwangsverwertung ihrer Liegenschaften daselbst. Der Versteigerungserlös wurde dannzumal von den heutigen Beschwerdegegnerinnen mit Arrest belegt und in der Folge vom Betreibungsamt gepfändet. Das Bundesgericht hat sich damit kürzlich befasst (Urteil 5A 943/2017 vom 4. Mai 2018 betreffend Pfändung und Verwertung; Urteil 5A 660/2017 vom 17. Oktober 2017 betreffend Rechtsöffnung). Ein Zusammenhang mit den vorliegenden von den kantonalen Aufsichtsbehörden zu beurteilenden Pfändungsankündigungen wird nicht in erkennbarer Weise geltend gemacht. Auf den Antrag der Beschwerdeführerin, es sei festzustellen, dass die Arreste der Beschwerdegegnerinnen nicht mehr bestehen, ist daher nicht einzutreten.

2.2.2. Zudem erhebt die Beschwerdeführerin den Vorwurf, die Beschwerdegegnerinnen hätten beim Betreibungsamt Uster für die selben Forderungen ein Betreibungsbegehren gestellt, wie sie dies bereits beim Betreibungsamt Kreuzlingen getan hätten. Dies sei nicht möglich und stelle eine Verletzung von Art. 64 ZPO dar. Die von ihr genannte Bestimmung regelt einzig die zivilprozessuale Rechtshängigkeit, welche vom Richter als Prozessvoraussetzung zu prüfen ist (Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO). Hingegen richtet sich die Möglichkeit der mehrmaligen Betreibung für die gleiche Forderung nach dem Zwangsvollstreckungsrecht. Sie ist grundsätzlich zulässig, falls im ersten Verfahren nicht bereits das Fortsetzungsbegehren gestellt worden ist oder gestellt werden kann. Da es bei der Identität von Forderungen um eine materielle rechtliche Frage geht, obliegt es dem Schuldner, sich durch Erhebung des Rechtsvorschlags zu wehren. Das Betreibungsamt darf nur bei feststehender und unbestrittener Identität der Forderungen die Ausstellung eines weiteren Zahlungsbefehls verweigern. Im Zweifel hat es auch einem zweiten Betreibungsbegehren Folge zu geben (WÜTHRICH/ SCHOCH, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 14 zu Art. 69, mit Hinweis auf BGE 100 III 41). Im konkreten Fall hält die Vorinstanz zwar fest, dass die Gläubigerinnen und die Höhe der Forderungen in den Betreibungen des Betreibungsamtes Kreuzlingen (Nr. www und Nr. xxx) mit denen des Betreibungsamtes Uster (Nr. uuu und Nr. vvv) übereinstimmen. Ob es sich tatsächlich um die selben Forderungen handelt, ist mangels entsprechender Sachverhaltsfeststellung nicht offensichtlich und im vorliegenden Verfahren daher nicht zu prüfen. Ebenso wenig ist zu erörtern, ob verschiedenorts gelegene Vermögensgegenstände den Beschwerdegegnerinnen Anlass zu mehreren Arrestverfahren zur Deckung ihrer Forderungen gegeben haben. Insoweit erwächst der Vorinstanz im Ergebnis kein Vorwurf, wenn sie auf die entsprechenden blossen Vorbringen der Beschwerdeführerin, die Betreibungen seien simuliert und rechtsmissbräuchlich, nicht eingegangen ist.

3.

Im Zentrum der Beschwerde steht die Zustellung der Zahlungsbefehle durch öffentliche Bekanntmachung (im Amtsblatt des Kantons Zürich, Nr. 13 vom Freitag, 31. März 2017).

3.1. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, das Betreibungsamt habe ihr die Zahlungsbefehle Nr. uuu und Nr. vvv (Prosequierung der Arreste Nr. yyy vom 14. Oktober 2016 bzw. Nr. zzz vom 18. Oktober 2016) nicht gültig zugestellt. Die öffentliche Bekanntmachung sei gesetzeswidrig. Sie habe ihre Rechte in diesen Betreibungen nicht wahren können. Damit fehle es an einer wesentlichen Voraussetzung für die Pfändungsankündigungen.

3.2. Zwar erweisen sich die erst im Beschwerdeverfahren erhobenen Einwände der Beschwerdeführerin gegen die öffentliche Bekanntmachung nach Ansicht der Vorinstanz als neu und hätten von ihr bereits vorgängig erhoben werden können. Dabei weist sie auf die von der unteren Aufsichtsbehörde festgestellte Verwechslung der durch das Betreibungsamt Kreuzlingen geführten Betreibungen mit denjenigen des Betreibungsamtes Uster hin; der von der Beschwerdeführerin in den erstgenannten Verfahren erhobene Rechtsvorschlag gelte nicht für die vorliegend strittigen Pfändungsankündigungen. Ungeachtet dieser Nachlässigkeit hat die obere Aufsichtsbehörde zur Zustellung der Zahlungsbefehle durch das Betreibungsamt Uster im Einzelnen Stellung genommen.

3.2.1. Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, sind Betreibungsurkunden und damit ein Zahlungsbefehl aufgrund seiner Bedeutung in qualifizierter Weise zuzustellen. Wohnt der Schuldner im Ausland, erfolgt die Zustellung durch die Vermittlung der dortigen Behörden oder, soweit völkerrechtliche Verträge dies vorsehen oder wenn der Empfängerstaat zustimmt, durch die Post (Art. 66 Abs. 3 SchKG). Die Zustellung wird durch öffentliche Bekanntmachung ersetzt, wenn der Schuldner im Ausland wohnt und die qualifizierte Zustellung nicht innert angemessener Frist möglich ist (Art. 66 Abs. 4 Ziff. 3 SchKG). Dieser Zustellungsform kommt Ausnahmecharakter zu. Daher genügt es beispielsweise nicht, dass die Zustellung eines Zahlungsbefehls mehrere Monate erfordern kann, ansonsten für gewisse Länder die öffentliche Bekanntmachung zur Regel würde (BGE 129 III 556 E. 4).

3.2.2. Im konkreten Fall wohnt die Schuldnerin in Schweden (und ist Schweizer Bürgerin), womit das Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen vom 15. November 1965 (HZÜ65; SR 0.274.131) zur Anwendung kommt. Darunter fallen praxismässig auch die Betreibungsurkunden, sofern sie sich auf zivilrechtliche Forderungen beziehen (ANGST, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 14 zu Art. 66; JEANNERET/LEMBO, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, N. 11 zu Art. 66). Die Vorinstanz hat (in E. 5.2 und 5.3 des angefochtenen Entscheides) einlässlich dargelegt, weshalb die Schweiz den subsidiären

Zustellungsweg nach Art. 8 HZÜ 65 beanspruchen darf und sich in ihrem Fall der Zustellungsweg über die Schweizerische Botschaft in Stockholm an die Beschwerdeführerin (als Schweizer Staatsangehörige ohne weiteres) als zulässig erweist. Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, dass ihr aufgrund von Art. 66 Abs. 3 SchKG die Zahlungsbefehle durch die schwedischen Behörden zugestellt werden müssten. Mit dieser Sichtweise verkennt sie, dass die genannte Bestimmung einzig zum Ausdruck bringt, dass sich der zwischenstaatliche Übermittlungsweg nach den Regeln der internationalen Rechtshilfe - im konkreten Fall des HZÜ 65 - richtet (JEANNERET/ LEMBO, a.a.O., N. 11 zu Art. 66). Dass das Betreibungsamt ihr in anderen Verfahren die Zustellung von Zahlungsbefehlen schon per E-Mail angekündigt haben soll und dieses Kommunikationsmittel heute weit verbreitet sei, ändert an den Formvorschriften für die Zustellung von Betreibungsurkunden nichts. Sollte diese Behauptung überhaupt zutreffen, kann daraus kein entsprechender Anspruch abgeleitet werden.

3.2.3. Die Beschwerdeführerin rügt überdies, nicht gewusst zu haben, dass ihr die Botschaft Betreibungsurkunden aushändigen wollte. Auf der Abholungseinladung und dem Umschlag der Sendung seien keine entsprechenden Hinweise angebracht worden. Mit diesem Vorbringen wiederholt sie lediglich eine bereits im kantonalen Verfahren aufgestellte Behauptung, dass die Formvorschriften des HZÜ 65 verletzt worden seien. Dass dem nicht so ist, hat die Vorinstanz (in E. 5.3 des angefochtenen Entscheids) bereits in genügender Weise ausgeführt, worauf an dieser Stelle verwiesen werden kann.

3.2.4. Vor Bundesgericht macht die Beschwerdeführerin schliesslich erneut die Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Die Vorinstanz beziehe sich auf ein Aktenstück, das ihr nicht zugänglich gewesen sei. Soweit die Beschwerdeführerin meint, es handle sich hier um ein Dokument, das ihr hätte zugestellt werden müssen, ist ihr nicht zu folgen. Beim Aktenstück "act. 7" handelt es sich um ein Terminprotokoll des Obergerichts Zürich, Internationale Rechtshilfe, welches an das Bezirksgericht und an das Betreibungsamt weitergeleitet wurde. Es ist ein Bestandteil der kantonalen Akten und hält den Ablauf des Rechtshilfeverfahrens und insbesondere die erfolglosen Versuche zur Zustellung der beiden Zahlungsbefehle im Einzelnen fest. Das Dokument ist am 1. März 2017 erstellt worden, mithin nach Abschluss des Rechtshilfeverfahrens und vor der öffentlichen Bekanntmachung der beiden Zahlungsbefehle. Dass ihr das Recht auf Akteneinsicht zusteht, hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin dargelegt. Soweit sie meint, das Terminprotokoll hätte ihr unaufgefordert zugestellt werden müssen, verkennt sie, dass es sich hierbei nicht um eine anfechtbare Verfügung, sondern um die geordnete Dokumentierung eines amtlichen Vorgangs handelt, wie sie von der Behörde oder Gericht im laufenden Verfahren erfolgt (vgl. STEINMANN, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 55 zu Art. 29).

3.2.5. Die Vorinstanz durfte zum Schluss kommen, dass die Zustellungsversuche der beiden Zahlungsbefehle seitens des Betreibungsamtes auf korrektem Weg erfolgt sind. Ebenso kann ihr beigespflichtet werden, wenn sie die Folgen der Annahmeverweigerung nach nationalem Recht beurteilt hat, da das HZÜ 65 hierzu keine Regelung vorsieht (vgl. SCHWANDER, Zustellung von Betreibungsurkunden ins Ausland, AJP 1997 S. 222; KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, 2013, Rz. 258; GAUTHEY/MARKUS, L'entraide judiciaire internationale en matière civile, 2014, Rz. 256, 455). Gemäss Art. 66 Abs. 4 Ziff. 2 SchKG ist die Zustellung durch die öffentliche Bekanntmachung zu ersetzen, sofern sich der Schuldner beharrlich der Zustellung entzieht. Dieses Vorgehen kommt nur in Frage, sofern ein Betreibungsort in der Schweiz besteht und alle anderen Versuche einer Zustellung gescheitert sind (vgl. BGE 129 III 556 E. 4; Urteil 5A 343/2016 vom 20. Oktober 2016 E. 4.2; ANGST, a.a.O., N. 20 zu Art. 66; JEANNERET/LEMBO, a.a.O., N. 21 zu Art. 66). Wohnt der Schuldner im Ausland, so besteht auch keine andere Möglichkeit der Ersatzvornahme beispielsweise durch Übergabe des Zahlungsbefehls an einen Gemeinde- oder Polizeibeamten (Art. 66

Abs. 2 SchKG). Im konkreten Fall steht fest, dass die Beschwerdeführerin die Annahme der korrekt avisierten Zahlungsbefehle verweigert hat. Da das Rechtshilfeersuchen erfolglos war, blieb dem Betreibungsamt keine andere Möglichkeit, als die öffentliche Bekanntmachung der Zahlungsbefehle zu veranlassen. Die Beschwerdeführerin hat in beiden Betreibungen keinen Rechtsvorschlag erhoben, womit die nunmehr angefochtenen Pfändungsankündigungen des Betreibungsamtes Uster in den Betreibungen Nr. uuu und Nr. vvv nicht zu beanstanden sind.

4.

Nach dem Gesagten ist der Beschwerde, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann, kein Erfolg beschieden. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist infolge Aussichtslosigkeit der Anträge abzuweisen (Art. 64 Abs. 1 BGG). Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten der

Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
3.
Die Gerichtskosten von Fr. 1'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4.
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, als oberer kantonaler Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 4. Juli 2018

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Das präsidierende Mitglied: Escher

Der Gerichtsschreiber: Levante