

ABS-08 189, publiziert November 2008

Entscheid der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen des Kantons Bern,
unter Mitwirkung von Oberrichter Messer (Präsident), Oberrichter Bühner und Oberrichter
Rieder sowie Kammerschreiber Rüetschi

vom 29. August 2008

in der Sache

A.

vertreten durch Fürsprecher N.

Beschwerdeführer

gegen

Betreibungs- und Konkursamt B., Dienststelle E.

Regeste:

Art. 17 SchKG; Beschwerde gegen den Arrestvollzug.

Solange und soweit die Arresteinsprache beim Arrestrichter (noch) erhoben werden kann, ist die Beschwerde an die Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen nicht zulässig. Nur ein Mangel im Vollzug selbst – der keine Grundlage im Arrestbefehl hat – kann mit Beschwerde gerügt werden.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Keine.

Auszug aus den Erwägungen:

1. Mit Entscheid vom 5. Juni 2008 erliess der Gerichtspräsident X des Gerichtskreises B. einen Arrestbefehl über das Pensionskassenguthaben des Schuldners und Beschwerdeführers A. bei der Pensionskasse der Firma Z. AG (VB 1). Das Betreibungs- und Konkursamt B., Dienststelle E., zeigte der Z. AG die Arrestierung der Forderung mit Anzeige vom 6. Juni 2008 an und erliess gleichentags die Arresturkunde (VB 3). Mit Eingabe vom 19. Juni 2008 erhob der Beschwerdeführer, vertreten durch Fürsprecher N., Beschwerde gegen diese Arresturkunde, mit dem Antrag, der Arrest sei aufzuheben. Vorab lässt er festhalten, die Beschwerdefrist sei gewahrt, denn er habe durch den Brief seiner Pensionskasse vom 10. Juni 2008, der ihm am 11. Juni 2008 zugegangen sei, erstmals vom Arrest erfahren. Der Rechtsvertreter habe am 16. Juni 2008 auf dem Betreibungsamt eine Kopie des Arrestbefehls entgegen genommen. Er rügt unter anderem, es bestehe kein Arrestgrund. Er selbst habe sich ordnungsgemäss in die Türkei abgemeldet, demgegenüber sei vorgesehen gewesen, dass seine Ehefrau und die beiden volljährigen

Kinder weiterhin in der Schweiz verbleiben. Er habe bloss von der (in der Türkei) möglichen vorzeitigen Pensionierung Gebrauch machen wollen. Per Ende Mai 2008 habe er die Stelle bei seiner bisherigen Arbeitgeberin in der Schweiz, der Firma Z. AG, gekündigt und sich per 21. Juni 2008 in die Türkei abgemeldet. Um in der Türkei eine Rente zu erhalten, müsse man sich indes mit \$ 3.50 pro geleisteten Arbeitstag im Ausland in die türkische Vorsorgeeinrichtung einkaufen. Da er erst 50 Jahre alt sei und mit einer Lebenserwartung von 70 Jahren rechnen könne, hätte er das restliche Geld zur Bestreitung seines Lebensunterhalts benötigt. Er sei deshalb der Auffassung, das Altersguthaben wäre „höchstens beschränkt pfändbar“. Da er nun befürchten müsse, sein ganzes Altersguthaben zu verlieren, habe er sich inzwischen entschlossen, seine definitive Abmeldung rückgängig zu machen. Er werde seine Erwerbstätigkeit bei seinem alten Arbeitgeber in der Schweiz wieder aufnehmen, weshalb die Barauszahlung der Austrittsleistung nicht mehr möglich sei. Im Weiteren rügt er, die örtliche Zuständigkeit für den Erlass des Arrestbefehls sei nicht gegeben, da das Vorsorgeguthaben bei der Z. AG in Basel belegen sei.

2. Gleichzeitig mit der Beschwerde hat der Beschwerdeführer Arresteinsprache beim Gerichtspräsidenten des Gerichtskreises B. eingereicht. Der Gerichtspräsident X des Gerichtskreises B. hat das Einspracheverfahren mit Verfügung vom 2. Juli 2008 eingestellt bis zum vorliegenden Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen.
3. Die Dienststelle schloss mit Vernehmlassung vom 9. Juli 2008 auf Abweisung der Beschwerde. Sie habe der Pensionskassenverwaltung der Z. AG die Arrestierung mit Anzeige vom 6. Juni 2008 angezeigt und diese gleichentags an die Beteiligten versandt. Mit E-Mail vom 9. Juni 2008 habe die Pensionskassenverwaltung der Dienststelle mitgeteilt, die Austrittsleistung sei mit Valutadatum 6. Juni 2008 auf das Postcheckkonto des Beschwerdeführers ausbezahlt worden. Dem widersprechend sei indes gemäss telefonischer Angabe des zuständigen Sachbearbeiters der Z. AG die Austrittsleistung doch nicht überwiesen worden. Nach bei der Einwohnergemeinde N. eingeholter Auskunft habe sich der Beschwerdeführer wieder definitiv in N. angemeldet.

In Ergänzung der Vernehmlassung der Dienststelle bestätigt das Betreibungs- und Konkursamt B. den Abweisungsantrag der Dienststelle mit Schreiben vom 10. Juli 2008 und führt aus, der Beschwerdeführer habe mit Arresturkunde vom 6. Juni 2008, die er am 9. Juni 2008 abgeholt habe, vom Arrest Kenntnis erhalten. Ferner wird die Vernehmlassung der Dienststelle mit rechtlichen Ausführungen zur Sache ergänzt.

Die Vernehmlassungen gingen mit Verfügung vom 21. Juli 2008 an den Beschwerdeführer. Dieser liess sich dazu nicht vernehmen.

4. Die zehntägige Beschwerdefrist ist eingehalten. Nichtigkeit kann im Übrigen jederzeit geltend gemacht werden (Art. 22 SchKG; FLAVIO COMETTA, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel 1998, N 15 zu Art. 22 SchKG, m.H.).
5. Die Zuständigkeit der kantonalen Aufsichtsbehörde beurteilt sich nach Art. 17 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 EGSchKG. Anfechtungsobjekt ist vorliegend die Arrestur-

kunde der Dienststelle vom 6. Juni 2008, die Beschwerde richtet sich indes gegen Punkte, die bereits den Arrestbefehl des Gerichtspräsidenten X des Gerichtskreises B. betreffen (fehlender Arrestgrund, Unpfändbarkeit des Vorsorgeguthabens, örtliche Unzuständigkeit des Arrestrichters). Vorab stellt sich also die Frage der sachlichen Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde. Grundsätzlich öffnet die Befassung des Betreibungsamtes mit der Arrestierung gemäss Art. 17 ff. SchKG den Rechtsweg der Beschwerde gegen die Handlungen und Unterlassungen des Amtes bzw. jener Beamten und Angestellten, die der Arrestrichter mit dem Vollzug betraute, wobei die Beschwerde auf die Überprüfung des gesetzmässigen Vollzuges des Arrestbefehles beschränkt ist (BGE 129 III 203, S. 207 E. 2.3; WALTER A. STOFFEL, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III, Basel 1998, N 21 ff. zu Art. 274 SchKG). Dies ergibt sich im Übrigen auch aus der gesetzlichen Abgrenzung der Zuständigkeiten der Arrestbehörde einerseits und der Vollzugsorgane andererseits, wonach es Letzteren nicht zusteht, die Grundlagen eines Arrestbefehls nachzuprüfen (BGer vom 5. März 2003, 7B.4/2003 und 7B.6/2003 E. 4.2). Es ist nicht Sinn der gegen den Vollzug gerichteten Beschwerde, den Arrestbefehl, der durch Einsprache (Art. 278 SchKG) bereits einer Kontrolle mit doppeltem Instanzenzug unterliegt, erneut zu überprüfen (STOFFEL, a.a.O., N 28 zu Art. 274 SchKG, m.H.a. ROBERT-PIERRE GILLIÉRON, BISchK 1995, S. 140).

Zwar haben die Vollzugsbehörden (auch seit Einführung der Arresteinsprache mit der SchKG-Revision von 1994/97) den Arrestvollzug abzulehnen, wenn dadurch gegen gesetzliche Vorschriften verstossen würde, was etwa dann zutrifft, wenn Vermögenswerte mit Beschlagnahme belegt werden sollten, die nicht im Amtskreis des mit dem Vollzug beauftragten Betreibungsamtes liegen oder offensichtlich nicht dem Arrestschuldner gehören (vgl. BGer vom 5. März 2003, 7B.4/2003 und 7B.6/2003 E. 4.2; BGE 116 III 107, S. 109 E. 5a mit Hinweisen; 107 III 33, S. 38 E. 4). In diesem Sinne steht dem Betreibungsamt also auch die Überprüfung der Formrichtigkeit zu (ROBERT GILLIÉRON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, Basel 2005, N 2788), wobei es namentlich einen nichtigen Arrestbefehl nicht vollziehen darf (vgl. BGE 129 III 203, S. 207 E. 2.3; Entscheid Aufsichtsbehörde Basel-Stadt vom 15. Mai 2003, publ. in: BJM 2005, S. 42 ff., S. 43), also etwa den durch den unzuständigen Richter erlassenen Arrestbefehl (STOFFEL/CHABLOZ, in: Dallèves/Foëx/Jeandin [Hrsg.], Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Basel 2005, N 11 zu Art. 275). Nach dem Ausgeführten kann mit Beschwerde an die Aufsichtsbehörde grundsätzlich gerügt werden, der Arrestbefehl sei von einer unzuständigen Behörde erlassen worden bzw. es seien unpfändbare Vermögenswerte verarrestiert worden (vgl. BGE 129 III 203, S. 207 E. 2.3; STOFFEL, a.a.O., N 26 zu Art. 274 SchKG; dies auch nach der SchKG-Revision von 1994/97; vgl. BGer vom 25. Juni 2008, 5A.92/2008 E. 4).

Demgegenüber ist die Beschwerde immer ausgeschlossen, wenn (noch) eine „gerichtliche Klage“ zur Verfügung steht (vgl. BGE 129 III 203, S. 208 E. 2.4). Als solche gilt auch die Arresteinsprache. Solange und soweit diese erhoben werden kann, ist die Beschwerde nicht zulässig (Entscheid Aufsichtsbehörde Basel-Stadt vom 15. Mai 2003, publ. in: BJM 2005, S. 42 ff., S. 43; HANS REISER, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III, Basel 1998, N 37 zu Art. 275 SchKG). Es gilt im Übrigen zu vermeiden, dass in getrennten Verfahren widersprechende Entscheide ergehen (vgl. BGE 129 III 203, S. 208 E. 2.4).

Vollzieht das Betreibungsamt einen mangelhaften Arrestbefehl, ist der Mangel folglich im Einspracheverfahren geltend zu machen, wenn er dort (noch) behoben werden kann. Dies gilt insbesondere auch, wenn Nichtigkeit geltend gemacht wird, die vorab mit der Einsprache gerügt werden kann (Entscheid Aufsichtsbehörde Basel-Stadt vom 15. Mai 2003, publ. in: BJM 2005, S. 42 ff., S. 43; YVONNE ARTHO VON GUNTEN, Die Arresteinsprache, Diss. Zürich 2001, S. 157; sinngemäss DOMINIK GASSER, Das Abwehredispositiv der Arrestbetroffenen nach revidiertem SchKG, in: ZBJV 130, S. 617) bzw. vom Arresteinspracherichter von Amtes wegen festzustellen ist. In diesem Sinne könnte nur ein Mangel im Vollzug selbst – der keine Grundlage im Arrestbefehl hat – mit Beschwerde gerügt werden (vgl. BGer vom 12. Juni 2008, 5A.240/2008 E. 2; Entscheid Aufsichtsbehörde Basel-Stadt vom 15. Mai 2003, publ. in: BJM 2005, S. 42 ff., S. 43; ARTHO VON GUNTEN, a.a.O., S. 158). Ferner dürfte die Beschwerde in Fällen zur Verfügung stehen, in denen Einsprache nicht mehr möglich ist, da die Nichtigkeit jederzeit von Amtes wegen festzustellen ist (ARTHO VON GUNTEN, a.a.O., S. 158). Diese Frage kann jedoch offen gelassen werden, da vorliegend Einsprache erhoben worden ist.

Namentlich die Rüge, wonach der Arrestrichter örtlich unzuständig (gewesen) sei, weil er einen Arrest über ausserhalb seines Amtskreises belegene Vermögenswerte verfügt habe – die im Übrigen nach altem Recht nur mittels Beschwerde geltend gemacht werden konnte –, kann mittels Einsprache vorgebracht werden (vgl. REISER, a.a.O., N 8 zu Art. 278 SchKG). Ebenso sind die Rügen der Unpfändbarkeit des Arrestgutes (die vom Arrestrichter summarisch zu prüfen ist; ARTHO VON GUNTEN, a.a.O., S. 130) und des fehlenden Arrestgrundes vom Richter im Einspracheverfahren zu beurteilen. Somit muss die Beschwerde als Rechtsmittel vor der Einsprache weichen (Entscheid AB SchKG BS vom 15. Mai 2003, publ. in: BJM 2005, S. 42 ff., S. 44; so auch HANS REISER, „Rechtsprechung zum Arrest im Jahre 2005: Eine Übersicht“, in: BISchK 2006 S. 173 ff., S. 176 f., derselbe anders noch a.a.O., N 14 zu Art. 278 SchKG [vgl. Einstellungsverfügung des Gerichtspräsidenten X des Gerichtskreises B. vom 2. Juli 2008]). Auf die Beschwerde kann – mit Ausnahme der Frage der beschränkten Pfändbarkeit bzw. Arrestierbarkeit (vgl. Erwägung Ziff. 8) – mangels sachlicher Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde und mangels Rechtsschutzinteresses des Beschwerdeführers nicht eingetreten werden.

Für dieses Ergebnis spricht auch, dass im Einspracheverfahren sämtliche Arrestvoraussetzungen bestritten werden dürfen (vgl. HUNGERBÜHLER, Rechtsmittel und Rechtsbehelfe beim Arrest, in: ZZZ 2005, S. 207; ARTHO VON GUNTEN, a.a.O., S. 128), dem Arrestrichter folglich umfassende Kognition zukommt. Dagegen ist der Anwendungsbereich der Beschwerde – und folglich die Kognition der Aufsichtsbehörde – auf die Kompetenzen des Betreibungsamtes beim Vollzug beschränkt (vgl. HUNGERBÜHLER, a.a.O., S. 211). Es wäre unsinnig – und auch unter Gesichtspunkten der Prozessökonomie nicht sachgerecht –, würde man die Aufsichtsbehörde die Arrestbewilligung vorfrageweise beschränkt auf Nichtigkeit prüfen und im Anschluss daran den zuständigen Arrestrichter gegebenenfalls seinen Entscheid umfassend (aber wohl unter Ausklammerung der durch die Aufsichtsbehörde bereits „entschiedenen“ Fragen) nachprüfen lassen.

6. Der gerichtliche Entscheid über das Arrestgesuch erwächst nicht in materielle Rechtskraft. Der Richter kann ihn auf Begehren beider Parteien oder auch von Amtes wegen abändern, namentlich aufheben (vgl. STOFFEL, a.a.O., N 54 zu Art. 272 SchKG). Der Beschwerdeführer lässt vorbringen, da er befürchten müsse, sein ganzes Altersgutha-

ben zu verlieren, habe er sich entschlossen, seinen „Lebensplan völlig umzustellen“. Er habe seine definitive Abmeldung rückgängig gemacht und werde nun in der Schweiz bleiben. Der Meinungswandel des Beschwerdeführers trat erst nach dem Arrestbefehl ein (Datum Arrestbefehl: 5. Juni 2008, Wiederanmeldung: Wohnsitzbescheinigung vom 16. Juni 2008, „Definitive Abmeldung in die Türkei per 21.6.2008 rückgängig gemacht“). Folglich dürfte die Aufsichtsbehörde – selbst wenn sie zur Beurteilung der vorgebrachten Rügen sachlich zuständig wäre – den richterlichen Entscheid aufgrund der behaupteten (nachträglichen) Veränderung der Verhältnisse nicht materiell abändern. Dafür ist der Gerichtspräsident zuständig und entsprechende begründete Begehren sind an ihn zu richten. Auch in diesem Punkt kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

7. Im Übrigen wäre die Beschwerde gestützt auf eine vorfrageweise Prüfung des Arrestbefehls des Gerichtspräsidenten X des Gerichtskreises B. vom 6. Juni 2008 in Zusammenhang mit dem Arrestvollzug ohnehin auch abzuweisen gewesen.

Der Arrest wird vom Richter des Ortes bewilligt, wo sich die Vermögensgegenstände befinden (Art. 272 Abs. 2 SchKG). Bei Forderungen stellt sich die Frage, ob diese als am Ort des Gläubigers (also des Arrestschuldners) oder am Ort des Drittschuldners belegen gelten. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt bei Arrestschuldern mit Wohnsitz in der Schweiz dieser als Belegenheitsort der Forderung (BGE 109 III 90, S. 92 E. 1, m.w.H.). Erst wenn der Arrestschuldner Wohnsitz im Ausland hat, wird deren Belegenheit aus Praktikabilitätsgründen am Sitz des Drittschuldners in der Schweiz angenommen (vgl. BGE 114 III 31; 112 III 115 m.w.H.; vgl. STOFFEL, a.a.O., N 40 zu Art. 272 SchKG; DANIEL STAEHELIN, Die internationale Zuständigkeit in SchKG-Sachen, in: AJP 1995, S. 259 ff., S. 264 f.). Der Beschwerdeführer hat vor und während dem Arrestverfahren zu keinem Zeitpunkt Wohnsitz im Ausland verzeichnet. Auch gestützt auf die eigenen Ausführungen des Beschwerdeführers ergibt sich kein anderer Schluss. Nach der (für den Arresteinspracherichter selbstverständlich nicht bindenden) Auffassung der Aufsichtsbehörde war der Gerichtspräsident X des Gerichtskreises B. demnach zur Beurteilung des Arrestgesuches örtlich zuständig.

Auch die Rüge der Unpfändbarkeit zielt ins Leere. Stellt ein Arbeitnehmer, der die Schweiz endgültig verlässt, ein ausdrückliches Begehren um Auszahlung seiner Freizügigkeitsleistung, wird sein Guthaben fällig und kann in der Folge gepfändet und mit Arrest belegt werden (BGE 121 III 31, S. 33 E. 2b und 2c). Nur solange das ausdrückliche Begehren auf Barauszahlung nicht gestellt ist, bleibt die Austrittsleistung zugunsten der anspruchsberechtigten Person, die die Schweiz endgültig verlassen hat, unpfändbar im Sinne von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 10 SchKG und kann nicht mit Arrest belegt werden (vgl. BGE 119 III 19 E. 2 = Pra 1991, 168; HANS ULRICH STAUFFER, Die berufliche Vorsorge, Zürich et al. 2006, S. 256). Das Auszahlungsbegehren unterliegt keinen gesetzlichen Formvorschriften, so dass sogar bereits eine telefonische Erklärung die Fälligkeit des Freizügigkeitsguthabens bewirkt (BGE 121 III 31, S. 34 E. 2c u. 3; JAEGER/WALDER/KULL, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich et al. 2006, vor N 1 zu Art. 92 SchKG). Das Auszahlungsbegehren wurde seitens des Beschwerdeführers gestellt. Zwar steht ein Bezug des Pensionskassenguthabens bei Abmeldung der Wiederanmeldung nicht entgegen (BGE 112 Ib 1, S. 2 E. 2 und 3). Die Wiederanmeldung erfolgte hier indes nach dem Erlass des Arrestbefehls.

Vor diesem Hintergrund erhellt, dass die Voraussetzungen zum Zeitpunkt des Erlasses des Arrestbefehls gegeben waren und der Richter diesen zu Recht erteilt hat.

8. Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass der Widerruf eines Auszahlungsbegehrens mit der Absicht, den Anspruch gegenüber einer Vorsorgeeinrichtung der Arrestlegung zu entziehen, als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren und demnach unbeachtlich wäre (BGer vom 21. April 2005, 7B.22/2005 E. 3.3, m.H.a. BGE 120 III 78 E. 1d; STAUFER, a.a.O., S. 256; GEORGES VONDER MÜHLL, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Basel 1998, N 41 zu Art. 92 SchKG; ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, N 203 zu Art. 92 SchKG).
9. Nur die Frage, inwieweit das im Arrestbefehl erwähnte Vorsorgeguthaben des Beschwerdeführers mit Arrest belegt respektive gepfändet werden kann, also ob dieses im Sinne von Art. 93 SchKG nur beschränkt pfändbar wäre, betrifft ausschliesslich den Arrestvollzug und ist von der Aufsichtsbehörde zu beurteilen (BGE 129 III 203 E. 2.3 S. 207; BGer vom 25. Juni 2008, 5A.92/2008 E. 4). Über diesen Punkt wird jedoch erst nach einem allfälligen Einspracheentscheid, der sich zur grundsätzlichen Frage der Pfändbarkeit bzw. Arrestierbarkeit des Vorsorgeguthabens äussert, befunden werden können.
10. (...)
- (...)

Hinweis: Der Entscheid ist rechtskräftig.

In Bezug auf die Frage der Beschränkung der Arrestierbarkeit des Vorsorgeguthabens hatte die Aufsichtsbehörde das Beschwerdeverfahren eingestellt bis zum Einspracheentscheid des zuständigen Arrestrichters. Nach dessen gutheissendem Einspracheentscheid schrieb die Aufsichtsbehörde das Beschwerdeverfahren betreffend diesen noch offenen Punkt als gegenstandslos ab.