

**Obergericht
des Kantons Bern**

Aufsichtsbehörde in Betrei-
bungs- und Konkursachen

**Cour suprême
du canton de Berne**

Autorité de surveillance
en matière de poursuite
et de faillite

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 04
Fax +41 31 635 48 14
aufsichtsbehoerdeschkg.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ABS 16 321

Bern, 13. Dezember 2016

Besetzung

Oberrichter Studiger (Präsident), Oberrichter Kiener und Oberrich-
terin Grütter
Gerichtsschreiberin Nyffeler

Verfahrensbeteiligte

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____, Spitalgasse 4, Post-
fach, 3001 Bern

Beschwerdeführer

gegen

Betreibungsamt Oberland, Dienststelle Oberland West, Schei-
benstrasse 11, 3600 Thun

Gegenstand

Beschwerde (SchKG 17)



Regeste: Nachpfändung (Art. 145 SchKG)

Nach Ausstellung eines Verlustscheins nach Art. 149 SchKG ist keine Nachpfändung gemäss Art. 145 SchKG mehr möglich (E. 17 ff.).

Erwägungen:

1. Am 5. November 2014 stellte das Betreibungsamt Oberland, Dienststelle Oberland West (nachfolgend: Betreibungsamt), C. _____ (nachfolgend: Schuldner) in der Betreibung Nr. _____ den Zahlungsbefehl für eine Forderung des Gläubigers, A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführer), in der Höhe von CHF 15'202.00 nebst Zins zu 5% seit dem 14. Oktober 2014 zu. Dagegen erhob der Schuldner am 11. November 2014 Rechtsvorschlag (Gesuchsbeilage [GB] 3).
2. Mit Entscheid vom 25. März 2015 erteilte das Regionalgericht Oberland dem Beschwerdeführer für den Betrag von CHF 12'200.00 die provisorische Rechtsöffnung nebst Zins zu 5% seit dem 15. Oktober 2014 (GB 4).
3. Infolge der vom Schuldner beim Regionalgericht Oberland eingereichten Aberkennungsklage beantragte der Beschwerdeführer beim Betreibungsamt am 13. April 2015 den Vollzug der provisorischen Pfändung gemäss Art. 83 Abs. 1 SchKG.
4. Am 19. Mai 2015 vollzog das Betreibungsamt für den Beschwerdeführer die Pfändung gegen den Schuldner in der Gruppe-Nr. _____. Gemäss Pfändungsprotokoll wurden 200 Stammanteile an der D. _____ (Unternehmung) zu einem Schätzwert von CHF 100.00 pro Anteil, ausmachend insgesamt CHF 20'000.00 gepfändet (Vernehmlassungsbeilage [VB] 1).

Anlässlich der Pfändung bestätigte der Schuldner ausdrücklich, dass er keine weiteren wertvollen und pfändbaren Vermögenswerte besitze, weder Grundeigentum besitze, noch solches an seine Ehefrau oder Dritte abgetreten oder verkauft habe (VB 1).
5. Gemäss Pfändungsurkunde des Betreibungsamts vom 3. August 2015, wurden beim Schuldner 200 Stammanteile der D. _____ (Unternehmung) à CHF 100.00 zu einem Schätzwert von CHF 90'000.00 gepfändet. Weiter wurde eine Forderung aus einem Sparkonto gegenüber der E. _____ (Bank) in der Höhe von CHF 892.00 gepfändet. Der Schätzwert der gepfändeten Vermögenswerte belief sich insgesamt auf CHF 90'892.00 (VB 2).
6. Nachdem das Regionalgericht Oberland auf die Aberkennungsklage des Schuldners mit Entscheid vom 16. Dezember 2015 nicht eingetreten war, beantragte der Beschwerdeführer am 8. Februar 2016 die Verwertung der gepfändeten Vermögenswerte in vollem Umfang von CHF 18'455.00 zuzüglich Zins von 5% auf CHF 12'200.00 seit 15. Oktober 2014.
7. Am 24. März 2016 vergütete das Betreibungsamt dem Beschwerdeführer einen Betrag von CHF 868.70.

8. Mit Schreiben vom 22. April 2016 wurde die D. _____ (Unternehmung) unter Hinweis auf Art. 825 sowie Art. 788 OR angefragt, ob ein Mitgesellschafter oder die Gesellschaft selbst bereit sei, die Stammanteile des Schuldners zum wirklichen Wert zu erwerben (VB 5).

Mangels Einreichung einer solchen Offerte teilte das Betreibungsamt dem Schuldner mit Schreiben vom 15. Juni 2016 mit, dass es die Stammanteile anlässlich der nächsten betreibungsrechtlichen Gant versteigern werde (VB 7).

9. Mit Steigerungsanzeige vom 23. Juni 2016 wurde der Beschwerdeführer über Datum, Zeit und Ort der Versteigerung informiert. Die Anordnung der Publikation der Steigerung erfolgte am 30. Juni 2016 (VB 7).
10. Anlässlich der öffentlichen Versteigerung vom 6. Juli 2016 wurden die 200 Stammanteile an der D. _____ (Unternehmung) für CHF 1.00 F. _____ (nachfolgend: Erbwerber) zugeschlagen (VB 8 f.).
11. Am 5. September 2016 hat das Betreibungsamt dem Beschwerdeführer einen Verlustschein nach 149 SchKG ausgestellt. Darauf wurde ein ungedeckt gebliebener Betrag in der Höhe von CHF 18'783.20 (inkl. Zinsen und Kosten) vermerkt (VB 12).
12. Mit Eingabe vom 16. September 2016 gelangte der Beschwerdeführer an die kantonale Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen und verlangte die vollumfängliche Aufhebung des Verlustscheins infolge Pfändung in der Betreuung Nr. _____ des Betreibungsamts vom 5. September 2016. Weiter beantragte er, das Betreibungsamt sei anzuweisen, in der besagten Betreuung eine Nachpfändung durchzuführen und die neu gepfändeten Vermögenswerte umgehend zu Gunsten des Beschwerdeführers zu verwerten. Schliesslich stellte der Beschwerdeführer für das vorliegende Verfahren ein Gesuch um Erteilung des Rechts zur unentgeltlichen Rechtspflege unter Beiordnung von Rechtsanwalt B. _____ als amtlicher Anwalt.

Zur Begründung führte der Beschwerdeführer im Wesentlichen was folgt an:

- 12.1 Da der Verwertungserlös die Forderung des Beschwerdeführers bei weitem nicht gedeckt habe, hätte das Betreibungsamt von Amtes wegen eine Nachpfändung gemäss Art. 145 SchKG vornehmen müssen. Indem es dies unterlassen habe, habe es eine Rechtsverletzung begangen. Damit liege eine mit Beschwerde rügbare Rechtsverweigerung vor.

Eine Nachpfändung dränge sich vorliegend auch deshalb auf, weil zwischen dem Zeitpunkt der provisorischen Pfändung sowie der Verwertung mehr als ein Jahr vergangen sei. In dieser Zeit habe der Schuldner problemlos zusätzliches pfändbares Vermögen äufnen können.

Im Rahmen der beantragten Nachpfändung sei sodann zu beachten, dass die D. _____ (Unternehmung) heute im Eigentum der Ehefrau des Schuldners stehe, mit der Konsequenz, dass dieser nach wie vor als Geschäftsführer agiere und ein entsprechendes Einkommen erziele. Weiter seien die Wohnkosten, welche im Rahmen der provisorischen Pfändung mit CHF 2'850.00 berücksichtigt worden

sind, zu korrigieren. Schliesslich seien auch die Berufskosten aus der Existenzminimumberechnung zu streichen.

- 12.2 Weiter wies der Beschwerdeführer darauf hin, dass der Kanton gemäss Art. 5 Abs. 1 SchKG für den Schaden hafte, der ihm aufgrund der unterlassenen Nachpfändung entstanden sei: Indem das Betreibungsamt die Stammanteile auf CHF 90'000.00, und damit auf mehr als das 90'000-fache des in der Folge erzielten Verwertungserlöses geschätzt habe, habe es elementarste Grundsätze und Vorschriften verletzt, wodurch dem Beschwerdeführer ein erheblicher finanzieller Schaden entstanden sei. Durch die Schätzung sei der Gläubiger im Glauben gewesen, seine Forderung könne problemlos gedeckt werden. Da ihm kein provisorischer Verlustschein ausgestellt worden sei, habe er sich gezwungen gefühlt, weitere Vermögensdispositionen vorzunehmen und das Verfahren fortzusetzen, stets unter der Annahme, seine Forderung werde durch den Verwertungserlös gedeckt. Umso stossender sei, dass der Schuldner heute nach wie vor als Geschäftsführer die D. _____ (Unternehmung) leite.

Der Kanton hafte sodann für den Schaden, welcher dem Beschwerdeführer durch die Überschreitung der Maximalfrist gemäss Art. 122 Abs. 1 SchKG entstanden sei: Indem das Betreibungsamt zwischen dem Verwertungsbegehren vom 8. Februar 2016 bis zur Verwertung am 6. Juli 2016 beinahe fünf Monate habe verstreichen lassen, sei die Frist mehr als das Doppelte überschritten worden. In dieser Zeit sei es dem Schuldner möglich gewesen, in einem ersten Schritt einen Strohmann zu finden, der seine Stammanteile an der D. _____ (Unternehmung) ersteigere, um diese in einem zweiten Schritt wieder an die Ehefrau des Schuldners abzutreten.

Das Betreibungsamt müsse für den noch nicht abschliessend bezifferbaren Schaden aufkommen, welcher dem Beschwerdeführer durch die Nichtvornahme der Nachpfändung sowie der mit dem Fehlverhalten einhergehenden Kosten und Aufwände entstanden seien.

13. In seiner Vernehmlassung vom 3. Oktober 2016 nahm das Betreibungsamt zur Beschwerde zusammengefasst wie folgt Stellung:

Was die Schätzung der Vermögenswerte anbelange, so wies das Betreibungsamt auf das Verbot der Überpfändung gemäss Art. 97 Abs. 2 SchKG hin. Der Beschwerdeführer hätte seine Einwände gegen die Schätzung der gepfändeten Gegenstände durch das Betreibungsamt gemäss Art. 9 VZG (welcher sinngemäss auch für Fahrnis gelte) innerhalb von 10 Tagen seit Erhalt der Pfändungsurkunde bei der Aufsichtsbehörde deponieren und eine Neuschätzung verlangen müssen.

Das Betreibungsamt schilderte sodann, wie es den Schätzungswert von CHF 90'000.00 für 200 Stammanteile berechnet habe: Dieser basiere auf dem Unternehmenswert der Zwischenbilanz per 30. Juni 2015 der D. _____ (Unternehmung) (VB 15), welcher sich auf CHF 95'190.85 belaufe (2x Ertragswert + 1x Substanzwert über 3). Dementsprechend sei der Wert pro Anteil auf CHF 450.00 festgesetzt worden, was bei 200 Anteilen einen Wert von CHF 90'000.00 ergebe.

- 13.1 Mit Bezug auf den Vorwurf der Überschreitung der Maximalfrist gemäss Art. 122 Abs. 1 SchKG wies das Betreibungsamt auf die Berücksichtigung der Betreibungsferien (Art. 56 SchKG), das vom Betreibungsamt durchgeführte Verfahren nach Art. 788 OR betreffend die Verwertung der Stammanteile der D. _____ (Unternehmung) sowie die Interessen des Gläubigers als auch des Schuldners hin (Art. 95 Abs. 5 SchKG). Weiter entspreche es der gängigen Praxis, mit dem Steigerungsverfahren im Sinne einer Kostenminimierung zuzuwarten, bis auch andere Verfahren zur Steigerung gebracht werden können. Die Interessen an der Kosteneinsparung seien in casu höher zu gewichten gewesen als die Einhaltung der Maximalfrist gemäss Art. 122 Abs. 2 SchKG.
- 13.2 Was den Erwerb der Stammanteile anbelange, so entziehe es sich der Kenntnis des Betreibungsamts, ob der Erwerber diese im Anschluss an die Steigerung an die Ehefrau des Schuldners weiterverkauft habe.
- 13.3 Zur Rüge der unterlassenen Nachpfändung gemäss Art. 145 SchKG führte das Betreibungsamt unter Hinweis auf die Literatur aus, dass eine solche nur von Amtes wegen vorgenommen werden müsse, wenn der Erlös der Verwertung die Forderung nicht decke, die Pfändung aber ursprünglich als genügend erachtet worden sei. Demnach müsse das Amt vor allem dann tätig werden, wenn ihm anlässlich der Hauptpfändung noch nicht gepfändete Vermögenswerte bekannt seien, aber auch dann, wenn es, sei es durch eigene Feststellung, sei es aufgrund eines Hinweises, Kenntnis von neu erworbenen oder früher verheimlichten Vermögenswerte erhalte. Das Betreibungsamt habe vorliegend auf eine Nachpfändung verzichtet, weil im Pfändungsprotokoll vom 19. Mai 2015 festgestellt worden sei, dass der Schuldner über keine weiteren Vermögenswerte verfüge, auch nicht bei Dritten.
14. Mit Schreiben vom 26. Oktober 2016 nahm der Beschwerdeführer zur Vernehmlassung des Betreibungsamts unaufgefordert Stellung. Darin bestätigt er im Wesentlichen seine bisherigen Ausführungen in der Beschwerde vom 16. September 2016.
15. Die Aufsichtsbehörde ist zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 17 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 EGSchKG und Art. 28 Abs. 3 des Organisationsreglements des Obergerichts [des Kantons Bern] vom 23. Dezember 2010 [OrR OG; BSG 162.11]).
16. In der Regel richtet sich die betreibungsrechtliche Beschwerde gegen eine Verfügung. Für diesen Fall schreibt Art. 17 Abs. 2 SchKG vor, dass die Beschwerde binnen zehn Tagen seit Kenntnis der anzufechtenden Verfügung angebracht werden muss. Wird ein gesetzeswidriges Nichthandeln der Behörde gerügt, so ist Art. 17 Abs. 3 SchKG zu beachten. Demnach kann wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung jederzeit Beschwerde geführt werden (FLAVIO COMETTA/URS PETER MÖCKLI, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibungs- und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 18 zu Art. 17 SchKG).

Mit Bezug auf die Einhaltung der Beschwerdefrist und die damit zusammenhängende **Eintretensfrage** ist zwischen den verschiedenen Rügen des Beschwerdeführers zu differenzieren:

- 16.1 Gemäss Art. 145 SchKG hat das Betreibungsamt bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen von Amtes wegen eine **Nachpfändung** vorzunehmen (dazu eingehend unten E. 17). Unterlässt es dies, liegt darin eine mittels Beschwerde gemäss Art. 17 Abs. 3 SchKG jederzeit rügbare Rechtsverweigerung vor. Soweit der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde geltend macht, das Betreibungsamt habe zu Unrecht keine Nachpfändung gemäss Art. 145 SchKG vorgenommen, ist auf die Beschwerde einzutreten (CHRISTIAN SCHÖNIGER, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. A., Basel 2010, N. 18 zu Art. 145 SchKG).
- 16.2 **Nicht einzutreten** ist hingegen auf die Rüge des Beschwerdeführers, das Betreibungsamt habe die **Maximalfrist gemäss Art. 122 SchKG** überschritten. Aus folgenden Gründen: Die Verwertungsfristen sind Ordnungsfristen (Urteil des Bundesgerichts 5A_696/2010 vom 21.12.2010 E. 2.1). Eine Verwertung ausserhalb dieser Fristen ist nicht ungültig, sondern bloss anfechtbar und muss mit Beschwerde angefochten werden. Dabei ist zu beachten, dass die Anfechtung der bereits vollzogenen Verwertung (Art. 132a SchKG) wegen Verletzung der gesetzlichen Verwertungsfristen in aller Regel ausgeschlossen ist. Dies gründet darin, dass bei einer Verwertung vor Einreichung der Beschwerde bzw. für eine erst nach Vollzug der Verwertung angehobene Rechtsverzögerungsbeschwerde dem Beschwerdeführer das Rechtsschutzinteresse fehlt. Würde nämlich die verspätete erste Verwertung aufgehoben, so müsste eine zweite, noch spätere Verwertung Platz greifen (BENEDIKT A. SUTER, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. A., Basel 2010, N. 39, 45 zu Art. 122 SchKG).
- 16.3 Was die in der Beschwerde gerügte Berechnung des Existenzminimums des Schuldners (oben E. 12.1) sowie die Schätzung der Stammanteile (E. 12.2) anbelangt, ist auf die Beschwerde **nicht einzutreten**, soweit die Aufsichtsbehörde nachfolgend nicht zum Ergebnis gelangt, eine Nachpfändung gemäss Art. 145 SchKG müsse vorliegend – wie beantragt – doch noch vorgenommen werden:

Einwände gegen die **Berechnung des Existenzminimums** des Schuldners hätte der Beschwerdeführer mit Beschwerde gegen die Pfändungsurkunde betreffend den Pfändungsvollzug vom 19. Mai 2015 erheben müssen (vgl. BGE 127 III 572). Da die zehntägige Beschwerdefrist zur Anfechtung der Pfändungsurkunde längst abgelaufen ist, ist auf die Beschwerde in diesem Punkt nicht einzutreten.

Auch gegen die **Schätzung der Stammanteile** der D. _____ (Unternehmung) durch das Betreibungsamt hätte der Beschwerdeführer bereits zum damaligen Zeitpunkt eine Beschwerde erheben müssen. Da es sich bei der Schätzung der Vermögenswerte um eine Ermessenssache handelt (BGE 120 III 79; 101 III 32; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., 2013, § 22 N 49 und § 6 N 18), wäre es dem Beschwerdeführer damals auch anheimgestellt gewesen, eine Neuschätzung der Stammanteile unter Hinzuziehung eines Sachverständigen zu verlangen (vgl. zum Ganzen BÉNÉDICT FOËX, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. A., Basel 2010, N. 25 ff. zu Art. 97 SchKG). Ob der Beschwerde damals Erfolg beschieden gewesen wäre, kann hier offen gelassen werden. Der Vollständigkeit halber sei hier angeführt, dass die der Schätzung der Stammanteile vorliegend

zu Grunde liegende Berechnung des Betreibungsamts zu keinen Beanstandungen Anlass gibt: Das Betreibungsamt hat die Stammanteile auf der Grundlage des Unternehmenswerts berechnet und hierfür auf die aktuellste Bilanz der Gesellschaft abgestellt. Insofern ist nicht ersichtlich, inwiefern das Betreibungsamt sein Ermessen pflichtwidrig ausgeübt hat, zumal der Beizug eines Sachverständigen regelmässig nur in schwierigen Fällen angezeigt ist (CLAUDE AMISEGGER, Qualifizierte Schuldurkunden und SchKG, 2009, S. 171 f.), was vorliegend verneint werden muss.

- 16.4 Unter Umständen kommt bei einer Verletzung der Maximalfristen gemäss Art. 122 SchKG die Staatshaftung gemäss Art. 5 SchKG in Frage oder sind Disziplinar-massnahmen gemäss Art. 14 SchKG gegen den fehlbaren Betreibungsbeamten zu treffen (vgl. SVEN RÜETSCHI, in: Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkurs-gesetz, 2014, N. 18 ff. zu Art. 122 SchKG; SUTER, a.a.O. N. 39, 45, 48 zu Art. 122 SchKG m.w.H.). Ebenfalls kann die Verletzung von Art. 145 SchKG bzw. die geset-zeswidrige Nichtanordnung einer Nachpfändung geeignet sein, die Staatshaftung gemäss Art. 5 SchKG auszulösen (SCHÖNIGER, a.a.O., N. 21 zu Art. 145 SchKG).

Soweit der Beschwerdeführer im Sinne der **Staatshaftung** gemäss Art. 5 SchKG Schadenersatzansprüche vom Staat verlangt, ist Folgendes festzuhalten: Die be-treibungsrechtliche Beschwerde ist nicht dazu da, die Durchführung von anderen Verfahren (z.B. von Verantwortlichkeitsprozessen im Sinne von Art. 5 SchKG) vor-zubereiten oder zu erleichtern (BGE 138 III 265 E. 3.2 S. 267). Die Frage, ob dem Beschwerdeführer eine Schadenersatzleistung des Staates nach Art. 5 SchKG zu-steht, liegt ausserhalb der Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde. Gemäss Art. 8 des Einföhrungsgesetzes [des Kantons Bern] vom 16. März 1995 zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (EGSchKG; BSG 281.1) sind Haftungsan-sprüche gegen den Kanton i.S.v. Art. 5 SchKG nach den Bestimmungen des Per-sonalgesetzes vom 16. September 2004 (PG; BSG 153.01) geltend zu machen. Soweit der Beschwerdeführer mit seiner Eingabe Staatshaftungsklage gegen das Amt erheben wollte, wird er auf den einschlägigen Rechtsweg verwiesen. Auch in-soweit wird auf die Beschwerde **nicht eingetreten**.

Ob **Disziplinar-massnahmen** gemäss Art. 14 SchKG zu verhängen sind, muss von der Aufsichtsbehörde in einem separaten Verfahren beurteilt werden. Dem Betrof-fenen steht in diesem Verfahren kein entsprechendes Beschwerderecht und auch keine Parteistellung zu. Ein Disziplinarverfahren ist dann einzuleiten, wenn nach dem Ermessen der Aufsichtsbehörde genügend objektive Anhaltspunkte für eine Dienstpflichtverletzung vorliegen. Dies wird vorliegend verneint (FRANK EMMEL, in: Balser Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 5 ff., insbes. N. 13 zu Art. 14 SchKG m.w.H.).

- 16.5 Zusammengefasst kann an dieser Stelle festgehalten werden, dass es entspre-chend den obigen Erwägungen vorliegend dahingestellt bleiben mag, ob die Maxi-malfrist gemäss Art. 122 SchKG eingehalten wurde oder nicht. Der Vollständigkeit halber sei aber darauf hingewiesen, dass in der Lehre umstritten ist, ob die den Bedürfnissen der Praxis entsprechende Rechtsprechung, wonach das Nichteinhal-ten der Maximalfrist gemäss Art. 122 SchKG zulässig ist, wenn im Interesse der Kostenersparnis die Versteigerung für mehrere Pfändungen gemeinsam durchge-

führt werden kann, auch nach der SchKG-Revision 1994/1997 noch gilt (vgl. RÜETSCHI, a.a.O., N. 12 zu Art. 122 SchKG m.w.H.).

17. Zu beurteilen bleibt mithin die Frage, ob das Betreibungsamt vorliegend zu Unrecht keine **Nachpfändung** gemäss Art. 145 SchKG vorgenommen hat.

- 17.1 Gemäss Art. 145 SchKG hat das Betreibungsamt unverzüglich eine Nachpfändung vorzunehmen, wenn der Erlös den Betrag der Forderungen nicht deckt. In diesem Fall verwertet es die Gegenstände möglichst rasch. Ein besonderes Begehren eines Gläubigers ist nicht nötig, und das Amt ist nicht an die ordentlichen Fristen gebunden.

Eine rein grammatikalische Auslegung von Art. 145 SchKG würde darauf schliessen lassen, dass eine Nachpfändung im vorliegend zu beurteilenden Fall hätte vorgenommen werden müssen, zumal der geschätzte Wert der Stammanteile an der D. _____ (Unternehmung) gemäss Pfändungsurkunde vom 3. August 2015 CHF 90'000.00 betrug, der anlässlich der Verwertung erzielte Erlös von CHF 1.00 für 200 Stammanteile an der D. _____ (Unternehmung) die Forderung des Beschwerdeführers in der Höhe von CHF 12'000.00 nebst Zins und Kosten aber nicht annähernd zu decken vermochte.

- 17.2 Zu einem anderen Ergebnis gelangt man, wenn man die Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie die einschlägige Lehre konsultiert: Demnach hängt eine Nachpfändung gemäss Art. 145 SchKG von weiteren **Voraussetzungen** ab, welche dem Gesetzestext nicht unmittelbar entnommen werden können. Im Einzelnen:

- 17.2.1 In seiner Rechtsprechung weist das Bundesgericht auf den Ausnahmecharakter von Art. 145 SchKG hin, zumal die Nachpfändung eine Abweichung vom Grundsatz vorsieht, nach dem eine Pfändung nur auf Antrag des Gläubigers vorgenommen werden kann. Gemäss Bundesgericht bezweckt Art. 145 SchKG die rasche Korrektur des «bisherigen Verfahrens, das infolge der unrichtigen amtlichen Schätzung und der dadurch bedingten Bildung einer ungenügenden Pfändungsmasse dem bzw. den betreibenden Gläubigern nicht zu dem gebührenden Resultate verholfen hat (...). Unter diesem Gesichtspunkt der Verbesserung einer dem früheren Verfahren anhaftenden Unrichtigkeit zu Gunsten der sonst geschädigten Gläubiger ist es durchaus verständlich, dass der Gesetzgeber hier dazu gekommen ist, eine Abweichung vom Antragssystem zu statuieren und die sofortige Wahrung der gläubigerischen Interessen von Amtes wegen vorzuschreiben (...). (...) Ergibt erst die Verwertung einen Ausfall, so liegt es nahe, von Amtes wegen nachzuholen, was seinerzeits beim Pfändungsvollzug zufolge der zu hoch gegriffenen Schätzung unterblieben war: die allenfalls vorhandenen weiteren Vermögensgegenstände, soweit nötig, dazu zu pfänden. Nur in diesen Fällen, da die Pfändung genügend schien, kann denn auch regelmässig mit dem Vorhandensein weiterer pfändbarer Vermögensstücke gerechnet werden. In diesem Sinne pflegen die Betreibungsämter die Anwendung von Art. 145 SchKG einzuschränken. Das entspricht dem dargelegten gesetzgeberischen Grund der Vorschrift» (BGE 70 III 43 ff. E. 2 S. 46 mit Hinweis auf BGE 30 I 828).

Das Bundesgericht weist in der zitierten Rechtsprechung darauf hin, dass es sich bei der Nachpfändung gemäss Art. 145 SchKG um ein Instrument des Betrei-

bungsamts zur **Korrektur des bisherigen Verfahrens** handelt, was impliziert, dass das entsprechende Betreibungsverfahren **noch nicht abgeschlossen** ist. Des Weiteren kann aus dieser Rechtsprechung geschlossen werden, dass eine Nachpfändung gemäss Art. 145 SchKG in der Regel voraussetzt, dass im Zeitpunkt der Hauptpfändung grundsätzlich mehr hätte gepfändet werden können, darauf aber verzichtet wurde, in der irrümlichen Annahmen, der Erlös der gepfändeten Gegenstände würde die Forderung decken. In diesem Sinne ist auch der Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG] vom 8. Mai 1991 (BBI 1991 101) zu entnehmen, dass eine Nachpfändung nur dann vorgenommen werden darf, wenn sich nachträglich herausstellt, «dass die Schätzung der Vermögenswerte zu hoch war und dass die **Pfändung deshalb zu früh eingestellt** worden ist.»

Die Lehre verweist in diesem Zusammenhang auf Art. 97 Abs. 2 SchKG, wonach es dem Betreibungsbeamten untersagt ist, mehr zu pfänden, als nach seiner Schätzung nötig ist, um die betreibenden Gläubiger für ihre Forderungen samt Zinsen und Kosten zu befriedigen. Ist dieser Betrag erreicht, hat das Amt die Pfändung einzustellen. Der unerwartete Ausgang zeigt nun aber, dass die Schätzung zu hoch war und dass unter Umständen die Pfändung deshalb zu früh eingestellt worden ist. Durch die zu hohe Schätzung der Vermögenswerte bzw. die damit einhergehende zu frühe Einstellung der Hauptpfändung liegt ein **Irrtum des Amtes** vor, der nach Möglichkeit (mit der Nachpfändung) gutgemacht bzw. abgeschwächt werden soll, wobei freilich inzwischen begründete Pfändungsrechte beachtet werden müssen und nur ein Überschuss über das für jene Erforderliche gepfändet werden kann (HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER-BOHNER, Schuldbetreibungs- und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. I, 1984, § 32 N. 9 f.; vgl. zum Ganzen SCHÖNIGER, a.a.O., N. 7 ff. zu Art. 145 SchKG m.w.H.; STÜCKELBERGER MARTIN, Ergänzungspfändung und Nachpfändung, Zürich 1950, S. 30).

- 17.2.2 Zu beachten ist im vorliegenden Kontext insbesondere ein **zeitliches Moment**, auf welches die Lehre unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts hinweist: Demnach soll die Nachpfändung nicht ein neues Verteilungsverfahren erforderlich machen. Ist das Verteilungsverfahren abgeschlossen und sind die Verlustscheine ausgestellt, so sind nachher keine Nachpfändungen mehr möglich. Etwas anderes will die Vorschrift [Art. 145 SchKG] nicht besagen (vgl. JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, a.a.O., N. 15 zu Art. 145 SchKG mit Hinweis auf BGE 25 I 149; SCHÖNIGER, a.a.O., N. 22 f. zu Art. 145 SchKG; STÜCKELBERGER, S. 32).

Diese zeitliche Schranke für die Nachpfändung gemäss Art. 145 SchKG ist auch unter Berücksichtigung der **systematischen und der teleologischen Auslegung** von Art. 145 SchKG zu befürworten: Die Nachpfändung hat gemäss Art. 145 SchKG gesetzessystematisch nach der Verteilung gemäss Art. 144 SchKG und vor der Ausstellung des Verlustscheines gemäss Art. 149 SchKG zu erfolgen. In teleologischer Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass die Nachpfändung – wie bereits oben ausgeführt (oben E. 17.2.1) – als Korrekturinstrument für das Betreibungsamt bezweckt, Vermögenswerte in einem hängigen Betreibungsverfahren nachzupfänden.

Ist ein definitiver Verlustschein ausgestellt, so steht dem Gläubiger hingegen die Möglichkeit offen, während sechs Monaten nach Zustellung des Verlustscheins die Betreibung (ohne neuen Zahlungsbefehl) nach Art. 149 Abs. 3 SchKG einzuleiten. Dabei handelt es sich um ein neues bzw. selbständiges Betreibungsverfahren (BGE 130 III 672; 102 III 25; 98 III 13), in welchem die in der Zwischenzeit veränderten Verhältnisse beim Schuldner (namentlich mit Bezug auf neu erworbene Vermögenswerte oder die Existenzminimberechnung des Schuldners) berücksichtigt werden.

Es würde dem Sinn und Zweck von Art. 145 SchKG sowie dem (systematischen) Ablauf des Betreibungsverfahrens zuwiderlaufen, wenn das Betreibungsamt selbst nach Ausstellung des Verlustscheins stets von Amtes wegen prüfen müsste, ob eine Nachpfändung in einem grundsätzlich abgeschlossenen Betreibungsverfahren vorzunehmen wäre, wobei dem Gläubiger gleichzeitig die Möglichkeit offen stünde, parallel dazu die Fortsetzung der Betreibung gemäss Art. 149 SchKG zu verlangen.

- 17.3 Vorliegend hat das Betreibungsamt die Hauptpfändung vom 19. Mai 2016 nicht «irrtümlicherweise zu früh eingestellt» (vgl. dazu oben E. 17.2), zumal der Schuldner zumindest zum damaligen Zeitpunkt gar nicht über mehr Vermögenswerte verfügte, welche hätten gepfändet werden können. Weiter hat das Betreibungsamt die Schätzung der gepfändeten Stammanteile an der D. _____ (Unternehmung) soweit ersichtlich in pflichtgemässer Ausübung seines Ermessens vorgenommen (oben E. 16.3). Dass der Erlös der Stammanteile an der D. _____ (Unternehmung) derart unter dem Schätzwert lag, ist für den Gläubiger verständlicherweise zwar sehr ärgerlich, gründet aber wohl hauptsächlich darin, dass ein Steigerungsverfahren naturgemäss mit einem grossen Risiko behaftet ist. Ob es sich beim Erwerber der Stammanteile tatsächlich um einen sog. «Strohmann» handelt, wie vom Beschwerdeführer behauptet wird, entzieht sich der Überprüfungsbefugnis der Aufsichtsbehörde.

Der Verlustschein in der Betreibung Nr. _____ wurde dem Beschwerdeführer am 5. September 2016 ausgestellt. Mit Schreiben vom 5. August 2016 wurde ihm sodann mitgeteilt, dass der Erlös der Versteigerung CHF 1.00 betrage (VB 11). Bereits zu diesem Zeitpunkt musste der Beschwerdeführer folglich davon ausgehen, dass seine Forderung durch die Verwertung der gepfändeten Vermögenswerte nicht annähernd gedeckt werden konnte. In der Zwischenzeit hätte sich der Beschwerdeführer (aus eigenem Interesse) beim Betreibungsamt nach einer allfälligen Nachpfändung gemäss Art. 145 SchKG erkundigen können. In diesem Zusammenhang wäre es ihm auch offen gestanden, das Betreibungsamt auf die veränderten Verhältnisse des Schuldners hinzuweisen, zumal dem Vorgehen des Betreibungsamts in der Praxis oft ein solcher Hinweis des Gläubigers vorausgeht. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass die Vornahme einer Nachpfändung gemäss Art. 145 SchKG nicht von einem solchen Hinweis abhängig gemacht werden darf, da das Betreibungsamt bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen von Amtes wegen tätig werden muss (vgl. SCHÖNIGER, a.a.O., N. 17 ff. zu Art. 145 SchKG). Der Vernehmlassung des Betreibungsamts ist zu entnehmen, dass es die Vornahme einer Nachpfändung offenbar geprüft, mangels Vorhandenseins weiterer Vermögenswerte des Schuldners gemäss dem Pfändungsprotokoll

vom 19. Mai 2015 (VB 1) jedoch darauf verzichtet hatte. In der Tat bedingt die Nachpfändung, dass überhaupt weitere pfändbare Vermögenswerte vorhanden sind (JÜRGEN WERNLI, Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2014, N. 4 zu Art. 145 SchKG). Insofern kann es dem Betreibungsamt nicht zum Vorwurf gereichen, wenn es mangels pfändbarer Vermögenswerte auf eine Nachpfändung gemäss Art. 145 SchKG verzichtet hat. Allerdings ist in diesem Zusammenhang fraglich, ob das Betreibungsamt bei der Beurteilung, ob eine Nachpfändung von Amtes wegen vorzunehmen ist, nicht eher auf die Verhältnisse im Zeitpunkt nach der Verwertung hätte abstellen müssen. Aus der Rechtsprechung und Lehre geht dies – soweit ersichtlich – nicht klar hervor. Diese Frage kann hier aber offen gelassen werden, weil die **Beschwerde** aus einem anderen Grund **abgewiesen** werden muss.

- 17.4 Die Tatsache, dass vorliegend bereits ein Verlustschein ausgestellt wurde, verbietet es, das Betreibungsamt anzuweisen, die vom Beschwerdeführer beantragte Nachpfändung in der Betreibung Nr. ._____ vorzunehmen. Da weiter auch keine Mängel ersichtlich sind, welche die Nichtigkeit der Betreibung zur Folge hätten (Art. 22 SchKG), ist der ausgestellte Verlustschein rechtskräftig.
18. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abgewiesen wird, soweit darauf eingetreten werden kann. Der Verlustschein vom 5. September 2016 in der Betreibung Nr. ._____ des Betreibungsamts Oberland ist rechtskräftig. Vollständigkeitshalber wird der Beschwerdeführer auf Art. 149 Abs. 2 SchKG hingewiesen.
19. Der Beschwerdeführer hat ein Gesuch um Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt.
- 19.1 Der Beschwerdeführer begründet die Notwendigkeit der Verbeiständung mit der Rechtsunkenntnis und der rechtlichen Komplexität.

Gemäss Art. 29 Abs. 3 BV hat eine bedürftige Partei in einem für sie nicht aussichtslosen Verfahren Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege; soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand. Diese verfassungsrechtliche Minimalgarantie gilt nicht nur im Straf- und Zivilprozess sowie im Verwaltungsbeschwerde- und Verwaltungsgerichtsverfahren (BGE 125 V 32 E. 4a S. 34 f.), sondern auch in anderen staatlichen Verfahren, namentlich dem Beschwerdeverfahren vor der Aufsichtsbehörde (vgl. COMETTA/MÖCKLI, a.a.O., N. 29 ff. zu Art. 20a SchKG m.w.H.).

Im Beschwerdeverfahren nach Art. 17 ff. SchKG werden weder Gerichtskosten erhoben noch Parteientschädigungen gesprochen (Art. 20a SchKG und Art. 61 Abs. 2 sowie Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG). Zuzufolge Kosten- und Entschädigungslosigkeit des Beschwerdeverfahrens verbleiben dem Beschwerdeführer und anderen Verfahrensparteien unabhängig vom Ausgang des Beschwerdeverfahrens nur, aber dafür ohne Überwälzungsmöglichkeit, die Kosten eines allfällig mandatierten eigenen Rechtsvertreters. Diesbezüglich ist eine amtliche Verbeiständung möglich, wenn kumulativ die folgenden Voraussetzungen gegeben sind: Bedürftigkeit des Gesuchstellers, Nichtaussichtslosigkeit der Rechtsbegehren sowie objektive Not-

wendigkeit der Rechtsvertretung (BGE 134 I 92 E.3.2.1 S. 99; vgl. COMETTA/MÖCKLI, a.a.O., N. 32 zu Art. 20a).

Als aussichtslos gelten nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren, deren Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen wird ein Begehren nicht als aussichtslos erachtet, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten. Entscheidend ist, ob eine nicht bedürftige Partei sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde; eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb beginnen können, weil er für sie nichts kostet (BGE 133 III 614 E. 5 S. 616 m.w.H.; vgl. auch COMETTA/MÖCKLI, a.a.O., Art. 20a N. 34). Es wird zwischen formeller (fehlende Prozessvoraussetzungen) und materieller Aussichtslosigkeit unterschieden. Die Prozesschancen sind in vorläufiger und summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage zu beurteilen und abzuschätzen. Ob ein Begehren aussichtslos erscheint, beurteilt sich aufgrund der Prozessprognose im Zeitpunkt der Gesuchsstellung (BGE 133 III 614 E. 5 S. 616 mit Hinweisen).

Objektiv notwendig ist die Rechtsverbeiständung, wenn der Sachverhalt oder die sich stellenden Rechtsfragen komplex oder die Rechtskenntnisse des Gesuchstellers unzureichend sind oder wenn bedeutende Interessen auf dem Spiel stehen (BGE 122 III 392 E. 3c S. 394; Urteil des Bundesgerichts 5P.346/2004 vom 8.11.2004 E. 2.2). Die Untersuchungsmaxime macht eine anwaltliche Vertretung nicht ohne weiteres unnötig (Urteil des Bundesgerichts 5A_692/2009 vom 5. Januar 2010 E. 3.1; BGE 130 I 180 E. 3.2 S. 183 f.), aber Natur und Besonderheit des im Übrigen weitgehend formlosen SchKG-Beschwerdeverfahrens rechtfertigen es, für die Notwendigkeit der Verbeiständung durch einen Rechtsanwalt einen strengen Massstab anzulegen (BGE 122 I 8 E. 2c S. 9 f.). So ist beispielsweise bei einer einfachen Existenzminimumsberechnung gemäss Art. 93 SchKG i.d.R. kein anwaltlicher Beistand nötig (vgl. COMETTA/MÖCKLI, a.a.O. N 33 ff. zu Art. 20a).

- 19.2 Vorliegend erscheinen der Sachverhalt und die sich stellenden Rechtsfragen nicht derart komplex, dass der Beschwerdeführer nicht selbständig hätte Beschwerde führen bzw. eine Nachpfändung verlangen können. Die Beschwerde erschöpft sich in der Schilderung des Sachverhalts und in dem Vorbringen, das Betreibungsamt habe zu Unrecht auf eine Nachpfändung gemäss Art. 145 SchKG verzichtet. Mit Bezug auf diese Rechtsverweigerungsbeschwerde waren in formeller Hinsicht weder verfahrensrechtliche Hürden zu bewältigen – zumal die Rechtsverweigerungsbeschwerde an keine Fristen gebunden ist – noch waren komplizierte Sachverhaltsberechnungen anzustellen, um diese hinreichend zu substantiieren. Daraus erhellt, dass die Notwendigkeit eines Rechtsvertreters vorliegend verneint werden muss. Dieses Ergebnis rechtfertigt sich insbesondere deshalb, weil ein strenger Massstab an die Beurteilung der Notwendigkeit eines Rechtsvertreters im Beschwerdeverfahren gemäss Art. 17 SchKG anzulegen ist (oben E. 19.1).
- 19.3 Nachdem vorliegend bereits die Voraussetzung der objektiven Notwendigkeit einer Rechtsverbeiständung zur Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege zu verneinen ist, ist das Gesuch ohne Prüfung der weiteren Voraussetzungen (Bedürftigkeit, Aussichtslosigkeit) abzuweisen.

20. Im betreibungs- und konkursrechtlichen Beschwerdeverfahren werden weder Gerichtskosten erhoben noch Parteientschädigungen gesprochen (Art. 20a des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG; SR 281.1] und Art. 61 Abs. 2 sowie Art. 62 Abs. 2 der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [GebV SchKG; SR 281.35]).

Die Aufsichtsbehörde entscheidet:

1. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Das Gesuch um Erteilung des Rechts zur unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Zu eröffnen:
 - dem Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
 - dem Schuldner, C. _____
 - dem Betreibungs- und Konkursamt Oberland, Dienststelle Oberland West

Bern, 13. Dezember 2016

Im Namen der Aufsichtsbehörde
in Betreibungs- und Konkursachen

Der Präsident:

Oberrichter Studiger

Die Gerichtsschreiberin:

Nyffeler

Rechtsmittelbelehrung

Gegen den Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen kann innert zehn Tagen nach der Eröffnung beim Bundesgericht Beschwerde erhoben werden. Wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung durch die kantonale Aufsichtsbehörde ist die Beschwerde jederzeit zulässig (Art. 72 Abs. 2 Bst. a, Art. 95 ff., Art. 100 des Bundesgerichtsgesetzes [BGG; SR 173.110]). Die Beschwerden sind an die folgende Adresse einzureichen: Schweizerisches Bundesgericht, 1000 Lausanne 14.