

Markus Müller-Chen, Die Auskunftspflicht Dritter beim Pfändungs- und Arrestvollzug, in: B1SchK 2000

Michel Ochsner, Exécution du séquestre, in: Journal des Tribunaux et Revue judiciaire. II/2006, Heft 1–2

Rudolf Ottomann, Der Arrest, in: Aktuelle Fragen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts nach revidiertem Recht, Basel 1996

Hansjörg Peter, Das neue Bundesgerichtsgesetz und das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, in: B1SchK 2007

Felix Rajower, Sicherstellung und Arrest im Recht der direkten Bundessteuer und nach zürcherischem Steuergesetz, in: ZZZ 2006/11

Hans Reiser, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, hrsg. Adrian Staehelin et al., Band III, Basel/Genf/München 1998

Hans Reiser, Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB durch Schiedsgerichte?, in: FS für Karl Spühler, Zürich 2005

Daniel Schwander, die Auskunftspflicht Dritter – namentlich der Banken – im Arrestverfahren, in: FS für Karl Spühler, Zürich 2005

Karl Spühler, in: Probleme der Schuldbetreibung für öffentlich-rechtliche Geldforderungen, ZBl 1999

Daniel Staehelin, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, hrsg. Adrian Staehelin et al., Band I, Basel/Genf/München 1998

Walter A. Stoffel, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, hrsg. Adrian Staehelin et al., Band III, Basel/Genf/München 1998

Walter Stoffel/Isabelle Chabloz, in: CR Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite etc., hrsg. Louis Dallèves et al., Basel/Genf/München 2005

Fridolin Walther, Vorläufiger Rechtsschutz durch Schiedsgerichte, in: The Proceedings before the Court of Arbitration hrsg. Rigozzi/Bernasconi, Bern/Zürich 2007

## Rechtsprechung zum Arrest 2006 – September 2007: Eine Übersicht

Dr. iur. Hans Reiser, Rechtsanwalt, Zürich

Die nachfolgende Übersicht enthält Entscheide zum Arrest für den Zeitraum 2006 bis September 2007. Der Einbezug des laufenden Jahres ermöglicht es, bereits im jetzigen Zeitpunkt die Praxis des Bundesgerichtes zu dem am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110) zu präsentieren. Dieses Gesetz ist auf die nach seinem Inkrafttreten eingelei-

teten Verfahren des Bundesgerichtes anwendbar, auf ein Beschwerdeverfahren jedoch nur dann, wenn auch der angefochtene Entscheid nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes ergangen ist.

### 1. Arrestvoraussetzungen

Der Arrest ist an drei Grundvoraussetzungen geknüpft: Existenz der Forderung des Gläubigers, Vorliegen eines Arrestgrundes sowie Vorhandensein von in der Schweiz belegenen Vermögenswerten, die dem Schuldner gehören. Diese Voraussetzungen sind glaubhaft zu machen.

Das SchKG enthält in Art. 271 Abs. 1 einen Katalog von fünf abschliessenden Arrestgründen. Der fünfte und letzte vom Gesetz aufgezählte und uns an dieser Stelle interessierende Arrestgrund liegt vor, wenn der Gläubiger gegen den Schuldner einen provisorischen oder definitiven *Verlustschein* besitzt. Hinsichtlich eines *Konkursverlustscheins* gilt nun die Besonderheit, dass dieser nur zur Verarrestierung von Werten berechtigt, die neues Vermögen i.S.v. Art. 265 Abs. 2 darstellen. Diesen Umstand hat der Arrestrichter vorfrageweise summarisch zu beurteilen. Wie sich aus Art. 265a Abs. 2 SchKG ergibt und entsprechend dem Wesen der Einrede des fehlenden neuen Vermögens ist es Sache des Arrestschuldners, das Fehlen neuen Vermögens darzulegen<sup>1</sup>.

Die Steuerbehörden sind in den vom Bundessteuerrecht umschriebenen Fällen befugt, jederzeit eine Sicherstellungsverfügung für gefährdete Steuerforderungen zu erlassen. Die Sicherstellungsverfügung gilt gemäss Art. 170 DBG zugleich als Arrestbefehl nach Art. 274 SchKG. Art. 169 DBG kennt zwei Arrest- bzw. Sicherstellungsgründe: Analog zu Art. 271 Ziff. 4 SchKG den speziellen Sicherstellungs- bzw. Arrestgrund des fehlenden Wohnsitzes in der Schweiz und daneben einen allgemein formulierten Arrestgrund der *Steuergefährdung*.

Mit Verfügung vom 27. Juni 2006 hatte das kantonale Steueramt Zürich A. und B. verpflichtet, für die direkte Bundessteuer der Jahre 1999 bis 2005 einen Steuerbetrag von Fr. 165 518.50 nebst Zins sicherzustellen. Die Steuerverwaltung hat die von ihr angeordnete Sicherstellung damit begründet, dass A. und B. seit Jahren «systematisch» die Steuern nicht bezahlen. Das von A. und B. angerufene Bundesgericht bezeichnete es zwar als zweifelhaft, ob bereits dieses Verhalten – trotz der beträchtlichen Höhe der Steuerschulden ausreichen würde, die von der Steuerbehörde angenommene Steuergefährdung glaubhaft zu machen. Weil aber A. und B. selber die Möglichkeit eines Privatkonkurses erwähnt hatten, war in den Augen des Bundesgerichtes die Sicherstellung ohne weiteres gerechtfertigt<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Urteil des Bundesgerichts vom 7. August 2007, II. zivilrechtliche Abteilung, 5A. 263/2007.

<sup>2</sup> Urteil des Bundesgerichts vom 14. Juli 2006, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 2A. 426/2006.

## 2. Arrestvollzug

### *Kosten für Aufbewahrung*

Nach Art. 275 SchKG gelten die Artikel 91–109 über die Pfändung sinngemäss für den Arrestvollzug. Die Vorschrift von Art. 105 SchKG über die Kosten für Aufbewahrung und Unterhalt ist mithin beim Arrestvollzug sinngemäss anwendbar. Informiert das Betreibungsamt im Rahmen des Arrestvollzugs den Dritten als Lagerhalter über seine Verpflichtung gemäss Art. 98 Abs. 2 SchKG, die einstweilen in seinen Händen gelassenen Waren jederzeit zur Verfügung zu halten, bewirkt diese Mitteilung nicht die Unterbrechung oder Beendigung des Lagervertrages. Die Lagerhaltungskosten richten sich weiterhin nach jenem Vertrag. Erst wenn der Lagervertrag durch Fristablauf oder Kündigung endet und das Betreibungsamt alsdann anordnet, dass als Sicherungsmassnahme die verarrestierten oder gepfändeten Waren beim Lagerhalter in Verwahrung bleiben, kann vom Gläubiger gestützt auf Art. 105 SchKG verlangt werden, die Lagerhaltungskosten vorzuschüssen<sup>3</sup>.

## 3. Widerspruchsverfahren

Das Widerspruchsverfahren dient der Klärung von Ansprüchen Dritter an gepfändeten Gegenständen (Art. 106 Abs. 1 SchKG). Die Geltendmachung von Drittansprüchen ist an keine formelle Frist gebunden. Sie können vielmehr angemeldet werden, solange der Erlös des gepfändeten Gegenstandes noch nicht verteilt ist (Art. 106 Abs. 2 SchKG). Diese Regel gilt auch im Falle des Arrestvollzuges (Art. 275 SchKG). Zu beachten ist indes, dass Rechte Dritter an gepfändeten oder verarrestierten Gegenständen dem Grundsatz von Treu und Glauben folgend innert angemessener Frist geltend zu machen sind, ansonsten sie verirken. Rechtsmissbrauch seitens der Drittansprecherin hat das Bundesgericht in einem Fall eines Arrestvollzuges bejaht. Das Verfahren von der Arrestbewilligung am 7. Dezember 1995 bis zur definitiven Pfändung in der Prosektionsbetreibung am 15. Juli 2004 dauerte rund 9 Jahre. Die Drittansprecherin, die von der Arrestlegung von Anfang an Kenntnis hatte, wartete mit der Anmeldung ihrer Ansprüche bewusst zu bis am 23. März 2004. Einen konkreten Grund, der ihr langes Zuwarten rechtfertigen würde, hat die Drittansprecherin nicht vorgetragen<sup>4</sup>.

## 4. Prosequierung

### *a) Keine Prosequierung durch eine Betreibung im Ausland*

Ein in der Schweiz gelegter Arrest ist gemäss Art. 279 SchKG zu prosequieren. Dies kann nach Wahl des Gläubigers durch Einleiten einer Betreibung oder durch Klage geschehen, sofern über die Arrestforderung noch kein gerichtlicher Entscheid ergangen ist. Die Prosequierung eines in der Schweiz gelegten Arrestes durch eine im Ausland angehobene Betreibung ist nicht möglich. Mit der Einleitung einer ausländischen Betreibung wird nämlich

<sup>3</sup> BGE 132 III 487, 16. Mai 2006.

<sup>4</sup> Urteil des Bundesgerichts vom 31. Januar 2007, II. zivilrechtliche Abteilung, 5C. 209/2006.

weder ein Erkenntnisverfahren eingeleitet noch die Zwangsvollstreckung der im Inland verarrestierten Vermögenswerte vorangetrieben<sup>5</sup>. Die Anhebung von zwei parallelen Betreibungen im Inland und im Ausland ist zulässig.

### *b) Bedeutung der bei einer Arrestprosequierung ausgestellten Verlustbescheinigung*

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 nur die arrestierten Gegenstände gepfändet werden und zur Verwertung gelangen. Kommt es zu einer auf die Verwertung von arrestierten Gegenständen beschränkten Betreibung am speziellen Betreibungsort des Art. 52 SchKG, so ist 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. Eine vom Betreibungsamt ausgestellte *Verlustbescheinigung* ist kein Verlustschein und hat dementsprechend nicht die in Art. 149 Abs. SchKG umschriebenen Wirkungen. Eine Verlustbescheinigung gibt dem Gläubiger somit nicht das Recht, die Betreibung ohne neuen Zahlungsbefehl fortzusetzen<sup>6</sup>. Mit der Verlustbescheinigung erhält der Gläubiger eine Urkunde. Diese besagt, dass er in jenem Verfahren keine Deckung für die Arrestforderung erhalten hat.

## 5. Rechtsmittel

Gemäss Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG unterliegen der Beschwerde in Zivilsachen auch Entscheide in Schuldbetreibungs- und Konkursachen. Beim Entscheid über die Arrestbewilligung handelt es sich um einen derartigen Entscheid.

In der Literatur wurde die Frage kontrovers diskutiert, ob der Arrest als eigenständiges Verfahren des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts oder als vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG zu qualifizieren sei. Nach Auffassung des Bundesgerichtes handelt es sich beim Arrestbefehl um eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG. Es kann deshalb nach Massgabe von Art. 98 BGG nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden<sup>7</sup>. Im Ergebnis bedeutet dies, dass vorsorgliche Massnahmen unabhängig vom Streitwert immer nur auf Verfassungsverletzungen überprüft werden: bis Fr. 30 000.– im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde, ab Fr. 30 000.– im Rahmen der Beschwerde in Zivilsachen aufgrund von Art. 98 BGG.

<sup>5</sup> Zürcher Obergericht, 4. November 2003, ZR 106 (2007) Nr. 2.

<sup>6</sup> Urteil des Bundesgerichts vom 1. Dezember 2006, Schuldbetreibungs- und Konkurskammer, 7B. 180/2006.

<sup>7</sup> BGE 133 III 589, 5. Juli 2007 (5A. 134/2007, E. 2), bestätigt durch Urteil vom 9. August 2007, II. zivilrechtliche Abteilung, 5A. 301/2007.

## Bundesgerichtliche Rechtsprechung

36). **Art. 85 LP. – Action en annulation de la poursuite. Un commandement de payer non frappé d'opposition notifié dans une contre-poursuite ne constitue pas une preuve par titre de l'extinction par compensation de la créance déduite en poursuite.**

*Art. 85 SchKG. – Aufhebungsklage. Die Vorlage eines in einer Gegenbetreibung ohne Rechtsvorschlag verbliebenen Zahlungsbefehls reicht nicht als Urkundenbeweis zum Nachweis der Tilgung der betriebenen Schuld durch Verrechnung.*

*Art. 85 LEF. – Un precetto esecutivo rimasto senza opposizione, fatto emettere in un'altra esecuzione dall'escusso contro il precettante, non costituisce prova per mezzo di documenti dell'estinzione per compensazione del credito in esecuzione.*

### Résumé des faits:

A. Par jugement du Tribunal des prud'hommes du canton de Genève du 27 mars 2002, confirmé par la Cour d'appel des prud'hommes du canton de Genève les 13 février et 22 octobre 2003, puis par le Tribunal fédéral le 9 mars 2004, X. a été condamné à payer à dame Y. la somme brute de 192 000 fr., sous déduction des charges sociales; s'y ajoutaient 14 000 fr. à titre de dépens.

Sur la base de ces décisions, dame Y. a fait notifier à X., dans la poursuite n° yyy de l'Office des poursuites de Genève, un commandement de payer portant sur la somme de 207 000 fr. plus intérêts. L'opposition formée par X. à ce commandement de payer a été levée définitivement par jugement du Tribunal de première instance du canton de Genève du 19 avril 2005, sur la base duquel dame Y. a requis la continuation de la poursuite.

B. Le 11 mars 2005, X. a fait notifier à dame Y., dans la poursuite n° xxx de l'Office des poursuites de Genève, un commandement de payer portant sur les sommes de 100 000 fr., 108 165 fr. 35 et 175 000 fr., plus intérêts. Sous la rubrique «cause de l'obligation», ce commandement de payer indiquait respectivement «tort moral», dommages et intérêts, frais de campagne publicitaire de l'UDC dans le cadre des élections de l'automne 2001, supportés par le créancier en raison de l'attitude de la débitrice» et «dommages et intérêts, coûts des différentes démarches juridiques du créancier, rendues indispensables par les dires de la débitrice».

Dame Y. n'a pas formé opposition à ce commandement de payer; elle a indiqué ne pas en avoir eu connaissance, celui-ci lui ayant été notifié par voie édictale, alors même qu'elle disposait d'un domicile, par ailleurs connu de X.

C. Par requête du 20 septembre 2005, X. a sollicité du Tribunal de première instance du canton de Genève l'annulation de la poursuite n° yyy. Il a exposé que sa dette était éteinte par compensation avec la

créance de 383 165 fr. 35 dont il disposait à l'encontre de dame Y., attestée par le commandement de payer non frappé d'opposition dans la poursuite n° xxx.

Dame Y. s'est opposée à la requête. Elle a fait valoir que le commandement de payer non frappé d'opposition ne constituait pas un titre prouvant l'extinction de la dette de X.; elle a par ailleurs indiqué avoir formé une requête en annulation de la poursuite n° xxx selon l'art. 85a LP.

Par jugement du 21 mars 2006, le Tribunal de première instance a débouté X. des fins de sa requête, considérant que le commandement de payer invoqué à l'appui de celle-ci ne constituait pas un titre au sens de l'art. 85 LP.

D. Par arrêt rendu le 15 juin 2006 sur appel de X., la première Section de la Cour de justice du canton de Genève a confirmé le jugement de première instance.

E. Agissant par la voie du recours de droit public au Tribunal fédéral, X. conclut avec suite de frais et dépens à l'annulation de cet arrêt.

### Extraits des considérants:

2.3 Pour obtenir l'annulation de la poursuite, au sens de l'art. 85 LP, le débiteur poursuivi doit prouver par titre que sa dette est éteinte en capital, intérêts et frais. S'il invoque comme cause d'extinction la compensation (art. 120 ss CO), il doit prouver par titre tant l'existence de la contre-créance que l'exercice effectif de son droit formateur à opposer la compensation (Bernhard Bodmer, Basler Kommentar, SchKG I, 1998, n. 20 ad art. 85 LP). Seul un titre qui permettrait au moins d'obtenir la mainlevée provisoire peut être retenu comme apportant la preuve de l'existence de la créance opposée en compensation (cf. ATF 115 III 97 consid. 4 ainsi que Daniel Staehelin, Basler Kommentar, SchKG I, 1998, n. 10 ad art. 81 LP et les références citées, s'agissant de la preuve par titre de l'extinction de la dette par compensation dans le cadre d'une requête de mainlevée définitive au sens de l'art. 81 al. 1 LP).

Or l'absence d'opposition à un commandement de payer n'a aucun effet sur les rapports de droit matériel; en particulier, elle n'implique aucune reconnaissance de dette (ATF 122 III 125 consid. 2d; 25 I 186 consid. 3; Balthasar Bessenich, Basler Kommentar, SchKG I, 1998, n. 3 ad art. 78 LP et les références citées). Le défaut d'opposition ne sortit que des effets de strict droit des poursuites, en ce sens qu'il permet au poursuivant de requérir la continuation de la poursuite en cause (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 1999, n. 16 ad art. 74 LP).

Il s'ensuit qu'un commandement de payer non frappé d'opposition notifié dans une contre-poursuite ne saurait constituer, dans le cadre d'une requête en annulation de la poursuite selon l'art. 85 LP, la preuve par titre de l'extinction par compensation de la créance déduite en poursuite.

En l'espèce, c'est donc sans arbitraire que l'autorité cantonale a retenu que la production par le recourant, à l'appui de sa requête en annulation de la poursuite n° yyy, du commandement de payer non frappé d'opposition dans la poursuite n° xxx qu'il a introduite contre l'intimé ne constituait pas la preuve par titre de l'extinction de sa propre dette par compensation.

TRIBUNAL FEDERAL. II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 1<sup>er</sup> février 2007 5P.328/2006

**37). Art. 92 al. 1 ch. 9a LP. – Limites à l'insaisissabilité des rentes de l'assurance-invalidité. Question laissée ouverte de savoir si les rentes versées rétroactivement échappent par principe à la règle d'insaisissabilité.**

*Art. 92 Abs. 1 Ziff. 9a SchKG. – Grenzen der Unpfändbarkeit von Renten der Invalidenversicherung. Frage offen gelassen, ob die rückwirkend ausbezahlten Renten grundsätzlich nicht unter die Regeln der Unpfändbarkeit fallen.*

*Art. 92 cpv. 1 n. 9a LEF. – Limite all'impignorabilità delle rendite dell'assicurazione invalidità. Resta aperta la questione se anche le rendite versate retroattivamente debbano rimanere impignorabili.*

*Extraits des considérants:*

3. Le recourant soutient que l'arrêt attaqué doit être annulé pour le motif que les prestations de l'AI, qu'il s'agisse de rentes mensuelles ou de rétroactifs, sont dans tous les cas absolument insaisissables en vertu de l'art. 92 al. 1 ch. 9a LP. Leur saisie constituerait une décision nulle au sens de l'art. 22 LP.

3.1 Aux termes de l'art. 92 al. 1 ch. 9a LP, les rentes au sens de l'art. 50 de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité sont insaisissables. S'il en est ainsi, c'est parce que la Constitution (art. 112 al. 2 let. b Cst.) dispose que ces rentes doivent couvrir les besoins vitaux de manière appropriée (ATF 130 III 400 consid. 3.3.4 p. 405 et les références).

Les rentes en question peuvent néanmoins entrer en ligne de compte dans le calcul d'une saisie de revenus si le débiteur dispose d'autres ressources, car elles s'ajoutent aux revenus relativement saisissables au sens de l'art. 93 al. 1 LP et permettent ainsi d'augmenter la part de revenu saisissable: le débiteur peut en effet subvenir à une partie de son entretien au moyen de la rente insaisissable et n'a plus besoin, le cas échéant, de tout son revenu pour couvrir la part restante du minimum vital (ATF 104 III 38 consid. 1 p. 40; Michel Ochsner, Commentaire romand de la LP, n. 156 ss ad art. 92 LP; P.-R. Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la

poursuite pour dettes et la faillite, n. 189 ad art. 92 LP). L'insaisissabilité instituée par l'art. 92 al. 1 ch. 9a LP a donc seulement pour effet que les rentes concernées ne peuvent pas être saisies; elle ne permet pas au débiteur d'exiger, en plus de ces dernières, la part de son revenu correspondant à son minimum vital (Ochsner, loc. cit., n. 160 ad art. 92 LP).

L'insaisissabilité a encore une autre limite, qui découle de l'interdiction de l'abus de droit, les règles de l'insaisissabilité absolue étant également soumises au principe de la bonne foi (Message concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 8 mai 1991, p. 89). Ainsi, dans l'hypothèse où le poursuivi, créancier de prestations insaisissables, disposerait d'autres sources de revenus localisées à l'étranger, l'interdiction de l'abus de droit le contraindrait à supporter une saisie de ces prestations en principe insaisissables; il en irait de même pour un débiteur qui mènerait un grand train de vie grâce aux revenus ou à la fortune de son conjoint, alors que lui-même ne serait bénéficiaire que de ressources insaisissables selon l'art. 92 al. 1 ch. 9a LP (Ochsner, loc. cit., n. 161 ad art. 92 LP).

3.2 Au vu de ce qui précède, c'est à tort que le recourant se prévaut d'une insaisissabilité absolue «dans tous les cas» et reproche à la cour cantonale d'admettre que le principe de l'insaisissabilité des rentes et prestations visées par l'art. 92 al. 1 ch. 9a LP est limité des deux manières qui viennent d'être évoquées.

3.3 La saisie du rétroactif AI a été confirmée en l'espèce parce que le comportement du recourant a été jugé constitutif d'un abus de droit. La cour cantonale s'est ralliée, sur ce point, à l'avis de l'autorité inférieure de surveillance. (...)

Sur ce point, le recourant n'expose pas en quoi la décision attaquée violerait le droit (art. 42 al. 2 LTF); il se contente d'alléguer des faits sans démontrer que ceux établis par la cour cantonale l'auraient été de façon manifestement inexacte ou en violation du droit (art. 97 al. 1 LTF). (...)

3.4 La cour cantonale s'est demandée si, au regard de l'art. 22 de loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA; RS 830.1), les rentes versées rétroactivement ne devraient pas échapper par principe à l'application de l'art. 92 al. 1 ch. 9a LP. La disposition invoquée prévoit en effet qu'à la différence du droit aux prestations, qui est incessible et ne peut être mis en gage (al. 1), les prestations accordées rétroactivement peuvent, elles, être cédées, notamment à une institution d'aide sociale publique dans la mesure des avances consenties (let. a). La protection accordée par le législateur apparaîtrait ainsi moins forte lorsqu'il s'agit d'un paiement fait à titre rétroactif. La cour cantonale a toutefois laissé la question indécidée, car le recours devait être rejeté pour le motif tiré de l'abus de droit (cf. consid. 3.3 ci-dessus). Cela étant, c'est en vain que le recourant critique la «construction juridique de la Cour intimée relative à l'art. 22 al. 2 LPGA».

## Kantonale Rechtsprechung

### 38). Art. 81 LP, art. 125 ch. 2 CO. – Compensation de créances d'aliments dans la procédure de mainlevée définitive.

*Art. 81 SchKG; Art. 125 Ziffer 2 OR. – Zulässigkeit der Verrechnung von Unterhaltsbeiträgen im definitiven Rechtsöffnungsverfahren.*

*Art. 81 LEF; art. 125 n. 2 CO. – Compensazione di crediti alimentari (contributi di mantenimento) nella procedura di rigetto definitivo dell'opposizione.*

Extrait des considérants:

II. a) Le créancier qui est au bénéfice d'un jugement exécutoire peut requérir du juge la mainlevée définitive de l'opposition (art. 80 al. 1<sup>er</sup> LP).

Lorsque la poursuite est fondée sur un jugement exécutoire rendu par une autorité de la Confédération ou du canton dans lequel la poursuite a lieu, le juge ordonne la mainlevée définitive de l'opposition, à moins que l'opposant ne prouve par titre que la dette a été éteinte ou qu'il a obtenu un sursis postérieurement au jugement, ou qu'il ne se prévale de la prescription (art. 81 al. 1<sup>er</sup> LP).

Constituent notamment des jugements au sens des articles 80 et 81 LP les mesures ordonnées provisoirement par le juge, en particulier les décisions sur les contributions alimentaires pendant le procès en divorce et en séparation de corps (Panchaud et Caprez, La mainlevée d'opposition, § 100).

b) La présente poursuite porte uniquement sur le solde des contributions d'entretien dues par le recourant pour les mois de septembre et d'octobre 2003, à l'exclusion des allocations familiales.

Faisant valoir que le recourant a payé 2200 fr. seulement pour le mois de septembre 2003 et n'a rien versé pour le mois d'octobre 2003, l'intimée réclame un solde de 6100 fr. (8300 fr. – 2200 fr.). Tout en admettant ne pas avoir payé la totalité du montant dû au titre de pension alimentaire pour les mois de septembre et d'octobre 2003, le recourant oppose à l'intimée le fait que, sur l'ensemble de l'année 2003, il lui a payé 49 970 fr., alors que selon l'ordonnance de mesures provisionnelles du 15 juillet 2003, il ne devait lui verser que 49 800 fr. (12 x 4150 fr.).

Selon les pièces figurant au dossier de première instance, il est exact que le recourant a versé à l'intimée un montant total de 49 970 fr. pour l'année 2003, soit 170 fr. de plus que ce qu'il lui devait à titre de pension alimentaire pour cette période en vertu de l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne le 15 juillet 2003. Il convient toutefois de déterminer si le recourant est en droit d'opposer la compensation.

Aux termes du chiffre 2 de l'article 125 CO, les créances d'aliments absolument nécessaires à l'entretien du débiteur et de sa famille ne peuvent

être compensées contre la volonté du créancier. A cet égard, il faut relever que contrairement au texte français, c'est bien l'entretien du créancier et non celui du débiteur qui est visé par cette disposition (Scyboz et Gilliéron, CC & CO annotés, Lausanne 2004, n. ad art. 125 CO, p. 102; Jeandin, Créances impliquant une prestation effective, in Commentaire romand annoté, n. 8 ad art. 125 CO, p. 732). Pour s'opposer à la compensation, le créancier doit établir que la créance d'aliments est absolument nécessaire à son entretien ou à celui de sa famille. Doctrine et jurisprudence retiennent comme critère celui du minimum vital (cf. Jeandin, op. cit., n. 8 ad art. 125 CO). Or, en l'espèce, non seulement l'intimée n'a pas établi que les prestations versées par le recourant étaient absolument nécessaires à son entretien et à celui de ses enfants, mais on doit admettre que la preuve contraire résulte de l'ordonnance de mesures provisionnelles du 15 juillet 2003, dans laquelle le juge a réparti entre les époux la part de leurs revenus qui excède le minimum vital. Sur le principe, le recourant est donc en droit d'opposer la compensation avec les montants qu'il a versés en trop au titre de pension alimentaire pour l'année 2003.

Pour le surplus, bien que le montant de 5520 fr. versé pour le mois de janvier 2003 englobe, par 670 fr., des allocations familiales, il n'en demeure pas moins qu'il résulte des bulletins de salaire produits que le recourant n'a pas touché d'allocations familiales pour les mois de janvier à mai 2003. Il faut par conséquent considérer que tous les versements opérés par le recourant pour l'année 2003 l'ont été au titre de pensions alimentaires, de sorte que la créance de l'intimée fondée sur le solde des pensions dues pour les mois de septembre et d'octobre 2003 a été entièrement éteinte par compensation.

VAUD, Tribunal cantonal, 23 septembre 2004.

### 39). Art. 93, art. 18 et 20a LP. – L'office des poursuites qui détermine le minimum vital jouit d'un large pouvoir d'appréciation. Procédés téméraires et de mauvaise foi des recourants, justifiant que des frais soient mis à leur charge.

*Art. 18, 20a und 93 SchKG. – Bei der Festsetzung des Existenzminimums hat das Betreibungsamt einen grossen Ermessensspielraum. Böswillige und mutwillige Prozessführung rechtfertigen es, dem Beschwerdeführer die Kosten aufzuerlegen.*

*Art. 18, 20a e 93 LEF. – L'ufficio d'esecuzione fruisce di un ampio potere d'apprezzamento nella determinazione del minimo vitale. La temerarietà e la malafede dei ricorrenti giustifica la messa a loro carico delle spese.*

## Extraits des considérants:

3. c) Les recourants critiquent encore la détermination du minimum vital établie par l'office.

L'office détermine la quotité saisissable en se plaçant au moment de l'exécution de la saisie (ATF 108 III 10, JT 1984 II 18, c. 4, p. 20), sur la base des Lignes directrices de la conférence des préposés aux poursuites et faillites du 24 novembre 2000. Ces directives n'ont pas une valeur absolue et les offices des poursuites qui les appliquent jouissent d'un pouvoir d'appréciation étendu pour tenir compte des circonstances de l'espèce.

En l'occurrence, l'office a dans sa décision du 2 août, confirmée le 11 août 2004, arrêté la quotité saisissable sur le salaire de Dame S. (recourante, n.d.r.) à 1869 francs 40, en l'absence de celle-ci qui ne s'est pas présentée à ses convocations. La situation a été revue le 17 août 2004, suite aux renseignements finalement donnés par la recourante. Le calcul du minimum vital effectué à cette date est conforme aux directives et n'apparaît pas critiquable. Les recourants n'apportent guère d'éléments probants pour le contester, se contentant de présenter leurs propres chiffres. On relèvera que les frais de repas pris à l'extérieur, d'électricité et de téléphone sont déjà compris dans la base mensuelle du couple. Quant au loyer pour le leasing de la voiture dont se prévalent les recourants, aucune pièce ne vient établir son existence et son paiement régulier.

Au surplus, il faut relever que bien que la quotité saisissable ait été arrêtée à 1633 fr., l'office n'a imposé qu'une saisie de 1550 francs. Enfin, une révision de la situation doit intervenir en raison du déménagement des recourants.

4. En définitive, les recours ne peuvent être que rejetés et les décisions attaquées confirmées.

5. En vertu de l'article 20a alinéa 1<sup>er</sup> LP, l'amende et la condamnation au paiement des émoluments et débours est possible à l'encontre de la partie qui use de procédés téméraires ou de mauvaise foi. Les frais de l'office et ceux de l'autorité inférieure de surveillance peuvent ainsi être mis à la charge de celui qui dépose des plaintes abusivement. Se verra reprocher un comportement téméraire ou de mauvaise foi celui qui, en violation du devoir d'agir selon la bonne foi – principe aussi applicable en procédure – forme un recours sans avoir d'intérêt concret digne de protection et bien que la situation en fait et en droit soit claire, avant tout pour ralentir la procédure du poursuite (ATF 127 III 178, JT 2001 II 50).

En l'occurrence, ces conditions sont manifestement remplies s'agissant du recours B que les recourants ont déposé en prenant des conclusions nouvelles contre une décision qui admettait leur plainte. Elles le sont également pour le recours A. Les recourants ont en effet contesté l'exécution d'une saisie dans son principe et sa quotité alors même que Dame S. a refusé de répondre aux convocations de l'office qui lui auraient permis d'apporter les renseignements nécessaires pour l'établissement de sa situation. Elle ne s'est pas davantage présentée à l'audience du Président

du Tribunal d'arrondissement qui statuait sur sa plainte et s'est contentée, sans produire de pièces à l'appui, de contester dans sa plainte et son recours le calcul effectué par l'office. Dans ces conditions, il se justifie de mettre à la charge des recourants des frais par 300 francs.

VAUD, Tribunal cantonal, 1<sup>er</sup> décembre 2004.

**40). Art. 93 SchKG. – Lohnpfändung. Berücksichtigung der Wohnkosten im Existenzminimum. Für die Beurteilung der Angemessenheit der Wohnkosten können auch die Kosten für die tägliche Fahrt an den Arbeitsplatz gewürdigt werden.**

*Art. 93 LP. – Saisie de salaire. Prise en compte des frais d'habitation dans le calcul du minimum vital. Les frais de déplacement quotidien jusqu'au lieu de travail peuvent entrer en considération dans l'appréciation de l'adéquation des frais d'habitation.*

*Art. 93 LEF. – Pignoramento di salario. Considerazione dei costi d'abitazione nel computo del minimo vitale. Per la valutazione della congruità delle spese d'abitazione possono essere considerati anche i costi di trasferta per giungere ogni giorno sul posto di lavoro.*

A. Das Betreibungsamt vollzog am 29. März 2006 gegen B. eine Verdienstpfindung. Es ermittelte ein monatliches Existenzminimum des Schuldners von Fr. 3490.– und setzte bei einem monatlichen Einkommen von Fr. 4000.– die pfändbare Quote auf Fr. 510.– fest. Mit Schreiben vom 11. April 2006 wandte sich die Gläubigerin an das Betreibungsamt und verlangte, dass der Mietzins des Schuldners per sofort oder auf den nächsten Kündigungstermin auf maximal Fr. 950.– herabgesetzt werde. Am 8. Mai 2006 teilte das Betreibungsamt der Gläubigerschaft mit, in der Berechnung des Existenzminimums habe man einen monatlichen Mietzins von Fr. 1430.– inkl. Nebenkosten eingesetzt. Dieser Betrag entspreche dem ortsüblichen Mietzinsniveau für eine alleinstehende Person im Bezirk. Das Betreibungsamt lehne daher den Antrag, den Betrag für den Mietzins in der Existenzminimumsberechnung auf den nächsten Kündigungstermin auf höchstens Fr. 950.– festzusetzen, ab.

B. Mit Eingabe vom 15. Mai 2006 gelangte die Gläubigerin an die Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs. Sie liess beantragen, dass das Betreibungsamt per sofort oder auf den nächsten Kündigungstermin den Mietzins des Schuldners auf Fr. 950.– herabsetze. Der aktuelle Mietzins von Fr. 1430.– sei für eine Einzelperson, welche Unterhaltsverpflichtungen gegenüber einer Ehefrau und einem Kind habe, zu

hoch. Man sei überzeugt, dass der Schuldner in der Umgebung seines Arbeitsplatzes eine Wohnung für Fr. 950.– finden könne.

C. Das Betreibungsamt hielt in seiner Vernehmlassung vom 22. Mai 2006 dafür, die Beschwerde sei abzuweisen. Auf Grund des vorgelegten Mietvertrages sei beim Pfändungsvollzug der ausgewiesene Mietzins von monatlich Fr. 1430.– inkl. Nebenkosten berücksichtigt worden. Der Pfändungsbeamte sei davon ausgegangen, dass dieser Betrag den ortsüblichen Ansätzen entspreche. Eine Herabsetzung von Amtes wegen rechtfertige sich angesichts der herrschenden Knappheit an günstigen Wohnungen und der entstehenden Umzugskosten nur, wenn die Wohnkosten unverhältnismässig hoch seien. Ausserdem liege es in der Besonderheit der Sache, dass mit Betreibungsregisterausügen, wie sie der Schuldner bei der Wohnungssuche vorweisen müsse, eine kostengünstigere Wohnung kaum zu erhalten sei. Auch sei zu berücksichtigen, dass der heutige Wohnsitz erst kürzlich, d.h. am 1. März 2006, genommen worden sei.

Aus den Erwägungen:

2. ... Erwerbseinkommen kann gemäss Art. 93 Abs. 1 SchKG soweit gepfändet werden, als es nach dem Ermessen des Betreibungsbeamten für den Schuldner und seine Familie nicht unbedingt notwendig ist. Zu bestimmen ist der tatsächliche, objektive Notbedarf des Schuldners und seiner Familie, nicht etwa der standesgemässe oder gar der gewohnte Bedarf (BGE 119 III 70 E. 3b; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003, § 23 Rz 62). Nur so ist es nämlich möglich, sowohl den Interessen des Schuldners wie des Gläubigers Rechnung zu tragen. Der Grundsatz, dass der von der Lohnpfändung betroffene Schuldner seine Lebenshaltung einschränken und mit dem ihm zugestandenen Existenzminimum auskommen muss, gilt auch in Bezug auf die Wohnkosten. Der Schuldner hat seine Wohnkosten so tief als möglich zu halten. Die effektiv anfallenden Auslagen können nur vollumfänglich berücksichtigt werden, wenn sie der familiären Situation des Schuldners und den ortsüblichen Ansätzen entsprechen (BGE 128 III 337 E. 3b). Dem Schuldner ist allerdings die Möglichkeit zu geben, seine Wohnkosten innert einer angemessenen Frist den für die Berechnung des Notbedarfs massgebenden Verhältnissen anzupassen (BGE 119 III 70 E. 3c; 116 III 15 E. 2d). Nach dem Dafürhalten der Aufsichtsbehörde ist die Rüge der Gläubigerschaft vorliegend in der Tat berechtigt. Dem Pfändungsprotokoll des Betreibungsamtes vom 29. März 2006 lässt sich nämlich entnehmen, dass nicht allein ein Mietzins in der Höhe von Fr. 1430.– eingesetzt wurde, sondern darüber hinaus auch noch Arbeitswegkosten für die Fahrt nach B. von zusätzlich Fr. 500.– berücksichtigt wurden. Die Summe der beiden angeführten Positionen ergibt nahezu Fr. 2000.– und steht damit in einem offensichtlichen Missverhältnis zum Verdienst des Schuldners. Dieser ist daher durch das Betreibungsamt anzuhalten, seine Wohnkosten ab Oktober

2006 nachhaltig zu reduzieren. Der von der Gläubigerschaft genannte Mietzins von Fr. 950.– erscheint der Aufsichtsbehörde den Verhältnissen des Schuldners angemessen. Allein die Tatsache, dass mit Betreibungsregisterausügen, wie sie der Schuldner bei der Wohnungssuche vorzuweisen haben wird, eine günstigere Wohnung nicht leicht zu finden sein wird, rechtfertigt die Beibehaltung der übersetzten Wohnungskosten nicht. Im übrigen erscheint ein Wohnungswechsel auch zumutbar, selbst wenn der heutige Wohnsitz erst im März 2006 begründet wurde. Im Ergebnis ist die Beschwerde daher gutzuheissen und das Betreibungsamt anzuweisen, im Rahmen einer Anpassung der Lohnpfändung ab 1. Oktober 2006 nur mehr einen Betrag von Fr. 950.– für die Wohnkosten des Schuldners zu berücksichtigen.

BASEL-LANDSCHAFT, Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs, 11. Juli 2006.

41). **Art. 93 SchKG. – Einkommenspfändung. Gibt der Schuldner an, über kein Erwerbseinkommen zu verfügen, so hat er dem Betreibungsamt anzugeben und zu belegen, woher und womit er seinen Lebensunterhalt bestreitet. Verfügt der Schuldner über kein nachweisbares Einkommen, so darf weder ein hypothetisches und zumutbares Einkommen noch gar ein Minimalbetrag gepfändet werden.**

*Art. 93 LP. – Saisie de revenus. Le débiteur affirmant ne disposer d'aucun revenu doit indiquer et prouver à l'office des poursuites d'où et comment il se procure les moyens nécessaires à son entretien. Si le débiteur ne dispose d'aucun revenu, il ne peut être saisi à son encontre ni un revenu hypothétique ou présumé pour une activité qu'il devrait pouvoir assumer, ni même un montant minimal.*

*Art. 93 LEF. – Pignoramento di salario. Il debitore che dichiara di non avere alcun reddito deve indicare e dimostrare all'ufficio esecuzione da dove provengano e in che modo si procuri le disponibilità necessarie per il suo sostentamento. Se l'escusso non dispone di alcun reddito dimostrabile, non gli si potrà pignorare né un reddito ipotetico per un'attività esigibile da lui e nemmeno un importo minimo.*

In der Pfändung Nr. 614.017 wurde am 13. Dezember 2006 der Fr. 2000.– übersteigende Teil des zur Auszahlung kommenden Nettolohnes des Schuldners auf die Dauer eines Jahres gepfändet. Es wurde festgehalten, dass der Betreibungsschuldner in einem möblierten Zimmer wohnt und temporär als Sanitärinstallateur arbeitet. Am 5. März 2007 wurde die

Pfändung gemäss Art. 93 Abs. 3 SchKG revidiert. Der Betreuungsschuldner gab beim Betreibungsamt zu Protokoll, seit Mitte 2006 arbeitslos zu sein, aber keine Arbeitslosenentschädigung oder sonstige Ersatzleistung zu beziehen. Er bestreite seinen Lebensunterhalt momentan aus Mitteln von Verwandten. Das Betreibungsamt zeigte mit Verfügung vom 6. März 2007 diese Revision der Betreuungsgläubigerin an. Es erwähnte die vom Betreuungsschuldner gemachten Aussagen und setzte die pfändbare Quote neu auf Fr. 0.– fest.

Mit Beschwerde vom 17. März 2007 begehrt die Gläubigerin, es sei eine Einkommenspfändung in Höhe von mindestens Fr. 100.– zu verfügen. Zur Begründung führt sie im wesentlichen aus, es sei nicht zu akzeptieren, dass der Betreuungsschuldner sich nicht um Arbeit bemühe. Er solle Belege für die Unterstützung durch seine Verwandten vorweisen. Es sei zu befürchten, dass er Schwarzarbeit leiste. Sie könne nicht verstehen, dass die Verwandtschaft des Betreuungsschuldners bereit sei, diesen ausreichend zu unterstützen.

Das Betreibungsamt beantragt Abweisung der Beschwerde.

#### Aus den Erwägungen:

Der Pfändungsbeamte hat im Rahmen der Einkommenspfändung nach Art. 93 SchKG «die tatsächlichen Verhältnisse, die zur Ermittlung des pfändbaren Erwerbseinkommens nötig sind, von Amtes wegen abzuklären» (BGE 119 III 70 E. 1). Zu diesem Zweck führt er mit dem Betreuungsschuldner eine Einvernahme durch. Dabei ist der Betreuungsschuldner verpflichtet, dem Pfändungsbeamten sein Einkommen anzugeben und hierfür Beweise vorzulegen (vgl. BGE 119 III 70 E. 1). Vor der Einvernahme macht der Pfändungsbeamte den Betreuungsschuldner auf seine Wahrheitspflicht sowie unter anderen auf die Strafbestimmungen in Art. 164 Ziff. 1 StGB (Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung) und Art. 323 Ziff. 2 StGB (Ungehorsam des Schuldners in Betreibungs- und Konkursverfahren) aufmerksam (Art. 91 Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 6 SchKG), protokolliert seine Aussagen und lässt sie von ihm unterzeichnen (Formular Nr. 6). Ein Betreuungsschuldner, der einer unselbständigen Erwerbstätigkeit nachgeht, hat zudem den Arbeitsvertrag, die Lohnabrechnungen und, soweit vorhanden, auch den Lohnausweis vorzulegen (vgl. Aufsichtsbehörde des Kantons Neuenburg, B1SchK 1994, S. 18 E. 2b). Bei einer selbständigen Erwerbstätigkeit hat er dem Pfändungsbeamten Einsicht in seine Geschäftsbücher zu gewähren (vgl. Aufsichtsbehörde des Kantons Solothurn, B1SchK 1991, S. 62 E. 3; BGE 112 III 19 E. 2c). Falls der Betreuungsschuldner bei seiner Einvernahme angibt, er sei nicht erwerbstätig, so hat er auch mitzuteilen und zu belegen, woher und womit (z.B. Arbeitslosenentschädigung, Sozialhilfe) er sein Auskommen finanziert (vgl. Aufsichtsbehörde des Kantons Neuenburg, B1SchK 1994, S. 61 E. 2d). Weitere, darüber hinausgehende Nachforschungen, die einen bloss möglichen, einzig auf Vermutungen der

Betreibungsgläubiger beruhenden Verdienst des Betreuungsschuldners zum Gegenstand haben, sind hingegen nicht Sache des Betreibungsamts, sondern der Betreuungsgläubiger selber (vgl. SchKG-Lebrecht, Art. 91 N. 12, S. 890). Falls der Betreuungsschuldner über kein nachweisbares Einkommen verfügen sollte, so kann für ihn weder ein hypothetisches und zumutbares Einkommen noch gar ein Minimalbetrag, wie ihn die Beschwerdeführerin im Umfang von Fr. 100.– vorschlägt, eingesetzt werden (vgl. Kantonsgericht Graubünden, B1SchK 1956, S. 19 E. 1). Die Einkommenspfändung setzt voraus, dass Forderungen aus Einkommen gegenüber einem Arbeitgeber bzw. Kunden bestehen und künftig entstehen werden (vgl. SchKG Vonder Mühl, Art. 93 N. 3, S. 932).

Vorliegend hat der Betreuungsschuldner bei seiner Einvernahme erklärt, er verfüge gegenwärtig über kein Einkommen und werde von seinen Verwandten unterstützt. Mit dieser unter Ermahnung an die Wahrheitspflicht und unter Hinweis auf die Strafbestimmungen gemachten Aussage darf sich jedoch der Pfändungsbeamte nicht begnügen, sondern hat vom Betreuungsschuldner auch Belege – namentlich Zahlungs-, aber auch Steuerbelege – für die erfolgte Verwandtenunterstützung zu verlangen (vgl. Aufsichtsbehörde des Kantons Neuenburg, B1SchK 1994, S. 61 E. 2d). Dies gilt insbesondere bei einem Betreuungsschuldner, der – wie der Beschwerdegegner – im arbeitsfähigen Alter (Jahrgang 1963) steht und gelernter Sanitärinstallateur ist. Da das Betreibungsamt dieser Überprüfungspflicht nicht nachgekommen ist, ist in teilweiser Gutheissung der Beschwerde die Angelegenheit an das Betreibungsamt zurückzuweisen mit der Anweisung, dass es vom Beschwerdegegner den Nachweis darüber verlangt, von welchen Verwandten er welche Unterstützungszahlungen bezieht. Im übrigen erweist sich die Beschwerde jedoch, wie ausgeführt, als unbegründet.

BASEL-STADT, Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt, 2. April 2007.