Mánudaginn 23. ágúst 1999.

Nr. 237/1999. **Kristján Sveinbjörnsson**
(Klemens Eggertsson hdl.)
gegn
Gísla Guðmundssyni
(Pétur Þór Sigurðsson hrl.)

Kærumál. Fjárnám.

Talið var að tilkynning um aðför hefði ekki verið birt G fyrr en að loknum þeim fresti sem sýslumaður hafði ákveðið hæfilegan samkvæmt 1. mgr. 21. gr. laga nr. 90/1989 um aðför. Var því staðfestur úrskurður héraðsdóms um að fella úr gildi fjárnám hjá G.

Dómur Hæstaréttar.

Mál þetta dæma hæstaréttardómararnir Garðar Gíslason, Arnljótur Björnsson og Markús Sigurbjörnsson.

Sóknaraðili skaut málinu til Hæstaréttar með kæru 8. júní 1999, sem barst réttinum ásamt kærumálsgögnum 14. sama mánaðar. Kærður er úrskurður Héraðsdóms Reykjavíkur 8. júní 1999, þar sem fellt var úr gildi fjárnám, sem sýslumaðurinn í Reykjavík gerði hjá varnaraðila 4. mars 1999 að kröfu sóknaraðila. Kæruheimild er í 3. mgr. 95. gr. laga nr. 90/1989 um aðför, sbr. 102. gr. laga nr. 92/1991. Sóknaraðili krefst þess að fyrrnefnt fjárnám verði staðfest. Hann krefst einnig málskostnaðar í héraði og kærumálskostnaðar.

Varnaraðili krefst þess að úrskurður héraðsdóms verði staðfestur um annað en málskostnað, sem sóknaraðili verði dæmdur til að greiða ásamt kærumálskostnaði.

Tilkynning sýslumanns um að beiðni sóknaraðila um aðför yrði tekin fyrir 4. mars 1999 var birt á lögheimili varnaraðila að kvöldi 2. sama mánaðar. Af gögnum málsins verður ráðið að sýslumaður hafi ákveðið að birta yrði tilkynninguna í síðasta lagi 28. febrúar sama árs. Var tilkynningin því ekki birt fyrr en að liðnum þeim fresti, sem sýslumaður hafði ákveðið hæfilegan samkvæmt 1. mgr. 21. gr. laga nr. 90/1989. Af þessum sökum var sýslumanni ekki rétt að gera fjárnám hjá varnaraðila 4. mars 1999 að honum fjarstöddum. Samkvæmt þessu verður hinn

kærði úrskurður staðfestur, þar á meðal um málskostnað, enda hefur varnaraðili ekki kært úrskurðinn fyrir sitt leyti.

Sóknaraðili verður dæmdur til að greiða varnaraðila kærumálskostnað, eins og í dómsorði greinir.

D ó m s o r ð :

Hinn kærði úrskurður er staðfestur.

Sóknaraðili, Kristján Sveinbjörnsson, greiði varnaraðila, Gísla Guðmundssyni, 75.000 krónur í kærumálskostnað.

Úrskurður Héraðsdóms Reykjavíkur 8. júní 1999.

Málsaðilar eru gerðarbeiðandi: Gísli Guðmundsson, kt. 191153-4729, með lögheimili að Flúðaseli 91, Reykjavík.

Gerðarþoli: Kristján Sveinbjörnsson, kt. 190658-3179, Miðskógum 6, Bessastaðahreppi.

Vísað verður eftirleiðis til gerðarbeiðanda sem sóknaraðila, en gerðarþola sem varnaraðila.

Mál þetta barst Héraðsdómi Reykjavíkur með bréfi lögmanns sóknaraðila, dags. 28. apríl sl. Engin gögn fylgdu bréfinu og endurnýjaði lögmaðurinn því beiðni sína með bréfi dags. 4. maí sl. og afhenti með henni tilskilin gögn. Bréfið var móttekið hér í dómi 5 sama mánaðar.

Málið var tekið til úrskurðar 31. maí sl. að afloknum munnlegum málflutningi.

Dómkröfur.

Dómkröfur sóknaraðila eru þær, að fellt verði úr gildi fjárnám það, sem sýslumaðurinn í Reykjavík gerði hjá sóknaraðila þann 4. mars 1999 að kröfu varnaraðila í „Innistæðu bankabókar kr. 5.303.140 í vörslu og á nafni Bessastaðahrepps en eign sóknaraðila, sem sé verktrygging skv. 5. gr. verksamnings dags. 19. september 1998 um stækkun leikskólans Krakkakots Bessastaðahreppi."

Þá krefst sóknaraðili málskostnaðar að skaðlausu úr hendi varnaraðila.

Varnaraðili krefst þess aftur á móti, að framangreind fjárnámsgerð verði staðfest með dómi. Auk þess gerir varnaraðili kröfu til þess að sóknaraðila verði gert að greiða honum málskostnað að mati réttarins.

Málavextir, málsástæður og lagarök.

Hinn 23. nóvember 1998 var tekið fyrir hjá sýslumanninum í Reykjavík aðfararmál á hendur sóknaraðila að kröfu varnaraðila. Málinu var frestað til 25. sama

mánaðar vegna mótmæla sóknaraðila. Við fyrirtöku málsins þann dag var fallist á mótmæli sóknaraðila og fór gerðin því ekki fram. Í endurriti úr gerðarbók sýslumannsins í Reykjavík varðandi aðfarargerð þessa segir svo: „Sú ákvörðun er kynnt að fallist er á þau mótmæli gerðarþola (sóknaraðila hér, innskot dómara) við framgangi gerðarinnar er byggjast á því að framlagður dómur hafi aldrei verið birtur eins og áskilið er í dómsorði. Gerðin fer því ekki fram.“ Varnaraðili skaut þessari ákvörðun starfsmanns sýslumanns til úrlausnar Héraðsdóms Reykjavíkur. Héraðsdómur felldi úrskurð í málinu 12. febrúar sl. og ógilti ákvörðun sýslumanns og lagði fyrir hann að láta aðförina fara fram. Sóknaraðili kærði úrskurðinn til Hæstaréttar, sem staðfesti hann með dómi uppkveðnum 17. mars sl. í hæstaréttarmáli nr. 97/1999. Varnaraðili krafðist þess í kjölfar úrskurðar héraðsdóms, að fjárnám yrði gert hjá sóknaraðila (bréf dags. 12. febrúar sl.). Fyrir liggur í málinu birtingarvottorð frá sýslumanninum í Reykjavík. Þar er sama málanúmer tilgreint og skráð er á aðfarargerð þá, sem fram fór hinn 25. nóvember á síðasta ári. Fram kemur á birtingarvottorðinu, að síðasti birtingardagur sé 28.02.1999. Gísli Guðmundsson, kt. 191153-4729, Marklandi 8, Reykjavík, er tilgreindur sem viðtakandi. Þar er þess einnig getið, að birt sé fyrir Hákoni Magnússyni á lögheimili Gísla þriðjudaginn 2. mars 1999 kl. 21.16 að Flúðaseli 91, Reykjavík, áður Marklandi 8. Afrit boðunarbréfsins, sem birt var fyrir sóknaraðila, er ekki tiltækt, samkvæmt upplýsingum þess fulltrúa sýslumanns, sem annaðist boðunina og framkvæmdi fjárnámsgerðina.

Fjárnám var gert hjá sóknaraðila hinn 4. mars sl. kl. 11.00 árdegis. Í gerðarbók sýslumannsins í Reykjavík er eftirfarandi bókað við fjárnámsgerðina.: „Af hálfu gerðarþola er enginn mættur. Skilyrðum 1. mgr. 24. gr. laga nr. 90/1989 er fullnægt til að gerðin fari fram, þótt ekki sé mætt fyrir gerðarþola. Að ábendingu gerðarbeiðanda, er hér með gert fjárnám fyrir kröfum gerðarbeiðanda í: Innistæðu bankabókar kr. 5.303.140,- í vörslu og á nafni Bessastaðahrepps en eign gerðarþola og er verktrygging skv. 5. gr. verksamnings dags. 19. september 1998 um stækkun leikskólans Krakkakots Bessastaðahreppi. Sýslumaður mun tilkynna gerðarþola um fjárnámið og þýðingu þess.“

Sóknaraðila þessa máls var samdægurs tilkynnt um gerðina og þýðingu hennar með bréfi, sem sent var að Marklandi 8, Reykjavík.

Málsástæður og lagarök.

Sóknaraðili:

Sóknaraðili byggir fyrst og fremst á því, að sýslumanni hafi verið óheimilt að láta fjárnámið fara fram þann 4. mars sl. í fjarveru hans, þar sem lagaskilyrði fyrir því hafi ekki verið fyrir hendi.

Sóknaraðili hafi ekki fengið tilkynningu um fyrirtöku fjárnámsgerðarinnar.

Þrennt verði að hafa í huga við mat á því, hvort gerðin hafi mátt fara fram.

Í fyrsta lagi verði að líta til þess, hvort tilkynning til sóknaraðila um fyrirtökuna hafi verið í samræmi við ákvæði 1. mgr. 21. gr. aðfararlaga nr. 90/1989. Í birtingarvottorði á dskj. nr. 10 komi fram, að það sé vegna birtingar á „Boðun". Í vottorðinu sé við „viðtakandi" tilgreint nafn sóknaraðila. Í vottorðinu sé ekkert nánar tilgreint um boðunina. Af birtingarvottorðinu, sem undirritað sé af stefnuvotti, verði þó ráðið að einhvers konar „Boðun" hafi verið birt. Við fyrirtökuna hjá sýslumanni 4. mars sl. hafi ekki legið frammi afrit boðunarbréfsins, enda sé það ekki til. Eðli málsins samkvæmt verði að gera sömu kröfur um framkvæmd birtingar tilkynningar af framangreindu tagi og um framkvæmd stefnubirtingar samkvæmt ákvæðum XIII. kafla laga nr. 91/1991. Með vísan til þessa er því engin sönnun þess, að fullnægjandi tilkynning hafi verið birt og þegar af þeirri ástæðu hafi gerðin ekki mátt fara fram.

Í öðru lagi verði að huga að því, hvar birtingin hafi farið fram. Sérstök ástæða sé til að benda á, að heimilisfang sóknaraðila sé tilgreint Markland 8 í Reykjavík í aðfararbeiðni, endurriti úr gerðarbók, úrskurði héraðsdómara, í bréfi lögmanns varnaraðila til sýslumannsins í Reykjavík og í tilkynningu frá sýslumanni um að aðför hafi farið fram. Í birtingarvottorði um boðun sýslumanns til fjárnámsins í nóvember 1998 hafi heimilisfang sóknaraðila einnig verið tilgreint að Marklandi 8 í Reykjavík, enda hafi lögheimili hans verið þar frá maí og fram í desember 1998, en áður hafi hann verið búsettur að Flúðaseli 91 í Reykjavík. Við flutninginn í Markland hafi hann breytt um póstfang og símanúmer. Það hafi hann hins vegar ekki gert, þegar hann flutti þaðan, enda hafi hann beðið systkini sambýliskonu sinnar, sem þar búi, að taka við pósti og fylgjast með mannaferðum. Í birtingarvottorðinu, sbr. dskj. nr. 10, tilgreini sýslumaður heimilisfang sóknaraðila að Marklandi 10, en birting hafi þó farið fram 2. mars 1999 að Flúðaseli 91, sem stefnuvottur tilgreini sem lögheimili hans. Með vísan til þessa hafi sóknaraðili mátt treysta því, að tilkynning um nýja fyrirtöku máls í kjölfar úrskurðar héraðsdóms bærist að Marklandi 8 og birting annars staðar hafi því verið ófullnægjandi.

Í þriðja lagi vísar sóknaraðili til þess, verði ekki fallist á framangreind sjónarmið, að honum hafi ekki verið tilkynnt um fyrirtöku málsins með nægilegum fyrirvara. Birtingarvottorðið beri með sér, að birting hafi átt sér stað að kvöldi þriðjudagsins 2. mars sl. en fjárnámið hafi síðan verið gert að morgni fimmtudagsins 4. mars sl. Fyrirvarinn hafi því aðeins verið einn dagur, sem augljóslega sé allt of skammur og því ekki hæfilegur. Til stuðnings þessa megi vísa til þess, að í birtingarvottorðinu sjálfu hafi sýslumaður tilgreint 28. febrúar 1999 sem síðasta birtingardag og því gert ráð fyrir þriggja daga fyrirvara, sem hann hafi þar metið hæfilegan.

Sóknaraðili byggir einnig á því, að tilgreining andlagsins sé svo ónákvæm, að í bága fari við 51. gr. aðfararlaga. Af hans hálfu sé hvorki kannast við bankabók

með innistæðu að fjárhæð kr. 5.303.140 né verksamning, sem vísað sé til og dags. sé 19. september 1998. Verði ekki fallist á þessi sjónarmið, sé því við að bæta, að augljóslega hafi verið mun meira tekið fjárnámi en nægt hafi til fullnustu kröfu varnaraðila.

Loks er á því byggt af hálfu sóknaraðila, að hann hafi engan rétt átt til þess andlags, sem fjárnámið hafi verið gert í, þegar það fór fram. Bankabókin hafi verið í vörslu þriðja aðila, Bessastaðahrepps, og auk þess á nafni hreppsins og sóknaraðili hafi ekkert tilkall átt til innistæðu bókarinnar.

Varnaraðili:

Varnaraðili mótmælir þeirri fullyrðingu sóknaraðila, að honum hafi ekki verið tilkynnt með hæfilegum fyrirvara um aðfararbeiðni varnaraðila og hvar og hvenær aðför átti að hefjast í samræmi við 21. gr. aðfararlaga.

Birtingarvottorð stefnuvotts liggi fyrir í málinu, þar sem fram komi, að boðunarbréf sýslumannsins í Reykjavík hafi verið birt á lögheimili sóknaraðila að Flúðaseli 91 í Reykjavík, þann 2. mars sl. kl. 21.16.

Birtingarvottorð sé opinbert vottorð og teljist því rétt, þar til annað hafi verið leitt í ljós, sbr. 3. mgr. 71. gr. laga nr. 91/1991 (eml.) um meðferð einkamála.

Sóknaraðili hafi ekki getað sýnt fram á, að efni birtingarvottorðsins sé rangt. Það sé í samræmi við 3. mgr. 85 gr. eml. og því sé birtingin lögmæt skv. a-lið 1. mgr. 83. gr. sömu laga, en í greinargerð með frumvarpi aðfararlaga segi um 21. gr. að fara beri eftir ákvæði XIII. kafla laga nr. 90/1991 eftir því sem við á.

Þá hafi sá fyrirvari, sem sóknaraðila hafi verið gefinn, verið vel rúmur.

Ennfremur mótmælir varnaraðili þeirri málsástæðu sóknaraðila, að andlag sé ekki nægilega tilgreint. Lýst sé innistæðu bankabókarinnar með tilvísun í tiltekinn verksamning, sem lagður sé fram í málinu sem dskj. nr. 18. Sóknaraðili sé eigandi þeirrar fjárhæðar sem bókin hafi að geyma, samkvæmt skýrum ákvæðum verksamningsins, en þar komi fram, að sóknaraðili hafi sett innistæðu bókarinnar sem verktryggingu fyrir verkkaupa, þannig að einungis réttmætar kröfu samkvæmt verksamningnum myndu ganga framar kröfu varnaraðila.

Forsendur og niðurstaða.

Fyrir liggur í málskjölum, að lögheimili sóknaraðila var að Flúðaseli 91 í Reykjavík, þegar birting átti sér stað 2. mars sl. Lögmaður sóknaraðila staðfesti að svo hafi verið við munnlegan flutning málsins.

Í greinargerð, sem fylgdi frumvarpi að aðfararlögum nr. 90/1989, er þess getið í skýringum við 21. gr. frumvarpsins, að haga skuli birtingu boðunar um fyrirhugaða aðför í samræmi við reglur VIII. kafla þágildandi laga um meðferð einkamála nr. 85/1936, en sá kafli laganna fjallar m.a. um tilhögun og framkvæmd stefnubirtingar. Reglur núgildandi laga nr. 91/1991 svara í meginatriðum til eldri reglna um þetta efni. Í 95. gr. eldri laga um meðferð einkamála segir að stefnu

megi birta á lögheimili stefnds, skrifstofu hans eða vinnustofu. Með vísan til þessa ákvæðis, svo og til 2. tl. og 3. tl. 85. gr. núgildandi einkamálalaga, verður að telja, að birtingin, sem átti sér stað á skráðu lögheimili sóknaraðila hinn 2. mars sl., hafi farið fram að réttum hætti.

Eins og áður er getið, liggur boðunarbréf það, sem birt var fyrir sóknaraðila hinn 2. mars sl., ekki fyrir í málinu. Því er haldið fram af hálfu sóknaraðila, að sá annmarki einn við framkvæmd fjárnámsgerðarinnar eigi að varða ógildingu hennar, þar sem óljóst sé hvers efnis boðunarbréfið var og hvenær sóknaraðili skyldi mæta til fjárnámsins. Varnaraðili eigi sönnunarbyrðina um þetta atriði.

Í framlögðu bréfi Sturlu Friðrikssonar, starfsmanns sýslumannsins í Reykjavík, sem annaðist boðun sóknaraðila og framkvæmdi umrætt fjárnám, til lögmanns sóknaraðila, dags. 11. maí sl., segir m.a. svo: „Það staðfestist hér með að hjá sýslumannsembættinu í Reykjavík er ekki til afrit af boðunarbréfi því sem birt var gerðarþola í ofangreindu máli. Boðunarbréf sem embættið sendir gerðarþolum er í stöðluðu formi. Texti þeirra er alltaf sé sami að öðru leyti en því að fjárhæð kröfu gerðarbeiðanda er sett inn í textann ásamt tímasetningu fyrirhugaðrar fyrirtöku. Boðanir eru unnar í tölvukerfi embættisins og prentar það eitt eintak af boðunarbréfi. Um leið skráist fyrirtökutíminn í tölvukerfið". Sýnishorn boðunarbréfs liggur frammi í málinu. Af því má ráða, að fylla þarf í staðlað form bréfsins; mánaðardag, vikudag og hvenær dags fjárnám skuli fara fram, svo og fjárhæð þá, sem tryggja skal með fjárnáminu. Enda þótt sú aðferð, sem viðhöfð er hjá sýslumannsembættinu í Reykjavík og lýst er í bréfi Sturlu Friðrikssonar, ætti að veita tryggingu fyrir því, að samræmi sé í milli tímaskráningar í boðun og hvenær mál skuli tekið fyrir, er ekki loku fyrir það skotið, að mistök geti átt sér stað og þá er afrit boðunarbréfsins eina heimildin fyrir því, hvers efnis frumrit þess hafi verið. Varnaraðili hefur sönnunarbyrðina fyrir því hér.

Þá ber að líta til þess, hvort birtingarfrestur hafi verið hæfilegur í skilningi 21. gr. aðfararlaga.

Eins og áður er getið, fór birting boðunarinnar fram 2. mars sl. kl. 21.16, en fjárnámið var tekið fyrir 4. sama mánaðar kl. 11.00 árdegis. Í birtingarvottorði segir, að birt sé fyrir Hákoni Magnússyni á lögheimili Gísla. Ekkert er getið um tengsl Hákonar við sóknaraðila, hvort hann var búsettur að Flúðaseli 91, eða hittist þar fyrir. Fram kemur ennfremur í birtingarvottorðinu að síðasti birtingardagur þess sé 28. febrúar 1999. Af því má ráða, að það hafi verið mat Sturlu Friðrikssonar, sem getið er á birtingarvottorðinu og sendi það til birtingar, að fjórir dagar teldust hæfilegur birtingarfrestur fyrir sóknaraðila. Í birtingarvottorði, sem birt var fyrir sóknaraðila 17. nóvember 1998, þegar varnaraðili krafðist fyrst fjárnáms hjá sóknaraðila, er síðasti birtingardagur tilgreindur 18. sama mánaðar en fyrirtaka fjárnámsins átti sér stað 23. sama mánaðar.

Sé í fyrsta lagi litið til þess, að boðunin 2. mars sl. var ekki birt fyrir sóknar-

aðila sjálfum heldur ótilgreindum Hákoni Magnússyni, í öðru lagi til hins skamma boðunarfrests og loks til þess, að sóknaraðili hafði á fyrri stigum varist með hörku fjárnámsaðgerðum varnaraðila, mátti varnaraðila og áðurnefndum starfsmanni sýslumannsins í Reykjavík vera ljóst, að sóknaraðili hefði að líkindum ekki fengið vitneskju um fyrirhugað fjárnám. Skilyrðum 1. mgr. 24. gr. aðfararlaga var því ekki fullnægt.

Með vísan til þess, sem að framan er rakið, ber að fallast á kröfu sóknaraðila og fella úr gildi fjárnám það, sem sýslumaður gerði hinn 4. mars 1999 að kröfu varnaraðila í „Innistæðu bankabókar kr. 5.303.140 í vörslu og á nafni Bessastaðahrepps en eign sóknaraðila, sem sé verktrygging skv. 5. gr. verksamnings dags. 19. september 1998 um stækkun leikskólans Krakkakots Bessastaðahreppi."

Ástæðulaust er því að taka frekar afstöðu til annarra málsástæðna sóknaraðila.

Rétt þykir, eins og mál þetta er vaxið, að hvor málsaðili beri sinn kostnað af málinu.

Skúli J. Pálmason kvað upp þennan úrskurð.

Úrskurðarorð:

Fellt er úr gildi fjárnám, sem sýslumaðurinn í Reykjavík gerði hinn 4. mars 1999, að kröfu varnaraðila, Kristjáns Sveinbjörnssonar, hjá sóknaraðila, Gísla Guðmundssyni, þar sem fjárnám var gert í „Innistæðu bankabókar kr. 5.303.140 í vörslu og á nafni Bessastaðahrepps en eign sóknaraðila, sem sé verktrygging skv. 5. gr. verksamnings dags. 19. september 1998 um stækkun leikskólans Krakkakots Bessastaðahreppi."

Málskostnaður fellur niður.