

Der Text zum „allgemeine Teil“ wird in der letzten Semesterwoche ins Netz gestellt.

# SchK-Beschwerdeverfahren

---

Übungen im  
Zivilverfahrensrecht   
HS 2011

Prof. Dr. I. Jent-Sørensen

## Bundesrecht und kantonales Recht

---

- SchKG ist hauptsächlich Bundesrecht
- Verweise auf kantonales Recht, z.B. in SchKG 1 II & III, 2 V, 3, 13 I & II, 20a III, 23, 24, 26, 27 ...
- Kt. ZH 
  - EG SchKG 17, 18 (LS 281)
  - Verweis auf GOG 82 - 84

## Organisation im Kanton ZH (EG SchKG 17 f.)

- SchKG 13: eine oder zwei Beschwerdeinstanzen
- ZH: EG SchKG 17 f. 
  - untere Aufsichtsbehörde: Bezirksgerichte
  - obere Aufsichtsbehörde: Obergericht
- Aufgaben 
  - **rechtliche Aufsicht: Beschwerden nach SchKG 17 f., GOG 83 f. (Thema dieser Übungen)**
  - administrative-betriebstechnische Aufsicht (SchKG 14 I)
  - Disziplinalgewalt (SchKG 14 II)

3

## SchK-Beschwerde - Gerichtsverfahren im Rahmen von SchK-Verfahren

- SchK-Beschwerde (SchKG 17 f.) durch Bezirksgericht und zweitinstanzlich durch Obergericht (EG SchKG 17 f.)
- SchK-Gerichtsverfahren hauptsächlich durch Einzelgericht (GOG 24 lit. b, c), gegebenenfalls auch Bezirksgericht (GOG 19, z.B. SchKG 83 II) und zweitinstanzlich Obergericht (GOG 48)
- Abgrenzung: Keine Beschwerde zulässig, wenn gerichtliche Klage vorgeschrieben (SchKG 17 I)
- Abgrenzungskriterium: für formelle Fragen SchK-Beschwerde - für materiellrechtliche Frage (Bestand von Forderungen, Fälligkeiten, Höhe und Dauer der Zinsen, Legitimation, Eigentum an gepfändeten Gegenständen etc.) Gerichtsverfahren

4

## Beschwerdeobjekte (SchKG 17)

- Verfügung (SchKG 17 I) von Betreibungsamt, Konkursamt etc. 
  - Verfügung = behördliche Anordnung in einem konkreten SchK-Verfahren auf Grund zwangsvollstreckungsrechtlicher Erlasse und in Ausübung amtlicher Funktion; bringt Verfahren voran und hat Aussenwirkung
- Rechtsverzögerung (SchKG 17 III)
- Rechtsverweigerung (SchKG 17 III) 
  - Ausdrückliche Weigerung ist eine Verfügung 
    - 
    -

5

## Instanzenzug (SchKG 17-19, BGG 72 II lit. a)

- Verfügung/Verweigerung/Verzögerung durch Betreibungsamt etc.
- untere Aufsichtsbehörde (Kt. ZH): Bezirksgericht
- obere Aufsichtsbehörde (Kt. ZH): Obergericht
- Schweizerisches Bundesgericht

6

## Beschwerdegründe

- vor der **unteren Aufsichtsbehörde** (SchKG 17, EG SchKG 17, GOG:
  - Gesetzesverletzung (Rechtsverletzung) inkl. Ermessensmissbrauch und Ermessensüberschreitung
  - Angemessenheit
  - Unrichtige Sachverhaltsfeststellung ist nicht erwähnt
- vor der **oberen Aufsichtsbehörde** (SchKG 18, EG SchKG 18, GOG 84, ZPO 320)
  - Unrichtige Rechtsanwendung
  - Offensichtlich unrichtiger Sachverhalt
  - Angemessenheit
- vor Bundesgericht (SchKG 19, BGG 95 ff.)
  - Rechtsverletzung (ausser „gewöhnliches“ kantonales Recht
  - Offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts
  - Keine Prüfung der Angemessenheit (vgl. aSchKG 19)

## Beschwerdefrist

- bei Verfügungen 
  - an das Bezirksgericht: 10 Tage (SchKG 17 II)
  - an das Obergericht: 10 Tage (SchKG 18 I)
  - an das Bundesgericht: 10 Tage (BGG 100 I lit. a)
- bei Rechtsverweigerung/-verzögerung 
  - jederzeit, solange der Zustand andauert (SchKG 17 III, 18 II, BGG 100 VII)
- bei Nichtigkeit (SchKG 22) 
  - Weil die Nichtigkeit von Amtes wegen festgestellt werden muss, muss zur Geltendmachung keine Frist eingehalten werden

## Verfahrensrecht

---

- SchKG 20a II: 
  - Hinweis auf Funktion, Feststellung Sachverhalt v.A.w., Dispositionsmaxime, Begründung, Rechtsmittelbelehrung, schriftliche Mitteilung, Kostenlosigkeit
- Weitere SchK-Bestimmungen 
  - z.B. Fristen (31 f.), Wiederherstellung (33), aufschiebende Wirkung (36) etc.
- Kantonales Recht (SchKG 20a III), Kt. ZH 
  - untere AB Kt ZH: ZPO
  - obere AB Kt ZH: ZPO 319 ff.
  - 
  -

## Frage 1

- Kein gerichtliches Verfahren
- Beschwerdeverfahren (formelle betreibungsrechtliche Frage)
- Keine Rechtsverweigerung, sondern verweigerte Verfügung
- Beschwerdefrist: 10 Tage
- SchKG 68: Amtshandlung kann unterbleiben, bis der Kostenvorschuss geleistet ist
- Beschwerde ist abzuweisen

10

Einen gerichtlichen Weg zur Klärung der Frage durch den Richter i.S.v. Art. 17 Abs. 1 i.V.m. Art. 23 SchKG gibt es nicht. Wer weiss, was der gerichtlichen Überprüfung unterliegt – was das ist, ergibt sich aus dem SchKG – sieht dies natürlich sofort. Es gibt jedoch ein recht zuverlässiges Kriterium, welche Materien der Gesetzgeber der gerichtlichen Erledigung zugewiesen hat: Es sind dies die ganz allgemein jeden Fragen, bei denen über den materiellrechtlichen Forderungsbestand zwischen den Beteiligungsparteien entschieden werden muss. Ausserdem ist auch ein gerichtlicher Entscheid erforderlich, wenn es um die Frage geht, ob materielle Rechte Dritter verletzt sind. Soweit es sich um das Beschwerdeverfahren als solches – um formelle Fragen – handelt, sind sie nicht vom (Zivil-)Richter, sondern von den SchK-Aufsichtsbehörden zu beurteilen. Ob im Beschwerdeverfahren ein Kostenvorschuss zu leisten ist, ist eine verfahrensrechtliche Frage und gehört zur letztgenannten Kategorie.

Zum Beschwerdeobjekt: Die schriftliche Mitteilung an die Gläubigerin, dass das Amt das Beschwerdeverfahren erst einleite, wenn der Kostenvorschuss eingegangen sei, ist keine Rechtsverweigerung – das wäre zu prüfen, wenn das Amt einfach nichts machen würde – sondern muss m.E. als eine Verweigerung zur Vornahme einer Verfügung qualifiziert werden (die Einleitung der Beschwerde mittels Zustellung eines Zahlungsbefehls ist eine Verfügung). Damit ist das Beschwerdeobjekt „Verfügung“ gegeben. Der Gläubiger müsste nun allerdings einen Beschwerdegrund haben. Hier käme insbesondere eine Rechtsverletzung in Frage, wenn das Amt etwas nicht tut, was es tun müsste. Eine solche Rechtsverletzung liegt hier

allerdings nicht vor, weil der Gläubiger nach Art. 68 Abs. 1 SchKG die Betreuungskosten vorschüssen muss und das Amt, wenn der Vorschuss nicht geleistet wird, die betreffende Amtshandlung einstweilen unterlassen kann. Damit fehlt es an einer Rechtsverletzung und das Amt hat sich gesetzeskonform verhalten. Würde G eine Beschwerde beim zuständigen Bezirksgericht erheben, müsste dieses die Beschwerde abweisen.

## Frage 2

- Zahlungsbefehl = Verfügung (Aufforderung zur Zahlung)
- keine formelle Beanstandung; Bestand der Schuld ist materiellrechtliche Frage
- Zuständig ist das Gericht, wenn Rechtsvorschlag erhoben wurde (Rechtsöffnung, ordentlicher Zivilprozess)
- Auf Beschwerde würde nicht eingetreten (Unzuständigkeit)

11

Der Zahlungsbefehl ist eine Verfügung des Betreibungsamtes, indem der Schuldner damit aufgefordert wird, den in Betreuung gesetzten Betrag zu bezahlen, ansonsten die Betreuung weitergehe und es zur Zwangsvollstreckung komme, oder dass er Rechtsvorschlag (Art. 74 SchKG) erheben könne. Das Kriterium „Verfügung“ wäre damit gegeben. Hingegen ist hier zunächst zu schauen, was an dieser Verfügung „Zahlungsbefehl“ beanstandet wird. Ein Zahlungsbefehl kann Anlass zu formellen Beanstandungen geben. Der Schuldner kann aber auch die Klärung der materiellen Rechtslage verlangen wollen. Hier will der Schuldner geltend machen, er schulde nichts, was eine materiellrechtliche Frage ist. Der Fortgang der Betreuung wird durch Erhebung des Rechtsvorschlages gestoppt und der Gläubiger muss den Richter anrufen, wenn er die Betreuung fortführen will (Rechtsöffnungsverfahren, ordentlicher Zivilprozess, wenn kein Rechtsöffnungstitel gegeben). Würde der Schuldner die Forderungsbestreitung mit Beschwerde bei der unteren kantonalen Aufsichtsbehörde (Bezirksgericht) geltend machen, so würde diese darauf nicht eintreten, weil sie für die Klärung materiellrechtlicher Fragen nicht zuständig ist.

### Frage 3

- Zahlungsbefehl ist Verfügung
- Bestand der Schuld ist materiellrechtliche Frage
- Betreibung aus Rache, Schikane etc. ist Rechtsmissbrauch
- Rechtsmissbrauch führt zu Nichtigkeit
- Nichtigkeit kann (auch) im Beschwerdeverfahren (als Verfahrensmangel) geltend gemacht werden
- Beschwerde wird gegebenenfalls gutgeheissen

12

Zur Beantwortung dieser Frage kann man an sich ohne weiteres auf Frage 2 Bezug nehmen. Ob Richter S 2 dem Gläubiger G2 150 Mio. als Schadenersatz schuldet, ist eine materiellrechtliche Frage, die von den Gerichten beantwortet werden kann und muss. S2 kann sich also damit begnügen, Rechtsvorschlag zu erheben und zu warten, ob G2 einen Prozess einleitet. Zu bedenken ist aber, dass – trotz Erhebung des Rechtsvorschlages – der Eintrag im Betreibungsregister (Art. 8 und Art. 8a SchKG) bleibt, was die Kreditwürdigkeit von S2 tangiert. Um die Betreibung gemäss Art. 8a SchKG „löschen“ zu lassen (Art. 8a Abs. 3 SchKG), braucht es die Aufhebung der Betreibung. Diesbezüglich geschieht nicht, wenn S2 Rechtsvorschlag erhebt und sonst nichts unternimmt.

Der gerichtliche Weg im Sinne von Art. 17 Abs. 1 SchKG ist damit zweifellos gegeben. Nun gibt es im vorliegenden Fall aber eine gewisse Doppelspurigkeit, der ausnahmsweise die Möglichkeit einer Anfechtung mit SchK-Beschwerde ermöglicht. Dieses „Ventil“, das beide Wege zulässt, ist der Rechtsmissbrauch i.S.v. Art. 2 ZGB. Rechtsmissbrauch kann im Zivilprozess geltend gemacht werden, es kann jedoch auch geltend gemacht werden, es liege verfahrensrechtlich eine rechtsmissbräuchliche (und damit nichtige) Betreibung vor (vgl. BSK SchKG 1-Wüthrich/Schoch, N. 15 ff. zu Art. 69 ZGB; 115 III 18 f.). Das ist dann der Fall, wenn mit der Betreibung offensichtlich Ziele verfolgt werden, die nicht das Geringste mit der Zwangsvollstreckung zu tun haben, nämlich Kreditschädigung, Bedrängung, Zermürbung oder Schikane des Betriebenen. Wird in solchen Fällen trotzdem ein Zahlungsbefehl ausgestellt, so ist dies eben auch ein Verfahrensmangel und dagegen kann Beschwerde bei der



unteren Aufsichtsbehörde (Bezirksgericht) geführt werden. Anzumerken ist, dass es für den Betreibungsbeamten häufig sehr schwierig sein wird, ein Betreibungsbegehren wegen Rechtsmissbrauchs zurückzuweisen, weil er auf ein korrekt gestelltes Betreibungsbegehren hin – ohne materielle Prüfung – den Zahlungsbefehl ausstellen muss. Grundsätzlich muss aber das Betreibungsbegehren Angaben zur Forderungsurkunde enthalten oder – wenn es eine solche Urkunde nicht gibt – den Grund der Forderung (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG) nennen. Der Hinweis „Schadenersatz“ ist nicht genügend, sondern es wäre zumindest eine Präzisierung, um welches Schadensereignis es sich handelt (Art des Schadens, Datum) erforderlich. Das Betreibungsamt müsste ein Betreibungsbegehren mit einer derart rudimentären Angabe zurückweisen. Dagegen könnte dann der Gläubiger (erfolglos) Beschwerde führen.

Wird ein Zahlungsbefehl ausgestellt und erhebt S2 dagegen Beschwerde, so wird er es relativ einfach haben, im Beschwerdeverfahren zu gewinnen. Im Kanton Zürich ist nach dem Haftungsgesetz eine direkte Haftung der Staatsangestellten ausgeschlossen. Daher gibt es so oder so keinen direkten Anspruch gegen einen angeblich fehlbaren Richter. Also: Selbst ein realer Schaden ergäbe nur einen Anspruch gegen den Kanton Zürich. Wenn S2 dartun kann, dass es sich um einen behaupteten Schaden wegen seiner Amtsführung handelt, so liegt der Rechtsmissbrauch auf der Hand; die Beschwerde wird dann gutgeheissen und der Zahlungsbefehl aufgehoben.

#### Frage 4

- Zustellung des Zahlungsbefehl ist Verfahrensfrage (SchKG 64 ff. und 72)
- A-Post-Brief ist keine Verfügung, wenn keine Nachteile angedroht wird
- Die „Androhung“ der Zustellung auf dem formellen Weg ist kein Nachteil
- Auf Beschwerde des Schuldners würde nicht eingetreten
- Beschwerde des Gläubigers wegen Verzögerung der Zustellung?

Die Frage, wie ein Zahlungsbefehl zuzustellen ist, ist keine materiellrechtliche Frage und es gibt keine gerichtliche Klage dafür, sondern das ist typisch verfahrensrechtlich. Eine Frage ist hier, was das Anfechtungsobjekt ist. Die Zustellungsregeln finden sich in Art. 64 ff. SchKG und Art. 72 SchKG. Bei natürlichen Personen erfolgt die gesetzlich vorgesehene Zustellung per Post oder durch den Betreibungsbeamten oder einen sog. Weibel (allenfalls durch die Polizei) am Wohn- oder Arbeitsort. Daraus ergibt sich tatsächlich kein Hinweis auf die Zulässigkeit der Abholaufforderung. Dennoch ist das Vorgehen, wie es vom Betreibungsamt X. gewählt wurde, üblich und wird im Übrigen von den "Kunden" geschätzt, weil damit eine unerwünschte Publizität am Wohn- bzw. Arbeitsort vermieden werden kann. Die Praxis und das Bundesgericht akzeptieren dieses Vorgehen (vgl. BLSchK 2008 S. 127; BGE 5A\_268/2007). Anzumerken ist, dass eine solche Abholungseinladung keine Verfügung ist und es daher (aus der Sicht des Schuldners) an einem tauglichen Anfechtungsobjekt fehlt. Die Abholeinladung darf allerdings keinesfalls mit einer Zwangsandrohung verbunden werden. Die „Androhung“, dass im Falle des Nichterscheinens „amtlich“, d.h. gemäss den Regeln des SchKG zugestellt wird, ist sicher keine Zwangsanordnung sondern ein blosser Hinweis.

Eine andere Frage ist, ob sich der Gläubiger nicht über dieses Procedere beschweren könnte, und zwar wegen Rechtsverzögerung gemäss Art. 17 Abs. 3 SchKG. Das ist an sich zu bejahen, weil die Zustellung des Zahlungsbefehls gemäss Art. 71 Abs. 1 SchKG „nach Eingang des Betreibungsbegehrens“ zu erfolgen hat. Eine eigentliche Frist für die Zustellung besteht nicht, dennoch ist im Interesse der Gläubiger (und zu deren Gleichbehandlung) innert kurzer Frist zuzustellen (KUKO SchKG-Malacrida/ Rössler, N. 3 zu Art. 71). Die Aufforderung, innert 3 Tagen zu erscheinen, dürfte sich im Rahmen der „kurzen Frist“ halten.

## Frage 5

- Zustellungsverzögerung ist Rechtsverzögerung (keine Verweigerung, weil Zustellung in Aussicht gestellt wird)
- Beschwerde, solange Verzögerung anhält
- (ev. administrative Unterstützung des überlasteten Amtes, ev. Disziplinarverfahren, wenn Verzögerung auf Pflichtverletzungen des Betreibungsbeamten zurückzuführen ist)

14

Das sog. Gläubigerdoppel des Zahlungsbefehls verschafft diesem Gewissheit, dass das Betreibungsamt seinem Betreibungsbegehren Folge geleistet hat (BSK SchKG I-Wüthrich/Schoch, N. 7 zu Art. 70). Wird der Zahlungsbefehl dem Schuldner nicht innert kurzer Frist nach Eingang des Betreibungsbegehren zugestellt, d.h. wenn es zu ungebührlichen Verzögerungen kommt, kann dies mit einer Beschwerde wegen Rechtsverzögerung geltend gemacht werden (Art. 17 Abs. 3 SchKG). Eine Rechtsverweigerung liegt hier nicht vor, weil das Betreibungsamt sein Tätigwerden für einen späteren Zeitpunkt in Aussicht stellt. Es ist denkbar, dass die Aufsichtsbehörde solche Verzögerungen disziplinarisch ahnden könnte (Art. 14 SchKG). Praktisch dürfte dies allerdings nur dann der Fall sein, wenn die Verzögerung auf eine Amtspflichtverletzung zurückzuführen ist. Die aufsichtsrechtliche Thematik (Art. 14 SchKG) kann hier nicht behandelt werden. Die Rechtsverweigerungsbeschwerde müsste gutgeheissen werden, weil eine Überlastung des Amtes kein Grund ist, den sich der Rechtsuchende entgegenhalten lassen muss (vgl. BGE 119 III 1 ff.; bestehen auf einem Amt wegen Personalmangels Geschäftsrückstände, so soll die kantonale Aufsichtsbehörde Massnahmen anordnen. Im vorliegenden Fall hätte sie, gestützt auf kantonales Recht, auf der Beziehung von Angestellten bestehen ... (E. 2). Der Kanton, welcher die Organisation des Betreibungs- und Konkurswesens in personeller Hinsicht vernachlässigt, macht sich unter Umständen haftpflichtig (E. 3).

## Frage 6

- Pfändungsankündigung (SchKG 90) ist eine Verfügung
- Fortsetzung der Betreibung am unrichtige Betreibungsort führt zu Nichtigkeit (SchKG 22)
- Nichtigkeit kann jederzeit geltend gemacht werden - wie sie auch jederzeit von Amtes wegen „geahndet“ werden muss
- Grundsätzliche Grenze: Abschluss der Betreibung

15

Anlass zu Problemen gibt eine Pfändungsankündigung. Das Pfändungsverfahren als solches ist ein rein betreibungsrechtlicher Vorgang und betrifft keine materiellen Rechte (ausser wenn geltend gemacht werden will, dass etwas gepfändet wird, was nicht dem Schuldner gehört, wofür dann das Widerspruchsverfahren nach Art. 106 ff. SchKG als gerichtliches Verfahren Anwendung findet). Die Pfändungsankündigung (Art. 90 SchKG) ist eine Verfügung. Fraglich ist, ob die örtliche Unzuständigkeit noch geltend gemacht werden kann, wenn bereits frühere Betreibungshandlungen am unzuständigen Ort erfolgt sind (Art. 53 SchKG betreffend Wohnsitzwechsel trifft hier nicht zu). Es gilt der Grundsatz, dass im späteren Verlauf des Verfahrens nicht mehr auf frühere Betreibungsschritte zurückgekommen werden kann. Ist eine anfechtbare Verfügung nicht fristgerecht (innert 10 Tagen) angefochten worden, bleibt es dabei. Wurde die Ausstellung des Zahlungsbefehls am falschen Ort nicht beanstandet, so ist sie rechtsgültig erfolgt. Die Pfändungsankündigung bzw. die Pfändung am unrichtigen Ort führt jedoch nach der Rechtsprechung zu Nichtigkeit (BGE 118 III 33 E. 2a: Die Fortsetzung der Betreibung am falschen Ort betrifft auch Rechte von Dritten, d.h insbesondere von anderen Gläubigern) und Nichtigkeit kann stets geltend gemacht werden. Eine andere Frage ist, ob es zur Geltendmachung der Nichtigkeit eine absolute Zeitgrenze gibt. Das ist dann der Fall, wenn eine Betreibung als Ganzes abgeschlossen ist; eine nachträgliche Berufung auf Nichtigkeit gibt es dann nicht mehr (BSK SchKG I-Cometta/Möckli, N. 20 zu Art. 22).

## Frage 7

- Das Betreibungsamt darf kündigen, wie dies jeder Vermieter tun könnte
- Betreibungsamt darf keine Amtsgewalt gegen Dritte (Mieter) ausüben
- Mieter kann eine gewöhnliche Kündigung nicht auf dem Beschwerdeweg anfechten
- Mieter kann Beschwerde führen, wenn das Amt nicht regulär, sondern per Verfügung kündigt

16

Ist ein Mieter mit der Bezahlung des Mietzinses im Rückstand, so kann ihm nach Art. 257d OR gekündigt werden. Zieht er nicht freiwillig aus, so führt dies zu einem gerichtlichen Verfahren. Ist der Betreibungsbeamte für die Verwaltung zuständig, so verleiht ihm dies keine weitergehenden Rechte als sie jeglicher Vermieter hätte. Der Mieter ist kein am Zwangsvollstreckungsverfahren Beteiligter und damit nicht der Zwangsgewalt des Betreibungsbeamten unterworfen. Der Sachverhalt ist hier unklar: Kündigt das Amt nach den Regeln von Art. 257d OR, so ist das richtig und zulässig. Der Mieter kann sich gegen eine solche Kündigung nur mit allfälligen privatrechtlichen Mitteln wehren. Auf eine Beschwerde würde das Bezirksgericht als SchK-Aufsichtsbehörde nicht eintreten. Ist das Schreiben so zu verstehen, dass es sich nicht um eine Kündigung, sondern um einen direkten Befehl zum Verlassen der Liegenschaft handelt, dann wäre eine Beschwerde möglich, weil der Betreibungsbeamte dies nicht anordnen dürfte. Da es sich um eine qualifizierte Unzuständigkeit handelt, wäre von Nichtigkeit auszugehen.

## Frage 8

- Verfahren nach SchKG 20a, GOG 83, ZPO?
- schriftlich mit Antrag und Begründung gemäss GOG 83 I
- Schriftliche Stellungnahme der Gegenpartei (GOG 83 II)  
Vernehmlassung des betroffenen Amtes (SchKG 17 IV); Amt ist nach Praxis OGer nicht Gegenpartei
- Sachverhaltsermittlung v.A.w. (SchKG 20a II Z. 2)
- Begründung, Rechtsmittelbelehrung (SchKG 20a II Z. 4)
- Keine Kosten, keine Entschädigung (SchKG 20a II Z. 5)

17

Das Verfahren vor der unteren Aufsichtsbehörde richtet sich nach Art. 20a Abs. 2 SchKG sowie nach § 83 GOG (sinngemäss) nach der ZPO. Das Verfahren ist nach § 83 GOG schriftlich und hat einen Antrag und eine Begründung zu enthalten (dass ein Antrag erforderlich ist, ergibt sich indirekt schon aus Art. 20a Abs. 2 Ziff. 3 SchKG). Die Aufsichtsbehörde stellt die Aufsichtsbeschwerde, wenn sie sich nicht sofort als unbegründet erweist, den Betroffenen zur schriftlichen Vernehmlassung und weiteren beteiligten Personen zur schriftlichen Beantwortung zu. Die Wortwahl ist nicht besonders glücklich, da die Bezeichnung Vernehmlassung bereits gemäss Art. 17 Abs. 4 SchKG für die Aufforderung zur Stellungnahme des Betreibungsamtes verwendet wird. Dass die Aufsichtsbehörde den Sachverhalt von Amtes wegen untersuchen muss, ergibt sich bereits aus Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG. Im Übrigen sind die Vorschriften der Zivilprozessordnung, insbesondere über das Beweisverfahren, sinngemäss anwendbar. Dass die Stellungnahmen/Antworten der Beschwerdegegner dem Beschwerdeführer zur Kenntnis gebracht werden müssen, ist eine Frage des rechtlichen Gehörs. Diesbezüglich gibt es eine bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. BGE 132 I 46 f.), die in jedem Verfahrenstyp gilt und die nicht davon abhängig ist, wie viele Parteivorträge es gibt. Der Gegenpartei sind – auch wenn keine weiteren Parteivorträge vorgesehen sind – die Äusserungen „zur Kenntnisnahme“ zuzustellen, allerdings ohne Frist für die Einreichung einer Äusserung anzusetzen. Will die betreffende Partei sich äussern, muss sie es tun, an-

derndfalls sie riskiert, dass das Gericht nach kurzem Zuwarten entscheidet (vgl. z.B. KuKo ZPO-Jent-Sørensen, N. 7 zu Art. 254).

Die Beschwerde kann sich – jedenfalls nach der Praxis im Kanton Zürich – nicht gegen das Betreibungsamt richten. Beschwerdegegner/innen sind die Betreuungsgläubiger/Betreibungsschuldner. Dies sicher dann, wenn die angefochtene Verfügung die Rechtsstellung der Gegenpartei direkt betrifft. Das ist bei der Frage, ob die Betreuung weitergeführt werden kann, ohne weiteres zu bejahen. Das Betreibungsamt als solches ist nicht Partei (es kann den Sachverhalt/die Rechtslage jedoch in seiner Vernehmlassung nach Art. 17 Abs. 4 SchKG darlegen). Eine Ausnahme gilt nach der Praxis in Gebührenfragen; geht es darum, ist ausnahmsweise auch das Betreibungsamt zum Weiterzug legitimiert, wenn die untere Aufsichtsbehörde einen Gebühreentscheid des Amtes aufhebt (BSK SchKG I-Cometta/Möckli, N. 42 zu Art. 17; BGE 134 III 136). Für die Sachverhaltsermittlung gilt die Untersuchungsmaxime nach Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG. Dazu gehört auch, dass allenfalls Beweise gemäss Art. 150 ff. ZPO erhoben werden, z.B. eine Zeugeneinvernahme (Art. 169 ff. ZPO) durchgeführt wird, wenn der Schuldner z.B. behauptet, gegenüber dem zustellenden Postangestellten Rechtsvorschlag erhoben zu haben. Der Entscheid ist zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen und schriftlich zuzustellen (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 4 SchKG). Grundsätzlich ist gemäss Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG nicht mit Kosten zu rechnen; das Verfahren ist kostenlos und es ist keine Parteientschädigung an die obsiegende Partei zuzusprechen Art. 61 Abs. 2 und Art. 62 Abs. 2 GebVO SchKG). Diejenige Partei, die einen Anwalt beauftragt, muss daher seine Honorarforderung immer selber begleichen. Das bundesgerichtliche Verfahren ist nicht kostenlos und es werden auch Entschädigungen zugesprochen (Art. 20a Abs. 2 SchKG betrifft nur die Verfahren in den Kantonen).

Die Fortsetzung der Betreuung trotz erhobenem Rechtsvorschlag wäre nach h.A. nichtig. Es gibt damit insbesondere keine Bindung an die Beschwerdefrist.

## Frage 9

- SchKG 36: keine aufschiebende Wirkung
- Aufschiebende Wirkung kann aber erteilt werden
- Ohne aufschiebende Verfahren geht weiter
- Richtig wäre: Gesuch um aufschiebende Wirkung bei der Aufsichtsbehörde
- Wird sie erteilt, darf Betreuung nicht weiter geführt werden

18

Das ist eine Frage der aufschiebenden Wirkung. Art. 36 SchKG (der ist hier massgeblich), Art. 325 Abs. 1 ZPO und Art. 103 Abs. 1 BGG gehen alle davon aus, dass die Beschwerde einreichung keine aufschiebende Wirkung hat. Daher kann das Betreibungsverfahren grundsätzlich weitergehen, wenn eine Beschwerde (auf jeder Stufe) eingereicht wird. Wenn also die nächstfolgende Betreuungshandlung mit Beschwerde angefochten und geltend gemacht wird, die Betreuung hätte nicht weitergeführt werden dürfen, kann eine solche Beschwerde keinen Erfolg haben. Soll das zu Grunde liegende Betreibungsverfahren gestoppt werden, müsste bei der Beschwerdeinstanz ein Gesuch um aufschiebende Wirkung erteilt werden. Wird ein solches Gesuch bewilligt, so geschieht dies in der Regel dahingehend, dass das Betreibungsverfahren zwar weitergehen kann, dass jedoch keine Verwertung und Verteilung stattfinden darf. Dass das Verfahren weitergeht, ist in der Regel kein einschneidender Nachteil, solange irreversible Akte unterbleiben. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung kann jedoch auch ohne Einschränkung bewilligt werden; dann steht das zugrunde liegende Betreibungsverfahren gänzlich still.



## Fragen 10 und 11

- Unterliegende Partei kann Beschwerde beim Obergericht erheben 
    - Schuldner, wenn Beschwerde abgewiesen wird
    - Gläubiger, wenn Beschwerde gutgeheissen wird
    - Betreibungsamt nur, wenn es um Gebührenfragen geht
  - Fortsetzung der Betreibung trotz RV bewirkt Nichtigkeit 
    - Keine Bindung an eine Beschwerdefrist
    - Dritte können Aufsichtsanzeige machen (werden dadurch aber nicht zur Partei)
  - Berufung auf Nichtigkeit nur möglich, solange Betreibung noch pendent 
    -
- 

19

Der Schuldner kann Beschwerde beim Obergericht führen, wenn seine Beschwerde abgewiesen wird. Der Gläubiger kann Beschwerde beim Obergericht führen, wenn die Beschwerde gutgeheissen wird. Je nachdem erleidet die eine oder andere Partei durch den erstinstanzlichen Beschwerdeentscheid einen Nachteil (Beschwer).

Das Beschwerdeverfahren steht nur zur Verfügung, so lange die Betreibung pendent ist. Auch Nichtigkeit kann nur bis zum Abschluss der Betreibung geltend gemacht werden.

(Dies ist eine Lösungsskizze und nicht zur Publikation bestimmt; sie genügt daher den formellen Anforderungen für eine Publikation (Zitate etc.) nicht. Ich stelle sie den Studierenden lediglich als Hilfsmittel zur Nachbearbeitung der Übungsstunde zur Verfügung).