

Lösungsskizze (erster Teil) zu den Übungen zur SchK-Beschwerde

Prof. Dr. Ingrid Jent-Sørensen

Im Betreibungsamt X (Kanton Zürich) sind u.a. folgende Fälle zu erledigen:

Allgemeines:

Warum kommt es darauf an, ob das Betreibungsamt im Kanton Zürich liegt? Das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht ist im SchKG sowie diversen Verordnungen grundsätzlich bundesrechtlich geregelt. Hingegen ist dies nicht abschliessend geschehen, vgl. z.B. Art. 1 Abs. 2 und 3 SchKG, Art. 2 Abs. 5 SchKG, Art. 3 SchKG Art. 13 Abs. 1 und 2 SchKG, Art. 20a Abs. 3 SchKG, Art. 23 SchKG, Art. 24 SchKG Art. 26 SchKG, Art. 27 SchKG). Für den Kanton Zürich ist zunächst das Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (EG SchKG) vom 27. November 2007 (LS 281) zu beachten. Im Zusammenhang mit dem Beschwerdeverfahren sind §§ 17 und 18 EG SchKG von Bedeutung:

§ 17 1 Die Bezirksgerichte sind untere Aufsichtsbehörden über die Betreibungs- und Konkursämter. Obere Aufsichtsbehörde ist das Obergericht.

2 Die Bezirksgerichte und das Obergericht üben die Aufsicht nach Massgabe des SchKG und §§ 80 f. GOG aus.

§ 18. Soweit das Bundesrecht keine Regelung enthält, richten sich das Beschwerdeverfahren und der Weiterzug nach §§ 83 f. GOG.

Für das (hier nicht zu behandelnde) Konkurswesen ist das Notariatsgesetz vom 9. Juni 1985 (LS 242) von Bedeutung (§ 16 EG SchKG).

Der zweite massgebliche kantonale Erlass ist das zürcherische Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG) vom 10. Mai 2010. Die massgeblichen Bestimmungen lauten:

§ 82

(1) Verletzen Mitglieder von Gerichts- und Schlichtungsbehörden sowie von angegliederten Kommissionen Amtspflichten, kann bei der unmittelbaren Aufsichtsbehörde Aufsichtsbeschwerde erhoben werden. (2) Die Aufsichtsbehörde verfügt die notwendigen Massnahmen.

§ 83.

(1) Die Aufsichtsbeschwerde ist innert zehn Tagen seit Kenntnisnahme der Amtspflichtverletzung schriftlich einzureichen. Sie hat einen Antrag und eine Begründung zu enthalten. (2) Die Aufsichtsbehörde stellt die Aufsichtsbeschwerde, wenn sie sich nicht sofort als unbegründet erweist, den Betroffenen zur schriftlichen Vernehmung und weiteren beteiligten Personen zur schriftlichen Beantwortung zu. (3) Die Aufsichtsbehörde untersucht den Sachverhalt von Amtes wegen. Die Vorschriften der Zivilprozessordnung, insbesondere über das Beweisverfahren, sind sinngemäss anwendbar.

§ 84.

Gegen Beschwerdeentscheide der Bezirksgerichte kann innert zehn Tagen seit der Mitteilung

Aufsichtsbeschwerde beim Obergericht erhoben werden. Art. 319 ff. ZPO sind sinngemäss anwendbar.

Zusammengefasst folgt daraus: Im Kanton Zürich ist das SchK-Beschwerdeverfahren nach Art. 13 SchKG zweistufig: Untere Aufsichtsbehörde sind die Bezirksgerichte, obere Aufsichtsbehörde ist das Obergericht. Diesen beiden Aufsichtsbehörden kommen verschiedene Funktionen zu: die Wichtigste ist die Behandlung von Beschwerden nach Art. 17 f. SchKG gegen Betreibungs- und Konkursämter sowie gewisser anderer Zwangsvollstreckungsorgane. Das ist eine **rechtliche Aufsicht** und Thema ist, ob die Zwangsvollstreckungsorgane die betreibungsrechtlichen Erlasse von Bund und Kanton richtig angewendet haben. Das ist das Thema dieser Übungen. Die Aufsichtsbehörden haben im Zusammenhang mit den Betreibungs- und Konkursämtern noch weitere Funktionen, nämlich die **Überwachung in administrativer (betriebs-)technischer Hinsicht** (Art. 14 Abs. 1 SchKG) sowie die **Disziplinargewalt** (Art. 14 Abs. 2 SchKG). Die beiden letztgenannten Themenkreise werden hier nicht behandelt.

Eine ganz wichtige Abgrenzung betrifft ausserdem jene der Rechtskontrolle durch die Aufsichtsbehörden und die Rechtsanwendung und Rechtskontrolle durch die Gerichte. Im SchKG findet die Rechtsanwendung auf zwei verschiedenen Wegen statt: durch die Aufsichtsbehörden (die im Kanton Zürich auch die Gerichte sind) und durch die an sich (gleichen) gerichtlichen Instanzen, wenn sie nicht in der aufsichtsrechtlichen, sondern in der richterlichen Funktion tätig werden. Ob die Gerichte in der einen oder anderen Funktion tätig werden, basiert auf Art. 17 Abs. 1 SchKG, der lautet: „Mit Ausnahme der Fälle, in denen dieses Gesetz den Weg der gerichtlichen Klage vorschreibt, kann gegen jede Verfügung ... Beschwerde geführt werden“. Das legt die Prüfungsreihenfolge fest. Zuerst muss geschaut werden, ob es den Weg der gerichtlichen Klage gibt. Dies ist insbesondere wie folgt der Fall:

- Rechtsöffnung (Art. 80 ff. SchKG), richterliche Aufhebung oder Einstellung der Betreibung: Zuständig im Kanton Zürich ist das Einzelgericht (§ 24 lit. c) im summarischen Verfahren nach Art. 251 ZPO.
- Klagen gemäss Art. 198 lit. e Ziff. 2-8 ZPO: Zuständig ist das Einzelgericht (§ 24 GOG).

Fazit: Die SchK-Beschwerde nach Art. 17 ff. ist nicht anwendbar, wenn nach den Vorschriften des SchKG ein Richter bzw. ein Gericht entscheiden muss. Wenn im Kanton Zürich die Aufsichtsbehörden, die über SchK-Beschwerden entscheiden müssen, Gerichte sind, ändert das nichts daran, dass die beiden Wege auseinander gehalten werden müssen.

Neben der Voraussetzung, dass nach SchKG kein gerichtliches Verfahren vorgesehen ist, muss gemäss Art. 17 SchKG Folgendes vorliegen:

- Es muss eine **Verfügung** (Art. 17 Abs. 1 SchKG) eines Betreibungsamtes vorliegen (oder eines Konkursamtes oder eines atypischen SchKG-Organes), d.h. eine bestimmte behördliche Handlung/Anordnung in einem konkreten zwangsvollstreckungsrechtlichen Verfahren in Ausübung einer amtlichen Funktion auf Grund zwangsvollstreckungsrechtlicher Erlasse, insbes. des SchKG. Die Verfügung bringt das Verfahren voran und muss Aussenwirkungen zeitigen. Weder der Wortlaut noch das formale Erscheinungsbild sind entscheidend, sondern der tatsächliche rechtliche Gehalt (BSK SchKG I-Cometta/Möckli, N. 18 f. zu Art. 18 f.).
- Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung (Art. 17 Abs. 3 SchKG). Die Abgrenzung zwischen Rechtsverzögerung und Rechtsverweigerung ist nicht immer möglich. Passiert einfach nichts, ist keine Zuordnung möglich. Das ist unproblematisch, weil die Abgrenzung keine Bedeutung hat. Weigert sich jedoch ein Betreibungsorgan ausdrücklich, etwas bestimmtes zu tun, ist dies zwar eine Rechtsverweigerung, jedoch auch eine Verfügung. Massgeblich ist dann die Verfügung als Entscheid, was bedeutet, dass die Verfügung innert 10 Tagen angefochten werden muss (Art. 17 Abs. 2 SchKG) und nicht „jederzeit“, wie es Abs. 3 für die andauernde Verweigerung/Verzögerung vorsieht (vgl. BGE 109 III 17 E. 2).

Beschwerdegründe sind gemäss Art. 17 Abs. 1 SchKG Gesetzesverletzung (inkl. Ermessensmissbrauch und Ermessensüberschreitung, vgl. BSK SchKG I-Cometta/Möckli, N. 27 zu Art. 17) und Unangemessenheit. Die Überprüfung auf Angemessenheit ist lediglich im kantonalen Verfahren möglich. Beim Weiterzug ans Bundesgericht (Art. 19 SchKG) mit Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG gibt es keine Prüfung des gewöhnlichen Ermessens mehr. Das ergibt sich zwar weder aus dem SchKG noch aus dem BGG, wird jedoch – entsprechend Art. 19 alt SchKG (alter Text: „Der Entscheid der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde kann innert zehn Tagen nach der Eröffnung wegen Verletzung von Bundesrecht oder von völkerrechtlichen Verträgen des Bundes sowie wegen Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens an das Bundesgericht weitergezogen werden“), der bei der Einführung des BGG geändert wurde, nach wie vor so gehandhabt.

Die Beschwerdefrist beträgt – ausser bei Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung – 10 Tage (Art. 17 Abs. 2 SchKG; das gilt auch für den Weiterzug an die obere AB und an das BGer, Art. 18 Abs. 1 SchKG und Art. 100 Abs. 1 lit. a BGG). Die Nichtigkeit einer Verfügung kann jederzeit –

ohne Bindung an eine Frist – geltend gemacht werden. Apropos Nichtigkeit: Davon ist auszugehen, wenn „gegen Vorschriften, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind“ (Art. 22 Abs. 1 SchKG) verstossen wird. Die Nichtigkeit im SchKG ist eine Besondere und hat grössere Bedeutung als in anderen Rechtsgebieten (BSK SchKG I-Cometta/Möckli, N. 10 zu Art. 22). Materielle Mängel führen eher weniger zu Nichtigkeit als schwerwiegende Verfahrensmängel und qualifizierte Unzuständigkeit (BSK SchKG I-Cometta/Möckli, N. 9 zu Art. 22 SchKG). Ob eine Verfügung nichtig oder bloss anfechtbar ist, spielt keine Rolle, wenn die Betroffene Person innert der Frist von 10 Tagen Beschwerde erhebt. Ist die Beschwerde verspätet, spielt dies bei Nichtigkeit keine Rolle, weil die Pflicht besteht, die Nichtigkeit von Amtes wegen festzustellen, was die Bindung an eine Frist aufhebt. Wird eine nichtige Verfügung von einer nicht zur Beschwerde legitimierten Person angezeigt, so hat sich die Aufsichtsbehörde im Sinne einer Aufsichtsanzeige damit zu befassen. Der anzeigende Dritte wird dadurch aber nicht zum Verfahrensbeteiligten und hat keinen Anspruch auf Teilnahme am Verfahren und auf Zustellung eines Entscheids (BGE 117 III 41 E. 2). (Für besonders Interessierte: Es gibt inzwischen eine bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Frage, wie es sich mit nichtigen Anordnungen der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde verhält. Es handelt sich um BGer 17. Juni 2010, 5A_249/2010 mit redaktionellen Anmerkungen in BLSchK 75/2011 S. 108 ff.).

Verfahrensregeln für das SchK-Verfahren finden sich in Art. 20a Abs. 2 SchKG:

- Hinweis auf die Funktion als Aufsichtsbehörde im Rubrum des Entscheides, z.B. Bezirksgericht Zürich, II. Abteilung, als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Betreibungs- und Konkursämter; Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, als obere kantonale Aufsichtsbehörde über Betreibungs- und Konkursämter.
- Feststellung des Sachverhaltes von Amtes wegen und Mitwirkungspflicht der Parteien. Zur vertieften Information: Was die Sachverhaltsermittlung von Amtes wegen bzw. die Untersuchungsmaxime anbelangt, ist im SchKG nicht geregelt, ob dabei vom sozialen oder vom umfassenden Untersuchungsgrundsatz auszugehen ist. Ein Hinweis ist allerdings die ebenfalls im SchKG und dort in der gleichen Ziffer vorgeschriebene Mitwirkungspflicht (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 Satz 2). BSK SchKG I-Cometta/Möckli (N. 7 zu Art. 20a) weisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, **wonach keine Verpflichtung besteht, von Seiten der Aufsichtsbehörde nach Tatsachen zu forschen, die nicht aktenkundig sind und von keiner Partei erwähnt werden.** Das entspricht der Definition der sozialen Untersuchungsmaxime gemäss Art. 55 Abs. 2

ZPO (Feststellung des Sachverhaltes und Beweiserhebung von Amtes wegen), so dass die umfassende amtswegige Sachverhaltsermittlung (vgl. dazu z.B. KUKO ZPO-Oberhammer, N. 16 f. zu Art. 55) auf das SchK-Beschwerdeverfahren nicht zur Anwendung kommt.

- Dispositionsmaxime (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 3), unter Vorbehalt der Nichtigkeit.
- Begründung, Rechtsmittelbelehrung, schriftliche Mitteilung
- Kostenlosigkeit, ausser bei Mutwilligkeit (Bussen bis 1'500). Vgl. dazu auch Art. 61 Abs. 2 und Art. 62 Abs. 2 Gebührenverordnung zum SchKG (vgl. SR 281.35). Das Verfahren vor dem BGer ist nicht kostenlos. Es gelten die gewöhnlichen Regel des von Art. 62 ff. BGG.

Es gibt noch weitere Verfahrensregeln im SchKG, z.B. betreffend Fristen (Art. 31 f.), Wiederherstellung (Art. 33 SchKG), elektronische Eingaben (Art. 33a SchKG), aufschiebende Wirkung (Art. 36 SchKG) etc. Das SchKG ist jedoch keine abschliessende Verfahrensordnung, so dass Art. 20a Abs. 3 SchKG die Kantone verpflichtet, das ergänzende Verfahrensrecht zu erlassen. Der Kanton Zürich hat dies via den Verweis im EG SchKG (§ 17 f.) auf §§ 83 und § 84 GOG getan. Das Meiste, was in § 83 GOG steht, ist bereits durch das Bundesrecht vorgegeben. Wichtig ist, dass das GOG für die Ergänzung des Verfahrensrechts auf die eidgenössische ZPO verweist. Das ist nicht unproblematisch, weil es in der ZPO z.B. drei verschiedene Verfahrensarten (ordentliches, einfaches und summarisches) und gibt und offen ist, welche Anwendung finden soll. Für das Verfahren vor dem Obergericht als obere kantonale Aufsichtsbehörde wird auf die Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO verwiesen.

21. Dezember 2011/Jent-Sørensen