

Besonderheiten der Beschwerde in Zivilsachen gegen Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörden in SchKG-Sachen



FRANCO LORANDI,
PD Dr. iur., Lehrbeauftragter an der Universität
St.Gallen, Rechtsanwalt,
Zürich

Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
- II. Änderung und Neuerungen im Rechtsmittelverfahren vor Bundesgericht
 - A. Art des Rechtsmittels
 - B. Anfechtungsobjekt
 - 1. Individuell-konkreter Akt als Massnahme des Vollstreckungsrechts
 - 2. Arten von Entscheiden
 - 3. End-, Vor- oder Zwischenentscheide
 - 4. Bei Unterlassungen
 - C. Beschwerdegründe und Rügepflicht
 - 1. Beschwerdegründe
 - 2. Rügepflicht/Anwendung des Rechts von Amtes wegen
 - D. Kein Streitwerterfordernis
 - E. Beschwerdelegitimation
 - 1. Rechtlich geschütztes Interesse
 - 2. Am kantonalen Beschwerdeverfahren nicht beteiligte Dritte
 - 3. Betreibungsorgane
 - F. Frist/Fristenstillstand/Wiederherstellung/keine Beschwerdeergänzung
 - 1. Beschwerdefrist
 - 2. Fristenstillstand
 - 3. Wiederherstellung
 - 4. Keine Beschwerdeergänzung
 - G. Wirkungen der form- und fristgerechten Beschwerde-einreichung
 - H. Zuständigkeit
- III. Verfahrensgrundsätze
 - A. Prüfung der Beschwerdevoraussetzungen von Amtes wegen
 - B. Form und Inhalt der Beschwerdeschrift
 - C. Novenrecht
 - D. Dispositionsmaxime, Verbot der reformatio in peius
 - E. Bindung an den Sachverhalt
 - F. Keine Nebenintervention/keine Anschlussbeschwerde
 - G. Vertretung
 - H. Kosten und Entschädigungsfolgen

- 1. Gerichtskosten
- 2. Parteientschädigung
- 3. Keine Neuverteilung der Kosten des kantonalen Verfahrens
 - I. Unentgeltliche Rechtspflege
 - J. Vernehmlassung
 - K. Beschwerdeentscheid
- IV. Zuständigkeit zur Feststellung von Nichtigkeit auf Bundesebene
 - A. Durch das Bundesgericht (im Rahmen einer Beschwerde in Zivilsachen)
 - B. Durch das Bundesamt für Justiz (qua Delegation der Aufsichtsbefugnis durch den Bundesrat)
- V. Auswirkungen des BGG auf das Verfahren der betreibungsrechtlichen Beschwerde vor den kantonalen Aufsichtsbehörden (Art. 17 f. SchKG)
 - A. Double Instance
 - B. Gericht als (obere oder einzige) kantonale Aufsichtsbehörde
 - C. Freie Prüfung des Sachverhalts/Anwendung des Rechts von Amtes wegen
 - D. Einheit des Verfahrens
 - 1. Erweiterung der Beschwerdegründe vor der (oberen bzw. einzigen) kantonale Aufsichtsbehörde
 - 2. Anfechtbarkeit von Vor-, Teil- und Zwischenentscheiden im kantonalen Beschwerdeverfahren
 - 3. Keine Erweiterung der Legitimation vor den kantonalen Aufsichtsbehörden
 - E. Eröffnung des Entscheides der (oberen oder einzigen) kantonalen Aufsichtsbehörden
 - F. Übergangsrecht
- VI. Zusammenfassung und Wertung

I. Einleitung

Das SchKG war seit seiner umfassenden Teilrevision 1994 verschiedentlich Gegenstand punktueller Anpassungen. Per 1. Januar 2007 ist das *Bundesgesetz über das Bundesgericht* (BGG)¹ in Kraft getreten², welches die Rechtsmittel ans Bundesgericht umfassend regelt. Neu ist insbesondere die sog. Einheitsbeschwerde. Diese erfasst nicht nur SchKG-Streitigkeiten (rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten, betreibungsrechtliche Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht), sondern stellt namentlich auch das Rechtsmittel ans Bundesgericht gegen Entscheide der (oberen) kantonalen Aufsichtsbehörden dar. Mit dem Inkrafttreten des BGG wurde auch Art. 19 SchKG geändert, welcher die betreibungsrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht geregelt hatte. RevArt. 19 SchKG verweist nun auf das BGG. Nachfolgend sollen die Änderungen des BGG zur bisherigen SchKG-Beschwerde ans Bundesgericht dar-

1 SR 173.110.

2 AS 2006 1205.

gestellt werden³. Sodann wird aufgezeigt, welche Änderungen sich daraus ergeben, dass die Oberaufsicht über die kantonalen SchKG-Aufsichtsbehörden vom Bundesgericht (aArt. 15 Abs. 1 SchKG) auf den Bundesrat übertragen worden ist (revArt. 15 Abs. 1 SchKG)⁴.

Der Entwurf des Bundesrates für eine Schweizerische Zivilprozessordnung regelt nur das Verfahren für gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts (Art. 1 lit. c. E ZPO). Die schweizerische Zivilprozessordnung wird deshalb keine unmittelbare Änderung für das Rechtsmittelverfahren gegen Entscheide der (oberen) kantonalen Aufsichtsbehörden bringen⁵. Mittelbar kann aber auch die schweizerische Zivilprozessordnung Auswirkungen auf das SchKG-Beschwerdeverfahren haben. Soweit die anwendbaren Normen keine Regelung vorsahen, fanden bislang durch Lückenfüllung die Bestimmungen der kantonalen Zivilprozessordnungen auf das Beschwerdeverfahren (Art. 17 ff. SchKG) Anwendung⁶. Solche Lücken wird es unter dem neuen Regime weniger geben; ausgeschlossen sind sie jedoch nicht. Auf den Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung wird nachfolgend nicht eingegangen.

II. Änderungen und Neuerungen im Rechtsmittelverfahren vor Bundesgericht

A. Art des Rechtsmittels

Neu tritt die *Beschwerde in Zivilsachen* (revArt. 19 SchKG; Art. 72 Abs. 2 lit. a, Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG)⁷ an die Stelle der betriebsrechtlichen Beschwerde (aArt. 19 SchKG; aArt. 76 ff. OG). Dogmatisch hätte die Zuordnung zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) näher gelegen, handelt es sich beim Beschwerdeverfahren betreffend Entscheide der SchKG-Aufsichtsbehörden doch um ein Administrativverfahren⁸ und damit um eine öffentlichrechtliche Angelegenheit⁹. Die Zuordnung der SchKG-Beschwerde zur Beschwerde in Zivilsachen ist in gewisser Hinsicht die Fortschreibung der Haltung des Verfassungsgebers: Gemäss der per 1. Januar 2000 in Kraft getretenen, revidierten Bundesverfassung wurde das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, welches in der alten Verfassung separat erwähnt war (aArt. 64 Abs. 1 BV), dem Zivilrecht zugeordnet (Art. 122 Abs. 1 BV)¹⁰. Mit der Justizreform wurde dem Bund auch die Gesetzgebungskompetenz für das Zivilprozessrecht¹¹ übertragen (Art. 122 Abs. 1 BV).

Gemäss Botschaft zum BGG soll die Zuordnung zur Beschwerde in Zivilsachen "zu erheblichen Vereinfachungen"

4 Vgl. III.

5 Zu den im Rahmen der E ZPO geplanten Änderungen des SchKG vgl. Anhang zur E ZPO, Ziff. 17 (BBI 2006 7519 ff.).

6 HANS SORG, Das Beschwerdeverfahren in Schuldbetreibungs- und Konkursachen im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1954, 55 f.; PETER NÖTZLI, Die analoge Anwendung zivilprozessualer Normen auf das Beschwerdeverfahren nach SchKG, Zürich 1980, 2; FRANCO LORANDI, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Basel 2000, Art. 20a SchKG N 93; BISchK 1992, 92; ZR 1960, 199.

7 BBI 2001 4307; PHILIPP ZIEGLER, Von der Rechtsmittelvielfalt zur Einheitsbeschwerde, Diss. Basel 2003, 376 und 398 sowie Fn. 76; THOMAS GÄCHTER/DANIELA THURNHERR, Neues Bundesgerichtsgesetz: Rechtsschutz gewahrt, plädoyer 2006, 35; KARL SPÜHLER, Der Einfluss des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) auf das SchKG, Tagungsunterlagen zum Seminar "Aktuelle Probleme des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts", in Luzern am 25. Oktober 2006, 2 f.; HANSJÖRG SEILER/NICOLAS VON WERDT/ANDREAS GÜNGERICH, Stämpflis Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz (BGG), Art. 72 BGG N 19, Art. 74 BGG N 11; MARTIN SARBACH, BGG und Zivilverfahren, Jusletter 18. Dezember 2006, Rz. 3; CHRISTOPH AUER, Der Rechtsweg in Zivilsachen, in: BERNHARD EHRENZELLER/RAINER J. SCHWEIZER (Hrsg.), Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen auf die Praxis, St. Gallen 2006 (zit. Rechtsweg), 64; FRIDOLIN WALTHER, Auswirkungen des BGG auf die Anwaltschaft/Parteivertretung, in: BERNHARD EHRENZELLER/RAINER J. SCHWEIZER (Hrsg.), Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen auf die Praxis, St. Gallen 2006, 378; PETER REETZ, Das neue Bundesgerichtsgesetz unter besonderer Berücksichtigung der Beschwerde in Zivilsachen, Auswirkungen auf die Anfechtung von Entscheiden des Züricher Obergerichts und des Handelsgerichts, SJZ 2007, 29, 31; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Le recours au Tribunal Fédéral en matière d'exécution forcée ayant pour objet une somme d'argent ou des sûretés à fournir contre les particuliers, les communes et autres collectivités de droit public cantonal, JdT 2005 II, 49; HANS PETER WALTER, Neue Zivilrechtspflege, in: PIERRE TSCHANNEN (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, Bern 2007, 123 f.; HANSJÖRG PETER, Das neue Bundesgerichtsgesetz und das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, BISchK 2007, 6; EDGAR PHILIPPIN, La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral – Effets sur le droit des poursuites et faillites, Supplément zu JdT 2007 II, 137 f.

8 ISAAK MEIER, Das Verwaltungsverfahren vor den Schuldbetreibungs- und Konkursbehörden, Zürich 2002, 1 ff.; FLAVIO COMETTA, in: ADRIAN STAEHELIN/THOMAS BAUER/DANIEL STAEHELIN (Hrsg.): Basler Kommentar zum SchKG, Basel/Genf/München 1998, Art. 17 SchKG N 1.

9 BBI 2001 4307; KARL SPÜHLER/ANETTE DOLGE/DOMINIK VÖCK, Kurzkomentar zum Bundesgerichtsgesetz, Zürich 2006, Art. 72 BGG N 3.

10 CHRISTOPH LEUENBERGER, SG-Komm., in: BERNHARD EHRENZELLER/PHILIPPE MASTRONARDI/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Gallen 2002, Art. 122 BV N 7.

11 Richtig ist, dass die Zuordnung des SchKG zum Zivilprozessrecht "zutreffender" ist als dessen Zuordnung zum Zivilrecht (LEUENBERGER [FN 10], Art. 122 BV N 7). Bei richtiger Betrachtung gehört das SchKG – zumindest nach traditionellem Verständnis – weder zum Zivil- noch zum Zivilprozessrecht.

3 Soweit es um den *allgemeinen* Regelungsgehalt des BGG geht, wird hiermit generell auf die entsprechende Spezialliteratur verwiesen.

führen¹². Dies dürfte für die gerichtlichen Streitigkeiten in SchKG-Sachen (rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten und betreibungsrechtliche Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht) zutreffen. Für das Rechtsmittelverfahren gegen Entscheide der (oberen) kantonalen Aufsichtsbehörden überzeugt es hingegen wenig: Die "gewöhnlichen" Zivilrechtsstreitigkeiten werden in einem kontradiktorischen Zweiparteienverfahren (Kläger gegen Beklagten) ausgetragen. Dies gilt gleichermaßen für Streitigkeiten im Zusammenhang mit einem SchKG-Verfahren (rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten und betreibungsrechtliche Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht). Für das Rechtsmittelverfahren vor den SchKG-Aufsichtsbehörden gilt dies aber gerade nicht – auch nicht vor Bundesgericht. Es handelt sich vielmehr (wie bisher¹³) um ein *Einparteienverfahren*. Parteistellung kommt nur dem Beschwerdeführer zu. Dem SchKG-Organ, das die Verfügung erlassen hat, bzw. der Aufsichtsbehörde, welche den Entscheid gefällt hat, kommt nur insofern Parteistellung zu, als sie passivlegitimiert ist¹⁴. Auch der Vollstreckungsgegner ist nicht Partei im Beschwerdeverfahren¹⁵. Es gibt wesensgemäss keinen eigentlichen Beschwerdegegner. Daran ändert sich auch unter dem BGG nichts¹⁶.

Dieser *Wesensunterschied* zwischen dem Zivilprozess, auf welchen die Bestimmungen der Beschwerde in Zivilsachen zugeschnitten sind, und dem Rechtsmittelverfahren gegen Entscheide der Aufsichtsbehörden als Einparteienverfahren führt zu verschiedenen Problemen¹⁷. Trotz Zuordnung zur Beschwerde in Zivilsachen führt die Beurteilung von Entscheiden kantonalen SchKG-Aufsichtsbehörden durch das Bundesgericht m.E. weiterhin ein *emanzipiertes Dasein* – gewissermassen ein *Eigenleben*¹⁸. Der Gesetzgeber hat dies – zumindest im Grundsatz – denn auch ausdrücklich anerkannt (Art. 20 Abs. 2, Art. 74 Abs. 2 lit. c, Art. 100 Abs. 2 lit. a und Abs. 3 lit. a BGG)¹⁹.

Das BGG sieht ergänzend zur Einheitsbeschwerde auch die *subsidiäre Verfassungsbeschwerde* vor (Art. 113 ff. BGG). Mit ihr kann die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 116 BGG). Verfassungsverletzungen können jedoch auch mit der Beschwerde in Zivilsachen gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG)²⁰. Deshalb kommt die subsidiäre Verfassungsbeschwerde vor allem dort zur Anwendung, wo das Streitwertfordernis der Einheitsbeschwerde (Art. 74 Abs. 1 BGG) nicht erfüllt ist²¹. Da die Beschwerde in Zivilsachen gegen Entscheide der SchKG-Aufsichtsbehörden unabhängig vom Streitwert zulässig ist²², spielt die subsidiäre Verfassungsbeschwerde bei Entscheiden der SchKG-Aufsichtsbehörden *keine Rolle*²³.

B. Anfechtungsobjekt

Anfechtbar sind wie bisher (aArt. 19 SchKG) Entscheide (oberer) bzw. einziger kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen (Art. 74 Abs. 2 lit. c, Art. 75 Abs. 1 BGG). Diese vermeintlich einfache und klare Regelung führt im Bereich des SchKG zu nicht einfachen Abgrenzungsfragen:

1. Individuell-konkreter Akt als Massnahme des Vollstreckungsrechts

Wie bis anhin muss es sich m.E. beim Entscheid der (oberen) kantonalen Aufsichtsbehörde um einen individuell-konkreten Akt²⁴ als Massnahme des Vollstreckungsrechts²⁵ handeln, gemäss welchem die Aufsichtsbehörde in Ausübung der ihr durch das SchKG verliehenen hoheitlichen Gewalt agiert²⁶. Ausgeschlossen ist die Beschwerde in Zivilsachen damit (wie nach bisherigem Recht²⁷) gegen allgemeine Weisungen, blosse Meinungsäusserungen, blosse Mitteilungen über Absichten der Aufsichtsbehörden, Mitteilungen, wie eine Frage in anderen Verfahren entschieden worden ist, Berichte über den Stand des Beschwerde- oder Betreibungsverfahrens oder die Bestätigung bereits getroffener Entscheide.

2. Arten von Entscheiden

Die Beschwerde ist zulässig gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen (Art. 75 Abs. 1 BGG). Die Kantone setzen

12 BBl 2001 4307.

13 SORG (FN 6), 59 f.; NÖTZLI (FN 6), 10 ff., 88; LORANDI (FN 6), Art. 17 SchKG N 21 f., Art. 19 SchKG N 3.

14 SORG (FN 6), 59 ff.; NÖTZLI (FN 6), 9 ff.; MARKUS DIETH, Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen gemäss Art. 17 ff. SchKG, Zürich 1999, 55, 71 ff.; LORANDI (FN 6), Art. 17 SchKG N 22, Art. 19 SchKG N 3.

15 SORG (FN 6), 59 f.; NÖTZLI (FN 6), 10 ff.; DIETH (FN 14), 57 ff.; LORANDI (FN 6), Art. 17 SchKG N 22, Art. 19 SchKG N 3;

16 A.M. SPÜHLER (FN 7), 5, wonach sich die Praxis dahingehend entwickeln soll, dass die jeweilige SchKG-Behörde (Betreibungs-, Konkursamt) als Beschwerdegegnerin behandelt wird.

17 ELISABETH ESCHER, Zum Rechtsschutz in Zwangsvollstreckungssachen nach dem Bundesgesetz über das Bundesgericht, AJP 2006, 1249.

18 ESCHER (FN 17), 1249; vgl. auch CHRISTOPH AUER, Das Konzept der Rechtspflegereform, in: Pierre Tschannen (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, Bern 2007, 35 f.

19 Amtliches Bulletin des Ständerates (AB S) 2003, 884.

20 BBl 2001 4335. vgl. II.C.1.

21 HEINZ AEMISEGGER, Die vier Rechtsmittel des neuen Bundesgerichtsgesetzes (BGG), Anwaltsrevue 2006, 422; PETER KARLEN, Das neue Bundesgerichtsgesetz, Basel 2006, 56 f.; SARBACH (FN 7), Rz. 8, Rz. 18 f.

22 Vgl. II.D.

23 GI.M. INGRID JENT-SØRENSEN, BGG und SchKG, Tagungsunterlagen, Wege zum Bundesgericht in Zivilsachen nach dem neuen BGG, in Zürich am 31. August 2006, 10, 23; WALTER (FN 7), 125.

24 LORANDI (FN 6), Art. 19 SchKG N 10 ff. m.w.H.

25 LORANDI (FN 6), Art. 19 SchKG N 13 ff. m.w.H.

26 LORANDI (FN 6), Art. 19 SchKG N 20 f. m.w.H.

27 Vgl. LORANDI (FN 6), Art. 17 SchKG N 49 ff., Art. 18 SchKG N 12 ff., Art. 19 SchKG N 11.

als letzte kantonale Instanzen obere *Gerichte* ein. Diese entscheiden in aller Regel als Rechtsmittelinstanzen (Art. 75 Abs. 2 Satz 1 BGG)²⁸. Als Entscheide letzter kantonalen Gerichte als Rechtsmittelinstanzen sind ohne Weiteres *Beschwerdeentscheide* (Art. 18 SchKG)²⁹, einschliesslich solcher über Gebühren (Art. 16 SchKG)³⁰ sowie *Entscheide in Disziplinarsachen* (Art. 14 Abs. 2 SchKG)^{31,32} zu qualifizieren.

Probleme ergeben sich dagegen bei folgenden Akten, welche nach bisherigem Recht mit SchKG-Beschwerde ans Bundesgericht gezogen werden konnten (aArt. 19 SchKG): Massnahmen, welche von Bundesrechts wegen oder aufgrund des kantonalen Rechts den (oberen) kantonalen Aufsichtsbehörden übertragen worden sind³³, Feststellungsentscheide über das Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes³⁴, Anweisungen im Einzelfall³⁵ sowie Entscheide, mit welchen ein Revisionsbegehren gutgeheissen worden ist³⁶.

Vom Erfordernis eines Entscheids als Rechtsmittelinstanz ausgenommen sind Fälle, in denen ein Bundesgesetz eine kantonale Instanz vorschreibt (Art. 75 Abs. 2 lit. a BGG). Damit werden diejenigen Fälle erfasst, wo das SchKG (oder andere Bundesgesetze) gewisse Entscheide einer kantonalen Aufsichtsbehörde zuweist (Art. 132, Art. 173 Abs. 2, Art. 247 Abs. 4, Art. 270 Abs. 2 SchKG) und im Kanton nur eine Aufsichtsbehörde besteht. Soweit dagegen das Bundesverordnungsrecht Entscheide den kantonalen Aufsichtsbehörden zuweist³⁷, wäre die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht bei strikter Auslegung nicht möglich. Da Art. 13 SchKG den Kantonen jedoch freistellt, ob sie eine ein- oder zweistufige Behördenorganisation vorsehen wollen, genügt es m.E., dass die Entscheidkompetenz im Bundesverordnungs- und nicht im Bundesgesetzesrecht vorgesehen ist. Zudem gilt das Bedürfnis nach einheitlicher Rechtsanwendung für das gesamte Bundesrecht, ob es nun dem Gesetzes- oder dem Verordnungsrecht zuzuordnen ist. Dies gilt für das Vollstreckungsrecht a fortiori, da dem Verordnungsrecht zuweilen fast gesetzesvertretende Bedeutung zukommt (vgl. vor allem VZG, KOV und VVAG). Soweit dagegen das *kantonale* Recht gewisse Entscheidungen der (oberen oder einzigen) kantonalen Aufsichtsbehörde zuweist, kann gegen solche Entscheide keine Beschwerde in Zivilsachen erhoben werden.

Wenn eine Aufsichtsbehörde *Nichtigkeit* feststellt (Art. 22 SchKG), handelt sie nicht als Rechtsmittel- (Art. 17 f. SchKG), sondern als Aufsichtsinstanz (Art. 13 SchKG)³⁸. Im Kanton nehmen die gleichen Instanzen die Aufsichts- und die Rechtsmittelfunktion wahr. Im Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden³⁹ macht es deshalb m. E. keinen Unterschied, ob ein Entscheid in der Funktion als Beschwerde- oder Aufsichtsbehörde ergeht. Es kommt hinzu, dass Nichtigkeit eine qualifizierte Rechtsverletzung darstellt (Art. 22 SchKG). Es würde wahrlich wenig Sinn machen, bei einer einfachen Rechtsverletzung (weil ein Rechtsmittelentscheid vorliegt) die Beschwerde in Zivilsachen zuzulassen, diese aber gleichzeitig bei einer qualifizierten Rechtsverletzung auszuschliessen. Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörden über die Nich-

tigkeit (Art. 13, Art. 22 SchKG) gelten als Entscheide von "Rechtsmittelinstanzen" i.S.v. Art. 75 Abs. 2 BGG.

Greift eine kantonale Aufsichtsbehörde im Sinne einer *Anweisung im Einzelfall* in ein hängiges Betreibungsverfahren ein, so tut sie dies ebenfalls aufgrund ihrer Aufsichtsfunktion (Art. 13 SchKG)⁴⁰. Funktional ist ein Entscheid in Ausübung der Aufsichtsfunktion einem Rechtsmittelentscheid (mindestens) gleichzustellen. Deshalb liegt m.E. auch diesfalls ein Entscheid einer "Rechtsmittelinstanz" i.S.v. Art. 75 Abs. 2 BGG vor.

Heisst eine kantonale Aufsichtsbehörde (gestützt auf kantonales Recht⁴¹) ein *Revisionsbegehren gut*, so liegt m.E. funktional ebenfalls ein Rechtsmittelentscheid vor, welcher beschwerdefähig ist. Wird dagegen ein Revisionsbegehren abgewiesen, so liegt nur eine Bestätigung eines früheren Entscheids vor. Mangels eines Entscheids, welcher das Vollstreckungsverfahren fortführt, liegt – entsprechend dem bisherigen Recht⁴² – kein beschwerdefähiger Entscheid vor.

28 Zum Prinzip der double instance und zum Erfordernis, dass es sich bei der (einigen oder oberen) kantonalen Aufsichtsbehörde um ein Gericht handeln muss, vgl. IV.

29 LORANDI (FN 6), Art. 19 SchKG N 25 m.w.H.

30 Skeptisch ESCHER (FN 17), 1248 Fn. 10.

31 Zum *bisherigen* Recht: LORANDI (FN 6), Art. 19 SchKG N 29 m.w.H.

32 Skeptisch ESCHER (FN 17), 1248 Fn. 10, welche offen lässt, ob für Entscheide in Disziplinarsachen (Art. 14 Abs. 2 SchKG) die Beschwerde in Zivilsachen oder in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten zur Anwendung gelangt. Aus Kohärenzgründen sollten m.E. (wie bisher) *sämtliche* Entscheide (oberer) kantonalen Aufsichtsbehörden mit Beschwerde in Zivilsachen angefochten werden können. Daran ändert nichts, dass dem Bundesgericht unverändert keine Disziplinalgewalt zukommt (LORANDI, [FN 6], Art. 14 SchKG N 14).

33 LORANDI (FN 6), Art. 19 SchKG N 27 m.w.H.

34 LORANDI (FN 6), Art. 19 SchKG N 26 m.w.H.

35 LORANDI (FN 6), Art. 19 SchKG N 26 m.w.H.

36 LORANDI (FN 6), Art. 19 SchKG N 28 m.w.H.

37 Vgl. z.B. Art. 9 Abs. 2, Art. 73e Abs. 5, Art. 128 Abs. 2 VZG; Art. 1 Abs. 2, Art. 14 Abs. 3, Art. 27 Abs. 4, Art. 47 Abs. 1 und 2, Art. 55 Abs. 1 und 2, Art. 56 Abs. 2, Art. 57 GebV SchKG; Art. 10 VVAG.

38 OTTO DEGGELLER, Die Beschwerde in Schuldbetriebs- und Konkursachen an das schweizerische Bundesgericht, Zürich 1923, 38 f., 43; SORG (FN 6), 15; NÖTZLI (FN 6), 30 ff.; LORANDI (FN 6), Art. 22 SchKG N 127; ESCHER (FN 17), 1250; BGE 112 III 4, 94 III 70 f.

39 Anders jetzt neu für das Bundesgericht: III.

40 LORANDI (FN 6), Art. 13 SchKG N 35 ff., Art. 19 SchKG N 26.

41 Es kann somit nur Willkür gerügt werden. Die Verletzung von (einfachem) kantonalen Recht kann mit Beschwerde in Zivilsachen nicht gerügt werden (Art. 95 BGG e contrario; vgl. II.C.1).

42 LORANDI (FN 6), Art. 19 SchKG N 19 und N 28.

3. End-, Vor- oder Zwischenentscheide

Nach *bisherigem Recht* konnten grundsätzlich nur Endentscheide angefochten werden. Als solche galten materielle Entscheide, die eine Massnahme des Vollstreckungsrechts zum Gegenstand haben⁴³. Zwischenentscheide (wie etwa die Gewährung der aufschiebenden Wirkung) konnten nicht angefochten werden⁴⁴. Gegen sie konnte allenfalls als Unterlassung wegen Rechtsverzögerung Beschwerde geführt werden⁴⁵. Eine Ausnahme bestand, wenn die Rechtsstellung des Beschwerdeführers von einem Zwischenentscheid tangiert wurde und die Anfechtung des nachfolgenden Endentscheids einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil gezeitigt hätte⁴⁶.

Neu sind nicht nur Endentscheide (Art. 90 BGG), sondern auch *Teilentscheide* (Art. 91 BGG), selbständig eröffnete *Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und Ausstandsbegehren* (Art. 92 BGG) sowie – unter gewissen Einschränkungen – *andere selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide* anfechtbar (Art. 93 BGG)⁴⁷. Somit kann z.B. neu ein Entscheid über die aufschiebende Wirkung mit Beschwerde angefochten werden, wenn ein nicht wieder gutzumachender Nachteil geltend gemacht werden kann (Art. 93 Abs 1 lit. a BGG)⁴⁸.

4. Bei Unterlassungen

Wie schon nach *bisherigem Recht* (aArt. 19 Abs. 2 SchKG)⁴⁹, kann auch weiterhin im Falle einer Unterlassung einer (oberen) kantonalen Aufsichtsbehörde Beschwerde geführt werden (Art. 94 BGG).

C. Beschwerdegründe und Rügepflicht

1. Beschwerdegründe

Unverändert kann *Rechtsverweigerung* und *Rechtsverzögerung* gerügt werden (aArt. 19 Abs. 2 SchKG⁵⁰; Art. 94 BGG).

Im Grundsatz gleich geblieben ist auch, dass *Rechtsverletzungen* gerügt werden können (aArt. 19 Abs. 1 SchKG; Art. 95 BGG). Geändert hat sich dagegen, welche Normen als verletzt gerügt werden können. Der Katalog wurde ausgeweitet: Mit Beschwerde in Zivilsachen kann die Verletzung von *Bundesrecht* (einschliesslich Bundesverfassungsrecht⁵¹), Völkerrecht, kantonalen verfassungsmässigen Rechten sowie interkantonalem Recht⁵³ gerügt werden (Art. 95 BGG)^{54, 55}. Zum Bundesrecht zählen unverändert⁵⁶ auch die allgemeinen Grundsätze des Betreibungsrechts⁵⁷.

Ermessensmissbrauch und Ermessensüberschreitung⁵⁸ gelten unverändert⁵⁹ als Rechtsverletzung, weshalb eine Überprüfung mit Beschwerde in Zivilsachen zulässig ist⁶⁰.

Nichtigkeit i.S.v. Art. 22 SchKG ist eine qualifizierte Rechtsverletzung⁶¹. Sie kann somit (entsprechend dem Grundsatz a maiore ad minus) auch als "gewöhnliche" Rechtsverletzung mittels Beschwerde in Zivilsachen gerügt werden^{62, 63}.

Nach *bisherigem Recht* konnte die Verletzung von ausländischem Recht nicht mit SchKG-Beschwerde gerügt werden⁶⁴. Mit Beschwerde in Zivilsachen kann nun – mit

43 KARL SPÜHLER, Die Änderungen beim Beschwerdeverfahren nach dem revidierten Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, AJP 1996, 1346; DIETH (FN 14), 16; LORANDI (FN 6), Art. 19 SchKG N 22; BGE 111 III 51, 101 III 6; BISchK 1987, 186 f.

44 DEGGELLER (FN 38), 47 f.; SORG (FN 6), 27; HEINZ PFLUGHARD, Beschwerde an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer, in: THOMAS GEISER/PETER MÜNCH (Hrsg.), Prozessieren vor Bundesgericht, Basel 1996, Rz. 5.26; SPÜHLER (FN 43), 1346; BasK-COMETTA (FN 8), Art. 19 SchKG N 6 f.; DIETH (FN 14), 16; LORANDI (FN 6), Art. 19 SchKG N 23; ESCHER (FN 17), 1250 f.; BGE 130 III 611, 127 III 5, 112 III 94, 111 III 51.

45 LORANDI (FN 6), Art. 19 SchKG N 23, N 30; BGE 101 III 6 f.; BISchK 1987, 186 f.

46 BGE 112 III 94.

47 ESCHER (FN 17), 1249.

48 ESCHER (FN 17), 1251; JENT-SØRENSEN (FN 23), 23.

49 DEGGELLER (FN 38), 62; BasK-COMETTA (FN 8), Art. 19 N 9; LORANDI (FN 6), Art. 19 SchKG N 30.

50 Vgl. dazu LORANDI (FN 6), Art. 17 SchKG N 135 m.w.H.

51 SPÜHLER/DOLGE/VÖCK (FN 9), Art. 95 BGG N 3; AEMISEGGER (FN 21), 430; BERNHARD WALDMANN, Justizreform und öffentliche Rechtspflege – quo vadis?, AJP 2003, 757; REETZ (FN 7), 33.

52 Nach *bisherigem Recht* konnte die Verletzung von *Bundesverfassungsrecht* und der *EMRK* nur mit *staatsrechtlicher Beschwerde* vorgebracht werden (LORANDI [FN 6], Art. 19 SchKG N 46 m.w.H.).

53 Die Verletzung von kantonalem und interkantonalem Recht konnte nach *bisherigem Recht* ebenfalls nur mit *staatsrechtlicher Beschwerde* gerügt werden (LORANDI [FN 6], Art. 19 SchKG N 47 m.w.H.).

54 ESCHER (FN 17), 1249.

55 Kantonale Bestimmungen über die politische Stimmberechtigung der Bürger und über Volkswahlen und -abstimmungen, deren Verletzung auch gerügt werden können (Art. 95 lit. d BGG), spielen in Bezug auf Entscheide der SchKG-Aufsichtsbehörden keine Rolle (gl.M. SPÜHLER, [FN 7], 6).

56 Zum *bisherigen Recht*: DEGGELLER (FN 38), 56, 58; WILHELM BIRCHMEIER, Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, Zürich 1950, 378; PFLUGHARD (FN 44), Rz. 5.53; LORANDI (FN 6), Art. 19 SchKG N 43.

57 SHK-SEILER (FN 7), Art. 95 BGG N 15.

58 Zu den Begriffen vgl. LORANDI (FN 6), Art. 17 SchKG N 135 ff.

59 Zum *bisherigen Recht* vgl. BGE 114 III 45, 112 III 71, 111 III 78.

60 PH. ZIEGLER (FN 7), 388, 407; SPÜHLER (FN 7), 7; AEMISEGGER (FN 21), 430; SHK-SEILER (FN 7), Art. 95 BGG N 50; JENT-SØRENSEN (FN 23), 21; PHILIPPIN (FN 7), 138; a.M. PETER (FN 7), 7.

61 LORANDI (FN 6), Art. 22 SchKG N 2.

62 BBl 2001 4357; ESCHER (FN 17), 1250.

63 Zur Abgrenzung der Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht von der Aufsichtsbeschwerde an den Bundesrat bzw. das Bundesamt für Justiz vgl. III.

64 FRED SIMOND, Rekurs an das schweizerische Bundesgericht i.S.v. Art. 19 SchKG, SJK Nr. 628, 5; DEGGELLER (FN 38),

Einschränkungen – auch die Verletzung von *ausländischem Recht* gerügt werden (Art. 96 BGG). Entscheide von SchKG-Aufsichtsbehörden betreffen wohl ausnahmslos vermögensrechtliche Sachen, so dass die Anwendbarkeit von Art. 96 lit. b BGG kaum gegeben sein wird. Im Bereich des SchKG kommt das IPRG nur sehr beschränkt zur Anwendung (vgl. Art. 166 ff. IPRG). Einzig in diesem Bereich scheint eine Rüge gemäss Art. 96 lit. a BGG überhaupt denkbar⁶⁵.

Hinsichtlich der *Natur der* als verletzt gerügten *Norm* besteht m.E. – obschon das BGG dies nicht ausdrücklich vorsieht – eine *Einschränkung*, welche sich aus dem Wesen des (kantonalen) Verfahrens der SchKG-Beschwerde (Art. 17 f. SchKG) bzw. aus der Natur des angefochtenen Entscheids (Beschwerdeentscheid einer [oberen oder einzigen] kantonalen Aufsichtsbehörde) ergibt: Eine Rechtsverletzung kann nur in Bezug auf solche Normen vorliegen, welche die SchKG-Organen anzuwenden haben und damit verletzen können. Bestimmungen, welche sie nicht anwenden können, können auch nicht verletzt sein. Entsprechend kann die Verletzung solcher Bestimmungen auch nicht mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht gerügt werden.

Die verfahrensleitenden SchKG-Behörden (Betreibungsämter, Konkursämter, Sachwalter, Liquidatoren) wenden Bestimmungen des Vollstreckungsrechts (vor allem das SchKG) an. Ihre Verfügungen⁶⁶ und damit die Entscheide der Aufsichtsbehörden können daher in aller Regel nur *vollstreckungsrechtliche Normen* verletzen. Deren Verletzung kann gerügt werden⁶⁷.

Hinzu kommen zwei Ausnahmen: Soweit die Vollstreckungsbehörden *vorfrageweise auch zivilrechtliche Bestimmungen* (wie etwa Rechts- oder Handlungsfähigkeit, Wohnsitz)⁶⁸ anwenden, kann deren Verletzung gerügt werden. Zudem können gewisse zivilrechtliche Vorschriften ebenfalls als Rechtsverletzung gerügt werden, weil sie einen unmittelbaren Bezug zum Vollstreckungsverfahren aufweisen: Dies ist bei Art. 230 OR⁶⁹ und bei *Willensmängeln im Vollstreckungsverfahren der Fall*⁷⁰.

Vor Bundesgericht kann nach wie vor⁷¹ *nicht gerügt* werden, *kantonales Gesetzesrecht sei verletzt*⁷². Diesbezüglich kann einzig *Willkür* als Bundesrechtsverletzung gerügt werden⁷³. Unverändert ist auch, dass vor Bundesgericht *Unangemessenheit* nicht gerügt werden kann (aArt. 19 SchKG e contrario⁷⁴; Art. 95–98 BGG e contrario)⁷⁵.

2. Rügepflicht/Anwendung des Rechts von Amtes wegen

Vor Bundesgericht kommt es auf die Qualifikation der verletzten Rechtsnorm an, ob das oberste Gericht gemäss dem Grundsatz *iura novit curia* das Recht von Amtes wegen anwendet oder ob eine Rechtsverletzung vom Beschwerdeführer gerügt werden muss: *Von Amtes wegen* prüft das Bundesgericht die Verletzung von Bundesrecht (Gesetzes- und Verordnungsrecht), die Verletzung von ausländischem

Recht und die Verletzung von Staatsvertragsrecht (ausgenommen Grundrechtsverletzung; Art. 95 f. i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG e contrario)⁷⁶.

Nur auf entsprechende *Rüge* samt Begründung hin prüft das Bundesgericht dagegen die Verletzung von Grund-

52 f.; BIRCHMEIER (FN 56), 278; PFLEGHARD (FN 44), Rz. 5.52 und Rz. 5.57; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Bd. I, Lausanne 1999, Art. 19 SchKG N 45; DIETH (FN 14), 94 f.; LORANDI (FN 6), Art. 19 SchKG N 47; BGE 77 III 84.

65 Ebenfalls skeptisch: JENT-SØRENSEN (FN 23), 21.

66 Als Verfügung gilt eine bestimmte Handlung im Einzelfall, welche das Vollstreckungsverfahren weiterführt, nach aussen in Erscheinung tritt und von einem Betreibungsorgan im Vollstreckungsverfahren kraft seiner Amtsgewalt erlassen wird (vgl. LORANDI [FN 6], Art. 17 SchKG N 46 ff.).

67 Vgl. LORANDI (FN 6), Art. 19 SchKG N 43 m.w.H.

68 DEGGELER (FN 38), 120; SORG, 30; NÖTZLI (FN 6), 92; DIETH (FN 14), 88; LORANDI (FN 6), Art. 17 SchKG N 101, Art. 19 SchKG N 44; BGE 101 III 7 f.

69 BasK-RUOSS (FN 8), Art. 230 OR N 1; JÖRG SCHMID, Die Grundstücksteigerung, in: ALFRED KOLLER (Hrsg.), Der Grundstückkauf, St. Gallen 1989, 431 ff.; LORANDI (FN 6), Art. 17 SchKG N 103 ff., Art. 19 SchKG N 45; BGE 109 III 124 ff., 40 III 337.

70 CARL JAEGER, Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, Zürich 1911, Art. 136^{bis} SchKG N 2; DEGGELER (FN 38), 56; LORANDI (FN 6), Art. 17 SchKG N 107 ff., Art. 19 SchKG N 45; BGE 95 III 22, 79 III 116; BISchK 1960, 50.

71 Zum *bisherigen* Recht: LORANDI (FN 6), Art. 19 SchKG N 47; BGE 105 III 116; Pra 1995, 345.

72 PH. ZIEGLER (FN 7), 387; JENT-SØRENSEN (FN 23), 21; SPÜHLER/DOLGE/VOCK (FN 9), Art. 95 BGG N 5; SHK-SEILER (FN 7), Art. 95 BGG N 21; WALDMANN (FN 51), 757; KARLEN (FN 21), 38; WALTHER (FN 7), 369 f.; REETZ (FN 7), 33. Die Verletzung von kantonalem Verfassungsrecht und interkantonalem Recht kann dagegen vorgebracht werden (Art. 95 lit. c und lit. e BGG).

73 SHK-SEILER (FN 7), Art. 95 BGG N 22; REETZ (FN 7), 3.

74 Zum *bisherigen* Recht: ANTOINE FAVRE, Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen, SJK Nr. 679, 7; SIMOND, 2; SUZETTE SANDOZ-MONOD, Kommentar zu den Art. 75–82 OG, in: JEAN-FRANÇOIS PLOUDRET/SUZETTE SANDOZ-MONOD, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, Bd. II, Bern 1990, Art. 78 OG N 2.1; DEGGELER (FN 38), 51, 67; HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Zürich 1984, § 8 Rz. 19; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 2003, § 6 Rz. 87; GILLIÉRON (FN 64), Art. 19 SchKG N 16 und N 21; PFLEGHARD (FN 44), Rz. 5.61; BasK-COMETTA (FN 8), Art. 19 SchKG N 15; DIETH (FN 14), 95; LORANDI (FN 6), Art. 19 SchKG N 51.

75 PH. ZIEGLER (FN 7), 388; WALDMANN (FN 51), 758; KARLEN (FN 21), 39; SPÜHLER (FN 7), 7; JENT-SØRENSEN (FN 23), 21; REGINA KIENER/MATHIAS KUHN, Das neue Bundesgerichtsgesetz – eine (vorläufige) Würdigung, ZBI 2006, 156.

76 SPÜHLER/DOLGE/VOCK (FN 9), Art. 106 BGG N 1; SHK-VON WERDT (FN 7), Art. 106 BGG N 3.

rechten (seien diese in der Bundesverfassung, einem völkerrechtlichen Vertrag oder einer Kantonsverfassung gewährleistet⁷⁷), kantonalem oder interkantonalem Recht (Art. 106 Abs. 2 BGG).

D. Kein Streitwerterfordernis

Die Beschwerde in Zivilsachen ist grundsätzlich nur ab einem Streitwert von CHF 30 000 bzw. CHF 15 000 (in miet- und arbeitsrechtlichen Fällen) zulässig (Art. 74 Abs. 1 BGG). Wie bisher besteht im Rechtsmittelverfahren gegen Entscheide der (oberen bzw. einzigen) kantonalen Aufsichtsbehörde kein Streitwerterfordernis (Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG)⁷⁸. Dies gilt für alle Entscheide der kantonalen SchKG-Aufsichtsbehörden, welche mit Beschwerde in Zivilsachen angefochten werden können⁷⁹ und etwa nicht nur für Beschwerdeentscheide, wie die Botschaft vermuten lassen könnte⁸⁰.

E. Beschwerdelegitimation

Zur Beschwerde in Zivilsachen ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (formelle Beschwerde) und ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat (materielle Beschwerde; Art. 76 Abs. 1 BGG). Gemäss Botschaft soll diese gesetzliche Definition auch für Beschwerden gegen Entscheide kantonalen SchKG-Aufsichtsbehörden gelten⁸¹. Erforderlich ist somit eine formelle und eine materielle Beschwerde. Diese Umschreibung der Legitimation bereitet gewisse Probleme⁸². Vorliegend soll auf drei Aspekte eingegangen werden:

1. Rechtlich geschütztes Interesse

Unter dem bisherigen Recht genügte ein eigenes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheides bzw. am Erlass eines bestimmten Entscheides⁸³. Dabei genügte auch ein bloss *tatsächliches* Interesse⁸⁴.

Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG verlangt nun neu ein *rechtlich* geschütztes Interesse. Damit wird die Legitimation enger als bisher umschrieben. Die Praxis wird hier Abgrenzungskriterien entwickeln müssen. Während den Parteien des Vollstreckungsverfahrens (Schuldner⁸⁵ und Gläubiger) weitgehend Beschwerdelegitimation zukommt, wird die neue gesetzliche Regelung für Dritte tendenziell zu einer Beschränkung der Legitimation führen.

2. Am kantonalen Beschwerdeverfahren nicht beteiligte Dritte

Nach *geltendem* Recht war vor Bundesgericht auch ein Dritter beschwerdelegitimiert, welcher am Beschwerdeverfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden nicht beteiligt gewesen war. Seine Legitimation beschränkte sich jedoch darauf, zu rügen, dass er durch den Entscheid der (oberen

bzw. einzigen) kantonalen Aufsichtsbehörde *zusätzlich* tangiert war⁸⁶.

Unter der Geltung des BGG fragt sich, welche Legitimation einem Dritten zukommt, welcher im letztinstanzlichen kantonalen Beschwerdeverfahren (Art. 18 SchKG) nicht Beschwerdeführer gewesen ist⁸⁷. In "eentlichen" Zivilrechtsstreitigkeiten (Zweiparteienverfahren) genügt es, im kantonalen Verfahren als Nebenpartei aufzutreten zu sein, um formell beschwert zu sein⁸⁸. Dritte, welche im kantonalen Verfahren nicht selber Beschwerdeführer waren, "nahmen" am Verfahren im eigentlichen Sinn des Wortes nicht "teil". Dies schadet m.E. jedoch nicht:

Wer (wie etwa der Vollstreckungsgegner, welcher selber nicht Beschwerde geführt hat) ein Interesse am Ausgang des kantonalen Verfahrens hatte und eine *Vernehmlassung* vor der (oberen bzw. einzigen) kantonalen Aufsichtsbehör-

77 BBI 2001 4344.

78 BBI 2001 4309.

79 Vgl. II.B.2.

80 "Die Beschwerde ist ohne Mindeststreitwert zulässig, sofern ein Entscheid der kantonalen SchKG-Aufsichtsbehörde nach Artikel 17 ff. SchKG angefochten wird (...)." (BBI 2001 4309).

81 BBI 2001 4312.

82 Vgl. auch ESCHER (FN 17), 1249 Fn. 15, wonach die Frage der Beschwerdelegitimation bei Entscheiden von SchKG-Aufsichtsbehörden nach Art. 89 BGG (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) leichter zu beantworten wäre. Entgegen WALTER (FN 7), 137, stellen sich Probleme nicht nur in den öffentlichen Materien, welche der Beschwerde in Zivilsachen unterstellt sind (Art. 72 Abs. 2 lit. b BGG), sondern gerade auch bei Entscheiden gegen Aufsichtsbehörden in SchKG-Sachen. Gemäss PHILIPPIN (FN 7), 143, soll in Zweifelsfällen die bisherige liberale Praxis weitergelten.

83 DEGGER (FN 38), 75 f.; SANDOZ-MONOD (FN 74), Art. 78 OG N 3.1, N 3.2; FRITZSCHE/WALDER (FN 74), § 8 Rz. 16; AMONN/WALTHER (FN 74), § 6 Rz. 77 f., Rz. 89; GILLIÉRON (FN 64), Art. 19 SchKG N 59; BasK-COMETTA (FN 8), Art. 19 SchKG N 18; LORANDI (FN 6), Art. 19 SchKG N 64; BGE 112 III 3, 105 III 36, 57 f.

84 ESCHER (FN 17), 1250; BGE 120 III 42.

85 Die Beschränkung der Beschwerdelegitimation des Schuldners in der Generalexekution (Konkurs und Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) gemäss der bisherigen Praxis (vgl. LORANDI, Art. 17 SchKG N 177 ff.) gilt m.E. auch unter dem BGG unverändert weiter.

86 DEGGER (FN 38), 77; SIMOND, SJK Nr. 627, 4; SORG (FN 6), 47 f.; NÖTZLI (FN 6), 153; GILLIÉRON (FN 64), Art. 19 SchKG N 68; LORANDI (FN 6), Art. 19 SchKG N 67; BGE 34 I 22, 31 I 33.

87 Vgl. CHRISTOPH AUER, Auswirkungen der Reorganisation der Bundesrechtspflege auf die Kantone, ZBl 2006, 131; DERS., Die Beschwerdebefugnis nach den neuen Bundesgerichtsgesetz, in: Aus der Werkstatt des Rechts, FS für Heinrich Koller (Hrsg. von Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Bundesamtes für Justiz), Basel/Genf/München 2006, 200 f.

88 BBI 2001 4312; SHK-GÜNGERICH (FN 7), Art. 76 BGG N 8; SPÜHLER/DOLGE/VOCK (FN 9), Art. 76 BGG N 2.

de *erstattete*, "nahm", m.E. auf jeden Fall in hinreichender Form "vor der Vorinstanz am Verfahren teil"⁸⁹. Auch wer *keine Vernehmlassung* erstattet hat, ist m.E. entsprechend der bisherigen Praxis⁹⁰ beschwerdelegitimiert⁹¹. Solange die Praxis diese Frage nicht geklärt hat, ist betroffenen Personen zu empfehlen, sich vor der (oberen bzw. einzigen) kantonalen Aufsichtsbehörde mittels Vernehmlassung am Verfahren zu "beteiligen"⁹².

In beiden Fällen (ob eine Vernehmlassung erstattet worden ist oder nicht) ist erforderlich, dass ein rechtlich geschütztes Interesse besteht (Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG). Zudem besteht nur insoweit eine Legitimation, als der vor Bundesgericht angefochtene kantonale Entscheid im Vergleich zum Entscheid der Vorinstanz eine *zusätzliche Beschwerde* bewirkt hat⁹³.

3. Betreibungsorgane

Behörden sind legitimiert, gegen öffentlichrechtliche Entscheide Beschwerde zu führen, welche in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zivilrecht stehen (Art. 76 Abs. 2 i.V.m. Art. 72 Abs. 2 lit. b BGG). Nach der Systematik des Gesetzes fallen Entscheide von kantonalen SchKG-Aufsichtsbehörden nicht darunter; diese fallen unter Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG⁹⁴. Das BGG regelt somit nicht ausdrücklich, unter welchen Voraussetzungen *Betreibungsorgane* (namentlich Betreibungs- und Konkursämter, Konkursverwaltung, Liquidator, Gläubigerausschussmitglieder) Beschwerde in Zivilsachen führen können.

M.E. gilt die bisherige Praxis, gemäss welcher Betreibungsorganen eine *beschränkte Aktivlegitimation* zukommt⁹⁵, unverändert weiter⁹⁶. Soweit in der Generalexekution (Konkurs, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) die Interessen aller Gläubiger tangiert sind, lässt sich m.E. die Legitimation des Vollstreckungsorgans über die Gläubigersamtheit herleiten⁹⁷. Soweit es um Disziplinarentscheide⁹⁸ geht, muss dem Organ die Beschwerdelegitimation ebenfalls zugesprochen werden; die Betroffenheit kommt jener einer Privatperson gleich (auch wenn es bei Disziplinarsachen gerade um Fragen des öffentlichrechtlichen Dienstrechts geht). Gleiches muss für Gebührenfragen gelten⁹⁹.

F. Frist/Fristenstillstand/Wiederherstellung/keine Beschwerdeergänzung

1. Beschwerdefrist

Wie nach bisherigem Recht (aArt. 19 Abs. 1 SchKG) beträgt die Beschwerdefrist grundsätzlich zehn Tage (Art. 100 Abs. 2 lit. a BGG) und in der Wechselbetreibung fünf Tage (Art. 20 SchKG; Art. 100 Abs. 3 lit. a BGG). Die Beschwerde wegen Rechtsverweigerung bzw. Rechtsverzögerung ist ebenfalls unverändert (aArt. 19 Abs. 2 SchKG) jederzeit zulässig (Art. 100 Abs. 7 BGG).

2. Fristenstillstand

Nach bisherigem Recht konnte die Frist der SchKG-Beschwerde als Verwirkungsfrist¹⁰⁰ weder gehemmt werden, noch still stehen. Dies galt namentlich während den Gerichtsferien¹⁰¹. Neu gilt der Fristenstillstand gemäss Art. 46 Abs. 1 BGG¹⁰² auch in Bezug auf Beschwerden gegen Entscheide der SchKG-Aufsichtsbehörden¹⁰³. Davon ausgenommen ist einzig die Wechselbetreibung (Art. 46 Abs. 2 BGG).

3. Wiederherstellung

Die Wiederherstellung der Beschwerdefrist richtet sich grundsätzlich nach Art. 50 BGG. Demzufolge wird die Frist wiederhergestellt, wenn eine Partei oder ihr Vertreter durch einen anderen Grund als eine mangelhafte Eröffnung, unverschuldeterweise davon abgehalten worden ist, Beschwerde zu führen. Die Partei bzw. ihr Vertreter müssen unter Angabe des Grundes innert 30 Tagen nach Wegfall des Hindernisses um Fristwiederherstellung ersuchen und die versäumte Handlung nachholen (Art. 50 Abs. 1 BGG).

In aller Regel gilt sowohl für das Fristwiederherstellungsgesuch als auch für das Nachholen der versäumten

89 Vgl. zur verwandten Frage der Parteistellung im bundesgerichtlichen Verfahren (II.1.8.).

90 Vgl. FN 86.

91 Vgl. auch ZIEGLER (FN 7), 432.

92 Da das Beschwerdeverfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden nach wie vor kostenlos ist (revArt. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG), besteht auch kein Kostenrisiko.

93 Vgl. FN 86.

94 BBI 2001 4307.

95 DEGGELLER (FN 38), 79 ff.; SORG, 50 ff.; BIRCHMEIER (FN 56), 275 f.; ZIEGLER (FN 7), 50; NÖTZLI (FN 6), 74; BASK-COMETTA (FN 8), Art. 19 SchKG N 19 f.; DIETH (FN 14), 72 ff.; LORANDI (FN 6), Art. 19 SchKG N 65 i.V.m. Art. 18 SchKG N 49 ff.

96 Vgl. auch PH. ZIEGLER (FN 7), 432; ESCHER (FN 17), 1250; restriktiver KIENER/KUHN (FN 75), 151.

97 ESCHER (FN 17), 1250.

98 Vgl. II. B.2.

99 A.M. ESCHER (FN 17), 1250, welche allerdings (m.E. zu Unrecht) von einem Anwendungsfall von Art. 76 Abs. 2 BGG ausgeht und (in dieser Hinsicht zu Recht) die Gebührenverordnung des Bundesrates nicht unter die "Bundes[gesetz]gebung" subsumiert.

100 Bundesgerichtsurteil 7B.228/2006 vom 9. Februar 2007, E. 2.2.

101 DEGGELLER (FN 38), 87 f.; FRITZSCHE/WALDER (FN 74), § 13 Rz. 109, Rz. 111; AMONN/WALTHER (FN 74), § 11 Rz. 10 f, Rz. 56; PFLEGHARD (FN 44), Rz. 5.41; GILLIÉRON (FN 64), Art. 19 N 87; LORANDI (FN 6), Art. 19 SchKG N 72; BGE 114 III 6.

102 Unschön ist, dass der Fristenstillstand gemäss BGG (Art. 46 Abs. 1) nicht mit den Betreibungsferien korrespondiert (Art. 56 Ziff. 2 SchKG); vgl. auch PHILIPPIN (FN 7), 141.

103 ESCHER (FN 17), 1249.

Handlung dieselbe Frist, welche verpasst worden ist¹⁰⁴. Gemäss BGG beträgt die Rechtsmittelfrist ans Bundesgericht in aller Regel 30 Tage (Art. 100 Abs. 1, Art. 101 BGG). Bei Beschwerden gegen Entscheide von SchKG-Aufsichtsbehörden beträgt die Frist jedoch 10 bzw. 5 Tage (Art. 100 Abs. 2 lit. a und Abs. 3 lit. a BGG). Systemkonform müsste die Frist, um die Wiederherstellung zu verlangen, 10 bzw. 5 Tage betragen. Aufgrund des klaren Gesetzeswortlauts, der keine Einschränkung vorsieht, gilt jedoch auch hier (wenn auch systemwidrig) eine Frist von 30 Tagen.

4. Keine Beschwerdeergänzung

Bei der Frist zur Erhebung der Beschwerde in Zivilsachen handelt es sich wie im bisherigen SchKG-Beschwerdeverfahren¹⁰⁵ um eine Verwirkungsfrist. Der Praxis zum bisherigen Recht entsprechend¹⁰⁶ ist es dem Beschwerdeführer daher verwehrt, seine Beschwerdeschrift nach Fristablauf zu ergänzen (Art. 43 BGG e contrario). Daran ändert auch das (beschränkte) Novenrecht nichts; die Noven sind in der Beschwerdeschrift und innerhalb der Beschwerdefrist vorzubringen¹⁰⁷.

G. Wirkungen der form- und fristgerechten Beschwerdeeinreichung

Dem bisherigen Recht entsprechend (Art. 36 SchKG)¹⁰⁸ hat die Beschwerde in Zivilsachen *keine aufschiebende Wirkung* (Art. 103 Abs. 1 BGG). Der zuständige Instruktionsrichter kann der Beschwerde jedoch auf Antrag des Beschwerdeführers ("einer Partei") oder von Amtes wegen aufschiebende Wirkung erteilen (Art. 103 Abs. 3 BGG). Es ist zu erwarten, dass sich an der bisherigen Praxis des Bundesgerichts nichts ändern wird.

H. Zuständigkeit

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer, welche die bisherigen SchKG-Beschwerden nach aArt. 19 SchKG behandelt hatte, wurde aufgelöst. An ihrer Stelle beurteilt nun die *II. Zivilabteilung* Beschwerden in Zivilsachen gegen Entscheide kantonaler Aufsichtsbehörden in SchKG-Sachen¹⁰⁹.

Die Abteilungen des Bundesgerichts entscheiden grundsätzlich in der Besetzung mit drei Richtern (Art. 20 Abs. 1 BGG). Über Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder auf Antrag eines Richters entscheiden sie in Fünferbesetzung. Ausgenommen davon sind Beschwerden gegen Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen (Art. 20 Abs. 2 BGG), über welche nie in Fünferbesetzung entschieden wird¹¹⁰. Dies entspricht der Rechtslage unter dem OG (Art. 15 Abs. 2). Diese Ausnahme wird in der Botschaft mit dem Interesse an einer raschen Verfahrensabwicklung begründet¹¹¹. M.E. überzeugen weder die Regelung noch deren Begründung¹¹².

III. Verfahrensgrundsätze

A. Prüfung der Beschwerde Voraussetzungen von Amtes wegen

Nach wie vor gilt, dass das Bundesgericht die Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen prüft. Zu den Eintretensvoraussetzungen gehören¹¹³ das Vorliegen eines tauglichen Anfechtungsobjekts (Art. 72 Abs. 2 lit. a, Art. 75, Art. 90 ff. BGG), das Geltendmachen von zulässigen Beschwerdegründen (Art. 95 ff. BGG), Partei- und Beschwerdefähigkeit sowie rechtmässige Vertretung des Beschwerdeführers (Art. 40 BGG), Beschwerdelegitimation (Art. 76 Abs. 1 BGG), Verfolgen eines praktischen Verfahrenszwecks, Form und Inhalt der Beschwerdeschrift (Art. 42 BGG), Rechtzeitigkeit der Beschwerde (Art. 44 ff., Art. 100 Abs. 2 lit. a BGG) sowie die Zuständigkeit (Art. 29 Abs. 2 BGG).

Nach bisherigem Recht mussten die Beschwerde Voraussetzungen im Fall von Nichtigkeit (Art. 22 SchKG) nicht erfüllt sein. Dies galt auch für die SchKG-Beschwerde vor Bundesgericht¹¹⁴. Neu ist das Bundesgericht nur noch

104 Vgl. aArt. 33 Abs. 4 SchKG; vgl. auch BBl 2001 4299 ("Gemäss Absatz 1 wird die Frist zur Einreichung des Gesuchs um Wiederherstellung der Frist von 10 auf 30 Tage nach Wegfall des Hindernisses erhöht (...), damit die versäumte Rechtshandlung *innerhalb derselben Frist* nachgeholt werden kann."); Hervorhebung hinzugefügt.)

105 DEGGELLER (FN 38), 87 f.; FRITZSCHE/WALDER (FN 74), § 13 Rz. 109, Rz. 111; AMONN/WALTHER (FN 74), § 11 Rz. 10 f., Rz. 56; PFLEGHARD (FN 44), Rz. 5.41; GILLIÉRON (FN 64), Art. 19 SchKG N 87; LORANDI (FN 6), Art. 19 SchKG N 72; BGE 114 III 6.

106 GILLIÉRON (FN 64), Art. 19 SchKG N 42; LORANDI (FN 6), Art. 20a SchKG N 142; BGE 103 III 116.

107 III.3.

108 LORANDI (FN 6), Art. 19 SchKG N 88.

109 Art. 32 Abs. 1 lit. c. des Reglements vom 20. November 2006 für das Bundesgericht (SR 173.110.131); ESCHER (FN 17), 1249; Bundesgerichtsurteil 7B.186/2006 vom 10. Januar 2007, E. 2; 7B.3/2007 vom 12. Januar 2007, E. 2.

110 Der Präsident oder die Präsidentin entscheidet im *vereinfachten Verfahren* als Einzelrichter oder Einzelrichterin über das Nicht-eintreten auf offensichtlich unzulässige Beschwerden, auf Beschwerden, die offensichtlich keine hinreichende Begründung enthalten und auf querulatorische oder rechtsmissbräuchliche Beschwerden (Art. 108 BGG; vgl. dazu HEINZ AEMISEGGER, Vereinfachtes Verfahren, Art. 108 Abs. 1 und Art. 109 BGG, Instruktionsverfahren, Art. 32 BGG, in: BERNHARD EHRENZELLER/RAINER J. SCHWEIZER [Hrsg.], Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen auf die Praxis, St. Gallen 2006, 475 ff.).

111 BBl 2001 4286; vgl. auch SHK-SEILER (FN 7), Art. 20 BGG N 8.

112 G.M. ESCHER (FN 17), 1249 f.

113 Zum *bisherigen* Recht vgl. LORANDI (FN 6), Art. 21 SchKG N 14.

114 LORANDI (FN 6), Art. 22 SchKG N 124 m.w.H.

Rechtsmittel- und nicht mehr Aufsichtsinstanz (revArt. 15 Abs. 1 SchKG). Das Bundesgericht kann deshalb Nichtigkeit nur noch als "einfache" Rechtsverletzung beurteilen¹¹⁵. Eine Beschwerde in Zivilsachen ist deshalb selbst im Falle von Nichtigkeit nur statthaft, wenn sämtliche Beschwerdevoraussetzungen erfüllt sind.

B. Form und Inhalt der Beschwerdeschrift

Hinsichtlich Form und Inhalt der Beschwerdeschrift gelten für die Beschwerde gegen Entscheide kantonaler Aufsichtsbehörden in SchKG-Sachen keine Besonderheiten (vgl. Art. 42 BGG)¹¹⁶.

C. Novenrecht

Leicht abweichend vom bisherigen Recht (aArt. 79 Abs. 1 Satz 2 OG)¹¹⁷ wird das Novenrecht neu wie folgt geregelt: Neue Begehren sind unzulässig (Art. 99 Abs. 2 BGG). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur soweit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG). Die Noven müssen auf jeden Fall in der Beschwerdeschrift und innerhalb der Beschwerdefrist vorgebracht werden¹¹⁸.

Die genannte Regelung kann für zivilrechtliche Beschwerden gegen Entscheide (oberer bzw. einziger) kantonaler Aufsichtsbehörden nicht ohne *Ausnahme* gelten: Nach der hier vertretenen Auffassung kann – dem bisherigen Recht entsprechend¹¹⁹ – der Vollstreckungsgegner oder ein Dritter auch dann Beschwerde führen, wenn er am vorinstanzlichen Verfahren nicht teilgenommen hat; dies ergibt sich daraus, dass das Verfahren vor den Aufsichtsbehörden ein Ein- und kein Zweiparteienverfahren ist¹²⁰. Wenn der *Vollstreckungsgegner* oder betroffene Dritte erst vor Bundesgericht als Beschwerdeführer auftritt, so ist jeder Antrag von ihm "neu". Trotzdem gilt für ihn die Einschränkung nicht, dass er keine *neuen Anträge* stellen kann¹²¹. Dies muss m.E. unabhängig davon gelten, ob er vor der (oberen bzw. einzigen) kantonalen SchKG-Aufsichtsbehörde eine Vernehmlassung erstattet und welchen Antrag er dort gestellt hat. Das Verbot, neue Anträge zu stellen, gilt m.E. nur für diejenige Partei, welche im kantonalen Verfahren schon formell als Partei (Beschwerdeführer) aufgetreten ist.

Das Bundesgericht ist neu nur noch Rechtsmittel- und nicht mehr Aufsichtsinstanz (revArt. 15 Abs. 1 SchKG¹²²). Entgegen dem bisherigen Recht¹²³ gilt das Novenverbot vor Bundesgericht nun auch im Fall von Nichtigkeit (Art. 22 SchKG), da diese nur als "einfache" Rechtsverletzung beurteilt werden kann¹²⁴.

D. Dispositionsmaxime, Verbot der reformatio in peius

Entsprechend dem bisherigen Recht (aArt. 63 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. aArt. 81 OG)¹²⁵ gilt für die Beschwerde in Zivilsachen die *Dispositionsmaxime*. Das Bundesgericht darf

nicht über die Begehren der Parteien hinausgehen (Art. 107 Abs. 1 BGG).

Sodann gilt das Verbot der *reformatio in peius* auch¹²⁶ unter dem Regime des neuen Rechts¹²⁷. Nachdem das Bundesgericht nur noch Rechtsmittel- und nicht mehr Aufsichtsinstanz ist (revArt. 15 Abs. 1 SchKG)¹²⁸, gilt das Verbot der *reformatio in peius* nun – entgegen dem bisherigen Recht¹²⁹ – auch im Fall der Nichtigkeit (Art. 22 SchKG)¹³⁰.

E. Bindung an den Sachverhalt

Unverändert gilt¹³¹, dass das Bundesgericht grundsätzlich an den Sachverhalt der Vorinstanz gebunden ist (Art. 105 Abs. 1 BGG). Von diesem Grundsatz gelten weiterhin zwei Ausnahmen: Das Bundesgericht kann den Sachverhalt berichtigen oder ergänzen, wenn die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz offensichtlich unrichtig ist (Art. 105 Abs. 2 BGG)¹³². Zudem kann das Gericht den Sachverhalt berichtigen oder ergänzen, wenn die vorinstanzliche Feststellung unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften

115 II.I.4.

116 Zum Geltungsbereich des Rügeprinzips vgl. II.C.2. Die Anforderungen an die Begründung des Rechtsmittels entsprechen dem bisherigen Recht (BBI 2001 4294; Bundesgerichtsurteil 5A_7/2007 vom 19. Februar 2007; 5A_31/2007 vom 5. März 2007; 5A_90/2007 vom 19. März 2007).

117 LORANDI (FN 6), Art. 20a SchKG N 140 ff. m.w.H.

118 II.F.4.

119 II.E.2.

120 II.E.2.

121 Die *Beschwerdelegitimation* des Dritten, der erstmals im Verfahren Beschwerde führt, ist jedoch beschränkt auf die durch den angefochtenen Entscheid bewirkte, *zusätzliche* Beschwer (vgl. III.E.2.).

122 Vgl. III.

123 LORANDI (FN 6), Art. 20a SchKG N 150; BGE 104 III 6 f., 96 III 33, 91 III 45; JdT 1986 II 92.

124 Vgl. auch III.I.1. und II.I.4.

125 JAEGER (FN 70), Art. 19 SchKG N 6; DEGGELER (FN 38), 112; BIRCHMEIER (FN 56), 281; SANDOZ-MONOD (FN 74), Art. 81 OG N 2.6.1; LORANDI (FN 6), Art. 20a SchKG N 135; BGE 105 III 94.

126 Zum *alten* Recht: DEGGELER (FN 38), 112; JEAN-FRANÇOIS POUURET, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, Bd. II, Bern 1990, Art. 63 OG N 2.2.4; SANDOZ-MONOD (FN 74), Art. 81 OG N 2.6.2; LORANDI (FN 6), Art. 20a SchKG N 135.

127 BBI 2001 4345.

128 Vgl. III.

129 SANDOZ-MONOD (FN 74), Art. 81 OG N 2.6.1; LORANDI (FN 6), Art. 20a SchKG N 137, Art. 21 SchKG N 6, Art. 22 SchKG N 125.

130 Vgl. auch III.I.1. und II.I.3.

131 Zum *alten* Recht: LORANDI (FN 6), Art. 20a SchKG N 138 m.w.H.

132 Zum *bisherigen* Recht: Art. 63 Abs. 2 i.V.m. aArt. 81 OG; LORANDI (FN 6), Art. 20a SchKG N 138; BGE 107 III 2, 103 III 55.

zustande gekommen ist (Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 95 BGG)¹³³.

F. Keine Nebenintervention/ keine Anschlussbeschwerde

Wie nach altem Recht¹³⁴, kann im Rechtsmittelverfahren vor Bundesgericht gegen Entscheide kantonaler SchKG-Aufsichtsbehörden weder Anschlussbeschwerde geführt¹³⁵, noch eine Nebenintervention erklärt werden¹³⁶. Eine Anschlussbeschwerde ist allein schon deshalb ausgeschlossen, weil dies auf eine unzulässige Verlängerung der peremptorischen Beschwerdefrist hinauslaufen würde¹³⁷.

G. Vertretung

Nach *bisherigem* Recht galt das Anwaltsmonopol in "Zivil- und Strafsachen" (aArt. 29 Abs. 2 OG). Damit war die berufsmässige Vertretung bei SchKG-Beschwerden ans Bundesgericht (aArt. 19 SchKG) auch Nicht-Anwälten erlaubt (aArt. 29 OG)¹³⁸.

Gemäss Art. 40 BGG können Parteien vor Bundesgericht nur von Anwälten vertreten werden, die gemäss Anwalts-gesetz¹³⁹ oder Staatsvertrag berechtigt sind, Parteien vor schweizerischen Gerichten zu vertreten. Diese Regelung soll gemäss Gesetzeswortlaut in "Zivil- und Strafsachen" gelten. Auslegungsfrage ist, ob für Beschwerden gegen Entscheide der SchKG-Aufsichtsbehörden das Anwaltsmonopol gilt oder nicht.

Die grammatikalische und systematische Auslegung führt m.E. nicht zu einem klaren Ergebnis: Einerseits ist zu berücksichtigen, dass schon der Bundesverfassungsgeber das SchKG als "Zivilrecht" verstand¹⁴⁰. Zudem fällt die ehemalige SchKG-Beschwerde – obwohl öffentlichrechtlicher Natur¹⁴¹ – nun unter die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG)¹⁴². Dies würde dafür sprechen, dass auch hier das Anwaltsmonopol Geltung hat¹⁴³. Andererseits unterscheidet Art. 72 BGG zwischen Entscheiden in Zivilsachen (Abs. 1) und anderen Entscheiden, die auch der Beschwerde in Zivilsachen unterliegen (Abs. 2), wobei zu letzteren auch die Entscheide der SchKG-Aufsichtsbehörden gehören (lit. a). Nach diesem engen Verständnis sind die SchKG-Beschwerdeentscheide keine "Zivilsachen" im eigentlichen Sinn.

Der Bundesrat sah in seinem Entwurf (Art. 37 Abs. 1 E BGG¹⁴⁴)¹⁴⁵ eine umfassende Geltung des Anwaltsmonopols vor Bundesgericht vor – unbeschden der in Frage stehenden Rechtsmaterie. Das Parlament hat sich ausgiebig mit dieser Frage auseinandergesetzt¹⁴⁶. Es wich vom Entwurf des Bundesrates ab, mit dem Bestreben, an der damals geltenden Rechtslage (Art. 29 OG¹⁴⁷) festzuhalten¹⁴⁸. Massgebend sollte die Rechtsmaterie sein: Zivil- und Strafsachen sollten vom Anwaltsmonopol erfasst und öffentlichrechtliche bzw. verwaltungsrechtliche Materien nicht erfasst sein¹⁴⁹. Dieser Sichtweise schloss sich auch der Bundesrat an¹⁵⁰.

Es war somit der ausdrückliche *Wille des Gesetzgebers*, "Zivil- und Strafsachen" gemäss Art. 40 Abs. 1 BGG nicht im Sinne der Art. 72 ff. und Art. 78 ff. BGG zu verstehen,

sondern – entsprechend der Regelung in aArt. 29 OG – auf die zugrundeliegende Rechtsmaterie abzustellen: "[d]as Anwaltsmonopol sei so zu belassen, wie es heute besteht"¹⁵¹ bzw. "am bereits bisher geltenden Recht der Parteivertretung auch vor dem Bundesgericht [sei] festzuhalten"¹⁵². Entsprechend ist Art. 40 Abs. 1 BGG so zu verstehen, dass für die Beschwerde in Zivilsachen gegen Entscheide kantonaler Aufsichtsbehörden in SchKG-Sachen das Anwaltsmonopol *nicht* gilt¹⁵³.

133 Zum *bisherigen* Recht: aArt. 20a Abs. 2 Ziff. 3 Satz 1 erster Halbsatz SchKG; PFLEGHARD (FN 44), Rz. 5.57; GILLIÉRON (FN 64), Art. 20a SchKG N 278; LORANDI (FN 6), Art. 20a SchKG N 138.

134 DEGGELER (FN 38), 88; SORG, 84; NÖTZLI (FN 6), 67 ff.; FRITZSCHE/WALDER (FN 74), § 8 Rz. 16; LORANDI (FN 6), Art. 20a SchKG N 151 f.; BGE 73 III 35 f., 40 II 328.

135 BBI 2001 4342; AEMISEGGER (FN 21), 423; SARBACH (FN 7), Rz. 16; SHK-VON WERDT, Art. 102 BGG N 14; SPÜHLER/DOLGE/VOCK (FN 9), Art. 103 BGG N 2; REETZ (FN 7), 5; WALTHER (FN 7), 377.

136 SHK-GÜNGERICH (FN 7), Art. 76 BGG N 8.

137 Zum *bisherigen* Recht vgl. LORANDI (FN 6), Art. 20a SchKG N 151.

138 DEGGELER (FN 38), 82 ff.; POUURET (FN 124), Art. 29 OG N 3.1; SANDOZ-MONOD (FN 74), Art. 78 OG N 3; LORANDI (FN 6), Art. 19 SchKG N 63; Bundesgerichtsurteil 7B.246/2002 vom 23. Januar 2003, E. 3.1.

139 SR 935.61.

140 Vgl. vorne FN 10.

141 II.A.

142 Vorne FN 7.

143 So ESCHER (FN 17), 1249; vgl. auch KARLEN (FN 21), 32 f.; SHK-GÜNGERICH (FN 7), Art. 40 BGG N 5; a.M. SPÜHLER/DOLGE/VOCK (FN 9), Art. 40 BGG N 3; WALTER (FN 7), 138; PETER (FN 7), 7.

144 Dieser lautete wie folgt: "Als Parteivertreter können vor Bundesgericht Anwälte und Anwältinnen auftreten, die nach dem Anwalts-gesetz vom 23. Juni 2000 oder nach einem Staatsvertrag berechtigt sind, Parteien vor schweizerischen Gerichtsbehörden zu vertreten."

145 Vgl. auch die Ausführungen in der Botschaft: BBI 2001 4293.

146 AB S 2003 895 ff., Amtliches Bulletin des Nationalrates (AB N) 2004 1589 ff., AB S 2005 122 ff.

147 In den Beratungen wurde zuweilen fälschlicherweise auf Art. 27 OG verwiesen (AB N 2004 1591).

148 Für eine geraffte Übersicht über die parlamentarischen Beratungen vgl. KARLEN (FN 21), 32 f.

149 AB S 2003 895 ff., AB N 2004 1589 ff., AB 2005 S 122 ff.

150 AB S 2005 124.

151 AB S 2005 122.

152 AB N 2004 1590; vgl. auch "en rester au statu quo", "Beibehaltung der bisherigen Regelung", "Beibehaltung des Status quo" (AB N 2004 1591),

153 SPÜHLER/DOLGE/VOCK (FN 9), Art. 40 BGG N 3; REETZ (FN 7), 3 Fn. 2; a.M. ESCHER (FN 17), 1249; KARLEN (FN 21), 32 f.; SHK-GÜNGERICH (FN 7), Art. 40 BGG N 5, welche sich – soweit ersichtlich – jedoch nicht mit den Voten im Parlament auseinandersetzen.

H. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die *frühere SchKG-Beschwerde* war auch vor Bundesgericht kostenlos (aArt. 20a Abs. 1 SchKG). Dies bedeutete namentlich, dass weder Gebühren auferlegt, noch Kostenvorschüsse verlangt, noch eine Parteientschädigung zugesprochen werden konnte (aArt. 62 Abs. 2 GebV SchKG)¹⁵⁴.

Dies hat mit dem Inkrafttreten des BGG für das Verfahren vor Bundesgericht geändert: Die Kostenlosigkeit betrifft nur noch das Beschwerdeverfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden (Art. 17 f., revArt. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG). Damit gelten für die Beschwerde in Zivilsachen gegen Entscheide der kantonalen SchKG-Aufsichtsbehörden weitgehend die Bestimmungen von Art. 62–66¹⁵⁵ sowie Art. 68 BGG¹⁵⁶. Aus dogmatischer Sicht ist es m.E. nicht sehr sinnfällig, ein Rechtsmittelverfahren im kantonalen Verfahren kostenlos auszugestalten und einzig vor Bundesgericht volle Kosten- und Entschädigungsfolgen vorzusehen.

1. Gerichtskosten

Die Gerichtsgebühren bemessen sich nach den ordentlichen Ansätzen¹⁵⁷. Zu beachten ist, dass der Beschwerdeführer für die Gerichtskosten einen Vorschuss zu leisten hat (Art. 62 Abs. 1 BGG).

Die Gerichtskosten werden gemäss Art. 66 BGG verteilt und in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Partei ist grundsätzlich, wer Beschwerde führt und (in Zivilrechtsstreitigkeiten) die Gegenpartei¹⁵⁸. Wer sich i.S.v. Art. 102 Abs. 1 BGG durch Vernehmlassung¹⁵⁹ am Verfahren beteiligt, ist zwar keine Partei im formellen Sinn, er kann aber gleichsam wie eine Partei mit Kosten belegt werden, wenn er sich am Verfahren vor Bundesgericht mit eigenen Anträgen beteiligt und sich damit auf das Verfahren "eingelassen" hat; er verhält sich diesfalls wie eine Partei, weshalb er auch betreffend der Kosten- und Entschädigungsfolgen wie eine solche behandelt wird¹⁶⁰. Dies gilt auch für *Dritte* (wie etwa den Vollstreckungsgegner), welche eine Vernehmlassung samt Anträgen erstattet haben¹⁶¹. Dagegen kann m.E. nicht zur Zahlung von Gerichtskosten verpflichtet werden, wer nicht selbst Beschwerde führt und keine Vernehmlassung (mit Anträgen) erstattet.

Mit öffentlichrechtlichen Aufgaben betrauten Organisationen¹⁶² dürfen in der Regel keine Gerichtskosten auferlegt werden, wenn sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis und, ohne dass es sich um ihr Vermögensinteresse handelt, das Bundesgericht in Anspruch nehmen oder wenn gegen ihre Entscheide in solchen Angelegenheiten Beschwerde geführt worden ist (Art. 66 Abs. 4 BGG). Der Begriff "mit öffentlichen Aufgaben betraute Organisation" ist i.S.v. Art. 159 Abs. 2 OG zu verstehen¹⁶³. Im amtlichen Wirkungskreis handeln Behörden grundsätzlich immer dann, wenn sie hoheitliche, öffentliche Aufgaben erfüllen¹⁶⁴.

Dies trifft für *SchKG-Organen* (Betreibungs- und Konkursamt, ausseramtliche Konkursverwaltung, Sachwalter, Liquidator, Gläubigerausschuss) stets zu; sie nehmen

öffentliche Aufgaben wahr¹⁶⁵. Sie agieren somit in den überwiegenden Fällen auch "in ihrem amtlichen Wirkungskreis", weshalb ihnen in der Regel¹⁶⁶ keine Gerichtskosten auferlegt werden dürfen. Anders verhält es sich m.E., wenn es um Disziplinaentscheide geht und eine Geldbusse in Frage steht (Art. 14 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Diesfalls geht es um das persönliche Vermögensinteresse des SchKG-Organs¹⁶⁷.

2. Parteientschädigung

Art. 68 BGG regelt die Parteientschädigung. Das Gesetz spricht von obsiegender und unterliegender Partei. Dies passt auf das Verfahren gegen Entscheide der kantonalen SchKG-Aufsichtsbehörden nicht. Es handelt sich um ein Einparteienverfahren und nicht (wie im Zivilprozessrecht) um ein kontradiktorisches Zweiparteienverfahren¹⁶⁸. Der Parteibegriff bei Art. 68 BGG ist derselbe ist wie bei Art. 66 BGG¹⁶⁹. Zudem sollte sich die Kosten- und Entschädigungspflicht nach gleichen Grundsätzen richten.

Aufgrund dessen kann auch ein *Dritter* (namentlich der Vollstreckungsgegner), welcher vor Bundesgericht eine *Vernehmlassung samt Anträgen erstattet* hat, zu einer Parteientschädigung verpflichtet werden. Andererseits kann ihm bei Obsiegen eine solche zugesprochen werden.

154 LORANDI (FN 6), Art. 20a SchKG N 9 ff., N 24 m.w.H.

155 Zur unentgeltlichen Rechtspflege vgl. II.1.9.

156 ESCHER (FN 17), 1249; JENT-SØRENSEN (FN 23), 18; SPÜHLER/DOLGE/VOCK (FN 9), Art. 65 BGG N 3; SHK-SEILER (FN 7), Art. 65 BGG N 3, Art. 68 BGG N 2; WALTHER (FN 7), 375.

157 BBI 2001 4305; KARLEN (FN 21), 31; REETZ (FN 7), 6; bisher hat sich das Bundesgericht moderat gezeigt und die Gerichtsgebühr in einfachen Fällen zwischen CHF 300 (Bundesgerichtsurteile 5D_1/2007 vom 14. Februar 2007; 5A_13/2007 vom 16. Februar 2007) und CHF 1000 festgesetzt (Bundesgerichtsurteil 5A_7/2007 vom 19. Februar 2007; 5A_90/2007 vom 19. März 2007; 5A_31/2007 vom 5. März 2007).

158 SHK-SEILER (FN 7), Art. 66 BGG N 7 f.

159 II.1.10.

160 SHK-SEILER (FN 7), Art. 66 BGG N 14; BGE 127 V 111 f.; BGE 1A.90/1993 E. 1b und E. 7 (in ZBI 1995, 178, sind die hier relevanten E. 1b und 7 nicht abgedruckt).

161 II.E.2.

162 Dasselbe gilt für den Bund, die Kantone und die Gemeinden.

163 SHK-SEILER (FN 7), Art. 66 BGG N 46. Zur Praxis zu Art. 159 Abs. 2 OG vgl. etwa BGE 128 V 133, 120 V 352 nicht publ. E. 6, 119 Ib 247, 118 V 169; Bundesgerichtsurteil 2A.19/1997; BBI 2001 4305 f. Vgl. auch BGE 107 Ib 283.

164 SHK-SEILER (FN 7), Art. 66 BGG N 49.

165 Anstatt vieler: AMONN/WALTHER (FN 74), § 4 N 79.

166 Zu den Ausnahmen vgl. SHK-SEILER (FN 7), Art. 66 BGG N 56; SPÜHLER/DOLGE/VOCK (FN 9), Art. 66 BGG N 5; Bundesgerichtsurteil 1P.462/2003 vom 10. September 2003, E. 5.

167 Vgl. LORANDI (FN 6), Art. 18 SchKG N 54, N 57, N 61 und N 64 jeweils m.w.H.

168 II.A.

169 SHK-SEILER (FN 7), Art. 68 BGG N 5.

Ein Dritter (namentlich der Vollstreckungsgegner), welcher nicht selbst Beschwerde führt und auch *keine Vernehmlassung erstattet hat*, kann dagegen weder zu einer Parteientschädigung verpflichtet, noch kann ihm eine solche zugesprochen werden.

Dem *Beschwerdeführer* kann bei Obsiegen eine Parteientschädigung zugesprochen werden (Art. 68 Abs. 1 BGG)¹⁷⁰. Wenn sich ein Dritter (namentlich der Vollstreckungsgegner) durch Vernehmlassung am Verfahren vor Bundesgericht beteiligt hat, wird dieser zur Leistung der Parteientschädigung verpflichtet. Hat sich kein Dritter am Verfahren beteiligt, ist dem obsiegenden Beschwerdeführer die Parteientschädigung m.E. aus der Staatskasse zu entrichten. Unterliegt der Beschwerdeführer, hat er dem Dritten, der sich durch Vernehmlassung am Verfahren vor Bundesgericht beteiligt hat, eine Parteientschädigung auszurichten.

Mit öffentlichrechtlichen Aufgaben betrauten Organisationen¹⁷¹ wird in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen, wenn sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegen (Art. 68 Abs. 3 BGG). Dies ist das Pendant zu Art. 66 Abs. 4 BGG¹⁷², wonach diesen Organisationen in der Regel keine Gerichtsgebühren auferlegt werden¹⁷³. Der Begriff ist bei Art. 66 Abs. 4 und Art. 68 Abs. 3 BGG derselbe¹⁷⁴. *SchKG-Organ*e sind – wenn auch in beschränktem Mass – zur Beschwerde legitimiert¹⁷⁵. Sie nehmen grundsätzliche hoheitliche Aufgaben wahr. Ihnen ist deshalb in der Regel¹⁷⁶ keine Parteientschädigung zuzusprechen. Dessen ungeachtet besteht bei Unterliegen gleichsam eine Entschädigungspflicht des SchKG-Organ¹⁷⁷.

Wo ein SchKG-Organ dagegen eigene, persönliche Interessen wahrnimmt, wie z.B. bei Disziplinarentscheiden¹⁷⁸, bestände zwar an sich eine Entschädigungspflicht. Es fehlt m.E. in Disziplinarfällen aber a fortiori an einer "Gegenpartei", welcher eine Entschädigung überhaupt zugesprochen werden könnte.

Der Beschwerdeführer, welcher in der Schweiz keinen festen Wohnsitz hat oder nachweislich zahlungsunfähig ist, kann auf Begehren der Gegenpartei zur *Sicherstellung einer allfälligen Parteientschädigung* verpflichtet werden (Art. 62 Abs. 2 BGG). Für die Beschwerde in Zivilsachen gegen Entscheide der kantonalen SchKG-Aufsichtsbehörden bedeutet dies, dass ein Dritter, welcher eine Vernehmlassung samt Anträgen einreicht (hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen), wie eine Gegenpartei behandelt wird.

3. Keine Neuverteilung der Kosten des kantonalen Verfahrens

Das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden ist nach wie vor kostenlos (revArt. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG). Art. 67 und Art. 68 Abs. 5 BGG, welche die Neuverteilung der Kosten und der Parteientschädigungen vor der Vorinstanz betreffen, kommen somit nicht zur Anwendung.

I. Unentgeltliche Rechtspflege

Unter dem bisherigen Recht war umstritten bzw. unklar, ob im Beschwerdeverfahren gemäss Art. 17 bis 19 SchKG ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege bestand. Da die betreibungsrechtliche Beschwerde gemäss bisherigem Recht auch vor Bundesgericht kostenlos war (aArt. 20a Abs. 1 SchKG), stellte sich vor allem die Frage, ob ein Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand bestand¹⁷⁹. Das Bundesgericht wendete einen strengen Massstab an¹⁸⁰. Dies wurde in der Lehre zum Teil kritisiert¹⁸¹.

Unter dem BGG ist das Verfahren vor Bundesgericht kostenpflichtig (Art. 66 BGG)¹⁸². Die Frage der unentgeltlichen Rechtspflege gewinnt damit an Bedeutung. Die bisher umstrittene Frage wird nun dahingehend geklärt, dass ein umfassender Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege besteht. Darin eingeschlossen ist auch die unentgeltliche Rechtsvertretung (Art. 64 BGG). Es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht seine bisherige Zurückhaltung im Bereich der Beschwerden gegen Entscheid der SchKG-Aufsichtsbehörden¹⁸³ aufgibt¹⁸⁴. In persönlicher Hinsicht gilt der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege für "eine Partei" (Art. 64 Abs. 1 BGG). Wie in Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen generell¹⁸⁵ fällt darunter m.E. nicht nur der Beschwerdeführer, sondern auch ein Dritter, welcher sich vor Bundesgericht mit einer Vernehmlassung samt Anträgen am Verfahren beteiligt.

J. Vernehmlassung

Soweit erforderlich, stellt das Bundesgericht die Beschwerde der Vorinstanz sowie den allfälligen anderen Parteien, Beteiligten oder zur Beschwerde berechtigten Behörden zu und setzt ihnen Frist zur Einreichung einer

170 Gl.M. JENT-SØRENSEN (FN 23), 18.

171 Dasselbe gilt für den Bund, die Kantone und die Gemeinden.

172 SPÜHLER/DOLGE/VOCK (FN 9), Art. 68 BGG N 5.

173 Vgl. II.I.8.a.

174 SHK-SEILER (FN 7), Art. 68 BGG N 24.

175 Vgl. II.E.3.

176 Zu den Ausnahmen vgl. SHK-SEILER (FN 7), Art. 68 BGG N 28; SPÜHLER/DOLGE/VOCK (FN 9), Art. 68 BGG N 5 und N 7; BGE 126 V 151; RKUV 1992 U Nr. 150.

177 Vgl. SHK-SEILER (FN 7), Art. 68 BGG N 23; SPÜHLER/DOLGE/VOCK (FN 9), Art. 68 BGG N 5; BGE 130 I 268, 125 I 393, 125 II 103, 124 I 230.

178 II.E.3.

179 Vgl. LORANDI (FN 6), Art. 20a SchKG N 26 ff.

180 BGE 122 I 10; zustimmend DIENTH (FN 14), 125 f.

181 IVO SCHWANDER, *Entscheidbesprechung*, AJP 1996, 494 ff.; FRANCO LORANDI, *Entscheidbesprechung*, AJP 1994, 108; DERS. (FN 6), Art. 20a SchKG N 26 f.

182 II.I.8.a.

183 Vgl. FN 180.

184 Vgl. Bundesgerichtsurteil 5A_58/2007 vom 1. März 2007.

185 Vgl. II.I.8.

Vernehmlassung an (Art. 102 Abs. 1 BGG). Der Kreis der Vernehmlassungsberechtigten ist sehr weit gezogen¹⁸⁶. Dazu gehören Dritte, die aufgrund des Ausgangs des Verfahrens in ihren Rechten berührt sind¹⁸⁷. Erfasst sind in der Regel sämtliche Personen, welche (i.S.v. Art. 76 Abs. 1 BGG) selbst gegen den vorinstanzlichen Entscheid hätten Beschwerde erheben können. Dazu zählt namentlich der *Vollstreckungsgegner*.

K. Beschwerdeentscheid

Fehlt es an einer Prozessvoraussetzung¹⁸⁸, so tritt das Bundesgericht auf die Beschwerde in Zivilsachen nicht ein. Sind die Prozessvoraussetzungen gegeben, fällt es ein Sachurteil.

Ist die Beschwerde unbegründet, weist es diese ab. Heisst das Bundesgericht die Beschwerde gut, so entscheidet es in der Sache selbst oder weist diese zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurück (Art. 107 Abs. 2 Satz 1 BGG). Dies entspricht der Rechtslage nach bisherigem Recht (Art. 21 SchKG¹⁸⁹)¹⁹⁰.

Wie nach bisherigem Recht¹⁹¹, kann das Bundesgericht den angefochtenen Entscheid *nur* kassieren und die Sache an die Vorinstanz zurückweisen, soweit es um Entscheide in Disziplinarsachen geht oder wenn beim Neuentscheid Fragen der Angemessenheit zu entscheiden wären; dem Bundesgericht kommt namentlich weder Disziplinarbefugnis¹⁹² zu, noch kann es Fragen der Angemessenheit¹⁹³ beurteilen.

Neu ist, dass das Bundesgericht bei Gutheissung der Beschwerde die Sache *auch an die erste Instanz zurückweisen kann* (Art. 107 Abs. 2 Satz 2 BGG). Es handelt sich um eine Art umgekehrten Sprungrekurs. Dies dürfte dann sinnvoll sein, wenn das Bundesgericht davon ausgehen muss, dass die Vorinstanz, z.B. wegen umfangreicher Beweiserhebungen, ihrerseits die Sache an die erste Instanz zurückweisen wird¹⁹⁴. Bei Beschwerden in Zivilsachen gegen Entscheide der SchKG-Aufsichtsbehörden ist bei einer einstufigen kantonalen Organisation der Aufsichtsbehörden das verfahrensleitende Organ (Betreibungsamt, Konkursamt, Konkursverwaltung, Liquidator), welches die ursprüngliche Verfügung erlassen hat, die "erste Instanz"¹⁹⁵.

IV. Zuständigkeit zur Feststellung von Nichtigkeit auf Bundesebene

Nichtige Verfügungen sind unbeachtlich. Nichtigkeit kann auch Entscheide (oberer bzw. einziger) kantonalen Aufsichtsbehörden betreffen. Unabhängig davon, ob betriebsrechtliche Beschwerde geführt worden ist, stellen die Aufsichtsbehörden die Nichtigkeit von Amtes wegen fest (Art. 22 Abs. 1 Satz 2 SchKG).

Nach *bisherigem* Recht war das Bundesgericht die oberste Aufsichtsbehörde (aArt. 15 Abs. 1 SchKG). Aufgrund dessen konnte das Bundesgericht die Nichtigkeit einer Verfügung auch dann feststellen, wenn es sich mit einer

SchKG-Beschwerde zu befassen hatte, es aber an einer Eintretensvoraussetzung fehlte¹⁹⁶. Diese Rechtslage hat sich geändert.

A. Durch das Bundesgericht (im Rahmen einer Beschwerde in Zivilsachen)

Neu obliegt die Oberaufsicht nicht mehr dem Bundesgericht (revArt. 15 Abs. 1 SchKG). Dieses kann die Nichtigkeit einer Verfügung jedoch immer noch feststellen; zwar nicht als Aufsichtsbehörde, sondern als Rechtsmittelinstanz. Nichtigkeit ist eine qualifizierte Rechtsverletzung (Art. 22 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Sie kann deshalb als (einfache) Rechtsverletzung (i.S.v. Art. 95 BGG) gerügt werden¹⁹⁷. Dies ist jedoch *nur noch im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens* (in Zivilsachen gemäss BGG) möglich¹⁹⁸. Dafür müssen sämtliche Eintretensvoraussetzungen erfüllt sein¹⁹⁹.

B. Durch das Bundesamt für Justiz (qua Delegation der Aufsichtsbefugnis durch den Bundesrat)

Neu liegt die Oberaufsicht über die kantonalen SchKG-Aufsichtsbehörden beim Bundesrat (revArt. 15 Abs. 2

186 SPÜHLER/DOLGE/VOCK (FN 9), Art. 102 BGG N 2.

187 SPÜHLER/DOLGE/VOCK (FN 9), Art. 102 BGG N 2; SHK-VON WERDT (FN 7), Art. 102 BGG N 10; BGE 100 Ia 447.

188 II.I.1

189 Für das Verfahren vor Bundesgericht hat Art. 21 SchKG keine Bedeutung mehr. Es gilt ausschliesslich das BGG.

190 DEGgeler (FN 38), 114; SANDOZ-MONOZ (FN 74), Art. 81 OG N 2.4, N 2.7.1, N 2.7.2; GILLIÉRON (FN 64), Art. 20a SchKG N 275 ff., N 282, Art. 21 SchKG N 13; LORANDI (FN 6), Art. 21 SchKG N 27 ff.

191 ERNST BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911, 101; DEGgeler (FN 38), 54, 111, 114; MAURICE E. MEYER, Des attribution des autorités de surveillance de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 1912, 159 f.; SANDOZ-MONOD (FN 74), Art. 81 OG N 2.7.1; LORANDI (FN 6), Art. 21 SchKG N 31.

192 Vgl. zur unveränderten Rechtslage: JAEGER (FN 70), Art. 14 SchKG N 7; BLUMENSTEIN (FN 191), 55; MEYER (FN 191), 64; DEGgeler (FN 38), 35, 54; SORG (FN 6), 9; GILLIÉRON (FN 64), Art. 14 SchKG N 39; LORANDI (FN 6), Art. 14 SchKG N 14; BGE 94 III 61, 91 III 41, 90 III 25; zur Rechtslage unter dem BGG: BBI 2001 4357.

193 Vgl. II.C.1

194 SPÜHLER/DOLGE/VOCK (FN 9), Art. 107 BGG N 5.

195 IV.A.

196 PFLEGHARD (FN 44), Rz. 5.46; BasK-COMETTA (FN 8), Art. 22 SchKG; GILLIÉRON (FN 64), Art. 22 SchKG N 37 f.; LORANDI (FN 6), Art. 22 SchKG 125; BGE 121 III 144, 120 III 119, 118 III 4, 117 III 10.

197 II.C.1.

198 BBI 2001 4357.

199 ESCHER (FN 17), 1250; vgl. auch VI.I.1.

SchKG). Damit stellt sich die Frage, ob neu der Bundesrat über die Nichtigkeit von Verfügungen befinden kann bzw. muss²⁰⁰. Die Kompetenz, die Nichtigkeit betreibungsrechtlicher Verfügungen von Amtes wegen festzustellen (Art. 22 Abs. 1 Satz 2 SchKG) ist Ausfluss der Aufsichtsbefugnis²⁰¹. Diese wurde (nun wieder) auf den Bundesrat übertragen (revArt. 15 Abs. 1 SchKG). Der Bundesrat wiederum hat die Oberaufsicht auf das *Bundesamt für Justiz* übertragen (Art. 1 Satz 1 OAV-SchKG). Damit ist dieses anstelle des Bundesrates *zuständig, über die Nichtigkeit zu befinden*²⁰².

Da es sich um ein aufsichtsrechtliches Verfahren und nicht um ein Beschwerdeverfahren handelt, müssen die Voraussetzungen für eine Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht nicht eingehalten werden. Dies gilt insbesondere für die Frist, die Legitimation, die Begründung, den Antrag und die Form²⁰³. Zu beachten ist einzig die funktionelle Zuständigkeitsordnung²⁰⁴ und dass es sich um eine Verfügung²⁰⁵ handeln muss.

Gleichsam sind jedoch gewisse *Einschränkungen* zu beachten²⁰⁶. Weil die Nichtigkeit (als qualifizierte Rechtsverletzung [Art. 22 SchKG]) entsprechend dem Grundsatz a maiore ad minus auch mit der Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht gerügt werden kann²⁰⁷, ist das Bundesgericht als Judikative die primäre Instanz und die Beschwerde in Zivilsachen das primäre Rechtsmittel. Die Aufsichtsbeschwerde an das Bundesamt für Justiz kommt nur *subsidiär* in Betracht²⁰⁸. Die bedeutet zweierlei: Zum einen muss das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden durchschritten worden sein (relative Subsidiarität)²⁰⁹. Soweit zulässig, muss zum anderen gegen den Entscheid der (oberen bzw. einzigen) kantonalen Aufsichtsbehörde Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht geführt werden (absolute Subsidiarität). Im Zweifel ist daher einer Person, welche Nichtigkeit geltend machen will, zu empfehlen, vorgängig (innert Frist) Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht zu führen, um sich im aufsichtsrechtlichen Verfahren vor dem Bundesamt für Justiz nicht sagen lassen zu müssen, die aufsichtsrechtliche Beschwerde könne mangels Subsidiarität nicht an die Hand genommen werden, da eine Beschwerde in Zivilsachen zulässig gewesen wäre.

Wenn das Bundesgericht (als Judikative) auf die Beschwerde in Zivilsachen eintritt und die Frage der Rechtsverletzung (Nichtigkeit) geprüft und eine solche verneint hat, ist m.E. zu unterscheiden: Sofern das Rügeprinzip nicht gilt²¹⁰ oder die Rüge der Gesetzesverletzung/Nichtigkeit erhoben worden ist, kommt das Prinzip der Subsidiarität zum Tragen; das Bundesamt für Justiz (als Teil der Exekutive) tritt auf die Aufsichtsbeschwerde nicht ein. Anders verhält es sich, wenn das Bundesgericht aufgrund dessen, dass das Rügeprinzip nicht erfüllt ist²¹¹, eine Gesetzesverletzung nicht prüfen kann. Diesfalls kann m.E. Aufsichtsbeschwerde an das Bundesamt für Justiz geführt werden.

Entgegen der in der Botschaft vertretenen Ansicht²¹² ist es m.E. nicht erforderlich, dass "ein zwingendes schutzwürdiges privates oder öffentliches Interesse besteht" bzw. geltend gemacht wird. Ein solches Interesse ist Voraussetzung dafür, dass überhaupt Nichtigkeit vorliegt (vgl. Art. 22

Abs. 1 Satz 1 SchKG²¹³). Damit ist das gemäss Botschaft geforderte Interesse im Fall von Nichtigkeit per definitionem gegeben.

Auch im SchKG stellt die Nichtigkeit von Verfügungen an sich eine Ausnahme dar. Im Betreibungsrecht ist dies jedoch eine *relativ häufige Ausnahme*²¹⁴. Soweit mangels Vorliegen der Beschwerdevoraussetzungen keine Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht geführt werden kann, ist damit zu rechnen, dass sich das Bundesamt für Justiz regelmässig mit Nichtigkeitsfällen zu befassen haben wird.

200 Die Verordnung betreffend die Oberaufsicht über Schuldbetreibung und Konkurs vom 22. November 2006 (OAV-SchKG [SR 281.11]; AS 2006 5327 f.) teilt die Kompetenzen auf das Bundesamtes für Justiz (Art. 1 Satz 1, Art. 2), die Dienststelle für Oberaufsicht SchKG (Art. 1 Satz 2) und die Eidgenössische Kommission für Schuldbetreibung und Konkurs auf (Art. 3).

201 LORANDI (FN 6), Art. 22 SchKG N 127; ESCHER (FN 17), 1250.

202 Die OAV-SchKG sieht (zurecht) keine weitere Delegation an die Dienststelle für Oberaufsicht SchKG oder die Eidgenössische Kommission für SchKG vor. Gemäss PETER (FN 7), 14, steht es auch dem Bundesrat nicht zu, Nichtigkeit festzustellen: "Sobald es um einen individuell-konkreten Rechtsakt geht – eine Verfügung in einer Betreibung –, hat einzig und allein das Bundesgericht die Gewalt, diesen allenfalls in letzter Instanz für nichtig zu erklären."

203 Zum *bisherigen* Recht vgl. LORANDI (FN 6), Art. 22 SchKG N 125.

204 Zum *bisherigen* Recht vgl. JAEGER (FN 70), Art. 173 SchKG N 6; NÖTZLI (FN 6), 32; PFLEGHARD (FN 44), Rz. 5.46; BasK-COMETTA (FN 8), Art. 22 SchKG N 15; GILLIÉRON (FN 64), Art. 22 SchKG N 30; LORANDI (FN 6), Art. 22 SchKG N 125, N 139; BGE 118 III 6 f., 112 III 3; vgl. auch sogleich hinten im Text.

205 Vgl. FN 66.

206 BBI 2001 4357.

207 III.C.1.

208 BBI 2001 4357.

209 Dies gilt entsprechend dem bisherigen Recht in Bezug auf aArt. 16 SchKG unverändert weiter: JAEGER (FN 70), Art. 173 SchKG N 6; NÖTZLI (FN 6), 32; PFLEGHARD (FN 44), Rz. 5.46; BasK-COMETTA (FN 8), Art. 22 SchKG N 15; GILLIÉRON (FN 64), Art. 22 SchKG N 30; LORANDI (FN 6), Art. 22 SchKG N 139; BGE 118 III 6 f., 112 III 3, 94 III 71; Pra 1995, 149.

210 II.C.2.

211 II.C.2.

212 BBI 2001 4357.

213 "Verstossen Verfügungen gegen Vorschriften, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind, so sind sie nichtig."

214 BRUNO WEISS, Nichtigkeit, Anfechtbarkeit und Widerruf von Betreibungshandlungen, Zürich 1937, 41; NÖTZLI (FN 6), 27; LORANDI (FN 6), Art. 22 SchKG N 8; vgl. die reichhaltige Bundesgerichtspraxis bei LORANDI, Art. 22 SchKG N 22 ff., N 71 ff.

V. Auswirkungen des BGG auf das Verfahren der betriebsrechtlichen Beschwerde vor den kantonalen Aufsichtsbehörden (Art. 17 f. SchKG)

Das BGG regelt primär das Verfahren vor Bundesgericht. Es zeitigt jedoch auch Auswirkungen auf das kantonale Rechtsmittelverfahren und die kantonale Behördenorganisation. Dies gilt auch in Bezug auf die SchKG-Beschwerde vor den kantonalen Aufsichtsbehörden (Art. 17 f. SchKG).

A. Double Instance

Das BGG führt das Prinzip der *double instance* ein, d.h. es müssen auf kantonaler Ebene zwei Vorinstanzen gegeben sein: Die letzte kantonale Instanz muss als Rechtsmittelinstanz agieren (Art. 75 BGG)²¹⁵. Gemäss Art. 13 Abs. 2 SchKG sind die Kantone frei, ob sie nur eine kantonale Aufsichtsbehörde oder ob sie eine oder mehrere untere und eine obere Aufsichtsbehörde bestellen wollen²¹⁶. Die grosse Mehrheit der Kantone hat die Aufsichtsbehörden nur einstufig geregelt²¹⁷. Gleichsam ist das Prinzip der *double instance* auch bei einer nur einstufigen kantonalen Behördenorganisation erfüllt: Die erste Instanz ist die verfügende (verfahrensleitende) SchKG-Behörde (Betreibungsamt, Konkursamt, Konkursverwaltung, Liquidatoren)²¹⁸. Die (einzige) Aufsichtsbehörde ist die zweite Vorinstanz²¹⁹.

B. Gerichte als (obere oder einzige) kantonale Aufsichtsbehörden

Gemäss SchKG sind die Kantone nicht verpflichtet, Gerichte als Aufsichtsbehörden einzusetzen²²⁰. Fast alle Kantone haben jedoch Gerichte eingesetzt²²¹.

Die Beschwerde in Zivilsachen ist nur zulässig gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen (Art. 75 Abs. 1 BGG). Die Kantone setzen als letzte kantonale Instanz obere *Gerichte* ein (vgl. auch Art. 110 BGG). Diese entscheiden als Rechtsmittelinstanzen (Art. 75 Abs. 2 BGG). Aufgrund des BGG werden die Kantone für SchKG-Beschwerden somit Gerichte als (obere bzw. einzige) kantonale Aufsichtsbehörden in SchKG-Sachen bestellen müssen²²². Sofern die Kantone eine zweistufige kantonale Behördenorganisation vorsehen, können die unteren kantonalen Aufsichtsbehörden nach wie vor auch Verwaltungsbehörden sein²²³.

C. Freie Prüfung des Sachverhalts/ Anwendung des Rechts von Amtes wegen

Die kantonale gerichtliche Instanz prüft den Sachverhalt frei und wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 110 BGG). Diese Vorschrift betrifft nur die richterlichen Instanzen²²⁴. Soweit die Kantone eine zweistufige kantonale Behördenorganisation für die Aufsichtsbehörden vorsehen, können sie für die erste Instanz auch Verwaltungsbehörden vorsehen²²⁵. Für diese gilt Art. 110 BGG nicht direkt. Es entspricht jedoch einem allgemeinen prozessualen Grund-

satz, dass die Kognition unterer Behörden nicht enger sein kann als jene oberer Instanzen²²⁶. Damit gelten die Anforderungen von Art. 110 BGG auch für die unteren kantonalen Aufsichtsbehörden. Das Erfordernis der freien Prüfung des Sachverhalts durch mindestens eine kantonale Behörde ist für die betriebsrechtliche Beschwerde jedoch ohne grosse Bedeutung: Es gilt schon von Bundesrechts wegen, dass die kantonalen Aufsichtsbehörden den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen und die Beweise frei würdigen (revArt. 20a Abs. 2 Ziff. 2 und Ziff. 3 SchKG).

D. Einheit des Verfahrens

Es gilt der allgemeine prozessuale Grundsatz der Einheit des Verfahrens. Dieser besagt, dass in einem ordentlichen Instanzenzug die wesentlichen Rechtsmittelvoraussetzungen vor unteren Instanzen nicht enger sein dürfen als im Verfahren vor der obersten Instanz²²⁷. In der Literatur ist strittig, ob es sich bei der Beschwerde in Zivilsachen um ein ordentliches oder ausserordentliches Rechtsmittel handelt²²⁸. Diese

215 BBI 2001 4311; SHK-GÜNGERICH (FN 7), Art. 75 BGG N 5; SPÜHLER/DOLGE/VOCK (FN 9), Art. 75 BGG N 4 ff.

216 LORANDI (FN 6), Art. 13 SchKG N 3 ff. m.w.H.

217 Vgl. das Verzeichnis der schweizerischen Betriebs- und Konkurskreise, herausgegeben von der EDMZ.

218 BBI 2001 4311; ESCHER (FN 17), 1249; WALTER (FN 7), 128.

219 SPÜHLER/DOLGE/VOCK (FN 9), Art. 75 BGG N 10; SHK-GÜNGERICH (FN 7), Art. 75 BGG N 5.

220 JAEGER (FN 70), Art. 13 SchKG N 4; BLUMENSTEIN (FN 191), 62 f.; AMONN/WALTHER (FN 74), § 4 Rz. 36; BasK-EMMEL (FN 8), Art. 13 SchKG N 15; GILLIÉRON (FN 64), Art. 13 SchKG N 21 und N 24; LORANDI (FN 6), Art. 13 SchKG N 8.

221 Vgl. das Verzeichnis der schweizerischen Betriebs- und Konkurskreise, herausgegeben von der EDMZ.

222 BBI 2001 4348; SPÜHLER (FN 7), 5; SPÜHLER/DOLGE/VOCK (FN 9), Art. 110 BGG N 7; SHK-GÜNGERICH (FN 7), Art. 75 BGG N 5.

223 JAEGER (FN 70), Art. 13 SchKG N 4; BLUMENSTEIN (FN 191), 62 f.; SORG, 16; AMONN/WALTHER (FN 74), § 4 Rz. 36; BasK-EMMEL (FN 8), Art. 13 SchKG N 15; GILLIÉRON (FN 64) (FN 64), Art. 13 SchKG N 21 und N 24; LORANDI (FN 6), Art. 13 SchKG N 8.

224 SHK-SEILER (FN 7), Art. 110 BGG N 3.

225 IV.B.

226 SHK-SEILER (FN 7), Art. 110 BGG N 3.

227 ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. A., Zürich 1998, Rz. 58, Rz. 190; FRITZ GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2. A., Bern 1983, 237; ALFRED KÖLZ/JÜRIG BOSSHART/MARTIN RÖHL, *Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich*, 2. A., Zürich 1999, § 4 N 12, § 41 N 1 und N 19; BGE 120 V 349, 102 V 151 f.

228 Für ein *ordentliches* Rechtsmittel: PH. ZIEGLER (FN 7), 352; AUER, *Rechtsweg* (FN 18), 75 ff.; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, *Bundesgericht und Verfassungsgerichtsbarkeit nach der Justizreform*, Zürich 2006, Rz. 1933; ISAAK MEIER, *Rechtsmittel an das Bundesgericht in Zivilsachen nach dem BGG*, Unterlagen zum Seminar "Wege zum Bundesgericht in Zivilsachen nach dem neuen BGG", in Zürich am

Streitfrage ist im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung. Art. 111 BGG statuiert ausdrücklich Teilaspekte des Grundsatzes der Einheit des Verfahrens. Dieses findet somit vorliegend Anwendung. Die Einheit des Verfahrens hat bzw. kann Auswirkungen auf die Beschwerdegründe, das Anfechtungsobjekt sowie die Legitimation haben:

1. Erweiterung der Beschwerdegründe vor der (oberen bzw. einzigen) kantonalen Aufsichtsbehörde

Die unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts muss mindestens die Rügen gemäss den Art. 95–98 BGG prüfen können (Art. 111 Abs. 3 Satz 1 BGG).

Das SchKG sieht (unverändert) vor, dass vor der (oberen oder einzigen) kantonalen Aufsichtsbehörde Rechtsverletzungen, Unangemessenheit, Rechtsverzögerung und -verweigerung sowie die unrichtige oder unvollständige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden können (Art. 18 SchKG)²²⁹. Durch das BGG erfährt der Kreis der Rechtsnormen, welche vor der kantonalen Aufsichtsbehörde gerügt werden können, eine *Erweiterung*. So kann neu im kantonalen Beschwerdeverfahren die Verletzung ausländischen Rechts i.S.v. Art. 96 BGG gerügt werden. Die Bedeutung ausländischer Normen ist im Bereich des SchKG jedoch gering²³⁰. Die praktische Bedeutung des erweiterten Kreises der Normen, deren Verletzung im Beschwerdeverfahren gemäss Art. 18 SchKG gerügt werden kann, ist somit sehr gering²³¹.

2. Anfechtbarkeit von Vor-, Teil- und Zwischenentscheiden im kantonalen Beschwerdeverfahren

Aus dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens ergibt sich, dass der Kreis der Anfechtungsobjekte vor unteren Instanzen nicht eingeschränkter sein kann als vor oberen Instanzen²³². Dies bedeutet, dass vor den kantonalen Aufsichtsbehörden in SchKG-Sachen dieselben Arten von Entscheiden angefochten werden können müssen wie vor Bundesgericht. Daraus folgt namentlich, dass nach Massgabe der Art. 91–93 BGG auch im kantonalen Verfahren Vor-, Teil- und Zwischenentscheide mit betriebsrechtlicher Beschwerde (Art. 17 f. SchKG) angefochten werden können²³³. Dies hat namentlich zur Folge, dass – entgegen der Praxis zum bisherigen Recht²³⁴ – nun auch Entscheide einer unteren Aufsichtsbehörde über die aufschiebende Wirkung im SchKG-Beschwerdeverfahren (nach Massgabe von Art. 93 Abs. 1 BGG) selbständig mit betriebsrechtlicher Beschwerde bei der oberen Aufsichtsbehörde angefochten werden können (Art. 18 SchKG)²³⁵.

3. Keine Erweiterung der Legitimation vor den kantonalen Aufsichtsbehörden

Wer zur Beschwerde ans Bundesgericht berechtigt ist, muss sich am Verfahren vor allen kantonalen Vorinstanzen betei-

ligen können (Art. 111 Abs. 1 BGG). Dies dient der Einheit des Verfahrens (Sachüberschrift von Art. 111 BGG).

Nach bisherigem Recht war die Beschwerdelegitimation im kantonalen Verfahren (Art. 17 f. SchKG)²³⁶ und vor Bundesgericht (Art. 19 SchKG)²³⁷ gleich weit gefasst. Damit war die Einheit des Verfahrens diesbezüglich gewährleistet. Mit Art. 76 BGG wurde die Legitimation vor Bundesgericht im Vergleich zum bisherigen Recht eingeschränkt²³⁸. Die Legitimation im kantonalen Beschwerdeverfahren bleibt dagegen unverändert. Somit hat Art. 111 Abs. 1 BGG für das Beschwerdeverfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden in SchKG-Sachen (Art. 17 f. SchKG) m.E. keine praktische Bedeutung.

E. Eröffnung des Entscheides der (oberen oder einzigen) kantonalen Aufsichtsbehörden

Art. 112 BGG sieht besondere Bestimmungen für die Eröffnung von Entscheiden vor, welche der Beschwerde ans Bundesgericht unterliegen²³⁹. Dies betrifft somit die Eröffnung von Entscheiden der (einzigen oder oberen) kantonalen Aufsichtsbehörden²⁴⁰. Art. 20a Abs. 2 Ziff. 4 SchKG sieht ebenfalls Vorschriften über die Eröffnung von Entscheiden kantonaler Aufsichtsbehörden vor. Während Art. 20a Abs. 2 Ziff. 4 SchKG für *alle* kantonalen Aufsichtsbehörden gilt, betrifft Art. 112 BGG nur die *oberen bzw. einzigen* kantonalen Aufsichtsbehörden. Diese haben somit kumulativ²⁴¹ die (teilweise deckungsgleichen) An-

31. August 2006, 5 f.; für ein *ausserordentliches* Rechtsmittel: MARTIN ZIEGLER, Zur Rechtsnatur der künftigen Einheitsbeschwerden, Lückenhaftes Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG), SJZ 2006, 57; KARLEN (FN 21), 23; WALTHER (FN 7), 367; *ohne eigene Stellungnahme*: SARBACH (FN 6), Rz. 14; GÄCHTER/THURNHERR (FN 7), 34.

229 Vgl. den Überblick bei LORANDI (FN 6), Art. 18 SchKG N 33 ff. i.V.m. Art. 17 SchKG N 97 ff.

230 II.C.1.

231 Vgl. II.C.1.

232 Vgl. FN 227.

233 Vgl. SPÜHLER/DOLGE/VOCK (FN 9), Art. 110 BGG N 6.

234 SORG, 27; FRITZSCHE/WALDER (FN 74), § 8 Fn. 57; LORANDI (FN 6), Art. 18 SchKG N 22; BGE 101 III 6; BISchK 1987, 186.

235 Vgl. auch schon BGE 112 III 94, in Bezug auf eine genaue Anweisung an das Betreibungsorgan und die Verpflichtung einer Partei dieser Anweisung unter Strafdrohung gemäss Art. 292 StGB Folge zu leisten.

236 LORANDI (FN 6), Art. 17 SchKG N 167 ff., Art. 18 SchKG N 44 ff.

237 LORANDI (FN 6), Art. 19 SchKG N 64 ff.

238 II.E.

239 Vgl. dazu im Allgemeinen SPÜHLER/DOLGE/VOCK (FN 9), Art. 112 BGG N 1 ff.; SHK-SEILER (FN 7), Art. 111 BGG N 1 ff.

240 II.B.

241 Ein Widerspruch der beiden Normen ist nicht ersichtlich.

forderungen von Art. 112 BGG und Art. 20a Abs. 2 Ziff. 4 SchKG zu erfüllen²⁴².

F. Übergangsrecht

Das BGG räumt den Kantonen eine übergangsrechtliche Frist ein, um gewissen Anforderungen an das kantonale Verfahren Genüge zu tun. Die ursprünglich auf fünf Jahre bemessene Frist (aArt. 130 Abs. 2 BGG) wurde schon vor Inkrafttreten des BGG bis zum Inkrafttreten einer eidgenössischen Zivilprozessordnung verlängert²⁴³: Ist sechs Jahre nach Inkrafttreten des BGG noch keine schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft, legt der Bundesrat die Frist zum Erlass der Ausführungsbestimmungen fest (revArt. 130 Abs. 2 BGG). Die *Übergangsfrist* gilt für die Anforderungen gemäss Art. 111 Abs. 3²⁴⁴ (*Kognition*; revArt. 130 Abs. 2 BGG).

Für die übrigen Anforderungen des BGG an das kantonale Verfahren gibt es *keine Übergangsfrist*. Diese Anforderungen müssten seit Inkrafttreten des BGG erfüllt werden. Dies gilt vor allem für die freie Prüfung des Sachverhaltes und die Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 110 BGG), die Legitimation (Art. 111 Abs. 1 und 2 BGG), die Erweiterung der Anfechtungsobjekte auf Teil- und Zwischenentscheide sowie die Vorschriften über die Eröffnung der Entscheide der (oberen bzw. einzigen) kantonalen Aufsichtsbehörden (Art. 112 BGG)²⁴⁵.

VI. Zusammenfassung und Wertung

Mit Inkrafttreten des BGG trat die Beschwerde in Zivilsachen an die Stelle der SchKG-Beschwerde ans Bundesgericht. Die Beurteilung dieses Wechsels fällt nüchtern aus: Es wurde ein bewährtes Verfahren zugunsten einer (vermeintlichen) Vereinheitlichung preisgegeben. Es stellen sich neu Fragen und Probleme, wo unter dem bisherigen Recht Klarheit herrschte. Problematisch ist insbesondere, dass dem SchKG-Beschwerdeverfahren als Einparteienverfahren die Normen der Beschwerde in Zivilsachen als klassischem, kontradiktorischem Zivilprozess "aufgepfropft" werden. Dies schafft in verschiedener Hinsicht *Rechtsunsicherheit*. Es wird einige Zeit dauern, bis die Praxis diese Rechtsunsicherheit beseitigt haben wird. Trotz der angestrebten Vereinheitlichung (Einheitsbeschwerde) wird die Beschwerde in Zivilsachen gegen Entscheide kantonalen Aufsichtsbehörden in SchKG-Sachen weiterhin ein gewisses Eigenleben führen.

Das BGG hat Auswirkungen sowohl auf die kantonale Behördenorganisation (obere bzw. einzige kantonale Aufsichtsbehörden müssen Gerichte sein) als auch auf das Verfahren der betriebsrechtlichen Beschwerde vor den kantonalen Aufsichtsbehörden (Art. 17 f. SchKG).

Schliesslich führt die Übertragung der Oberaufsicht über die kantonalen Aufsichtsbehörden auf den Bundesrat (revArt. 15 Abs. 1 SchKG) dazu, dass Nichtigkeit (Art. 22 SchKG) nun auf Bundesebene alternativ durch zwei Behörden geprüft werden kann: Zum einen kann das Bundesgericht Nichtigkeit als "einfache" Rechtsverletzung im Rahmen

einer Beschwerde in Zivilsachen prüfen. Dies setzt – anders als nach bisherigem Recht – voraus, dass sämtliche Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Zum anderen kann das Bundesamt für Justiz (an welches der Bundesrat die Oberaufsicht übertragen hat) im Rahmen eines aufsichtsrechtlichen Verfahrens Nichtigkeit prüfen. Dieses Verfahren ist jedoch subsidiär sowohl zum Beschwerdeverfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden und als auch zur Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.

242 Art. 20a Abs. 2 Ziff. 4 SchKG geht in Bezug auf die (obere bzw. einige kantonale) Aufsichtsbehörde praktisch umfassend in der neueren und detaillierteren Regelung von Art. 112 BGG auf. Im Sinne einer Auslegungshilfe mag dienen, dass in SchKG-Sachen nicht nur der Beschwerdeführer als "Partei" i.S.v. Art. 112 BGG gilt, sondern auch das betroffene Amt und allfällige weitere Beteiligte (i.S.v. Art. 20a Abs. 2 Ziff. 4 SchKG).

243 BBI 2006 5799.

244 Dies gilt auch für die Anforderungen gemäss Art. 75 Abs. 2 und die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV (Art. 130 Abs. 1 BGG). Art. 75 Abs. 2 BGG hat für die Beschwerde in Zivilsachen gegen Entscheide (oberer bzw. einziger) kantonalen Aufsichtsbehörden in SchKG-Sachen jedoch keine Bedeutung. Art. 29a BV, welcher das Prinzip der *double instance* beinhaltet (SPÜHLER/DOLGE/VOCK [FN 9], Art. 130 BGG N 1), ist für die SchKG-Beschwerde ohnehin erfüllt (IV.A.). Zudem fordert schon das BGG für Zivilsachen eine gerichtliche Vorinstanz, so dass der Rechtsweggarantie in diesem Bereich keine wesentliche Bedeutung zukommt (MARTIN KNÜSEL, Grundzüge der Rechtsweggarantie, Jusletter vom 18. Dezember 2006, Rz. 10).

245 SHK-SEILER (FN 7), Art. 112 BGG N 38, Art. 130 BGG N 10.

Suite à l'entrée en vigueur de la LTF, le recours en matière civile a remplacé le recours en matière de LP devant le Tribunal fédéral. L'appréciation de ce changement est décevante: on a remplacé une procédure éprouvée par une harmonisation (présumée). Cela entraîne à bien des égards une insécurité juridique. Malgré l'harmonisation recherchée (recours unifié), le recours en matière civile contre des décisions des autorités cantonales de surveillance dans le domaine de la LP continuera à avoir une certaine vie propre.

La LTF a des répercussions tant sur l'organisation des autorités de surveillance cantonales (les autorités supérieures, ou l'autorité cantonale unique, doivent être des tribunaux) que sur la procédure de la plainte en matière de poursuite devant les autorités cantonales de surveillance (art. 17 s. LP).

Enfin, le report de la haute surveillance sur les autorités de surveillance cantonales au Conseil fédéral (art. rév. 15 al. 1 LP) a pour conséquence que la nullité (art. 22 LP) peut maintenant être examinée alternativement au niveau fédéral par deux autorités: d'une part, le Tribunal fédéral peut examiner la nullité comme "simple" violation du droit dans le cadre d'un recours en matière civile. D'autre part, l'Office fédéral de la justice (auquel le Conseil fédéral a transmis la haute surveillance) peut examiner la nullité dans le cadre d'une procédure en qualité d'autorité de surveillance. Cette procédure est toutefois subsidiaire aussi bien à la procédure de plainte devant les autorités de surveillance cantonales qu'au recours en matière civile devant le Tribunal fédéral.

(trad. LT LAW TANK, Fribourg)