

*(26) Löschung einer Pfändung? Voraussetzungen der Nichtigkeit einer Betreibung (Rechtsmissbrauch)*

*BGE 5A\_104/2008 vom 30. April 2008, X., Y., Z. c. R. AG, S., Beschwerde in Zivilsachen.*

*Aus den Erwägungen:* «3.1 Die Vorinstanz führt – zusammengefasst – aus, auf Nichtigkeit einer Betreibung wegen Rechtsmissbrauchs könne nur in Ausnahmefällen erkannt werden, nämlich wenn es offensichtlich sei, dass der Gläubiger mit der Betreibung Ziele verfolge, die nicht das Geringste mit der Zwangsvollstreckung zu tun hätten, wie etwa die Kreditschädigung, Verwirrung, Bedrängung, Zermürbung oder Schikanierung des Schuldners (WÜTHRICH/SCHOCH, in: Kom-

mentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel/Genf/München 1998, Art. 69 N. 16, S. 554 f.).

Das Obergericht fährt fort, am 27. Januar 1998 habe die R. AG den Miteigentumsanteil des Beschwerdegegners an der Liegenschaft A. für den Forderungsbetrag von Fr. 343'676.95 nebst Zins verarrestieren lassen. Davon habe sie wiederum die Teilzahlung des Betreibungsamts B. über Fr. 111'294.80 sowie die Teilzahlungen über Fr. 260.– und Fr. 615.90 abgezogen. Am 4. Mai 1998 habe die R. AG das Fortsetzungsbegehren gestellt, und am 16. Juli 1998 sei die Pfändungsurkunde ausgestellt worden. Aus diesen betreibungsrechtlichen Vorgängen gehe hervor, dass die R. AG gegen den Beschwerdegegner nicht nur – wie in BGE 115 III 18 ff. – innert kurzer Zeit mehrfach Betreibungen eingeleitet habe. Sie habe die jeweiligen Betreibungen vielmehr jedes Mal fortgesetzt. Zumindest 1992 habe sie auch das Verwertungsbegehren gestellt und einen Pfänderlös erzielt. Die nunmehr von der R. AG verlangte und vorliegend in Frage stehende Verwertung des Miteigentumsanteils des Beschwerdegegners für den Forderungsbetrag von Fr. 231'506.25 nebst Zins könne somit allein aufgrund des bisherigen Verhaltens der R. AG im Zwangsvollstreckungsverfahren nicht als rechtsmissbräuchlich betrachtet werden.

3.2 Indem die Vorinstanz die Frage des Rechtsmissbrauchs materiell behandelt hat, hat sie die Befugnis der Beschwerdeführer, ein Begehren auf Feststellung der Nichtigkeit der Betreibung bzw. der Pfändung zu stellen, jedenfalls implizit bejaht. Die Praxis, wonach ganz ausnahmsweise die Feststellung der Nichtigkeit einer Betreibung verlangt werden kann, ist für Fälle konzipiert, wo die Betreibung offensichtlich nichts mit einer Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner zu tun hat, sondern deren einziger Zweck es ist, diesen zu bedrängen, zu schikanieren (BGE 115 III 18 ff.; Urteil 5C.190/2002 vom 11. Dezember 2003, E. 3.1; Urteil 7B.182/2005 vom 1. Dezember 2005, E. 2). Legitimiert zu diesem Begehren ist der Schuldner. Nur dieser ist durch die Betreibung bzw. Pfändung unmittelbar tangiert, nicht aber Dritte, die aus irgendwelchen anderen Gründen an der Betreibung bzw. Pfändung Anstoss nehmen.

Die Beschwerdeführer sind nicht legitimiert, sich auf Art. 2 Abs. 2 ZGB und Art. 22 Abs. 1 SchKG zu berufen. Denn die Beschwerdeführerin 1 hätte nach Kenntnisnahme des Begehrens der R. AG auf Pfändung des Anteils des Beschwerdegegners am Gemeinschaftsvermögen ihrerseits den Beschwerdegegner betreiben bzw. Pfändungsanschluss verlangen können. Mit Kollokationsklage (Art. 157 Abs. 4 i.V.m. Art. 148 SchKG) hätte sie dann die Forderung der R. AG bestreiten und beantragen können, diese aus dem Kollokationsplan zu weisen, weil sie gar nicht bestehe bzw. rechtsmissbräuchlich geltend gemacht werde. Für die Aufhebung der Betreibung bzw. Pfändung, welche die Beschwerdeführer verlangen, fehlt ihnen ein rechtlich geschütztes Interesse (Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG), weshalb sie zu den gestellten Begehren nicht befugt sind.»

*Bemerkungen:* Dieser Entscheid ist in mehrfacher Hinsicht interessant:

1. Das Bundesgericht bestätigt seine Praxis, wonach nur ganz ausnahmsweise *Rechtsmissbrauch* zur *Nichtigkeit einer Betreibung* bzw. Pfändung führt. Dies ist nur der Fall, wenn die Betreibung offensichtlich nichts mit einer Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner zu tun hat, sondern deren einziger Zweck es ist, diesen zu bedrängen oder zu schikanieren. Wie

es sich damit im zu beurteilenden Fall verhielt, konnte das Bundesgericht offen lassen (E. 3.2).

2. Die *Besonderheit des Falles* lag darin, dass nicht etwa der Schuldner diesen *Einwand erhob*, sondern *Dritte*, nämlich andere Gläubiger. Damit stellte sich die Frage, ob diese legitimiert waren, die Nichtigkeit vorzubringen.

a. Da die Beschwerdeführer das Bundesgericht mit Beschwerde in Zivilsachen anriefen, mussten sie ein rechtlich geschütztes Interesse dartun können (Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG). Das Bundesgericht verneinte ein solches (E. 3.2.). Es begründete dies damit, die Beschwerdeführer hätten einen alternativen Weg gehabt, sich gegen die (angeblich rechtsmissbräuchliche) Betreibung des anderen Gläubigers zur Wehr zu setzen (nämlich Betreibung, Pfändungsanschluss und Kollokationsklage).

b. Diese Argumentation überzeugt wenig: Erstens hängt die Möglichkeit, sich einer Pfändung anzuschliessen (um nachfolgend gegen den anderen Gläubiger Kollokationsklage führen zu können), davon ab, ob der Schuldner Rechtsvorschlag erhebt, denn nur wenn er diesen unterlässt, kann der zweite Gläubiger innert Frist von 30 Tagen das Fortsetzungsbegehren zu stellen, um sich der Pfändung anzuschliessen (Art. 110 Abs. 1 SchKG). Dazu sagt das Bundesgericht nichts. Zweitens scheint die Sichtweise des Bundesgerichts singulär, es hätte ein alternativer Weg bestanden, weshalb die Berufung auf Rechtsmissbrauch nicht zulässig sei. Ob das Verhalten eines Dritten rechtsmissbräuchlich ist, hängt m.E. nicht davon ab, welche Handlungsalternativen jene Partei hat, welche den Rechtsmissbrauch geltend macht. Drittens scheint es fraglich, ob den Beschwerdeführern in casu wirklich ein rechtlich geschütztes Interesse i.S.v. Art. 76 BGG abgesprochen werden konnte.

3. *Nichtigkeit* i.S.v. Art. 22 SchKG muss grundsätzlich jederzeit von Amtes wegen beachtet werden.

a. Dessen ungeachtet, muss ein Rechtsmittelkläger seit Inkrafttreten des BGG die Hürde der *Legitimation* nach Art. 76 BGG nehmen. Unter der früheren Rechtslage (d.h. vor Inkrafttreten des BGG) konnte sich auch vor Bundesgericht jedermann auf die Nichtigkeit berufen, selbst wenn es ihm an der Legitimation i.S.v. Art. 19 aSchKG fehlte (FRANCO LORANDI, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Kommentar zu den Artikeln 13-30 SchKG, Basel 2000, Art. 22 SchKG N 130 m.w.H.).

b. Mit Inkrafttreten des BGG wurde die *Oberaufsicht* in SchKG-Sachen vom Bundesgericht (Art. 15 aSchKG) auf den *Bundesrat* übertragen (Art. 15 revSchKG). Der Bundesrat hat die Oberaufsicht in SchKG-Sachen sogleich an das *Bundesamt für Justiz* delegiert (Art. 1 Satz 1 OAV-SchKG).

Gewisse Autoren lehnen es zwar generell ab, dass das Bundesamt für Justiz nachfolgend zum Bundesgericht Nichtigkeit «nachprüft» und zwar aus Gründen der Gewaltenteilung (KUKO-LEVANTE, Art. 15 SchKG N 19;

HANSJÖRG PETER, Das neue Bundesgerichtsgesetz und das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, BLSchK 2007, 14; DANIEL HUNKELER, Entwicklung des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts in den Jahren 2005 und 2006, in: Fellmann/Poledna, Aktuelle Anwaltspraxis 2007, Bern 2007, 904; PHILIPPIN, La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral – Effets sur le droit des poursuites et faillites, Supplement zu JdT 2007 II, 136). Dies ist m.E. aber nicht zutreffend (FRANCO LORANDI, Besonderheiten der Beschwerde in Zivilsachen gegen Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörden in SchKG-Sachen, AJP 2007, 447). So hält auch der Bundesrat in seiner Botschaft fest, dass sich das Bundesamt, wenn auch nur *subsidiär* mit der Frage der Nichtigkeit befassen kann (BBl 2001 4357). Dies ist namentlich der Fall, wenn eine Zivilbeschwerde an Bundesgericht mangels Legitimation scheitert bzw. nicht möglich ist. Vor der Oberaufsichtsbehörde stellt sich die Frage der Legitimation nicht, weshalb m.E. auf eine Beschwerde der anderen Gläubiger einzutreten wäre.

Dem Vernehmen nach soll seit in Krafttreten des BGG noch kein Fall von Nichtigkeit an die neue Oberaufsichtsbehörde (Bundesrat bzw. Bundesamt für Justiz) geführt worden sein.

c. Auf die Nichtigkeit i.S.v. Art. 22 SchKG kann sich an sich jedermann berufen. Wenn die Nichtigkeit auf einer Verletzung von Art. 2 Abs. 2 ZGB gründet, kann man sich fragen, ob die *Nichtigkeit* in diesen Fällen – als Ausnahme – *einzig vom Schuldner* (und allenfalls von seinen Familienmitgliedern als direkt betroffene Personen) *geltend gemacht werden* können soll. Unter wertenden Überlegungen gibt es gute Gründe, darauf zu tendieren, auch wenn damit ein *Sonderfall von Nichtigkeit* geschaffen würde; sie wäre zwar jederzeit zu beachten, könnte aber nur vom Schuldner (und dessen Familie) geltend gemacht werden. Insofern könnte (mit dieser Sichtweise) auch die Oberaufsichtsbehörde (wenn auch auf einem anderen Weg) zu einem ähnlichen Ergebnis gelangen wie das Bundesgericht. Unter diesem Blickwinkel ist dem Entscheid des Bundesgerichts zumindest im Ergebnis zuzustimmen.

*Prof. Franco Lorandi*