

## Besonderheiten der Zivilrechtsbeschwerde in SchKG-Sachen

von FRANCO LORANDI, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich,  
Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen (HSG)

### 1. Einleitung

Als eine Errungenschaft des BGG gilt die sog. *Einheitsbeschwerde*. Dies bedeutet, dass alle Rügen im selben Verfahren und in einer Eingabe vorgebracht werden können und müssen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Das Bundesgericht behandelt alle Rügen im gleichen Entscheid (Art. 119 Abs. 2 BGG). Eine Vielzahl von SchKG-Verfahren gilt in der Terminologie des BGG als «Zivilsache» (Art. 72 Abs. 1 BGG), obwohl teilweise Fragen des öffentlichen Rechts betroffen sind. So werden insbesondere «Entscheide in Schuldbetreibungs- und Konkursachen» als Zivilsache erfasst (Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG). Sie unterliegen damit der Beschwerde in Zivilsachen. Dies gilt für<sup>1</sup>:

- die Haftung des Kantons (Art. 5 ff. SchKG)<sup>2</sup>;
- das SchKG-Beschwerdeverfahren (Art. 19 SchKG)<sup>3</sup>;
- die definitive (Art. 80 f. SchKG)<sup>4</sup> und provisorische<sup>5</sup> Rechtsöffnung (Art. 82 f. SchKG)<sup>6</sup>;
- die Einstellung der Betreuung (Art. 85/85a SchKG)<sup>7</sup>;
- das Widerspruchsverfahren (Art. 106 ff. SchKG)<sup>8</sup>;
- die Konkursöffnung (Art. 171, Art. 189, Art. 194 SchKG)<sup>9</sup>;
- sonstige Entscheide des Konkursrichters (Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG)<sup>10</sup>;
- die Aussonderung (Art. 242 SchKG)<sup>11</sup>;
- die Kollokationsklage (Art. 148, Art. 250 SchKG)<sup>12</sup>;
- die Feststellung neuen Vermögens (bei Betreuung gestützt auf einen Konkursverlustschein) im summarischen oder beschleunigten Verfahren (Art. 265a SchKG)<sup>13</sup>;
- der Arrest (Art. 271 ff. SchKG)<sup>14</sup> und das Arresteinspracheverfahren (Art. 278 SchKG)<sup>15</sup>;
- die paulianische Anfechtung (Art. 285 ff. SchKG)<sup>16</sup>;
- Entscheide in Nachlassverfahren (Art. 293 ff. SchKG; Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG)<sup>17</sup>;
- die Anerkennung ausländischer Konkursdekrete (Art. 166 ff. IPRG)<sup>18</sup>;
- die Schuldneranweisung gemäss Art. 177 ZGB<sup>19</sup>.

Diese Verfahren sind *von ihrem Wesen her sehr unterschiedlich*. Es handelt sich um rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten, rein zivilrechtliche Streitigkeiten, betreibungsrechtliche Streitigkeiten mit Reflexwirkungen auf das materielle Recht sowie Verfahren auf einseitigen Antrag<sup>20</sup>. Damit

würfelt das BGG ganz unterschiedliche Verfahren («Chrut und Rüebli») zusammen und wirft alle in denselben Topf («Eintopf») – jenen der Beschwerde in Zivilsachen. Ein Grossteil der Fallstricke bei der Zivilbeschwerde in SchKG-Sachen ist auf diesen Umstand zurückzuführen. Die angeblich «erheblichen Vereinfachungen»<sup>21</sup>, welche mit der Einheitsbeschwerde für SchKG-Sachen herbeigeführt werden sollten, führen in der Praxis immer wieder zu schwierigen Fragen<sup>22</sup>. Dieselbe gesetzliche Regelung macht nicht für alle diese sehr unterschiedlichen Materien (gleich viel) Sinn; der Gesetzestext passt für einige Konstellationen in SchKG-Sachen nicht (richtig). Solange die Praxis keine Klarheit geschaffen hat, bleiben erhebliche Risiken bei der Prozessführung, welche sich als Fallstricke auswirken können.

Das BGG sieht für verschiedene Aspekte Ausnahmeregelungen vor. Es ist nicht verwunderlich, dass eine Vielzahl dieser Sonderregeln gerade für SchKG-Sachen gilt<sup>23</sup>. Damit werden diese für verschiedene Fragen wieder *auseinandergefächert*. Dies gilt etwa für die Zusammensetzung des Spruchkörpers (Art. 20 Abs. 2 BGG), die Geltung des Fristenstillstandes (Art. 46 Abs. 2 BGG), das Streitwerterfordernis (Art. 74 BGG), die Letztinstanzlichkeit (Art. 75 BGG), den Endentscheid (Art. 90 BGG), die Beschwerdegründe (Art. 95 f. BGG), die Kognition (Art. 98 BGG)<sup>24</sup>, die Beschwerdefrist (Art. 100 BGG) und die Rechtsanwendung (Art. 106 BGG). Auf einige dieser Fragen wird nachfolgend eingegangen.

## 2. Kritische Punkte in SchK-Sachen

### 2.1. SchKG-unspezifische Aspekte

Bevor auf die in SchKG-Sachen spezifischen Aspekte einzugehen ist, sollen einige allgemeine prozessuale Aspekte angesprochen werden. Diese stellen sich zwar nicht speziell in SchKG-Sachen. Ein Blick in die Bundesgerichtspraxis, welche auf der Website aufgeschaltet ist, zeigt jedoch, dass eine Vielzahl von Zivilbeschwerden in SchKG-Sachen an ganz allgemeinen prozessualen Hürden scheitern. Dies hat einerseits damit zu tun, dass gewisse SchKG-Sachen sozusagen zum *Massengeschäft* gehören (z.B. Rechtsöffnung oder SchKG-Beschwerden), sodass immer wieder einmal Fehler unterlaufen können. Andererseits ist in SchKG-Angelegenheiten je nach Konstellation unterschiedlichen prozessualen Voraussetzungen nachzuleben. Offenbar tut sich die Praxis damit zuweilen schwer.

### 2.1.1. Rechtstatsächliches

Eine Vielzahl von Beschwerden scheitert an der Begründungspflicht bzw. dem Rügeprinzip. Wo dies offensichtlich ist, erfolgt die Erledigung qua Nichteintretensentscheid des Präsidenten bzw. des Einzelrichters im vereinfachten Verfahren (Art. 108 Abs. 1 BGG). Von diesem Schicksal sind auch viele Zivilbeschwerden in SchKG-Sachen betroffen<sup>25</sup>, obschon in dieser Hinsicht keine Besonderheiten für SchKG-Angelegenheiten bestehen.

### 2.1.2. Allgemeine Begründungspflicht

Die Beschwerde muss ein *Rechtsbegehren* enthalten (Art. 42 Abs. 1 BGG). Der Beschwerdeführer muss angeben, welche Punkte des Entscheids angefochten und welche Abänderungen beantragt werden<sup>26</sup>. Die Beschwerde in Zivilsachen ist ein *reformatorisches Rechtsmittel*. Aufgrund dessen darf sich der Beschwerdeführer nicht darauf beschränken, die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu beantragen. Er muss auch einen *Antrag in der Sache* stellen. Ansonsten ist die Beschwerde unzulässig<sup>27</sup>. Zuweilen lässt das Bundesgericht Milde walten und geht für offensichtlich, eine von einem Laien verfasste Beschwerde davon aus, er verlange vor Bundesgericht dasselbe wie im vorinstanzlichen Verfahren<sup>28</sup>. Darauf sollte man sich aber nicht verlassen.

Die Beschwerde muss eine *Begründung* enthalten. Darin ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Es ist unerlässlich, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Der Beschwerdeführer soll mit seiner Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen<sup>29</sup>. Häufig wiederholen Beschwerdeführer ihre Argumente im vorinstanzlichen Verfahren vor Bundesgericht, ohne sich mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinanderzusetzen<sup>30</sup>. Es genügt namentlich nicht, auf Rechtsschriften im vorinstanzlichen Verfahren zu verweisen<sup>31</sup>.

Wenn nach kantonalem Recht ein Urteil ohne Begründung ergeht und der Adressat eine Begründung verlangen kann, so muss er dies tun. Sein *Verzicht auf eine Begründung* bedeutet ansonsten zugleich einen Verzicht auf eine Beschwerde ans Bundesgericht<sup>32</sup>.

### 2.1.3. Qualifizierte Begründungspflicht

Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine *Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung* stellt, so ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist (Art. 42 Abs. 2 BGG)<sup>33</sup>.

Die Begründungspflicht ändert zwar nichts am Grundsatz, dass das Bundesgericht das Recht von Amtes wegen anwendet (*iura novit curia*; Art. 106 Abs. 1 BGG). Vorausgesetzt ist jedoch, dass auf die Beschwerde überhaupt eingetreten werden kann, diese also die gesetzlichen Begründungsanforderungen erfüllt<sup>34</sup>. Das Bundesgericht kann die Beschwerde (ausserhalb des Geltungsbereichs des Rügeprinzips) aber auch aus anderen Gründen gutheissen, als in der Beschwerde vorgebracht oder im angefochtenen Entscheid aufgeführt werden<sup>35</sup>.

#### 2.1.3.1. Rügeprinzip

Das Bundesgericht prüft die *Verletzung von Grundrechten* und kantonalem und interkantonalem Recht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG); es gilt diesbezüglich das Rügeprinzip. Im Anwendungsbereich des Rügeprinzips gilt der Grundsatz *iura novit curia* nicht<sup>36</sup>. Das Rügeprinzip gilt auch für die *subsidiäre Verfassungsbeschwerde* (Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG)<sup>37</sup>.

Kommt ein Beschwerdeführer diesem Rügeprinzip nicht nach, kann seine Eingabe auch nicht als subsidiäre Verfassungsbeschwerde entgegengenommen werden<sup>38</sup>. Das Bundesgericht prüft nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen. Es ist darzutun, welche verfassungsmässigen Rechte inwiefern durch den angefochtenen Entscheid verletzt sein sollen<sup>39</sup>. Auf rein appellatorische Kritik tritt es nicht ein<sup>40</sup>. Eine Verletzung von Bundesgesetzesrecht stellt keine Verfassungsverletzung dar<sup>41</sup>. Wird eine Verletzung des *Willkürverbots* geltend gemacht, muss anhand der angefochtenen Subsumtion im Einzelnen dargelegt werden, inwiefern der Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet<sup>42</sup>.

Die *unrichtige Feststellung des Sachverhalts* kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung i.S.v. Art. 95 BGG beruht (Art. 97 Abs. 1 BGG). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bedeutet «offensichtlich unrichtig» willkürlich i.S.v. Art. 9 BV<sup>43</sup>. Damit deckt sich die Rüge der fehlerhaften Feststellung des Sachverhalts mit der Rüge der Grundrechtsverletzung, weshalb das Rügeprinzip diesfalls ebenfalls gilt<sup>44</sup>. Es genügt nicht, wenn der Beschwerdeführer den aus seiner Sicht relevanten Sachverhalt wiedergibt, ohne darzutun, inwiefern die Vorinstanz bei ihrer Sachverhaltsfeststellung in Willkür verfallen ist<sup>45</sup>.

#### 2.1.3.2. Neue Tatsachen und Beweismittel

*Neue Tatsachen und Beweismittel* dürfen nur so weit vorgebracht werden, als der Entscheid der kantonalen Instanz dazu Anlass gegeben hat (Art. 117 i.V.m. Art. 99 Abs. 1 BGG)<sup>46</sup>. In der Beschwerde ist darzutun, inwiefern die

Voraussetzung für eine nachträgliche Einreichung von Tatsachen und Beweismitteln erfüllt sein soll<sup>47</sup>. Es genügt nicht, nur zu behaupten, erst der angefochtene Entscheid habe Anlass zur Nachreichung von Dokumenten gegeben<sup>48</sup>. Diese Regeln gelten auch für die Beschwerdeantwort<sup>49</sup>.

## 2.2. Streitwertgrenze (Art. 74 BGG)

SchKG-Sachen sind in aller Regel vermögensrechtliche Angelegenheiten. Bei solchen muss der Streitwert<sup>50</sup> in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens CHF 15'000 und in den übrigen Fällen mindestens CHF 30'000 betragen (Art. 74 Abs. 1 BGG).

### 2.2.1. Streitwertabhängige SchKG-Verfahren

Für die meisten SchKG-Angelegenheiten findet das Streitwerterfordernis Anwendung<sup>51</sup>. Dies gilt etwa für:

- Staatshaftungsansprüche (Art. 5 SchKG)<sup>52</sup>;
- die Anerkennungsklage (Art. 79 SchKG)<sup>53</sup>;
- das provisorische und definitive Rechtsöffnungsverfahren (Art. 80, Art. 82 SchKG)<sup>54</sup>;
- die Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG)<sup>55</sup>;
- die Rückforderungsklage (Art. 86 SchKG)<sup>56</sup>;
- die Widerspruchsklagen (Art. 106 ff. SchKG)<sup>57</sup>;
- die Klage auf privilegierten Pfändungsanschluss (Art. 111 Abs. 5 SchKG);
- die Aussonderungsklage (Art. 242 Abs. 1 und 2 SchKG)<sup>58</sup>;
- die Admassierungsklage (Art. 242 Abs. 3 SchKG);
- die Kollokationsklagen (Art. 148, Art. 250 SchKG)<sup>59</sup>;
- Entscheide über die Feststellung von neuem Vermögen (Art. 265a Abs. 1-3 SchKG)<sup>60</sup>;
- die Arrestbewilligung (Art. 272 SchKG)<sup>61</sup> und die Arresteinsprache (Art. 278 SchKG)<sup>62</sup>;
- die Klage auf Rückschaffung heimlich oder gewaltsam fortgeschaffter Gegenstände, um sie ins Retentionsverzeichnis aufzunehmen (Art. 284 SchKG)<sup>63</sup>;
- die paulianischen Anfechtungsklagen (Art. 285 ff. SchKG)<sup>64</sup>.

### 2.2.2. Arbeits- und mietrechtliche Fälle

Für arbeits- und mietrechtliche Fälle genügt ein Streitwert von CHF 15'000 (Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG). Dieser tiefere Streitwert wurde aus *sozialpolitischen Gründen* eingeführt. Es ging dem Gesetzgeber darum, in diesen beiden wichtigen Rechtsgebieten des täglichen Lebens<sup>65</sup>, welche Fragen von existentieller Natur umfassen<sup>66</sup>, für eine Vielzahl von Fällen

den Zugang zum Bundesgericht zu gewährleisten<sup>67</sup>. Er liess sich auch vom Gedanken leiten, der schwächeren Vertragspartei den Zugang zum Bundesgericht offenzuhalten<sup>68</sup>. Es sollte namentlich gewährleistet sein, dass Fragen der ungerechtfertigten fristlosen oder der missbräuchlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses oder von Mietzinserhöhungen und Kündigungen vom Bundesgericht beurteilt werden können<sup>69</sup>.

Soweit es sich um *rein materiellrechtliche Streitigkeiten* handelt (z.B. eine An- [Art. 79 SchKG] bzw. Aberkennungsklage [Art. 83 Abs. 2 SchKG] oder eine Arrestprosequierungsklage [Art. 279 SchKG]), stellen sich keine Probleme. Solche Streitigkeiten fallen klarerweise unter das tiefere Streitwerterfordernis.

*Verfahren auf einseitigen Antrag* finden vor dem Konkurs- oder Nachlassrichter statt. In diesen kann unabhängig vom Streitwert Zivilbeschwerde geführt werden (Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG).

Soweit es aber um *rein betriebsrechtliche Streitigkeiten* (z.B. Rechtsöffnung; Arrest, privilegierter Pfändungsanschluss [Art. 111 Abs. 5 SchKG]) oder *betriebsrechtliche Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht* geht (z.B. Kollokationsklage [Art. 148, Art. 250 SchKG]; Widerspruchsverfahren [Art. 106 ff. SchKG] oder Aussonderung [Art. 242 SchKG]), stellt sich die Frage, ob auch in diesen Fällen die tiefere Streitwertgrenze zur Anwendung gelangt.

Diese Frage ist bis heute vom Bundesgericht für das BGG<sup>70</sup> nur teilweise geklärt. Sie ist m.E. für bestimmte Streitigkeiten zu bejahen. Die ratio legis der Norm legt es nahe, das tiefere Streitwerterfordernis auch dann zur Anwendung zu bringen, wenn es sich um rein betriebsrechtliche<sup>71</sup> oder um eine betriebsrechtliche Streitigkeit mit Reflexwirkung auf das materielle Recht handelt<sup>72</sup>, sofern ein arbeits- oder mietrechtlicher Anspruch zugrunde liegt und dessen Beurteilung im Vordergrund steht. Nicht erforderlich ist m.E., dass der arbeits- oder mietrechtliche Anspruch im prozessualen Sinn Streitgegenstand bildet (dies ist nämlich nur bei rein materiellrechtlichen Streitigkeiten der Fall).

Der Arbeitnehmer bzw. der Mieter<sup>73</sup> kann die tiefere Streitwertgrenze in diesen Fällen mit gleicher Berechtigung in Anspruch nehmen, wie wenn seine Gegenpartei noch aufrecht stehend wäre<sup>74</sup>. Zum einen spielt es aus sozialpolitischer Sicht keine Rolle, ob bzw. dass die Forderung nur glaubhaft zu machen ist oder nur vorfrageweise geprüft wird. Zum anderen würde es seltsam anmuten, wenn eine materiellrechtliche Streitigkeit über Bestand und Umfang einer Forderung aus Arbeits- oder Mietvertrag mit einem Streitwert zwischen CHF 15'000 und CHF 30'000 letztinstanzlich vors Bundesgericht getragen werden könnte, in der nachfolgenden *Rechtsöffnung* (für dasselbe Urteil) eine Beurteilung durch das Bundesgericht mangels Streitwert aber ausgeschlossen wäre. Dies gilt umso mehr, wenn

man bedenkt, dass für die Aberkennungsklage, welche der Betriebene gegen die provisorische Rechtsöffnung führen kann, klarerweise der Streitwert von CHF 15'000 genügt.

Aus dem gleichen Grund kann es nicht sein, dass in einer hängigen Zivilrechtsstreitigkeit, welche in der Insolvenz des Beklagten sistiert wird (Art. 207 SchKG), zufolge Nichterreichens des Streitwerts eine Zivilbeschwerde ausgeschlossen ist, nur weil die Forderungsklage nach Fortsetzung des Prozesses ex lege zur *Kollokationsklage* mutierte. Die Insolvenz einer Partei (und damit der von Gesetzes wegen bewirkte Wechsel von der zivilrechtlichen zur vollstreckungsrechtlichen Optik) vermag m.E. an der Zulässigkeit einer Zivilbeschwerde unter dem Aspekt des Streitwerts nichts zu ändern.

Es rechtfertigt sich deshalb, für die (provisorische und definitive) Rechtsöffnung<sup>75</sup>, sowie für Kollokationsstreitigkeiten<sup>76/77</sup> in miet- oder arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, einen Streitwert von CHF 15'000 genügen zu lassen.

*Anderer Meinung* ist das *Bundesgericht* in Bezug auf die *Kollokationsklage*<sup>78</sup> (in der Generalexekution): Zweck des Kollokationsverfahrens sei die Feststellung der Passivmasse. Der Kollokationsprozess diene ausschliesslich der Bereinigung des Kollokationsplanes. Er habe wie der Kollokationsplan keine Rechtskraftwirkung über das Insolvenzverfahren hinaus. Das Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner werde dadurch nicht rechtskräftig festgelegt. Im Kollokationsplan könne der Bestand einer Forderung wohl Gegenstand gerichtlicher Prüfung, nicht aber Gegenstand einer rechtskräftigen Beurteilung sein. Gegenstand des Kollokationsurteils sei vielmehr nur die Feststellung, inwieweit die streitigen Gläubigeransprüche bei der Insolvenzmasse zu berücksichtigen seien<sup>79</sup>. So weit ist dem Bundesgericht vollauf zu folgen. Soweit das Bundesgericht daraus aber folgert, bei der Kollokation von Ansprüchen aus einem Arbeits- oder Mietverhältnis handle es sich nicht um einen arbeits- oder mietrechtlichen Fall (so dass die Streitwertgrenze CHF 30'000 betrage)<sup>80</sup>, kann dem nicht gefolgt werden. Wie vorne ausgeführt kann es auf diese (formaljuristischen) Unterschiede nicht ankommen. Zum einen geht das Bundesgericht überhaupt nicht auf die ratio legis der Bestimmung und damit auf die Überlegungen des Gesetzgebers ein<sup>81</sup>. Zum anderen ist diese formaljuristische Unterscheidung gerade im vorliegenden Zusammenhang umso weniger gerechtfertigt, als der Verfassungs- (Art. 122 Abs. 1 BV)<sup>82</sup> wie der Bundesgesetzgeber (Art. 72 Abs. 2 BGG) SchKG-Angelegenheiten als «Zivilsachen» behandelt. Es bleibt zu hoffen, dass das Bundesgericht trotz des Umstandes, dass eines der beiden (identischen) Urteile in der amtlichen Sammlung veröffentlicht worden ist, bald Gelegenheit erhalten wird, sich erneut mit der Frage zu befassen.

Das tiefere Streitwerterfordernis gilt m.E. auch für die *Klage gemäss Art. 85a SchKG*, da diese eine Doppelnatur aufweist, wobei es sich beim materiellrechtlichen Aspekt um eine negative Feststellungsklage handelt<sup>83</sup>. Soweit sich Ansprüche des Ehegatten oder des eingetragenen Partners aus Miet- oder Arbeitsvertrag ableiten, genügt für die *Klage auf privilegierte Anschlusspfändung* (Art. 111 Abs. 5 SchKG) m.E. ebenfalls ein Streitwert von CHF 15'000.

*Anders* verhält es sich dagegen m.E. (aus Wertungsgründen) beim *Arrest*. Zwar sind Bestand und Umfang der Forderung glaubhaft zu machen (Art. 271 Abs. 1 Ingress, Art. 272 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG), womit der arbeits- bzw. mietrechtliche Anspruch summarisch zu prüfen ist. Beim Arrest geht es als Sicherungsmassnahme aber vorrangig um die Sicherung von Vollstreckungssubstrat (Art. 275 i.V.m. Art. 95 SchKG). Eine diesbezügliche Bevorzugung von Forderungen aus Arbeits- oder Mietverträgen rechtfertigt sich m.E. nicht.

### 2.2.3. Streitwertunabhängige SchKG-Verfahren

Unabhängig vom Streitwert kann in SchKG-Sachen in vier Fällen<sup>84</sup> Beschwerde geführt werden: bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung, gegen Entscheide von kantonalen Aufsichtsbehörden in SchKG-Sachen, gegen Entscheide des Konkurs- oder Nachlassrichters und wo die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zur Anwendung gelangt.

#### 2.2.3.1. Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung

Bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung ist die Beschwerde in Zivilsachen unbesehen des Streitwertes zulässig (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG). Der Begriff der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung hat in SchKG-Sachen keinen anderen Inhalt als in anderen Rechtsgebieten. Für die allgemeinen Anforderungen ist auf die Praxis zu verweisen. Wesentlich ist folgendes: Der Begriff der Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung ist restriktiv auszulegen. Die zu beurteilende Frage muss von allgemeiner Tragweite sein<sup>85</sup>. Die Bedeutung für die betroffenen Prozessparteien ist ohne Belang<sup>86</sup>.

Als Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung in SchKG-Sachen wurde *qualifiziert*:

- ob die für den Entscheid über die Beiträge zuständige Auffangeinrichtung auch den Rechtsvorschlag des Schuldners aufheben kann (Art. 60 Abs. 2<sup>bis</sup> BVG)<sup>87</sup>;
- ob der Mietvertrag im Fall der vorzeitigen Rückgabe der Mietsache i.S.v. Art. 264 OR als provisorischer Rechtsöffnungstitel taugt, da von vielen gleichgelagerten Fällen auszugehen ist und der Streitwert von CHF 30'000 äussert selten erreicht wird<sup>88</sup>;



- ob die Schlichtungsstelle in Mietangelegenheiten auch bei der Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG) zuständig ist<sup>89</sup>;

Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung in SchKG-Angelegenheiten wurde *verneint*:

- für die Frage der Passivlegitimation in der definitiven Rechtsöffnung<sup>90</sup> und ob die falsche Parteibezeichnung die Nichtigkeit des Entscheids (betreffend definitive Rechtsöffnung) zur Folge hat, da es sich um die Anwendung eines Grundsatzes handelte, und da inhaltliche Mängel in der Regel nur die Anfechtbarkeit und nicht die Nichtigkeit zur Folge haben<sup>91</sup>;
- für Antworten, welche sich direkt aus dem Gesetz oder aus dem Wesen eines Rechtsinstituts ergeben (in casu Art. 265 Abs. 2 und Art. 265a Abs. 2 SchKG sowie das Institut der Einrede des fehlenden neuen Vermögens)<sup>92</sup>;
- wo es nur um die konkrete Anwendung einer Rechtsregel (in casu Art. 125 Ziff. 2 OR im Rahmen einer definitiven Rechtsöffnung) geht, selbst wenn diese Konstellation bisher noch zu keinem richterlichen Entscheid geführt hatte<sup>93</sup>;
- bei der Verletzung von Standesregeln des Anwaltes als Gläubiger im Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung bei Vollstreckung für das Anwaltshonorar<sup>94</sup>;
- für die Frage, ob die Konkursverwaltung als gutgläubiger Dritter i.S.v. Art. 102 Abs. 3 IPRG gelten kann, da sich diese Frage in der Praxis selten stellen dürfte und nicht gesagt werden kann, dass sie mit Blick auf den erforderlichen Streitwert kaum je vom Bundesgericht geprüft werden kann<sup>95</sup>.

#### 2.2.3.2. Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen

Unabhängig vom Streitwert ist die Beschwerde zulässig gegen Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen (Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG). Dies gilt unabhängig davon, ob die Aufsichtsbehörde als Aufsichtsbehörde i.e.S. (Art. 13 SchKG), als Disziplinar- (Art. 14 SchKG) oder als Beschwerdeinstanz (Art. 17 f. SchKG) tätig ist oder ob ihr durch die Gesetzgebung gewisse Entscheide zugewiesen werden (Art. 33 Abs. 4, Art. 132 SchKG; Art. 9 Abs. 2, Art. 18 Abs. 2 VZG)<sup>96</sup>. Damit sind m.E. insbesondere Disziplinarentscheide kantonaler Aufsichtsbehörden unabhängig vom Streitwert beschwerdefähig. Ebenfalls erfasst sind Entscheide über die Festsetzung des Honorars einer ausseramtlichen Konkursverwaltung und eines Gläubigerausschusses (Art. 47 GebV SchKG).

#### 2.2.3.3. Entscheide des Konkurs- oder Nachlassrichters

Die Zivilbeschwerde kommt auch gegen Entscheide des Konkurs- oder Nachlassrichters unabhängig vom Streitwert zur Anwendung (Art. 74

Abs. 2 lit. d BGG). Dies gilt namentlich für folgende Entscheide des *Konkursrichters*<sup>97</sup>:

- die Anordnung eines Güterverzeichnisses (Art. 162 ff. SchKG)<sup>98</sup>;
- die Konkursöffnung (Art. 171, Art. 189, Art. 190 ff. SchKG)<sup>99</sup>;
- die Bewilligung des Rechtsvorschlags in der Wechselbetreibung (Art. SchKG 182)<sup>100</sup>;
- den Widerruf des Konkurses (Art. 195 f. SchKG)<sup>101</sup>;
- die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230 SchKG) und die Anordnung des summarischen Konkursverfahrens (Art. 231 SchKG);
- das Schlusserkenntnis im Konkursverfahren (Art. 268 SchKG);
- den Konkursaufschub (Art. 725a OR);
- die Anerkennung eines ausländischen Konkurserkennnisses (Art. 166 IPRG)<sup>102</sup>.

Unabhängig vom Streitwert unterliegen auch folgende Entscheide des *Nachlassrichters* der Zivilbeschwerde<sup>103</sup>:

- die Bewilligung der Nachlassstundung (Art. 293 SchKG)<sup>104</sup>;
- die Bewilligung von genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäften (Art. 298 Abs. 2 SchKG);
- die Anordnung einer neuen Pfandschätzung (Art. 299 SchKG);
- die Bestätigung oder Ablehnung des Nachlassvertrages (Art. 305 f. SchKG);
- der Widerruf (Art. 313 SchKG) oder die Aufhebung des Nachlassvertrages (Art. 316 SchKG);
- die Bewilligung eines Nachlassvertrages im Konkurs (Art. 332 SchKG);
- die Gewährung einer Stundung in der einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung (Art. 333 SchKG);
- die Bewilligung einer Notstundung (Art. 338 SchKG), die Anordnung von sichernden Massnahmen (Art. 341 SchKG) und der Widerruf der Notstundung (Art. 348 SchKG);
- die Festsetzung des Honorars eines Sachwalters, eines Liquidators oder des Gläubigerausschusses (Art. 55-57 GebV SchKG)<sup>105</sup>.

#### 2.2.3.4. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

Schliesslich ist auch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde unabhängig vom Streitwert zulässig (Art. 113 BGG). Es kann namentlich *Willkür* oder der Verstoss gegen sonstige verfassungsmässige Rechte geltend gemacht werden<sup>106</sup>. Für SchKG-Angelegenheiten gelten keine Besonderheiten, weshalb auf die allgemeine Praxis verwiesen werden kann<sup>107</sup>.

### 2.3. Beschwerderecht (Art. 76 BGG) im Verfahren der SchKG-Beschwerde (Art. 19 SchKG)

Zur Beschwerde legitimiert ist nur, wer am kantonalen Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat und ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Entscheidung aufweist (Art. 76 Abs. 1 BGG). Gemäss Botschaft soll diese Bestimmung auch für die betreibungsrechtliche Beschwerde gelten<sup>108</sup>.

Das Beschwerdeverfahren gemäss Art. 17-19 SchKG ist kein kontradiktorisches Verfahren, sondern ein *Einparteienverfahren*. Dies gilt auch für das Verfahren vor Bundesgericht<sup>109</sup>. Damit kann immer nur eine Partei am Verfahren teilnehmen. Dies ist in der Regel einer der Vollstreckungsgegner (Gläubiger oder Schuldner). Daran ändert auch das BGG nichts.

Die Bestimmungen des BGG können deshalb nicht ausschliessen, dass ein *Vollstreckungsgegner*, welcher vor der letzten kantonalen Instanz (obere oder einzige Aufsichtsbehörde in SchKG-Sachen; Art. 13 SchKG) (zumindest teilweise) unterlegen ist, erstmals vor Bundesgericht als Partei auftritt. Er konnte am vorinstanzlichen Verfahren (wegen dessen Charakter als Einparteienverfahren) nicht teilnehmen. Da den Vollstreckungsparteien immer ein rechtliches Interesse zukommt, sind sie zur Beschwerde in Zivilsachen legitimiert<sup>110</sup>. Dies gilt m.E. unabhängig davon, ob sich der Beschwerdeführer im kantonalen Verfahren mit einer Vernehmlassung beteiligt hat oder nicht<sup>111</sup>.

Anders verhält es sich teilweise für *Drittparteien*, welche nicht Vollstreckungsparteien sind: So fehlte es z.B. dem Drittschuldner einer gepfändeten Forderung (Art. 99 SchKG) an einem rechtlich geschützten Interesse, weshalb ihm die Beschwerdelegitimation abzusprechen war, soweit er sich gegen die Gültigkeit der Pfändung wendete<sup>112</sup>. Sofern der Drittschuldner jedoch vorbringt, er sei durch die Pfändung in seiner eigenen Rechtsstellung berührt, ist ihm die Legitimation zuzusprechen<sup>113</sup>. Allgemeinen verfahrensrechtlichen Prinzipien zufolge ist ein Drittschuldner vor Bundesgericht zur Beschwerde legitimiert, wenn diese aufgrund des angefochtenen Entscheides gerade strittig ist<sup>114</sup>.

Probleme stellen sich in Bezug auf die Legitimation der *Betriebs- oder Konkursämter* oder der anderen verfahrensleitenden Organe in einem Zwangsvollstreckungsverfahren (ausseramtliche Konkursverwaltung, Mitglieder des Gläubigerausschusses, Sachwalter oder Liquidatoren). Sie verfolgen nur *tatsächliche* Interessen. Dessen ungeachtet sind sie – der alten Praxis zum OG entsprechend – insofern beschwerdelegitimiert, als sie als Organ des Kantons handeln und Auslagen oder Gebühren betroffen sind, sodass sie fiskalische Interessen geltend machen<sup>115</sup>. Die Konkursver-

waltung bzw. der Liquidator beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung sind auch legitimiert, Beschwerde zu führen, wenn sie Interessen der Masse wahrnehmen<sup>116</sup>.

In ihren eigenen *rechtlich* geschützten Interessen sind die verfahrensleitenden Organe tangiert (und damit zur Beschwerde legitimiert), wenn gegen sie Disziplinar massnahmen verhängt werden (Art. 14 SchKG). Auch diesbezüglich dürfte die alte Praxis zum OG unter dem BGG weiterhin Geltung beanspruchen können.

Mit Inkrafttreten der *Eidgenössischen ZPO* per 1. Januar 2011 wird (gemäss Anhang II/2) Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG dahingehend geändert werden, dass zur Beschwerde berechtigt ist, wer durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat<sup>117</sup>. Damit wird die Legitimation erweitert. Dies hat insbesondere Auswirkungen für Drittparteien wie den Drittschuldner<sup>118</sup> oder im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Nichtigkeit i.S.v. Art. 22 SchKG<sup>119</sup>.

#### 2.4. *Endentscheide (Art. 90 BGG)*

Die Beschwerde ist zulässig gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen (Endentscheide; Art. 90 BGG). Als solche gelten<sup>120</sup>:

- Entscheide kantonaler Aufsichtsbehörden in SchKG-Sachen (Art. 17 f. SchKG)<sup>121</sup>;
- Entscheide um provisorische oder definitive Rechtsöffnung (Art. 80, Art. 82 SchKG)<sup>122</sup>;
- Konkurseröffnungsentscheide<sup>123</sup>;
- Entscheide im Widerspruchsverfahren (Art. 106-109 SchKG)<sup>124</sup>;
- Entscheide im Aussonderungsverfahren (Art. 242 SchKG);
- Feststellung neuen Vermögens im beschleunigten<sup>125</sup> Verfahren (Art. 265a Abs. 4 SchKG)<sup>126</sup>;
- Entscheide über die Anerkennung eines ausländischen Konkurserkenntnisses (Art. 166 IPRG)<sup>127</sup>;
- Entscheide über die Sistierung eines Kollokationsprozesses aufgrund eines im Ausland hängigen Zivilverfahrens, da damit über die materielle Rechtskraft dieses ausländischen Prozesses entschieden wird<sup>128</sup>.

*Kein* Endentscheid liegt vor bei einem Summarentscheid über die Feststellung neuen Vermögens (Art. 265a Abs. 1 SchKG), soweit ein allfälliger Mangel im beschleunigten Verfahren behoben<sup>129</sup> werden kann (Art. 265a Abs. 4 SchKG)<sup>130</sup>.

## 2.5. Vorsorgliche Massnahmen

In Bezug auf Endentscheide gilt eine relativ umfassende Kognition des Bundesgerichts (Art. 95-97 BGG). Mit Beschwerde gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen kann dagegen nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 98 BGG). In den meisten Fällen geht es um die *Willkürzüge*. Die Prüfungsbefugnis des Bundesgerichts ist damit massiv eingeschränkt.

Die Frage, ob eine vorsorgliche Massnahme zu beurteilen ist, hat auch Auswirkungen auf die *Fristen*: Die Frist für die Beschwerde beträgt in aller Regel 30 Tage (Art. 100 Abs. 1 BGG). Bei Entscheiden der kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen beträgt die Frist 10 Tage (Art. 100 Abs. 2 lit. a BGG) und in der Wechselbetreibung 5 Tage (Art. 100 Abs. 3 lit. a BGG).

Während bestimmten Zeiten gilt ein *Fristenstillstand* (Art. 46 Abs. 1 BGG). Diese Bestimmung gilt bei vorsorglichen Massnahmen jedoch *nicht* (Art. 46 Abs. 2 BGG). Der in Art. 46 Abs. 2 und Art. 98 BGG verwendete Begriff der vorsorglichen Massnahme ist gleichbedeutend<sup>131</sup>. Dies wird in der Praxis zuweilen übersehen, was zu unliebsamen Überraschungen führt<sup>132</sup>.

Der Frage, ob ein Entscheid als vorsorgliche Massnahme i.S.v. Art. 98 BGG zu qualifizieren ist, kommt somit grosse Bedeutung zu. Als vorsorgliche Massnahmen gelten:

- der Arrestbefehl (Art. 271 ff. SchKG)<sup>133</sup>;
- der Entscheid betreffend Weiterziehung des Arresteinspracheentscheides (Art. 278 Abs. 3 SchKG)<sup>134</sup>;
- die provisorische Pfändung (Art. 83 Abs. 1, Art. 281 SchKG)<sup>135</sup>;
- der Arrestvollzug gestützt auf einen Arrestbefehl (Art. 275 SchKG)<sup>136</sup>;
- die Anordnung eines Güterverzeichnisses (Art. 57c, Art. 83 Abs. 1, Art. 162, Art. 183 Abs. 1 SchKG)<sup>137</sup>;
- andere vorsorgliche Anordnungen (Art. 170, Art. 183 Abs. 1 SchKG)<sup>138</sup>;
- Sicherungsmassnahmen bei der Inventaraufnahme im Konkurs (Art. 221 SchKG)<sup>139</sup>;
- die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses (Art. 283 SchKG)<sup>140</sup>;
- die Rückschaffung von heimlich oder gewaltsam fortgeschaffenen Vermögenswerten vor Aufnahme einer Retentionsurkunde (Art. 284 SchKG)<sup>141</sup>;
- die Bewilligung der Nachlassstundung (Art. 295 SchKG)<sup>142</sup>;
- die Schuldneranweisung gemäss Art. 177 ZGB<sup>143</sup>.

## 2.6. Verlängerung des Rechtsmittelwegs zufolge Oberaufsicht des Bundesrates (Art. 15, Art. 19 SchKG)?

Bis zum Inkrafttreten des BGG war das Bundesgericht in SchKG-Sachen oberste Aufsichtsbehörde (Art. 15 Abs. 1 aSchKG). Aufgrund dessen konnte das Bundesgericht die Nichtigkeit einer Verfügung (Art. 22 SchKG) kraft ihrer Aufsichtsbefugnis auch dann feststellen, wenn es sich mit einer SchKG-Beschwerde (Art. 19 aSchKG) befasste, es aber an einer Eintretensvoraussetzung fehlte<sup>144</sup>.

Gleichzeitig mit dem Inkrafttreten des BGG wurde das SchKG geändert. Neu obliegt die *Oberaufsicht* nicht mehr dem Bundesgericht, sondern dem *Bundesrat* (Art. 15 Abs. 2 SchKG). Der Bundesrat hat die Oberaufsicht in SchKG-Sachen an das *Bundesamt für Justiz* delegiert (Art. 1 Satz 1 OAV-SchKG).

Unabhängig davon, ob betreibungsrechtliche Beschwerde geführt worden ist, stellen die Aufsichtsbehörden von Amtes wegen die *Nichtigkeit* einer Verfügung fest (Art. 22 Abs. 1 Satz 2 SchKG). Damit stellt sich die Frage, ob die Nichtigkeit einer Verfügung nicht nur vom Bundesgericht, sondern auch vom Bundesamt geprüft werden kann.

### 2.6.1. Prüfung durch das Bundesgericht

Nichtigkeit i.S.v. Art. 22 SchKG ist eine qualifizierte Rechtsverletzung (Art. 22 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Als solche kann sie auch als einfache Rechtsverletzung (i.S.v. Art. 95 BGG) mit Beschwerde in Zivilsachen beim *Bundesgericht* gerügt werden. Dies ist (neu) jedoch nur noch möglich, sofern sämtliche Eintretensvoraussetzungen für eine Zivilbeschwerde erfüllt sind. Ist dies nicht der Fall, kann das Bundesgericht die Nichtigkeit einer Verfügung im Beschwerdeverfahren nicht (mehr) prüfen bzw. feststellen<sup>145</sup>.

### 2.6.2. Prüfung durch das Bundesamt für Justiz

Einigkeit besteht darüber, dass sich das *Bundesamt für Justiz* nur *subsidiär* mit der Frage der Nichtigkeit befassen kann<sup>146</sup>. Dies bedeutet zweierlei: Zum einen muss das Verfahren vor den kantonalen SchKG-Aufsichtsbehörden (Art. 17 f. SchKG) durchschritten worden sein. Zum anderen muss, soweit dies möglich ist, Zivilbeschwerde ans Bundesgericht geführt werden. Gewisse Autoren lehnen es generell ab, dass das Bundesamt für Justiz Nichtigkeit «nachprüft» und zwar aus Gründen der Gewaltenteilung<sup>147</sup>.

Dies ist m.E. nicht zutreffend: Zunächst einmal prüft das Bundesamt nicht den Entscheid des Bundesgerichts auf Nichtigkeit; es findet keine Kontrolle des Bundesgerichts statt. Dem steht die Gewaltenteilung klar entgegen. Gegenstand der Prüfung durch das Bundesamt ist, ob und inwiefern der *letztinstanzliche kantonale Entscheid* (Art. 18 SchKG) mit

Nichtigkeit behaftet ist. Insofern entscheidet das Bundesamt sozusagen «stellvertretend» für das Bundesgericht (da dieses nicht entscheiden kann); insofern stehen sich das Bundesgericht und der Bundesrat bzw. das Bundesamt «auf Augenhöhe» gegenüber. Dies steht m.E. im Einklang mit der Gewaltenteilung.

Das Bundesamt kann die Nichtigkeit in Abhängigkeit davon prüfen, ob das Bundesgericht angerufen werden kann und wie das Bundesgericht entschieden hat: Gegen Entscheide (oberer oder einziger) kantonaler Aufsichtsbehörden im SchKG ist unabhängig vom Streitwert eine Beschwerde in Zivilsachen zulässig (Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG). Damit kann Nichtigkeit als Rechtsverletzung i.S.v. Art. 95 lit. a BGG gerügt werden, sodass dem Bundesgericht freie Kognition zukommt. Wenn das Bundesgericht auf die Beschwerde eintritt und die Rüge der Gesetzesverletzung/Nichtigkeit prüft und verneint, kann die Frage der Nichtigkeit nicht mehr vom Bundesamt geprüft werden<sup>148</sup>. Dies würde auf ein Nachprüfen des bundesgerichtlichen Entscheids hinauslaufen, was aus Gründen der Gewaltenteilung nicht möglich ist.

Ausgeschlossen ist eine Beschwerde ans Bundesamt für Justiz auch dann, wenn eine Zivilbeschwerde ans Bundesgericht möglich gewesen, aber nicht ergriffen worden ist oder wenn eine Partei aus eigenem Verhalten zu vertreten hat, dass eine Eintretensvoraussetzung (z.B. Frist oder Begründungspflicht<sup>149</sup>) nicht erfüllt ist, sodass das Bundesgericht auf die Zivilbeschwerde nicht eingetreten ist.

Unabhängig davon, ob betreibungsrechtliche Beschwerde geführt worden ist, stellen die Aufsichtsbehörden von Amtes wegen die Nichtigkeit fest (Art. 22 Abs. 1 Satz 2 SchKG). Wenn die Nichtigkeit vom Bundesgericht nicht überprüft werden kann, muss die Aufsichtsbeschwerde ans Bundesamt für Justiz als Oberaufsichtsbehörde offenstehen. Da sich das Bundesgericht diesfalls mit dieser Frage der Gesetzesverletzung/Nichtigkeit nicht befassen kann, kann die Gewaltenteilung m.E. gar nicht tangiert sein. Damit dürften für das Bundesamt zwei Konstellationen verbleiben, um über die Frage der Nichtigkeit zu befinden:

#### 2.6.2.1. Bei fehlender Legitimation

Fehlt es einer Partei an der Legitimation, Zivilbeschwerde ans Bundesgericht zu führen (Art. 76 BGG)<sup>150</sup>, so kann und muss m.E. das Bundesamt auf Anzeige hin die Nichtigkeit feststellen. Dies gilt auch dann, wenn andere Personen zur Zivilbeschwerde legitimiert gewesen wären. Dies ergibt sich daraus, dass jedermann bei der Aufsichtsbehörde Nichtigkeit rügen kann und die Nichtigkeit erga omnes wirkt<sup>151</sup>.

Mit Inkrafttreten der Eidgenössischen ZPO wird die Legitimation zur Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht erweitert<sup>152</sup>. Es wird dann

auch ein bloss rechtliches Interesse genügen. Damit dürfte die fehlende Legitimation wohl kaum noch dazu führen, dass sich das Bundesgericht nicht mit nichtigen Entscheiden oberer kantonaler Aufsichtsbehörden (Art. 18 SchKG) befassen kann.

#### 2.6.2.2. In Bezug auf vorsorgliche Massnahmen

In Bezug auf vorsorgliche Massnahmen kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 98 BGG); in Frage steht vor allem die *Willkürriüge*<sup>153</sup>. Dies gilt auch für gewisse Verfügungen der Vollstreckungsbehörden, welche als vorsorgliche Massnahmen zu qualifizieren sind<sup>154</sup>.

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ein Entscheid willkürlich, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Es genügt nicht, dass eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre. Eine Entscheidung ist nur dann aufzuheben, wenn sie nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich ist<sup>155</sup>.

*Nichtigkeit* liegt vor, wenn ein Verstoss gegen Vorschriften gegeben ist, welche im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren beteiligten Personen erlassen worden sind (Art. 22 Abs. 1 Satz 1 SchKG).

Willkür ist zwar wie die Nichtigkeit eine qualifizierte Rechtsverletzung. Die beiden Begriffe decken sich aber nicht. Willkür beschlägt das Ergebnis. Nichtigkeit knüpft allein an den Schutzbereich der verletzten Norm an, unabhängig davon, welches Ergebnis resultiert. Damit kann insbesondere nicht gesagt werden, dass jeder nichtige Entscheid willkürlich ist. Das Bundesgericht kann damit im Rahmen der beschränkten Kognition der Willkür nicht alle Fälle von Nichtigkeit beurteilen.

Damit kann das Bundesamt für Justiz auch in Bezug auf vorsorgliche Massnahmen<sup>156</sup>, über welche kantonale Aufsichtsbehörden entschieden haben (Art. 18 SchKG), die Nichtigkeit feststellen. Um dem Vorwurf des Bundesamtes zu entgehen, es wäre auch eine Zivilbeschwerde ans Bundesgericht wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte möglich gewesen (Art. 98 BGG), wird eine Partei im Zweifel wohl Zivilbeschwerde führen müssen, um mittels abschlägigem Urteil des Bundesgerichts dartun zu können, dass das Subsidiaritätsprinzip erfüllt ist, um an das Bundesamt als Oberaufsichtsbehörde zu gelangen.



## 2.7. *Anwaltsmonopol*

Die Vertretung vor Bundesgericht in Zivil- und Strafsachen ist Anwälten vorbehalten (Art. 40 Abs. 1 BGG). Die Umschreibung «in Zivil- und Strafsachen» entspricht der Terminologie des OG (Art. 29 Abs. 2 OG). Unter dem alten Recht galt das Anwaltsmonopol für *SchKG-Beschwerden* (Art. 19 SchKG) vor Bundesgericht nicht<sup>157</sup>.

Mit Inkrafttreten des BGG gelten auch SchKG-Sachen, einschliesslich Entscheide kantonaler Aufsichtsbehörden in SchKG-Sachen (Art. 18 SchKG), als Zivilsache i.S. des BGG<sup>158</sup>. Damit gilt auch in dieser Hinsicht das Anwaltsmonopol<sup>159</sup>.

## 2.8. *Kosten- und Entschädigungspflicht bei SchKG-Beschwerden* (Art. 19 SchKG)

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 Parteientschädigungen zugesprochen werden konnten (aArt. 62 Abs. 2 GebV SchKG)<sup>160</sup>.

Dies hat mit Inkrafttreten des BGG für das Verfahren vor Bundesgericht geändert. Es gelten die Art. 62-66 und Art. 68 BGG. Damit können dem Beschwerdeführer insbesondere die *Kosten* auferlegt werden (Art. 66 Abs. 1 BGG). Die beschwerdeführende Partei hat zudem einen Vorschuss zu leisten (Art. 62 BGG). Offenbar sind immer noch viele Beschwerdeführer davon überrascht, weshalb eine ansehnliche Zahl der Verfahren mangels Leisten des Kostenvorschusses mit einem Nichteintretensentscheid abgeschlossen wird<sup>161</sup>. Agieren die SchKG-Behörden als Beschwerdeführer, sind ihnen dagegen in der Regel keine Kosten aufzuerlegen; sie gelten m.E. als «Organisationen», welche «in ihrem amtlichen Wirkungskreis» agieren (Art. 66 Abs. 4 BGG)<sup>162</sup>. Anders verhält es sich m.E., wenn ein SchKG-Organ in Disziplinarsachen (Art. 14 SchKG) ans Bundesgericht gelangt; diesfalls können sie kostenpflichtig werden.

Obsiegt der Beschwerdeführer, können dem betreffenden Kanton, auch wenn er (bzw. die [obere] kantonale Aufsichtsbehörde) formell Gegenpartei ist, die Kosten nicht auferlegt werden (Art. 66 Abs. 4 BGG)<sup>163</sup>.

Dem Beschwerdeführer kann bei Obsiegen eine *Parteientschädigung* zugesprochen werden (Art. 68 Abs. 1 BGG)<sup>164</sup>. Wenn sich die Vorinstanz als formelle Beschwerdegegnerin am Verfahren beteiligt hat, hat der betreffende Kanton die Parteientschädigung zu leisten<sup>165</sup>. Wenn sich ein Dritter (z.B. der Vollstreckungsgegner) am Verfahren beteiligt hat, indem er eine Vernehmlassung erstattete, kann er zur Bezahlung einer Parteientschädigung verpflichtet werden. Hat sich kein Dritter am Verfahren beteiligt, müsste die Parteientschädigung m.E. aus der Staatskasse ausgerichtet werden.

Wenn der Beschwerdeführer unterliegt, so hat er dann eine Parteientschädigung zu bezahlen, wenn sich der Vollstreckungsgegner durch Vernehmlassung am Verfahren vor Bundesgericht beteiligt hat<sup>166</sup>.

Mit öffentlichen Aufgaben betrauten Organisationen wird in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen, wenn sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis agieren (Art. 68 Abs. 3 BGG). Darunter fallen auch die SchKG-Organen<sup>167</sup>.

1 Vgl. KARL SPÜHLER/MYRIAM A. GEHRI, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I*, 4. Aufl., Zürich 2008, Anhang 1; KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II*, 4. Aufl., Zürich 2007, Schema 9; NICCOLO RASELLI, *Erste Erfahrungen mit der Beschwerde in Zivilsachen – Übersicht über die Praxis*, AJP/PJA 2008, S. 1606; KATHRIN KLETT/ELISABETH ESCHER, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz*, Basel 2008, Art. 72 BGG N 6.

2 YVES DONZALLAZ, *Loi sur le Tribunal fédéral*, Bern 2008, N 2137; Urteil 5A\_306/2007 vom 19. September 2007, E. 1.1.; 5A\_707/2007 vom 8. Februar 2007, E. 1; 5A\_54/2008 vom 30. April 2008, E. 1; a.M. HANSJÖRG PETER, *Le recours en matière de poursuites et faillites*, in: *La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral*, Lausanne 2007, S. 206 ff.; ANDREAS GÜNGERICH, in: Hansjörg Seiler/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich (Hrsg.), *Stämpflis Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz (BGG)*, Bern 2007, Art. 72 BGG N 15.

3 DONZALLAZ (FN 2), N 2153; Urteil 5A\_355/2008 vom 6. Oktober 2008, E. 1.1.

4 Urteil 5D\_139/2007 vom 10. April 2008, E. 1.1.

5 Urteil 5A\_481/2007 vom 6. November 2007, unveröffentlichte E. 1.

6 PETER KARLEN, *Das neue Bundesgerichtsgesetz*, Basel 2006, S. 42 Fn. 164; FRANCOIS BOHNET, *Le recours en matière civile, Aperçu synthétique*, in: *Journée de formation continue de l'Université de Neuchâtel* vom 10. November 2006, S. 3; DONZALLAZ (FN 2), N 2137; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, Basel/Genf 2008, § 27 N 9; BGE 134 III 115, 134 III 143, 133 III 399; Urteil 5A\_264/2007 vom 25. Januar 2008, E. 1 (= Pra 2008 Nr. 78).

7 INGRID JENT-SORENSEN, *BGG und SchKG*, in: Isaak Meier/Ingrid Jent-Sorensen/Peter Diggelmann/Karin Müller (Hrsg.), *Wege ans Bundesgericht in Zivilsachen nach dem Bundesgerichtsgesetz*, Zürich/St. Gallen 2007, S. 74.

8 BBl 2001 IV 4307; JENT-SORENSEN (FN 7), S. 64; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 6), § 27 N 9; SPÜHLER/GEHRI (FN 1), S. 145; Urteil 5A\_638/2008 vom 5. Dezember 2008, E. 1; 5A\_357/2008 vom 5. November 2008, E. 1.1.; 5A\_11/2009 vom 31. März 2009, E. 1.

9 KARLEN (FN 6), S. 42 Fn. 164; BOHNET (FN 6), S. 3; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 6), § 27 N 9; BGE 133 III 689; Urteil 5A\_277/2008 vom 21. Oktober 2008, E. 1.1.; 5A\_2008 vom 3. Dezember 2008, E. 1; 5A\_291/2007 vom 21. August 2007, unveröffentlichte E. 1.1 (= Pra 2008 Nr. 75).

10 DONZALLAZ (FN 2), N 2139.

11 CHRSTOPH AUER, *Der Rechtsweg in Zivilsachen*, in: Bernhard Ehrenzeller/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), *Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis*, St. Gallen 2006, S. 64; DONZALLAZ (FN 2), N 2148; Urteil 5A\_224/2008 vom 3. Dezember 2008, E. 1.1.

12 BBl 2001 IV 4307; BOHNET (FN 6), S. 3; JENT-SORENSEN (FN 7), S. 64; DONZALLAZ (FN 3), N 2149; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 6), § 27 N 9; BGE 135 III 128; Urteil 5A\_720/2007 vom 24. April 2008, E. 2.1; liegt nur Bestand und Umfang einer Forderung aus Bundesprivatrecht im Streit, so liegt eine Zivilsache i.S.v. Art. 72 Abs. 1 BGG vor (5A\_802/2008 vom 6. März 2009, E. 1.1; Urteil 5A\_630/2008 vom 10. April 2009, E. 1.1; 5A\_629/2008 vom 10. April 2009, E. 1.1 = SJZ 2009, 370).

13 DONZALLAZ (FN 2), N 2146; Urteil 5A\_283/2007 vom 15. November 2007, E. 1.2 (= Pra 2008 Nr. 57); 5D\_170/2008 vom 19. November 2008.

14 DONZALLAZ (FN 2), N 2144; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 6), § 27 N 9; BGE 133 III 590.

15 BOHNET (FN 6), S. 3; JENT-SORENSEN (FN 7), S. 76.

16 BOHNET (FN 6), S. 3; DONZALLAZ (FN 2), N 2150; Urteil 5A\_29/2007 vom 29. Mai 2008, unveröffentlichte E. 1; 5A\_143/2008 vom 17. September 2008, E. 1; 5A\_418/2007 vom 4. Februar 2008, unveröffentlichte E. 1.1.

17 DONZALLAZ (FN 2), N 2145; Urteil 5A\_210/2007 vom 7. Februar 2008, E. 1.

18 DONZALLAZ (FN 2), N 2152; Urteil 5A\_267/2007 vom 30. September 2008, E. 1; 5A\_539/2007 vom 4. Januar 2008, E. 1 (= Pra 2008 Nr. 77).

19 BGE 134 III 668.

20 BBl 2001 4307; PHILIPP ZIEGLER, Von der Rechtsmittelvielfalt zur Einheitsbeschwerde, Diss. Basel 2003, S. 376; HANS PETER WALTER, Neue Zivilrechtspflege, in: Pierre Tschannen (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, Bern 2007, S. 124; AUER (FN 11), S. 64; KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE/DOMINIKVOCK, Kurzkommentar zum Bundesgerichtsgesetz (BGG), St. Gallen 2006, Art. 72 BGG N 3; FRANCO LORANDI, Besonderheiten der Beschwerde in Zivilsachen gegen Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörden in SchKG-Sachen, AJP/PJA 2007, S. 433; JENT-SORENSEN (FN 7), S. 63 f., S. 71; DANIEL HUNKELER, Entwicklungen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts in den Jahren 2005 und 2006, in: Walter Fellmann/Thomas Poledna (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis, Bern 2007, S. 905; HANSJÖRG PETER, Das neue Bundesgerichtsgesetz und das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, BLSchK 2007, S. 10 ff.; TARKAN GÖKSU, Die Beschwerden ans Bundesgericht, St. Gallen 2007, N 23; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl., Bern 2008, § 4 N 55 f., N 71.

21 BBl 2001 4307.

22 Vgl. auch PETER (FN 20), S. 11.

23 ELISABETH ESCHER, Zum Rechtsschutz in Zwangsvollstreckungssachen nach dem Bundesgesetz über das Bundesgericht, AJP/PJA 2006, S. 1249.

24 ADREAS GÜNGERICH/THOMAS COENDET, Das Bundesgerichtsgesetz – Erste Erfahrungen und offene Fragen, Anwaltsrevue 2007, S. 322, sprechen zu Recht von einer *Kognitionsdifferenzierung*.

25 Urteil 5D\_159/2008 vom 1. Dezember 2008; 5A\_769/2008 vom 1. Dezember 2008; 5A\_711/2008 vom 24. November 2008; 5A\_609/2008 vom 5. November 2008; 5A\_644/2008 vom 7. November 2008; 5A\_739/2008 vom 13. November 2008; 5A\_753/2008 vom 17. November 2008; 5D\_168/2008 vom 19. November 2008; 5D\_170/2008 vom 19. November 2008; 5A\_608/2008 vom 5. November 2008; 5D\_165/2008 vom 24. November 2008; 5A\_735/2008 vom 24. November 2008; 5A\_776/2008 vom 26. November 2008; 5D\_159/2008 vom 1. Dezember 2008; 5A\_557/2008 vom 28. Januar 2009, E. 3.2.3 und E. 3.2.4.

- 26 BGE 134 III 383, 133 III 489 f.; Urteil 5A\_525 vom 29. Oktober 2008, E. 2.2; 5D\_17/2009 vom 5. März 2009, E. 1.4.
- 27 BGE 133 III 489; Urteil 5A\_649/2008 vom 11. November 2008, E. 2; 5D\_17/2009 vom 5. März 2009, E. 1.4.
- 28 Urteil 5A\_649/2008 vom 11. November 2008, E. 2; 5D\_17/2009 vom 5. März 2009, E. 1.4
- 29 Urteil 4A\_22/2008 vom 10. April 2008, E. 1; 5A\_525/2008 vom 29. Oktober 2008, E. 2.1.1.
- 30 Urteil 5D\_168/2008 vom 19. November 2008.
- 31 Urteil 5A\_739/2008 vom 13. November 2008.
- 32 BBl 2001 4351; Urteil 5A\_525/2008 vom 29. Oktober 2008, E. 2.2.
- 33 BGE 133 III 645; Urteil 5A\_339/2008 vom 20. Juni 2008, E. 1.2.
- 34 GÜNGERICH (FN 2), Art. 42 BGG N 5; Urteil 5A\_525/2008 vom 29. Oktober 2008, E. 2.1.1.
- 35 GÜNGERICH (FN 2), Art. 42 BGG N 5; GÜNGERICH/COENDET (FN 24), S. 320.
- 36 GÜNGERICH/COENDET (FN 24), S. 320.
- 37 GÜNGERICH (FN 2), Art. 42 BGG N 9; Urteil 5A\_240/2008 vom 12. Juni 2008, E. 3.
- 38 BGE 133 III 396; Urteil 5A\_125/2007 vom 20. September 2007, E. 3; 5A\_1/2008 vom 14. April 2008, E. 3; 5A\_339/2008 vom 20. Juni 2008, E. 1.5; 5A\_711/2008 vom 24. November 2008.
- 39 BGE 134 I 88, 133 II 399, 133 IV 287 f.; Urteil 5D\_159/2008 vom 1. Dezember 2008; 5A\_769/2008 vom 1. Dezember 2008; 5A\_711/2008 vom 24. November 2008; 5A\_609/2008 vom 5. November 2008; 5A\_739/2008 vom 13. November 2008; 5D\_170/2008 vom 19. November 2008; 5A\_608/2008 vom 5. November 2008.
- 40 Urteil 5A\_125/2007 vom 20. September 2007, E. 3; 5A\_525/2008 vom 29. Oktober 2008, E. 2.1.1; 5A\_81/2009 vom 2. März 2009, E. 4.2.2.
- 41 Urteil 5A\_739/2008 vom 13. November 2008.
- 42 BGE 134 II 246, 133 III 588 f.; Urteil 5A\_525/2008 vom 29. Oktober 2008, E. 2.1.1.
- 43 BGE 133 III 249; Urteil 6B\_66/2007 vom 17. April 2007, E. 5; 1C.3/2007 vom 20. Juni 2007, E. 1.2.2; 5A\_143/2008 vom 17. September 2008, E. 2.4.
- 44 GÜNGERICH/COENDET (FN 24), S. 320; RASELLI (FN 1), S. 1608; BGE 133 II 255; Urteil 6B\_66/2007 vom 17. April 2007, E. 5; 5A\_525/2008 vom 29. Oktober 2008, E. 2.1.1.
- 45 Urteil 5A\_609/2008 vom 5. November 2008.
- 46 Urteil 5A\_125/2007 vom 20. September 2007, E. 3.
- 47 BGE 133 III 393; Urteil 5A\_692/2008 vom 18. November 2008, E. 2.3; 5A\_81/2009 vom 2. März 2009, E. 1.3.
- 48 BGE 133 III 395; Urteil 5A\_277/2008 vom 21. Oktober 2008, E. 1.2.
- 49 Urteil 5A\_557/2008 vom 28. Januar 2009, E. 1.3.
- 50 Zur Berechnung des Streitwerts vgl. Art. 51 ff. BGG.
- 51 BBl 2001 4309; BOHNET (FN 6), S. 5; SPÜHLER/GEHRI (FN 1), Anhang 1.
- 52 Urteil 5A\_707/2007 vom 8. Februar 2008, E. 1.
- 53 WALTER (FN 20), S. 125.
- 54 BBl 2001 4309; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Le recours au Tribunal fédéral en matière d'exécutions forcées 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, S. 51, 53; BOHNET (FN 6), S. 4; WALTER (FN 20), S. 125; BGE 134 III 117, 143, 269, 133 III 399; Urteil 5A\_481/2007 vom 6. November 2007, unveröffentlichte E. 1; 5A\_264/2007 vom 25. Januar 2008, E. 1 (= Pra 2008 Nr. 78).

55 BBl 2001 4309; WALTER (FN 20), 125; Urteil 5A\_224/2008 vom 3. Dezember 2008, E. 1.1; 5A\_79/2007 vom 15. November 2007, E. 1.1.

56 Urteil 5A\_489/2007 vom 23. November 2007, E. 1.

57 GILLIÉRON (FN 54), S. 51; Urteil 5A\_638/2008 vom 5. Dezember 2008, E. 1.

58 GILLIÉRON (FN 54), S. 51.

59 GILLIÉRON (FN 54), S. 57 Fn. 79; BGE 135 III 128 f.; Urteil 5A\_261/2008 vom 10. Juni 2008, E. 1.

60 BGE 134 III 527; Urteil 5A\_283/2007 vom 28. November 2007, E. 1.2 (= Pra 2008 Nr. 57); 5D\_87/2007 vom 7. August 2007.

61 BBl 2001 4309; GILLIÉRON (FN 54), S. 51, 53; WALTER (FN 20), 125; Urteil 5A\_301/2007 vom 9. August 2007, E. 1.

62 Urteil 5A\_263/2007 vom 7. August 2007, E. 1.

63 GILLIÉRON (FN 54), S. 51.

64 BBl 2001 4309; GILLIÉRON (FN 54), S. 57 Fn. 79; DONZALLAZ (FN 2), N 2313 Fn. 5592; Urteil 5A\_143/2008 vom 17. September 2008, E. 1.

65 AmtlBull NR 2204 1573.

66 AmtlBull SR 2003 901.

67 AmtlBull SR 2003 901; AmtlBull NR 2004, 1572 und 1597.

68 Amtl Bull SR 2005 129.

69 Amtl Bull SR 2003 901; AmtlBull NR 2004, 1572 und 1597.

70 In BGE 131 III 455 hat das Bundesgericht (im Rahmen einer Eidgenössischen Berufung) zur Frage der Kostentragung befunden, es liege für eine Kollokationsstreitigkeit keine Streitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis gemäss Art. 343 OR vor, da nur die Klasse (erste oder dritte) und nicht Bestand und Umfang der Forderung zu beurteilen war. So nun auch BGE 135 III 473 und Urteil 5A\_630/2008 vom 10. April 2009, E. 3, für den umgekehrten Fall, wenn es in einer Kollokation nur um Bestand und Umfang der Forderung (und nicht um die Klasse) geht.

71 In Bezug auf die *Rechtsöffnung*: Gl. M. DONZALLAZ (FN 2), N 2315; HANSPETER EGLI, Das arbeitsrechtliche Verfahren nach Art. 343 OR, ZZZ 2004, S. 38, welcher von «Vollstreckungsverfahren» spricht; a.M. AMONN/WALTHER (FN 20), § 19 N 24; BOHNET (FN 6), S. 4; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 6), § 27 N 18; Frage offengelassen von JENT-SORSENSEN (FN 7), S. 73 («es ist allerdings nicht undenkbar»). Zu Art. 343 OR: vgl. ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsrecht, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR; 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 343 OR N 10; a.M. ZK-ADRIAN STAEHELIN/FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362, 3. Aufl., Zürich 1996, Art. 343 OR N 10.

72 In Bezug auf die *Kollokationsklage*: gl.M. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 6), § 27 N 23; BEAT RUDIN, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Art. 74 BGG N 13; DENIS TAPPY, in: La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, 2007, S. 63 Rz. 20. Gl.M. zu Art. 343 OR: BK-REHBINDER, Art. 343 OR N 2; BK-STAEHELIN/VISCHER (FN 71), Art. 343 OR N 10; STREIFF/VON KAENEL (FN 71), Art. 343 OR N 10; EGLI (FN 71), S. 38; JAR 1980, S. 162; Beschluss des Obergerichts Zürich NF040001 vom 4. Mai 2005, E. III.; a.M. zu Art. 343 OR unter der Geltung des OG: BGE 131 III 455.

73 Dies gilt natürlich auch für die Gegenpartei.

74 Vgl. Beschluss des Obergerichts Zürich NFO40001 vom 4. Mai 2005, E. III., in Bezug auf Art. 343 OR.

75 Vgl. FN 72.

76 Vgl. FN 72.

77 In Bezug auf Kollokationsstreitigkeiten hat die Insolvenz insoweit eine Auswirkung auf den Streitwert, als nicht mehr die Höhe des eingeklagten Betrages, sondern die mutmassliche Konkursdividende auf der Forderung massgebend ist (BGE 135 III 128 f.; Urteil 5A\_131/2008 vom 23. Oktober 2008, E. 1; 5A\_802/2008 vom 6. März 2009, E. 1.2.).

78 Die Begründung (vgl. vor FN 80) lässt darauf schliessen, dass das Bundesgericht wohl auch für andere betriebsrechtliche Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht und (wohl a fortiori) für rein betriebsrechtliche Streitigkeiten dieselbe Sichtweise einnehmen dürfte.

79 BGE 135 III 472; Urteil 5A\_630/2008 vom 10. April 2009, E. 1.2.

80 BGE 135 III 472; Urteil 5A\_630/2008 vom 10. April 2009, E. 1.2.

81 Vgl. dazu 2.2.2.

82 Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich des SchKG stützt sich auf Art. 122 Abs. 1 BV, wonach die Gesetzgebung auf dem Gebiet des *Zivilrechts* (und des Zivilprozessrechts) dem Bund zusteht.

83 BERNHARD BODMER, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel 1998, Art. 85a SchKG N 3.

84 In SchKG-Sachen schreibt kein Bundesgesetz eine einzige kantonale Instanz vor (Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG; a.M. DONZALLAZ [FN 2], N 2317). Dies gilt auch für die Feststellung, ob neues Vermögen vorliegt, im summarischen Verfahren (Art. 265a Abs. 1 SchKG; BGE 134 III 526 f.).

85 BGE 133 III 495 f.; Urteil 5A\_125/2007 vom 20. September 2007, E. 2.2.2.

86 GÜNGERICH (FN 2), Art. 74 BGG N 9; WALTER (FN 20), S. 119; GÜNGERICH/COENDET (FN 24), S. 321.

87 BGE 134 III 117 ff. (= Pra 2008 Nr. 106).

88 BGE 134 III 269 ff.

89 BGE 133 III 648 ff.

90 Urteil 5A\_339/2008 vom 20. Juni 2008, E. 1.3.

91 Urteil 5A\_234/2008 vom 7. Juli 2008, E. 1.2.

92 Urteil 5A\_263/2007 vom 7. August 2007, E. 1.

93 Urteil 5A\_1/2008 vom 14. April 2008 E. 2.3.

94 Urteil 5A\_125/2007 vom 20. September 2007, E. 2.2.2.

95 Urteil 5A\_224/2008 vom 3. Dezember 2008, E. 1.2.2.

96 Urteil 5A\_375/2007 vom 4. Oktober 2007, E. 2.1; 5A\_21/2008 vom 13. August 2008, E. 1; 5A\_597/2008 vom 27. Januar 2009, E. 2.2; 5A\_623/2008 vom 29. Oktober 2008, E. 1.1; 5A\_399/2008 vom 4. Dezember 2008, E. 1.

97 GILLIÉRON (FN 54), S. 52; SPÜHLER/DOLGE/VOCK (FN 20), Art. 74 BGG N 4; GÖKSU (FN 20), N 35; DONZALLAZ (FN 2), N 2320.

98 AMONN/WALTHER (FN 20), § 36 N 13.

99 BGE 133 III 689; Urteil 5A\_40/2007 vom 23. Mai 2007, unveröffentlichte E. 2; 5A\_291/2007 vom 21. August 2007, unveröffentlichte E. 1.1 (= Pra 2008 Nr. 75); 5A\_613/2007 vom 29. November 2007, E. 1.1.

100 AMONN/WALTHER (FN 20), § 37 N 22.

101 AMONN/WALTHER (FN 20), § 39 N 15.

- 102 DONZALLAZ (FN 2), N 2322; Urteil 5A\_539/2007 vom 4. Januar 2008, E. 1; 5A\_267/2007 vom 30. September 2008, E. 1.
- 103 GILLIÉRON (FN 54), S. 52 f.; SPÜHLER/DOLGE/VOCK (FN 20), Art. 74 BGG N 4; GÖKSU (FN 20), N 35; DONZALLAZ (FN 2), N 2320.
- 104 Zu beachten ist, dass es sich dabei um eine vorsorgliche Massnahme i.S. des BGG handelt; vgl. 2.5.
- 105 Urteil 5A\_132/2008 vom 15. Juli 2008, E. 1.1.
- 106 Urteil 5A\_263/2007 vom 7. August 2007, E. 2.
- 107 Zur Begründungs- und Rügepflicht vgl. 2.1.
- 108 BBl 2001 4312.
- 109 FRANCO LORANDI, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar zu den Art. 13-30 SchKG, Basel 2000, Art. 17 SchKG N 22, Art. 19 SchKG N 3; DERS., ZZZ 2007, S. 511 f.
- 110 DONZALLAZ (FN 2), N 2365; Urteil 5A\_325/2007 vom 1. Mai 2007, (nicht publizierte) E. 1.2; 5A\_780/2008 vom 9. Februar 2009, E. 1.3.
- 111 LORANDI (FN 20), 439 f.; DERS., ZZZ 2007, S. 512.
- 112 BGE 135 III 47; Urteil 5A\_36/2008 vom 5. August 2008, E. 3.
- 113 Urteil 5A\_36/2008 vom 5. August 2008, E. 3.
- 114 Urteil 5A\_36/2008 vom 5. August 2008, E. 3.
- 115 DONZALLAZ (FN 2), N 2365, N 2400; BGE 134 III 138 f. (= Pra 2008 Nr. 107); Urteil 5A\_548/2008 vom 7. Oktober 2008, E. 1.
- 116 DONZALLAZ (FN 2), N 2365, N 2381, N 2400.
- 117 BBl 2006 7276, 7510.
- 118 Vgl. 2.3.
- 119 Vgl. 2.6.
- 120 Vgl. auch RASELLI (FN 1), S. 1610.
- 121 Urteil 5A\_325/2007 vom 11. Dezember 2007, unveröffentlichte E. 1.2; BGE 133 III 350.
- 122 WALTER (FN 20), S. 131; DONZALLAZ (FN 2), N 4011; GÜNGERICH/COENDET (FN 24), S. 320; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 6), § 27 N 12; BGE 134 III 526; 134 III 143; 134 III 117; 133 III 399 f.; Urteil 5A\_264/2007 vom 25. Januar 2008, E. 1 (= Pra 2008 Nr. 78); 5A\_351/2007 vom 30. August 2007, E. 2.
- 123 BGE 133 III 689.
- 124 Urteil 5A\_638/2008 vom 5. Dezember 2008, E. 1; 5A\_357/2008 vom 5. November 2008, E. 1.1.
- 125 Zu den Entscheiden im *summarischen* Verfahren vgl. vor FN 129.
- 126 Urteil 5A\_283/2007 vom 28. November 2007, E. 1.2 (= Pra 2008 Nr. 57).
- 127 Urteil 5A\_539/2007 vom 4. Januar 2008, E. 1.
- 128 BGE 135 III 129.
- 129 Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs kann nach Abschluss des Summarverfahrens nicht mehr geheilt werden, weshalb diesbezüglich Letztinstanzlichkeit gegeben ist, vgl. BGE 134 III 528.
- 130 BGE 134 III 528.
- 131 BGE 134 III 668; Urteil 5A\_169/2007 vom 21. Juni 2007, E. 1; 5A\_218/2007 vom 7. August 2007, E. 3.2 (= Pra 2007 Nr. 138).
- 132 Vgl. die in FN 131 zitierten Fälle.
- 133 GILLIÉRON (FN 54), S. 51; WALTER (FN 20), S. 142; DONZALLAZ (FN 2), N 4013; RASELLI (FN 1), S. 1612; BGE 133 III 591; Urteil 5A\_240/2008 vom 12. Juni 2008, E. 1; 5A\_438/2008 vom 9. Oktober 2008, E. 1.

- 134 Urteil 5A\_218/2007 vom 7. August 2007, E. 3.2.  
135 Urteil 5A\_194/2008 vom 21. April 2008, E. 2.  
136 Urteil 5A\_194/2008 vom 21. April 2008, E. 2.  
137 DONZALLAZ (FN 2), N 4013.  
138 DONZALLAZ (FN 2), N 4013.  
139 DONZALLAZ (FN 2), N 4013.  
140 DONZALLAZ (FN 2), N 4013.  
141 DONZALLAZ (FN 2), N 4013.  
142 Vgl. Urteil 5A\_50/2009 vom 27. März 2009.  
143 BGE 134 III 668.  
144 LORANDI (FN 109), Art. 22 SchKG N 125; BGE 121 III 144, 120 III 119, 118 III 4, 117 III 10.  
145 LORANDI (FN 20), S. 446; BGE 135 III 48.  
146 BBL 2001 4357.  
147 MARCO LEVANTE, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), *Kurzkommentar SchKG*, Basel 2009, Art. 15 SchKG N 19; PETER (FN 20), S. 14; DERS., *BlSchK 2009*, S. 102 f.; HUNKELER (FN 20), S. 904; EDGAR PHILIPPIN, *La nouvelle loi sur le Tribunal fédérale – Effets sur le droit des poursuites et faillites*, Supplement zu JdT 2007 II, S. 136.  
148 LORANDI (FN 20), S. 447.  
149 Vgl. 2.1.  
150 Vgl. dazu 2.3.  
151 LORANDI (FN 109), Art. 22 SchKG N 104, N 122 und N 124 m.w.H.  
152 Vgl. 2.3 in fine.  
153 Vgl. 2.1.3.1.  
154 Vgl. 2.5.  
155 BGE 132 III 211; 132 I 17; 131 I 473.  
156 Vgl. 2.5.  
157 LORANDI (FN 20), S. 443 m.w.H.  
158 Vgl. 1.  
159 KLETT/ESCHER (FN 1), Art. 72 BGG N 5; LORANDI (FN 20), S. 443 m.w.H.; BGE 134 III 523 f.; Urteil 5A\_549/2007 vom 7. Januar 2008, E. 1.  
160 LORANDI (FN 109), Art. 20a SchKG N 9 ff., N 24 ff. m.w.H.  
161 Urteil 5D\_133/2008 vom 17. November 2008; 5A\_452/2008 vom 12. November 2008; 5A\_644/2008 vom 7. November 2008; 5A\_663/2008 vom 17. November 2008.  
162 Urteil 5A\_352/2008 vom 13. November 2008, E. 5; 5A\_36/2008 vom 5. August 2008, E. 4.  
163 Urteil 5A\_352/2008 vom 13. November 2008, E. 5; 5A\_36/2008 vom 5. August 2008, E. 4; a.M. Urteil 5A\_412/2007 vom 29. November 2007, E. 7.  
164 JENT-SORENSEN (FN 7), S. 18.  
165 Urteil 5A\_352/2008 vom 13. November 2008, E. 5.  
166 Urteil 5A\_632/2008 vom 29. Oktober 2008, E. 3.  
167 LORANDI (FN 20), S. 445.