

Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs

Letzte Änderung: 23.04.2026

PDF erstellt am: 05.10.2026



ONLINEKOMMENTAR
DER FREI ZUGÄNGLICHE
RECHTSKOMMENTAR

INHALTSVERZEICHNIS

Art. 8 SchKG.....	5
Art. 8a SchKG.....	13
Art. 89 SchKG	53
Art. 90 SchKG	63
Art. 91 SchKG	69
Art. 106-109 SchKG.....	81
Art. 151 SchKG.....	121
Art. 152 SchKG	163
Art. 222 SchKG	211
Art. 260 SchKG	221
Art. 265 SchKG	239
Art. 265a SchKG	259
Art. 265b SchKG.....	283
Art. 266 SchKG	289
Art. 267 SchKG.....	299

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 8 SchKG

Eine Kommentierung von Tobias Aggteleky / Philip Carr

ZITIERVORSCHLAG

Tobias Aggteleky/Philip Carr, Kommentierung zu Art. 8 SchKG, in: Pasquier Bruno/Heinzmann Michel (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs

Kurzzitat: OK-Aggteleky/Carr, N. XXX zu Art. 8 SchKG.

E. Protokolle und Register

1. Führung, Beweiskraft und Berichtigung

Art. 8

¹ Die Betreibungs- und die Konkursämter führen über ihre Amtstätigkeiten sowie die bei ihnen eingehenden Begehren und Erklärungen Protokoll; sie führen die Register.

² Die Protokolle und Register sind bis zum Beweis des Gegenteils für ihren Inhalt beweiskräftig.

³ Das Betreibungsamt berichtigt einen fehlerhaften Eintrag von Amtes wegen oder auf Antrag einer betroffenen Person.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines.....	7
II. Protokoll- und Registerführung (Abs. 1).....	7
A. Zweck und Anwendungsbereich	7
B. Protokolle und Register	8
C. Art und Dauer der Aufbewahrung.....	9
III. Beweiskraft (Abs. 2).....	10
A. Wirkung	10
B. Anwendungsbereich	11
IV. Berichtigung (Abs. 3).....	11
Literaturverzeichnis	12

I. ALLGEMEINES

Art. 8 SchKG regelt die Protokoll- und Registerführung durch die 1
Betreibungs- und Konkursämter sowie die Beweiskraft solcher Protokolle und
Register. Er findet auch auf atypische Organe wie die von Gläubigerinnen
gewählte ausseramtliche Konkursverwaltung (Art. 241 SchKG), den Sachwalter
im Nachlassverfahren (gestützt auf Art. 295 Abs. 3 SchKG) und den Liquidator
(Art. 320 Abs. 3 SchKG) Anwendung.¹

In seiner heutigen Form besteht Art. 8 SchKG seit der SchKG-Revision von 2
1994; davor waren der Inhalt von Art. 8 SchKG und das Einsichtsrecht nach
Art. 8a SchKG gemeinsam in Art. 8 aSchKG geregelt.²

Konkretisierende Ausführungen zu Art. 8 SchKG finden sich sowohl in der 3
VABK als auch in der VFRR und der KOV.

II. PROTOKOLL- UND REGISTERFÜHRUNG (ABS. 1)

A. Zweck und Anwendungsbereich

Durch die **Protokoll- und Registerführungspflicht** soll sichergestellt 4
werden, dass das Betreibungs- und das Konkursverfahren jederzeit überblickt
und die erfolgten Handlungen nachvollzogen werden können. Entsprechend
sind Ämter nach Art. 1 VABK dazu angehalten, die Akten übersichtlich zu
ordnen und beisammenzuhalten. Dadurch helfen die Protokolle und Register
auch den Aufsichtsbehörden, den Sachverhalt festzustellen (vgl. Art. 20 Abs. 2
Ziff. 2 SchKG) und so ihrer Aufsichtsfunktion nachzukommen.³

Die Protokoll- und Registerführungspflicht gilt zum einen für Amtstätigkeiten 5
und zum anderen für eingegangene Begehren und Erklärungen. Unter den
Begriff der **Amtstätigkeiten** sind dabei sämtliche Handlungen durch das Amt
zu subsumieren, die in Bezug auf eine hängige Betreuung oder einen
laufenden Konkurs erfolgen.⁴ So sind beispielsweise ausgestellte

1. BSK SchKG-Peter, N. 1 zu Art. 8 SchKG.

2. BSK SchKG-Peter, N. 2 zu Art. 8 SchKG.

3. Baumgartner, S. 33.

4. SK SchKG-Weingart, N. 6 zu Art. 8 SchKG.

Zahlungsbefehle und Konkursandrohungen zu den Akten zu nehmen und durchgeführte Pfändungen zu protokollieren.

- 6 Als **Begehren und Erklärungen** gelten mündliche oder schriftliche Eingaben der Parteien im Zusammenhang mit einem Betreibungs- oder Konkursverfahren.⁵ Da die Inhalte der *parteiseitigen* Begehren und Erklärungen nicht von der Beweiskraft nach Art. 8 Abs. 2 SchKG erfasst sind,⁶ müssen sie auch nicht im Detail festgehalten werden; vielmehr genügt es zu dokumentieren, *wann*, *wo* und *gegenüber wem* betreibungsrechtlich relevante Erklärungen abgegeben worden sind.⁷
- 7 *Nicht* von Art. 8 Abs. 1 SchKG erfasst werden Auskunftsbegehren nach Art. 8a SchKG und die in diesem Zusammenhang erteilten Auskünfte.⁸ Zwar werden solche Begehren in der Praxis häufig für einen angemessenen Zeitraum aufbewahrt und können vom Schuldner in diesem Fall auch eingesehen werden, eine Protokoll- und Registerführungspflicht besteht diesbezüglich aber nicht.⁹

B. Protokolle und Register

- 8 Die Registerführung der **Betreibungsämter** wird in der VFRR konkretisiert. Gemäss Art. 8 Abs. 1 VFRR sind folgende Bücher vorgesehen: Das Eingangsregister (Art. 9 VFRR), das Betreibungsbuch (Art. 10 VFRR), das Gruppenbuch (Art. 11 VFRR), das Personenregister (Art. 12 VFRR), das Tagebuch und die Agenda (Art. 13 VFRR), das Kassabuch (Art. 14 VFRR) sowie das Kontokorrentbuch (Art. 15 VFRR).
- 9 Von besonderer Bedeutung ist dabei das **Betreibungsbuch**. Darin werden sämtliche Betreibungen in der Reihenfolge des Eingangs der Betreibungsbegehren eingetragen. Festgehalten werden insbesondere die Art der Betreibung, der Name des Schuldners und des Gläubigers, die Forderungshöhe samt Zinsen sowie das Eingangsdatum des Betreibungsbegehrens (Art. 10 VFRR). Im Betreibungsbuch werden auch

5. SK SchKG-Weingart, N. 7 zu Art. 8 SchKG.

6. Vgl. dazu unten III.B.

7. AB SchKG (OGer) ZH PS140184 vom 24.10.2014 E. 2.4.1; AB SchKG (KGer) BL 420 20 245 vom 12.1.2021 E. 3.2

8. OFK SchKG-Kren Kostkiewicz, N. 4 zu Art. 8 SchKG.

9. BGer 5A_891/2015 vom 14.4.2016 E. 4.3.

«stille» Betreibungen vermerkt, also solche, bei denen das Betreibungsbegehren vor der Ausstellung des Zahlungsbefehls wieder zurückgezogen wird, sodass sie keinen Eintrag im Betreibungsregister zur Folge haben.¹⁰

Die Registerführung der **Konkursämter** ist in der KOV geregelt. Folgende 10
Verzeichnisse und Bücher sind gemäss Art. 1 KOV durch die Konkursämter zu führen: Das Verzeichnis der Konkurse und Rechtshilfesuche (Art. 4 KOV), das Kassabuch (Art. 16 KOV), das Kontokorrentbuch (Art. 17 f. KOV) und das Bilanzheft (Art. 19 KOV).

Die Führung dieser Verzeichnisse und Bücher hat nach Massgabe der im 11
Anhang zur KOV festgehaltenen **Muster** zu erfolgen (Art. 3 Abs. 1 KOV). Die Kantone können weitere Formulare gestatten oder gar vorschreiben (Art. 3 Abs. 2 KOV).

C. Art und Dauer der Aufbewahrung

Die Art und Weise der Aufbewahrung der Betreibungs- und Konkursakten 12
wird in der VABK geregelt. Grundsätzlich sind die **(Original-)Akten** aufzubewahren. Mit Zustimmung der kantonalen Aufsichtsbehörde können die Bücher jedoch auch in **elektronischer Form** geführt werden (Art. 4 Abs. 1 VABK, Art. 15a Abs. 1 KOV, Art. 8 Abs. 2 VFRR). Die Originalakten können in diesem Fall vernichtet werden.

In Bezug auf die **Dauer** der Aufbewahrung sieht Art. 2 Abs. 1 VABK vor, dass 13
die **Akten** erledigter Betreibungen zehn Jahre nach der Erledigung vernichtet werden dürfen. Als erledigt gelten dabei sämtliche Betreibungen, die entweder formell abgeschlossen wurden oder nicht durch ein ordentliches Begehren der Gläubigerin – namentlich durch ein Fortsetzungsbegehren – weitergeführt werden können.¹¹ Die Betreibungsbücher und die zugehörigen Personenregister sind hingegen 30 Jahre ab deren Abschluss aufzubewahren (Art. 2 Abs. 2 VABK).

Hinsichtlich der **Konkursakten** verweist die VABK in Art. 5 auf die KOV. 14
Gemäss Art. 14 KOV dürfen die Akten erledigter Konkurse nach Ablauf von zehn Jahren ab deren Erledigung vernichtet werden, die Kassabücher nebst

10. Vgl. hierzu Hunkeler/Wuffli, Rz. 3.

11. BSK SchKG-Peter, N. 5 zu Art. 8 SchKG.

Belegen, die Kontokorrentbücher und Bilanzhefte nach Ablauf von zehn Jahren seit deren Abschluss. Das Konkursverzeichnis, wo grundlegende Informationen wie die Konkurseröffnung, die Art des Konkursverfahrens und die Beendigung des Konkurses festgehalten sind, ist hingegen während 40 Jahren seit dessen Abschluss aufzubewahren (Art. 14 Abs. 2 KOV).

III. BEWEISKRAFT (ABS. 2)

A. Wirkung

- 15 Die betreibungsrechtlichen Protokolle und Register sind gemäss Art. 8 Abs. 2 SchKG bis zum Beweis des Gegenteils für ihren Inhalt beweiskräftig. Es kommt ihnen somit die erhöhte Beweiskraft öffentlicher Urkunden zu (vgl. Art. 9 ZGB und Art. 179 ZPO).¹² Die Protokolle und Register geniessen jedoch *keinen öffentlichen Glauben*; weder haben die Eintragungen konstitutive (positive oder negative) Wirkung noch werden sie für gutgläubige Dritte als richtig fingiert.¹³
- 16 Art. 8 Abs. 2 SchKG stellt vielmehr eine **Beweisregel** auf: Der Inhalt von betreibungsrechtlichen Protokollen und Registern gilt solange als bewiesen, als nicht nachgewiesen wird, dass dieser unrichtig ist. Die Richtigkeit betreibungsrechtlicher Protokolle und Register wird mit anderen Worten widerlegbar vermutet.¹⁴
- 17 Widerlegt werden kann diese Vermutung einzig durch den **Beweis des Gegenteils im Sinne eines Hauptbeweises** – und nicht durch blossen Gegenbeweis.¹⁵ Der Beweis des Gegenteils besteht dabei im **Nachweis der Unrichtigkeit** des Inhalts des betreffenden Protokolls oder Registers.¹⁶ Dieser Beweis ist an keine besondere Form gebunden und kann entsprechend mit sämtlichen Beweismitteln geführt werden (vgl. Art. 9 Abs. 2 ZGB).

12. SK SchKG-Weingart, N. 18 zu Art. 8 SchKG.

13. BGE 115 III 24 E. 1; KUKO SchKG-Möckli, N. 8 zu Art. 8 SchKG.

14. BGer 5A_418/2017 vom 31.1.2018 E. 3.2; vgl. auch OFK ZGB-Rosenkranz, N. 1 zu Art. 9 ZGB.

15. BGer 5A_591/2017 vom 9.3.2018 E. 2.4; Urteil 5A_543/2017 vom 6.2.2018 E. 2.2: zur Abgrenzung vgl. BGE 120 II 393, E. 4.b.

16. SK SchKG-Weingart, N. 20 zu Art. 8 SchKG.

B. Anwendungsbereich

Die Beweiskraft betreibungsrechtlicher Protokolle und Register gilt für 18
sämtliche Protokolle und Register, die durch das Betreibungs- oder das
Konkursamt verwendet werden. Erfasst wird aber nur derjenige tatsächliche
Inhalt, der **amtliche Handlungen** festhält oder vom Betreibungs- oder
Konkursbeamten selbst wahrgenommen worden ist.¹⁷ Die Beweiskraft bezieht
sich damit primär auf wann, wo und von bzw. gegenüber wem bestimmte
Erklärungen abgegeben worden sind.¹⁸

Der Inhalt blosser **Parteibehauptungen oder -erklärungen**, die 19
protokolliert oder zu den Akten genommen wurden, werden demgegenüber
nicht von Art. 8 Abs. 2 SchKG erfasst.¹⁹ Ebenso wenig erstreckt sich die
Beweiskraft auf Behauptungen, die sich nicht aus Protokollen oder Registern
ergeben.²⁰ Ganz grundsätzlich führt das Fehlen eines bestimmten Eintrags
nicht zur Vermutung, die entsprechende Handlung sei nicht erfolgt.²¹

IV. BERICHTIGUNG (ABS. 3)

Register- und Protokolleinträge sind bei Fehlerhaftigkeit vom Betreibungs- 20
oder Konkursamt zu korrigieren. Diese **Korrektur** hat form- und kostenfrei
zu erfolgen. Erfasst von Art. 8 Abs. 3 SchKG sind nicht nur Betreibungsämter,
sondern auch Konkursämter (vgl. Art. 20 KOV) sowie sämtliche weiteren
Behörden und Organe, die mit der Protokoll- oder Registerführung betraut
sind.²²

Der Berichtigung unterliegen einzig **Fehler von Betreibungs- oder** 21
Konkursämtern bzw. des entsprechenden protokoll- oder registerführenden
Organs. Als ein solcher Fehler gilt etwa die Eintragung einer falschen
Reihenfolge im Eingangsregister oder die Erfassung einer Forderungssumme
im Betreibungsbuch, die nicht mit derjenigen im Betreibungsbegehren
übereinstimmt. Liegt der Irrtum für einen vermeintlichen Fehler jedoch nicht

17. BSK SchKG-Peter, N. 11 zu Art. 8 SchKG; SK SchKG-Weingart, N. 19 zu Art. 8 SchKG.

18. BSK SchKG-Peter, N. 11 zu Art. 8 SchKG.

19. AB SchKG (OGer) ZH PS140184 vom 24.10.2014 E. 2.4.1; SK SchKG-Weingart, N. 19 zu Art. 8 SchKG.

20. Vgl. BGE 32 I 186 E. 2.

21. BSK SchKG-Peter, N. 12 zu Art. 8 SchKG.

22. BSK SchKG-Peter, N. 14 zu Art. 8 SchKG; SK SchKG-Weingart, N. 25 zu Art. 8 SchKG.

beim Betreibungsamt, sondern bei der Gläubigerin, so besteht kein Raum für eine Berichtigung; denn das Betreibungsamt handelt nicht fehlerhaft, wenn es unrichtige Angaben einer Gläubigerin übernimmt.²³

- 23 Die zuständigen Behörden sind verpflichtet, Berichtigungen **von Amtes wegen** vorzunehmen.²⁴ Verweigert eine Behörde die Berichtigung, steht der betroffenen Person die betreibungsrechtliche Beschwerde (Art. 17 SchKG) offen.²⁵

LITERATURVERZEICHNIS

Baumgartner, Samuel, Die Betreibungsregistereinsicht zum Zweck des Kreditschutzes, in: Portmann Wolfgang/Heiss Helmut/Isler Peter R./Thouvenin Florent (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, 2020, S. 29.

Hunkeler Daniel/Wuffli Daniel, Verjährungsunterbrechung durch «stille Betreuung»? in: Jusletter 11. September 2017.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Orell Füssli Kommentar (OFK), SchKG Kommentar, 20. Aufl., Zürich 2020.

Möckli Urs, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkomentar SchKG, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. KUKO SchKG-Möckli).

Peter James T., in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. Basel 2021 (zit. BSK SchKG-Peter).

Rosenkranz Charlotte, in: Orell Füssli Kommentar (OFK), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021 (zit. OFK ZGB-Rosenkranz).

Weingart Denise, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Aufl., Zürich 2017 (zit. SK SchKG-Weingart).

23. KUKO SchKG-Möckli, N. 8 zu Art. 8 SchKG; SK SchKG-Weingart, N. 26 zu Art. 8 SchKG.

24. BSK SchKG-Peter, N. 18 zu Art. 8 SchKG; SK SchKG-Weingart, N. 27 zu Art. 8 SchKG.

25. BGer 7B.5/2004 vom 26.2.2004 E. 3.1.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 8a SchKG

Eine Kommentierung von Tobias Aggteleky / Philip Carr

ZITIERVORSCHLAG

Tobias Aggteleky/Philip Carr, Kommentierung zu Art. 8a SchKG, in: Pasquier Bruno/Heinzmann Michel (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs

Kurzzitat: OK-Aggteleky/Carr, N. XXX zu Art. 8a SchKG.

2. Einsichtsrecht

Art. 8a

¹ Jede Person, die ein Interesse glaubhaft macht, kann die Protokolle und Register der Betreibungs- und der Konkursämter einsehen und sich Auszüge daraus geben lassen.

² Ein solches Interesse ist insbesondere dann glaubhaft gemacht, wenn das Auskunftsgesuch in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrages erfolgt.

³ Die Ämter geben Dritten von einer Betreibung keine Kenntnis, wenn:

- a. die Betreibung nichtig ist oder aufgrund einer Beschwerde oder eines gerichtlichen Entscheids aufgehoben worden ist;
- b. der Schuldner mit einer Rückforderungsklage obsiegt hat;
- c. der Gläubiger die Betreibung zurückgezogen hat;
- d. der Schuldner nach Ablauf einer Frist von drei Monaten seit der Zustellung des Zahlungsbefehls ein entsprechendes Gesuch gestellt hat, sofern der Gläubiger nach Ablauf einer vom Betreibungsamt

angesetzten Frist von 20 Tagen den Nachweis nicht erbringt, dass rechtzeitig ein Verfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlages (Art. 79-84) eingeleitet wurde; wird dieser Nachweis nachträglich erbracht oder wird die Betreibung fortgesetzt, wird sie Dritten wieder zur Kenntnis gebracht.

⁴ Das Einsichtsrecht Dritter erlischt fünf Jahre nach Abschluss des Verfahrens. Gerichts- und Verwaltungsbehörden können im Interesse eines Verfahrens, das bei ihnen hängig ist, weiterhin Auszüge verlangen.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines.....	16
A. Zweck.....	16
B. Problematik und damit verbundene Revisionen	17
II. Einsichtsberechtigte Personen	18
A. Allgemeines.....	18
B. Betroffene Person	18
C. Verfahrensparteien	19
D. Dritte	19
E. Gerichts- und Verwaltungsbehörden.....	23
III. Erbringen des Interessennachweises	24
IV. Gegenstand, Form und Umfang des Einsichtsrechts	26
A. Gegenstand.....	26
B. Form	27
C. Umfang.....	28
V. Ausschluss des Einsichtsrechts.....	29
A. Problematik.....	29
B. Nichtige oder aufgrund einer Beschwerde oder eines gerichtlichen Entscheids aufgehobene Betreibung (Art. 8a Abs. 3 lit. a).....	30
1. Nichtige Betreibungen	30
2. Aufgrund betreibungsrechtlicher Beschwerde aufgehobene Betreibungen	31
3. Aufgrund eines gerichtlichen Entscheids aufgehobene Betreibungen	31
C. Obsiegen mit Rückforderungsklage (Art. 8a Abs. 3 lit. b)	33
D. Betreibung zurückgezogen (Art. 8a Abs. 3 lit. c).....	33
E. Gutgeheissenes Gesuch um Nichtbekanntbegabe der Betreibung (Art. 8a Abs. 3 lit. d).....	34
1. Stossrichtung der Revision 2019	34
2. Das Verfahren nach Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG.....	35
a. Anwendungsbereich von Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG	35
b. Gesuch des Betriebenen	37
c. Anzeige an den Gläubiger durch das Betreibungsamt	40
d. Nachweis des Gläubigers.....	40
3. Parlamentarische Initiativen als Antwort auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung	45
VI. Zeitliche Schranken.....	46
VII. Kosten.....	46
VIII. Rechtsmittel	47
Literaturverzeichnis	48
Materialienverzeichnis.....	51

I. ALLGEMEINES

- 1 Die Einsicht in und die Herausgabe von Urkunden des öffentlichen Rechts bestimmt sich nach den massgeblichen öffentlich-rechtlichen Vorschriften.²⁶ Diesem Grundsatz entsprechend richtet sich die **Einsicht in die Protokolle und Register** der Betreibungs- und Konkursämter stets nach Art. 8a SchKG. Dies gilt auch dann, wenn die Einsicht im Rahmen eines hängigen Zivilprozesses verlangt wird.²⁷
- 2 Das **DSG** findet aufgrund des Ausschlusses in Art. 2 Abs. 4 DSG keine Anwendung.

A. Zweck

- 3 Gemäss Art. 8a SchKG sind die Protokolle und Register der Betreibungs- und Konkursämter Dritten zugänglich, sofern sie ein entsprechendes Interesse glaubhaft machen. Im Zentrum des Einsichtsrechts liegt dabei der Betreibungsregistrauszug. Die Betreibungsdaten dienen dazu, **Rückschlüsse auf die Kreditwürdigkeit** einer Person zu ziehen.²⁸
- 4 Das Einsichtsrecht nach Art. 8a SchKG ist damit sowohl im vorvertraglichen Stadium von Relevanz, um die Bonität eines potenziellen Schuldners zu überprüfen,²⁹ als auch im Stadium bestehender Schuldverhältnisse, wenn sich die Frage stellt, ob sich die Eintreibung einer Forderung lohnt.³⁰ Das Einsichtsrecht liegt damit (auch) im **öffentlichen Interesse**, werden dadurch doch aussichtslose Gerichts- und Zwangsvollstreckungsverfahren vermieden.³¹ Daneben kann das Einsichtsrecht für die Berechnung von Fristen hilfreich sein (z.B. für den Pfändungsanschluss nach Art. 110 und 111 SchKG).³²
- 5 Anders gelagert ist der Zweck des Einsichtsrechts im **Konkurs** eines Schuldners. Denn in diesem Fall ist dessen Zahlungsunfähigkeit in der Regel

26. SK SchKG-Weingart, N. 1 zu Art. 8a SchKG.

27. BGE 141 III 281 E. 3.3; vgl. aber AB SchKG (OGer) ZH PS140053 vom 25.6.2014 E. III.4 und AB SchKG (OGer) ZH PS150046 vom 22.4.2015 E. 4.2 (dazu hinten II.D).

28. BGE 147 III 486 E. 3.1; BGer 5A_164/2021 vom 4.11.2021 E. 4.1.2.

29. BGE 141 III 281 E. 3.3.1.

30. KUKO SchKG-Möckli, N. 2 zu Art. 8a SchKG. In der zweiten Konstellation wird Art. 8a SchKG durch weitere Bestimmungen ergänzt, insbesondere durch Art. 958e OR.

31. BGE 115 III 81 E. 3.b.

evident. Hier dient Art. 8a SchKG dazu, den Konkursgläubigerinnen und zu Schaden gekommenen Dritten die zur Wahrung ihrer Rechte notwendigen Informationen zu verschaffen.³³

B. Problematik und damit verbundene Revisionen

Dem berechtigten Interesse Dritter, die Protokolle und Register der 6
Betreibungs- und Konkursämter einzusehen, steht das ebenso berechnigte
Interesse des (vermeintlichen) Schuldners gegenüber, dass die
Betreibungsdaten nicht den falschen Eindruck einer fehlenden
Kreditwürdigkeit erwecken.³⁴ Art. 8a SchKG soll diese beiden **Interessen in
Einklang bringen**. Es wundert daher nicht, dass sich die beiden Revisionen
von Art. 8 bzw. 8a SchKG in den Jahren 1994 und 2019 hauptsächlich um
diese Frage drehen.

Anlässlich der **Revision von 1994** wurde der Inhalt von Art. 8 aSchKG auf Art. 7
8 und Art. 8a SchKG verteilt. Hinsichtlich des Einsichtsinteresses und dessen
Schranken bezweckte die Revision dabei primär die Kodifizierung der
damaligen Rechtsprechung des Bundesgerichts.³⁵ Die vor der Revision
ergangenen Entscheide sind damit weiterhin von Relevanz.

Demgegenüber wurde im Rahmen **der Revision von 2019** mit Art. 8a Abs. 3 8
lit. d SchKG ein zusätzliches Instrument eingeführt, mit welchem sich
Betroffene gegen die negativen Auswirkungen ungerechtfertigter
Betreibungen zur Wehr setzen können. Gleichzeitig sollte dadurch die
Aussagekraft von Betreibungsregisterausügen verbessert³⁶ bzw. nicht
verwässert³⁷ werden.

32. BSK SchKG-Peter, N. 1 zu Art. 8a SchKG.

33. BGE 141 III 281 E. 3.3.2; BGE 93 III 4 E. 1.

34. BGE 147 III 486 E. 3.1; BGE 141 III 68 E. 2.6.1.1; BGE 121 III 81 E. 4.a.

35. BGer 7B.229/2003 vom 6.1.2004 E. 4.1.

36. Vgl. Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens zur Parlamentarische Initiative «Abate – Löschung ungerechtfertigter Zahlungsbefehle» vom 1.2014, Ziff. 311.

37. Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates zur Parlamentarischen Initiative «Löschung ungerechtfertigter Zahlungsbefehle» vom 19.2.2015, BBl 2015 3209, 3221.

II. EINSICHTSBERECHTIGTE PERSONEN

A. Allgemeines

- 9 Ein Recht auf Einsicht in die Protokolle und Register der Betreibungs- und Konkursämter hat jede Person, die ein **rechtsgenügendes Interesse** daran glaubhaft macht. Dieses Interesse braucht dabei nicht finanzieller Natur zu sein; vielmehr genügt auch ein rechtliches Interesse anderer Art.³⁸ Inwiefern im Einzelfall ein schützenswertes Interesse an einer Einsicht besteht, ist jeweils anhand der konkreten Umstände und unter Berücksichtigung des Zwecks des Einsichtsrechts zu bestimmen.³⁹ Das schützenswerte Interesse beurteilt sich insbesondere nach der Person bzw. der Stellung des Gesuchstellers.⁴⁰ Zur Beurteilung der Auskunftsberechtigung sind vor dem Hintergrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung namentlich die folgenden Gesuchsteller zu unterscheiden:

- Die betroffene Person, die Einsicht in die Eintragungen über sich selbst verlangt (nachfolgend B);
- die Parteien eines bestimmten Betreibungs- oder Konkursverfahrens, welche die Akten des betreffenden Verfahrens einsehen möchten (nachfolgend C);
- Dritte, die ausserhalb eines Betreibungs- oder Konkursverfahrens Informationen über eine Person, typischerweise einen (allenfalls potenziellen) Schuldner, einholen wollen (nachfolgend D); sowie
- Gerichts- und Verwaltungsbehörden, die im Zusammenhang mit einem bei ihnen hängigen Verfahren Akten einsehen wollen (nachfolgend E).

B. Betroffene Person

- 10 Jede Person hat Anspruch darauf, all diejenigen Daten einzusehen, die sie selbst betreffen.⁴¹ Dieses Recht ist an **keine weiteren Voraussetzungen** gebunden – mit Ausnahme der vorgängigen Identitätsprüfung⁴² und der

38. BGE 105 III 38 E. 1

39. SK SchKG-Weingart, N. 5 f. zu Art. 8a SchKG.

40. BGer 5A_201/2013 vom 29.4.2013 E. 3.2.

41. BGer 5A_122/2015 vom 15.6.2015 E. 2.3; BGer 5A_201/2013 vom 29.4.2013 E. 3.1.

42. BGer 5A_201/2013 vom 29.4.2013 E. 3.2.

Gebühren für die Akteneinsicht⁴³. Auf diese Weise kann jede Person jederzeit und ohne besonderen Interessennachweis prüfen, ob und welche Informationen über sie gespeichert sind.⁴⁴ Beschränkt werden kann die Selbstauskunft einzig im Fall von überwiegenden öffentlichen oder Drittinteressen.⁴⁵

C. Verfahrensparteien

Weiter haben die Parteien eines Betreibungs- oder Konkursverfahrens 11 grundsätzlich ein Recht darauf, die Protokolle und Register *des betreffenden Verfahrens* einzusehen.⁴⁶ Sie müssen also, wie die betroffene Person bei einer Selbstauskunft, *kein* zusätzliches Interesse glaubhaft machen; vielmehr ergibt sich ihr berechtigtes Interesse **direkt aus ihrer Schuldner- oder Gläubigerstellung**. Als Konkursgläubiger gilt dabei auch der mit Kollokationsklage auf Zulassung klagende (potenzielle) Gläubiger.⁴⁷

Der *Zweck* des Einsichtsgesuchs kann auch ausserhalb des betreffenden 12 Zwangsvollstreckungsverfahrens liegen: So ist gemäss Bundesgericht auch dann Einsicht zu gewähren, wenn ein Konkursgläubiger unabhängig von seiner Gläubigerstellung im Konkurs zu Schaden gekommen ist und durch die Einsicht in die Konkursakten **Beweise sammeln** will, um den Ausfall bei einem Dritten einzuklagen.⁴⁸ Vorbehalten bleibt stets das Rechtsmissbrauchsverbot.⁴⁹

D. Dritte

Auskunftsberechtigt ist sodann jede Drittperson, die ein **schützenswertes, 13 besonderes und gegenwärtiges Interesse** glaubhaft macht.⁵⁰ Im Unterschied zur betroffenen Person und zu den Verfahrensparteien können Dritte ihr Interesse nicht aus ihrer (Verfahrens-)Stellung ableiten, weshalb ihr Einsichtsrecht nicht *a priori* gegeben ist.⁵¹ Vielmehr hat das ersuchte

43. BGer 5A_122/2015 vom 15.6.2015 E. 2.3.

44. SK SchKG-Weingart, N. 8 zu Art. 8a SchKG; vgl. auch Botschaft SchKG 1991, S. 31.

45. BGer 7B.189/2005 vom 13.12.2005 E. 2.2; BGE 129 I 249 E. 3.

46. BGer 5A_201/2013 vom 29.4.2013 E. 3.2; BGE 126 V 450 E. 2.c; BGE 93 III 4 E. 1.

47. BGE 141 III 281 E. 3.3.2; BGE 91 III 94 E. 2.

48. BGE 93 III 4 E. 2.d; kritisch Camponovo/Marenco, S. 488 f.; offen gelassen in BGE 141 III 281 E. 3.4.1 f.

49. BGE 93 III 4 E. 2.c m.w.H.

50. BGE 115 III 81 E. 2.

Betreibungs- oder Konkursamt bei Dritten zwischen deren Einsichtsinteresse und dem Geheimhaltungsinteresse der betroffenen Person abzuwägen und auf der konkreten Interessenlage in bestimmtem Umfang Einsicht zu gewähren oder aber zu verweigern.⁵² Zu diesem Zweck wird von gesuchstellenden Dritten jeweils ein entsprechender **Interessennachweis** verlangt.

- 14 Gemäss Abs. 2 wird ein Interesse insbesondere dann grundsätzlich als schützenswert erachtet, wenn das Gesuch in unmittelbarem Zusammenhang mit dem *Abschluss **oder der Abwicklung eines Vertrags*** erfolgt. Diese Bestimmung wurde im Rahmen der Revision von 1994 ins Gesetz aufgenommen und kodifizierte die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach sowohl bei einem bestehenden Vertragsverhältnis zum Schuldner als auch bei einem beabsichtigten Vertragsverhältnis ein ausreichendes Einsichtsinteresse bestehe.⁵³
- 15 Auch unter Abs. 2 gilt das Einsichtsrecht jedoch nicht uneingeschränkt. Es besteht hier lediglich die **gesetzliche Vermutung** eines schützenswertes Einsichtsinteresses – überwiegende Geheimhaltungsinteressen sind denkbar.⁵⁴ So besteht etwa beim Abschluss eines Arbeitsvertrags häufig kein Zusammenhang zwischen der Kreditwürdigkeit des potenziellen Arbeitnehmers und der Gefährdung berechtigter Interessen der auskunftersuchenden Arbeitgeberin, weshalb das Geheimhaltungsinteresse des Arbeitnehmers hier in der Regel überwiegen dürfte.⁵⁵ Sodann sind hinsichtlich des Umfangs der Akteneinsicht Beschränkungen möglich.⁵⁶
- 16 Ein **rechtsgenügendes Interesse** an einer Einsicht wird typischerweise in folgenden Konstellationen gegeben sein:
- Zwischen dem Gesuchsteller und der betroffenen Person besteht ein Rechtsstreit.⁵⁷ Diese – bisher konstante – Rechtsprechung des

51. BGE 141 III 281 E. 3.3.3.

52. KUKO SchKG-Möckli, N. 9 zu Art. 8a SchKG; vgl. auch BGE 141 III 281 E. 3.3.

53. BGE 115 III 81 E. 2.

54. KUKO SchKG-Möckli, N. 11 zu Art. 8a SchKG.

55. Vgl. VerGer SO vom 9.12.2013, SOG 2013 Nr. 29, E. 3.3. Anders verhält es sich allenfalls dann, wenn der künftige Arbeitnehmer Gelder einzieht oder anvertraut erhält und eine fehlende Kreditwürdigkeit deshalb eine Gefährdung darstellen könnte (BSK SchKG-Peter, N. 14 zu Art. 8a SchKG; Wenninger Schmid/Schmid, S. 106).

56. BGE 135 III 503 E. 3.2.

Bundesgerichts wurde in jüngeren Entscheiden in Bezug auf Konkursakten jedoch eingeschränkt, wobei sich die Gerichte dabei auf unterschiedliche Argumente gestützt haben: Gemäss dem Zürcher Obergericht wird das Einsichtsrecht nach Art. 8a SchKG bei einem hängigen Zivilprozess durch die Regeln zur Edition in der ZPO (Art. 160 ff.) verdrängt.⁵⁸ Und gemäss Bundesgericht fehlt es jedenfalls dann an einem schützenswerten Einsichtsinteresse, wenn der Gesuchsteller *nicht* gleichzeitig (potenzieller) Gläubiger der Gegenseite ist.⁵⁹

- Zumindest für eine Einsicht ins Betreibungsregister genügt bereits die konkrete *Absicht*, einen Prozess gegen die betroffene Person anzustrengen⁶⁰ – und zwar auch ausserhalb einer bestehenden Vertragsbeziehung. Denn der Gesuchsteller hat aufgrund der anfallenden Prozesskosten ein berechtigtes Interesse daran, die Kreditwürdigkeit der Gegenseite zu prüfen.⁶¹
- Der Gesuchsteller ist Bürge oder solidarisch Mithaftender der betroffenen Person.⁶²
- Bei Ehegatten aufgrund der Auskunftspflicht nach Art. 170 ZGB – und zwar unabhängig davon, ob sie zusammen oder getrennt leben.⁶³
- Der gesuchstellende Aktionär mit Blick auf das Konkursverfahren der konkursiten Gesellschaft.⁶⁴
- Bei der betroffenen Person handelt es sich um einen Miterben des Gesuchstellers. Das Einsichtsrecht der Miterben umfasst dabei auch

57. BGE 141 III 281 E. 3.1.1; BGer 4A_83/2010 vom 11.3.2010 E. 6.3; BGE 115 III 81 E. 2; BGE 105 III 38 E. 1.

58. AB SchKG (OGer) ZH PS140053 vom 25.6.2014 E. 4; AB SchKG (OGer) ZH PS150046 vom 22.4.2015 E. 4.2; a.M. BGE 141 III 281 E. 3.3; AB SchKG BL 200 10 488 vom 11.5.2010 E. 3.3, in: BLSchK 2011, S. 51 ff.; BSK SchKG-Peter, N. 11 zu Art. 8a SchKG.

59. BGE 141 III 281 E. 3.5.1; bestätigt in BGer 5A_164/2021 vom 4.11.2021 E. 4.1; kritisch Wenninger Schmid/Schmid, S. 111 f. und Waldburger, S. 73 ff.

60. BGer 5A_164/2021 vom 4.11.2021 E. 4.1.2; SK SchKG-Weingart, N. 17 zu Art. 8a SchKG.

61. Muster, S. 161; SK SchKG-Weingart, N. 17 zu Art. 8a SchKG; Vonder Mühl, S. 172.

62. BGer 5A_83/2010 vom 11.3.2010 E. 6.3 m.w.H.

63. BSK SchKG-Peter, N. 15 zu Art. 8a SchKG; SK SchKG-Weingart, N. 17 zu Art. 8a SchKG.

64. AB SchKG GE vom 3.5.2000 E. 2, in: SJ 2001, S. 373, 374 f.

Register und Protokolle, die sich auf die *Zeit vor dem Tod* der Erblasserin beziehen.⁶⁵

- Der Gesuchsteller zieht eine Drittansprache an den zur Konkursmasse gezogenen Aktien einer Gesellschaft in Erwägung. Sein Recht besteht dabei auf Einsicht in die Bilanzen und Erfolgsrechnungen der fraglichen Gesellschaft.⁶⁶
- Bei einem Einsichtsgesuch durch Medien, solange sich dieses auf einen konkreten Fall bezieht, an dem ein gewisses öffentliches Interesse besteht.⁶⁷ Unzureichend sind demgegenüber allgemeine «Presserecherchen» im Sinne von generell gehaltenen Auskunftsbegehren zu einer Vielzahl von Schuldnern.⁶⁸
- Bei einem erfüllten und damit abgeschlossenen (Kauf-)Vertrag, sofern mit Folgegeschäften gerechnet werden kann.⁶⁹
- Bei einem Einsichtsgesuch durch den Gläubiger einer konkursiten Kollektivgesellschaft gegenüber den einzelnen Kollektivgesellschaftern, da letztere persönlich haften.⁷⁰

65. BGE 99 III 41 E. 3 m.H. auf die erbrechtlichen Auskunftspflichten gemäss Art. 607 Abs. 3 ZGB und Art. 610 Abs. 2 ZGB.

66. AB SchKG BL vom 6.7.1999, in: BLSchK 2000, S. 145 f.

67. AB SchKG (OGer) BE ABS 19 94 vom 6.5.2019 E. 15.1.

68. AB SchKG (OGer) BE ABS 19 94 vom 6.5.2019 E. 15.1.1 unter Hinweis auf das KS AB SchKG BE Nr. A 1, Ziff. 1.a.

69. AB SchKG (OGer) ZH PS150191 vom 5.1.2016 E. 3.3; zu Recht kritisch jedoch BSK SchKG-Peter, N. 15 zu Art. 8a SchKG, da die konkreten Informationen in diesem Entscheid ohne Bezug zu einer konkreten neuen Bestellung eingeholt wurden.

70. BSK SchKG-Peter, N. 15 zu Art. 8a SchKG; SK SchKG-Weingart, N. 17 zu Art. 8a SchKG.

Kein ausreichendes Einsichtsinteresse liegt demgegenüber bei folgenden Sachverhalten vor: 17

- Wenn der Gesuchsteller mit der betroffenen Person lediglich im wirtschaftlichen Wettbewerb steht.⁷¹
- Bei blosser Neugier.⁷²
- Wenn keine Anhaltspunkte für einen geschäftlichen Kontakt zwischen dem Gesuchsteller und der betroffenen Person bestehen.⁷³
- Bei unspezifischen Einsichtsgesuchen von Medien.⁷⁴
- Im Falle eines bloss abstrakten Interesses, z.B. um Daten zu Schuldnern zu sammeln.⁷⁵
- Bei der beklagten Partei in einem von der Konkursmasse angehobenen Verantwortlichkeitsprozess, wenn die beklagte Partei weder Konkursgläubigerin ist noch einen Schaden bei einem Dritten einklagen will.⁷⁶

E. Gerichts- und Verwaltungsbehörden

Schliesslich können gemäss Art. 8a Abs. 4 Satz 2 SchKG Gerichts- und Verwaltungsbehörden im Interesse eines Verfahrens, das bei ihnen hängig ist, Auszüge aus den Betreibungs- und Konkursakten verlangen. Vorausgesetzt ist aber auch hier ein schutzwürdiges Interesse, wobei sich dieses in der Regel aus der besonderen Stellung der anfragenden Behörde ergibt.⁷⁷ So hat auch das Bundesgericht festgehalten, «dass den Gerichts- und Verwaltungsbehörden grundsätzlich ein unbedingtes Recht auf den Erhalt von Auskünften betreffend die Situation des Betriebenen zusteht, wie sie sich aus den Büchern und Registern ergibt».⁷⁸ Nicht abschliessend geklärt ist, ob sich

71. BSK SchKG-Peter, N. 16 zu Art. 8a SchKG; SK SchKG-Weingart, N. 18 zu Art. 8a SchKG.

72. KS AB SchKG BE Nr. A 1, Ziff. 1.a; AB SchKG (OGer) ZH PS150191 vom 5.1.2016 E. 3.3.

73. AB SchKG (OGer) ZH PS150191 vom 5.1.2016, E. 3.3; SK SchKG-Weingart, N. 18 zu Art. 8a SchKG.

74. KS AB SchKG BE Nr. A 1, Ziff. 1.a; AB BE ABS 19 94 vom 6.5.2019 E. 15.1.1.

75. KS AB SchKG BE Nr. A 1, Ziff. 1.a; BSK SchKG-Peter, N. 16 zu Art. 8a SchKG; SK SchKG-Weingart, N. 18 zu Art. 8a SchKG.

76. BGE 141 III 281 E. 3.5.1; bestätigt in BGer 5A_164/2021 vom 4.11.2021 E. 4.1.

77. SK SchKG-Weingart, N. 19 zu Art. 8a SchKG.

78. BGer 7B.99/2005 vom 15.11.2005 E. 1.2.4.

das hängige Verfahren auf die betroffene Person beziehen muss,⁷⁹ und ob ein schutzwürdiges Interesse auf Akteneinsicht auch ausserhalb eines hängigen Verfahrens denkbar ist.

III. ERBRINGEN DES INTERESSENNACHWEISES

- 19 Von der Frage des schutzwürdigen Einsichtsinteresses zu unterscheiden ist die Frage, mit welchem Beweisgrad und auf welche Weise dieses Interesse darzulegen ist. Vor der Revision von 1994 wurde vom Gesuchsteller der *Nachweis* eines Interesses vorausgesetzt. Die Anforderungen an diesen Nachweis waren hoch: Zwar liess das Bundesgericht unter Hinweis auf den französischen und den italienischen Gesetzestext bereits damals ein **Glaubhaftmachen** genügen,⁸⁰ verlangte jedoch gleichzeitig, dass dieses Glaubhaftmachen mittels Urkunden erfolgte.⁸¹ Dabei erachtete das Bundesgericht grundsätzlich einzig vom potenziellen Schuldner ausgehende oder unterzeichnete Dokumente als ausreichend (z.B. unterzeichnete Kreditverträge, Bestätigungsschreiben des Schuldners), nicht aber vom Gesuchsteller selbst hergestellte Belege (z.B. Rechnungen und [Mahn-]Schreiben des Gesuchstellers).⁸²
- 20 Im Rahmen der **Revision von 1994** wurde der Gesetzeswortlaut angepasst; das Einsichtsinteresse muss nunmehr ausdrücklich nur noch glaubhaft gemacht werden. Ein *Urkundenbeweis* bzw. ein Glaubhaftmachen *durch Urkunden* wird in Art. 8a SchKG nicht verlangt.
- 21 Das Bundesgericht hat sich in seinem Urteil 7B.229/2003 wie folgt zu diesem neuen Gesetzeswortlaut geäussert: Zunächst hielt es fest, dass durch die Revision lediglich die Rechtsprechung des Bundesgerichts kodifiziert werden sollte und dass sich an der Rechtslage nichts geändert habe (E. 4.1). Anschliessend führte das Bundesgericht aus, dass das Glaubhaftmachen nicht an eine bestimmte Form gebunden sei (E. 4.2). Dessen ungeachtet kam es – in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung – zum Schluss, die

79. BSK SchKG-Peter, N. 17 zu Art. 8a SchKG.

80. Erstmals in BGE 52 III 73 E. 2; BGE 105 III 38 E. 4.

81. BGE 105 III 38 E. 4.

82. BGE 94 III 43 E. 2; BGE 93 III 4 E. 1; zum Ganzen KUKO SchKG-Möckli, N. 15 zu Art. 8a SchKG.

Vorlage von **Rechnungskopien** reiche auch unter dem neuen Art. 8a SchKG nicht aus (E. 4.3). Im Ergebnis blieb damit alles beim Alten.

Dieser Entscheid ist in der Lehre und vereinzelt auch seitens kantonaler Gerichte zu Recht auf Kritik gestossen.⁸³ So nachvollziehbar der Wunsch nach einer für die Betreibungs- und Konkursämter klaren und einfachen Regelung ist, sollten dennoch die allgemeinen Grundsätze zum Glaubhaftmachen auch auf Art. 8a SchKG Anwendung finden.⁸⁴ Eine Tatsache gilt als glaubhaft gemacht, wenn das Gericht in freier Überprüfung der Vorbringen zum Schluss gelangt, dass sie mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zutrifft.⁸⁵ **Glaubhaft gemacht** ist eine Tatsache damit schon dann, wenn gewisse Elemente für deren Vorhandensein sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte.⁸⁶

Sowohl eine von der betroffenen Person (noch) nicht unterzeichnete Vertragsofferte oder ein nicht unterzeichneter Bestellschein⁸⁷ als auch an die betroffene Person adressierte Rechnungen können im Einzelfall genügen, um ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft zu machen – sofern sich aus den Gesamtumständen eine ausreichende Glaubwürdigkeit ergibt.⁸⁸ Gerade bei der Abwicklung eines mündlich geschlossenen Vertrags ist der Gläubiger darauf angewiesen, dass ihn die Vorlage von Rechnungen zur Einsicht berechtigt, da der Schuldner – im Unterschied zur Situation vor Vertragsschluss – kaum gewillt sein wird, selbst einen Betreibungsregistrauszug einzuholen und vorzulegen.⁸⁹

83. BSK SchKG-Peter, N. 22 zu Art. 8a SchKG; KUKO SchKG-Möckli, N. 17 zu Art. 8a SchKG; SK SchKG-Weingart, N. 22 zu Art. 8a SchKG; Vonder Mühl, S. 175; AB SchKG (OGer) ZH PS150191 vom 5.1.2016 E. 4.3.

84. BSK SchKG-Peter, N. 22 zu Art. 8a SchKG; KUKO SchKG-Möckli, N. 17 zu Art. 8a SchKG; SK SchKG-Weingart, N. 22 zu Art. 8a SchKG.

85. BGer 5A_350/2007 vom 19.9.2007 E. 4 m.w.H.

86. BGer 4A_295/2022 vom 16.12.2022; BGE 130 III 321 E. 3.3 m.w.H.

87. BGE 52 III 73 E. 2.

88. AB SchKG (OGer) ZH PS150191 vom 5.1.2016 E. 4.3; BSK SchKG-Peter, N. 23 zu Art. 8a SchKG; SK SchKG-Weingart, N. 24 zu Art. 8a SchKG.

89. SchKG-Möckli, N. 18 zu Art. 8a.

IV. GEGENSTAND, FORM UND UMFANG DES EINSICHTSRECHTS

A. Gegenstand

- 24 Entgegen dem Wortlaut von Art. 8a Abs. 1 SchKG umfasst das Einsichtsrecht nicht nur Protokolle und Register, sondern **sämtliche Akten und Belege** eines Betreibungs- bzw. eines Konkursverfahrens.⁹⁰ So erstreckt sich das Einsichtsrecht im Betreibungsverfahren etwa auf Pfändungsprotokolle und die Akten zum Nachweis von Dritteigentumsansprüchen.⁹¹ Im Konkursverfahren wiederum unterliegen sowohl die Gesellschaftsakten, d.h. die Akten der konkursiten Gesellschaft, als auch die Verfahrensakten dem Einsichtsrecht.⁹²
- 25 Unter die **Gesellschaftsakten** fallen dabei die gesamte Geschäftskorrespondenz, allfällige Protokolle und Revisionsberichte sowie die vollständige Buchhaltung samt Belegen und «sonstige[n] Schriften von Belang», zu deren Verwahrung das Konkursamt verpflichtet ist (vgl. Art. 223 Abs. 2 SchKG).⁹³ Zu den einsehbaren Verfahrensakten zählen das Konkursprotokoll, der Kollokationsplan nebst Lastenverzeichnis, die Grundstückverwertungsprotokolle, die Verteilungslisten, das Inventar, das Verzeichnis der Forderungseingaben samt Belegen (auch der übrigen Gläubiger)⁹⁴, die Protokolle der Gläubigerversammlungen und des Gläubigerausschusses, die Berichte der Konkursverwaltung und die gerichtlichen Verfügungen über den Schluss und den Widerruf des Konkursverfahrens.⁹⁵
- 26 Die betroffene Person kann zudem Auskunft darüber verlangen, wer wann Einsicht in die sie betreffenden Akten verlangt hat.⁹⁶ Allerdings kennt das Bundesrecht keine Vorschrift, wonach das Betreibungsamt verpflichtet ist, über **erteilte Auskünfte** Buch zu führen, weshalb einem solchen Gesuch nur

90. BGE 110 III 49 E. 4; BGer 5A_891/2015 vom 14.4.2016 E. 4.2; Stoffel/Chabloz, § 2 Rz. 31 f.

91. Vgl. BGE 135 III 503 E. 3.5.4.

92. Camponovo/Marenco, S. 485 f.

93. Eingehend hierzu Kenel, Rz. 718 ff.

94. BGer 5A_734/2010 vom 17.3.2011 E. 4.1.1.

95. SK SchKG-Weingart, N. 28 zu Art. 8a SchKG.

96. BGer 5A_891/2015 vom 14.4.2016 E. 4.3.

stattgegeben werden kann, wenn die betreffenden Informationen tatsächlich vorliegen.⁹⁷

B. Form

Neben dem eigentlichen Akteneinsichtsrecht hat der Berechtigte auch das Recht, **Auszüge** aus den Protokollen und Registern zu erhalten. Dieses in der Praxis ungleich wichtigere Recht geht grundsätzlich ebenso weit wie das Einsichtsrecht.⁹⁸ Mit anderen Worten können Kopien der dem Einsichtsrecht unterliegenden Akten verlangt werden.⁹⁹ Nur ausnahmsweise darf ein Amt den Antragsteller auf eine persönliche Einsichtnahme verweisen, nämlich dann, wenn dem Amt dadurch ein unzumutbarer Aufwand erspart bleibt.¹⁰⁰ Ein Anspruch auf Aktenherausgabe besteht hingegen nicht.¹⁰¹

Nach der Praxis der Betreibungsämter wird sowohl bei einer Selbstauskunft als auch bei einem Gesuch Dritter, die keinen weitergehenden Antrag stellen, nur summarisch Auskunft erteilt, und zwar in der Form des sogenannten **einfachen Betreibungsregisterauszugs**.¹⁰² Dieser enthält eine Liste sämtlicher Betreibungen, die im Laufe der vergangenen fünf Jahre beim betreffenden Betreibungsamt gegen die betroffene Person eingeleitet worden sind, unter Angabe des Namens des betreibenden Gläubigers und eines allfälligen Vertreters, des Forderungsbetrags, des Datums sowie des aktuellen Stands der Betreibung.¹⁰³

Der einfache Betreibungsregisterauszug enthält sodann die Zahl der im betreffenden Betreibungskreis verzeichneten und noch nicht getilgten **Verlustscheine** aus Pfändungen in den letzten 20 Jahren. Ebenfalls aufgeführt sind schliesslich die Konkursöffnungen sowie der Abschluss der Konkursverfahren, die dem betreffenden Betreibungsamt im Laufe der vergangenen fünf Jahre gemeldet worden sind.¹⁰⁴

97. BGer 5A_891/2015 vom 14.4.2016 E. 4.3.

98. BSK SchKG-Peter, N. 27 f. zu Art. 8a SchKG; SK SchKG-Weingart, N. 31 zu Art. 8a SchKG. Zu den Gebühren vgl. hinten VII.

99. BGE 110 III 49 E. 4.

100. BGE 110 III 49 E. 4.

101. AB SchKG (OGer) BE vom 16.5.2013 E. 13 f., in: BLSchK 2014, S. 96 f.; BSK SchKG-Peter, N. 28 zu Art. 8a SchKG; SK SchKG-Weingart, N. 31 zu Art. 8a SchKG.

102. Vgl. Weisung Nr. 4, Ziff. 2.

103. Vgl. Weisung Nr. 4, Ziff. 7.

104. Vgl. Weisung Nr. 4, Ziff. 9 f.

- 30 Nicht im einfachen Betreibungsregistrauszug enthalten sind die nicht einsehbaren Betreibungen gemäss Art. 8a Abs. 3 lit. a–d sowie die sogenannten stillen Betreibungen.¹⁰⁵ Um sich ein Bild über die stillen Betreibungen zu machen, was namentlich für die Frage der Verjährungsunterbrechung von Interesse sein kann, ist vielmehr ein Blick ins *Betriebungsbuch* nötig.¹⁰⁶

C. Umfang

- 31 Hat der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Einsichtsinteresse glaubhaft gemacht, so bedeutet das nicht, dass er schrankenlos in sämtliche Betreibungs- bzw. Konkursakten Einsicht nehmen darf.¹⁰⁷ Denn der Umfang des Einsichtsrechts bestimmt sich stets nach dem im Einzelfall bestehenden Interesse.¹⁰⁸ Der Entscheid über das im Einzelfall gewährte Einsichtsrecht stützt sich jeweils auf eine **Abwägung** zwischen dem Interesse des Gesuchstellers an einer möglichst umfassenden Information und dem Datenschutzinteresse der betroffenen Person.¹⁰⁹
- 32 Häufig sind die Gesuchsteller einzig an einem einfachen Betreibungsregistrauszug interessiert. In diesem Fall kommt eine **Einschränkung des Einsichtsumfangs** von vornherein nicht in Betracht. Anders im Konkursverfahren: Hier stellt sich die Frage, welche Dokumente Gläubiger einsehen dürfen und welche nicht. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang festgehalten, dass Konkursgläubiger im Grundsatz Anspruch auf Einsicht in sämtliche Unterlagen des betreffenden Konkurses haben.¹¹⁰ Nur ausnahmsweise ist es zulässig, einem Konkursgläubiger die Einsicht in bestimmte Aktenstücke zu verweigern, etwa dann, (a) wenn der Gläubiger Einsicht aus Gründen verlangt, die mit seiner Gläubigereigenschaft nichts zu tun haben, (b) wenn die Einsichtnahme keinen vernünftigen Zweck hat, sondern nur unnütze Umtriebe verursachen würde, oder (c) wenn der

105. Zur «stillen Betreibung» hinten V.D. Vgl. auch BGE 144 III 425 E. 2 und Hunkeler/Wuffli, Rz. 3 ff.

106. Vgl. Hunkeler/Wuffli, Rz. 3.

107. SchKG-Möckli, N. 19 zu Art. 8a.

108. BGE 135 III 503 E. 3.

109. SK SchKG-Weingart, N. 26 zu Art. 8a SchKG; Stoffel/Chabloz, § 2 Rz. 27; vgl. auch BGE 135 III 503 E. 3; BGE 141 III 281 E. 3.3.

110. BGE 93 III 4 E. 1; BGE 91 III 94 E. 1 f.

Bekanntgabe eines bestimmten Aktenstücks überwiegende Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Person entgegenstehen.¹¹¹

V. AUSSCHLUSS DES EINSICHTSRECHTS

A. Problematik

In der Schweiz kann ein (vermeintlicher) Gläubiger ein Betreibungsverfahren ³³ einleiten, ohne den Bestand seiner Forderung nachweisen zu müssen. Diese Besonderheit des Schweizer Vollstreckungsrechts führt zu einem zu einer substanziellen Kostenersparnis, da nicht jede noch so klare Forderung vor deren Vollstreckung gerichtlich festgestellt werden muss.¹¹² Zum anderen birgt diese liberale Ordnung aber ein gewisses **Missbrauchspotenzial**, da auch ungerechtfertigte Betreibungen Eingang in das Betreibungsregister finden können, das interessierten Dritten zur Einsicht offensteht.¹¹³ Namentlich Betreibungen, gegen welche die betroffene Person Rechtsvorschlag erhoben und dadurch die (vorläufige) Einstellung der Betreibung erwirkt hat, bleiben weiterhin im Betreibungsregister aufgeführt und für Dritte ersichtlich – wenn auch mit dem Vermerk, dass Rechtsvorschlag erhoben wurde.

Vor diesem Hintergrund schreibt Abs. 3 von Art. 8a SchKG vor, dass die ³⁴ Betreibungs- und Konkursämter Dritten in gewissen Fällen keine Kenntnis von einer Betreibung geben dürfen. Diese Einträge werden aber **nicht gelöscht**, sondern bloss mit einem entsprechenden Vermerk gekennzeichnet, damit sie Dritten¹¹⁴ nicht mehr bekannt gegeben werden.¹¹⁵ Geschuldet ist diese Besonderheit der Funktion der Protokolle und Register: Diese besteht primär in der Dokumentation der Amtstätigkeit der Betreibungs- und Konkursämter; ihre Rolle als Instrument des Kreditschutzes üben sie nur als vom Gesetzgeber gewollte Nebenfunktion aus.¹¹⁶ Intern haben deshalb sämtliche Betreibungshandlungen und damit auch sämtliche Betreibungen

111. BGE 93 III 4 E. 1 m.w.H.; BVGer B-5644/2012 vom 4.11.2014 E. 3.5.

112. Vgl. Stellungnahme BR 2015, S. 5786 f.

113. BGE 141 III 68 E. 2.1.

114. In der Praxis wird dabei auch der Betriebene selbst als «Dritter» qualifiziert, sodass die gekennzeichneten Einträge auch in einer Selbstauskunft nicht aufgeführt werden (Rodriguez/Gubler, S. 27 f.).

115. BGer 4A_440/2014 vom 27.11.2014 E. 2; BGE 121 III 81 E. 4.a.

116. SchKG-Möckli, N. 22 zu Art. 8a.

dokumentiert zu bleiben. Dessen ungeachtet wird oft untechnisch von «Löschung» gesprochen.¹¹⁷

B. Nichtige oder aufgrund einer Beschwerde oder eines gerichtlichen Entscheids aufgehobene Betreibung (Art. 8a Abs. 3 lit. a)

1. Nichtige Betreibungen

- 35 Eine Betreibung ist nichtig, wenn sie **rechtsmissbräuchlich** oder **irrtümlich** eingeleitet worden ist.¹¹⁸ Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten und setzt keine entsprechende Feststellung durch die Aufsichtsbehörde voraus. Deshalb kann die Nichtigkeit sowohl bei der Aufsichtsbehörde als auch direkt beim Betreibungs- oder Konkursamt geltend gemacht werden.¹¹⁹ Da das Betreibungsamt selten in der Lage ist, die Nichtigkeit einer Betreibung von sich aus zu erkennen,¹²⁰ wird der Betriebene in der Praxis den Zahlungsbefehl mittels Aufsichtsbeschwerde anfechten (Art. 17 SchKG).¹²¹ Nach Ablauf der Beschwerdefrist kann der Betriebene der Aufsichtsbehörde die Nichtigkeit mittels Aufsichtsanzeige melden (Art. 22 Abs. 1 SchKG) und so die Feststellung der Nichtigkeit erwirken.¹²²
- 36 Von Nichtigkeit darf nur in **Ausnahmefällen** ausgegangen werden, namentlich, wenn es offensichtlich ist, dass der angebliche Gläubiger mit der Betreibung Ziele anstrebt, die nicht das Geringste mit der Zwangsvollstreckung zu tun haben.¹²³ Solche sachfremden Ziele werden verfolgt, wenn bloss die Kreditwürdigkeit des (angeblichen) Schuldners geschädigt werden soll oder wenn zwecks Schikane ein völlig übersetzter Betrag in Betreibung gesetzt wird.¹²⁴ Solange der Gläubiger mit der Betreibung tatsächlich die Einforderung eines von ihm behaupteten Anspruchs bezweckt, ist Rechtsmissbrauch grundsätzlich ausgeschlossen.¹²⁵

117. Schmid, S. 613.

118. BGE 121 III 81 E. 4.a; KUKO SchKG-Möckli, N. 23 zu Art. 8a SchKG.

119. SchKG-Möckli, N. 23 zu Art. 8a SchKG.

120. SchKG-Möckli, N. 23 zu Art. 8a SchKG.

121. Rodriguez/Gubler, S. 14 f.; vgl. auch V.B.2.

122. Rodriguez/Gubler, S. 15.

123. BGer 5A_838/2016 vom 13.3.2017 E. 2.1; BGer 5A_317/2015 vom 13.10.2015 E. 2.1.

124. BGE 140 III 481 E. 2.3.1; vgl. die weiteren Beispiele bei BSK SchKG-Peter, N. 39 zu Art. 8a SchKG.

2. Aufgrund betreibungsrechtlicher Beschwerde aufgehobene Betreibungen

Eine mittels betreibungsrechtlicher Beschwerde (Art. 17 SchKG) angefochtene und durch die Aufsichtsbehörde aufgehobene Betreibung darf Dritten ebenfalls nicht mehr zur Kenntnis gebracht werden. Im Unterschied zur Nichtigkeit geht es hier nicht um rechtsmissbräuchlich eingeleitete Betreibungen, sondern um solche, bei welchen der Betriebene aufgrund einer **rechtsverletzenden** oder **unangemessenen** Verfügung einen Nachteil erlitten hat.¹²⁶ Keine Nichtigkeit ist etwa gegeben, wenn ein örtlich unzuständiges Betreibungsamt den Zahlungsbefehl ausstellt; ein solcher Zahlungsbefehl ist lediglich anfechtbar.¹²⁷ 37

3. Aufgrund eines gerichtlichen Entscheids aufgehobene Betreibungen

Keine Einsicht gewährt wird schliesslich für Betreibungen, die durch einen gerichtlichen Entscheid aufgehoben worden sind. Das Bundesgericht hat dabei klargestellt, dass die Aufhebung der Betreibung **nicht zwingend im Dispositiv** des betreffenden Gerichtsentscheids angeordnet werden muss.¹²⁸ Es genügt, wenn sich aus dem Ergebnis eines Verfahrens ohne Weiteres ergibt, dass die Betreibung bei ihrer Einleitung ungerechtfertigt war.¹²⁹ Ein gerichtlicher Entscheid, der die Aufhebung der Betreibung zum Gegenstand hat, liegt demnach in folgenden Fällen vor: 38

- Gutheissung eines Gesuchs nach Art. 85 SchKG oder einer Klage nach Art. 85a SchKG: Besteht die Schuld nicht¹³⁰ oder nicht mehr, so ist die Betreibung aufzuheben. Auch die teilweise Aufhebung der Betreibung ist zulässig; das Einsichtsrecht wird in diesem Fall auf die verbleibende

125. BGer 5A_838/2016 vom 13.3.2017 E. 2.1.

126. Vgl. BSK SchKG-Cometta/Möckli, N. 27 ff. zu Art. 17 SchKG; ferner BGer 5A_20/2021 vom 23.12.2021 E. 3.1.1.

127. BGer 5A_30/2013 vom 7.5.2013 E. 3; BGE 96 III 89 E. 2.

128. BGE 141 III 68 E. 2.6.1.1; BGer 4A_440/2014 vom 27.11.2014 E. 2; BGE 125 III 334 E. 3; OFK SchKG-Kren Kostkiewicz, N. 35 zu Art. 8a.

129. BGE 125 III 334 E. 3; OFK SchKG-Kren Kostkiewicz, N. 35 zu Art. 8a.

130. Über den Wortlaut von Art. 85 SchKG hinaus kann der Betriebene die Aufhebung der Betreibung auch dann verlangen, wenn er durch Urkunden beweist, dass die in Betreibung gesetzte Forderung *gar nie bestanden* hat (BGE 140 III 41 E. 3.3.1). Bei Art. 85a SchKG ergibt sich dies bereits aus dem Wortlaut der Bestimmung.

Summe reduziert.¹³¹ Eine *Einstellung* wegen Stundung rechtfertigt demgegenüber keine Einsichtsbeschränkung.¹³²

- Gutheissung einer (allgemeinen) negativen Feststellungsklage nach Art. 88 ZPO.¹³³ Infolge der Neufassung von Art. 85a SchKG im Rahmen der SchKG-Revision 2019 dürfte der allgemeinen Feststellungsklage nach Art. 88 ZPO im Betreibungsverfahren jedoch nur noch eine geringe praktische Bedeutung zukommen.¹³⁴
- Gutheissung einer Aberkennungsklage oder Abweisung einer Anerkennungsklage.¹³⁵

39 *Kein* hinreichender Grund, Dritten Einsicht in eine bestimmte Betreibung zu verwehren, ist die **Begleichung** der zugrundeliegenden Schuld.¹³⁶ Diese gerade für Laien schwer nachvollziehbare Rechtsfolge hat durchaus ihre Berechtigung: Denn auch eine nur vorübergehende Nichtbezahlung einer fälligen Forderung ist im Hinblick auf die Kreditwürdigkeit eines Schuldners für zukünftige Gläubiger durchaus von Interesse.

40 Eine gerichtliche Aufhebung einer Betreibung führt deshalb nicht in jedem Fall dazu, dass die Betreibung nicht mehr bekannt gegeben wird. Hat der Schuldner die der Betreibung zugrundeliegende Schuld erst **nach Anhebung der Betreibung getilgt**, so kann er die betreffende Betreibung *nicht* über den Umweg von Art. 85 SchKG oder Art. 85a SchKG löschen lassen. Beahlt ein Schuldner die in Betreibung gesetzte Forderung direkt an das

131. KUKO SchKG-Möckli, N. 25 zu Art. 8a SchKG.

132. BSK SchKG-Peter, N. 35 zu Art. 8a SchKG.

133. BGE 141 III 68 E. 2.6.1.1; BGer 4A_440/2014 vom 27.11.2014 E. 2; BGE 128 III 334; OFK SchKG-Kren Kostkiewicz, N. 35 zu Art. 8a.

134. Unter dem alten Recht setzte das Rechtsschutzinteresse an einer Klage nach Art. 85a SchKG eine hängige Betreibung voraus (BGE 127 III 41 E. 4.c). Für den revidierten Art. 85a SchKG wird vertreten, dieses Rechtsschutzinteresse sei auch nach Dahinfallen der Betreibung gegeben, solange die Betreibung für Dritte ersichtlich ist (OGer ZH, NP200034 vom 3.2.2021 E. II.2.1; Arve/Talbot, S. 771 f.; vgl. auch BGE 147 III 41 E. 3.4.3; wohl a.M. für den Fall der Klageanhebung *nach* Dahinfallen der Betreibung BSK SchKG-Bangert, N. 14 und 15a zu Art. 85a SchKG). Es steht dem Betriebenen indes frei, anstelle einer betreibungsrechtlichen Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG eine allgemeine Feststellungsklage nach Art. 88 ZPO zu erheben (wobei letztere u.U. an einem anderen Gerichtsstand zu erheben ist und vorbehaltlich Art. 198 f. ZPO dem Schlichtungsobligatorium untersteht; vgl. BSK SchKG-Bangert, N. 12 f. zu Art. 85a SchKG).

135. BGer 4A_440/2014 vom 27.11.2014 E. 2; OFK SchKG-Kren Kostkiewicz, N. 35 zu Art. 8a.

136. BGer 7B.224/2006 vom 22.2.2007 E. 2 m.w.H.

Betreibungsamt (vgl. Art. 12 Abs. 2 SchKG), so wird die Betreibung dadurch zwar gegenstandslos, erscheint aber weiterhin im Betreibungsauszug.¹³⁷ Die Rechtsbehelfe nach Art. 85 SchKG und Art. 85a SchKG fallen mangels Rechtsschutzinteresses ausser Betracht.¹³⁸ Konsequenterweise muss dasselbe für den Fall gelten, dass der Betriebene direkt an den Gläubiger leistet; obschon der Schuldner gestützt auf eine direkte Leistung an den Gläubiger die Aufhebung der Betreibung verlangen kann, sollte diese Betreibung weiterhin im Betreibungsregister aufgeführt sein.¹³⁹

In der Praxis häufig sind daher **Vereinbarungen**, wonach der Schuldner die offene Forderung begleicht, während der Gläubiger im Gegenzug seine Betreibung (in der Regel nach Erhalt der Zahlung) **zurückzieht**.¹⁴⁰

C. Obsiegen mit Rückforderungsklage (Art. 8a Abs. 3 lit. b)

Auch Betreibungen, bei denen der Schuldner erfolgreich eine **Rückforderungsklage** (Art. 86 SchKG) angestrengt hat, sind für Dritte nicht einsehbar.¹⁴¹

D. Betreibung zurückgezogen (Art. 8a Abs. 3 lit. c)

Ebenfalls keine Auskunft zu erteilen ist über Betreibungen, die der Gläubiger zurückgezogen hat. Aus welchen Gründen der Rückzug erfolgt ist, spielt dabei genauso wenig eine Rolle wie der Zeitpunkt des Rückzugs, also ob dieser vor oder nach der Begleichung der Schuld erfolgte.¹⁴² Klarzustellen ist, dass den Gläubiger (von Gesetzes wegen) **keine Pflicht** trifft, seine Betreibung nach Begleichung der Schuld zurückzuziehen.¹⁴³

Ein Rückzug ist auch *gleichzeitig* mit der Einleitung der Betreibung möglich. In diesem Fall wird vom Betreibungsamt kein Zahlungsbefehl ausgestellt,

137. BGer 7B.224/2006 vom 22.2.2007 E. 2; BSK SchKG-Peter, N. 36 zu Art. 8a SchKG.

138. BGer 5A_216/2018 vom 11.9.2018 E. 3.2.

139. Arve/Talbot, S. 772 m.w.H.; BSK SchKG-Peter, N. 36 zu Art. 8a SchKG; vgl. auch BGE 125 III 334 E. 3, wo das Bundesgericht hinsichtlich Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG ausführt, «dass die Betreibung *bei ihrer Einleitung* ungerechtfertigt gewesen» sein muss (Hervorhebung hinzugefügt).

140. Schmid, S. 611 f.

141. BSK SchKG-Peter, N. 41 zu Art. 8a SchKG.

142. BGE 129 III 284 E. 3.1; BGE 126 III 476 E. 1.b; KUKO SchKG-Möckli, N. 29 zu Art. 8a SchKG; vgl. auch die nicht unberechtigte Kritik bei BSK SchKG-Peter, N. 42 f. zu Art. 8a SchKG.

weshalb die Betreuung nicht im Betreibungsregister aufgeführt wird (sogenannte **stille Betreuung**). Nicht abschliessend geklärt ist, ob solche stillen Betreibungen verjährungsunterbrechend wirken.¹⁴⁴

E. Gutgeheissenes Gesuch um Nichtbekanntbegabe der Betreuung (Art. 8a Abs. 3 lit. d)

1. Stossrichtung der Revision 2019

- 45 Da im Betreibungsregisterauszug aufgeführte Betreibungen gerade bei engen Marktverhältnissen (z.B. im Wohnungsmarkt) zu schwerwiegenden Nachteilen für die betroffene Person führen können¹⁴⁵, wurde in den letzten Jahren immer wieder Kritik an der für **ungerechtfertigt Betriebene** nachteiligen Rechtslage geübt.¹⁴⁶ Konkret wurden die Hürden, um ungerechtfertigte Betreibungen für Dritte nicht mehr einsehbar zu machen, als zu hoch beanstandet.¹⁴⁷ Tatsächlich musste der (zu Unrecht) Betriebene vor der Revision 2019 entweder im Rahmen eines – typischerweise kostspieligen – Gerichtsverfahrens obsiegen (vgl. Art. 8a Abs. 3 lit. a und b SchKG) oder auf ein Entgegenkommen des (angeblichen) Gläubigers hoffen (Art. 8a Abs. 3 lit. c SchKG), wenn er eine Betreuung aus dem Betreibungsregisterauszug entfernen lassen wollte.
- 46 Vor diesem Hintergrund wurde Betriebenen im Rahmen der Revision 2019 mit Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG ein neues Instrument in die Hand gegeben, um rascher und kostengünstiger **ungerechtfertigte Zahlungsbefehle** aus ihrem Betreibungsregister löschen zu lassen.¹⁴⁸ Als ungerechtfertigt galten gemäss den Gesetzesmaterialien nicht nur eigentliche Schikanebetreibungen, sondern ganz allgemein Betreibungen von vollständig oder teilweise

143. BGE 128 III 334. Vorbehalten bleibt der Fall, dass sich der Gläubiger rechtsgeschäftlich dazu verpflichtet hat, die Betreuung nach Begleichung der Schuld zurückzuziehen.

144. Kritisch BK OR-Wildhaber/Dede, N. 85 zu Art. 135 OR m.w.H.; Carr, S. 518 f.; bejahend Hunkeler/Wuffli, Rz. 3 ff. m.w.H.

145. BGE 141 III 68 E. 2.6.1.1 m.w.H.

146. Vgl. Stellungnahme BR 2015, S. 5786 f. sowie BGE 141 III 68 E. 2.6.2, wo das Bundesgericht von einer «wenig befriedigende[n] Rechtslage mit Bezug auf die Mitteilung von Registereinträgen über laufende Betreibungen gegenüber Dritten» spricht.

147. BSK SchKG-Peter, N. 47 zu Art. 8a SchKG; Exner, S. 153.

148. Vgl. Stellungnahme BR 2015, S. 5785 f.

bestrittenen Forderungen, bei denen der vermeintliche Gläubiger den Rechtsvorschlag nicht beseitigt.¹⁴⁹

Konkret hält Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG nun fest, dass Betreibungsämter 47
Dritten keine Kenntnis geben von Betreibungen, gegen die Rechtsvorschlag
erhoben wurde, wenn der Betriebene ein Gesuch um Nichtbekanntgabe stellt,
und der (vermeintliche) Gläubiger anschliessend nicht innert 20 Tagen
nachweist, dass er ein Verfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlags
eingeleitet hat. Damit sieht das SchKG neu ein Verfahren vor, im Rahmen
dessen aus **formalen Kriterien**, insbesondere aus dem Verhalten der
Parteien, auf die (Nicht-)Berechtigung einer Betreibung geschlossen werden
soll, ohne dass eine materielle Prüfung der Forderung erfolgen würde.¹⁵⁰

Die auf diese Weise ermittelte Rechtfertigung einer Betreibung stellt in keiner 48
Weise eine abschliessende Beurteilung dar. Die materielle Prüfung der in
Betreibung gesetzten Forderung und die damit verbundene Beurteilung, ob
deren Betreibung gerechtfertigt war, erfolgt einzig durch die dafür
zuständigen **Gerichte**.¹⁵¹

2. Das Verfahren nach Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG

a. Anwendungsbereich von Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG

Damit das Verfahren nach Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG überhaupt zur 49
Anwendung gelangt, muss der Betriebene **Rechtsvorschlag erhoben** haben.
Begründet wird diese Einschränkung damit, dass ein Betriebener, der keinen
Rechtsvorschlag erhebt, dadurch zum Ausdruck bringe, die Betreibung sei
gerechtfertigt.¹⁵² Ebenso verhalten muss es sich, wenn der Betriebene den
erhobenen Rechtsvorschlag zurückzieht.¹⁵³

Auch wenn diese Überlegung oftmals zutreffen dürfte, gilt es zu beachten, 50
dass gerade juristische Laien die **Tragweite des Rechtsvorschlags** für das
Betreibungsverfahren nicht immer richtig abzuschätzen vermögen und unter
Umständen unbedacht keinen Rechtsvorschlag erheben oder diesen
zurückziehen. Gewisse Betreibenden machen sich dieses Unwissen zunutze

149. Vgl. Stellungnahme BR 2015, S. 5787; Brönnimann, S. 405 f.; Rodriguez/Gubler, S. 13 f.

150. Vgl. BGE 147 III 41 E. 3.3.3 f.

151. Vgl. Stellungnahme BR 2015, S. 5786 f.

152. Weisung Nr. 5, Ziff. 9; BezGer Zürich CB190069 vom 16.5.2019 E. 3; Rodriguez/Gubler, S. 26.

153. Zum Rückzug des Rechtsvorschlags vgl. BSK SchKG-Bessenich/Fink, N. 5 zu Art. 78 SchKG.

und setzen die (angeblichen) Schuldner zusätzlich unter Druck, keinen Rechtsvorschlag zu erheben oder den bereits erhobenen Rechtsvorschlag zurückzuziehen. Von einem unterlassenen oder zurückgezogenen Rechtsvorschlag kann deshalb nicht in jedem Fall auf die Berechtigung der Betreibung geschlossen werden. Gleichwohl bietet Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG in seiner geltenden Fassung keine Handhabe für eine Nichtbekanntgabe der Betreibung bei zurückgezogenem oder unterlassenem Rechtsvorschlag.¹⁵⁴

- 51 Ein ähnliches Problem stellt sich bei den in der Praxis häufig anzutreffenden überhöhten (Inkasso-) Gebühren. Dadurch sehen sich Betriebene (zu Recht) veranlasst, auch bei grundsätzlich berechtigten Forderungen **Teilrechtsvorschlag** im Umfang der Gebühren zu erheben. Nur: Ein Teilrechtsvorschlag hat unter Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG dieselbe Wirkung wie ein gänzlich unterlassener Rechtsvorschlag und ist für den Betriebenen damit unbehelflich.¹⁵⁵ Auch hier stellt Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG nur eine bedingt befriedigende Lösung dar.
- 52 Ebenso wenig steht dem Betriebenen Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG zur Verfügung, wenn er die **Schuld oder einen Teil davon**¹⁵⁶ **bezahlt** hat.¹⁵⁷ Bei einer Zahlung an das Betreibungsamt weiss dieses ohnehin Bescheid. Erfolgt die Zahlung hingegen direkt an den Gläubiger, obliegt diesem die entsprechende Mitteilung an das Betreibungsamt,¹⁵⁸ sofern ihm etwas an der Bekanntgabe der Betreibung liegt. Dem Gläubiger ist es diesfalls zuzumuten, die Direktzahlung mit Dokumenten glaubhaft zu machen – schlichtes Behaupten genügt nicht.¹⁵⁹
- 53 Wurde ein früheres Gesuch um Nichtbekanntgabe gutgeheissen, die Forderung aber anschliessend bezahlt, so ist die Betreibung wieder einsehbar

154. Zu erwägen wäre, ob ein Gesuch um Nichtbekanntgabe der Betreibung *de lege ferenda* zuzulassen wäre, wenn die Betreibung trotz fehlenden Rechtsvorschlags dahingefallen ist. Vgl. zur Anwendbarkeit von Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG nach Ablauf der Frist zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG hinten V.E.2.b; zur vor diesem Hintergrund eingereichten parlamentarischen Initiative (22.400) hinten V.E.3.

155. Weisung Nr. 5, Ziff. 9; BezGer Luzern 3E1 19 3 vom 15.3.2019 E. 7.3.5; Rodriguez/Gubler, S. 26.

156. AB SchKG (OGer) SH OGE 93/2020/23 vom 19.10.2021 E. 2.2, in: AB SH 2021, S. 86.

157. Weisung Nr. 5, Ziff. 10 ff.; BGE 147 III 486 E. 3.4. Kritisch Marchand, S. 115.

158. Weisung Nr. 5, Ziff. 12.

159. AB SchKG BL vom 20.8.2019, in: BLSchK 2020, S. 71, 73; BSK SchKG-Peter, N. 51 zu Art. 8a SchKG.

zu machen – freilich mit dem **Vermerk «bezahlt»**.¹⁶⁰ Etwas anderes gilt nur, wenn die Forderung bereits *vor* Einleitung der Betreibung bezahlt worden ist, da es sich in diesem Fall um eine ungerechtfertigte Betreibung handelt.¹⁶¹

b. Gesuch des Betriebenen

Hat der Betriebene für die gesamte Forderung Rechtsvorschlag erhoben und die Schuld anschliessend weder ganz noch teilweise¹⁶² bezahlt, so kann er drei Monate nach Zustellung des Zahlungsbefehls ein Gesuch um Nichtbekanntgabe stellen. Die **dreimonatige Frist** berechnet sich dabei gemäss Art. 31 SchKG i.V.m. Art. 142 Abs. 2 ZPO.¹⁶³

Das Gesuch ist an das **Betreibungsamt** zu richten. Dem Betriebenen steht es frei, das dafür zur Verfügung gestellte Musterformular zu verwenden.¹⁶⁴ Auf jeden Fall müssen im Gesuch die gesuchstellende Partei, die betroffene Betreibung und allenfalls die betroffene Forderung einer Betreibung (wenn eine Betreibung mehrere Forderungen umfasst) sowie der Wunsch, dass die betreffende Betreibung von Dritten in Zukunft nicht mehr eingesehen werden kann, angegeben werden.¹⁶⁵ Das Gesuch kann auch mündlich gestellt werden.¹⁶⁶

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, auf die sogleich im Einzelnen eingegangen wird, ist ein Gesuch um Nichtbekanntgabe, das *nach* der Jahresfrist gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG gestellt wird, abzuweisen.¹⁶⁷ Faktisch hat der Betriebene sein Gesuch damit spätestens **20 Tage vor Ablauf der Jahresfrist** nach Art. 88 Abs. 2 SchKG zu stellen¹⁶⁸, da dem mutmasslichen Gläubiger gemäss Bundesgericht ausreichend Zeit, d.h. (wohl) die vollen 20 Tage, für eine «Reaktion» zur Verfügung stehen müsse. Dabei ist unklar, ob der Betriebene zusätzlich die Bearbeitungs- und Weiterleitungszeit des Betreibungsamts zu berücksichtigen hat.

160. Weisung Nr. 5, Ziff. 11 f.; BSK SchKG-Peter, N. 51 zu Art. 8a SchKG.

161. BSK SchKG-Peter, N. 51 zu Art. 8a SchKG; BezGer Zürich CB190077 vom 27.8.2019, in: Krampf, S. 14.

162. Vgl. AB SchKG (OGer) SH OGE 93/2020/23 vom 19.10.2021 E. 2.2, in: AB SH 2021, S. 86.

163. Weisung Nr. 5, Ziff. 4.

164. Weisung Nr. 5, Ziff. 4.

165. Weisung Nr. 5, Ziff. 15.

166. Weisung Nr. 5, Ziff. 14.

167. BGE 147 III 544 E. 3.5.

168. Peter, S. 110 f.

57 Das Bundesgericht begründet seine Praxis im Wesentlichen mit Verweis auf die parlamentarischen Beratungen, wonach die «**Untätigkeit**» des Gläubigers nach Zustellung des Zahlungsbefehls das wesentliche Kriterium bilden sollte, um einem Gesuch um Nichtbekanntgabe der Betreibung stattzugeben.¹⁶⁹ Nach Ablauf der Frist von Art. 88 Abs. 2 SchKG (und dem Dahinfallen der Betreibung) könne der Gläubiger indessen gar nicht mehr reagieren. Deshalb sei das Vorgehen nach Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG unter diesen Umständen nicht geeignet, um zwischen gerechtfertigten und ungerechtfertigten Betreibungen zu unterscheiden.¹⁷⁰ Diese Begründung vermag unseres Erachtens aus mehreren Gründen nicht zu überzeugen:

- Das Argument, der (vermeintliche) Gläubiger habe keine Reaktionsmöglichkeit mehr, ist deshalb nicht stichhaltig, weil er dieselbe Forderung mühelos **erneut in Betreibung** setzen¹⁷¹ und damit sicherstellen kann, dass sie weiterhin bzw. wieder im Betreibungsregistrauszug des Betreibenden erscheint.¹⁷² Ist der Gläubiger tatsächlich an einer Durchsetzung seiner Forderung interessiert, wird er nach dem Dahinfallen der Betreibung eine neue Betreibung einleiten müssen. In diesem Fall sieht sich der Schuldner sogar mit zwei Betreibungen für dieselbe Forderung konfrontiert, ohne dass er mit einem einfachen Gesuch für eine Nichtbekanntgabe der dahingefallenen Betreibung sorgen könnte. Eine klageweise Bereinigung des Betreibungsregisters gestaltet sich demgegenüber als langwierig und kostspielig.¹⁷³
- Im Zeitpunkt, in dem die Betreibung verfällt, hatte der Gläubiger zudem bereits rund ein Jahr Zeit, um ein Verfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlags einzuleiten. Unterlässt er dies, so liegt der Schluss nahe, dass die **Betreibung ungerechtfertigt** ist.¹⁷⁴ Diese Konsequenz entspricht

169. BGE 147 III 544 E. 3.4.1 m.H. auf BGE 147 III 41.

170. BGE 147 III 544 E. 3.4.7.

171. BGE 128 III 383 E. 1 f.; BGE 100 III 41.

172. Bernauer, AJP 2019, S. 699; derselbe, AJP 2021, S. 1537.

173. Das Bundesgericht scheint in BGE 147 III 544 (E. 3.4.6) stillschweigend davon auszugehen, dass das gemäss Art. 85a SchKG vorausgesetzte Feststellungsinteresse nach Dahinfallen der Betreibung erhalten bleibt. Mit ausführlicher Begründung ist auch das Obergericht Zürich zu diesem Ergebnis gelangt (vgl. OGER ZH NE200010 vom 25.5.2021 E. 4.3 f.). An einer Klage gestützt auf Art. 85 SchKG besteht nach Ablauf der Frist gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG kein Rechtsschutzinteresse mehr (BSK SchKG-Bangert, N. 11 zu Art. 85 SchKG).

auch der Vorstellung des Gesetzgebers, wonach Betreibungen, die nicht fortgesetzt werden, als unbegründet gelten.¹⁷⁵

- Wenn sodann für die Unterscheidung zwischen gerechtfertigten und ungerechtfertigten Betreibungen auf die Untätigkeit des Gläubigers abgestellt werden soll, ist nicht einzusehen, weshalb eine Fristansetzung an den Gläubiger zum Nachweis der (rechtzeitigen) Einleitung eines Verfahrens zur Beseitigung des Rechtsvorschlags nach Ablauf der Frist gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG weniger geeignet sein sollte als davor. Erstens weiss das Betreibungsamt ohne entsprechenden Nachweis des Gläubigers in der Praxis oft gar nicht, ob die Frist gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG abgelaufen ist. Zweitens kann diese Frist auch ablaufen, obwohl der Gläubiger *nicht* untätig geblieben ist. Und drittens kann der Gläubiger selbst nach Ablauf der Frist immer noch ein Verfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlags einleiten, wobei das Verfahren diesfalls nicht rechtzeitig eingeleitet wurde (und in der Sache aussichtslos ist). Ein Nachweis des Gläubigers ist deshalb auch notwendig, um überhaupt beurteilen zu können, ob die Frist nach Art. 88 Abs. 2 SchKG abgelaufen ist und ein allfälliges Verfahren *rechtzeitig* eingeleitet wurde. Fehlt es an einem solchen Nachweis, ist die Betreibung gestützt auf Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG nicht mehr bekannt zu geben. Es besteht kein Grund, die Untätigkeit des Gläubigers vor und nach Ablauf der Frist gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG anders zu bewerten. Denn in einen wie im anderen Fall steht fest, dass er Gläubiger **(zu lange) untätig geblieben** ist, womit das gemäss Bundesgericht ausschlaggebende Kriterium zur Identifikation ungerechtfertigter Betreibungen erfüllt ist.
- Die vom Bundesgericht vertretene Auffassung, wonach die Untätigkeit des Gläubigers nur dann zur Nichtbekanntgabe der Betreibung führt, wenn dieser noch die Möglichkeit hat, innert 20 Tagen ab Aufforderung die Einleitung eines (nicht aussichtslosen) Verfahrens nachzuweisen, lässt sich weder auf den Gesetzeswortlaut noch auf die Materialien stützen und widerspricht der gesetzgeberischen Intention.¹⁷⁶ Aus Sicht des Betriebenen

174. So die AB SchKG (OGer) Zug vom 4.3.2021 E. 3.2.6, in: GVP 2021, S. 22 und AB SchKG (KGer) FR 105 2019 138 vom 3.12.2019 E. 2.2, in: FZR 2019 S. 450 ff. Im Ergebnis auch AB SchKG SO SCBES.2020.70 vom 28.9.2020 E. 2.2, jedoch ohne Begründung.

175. Votum Caroni, AB SR 2016, S. 761; vgl. Bernauer, AJP 2019, S. 699; Peter, S. 110; Rodriguez/Gubler, S. 24.

dürfte es denn auch nicht einleuchten, dass sein Gesuch um Nichtbekanntgabe geschützt wird, wenn der Gläubiger 3 oder 11 Monate ab Zustellung des Zahlungsbefehls mit der Einleitung eines Verfahrens zugewartet hat, hingegen nicht, wenn der Gläubiger **12 Monate lang** untätig geblieben ist.

- 58 Richtigerweise sollte ein Gesuch um Nichtbekanntgabe somit auch nach dem Ablauf der Jahresfrist gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG gutgeheissen werden, wenn der Gläubiger bis zu diesem Zeitpunkt untätig geblieben ist.¹⁷⁷ Die einzige **zeitliche Schranke** bildet vielmehr Art. 8a Abs. 4 SchKG: Da Betreibungen nach fünf Jahren ohnehin nicht mehr im Betreibungsregisterauszug aufgeführt werden, fehlt dem Betriebenen ab diesem Zeitpunkt das Rechtsschutzinteresse an einem Gesuch um Nichtbekanntgabe.¹⁷⁸

c. Anzeige an den Gläubiger durch das Betreibungsamt

- 59 Ist dem Betreibungsamt bei Eingang des Gesuchs um Nichtbekanntgabe bekannt, dass der Gläubiger bereits ein Verfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlags eingeleitet hat, weist es das Gesuch ohne Weiteres ab. Hat das Amt keine Kenntnis von einem solchen Verfahren, so fordert es den Gläubiger unverzüglich auf, den entsprechenden **Nachweis** zu erbringen. Das Amt verwendet für diese Aufforderung das hierfür vorgesehene Formular «Anzeige an den Gläubiger betreffend ein Gesuch um Nichtbekanntgabe einer Betreibung».¹⁷⁹

d. Nachweis des Gläubigers

- 60 Im Anschluss an die Aufforderung durch das Betreibungsamt hat der Gläubiger **20 Tage** Zeit, um nachzuweisen, dass rechtzeitig ein Verfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlags eingeleitet wurde. Trifft innert Frist keine Mitteilung des Gläubigers ein, so gibt das Betreibungsamt dem Gesuch des

176. Peter, S. 110 f. m.w.H.

177. Gl.M. AB SchKG (OGer) Zug vom 4.3.2021 E. 3.2.6, in: GVP 2021, S. 22; AB SchKG (KGer) FR 105 2019 138 vom 3.12.2019 E. 2.2, in: FZR 2019 S. 450 ff.; AB SchKG SO SCBES.2020.70 vom 28.9. 2020 E. 2.2; Bernauer, AJP 2019, S. 699; derselbe, AJP 2021, S. 1537; Peter, S. 110; Rodriguez/Gubler, S. 24; a.M. Brönnimann, S. 414 f.

178. AB SchKG (KGer) FR 105 2019 138 vom 3.12.2019 E. 2.2, in: FZR 2019 S. 450 ff.; BSK SchKG-Peter, N. 49 zu Art. 8a SchKG.

179. Zum Ganzen: Weisung Nr. 5, Ziff. 4; BSK SchKG-Peter, N. 56 zu Art. 8a SchKG.

Betriebenen statt und bringt Dritten die Betreibung fortan nicht mehr zur Kenntnis (bzw. führt es die Betreibung nicht mehr im Betreibungsregisterauszug auf¹⁸⁰). Das Amt teilt dem Betriebenen die Gutheissung seines Gesuchs mit.¹⁸¹

Als «Verfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlags» gilt sowohl die 61
Anerkennungsklage nach Art. 79 SchKG als auch ein Rechtsöffnungsverfahren nach Art. 80 oder 82 SchKG. Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG spricht davon, dass eines dieser Verfahren vom Gläubiger «*eingeleitet*» werden müsse. Der Gläubiger hat somit einzig die *Einleitung* eines solchen Verfahrens nachzuweisen.¹⁸² Dieser Anforderung genügt der Gläubiger gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung selbst dann, wenn er im von ihm eingeleiteten **Rechtsöffnungsverfahren** *unterliegt* (d.h. wenn etwa sein Rechtsöffnungsgesuch abgewiesen oder nicht darauf eingetreten wird).¹⁸³ Gemäss Bundesgericht belege der Gläubiger durch das Einleiten eines Verfahrens zur Beseitigung des Rechtsvorschlags die «Ernsthaftigkeit» der Betreibung, was zur weiteren Bekanntgabe der Betreibung genüge.¹⁸⁴ Mit anderen Worten gilt: Hat der Gläubiger gar kein Verfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlags eingeleitet, ist das Gesuch des Betriebenen um Nichtbekanntgabe gutzuheissen; hat der Gläubiger hingegen ein solches Verfahren eingeleitet und ist er dort unterlegen, so ist das Gesuch um Nichtbekanntgabe abzuweisen.

Die bundesgerichtliche Praxis vermag unseres Erachtens auch in diesem 62
Zusammenhang nicht zu überzeugen und wurde in der Lehre zu Recht **kritisiert**.¹⁸⁵

- Das Bundesgericht geht bereits von der **falschen Prämisse** aus, wonach es unter Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG darum gehe, die «Ernsthaftigkeit» einer Betreibung festzustellen. Wie «ernsthaft» ein Gläubiger seine (angebliche) Forderung in Betreibung setzt, war im Gesetzgebungsprozess aber nie

180. Vgl. Rodriguez/Gubler, S. 27 f.

181. Weisung Nr. 5, Ziff. 4.

182. BGE 147 III 41 E. 3.3.2. Erforderlich ist, dass das entsprechende Verfahren gemäss Art. 62 ZPO rechtshängig gemacht wird (vgl. dazu BGE 140 III 561 = Pra 104 [2015] Nr. 65 E. 2.2.2.4).

183. BGE 147 III 41 E. 3.

184. BGE 147 III 41 E. 3.4.2.

185. Bernauer, AJP 2019, S. 702; derselbe, AJP 2020, S. 1215 ff.; BSK SchKG-Peter, N. 52 f. zu Art. 8a SchKG; Germann, S. 48 f.; Peter, S. 108; Terekhov, S. 234; a.M. Rodriguez/Gubler, S. 25.

Thema gewesen.¹⁸⁶ Vielmehr ging es stets darum, mit einfachen, formalen Kriterien *ungerechtfertigte* Betreibungen von *gerechtfertigten* zu unterscheiden.¹⁸⁷

- Richtig ist, dass das Tätigwerden des Gläubigers in den parlamentarischen Beratungen als Anknüpfungspunkt für diese Unterscheidung diskutiert wurde und in der Folge im Gesetzestext seinen Niederschlag gefunden hat.¹⁸⁸ Die Untätigkeit des Gläubigers während dreier Monate (und 20 Tagen) wertete der Gesetzgeber als hinreichendes Indiz dafür, dass eine Betreibung mutmasslich ungerechtfertigt ist. Hinter dieser Wertung steht auch die Erkenntnis, dass dem Gläubiger ein Zahlungsbefehl mit Rechtsvorschlag nichts nützt und er zur Eintreibung seiner Forderung das Gericht anrufen muss.¹⁸⁹ Gilt aber bereits eine Betreibung als mutmasslich ungerechtfertigt, die zufolge Untätigkeit des Gläubigers keiner gerichtlichen Prüfung zugeführt wurde, muss dies umso mehr für eine Betreibung gelten, die nach gerichtlicher Prüfung nicht fortgesetzt werden kann. Während die Abweisung einer Aberkennungsklage den Nichtbestand einer Forderung direkt nachweist (und zur Nichtbekanntgabe der Betreibung führt)¹⁹⁰, ist dies bei einem Unterliegen im Rechtsöffnungsverfahren (oder bei einem Nichteintreten auf eine Aberkennungsklage) nicht gleichermassen der Fall. Ein Unterliegen im Rechtsöffnungsverfahren bildet indessen gleichwohl ein **Indiz** dafür, dass die Betreibung **ungerechtfertigt** ist.¹⁹¹ Demnach würde es nach hier vertretener Auffassung eher dem Sinn und Zweck der Bestimmung und den gesetzgeberischen Wertungen entsprechen, wenn einem Gesuch um Nichtbekanntgabe der Betreibung auch nach Unterliegen des Gläubigers im Rechtsöffnungsverfahren stattgegeben würde.¹⁹²
- Der Gläubiger hätte diesfalls immer noch die Möglichkeit, innert der Frist von 20 Tagen nachzuweisen, dass er ein **neues Verfahren** zur Beseitigung

186. Vgl. Peter, S. 109.

187. Oben, V.E.1.

188. Vgl. BGE 147 III 41 E. 3.3.4.

189. Vgl. Votum Cramer, AB SR 2016, S 762.

190. Vgl. oben V.B.3.

191. Bernauer, AJP 2019, S. 702; derselbe, AJP 2020, S. 1215; BSK SchKG-Peter, N. 52 zu Art. 8a SchKG; Terekhov, S. 234.

192. Das Gesetz ist denn auch nach seinem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrundeliegenden Wertungen auszulegen (BGE 146 III 63 E. 4.1.1).

des Rechtsvorschlags in der betreffenden Betreibung eingeleitet hat.¹⁹³ Nur wenn dem Gläubiger dieser Nachweis gelingt, besteht überhaupt Aussicht darauf, dass der Rechtsvorschlag in der fraglichen Betreibung noch beseitigt wird. Und nur unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, Dritten die Betreibung weiterhin zur Kenntnis zu bringen. Andernfalls würde der Betriebene, der seinen Rechtsvorschlag erfolgreich verteidigt hat, schlechter behandelt als der Betriebene, der seinen Rechtsvorschlag noch gar nicht verteidigen musste.

- Entgegen den bundesgerichtlichen Erwägungen steht auch der Wortlaut von Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG einer liberaleren Praxis nicht im Weg: Bei der im Gesetz erwähnten Verfahrenseⁱnleitung handelt es sich lediglich um den *zeitlichen Anknüpfungspunkt*, der bestimmt, ab wann ein Gesuch um Nichtbekanntgabe abgewiesen werden muss.¹⁹⁴ Denn hätte der Gesetzgeber stattdessen auf den – für die Unterscheidung zwischen ungerechtfertigten und gerechtfertigten Betreibungen eigentlich relevanten¹⁹⁵ – Zeitpunkt der *Beseitigung* des Rechtsvorschlags abgestellt, so hätte der Betriebene die Nichtbekanntgabe der betreffenden Betreibung während des Verfahrens zur Beseitigung des Rechtsvorschlags verlangen können – was die Aussagekraft des Betreibungsregisterauszugs verwässert hätte.¹⁹⁶ Daraus ist aber aus den vorgenannten Gründen nicht darauf zu schliessen, dass unter Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG die blosse Einleitung eines entsprechenden Verfahrens in jedem Fall genügt.

Trotz der Kritik in der Lehre ist wohl nicht davon auszugehen, dass das 63 Bundesgericht in absehbarer Zukunft auf seine (amtlich publizierte) Rechtsprechung zurückkommen wird. Bis auf Weiteres gilt daher, dass die Einleitung eines Rechtsöffnungsverfahrens durch den vermeintlichen Gläubiger genügt – unabhängig vom Verfahrensausgang. Ebenfalls ausreichend sein dürfte vor dem Hintergrund dieser Praxis die Einleitung eines **Schlichtungsverfahrens**, selbst wenn der Gläubiger die

193. Vgl. BSK SchKG-Peter, N. 54 zu Art. 8a SchKG.

194. Peter, S. 107 f.

195. Vgl. die Stellungnahme BR 2015, S. 5787, wonach als ungerechtfertigte Betreibungen namentlich solche gelten, die vom Gläubiger zwar in guten Treuen eingeleitet wurden, sich aber «letztlich herausstellt, dass tatsächlich nichts oder nur ein Teil des geltend gemachten Geldbetrags geschuldet ist».

196. Ausführlich hierzu Peter, S. 107 f.

Klagebewilligung anschliessend verfallen lässt, indem er nicht innerhalb von drei Monaten die Klage erhebt.¹⁹⁷

- 64 Wird demgegenüber ein Schlichtungsgesuch bei **Säumnis** der klagenden Partei an der Schlichtungsverhandlung zurückgezogen¹⁹⁸, soll die Frist von drei Monaten nach Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG gemäss kantonaler Praxis mit der Abschreibung des Schlichtungsverfahrens erneut ihren Lauf nehmen.¹⁹⁹ Es steht dem Gläubiger frei, ein zweites Schlichtungsgesuch zu stellen, sofern er das erste mit einem entsprechenden Vorbehalt der Wiedereinbringung zurückgezogen hat.²⁰⁰ In diesem Fall wird durch das neuerliche Schlichtungsgesuch wiederum ein Verfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlags eingeleitet.²⁰¹
- 65 Soweit der Gläubiger den Nachweis der rechtzeitigen Verfahrenseinleitung mit Verweis auf eine Anerkennungsklage gemäss Art. 79 SchKG erbringen will, ist Folgendes zu beachten: Eine Anerkennungsklage liegt nur vor, wenn neben dem Zahlungsbegehren auch ein Antrag auf Beseitigung des Rechtsvorschlags in einer bestimmten Betreibung gestellt wird.²⁰² Eine Anerkennungsklage bzw. ein Schlichtungsgesuch leiten demnach nur dann ein «Verfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlags» ein, wenn der Gläubiger die **Beseitigung des Rechtsvorschlags ausdrücklich begehrt** hat.²⁰³ Von diesem Grundsatz ist nur dann eine Ausnahme zu machen, wenn der Gläubiger kein Begehren um Beseitigung des Rechtsvorschlages stellen *kann* – etwa, weil er die in Betreibung gesetzte Forderung vor einem ausländischen Gericht²⁰⁴ oder einem Schiedsgericht²⁰⁵ einklagen muss.²⁰⁶ Ebenfalls kann vom Gläubiger nicht verlangt werden, ein Begehren um Beseitigung des Rechtsvorschlages zu

197. AB SchKG (KGer) FR 105 2021 13 vom 22.3.2021 E. 2.1.2, in: FZR 2021, S. 22 ff.; a.M. BSK SchKG-Peter, N. 54 zu Art. 8a SchKG, dessen Auffassung den gesetzgeberischen Wertungen unseres Erachtens besser entspricht.

198. Vgl. Art. 206 Abs. 1 ZPO.

199. AB SchKG (KGer) SG AB.2021.28-AS vom 5.10.2021 E. II.4.b.cc, in: CAN 2022 Nr. 9 S. 39, 41.

200. Vgl. Art. 208 Abs. 2 ZPO.

201. AB SchKG (KGer) SG AB.2021.28-AS vom 5.10.2021 E. II.4.b.cc, in: CAN 2022 Nr. 9 S. 39, 41.

202. BSK SchKG-Staehelin, N. 24 zu Art. 79 SchKG; KUKO SchKG-Vock, N. 8 zu Art. 79 SchKG.

203. AB SchKG SO SCBES.2020.70 vom 28.9. 2020 E. 2.1 f.; AB SchKG (KGer) FR 105 2019 138 vom 3.12.2019 E. 2.2, in: FZR 2019 S. 450 ff.; AB SchKG (OGer) AG KBE.2021.21 vom 26.8.2021 E. 4.3, in: SJZ 2022, S. 731 f.

204. Vgl. BGE 135 III 551 E. 2.3.

205. Vgl. BGer 4A_209/2020 vom 19.8.2020 E. 6.2.

206. AB SchKG (OGer) AG KBE.2021.21 vom 26.8.2021 E. 4.3, in: SJZ 2022, S. 731 f.

stellen, wenn er die Klage vor Anhebung der Betreibung oder vor der Erhebung des Rechtsvorschlages eingereicht hat und eine Klageänderung zivilprozessual nicht mehr (oder noch nicht) zulässig ist.²⁰⁷

Der **Nachweis** der rechtzeitigen Einleitung eines Verfahrens zur Beseitigung des Rechtsvorschlages kann sich namentlich aus einer Postaufgabe- oder Eingangsbestätigung des Gesuchs um Rechtsöffnung oder der Anerkennungsklage ergeben. Stellt der Gläubiger dem Amt einen solchen Nachweis zu, so wird die Betreibung Dritten weiterhin bzw. wieder zur Kenntnis gebracht. Erfolgt die Mitteilung durch den Gläubiger während der Frist von 20 Tagen, so führt sie zusätzlich zur Abweisung des Gesuchs des Betriebenen.²⁰⁸

3. Parlamentarische Initiativen als Antwort auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung

Wie bereits erwähnt, sind die beiden Urteile des Bundesgerichts, wonach Gesuche um Nichtbekanntgabe abzuweisen sind, wenn die Frist gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG abgelaufen ist oder der Gläubiger im Rechtsöffnungsverfahren unterlegen ist, in der Lehre (zu Recht) auf Kritik gestossen.²⁰⁹ Angesichts der restriktiven Auslegung von Art. 8z Abs. 3 lit. d SchKG durch das Bundesgericht überrascht es wenig, dass der Gesetzgeber prompt reagiert hat: Als Antwort auf die beiden Urteile hat die Rechtskommission des Nationalrats im Januar 2022 beschlossen, zwei parlamentarische Initiativen einzureichen, welche diese korrigieren sollen (Parlamentarische Initiativen 22.400 und 22.401). So soll im Gesetzestext klargestellt werden, dass einem Gesuch um Nichtbekanntgabe auch dann stattzugeben ist, wenn die Frist gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG abgelaufen ist oder wenn auf den Antrag des Gläubigers um Beseitigung des Rechtsvorschlages nicht eingetreten wird oder sein Antrag definitiv abgewiesen wird.²¹⁰ Die Rechtskommission des Ständerats hat beiden Initiativen Folge gegeben, und die Rechtskommission des Nationalrats ist derzeit dabei, eine Vorlage zu erarbeiten.

207. AB SchKG (OGer) AG KBE.2021.21 vom 26.8.2021 E. 4.3, in: SJZ 2022, S. 731 f; vgl. dazu auch SK ZPO-Staehelin, N. 27 zu Art. 236 ZPO.

208. Weisung Nr. 5, Ziff. 4.

209. Vgl. oben V.E.2.b und V.E.2.d.

210. Medienmitteilung der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 14.1.2022.

VI. ZEITLICHE SCHRANKEN

- 68 Das Einsichtsrecht Dritter erlischt **fünf Jahre** nach Abschluss des Verfahrens (Art. 8a Abs. 4 SchKG). Als abgeschlossen gilt dabei nicht nur eine formell beendete Betreuung, sondern jede Betreuung, die nicht durch ein ordentliches Begehren des Gläubigers fortgesetzt werden kann.²¹¹ Der Gesetzestext macht deutlich, dass diese zeitliche Schranke einzig das Einsichtsrecht «Dritter» betrifft. Das Einsichtsrecht der einstigen Parteien des abgeschlossenen Betreibungs- oder Konkursverfahrens²¹² ist davon genauso wenig berührt wie dasjenige der Behörden²¹³ und dasjenige der betroffenen Person selbst²¹⁴. Deren Einsichtsrecht kann einzig dadurch beschränkt sein, dass die ersuchten Akten nicht mehr existieren.²¹⁵
- 69 Eine besondere Frist gilt sodann für offene **Verlustscheine**: Aus der Löschungsmöglichkeit von Verlustscheinen gemäss Art. 149a SchKG folgt, dass das Einsichtsrecht Dritter bis zum Zeitpunkt der Löschung bestehen bleibt.²¹⁶

VII. KOSTEN

- 70 Die Kosten für die einzelnen Verwaltungshandlungen sind in der Gebührenverordnung zum SchKG (**GebV SchKG**) geregelt. Dabei ist auf folgende Besonderheiten hinzuweisen:
- Gemäss Art. 12b GebV beträgt die Gebühr für das Gesuch um Nichtbekanntgabe nach Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG pauschal CHF 40. Diese Kosten sind vom Gesuchsteller zu tragen – und zwar unabhängig vom Schicksal des Gesuchs oder der betreffenden Betreuung. Das ersuchte

211. BSK SchKG-Peter, N. 61 zu Art. 8a SchKG.

212. BGer 5A_679/2018 vom 17.6.2019 E. 3.1.3.

213. Art. 8a Abs. 4 Satz 2 SchKG.

214. BGer 5A_122/2015 vom 15.6.2015 E. 2.3.

215. Vgl. BGE 130 III 42 E.3.2.1.

216. BGer 5A_679/2018 vom 17.6.2019 E. 3.2.2.

Amt kann die Behandlung des Gesuchs dabei von der Bevorschussung der CHF 40 abhängig machen.²¹⁷

- Für die an einem Betreibungs- oder Konkursverfahren beteiligten Personen ist die Akteneinsicht kostenfrei.²¹⁸
- Auch Auskünfte an Gericht- und Verwaltungsbehörden sind kostenpflichtig, sofern das Bundesrecht keine Ausnahme vorsieht (vgl. Art. 12a Abs. 3 GebV SchKG).²¹⁹

VIII. RECHTSMITTEL

Wird einem gesuchstellenden Gläubiger die Einsicht verweigert, so kann er den Entscheid mit **Beschwerde nach Art. 17 SchKG** anfechten.²²⁰ Entscheide der letzten kantonalen Instanzen können mit Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG ans Bundesgericht weitergezogen werden.²²¹ Keine Beschwerdelegitimation hingegen hat der Gläubiger, wenn der von ihm Betriebene erfolgreich die Nichtbekanntgabe der Betreibung nach Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG erwirkt hat. Denn weder ist der Gläubiger Partei im Verfahren um Nichtbekanntgabe der Betreibung noch hat er einen Anspruch darauf, dass seine Betreibung im Betreibungsregister aufgeführt wird.²²²

Der Betriebene wiederum kann einen abschlägigen Entscheid betreffend sein Gesuch um Nichtbekanntgabe einer Betreibung mit Beschwerde nach Art. 17 SchKG anfechten.²²³ Demgegenüber steht ihm gegen eine **zu Unrecht gewährte Einsicht** kein Rechtsmittel zur Verfügung. Es fehlt hier an einem praktischen Verfahrenszweck, da die zu Unrecht erteilte Auskunft nicht rückgängig gemacht werden kann.²²⁴ In Frage kommt allenfalls eine Staatshaftung gemäss Art. 5 SchKG.²²⁵

217. Weisung Nr. 5, Ziff. 4.

218. AB SchKG (OGer) SH OGE 93/2010/18 vom 23.12.2010 E. 2, in: AB SH 2010, S. 80 ff.; BSK SchKG-Peter, N. 68 zu Art. 8a SchKG;

219. AB SchKG ZH vom 2.10.1997, in: ZR 2000, S. 104 ff.

220. BGer 5A_351/2013 vom 30.7.2013 E. 3.1.2.

221. BGer 5A_741/2011 vom 13.6.2012 E. 1.1.

222. AB SchKG (OGer) ZG BA 2019 5 vom 3.4.2019 E. 1, in: GVP 2019, S. 116 ff.; BezGer Meilen CB190010 vom 27.5.2019, in: Krampf, S. 15.

223. Vgl. OGer Zürich PS210234 vom 28.3.2022 E. I.1 f.

224. BGer 5A_413/2016 vom 18.8.2016 E. 3; BGer 5A_891/2015 vom 14.4.2016 E. 4.4.

LITERATURVERZEICHNIS

Arve Kristin/Talbot Philip, Zur Klage nach Art. 85a SchKG, ZZZ 2021, S. 766 ff.

Bangert Jan, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. Basel 2021 (zit. BSK SchKG-Bangert).

Bernauer Christof, Der neue Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG in der Praxis, AJP 2019, S. 697 ff. (zit. Bernauer, AJP 2019).

Bernauer Christof, Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_656/2019 vom 22. Juni 2020 (zur Publikation vorgesehen), A. gegen B. GmbH, Nichtbekanntgabe einer Betreibung an Dritte, AJP 2020, S. 1214 ff. (zit. Bernauer, AJP 2020).

Bernauer Christof, Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_927/2020 vom 23. August 2021 (zur Publikation vorgesehen), A. gegen B. GmbH, Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon und Bundesamt für Justiz, Dienst Oberaufsicht SchKG, Nichtbekanntgabe einer Betreibung an Dritte, AJP 2021, S. 1534 ff. (zit. Bernauer, AJP 2021).

Bessenich Balthasar/Fink Stefan, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. Basel 2021 (zit. BSK SchKG-Bessenich/Fink).

Brönnimann Jürgen, Verstärkter Schutz vor ungerechtfertigten Betreibungen und ihren Auswirkungen. Zu den Änderungen von Art. 8a, Art. 73 und Art. 85a SchKG, in: Markus Alexander R./Hrubesch-Millauer Stephanie/Rodriguez Rodrigo (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, S. 391 ff.

Camponovo Rico A./Marenco Tiziana, Das Recht auf Akteneinsicht und Auskunft im Konkurs- und Nachlassverfahren, Schweizer Treuhänder 6/95, S. 485 ff.

225. BGer 5A_891/2015 vom 14.4.2016 E. 4.4.

Carr Philip, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_298/2021 vom 8. November 2022 (zur Publikation vorgesehen), Unterbrechung der Verjährung einer Fremdwährungsforderung durch Klage in Schweizer Franken, AJP 2023, S. 514 ff.

Cometta Flavio/Möckli Urs, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. Basel 2021 (zit. BSK SchKG-Cometta/Möckli).

Exner Christian, Rechtsbehelfe des Betriebenen bei ungerechtfertigten Betreibungen, in: Breitschmid Peter/Jent-Sørensen Ingrid/Schmid Hans/Sogo Miguel (Hrsg.), Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier, Zürich 2015, S. 139 ff.

Germann Philippe, Premières expériences avec les nouvelles dispositions, JdT 2021 II, S. 33 ff.

Hunkeler Daniel/Wuffli Daniel, Verjährungsunterbrechung durch «stille Betreibung»? in: Jusletter 11. September 2017.

Kenel Luca, Gläubigerinformation im Aktienrecht, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 352, Diss. Zürich 2021.

Krampf Michael, Wenige Gesuch um Löschung, plädoyer 5/19, S. 13 ff.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Orell Füssli Kommentar (OFK), SchKG Kommentar, 20. Aufl., Zürich 2020.

Marchand Sylvain, Non-divulgateur d'une poursuite: effet du paiement de la dette après la notification du commandement de payer, SJ 2022, S. 114 f.

Möckli Urs, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl., Basel 2014. (zit. KUKO SchKG-Möckli).

Muster Eric, Les renseignements (article 8a LP), BLSchK 2014, S. 161 ff.

Peter James T., Recht zum Ausschluss des Einsichtsrechts gestützt auf Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG, ZZZ 2022, S. 103 ff. (zit. Peter).

Peter James T., in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. Basel 2021 (zit. BSK SchKG-Peter).

Rodriguez Rodrigo/Gubler Patrik, Die Abwehr von Betreibungsregistereinträgen ab dem 1. Januar 2019, ZBJV 2019, S. 12 ff.

Schmid Jean-Daniel, Die Löschung der Betreibung im Betreibungsregister nach erfolgtem Rückzug (Art. 8a Abs. 3 lit. c SchKG), AJP 2015, S. 610 ff.

Staehelin Daniel, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. Basel 2021. (zit. BSK SchKG-Staehelin).

Staehelin Daniel, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Schulthess Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. SK-Staehelin).

Stoffel Walter/Chabloz Isabelle, Voies d'exécution, 3e édition, Berne 2016.

Terekhov Artur, Neuerung im Betreibungsregisterrecht - von den diversen Schwachstellen des Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG, ZZZ 2019, S. 223 ff.

Vock Dominik, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl., Basel 2014. (zit. KUKO SchKG-Möckli).

Vonder Mühl Georges, Betreibungsregisterauskünfte, BLSchK 2007, S. 169 ff.

Waldburger Martin, Die Aufbereitung komplexer und weit zurückliegender Sachverhalte bei Verantwortlichkeitsprozessen, in: Rolf Sethe/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht X, Zürich 2020, S. 41 ff.

Weingart Denise, in: Kren Kostkiewicz Jolanta, Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Aufl., Zürich 2017. (zit. SK-Weingart).

Wenninger Schmid Renate/Schmid Ernst, Einsichtsrecht in die Konkursakten nach Art. 8a SchKG, ZZZ 2016, S. 105 ff.

Wildhaber Isabelle/Dede Sevdä, Obligationenrecht, Die Verjährung Art. 127-142 OR, Berner Kommentar, Bern 2021. (zit. BK OR-Wildhaber/Dede).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Amtsbericht des Obergerichts an den Kantonsrat Schaffhausen 2010 (zit. AB SH 2010), abrufbar unter <https://sh.ch/CMS/get/file/0799aaef-054f-4797-8c0d-827d0dc31260>, besucht am 7.8.2023.

Amtsbericht des Obergerichts an den Kantonsrat Schaffhausen 2021 (zit. AB SH 2021), abrufbar unter <https://sh.ch/CMS/get/file/74826088-d524-4eae-b4a7-2606134b7979>, besucht am 7.8.2023.

Amtliches Bulletin des Ständerats, Herbstsession 2016, S. 759 ff. (zit. AB SR 2016)

Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates zur Parlamentarischen Initiative «Löschung ungerechtfertigter Zahlungsbefehle» vom 19. Februar 2015, BBl 2015 S. 3209 ff., abrufbar unter <https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2015/692/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2015-692-de-pdf-a.pdf>, besucht am 7.8.2023.

Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens zur Parlamentarische Initiative «Abate – Löschung ungerechtfertigter Zahlungsbefehle» vom Januar 2014, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6013/72/cons_1/doc_6/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6013-72-cons_1-doc_6-de-pdf-a.pdf, besucht am 7.8.2023.

Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8.5.1991, BBl 1991 III 1, S. 1 ff., abrufbar unter <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/10051897.pdf?id=10051897&action=open>, besucht am 7.8.2023).

Kreisschreiben Nr. A 1 der Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen des Kantons Bern (zit. KS AB SchKG BE Nr. A 1), abrufbar unter <https://www.zsg.justice.be.ch/de/start/dienstleistungen/kreisschreiben-musterformulare.html>, besucht am 7.8.2023.

Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug, Buch 2019 (zit. GVP 2019), abrufbar unter <https://www.zg.ch/behoerden/staatskanzlei/kanzlei/gvp/buch-gvp-2019>, besucht am 7.8.2023.

Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug, Buch 2021 (zit. GVP 2021), abrufbar unter <https://www.zg.ch/behoerden/staatskanzlei/kanzlei/gvp/buch-gvp-2021>, besucht am 7.8.2023.

Medienmitteilung der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 14.1.2022, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-n-2022-01-14.aspx>, besucht am 7.8.2023.

Solothurnische Gerichtspraxis (SOG), abrufbar unter <https://so.ch/gerichte/informationen/rechtsprechung/>, besucht am 7.8.2023.

Stellungnahme des Bundesrats vom 1.7.2015 zum Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 19.2.2015, BBl 2015 S. 5785 ff. (zit. Stellungnahme BR 2015), abrufbar unter <https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2015/1322/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2015-1322-de-pdf-a.pdf>, besucht am 7.8.2023

Weisung der Dienststelle Oberaufsicht für Schuldbetreibung und Konkurs Nr. 4 (Betreibungsauszug 2016) des Bundesamts für Justiz (zit. Weisung Nr. 4).

Weisung der Dienststelle Oberaufsicht für Schuldbetreibung und Konkurs Nr. 5 (neuer Art. 8a Abs. 3 Bst. d SchKG) vom 18.10.2018, ergänzt am 19.10.2021, des Bundesamts für Justiz (zit. Weisung Nr. 5).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 89 SchKG

Eine Kommentierung von Selim Marasco-Keller

ZITIERVORSCHLAG

Selim Marasco-Keller, Kommentierung zu Art. 89 SchKG, in: Pasquier Bruno/Heinzmann Michel (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs

Kurzzitat: OK-Marasco-Keller, Art. 89 SchKG N. XXX.

Dritter Titel: Betreibung auf Pfändung

I. Pfändung

A. Vollzug

1. Zeitpunkt

Art. 89

Unterliegt der Schuldner der Betreibung auf Pfändung, so hat das Betreibungsamt nach Empfang des Fortsetzungsbegehrens unverzüglich die Pfändung zu vollziehen oder durch das Betreibungsamt des Ortes, wo die zu pfändenden Vermögensstücke liegen, vollziehen zu lassen.

GLIEDERUNG

I. Voraussetzungen der Pfändung	55
II. Zuständigkeit (insbesondere Belegenheitsort von Vermögenswerten)	56
A. Allgemeines	56
B. Belegenheitsort / Pfändungsort unterschiedlicher Vermögenswerte	57
III. Vollzug.....	59
Literaturverzeichnis	60

I. VORAUSSETZUNGEN DER PFÄNDUNG

Damit eine Pfändung nach Art. 89 f. SchKG stattfinden kann, müssen die 1
folgenden **Voraussetzungen** erfüllt sein:

- (i) Der Schuldner muss der Betreibung auf Pfändung unterliegen. Unterliegt der Schuldner der Konkursbetreibung und wird die Betreibung dennoch auf Pfändung vollzogen, ist die Pfändung nichtig.²²⁶ Wird für eine pfandgesicherte Forderung Betreibung auf Pfändung eingeleitet, kann der Schuldner mit Beschwerde (Art. 17 SchKG) verlangen, dass der Gläubiger vorerst das Pfand in Anspruch nimmt (Art. 41 Abs. 1^{bis} SchKG; sog. «beneficium excussionis realis»).
- (ii) Ein Gläubiger stellt frist- und formgerecht (vgl. Art. 88 SchKG) das Fortsetzungsbegehren.

II. Zeitpunkt der Pfändung

Die Pfändung ist nach dem Gesetzeswortlaut «*unverzüglich*» zu vollziehen. Es 2
handelt sich bei dieser Anordnung um eine Ordnungsvorschrift. Eine Verletzung dieser Vorschrift, beispielsweise durch ein verzögertes Handeln des Betreibungsamtes, hat keine Auswirkungen auf die Rechtmässigkeit des Pfändungsverfahrens.²²⁷

Praktisch steht dem Gläubiger bei einem verzögerten Handeln des 3
Betreibungsamtes nur eine Rechtsverzögerungsbeschwerde (Art. 17 SchKG) und gegebenenfalls ein Anspruch aus Staatshaftung (Art. 5 SchKG) zur Verfügung.²²⁸

Der Gläubiger kann keinen Einfluss auf den Zeitpunkt des Pfändungsvollzugs 4
nehmen. Ein Antrag auf Verschiebung der Pfändung auf einen vom Gläubiger festgelegten späteren Zeitpunkt ist unzulässig.²²⁹

226. BGE 120 III 105 E. 1.

227. BGE 86 III 87 E. 2b; BGer 5A_564/2012 vom 21.11.2012 E. 2.4

228. KUKO SchKG-Winkler, Art. 89 N. 4; Ammon/Walther, § 22 Rz 37; CR LP-Foëx, Art. 89 N. 17.

229. BGE 62 III 152 E. 2; OFK-Kren Kostkiewicz, Art. 89 SchKG E. 14.

II. ZUSTÄNDIGKEIT (INSBESONDERE BELEGENHEITSORT VON VERMÖGENSWERTEN)

A. Allgemeines

- 5 Das Betreibungsamt am Betreibungsort ist zuständig für die Anordnung der Pfändung (Art. 46 ff. SchKG).
- 6 Für den Vollzug der Pfändung ist das Betreibungsamt am **Belegenheitsort** der zu pfändenden Vermögenswerte zuständig.²³⁰ Befinden sich Vermögenswerte ausserhalb des Zuständigkeitsbereichs des Betreibungsamtes am Betreibungsort, muss das zuständige Amt das Betreibungsamt am entsprechenden Ort um Rechtshilfe für die Durchführung der Pfändung ersuchen (sog. Requisitionspfändung; Art. 4 SchKG).²³¹
- 7 Die Bestimmung zum Arrestvollzug (Art. 275 SchKG) verweist in der aktuellen Fassung nicht explizit auf Art. 89 SchKG. Dennoch ist Art. 89 SchKG auch im Arrestvollzug sinngemäss anwendbar.²³² Die geplante Änderung von Art. 275 SchKG, welche einen Verweis auf Art. 89 SchKG einfügt, wird diese Rechtsprechung kodifizieren.²³³
- 8 Diese Zuständigkeitsordnung ist zwingend. Eine Pfändung durch ein unzuständiges Amt ist nichtig.²³⁴
- 9 Nur Vermögenswerte in der Schweiz können gepfändet werden, nicht aber solche im Ausland.²³⁵ Unter Umständen kann jedoch eine obligatorische Forderung auf Verschaffung des Eigentums an ausländischen Vermögenswerten gepfändet werden (z.B. ein Herausgabeanspruch von im Ausland verwahrten Wertpapieren).²³⁶

230. Kren Kostkiewicz, N. 942; CR LP-Foëx, Art. 89 N. 4.

231. Kren Kostkiewicz, N. 942.

232. BGE 148 III 138 E. 3.4.4.

233. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Betreibungsankunft, elektronische Zustellungen und Online-Versteigerung), BBl 2024 2173, S. 15

234. BGE 145 III 487 E. 3.4.2; BGE 91 III 41 E. 4; CR LP-Foëx, Art. 89 N. 14.

235. BGer 5A_250/2012 vom 28.1.2013 E. 4.1; BGE 112 III 47 E. 3b (zum Arrest); SK-Winkler, Art. 89 SchKG N. 7; Kren Kostkiewicz, N. 980.

236. BGE 102 III 94 E. 2.

B. Belegenheitsort / Pfändungsart unterschiedlicher Vermögenswerte

Mobiliar/Fahrnis: Die Pfändung erfolgt am Ort, wo die Sache physisch liegt. 10
237

Forderungen bei Vollstreckungsschuldnern mit Wohnsitz in der Schweiz: Forderungen von Vollstreckungsschuldnern mit Wohnsitz in der Schweiz, die nicht durch ein Wertpapier verbrieft sind, gelten als am Wohnsitz des Vollstreckungsschuldners (als Gläubiger der entsprechenden Forderung) belegen.²³⁸ Eine Forderungspfändung kann in allen Fällen vom Betreibungsamt am (ordentlichen oder besonderen) Betreibungsort vollzogen werden.²³⁹ Das bleibt auch so, wenn der Vollstreckungsschuldner nach der Ankündigung der Pfändung umzieht (Art. 53 SchKG).²⁴⁰ Eine rechtshilfweise Pfändung ist nicht notwendig.²⁴¹

In besonderen Fällen, namentlich bei Lohnforderungen, kann das Betreibungsamt am Betreibungsort auch das Betreibungsamt am Wohnsitz des Vollstreckungsschuldners ersuchen, die Pfändung durchzuführen, wenn Wohnsitz und Betreibungsort unterschiedlich und im Rahmen des Vollzugs weitergehende Abklärungen erforderlich sind.²⁴² 12

Forderungen bei Vollstreckungsschuldnern mit Wohnsitz im Ausland: Forderungen von Vollstreckungsschuldnern mit Wohnsitz im Ausland gelten als am Wohnsitz des Drittschuldners in der Schweiz belegen.²⁴³ Die Forderung gilt auch am Schweizer Wohnsitz des Drittschuldners belegen, wenn sie zur ausländischen Zweigniederlassung dieses Drittschuldners gehört. Eine tatsächliche Involvierung des Schweizer Drittschuldners in die Kundenbeziehung der ausländischen Zweigniederlassung zum ausländischen Vollstreckungsschuldner ist keine Voraussetzung für die Pfändung.²⁴⁴ 13

Forderungen von Solidargläubigern: Forderungen von Solidargläubigern (bspw. Gemeinschaftskonten) können von jedem einzelnen Solidargläubiger 14

237. Kren Kostkiewicz, N. 944; SK-Winkler, Art. 89 SchKG N. 7.

238. BGE 140 III 512 E. 3.2.

239. BGE 86 III 8.

240. BGE 91 III 81 E. 1; BGE 73 III 84.

241. BGE 91 III 81 E. 1; BGE 73 III 84.

242. BGE 91 III 81 E. 1.

243. BGE 140 III 512 E. 3.2; CR LP-Foëx, Art. 89 N. 13; Stoffel/Chabloz, § 5 N. 30.

auf Bezahlung des gesamten Betrags gepfändet werden.²⁴⁵ Jede dieser Forderungen hat deshalb ihren eigenen Belegenheitsort am Wohnsitz des Vollstreckungsschuldners bzw. bei Wohnsitz des Vollstreckungsschuldners im Ausland am Sitz des Drittschuldners.²⁴⁶

- 15 **Wertpapiere:** In Wertpapieren verkörperte Forderungen sind dort zu pfänden, wo sie physisch liegen.²⁴⁷ Dies gilt auch dann, wenn das Wertpapier verpfändet ist.²⁴⁸
- 16 **Grundstücke:** Zuständig ist das Betreibungsamt am Ort der gelegenen Sache.²⁴⁹ Liegt ein Grundstück in mehreren Betreibungskreisen, ist das Amt zuständig, in dessen Gebiet der wertvollere Teil liegt (Art. 24 Abs. 1 VZG).
- 17 **Immaterialgüterrechte:** Immaterialgüterrechte sind am Wohnsitz des Vollstreckungsschuldners zu pfänden.²⁵⁰ Bei ausländischem Wohnsitz des Vollstreckungsschuldners erfolgt die Pfändung eines in einem Register eingetragenen Immaterialgüterrechts am Sitz des schweizerischen Registers (d.h. am Sitz des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum IGE in Bern).²⁵¹
- 18 **Kryptowährungen:** Kryptowährungen sind unkörperliche Vermögenswerte.²⁵² Kryptowährungen können deshalb – wie Forderungen²⁵³ – nur im Sinne einer Fiktion lokalisiert werden.²⁵⁴ Bei schweizerischem Wohnsitz des Vollstreckungsschuldners gilt als Belegenheitsort deshalb grundsätzlich der Wohnsitz des Vollstreckungsschuldners.²⁵⁵ Dieser Grundsatz gilt solange, als dass für die Pfändung von Kryptowährungen keine Amtshandlungen notwendig sind, die nur dem auswärtigen Betreibungsamt zustehen (also bspw. bloss briefliche und telefonische Erkundigungen nötig sind und keine

244. BGE 140 III 512 E. 3.2; BGE 128 III 473 E. 3.1.

245. BGE 112 III 52 E. 3; BGE 110 III 26.

246. Staehelin, S. 268.

247. Kren Kostkiewicz, N. 944; CR LP-Foëx, Art. 89 N. 8; Stoffel/Chabloz, § 5 N. 30.

248. BGE 140 III 512 E. 3.2.

249. Kren Kostkiewicz, N. 944.

250. KUKO SchKG-Winkler, Art. 89 N. 6.

251. BGE 142 III 348 E. 3.2; Kren Kostkiewicz, N. 946.

252. Bericht des Bundesrats vom 14.12.2018, Rechtliche Grundlagen für Distributed Ledger-Technologie und Blockchain in der Schweiz, S. 54.

253. BGE 86 III 8.

254. BGE 140 III 512 E. 3.5.1.

255. Vock, §7.16; Zogg, S. 1.

Sachpfändungen von Hardware notwendig ist).²⁵⁶ Hat der Vollstreckungsschuldner keinen Wohnsitz in der Schweiz, ist der Belegenheitsort der Kryptowährung derjenige Ort, an dem faktisch auf die Kryptowährung zugegriffen werden kann.²⁵⁷ Dies ist bspw. am Sitz des Private-Key-Inhabers möglich, wenn dieser angewiesen werden kann, den Private-Key herauszugeben (so regelmässig im Falle der praktisch wichtigen Zahlungstoken Bitcoin und Ether). Je nach technischer Ausgestaltung des Systems sind weitere Zugriffsmöglichkeiten (und damit Belegenheitsorte) denkbar (bspw. über einen Admin-Key oder über eine zentrale Verwaltung von «*permissioned Distributed-Ledger-Systemen*»).²⁵⁸ Für die Annahme eines Belegenheitsortes genügt es, wenn an diesem Ort in irgendeiner Form eine faktische Zugriffsmöglichkeit auf die Kryptowährung möglich ist.²⁵⁹

Bucheffekten: Die Pfändung erfolgt ausschliesslich am Ort der Verwahrungsstelle, die das Effektenkonto des Kontoinhabers führt, dem die Bucheffekten gutgeschrieben sind (Art. 14 Abs. 1 BEG). 19

Anteilsrechte: Für die Pfändung von Anteilsrechten (d.h. z.B. Vermögen einer ungeteilten Erbschaft oder einer Kollektivgesellschaft; vgl. Art. 1 VVAG) ist das Betreibungsamt am Wohnsitz des Schuldners zuständig (Art. 2 VVAG). 20

Schiffe: Registrierte Schiffe sind am Ort des Schiffregisters zu pfänden (Art. 55 Abs. 2 Bundesgesetz über das Schiffsregister). Ausländische Schiffe können an ihrem tatsächlichen Lageort gepfändet werden.²⁶⁰ 21

Flugzeuge: Flugzeuge sind am Wohnsitz des im Luftfahrzeugbuch eingetragenen Eigentümers zu pfänden (Art. 53 Bundesgesetz über das Luftfahrzeugbuch). Ausländische Flugzeuge können am tatsächlichen Lageort gepfändet werden (Art. 54 Bundesgesetz über das Luftfahrzeugbuch). 22

III. VOLLZUG

Die Pfändung entfaltet ihre Wirkungen ab dem **Zeitpunkt**, an dem sie vollzogen wurde. Die Pfändung gilt als vollzogen, sobald das Betreibungsamt 23

256. Analog zur Begründung des BGer zur Möglichkeit der Pfändung von Forderungen durch das Betreibungsamt am Wohnsitz, vgl. BGE 86 III 8.

257. Für Zahlungstoken: OGer ZH vom 23.11.2023, ZR 123 (2024) S. 69 ff, E. 4.5.

258. OGer ZH vom 23.11.2023, ZR 123 (2024) S. 69 ff., E. 4.6 und 4.7.

259. OGer ZH vom 23.11.2023, ZR 123 (2024) S. 69 ff., E. 4.6 und 4.10.

260. BGE 73 III 4 E. 2.

dem Schuldner erklärt, dass die Vermögenswerte mit amtlichem Beschlag belegt sind und der Schuldner unter Hinweis auf die Straffolge gemäss Art. 169 StGB nicht mehr darüber verfügen darf.²⁶¹ Falls der Schuldner nicht anwesend ist, entfaltet die Pfändung erst mit der Zustellung der Pfändungsurkunde ihre Wirkungen.²⁶²

- 24 Die Pfändungserklärung muss die gepfändeten Vermögenswerte ausreichend individualisieren.²⁶³ Eine unzureichend genaue Beschreibung kann zur Nichtigkeit der Pfändungserklärung führen.²⁶⁴
- 25 Die Pfändungserklärung kann mündlich, schriftlich (Art. 34 SchKG) oder durch öffentliche Bekanntmachung (Art. 35 SchKG) erfolgen.²⁶⁵ In der Regel wird das Betreibungsamt dem Schuldner die Pfändungserklärung mit dem Muster-Formular 6/6a mitteilen.²⁶⁶

LITERATURVERZEICHNIS

Foëx Bénédicte, Commentaire de l'art. 89 LP, in: Foëx Bénédicte/Jeandin Nicolas/Braconi Andrea/Chappuis Benoît (eds.), Commentaire Romand, Poursuite et faillite (LP), 2 édition, Basel 2025 (zit. CR LP- Foëx).

Kren Kostkiewicz Jolanta, Orell Füssli Kommentar (OFK), SchKG Kommentar, 20. Aufl., Zürich 2020 (zit. OFK-Kren Kostkiewicz).

Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 4. Aufl., Zürich 2024.

Staehelin Daniel, Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, AJP 1995, S. 259 ff.

Stoffel Walter A./Chabloz Isabelle, Voies d'exécution Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, 3. édition, Berne 2016.

261. BGE 130 III 661 E. 1.2; Kren Kostkiewicz, N. 960.

262. BGE 130 III 661 E. 1.2.

263. KUKO SchKG-Winkler, Art. 89 N. 10.

264. BGE 106 III 100 E. 1.

265. KUKO SchKG-Winkler, Art. 89 N. 11.

266. Abrufbar: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/schkg/musterformulare.html>, besucht am 11.11.2025.

Vock Dominik, § 7 Zwangsvollstreckung, in: Zellweger-Gutknecht Corinne/Tschudi Dominik/MacCabe Kevin, Kryptowerte, Basel 2024.

Winkler Thomas, Kommentierung zu Art. 89 SchKG, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkomentar, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 3. Aufl., Basel 2025 (zit. KUKO SchKG-Winkler).

Winkler Thomas, Kommentierung zu Art. 89 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Zürich 2017 (zit. SK-Winkler).

Zogg Samuel, Zwangsvollstreckungsrechtliche Behandlung von Kryptowährungen, in: recht 2020, S. 1 ff.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 90 SchKG

Eine Kommentierung von Selim Marasco-Keller

ZITIERVORSCHLAG

Selim Marasco-Keller, Kommentierung zu Art. 90 SchKG, in: Pasquier Bruno/
Heinzmann Michel (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über
Schuldbetreibung und Konkurs

Kurzzitat: OK-Marasco-Keller, Art. 90 SchKG N. XXX.

2. Ankündigung

Art. 90

Dem Schuldner wird die Pfändung spätestens am vorhergehenden Tage
unter Hinweis auf die Bestimmung des Artikels 91 angekündigt.

GLIEDERUNG

I. Anwendungsbereich..... 65

II. Zeitpunkt 65

III. Sichernde Massnahmen 66

IV. Zustellung 66

V. Wirkungen der Pfändungsankündigung 67

Literaturverzeichnis 67

I. ANWENDUNGSBEREICH

Eine **Pfändungsankündigung** braucht es neben dem ordentlichen 1 Pfändungsverfahren auch bei einer provisorischen Pfändung (Art. 83 SchKG), einer Ergänzungspfändung (Art. 110 SchKG) oder einer Nachpfändung (Art. 145 SchKG). Beim Arrestvollzug und beim Retentionsverzeichnis ist keine Ankündigung notwendig.²⁶⁷

II. ZEITPUNKT

Die Pfändungsankündigung muss am **Vortag**, aber nicht zwingend 24 Stunden 2 im Voraus erfolgen.²⁶⁸ Die Ankündigung muss innerhalb der Betreibungszeiten stattfinden und das Betreibungsamt hat die Sperrfristen und einen allfälligen Rechtsstillstand zu beachten.²⁶⁹

In der Pfändungsurkunde ist der Zeitpunkt der Pfändung anzugeben. Nach 3 der herrschenden Auffassung genügt die Angabe des Datums und ob die Pfändung vormittags oder nachmittags erfolgt (ohne genauere Zeitangabe).²⁷⁰ Wenn das Betreibungsamt dem Schuldner die Pfändung ankündigt, kann diese Ankündigung anstelle eines genauen Termins für die Pfändung vor Ort auch die Aufforderung enthalten, dass der Schuldner bis zu einem bestimmten Zeitpunkt persönlich beim Betreibungsamt erscheinen soll.²⁷¹

Eine nicht rechtzeitige Ankündigung führt zur Anfechtbarkeit der Pfändung 4 und kann mit Beschwerde (Art. 17 SchKG) gegen die Pfändungsurkunde gerügt werden.²⁷² Eine Heilung einer mangelhaften Pfändungsankündigung ist nur denkbar, wenn der Schuldner in der Lage war, an der Pfändung teilzunehmen oder sich dabei vertreten zu lassen.²⁷³

267. BGE 93 III 20 E. 3; KUKO SchKG-Meier-Dieterle, Art. 275 N. 4.

268. BGE 29 I 621 E. 1; BSK-Sievi, Art. 90 SchKG N. 5.

269. BSK-Sievi, Art. 90 SchKG N. 6; SK-Winkler, Art. 90 SchKG N. 3.

270. BSK-Sievi, Art. 90 SchKG N. 11 m.w.V.; a.A. SK-Winkler, Art. 90 SchKG N. 14.

271. SK-Winkler, Art. 90 SchKG N. 14.

272. BGer 5A_837/2016 vom 6.3.2017 E. 3.1; CR LP-Foëx/Martin-Rivara, Art. 90 LP N. 19; OFK-Kren Kostkiewicz, Art. 90 SchKG N. 2.

273. BGE 115 III 41 E. 1.

III. SICHERNDE MASSNAHMEN

- 5 Sicherungsmassnahmen (vgl. Art. 98 ff. SchKG) sind bei **Dringlichkeit** bereits vor der Pfändungsankündigung (und auch während geschlossener Zeiten, Betriebsferien und Rechtsstillstand) zulässig.²⁷⁴

IV. ZUSTELLUNG

- 6 Bei der Pfändungsankündigung handelt es sich um eine Verfügung, deren Zustellung sich nach den Vorgaben von Art. 34 f. SchKG bestimmt.²⁷⁵
- 7 Mit dem Fortsetzungsbegehren beginnt grundsätzlich ein neuer Verfahrensabschnitt. Nach der wohl überwiegenden Lehre findet die sog. **Zustellfiktion** – wonach eine nicht abgeholte Sendung für die Frage der Fristwahrung dennoch als zugestellt gilt – für die Zustellung der Pfändungsankündigung keine Anwendung.²⁷⁶
- 8 Nach Auffassung des Bundesgerichts kommt die Zustellfiktion in Bezug auf die Pfändungsankündigung *grundsätzlich* aber dann zur Anwendung, wenn der Schuldner keinen Rechtsvorschlag erhoben hat und daher mit dem Fortgang des Verfahrens rechnen musste.²⁷⁷ Das Bundesgericht begründet dies damit, dass (anders als beim Rechtsöffnungsverfahren oder bei der Anzeige zur Konkursverhandlung) keine Zuständigkeitsänderung eintritt und das Verfahren weiterhin vom Betreibungsamt geführt wird.²⁷⁸
- 9 Ungeklärt ist die Situation bei erhobenem und im Rechtsöffnungsverfahren aufgehobenem Rechtsvorschlag. Nach der hier vertretenen Auffassung ist auch in diesen Fällen bei der Zustellung der Pfändungsankündigung von einer Zustellfiktion auszugehen, da der Schuldner damit zu rechnen hat, dass ein Gläubiger nach erfolgreichem Abschluss eines Rechtsöffnungsverfahrens die Betreuung fortsetzen wird. Denkbar sind zudem Fälle, in denen der Schuldner aber bereits aus anderen Gründen mit der Zustellung rechnen musste und die Zustellfiktion deshalb Anwendung findet.²⁷⁹

274. BGE 114 III 41 E. 2; BGE 107 III 67 E. 2; BSK SchKG-Sievi, Art. 90 SchKG N. 7.

275. A.M.: Kren Kostkiewicz, N. 953.

276. BSK SchKG-Sievi, Art. 90 SchKG N. 10; SK-Winkler, Art. 90 SchKG N. 23; vgl. auch: BGE 130 III 396 E. 1.2.3 betreffend Zustellung eines Rechtsöffnungsentscheides und BGE 138 III 225 E. 3.2 betreffend Anzeige einer Konkursverhandlung.

277. BGer 6B_1133/2023 vom 11.7.2024 E. 2.5; BGer 5A_590/2020 vom 12.04.2021 E. 3.4.

278. BGer 5A_590/2020 vom 12.04.2021 E. 3.4.

Wenn der Schuldner die Annahme verweigert, wird die Wirkung der Pfändungsankündigung nicht gehemmt.²⁸⁰

An wen sich die Pfändungsankündigung zu richten hat, bestimmt sich (auch wenn es sich nicht um eine eigentliche Betreibungsurkunde handelt) nach Art. 64-66 SchKG.²⁸¹

Die Pfändungsankündigung erfolgt mit dem amtlichen Formular Nr. 5.²⁸² Der Gläubiger ist zur Pfändung nicht einzuladen.²⁸³

V. WIRKUNGEN DER PFÄNDUNGSANKÜNDIGUNG

Die Pfändungsankündigung bewirkt noch keine Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Schuldners (vgl. Art. 96 Abs. 1 SchKG). Der Schuldner darf die bevorstehende Pfändung aber nicht **vereiteln**. Ein solches Verhalten kann Anlass zu einer strafrechtlichen Verfolgung (in Frage kommt insbesondere ein möglicher Pfändungsbetrug (Art. 163 StGB) eine Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung durch Vermögensminderung (Art. 164 StGB)) oder aber für eine Konkurseröffnung nach Art. 190 Ziff. 1 SchKG bilden.²⁸⁴

Die Zustellung der Pfändungsankündigung bewirkt, dass auch nach einem Wohnsitzwechsel der Betreibungsort erhalten bleibt (Art. 53 SchKG).

LITERATURVERZEICHNIS

Foëx Bénédic/Irène Martin-Rivara, Commentaire de l'art. 90 LP, in: Foëx Bénédic/Jeandin Nicolas/Braconi Andrea/Chappuis Benoît (eds.), Commentaire Romand, Poursuite et faillite (LP), 2 édition, Basel 2025 (zit. CR LP-Foëx/Martin-Rivara).

279. Vgl. z.B. BGer 6B_1133/2023 vom 11.7.2024.

280. BGE 91 III 41 E. 2.

281. KGer GR KSK 21 48 vom 6.12.2021 E. 2.2; KGer GR SKA 01 41 vom 19.11.2001 E. 1; vgl. auch BGE 91 III 41 E. 3.

282. <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/schkg/musterformulare.html>, besucht am 11.11.2025.

283. Kren Kostkiewicz, N. 952.

284. BSK-Sievi, Art. 90 SchKG N. 18; SK-Winkler, Art. 90 N. 27.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 4. Aufl., Zürich 2024.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Orell Füssli Kommentar (OFK), SchKG Kommentar, 20. Aufl., Zürich 2020 (zit. OFK-Kren Kostkiewicz).

Meier-Dieterle, Felix C., Kommentierung zu Art. 275 SchKG, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkomentar, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 3. Aufl., Basel 2025 (zit. KUKO-Meier-Dieterle).

Sievi Nino, Kommentierung zu Art. 90 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3., Aufl. 2021 (zit. BSK SchKG-Sievi).

Winkler Thomas, Kommentierung zu Art. 90 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Zürich 2017 (zit. SK-Winkler).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 91 SchKG

Eine Kommentierung von Selim Marasco-Keller

ZITIERVORSCHLAG

Selim Marasco-Keller, Kommentierung zu Art. 91 SchKG, in: Pasquier Bruno/Heinzmann Michel (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs

Kurzzitat: OK-Marasco-Keller, Art. 91 SchKG N. XXX.

3. Pflichten des Schuldners und Dritter

Art. 91

¹ Der Schuldner ist bei Straffolge verpflichtet:

der Pfändung beizuwohnen oder sich dabei vertreten zu lassen (Art. 323 Ziff. 1 StGB);

seine Vermögensgegenstände, einschliesslich derjenigen, welche sich nicht in seinem Gewahrsam befinden, sowie seine Forderungen und Rechte gegenüber Dritten anzugeben, soweit dies zu einer genügenden Pfändung nötig ist (Art. 163 Ziff. 1 und 323 Ziff. 2 StGB).

² Bleibt der Schuldner ohne genügende Entschuldigung der Pfändung fern und lässt er sich auch nicht vertreten, so kann ihn das Betreibungsamt durch die Polizei vorführen lassen.

³ Der Schuldner muss dem Beamten auf Verlangen Räumlichkeiten und Behältnisse öffnen. Der Beamte kann nötigenfalls die Polizeigewalt in Anspruch nehmen.

⁴ Dritte, die Vermögensgegenstände des Schuldners verwahren oder bei denen dieser Guthaben hat, sind bei Straffolge (Art. 324 Ziff. 5 StGB) im gleichen Umfang auskunftspflichtig wie der Schuldner.

⁵ Behörden sind im gleichen Umfang auskunftspflichtig wie der Schuldner.

⁶ Das Betreibungsamt macht die Betroffenen auf ihre Pflichten und auf die Straffolgen ausdrücklich aufmerksam.

GLIEDERUNG

I. Anwendungsbereich.....	72
II. Pflichten des Schuldners	72
A. Anwesenheitspflicht (Art. 91 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG)	72
B. Auskunftspflicht (Art. 91 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG)	73
1. Grundsatz: Umfassende Auskunftspflicht	73
2. Gegenstand der Auskunftspflicht.....	74
3. Grenzen der Auskunftspflicht	75
4. Folgen der Verletzung der Auskunftspflicht	76
C. Pflicht, Räumlichkeiten und Behältnisse zu öffnen (Art. 91 Abs. 3 SchKG)	76
III. Pflichten Dritter, insbesondere Banken (Art. 91 Abs. 4 SchKG)	77
IV. Auskunftspflicht von Behörden (Art. 91 Abs. 5 SchKG).....	79
Literaturverzeichnis	80

I. ANWENDUNGSBEREICH

- 1 Art. 91 SchKG legt fest, welche **Pflichten** der Schuldner und Dritte in der Pfändung haben. Das Betreibungsamt macht die Betroffenen auf diese Pflichten unter Androhung der Straffolgen aufmerksam (Art. 91 Abs. 6 SchKG). Ein entsprechender Hinweis findet sich im Musterformular Nr. 5 zur Pfändungsankündigung.²⁸⁵ Die Androhung der Straffolgen ist eine objektive Strafbarkeitsbedingung, d.h. ohne Androhung, keine Strafe.²⁸⁶
- 2 Art. 91 SchKG findet ausserhalb der Pfändung auch auf die provisorische Pfändung²⁸⁷, die Ergänzungspfändung (Art. 110 Abs. 1 SchKG) und die Nachpfändung (Art. 115 Abs. 3 und Art. 145 SchKG) Anwendung. Ferner kommt Art. 91 SchKG auch beim Arrest (Art. 275 SchKG), bei der Retention (Art. 283 SchKG) und beim konkursrechtlichen Güterverzeichnis (Art. 163 Abs. 2 SchKG) *analog* zur Anwendung.²⁸⁸

II. PFLICHTEN DES SCHULDNERS

A. Anwesenheitspflicht (Art. 91 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG)

- 3 Der Schuldner muss bei der Durchführung der Pfändung **anwesend** sein oder sich **vertreten** lassen (Art. 91 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG). Die Verletzung dieser Pflicht wird mit Busse bestraft (Art. 323 Ziff. 1 StGB).
- 4 Personen, die zur Entgegennahme einer Betreibungsurkunde nach Art. 64 ff. SchKG berechtigt sind, können den Schuldner ohne Vollmacht vertreten.²⁸⁹ Dem Schuldner steht es frei, weitere Vertreter mit einer Vollmacht auszustatten (Art. 27 Abs. 1 SchKG).
- 5 Wenn der Vertreter dem Betreibungsamt keine sachdienlichen Informationen erteilen kann (bspw., weil dem Vertreter Details zum Vermögen des

285. Abrufbar: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/schkg/musterformulare.html>, besucht am 11.11.2025.

286. BSK-Sievi, Art. 91 SchKG N. 40.

287. BGE 117 III 61 E. 2.

288. SK-Winkler, Art. 91 SchKG N. 3; Meier-Dieterle/Keller, S. 147.

289. Kren Kostkiewicz, N. 964; KUKO-Winkler, Art. 91 SchKG N. 4.

Schuldners nicht bekannt sind), muss sich das Betreibungsamt nicht an den Vertreter halten, sondern kann sich direkt an den Schuldner wenden.²⁹⁰

Bei vorübergehender Abwesenheit des Schuldners hat das Betreibungsamt 6 abzuklären, ob der Schuldner sich vertreten lassen kann. Möglich ist auch eine Pfändung in Abwesenheit (zur Pfändung in Abwesenheit unten, N. 9).²⁹¹

Die Anwesenheitspflicht des Schuldners bedeutet auch, dass dieser auf dem 7 Amtslokal bzw. an dem vom Betreibungsamt bezeichneten Ort zu erscheinen hat. Auch das Nichterscheinen auf dem Betreibungsamt ist strafbar.²⁹²

Der Schuldner, welcher der Pfändung unentschuldig fernbleibt und sich nicht 8 vertreten lässt, kann durch die Polizei vorgeführt werden (Art. 91 Abs. 2 SchKG). Das Betreibungsamt entscheidet nach Ermessen, ob dies notwendig ist.²⁹³ Das Betreibungsamt hat dabei das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten.²⁹⁴

Der Schuldner, dem die Pfändung ordnungsgemäss angekündigt worden ist, 9 kann die Pfändung nicht durch Abwesenheit verhindern.²⁹⁵ Die Pfändung entfaltet ihre Wirkungen bei Abwesenheit des Schuldners aber erst mit der Zustellung der Pfändungsurkunde (OK-Marasco-Keller, Art. 89 SchKG N. 23).
296

B. Auskunftspflicht (Art. 91 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG)

1. Grundsatz: Umfassende Auskunftspflicht

Der Schuldner muss bei der Pfändung zu seinen Vermögenswerten Auskunft 10 geben, soweit dies zu einer genügenden Pfändung nötig ist (Art. 91 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Die Verletzung dieser Pflicht ist nach Art. 163 Ziff. 1 StGB und Art. 323 Ziff. 2 StGB strafbar.

Sinn und Zweck der **Auskunftspflicht** ist es, dass das Betreibungsamt die 11 Informationen bekommt, die es benötigt, um die Pfändung zu vollziehen.²⁹⁷

290. SK-Winkler, Art. 91 SchKG N. 7.

291. OGer BE ABS 22 71 vom 3.5.2022 E. 8-9.

292. BGE 106 IV 279 E. 3.

293. BSK-Sievi, Art. 91 SchKG N. 20.

294. KUKO-Winkler, Art. 91 SchKG N. 7a.

295. BGer 5A_346/2018 vom 3.9.2018 E. 3.1.2.

296. BGE 112 III 14 E. 5a; BGer 5A_346/2018 vom 3.9.2018 E. 3.2.1.

Ohne entsprechende Informationen des Schuldners kann das Betreibungsamt nicht wissen, ob und wo Vermögen vorhanden ist.²⁹⁸ Nur nach Erfüllung der Auskunftspflicht kann das Betreibungsamt seinen Aufgaben in der Pfändung nachkommen und insbesondere das pfändbare Vermögen bestimmen (Art. 92-94 SchKG), das Vermögen schätzen (Art. 97 SchKG) und die Reihenfolge der Pfändung festlegen (Art. 95-95a SchKG).

- 12 Die Auskunftspflicht ist grundsätzlich **umfassend**.²⁹⁹ Es ist nicht am Schuldner, zu entscheiden, ob und welche Vermögenswerte in welcher Reihenfolge gepfändet werden können. Dieser Entscheid liegt allein im Ermessen des Betreibungsamtes.³⁰⁰ Das Betreibungsamt hat dabei nach Art. 95 SchKG vorzugehen.³⁰¹ Der Schuldner kann den Entscheid des Amtes nicht durch eine ungenügende Auskunft faktisch vorwegnehmen. Der mit der Auskunftspflicht verbundene Eingriff in die Persönlichkeitssphäre ist hinzunehmen.³⁰²
- 13 Der Schuldner hatte bis zum Pfändungsvollzug die Möglichkeit, die Forderung zu begleichen und dazu die Vermögenswerte nach seinem Ermessen zu verwerten. Zudem kann er die Betreibung nach wie vor durch Zahlung stoppen (Art. 12 SchKG). Entsprechend rechtfertigt sich eine Einschränkung der Auskunftspflicht auf bloss einzelne Vermögenswerte nicht. Das Bundesgericht geht daher zu Recht davon aus, dass die Informationspflicht umfassend gilt.³⁰³

2. Gegenstand der Auskunftspflicht

- 14 **Inhaltlich** trifft den Schuldner eine umfassende Auskunftspflicht über sein bewegliches und unbewegliches Vermögen.³⁰⁴ Dazu gehören neben Angaben zum Umfang der Vermögenswerte auch deren Standort. Die Auskunftspflicht erfasst auch Vermögenswerte bei Dritten (bspw. Bankkonten und Wertschriftendepots) und im Ausland.³⁰⁵

297. SK-Winkler, Art. 91 SchKG N. 12.

298. Müller-Chen, S. 206.

299. BGer 5A_146/2018 vom 5.11.2018 E. 3.5.2.

300. BGE 135 III 663 E. 3.2.1; BGE 114 IV 11 E. 1b.

301. BGE 117 III 61 E. 2.

302. BGE 111 III 52 E. 3.

303. Betreffend die Auskunftspflicht einer Bank: BGer 5A_470/2020 vom 3.9.2020 E. 5.1.2.1.

304. BGer 5A_146/2018 vom 5.11.2018 E. 3.5.2.

305. BGE 114 IV 11 E. 1b.

Die umfassende Auskunftspflicht bedeutet, dass auch Fragen zur Person des Schuldners (bspw. zum Zivilstand, Aufenthaltsort) erlaubt sind, soweit sich diese auf die Vermögensverhältnisse des Schuldners beziehen oder Rückschlüsse darauf zulassen.³⁰⁶ Der konkret zulässige Inhalt solcher Fragen bestimmt sich im Einzelfall.³⁰⁷

In **zeitlicher Hinsicht** bezieht sich die Auskunftspflicht auf die Vermögensverhältnisse im Zeitpunkt des Pfändungsvollzugs. Sie erfasst auch Geschäfte, die während der Verdachtsperiode für paulianische Ansprüche nach Art. 286 bis 288 SchKG (**d.h. bis zu 5 Jahre zurück**) erfolgt sind.³⁰⁸ Das Betreibungsamt braucht für Auskünfte während der Verdachtsperiode keine besondere Dringlichkeit darzulegen und muss auch keinen Verdacht auf möglicherweise anfechtbare Geschäfte nachweisen.³⁰⁹

3. Grenzen der Auskunftspflicht

Eine **zeitliche Grenze** besteht insofern, als dass das Betreibungsamt keine Auskünfte über Geschäfte verlangen kann, die weiter als fünf Jahre zurückliegen.³¹⁰

Für Umstände nach dem Zeitpunkt des Pfändungsvollzugs besteht grundsätzlich keine Auskunftspflicht. Ausnahmen bestehen im Rahmen der Lohnpfändung, bei der den Schuldner die Pflicht treffen kann, Stellenwechsel und Einkommensänderungen mitzuteilen,³¹¹ sowie bei einer Ergänzungspfändung (Art. 110 Abs. 1 SchKG), einer Anpassung an aktuelle Verhältnisse (Art. 93 Abs. 3 SchKG) oder einer Nachpfändung (Art. 115 Abs. 3 SchKG), welche eine erneute Auskunftspflicht begründen.³¹²

In der Lehre wird teilweise die Auffassung vertreten, dass die Auskunftspflicht inhaltlich dadurch begrenzt werden kann, dass der Schuldner dem

306. KUKO-Winkler, Art. 91 SchKG N. 10a.

307. Müller-Chen, S. 206.

308. BGE 135 III 663 E. 3.2.2; BGE 129 III 239 E. 3.2.1 (Pra. 93 (2004), Nr. 41); BGer 5A_360/2023 E. 3.4.3.

309. BezGer ZH CB160036-L/U vom 13.5.2016 E. 4 (abrufbar: <https://www.arrestpraxis.ch/entscheide/art-271-schkg/allgemeines/pruefungsbefugnis-auskunftspflicht/>, besucht am 11.11.2025).

310. BGE 107 III 73 E. 3.

311. BGE 83 III 1 E. 2.

312. SK-Winkler, Art. 91 SchKG N. 24.

Betreibungsamt genügend bewegliches Vermögen offenlegt, um die Forderung zu decken.³¹³ Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden, da die Entscheidung über die zu pfändenden Vermögenswerte dem Betreibungsamt und nicht dem Schuldner obliegt (vgl. oben, N. 12).

- 20 Aus rein praktischen Gründen können im Einzelfall jedoch Ausnahmen gerechtfertigt sein, wenn bspw. sofort liquidierbares Vermögen in ausreichendem Umfang vorhanden ist und vom Schuldner offengelegt wird, sodass keine Angaben zu weiterem Vermögen (z.B. unbeweglichem) notwendig sind.³¹⁴ Der Entscheid, welche Auskünfte eingeholt werden, obliegt aber auch hier dem Betreibungsamt und nicht dem Schuldner.

4. Folgen der Verletzung der Auskunftspflicht

- 21 Eine Verletzung der Auskunftspflicht führt zu einer **Strafbarkeit** nach Art. 323 Ziff. 2 StGB (Ungehorsam des Schuldners) oder Art. 163 Ziff. 1 StGB (Pfändungsbetrug). Zudem kann der Gläubiger die Eröffnung des Konkurses nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG beantragen.

C. Pflicht, Räumlichkeiten und Behältnisse zu öffnen (Art. 91 Abs. 3 SchKG)

- 22 Den Schuldner trifft die Pflicht, auf Verlangen des Betreibungsamts Räumlichkeiten und Behältnisse zu öffnen (Art. 91 Abs. 3 Satz 1 SchKG; sog. «Offenlegungspflicht»). Weigert sich der Schuldner, dieser **Offenlegungspflicht** nachzukommen, kann das Betreibungsamt umgehend (d.h. ohne weiteren Gerichtsbeschluss) Polizeigewalt in Anspruch nehmen.³¹⁵
- 23 Wenn ein Schuldner dem Betreibungsamt trotz Anwesenheit beim Pfändungsvollzug keinen Zutritt zu seiner Wohnung gewährt, ist es rechtmässig, wenn die Polizei einen Schlüsseldienst aufbietet und dessen Tür

313. Jäger, S. 687 ff.; KUKO-Winkler, Art. 91 SchKG N. 11; BSK-Hagenstein, Art. 323 StGB N. 31.

314. KUKO-Winkler, Art. 91 SchKG N. 11, allerdings mit unzutreffendem Verweis auf BGE 117 III 61 E. 2, welchem diese Feststellung nach der vorliegend vertretenen Auffassung nicht zu entnehmen ist und gerade den umgekehrten Sachverhalt betraf (das Betreibungsamt gab sich in BGE 117 III 61 mit unbeweglichen Vermögen zufrieden, ohne nach beweglichem Vermögenswerten zu suchen).

315. BGer 5A_859/2011 vom 21.5.2012 E. 3.4.2; SK-Winkler, Art. 91 SchKG N. 26.

zwangsweise öffnet.³¹⁶ Gleiches gilt, wenn der Schuldner unentschuldig abwesend ist.³¹⁷

III. PFLICHTEN DRITTER, INSBESONDERE BANKEN (ART. 91 ABS. 4 SCHKG)

Dritte, welche Vermögensgegenstände des Schuldners verwahren oder bei denen er Guthaben hat, sind dem Betreibungsamt im gleichen Umfang auskunftspflichtig wie der Schuldner (Art. 91 Abs. 4 SchKG).³¹⁸

Der Begriff des Dritten ist weit auszulegen.³¹⁹ Berufsgeheimnisträger, insbesondere **Banken**³²⁰ und **Anwälte**,³²¹ gehören auch dazu. Das Bank- oder Anwaltsgeheimnis berechtigt nicht, die Auskunft über Vermögenswerte des Schuldners zu verweigern.³²²

Damit die Auskunftspflicht entsteht, muss der Dritte Vermögensgegenstände des Schuldners verwahren, oder aber der Schuldner muss gegenüber einem Dritten über ein Guthaben verfügen (Art. 91 Abs. 4 SchKG). Das Betreibungsamt darf einen Dritten nur zur Auskunft verpflichten, wenn es den Verdacht hat, dass der Dritte über Vermögenswerte des Schuldners verfügt. Das Betreibungsamt darf nicht ohne sachlichen Grund Dritte anschreiben, um zufällig auf Vermögenswerte des Schuldners zu stossen.³²³ Dies ergibt sich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip, welches bei der Involvierung von Drittpersonen im Pfändungsvollzug zu beachten ist.³²⁴ Eine zu breit gefächerte, standardisierte Anschreibung einer Vielzahl von Dritten durch ein Betreibungsamt ist nicht erlaubt.³²⁵

Woher das Betreibungsamt den **Verdacht auf Vermögenswerte** des Schuldners hat, ist irrelevant.³²⁶ Für Banken ergibt sich ein ausreichender

316. OGer ZH TB240004-O/U/MUL vom 24.6.2024, in: BLSchK 2024 S. 204 ff., E. 3.

317. SK-Winkler, Art. 91 SchKG N. 27.

318. CR LP-Jeandin, Art. 91 LP N. 15.

319. SK-Winkler, Art. 91 SchKG N. 31.

320. BGE 109 III 22 E. 1.

321. BGE 131 III 660 E. 6 (Pra. 95 (2006) Nr. 120).

322. BGE 146 III 435 E. 4.1.1; BGE 109 III 22 E. 1.

323. BGer 5A_232/2021 vom 9.5.2022 E. 4.1.

324. BGer 5A_703/2013 vom 6.2.2014 E. 2.2.

325. KGer BL 420 16 455 lia vom 4.4.2017 E. 2.3.

326. SK-Winkler, Art. 91 SchKG N. 36.

Verdacht bspw. aus bekannten Kontobeziehungen und -auszügen oder einer entsprechenden Angabe des Schuldners. Es reicht aber auch, dass ein Schuldner seinen Wohn- oder Arbeitsort an einem Ort hat, in welchem eine Bank physisch durch Filialen oder durch eine Zweigniederlassung präsent ist.³²⁷ Dies gilt selbst dann, wenn der Wohn- oder Arbeitsort des Schuldners in einer Stadt ist, in welcher viele Banken physisch vertreten sind.³²⁸ Zumindest wenn das Betreibungsamt in diesen Gebieten gestaffelt vorgeht (d.h. nicht alle Banken auf einmal anschreibt), verletzt es das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht.³²⁹

- 28 Eine Bank, die aufgrund eines Wohn- oder Arbeitsorts des Schuldners in ihrem Einzugsgebiet zur Auskunft verpflichtet wird, muss nicht prüfen, ob das Betreibungsamt zuvor bereits andere Banken angeschrieben hat. Auch wenn ein solcher Hinweis dem Auskunftsbegehren nicht zu entnehmen ist, darf die Bank nach der vorliegend vertretenen Auffassung darauf vertrauen, dass das Betreibungsamt rechtmässig (d.h. verhältnismässig) vorgeht.
- 29 Besteht in diesem Sinne ein Verdacht auf Vermögenswerte, dann sind Dritte im gleichen Umfang wie der Schuldner auskunftspflichtig (Art. 91 Abs. 3 SchKG). Auch Dritte haben grundsätzlich **umfassend Auskunft** zu erteilen, wobei die erwähnten zeitlichen und inhaltlichen Schranken zu berücksichtigen sind. Erforderlich und erlaubt sind deshalb nur Auskünfte, die einen Rückschluss auf die Vermögensverhältnisse des Schuldners zulassen, und nur in Bezug auf Geschäfte, die nicht weiter als fünf Jahre zurück liegen (vgl. oben, N. 14 ff.). Zulässig ist deshalb auch die Auskunft über Vermögenswerte, die formal auf einen Dritten lauten, aber wirtschaftlich dem Schuldner gehören.³³⁰ Ein im Rahmen einer Kreditprüfung erstelltes Persönlichkeitsprofil des Schuldners ist nicht herauszugeben, wenn sich daraus keine Rückschlüsse auf Vermögenswerte ableiten lassen.³³¹
- 30 Auch **Anwälte** können im Rahmen des Pfändungsvollzugs aufgefordert werden, Auskunft darüber zu erteilen, ob sie im Besitz von Vermögenswerten des Pfändungsschuldners sind und/oder ob sie dessen Schuldner sind. Wenn dies der Fall ist, haben die Anwälte genau anzugeben, um welche Art von

327. BGer 5A_360/2023 vom 23.10.2023 E. 3.3.

328. AppGer BS BEZ.2022.81 vom 26.4.2023.

329. BGer 5A_360/2023 vom 23.10.2023 E. 3.4.2.

330. BGE 129 III 239 E. 1.

331. Müller-Chen, S. 214.

Vermögenswerten es sich handelt.³³² Insbesondere haben sie auch offenzulegen, ob sie über **Kostenvorschüsse** verfügen und wie hoch diese sind. Weitergehende Informationen insbesondere betreffend Rechnungsstellung und über dem Schuldner nahestehende Personen, welche für diesen Honorarforderungen begleichen, sind nach der Rechtsprechung nicht geschuldet.³³³

Eine Verletzung der Auskunftspflicht ist auch für den Dritten strafbedroht (Art. 324 StGB). Für Berufsgeheimnisträger ist diese Strafandrohung insofern problematisch, als eine zu weitgehende Information eine Verletzung des **Berufsgeheimnisses** darstellt und ebenfalls strafbedroht ist. Dies stellt in der Praxis insbesondere Banken, welche mit Auskunftsbegehren konfrontiert sind, vor ein Problem: Erteilen sie mehr Auskünfte als Art. 91 Abs. 4 SchKG erlaubt, können sich ihre Organe oder Mitarbeiter wegen Verletzung des Bankkundengeheimnisses strafbar machen. Erteilen sie hingegen nicht alle Auskünfte, die gemäss Art. 91 Abs. 4 SchKG erforderlich sind, droht eine Strafbarkeit wegen Ungehorsam im Pfändungsverfahren.³³⁴ 31

IV. AUSKUNFTSPFLICHT VON BEHÖRDEN (ART. 91 ABS. 5 SCHKG)

Behörden sind im gleichen Umfang auskunftspflichtig wie der Schuldner (Art. 91 Abs. 5 SchKG). Vom Behördenbegriff sind **alle Behörden** erfasst. Es spielt keine Rolle, ob es sich um Bundes-, Kantons-, oder Gemeindebehörden handelt, oder in welchem Bereich die Behörde tätig ist.³³⁵ Eine Sanktionsandrohung durch das Betreibungsamt an die betreffende Behörde ist jedoch unzulässig.³³⁶ Verweigert eine Behörde die Auskunft, ist das Betreibungsamt auf den disziplinarrechtlichen Weg zu verweisen.³³⁷ 32

332. BGE 131 III 660 E. 6.2 (Pra. 95 (2006) Nr. 120).

333. BGer 5A_232/2021 vom 9.5.2022 E. 5.2.

334. Jäger, S. 687.

335. BGE 124 III 170 E. 5a.

336. BGE 124 III 170 E. 6.

337. SK-Winkler, Art. 91 SchKG N. 31.

LITERATURVERZEICHNIS

Jeandin Nicolas, Commentaire de l'art. 89 LP, in: Foëx Bénédict/Jeandin Nicolas/Braconi Andrea/Chappuis Benoît (eds.), Commentaire Romand, Poursuite et faillite (LP), 2 édition, Basel 2025 (zit. CR LP- Jeandin).

Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 4. Aufl., Zürich 2024.

Müller-Chen Markus, Die Auskunftspflicht Dritter beim Pfändungs- und Arrestvollzug, in: BLSchK 2000, S. 201 ff.

Hagenstein Nadine, Kommentierung zu Art. 323 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht (StGB/JStGB), 4. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK StGB-Hagenstein).

Meier-Dieterle Felix C./Keller Selim, Der Arrestvollzug bei Banken, in: ZZZ 62 (2023), S. 147 ff.

Jäger Tina, Urteilsbesprechung BGer 5A_470/2020, in: AJP 2021, S. 687 ff.

Sievi Nino, Kommentierung zu Art. 91 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3., Aufl. 2021 (zit. BSK SchKG-Sievi).

Winkler Thomas, Kommentierung zu Art. 91 SchKG, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 3. Aufl., Basel 2025 (zit. KUKO-Winkler).

Winkler Thomas, Kommentierung zu Art. 91 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Zürich 2017 (zit. SK-Winkler).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 106-109 SchKG

Eine Kommentierung von Christoph Mettler

ZITIERVORSCHLAG

Christoph Mettler, Kommentierung zu Art. 106-109 SchKG, in: Heinzmann Michel/Pasquier Bruno (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs

Kurzzitat: OK-Mettler, N. XXX zu Art. 106-109 SchKG.

E. Ansprüche Dritter (Widerspruchsverfahren)

1. Vormerkung und Mitteilung

Art. 106

¹ Wird geltend gemacht, einem Dritten stehe am gepfändeten Gegenstand das Eigentum, ein Pfandrecht oder ein anderes Recht zu, das der Pfändung entgegensteht oder im weiteren Verlauf des Vollstreckungsverfahrens zu berücksichtigen ist, so merkt das Betreibungsamt den Anspruch des Dritten in der Pfändungsurkunde vor oder zeigt ihn, falls die Urkunde bereits zugestellt ist, den Parteien besonders an.

² Dritte können ihre Ansprüche anmelden, solange der Erlös aus der Verwertung des gepfändeten Gegenstandes noch nicht verteilt ist.

³ Nach der Verwertung kann der Dritte die Ansprüche, die ihm nach Zivilrecht bei Diebstahl, Verlust oder sonstigem Abhandenkommen einer beweglichen Sache (Art. 934 und 935 ZGB) oder bei bösem Glauben des Erwerbers (Art. 936 und 974 Abs. 3 ZGB) zustehen, ausserhalb des Betreibungsverfahrens geltend machen. Als öffentliche

Versteigerung im Sinne von Artikel 934 Absatz 2 ZGB gilt dabei auch der Freihandverkauf nach Artikel 130 dieses Gesetzes.

2. Durchsetzung

a. Bei ausschliesslichem Gewahrsam des Schuldners

Art. 107

¹ Schuldner und Gläubiger können den Anspruch des Dritten beim Betreibungsamt bestreiten, wenn sich der Anspruch bezieht auf:

eine bewegliche Sache im ausschliesslichen Gewahrsam des Schuldners;

eine Forderung oder ein anderes Recht, sofern die Berechtigung des Schuldners wahrscheinlicher ist als die des Dritten;

ein Grundstück, sofern er sich nicht aus dem Grundbuch ergibt.

² Das Betreibungsamt setzt ihnen dazu eine Frist von zehn Tagen.

³ Auf Verlangen des Schuldners oder des Gläubigers wird der Dritte aufgefordert, innerhalb der Bestreitungsfrist seine Beweismittel beim Betreibungsamt zur Einsicht vorzulegen. Artikel 73 Absatz 2 gilt sinngemäss.

⁴ Wird der Anspruch des Dritten nicht bestritten, so gilt er in der betreffenden Betreibung als anerkannt.

⁵ Wird der Anspruch bestritten, so setzt das Betreibungsamt dem Dritten eine Frist von 20 Tagen, innert der er gegen den Bestreitenden auf Feststellung seines Anspruchs klagen kann. Reicht er keine Klage ein, so fällt der Anspruch in der betreffenden Betreibung ausser Betracht.

b. Bei Gewahrsam oder Mitgewahrsam des Dritten

Art. 108

¹ Gläubiger und Schuldner können gegen den Dritten auf Aberkennung seines Anspruchs klagen, wenn sich der Anspruch bezieht auf:

eine bewegliche Sache im Gewahrsam oder Mitgewahrsam des Dritten;

eine Forderung oder ein anderes Recht, sofern die Berechtigung des Dritten wahrscheinlicher ist als diejenige des Schuldners;

ein Grundstück, sofern er sich aus dem Grundbuch ergibt.

² Das Betreibungsamt setzt ihnen dazu eine Frist von 20 Tagen.

³ Wird keine Klage eingereicht, so gilt der Anspruch in der betreffenden Betreibung als anerkannt.

⁴ Auf Verlangen des Gläubigers oder des Schuldners wird der Dritte aufgefordert, innerhalb der Klagefrist seine Beweismittel beim Betreibungsamt zur Einsicht vorzulegen. Artikel 73 Absatz 2 gilt sinngemäss.

c. Gerichtsstand

Art. 109

¹ Beim Gericht des Betreibungsortes sind einzureichen:

Klagen nach Artikel 107 Absatz 5;

Klagen nach Artikel 108 Absatz 1, sofern der Beklagte Wohnsitz im Ausland hat.

² Richtet sich die Klage nach Artikel 108 Absatz 1 gegen einen Beklagten mit Wohnsitz in der Schweiz, so ist sie an dessen Wohnsitz einzureichen.

³ Bezieht sich der Anspruch auf ein Grundstück, so ist die Klage in jedem Fall beim Gericht des Ortes einzureichen, wo das Grundstück oder sein wertvollster Teil liegt.

⁴ Das Gericht zeigt dem Betreibungsamt den Eingang und die Erledigung der Klage an. ...

⁵ Bis zur Erledigung der Klage bleibt die Betreibung in Bezug auf die streitigen Gegenstände eingestellt, und die Fristen für Verwertungsbegehren (Art. 116) stehen still.

GLIEDERUNG

I. Art. 106 SchKG	86
A. Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens	86
B. Grundlagen	87
C. Abs. 1: Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens	88
1. Gepfändeter Vermögenswert	88
2. Behauptetes besseres Recht	89
3. Anmeldung des Anspruchs	92
4. Vorgehen des Betreibungsamts	93
D. Abs. 2: Rechtzeitige Anmeldung	93
E. Abs. 3: Verfolgungsrechte der besser berechtigten Person	94
II. Art. 107 / 108 SchKG	95
A. Hintergrund der Parteirollenverteilung	95
B. Verfahrensablauf gemäss Art. 107 SchKG	95
C. Verfahrensablauf gemäss Art. 108 SchKG	96
D. Kriterien zur Verteilung der Parteirollen	96
1. Gewahrsam an Sachen	96
2. Wahrscheinliche Berechtigung an Forderung	98
3. Grundstücke: Eintrag im Grundbuch	99
4. Abweichung beim Durchgriff?	100
5. Gewahrsam eines Vierten	100
6. Massgeblicher Zeitpunkt	101
E. Beschwerde gegen Parteirollenverteilung	101
F. Fristansetzung	102
III. Art. 109 SchKG	103
A. Prozessuale Einordnung der Widerspruchsklage	103
B. Prozessvoraussetzungen	105
1. Örtliche Zuständigkeit	105
a. Binnensachverhalt	105
b. Internationaler Sachverhalt	105
2. Sachliche Zuständigkeit	106
3. Fristwahrung	107
4. Hängiges Betreibungs- oder Arrestverfahren	108
5. Gültige Anmeldung	109
C. Einzelfragen	109
1. Wirkungen der Klage auf das Pfändungsverfahren	109
2. Gerichtsstandsvereinbarung	110
3. Schiedsfähigkeit der Widerspruchsklage	110
4. Rechtsbegehren	111
5. Streitwert	112
6. Beweislast	112

7. Streitgenossenschaft.....	115
8. Streitverkündung.....	116
9. Wirkung des Urteils.....	116
Literaturverzeichnis	117

I. ART. 106 SCHKG

A. Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens

- 1 Im Widerspruchsverfahren wird geklärt, ob eine Dritte (Ansprecherin) ein **besseres Recht** (z.B. Eigentum, Pfandrecht) an einem Vermögenswert hat, der in der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner zugunsten der Gläubigerin verwertet werden soll. Im Widerspruchsverfahren müssen somit materiell-rechtliche (Vor-)Fragen beantwortet werden, die sich auf die Zwangsvollstreckung auswirken.
- 2 Das Widerspruchsverfahren findet nicht nur bei der Betreibung auf **Pfändung** Anwendung, sondern auch beim Arrest (Art. 275 SchKG), bei der Betreibung auf Pfandverwertung (Art. 155 SchKG), bei der Mietretention nach Art. 283 SchKG³³⁸ sowie bei der Feststellung neuen Vermögens i.S.v. Art. 265a SchKG.³³⁹ Wird ein beschränkt dingliches Recht an einem Grundstück geltend gemacht, nimmt die Lastenbereinigungsklage nach Art. 140 SchKG die Funktion der Widerspruchsklage ein.³⁴⁰ Die vorliegende Kommentierung orientiert sich am Regelfall, d.h. an der Pfändung nach Art. 89 ff. SchKG, gilt aber grundsätzlich auch für die anderen Verfahren.
- 3 Im **Konkurs** gibt es kein Äquivalent zum Widerspruchsverfahren, weshalb die Auseinandersetzungen in unterschiedlichen Verfahren ausgetragen werden. Für eine fremde Eigentumsansprache an beweglichen Sachen nimmt die Admassierungs- und Aussonderungsklage gemäss Art. 242 bis Art. 243 SchKG die Funktion der Widerspruchsklage ein.³⁴¹ Macht die Ansprecherin ein beschränkt dingliches Recht (z.B. ein Pfandrecht) an Vermögenswerten der Konkursmasse geltend, ist darüber im Kollokationsverfahren zu entscheiden.³⁴² Wird geltend gemacht, die Ansprecherin und nicht die Konkursmasse sei

338. BGE 81 III 7 E. 1; BGE 108 III 122 E. 4.

339. KuKo-Rohner, Art. 106 SchKG N. 3; BSK-Staehelin/Strub, Art. 106 SchKG N. 5; SK-Zondler, Art. 106 SchKG N. 3; Tschumy, S. 169; vgl. weiterführend Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 69 f.

340. Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 129; BSK-Staehelin/Strub, Art. 106 SchKG N. 8.

341. BGer 5A_133/2019 vom 20.7.2020 E. 3.1.3; BSK-Russenberger/Wohlgemuth, Art. 242 SchKG N. 1; Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 5, 58, welche darauf hinweisen, dass der Unterschied lediglich terminologischer Natur ist.

342. Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 59.

Gläubigerin einer Forderung, ist darüber in einem gewöhnlichen Zivilprozess zu entscheiden (sog. Prätendentenstreit).³⁴³

B. Grundlagen

Die Gläubigerin strebt an, dass ihre Forderung möglichst schnell zwangsweise befriedigt wird. Wenn es nicht notwendig ist, hat sie **kein Interesse** daran, eine zeit- und kostspielige Auseinandersetzung mit der Ansprecherin über deren Rechte an einem gepfändeten Vermögenswert vom Zaun zu brechen. Diese Überlegung liegt auch der gesetzgeberischen Konzeption zugrunde: Wenn möglich soll es gar nicht zu einer Widerspruchsklage kommen.³⁴⁴ Gemäss Art. 95 Abs. 3 SchKG pfändet das Betreibungsamt Vermögenswerte Dritter erst zuletzt.³⁴⁵ Melden eine oder mehrere Ansprecherinnen bei verschiedenen Vermögenswerten Rechte an, muss das Betreibungsamt zuerst jene Vermögenswerte pfänden, bei welchen die Ansprache am wenigsten wahrscheinlich erscheint und zuletzt diejenigen, bei welchen die Ansprache am wahrscheinlichsten erscheint.³⁴⁶

Das Betreibungsamt hat indessen alles zu pfänden, was von der Gläubigerin als dem Schuldner **zugehörig** bezeichnet wird und nötig erscheint, um die Gläubigerin zu befriedigen (vgl. Art. 97 Abs. 2 SchKG). Erforderlich ist nur, dass die Gläubigerin diese Zugehörigkeit glaubhaft macht³⁴⁷ Anders ausgedrückt ist die Pfändung nur dann unzulässig, wenn der Vermögenswert offensichtlich nicht dem Schuldner gehört (und zwar auch nicht wirtschaftlich). Lediglich in diesem Fall kann das Betreibungsamt von der Pfändung absehen, weil diese dann anfechtbar oder gar nichtig wäre.³⁴⁸ Weigert sich das Betreibungsamt, den Vermögenswert zu pfänden oder das Widerspruchsverfahren einzuleiten, ist Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG zu

343. BGE 128 III 388 m.w.H.; BGer 5A_20/2021 vom 23.12.2021 E. 3.3, wonach auch nicht verbriefte Aktien als Forderungen zu behandeln sind. Das gilt aber nicht für solche bei denen das Aktienzertifikat nicht mehr auffindbar ist.

344. Das zeigt sich auch bei der Rollenverteilung nach Art. 107 und 108 SchKG, vgl. hinten N. 21 ff.

345. Allerdings kann das Betreibungsamt in diesem Zeitpunkt meist gar noch nicht wissen, ob bessere Rechte angemeldet werden, vgl. KuKo-Rohner, Art. 106 SchKG N. 1.

346. BGE 134 III 122 E. 4.2; KGer SZ BEK 2021 196 vom 9.3.2022 E. 3.

347. Vgl. Stoffel/Chabloz, § 5 N. 90, wonach im Zweifel gepfändet wird. Bei Grundstücken muss die Gläubigerin gemäss Art. 10 VZG glaubhaft machen, dass der Schuldner das Grundstück, das im Grundbuch auf einen Dritten lautet, ohne Eintrag im Grundbuch erworben hat, das Grundstück kraft ehelichen Güterrechts haftet oder der Grundbucheintrag unrichtig ist.

führen. Gläubigerin und Schuldner können damit das Widerspruchsverfahren erzwingen.³⁴⁹

C. Abs. 1: Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens

- 6 Absatz 1 ist die zentrale Bestimmung von Art. 106 SchKG. Darin werden der Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens und das **Vorgehen** des Betreibungsamts geregelt. Das Verfahren wird eingeleitet, wenn die Ansprecherin bessere Rechte am gepfändeten Vermögenswert geltend macht.

1. Gepfändeter Vermögenswert

- 7 Der Wortlaut von Art. 106 Abs. 1 SchKG ist **zu eng**.³⁵⁰ Es geht nicht nur um Gegenstände, d.h. bewegliche Sachen (inkl. Wertpapiere), sondern auch um:
- Grundstücke³⁵¹ (wobei nur die Eigentumsansprache im Widerspruchsverfahren erledigt wird; beschränkt dingliche Rechte werden im Lastenbereinigungsverfahren nach Art. 140 SchKG geklärt);
 - Forderungen, z.B. Vorkaufs-, Rückkaufs- oder Kaufrechte (wobei diese bei Grundstücken wiederum im Lastenbereinigungsverfahren geprüft werden),³⁵² Versicherungsansprüche,³⁵³ Erbanteile³⁵⁴ oder nicht verbriefte Aktien;³⁵⁵
 - Bucheffekten;
 - Immaterialgüterrechte;
 - Kryptowährungen.³⁵⁶
- 8 Kurz: **Alles, was gepfändet wird**, kann auch Gegenstand einer Drittsprache sein.³⁵⁷ Werden bessere Rechte an einem unpfändbaren

348. BGE 112 III 52 E. 2 = Pra 75 (1986) Nr. 221; BGE 110 III 24 E. 2; BGE 107 III 67 E. 3; BGE 84 III 79 S. 85; OGer ZH NE170006 vom 23.11. 2017 E. 4.3. Gemäss BGE 114 III 88 E. 3 kann die Gläubigerin auch die Pfändung von Vermögenswerten verlangen, welche mit einem nach Art. 285 ff. SchKG anfechtbaren Rechtsgeschäft auf einen Dritten übertragen wurden.

349. BSK-Staehelin/Strub, Art. 106 SchKG N. 18; Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 85.

350. Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 107 Abs. 1 und 108 Abs. 1 SchKG.

351. Vgl. zum Stockwerkeigentum: BGE 99 III 9 E. 3.

352. Amonn/Walther, § 24 N. 12.

353. Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 57; vgl. Art. 79 VVG zur Frage, ob die Begünstigung eines Dritten bei der Zwangsvollstreckung gegen den Versicherungsnehmer dahinfällt.

354. BGE 88 III 55 E. 1; BGE 67 III 51.

Vermögenswert geltend gemacht, ist über dieses Recht im gewöhnlichen Zivilprozess (z.B. Vindikationsklage) zu entscheiden.³⁵⁸

2. Behauptetes besseres Recht

Beim besseren Recht³⁵⁹ handelt es sich um ein die Pfändung ausschliessendes oder zurückdrängendes Recht, d.h. ein bei der Verwertung und Verteilung zu **berücksichtigendes Recht**.³⁶⁰ Dieses kann u.U. auch fremdem (Sachen-)Recht unterstehen.³⁶¹

Typischerweise wird die Ansprecherin geltend machen, sie sei **Eigentümerin** (oder Mit- bzw. Gesamteigentümerin) der gepfändeten Sache.³⁶² Wie das Eigentumsrecht erworben wurde, wird vom materiellen Recht geregelt. Es sind sämtliche Erwerbsarten denkbar, d.h. originärer oder derivativer Erwerb.³⁶³ Insbesondere kann die Ansprecherin geltend machen, der Schuldner hätte den Vermögenswert für sie erworben und das Eigentum sei nach Art. 401 Abs. 3 OR auf sie übergegangen.³⁶⁴ Ebenso kann sich die Ansprecherin auf einen Eigentumsvorbehalt i.S.v. Art. 715 ZGB stützen.³⁶⁵

355. Vgl. BGer 5A_20/2021 vom 23.12.2021 E. 3.3.

356. Zogg, S. 15 ff.; BSK-Staehelin/Strub, Art. 106 SchKG N. 3a.

358. BSK-Staehelin/Strub, Art. 106 SchKG N. 7.

359. Hier wird der Begriff für das Eigentum, das Pfandrecht etc. verwendet, anders Vock/Meister-Müller, S. 186 ff.

360. BGE 80 III 69.

361. Vgl. BGer 5A_357/2008 vom 5.11.2008 E. 2.1; CR-Tschumy, Art. 109 LP N. 27.

362. SK-Zondler, Art. 106 SchKG N. 7; CR-Tschumy, Art. 106 LP N. 3; Gilliéron, N. 1125. Zur Eigentumsansprache bei Ehegatten, vgl. Art. 68b SchKG.

363. BSK-Staehelin/Strub, Art. 109 SchKG N. 12.

364. Vgl. BGer 5A_201/2010 vom 6.8.2010, wo mangels Vertragsschluss aber kein Recht zur Aussonderung bestand. Das sog. «Treugut» kann gemäss BGE 117 II 429 nicht herausverlangt werden. Entgegen der in der Lehre geäusserten Kritik, u.a. Amonn/Walter, § 24 N. 1, ist diese Rechtsprechung aufgrund des klaren Wortlauts von Art. 401 Abs. 3 OR nicht zu beanstanden. Ebenso besteht beim Wechsel nach Art. 1053 OR ein gesetzliches Aussonderungsrecht, vgl. Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 116.

365. CR-Tschumy, Art. 106 LP N. 3; Amonn/Walther, § 24 N. 11.

- 11 Weiter kann die Ansprecherin **beschränkt dingliche Rechte** an der gepfändeten Fahrnis bzw. der gepfändeten Forderung³⁶⁶ geltend machen. Konkret geht es um folgende Rechte:
- Pfandrecht i.S.v. Art. 884 ff. ZGB (häufigster Fall);
 - dingliches Retentionsrecht nach Art. 712 ZGB, Art. 895 ZGB, Art. 268 ff. oder Art. 299c OR;³⁶⁷
 - Nutzniessung.³⁶⁸
- 12 Zudem kann die Ansprecherin auch lediglich den **besseren Rang** eines beschränkt dinglichen Rechts anmelden.³⁶⁹ Weitere Rechte, welche der Pfändung entgegenstehen können, sind im Familienrecht vorgesehen (z.B. Art. 68e SchKG).³⁷⁰
- 13 Bei folgenden Ansprüchen ist hingegen **kein Widerspruchsverfahren** einzuleiten:
- Wenn die Ansprecherin einen **obligatorischen Anspruch** (z.B. auf Eigentumsübertragung) geltend macht.³⁷¹ Mangels dinglicher Wirkung wird ein solcher Anspruch im Verwertungsverfahren nicht beachtet. Etwas anderes gilt, wenn bei einem Grundstück vor der Pfändung eine Vormerkung gemäss Art. 960 f. ZGB vorgenommen wurde.³⁷²
 - Wenn die Drittschuldnerin den Bestand der gepfändeten Forderung bestreitet (z.B. weil diese durch Verrechnung untergegangen ist). Die Forderung ist dann als bestrittene Forderung zu pfänden.³⁷³ In der Lehre wird daraus abgeleitet, dass auch dann kein Widerspruchsverfahren stattfindet, wenn die Ansprecherin Rechte an dieser **bestrittenen Forderung** anmeldet: In diesem Fall müsse der Erwerber der bestrittenen Forderung zunächst im Prätendentenstreit mit der Ansprecherin klären,

366. Beschränkt dingliche Rechte an Grundstücken sind wie ausgeführt im Lastenbereinigungsverfahren zu klären.

367. Vgl. BGE 80 III 114; nicht aber ein bloss obligatorisches Retentionsrecht, vgl. dazu BGE 122 IV 322 E. 3c.

368. Gilliéron, N. 1125; a.M. wohl BSK-Staehelin/Strub, Art. 109 SchKG N. 15.

369. Amonn/Walther, § 24 N. 14.

370. Vgl. Kren Kostkiewicz, N. 798; Amonn/Walther, § 24 N. 17; Tschumy, S. 171.

371. Amonn/Walther, § 24 N. 15.

372. BGE 148 III 109 E. 5.

373. Vgl. BGE 120 III 18 E. 4; BGer 5A_559/2017, 5A_560/2017 vom 14.05.2018 E. 3.2.1.

wer Gläubigerin der bestrittenen Forderung ist und anschliessend gegen den Drittschuldner auf Leistung klagen.³⁷⁴ Diese systemwidrige Ausnahme wird mit Praktikabilitätsüberlegungen gerechtfertigt. Da eine bestrittene Forderung meist nur einen geringen Wert hat, würde sich die Durchführung des Widerspruchsverfahrens nicht lohnen. Diese Ansicht ist abzulehnen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb aufgrund des möglicherweise geringen Werts der Forderung nicht im Widerspruchsverfahren (sondern im Prätendentenstreit) entschieden werden soll, wer Gläubigerin der bestrittenen Forderung ist. Aus diesem Grund darf auch nicht gleich verfahren werden, nur weil der Drittschuldner nicht zahlungsfähig erscheint, was teilweise ebenfalls vertreten wird.³⁷⁵

- Wenn bei einer **Lohnpfändung** die Gläubigereigenschaft des Schuldners (aufgrund einer Lohnabtretung) bestritten wird: Die Forderung ist dann als bestritten zu pfänden.³⁷⁶
- Das **Pfandrecht der auf Pfandverwertung betreibenden Gläubigerin** kann nicht von einer anderen (nicht betreibenden) Gläubigerin bestritten werden, auch wenn diese oder andere Dritte selbst ein besseres Recht am Pfandgegenstand anmelden können (vgl. Art. 155 SchKG). Beim Fahrnispfand gibt es keinen der Lastenbereinigungsklage entsprechenden Rechtsbehelf.³⁷⁷ Über das Pfandrecht wird nur dann ein Widerspruchsverfahren durchgeführt, wenn die mutmasslich pfandgesicherte Gläubigerin ihr Recht in der Betreibung der anderen Gläubigerin anmeldet. Das setzt aber voraus, dass der Vermögenswert vor Pfandverwertung gepfändet oder – nach hier vertretener Ansicht – zumindest verarrestiert wurde.³⁷⁸
- Bei **Bucheffekten** kann die Sicherungsnehmerin ihr Sicherungsrecht (d.h. sowohl das Voll- wie auch das Pfandrecht³⁷⁹) auch bei bestehender Pfändung privat verwerten, wenn sie sich das vertraglich vorbehalten hat (Art. 31 Abs. 2 BEG). In diesem Fall kommt es zu keinem Widerspruchsverfahren.³⁸⁰ Sind die Voraussetzungen für eine Verwertung

374. Bommer, S. 34; BSK-Staehelin/Strub, Art. 106 SchKG N. 13a.

375. BSK-Staehelin/Strub, Art. 106 SchKG N. 13a.

376. BGE 88 III 109 E. 1; BGE 65 III 129; BGE 66 III 42; Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 57; zu Recht kritisch: BSK-Staehelin/Strub, Art. 109 SchKG N. 14 f.; KuKo-Rohner, Art. 106 SchKG N. 5.

377. BGE 74 III 65 E. 1.

nicht gegeben (z.B. weil der Pfandvertrag ungültig ist oder nicht zur Privatverwertung berechtigt), muss stattdessen der Schadenersatzanspruch des Schuldners gemäss Art. 31 Abs. 4 BEG (wohl als bestrittene Forderung) gepfändet werden.³⁸¹

- Nicht im Widerspruchsverfahren zu klären sind der Pfändung i.S.v. Art. 44 SchKG vorgehende **öffentlich-rechtliche Ansprüche**, namentlich die strafrechtliche Beschlagnahmung und Einziehung.³⁸² Hierüber entscheidet die Strafbehörde und nicht das Zivilgericht.
- **Betreibungsrechtliche Privilegien** sind im Kollokationsverfahren (Art. 146 SchKG) oder mit Beschwerde geltend zu machen.³⁸³

3. Anmeldung des Anspruchs

- 14 Grundsätzlich kann **jede Person** (auch die betreibende Gläubigerin³⁸⁴) ein besseres Recht anmelden, und zwar nicht nur für sich, sondern auch für andere Personen. Dies ergibt sich bereits aus der Formulierung von Art. 106 Abs. 1 SchKG.
- 15 Aus der Anmeldung muss hervorgehen, **welches Recht** die Ansprecherin an welchem Vermögenswert in welchem Betreibungsverfahren geltend macht.³⁸⁵

378. BGE 74 III 65 E. 2. Gemäss Bundesgericht genügt die Verarrestierung alleine nicht. Vorbehalten bleibt gemäss Bundesgericht aber eine paulianische Anfechtung, vgl. BGE 74 III 65 E. 3. Nach hier vertretener Ansicht muss die Verarrestierung aber genügen: Auch wenn der Arrest gegenüber vorangegangenen Pfändungen kein Vorzugsrecht gewährt, bewirkt er grundsätzlich den Erhalt des Vermögenswerts. Deshalb muss es der Gläubigerin m.E. möglich sein, das Pfandrecht am Vermögenswert im Widerspruchsverfahren anzugreifen, solange sie diesen bereits vor der Verwertung verarrestiert hat. Falls der Vermögenswert vor der Verarrestierung bereits verwertet wurde, kann die Gläubigerin aber immer noch allfällige (Schadenersatz-)Ansprüche des Schuldners gegen den Pfandnehmer verarrestieren bzw. pfänden lassen (d.h. wie bei Art. 31 Abs. 4 BEG). Die Gläubigerin muss sich also nicht auf die paulianische Anfechtung beschränken.

379. BSK-Bahar/Peyer, Art. 31 BEG N. 6.

380. BSK-Staehelin/Strub, Art. 106 SchKG N. 15; SK-Zondler, Art. 106 SchKG N. 8.

381. SK-Zondler, Art. 106 SchKG N. 8; BSK-Bahar/Peyer, Art. 31 BEG N. 16.

382. BGer 5A_133/2019 vom 20.7.2020 E. 3.2.1. Gemäss BSK-Staehelin/Strub, Art. 106 SchKG N.9 ist gar die Pfändung von beschlagnahmten Vermögenswerten zu unterlassen. Das ist nach h.L. und Rechtsprechung zu Recht aber möglich, insbesondere weil die Pfändung eines solchen Vermögenswerts nach Art. 98 SchKG nicht ausgenommen ist. Die Einziehung geht der Pfändung jedoch vor, vgl. BSK-Acocella, Art. 44 SchKG N. 2 m.w.H.

383. BSK-Staehelin/Strub, Art. 106 SchKG N. 9a; CR-Tschumy, Art. 106 LP N. 5.

384. Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Art. 106 SchKG N. 3.

Wird ein Pfandrecht angemeldet, muss auch die Höhe der pfandgesicherten Forderung angegeben werden. Unterlässt die Ansprecherin diese Angabe, muss das Betreibungsamt davon ausgehen, dass die pfandgesicherte Forderung dem Wert des Pfandes entspricht.³⁸⁶ Von Amtes wegen leitet das Betreibungsamt das Widerspruchsverfahren ausnahmsweise bei Grundstücken ein, wenn die Voraussetzungen nach Art. 10 VZG gegeben sind. Bei Wertpapieren leitet das Betreibungsamt das Widerspruchsverfahren ohne Anmeldung ein, wenn bei Orderpapieren das letzte Indossament nicht auf den Schuldner lautet oder wenn Abtretungs- oder Verpfändungsurkunden vorhanden sind, die auf bessere Rechte von potenziellen Ansprechern hindeuten.³⁸⁷

4. Vorgehen des Betreibungsamts

Das Betreibungsamt hat beim Entscheid, ob das Widerspruchsverfahren 16 eingeleitet werden soll, **kein Ermessen**.³⁸⁸ Das Betreibungsamt darf die Anmeldung nicht zurückweisen, auch wenn ihm klar erscheint, dass das Recht nicht besteht.³⁸⁹ Ausnahmsweise kann das Betreibungsamt die Anmeldung aber dann ausser Acht lassen, wenn der Vermögenswert vom Schuldner erst nach der Pfändung an die Ansprecherin verkauft wurde und das Betreibungsamt überzeugt ist, dass die Ansprecherin von der Pfändung wusste.³⁹⁰

D. Abs. 2: Rechtzeitige Anmeldung

Eine Ansprecherin kann ihren Anspruch anmelden, solange der Erlös aus dem 17 verwerteten Vermögenswert noch **nicht verteilt** ist (Art. 106 Abs. 2 SchKG).

Allerdings darf die Ansprecherin nicht in rechtsmissbräuchlicher oder grob 18 fahrlässiger Weise mit der Anmeldung zuwarten.³⁹¹ Das Bundesgericht war in älteren Entscheiden sehr streng und erwog, dass der Anspruch innert zehn Tagen seit Kenntnis der Pfändung oder Verarrestierung angemeldet werden

385. Vgl. BSK-Staehelin/Strub, Art. 106 SchKG N. 20; SK-Zondler, Art. 106 SchKG N. 6; CR-Tschumy, Art. 106 LP N. 11.

386. BGE 144 III 198 E. 5.1.2.4.

387. BGE 67 III 65 E. 1; BSK-Staehelin/Strub, Art. 109 SchKG N. 21.

388. Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Art. 106 SchKG N. 4; vgl. bereits Blumenstein, S. 386.

389. BGE 80 III 69.

390. BGE 130 III 669 E. 5.1 = Pra 94 (2005) Nr. 76; Kren Kostkiewicz, N. 800.

391. BGE 144 III 198 E. 5.1.2.2; BGE 81 III 107; BGE 102 III 140 E. 3 m.w.H.

muss.³⁹² Gemäss nun ständiger Rechtsprechung ist das zwar nicht mehr nötig.³⁹³ **Rechtsmissbrauch** wird aber dann bejaht, wenn es keinen vernünftigen Grund gab, zuzuwarten und der Ansprecherin bewusst war, die Betreibung zu stören oder die Gläubigerin zu überflüssigen Handlungen zu veranlassen.³⁹⁴ So ist die Anmeldung offensichtlich rechtsmissbräuchlich, wenn die Anmeldung ein Jahr nach Kenntnis des Arrestvollzugs und ohne entschuldbaren Grund erfolgte.³⁹⁵ Ebenso muss das Recht bereits mit dem rechtskräftigen Arrestbeschluss angemeldet werden und nicht erst bei der Prosequierungspfändung.³⁹⁶ Die vorsichtige Ansprecherin wird ihren Anspruch umgehend anmelden, nachdem sie von der Pfändung erfahren hat oder rechtskräftig feststeht, dass die Verarrestierung zulässig ist.³⁹⁷

- 19 Rechtsmissbrauch ist von **allen Behörden** zu berücksichtigen. Das Betreibungsamt kann selbst zum Schluss kommen, dass die Ansprecherin ihr Recht verspätet angemeldet hat. Das Betreibungsamt bzw. die SchKG-Aufsichtsbehörden können somit entscheiden, dass das Recht verwirkt ist (zumindest im Vollstreckungsverfahren, vgl. sogleich N. 20).³⁹⁸ Das Recht der Ansprecherin wird dann gar nicht in einem gerichtlichen Widerspruchsverfahren beurteilt. Wird die rechtzeitige Anmeldung hingegen erst im gerichtlichen Widerspruchsverfahren thematisiert, muss m.E. das Gericht prüfen, ob die Anmeldung rechtzeitig erfolgte.³⁹⁹

E. Abs. 3: Verfolgungsrechte der besser berechtigten Person

- 20 Nach Abs. 3 bleiben die Rechte gemäss **Art. 934 ff. ZGB** vorbehalten. Die Bestimmung stellt also klar, dass die sog. materiellen Verfolgungsrechte den Bestimmungen über das Widerspruchsverfahren vorgehen. Die Ansprecherin verwirkt ihre Rechte nicht, wenn sie das Widerspruchsverfahren nicht

392. BGE 37 I 463 E. 2.

393. BGE 88 III 109 E. 2.

394. BGE 120 III 123 E. 2; BGE 114 III 92 E. 1 und 2; BGE 113 III 104 E. 2; BGE 112 III 59 E. 1; BGE 111 III 21 E. 2; BSK-Staehelin/Strub, Art. 109 SchKG N. 22.

395. OGer ZH PS120104 vom 15.11. 2012 E. 3.4.2. Vgl. mit weiteren Beispielen: BSK-Staehelin/Strub, Art. 109 SchKG N. 23a ff.

396. HGer ZH vom 4.11.2009, ZR 109 [2010] Nr. 48 S. 173 ff., E. 2.2.3.1; KuKo-Rohner, Art. 106 SchKG N. 16.

397. Vgl. zum Arrest: BGE 114 III 92 E. 1 und 2; BGE 113 III 104 E. 2.

398. Vgl. BGer 5A_392/2013 vom 30.8. 2013; BGE 111 III 21.

399. A.A. Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 85; Gilliéron, N. 1142.

einleitet. Allerdings kann die Ansprecherin die Sache von einem gutgläubigen Erwerber nur gegen Entschädigung herausverlangen (vgl. Art. 934 Abs. 2 ZGB).⁴⁰⁰ Die Regelung ist nur für Sachen relevant.⁴⁰¹ Bei unverbrieften Forderungen und Aktien sowie Wertrechten gibt es ohnehin keine Verfolgungsrechte.⁴⁰²

II. ART. 107 / 108 SCHKG

A. Hintergrund der Parteirollenverteilung

Art. 107 /108 SchKG regeln das sog. Vorverfahren und verteilen die 21 Parteirollen zwischen Gläubigerin bzw. Schuldner und Ansprecherin.⁴⁰³ Gewöhnlich haben Gläubigerin und Schuldner divergierende Interessen. Im Widerspruchsverfahren haben sie für einmal **übereinstimmende Interessen** (zumindest wenn sie keine rechtliche oder persönliche Verbindung zur Ansprecherin haben): Beide sind daran interessiert, dass der Vermögenswert (unbelastet) in der Pfändung belassen wird. Der Vermögenswert wird in diesem Fall zugunsten der Gläubigerin verwertet und die Schuld des Schuldners verkleinert sich entsprechend.

Art. 107 / 108 SchKG enthalten einen Mechanismus, der die Interessen der 22 Gläubigerin bzw. des Schuldners sowie der Ansprecherin ausgleicht und die Parteirollen effizient verteilt. Es muss diejenige Person klagen, deren Standpunkt **weniger wahrscheinlich** erscheint.⁴⁰⁴

B. Verfahrensablauf gemäss Art. 107 SchKG

Wenn der Schuldner alleinigen Gewahrsam an der gepfändeten Sache hat 23 bzw. seine Berechtigung an der Forderung wahrscheinlicher ist, müssen die Gläubigerin oder der Schuldner das angemeldete Recht **bestreiten**.⁴⁰⁵ Tun sie dies nicht, gilt es als anerkannt. Bestreiten sie das Recht hingegen, muss

400. KuKo-Rohner, Art. 106 SchKG N. 18; Amonn/Walther, § 24 N. 28.

401. Tschumy, S. 170.

402. BGE 54 III 294 E. 2; BSK-Staehelin/Strub, Art. 106 N. 29.

403. SK-Zondler, Art. 107 SchKG N. 1; KuKo-Rohner, Art. 107/108 SchKG N. 1.

404. Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 89.

405. Bei einer Anschlusspfändung kann auch jede Anschlussgläubigerin nochmals das angemeldete bessere Recht der Ansprecherin bestreiten, vgl. Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 67.

die **Ansprecherin klagen**. Klagt diese nicht, wird das Recht in der Pfändung nicht berücksichtigt (Art. 107 Abs. 5 SchKG).

- 24 Gläubigerin und Schuldner können verlangen, dass die Ansprecherin die **Beweismittel** vorlegt, aus denen sie ihr behauptetes Recht ableitet (Art. 107 Abs. 4 SchKG). Es handelt sich um eine prozessuale Obliegenheit. Säumnis führt nicht zur Umkehr der Parteirollen, kann aber im Rahmen der Kostenverteilung berücksichtigt werden (Art. 73 Abs. 2 SchKG und Art. 107 Abs.1 ZPO).⁴⁰⁶

C. Verfahrensablauf gemäss Art. 108 SchKG

- 25 Anders verhält es sich, wenn die Ansprecherin Gewahrsam oder zumindest Mitgewahrsam am gepfändeten Vermögenswert hat bzw. ihre Berechtigung an der Forderung wahrscheinlicher erscheint. In diesem Fall müssen der **Schuldner oder die Gläubigerin** innert 20 Tagen gegen die Ansprecherin **klagen**. Klagen sie nicht, gilt das angemeldete Recht als anerkannt und wird in der Pfändung berücksichtigt (Art. 108 Abs. 3 SchKG).

D. Kriterien zur Verteilung der Parteirollen

- 26 Für die Verteilung der Parteirollen ist somit entscheidend, wer Gewahrsam hat oder wessen Berechtigung an der Forderung wahrscheinlicher ist.⁴⁰⁷

1. Gewahrsam an Sachen

- 27 Gewahrsam meint die unmittelbare **faktische Herrschaft** über eine bewegliche Sache. Diese Herrschaft wird losgelöst von den rechtlichen Verhältnissen beurteilt. Es ist irrelevant, ob die Herrschaft rechtens ist.⁴⁰⁸ Vielmehr geht es um die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache; aus praktischer Sicht meist um den Gebrauch.⁴⁰⁹ Der Gewahrsam ist zwar verwandt mit dem zivilrechtlichen Besitz.⁴¹⁰ Allerdings hat nur der unmittelbare Besitzer Gewahrsam;⁴¹¹ wobei es keine Rolle spielt, wenn der

406. BSK-Staehelin/Strub, Art. 107 SchKG N. 22; Stoffel/Chabloz, § 5 N. 126.

407. Bei Grundstücken ist der Grundbucheintrag entscheidend, vgl. Art. 107 / 108 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG.

408. BGer 5A_35/2014 vom 13.2.2014 E. 3.3; BGE 110 III 87 E. 2a; BGE 87 III 11 E. 1, wonach «rechtliche Momente» aber insoweit in Betracht kommen können, als dass sie einen Rückschluss auf die tatsächliche Verfügungsgewalt zulassen (z.B. Urkunden oder Eintragungen in öffentlichen Registern).

Besitz lediglich «unselbständig» ist (z.B. bei einem Mieter).⁴¹² Damit ist der Begriff des Gewahrsams im SchKG weitgehend deckungsgleich mit jenem im Strafrecht.⁴¹³

Auch wenn es bei der Beurteilung des Gewahrsams nicht auf die rechtlichen 28 Verhältnisse ankommt, können unbestrittene⁴¹⁴ **rechtliche Kriterien** einen Rückschluss auf die tatsächliche Verfügungsmacht erlauben. Beispielsweise hat ein Arbeitnehmer keinen (Mit-)Gewahrsam an sich in Räumen des Arbeitgebers befindlichen Sachen.⁴¹⁵ Im Bankgeschäft hat nicht die Bank, sondern der Bankkunde Gewahrsam an Vermögenswerten in Schliessfächern oder (physischen) Wertschriftendepots.

Ebenso ist zu berücksichtigen, dass die Unterscheidung Allein-/ 29 Mitgewahrsam immer im **Verhältnis zur Ansprecherin** beurteilt wird: So hat ein verheirateter, mit seiner Ehegattin im selben Haushalt lebender Schuldner Alleingewahrsam i.S.v. Art. 107 SchKG an einer Sache, wenn sein Bruder das Eigentum daran beansprucht. Macht hingegen die Ehefrau Rechte geltend, ist von Mitgewahrsam auszugehen.⁴¹⁶ Anders ausgedrückt, ist auch dann nach Art. 107 SchKG vorzugehen, wenn ein Vierter Mitgewahrsam hat.⁴¹⁷

So einfach die dargelegten Grundsätze sind, so schwierig kann es im 30 **Einzelfall** sein, Alleingewahrsam von Mitgewahrsam i.S.v. Art. 108 SchKG abzugrenzen.⁴¹⁸ Illustrativ können folgende Beispiele genannt werden:

- Im Verhältnis zu Personen, welche im selben Haushalt leben: Alleingewahrsam liegt vor, wenn der Vermögenswert an einem Ort aufbewahrt wurde, über den nur der Schuldner verfügen kann (z.B. wenn

409. OGer ZH PS190091 vom 16.10.2019 E. 3.1; das Bundesgericht spricht von der tatsächlichen Verfügungsgewalt über die Sache, verbunden mit der Möglichkeit, sie zu gebrauchen, vgl. BGer 5A_20/2021 vom 23.12.2021 E. 3.1.3 m.w.H.

410. Vgl. Gilliéron, N. 1150, auch wenn Gewahrsam auf Französisch mit «possession» und Italienisch «possesso» übersetzt wurde.

411. KuKo-Rohner, Art. 107/108 SchKG N. 4.

412. OGer BE ABS 2021 146 vom 27.8.2021 E. 4.4; BSK-Staehelin/Strub, Art. 107 SchKG N. 6.

413. Vgl. BSK-Niggli/Riedo, Art. 139 StGB N. 20.

414. Vgl. BGE 87 III 11 E. 1; BGer 7B.159/2005 vom 15.11.2005 E. 1, wonach deren Vorhandensein unbestritten oder ohne Weiteres zuverlässig feststellbar sein muss (z.B. mit Urkunden).

415. BGer 5A_859/2019 vom 9.11.2020 E. 3.4.1 m.w.H.

416. BSK-Staehelin/Strub, Art. 107 SchKG N. 4 und 8.

417. OGer ZH PS170037 vom 27.2.2017 E. III. 4.1 und 4.5.

418. Vgl. CR-Tschumy, Art. 107 LP N. 4; Blumenstein, S. 387.

ein Vermögenswert im abgeschlossenen Schreibtisch aufbewahrt wird und nur der Schuldner einen Schlüssel hat).⁴¹⁹ Ansonsten liegt Mitgewahrsam vor.

- Es besteht Alleingewahrsam, wenn der Schuldner im Fahrzeugausweis aufgeführt ist,⁴²⁰ nur er den Wagen benutzt und diesen in einer separaten Garage abstellt. Dass seine Frau einen eigenen Schlüssel für die Garage hat und den Wagen gelegentlich reinigt, spielt keine Rolle.⁴²¹
- Gemäss Obergericht Zürich liegt bei einem Bankschliessfach Mitgewahrsam vor, wenn die Ansprecherin eine Vollmacht hat.⁴²²

2. Wahrscheinliche Berechtigung an Forderung

- 31 Um zu entscheiden, wer wahrscheinlicher an einer Forderung berechtigt ist, wird regelmässig auf **Urkunden** abgestellt. Bei vertraglichen Ansprüchen dürfte regelmässig diejenige Person wahrscheinlich berechtigt sein, welche in einem schriftlichen Vertrag als Vertragspartnerin genannt wird. So ist bei Bankkonti wahrscheinlich, dass die Kontoinhaberin auch Gläubigerin der Forderung ist.⁴²³ Daran ändert sich auch nichts, wenn gemäss Formular A eine andere Person (d.h. die Ansprecherin) wirtschaftlich berechtigt ist.⁴²⁴
- 32 Beim **Gemeinschaftskonto** (Joint Account) ist zwischen dem Aussenverhältnis (Verhältnis zwischen den Bankkunden und der Bank) sowie dem Innenverhältnis (Verhältnis zwischen den beiden Kontoinhabern) zu unterscheiden. Zweck des Joint Accounts ist, dass das Aussenverhältnis mehrerer Personen ungeachtet des Innenverhältnisses geregelt wird.⁴²⁵ Wird das Guthaben in der Betreuung gegen einen Mit-Kontoinhaber gepfändet

419. BSK-Staehelin/Strub, Art. 107 SchKG N. 8.

420. Der Fahrzeugausweis gilt allgemein als wichtiges Indiz für den Gewahrsam, vgl. Amonn/Walther, § 24 N. 38.

421. BGE 80 III 25 E. 2. Mit weiteren Beispielen zu Fahrzeugen: BSK-Staehelin/Strub, Art. 107 SchKG N. 8a.

422. OGer ZH PS190091 vom 16.10.2019 E. 3.2, wobei die Gläubigerin wohl hätte vorbringen können, dass die Ansprecherin über keinen Schlüssel verfügte. Ohne diese Feststellung ist von Mitgewahrsam auszugehen, insbesondere weil der Schlüssel auch bei der Bank deponiert und jeweils dem Berechtigten ausgehändigt werden kann, vgl. BGer 5A_859/2019 vom 9.11.2020 E. 3.3.3.

423. BGE 142 III 65 E. 4.1; SK-Zondler, Art. 107 SchKG N. 4; Stoffel/Chabloz, § 5 N. 119.

424. BSK-Staehelin/Strub, Art. 107 SchKG N. 12.

425. BK-Kratz, Art. 150 OR N. 69.

und macht die Mit-Kontoinhaberin geltend, dass das Guthaben (vollumfänglich oder teilweise) ihr zustehe, wird im Widerspruchsverfahren entschieden, wer im Innenverhältnis tatsächlich am Guthaben berechtigt ist.⁴²⁶ Obschon die Berechtigung der Ansprecherin als Mit-Kontoinhaberin nicht per se wahrscheinlicher ist als diejenige des Schuldners,⁴²⁷ wird in der Praxis «Mitberechtigung» der Ansprecherin angenommen, weshalb ihr nach Art. 108 SchKG die Beklagtenrolle zugewiesen wird.⁴²⁸

Ansonsten hat die Rechtsprechung die Beklagtenrolle wie folgt verteilt:

33

- Kann die Ansprecherin eine **Abtretungsurkunde** vorlegen, so ist ihre Berechtigung grundsätzlich wahrscheinlicher, wenn die gepfändete Forderung unter die Umschreibung der abgetretenen Forderung fällt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Abtretungsurkunde einen offensichtlichen Mangel aufweist⁴²⁹ oder, nach hier vertretener Auffassung, wenn die Abtretung offensichtliche inhaltliche Mängel hat (z.B. Unabtretbarkeit der Forderung).⁴³⁰
- Die Richtigkeit eines **Eintrages im Handelsregister** wird vermutet. Fehlt es an Beweismitteln, welche dessen Unrichtigkeit nachweisen, so ist die materielle Berechtigung des eingetragenen Gesellschafters an Stammanteilen wahrscheinlicher als jene einer Ansprecherin.⁴³¹
- Bei einer Marke ist der Eintrag im **Markenregister** massgebend.⁴³²

3. Grundstücke: Eintrag im Grundbuch

Bei Grundstücken ist der Eintrag im Grundbuch entscheidend. In der Praxis 34 kommt es bei Grundstücken nur **selten** zum Widerspruchsverfahren nach Art. 106 ff. SchKG. Zum einen, weil bei Grundstücken nur das Eigentum

426. BGE 112 III 52 E. 3 = Pra 75 (1986) Nr. 221; BGE 112 III 90 E. 5; BGE 110 III 24 E. 2; OGer ZH NE170006 vom 23.11.2017 E. 4.3.1.

427. Oder umgekehrt, vgl. Stoffel/Chabloz, § 5 N. 120.

428. Vgl. BGer 5A_1041/2017 vom 4.2.2019, Sachverhalt A.c.; BSK-Staehelin/Strub, Art. 108 SchKG N. 5. Allgemein wird der Ansprecherin die Beklagtenrolle zugeteilt, wenn es gleich wahrscheinlich ist, dass sie oder der Schuldner berechtigt sind, vgl. KuKo-Rohner, Art. 107/108 SchKG N. 12.

429. AppGer BS BEZ.2014.86 (AG.2015.37) vom 12.1.2015 E. 3.3; BGE 88 III 55 E. 1; BGE 67 III 49.

430. Offengelassen in AppGer BS BEZ.2014.86 (AG.2015.37) vom 12.1.2015 E. 3.3.

431. OGer BE ABS 21 162 vom 23.7.2021 E. 4.4.

432. OGer ZH NE180008 vom 4.12.2018 E. 5.1.

Gegenstand des Widerspruchsverfahrens sein kann und die übrigen Rechte im Lastenbereinigungsverfahren geklärt werden (vgl. vorn N. 2). Zum anderen, weil mit dem Grundbuch eine erhöhte Klarheit über die Eigentumsverhältnisse besteht.

4. Abweichung beim Durchgriff?

- 35 In der Rechtsprechung ist umstritten, ob von der Regelung in Art. 107 / 108 SchKG **abgewichen** werden kann, wenn zuvor im Arrestverfahren mit einem Durchgriff Vermögenswerte der Ansprecherin in die Zwangsvollstreckung einbezogen wurden (vgl. zum Durchgriff hinten N. 78). Gemäss dem Kantonsgericht Graubünden ist ein Durchgriff nicht zu beachten, auch wenn sich die Gläubigerin im Arrestverfahren erfolgreich auf einen Durchgriff berufen konnte.⁴³³ Das Bundesgericht geht hingegen mit überzeugender Begründung davon aus, dass dies möglich ist: Das Rechtsmissbrauchsverbot gilt in der ganzen Rechtsordnung und ist von allen Behörden zu beachten. Gemäss Bundesgericht kann es sogar notorisch sein, dass ein Schuldner eine Gesellschaft faktisch als Vehikel für sein Vermögen nutzt.⁴³⁴ In diesem Fall erscheint es sicherlich angemessen, nach Art. 107 SchKG und nicht nach Art. 108 SchKG vorzugehen.

5. Gewahrsam eines Vierten

- 36 Als Vierter gilt eine Person, die nichts mit der Betreuung zu tun hat und auch kein Recht am strittigen Vermögenswert geltend macht. Hat ein Vierter den Vermögenswert in Gewahrsam (z.B. Mieter, Borger, mit Reparatur des Vermögenswerts beauftragtes Unternehmen), so wird der Gewahrsam jener Person zugerechnet, für welche er den Gewahrsam ausübt.⁴³⁵ Übt der Vierte den Gewahrsam nur für den Schuldner aus, ist nach Art. 107 SchKG vorzugehen, ansonsten nach Art. 108 SchKG.⁴³⁶ Dabei kommt es auf die **Auffassung des Vierten** an, für wen er den Gewahrsam ausübt.⁴³⁷

433. KGer GR KSK 2021 7 vom 11.8.2021 E. 8.2 f.

434. BGer 5A_342/2020 vom 4.3.2021 E. 4.1.

435. BGE 123 III 367 E. 3b; Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 66; SK-Zondler, Art. 107 SchKG N. 3.

436. KGer GR KSK 2021 7 vom 11.8.2021 E. 7.3.

437. BGE 83 III 27 E. 1.

6. Massgeblicher Zeitpunkt

Im Grundsatz ist die **Pfändung** der relevante Zeitpunkt, um über den Gewahrsam bzw. die wahrscheinliche Berechtigung zu entscheidend.⁴³⁸ Zu beachten ist, dass die Beweismittel, welche eine Partei anführt, um ihren Standpunkt zur Parteirollenverteilung zu untermauern, auch von einem späteren Datum stammen können.⁴³⁹ Lässt sich das Gewahrsamsverhältnis im Zeitpunkt der Pfändung nicht bestimmen, ist das **letzte, klar feststellbare Gewahrsamsverhältnis** entscheidend.⁴⁴⁰

Wird vorgängig **Arrest** gelegt, ist dessen Zeitpunkt massgebend.⁴⁴¹ Werden beschlagnahmte Vermögenswerte gepfändet, ist für die Parteirollenverteilung entscheidend, wer vor der strafrechtlichen **Beschlagnahme** Gewahrsam hatte.⁴⁴² Bei der Mietretentionsbetreibung ist der Zeitpunkt der Aufnahme des **Retentionsverzeichnisses** i.S.v. Art. 283 Abs. 3 SchKG relevant.⁴⁴³ Das gilt auch dann, wenn die Sachen danach wieder (unrechtmässig) in die Räumlichkeiten der Schuldnerin verbracht werden.⁴⁴⁴

E. Beschwerde gegen Parteirollenverteilung

Gegen die fristansetzende Verfügung kann die beschwerte Partei **Beschwerde** i.S.v. Art. 17 SchKG führen. Erfährt die Ansprecherin, dass das Betreibungsamt der Gläubigerin und dem Schuldner Frist zur Bestreitung ihres Anspruchs gemäss Art. 107 Abs. 2 SchKG ansetzt, kann sie bereits gegen diese Mitteilung Beschwerde erheben, wenn sie der Ansicht ist, dass der Gläubigerin bzw. dem Schuldner die Klägerrolle zuzuweisen ist.⁴⁴⁵

Die Beschwerde hat von Gesetzes wegen **keine aufschiebende Wirkung** (Art. 36 SchKG). Wird der Beschwerde (nach einem entsprechenden Antrag) die aufschiebende Wirkung erteilt, ist die Frist zur Anhebung der Widerspruchsklage auch dann neu anzusetzen, wenn die Beschwerde

438. statt vieler: BGE 80 III 114 E. 1.

439. KGer BL 420 16 411 vom 13.12.2016 E. 2, wo es um Bestätigungsschreiben ging, welche aber erst nach der Pfändung eingeholt wurden.

440. BGer 5A_20/2021 vom 23.12.2021 E. 3.4.

441. BGE 76 III 87 E. 2.

442. BGer 7B.159/2005 vom 15.11.2015 E. 2.

443. OGer BE ABS 2021 146 vom 27.8.2021 E. 4.5.

444. OGer BE ABS 21 146 vom 27.8.2021 E. 4.5.

445. BGer 7B.270/2003 vom 27.2.2004 E. 2.3.

abgewiesen wird.⁴⁴⁶ Die beschwerdeführende Partei muss nicht explizit beantragen, dass ihr für den Fall des Unterliegens eine neue Frist anzusetzen ist.⁴⁴⁷

F. Fristansetzung

- 41 Gemäss Art. 107 Abs. 5 SchKG bzw. Art. 108 Abs. 2 SchKG setzt das Betreibungsamt eine Klagefrist von **20 Tagen** an.
- 42 Eine Ausnahme beim Fristenlauf gilt dann, wenn eine Ansprecherin an einem Vermögenswert das Eigentum und eine andere Ansprecherin ein Pfandrecht anmeldet. In diesem Fall beginnt die Frist für die Widerspruchsklage der Gläubigerin bzw. des Schuldners gegen das Pfandrecht erst dann, wenn das Widerspruchsverfahren gegen die Eigentumsansprecherin beendet ist und der Vermögenswert in der Pfändung verbleibt. Das Betreibungsamt muss von diesem **speziellen Fristenlauf** Mitteilung machen.⁴⁴⁸
- 43 Bei der Fristansetzung nach Art. 108 SchKG kommt dem Betreibungsamt grundsätzlich kein Ermessen zu. Gemäss Kantonsgericht Graubünden darf das Betreibungsamt selbst bei einer **Verarrestierung** von Vermögenswerten **nicht zuwarten**, bis über den Arrest (Arresteinsprache, Beschwerde) endgültig entschieden ist, sondern hat direkt Frist zur Klageeinreichung anzusetzen.⁴⁴⁹ Diese Rechtsprechung ist nicht sachgerecht: Es ist einer Gläubigerin nicht zuzumuten, eine Widerspruchsklage auszuarbeiten, während sie noch gar nicht weiss, ob der Arrest überhaupt aufrechterhalten wird. Die durch das Abwarten auf den endgültigen Arrestentscheid verursachte Verzögerung ist von der Ansprecherin hinzunehmen. Die Gläubigerin haftet schliesslich nach Art. 273 SchKG für den Schaden, der aus einem ungerechtfertigten Arrest entsteht.

446. Vgl. BGer 5A_342/2020 vom 4.3.2021 Sachverhalt C.; Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 87, wonach die aufschiebende Wirkung gewährt werden soll, ausser die Beschwerde erweist sich als trölerisch, mut- oder böswillig.

447. BGE 123 III 330 E. 2; KuKo-Rohner, Art. 107/108 SchKG N. 24.

448. BGE 110 III 60 E. 2b; Amonn/Walther, § 24 N. 66.

449. KGer GR KSK 19 87 vom 27.3.2020, PKG 2020 Nr. 8.

III. ART. 109 SCHKG

A. Prozessuale Einordnung der Widerspruchsklage

Die wohl h.L. bezeichnet die Widerspruchsklage als *«prozessuale Gestaltungsklage»*.⁴⁵⁰ Diese Qualifikation überzeugt nicht: Im Widerspruchsverfahren wird lediglich festgestellt, ob und mit welcher Belastung ein Vermögenswert im Zwangsvollstreckungsverfahren zugunsten der Gläubigerin verwertet werden kann. Obwohl die Feststellung des Gerichts praktische Auswirkungen für das Zwangsvollstreckungsverfahren hat – weil der Verfahrensausgang das Vollstreckungssubstrat beeinflusst – wird die Rechtslage durch das Urteil nicht verändert, wie es bei einer Gestaltungsklage der Fall ist. Meiner Ansicht nach handelt es sich deshalb um eine **Feststellungsklage**.⁴⁵¹ Für diese Ansicht spricht auch, dass die Widerspruchsklage unbestrittenermassen nur zwischen den Prozessparteien und nicht erga omnes wirkt, wie es bei Gestaltungsklagen üblich ist.⁴⁵² Die praktischen Auswirkungen der Qualifikation sind aber überschaubar (vgl. insbesondere zum Rechtsbegehren hinten N. 69 ff.).

Innerhalb der Klagen des SchKG wird die Widerspruchsklage als **betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht** qualifiziert.⁴⁵³ Gemäss wohl h.L. gilt das auch dann, wenn sich Schuldner und Ansprecherin gegenüberstehen.⁴⁵⁴ Diese Ansicht überzeugt: Im Zentrum der Klage steht die Feststellung, inwieweit der Vermögenswert bei der Vollstreckung einbezogen wird. Die dafür notwendigen materiell-rechtlichen Aspekte sind vom Gericht nur vorfrageweise zu prüfen.

Ob die dogmatische Einteilung der SchKG-Klagen in betreibungsrechtliche mit bzw. ohne Reflexwirkung und materiell-rechtliche Klagen an sich sinnvoll ist, wurde in neuerer Zeit angezweifelt.⁴⁵⁵ Tatsächlich wird diesen Kategorien

450. BSK-Staehelin/Strub, Art. 109 SchKG N. 7; KuKo-Rohner, Art. 109 SchKG N. 2; Zogg, S. 12; Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 127.

451. Amonn/Walther, § 24 N. 47.

452. Vgl. Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 126.

453. BGer 5A_113/2018 vom 12.9.2018 E. 8.2.1 [nicht publiziert in BGE 144 III 541]; Stoffel/Chabloz, § 5 N. 7.

454. BSK-Staehelin/Strub, Art. 109 SchKG N. 4; SK-Zondler, Art. 109 SchKG N. 1; KuKo-Rohner, Art. 109 SchKG N. 19; Blumenstein, S. 390; offengelassen in BGE 140 III 355 E. 2.3.3; a.A. Amonn/Walther, § 24 N. 51, 68; Kren Kostkiewicz, N. 817; Jaeger/Walder/Kull, Art. 109 SchKG N. 7; Tschumy, S. 185 f.

zu viel Gewicht beigemessen, wenn sie als entscheidendes Argument für verschiedene prozessuale Fragen zur örtlichen und sachlichen Zuständigkeit, zur Schiedsfähigkeit oder zur Rechtskraft angeführt werden.⁴⁵⁶

- 47 Obschon das Gericht materiell-rechtliche Aspekte nur vorfrageweise prüft, hat das Urteil denn auch **«gewöhnliche» Rechtskraftwirkung**. Das Urteil wird innerhalb der üblichen Schranken, d.h. der Identität von Parteien und Streitgegenstand, rechtskräftig. Das Gericht stellt zwar nicht rechtskräftig fest, wer welches Recht am Vermögenswert hat, entscheidet aber verbindlich, ob das von der Ansprecherin geltend gemachte Recht in der Zwangsvollstreckung berücksichtigt wird. Sollte der fragliche Vermögenswert (aus was für Gründen auch immer) in einem neuen Betreibungsverfahren erneut gepfändet werden, wäre die Frage über das bessere Recht zwischen denselben Parteien bereits rechtskräftig geklärt. Es liegt mithin ein identischer Streitgegenstand vor, auch wenn sich das Rechtsbegehren leicht unterscheiden wird (Betreibungs-Nr.; Pfändungsurkunde).⁴⁵⁷ **Diese Ansicht entspricht indessen nicht der h.L. und Rechtsprechung.**⁴⁵⁸ Danach hat das Widerspruchsverfahren immer nur Wirkung für die betreffende und nicht für eine weitere Betreibung.⁴⁵⁹ Damit könnte der Prozess mit bindender Wirkung nur zuungunsten der Ansprecherin enden. Unterliegt diese, wird der Vermögenswert nämlich verwertet. Obsiegt die Ansprecherin hingegen, könnte die Gläubigerin wieder ein neues Betreibungsverfahren einleiten und einen neuen Versuch unternehmen, den Vermögenswert mit verbesserter Argumentation zu ihren Gunsten verwerten zu lassen. Diese Folge erscheint nicht angemessen. Auch wenn es sich um eine betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung handelt, muss der gerichtliche Entscheid Bindungswirkung haben.

455. Vgl. BSK-Mabillard, Art. 23 SchKG N. 11 ff.

456. Vgl. Eichel, S. 29, der auf BGE 140 III 355 E. 2.3.3 verweist.

457. Gl.M: BezGer und OGer Zürich, ZR 101 [2002] Nr. 29, S. 108 ff.; Guldener, S. 49.

458. BGE 86 III 134 E. 2; OGer ZH NE190002 vom 9.12.2019 E. II.6; Rohner, S. 140 f.; Blumenstein, S. 396.

459. Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 126 sind vermittelnd der Ansicht, dass unter Umständen auf das Beweisergebnis des Vorverfahrens abgestützt werden könne.

B. Prozessvoraussetzungen

1. Örtliche Zuständigkeit

a. Binnensachverhalt

Im Binnenverhältnis ist die Zuständigkeitsregel **einfach**: Wird der 48
 Ansprecherin die Beklagtenrolle zugeteilt, müssen die Gläubigerin bzw. der
 Schuldner die Klage am Wohnsitz der Ansprecherin einreichen (Art. 109 Abs.
 2 SchKG). In den anderen Fällen ist das Gericht am Betreibungsort zuständig
 (Art. 109 Abs. 1 SchKG). Dreht sich der Streit um ein Grundstück, ist die Klage
 am Ort einzuleiten, wo das Grundstück liegt (Art. 109 Abs. 3 SchKG).

b. Internationaler Sachverhalt

Auch bei einem internationalen Sachverhalt ist Art. 109 SchKG grundsätzlich 49
 anwendbar.⁴⁶⁰ Im Anwendungsbereich des LugÜ fällt das
 Widerspruchsverfahren nach Ansicht des Bundesgerichts unter **Art. 22 Ziff. 5
 LugÜ**, unabhängig davon, ob die Gläubigerin oder der Schuldner der
 Ansprecherin gegenüberstehen.⁴⁶¹ Hierfür lassen sich dogmatische Argumente
 anführen, namentlich die Einheitlichkeit des Betreibungsverfahrens oder der
 enge Konnex zum Zwangsvollstreckungsverfahren.⁴⁶² Letztlich haben diese
 Argumente aber einen praktischen Hintergrund:⁴⁶³ Das Verfahren würde für
 alle Beteiligten verkompliziert und insbesondere für eine Gläubigerin nahezu
 unzumutbar, wenn sie im ungünstigsten Fall nach dem Erkenntnisverfahren
 im Ausland und dem Vollstreckungsverfahren in der Schweiz auch noch ein
 Widerspruchsverfahren in einer dritten Jurisdiktion anstrengen müsste.

Diese bundesgerichtliche Rechtsprechung ist aber **umstritten**. In der Lehre 50
 finden sich abweichende Meinungen, die in verschiedenen Konstellationen
 andere Zuständigkeiten vorsehen:

- Nach einer Lehrmeinung beurteilt sich die Widerspruchsklage nach Art. 2
 LugÜ, wenn sich **Schuldner und Ansprecherin** gegenüberstehen.⁴⁶⁴

460. Vgl. Bommer, S. 46; SK-Zondler, Art. 109 SchKG N. 5. Aufgrund des Territorialitätsprinzips
 sind internationale Fälle auch von Art. 109 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG umfasst, auch wenn das nicht
 explizit erwähnt wird.

461. BGer 5A_53/2020 vom 13.7.2021 E. 3; OGer ZH NE190002 vom 9.12.2019 E. II.6; SK-
 Zondler, Art. 109 SchKG N. 5.

462. Kren Kostkiewicz, N. 820.

Begründet wird das damit, dass es sich dann um eine materiell-rechtliche Klage handelt.⁴⁶⁵ Diese Annahme ist nach hier vertretener Auffassung unzutreffend, weshalb auch die Schlussfolgerung abzulehnen ist (vgl. vorne N. 45).

- Nach anderer Ansicht findet Art. 2 LugÜ Anwendung, wenn die Gläubigerin oder der Schuldner i.S.v. Art. 108 SchKG **gegen die Ansprecherin klagen**.⁴⁶⁶ Da die Ansprecherin Gewahrsam am Vermögenswert hat bzw. ihre Berechtigung wahrscheinlicher erscheint, sei es ihr nicht zuzumuten, in ein Verfahren im Ausland (d.h. in der Schweiz) verwickelt zu werden, in dem es faktisch um das behauptete Recht geht.⁴⁶⁷ Zu Recht wird gegen dieses Argument eingewandt, dass sich immerhin die strittigen Vermögenswerte in der Schweiz befinden. Eine ausländische Ansprecherin muss damit rechnen, dass sie am Ort, wo sich der Vermögenswert befindet, in eine rechtliche Auseinandersetzung involviert werden kann (z.B. bei einem Bankkonto oder bei einem Grundstück).⁴⁶⁸

- 51 Zusammengefasst: Nach überzeugender bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist auch bei einem internationalen Sachverhalt **immer eine Zuständigkeit in der Schweiz** gemäss Art. 109 Abs. 1-3 SchKG gegeben.⁴⁶⁹

2. Sachliche Zuständigkeit

- 52 Die sachliche Zuständigkeit bestimmt grundsätzlich das **kantonale Recht** (Art. 4 ZPO). Sieht ein Kanton ein Handelsgericht vor, ist dieses für Widerspruchsklagen nicht zuständig.⁴⁷⁰ Im Kanton Zürich ist das Einzelgericht des Bezirksgerichts sachlich zuständig (§ 24 lit. b des Gesetzes des Kantons Zürich vom 10.5.2010 über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG/ZH; LS 211.1).

463. Vgl. Bommer, S. 57.

465. Kren Kostkiewicz, N. 821.

466. SHK-Markus, Art. 22 Nr. 5 LugÜ N. 215.

467. Bommer, S. 79 f.

468. Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 100.

469. BGE 107 III 118 E. 2; BGer 5A_357/2008 vom 5.11.2008 E. 2.1; g.M.: BSK-Staehelin/Strub, Art. 109 SchKG N. 16; SK-Zondler, Art. 109 SchKG N. 5; Rohner, S. 108 f.

470. BGE 140 III 355; SK-Zondler, Art. 109 SchKG N. 6.

3. Fristwahrung

Ein Schlichtungsverfahren findet nicht statt (Art. 198 lit. e Ziff. 3 ZPO). Die 53
20-tägige Klagefrist kann somit nur mit dem Einreichen der Klage beim
Gericht gewahrt werden. Das Einhalten der Frist ist **Prozessvoraussetzung**.
471 Die Frist kann (vom Betreibungsamt) grundsätzlich nicht erstreckt oder neu
angesetzt werden.⁴⁷²

Verpasst die Gläubigerin die Frist, kann sie in einer neuen Betreibung die 54
Klage **erneut anhängig** machen, sofern die Vermögenswerte noch vorhanden
sind.⁴⁷³ Diese Folge entspricht der Anordnung in Art. 108 Abs. 3 SchKG,
wonach der Anspruch (nur) in der betreffenden Betreibung ausser Betracht
fällt bzw. als anerkannt gilt, wenn keine Klage eingereicht wird.

Die **Frist von 20 Tagen** zur Klageeinleitung ist sehr knapp bemessen.⁴⁷⁴ Die 55
kurze Frist ist mit ein Grund, weshalb in der Praxis oftmals gegen die
Parteirollenverteilung Beschwerde geführt wird. Gewährt das Gericht die
aufschiebende Wirkung, verfügt die klagende Partei selbst dann über die
notwendige Zeit, wenn das Gericht die Beschwerde schliesslich abweist (vgl.
vorn N. 40). Kann die Parteirollenverteilung aufgrund der klaren Sach- und
Rechtslage nicht angegriffen werden, wird in der Lehre die Möglichkeit
erwähnt, im vereinfachten Verfahren eine unbegründete Klage einzureichen
oder im ordentlichen Verfahren die Klage lediglich kurz zu begründen.⁴⁷⁵
Letzteres ist selbstredend nur eine Notmassnahme. Bei komplexeren Fällen
sollte zumindest die Gläubigerin bereits vor der Betreibung mit der
Klageausarbeitung beginnen, wenn sie eine mutmassliche, bereits bekannte
Ansprache bekämpfen will.

Ob für die Einreichung der Klage die **Betreibungsferien des SchKG oder** 56
die Gerichtsferien der ZPO anwendbar sind, ist unter geltendem Recht

471. KuKo-Rohner, Art. 109 SchKG N. 4; Rohner, S. 93 f.; BSK-Staehelin/Strub, Art. 109 SchKG
N. 11; a.A.: SK-Zondler, Art. 109 SchKG N. 3, der davon ausgeht, dass die Klage bei Verpassen
der Frist abgewiesen wird.

472. BGE 82 III 31 E. 1.

473. BGE 86 III 134 E. 2.

474. Vgl. BSK-Staehelin/Strub, Art. 109 SchKG N. 4; Fritzsche/Walder-Bohner, § 26 Rz. 21
drücken es so aus: «*Es ist nicht zu leugnen, dass im Interesse der Förderung des
Betreibungsverfahrens [...], der Partei ein erhebliches Mass von Umsicht und Entschlusskraft
zugemutet wird.*».

475. Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 87.

nicht abschliessend geklärt. In der Lehre existieren verschiedene Ansichten.⁴⁷⁶ Wie bei den anderen SchKG-Klagen herrscht somit erhebliche Unsicherheit.⁴⁷⁷ Aus der neusten bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann aber wenigstens abgeleitet werden, dass eine der beiden Regelungen zur Anwendung gelangt und nicht gar kein Fristenstillstand gilt.⁴⁷⁸

- 57 Der Gesetzgeber hat mit der ZPO-Revision **Klarheit** geschaffen. Art. 145 Abs. 4 nZPO sieht vor: «*Die Bestimmungen dieses Gesetzes über den Stillstand der Fristen sind für alle Klagen nach dem SchKG, die vor einem Gericht einzureichen sind, anwendbar.*» Somit sind ab Inkrafttreten der Revision die Gerichtsferien nach ZPO anwendbar. Bis dahin wird sich die vorsichtige klagende Partei allerdings nicht darauf verlassen, dass die Gerichte diese Bestimmung bereits anwenden.
- 58 Ist die Klage einmal rechtshängig, finden bereits unter geltendem Recht für den laufenden Prozess sowie bei der Rechtsmittelfrist die Gerichtsferien nach ZPO Anwendung.⁴⁷⁹
- 59 Bis anhin richten sich die (ausnahmsweise) **Verlängerung oder Wiederherstellung** der Frist nach Art. 33 Abs. 2 und Abs. 4 SchKG.⁴⁸⁰ Da Art. 145 Abs. 4 nZPO nur den Stillstand der Frist regelt, dürften diese Bestimmungen weiterhin Anwendung finden.

4. Hängiges Betreibungs- oder Arrestverfahren

- 60 Fällt die Betreibung dahin, fehlt es am **Rechtsschutzinteresse**, weshalb die Widerspruchsklage gegenstandslos wird.⁴⁸¹ Ebenso wird die Widerspruchsklage gegenstandslos, wenn über den Schuldner der Konkurs eröffnet wird.⁴⁸²

476. Vgl. KGer SZ ZK2 2017 16 vom 2.11. 2017 E. 3 und 4 mit Verweis auf Literatur und Rechtsprechung.

477. So gilt unter geltendem Recht für die Einleitung der Aberkennungsklage nach Art. 83 Abs. 2 SchKG der Fristenstillstand nach SchKG (vgl. BGE 143 III 38 = Pra 107 (2018) Nr. 6), für die Kollokationsklage nach Art. 250 SchKG aber die Fristen nach ZPO (BGer 5A_790/2021 vom 7.12.2022 E. 4).

478. BGer 5A_790/2021 vom 7.12.2022 E. 4.2 f.

479. Vgl. Wuffli, S. 11.

480. BSK-Staehelin/Strub, Art. 109 SchKG N. 8a; CR-Tschumy, Art. 108 LP N. 2.

481. OGer ZH PP210054 vom 11.3.2022 E. 3.3.1. Ist die Betreibung schon vor Einleitung der Widerspruchsklage dahingefallen, so ist auf die Klage nicht einzutreten.

482. BGE 99 III 12 E. 1.

Das mit dem Widerspruchsverfahren befasste Gericht kann auch selbst 61 feststellen, dass die Betreibung oder Pfändung **nichtig** ist, weshalb das Verfahren abgeschrieben werden müsste.⁴⁸³ Das gilt gemäss Bundesgericht jedenfalls dann, wenn die Nichtigkeit «*ausser Zweifel steht*».⁴⁸⁴

Nach der Rechtsprechung kann die Gläubigerin das Widerspruchsverfahren 62 durch **Rückzug der Betreibung** selbst dann «abbrechen», wenn sie merkt, dass sie (prozessuale) Fehler begangen hat und mit einem zweiten Arrest bzw. einer erneuten Pfändung ein neues Widerspruchsverfahren erzwingen.⁴⁸⁵ Da es sich bei der gültigen Betreibung um eine Prozessvoraussetzung handelt, ist diese Folge korrekt und das Gericht hat das Verfahren als gegenstandlos abzuschreiben. Die Gläubigerin trägt in diesem Fall die Prozesskosten (vgl. Art. 107 lit. e ZPO).

5. Gültige Anmeldung

Die Ansprecherin darf nicht in rechtsmissbräuchlicher Weise mit der 63 Anmeldung zuwarten (vgl. vorn N. 18). Wie in N. 19 erwähnt, kann auch das Gericht prüfen, ob die Anmeldung rechtzeitig oder verspätet erfolgte.

Das Gericht prüft grundsätzlich nur **diejenigen Rechte**, welche von der 64 Ansprecherin beim Betreibungsamt **angemeldet** wurden. Möglich ist aber, dass die Ansprecherin im Prozess ein weniger weitgehendes Recht geltend macht (z.B. ein Pfandrecht, wenn sie in der Anmeldung das Eigentum beanspruchte).⁴⁸⁶ Die Klageänderung richtet sich nach Art. 227 und 230 ZPO.

C. Einzelfragen

1. Wirkungen der Klage auf das Pfändungsverfahren

Gemäss Art. 109 Abs. 4 SchKG zeigt das Gericht dem Betreibungsamt den 65 Eingang und die Erledigung der Klage an. Der Grund für diese Regelung liegt in der Wirkung gemäss Abs. 5. Danach bleibt die **Betreibung für den**

483. Kren Kostkiewicz, N. 821; BSK-Staehelin/Strub, Art. 107 SchKG N. 20c.

484. BGE 96 III 111 E. 4b; so wohl auch BGer 5A_360/2012 vom 28.1.2013 E. 4.2. Anders noch BGE 84 III 141 E. 2, wonach das Gericht aber seine Auffassung den Betreibungsbehörden mitteilen und das Verfahren sistieren kann, bis die SchK-Behörden entschieden haben; vgl. dazu BSK-Staehelin/Strub, Art. 109 SchKG N. 3.

485. OGer ZH PS190193, PS190193 vom 9.3.2020 E. 4.2.7.

486. BGE 84 III 141 E. 5

fraglichen Vermögenswert eingestellt und die Fristen für das Verwertungsbegehren stehen still.

2. Gerichtsstandsvereinbarung

- 66 Nach h.L. sind die Gerichtsstände gemäss Art. 109 SchKG **zwingend**.⁴⁸⁷ Das ist überzeugend: Art. 17 ZPO findet keine Anwendung, weil im SchKG geregelt ist, welches Gericht für die Beurteilung dieser betreibungsrechtlichen Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht zuständig ist (vgl. Art. 46 ZPO).⁴⁸⁸ Das gilt auch in internationalen Verhältnissen.⁴⁸⁹

3. Schiedsfähigkeit der Widerspruchsklage

- 67 Es ist **umstritten**, ob die Widerspruchsklage **schiedsfähig** ist.⁴⁹⁰ Auf den ersten Blick erscheint es nicht abwegig, dass auch ein Schiedsgericht über eine Widerspruchsklage urteilen kann. Im Unterschied zum Gerichtsstand existiert keine Bestimmung im SchKG, die für Schiedsgerichte eine von der ZPO bzw. vom IPRG abweichende Ordnung vorsieht. Zudem geht es um vermögensrechtliche Ansprüche (i.S.v. Art. 177 IPRG), über welche die Parteien frei verfügen können (i.S.v. Art. 354 ZPO).⁴⁹¹ Aufgrund der letzteren Gegebenheit spricht auch nicht der Schutz unbeteiligter Pfändungsgläubigerinnen gegen die Schiedsfähigkeit.⁴⁹² Gläubigerinnen, die sich nicht selbst zur Bestreitung einer Ansprache nach Art. 107 SchKG bzw. zur Klage nach Art. 108 SchKG entschieden haben, sind nicht schutzbedürftig.
- 68 Dennoch sprechen **legitime Argumente gegen die Schiedsfähigkeit** der Widerspruchsklage. Einerseits besteht ein enger Konnex zum Zwangsvollstreckungsverfahren und damit zum öffentlichen Recht.

487. Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 98; BSK-Staehelin/Strub, Art. 109 SchKG N. 15; SK-Zondler, Art. 109 SchKG N. 4; Rohner, S. 100; KuKo-Rohner, Art. 109 SchKG N. 7.

488. Im Unterschied dazu ist bei der Aberkennungsklage trotz der Zuständigkeitsordnung in Art. 83 Abs. 2 SchKG eine Gerichtsstandsvereinbarung zulässig, vgl. BSK-Staehelin, Art. 83 SchKG N. 35. Im Unterschied zur Widerspruchsklage handelt es sich aber um eine materiellrechtliche Streitigkeit.

489. Vgl. Art. 22 Abs. 5 i.V.m. Art. 23 Abs. 5 LugÜ; BSK-Grolimund/Bachofner, Art. 5 IPRG N. 21.

490. ZK-Courvoisier/Wenger, Art. 354 ZPO N. 15; KuKo-Dasser, Art. 354 ZPO N. 12; ablehnend: Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 98; BSK-Staehelin/Strub, Art. 109 SchKG N. 15; befürwortend: Meier/Terrapon Chassot, Art. 177 N. 42; BK-Pfisterer, Art. 354 ZPO N. 17; BSK-Weber-Stecher, Art. 354 ZPO N. 43.

491. Vgl. BK-Pfisterer, Art. 354 ZPO N. 17.

492. So aber: BSK-Staehelin/Strub, Art. 109 SchKG N. 15.

Andererseits würde die Durchführung von Schiedsverfahren zu praktischen Problemen führen. Bei einer Schiedsabrede zwischen Schuldner und Ansprecherin wäre im Einzelfall unsicher, ob die Widerspruchsklage von der Abrede umfasst sein soll. Wollen sich mehrere Gläubigerinnen und allenfalls der Schuldner am Widerspruchsverfahren beteiligen, könnte zudem die Situation entstehen, dass der gleiche Streit einmal vor dem staatlichen und einmal vor dem Schiedsgericht ausgetragen wird. Im Ergebnis ist die Widerspruchsklage überzeugender Ansicht nach nicht schiedsfähig.

4. Rechtsbegehren

Gemäss gewissen Ansichten in der Lehre darf die klagende Partei **nicht die Feststellung** beantragen, dass das fragliche Recht (nicht) bestehe. Stattdessen müsse sie eine **Handlungsanweisung** an das Betreibungsamt formulieren. So soll die Ansprecherin beantragen, dass der Vermögenswert aus der Pfändung zu entlassen bzw. das von ihr angemeldete Recht zu dulden sei.⁴⁹³ Ein solches Begehren fügt sich ein in die von der h.L. vorgenommene Qualifikation als prozessuale Gestaltungsklage (vgl. vorn N. 44). Nach hier vertretener Ansicht, wonach es sich bei der Widerspruchsklage um eine Feststellungsklage handelt, wäre zwar die Formulierung als Feststellungsbegehren dogmatisch korrekt (vgl. vorn N. 44). In der Praxis müssen aber ohnehin beide Formulierungen möglich sein, weil sowohl bei einer Handlungsanweisung als auch bei einem Feststellungsbegehren klar ist, was die klagende Partei will.⁴⁹⁴

Da die wohl h.L. sich für eine Handlungsanweisung ausspricht, wird das nachfolgende Beispiel in diesem Sinne formuliert. Die Rechtsbegehren können – in Anlehnung an Vock/Meister-Müller⁴⁹⁵ – wie folgt lauten.

Rechtsbegehren **des Schuldners / der Gläubigerin:**

«Es sei in der Betreibung Nr. [...] des Betreibungsamts [...] gegen [Schuldner] der Vermögenswert [Bezeichnung] in der Pfändung ([Nr.]) vom [...] zu belassen.»

493. BSK-Staehelin/Strub, Art. 109 SchKG N. 6.

494. Das Gericht hat das Begehren schliesslich nach Treu und Glauben auszulegen, statt vieler: 4A_462/2017 vom 12.3.2018 E. 3.2. Beim Eigentumsvorbehalt könnte deshalb auch auf Feststellung des ausstehenden Kaufpreises geklagt werden, a.M.: BSK-Staehelin/Strub, Art. 109 SchKG N. 6a.

495. Vock/Meister-Müller, S. 192 f.; vgl. auch Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 122.

«Es sei in der Betreibung Nr. [...] des Betreibungsamts [...] gegen [Schuldner] der Vermögenswert [Bezeichnung] als unbelastet in der Pfändung ([Nr.]) vom [...] zu belassen.»

72 Rechtsbegehren **der Ansprecherin**:

«Es sei in der Betreibung Nr. [...] des Betreibungsamts [...] gegen [Schuldner] der Vermögenswert [Bezeichnung] aus der Pfändung ([Nr.]) vom [...] zu entlassen.»

«Es sei in der Betreibung Nr. [...] des Betreibungsamts [...] gegen [Schuldner] der Vermögenswert [Bezeichnung] in der Pfändung ([Nr.]) vom [...] als mit einem [Bezeichnung beschränkt dingliches Recht, z.B. Pfandrecht] der Klägerin im [...] Rang] vorzumerken und das Recht bei der Verwertung nach Massgabe der gesetzlichen Vorschriften zu berücksichtigen.»

5. Streitwert

- 73 Der Streitwert ist immer der **geringste** der folgenden Beträge: Die betriebene Forderung, der Vermögenswert (meist der Schätzwert in der Pfändungsurkunde)⁴⁹⁶ oder – wenn ein Pfandrecht angemeldet wurde – der Wert der pfandgesicherten Forderung.⁴⁹⁷ Die klagende Partei hat den Streitwert in der Klage zu beziffern (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO).

6. Beweislast

- 74 Die Verteilung der **Parteirollen ändert nichts** an der Beweislast. Diese richtet sich nach Art. 8 ZGB.⁴⁹⁸ Danach muss die Ansprecherin diejenigen Tatsachen beweisen, welche ihr behauptetes besseres Recht begründen. Beispielsweise liegt bei der Pfändung eines Joint-Accounts die Beweislast bei der Mit-Kontoinhaberin; diese muss beweisen, dass sie im Innenverhältnis am Guthaben berechtigt ist.⁴⁹⁹ Beim Eigentum wird das Gericht gewöhnlich auf die Rechtsvermutung nach Art. 930 ZGB zurückgreifen,⁵⁰⁰ zumindest wenn der Besitz «unzweideutig» ist.⁵⁰¹

496. BSK-Staehelin/Strub, Art. 109 SchKG N. 24.

497. BGer 5A_360/2012 vom 28.1.2013 E. 1.2; Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 103; Blumenstein, S. 392.

498. BGE 84 III 141 E. 3.

499. OGer ZH NE170006 vom 23.11.2017 E. 4.3.3.

500. Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 109.

Besonders bei einem Pfandrecht wird der Beweis für den Dritten nicht 75
übermässig schwierig sein. Meist genügt dafür ein schriftlicher **Pfandvertrag**.
Diese Urkunden werden u.U. bereits im Vorverfahren vorgelegt (vgl. Art. 107
Abs. 3 SchKG / 108 Abs. 4 SchKG).

Schuldner bzw. Gläubigerin tragen demgegenüber die Beweislast für 76
diejenigen Tatsachen, aus denen sie ein **eigenes Recht** des Schuldners oder
eine **Einrede** ableiten, welche dem Recht der Ansprecherin entgegensteht.
Als Beispiel kann die Vermischung des von der Ansprecherin erhaltenen
Bargelds genannt werden⁵⁰² oder der Erwerb eines dinglichen
Retentionsrechts am Vermögenswert durch den Schuldner.⁵⁰³

Die bestreitende Gläubigerin findet sich regelmässig in einer schwierigen 77
Situation. Sie muss einen Prozess über die Rechtsbeziehung zwischen
Schuldner und Ansprecherin führen, deren Umstände sie in der Regel nicht
oder nur oberflächlich kennt.⁵⁰⁴ In der Praxis kommt es meist dann zum
Prozess, wenn die Gläubigerin ein **fraudulöses Verhalten** vermutet,
insbesondere wenn Schuldner und Ansprecherin persönlich oder rechtlich
verbunden sind.⁵⁰⁵ Die für die Führung des Prozesses notwendigen
Beweismittel stammen in der Praxis meist aus anderen Zivil- oder
Strafverfahren.

In der Praxis häufig angerufene Argumente der Gläubigerin sind: 78

- Die Berufung auf das (formelle) Eigentum ist rechtsmissbräuchlich,
weshalb eine wirtschaftliche Betrachtungsweise an Stelle der rechtlichen
treten muss.⁵⁰⁶ Sind juristische Personen involviert, wird der
Vermögenswert in solchen Fällen mithilfe eines **Durchgriffs** in die
Pfändung einbezogen. Sollen Vermögenswerte einer Privatperson für eine
Schuld einer juristischen Person einstehen, wird das als direkter Durchgriff

501. BGE 141 III 7 E. 4.3; BGer 5A_113/2018 vom 12.9.2018 E. 8.2.2 [nicht publiziert in BGE 144 III 541].

502. Vgl. BGer 5A_133/2019 vom 20.7.2020 E. 2.

503. Vgl. BGE 80 III 114

504. Gemäss BSK-Staehelin/Strub, Art. 109 SchKG N. 4 stehen sich im Widerspruchsverfahren
offenbar öfters Gläubigerin und Ansprecherin als Schuldner und Ansprecherin gegenüber.
Das dürfte wohl daran liegen, dass der fragliche Vermögenswert aus Sicht des Schuldners
wohl meist ohnehin «verloren» ist.

505. Vgl. z.B. BGer 5A_201/2010 vom 6.8.2010.

506. Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 2.

bezeichnet.⁵⁰⁷ Soll Gesellschaftsvermögen als Vollstreckungssubstrat für eine Schuld einer natürlichen Person dienen, handelt es sich um einen sog. umgekehrten Durchgriff.⁵⁰⁸ Vorausgesetzt ist in beiden Fällen, dass (1) die Gesellschaft durch die natürliche Person beherrscht wird und (2) die Berufung auf die juristische Selbständigkeit rechtsmissbräuchlich erscheint.⁵⁰⁹ Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn die Vermögenswerte von Gesellschaft und Privatperson vermischt werden.⁵¹⁰ Ob die Voraussetzungen eines Durchgriffs erfüllt sind, hängt stark vom **Einzelfall** ab. Erfolgreich ist ein Durchgriff meist dann, wenn das Verhalten des Schuldners betrügerisch erscheint.⁵¹¹ Bei Privatpersonen kann insbesondere auf das von einem Dritten gehaltene Vermögen gegriffen werden, wenn dieser lediglich als Strohmann fungiert und den Vermögenswert für den Schuldner hält.⁵¹²

- Das Rechtsgeschäft (z.B. die Verpfändung) zwischen Schuldner und Ansprecherin ist **ungültig**, weil es z.B. simuliert,⁵¹³ sittenwidrig⁵¹⁴ oder widerrechtlich ist. Letzteres liegt beispielsweise vor, wenn die Verpfändung (im Rahmen eines Bankgeschäfts) zur Steuerhinterziehung

507. Im Widerspruchsverfahren wird dieses Argument meist nur dann behandelt, wenn die Gesellschaft im Ausland inkorporiert ist und die Pfändung auf eine Verarrestierung von Vermögenswerten, meist Bankkonten, erfolgt. Da inländische Gesellschaften dem Konkurs unterliegen, wird der Durchgriff ansonsten im Aussonderungs- / Admassierungsverfahren geklärt.

508. BGE 144 III 541 E. 8.3.4; BGE 128 III 346 E. 3.1.3.

509. Vgl. BGE 144 III 541 E. 8.3.2. Allerdings betont das Bundesgericht, ein direkter Durchgriff sei nur zurückhaltend anzunehmen, vgl. BGE 144 III 541 E. 8.3.6.

510. Vgl. KGer VS C1 17 36 vom 19.11.2019 E. 3.1.2.

511. Vgl. BGer 5A_330/2012 vom 17.7.2012, wo der Schuldner unter Gefahr der Zwangsvollstreckung seine Liegenschaft an eine ihm mehrheitlich gehörende Gesellschaft übertrug.

512. Vgl. z.B. BGer 5A_75/2015 vom 2.6.2015 E. 2 und 3; BGer 5A_925/2012 vom 5.4.2013 E. 9.1. Gemäss BGE 144 III 541 E. 8.3.5 ist diese «Strohmann»-Argumentation vom Durchgriff zu unterscheiden.

513. Vgl. BGer 5A_743/2021 vom 10.11.2022 E. 5.1 ff., wonach sich diese Einrede immer nach schweizerischem Recht richtet; Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 106. In OGer ZH NP200033 warf die Gläubigerin dem Ansprecher (und Alleinaktionär der Schuldnerin) vor die Abtretungserklärung an einem Bankkonto (von der Schuldnerin an ihn persönlich) nachträglich erstellt zu haben. Trotz einiger Indizien misslang dieser Beweis, vgl. OGer ZH NP200033 vom 20.9.2021 E. 2.

514. Verneint in AppGer BS ZB.2013.12 vom 12.7.2014 E. 3.4 wo der Kläger der beklagten Bank vorwarf, wider besseres Wissen ein zweckgebundenes Guthaben der Schuldnerin als Pfand genommen zu haben.

oder zur Geldwäscherei diene und das für die Gegenpartei erkennbar war.

515

- Mangels pfandgesicherter **Forderung** besteht auch kein Pfandrecht.⁵¹⁶
- Der Erwerb des besseren Rechts durch die Ansprecherin ist **paulianisch anfechtbar**.⁵¹⁷
- Das fragliche Rechtsgeschäft wurde erst **nach der Pfändung** vorgenommen und ist deshalb gegenüber der Gläubigerin ungültig (vgl. Art. 96 Abs. 2 SchKG).⁵¹⁸

7. Streitgenossenschaft

Im Widerspruchsverfahren stehen sich Ansprecherin auf der einen und Schuldner/Gläubigerin auf der anderen Seite gegenüber. Fraglich ist deshalb, ⁷⁹ ob Schuldner und Gläubigerin(nen) gemeinsam klagen *können* oder *müssen* ⁵¹⁹ (bzw. ob sie gemeinsam beklagt werden können oder müssen).

Gemäss h.L. liegt bei Widerspruchsklagen ein Fall **einfacher** ⁸⁰ Streitgenossenschaft vor.⁵²⁰ D.h. es können mehrere Personen zusammen klagen wie auch verklagt werden,⁵²¹ weil in der Regel ein Sachzusammenhang i.S.v. Art. 71 ZPO vorliege.⁵²² Im Gegensatz dazu, geht Jeandin von einer (uneigentlichen) **notwendigen** Streitgenossenschaft aus.⁵²³ Diese Ansicht scheint überzeugend: Geht es um dasselbe bessere Recht, kann dieses nicht in einem Verfahren geschützt und in einem Parallelverfahren verneint werden. Die Situation ist somit ähnlich wie bei Art. 260 SchKG. Gläubigerin(nen) und

515. Vgl. BGE 48 II 270 E. 2, wonach ein Bankgeschäft zur Steuerhinterziehung sittenwidrig ist; Emmenegger/Döbeli/Fritschi, Rz. 48 ff.

516. BSK-Staehelin/Strub, Art. 109 SchKG N. 15; Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 121.

517. Um diese Einrede vorbringen zu können, muss die Gläubigerin bereits aktivlegitimiert sein, wobei ein provisorischer Verlustschein ausreicht, vgl. BGE 107 III 118 E. 3. Dieser provisorische Verlustschein kann m.E. auch aus der streitgegenständlichen Betreibung stammen.

518. Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 106.

519. Steht mehreren Ansprecherinnen das bessere Recht gemeinsam zu (z.B. eine Erbengemeinschaft), müssen diese im Prozess auch zusammen auftreten.

520. Vock/Meister-Müller, S. 33; BSK-Ruggle, Art. 71 ZPO N. 26; Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 102; BSK-Staehelin/Strub, Art. 109 SchKG N. 25; KuKo-Rohner, Art. 109 SchKG N. 13.

521. Vgl. CR-Tschumy, Art. 109 LP N. 3 f. mit einer Auflistung möglicher Konstellationen.

522. Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 102.

523. CR-Jeandin, Art. 70 CPC N. 4.

Schuldner müssen den Prozess zwar nicht einheitlich führen, über das bessere Recht muss aber einheitlich entschieden werden.⁵²⁴ Werden separate Klagen eingereicht, sind diese nach Art. 125 lit. c ZPO zu vereinigen.

8. Streitverkündung

- 81 Die Streitverkündung nach Art. 78 ZPO ist **möglich**,⁵²⁵ in der Praxis aber kaum relevant. Dasselbe gilt für die Nebenintervention und die Streitverkündungsklage.

9. Wirkung des Urteils

- 82 Obsiegt die Ansprecherin, wird das nunmehr festgestellte bessere Recht im Zwangsvollstreckungsverfahren berücksichtigt. Obsiegen hingegen Gläubigerin oder Schuldner, so verbleibt der Vermögenswert ohne das behauptete Recht im Zwangsvollstreckungsverfahren. War der Schuldner Partei des Widerspruchsverfahrens, profitieren alle betreibenden Gläubigerinnen. Das gilt auch dann, wenn sich gleichzeitig Gläubigerinnen am Verfahren beteiligt haben. Beteiligte sich eine oder mehrere Gläubigerinnen am Prozess (nicht aber der Schuldner), dient der Erlös des verwerteten Vermögenswerts bzw. der aufgrund des weggefallenen Rechts erzielte Mehrerlös zur Befriedigung ihrer Forderungen.⁵²⁶ Ein Überschuss verbleibt in diesem Fall bei der unterlegenen Ansprecherin,⁵²⁷ d.h. es profitieren nur jene Gläubigerinnen, die den Widerspruchsprozess geführt haben.⁵²⁸

524. BGE 136 III 534 E. 2.1.

525. Gemäss Vock/Meister-Müller, S. 194 ist die Streitverkündung im Verfahren Gläubigerin v. Ansprecherin nicht möglich, weil es sich nur um eine betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung handle. Das ist aber nach hier vertretener Meinung kein Grund, der die Streitverkündung ausschliesst.

526. BSK-Staehelin/Strub, Art. 109 SchKG N. 31a.

527. A.A. BSK-Staehelin/Strub, Art. 109 SchKG N. 32a/b, wonach der Überschuss demjenigen ausbezahlen ist, der Gewahrsam am Vermögenswert hatte. Besteht zwischen Schuldner und Ansprecherin Uneinigkeit, sei über die Verteilung in einem separaten Zivilprozess zu entscheiden. Diese Konsequenz ist m.E. nicht angemessen. Wenn der Schuldner darauf verzichtet, das bessere Recht zu bestreiten, kann er auch den Überschuss nicht mehr beanspruchen.

528. Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, S. 107; Blumenstein, S. 396; a.A. CR-Tschumy, Art. 109 LP N. 9.

LITERATURVERZEICHNIS

Acocella Domenico, Kommentierung zu Art. 44 SchKG, in: Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1-158 SchKG, 3. Aufl., 2021 Basel (zit. BSK-Acocella).

Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013.

Bahar Rashid/Peyer Martin, Kommentierung zu Art. 31 BEG, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Wertpapierrecht, Basel 2012 (zit. BSK-Bahar/Peyer).

Bommer Florian, Die Zuständigkeit für Widerspruchs- und Anfechtungsklagen im internationalen Verhältnis, Zürich 2001.

Blumenstein Ernst, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911.

Brunner Alexander/Reutter Mark A./Schönmann Zeno/Talbot Philip, Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG, Eine Einführung und Übersicht für die Praxis, 3. Aufl., Bern 2019.

Courvoisier Maurice/Wenger Werner, Kommentierung zu Art. 354 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. ZK-Courvoisier/Wenger).

Dasser Felix, Kommentierung zu Art. 354 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. KuKo-Dasser).

Eichel Florian, Materiell-rechtliche «SchKG-Klagen» auf dem Weg zur «ZPO Klage», ZZZ 2022, S. 28-38.

Emmenegger Susan/Döbeli Thirza/Fritschi Mirjam, Sind Bankverträge über unbesteuerter Vermögenswerte gültig?, Jusletter vom 31. August 2015.

Fritzsche Hans/Walder-Bohner Hans Ulrich, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, 3. Aufl., Zürich 1984.

Gilliéron Pierre-Robert, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5. Aufl., Basel 2012.

Grolimund Pascal/Bachofner Eva, Kommentierung zu Art. 5 IPRG, in: Grolimund Pascal/Loacker Leander D./Schnyder Anton K. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 4. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Grolimund/Bachofner).

Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979.

Jaeger Carl/Walder Hans Ulrich/Kull Thomas M./Kottmann Martin, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I Art. 1-158, 5. Aufl., Zürich 2006.

Jeandin Nicolas, Kommentierung zu Art. 70 CPC, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis (Hrsg.), Commentaire Romand CPC, 2. Aufl., Basel 2019.

Kratz Brigitta, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Solidarität, Art. 143 – 150 OR, Bern 2015 (zit. BK-Kratz).

Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 3. Aufl., Zürich 2018.

Mabillard Ramon, Kommentierung zu Art. 23 SchKG, in: Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1-158 SchKG, 3. Aufl., Basel 2021 (BSK-Mabillard).

Markus Alexander R., Kommentierung zu Art. 22 Nr. 5 IPRG, in: Dasser Felix/Oberhammer Paul (Hrsg.), Stäpfli Handkommentar, Lugano-Übereinkommen, 3. Aufl., Bern 2021 (zit. SHK-Markus).

Meier Andrea/Terrapon Chassot Chloé, Kommentierung zu Art. 177 IPRG, in: Aebi-Müller Regina/Müller Christoph (Hrsg.), Berner Kommentar IPRG, Bern 2023.

Niggli Marcel Alexander/Riedo Christof, Kommentierung zu Art. 139 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK-Niggli/Riedo).

Pfisterer Stefanie, Kommentierung zu Art. 354 ZPO, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar ZPO, Band III, Bern 2012.

Rohner Thomas, Das Widerspruchsverfahren gemäss SchKG, St. Gallen 2002.

Rohner Thomas, Kommentierung zu Art. 106-109 SchKG, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. KuKo-Rohner).

Ruggle Peter, Kommentierung zu Art. 71, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar ZPO, 3. Aufl., Basel 2017.

Russenberger Marc/Wohlgemuth Marc, Kommentierung zu Art. 242 SchKG, in: Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159-352 SchKG, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Russenberger/Wohlgemuth).

Staehelin Adrian/Strub Benno, Kommentierung zu Art. 106-109 SchKG, in: Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1-158 SchKG, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Staehelin/Strub).

Staehelin Daniel, Kommentierung zu Art. 83 SchKG, in: Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1-158 SchKG, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Staehelin).

Stoffel Walter/Chabloz Isabelle, Voies d'exécution, 3. Aufl., Bern 2016.

Tschumy Jean-Luc, La procédure de revendication des art. 106 à 109 et 242 LP, BLSchK 2016, S. 168 ff.

Tschumy Jean-Luc, Kommentierung zu Art. 106-109 SchKG, in: Dalléves Louis/Foëx Bénédict/Jeandin Nicolas (Hrsg.), Commentaire Romand, Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Basel 2005 (zit. CR-Tschumy).

Vock Dominik/Meister-Müller Danièle, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Aufl., Zürich 2018.

Weber-Stecher Urs, Kommentierung zu Art. 354 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK-Weber-Stecher).

Wuffli Daniel, Vorsicht, Feiertage! Gerichts- und Feiertage bei SchKG-Klagen, Jusletter vom 24. April 2017.

Zogg Samuel, Zwangsvollstreckungsrechtliche Behandlung von Kryptowährungen, recht 2020, S. 1-23.

Zondler Georg, Kommentierung zu Art. 106-109 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta, Vock Dominik, Schulthess Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Zürich 2017 (zit. SK-Zondler).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 151 SchKG

Eine Kommentierung von Ramin Paydar

ZITIERVORSCHLAG

Ramin Paydar, Kommentierung zu Art. 151 SchKG, in: Pasquier Bruno/ Heinzmann Michel (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs

Kurzzitat: OK-Paydar, Art. 151 SchKG N. XXX.

Vierter Titel: Betreibung auf Pfandverwertung

A. Betreibungsbegehren

Art. 151

¹ Wer für eine durch Pfand (Art. 37) gesicherte Forderung Betreibung einleitet, hat im Betreibungsbegehren zusätzlich zu den in Artikel 67 aufgezählten Angaben den Pfandgegenstand zu bezeichnen. Ferner sind im Begehren gegebenenfalls anzugeben:

- a. der Name des Dritten, der das Pfand bestellt oder den Pfandgegenstand zu Eigentum erworben hat;
- b. die Verwendung des verpfändeten Grundstücks als Familienwohnung (Art. 169 ZGB) oder als gemeinsame Wohnung (Art. 14 des Partnerschaftsgesetzes vom 18. Juni 2004) des Schuldners oder des Dritten.

² Betreibt ein Gläubiger aufgrund eines Faustpfandes, an dem ein Dritter ein nachgehendes Pfandrecht hat (Art. 886 ZGB), so muss er diesen von der Einleitung der Betreibung benachrichtigen.

GLIEDERUNG

I. Übersicht	123
II. Betreibung auf Pfandverwertung	123
A. Anwendungsbereich	123
1. Vorbemerkungen	123
2. Im Einzelnen	124
a. Pfandgesicherte Forderung	124
b. Vorrang der Betreibung auf Pfandverwertung	129
B. Verfahren	132
III. Betreibungsbegehren (Abs. 1)	135
A. Vorbemerkungen	135
B. Pfandverwertung und Pfandgegenstand	137
1. Betreibungsbegehren auf Pfandverwertung	137
2. Angaben zum Pfandgegenstand	140
C. Drittpfandeigentümer (Abs. 1 lit. a)	142
1. Übersicht	142
2. Angaben zum Drittpfandeigentümer	143
3. Nachträgliche Zustellung des Zahlungsbefehls	145
D. Familienwohnung/Gemeinsame Wohnung (Abs. 1 lit. b)	148
IV. Benachrichtigungspflicht bei Nachverpfändung (Abs. 2)	150
Literaturverzeichnis	157

I. ÜBERSICHT

Das SchKG kennt **zwei Arten der Spezialexécution**: Die Betreibung auf Pfändung (Art. 89 ff. SchKG; Hauptform) und die Betreibung auf Pfandverwertung (Sonderform).⁵²⁹ Mit Letzterer befassen sich die Art. 151–158 SchKG. Diese Bestimmungen kommen zur Anwendung, soweit die zu vollstreckende Geldforderung durch ein Pfand i.S.v. Art. 37 SchKG (dazu N. 5 ff.) gesichert ist (vgl. Art. 151 Abs. 1 SchKG).

Das Einleitungs- und Fortsetzungsverfahren in der Betreibung auf Pfandverwertung deckt sich grösstenteils mit dem ordentlichen Einleitungsverfahren und dem Fortsetzungsverfahren in der Betreibung auf Pfändung.⁵³⁰ Die Art. 151 ff. SchKG enthalten allerdings einige **Besonderheiten**, die es bei der Betreibung auf Pfandverwertung zu beachten gilt (vgl. Art. 87 SchKG). Diese werden hiernach – im Sinne einer allgemeinen Vorbemerkung zu den Art. 151 ff. SchKG – kurz erläutert (N. 3 ff.). Im Anschluss folgen Ausführungen zu den Besonderheiten im Zusammenhang mit dem Betreibungsbegehren (Art. 151 Abs. 1 SchKG; N. 20 ff.) und der Benachrichtigungspflicht bei der Nachverpfändung (Art. 151 Abs. 2 SchKG; N. 43 ff.).

II. BETREIBUNG AUF PFANDVERWERTUNG

A. Anwendungsbereich

1. Vorbemerkungen

Die Betreibung auf Pfandverwertung ist eine Sonderform der Spezialexécution und hat einen eingeschränkten (**sachlichen**) **Anwendungsbereich**: Es bedarf einer durch Pfand gesicherten Forderung, um eine Betreibung auf Pfandverwertung durchzuführen (hiernach N. 5 ff.). Dies bedeutet allerdings nicht, dass bei Vorliegen einer pfandgesicherten Forderung in jedem Fall eine Betreibung auf Pfandverwertung durchzuführen ist. Aufgrund von Art. 41 SchKG (*beneficium excussionis realis*) steht diese

529. Statt vieler Spühler/Dolge, Rz. 40 ff.

530. Spühler/Dolge, Rz. 370 und 640; Amonn/Walther, § 33 N. 1; Kren Kostkiewicz, SchKG, Rz. 982 und 1007.

Betreibungsart bei pfandgesicherten Forderungen jedoch im Vordergrund (hiernach N. 8 ff.).

- 4 **Örtlicher Anwendungsbereich:** Für die Betreibung auf Pfandverwertung braucht es einen Betreibungsort in der Schweiz (Territorialitätsprinzip).⁵³¹ Für die Bestimmung des Betreibungsortes ist Art. 51 SchKG einschlägig:

- Bei **grundpfandgesicherten Forderungen** erfolgt die Betreibung am Belegenheitsort (Art. 51 Abs. 2 SchKG); eine Betreibung auf Grundpfandverwertung ist damit nur möglich, wenn sich das Grundstück in der Schweiz befindet (vgl. Art. 1 Abs. 1 VZG).⁵³²
- Bei **mit Faustpfand gesicherten Forderungen** kann die Gläubigerin zwischen dem Belegenheitsort und den allgemeinen Betreibungsorten nach Art. 46 ff. SchKG wählen (Art. 51 Abs. 1 SchKG). Solange ein allgemeiner Betreibungsort nach Art. 46 ff. SchKG in der Schweiz besteht, ist es für die Anhebung der Betreibung nicht entscheidend, ob sich der Faustpfandgegenstand in der Schweiz befindet oder nicht; der Pfandgegenstand muss erst für die Verwertung in die Schweiz gebracht werden.⁵³³

2. Im Einzelnen

a. Pfandgesicherte Forderung

- 5 Damit eine Betreibung auf Pfandverwertung durchgeführt werden kann, bedarf es «eine[r] durch Pfand (Art. 37 [SchKG]) gesicherte[n] Forderung» (Art. 151 Abs. 1 und Art. 41 Abs. 1 SchKG). Vorausgesetzt ist also einerseits eine Forderung (N. 7) und andererseits deren Sicherung durch ein Pfand (N. 6). Dazu ist Folgendes auszuführen:
- 6 **(i)** Das Verfahren der Pfandverwertung setzt zunächst voraus, dass ein Pfandrecht vorliegt. **Pfandrechte** sind beschränkte dingliche Rechte in der Gestalt von Sicherungs- und Verwertungsrechten.⁵³⁴ Ihre gesetzliche

531. Vgl. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 5. Zum Territorialitätsprinzip im Allgemeinen Spühler/Dolge, Rz. 172 f.

532. Statt vieler KUKO-Jent-Sørensen, Art. 41 SchKG N. 3.

533. BGE 70 III 53 E. 2 f.; KUKO-Jent-Sørensen, Art. 41 SchKG N. 3; Staehelin, AJP 1995, S. 273 a.E.; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 50; CR-Foëx, Art. 151 SchKG N. 14. A.A. Jaeger/Walder/Kull, Art. 151 SchKG N. 13.

534. Vgl. Schmid/Hürlimann-Kaup, Rz. 38 und 1163; Steinauer, Rz. 3972 und 4843.

Grundlage haben die Pfandrechte im ZGB; gleichwohl kennt das SchKG einen selbständigen Pfandbegriff, der weiter gefasst ist als derjenige im Zivilrecht.⁵³⁵ Der Begriff «Pfand» i.S.d. SchKG umfasst sowohl Grund- als auch Faustpfandrechte (Art. 37 Abs. 3 SchKG). Die Begriffe «Grundpfandrecht» und «Faustpfand» sind in Art. 37 Abs. 1 und 2 SchKG definiert. Zu den *Grundpfandrechten* zählen namentlich die Grundpfandverschreibung (Art. 824 ff. ZGB) und der Schuldbrief (Art. 842 ff. ZGB); zu den *Faustpfandrechten* gehören – neben dem Faustpfand (Art. 884 ZGB) – namentlich auch das Pfandrecht an Forderungen und anderen Rechten (Art. 899 ff. ZGB) sowie die verschiedenen Retentionsrechte. Daneben existieren weitere «Pfandrechte», die von Art. 37 SchKG erfasst sind; nachfolgend werden diese ausgeklammert und es wird auf die einschlägige Spezialliteratur verwiesen.⁵³⁶ Im Weiteren ist auf viererlei hinzuweisen:

- Gemäss Rechtsprechung und dem überwiegenden Teil der Lehre sind die **Sicherungsübereignung und -zession** keine Pfandrechte i.S.v. Art. 37 SchKG.⁵³⁷
- Auch wenn **Bucheffekte** in Art. 37 SchKG keine ausdrückliche Erwähnung finden, steht auch bei Pfandrechten an Bucheffekten der Weg über die Betreibung auf Pfandverwertung offen; der gesetzliche Normalfall sieht allerdings die Privatverwertung von Bucheffekten vor (Art. 31 BEG).⁵³⁸
- Art. 92 SchKG enthält eine Auflistung von **Vermögenswerten, die nicht pfändbar** sind. Diese Bestimmung kommt allerdings nur in der Betreibung auf Pfändung zur Anwendung. In der Betreibung auf Pfandverwertung dürfen daher unpfändbare Vermögenswerte als Pfand bestellt und dementsprechend auch verwertet werden.⁵³⁹
- Der **Umfang der Pfandhaft** (abzugrenzen vom Umfang der Sicherung; s. N. 7) beschlägt die Frage, welche Gegenstände/Forderungen das

535. Amonn/Walther, § 32 N. 4; Spühler/Dolge, Rz. 51; Kren Kostkiewicz, SchKG, Rz. 973.

536. Im Einzelnen BSK-Nordmann/Oneyser, Art. 37 SchKG N. 1 ff.; SK-Milani, Art. 37 SchKG N. 1 ff.; Stoffel/Chabloz, § 6 N. 9 ff.

537. BGE 106 III 5 E. 1; Stoffel/Chabloz, § 6 N. 4; BSK-Nordmann/Oneyser, Art. 37 SchKG N. 4 m.w.V. Vgl. auch BGE 119 III 326 E. 2.

538. Heinel, Rz. 306 ff.; BSK-Bahar/Peyer, Art. 31 BEG N. 12; Kuhn, Kreditsicherungsrecht, Rz. 2140. Anders Stoffel/Chabloz, § 6 N. 5 und 15.

539. BGE 78 III 3 E. 2; BGE 55 III 119. Aus der Lehre SK-Rüetschi/Domenig, Art. 151 SchKG N. 17 m.w.V.

Haftungssubstrat bilden und damit bei Zahlungsausfall des Schuldners verwertet werden können.⁵⁴⁰ Bei *Grundpfandrechten* bestimmt sich der Umfang der Pfandhaft nach Art. 805 f. ZGB: Nebst dem Grundstück umfasst das Grundpfandrecht auch sämtliche Bestandteile und die Zugehör (Art. 805 Abs. 1 ZGB).⁵⁴¹ Allfällige Streitigkeiten über Bestandteils- und Zugehöreigenschaft sind im Lastenbereinigungsverfahren (Art. 140 SchKG) auszutragen (Art. 11 Abs. 4 VZG; vgl. auch Art. 38 Abs. 2 VZG i.V.m. Art. 102 VZG).⁵⁴² Bei vermieteten/verpachteten Grundstücken erstreckt sich die Pfandhaft auf die *Miet-/Pachtzinsforderung*, «die seit Anhebung der Betreibung auf Verwertung des Grundpfandes oder seit der Eröffnung des Konkurses über den Schuldner bis zur Verwertung» aufgelaufen sind (Art. 806 Abs. 1 ZGB); vorausgesetzt ist allerdings, dass die Pfandgläubigerin die Ausdehnung der Pfandhaft in der Betreibung explizit verlangt (Art. 152 Abs. 2 SchKG; zur Miet-/Pachtzinssperre OK-Paydar, Art. 152 SchKG N. 23 ff.). Beim *Faustpfandrecht* ist der Umfang der Pfandhaft in Art. 892 ZGB geregelt: Neben der Pfandsache unterliegen der Pfandhaft sowohl die Zugehör als auch die Früchte, welche zur Zeit der Pfandverwertung Bestandteil der Pfandsache sind (Art. 892 Abs. 1 und 3 ZGB).⁵⁴³ Bei *Pfandrechten an Forderungen* mit zeitlich wiederkehrenden Nebenleistungen (z.B. Zinsen) gilt grundsätzlich nur der laufende Anspruch als mitverpfändet, nicht aber die bereits verfallenen Leistungen (Art. 904 Abs. 1 ZGB; s. aber die Ausnahme in Art. 904 Abs. 2 ZGB).⁵⁴⁴

- 7 (ii) Bei der **gesicherten Forderung** kann es sich sowohl um eine privat- als auch öffentlich-rechtliche Forderung handeln.⁵⁴⁵ Der Umfang der Sicherheit

540. Vgl. Schmid/Hürlimann-Kaup, Rz. 1550; BSK-Schmid-Tschirren, Art. 805 ZGB N. 1.

541. Vgl. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 34. Weiterführend BSK-Schmid-Tschirren, Art. 805 ZGB N. 1 ff.

542. Vgl. Brand, Handbuch, S. 97 ff. (insb. S. 111 unten und 113); Gütlin/Kuhn, Rz. 660; KUKO-Kuhn, Art. 34 VZG N. 3; BSK-Feuz, Art. 140 SchKG N. 24 ff., insb. 28. Anders BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 34 und SK-Rüetschi/Domenig, Art. 151 SchKG N. 18, die auf ein Vorgehen mittels Kollokationsklage hinweisen. Vgl. ferner Art. 18 und 19 der Anleitung des Bundesgerichts über die bei der Zwangsverwertung von Grundstücken zu errichtenden Aktenstücke (SchKK) vom 22.7.1996 (abgedruckt in Brand, Handbuch, S. 301 ff. sowie in Schlegel Roger/Zopfi Markus (Hrsg.) Die betreibungsrechtliche Zwangsverwertung von Grundstücken in Theorie und Praxis, Zürich 2019, S. 407 ff.) und die Musterformulare VZG Nr. 9 B, 10, 11 und 12 (abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/schkg/musterformulare.html>, besucht am 22.12.2023).

– also für welche Forderungen und allfällige Zusatzkosten das Pfandrecht Sicherheit gewährt – variiert je nach Pfandrecht. Nachfolgenden findet sich eine (nicht abschliessende) Übersicht über den Sicherungsumfang verschiedener praxisrelevanter Pfandrechten:

- **Faustpfandrecht:** Dieses bietet der Gläubigerin «Sicherheit für die Forderung mit Einschluss der Vertragszinsen, der Betreibungskosten⁵⁴⁶ und der Verzugszinsen» (Art. 891 Abs. 2 ZGB). Hinsichtlich der Vertragszinsen besteht keine zeitliche Beschränkung (anders bei den Grundpfandrechten; Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB); demnach haftet das Faustpfand für alle Vertragszinsen, die im Zeitpunkt der Verwertung noch offen sind.⁵⁴⁷ Art. 891 Abs. 2 ZGB ist dispositiver Natur; die Parteien können daher den Umfang der Sicherheit erweitern oder beschränken.⁵⁴⁸
- Bei **Pfandrechten an Forderungen** (vgl. Art. 899 Abs. 2 ZGB)⁵⁴⁹ und **Retentionsrechten nach Art. 895 ff. ZGB**⁵⁵⁰ beurteilt sich der Umfang der Sicherheit auch nach Art. 891 Abs. 2 ZGB (s. hiavor).
- **Retentionsrecht des Vermieters:** Bei der Geschäftsraummiete hat die Vermieterin zur Sicherung ihrer Forderungen ein besonderes Retentionsrecht (Art. 268 ff. OR; Art. 283 ff. SchKG).⁵⁵¹ Dieses Retentionsrecht sichert nicht nur die Mietzinsforderungen (Nettomietzins und Nebenkosten),⁵⁵² sondern auch die Betreibungs- und Retentionskosten (inkl. Rechtsöffnungskosten).⁵⁵³ Im Mietvertrag

544. Unter «laufender Anspruch» fällt der zum Zeitpunkt der Pfandverwertung noch nicht fällige Anspruch; d.h., ist der Zins bereits vor der Verwertung des Pfandes fällig, gilt dieser als nicht mitverpfändet und ist an den Pfandgeber bzw. die Konkursmasse zu entrichten (dazu BGE 104 III 35 E. 1 m.w.V. = Pra 1978 S. 399; Schmid/Hürlimann-Kaup, Rz. 1959).

543. Diese Bestimmung gelangt auch beim Retentionsrecht nach Art. 895 ff. ZGB zur Anwendung (dazu BSK-Rampini/Schulin, Art. 895 ZGB N. 67). Zum Retentionsrecht der Vermieterin siehe SVIT-Polivka, Art. 268–268b ZGB N. 14 ff., und ZK-Higi/Wildisen, Art. 268b N. 37 ff.

546. Zur Frage, ob auch Gerichtskosten und Parteientschädigungen zu den Betreibungskosten gehören und daher durch das Pfand gesichert sind, siehe BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 15, und SK-Rüetschi/Domenig, Art. 151 SchKG N. 23, jeweils m.w.V.

547. BGE 102 III 89 E. 3b; bestätigt in BGer 5A_702/2014 vom 31.8.2015 E. 3.6.3; Steinauer, Rz. 5047.

548. Steinauer, Rz. 5047; BSK-Bauer/Bauer, Art. 891 ZGB N. 38.

549. BK-Zobl, Art. 899 ZGB N. 192; Steinauer, Rz. 5140.

550. BSK-Rampini/Schulin, Art. 895 ZGB N. 66; BK-Zobl, Art. 895 ZGB N. 31. Vgl. auch OGer LU vom 15.12.1982, LGVE 1982 I Nr. 52.

551. Im Allgemeinen Stoffel/Chabloz, § 6 N. 43 ff.

552. Statt vieler BGE 111 II 71 E. 2; SVIT-Polivka, Art. 268–268b OR N. 10 m.w.V.

vorgesehene Sicherheitsleistungen⁵⁵⁴ oder reine Schadenersatzforderungen des Vermieters⁵⁵⁵ sind hingegen nicht vom Retentionsrecht gedeckt.

- **Grundpfandverschreibung** mit festem Betrag (*Kapitalhypotheken*; Art. 794 Abs. 1 ZGB) gewähren der Gläubigerin Sicherheit für die Kapitalforderung, die Kosten der Betreibung,⁵⁵⁶ Verzugszinsen sowie drei zur Zeit des Pfandverwertungsbegehrens verfallene Jahreszinse und den seit dem letzten Zinstag laufenden Zins (Art. 818 Abs. 1 ZGB; vgl. in den Fällen den Rechtsstillstandes zusätzlich Art. 57b Abs. 1 SchKG).⁵⁵⁷ M.a.W. bietet die Kapitalhypothek der Gläubigerin über die im Grundbuch eingetragene Kapitalsumme hinaus auch noch Sicherheit für bestimmte Nebenforderungen.⁵⁵⁸ Soweit der genaue Forderungsbetrag nicht bestimmt ist – d.h. bei einer *Maximalhypothek* –, findet Art. 818 ZGB keine Anwendung.⁵⁵⁹ Diesfalls müssen die Parteien im Grundbuch einen Höchstbetrag angeben, «bis zu dem das Grundstück für alle Ansprüche des Gläubigers haftet» (Art. 794 Abs. 2 ZGB). Dies hat zur Folge, dass die Zinsen und die weiteren Kosten lediglich innerhalb der im Grundbuch eingetragenen Maximalsumme pfandgesichert sind;⁵⁶⁰ die Ausdehnung der Pfandhaft auf Nebenforderungen (i.S.v. Art. 818 ZGB) ist ausgeschlossen.
- Für **Schuldbriefe** (Art. 842 ff. ZGB) gilt grundsätzlich auch Art. 818 ZGB (s. hiavor).⁵⁶¹ Ein besonderes Augenmerk ist dabei auf Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB letzter Teilsatz zu richten: Demnach sind beim Schuldbrief nur die tatsächlich geschuldeten Zinsen pfandgesichert. Dieser Teilsatz hat der Gesetzgeber im Rahmen der Revision des Schuldbriefrechts eingeführt;⁵⁶²

553. BGE 63 II 368 E. 11; ZK-Higi/Wildisen, Art. 268b OR N. 30 m.w.V.

554. BGE 111 II 71 E. 2.

555. BGE 104 II 84 E. 2 m.w.V.

556. Siehe Fn. 18 betreffend Gerichtskosten.

557. Schmid/Hürlimann-Kaup, Rz. 1509 und 1566.

558. BSK-Schmid-Tschirren, Art. 818 ZGB N. 1.

559. Schmid/Hürlimann-Kaup, Rz. 1567 m.w.V.; BSK-Schmid-Tschirren, Art. 818 ZGB N. 1. Vgl. auch BGE 115 II 349 E. 4c.

560. BGE 115 II 349 E. 4c; Steinauer, Rz. 4313 und 4315; Schmid/Hürlimann-Kaup, Rz. 1510.

561. Vgl. BSK-Schmid-Tschirren, Art. 794 ZGB N. 9a, wonach ein Schuldbrief nicht als Maximalpfand errichtet werden kann.

562. Vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 27.6.2007, BBl 2007 5283 ff., S. 5316 f., abrufbar unter <https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2007/756>, besucht am 22.12.2023.

unklar ist (bzw. war) allerdings, ob sich diese Bestimmungen auf die Zinsen aus der Schuldbriefforderung oder aus der Forderung aus dem Grundverhältnis bezieht.⁵⁶³ Laut dem Bundesgericht bezieht sich Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB auf die Zinsen aus der Schuldbriefforderung, wobei die Gläubigerin diese Zinsen nur für die aus der Grundforderung noch offenen Zinsen bezahlt machen kann.⁵⁶⁴

- Bei **gesetzlichen Grundpfandrechten** beurteilt sich der Umfang der Sicherheit – sofern keine Sonderregel vorliegt – nach Art. 818 ZGB (s. hiavor).⁵⁶⁵ Diese Norm gelangt namentlich beim praktisch relevanten **Bauhandwerkerpfandrecht** (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) zur Anwendung.⁵⁶⁶ Anzufügen ist dazu jedoch Folgendes: Für die Betreuung auf Pfandverwertung muss das Bauhandwerkerpfandrecht definitiv im Grundbuch eingetragen sein. Bei einer vorläufigen Eintragung (Vormerkung; Art. 76 Abs. 3 GBV und Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) steht nur der Weg über die ordentliche Betreuung auf Pfändung bzw. Konkurs offen.⁵⁶⁷

b. Vorrang der Betreuung auf Pfandverwertung

Pfandgesicherte Forderungen unterliegen grundsätzlich der Betreuung auf Pfandverwertung. Dies gilt unabhängig davon, ob der Schuldner der Konkursbetreuung unterliegt oder nicht (Art. 41 Abs. 1 SchKG).⁸

Obwohl das Betreibungsamt die Betreibungsart festlegt (Art. 38 Abs. 3 SchKG),⁹ wird die Betreuung auf Pfandverwertung grundsätzlich bloss auf entsprechendes **Begehren** der betreibenden Gläubigerin hin eingeleitet (s. aber N. 23).⁵⁶⁸ An dieses Begehren ist das Betreibungsamt gebunden; führt dieses dennoch eine Betreuung auf Pfändung bzw. Konkurs durch, kann sich die Betreibende mittels Beschwerde (Art. 17 SchKG) zur Wehr setzen und die Betreuung auf Pfandverwertung verlangen.⁵⁶⁹

563. Zu den verschiedenen Auffassung BSK-Staehelin, Art. 846 ZGB N. 18 ff.

564. BGE 144 III 29 E. 4 ff. = Pra 2018 Nr. 106 (dazu Hürlimann-Kaup, S. 598 ff.).

565. Vgl. BGE 85 II 197 E. 6; BSK-Thurnherr, Art. 836 ZGB N. 31; Limacher/Dürr, § 15 N. 46 m.w.V.

566. Im Einzelnen Schumacher/Rey, Rz. 508 ff. (siehe namentlich Rz. 511 betreffend Kapital- und Maximalhypotheken beim Bauhandwerkerpfandrecht). Vgl. auch BGE 142 III 738 E. 4.4.2; BGE 121 III 445 E. 5a.

567. BGE 125 III 248 E. 2. Siehe im Allgemeinen zur provisorischen und definitiven Eintragung Schmid/Hürlimann-Kaup, Rz. 1770 ff.

568. BGer 5A_68/2014 vom 23.5.2014 E. 2.3.2.

- 10 Leitet die Gläubigerin trotz der pfandgesicherten Forderung eine Betreibung auf Pfändung oder Konkurs ein, kann der Schuldner die materiellrechtliche Einrede⁵⁷⁰ des *beneficium excussionis realis* (Einrede der Vorausverwertung) erheben und damit die Betreibung auf Pfandverwertung durchsetzen (Art. 41 Abs. 1^{bis} SchKG). Der Schuldner macht die Einrede mittels SchKG-Beschwerde geltend;⁵⁷¹ die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage ab Zustellung des Zahlungsbefehls (Art. 17 SchKG).⁵⁷² Versäumt der betriebebene Schuldner diese Frist, kann er die Betreibung auf Pfändung bzw. Konkurs später nicht mehr anfechten.⁵⁷³
- 11 Der in Art. 41 Abs. 1^{bis} SchKG enthaltene (faktische) Vorrang der Betreibung auf Pfandverwertung für pfandgesicherten Forderungen erfährt diverse **Durchbrechungen**, d.h., der Betriebene kann in folgenden Fällen die Einrede des *beneficium excussionis realis* nicht erheben:⁵⁷⁴
- Bei **grundpfandgesicherten Zinsen und Annuitäten** besteht für die Gläubigerin die Möglichkeit, zwischen der Betreibung auf Pfandverwertung und der Betreibung auf Pfändung bzw. auf Konkurs zu wählen (Art. 41 Abs. 2 SchKG).
 - Auch bei auf **Wechsel und Check** beruhenden pfandgesicherten Forderungen hat die Gläubigerin die Wahl zwischen Betreibung auf Pfandverwertung und der Wechselbetreibung (Art. 41 Abs. 2 und Art. 177 Abs. 1 SchKG).
 - Soweit die Gläubigerin in gesetzlicher Form auf das **Pfandrecht verzichtet** und dies dem Schuldner spätestens mit dem Zahlungsbefehl mitgeteilt wird, kann der Schuldner die Einrede des *beneficium excussionis realis* nicht erheben.⁵⁷⁵ Beim Grundpfand wird der Verzicht erst mit der Löschung im Grundbuch wirksam (Art. 801 ZGB).⁵⁷⁶ Beim Faustpfand

569. Jaeger/Walder/Kull, Art. 151 SchKG N. 10; SK-Rüetschi/Domenig, Art. 151 SchKG N. 3.

570. BGE 140 III 180 E. 5.1.4 = Pra 2014 Nr. 113 m.w.V.; BSK-Acocella, Art. 41 SchKG N. 17 m.w.V. A.A. Amonn/Walther, § 32 N. 9, die von einer verfahrensrechtlichen Einrede ausgehen.

571. BGer 5A_849/2018 vom 15.1.2019 E. 3.4; BGer 5A_121/2017 vom 14.2.2017 E. 3.2; BGE 129 III 360 E. 1.

572. BGE 120 III 105 E. 1; BGE 59 III 250 E. 1; BSK-Acocella, Art. 41 SchKG N. 46.

573. BGE 110 III 5 E. 2; BGE 101 III 18 E. 2a.

574. Siehe für weitere Ausnahme vom *beneficium excussionis realis* BSK-Acocella, Art. 41 SchKG N. 22 ff.

575. BGE 104 III 8 E. 2; BGE 93 III 11 E. 1; BSK-Acocella, Art. 41 SchKG N. 26 m.w.V.

576. Hierzu und zum Folgenden BGE 59 III 16; BSK-Acocella, Art. 41 SchKG N. 26.

genügt der einseitige Verzicht der Gläubigerin auf das Faustpfandrecht; einer Rückgabe gemäss Art. 889 Abs. 1 ZGB bedarf es nicht, um die Einrede auszuschliessen.⁵⁷⁷

- Weiter besteht die Möglichkeit, dass die Gläubigerin und der Schuldner die Einrede des *beneficium excussionis realis* **vertraglich ausschliessen**; dies kann vor oder nach Anhebung der Betreibung geschehen.⁵⁷⁸ Dabei sind die Parteien an keine Form gebunden (Art. 11 Abs. 1 OR); empfehlenswert ist allerdings die Schriftform, da ein mündlicher bzw. konkludenter Einredevorzicht nur schwer zu beweisen ist.⁵⁷⁹
- Schliesslich können die Parteien eine **private Verwertung** (durch Selbstverkauf oder -eintritt) vereinbaren (vgl. Art. 890 Abs. 2 ZGB), was die Erhebung der Einrede der Vorausverwertung ebenso ausschliesst.⁵⁸⁰ Fällt der Schuldner in Konkurs oder wurde der Pfandgegenstand gepfändet oder verarrestiert, kann die Pfandgläubigerin jedoch ihr Recht zur privaten Verwertung nicht (mehr) ausüben.⁵⁸¹ Im Weiteren sind Vereinbarungen nichtig, bei denen dem Gläubigerin das Pfand – ohne Betreibung – zu Eigentum anfallen soll (sog. Verfallabreden; Art. 816 Abs. 2 und Art. 894 ZGB); es stellen sich dabei schwierige Abgrenzungsfragen zur (grundsätzlich zulässigen) Vereinbarung eines Selbsteintritts.⁵⁸²

Grundsätzlich führt die Eröffnung des **Konkurses** dazu, dass die gegen den 12 Schuldner hängigen Betreibungen aufgehoben werden (Art. 206 Abs. 1 SchKG). Dies gilt allerdings nur bei der Betreibung eines Schuldners, der zugleich Pfandeigentümer ist; soweit ein Dritter das Pfand bestellt hat (Drittpfandverhältnis), kann die Betreibung des Schuldners auf

577. BGE 59 III 16; BSK-Acocella, Art. 41 SchKG N. 26.

578. BGE 97 III 49 E. 1; BGE 120 III 105 E. 1; BGer 7B.249/2003 vom 7.1.2004 E. 2; BSK-Acocella, Art. 41 SchKG N. 17 mit zahlreichen weiteren Verweisen auf Lehre und Rechtsprechung.

579. Vgl. AB ZG vom 6.4.2001, GVP 2001 S. 152–154, E. 2c; BSK-Acocella, Art. 41 SchKG N. 17.

580. BGE 73 III 13 S. 16; Stoffel/Chabloz, § 6 N. 7. Vgl. auch BK-Zobl/Thurnherr, System. Teil zu Art. 884 ff. ZGB N. 578, wonach zugunsten der Gläubigerin ein Wahlrecht (zwischen Privatverwertung und Betreibung auf Pfandverwertung) vereinbart werden könne.

581. BGE 136 III 437 E. 3.3; BGE 81 III 57. Vgl. auch BK-Zobl, Art. 891 N 33 ff. mit weiteren Hinweisen (insb. auch auf kritische Lehrmeinungen).

582. BSK-Bauer/Bauer, Art. 894 ZGB N. 11 ff. Vgl. BGE 119 II 344 E. 2b, wonach für die Zulässigkeit des Selbsteintritts die angemessene Berücksichtigung der Schuldnerinteressen vorausgesetzt sei.

Pfandverwertung fortgeführt werden, selbst wenn über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde (Art. 89 Abs. 1 VZG).⁵⁸³

B. Verfahren

- 13 Das Einleitungs- und Fortsetzungsverfahren in der Betreibung auf Pfandverwertung verläuft grösstenteils gleich wie das ordentliche Einleitungsverfahren und das Fortsetzungsverfahren in der Betreibung auf Pfändung. Dennoch enthält das SchKG in den Art. 151 ff. SchKG und an anderen Stellen verschiedene (Spezial-)Bestimmungen betreffend die Betreibung auf Pfandverwertung. Das Verfahren und seine Besonderheiten werden im Folgenden summarisch dargestellt:
- 14 (i) Das Betreibungsverfahren leitet die Gläubigerin ein, indem sie beim zuständigen Betreibungsamt (Art. 51 SchKG; s. N. 4) ein **Betreibungsbegehren** einreicht. Der Inhalt dieses Begehren bestimmt sich in erster Linie nach Art. 67 SchKG. Für die Betreibung auf Pfandverwertung bedarf es darüber hinaus weiterer Angaben (Art. 67 Abs. 2 SchKG): So hat die Betreibende über allfällige Drittpfandeigentümer zu informieren und auf die Verwendung des gepfändeten Grundstücks als Familienwohnung/gemeinsame Wohnung hinzuweisen (Art. 151 Abs. 1 SchKG; dazu N. 26 ff.). Im Weiteren kann die Betreibende im Begehren auch die Ausdehnung der Pfandhaft auf Miet-/Pachtzinsforderungen verlangen (Art. 152 Abs. 2 SchKG; s. OK-Paydar, Art. 152 SchKG N. 23 ff.). Zusätzlich zum Betreibungsbegehren hat die betreibende Pfandgläubigerin die Pflicht, allfällige nachgehende Pfandgläubigerinnen über die Einleitung der Betreibung zu **benachrichtigen** (Art. 151 Abs. 2 SchKG; dazu N. 43 ff.).
- 15 (ii) Nach Erhalt des Betreibungsbegehrens erlässt das Betreibungsamt einen **Zahlungsbefehl**. Dieser enthält die in Art. 69 Abs. 2 SchKG aufgeführten Angaben. Zusätzlich sind bei der Betreibung auf Pfandverwertung die Besonderheiten gemäss Art. 152 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 SchKG (Pfandgegenstand, besondere Zahlungsfrist und Androhung) zu beachten (s. OK-Paydar, Art. 152 SchKG N. 2 ff.; Musterformular Nr. 3a und 3b⁵⁸⁴). Neben der Gläubigerin und dem Schuldner wird in der Betreibung auf Pfandverwertung auch allfälligen

583. Weiterführend BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 45 f.

584. Abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/schkg/musterformulare.html>, besucht am 22.12.2023.

Mitbetriebenen der Zahlungsbefehl zugestellt (Art. 70 und Art. 153 Abs. 2 SchKG). Im Weiteren gelangen in der Betreibung auf Pfandverwertung die übrigen allgemeinen Bestimmungen zum Zahlungsbefehl zur Anwendung (Art. 153 Abs. 4 i.V.m. Art. 71–73 SchKG⁵⁸⁵).

(iii) Gemäss ausdrücklichem Verweis gelten in der Betreibung auf Pfandverwertung die allgemeinen Bestimmungen zum **Rechtsvorschlag** und zur **Rechtsöffnung** (Art. 153 Abs. 4 i.V.m. Art. 74–86 SchKG).⁵⁸⁶ In der Betreibung auf Pfandverwertung ist besonders, dass – neben dem betriebenen Schuldner – auch alle Mitbetriebe gemäss Art. 153 Abs. 2 und 2^{bis} SchKG Rechtsvorschlag erheben können. Ansonsten gestaltet sich der Ablauf grundsätzlich gleich wie im ordentlichen Einleitungsverfahren: Der (Mit-)Betriebene kann Rechtsvorschlag erheben (Art. 74 ff. SchKG) und die Betreibende hat dann die Möglichkeit, den Rechtsvorschlag mittels (provisorischer oder definitiver) Rechtsöffnung oder Anerkennungsklage zu beseitigen (Art. 79 ff. SchKG; zu den Besonderheiten im Zusammenhang mit der Miet-/Pachtzinssperre s. OK-Paydar, Art. 152 SchKG N. 35 f.). Mit dem Rechtsvorschlag kann Folgendes bestritten werden: Bestand, Umfang und Fälligkeit der Forderung sowie Bestand und Umfang des Pfandrechts.⁵⁸⁷ Erhebt der Betriebene Rechtsvorschlag gegen die Forderung und das Pfandrecht, kann die Betreibende den Rechtsvorschlag nur beseitigen lassen, soweit sie über einen Rechtsöffnungstitel für das Pfandrecht und die Pfandsumme verfügt.⁵⁸⁸

(iv) Der Betreibung auf Pfandverwertung ist systemimmanent, dass das Stadium der Pfändung wegfällt; eines Fortsetzungsbegehrens bedarf es deshalb nicht.⁵⁸⁹ Sobald also die Betreibende in einem hängigen Schuldbetreibungsverfahren einen rechtskräftigen Zahlungsbefehl erlangt hat und sie die Minimal- und Maximalfristen gemäss Art. 154 SchKG einhält, kann sie das **Verwertungsbegehren** stellen.⁵⁹⁰ Sollte die Betreibende (fälschlicherweise) anstelle des Verwertungsbegehrens ein

585. Siehe die allgemeinen Ausführungen zur Rechtssetzungstechnik der gesetzlichen Verweisung in Fn. 64.

586. Siehe die allgemeinen Ausführungen zur Rechtssetzungstechnik der gesetzlichen Verweisung in Fn. 64.

587. BGer 5A_436/2016 vom 19.7.2016 E. 4.1; BGE 119 III 100 E. 2a

588. BGE 138 III 132 E. 4.2 = Pra 2012 Nr. 89.

589. Kren Kostkiewicz, SchKG, Rz. 1007; Spühler/Dolge, Rz. 641;

Fortsetzungsbegehren (Art. 88 SchKG) einreichen, hat das Betreibungsamt der Betreibende Gelegenheit zur Verbesserung zu geben (Art. 32 Abs. 4 SchKG).⁵⁹¹

- 18 (v) Sobald die Betreibende das Verwertungsbegehren in der Betreibung auf Pfandverwertung gestellt hat, tritt das Verfahren ins **Verwertungsstadium** über. Die Verwertung des Pfandes richtet sich *qua* Verweisung⁵⁹² nach dem Verwertungsverfahren in der Betreibung auf Pfändung (Art. 155 f. SchKG; vgl. auch Art. 102 VZG⁵⁹³). Insbesondere werden in diesem Verfahrensstadium allfällige Widerspruchsverfahren durchgeführt (Art. 106 ff. SchKG). Bei Grundstücken erstellt das Betreibungsamt zusätzlich ein Lastenverzeichnis und führt das Lastenbereinigungsverfahren durch (Art. 140 SchKG).
- 19 (vi) Auf die Verwertung des Pfandgegenstandes folgt die **Verteilung** des Pfanderlöses. Dabei gilt es Art. 157 SchKG zu beachten sowie – aufgrund des Verweises⁵⁹⁴ in Art. 157 Abs. 4 SchKG – die Art. 147, 148 und 150 SchKG. Vorab sind aus dem Pfanderlös die Kosten für die Verwaltung des Pfandes sowie der Verwertung und Verteilung zu bezahlen (Art. 157 Abs. 1 SchKG); namentlich die Grundstückgewinnsteuern sind Teil der Verwertungskosten.⁵⁹⁵

590. Statt vieler Spühler/Dolge, Rz. 643. Stellt die Betreibende das Verwertungsbegehren nicht rechtzeitig (d.h., innerhalb von einem bzw. zwei Jahr[en]), hat dies die Erlöschung der Betreibung zur Folge (Art. 154 Abs. 2 SchKG); nachträgliche Betreibungshandlungen sind nichtig (dazu BGE 69 III 46 S. 50; BGer 7B.250/2003 vom 29.1.2004 E. 3.1; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 154 SchKG N. 10 und 31). Vgl. zu den Minimalfristen OK-Paydar, Art. 152 SchKG N. 12 ff.

591. Kren Kostkiewicz, SchKG, Rz. 1008.

592. Art. 155 Abs. 1 SchKG hält ausdrücklich fest, dass die Referenznormen (d.h. diejenigen Normen, auf die verwiesen wird) nur *sinngemäss* anwendbar sind (ebenso bei Art. 157 Abs. 4 SchKG; unklar bei Art. 153 Abs. 4 und Art. 156 Abs. 1 SchKG). Zur gesetzlichen Verweisung (Rechtssetzungstechnik) im Allgemeinen führen Emmenegger/Tschentscher aus, dass die Referenznormen bei einer Verweisung grundsätzlich nicht unmittelbar, sondern nur entsprechend (bzw. *sinngemäss/analog*) zur Anwendung gelangen (BK-Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 ZGB N. 254 a.E.; siehe auch Larenz/Canaris, S. 82 a.E.). Gelangt eine Referenznorm bloss *sinngemäss* zur Anwendung, muss jeweils geprüft werden, «ob sich die Anwendung der Referenznorm im Einzelfall sachlich rechtfertigt»; je nachdem findet die Referenznorm nur modifiziert oder überhaupt keine Anwendung (BK-Weber/Emmenegger, Art. 99 OR N. 184; zur *sinngemässen* Anwendung bei Art. 155 Abs. 1 SchKG vgl. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 155 SchKG N. 8 ff.). Das gilt es bei den Verweisen in Art. 151 ff. SchKG jeweils zu beachten.

593. Vgl. KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 102 VZG N. 1.

594. Siehe die allgemeinen Ausführungen zur Rechtssetzungstechnik der gesetzlichen Verweisung in Fn. 64.

595. BGE 122 III 246 E. 5b.

Der verbleibende Pfanderlös wird zur Befriedigung der Pfandgläubigerinnen verwendet; ein allfälliger Überschuss fällt an den Pfandeigentümer.⁵⁹⁶ Genügt der Pfanderlös nicht, um sämtliche Pfandgläubigerinnen zu befriedigen, ist ein Kollokationsverfahren durchzuführen (Art. 157 Abs. 3 SchKG);⁵⁹⁷ die Bekanntmachung und Anfechtung richtet sich nach Art. 147 und 148 SchKG. Sofern das Pfand wegen des Deckungsprinzips (Art. 126 SchKG) oder wegen eines Verzichts der Pfandgläubigerin (Art. 127 SchKG) überhaupt nicht verwertet werden konnte, oder der Pfanderlös die Forderung der Pfandgläubigerin nicht vollständig deckt, stellt das Betreibungsamt der betreibenden Pfandgläubigerin (und nur dieser⁵⁹⁸) einen **Pfandausfallschein** aus (Art. 158 Abs. 1 SchKG). Sie kann innert Monatsfrist seit Empfang des Pfandausfallscheins das Fortsetzungsbegehren für eine Betreibung auf Pfändung bzw. Konkurs stellen, ohne dass ein neuer Zahlungsbefehl ausgestellt werden muss (Art. 158 Abs. 2 SchKG). Ferner gilt der Pfandausfallschein als Schuldanerkennung i.S.v. Art. 82 SchKG und bildet daher einen provisorischen Rechtsöffnungstitel. Beim Pfandausfallschein handelt es sich nicht um einen Verlustschein (vgl. Art. 149 SchKG).⁵⁹⁹

III. BETREIBUNGSBEGEHREN (ABS. 1)

A. Vorbemerkungen

Die **Pfandgläubigerin** leitet das Betreibungsverfahren ein, indem sie beim zuständigen Betreibungsamt ein **schriftliches oder mündliches** Betreibungsbegehren unter Nennung bestimmter Angaben (dazu N. 21 ff.) stellt. Das Begehren richtet sich gegen den **Forderungsschuldner** (nicht zwingend identisch mit dem Pfandeigentümer). Das bedarf der Erläuterung in dreifacher Hinsicht:

- **Form:** Die Pfandgläubigerin kann das Betreibungsbegehren mündlich oder schriftlich stellen (Art. 67 SchKG).⁶⁰⁰ Bei einem schriftlichen Begehren empfiehlt es sich, das eidgenössische Musterformular Nr. 1 zu verwenden,⁶⁰¹ wobei die Verwendung nicht obligatorisch ist (Art. 3 Abs. 1^{bis} VFRR). Die

596. BGE 132 III 539 E. 3.1; Spühler/Dolge, Rz. 649 f.

597. Vgl. BGE 95 III 33 E. 2.

598. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 158 SchKG N. 22 f.; Kren Kostkiewicz, SchKG, Rz. 1040.

599. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 158 SchKG N. 24.

600. Vgl. BGE 144 III 353 E. 2.2 f.

Pfandgläubigerin kann das Betreibungsbegehren auch über die vom Bund zur Verfügung gestellte Plattform «Easygov» abwickeln; das ausgefüllte Betreibungsbegehren kann die Pfandgläubigerin anschliessend elektronisch (Art. 33a Abs. 1 SchKG) oder auf dem Postweg (in Papierform) dem Betreibungsamt einreichen.⁶⁰² Unabhängig von der Form des Betreibungsbegehrens und der Art der Einreichung, bedarf es einer Unterschrift der betreibenden Pfandgläubigerin.⁶⁰³ Das gilt selbst bei mündlichen Betreibungsbegehren: Das Betreibungsamt hat die mündlichen Angaben auf das Musterformular Nr. 1 zu übertragen und lässt das Formular von der Betreibenden unterzeichnen (Art. 3 Abs. 2 VFRR).⁶⁰⁴ Fehlt die Unterschrift (oder liegt ein anderer verbesserlicher Formfehler vor), schadet dies nicht; das Betreibungsamt hat der Betreibenden Gelegenheit zur Verbesserung zu geben (Art. 32 Abs. 4 SchKG).⁶⁰⁵

- **Aktivlegitimation:** Kommt das Pfandrecht nur einer Pfandgläubigerin zu, so ist diese allein zur Betreibung auf Pfandverwertung aktivlegitimiert. Steht das Pfandrecht mehreren Pfandgläubigerinnen zur gesamten Hand zu, können diese nur gemeinsam vorgehen. Bei verschiedenen Pfandrechten mit unterschiedlichem Rang ist jede einzelne Pfandgläubigerin unabhängig von den anderen legitimiert.⁶⁰⁶
- **Passivlegitimation:** Das Betreibungsbegehren richtet sich gegen den Forderungsschuldner, der normalweiser zugleich der Pfandeigentümer ist. Bei einem Drittpfand fallen Schuldner und Pfandeigentümer auseinander. Gleichwohl muss die Pfandgläubigerin bloss ein Betreibungsbegehren einreichen; der Drittpfandeigentümer wird als Mitbetriebener ins Verfahren miteinbezogen (vgl. Art. 153 Abs. 2 und 2^{bis} SchKG).⁶⁰⁷

601. Abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/schkg/musterformulare.html>, besucht am 22.12.2023.

602. Abrufbar unter <https://www.easygov.swiss/easygov/#/de/betreibungen>, besucht am 22.12.2023. Vgl. auch BSK-Kofmel Ehrenzeller, Art. 67 SchKG N. 11 ff.

603. BGE 141 III 173 E. 2.3 = Pra 2017 Nr. 38. Bei der elektronischen Einreichung muss die Gläubigerin das Betreibungsbegehren mit einer elektronischen Signatur unterschreiben (Art. 33a Abs. 2 SchKG).

604. Müggler, Rz. 382.

605. BSK-Kofmel Ehrenzeller, Art. 67 SchKG N. 14 m.w.V.

606. Zum Ganzen BK-Zobl/Thurnherr, System. Teil zu Art. 884 ff. ZGB N. 632 ff. m.w.V.; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 44.

607. Zum Ganzen BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 45. Weiterführend BK-Zobl/Thurnherr, System. Teil zu Art. 884 ff. ZGB N. 635 ff. m.w.V.

Die Betreibende hat im Betreibungsbegehren sämtliche **Angaben gemäss Art. 67 und Art. 151 SchKG** aufzuführen, ansonsten riskiert sie, dass die Betreibung bzw. der Zahlungsbefehl auf Beschwerde hin aufgehoben oder für nichtig erklärt wird; gegebenenfalls ist der Betreibenden zuvor eine Frist zur Mängelbehebung anzusetzen (vgl. Art. 32 Abs. 4 SchKG; dazu N. 23 und 31 f.).⁶⁰⁸ Zunächst hat jedes Betreibungsbegehren⁶⁰⁹ folgende Angaben zu enthalten: Name und Wohnort der betreibenden Pfandgläubigerin (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG), Name und Wohnort des betriebenen Schuldners (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG), die Forderungssumme (in Schweizer Franken;⁶¹⁰ Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG) und – sofern vorhanden – die Forderungsurkunde und deren Datum (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG). Zusätzlich muss in der Betreibung auf Pfandverwertung die Betreibende gemäss Art. 151 Abs. 1 SchKG die Pfandverwertung verlangen (N. 23) sowie Angaben zum Pfandgegenstand (N. 24 f.) und zu allfälligen Drittpfandeigentümer (N. 26 ff.) machen; darüber hinaus hat die Betreibende darauf hinzuweisen, wenn es sich beim verpfändeten Grundstück um eine Familienwohnung oder eine gemeinsame Wohnung handelt (N. 38 ff.). Nachfolgenden wird dies im Einzelnen erläutert.

B. Pfandverwertung und Pfandgegenstand

Grundsätzlich hat die Betreibende im Betreibungsbegehren ausdrücklich die **Betreibung auf Pfandverwertung** zu verlangen (s. N. 23) und den **Pfandgegenstand** anzugeben (s. N. 24 f.).⁶¹¹ Dabei sind verschiedene Punkte zu beachten, die im Folgenden thematisiert werden.

1. Betreibungsbegehren auf Pfandverwertung

Das Betreibungsamt leitet die Betreibung auf Pfandverwertung grundsätzlich nur dann ein, wenn die Betreibende ein **entsprechendes Begehren auf**

608. Vgl. BGE 141 III 173 E. 2.4 = Pra 2017 Nr. 38; BGE 121 III 18 E. 2a; BGE 120 III 11 E. 1b = Pra 1994 Nr. 279; BGer 5A_34/2016 vom 30.5.2016 E. 3.3.1; BSK-Kofmel Ehrenzeller, Art. 67 SchKG N. 17, 21 und 46a.

609. Vgl. BSK-Kofmel Ehrenzeller, Art. 67 SchKG N. 3, wonach Art. 67 SchKG bei allen Betreibungsarten zur Anwendung gelangt.

610. Statt vieler BGE 134 III 151 E. 2.3; Amonn/Walther, § 16 N. 14.

611. SK-Rüetschi/Domenig, Art. 151 SchKG N. 30. Vgl. auch BGer 5A_68/2014 vom 23.5.2014 E. 2.3.2

Betreibung auf Pfandverwertung stellt.⁶¹² Das bedarf der Klarstellung in mehrfacher Hinsicht:

- Für die Betreibende ist es empfehlenswert, in den «Bemerkungen» des Betreibungsbegehrens (Musterformular Nr. 1)⁶¹³ **ausdrücklich** die Betreibung auf Pfandverwertung zu verlangen.⁶¹⁴ Denn in der Lehre findet sich wiederholt der Hinweis, dass das Betreibungsamt auf einen Verzicht auf das Pfandverwertungsverfahren schliessen könne, falls die Betreibende die Betreibung auf Pfandverwertung nicht ausdrücklich verlange.⁶¹⁵ Dies muss m.E. allerdings insofern relativiert werden, als es – vor allem bei Laien – keines ausdrücklichen Begehrens bedarf, soweit die Betreibende im Betreibungsbegehren den Pfandgegenstand bezeichnet;⁶¹⁶ bei Unklarheiten hat das Betreibungsamt gegebenenfalls der Betreibenden die Gelegenheit zur Verbesserung zu geben (Art. 32 Abs. 4 SchKG).⁶¹⁷ Führt das Betreibungsamt trotz eines ausreichenden Pfandverwertungsbegehrens eine Betreibung auf Pfändung bzw. Konkurs durch, kann sich die Betreibende mittels Beschwerde (Art. 17 SchKG) zur Wehr setzen und die Betreibung auf Pfandverwertung verlangen.⁶¹⁸
- Ein Teil der Lehre verlangt, dass die Betreibende bei den «Bemerkungen» (zusätzlich) **spezifizieren** müsse, ob sie eine **Grund- oder Faustpfandverwertung** (Art. 37 SchKG) beabsichtige.⁶¹⁹ Nach hier

612. Vgl. BGer 5A_68/2014 vom 23.5.2014 E. 2.3.2.

613. Das Musterformular ist abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/schkg/musterformulare.html>, besucht am 22.12.2023. Siehe auch das Musterbegehren von Müggler, Rz. 383 mit dem entsprechenden Hinweis bei den «Bemerkungen».

614. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 39; Schellenberg, S. 87.

615. KUKO-Jent-Sørensen, Art. 41 SchKG N. 1 sowie Art. 38 SchKG N. 19 f.; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 39 (siehe aber N. 48); KUKO-Käser/Häcki, Art. 151 SchKG N. 22; SK-Rüetschi/Domenig, Art. 151 SchKG N. 30; Müggler, Rz. 384. Vgl. aber BGer 5A_68/2014 vom 23.5.2014 E. 2.3.2, in welchem das Bundesgericht «nur» ein entsprechendes Begehren voraussetzt.

616. BSK-Kofmel Ehrenzeller, Art. 67 SchKG N. 46; Jaeger/Walder/Kull, Art. 151 SchKG N. 9; Fritzsche/Walder, § 34 N. 16 Fn. 30 (mit Hinweis auf zwei Entscheide der Aufsichtsbehörde des Kantons Bern: BLSchK 1970, S. 147 und BLSchK 1971, S. 122); Staehelin, AJP 1994, S. 1262. Vgl. auch BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 48; SK-Rüetschi/Domenig, Art. 151 SchKG N. 31; BGer 5A_68/2014 vom 23.5.2014 E. 2.3.1 f.; BGE 105 III 117 E. 2.

617. Vgl. BGer 5A_23/2019 vom 3.7.2019 E. 3.1., wonach unklare Rechtsbegehren oder Anträge als verbesserliche Fehler i.S.v. Art. 32 Abs. 4 SchKG zu betrachten seien.

618. Jaeger/Walder/Kull, Art. 151 SchKG N. 10; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 69; SK-Rüetschi/Domenig, Art. 151 SchKG N. 3.

vertretener Ansicht muss es bereits genügen, wenn aus der Angabe des Pfandgegenstands hervorgeht, welche Art der Pfandverwertung die Betreibende anstrebt (vgl. hiervor).⁶²⁰ Sollten dennoch Unklarheiten über die Art der Pfandverwertung bestehen, müsste das Betreibungsamt der Betreibenden die Möglichkeit zur Klarstellung bzw. Verbesserung gewähren (Art. 32 Abs. 4 SchKG).⁶²¹

- **Fehlt es hingegen gänzlich an einem Hinweis** auf den Pfandgegenstand und einem Begehren betreffend die Betreibung auf Pfandverwertung, führt das Betreibungsamt eine Betreibung auf Pfändung oder auf Konkurs durch⁶²² – selbstredend unter dem Vorbehalt der Einrede des *beneficium excussionis realis* (s. N. 10). Durch die Einleitung einer ordentlichen Betreibung verliert die Gläubigerin das Pfandrecht jedoch nicht;⁶²³ sofern die ordentliche Betreibung durch Rechtsvorschlag gehemmt oder wegen Verzichts der betreibenden Gläubigerin – durch formelle Rückzugserklärung gegenüber dem Betreibungsamt⁶²⁴ – hinfällig geworden ist, kann sie eine neue Betreibung (auf Pfandverwertung) anheben.⁶²⁵ Sollte sie allerdings im früheren (ordentlichen) Betreibungsverfahren bereits zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens berechtigt sein bzw. dieses bereits gestellt haben, ist eine weitere Betreibung für die gleiche Forderung unzulässig;

619. KUKO-Käser/Häcki, Art. 151 SchKG N. 22; KUKO-Jent-Sørensen, Art. 38 SchKG N. 20.

620. So auch BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 48 (siehe aber N. 39). Ähnlich CR-Foëx, Art. 151 SchKG N. 11; SK-Rüetschi/Domenig, Art. 151 SchKG N. 30 f.

621. Vgl. BGE 141 III 173 E. 2.4 = Pra 2017 Nr. 38; BSK-Nordmann/Oneyser, Art. 32 SchKG N. 15a, wonach Art. 32 Abs. 4 SchKG als Fragepflicht für das Betreibungsamt verstanden werden könne. Zur Anfechtbarkeit/Nichtigkeit bei mangelhaften Angaben im Betreibungsbegehren siehe N. 31 f.

622. BGer 5A_68/2014 vom 23.5.2014 E. 2.3.2; KUKO-Jent-Sørensen, Art. 41 SchKG N. 1 sowie Art. 38 N. 19 f. SchKG.

623. BGE 48 III 31 E. 1 a.E; BSK-Acocella, Art. 41 SchKG N. 9.

624. BSK-Kofmel Ehrenzeller, Art. 67 SchKG N. 47c. Vgl. auch BGE 144 III 425 E. 2.3.4; BGE 83 III 7 S.9 f.; OGer TG vom 23.4.1997, BLSchK 2000 S. 99 ff., E. 3a.

625. BGE 100 III 41 S. 42 f.; BGE 128 III 383 E. 1.1; BGE 139 III 444 E. 4.1.2 = Pra 2014 Nr. 17; BSK-Kofmel Ehrenzeller, Art. 67 SchKG N. 8. – Es ist unzulässig, für die gleiche Forderung gleichzeitig, nebeneinander mehrere Betreibungen zu führen (dazu OGer ZG vom 9.12.2016, BLSchK S. 160 ff., E. 3.1; AB BE vom 29.3.2005, BLSchK 2007 S. 18 ff., E. 5; Amonn/Walther, § 16 N. 2; BSK-Acocella, Art. 38 SchKG N. 48 und Art. 41 SchKG N. 49a).

⁶²⁶ diesen Einwand hat der Betriebene mittels Beschwerde oder Rechtsvorschlag zu erheben.⁶²⁷

2. Angaben zum Pfandgegenstand

24 Das **Pfandobjekt** hat die Betreibende im Betreibungsbegehren **möglichst genau zu bezeichnen** (empfehlenswert sind u.a. Art und Rang des Pfandrechts sowie Angaben zum Belegenheitsort⁶²⁸), denn nur die im Begehren bezeichneten Pfandobjekte dürfen letztlich verwertet werden.⁶²⁹ Es ist dabei ausreichend, «wenn aus den Angaben vernünftigerweise auf den Pfandgegenstand geschlossen werden kann».⁶³⁰ Folgendes ist präzisierend anzufügen:

- Liegt ein **Gesamtpfand** vor (sprich mehrere Pfandobjekte haften für eine Forderung;⁶³¹ vgl. Art. 798 Abs. 1 ZGB betreffend Grundstücke), so muss die Betreibende sämtliche Pfandobjekte in die Betreibung auf Pfandverwertung einbeziehen.⁶³² Das ergibt sich aus Art. 816 Abs. 3 ZGB, der für die Grundpfandverwertung unmittelbar gilt und bei der Faustpfandverwertung analog zur Anwendung gelangt.⁶³³ Durch den zwingenden Charakter von Art. 816 Abs. 3 ZGB, hat die Aufsichtsbehörden von Amtes wegen einzuschreiten, falls sich die Betreibung nicht gegen alle Pfandobjekte des Gesamtpfandes richtet.⁶³⁴ Auch wenn mehrere

626. BGE 100 III 41 S. 42 f.; BGE 128 III 383 E. 1.1; BGer 5A_188/2010 vom 30.4.2010 E. 4; BGer 5A_17/2018 vom 4.7.2018 E. 2.2.2; BSK-Kofmel Ehrenzeller, Art. 67 SchKG N. 8.

627. BGE 128 III 383 E. 1.1; BGE 100 III 41 S. 42 f. Siehe aber BGE 139 III 444 E. 4.1.3 und 4.2 = Pra 2014 Nr. 17, wonach der Betriebene diesen Einwand bloss durch Beschwerde, nicht aber durch Rechtsvorschlag geltend machen könne (kritisch dazu BSK-Staehelin, Art. 84 SchKG N. 7; vgl. dazu auch BSK-Wüthrich/Schoch, Art. 69 SchKG N. 14, und BGer 5A_17/2018 vom 4.7.2018 E. 2.2.2).

628. KUKO-Käser/Häcki, Art. 151 SchKG N. 24; Schellenberg, S. 87. Siehe das Musterbegehren bei Müggler, Rz. 383.

629. Schellenberg, S. 88. Siehe auch BGE 52 III 80 S. 83 f.: Eine zwangsweise Verwertung von nicht aufgeführten Gegenständen ist nichtig.

630. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 49. Vgl. auch BGE 81 III 3 E. 2; BGE 70 III 53.; BK-Zobl/Thurnherr, System. Teil zu Art. 884 ff. ZGB N. 626; Fritzsche/Walder, § 34 N. 17 Fn. 33.

631. BK-Zobl/Thurnherr, System. Teil zu Art. 884 ff. ZGB N. 499.

632. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 52.

633. Vgl. BK-Zobl/Thurnherr, System. Teil zu Art. 884 ff. ZGB N. 627 f. m.w.V.

634. BGE 100 III 48 E. 2. Siehe auch BSK-Schmid-Tschirren, Art. 816 ZGB N. 17 mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung.

Pfandobjekte für die Forderung haften, ist die Verwertung «nur soweit nötig durchzuführen» (Art. 816 Abs. 3 ZGB letzter Teilsatz); Konkretisierung erfährt dieser Grundsatz in Art. 107 VZG (analoge Anwendung auf Faustpfandverwertung).⁶³⁵ Haften einzelne Pfandobjekte nur subsidiär, ist Art. 87 VZG zu beachten.⁶³⁶

- Die Grund- und Fahrnispfandrechte umfassen von Gesetzes wegen auch die **Zugehör** (Art. 805 Abs. 1 bzw. Art. 892 ZGB). Daher muss die Betreibende allfällige Zugehör im Betreibungsbegehren nicht ausdrücklich angeben. Bei Grundstücken findet die Zugehör Aufnahme im Lastenverzeichnis (Art. 34 Abs. 1 lit. a VZG i.V.m. Art. 102 VZG; vgl. N. 6).⁶³⁷
- Die **Miet-/Pachtzinssperre** (bzw. die Ausdehnung der Pfandhaft auf Miet-/Pachtzinsen) ist ausdrücklich zu verlangen; es erfolgt keine Anordnung von Amtes wegen.⁶³⁸ Die Betreibende kann die Zinssperre bereits mit dem Betreibungsbegehren beantragen (im Einzelnen OK-Paydar, Art. 152 SchKG N. 23 ff.).
- Im Zeitpunkt der Betreibungsanhebung muss das Faustpfand dem Betreibungsamt **nicht vorgelegt werden**; der Pfandgegenstand muss erst zur Verwertung in die Schweiz gebracht werden (s. N. 4).⁶³⁹ Indes ist es empfehlenswert (wenn auch nicht zwingend), wenn die Betreibende in ihrem Begehren angibt, wo sich das Faustpfandobjekt befindet.

Der **materielle Bestand** des behaupteten Pfandrechtes prüft das 25
Betreibungsamt nicht;⁶⁴⁰ die materielle Beurteilung erfolgt durch die Gerichte
in den unterschiedlichen nachgelagerten Verfahren (Rechtsöffnungs-,
Anerkennungs-, Lastenbereinigungs- oder Widerspruchsverfahren).⁶⁴¹ Falls

635. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 52. Vgl. auch BK-Zobl/Thurnherr, System. Teil zu Art. 884 ff. ZGB N. 690 ff. Im Allgemeinen zu Art. 107 VZG KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 107 VZG N. 1 ff.; BSK-Schmid-Tschirren, Art. 816 ZGB N. 18 f.

636. Vgl. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 153 SchKG N. 44; KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 87 VZG N. 1 ff. Art. 87 VZG gilt unmittelbar für die Grundpfandverwertung; nach hier vertretener Auffassung gelangt diese Bestimmung bei der Fahrnisverpfändung analog zur Anwendung (vgl. auch Schellenberg, S. 49).

637. Zum Ganzen BGE 52 III 173; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 55.

638. BGE 145 III 495 E. 2.3.1 = Pra 2020 Nr. 68.

639. BGE 70 III 53 E. 2. Siehe Fn. 5 mit weiteren Verweisen.

640. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 6; SK-Rüetschi/Domenig, Art. 152 SchKG N. 4.

641. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 39. Vgl. auch BGer 5A_68/2014 vom 23.5.2014 E. 2.3.2; KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 85 VZG N. 9.

sich jedoch aus den Angaben der Betreibenden ergibt, dass das Pfandrecht nicht besteht bzw. fehlt, darf das Betreibungsamt das Betreibungsbegehren zurückweisen. Eine Rückweisung ist hingegen unzulässig, soweit die Angaben der Betreibenden das Pfandrecht als möglich erscheinen lassen.⁶⁴²

C. Drittpfandeigentümer (Abs. 1 lit. a)

1. Übersicht

- 26 Die Betreibende muss im Betreibungsbegehren den «Name[n] des Dritten, der das Pfand bestellt oder den Pfandgegenstand zu Eigentum erworben hat», angeben (Art. 151 Abs. 1 lit. a SchKG). D.h., allfällige Drittpfandeigentümer sind im Betreibungsbegehren mit Namen (und allenfalls Wohnort; dazu N. 29 f.) zu nennen.
- 27 Drittpfandeigentümer sind **Eigentümer des Pfandgegenstandes, die mit dem Schuldner der Pfandforderung nicht identisch sind**.⁶⁴³ Ob sich der Pfandgegenstand von Anfang an im Eigentum des Dritten befand oder der Dritte zu einem späteren Zeitpunkt das Eigentum daran erworben hat, spielt dabei keine Rolle;⁶⁴⁴ gemäss ausdrücklicher Regelung ist in beiden Fällen der Drittpfandeigentümer anzugeben. Steht der Pfandgegenstand im Mit- oder Gesamteigentum des Schuldners und eines Dritten, hat die Betreibende auch die (übrigen) **Mit- bzw. Gesamteigentümer** im Begehren anzugeben (vgl. Art. 88 Abs. 4 VZG⁶⁴⁵).⁶⁴⁶

642. Zum Ganzen BGer 5A_68/2014 vom 23.5.2014 E. 2.3.1 f.; BGE 105 III 117 E. 2a; BGE 49 III 180. Vgl. auch BSK-Kofmel Ehrenzeller, Art. 67 SchKG N. 47b.

643. Statt vieler Schmid/Hürlimann-Kaup, Rz. 1608; Heinel, Rz. 365.

644. Vgl. SK-Rüetschi/Domenig, Art. 151 SchKG N. 34; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 59; Heinel, Rz. 356.

645. Die VZG regelt grundsätzlich nur die Grundpfandverwertung (vgl. Art. 1 Abs. 1 VZG). Aufgrund der vergleichbaren Interessenlage ist es m.E. angezeigt, Art. 88 Abs. 4 VZG analog bei Fahrnissachen zur Anwendung zu bringen (so auch Schellenberg, S. 49; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 153 SchKG N. 29). Demnach sind Mit- und Gesamteigentümer sowohl von Grundstücken als auch von Fahrnissachen im Betreibungsbegehren aufzuführen.

646. SK-Rüetschi/Domenig, Art. 151 SchKG N. 34; KUKO-Käser/Häcki, Art. 151 SchKG N. 27. Vgl. auch KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 88 VZG N. 29: «Bei einem im Miteigentum stehenden Grundstück ist jedoch vorausgesetzt, dass das Pfandrecht auf dem ganzen Grundstück und nicht nur auf dem Miteigentumsanteil des Schuldners lastet. In letzterem Fall werden die Miteigentümer nicht von der Betreibung berührt.»

2. Angaben zum Drittpfand Eigentümer

Wie die betreibende Gläubigerin und der betriebene Schuldner muss der 28
Drittpfand Eigentümer im Betreibungsbegehren **klar und unzweideutig**
genannt sein, ansonsten riskiert die Betreibende die Anfechtbarkeit oder
Nichtigkeit des daraus resultierenden Zahlungsbefehls.⁶⁴⁷ Das bedarf der
Erläuterung:

(i) Die Gläubigerin hat gemäss Art. 151 Abs. 1 lit. a SchKG den **Namen** des 29
Drittpfand Eigentümers im Betreibungsbegehren anzugeben. Ob darüber
hinaus die Betreibende auch den **Wohnort bzw. die Adresse** des
Drittpfand Eigentümers aufführen muss, beantwortet die Lehre uneinheitlich.
Ein Teil der Lehre verweist auf den klaren Gesetzeswortlaut, der einzig die
Angaben des Namens verlangt.⁶⁴⁸ Ein anderer Teil der Lehre setzt voraus, dass
die Betreibende den Wohnort angibt oder – bei unbekanntem Wohnort –
zumindest ausdrücklich auf diesen Umstand hinweist.⁶⁴⁹

Es mag zutreffen, dass Art. 151 Abs. 1 lit. a SchKG nur den «Namen des 30
Dritten» verlangt. Indes greift diese Begründung zu kurz: Die *ratio legis* dieser
Bestimmung legt nahe, den Drittpfand Eigentümer möglichst genau zu
bezeichnen,⁶⁵⁰ damit das Betreibungsamt auch diesem einen Zahlungsbefehl
zustellen kann (vgl. Art. 153 Abs. 2 lit. a SchKG). Fehlt es an Angaben zur
Adresse, ist eine Zustellung nur schwerlich zu verwirklichen. Der gleiche
Grundgedanke liegt auch Art. 67 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 SchKG zugrunde,
weswegen diese Norm ausdrücklich verlangt, dass die Betreibende ihren und
den Wohnort des Betriebenen aufführt. Es drängt sich daher auf, neben dem

647. Vgl. KGer GR vom 17.6.1986, PKG 1986 S. 93 ff., E. 3b (für die Nichtigkeit bedarf es ebenso
der Irreführung der Beteiligten); BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 61; CR-
Foëx, Art. 151 SchKG N. 24.

648. SK-Rüetschi/Domenig, Art. 151 SchKG N. 35.

649. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 60; Schellenberg, S. 88; CR-Foëx, Art. 151
SchKG N. 23 f.; Gilliéron, Art. 151 SchKG N. 19. Siehe auch das Musterbegehren
(Musterformular Nr. 1; abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/schkg/musterformulare.html>, besucht am 22.12.2023), welches die Angabe der Adresse des
Drittpfand Eigentümers verlangt.

650. Vgl. BGer 5A_34/2016 vom 30.5.2016 E. 3.3.1 m.w.V.: «[D]er Zweck der Angaben, welche in
einer Betreibungsurkunde zur Person des Gläubigers und des Schuldners gemacht werden,
bestehe darin, die Person eindeutig identifizieren zu können» (Hervorhebung hinzugefügt).
Diese Rechtsprechung muss m.E. sinngemäss auch bei den Angaben zum
Drittpfand Eigentümer gelten.

Namen auch Angaben zum **Wohnort** des Drittpfand Eigentümers zu verlangen – zumindest in denjenigen Fällen, in denen die Betreibende die Adresse kennt oder kennen müsste (vgl. dazu aber N. 32).⁶⁵¹ Bei unbekanntem Wohnort des Drittpfand Eigentümers ist eine analoge Anwendung von Art. 66 Abs. 4 SchKG (öffentliche Bekanntmachung) angezeigt.⁶⁵²

- 31 (ii) Das Betreibungsamt muss die Angaben im Betreibungsbegehren ohne Änderungen in den Zahlungsbefehl übernehmen (Art. 69 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG).⁶⁵³ Daher können die in Betreibungsbegehren enthaltenen unvollständigen, unklaren oder falschen Angaben zur betreibenden Gläubigerin oder zum betriebenen Schuldner dazu führen, dass der **Zahlungsbefehl nichtig** ist (vgl. Art. 22 Abs. 1 SchKG)⁶⁵⁴ – allerdings nur in denjenigen Fällen, in denen die mangelhafte Parteibezeichnung zur Irreführung geeignet war und die Beteiligten auch tatsächlich irregeführt wurden.⁶⁵⁵ Bei anderweitigen Mängel, die nicht zur Nichtigkeit des Zahlungsbefehls führen, steht dem Betriebenen die **Beschwerdemöglichkeit** offen (Art. 17 SchKG);⁶⁵⁶ unterlässt dieser die Beschwerde, gilt der Mangel als geheilt.⁶⁵⁷
- 32 Das Gesagte muss grundsätzlich auch bei unvollständigen, unklaren und falschen Angaben zum Drittpfand Eigentümer gelten,⁶⁵⁸ allerdings ist das Betreibungsamt regelmässig gehalten, der Betreibenden eine **Frist zur Mängelbehebung** anzusetzen (vgl. Art. 32 Abs. 4 SchKG).⁶⁵⁹ Zudem darf das

651. Methodologisch lässt sich dies mit einer analogen Anwendung von Art. 67 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 SchKG verwirklichen.

652. So z.B. Schellenberg, S. 56; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 153 SchKG N. 18; Müggler, Rz. 417. Wohl auch KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 88 VZG N. 6, die pauschal auf Art. 64 ff. SchKG verweist.

653. BGE 141 III 173 E. 2.3 = Pra 2017 Nr. 38. Siehe auch BSK-Wüthrich/Schoch, Art. 69 SchKG N. 17: In Ausnahmefällen dürfe das Betreibungsamt offensichtliche Versehen oder erkennbare Fehler der Betreibenden selbst korrigieren (vgl. dazu auch BGE 114 III 62 E. 1a und BGer 5A_34/2016 vom 30.5.2016 E. 3.3.1, wonach ein Zahlungsbefehl mit einer mangelhaften – jedoch nicht irreführenden – Parteibezeichnung nicht aufzuheben, sondern zu korrigieren sei).

654. BGE 98 III 24 S. 26; BGE 102 III 63 E. 2; BSK-Kofmel Ehrenzeller, Art. 67 SchKG N. 17; BSK-Wüthrich/Schoch, Art. 69 SchKG N. 29. Ungenau BGE 141 III 173 E. 2.4 = Pra 2017 Nr. 38, der von «nullité (art. 22 al. 1 LP) de la réquisition» (zu verstehen als «Nichtigkeit des Begehrens») spricht.

655. BGE 114 III 62 E. 1a: «[L]a désignation inexacte, impropre ou équivoque, voire totalement fausse, ou incomplète d'une partie n'entraîne la nullité de la poursuite que lorsqu'elle était de nature à induire les intéressés en erreur et que tel a effectivement été le cas.» Bestätigt in BGE 120 III 11 E. 1b = Pra 1994 Nr. 279 und BGer 5A_34/2016 vom 30.5.2016 E. 3.3.1 f.

Betreibungsamt **nicht allzu hohe Anforderungen** an die Bezeichnung des Drittpfand Eigentümers stellen, zumal es Informationen betrifft, auf welche die Betreibenden vielfach keinen oder nur schwerlich Zugriff erhalten.⁶⁶⁰ D.h., auch wenn die Betreibende grundsätzlich den Wohnort des Drittpfand Eigentümers angeben muss (s. hiavor N. 30), kann dies nur dort gelten, wo die Betreibende den Wohnort kennt oder kennen müsste. Das Betreibungsamt hat somit Rücksicht walten zu lassen, falls die Angaben zum Drittpfand Eigentümer unvollständig oder unklar ausfallen (s. sogleich N. 33 ff. zu den Rechtsfolgen beim vollständigen Fehlen von Angaben zum Drittpfand Eigentümer).

3. Nachträgliche Zustellung des Zahlungsbefehls

Die betreibende Pfandgläubigerin hat den Drittpfand Eigentümer im 33 Betreibungsbegehren zu bezeichnen, damit das Betreibungsamt auch diesem einen Zahlungsbefehl zustellen kann (Art. 153 Abs. 2 lit. a SchKG). Dabei können sich jedoch Schwierigkeiten ergeben, da im Zeitpunkt der Betreibungsanhebung die Betreibende nicht immer Kenntnis vom Drittpfandverhältnis hat. So kann etwa nach der Pfandbestellung ein

656. Für die Aufhebung des Zahlungsbefehls bedarf es jedoch eines schutzwürdigen Interesses, ansonsten begnügt sich die Aufsichtsbehörde damit den Zahlungsbefehl zu berichtigen bzw. das Betreibungsamt zur Berichtigung des Zahlungsbefehls aufzufordern (Art. 21 SchKG; BGE 98 III 24 S. 26 f.; BGer 5A_34/2016 vom 30.5.2016 E. 3.3.1). Falls notwendig kann der Betreibenden –zwecks Ergänzung/Klarstellung der Angaben – eine Frist zur Verbesserung (vgl. Art. 32 Abs. 4 SchKG) angesetzt werden; wenn die Betreibende nicht innert Frist die betreffenden Angaben nachliefert, ist der Zahlungsbefehl aufzuheben (dazu BGE 114 III 62 E. 2a und BGE 93 III 45 E. 2; vgl. auch BGE 141 III 173 E. 2.4 = Pra 2017 Nr. 38).

657. BSK-Wüthrich/Schoch, Art. 69 SchKG N. 36.

658. KGer GR vom 17.6.1986, PKG 1986 S. 93 ff., E. 3b (für die Nichtigkeit bedarf es ebenso der Irreführung der Beteiligten); BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 61; CR-Foëx, Art. 151 SchKG N. 24.

659. Vgl. BGE 141 III 173 E. 2.4 = Pra 2017 Nr. 38; BGE 118 III 10 E. 3a a.E.; BGE 109 III 4 E. 1b a.E.; BGE 102 III 133 E. 2a a.E.; BGE 93 III 45 E. 2; BGE 82 III 127 E. 2; BGer 5A_500/2011 vom 20.12.2011 E. 2.1; Kren Kostkiewicz, SchKG, Rz. 497 f.; Amonn/Walther, § 16 N. 10 (mit dem Hinweis, dass eine Betreibung nichtig sei, wenn die betreibende Gläubigerin die Möglichkeit zur Mängelbeseitigung nicht wahrgenommen habe); BSK-Kofmel Ehrenzeller, Art. 67 SchKG N. 21, 28 und 46a. Die Frist zur Mängelbehebung kann sowohl *vor* Erlass des Zahlungsbefehls als auch *danach* (auf Beschwerde hin) angesetzt werde (zu Letzterem BGE 114 III 62 E. 2a und BGE 93 III 45 E. 2). Vgl. ferner Art. 5 der Verordnung des EJPD vom 24.11.2015 über die vom Gläubiger zu stellenden Begehren im Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren (SR 281.311).

660. Vgl. CR-Foëx, Art. 151 SchKG N. 24.

Drittpfandverhältnis begründet werden, ohne dass die Pfandgläubigerin darüber informiert wurde (vgl. Art. 832 Abs. 1 ZGB).⁶⁶¹ Sofern die Betreibende in ihrem Betreibungsbegehren den Drittpfandeigentümer nicht angibt (in Kenntnis oder Unkenntnis des Drittpfandverhältnisses), schadet dies grundsätzlich nicht: Diesfalls ist – nach Bekanntwerden des Drittpfandverhältnisses – dem **Drittpfandeigentümer nachträglich der Zahlungsbefehl zuzustellen (Art. 100 Abs. 1 und Art. 88 Abs. 1 VZG; analoge Anwendung auf Faustpfandverwertung⁶⁶²)**. Das lässt sich wie folgt verdeutlichen:

- 34 (i) Auch wenn die Zustellung des Zahlungsbefehls grundsätzlich nachholbar ist, hat die Betreibende ein Interesse daran, (bekannte) Drittpfandeigentümer bereits im Betreibungsbegehren zu bezeichnen. Denn das Betreibungsamt holt erst nach Stellung des Verwertungsbegehrens einen Grundbuchauszug ein (Art. 99 Abs. 1 VZG). Es kann daher zu **grossen Verzögerungen** kommen, falls das Betreibungsamt dem Drittpfandeigentümer erst in diesem (späteren) Zeitpunkt den Zahlungsbefehl zustellt; für die Berechnung der Verwertungsfrist (Art. 154 SchKG) ist bekanntlich die Zustellung des letzten Zahlungsbefehls massgebend (Art. 98 Abs. 1 SchKG).⁶⁶³
- 35 (ii) Solange das Betreibungsamt die Verwertung nicht vollzogen hat (also auch nach Stellung des Verwertungsbegehrens), kann das Betreibungsamt die Zustellung des Zahlungsbefehls an den Drittpfandeigentümer nachholen (vgl. Art. 100 Abs. 1 VZG). Bevor das Betreibungsamt zur Verwertung schreiten kann, ist Folgendes zu beachten: Erstens muss auch der letzte bzw. der nachträglich zugestellte Zahlungsbefehl in **Rechtskraft** erwachsen sein. D.h., ein allfällig erhobener Rechtsvorschlag des Drittpfandeigentümers muss die Betreibende beseitigt haben (selbstredend gilt dies auch für alle anderen Rechtsvorschläge). Zweitens muss die **ein- bzw. sechsmonatige Minimalfrist der Verwertung** (Art. 154 SchKG) seit Zustellung des letzten Zahlungsbefehls abgelaufen sein (Art. 98 Abs. 1 VZG).⁶⁶⁴ Freilich ist es dem

661. Für Fahrmissachen vgl. BSK-Bauer/Bauer, Art. 884 ZGB N. 24.

662. Diese Bestimmungen gelten unmittelbar nur bei der Grundpfandpfandverwertung (vgl. Art. 1 Abs. 1 VZG), kommen jedoch nach der hier vertretenen Ansicht analog bei der Faustpfandverwertung zur Anwendung (so auch CR-Foëx, Art. 151 SchKG N. 25 [für Art. 88 Abs. 1 VZG]; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 153 SchKG N. 29 und Schellenberg, S. 49 [beide für Art. 88 ff. VZG]).

663. Zum Ganzen KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 88 VZG N. 9. Vgl. auch Brand, Handbuch, S. 17.

Drittpfand Eigentümer erlaubt, auf die nachträgliche Zustellung und auf die Minimalfrist zu verzichten.⁶⁶⁵

(iii) Es spielt keine Rolle, ob das Drittpfandverhältnis **bereits vor der Einleitung der Betreibung bestand oder erst nachträglich begründet** wurde. Grundsätzlich ist in beiden Fällen die Zustellung des Zahlungsbefehls an den (neuen) Drittpfand Eigentümer nachzuholen. Das gilt selbst dann, wenn das Betreibungsamt dem Verkäufer bereits einen Zahlungsbefehl zugestellt hat und dieser keinen Rechtsvorschlag erhoben hat.⁶⁶⁶ Vorbehalten sind die Fälle, in denen die Verfügungsbeschränkung im Grundbuch vorgemerkt wurde (Art. 90 und 97 VZG). Diesfalls hat der neue Pfand Eigentümer keinen Anspruch auf (nachträgliche) Zustellung des Zahlungsbefehls (Art. 88 Abs. 2 und Art. 100 Abs. 2 VZG; dazu OK-Paydar, Art. 152 SchKG N. 18 ff.).³⁶

(iv) Hat das Betreibungsamt die Verwertung vollzogen, ohne dem Dritteigentümer einen Zahlungsbefehl zuzustellen, führt dies zur **Nichtigkeit** der Verwertung (Betreibungshandlung ohne rechtskräftigen Zahlungsbefehl).⁶⁶⁷ Diesfalls entfaltet der erteilte Zuschlag keine Wirkung und das Betreibungsamt hat einen neuen Steigerungstermin anzusetzen, sobald auch der nachträglich zugestellte Zahlungsbefehl in Rechtskraft erwachsen ist.⁶⁶⁸ Bei Nichteinhaltung der Minimalfristen gilt es Art. 9 Abs. 2 und 3 VFRR zu beachten; gegebenenfalls kann der Dritteigentümer eine Beschwerde nach Art. 17 SchKG einreichen (keine Nichtigkeit; vgl. dazu OK-Paydar, Art. 152 SchKG N. 14).⁶⁶⁹³⁷

664. Vgl. zum Ganzen BGer 7B.141/2004 vom 24.11.2004 E. 5.1; KGer GR vom 11.1.2006, PKG 2006 Nr. 15 S. 79 ff., E. 3a; BGE 140 III 36 E. 3; KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 88 VZG N. 11 f.

665. BGE 59 III 279; SK-Baeriswyl/Milani/Schmid, Art. 33 SchKG N. 36; KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 100 VZG N. 36; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 154 SchKG N. 12; BSK-Nordmann/Oneyser, Art. 33 SchKG N. 8.

666. Zum Ganzen BGE 42 III 63 E. 2; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 153 SchKG N. 16; KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 88 VZG N. 12 ff.

667. KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 100 VZG N. 1; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 153 SchKG N. 30a und 22b. Vgl. auch BGer 7B.141/2004 vom 24.11.2004 E. 6.2.2 (betreffend fehlende Zustellung an Ehegatten); BGer 5A_825/2020 vom 25.3.2021 E. 5.2.2; Jaeger/Walder/Kull, Art. 153 SchKG N. 5.

668. KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 88 VZG N. 13. Vgl. auch BGer 7B.141/2004 vom 24.11.2004 E. 6.5, wonach die Nichtigkeit in gewissen Fällen nicht mehr festgestellt werden könne.

669. Vgl. BGer 5A_43/2010 vom 19.3.2010 E. 3.2.

D. Familienwohnung/Gemeinsame Wohnung (Abs. 1 lit. b)

- 38 Falls das verpfändete Grundstück dem betriebenen Schuldner oder dem Drittpfand Eigentümer als Familienwohnung (Art. 169 ZGB) oder als gemeinsame Wohnung (Art. 14 PartG) dient (Art. 151 Abs. 1 lit. b SchKG), muss die Betreibende im Betreibungsbegehren auf diesen Umstand hinweisen.⁶⁷⁰
- 39 Wie dies der Gesetzestext bereits andeutet, ist Art. 151 Abs. 1 lit. b SchKG gemeinsam mit **Art. 169 ZGB** zu lesen (zu Art. 14 PartG s. die Bemerkungen in N. 42). Nach Art. 169 ZGB kann ein Ehegatte nur mit der ausdrücklichen Zustimmung des anderen Ehegatten die Familienwohnung veräussern oder die Rechte daran beschränken.⁶⁷¹ Damit soll verhindert werden, dass derjenige «Ehegatte, der die dinglichen oder obligatorischen Rechte an der Familienwohnung innehat, den anderen Ehegatten gegen dessen Willen der für ihn lebenswichtigen Wohnung beraubt».⁶⁷² Um diesen Grundsatz auch in der Betreibung auf Pfandverwertung zu verwirklichen, hat der Gesetzgeber Art. 151 Abs. 1 lit. b SchKG (und Art. 153 Abs. 2 lit. b SchKG) eingeführt.⁶⁷³ Demnach hat das Betreibungsamt auch dem Ehegatten den Zahlungsbefehl zuzustellen und dieser kann sich mittels Rechtsvorschlags gegen die Betreibung zur Wehr setzen (Art. 153 Abs. 2 und 2^{bis} SchKG).
- 40 Aufgrund des Verweises auf Art. 169 ZGB ist es angezeigt, den im SchKG verwendete Begriff «Familienwohnung» gleich wie im ZGB auszulegen.⁶⁷⁴ Kurz gesagt ist die **Familienwohnung** «der Ort, an dem der Mittelpunkt des Ehe- und Familienlebens liegt».⁶⁷⁵ Grundsätzlich trifft das nur auf eine Wohnung zu.⁶⁷⁶ Daher gelten namentlich Ferien- und Zweitwohnungen nicht als Familienwohnungen.⁶⁷⁷ Im Weiteren können sich nur verheiratete Eheleute (mit oder ohne Kinder) auf Art. 169 ZGB berufen,⁶⁷⁸ wobei die blosse

670. Vgl. Gilliéron, Art. 151 SchKG N. 24, wonach sich Art. 151 Abs. 1 lit. b SchKG nur auf «gage contractuels» beziehe. Kritisch dazu CR-Foëx, Art. 151 SchKG N. 27.

671. Siehe allerdings die Bemerkung in Fn. 152.

672. BGE 114 II 396 E. 5a; bestätigt in BGE 142 III 720 E. 4.2.2 = Pra 2018 Nr. 56.

673. Vgl. Votum Salvioni, AB 1994 SR S. 732; BGE 119 III 100 E. 2b; BGE 149 III 117 E. 3.2.1; BGer 5A_825/2020 vom 25.3.2021 E. 5.1; BGer 4P.264/2005 vom 17.1.2006 E. 5.2.3.1.

674. Siehe auch die allgemeinen Hinweise zur Rechtssetzungstechnik des gesetzlichen Verweises in Fn. 64.

675. BSK-Maier/Schwander, Art. 169 ZGB N. 6. Siehe auch BGer 5A_635/2018 vom 14.1.2019 E. 6.1 «La notion de logement de famille recouvre le lieu qui remplit la fonction de logement et de centre de vie de la famille.»

676. BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 169 ZGB N. 16 mit Hinweisen auf Ausnahmen.

Absicht zur Begründung einer Familienwohnung allein nicht genügt – das Ehepaar muss die Wohnung tatsächlich bezogen haben.⁶⁷⁹

Für die Betreibende ist nicht immer erkennbar, ob es sich beim verpfändeten Grundstück um eine Familienwohnung handelt. So bedarf – nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung – nicht jede Pfandbestellung an einer Familienwohnung die Zustimmung des anderen Ehegattens (vgl. Art. 169 ZGB),⁶⁸⁰ weswegen die Pfandgläubigerin nicht in allen Fällen über die Wohnsituation des Pfandeigentümers Bescheid wissen kann. Dementsprechend kann es vorkommen, dass die Betreibende im Betreibungsbegehren nicht auf die Familienwohnung hinweist bzw. hinweisen kan. Dies zeitig indes keine unmittelbaren Konsequenzen: Das Betreibungsamt kann die **Zustellung des Zahlungsbefehls** an den anderen Ehegatten im Verlaufe des Betreibungsverfahrens **nachholen** (Art. 88 Abs. 1 und Art. 100 Abs. 1 VZG; die Ausführungen zu den Drittpfandeigentümern [N. 33 ff.] gelten *mutatis mutandis* auch hier). Wenn es im Laufe des Betreibungsverfahrens zu einer Umnutzung kommt (sprich das Pfandgrundstück dient neu als Familienwohnung), muss ebenso eine nachträgliche Zustellung des Zahlungsbefehls erfolgen.⁶⁸¹ Mittels SchKG-Beschwerde kann der (nicht betriebene) Ehegatte die Zustellung des Zahlungsbefehls bewirken.⁶⁸² Hat das Betreibungsamt die Verwertung vollzogen, obwohl das Betreibungsamt dem (nicht betriebenen) Ehegatten

677. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkung der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11.7.1979, BBl 1979 II 1191 ff., S. 1263, abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1979/2_1191_1179_1119, besucht am 22.12.2023; BSK-Maier/Schwander, Art. 169 ZGB N. 7; KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 88 VZG N. 3.

678. BGer 5A_635/2018 vom 14.1.2019 E. 6.1.

679. BSK-Maier/Schwander, Art. 169 ZGB N. 7; BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 169 ZGB N. 14 m.w.V.

680. Ob die Belastung der Familienwohnung mit einem Grundpfandrecht zustimmungsbedürftig ist, wird (bzw. wurde) in der Lehre kontrovers diskutiert (ausführlich BSK-Maier/Schwander, Art. 169 ZGB N. 16 [6. Lemma] m.w.V.). Das Bundesgericht und die h.L. gehen davon aus, dass es nur in gewissen Fällen der Zustimmung des anderen Ehegatten bedarf. So verlangte das Bundesgericht in einem neueren Entscheid nur dann die Zustimmung, wenn die Belastung ca. 2/3 des Verkehrswerts erreicht oder andere Umstände das Zustimmungserfordernis indizieren (BGE 142 III 720 E. 5.2.4 = Pra 2018 Nr. 56).

681. KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 88 VZG N. 14. Siehe OK-Paydar, Art. 152 SchKG N. 21 betreffend die Wirkung einer vorgemerkten Verfügungsbeschränkung (Art. 960 ZGB).

682. KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 88 VZG N. 10.

keinen Zahlungsbefehl zugestellt hat, führt dies zur **Nichtigkeit** der Verwertung (Betreibungshandlung ohne rechtskräftigen Zahlungsbefehl).⁶⁸³

- 42 Der Begriff «**gemeinsame Wohnung**» (Art. 14 PartG) entspricht im Wesentlichen der Umschreibung der Familienwohnung (N. 40).⁶⁸⁴ Die obigen Ausführungen (N. 38–41) gelten *mutatis mutandis* auch für Pfandgrundstücke, die als gemeinsame Wohnung dienen.⁶⁸⁵ Darüber hinaus findet Art. 151 Abs. 1 lit. b SchKG keine Anwendung auf **andere Formen von Interessengemeinschaften zwischen Ehegatten bzw. eingetragenen Partnern**; namentlich muss der (nicht betriebene) Ehegatte im Betreibungsbegehren nicht aufgeführt werden, soweit die Betreibung ein Pfandgrundstück zum Gegenstand hat, welches einzig ein – von beiden Ehegatten gemeinsam betriebenes – landwirtschaftliches Gewerbe darstellt (Art. 40 BGG).⁶⁸⁶

IV. BENACHRICHTIGUNGSPFLICHT BEI NACHVERPFÄNDUNG (ABS. 2)

- 43 Art. 151 Abs. 2 SchKG auferlegt der betreibenden (vorgehenden) Pfandgläubigerin in der Betreibung auf **Faustpfandverwertung** eine Benachrichtigungspflicht, wenn der Pfandgegenstand mit einem nachgehenden Pfandrecht belastet ist (Art. 886 ZGB): Die betreibende (vorgehende) Pfandgläubigerin muss die nachgehende Pfandgläubigerin über die Einleitung der Betreibung benachrichtigen (für die Spezialfälle s. N. 45). Die Benachrichtigungspflicht gilt auch bei der Nachverpfändung von Forderungen und anderen Rechten, obwohl in Art. 151 Abs. 2 SchKG ein ausdrücklicher Hinweis auf Art. 903 ZGB fehlt (vgl. aber Art. 899 Abs. 2 ZGB,

683. BGer 7B.141/2004 vom 24.11.2004 E. 6.2.2; KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 100 VZG N. 1; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 153 SchKG N. 22b.

684. ZK-Wolf/Genna, Art. 14 PartG N. 15.

685. Vgl. im Allgemeinen CHK-Brändli, Art. 14 PartG N. 1 f.; ZK-Wolf/Genna, Art. 14 PartG N. 13 ff.

686. Vgl. BGE 149 III 117 E. 3.3: Das Bundesgericht hat entschieden, dass Art. 40 BGG nicht vom Anwendungsbereich des Art. 153 Abs. 2 lit. b SchKG erfasst sei, womit in solchen Fällen dem anderen Ehegatten kein Zahlungsbefehl zugestellt werden müsse («[L]e législateur a bien voulu exclure, expressément, toutes les autres formes de communauté d'intérêts entre époux, notamment économiques, que celle matérialisée dans logement de la famille, du champ d'application de l'art. 153 al. 2 let. b LP, en raison de la nature primordiale et vitale du logement pour une famille»). Konsequenterweise muss diese Rechtsprechung auch für Art. 151 Abs. 1 lit. b SchKG gelten.

der auf die Bestimmungen über das Faustpfand verweist).⁶⁸⁷ Im Gegensatz dazu erfolgt in der Betreuung auf **Grundpfandverwertung** die Mitteilung an die anderen Beteiligten mittels amtlicher Spezialanzeige (vgl. Art. 139 SchKG sowie Art. 30 und 102 VZG).

Die Benachrichtigungspflicht besteht nur dann, wenn ein **Nachpfandrech** 44 bestellt worden ist. Neben den allgemeinen Voraussetzungen (Pfandvertrag und eine zu sichernde Forderung) bedarf es dazu zweierlei (Art. 886 ZGB; ähnliche Regelung in Art. 903 ZGB⁶⁸⁸):

- Erstens muss die (vorgehende) Pfandgläubigerin schriftlich (Art. 12 ff. OR) über die Nachverpfändung **benachrichtigt** worden sein.⁶⁸⁹ Benachrichtigungspflichtig ist grundsätzlich der Pfandbesteller (Verpfänder), was sich aus dem französischen Gesetzestext⁶⁹⁰ ergibt.⁶⁹¹ Allerdings kann der Pfandbesteller die nachgehende Pfandgläubigerin ermächtigen, selber die vorgehende Pfandgläubigerin zu benachrichtigen.⁶⁹² Der Klarheit halber ist anzumerken, dass die Benachrichtigungspflicht nach Art. 886 ZGB nicht mit derjenigen nach Art. 151 Abs. 2 SchKG zu verwechseln ist: Erstere Bestimmung trifft den Pfandbesteller, wohingegen Letztere die (betreibende) vorgehende Pfandgläubigerin verpflichtet.
- Zweitens muss der Pfandbesteller die (vorgehende) Faustpfandgläubigerin **anweisen**, nach ihrer Befriedigung das Pfand an die nachfolgende Faustpfandgläubigerin herauszugeben. Die Zustimmung der vorgehenden Faustpfandgläubigerin ist hingegen nicht erforderlich.⁶⁹³

Die betreibende (vorgehende) Pfandgläubigerin (**Absenderin**) hat die 45 nachgehende Pfandgläubigerin (**Adressatin**) über die Einleitung der

687. CR-Foëx, Art. 151 SchKG N. 29; Gilliéron, Art. 151 SchKG N. 33.

688. Bei Art. 903 ZGB (Nachverpfändung von Forderungen und anderen Rechten) ist für die Benachrichtigung der vorgehenden Pfandgläubigerin kein bestimmter Inhalt (i.S.v. Art. 886 ZGB) vorgeschrieben (vgl. aber BSK-Bauer/Bauer, Art. 903 ZGB N. 6). Siehe auch Fn. 164.

689. Vgl. BK-Zobl/Thurnherr, Art. 886 ZGB N. 29: «Bei mehrfacher Nachverpfändung ist die Anzeige an den jeweils vorgehenden Pfandgläubiger zu richten.»

690. Art. 886 ZGB: «Le propriétaire peut constituer un droit de gage subséquent, à la condition d'en donner avis par écrit au créancier nanti et de l'informer en outre qu'il ait à remettre la chose à l'autre créancier une fois la dette payée.»

691. BSK-Bauer/Bauer, Art. 886 ZGB N. 12.

692. BK-Zobl/Thurnherr, Art. 886 ZGB N. 29; BSK-Bauer/Bauer, Art. 886 ZGB N. 12. Bei Art. 903 ZGB ist – im Gegensatz zu Art. 886 ZGB – sowohl die Gläubigerin der Forderung (i.d.R. die Pfandbestellerin) als auch die Nachpfandgläubigerin zur Benachrichtigung legitimiert.

Betreibung zu benachrichtigen. Dies bedarf der Klarstellung in zweierlei Hinsicht:

- Existieren **mehrere Nachpfandgläubigerinnen**, dann hat die betreibende (vorgehende) Pfandgläubigerin alle nachgehenden Pfandgläubigerinnen zu benachrichtigen.⁶⁹⁴
- Nach dem Wortlaut von Art. 151 Abs. 2 SchKG trifft nur die betreibende (vorgehende) Pfandgläubigerin eine Benachrichtigungspflicht. Daher vertritt ein Teil der Lehre die Auffassung, die **betreibende Nachpfandgläubigerin** müsse die vorgehende(n) Pfandgläubigerin(nen) nicht benachrichtigen.⁶⁹⁵ Dieser Teil der Lehre weist allerdings darauf hin, dass die (vorgehende) Pfandgläubigerin – sobald diese von der Betreibung Kenntnis erhält – die nachgehenden Pfandgläubigerinnen, die der betreibenden Nachpfandgläubigerin vorgehen, benachrichtigen muss (analog Art. 151 Abs. 2 SchKG).⁶⁹⁶ Der andere Teil der Lehre vertritt die Ansicht, dass die betreibende Nachpfandgläubigerin zur Benachrichtigung der vorgehenden Pfandgläubigerinnen verpflichtet sei.⁶⁹⁷ Aufgrund der vergleichbaren Interessenlagen rechtfertigt es sich m.E., im Wege einer teleologischen Extension der nachgehenden Pfandgläubigerin eine Benachrichtigungspflicht (auch gegenüber den vorgehenden Pfandgläubigerinnen) aufzuerlegen, sofern sie eine Betreibung einleitet.⁶⁹⁸

- 46 Die Benachrichtigung ist an **keine besondere Form** gebunden und kann damit schriftlich, mündlich oder in anderer Form erfolgen.⁶⁹⁹ Da das Unterlassen der Benachrichtigung mit gewissen Konsequenzen verbunden sein kann (dazu N. 48), ist es empfehlenswert, die Benachrichtigung in einer beweisbaren Form zu tätigen (z.B. mit einem eingeschriebenen Brief).⁷⁰⁰

693. BGE 49 II 338 E. 2.

694. CR-Foëx, Art. 151 SchKG N. 30; Brand, SJK, S. 6.

695. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 66; BK-Zobl/Thurnherr, System. Teil zu Art. 884 ff. N. 643; CR-Foëx, Art. 151 SchKG N. 35.

696. BK-Zobl/Thurnherr, System. Teil zu Art. 884 ff. N. 643; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 66. Kritisch CR-Foëx, Art. 151 SchKG N. 35.

697. Erne, S. 177; Brand, SJK, S. 7.

698. Ähnlich Erne, S. 177.

699. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 65; BK-Zobl/Thurnherr, System. Teil zu Art. 884 ff. ZGB N. 641; SK-Rüetschi/Domenig, Art. 151 SchKG N. 39; KUKO-Käser/Häcki, Art. 151 SchKG N. 30; CR-Foëx, Art. 151 SchKG N. 32; Gilliéron, Art. 151 SchKG N. 36.

700. Vgl. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 65; CR-Foëx, Art. 151 SchKG N. 32.

Das Gesetz legt nicht fest, in welchem **Zeitpunkt** die betreibende Pfandgläubigerin die Benachrichtigung vornehmen muss. Aus Art. 151 Abs. 2 SchKG ergibt sich einzig, dass sie die nachgehende Pfandgläubigerin *über* die Einleitung der Betreibung zu informieren hat – ein genauer Zeitpunkt wird nicht festgelegt.⁷⁰¹ Es ist für die betreibende (vorgehende) Pfandgläubigerin allerdings empfehlenswert, die Benachrichtigung zeitnah nach Einleitung der Betreibung zu tätigen, ansonsten sie sich dem Risiko aussetzt, schadenersatzpflichtig zu werden (dazu sogleich).

Auf das Betreibungsverfahren hat die **unterlassene (oder verspätete) Benachrichtigung** keine Auswirkungen.⁷⁰² Hingegen findet sich in der Lehre verschiedentlich der Hinweis, dass sich die betreibende Pfandgläubigerin gegenüber der nachgehenden Pfandgläubigerin schadenersatzpflichtig machen könne, wenn sie (die Betreibende) die Benachrichtigung unterlassen habe.⁷⁰³ Vom Grundsatz her ist das nicht zu beanstanden, zumal die unterlassene (oder auch verspätete) Benachrichtigung dazu führen kann, dass die Nachpfandgläubigerin ihre Rechte nicht mehr geltend machen kann (vgl. N. 49). Es stellt sich allerdings die Frage, auf welche gesetzliche Grundlage sich dieser Schadenersatzanspruch stützen kann – von wenigen Ausnahmen abgesehen, wird dies in der Lehre nicht thematisiert.⁷⁰⁴ Nachfolgend dazu einige Gedanken:

- Zwischen der vor- und nachgehenden Pfandgläubigerin besteht in aller Regel kein Vertrag,⁷⁰⁵ womit in erster Linie eine ausservertragliche Haftung nach **Art. 41 OR** in Betracht kommt.⁷⁰⁶ Es lässt sich allerdings nur schwer beurteilen, ob bei einer unterlassenen Benachrichtigung tatsächlich alle Haftungsvoraussetzungen des Art. 41 OR erfüllt sind. Im Vordergrund steht

701. Anders CR-Foëx, Art. 151 SchKG N. 33, wonach aus dem Wortlaut abgeleitet werden könne, dass die Anzeige im Zeitpunkt der Betreibungsanhebung erfolgen müsse.

702. Jaeger/Walder/Kull, Art. 151 SchKG N. 21; Fritzsche/Walder, § 34 N. 19; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 67; BK-Zobl/Thurnherr, System. Teil zu Art. 884 ff. ZGB N. 641; SK-Rüetschi/Domenig, Art. 151 SchKG N. 39; Gilliéron, Art. 151 SchKG N. 36; Erne, S. 176; Schellenberg, S. 90.

703. Amonn/Walther, § 33 N. 3; Erne, S. 176; CR-Foëx, Art. 151 SchKG N. 34; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 67; SK-Rüetschi/Domenig, Art. 151 SchKG N. 39; Schellenberg, S. 90; BK-Zobl/Thurnherr, System. Teil zu Art. 884 ff. ZGB N. 641 m.w.V.

704. Siehe die Hinweise bei CR-Foëx, Art. 151 SchKG N. 34.

705. Erne, S. 8 f.

706. CR-Foëx, Art. 151 SchKG N. 34. Vgl. auch Erne, S. 10 ff.; BSK-Bauer/Bauer, Art. 886 ZGB N. 20.

die Frage, worin die Widerrechtlichkeit bei der Verletzung der Benachrichtigungspflicht besteht: Es lässt sich nach hier vertretener Ansicht argumentieren, dass Art. 151 Abs. 2 SchKG eine Schutznorm darstellt, da diese – zumindest in einem weiten Sinn – den Schutz des Vermögens bezweckt (vgl. auch N. 49).⁷⁰⁷ Sollte hingegen der Schutznormcharakter von Art. 151 Abs. 2 SchKG verneint werden, ist nicht ersichtlich, woraus sich in diesen Fällen die Widerrechtlichkeit ableiten lässt; insbesondere kann sich die Nachpfandgläubigerin nicht auf Art. 2 ZGB abstützen, da diese Bestimmung nur in Ausnahmefällen (die m.E. hier nicht vorliegen) als Schutznorm dienen kann.⁷⁰⁸

- Neben der ausservertraglichen Haftung könnte sich die Nachpfandgläubigerin auch auf **Art. 97 Abs. 1 OR** stützen, selbst wenn – wie erwähnt – kein Vertragsverhältnis besteht. Dazu ist ein Blick auf den Herausgabeanspruch der nachgehenden gegenüber der vorgehenden Pfandgläubigerin nötig: Nach einem Teil der Lehre besteht zwischen diesen beiden Pfandgläubigerinnen ein sogenanntes «gesetzliches Schuldverhältnis», auf welches Art. 97 Abs. 1 OR analog zur Anwendung gelangt.⁷⁰⁹ Verletzt die vorgehende Pfandgläubigerin ihre (gesetzliche) Herausgabepflicht, kann die nachgehende Pfandgläubigerin einen Schadenersatzanspruch gegenüber der vorgehenden Pfandgläubigerin geltend machen. Überträgt man diesen Gedanken auf Art. 151 Abs. 2 SchKG, dann hat die nachgehende Pfandgläubigerin – gestützt auf dieses gesetzliche Schuldverhältnis – die Möglichkeit, bei Verletzung der Benachrichtigungspflicht Schadenersatz von der betreibenden (vorgehenden) Pfandgläubigerin zu fordern (analog Art. 97 Abs. 1 OR).⁷¹⁰

707. Vgl. BK-Brehm, Art. 41 OR N. 41, wonach es sich bei Art. 91 Abs. 1 Ziff. 2 und Art. 222 Abs. 1 SchKG (der Schuldner ist verpflichtet, dem Konkurs-/Betreibungsamt alle seine Vermögensgegenstände anzugeben) um Schutznormen handle.

708. Vgl. BGE 124 III 297 E. 5c m.w.V: Die Verletzung von Art. 2 ZGB begründet – von seltenen Ausnahmefällen abgesehen – keine Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 41 OR (dazu weiterführend BK-Brehm, Art. 41 OR N. 53 ff.). Vgl. aber Erne, S. 10 ff., insb. S. 21, der sich im Kontext des Verhältnisses zwischen vor- und nachgehender Pfandgläubigerin mit Art. 2 ZGB als Schutznorm auseinandersetzt. Nach seiner Ansicht besteht zwischen diesen beiden eine rechtliche Sonderverbindung, was es möglich macht, sich für die Begründung der Widerrechtlichkeit auf Art. 2 ZGB zu stützen.

709. BK-Zobl/Thurnherr, Art. 886 ZGB N. 40; Erne, S. 51; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N. 3. Anders BSK-Bauer/Bauer, Art. 886 ZGB N. 19, ZK-Oftinger/Bär, Art. 886 ZGB N. 17 und KUKO-Schmid-Tschirren, Art. 886 ZGB N. 14, die von einem vertraglichen Herausgabeanspruch ausgehen und daher Art. 97 Abs. 1 OR unmittelbar zur Anwendung bringen.

Zweck der Benachrichtigungspflicht bzw. die *ratio legis* von **Art. 151 Abs. 2 SchKG** ist, durch die Benachrichtigung die nachgehende Pfandgläubigerin in die Lage zu versetzen, ihre Rechte an der Pfandsache zu wahren.⁷¹¹ Dazu zählt namentlich Folgendes:⁷¹²

- Um die Pfandverwertung zu verhindern,⁷¹³ hat die nachgehende Pfandgläubigerin die Möglichkeit, die (fremde) Schuld des betriebenen Schuldners gegenüber der vorgehenden Pfandgläubigerin zu begleichen (sog. **Ablösung/Einlösung**). Dadurch erwirbt die nachgehende Pfandgläubigerin sowohl die Forderung der vorgehenden Pfandgläubigerin als auch deren Pfandrecht (Subrogation; Art. 110 Ziff. 1 OR).⁷¹⁴ M.a.W. tritt die Nachpfandgläubigerin in die Gläubigerstellung (samt Nebenrechten) der vorgehenden Pfandgläubigerin ein (sog. Nachrückwirkung).⁷¹⁵ Für das Ablösungsrecht der Eigentümerin beim Grundpfandrecht ist Art. 827 ZGB zu beachten.
- Die nachgehende Pfandgläubigerin muss unter Umständen ihr Pfandrecht im Rahmen eines **Widerspruchsverfahrens** (Art. 155 Abs. 1 i.V.m. Art. 106 ff. SchKG) geltend machen.⁷¹⁶ Grundvoraussetzung für die Durchführung des Widerspruchsverfahrens bildet die Anmeldung des Drittantrags (Art. 106 Abs. 2 SchKG),⁷¹⁷ weswegen eine rechtzeitige Benachrichtigung über

710. Im Ergebnis auch CR-Foëx, Art. 151 SchKG N. 34.

711. Amonn/Walther, § 33 N. 3.

712. Hierzu und zum Folgenden BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 65; BK-Zobl/Thurnherr, System. Teil zu Art. 884 ff. ZGB N. 641 ff. m.w.V.; Erne, S. 176; SK-Rüetschi/Domenig, Art. 151 SchKG N. 38; Fritzsche/Walder, § 34 N. 19; Schellenberg, S. 90; CR-Foëx, Art. 151 SchKG N. 30.

713. Gauch/Schluep/Emmenegger, Rz. 2060; CHK-Reetz/Graber, Art. 110 OR N. 3. Siehe auch BGE 108 II 188 E. 1b: Auch wenn das Pfandobjekt von der Gläubigerin bereits verwertet wurde, ist Art. 110 Ziff. 1 OR (analog) anwendbar.

714. BSK-Bauer/Bauer, Art. 884 ZGB N. 27; BK-Zobl/Thurnherr, Art. 886 ZGB N. 44 m.w.V.; BSK-Zellweger-Gutknecht, Art. 110 OR N. 33; BK-Weber/von Graffenried, Art. 110 N. 51 ff.; CHK-Reetz/Graber, Art. 110 OR N. 22. A.A. ZK-Oftinger/Bär, Art. 886 ZGB N. 19.

715. BSK-Zellweger-Gutknecht, Art. 110 OR N. 30; BK-Weber/von Graffenried, Art. 110 OR N. 49; CHK-Reetz/Graber, Art. 110 OR N. 21. Vgl. auch BK-Zobl/Thurnherr, Art. 886 ZGB N. 45 m.w.V., wonach der umgekehrte Weg (spricht die Ablösung der nachgehenden durch die vorgehende Pfandgläubigerin) auch zulässig sei (vgl. dazu BGE 37 II 521 E. 9, der sich zu Art. 126 aOR [BBl 1881 III 133; Vorgängernorm des Art. 110 OR] dahingehend geäußert hat).

716. Bei der analogen Anwendung der Art. 106 ff. SchKG ist den Besonderheiten der Betreibung auf Pfandverwertung (im Unterschied zur ordentlichen Betreibung auf Pfändung) Rechnung zu tragen (so BGE 123 III 367 E. 3a; siehe auch Fn. 64 betreffend die Rechtssetzungstechnik des gesetzlichen Verweises).

die Einleitung der Betreuung angezeigt ist. Das Widerspruchsverfahren dient primär dazu, angebliche Rechte aussenstehender Dritter (hier der nachstehenden Pfandgläubigerin) am Pfandgegenstand abzuklären.⁷¹⁸ Zudem sind in diesem Verfahren auch allfällige Rangstreitigkeiten bezüglich verschiedener Pfandrechte zu behandeln.⁷¹⁹

- Schliesslich kann seitens der nachgehenden Pfandgläubigerin das Bedürfnis bestehen, im Rahmen der öffentlichen **Versteigerung** (Art. 125 ff. SchKG) den Pfandgegenstand zu ersteigern.⁷²⁰ Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf das Deckungsprinzip, das bei einer Versteigerung grundsätzlich⁷²¹ zu beachten ist. Nach diesem Prinzip darf der Zuschlag nur erfolgen, sofern das Angebot den Betrag allfälliger der betreibenden Gläubigerin im Range vorgehender Forderungen übersteigt (Art. 126 Abs. 1 SchKG). Als «betreibende Gläubigerin» gilt diejenige Gläubigerin, auf deren Begehren die Steigerung angeordnet wurde (vgl. Art. 105 Abs. 1 VZG). «Positiv formuliert muss der Verwertungserlös also nur [...] die Summe derjenigen Pfandforderungen übersteigen, deren Rang höher ist als die ranghöchste Forderung, für welche die Verwertung verlangt wurde.»⁷²² Für die Konstellation mit einer vor- und einer nachgehenden Pfandgläubigerin bedeutet dies Folgendes: Hat die vorgehende Pfandgläubigerin die Betreuung auf Pfandverwertung eingeleitet und die Verwertung verlangt, hat das Deckungsprinzip keine Auswirkungen auf den Mindestzuschlagspreis; aus der Sicht der Betreibenden (vorgehende Pfandgläubigerin) existieren keine vorgehenden Forderungen. Anders ist die Situation zu beurteilen, wenn die nachgehende Pfandgläubigerin die Betreuung auf Pfandverwertung anstrebt: Diesfalls gilt es das Deckungsprinzip zu beachten.⁷²³

717. BGE 136 III 437 E. 4.2; Spühler/Dolge, Rz. 494.

718. BGE 119 III 22 E. 4.

719. BGE 65 III 52 S. 54; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 155 SchKG N. 28. Weiterführend Erne, S. 181 ff.

720. BK-Zobl/Thurnherr, System. Teil zu Art. 884 ff. ZGB N. 642; Fritzsche/Walder, § 34 N. 19.

721. Sofern sämtliche an der Versteigerung Beteiligten (inkl. möglicher Dritteigentümer) einer Nichteinhaltung des Deckungsprinzips zustimmen, kann gemäss Bundesgericht davon abgesehen werden (BGer 5A_1/2013 und 5A_38/2013 vom 18.3.2013 E. 4.3.1; siehe auch BSK-Roth, Art. 126 SchKG N. 61). Vgl. auch BGE 104 III 79: «Die dem betreibenden Gläubiger im Range vorgehenden Pfandgläubiger können nicht auf die Einhaltung des Deckungsprinzips verzichten» (dazu auch Erne, S. 187 f.).

722. BSK-Roth, Art. 126 SchKG N. 69.

LITERATURVERZEICHNIS

Acocella Domenico, Kommentierungen zu Art. 38 und 41 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013.

Baeriswyl Dominik/Milani Dominik/Schmid Jean-Daniel, Kommentierung zu Art. 33 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar (SK) zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 4. Aufl., Zürich 2017.

Bahar Rashid/Peyer Martin, Kommentierung zu Art. 31 BEG, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Wertpapierrecht, Basel 2012.

Bauer Thomas/Bauer Christoph, Kommentierungen zu Art. 884, 886, 891, 894 und 903 ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023.

Bernheim Marc/Känzig Philipp/Geiger Gaudenz, Kommentierungen zu Art. 151–153, 154, 155 und 158 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Brand Eduard, Die betreibungsrechtliche Zwangsverwertung von Grundstücken im Pfandverwertungsverfahren, Ein Handbuch für die Praxis, Zürich 2008 (zit. Brand, Handbuch).

Brand Ernst, Betreibung auf Pfandverwertung, SJK (Schweizerische Juristische Kartothek) Nr. 991, Genf 1949 (zit. Brand, SJK).

Brändli Gian, Kommentierung zu Art. 14 PartG, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Band I: Personen- und Familienrecht, 1–456 ZGB, Partnerschaftsgesetz, 3. Aufl., Zürich 2016.

723. Vgl. BSK-Bauer/Bauer, Art. 886 ZGB N. 21 a.E., wonach der nachgehenden Pfandgläubigerin ein selbständiges Verwertungsrecht zukomme. Ferner Erne, S. 187 f.

Brehm Roland, Berner Kommentar, Art. 41–61 OR, 5. Aufl., Bern 2021.

Emmenegger Susan/Tschentscher Axel, Kommentierung zu Art. 1 ZGB, in: Berner Kommentar, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012.

Erne Urs, Mehrfache Verpfändung von Mobilien und Rechten, Zürich 1996 (Diss. Zürich).

Feuz Andreas, Kommentierung zu Art. 140 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Foëx Bénédicte, Kommentierung zu Art. 151 SchKG, in: Dallèves Louis/Foëx Bénédicte/Jeandin Nicolas (Hrsg.), Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Basel 2005.

Fritzsche Hans/Walder-Bohner Hans Ulrich, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I: Allgemeine Lehren, Das Einleitungsverfahren, Die Betreibung auf Pfändung und auf Pfandverwertung, 3. Aufl., Zürich 1984.

Gauch Peter/Schluep Walter R./Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, Zürich 2022.

Gilliéron Pierre-Robert, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Band II: art. 89–158 LP, Lausanne 2000.

Gütlin Rolf/Kuhn Gerhard, Kapitel E.IV, in: Schlegel Roger/Zopfi Markus (Hrsg.), Die betreibungsrechtliche Zwangsverwertung von Grundstücken in Theorie und Praxis, Zürich 2019, S. 182–307.

Hausheer Heinz/Reusser Ruth E./Geiser Thomas, Berner Kommentar, Art. 159–180 ZGB, 2. Aufl., Bern 1999.

Heinel Bastian, Zwangsverwertung von Drittpfändern im Unternehmenskonkurs, Zürich 2022 (Diss. Luzern).

Higi Peter/Bühlmann Anton/Wildisen Christoph, Zürcher Kommentar, Art. 266–268b OR, 5. Aufl., Zürich 2020 (zit. ZK-Higi/Anton bzw. ZK-Higi/Wildisen).

Hürlimann-Kaup Bettina, Die sachenrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2017 und 2018, ZBJV 2019, S. 569–613.

Jaeger Carl/Walder Hans Ulrich/Kull Thomas M., Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), Erläutert für den praktischen Gebrauch, Art. 89–158 SchKG, 5. Aufl., Zürich 2006.

Jent-Sørensen Ingrid, Kommentierungen zu Art. 38 und 41 SchKG, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Aufl., Basel 2014.

Käser Christoph/Häcki Kathrin, Kommentierung zu Art. 151 SchKG, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Aufl., Basel 2014.

Kofmel Ehrenzeller Sabine, Kommentierung zu Art. 67 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- & Konkursrecht, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. Kren Kostkiewicz, SchKG).

Kren Kostkiewicz Jolanta, Kommentierungen zu Art. 85, 87, 88, 100, 102 und 107 VZG, in: Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz (Hrsg.), Kurzkommentar VZG, Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken, Wädenswil 2011 (zit. KUKO-Kren Kostkiewicz).

Kuhn Gerhard, Kommentierung zu Art. 34 VZG, in: Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz (Hrsg.), Kurzkommentar VZG, Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken, Wädenswil 2011 (zit. KUKO-Kuhn).

Kuhn Hans, Schweizerisches Kreditsicherungsrecht, 2. Aufl., Bern 2023 (zit. Kuhn, Kreditsicherungsrecht).

Larenz Karl/Canaris Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1995.

Limacher Fabienne/Dürr Samuel, § 15 Gesetzliches Pfandrecht, in: Zweifel Martin/Beusch Michael/Oesterhelt Stefan (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Immobiliensteuern, Basel 2021.

Maier Philipp/Schwander Ivo, Kommentierung zu Art. 169 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022.

Milani Dominik, Kommentierungen zu Art. 33 und 37 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), *Schulthess Kommentar (SK) zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)*, 4. Aufl., Zürich 2017.

Mügglér Patrick, Kapitel E.I–III, in: Schlegel Roger/Zopfi Markus (Hrsg.), *Die betreibungsrechtliche Zwangsverwertung von Grundstücken in Theorie und Praxis*, Zürich 2019, S. 155–181.

Nordmann Francis/Oneyser Stéphanie, Kommentierungen zu Art. 32, 33 und 37 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, 3. Aufl., Basel 2021.

Oftinger Karl/Bär Rolf, *Zürcher Kommentar, Art. 884–918 ZGB*, 3. Aufl., Zürich 1981.

Polivka Lukas, Kommentierung zu Art. 268–268b OR, in: SVIT (Hrsg.), *Das schweizerische Mietrecht, Kommentar*, 4. Aufl., Zürich 2018 (zit. SVIT-Polivka).

Rampini Corrado/Schulin Hermann, Kommentierung zu Art. 895 ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, 7. Aufl., Basel 2023.

Reetz Peter/Graber Michael, Kommentierung zu Art. 110 OR, in: Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Band V: Obligationenrecht, Allgemeinen Bestimmungen, Art. 1–183 OR*, 3. Aufl., Zürich 2016.

Roth Jürg, Kommentierung zu Art. 126 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, 3. Aufl., Basel 2021.

Rüetschi Sven/Domenig Benjamin, Kommentierungen zu Art. 151 und 152 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), *Schulthess Kommentar (SK) zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)*, 4. Aufl., Zürich 2017.

Schellenberg Claus, *Die Rechtsstellung des Dritteigentümers in der Betreibung auf Pfandverwertung*, Zürich 1968 (Diss. Zürich).

Schmid Jörg/Hürlimann-Kaup Bettina, Sachenrecht, 6. Aufl., Zürich 2022.

Schmid-Tschirren Christina, Kommentierungen zu Art. 794, 805, 816 und 818 ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-Schmid-Tschirren).

Schmid-Tschirren Christina, Kommentierung zu Art. 886 ZGB, in: Böhler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkomentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. KUKO-Schmid-Tschirren).

Schumacher Rainer/Rey Pascal, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Zürich 2021.

Spühler Karl/Dolge Annette, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, Betreibungs- und Arrestrecht, 8. Aufl., Zürich 2020.

Stahelin Daniel, Kommentierung zu Art. 84 SchKG, in: Stahelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Stahelin).

Stahelin Daniel, Kommentierung zu Art. 846 ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-Stahelin).

Stahelin Daniel, Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, AJP 1995, S. 259–284 (zit. Stahelin, AJP 1995).

Stahelin Daniel, Betreibung und Rechtsöffnung beim Schuldbrief, AJP 1994, S. 1255–1272 (zit. Stahelin, AJP 1994).

Steinauer Paul-Henri, Les droits réels, Tome III, Servitudes personnelles, Charges foncières, Droits de gage immobiliers, Droits de gage mobiliers. 5. Aufl., Bern 2021.

Stoffel Walter A./Chabloz Isabelle, Voies d'exécution, Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, 3. Aufl., Bern 2016.

Thurnherr Christoph, Kommentierung zu Art. 836 ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023.

Weber Rolf H./Emmenegger Susan, Berner Kommentar, Art. 97–109 OR, 2. Aufl., Bern 2020.

Weber Rolf H./von Graffenried Caroline, Berner Kommentar, Art. 110–113 OR, 2. Aufl., Bern 2022.

Wiegand Wolfgang, Kommentierung zu Art. 97 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020.

Wolf Stephan/Genna Gian Sandro, Zürcher Kommentar, Partnerschaftsgesetz, Zürich 2007.

Wüthrich Karl/Schoch Peter, Kommentierung zu Art. 69 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Zellweger-Gutknecht Corinne, Kommentierung zu Art. 110 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020.

Zobl Dieter, Berner Kommentar, Art. 888–915 ZGB, 2. Aufl., Bern 1996.

Zobl Dieter/Thurnherr Christoph, Berner Kommentar, Art. 884–887 ZGB, 3. Aufl., Bern 2010.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 152 SchKG

Eine Kommentierung von Ramin Paydar

ZITIERVORSCHLAG

Ramin Paydar, Kommentierung zu Art. 152 SchKG, in: Pasquier Bruno/ Heinzmann Michel (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs

Kurzzitat: OK-Paydar, Art. 152 SchKG N. XXX.

B. Zahlungsbefehl

1. Inhalt. Anzeige an Mieter und Pächter

Art. 152

¹ Nach Empfang des Betreibungsbegehrens erlässt das Betreibungsamt einen Zahlungsbefehl nach Artikel 69, jedoch mit folgenden Besonderheiten:

1. Die dem Schuldner anzusetzende Zahlungsfrist beträgt einen Monat, wenn es sich um ein Faustpfand, sechs Monate, wenn es sich um ein Grundpfand handelt.
2. Die Androhung lautet dahin, dass, wenn der Schuldner weder dem Zahlungsbefehle nachkommt, noch Rechtsvorschlag erhebt, das Pfand verwertet werde.

² Bestehen auf dem Grundstück Miet- oder Pachtverträge und verlangt der betreibende Pfandgläubiger die Ausdehnung der Pfandhaft auf die Miet- oder Pachtzinsforderungen (Art. 806 ZGB), so teilt das Betreibungsamt den Mietern oder Pächtern die Anhebung der

Betreibung mit und weist sie an, die fällig werdenden Miet- oder Pachtzinse an das Betreibungsamt zu bezahlen.

GLIEDERUNG

I. Übersicht.....	166
II. Inhalt des Zahlungsbefehls (Abs. 1).....	166
A. Vorbemerkungen.....	166
B. Pfandgegenstand	167
C. Zahlungsfristen (Abs. 1 Ziff. 1).....	168
1. Vorbemerkungen.....	168
2. Beginn des Fristenlaufs	168
3. Ende der Frist.....	171
4. Einhaltung der Frist	174
5. Bindung an die Frist.....	175
D. Androhung der Pfandverwertung (Abs. 1 Ziff. 2).....	176
E. Für die Pfandgläubigerin: Hinweis auf Verfügungsbeschränkung (Art. 90 VZG).....	178
III. Miet-/Pachtzinssperre (Abs. 2).....	181
A. Übersicht	181
B. Anwendungsbereich	182
C. Voraussetzungen	186
D. Verfahren	189
E. Rechtsfolgen.....	197
F. Einzelfragen.....	200
1. Abschlagszahlung.....	200
2. Mehrere Pfandgläubiger.....	201
3. Streitigkeiten über die Berechtigung an den Miet-/Pachtzinsforderungen	202
4. Doppelzahlungsfall.....	203
Literaturverzeichnis	204

I. ÜBERSICHT

1 Art. 152 SchKG regelt zweierlei:

- Nach Empfang des Betreibungsbegehrens erlässt das Betreibungsamt ohne unnötigen Verzug den Zahlungsbefehl (Art. 69 Abs. 1 und Art. 152 Abs. 1 SchKG), um diesen dem betriebenen Schuldner und an allfällige Mitbetriebebene zuzustellen (Art. 153 SchKG; vgl. auch Art. 71 Abs. 1 SchKG).⁷²⁴ Der **Inhalt des Zahlungsbefehls** bestimmt sich primär nach Art. 69 Abs. 2 SchKG; für die Betreibung auf Pfandverwertung sieht Art. 152 Abs. 1 SchKG einige Besonderheiten vor (vgl. die Marginalie; N. 2 ff.).
- Bestehen auf dem verpfändeten Grundstück Miet- oder Pachtverträge kann die betreibenden Pfandgläubigerin eine sogenannte **Miet-/Pachtzinssperre** beantragen; die Mieter/Pächter sind darüber zu benachrichtigen (Art. 152 Abs. 2 SchKG; N. 23 ff.).

II. INHALT DES ZAHLUNGSBEFEHLS (ABS. 1)

A. Vorbemerkungen

- 2 **Art. 69 Abs. 2 und Art. 152 Abs. 1 SchKG** regeln den Inhalt des Zahlungsbefehls. Zunächst hat der Zahlungsbefehl die Angaben des Betreibungsbegehrens zu übernehmen (Art. 69 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG);⁷²⁵ Art. 67 und Art. 151 Abs. 1 SchKG geben der betreibenden Pfandgläubigerin vor, welche Angaben sie im Begehren aufführen muss (ausführlich OK-Paydar, Art. 151 SchKG N. 21 ff.); namentlich hat die Betreibende den Pfandgegenstand (s. N. 5 f.) und die beteiligten Personen (betreibende Pfandgläubigerin, betriebener Schuldner und allfällige Drittpfandeigentümer) anzugeben. Weiter muss der Zahlungsbefehl die Aufforderung beinhalten, dass der betriebebene

724. Es handelt sich hierbei nur um eine Ordnungsvorschrift, deren Verletzung die Gültigkeit des Zahlungsbefehls nicht berührt; allerdings kann eine ungebührliche Verzögerung die Haftung des Kantons (Art. 5 SchKG) nach sich ziehen (CR-Foëx, Art. 152 SchKG N. 6; Gilliéron, Art. 69 SchKG N. 4). Für die Betreibende besteht (zusätzlich) die Möglichkeit, eine Beschwerde wegen Rechtsverzögerung zu erheben (Art. 17 Abs. 3 SchKG; vgl. BSK-Wüthrich/Schoch, Art. 71 SchKG N. 3).

725. Vgl. BGE 141 III 173 E. 2.3 = Pra 2017 Nr. 38: «[L]'office est strictement lié par les mentions figurant sur la réquisition, qu'il doit reproduire».

Schuldner innert einer bestimmten Frist die Betreibende für die Forderung und Betreibungskosten befriedigen muss (Art. 69 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG); in Abweichung vom ordentlichen Einleitungsverfahren bestimmt das Gesetz für die Betreibung auf Pfandverwertung längere Zahlungsfristen (Art. 152 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG; dazu N. 7 ff.). Der Zahlungsbefehl hat zudem darauf hinzuweisen, dass der Betriebene innert zehn Tagen nach Zustellung des Zahlungsbefehls Rechtsvorschlag erheben kann (Art. 69 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG). Schliesslich muss der Zahlungsbefehl die Androhung enthalten, wonach das Pfandobjekt verwertet wird, soweit der Betriebene dem Zahlungsbefehl nicht nachkommt oder keinen Rechtsvorschlag erhebt (Art. 152 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG; dazu N. 16 f.).

Inhaltliche Mängel des Zahlungsbefehls kann der Betriebene mittels 3 Beschwerde nach Art. 17 SchKG rügen. In Ausnahmefällen kann ein Mangel zur Nichtigkeit des Zahlungsbefehles führen.⁷²⁶

Für den Zahlungsbefehl ist das **Musterformular Nr. 3a** 4 (Faustpfandverwertung) oder **3b** (Grundpfandverwertung) zu verwenden.⁷²⁷

B. Pfandgegenstand

Die betreibende Pfandgläubigerin hat in ihrem Betreibungsbegehren den 5 **Pfandgegenstand** möglichst genau zu bezeichnen (s. OK-Paydar, Art. 151 SchKG N. 24), damit das Betreibungsamt diese Angaben in den Zahlungsbefehl übernehmen kann.⁷²⁸ Fehlt es im Zahlungsbefehl an Angaben zum Pfandgegenstand, ist dessen spätere Verwertung unzulässig.⁷²⁹

726. Ausführlich BSK-Wüthrich/Schoch, Art. 69 SchKG N. 28 ff. m.w.V. Vgl. auch OK-Paydar, Art. 151 SchKG N. 31 f.

727. Abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/schkg/musterformulare.html>, besucht am 22.12.2023. Gemäss Art. 1 VFRR haben die Betreibungsämter grundsätzlich die Musterformular zu verwenden sind. Siehe auch Weisung Nr. 3 der Dienststelle Oberaufsicht für Schuldbetreibung und Konkurs (Zahlungsbefehl 2016 und weitere Formulare), abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/schkg/weisungen.html>, besucht am 22.12.2023.

728. Vgl. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 6; SK-Rüetschi/Domenig, Art. 152 SchKG N. 4; Müggler, Rz. 395.

729. BGE 52 III 80 S. 83 f. (eine zwangsweise Verwertung von nicht aufgeführten Gegenständen ist nichtig). Vgl. auch Schellenberg, S. 88.

- 6 Der **materielle Bestand** des behaupteten Pfandrechtes prüft das Betreibungsamt grundsätzlich nicht (weiterführend OK-Paydar, Art. 151 SchKG N. 25).⁷³⁰

C. Zahlungsfristen (Abs. 1 Ziff. 1)

1. Vorbemerkungen

- 7 Im ordentlichen Betreibungsverfahren beträgt die anzusetzende Zahlungsfrist zwanzig Tage (Art. 69 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). In der Betreibung auf Pfandverwertung sieht das Gesetz längere Zahlungsfristen vor (Art. 151 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG):

- **einen Monat** in der Faustpfandverwertung (vgl. Art. 37 Abs. 2 SchKG)
- **sechs Monate** in der Grundpfandverwertung (vgl. Art. 37 Abs. 1 SchKG)

- 8 Die längeren Zahlungsfristen in der Betreibung auf Pfandverwertung werden damit begründet, dass der **Zeitraum** zwischen Zustellung des Zahlungsbefehls und Verwertungsstadium **verkürzt** ist (das Pfändungsstadium fällt im Pfandverwertungsverfahren weg). Dem Schuldner soll auch in der Betreibung auf Pfandverwertung genügend Zeit zur Verfügung stehen, die Forderung der betreibenden Gläubigerin zu tilgen und damit die Verwertung des Pfandgegenstandes abzuwenden.⁷³¹ Dementsprechend kann die Betreibende vor Ablauf der Zahlungsfrist (Bedenkfrist) keine weiteren Betreibungshandlungen vornehmen. Die Stellung des Verwertungsbegehren ist m.a.W. erst nach Ablauf der Frist zulässig (vgl. Art. 154 Abs. 1 SchKG; s. auch N. 14).⁷³²

2. Beginn des Fristenlaufs

- 9 Die Zustellung des Zahlungsbefehls löst die Zahlungsfrist aus (vgl. auch Art. 154 Abs. 1 SchKG).⁷³³ Der Fristbeginn bestimmt sich im Allgemeinen nach Art.

730. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 6; SK-Rüetschi/Domenig, Art. 152 SchKG N. 4.

731. Zum Ganzen BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 1; SK-Rüetschi/Domenig, Art. 152 SchKG N. 3; Fritzsche/Walder, § 34 N. 21.

732. BSK-Nordmann/Oneyser, Art. 31 SchKG N. 12. Vgl. auch OGer ZH PS130226 vom 12.2.2014 E. 3.1; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 5a und Art. 154 SchKG N. 10.

733. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 4; SK-Rüetschi/Domenig, Art. 152 SchKG N. 3; BSK-Wüthrich/Schoch, Art. 69 SchKG N. 18; CR-Foëx, Art. 152 SchKG N. 4.

142 Abs. 1 und 2 ZPO (Art. 31 SchKG). Da es sich hierbei um Monatsfristen handelt, gelangt – zumindest nach hier vertretener Ansicht – ausschliesslich Art. 142 Abs. 2 ZPO zur Anwendung (ausführlich N. 10); die Frist beginnt mithin grundsätzlich **am Tag der Zustellung des Zahlungsbefehls** zu laufen.⁷³⁴ Folgendes ist zu ergänzen:

- Bei der Zustellung des Zahlungsbefehls handelt es sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung um eine Betreibungshandlung i.S.v. Art. 56 SchKG.⁷³⁵ Deshalb entfaltet die Zustellung während der **Schonzeit** (oder auch Sperrzeit; s. dazu die Aufzählung in Art. 56 SchKG⁷³⁶) erst am ersten Tag nach deren Ablauf Rechtswirkung (aufgeschobene Wirksamkeit);⁷³⁷ mithin beginnt die Frist nach hier vertretener Auffassung am ersten Tag nach Ablauf der Schonzeit zu laufen (Art. 142 Abs. 2 ZPO; Bsp.: Zustellung des Zahlungsbefehls am Sonntag – Wirksamkeit der Zustellung und Fristbeginn am Montag). Eben Gesagtes gilt nicht für die in Art. 57 SchKG geregelten Fälle (Betriebener befindet sich im Militär-, Schutz- oder Zivildienst)⁷³⁸ und in bestimmten Konstellationen von Art. 59 SchKG;⁷³⁹ Betreibungshandlung während des Rechtsstillstandes sind in diesen Fällen *nichtig*. Soweit der Rechtsstillstand bereits drei Monate gedauert hat, ist in der Grundpfandverwertung der Zahlungsbefehl trotzdem zuzustellen (Art. 57b Abs. 2 SchKG),⁷⁴⁰ d.h., die Frist kann in diesen Fällen während dem Rechtsstillstand zu laufen beginnen.⁷⁴¹

734. Vgl. Weber, Jusletter 19.3.2012, Rz. 4. Ferner BGer 5A_969/2018 vom 6.5.2019 E. 2.2.2 betreffend die Zustellfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO.

735. BGE 132 II 153 E. 3.3; BGE 121 III 284 E. 2a; BGer 5A_5/2009 vom 9.7.2009 E. 3 m.w.V. Siehe auch Ernst/Oberholzer/Sunaric, Rz. 466, wonach die Anwendung von Art. 56 ff. SchKG eine Betreibungshandlung voraussetzt. Zum Begriff der Betreibungshandlung BGer 5A_448/2011 vom 31.10.2011 E. 2.5; BGE 121 III 88 E. 6c/aa; BGE 143 III 149 E. 2.1 a.E.

736. Das Gesetz sieht drei Arten von Schonzeiten vor: Geschlossene Zeiten (20.00 bis 7.00 Uhr sowie Sonntage und staatlich anerkannte Feiertage; an Samstagen sind Betreibungshandlungen hingegen zulässig [BGE 114 III 55 E. 1b]), Betreibungsferien und Rechtsstillstand.

737. BGE 132 II 153 E. 3.3; BGE 127 III 173 E. 3b; BGE 121 III 284 E. 2b; BGer 5A_120/2012 vom 21.6.2012 E. 3.3. Weiterführend zur aufgeschobenen Wirksamkeit BSK-Schmid/Bauer, Art. 56 SchKG N. 51 ff. mit zahlreichen Hinweisen (auch zu abweichenden Lehrmeinungen).

738. BGE 127 III 173 E. 3. Weiterführend BSK-Schmid/Bauer, Art. 57 SchKG N. 13 f.

739. SK-Penon/Wohlgemuth, Art. 56 SchKG N. 13 und Art. 59 SchKG N. 19 f. m.w.V.

740. Vgl. SK-Penon/Wohlgemuth, Art. 57b SchKG N. 4: «Aufgrund der Gesetzessystematik (vgl. SchKG 57b Abs. 1) kann mit «Pfandverwertung» nur eine Grundpfandverwertung gemeint sein.»

741. Vgl. CR-Marchand, Art. 57b SchKG N. 1.

- Sollte entgegen der hier vertretenen Auffassung eine **kumulierte Anwendung von Art. 142 Abs. 1 und 2 ZPO** – wie von einem Teil der Lehre vertreten – **bejaht werden** (s. N. 10), beginnen nicht nur die Tagesfristen, sondern auch die Monatsfristen am Tag nach Zustellung des Zahlungsbefehls zu laufen (Bsp.: Zustellung am 15. Februar 2023 – Fristbeginn am 16. Februar 2023).⁷⁴² Der Fristbeginn fällt auch dann auf den Tag nach Zustellung, wenn es sich beim diesem Tag (dem ersten Tag des Fristenlaufs bzw. dem Tag *nach* Zustellung) um einen Samstag, Sonntag oder staatlich anerkannten Feiertag handelt.⁷⁴³ Für die Zustellung *an* einem Sonntag oder staatlich anerkannten Feiertag (ausgenommen sind die Samstage, die nicht von Art. 56 Ziff. 1 SchKG erfasst sind⁷⁴⁴) oder während anderweitigen Schonzeiten gilt das im Lemma zuvor Gesagte: Sofern die Betreibungshandlung nicht nichtig ist, entfaltet die Zustellung während der Schonzeit erst am Tag nach deren Ablauf Rechtswirkung; folglich beginnt die Frist – nach diesem Teil der Lehre – am zweiten Tag nach Ablauf der Schonzeit zu laufen (Art. 142 Abs. 1 ZPO; Bsp.: Zustellung des Zahlungsbefehls am Sonntag – Wirksamkeit der Zustellung am Montag – Fristbeginn am Dienstag).⁷⁴⁵
- Sofern es zu einer **nachträglichen Zustellung** an einen Drittpfand Eigentümer oder – bei einer Familienwohnung/gemeinsamen Wohnung – an einen Ehegatten/eingetragenen Partner kommt, ist die Zustellung des letzten Zahlungsbefehls für den Fristbeginn massgebend (vgl. Art. 98 Abs. 1 und Art. 100 Abs. 1 VZG;⁷⁴⁶ s. OK-Paydar, Art. 151 SchKG N. 35).⁷⁴⁷

742. Siehe die Quellen in Fn. 27.

743. SK-Maisano/Milani/Schmid, Art. 31 SchKG N. 32 m.w.V.; Staehelin, S. 645.

744. BGE 114 III 55 E. 1b.

745. Ernst/Oberholzer/Sunaric, Rz. 462; BSK-Schmid/Bauer, Art. 56 SchKG N. 54 m.w.V.; Staehelin, S. 648.

746. Die VZG gelangt grundsätzlich einzig bei der Grundpfandverwertung zur Anwendung (vgl. Art. 1 Abs. 1 VZG). Aufgrund der vergleichbaren Rechtsstellung von Grund- und Faustpfandgläubigerin rechtfertigt es sich m.E., Art. 100 VZG sinngemäss auf die Faustpfandverwertung anzuwenden (so auch Schellenberg, S. 49 m.w.V., und BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 153 SchKG N. 29).

747. OGer ZH PS130226 vom 12.2.2014 E. 3.1; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 5a und Art. 154 SchKG N. 11.

3. Ende der Frist

Die Zahlungsfristen nach Art. 152 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG sind als Monatsfristen 10 (ein Monat bzw. sechs Monate) ausgestaltet. Demnach endet die Frist **im letzten Monat an dem Tag, der dieselbe Zahl trägt wie der Tag, an dem die Frist zu laufen begann** (Art. 142 Abs. 2 ZPO und Art. 31 SchKG; vgl. auch N. 9).⁷⁴⁸ Das bedarf folgender Klarstellung:

- Die **Berechnung der Monatsfristen** ist in der Doktrin umstritten und – im Zusammenhang von Art. 142 ZPO – höchstrichterlich (noch) nicht abschliessend geklärt.⁷⁴⁹ *Auf der einen Seite* legt der Wortlaut von Art. 142 Abs. 1 und 2 ZPO eine Kumulation dieser Absätze nahe: Erfolgt die Zustellung des Zahlungsbefehls (in der Faustpfandverwertung) beispielsweise am 15. Februar 2023, beginnt die Monatsfrist am 16. Februar 2023 zu laufen (Abs. 1; «Fristen [...] beginnen am folgenden Tag zu laufen.») und endet am 16. März 2023 um 24.00 Uhr (Abs. 2; «so endet sie [die Frist] im letzten Monat an dem Tag, der dieselbe Zahl trägt wie der Tag, *an dem die Frist zu laufen begann.*»)).⁷⁵⁰ *Auf der anderen Seite* zeigt die Systematik in eine andere Richtung: Im schweizerischen Recht trägt der letzte Tag der Monatsfrist in der Regel dieselbe Zahl wie der Tag des fristauslösenden Ereignisses (so z.B. bei Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR⁷⁵¹, Art. 31 StGB⁷⁵², Art. 45

748. Statt vieler BSK-Nordmann/Oneyser, Art. 31 SchKG N. 19.

749. Zur ganzen Kontroverse Ernst/Oberholzer/Sunaric, Rz. 260 ff. mit zahlreichen Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung. Siehe BGE 144 IV 161 E. 2.3.2 = Pra 2019 Nr. 21, in welchem sich – im Zusammenhang mit der Strafantragsfrist nach Art. 31 StGB – folgende Aussage findet: «Quant aux arguments qu'il développe en lien avec l'art. 142 CPC, ces derniers reposent sur une interprétation littérale de l'art. 142 al. 1 et 2 CPC. [...] Au surplus, l'auteur que le recourant cite à l'appui de son raisonnement admet que l'interprétation littérale de l'art. 142 al. 1 et 2 CPC qu'il préconise permet à l'intéressé de bénéficier d'un jour de plus que la durée pleine du délai en mois concerné et qu'elle ne correspond pas à la jurisprudence précitée». In die andere Richtung deutet hingegen BGE 149 III 410 E. 6.2, wonach die 15-monatige Frist von Art. 166 Abs. 2 SchKG am Tag nach Zustellung des Zahlungsbefehls zu laufen beginne (Art. 142 Abs. 1 ZPO); allerdings geht das Bundesgericht nicht darauf ein, wie sich Abs. 1 und 2 des Art. 142 ZPO zueinander verhalten. Ähnlich zu den Jahresfristen BGer 5A_967/2015 vom 1.7.2016 E. 3; BGer 5A_186/2023 vom 29.11.2023 E. 3.2.2.

750. Dieser Ansicht folgen etwa das Obergericht des Kantons Zürich (OGer ZH LB140093 vom 17.2.2015 E. 5 f.), DIKE Komm.-Merz, Art. 142 ZPO N. 22, CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 17 ff., SK-Maisano/Milani/Schmid, Art. 31 SchKG N. 37, und BSK-Nordmann/Oneyser, Art. 31 SchKG N. 21. Vgl. auch BGer 5A_967/2015 vom 1.7.2016 E. 3 (in welche das Bundesgericht bei Jahresfristen sinngemäss dieser Ansicht folgt; bestätigt in BGer 5A_186/2023 vom 29.11.2023 E. 3.2.2.); BGE 149 III 410 E. 6.2.

BGG⁷⁵³ und Art. 38 ATSG⁷⁵⁴); somit würde im obigen Beispiel die Frist bereits am 15. März 2023 um 24.00 Uhr enden. Diese Fristberechnung steht auch im Einklang mit dem Europäischen Übereinkommen über die Berechnung von Fristen (SR 0.221.122.3)⁷⁵⁵ und wird durch das teleologische Auslegungselement gestützt: Eine kumulierte Anwendung von Art. 142 Abs. 1 und 2 ZPO würde zu einer Verlängerung der Monatsfrist um einen Tag führen, was nicht dem Sinn und Zweck dieser Norm entspricht.⁷⁵⁶ Sowohl die in Abs. 1 als auch Abs. 2 des Art. 142 ZPO enthaltenen Berechnungsregeln bezwecken je alleine, dass bei Fristen nur Tage mitgezählt werden, die voll zur Verfügung stehen; eine Kumulation würde daher bei den Monatsfristen – im Vergleich zu den nach Tagen bestimmten Fristen – zu einer zweckwidrigen Privilegierung führen.⁷⁵⁷ Da sich auch der Entstehungsgeschichte keine gegenteiligen Hinweise entnehmen lassen,⁷⁵⁸ liegt nach hier vertretener Ansicht der Schluss nahe, eine *Kumulation abzulehnen*; damit endet im obigen Beispiel die Frist richtigerweise am 15. (nicht 16.) März 2023 um 24.00 Uhr.⁷⁵⁹

751. BGE 144 III 152 E. 4.4.1–4.4.3; BK-Weber, Art. 77 OR N. 25. Vgl. auch BK-Wildhaber/Dede, Art. 132 OR N. 18.

752. BGE 144 IV 161 E. 2.3.2 = Pra 2019 Nr. 21.

753. Frésard, Art. 45 BGG N. 17 (zustimmend BGE 144 IV 161 E. 2.3.2 = Pra 2019 Nr. 21). A.A. BSK-Amstutz/Arnold, Art. 45 BGG N. 4.

754. BGE 131 V 314 E. 4.6; SK-Kieser, Art. 38 ATSG N. 31 m.w.V.

755. Vgl. Ernst/Oberholzer/Sunaric, Rz. 262; KUKO-Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 142 ZPO N. 7. Anders BSK-Amstutz/Arnold, Art. 45 BGG N. 4; CR-Tappy, Art. 142 ZPO N. 19.

756. Vgl. Weber, Jusletter 19.3.2012, Rz. 15.

757. Vgl. BGE 144 III 152 E. 4.4.2.

758. Im Gegenteil: Die Entstehungsgeschichte deutet m.E. darauf hin, dass der Gesetzgeber mit Art. 142 ZPO gerade nicht eine vom Grundsatz abweichende Fristenregelung festlegen wollte; sowohl im Bericht zum VE-ZPO (S. 71, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf>, besucht am 22.12.2023) als auch in der Botschaft zum E-ZPO (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28.6.2007, BBl 2006 7221 ff., S. 7308) finden sich dazu Hinweise. Dementsprechend fand sich im VE-ZPO eine dazu passende Formulierung (vgl. Art. 134 VE-ZPO; abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht/entw-zpo-d.pdf.download.pdf/entw-zpo-d.pdf>, besucht am 22.12.2023), die jedoch den Weg nicht (bzw. nur in abgewandelter Form) ins Gesetz gefunden hat; darin ist nach hier vertretener Ansicht ein gesetzgeberisches Versehen zu erblicken.

759. So auch Weber, Jusletter 19.3.2012, Rz. 16; KUKO-Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 142 ZPO N. 6; Ernst/Oberholzer/Sunaric, Rz. 262; Heinzmann, passim. Vgl. aber BGE 149 III 410 E. 6.2, der tendenziell eine Kumulation nahelegt.

- Fällt der letzte Tag einer Frist auf einen **Samstag, Sonntag oder staatlich anerkannten Feiertag**, so endet die Frist am nächsten Werktag (Art. 142 Abs. 3 ZPO).⁷⁶⁰ Das gilt allerdings nur dann, wenn das Fristende nicht zugleich in die Zeit der Betreibungsferien oder des Rechtsstillstands fällt (dazu nachfolgendes Lemma). Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die geschlossenen Zeiten i.S.v. Art. 56 Ziff. 1 SchKG (namentlich Sonntage und staatlich anerkannte Feiertage) nicht vom Anwendungsbereich des Art. 63 SchKG erfasst werden;⁷⁶¹ damit verlängert sich die Frist nicht um drei Tage, wenn die Frist am Samstag, Sonntag oder staatlich anerkannten Feiertag endet.
- Fällt das Fristende in die Zeit der **Betreibungsferien** oder des **Rechtsstillstandes**, so verlängert sich die Frist bis zum dritten Tag nach deren Ende; Samstag, Sonntag und staatlich anerkannte Feiertage zählen bei der Berechnung der Frist nicht mit (Art. 63 SchKG).⁷⁶² Anders gesagt verlängert sich die Frist «bis zum Ablauf des dritten Werktages.»⁷⁶³ Handelt es sich beim letzten Tag der Betreibungsferien bzw. des Rechtsstillstandes um einen Samstag, Sonntag oder staatlich anerkannten Feiertag, erfolgt keine kumulative Anwendung von Art. 63 SchKG und Art. 142 Abs. 3 ZPO (s. hiavor).⁷⁶⁴ Daher können Betreibungsferien und Rechtsstillstand auch an einem Samstag, Sonntag oder staatlich anerkannten Feiertag enden, was zur Folge hat, dass die Zusatzfrist ab dem nächstfolgenden Werktag läuft.⁷⁶⁵ Bsp.: Enden die Betreibungsferien am Samstag, läuft die Zusatzfrist ab Montag (nicht Dienstag) und endet am Mittwoch.

760. SK-Maisano/Milani/Schmid, Art. 31 SchKG N. 27 und 39; BSK-Nordmann/Oneyser, Art. 31 SchKG N. 19 und 22; Stoffel/Chabloz, § 3 N. 42.

761. BSK-Schmid/Bauer, Art. 63 SchKG N. 5 m.w.V.

762. Vgl. BSK-Sievi, Art. 88 SchKG N. 20.

763. BSK-Schmid/Bauer, Art. 63 SchKG N. 4 («Ist z.B. der letzte Tag der Betreibungsferien ein Donnerstag, so ist der erste Tag der Verlängerung der Freitag und der dritte (letzte) Tag der Verlängerung der darauffolgende Dienstag»). Siehe auch SK-Penon/Wohlgemuth, Art. 63 SchKG N. 7.

764. Vgl. SK-Maisano/Milani/Schmid, Art. 31 SchKG N. 41: «Wäre die Frage zu bejahen, so würde die Zusatzfrist von drei Werktagen (SchKG 63 Satz 2 und 3) – im Falle des Endes an einem Samstag oder Sonntag – erst am folgenden Dienstag zu laufen beginnen.»

765. Zum Ganzen BSK-Nordmann/Oneyser, Art. 31 SchKG N. 26; SK-Maisano/Milani/Schmid, Art. 31 SchKG N. 41.

4. Einhaltung der Frist

- 11 Die Einhaltung der Fristen richtet sich nach Art. 143 ZPO (Art. 31 SchKG).⁷⁶⁶ Somit muss der betriebene Schuldner **spätestens am letzten Tag der Frist (bis 24.00 Uhr) den geforderten Betrag** (inkl. Betreibungskosten; Art. 68 SchKG⁷⁶⁷) bezahlen, um die Zahlungsfrist zu wahren. Bei einer Bankzahlung bedarf es für die Fristwahrung der Kontobelastung am letzten Tag der Frist (vgl. Art. 143 Abs. 3 ZPO).⁷⁶⁸ Anzufügen ist zweierlei:

- Der Schuldner kann den geforderten Betrag (inkl. Betreibungskosten) an die **Gläubigerin** oder an das **Betreibungsamt** für Rechnung der Gläubigerin leisten (Art. 12 Abs. 1 SchKG) und somit die Forderung tilgen. Nur bei letzterer Variante führt die Bezahlung zum unmittelbaren Untergang der Betreibung (Art. 12 Abs. 2 SchKG); bei der Bezahlung an die Gläubigerin muss hingegen im Streitfall der Schuldner die Aufhebung der Betreibung⁷⁶⁹ nach Art. 85/85a SchKG beim Gericht beantragen.⁷⁷⁰ Bei Bezahlung an das Betreibungsamt fällt eine Gebühr an (Art. 19 GebV SchKG), welche einen Bestandteil der Betreibungskosten bildet und daher vom Schuldner zu tragen ist (Art. 68 SchKG).⁷⁷¹
- Leistet der Schuldner nicht vor Ablauf der Zahlungsfrist, zeitigt dies für ihn keine unmittelbaren Konsequenzen. So kann er **nach Ablauf der Zahlungsfrist** weiterhin seine Schulden tilgen und den Untergang (Art. 12 Abs. 2 SchKG) bzw. die Aufhebung (Art. 85 und 85a SchKG) des Betreibungsverfahrens bewirken.⁷⁷² Folgendes gilt es jedoch zu beachten: Die Zahlungsfristen (Art. 152 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG) entsprechen den Minimalfristen für die Verwertung (Art. 154 SchKG; der dort geregelte

766. SK-Maisano/Milani/Schmid, Art. 31 SchKG N. 27; BSK-Nordmann/Oneyser, Art. 31 SchKG N. 19; Stoffel/Chabloz, § 3 N. 35.

767. CR-Foëx, Art. 152 SchKG N. 4. Vgl. auch BGer 5A_455/2012 vom 5.12.2012 E. 3; SK-Weingart, Art. 12 SchKG N. 13; BSK-Emmel, Art. 68 SchKG N. 21.

768. Vgl. BGE 139 III 364 E. 3.2.1. Weiterführend Ernst/Oberholzer/Sunaric, Rz. 349 ff. betreffend Art. 143 Abs. 3 ZPO.

769. Vock/Meister-Müller, S. 171: Bei einer Tilgung der Schuld lautet das Urteil auf Aufhebung (nicht auf Einstellung).

770. BSK-Bangert, Art. 85 SchKG N. 17; BSK-Emmel, Art. 12 SchKG N. 20; Fritzsche/Walder, § 22 N. 2. Vgl. auch BGE 114 III 49 E. 1; BGer 5A_519/2019 vom 29.10.2019 E. 3.2.

771. Zum Ganzen BSK-Wüthrich/Schoch, Art. 69 SchKG m.w.V. N. 20 und 22.

772. BSK-Wüthrich/Schoch, Art. 69 SchKG N. 18 und 22; CR-Foëx, Art. 152 SchKG N. 4. Vgl. BGE 114 III 49 E. 1 betreffend das Verhältnis zwischen Art. 85/85a und Art. 12 Abs. 2 SchKG (dazu auch BSK-Bangert, Art. 85 SchKG N. 17).

Fristenstillstand gilt nicht für die Minimalfristen⁷⁷³).⁷⁷⁴ Demnach kann – bei rechtskräftigem Zahlungsbefehl – die Gläubigerin das Verwertungsbegehren stellen, sobald die Zahlungs- bzw. Minimalfrist für die Verwertung abgelaufen ist.⁷⁷⁵ Nach Ablauf der Frist besteht daher nur ein enger Zeitraum, um die Verwertung des Pfandobjekts zu verhindern.

5. Bindung an die Frist

Die Zahlungs- bzw. Minimalfrist (Art. 154 bzw. Art. 152 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG; 12 vgl. zum Zusammenspiel dieser beiden Fristen N. 11) dient einzig den Interessen des betriebenen Schuldners.⁷⁷⁶ Daher ist der **Schuldner** – im Gegensatz zur betreibenden Gläubigerin (dazu hiernach) – **nicht an diese Fristen gebunden** (vgl. Art. 33 Abs. 3 SchKG).⁷⁷⁷ Soweit der Schuldner zugleich Pfandeigentümer ist,⁷⁷⁸ kann er in der Faustpfandverwertung bereits vor Ablauf der Zahlungs- bzw. Minimalfrist die Verwertung verlangen (Art. 124 Abs. 1 i.V.m. Art. 156 Abs. 1 SchKG); in der Grundpfandverwertung ist dies ebenfalls möglich, allerdings bedarf es (zusätzlich) der ausdrücklichen Zustimmung sämtlicher Pfändungs- und Grundpfandgläubiger (Art. 133 Abs. 2 i.V.m. Art. 156 Abs. 1 SchKG).⁷⁷⁹

773. BGE 124 III 79 E. 2; BGer 5A_753/2014 vom 8.1.2015 E. 2.3 und 2.5; Kren Kostkiewicz, SchKG, Rz. 1004. A.A. Müggler, Rz. 409 a.E.

774. Vgl. BSK-Sievi, Art. 88 SchKG N. 18, der die Zahlungsfrist gemäss Art. 69 Abs. 2 SchKG mit der Frist in Art. 88 Abs. 1 SchKG gleichstellt. Ähnlich Kren Kostkiewicz, SchKG, Rz. 1010.

775. BSK-Nordmann/Oneyser, Art. 31 SchKG N. 12.

776. So BGer 5A_43/2010 vom 19.3.2010 E. 3.2 zu Art. 116 Abs. 1 SchKG, der die Verwertungsfristen in der Betreuung auf Pfändung regelt – ähnlich wie Art. 152 Abs. 1 Ziff. 1 und Art. 154 Abs. 1 SchKG für die Betreuung auf Pfandverwertung. M.E. lässt sich die erwähnte Rechtsprechung sinngemäss auch auf Art. 152 Abs. 1 Ziff. 1 und Art. 154 Abs. 1 SchKG anwenden.

777. SK-Rüetschi/Domenig, Art. 154 SchKG N. 16. Vgl. zu Art. 116 Abs. 1 SchKG BGer 5A_43/2010 vom 19.3.2010 E. 3.2 (siehe die Bemerkung in Fn. 53 hiervor). Die Zahlungsfrist in der Betreuung auf Pfändung (Art. 69 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG und Art. 88 Abs. 1 SchKG) dient auch den Interessen allfälliger Anschlussgläubiger; dementsprechend kann der betriebene Schuldner in der Betreuung auf Pfändung – anders als im Pfandverwertungsverfahren – nicht auf die Einhaltung der Zahlungsfrist verzichten (Art. 33 Abs. 3 SchKG; dazu BGE 101 III 16, BSK-Wüthrich/Schoch, Art. 69 SchKG N. 19 und BSK-Sievi, Art. 88 SchKG N. 18 f.).

778. Vgl. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 154 SchKG N. 15 ff. betreffend die Fälle, in denen das Pfand im Eigentum eines Dritten steht. Nach ihrer Ansicht «bedarf der Schuldner bei Dritteigentum für die Stellung des Verwertungsbegehrens immer der Zustimmung des Dritteigentümers» (a.a.O., N. 16).

779. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 154 SchKG N. 14; KUKO-Käser/Häcki, Art. 154 SchKG N. 7; SK-Rüetschi/Domenig, Art. 154 SchKG N. 16 f.

- 13 **Drittpfandeigentümern und Ehegatten/eingetragenen Partnern** steht es bei einer nachträglichen Zustellung (i.S.v. Art. 100 Abs. 1 VZG) offen, auf die Einhaltung der Zahlungs- bzw. Minimalfrist der Verwertung zu verzichten.⁷⁸⁰
- 14 Im Gegensatz dazu ist die betreibende **Gläubigerin** an die **Zahlungs- bzw. Minimalfrist der Verwertung gebunden**. Mithin ist sie nicht berechtigt, vor Fristablauf das Verwertungsbegehren zu stellen.⁷⁸¹ Stellt sie das Begehren trotzdem vor Ablauf, retourniert das Betreibungsamt das Begehren mit der Bemerkung «verfrüht, erst am ... zulässig» (Art. 9 Abs. 2 VFRR). Ausgenommen sind Verwertungsbegehren, die höchstens zwei Tage zu früh beim Betreibungsamt eintreffen: Diese nimmt das Betreibungsamt entgegen; als Eingangsdatum gilt jedoch dasjenige Datum, von dem an das Begehren zulässig ist (Art. 9 Abs. 3 VFRR). Sollte das Betreibungsamt einem zu früh gestellten Verwertungsbegehren Folge leisten, steht dem Betriebenen die Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG offen (keine Nichtigkeit).⁷⁸² Indem der betriebene Schuldner die Beschwerde unterlässt, verzichtet er auf die Einhaltung der Fristen.⁷⁸³
- 15 Bei der Zahlungs- bzw. Minimalfrist der Verwertung handelt es sich um **Bedenkfristen**, die **weder verlängert noch wiederhergestellt** werden können (vgl. Art. 33 SchKG).⁷⁸⁴

D. Androhung der Pfandverwertung (Abs. 1 Ziff. 2)

- 16 Dem betriebenen Schuldner ist im Zahlungsbefehl anzudrohen, dass der Pfandgegenstand verwertet wird, falls er weder dem Zahlungsbefehl nachkommt noch Rechtsvorschlag erhebt⁷⁸⁵ (systembedingt enthält Art. 69

780. BGE 59 III 279 (betreffend Drittpfandeigentümer); KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 100 VZG N. 2; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 154 SchKG N. 12; SK-Baeriswyl/Milani/Schmid, Art. 33 SchKG N. 36; BSK-Nordmann/Oneyser, Art. 33 SchKG N. 8.

781. SK-Rüetschi/Domenig, Art. 154 SchKG N. 15; Spühler/Dolge, Rz. 210; BSK-Nordmann/Oneyser, Art. 31 SchKG N. 12.

782. BGer 5A_43/2010 vom 19.3.2010 E. 3.2. Vgl. dazu auch Spühler/Dolge, Rz. 210. – Stellt die Betreibende das Verwertungsbegehren nicht rechtzeitig (d.h., innerhalb von einem bzw. zwei Jahren), hat dies die Erlöschung der Betreibung zur Folge (Art. 154 Abs. 2 SchKG); nachträgliche Betreibungshandlungen sind in diesen Fällen nichtig (dazu BGE 69 III 46 S. 50; BGer 7B.250/2003 vom 29.1.2004 E. 3.1; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 154 SchKG N. 10 und 31; Stoffel/Chabloz, § 6 N. 31).

783. BSK-Frey/Staible, Art. 116 SchKG N. 34.

784. BSK-Nordmann/Oneyser, Art. 31 SchKG N. 12; SK-Maisano/Milani/Schmid, Art. 31 SchKG N. 16; Amonn/Walther, § 11 N. 9.

Abs. 2 Ziff. 4 SchKG für das ordentlichen Betreibungsverfahren eine andere Regelung). Sobald also die betreibende Gläubigerin in einem hängigen Schuldbetreibungsverfahren einen rechtskräftigen Zahlungsbefehl erlangt hat und sie die Minimal- und Maximalfristen gemäss Art. 154 SchKG einhält, kann sie das **Verwertungsbegehren** stellen.

Folglich kann der Betriebene die Verwertung abwenden, indem er die 17 Gläubigerin **befriedigt** (durch Bezahlung der Betreibungsforderung; vgl. N. 11) oder indem er innert Frist **Rechtsvorschlag** erhebt (Art. 74 SchKG). Letzterem ist Folgendes anzufügen:

- In der Betreuung auf Pfandverwertung kann mit dem Rechtsvorschlag neben «dem Bestand, dem Umfang oder der Fälligkeit der Forderung auch der Bestand des Pfandrechts bestritten werden».⁷⁸⁶ Wenn im Rechtsvorschlag nichts anderes angemerkt ist, bezieht sich der Rechtsvorschlag sowohl auf die **Forderung** als auch auf das **Pfandrecht (kumulativ)**. Für die Grundpfandverwertung findet sich diese Regelung ausdrücklich in Art. 85 Abs. 1 VZG.⁷⁸⁷ In der Faustpfandverwertung fehlt eine solche Bestimmung. Aufgrund der gleichgelagerten Interessenlage rechtfertigt es sich allerdings, Art. 85 Abs. 1 VZG in der Faustpfandverwertung analog anzuwenden;⁷⁸⁸ ein ähnlicher Gedanke ist in Art. 74 Abs. 2 SchKG angelegt, weshalb man mit einer (analogen) Anwendung dieser Norm zum gleichen Ergebnis gelangt. Sollte eine analoge Anwendung verneint werden, so liegt m.E. eine natürliche/tatsächliche Vermutung vor, wonach sich der Rechtsvorschlag auf die Forderung und das Pfandrecht bezieht.
- Will der Betriebene entweder nur das Pfandrecht oder die Forderung bestreiten (**alternativ**), so hat er im Rechtsvorschlag ausdrücklich darauf hinzuweisen (vgl. Art. 74 Abs. 2 SchKG).⁷⁸⁹

785. Musterformular Nr. 3a und 3b (Fn. 4): «Sollte der Schuldner diesem Zahlungsbefehl nicht nachkommen und auch keinen Rechtsvorschlag erheben, so kann der Gläubiger die Verwertung des Pfandgegenstandes verlangen.»

786. BGE 119 III 100 E. 2a. Siehe auch BGE 135 III 378 E. 2.3 = Pra 2009 Nr. 138; BGE 105 III 117 E. 2a; Amonn/Walther, § 33 N. 11; BK-Zobl/Thurnherr, System. Teil zu Art. 884 ff. ZGB N. 644 m.w.V.

787. Vgl. BGE 140 III 36 E. 3.

788. So auch BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 39; BK-Zobl/Thurnherr, System. Teil zu Art. 884 ff. ZGB N. 644; KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 85 VZG N. 11; BSK-Bessenich/Fink, Art. 74 SchKG N. 26. Zu Art. 85 aVZG siehe BGE 57 III 23 E. 2.

- Neben dem betriebenen Schuldner können auch allfällige **Mitbetriebene** Rechtsvorschlag erheben (Art. 153 Abs. 2 und 2^{bis} SchKG).

E. Für die Pfandgläubigerin: Hinweis auf Verfügungsbeschränkung (Art. 90 VZG)

- 18 In der Betreibung auf Pfändung ist es dem Schuldner unter Strafandrohung verboten, ohne Bewilligung des Betreibungsamts über die gepfändeten Vermögensstücke zu verfügen (Art. 96 SchKG).⁷⁹⁰ Eine entsprechende Bestimmung existiert in der Betreibung auf Pfandverwertung nicht.⁷⁹¹ Mithin kann der Pfandeigentümer auch nach Einleitung der Betreibung auf Pfandverwertung ohne Einschränkungen Verfügungen über das Pfandobjekt treffen.⁷⁹² In der Grundpfandverwertung schafft die Vormerkungen einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuch (Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) – zumindest teilweise – Abhilfe: Unter bestimmten Voraussetzungen (hiernach N. 20) kann die betreibende Pfandgläubigerin vom Betreibungsamt verlangen, dass dieses beim Grundbuchamt eine Verfügungsbeschränkung zur Vormerkung anmeldet (Art. 90 Abs. 1 VZG). Auf diese Möglichkeit hat **das Betreibungsamt die Betreibende im Zahlungsbefehl hinzuweisen (Art. 90 Abs. 2 VZG)**.⁷⁹³ Dies bedarf der Erläuterung in vierfacher Hinsicht:
- 19 (i) Art. 90 VZG regelt die **fakultative Verfügungsbeschränkung**.⁷⁹⁴ Abzugrenzen ist diese von der **obligatorischen Verfügungsbeschränkung** nach Art. 97 VZG. Sobald die Betreibende das Verwertungsbegehren gestellt hat, muss das Betreibungsamt von Amtes wegen eine Verfügungsbeschränkung nach Art. 960 ZGB zur Vormerkung im Grundbuch anmelden (Art. 97 Abs. 1 VZG) – dies unter dem Vorbehalt, dass nicht bereits eine Vormerkung gemäss Art. 90 VZG vorliegt (Art. 97 Abs. 2 VZG).⁷⁹⁵ Die fakultative Verfügungsbeschränkung kommt daher in den Fällen zum Zuge, in denen die

789. BSK-Bessenich/Fink, Art. 74 SchKG N. 26; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 8; KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 85 VZG N. 2.

790. Vgl. BGer 5C.36/2006 und 5C.38/2006 vom 1.6.2006 E. 3.4.2; BSK-Schmid/Arnet, Art. 960 ZGB N. 12.

791. Vgl. Spühler/Dolge, Rz. 641, und Stoffel/Chabloz, § 6 N. 30: In der Betreibung auf Pfandverwertung wird keine Pfändung durchgeführt, da das Vollstreckungssubstrat systembedingt bereits feststeht.

792. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 10. Vgl. auch BGE 42 III 63 E. 2.

793. Siehe für ein Bsp. Müggler, Rz. 407.

794. KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 90 VZG N. 1.

Betreibende bereits vor Ablauf der sechsmonatigen Zahlungs- bzw. Minimalfrist (Art. 152 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG; Art. 154 Abs. 1 SchKG) eine Verfügungsbeschränkung anstrebt. Dies kann dann notwendig sein, wenn der Pfand Eigentümer während des laufenden Betreibungsverfahrens das Pfandobjekt veräussern will, um das Verfahren zu verschleppen (vgl. Art. 88 und 100 VZG; dazu N. 21 und OK-Paydar, Art. 151 SchKG N. 33 ff.).

(ii) Die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung kann die Betreibende nur im Rahmen einer **Betreibung auf Grundpfandverwertung** verlangen; die Faustpfandverwertung kennt einen solchen Schutz nicht.⁷⁹⁶ Zudem ist Folgendes vorausgesetzt (alternativ):

- Die (Mit-)Betriebenen haben **keinen Rechtsvorschlag** erhoben oder sie haben den Rechtsvorschlag nicht form- oder fristgerecht eingereicht (Art. 90 Abs. 1 Ziff. 1 VZG).
- Der gültig erhobene **Rechtsvorschlag** wurde durch Urteil (Rechtsöffnungsverfahren oder ordentliches Verfahren) oder durch Rückzug rechtskräftig **beseitigt** (Art. 90 Abs. 1 Ziff. 2 VZG). Eine provisorische Rechtsöffnung genügt auch; es ist dabei unbeachtlich, ob die zwanzigtägige Frist für die Aberkennungsklage noch läuft oder ob eine solche Klage bereits hängig ist (Art. 83 Abs. 2 SchKG).⁷⁹⁷ M.a.W. kann bei einer erteilten provisorischen Rechtsöffnung selbst dann eine Vormerkung verlangt werden, wenn es an einem rechtskräftigen Zahlungsbefehl mangelt.⁷⁹⁸

(iii) Die **Verfügungsbeschränkung** erhält «durch die Vormerkung Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Rechte» (Art. 960 Abs. 2 ZGB).⁷⁹⁹ Dies bedeutet allerdings nicht, dass die vorgemerkte Verfügungsbeschränkung den Eigentümer hindert, über sein Grundstück zu verfügen (dies im Gegensatz zur

795. Vgl. Schellenberg, S. 140, und KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 97 VZG N. 4, wonach es sich anders verhält, wenn hinsichtlich desselben Grundstücks in einer anderen Betreibung das Verwertungsbegehren gestellt werde.

796. Vgl. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 10a.

797. Fritzsche/Walder, § 34 N. 22 Fn. 40; KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 90 VZG N. 4; SK-Rüetschi/Domenig, Art. 152 SchKG N. 7; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 9. A.A. AB SchKG SG vom 22.9.1981, GVP SG 1981 Nr. 46 S. 75 ff.

798. Vgl. SK-Vock/Aeppli, Art. 88 SchKG N. 2; Amonn/Walther, § 22 N. 2; Spühler/Dolge, Rz. 437 f.; SK-Rüetschi/Domenig, Art. 154 SchKG N. 5.

799. Ausführlich Steinauer, Droits réels I, Rz. 1069 ff.

Grundbuchsperrung);⁸⁰⁰ demnach bezweckt die Vormerkung auch keine Sicherung des Haftungssubstrats.⁸⁰¹ Hingegen muss sich bei vorgemerkter Verfügungsbeschränkung ein Dritter, der Rechte am Pfandgrundstück erwirbt, die Fortsetzung des Betreibungsverfahrens gefallen lassen.⁸⁰² Das ist für die Betreibende insofern von Vorteil, als sich – in zeitlicher Hinsicht – eine Verfügung über das Pfandgrundstück während des laufenden Betreibungsverfahrens nicht auswirkt. Das bedarf der Erläuterung:

- Grundsätzlich gilt der Drittpfand Eigentümer als Mitbetrieber. Diesem ist daher der Zahlungsbefehl zuzustellen, wogegen er Rechtsvorschlag erheben kann (Art. 153 Abs. 2 lit. a SchKG). Es spielt dabei grundsätzlich keine Rolle, ob das Drittpfandverhältnis bereits vor der Einleitung der Betreibung bestand oder erst nachträglich begründet wurde (zu der Ausnahme hiernach).⁸⁰³ Solange das Betreibungsamt die Verwertung nicht vollzogen hat (also auch nach Stellung des Verwertungsbegehrens), kann **die Zustellung des Zahlungsbefehls an den Drittpfand Eigentümer nachgeholt werden** (vgl. Art. 88 Abs. 1 und Art. 100 Abs. 1 VZG; dazu OK-Paydar, Art. 151 SchKG N. 33 ff.). Die nachträgliche Zustellung kann allerdings zu grossen Verzögerungen führen.⁸⁰⁴ Einerseits muss auch der später ausgestellte Zahlungsbefehl in Rechtskraft erwachsen, bevor zur Verwertung geschritten werden kann. Andererseits beginnt die sechsmonatige Minimalfrist (Art. 154 Abs. 1 SchKG) erst mit der Zustellung des letzten Zahlungsbefehls zu laufen (Art. 98 Abs. 1 VZG).⁸⁰⁵
- Eine nachträgliche Zustellung des Zahlungsbefehls ist allerdings nur dann vorausgesetzt, **wenn es an einer vorgemerkten**

800. BGer 5P.411/2004 vom 15.3.2005 E. 1.4; BGer 5A_76/2017 vom 20.6.2017 E. 6.1.2; BGer 5C.36/2006 und 5C.38/2006 vom 1.6.2006 E. 3.4.2; Schmid/Hürlimann-Kaup, Rz. 485; BSK-Schmid/Arnet, Art. 960 ZGB N. 1 f. und 20. Ausführlich zur Grundbuchsperrung Staible/Vogt, S. 213 ff.

801. So allerdings SK-Rüetschi/Domenig, Art. 152 SchKG N. 6 (ähnlich BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 9) – Bei einem Pfandrecht handelt es sich um ein beschränktes dingliches Recht, welches sich gegen jedermann richtet («erga omnes»; statt vieler Schmid/Hürlimann-Kaup, Rz. 18). Mithin führt die Veräusserung des Pfandobjekts zu keiner Veränderung des Haftungssubstrats, denn die Pfandgläubigerin kann – unabhängig davon, wer Pfand Eigentümer ist – ihr Pfandrecht in Anspruch nehmen (vgl. Art. 832 ZGB; BGE 121 III 256 E. 3a = Pra 1996 Nr. 102).

802. BSK-Schmid/Arnet, Art. 960 ZGB N. 19.

803. BGE 42 III 63 E. 2; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 153 SchKG N. 16; KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 88 VZG N. 14.

Verfügungsbeschränkung fehlt (Art. 88 Abs. 2 VZG; Art. 100 Abs. 2 VZG). Erwirbt ein Dritter das Pfandobjekt, nachdem die Verfügungsbeschränkung im Grundbuch vorgemerkt wurde, ist dieser Dritte nicht als Mitbetrieber zu behandeln. Der (neue) Drittpfand Eigentümer und – sofern es sich um eine Familienwohnung/gemeinsame Wohnung handelt – dessen Ehegatte/eingetragener Partner können daher keinen Rechtsvorschlag erheben und müssen sich den Fortgang des Betreibungsverfahrens gefallen lassen (vgl. Art. 960 Abs. 2 ZGB).⁸⁰⁶

- Bei der nachträglichen Begründung einer Familienwohnung/gemeinsamen Wohnung («**Umnutzung**») ist hingegen umstritten, ob bei einer vorgemerkten Verfügungsbeschränkung der Ehegatte/eingetragene Partner zu den Mitbetriebern gehört oder nicht. Die von Kren Kostkiewicz vertretene Mittellösung überzeugt: Solange ein Verwertungsbegehren nicht gestellt ist, gilt es allfällige «Umnutzungen» zu beachten; d.h., das Betreibungsamt hat dem Ehegatten/eingetragenen Partner nachträglich ein Zahlungsbefehl zuzustellen.⁸⁰⁷ Kommt es nach Stellung des Verwertungsbegehrens zu einer «Umnutzung», bedarf es keiner nachträglichen Zustellung an den Ehegatten/eingetragenen Partner.

(iv) Vormerkungen, die gegen Art. 90 oder 97 VZG verstossen, sind **nicht** 22 **nichtig**, sondern nur mit Beschwerde nach Art. 17 SchKG **anfechtbar**.⁸⁰⁸

III. MIET-/PACHTZINSSPERRE (ABS. 2)

A. Übersicht

Der Umfang der Pfandhaft (abzugrenzen vom Umfang der Sicherung; s. OK- 23 Paydar, Art. 151 SchKG N. 6 f.) beschlägt die Frage, welche Gegenstände/

805. KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 88 VZG N. 11 und Art. 100 VZG N. 1; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 153 SchKG N. 30a und 22b. Vgl. auch BGer 7B.141/2004 vom 24.11.2004 E. 6.2.2 (betreffend fehlende Zustellung an Ehegatten); Jaeger/Walder/Kull, Art. 153 SchKG N. 5.

804. Hierzu und zum Folgenden KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 88 VZG N. 9.

806. Zum Ganzen KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 88 VZG N. 18 und Art. 90 VZG N. 2; dies., SchKG, Rz. 991; OGer LU SK 03 154 vom 5.1.2004, LGVE 2004 I Nr. 51, E. 4.2.3; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 10 und Art. 153 SchKG N. 16; SK-Rüetschi/Domenig, Art. 152 SchKG N. 8; BSK-Schmid/Arnet, Art. 960 ZGB N. 19.

807. Hierzu und zum Folgenden KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 88 VZG N. 19 f.

Forderungen das Haftungssubstrat bilden und damit bei Zahlungsausfall des Schuldners verwertet werden können.⁸⁰⁹ Bei Grundpfandrechten bestimmt sich der Umfang der Pfandhaft nach Art. 805 f. ZGB: In erster Linie umfasst das Grundpfandrecht das Grundstück samt Bestandteilen und Zugehör (Art. 805 Abs. 1 ZGB). Bei vermieteten/verpachteten Grundstücken (s. N. 25) erstreckt sich die Pfandhaft darüber hinaus auf die Miet-/Pachtzinsforderung, «die seit Anhebung der Betreibung auf Verwertung des Grundpfandes oder seit der Eröffnung des Konkurses über den Schuldner bis zur Verwertung» aufgelaufen sind (Art. 806 Abs. 1 ZGB). Allerdings gilt dies nicht voraussetzungslos: Die Pfandgläubigerin muss beim Betreibungsamt die **Ausdehnung der Pfandhaft ausdrücklich verlangen** (Art. 152 Abs. 2 Teilsatz 1 SchKG; N. 28) und einen Kostenvorschuss leisten (N. 30).⁸¹⁰ Sofern die Voraussetzungen erfüllt sind, teilt das Betreibungsamt den Mietern/Pächtern (oder anderen Zinsschuldnern; dazu N. 25) die Anhebung der Betreibung mit und weist diese an, die fällig werdenden Miet-/Pachtzinsen an das Betreibungsamt zu bezahlen (sog. **Miet-/Pachtzinssperre**; Art. 152 Abs. 2 Teilsatz 2 SchKG; s. N. 39).⁸¹¹

B. Anwendungsbereich

- 24 (i) Ausserhalb eines Konkurses oder eines Nachlassverfahrens kann die Pfandgläubigerin einzig in der **Betreibung auf Grundpfandverwertung** (vgl. Art. 41 SchKG) verlangen, dass das Pfandrecht auf Miet-/Pachtzinsforderungen ausgedehnt wird.⁸¹² Folgendes ist anzufügen:

- In der **Betreibung auf Faustpfandverwertung** ist eine Pfandhaftausdehnung und Zinssperre grundsätzlich nicht vorgesehen (vgl. Art. 152 Abs. 2 SchKG, der sich auf Grundstücke bezieht).⁸¹³ So umfasst das

808. OGer LU SK 03 154 vom 5.1.2004, LGVE 2004 I Nr. 51, E. 4.2.3; KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 90 VZG N. 6. A.A. BSK-Schmid/Arnet, Art. 960 ZGB N. 19a.

809. Vgl. Schmid/Hürlimann-Kaup, Rz. 1550; BSK-Schmid-Tschirren, Art. 805 ZGB N. 1.

810. Vgl. BGE 108 III 83 E. 3.

811. Siehe für die Anzeige an den Mieter/Pächter das Musterformular VZG Nr. 5 (Fn. 4) sowie das Bsp. bei Müggler, Rz. 399.

812. BGE 106 III 67 E. 2; BSK-Schmid-Tschirren, Art. 806 ZGB N. 7; Zobl, ZBGR 1978, S. 224. Eine Ausdehnung der Pfandhaft ist auch im Konkurs- und Nachlassverfahren möglich (ausführlich dazu ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 123 ff.; vgl. auch BGE 132 III 437 E. 5.2 = Pra 2008 Nr. 16).

813. So auch Weiss, S. 65; Zobl, ZBGR 1978, S. 224. A.A. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 2 (siehe aber N. 13).

Faustpfandrecht von Gesetzes wegen nur die natürlichen Früchte; die zivilen Früchte (namentlich die Miet-/Pachtzinsen) fallen nicht unter die Pfandhaft (vgl. Art. 892 Abs. 2 ZGB).⁸¹⁴ Es ist allerdings zulässig, vertraglich die Pfandhaft auf die zivilen Früchte auszudehnen;⁸¹⁵ ob auch in diesen Fällen eine Zinssperre angeordnet werden kann, ist unklar. M.E. sind keine Gründe ersichtlich, die eine analoge Anwendung von Art. 152 Abs. 2 SchKG in der Betreuung auf Faustpfandverwertung von vornherein ausschliessen würden.⁸¹⁶

- Haben die Parteien ein **Fahrnispfand an einem Schuldbrief** errichtet (sog. indirekte Sicherung), ist in der Regel die Betreuung auf Faustpfandverwertung einzuleiten;⁸¹⁷ diesfalls kann keine Zinssperre angeordnet werden (s. hiervor).⁸¹⁸ Die Parteien können jedoch im Pfandvertrag eine abweichende Vereinbarung treffen (Einziehungs- und Kündigungsrecht), damit der Pfandgläubigerin die Möglichkeit zukommt, direkt die Betreuung auf Grundpfandverwertung einzuleiten; dadurch steht der Weg offen für die Anordnung einer Zinssperre.⁸¹⁹
- In der **Betreibung auf Pfändung** ist eine Ausdehnung der Pfandhaft gemäss Art. 806 ZGB ausgeschlossen.⁸²⁰ Es gilt allerdings zu beachten, dass die laufenden Miet- und Pachtzinsen von Gesetzes wegen als mit dem Grundstück gepfändet gelten (vgl. Art. 102 SchKG sowie Art. 14 und Art. 15 Abs. 1 lit. b VZG); hingegen profitieren diesfalls alle Pfändungsgläubigerinnen von den anfallenden Miet- und Pachtzinsen.⁸²¹

(ii) Art. 805 ZGB unterstellt die natürlichen Früchte der Pfandhaft; Art. 806 ZGB regelt das Gleiche für die **zivilen Früchte**.⁸²² Als zivile Früchte nennt

814. BSK-Bauer/Bauer, Art. 892 ZGB N. 10. Vgl. auch BGE 106 III 71 E. 4.

815. Siehe betreffend die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen BSK-Bauer/Bauer, Art. 892 ZGB N. 10 m.w.V.

816. Vgl. Zobl, ZBGR 1978, S. 224.

817. Schmid/Hürlimann-Kaup, Rz. 1820g f.

818. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 13 (siehe aber N. 2); Zobl, ZBGR 1978, S. 224; Weiss, S. 65. Vgl. zu den konkursrechtlichen Besonderheiten ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 137 ff.; BGE 106 III 67; BGE 132 III 437 E. 4.1 = Pra 2008 Nr. 16.

819. Weiterführend BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 151 SchKG N. 40 und Art. 152 SchKG N. 13 m.w.V.; Zobl, ZBGR 1978, S. 225 ff. Siehe auch BGE 97 III 119 S. 120; BGer 5C.11/2005 vom 27.5.2005 E. 3.1; BGer 5C.249/2004 vom 2.3.2005 E. 2.2; BK-Zobl, Art. 906 ZGB N. 16 ff.; CR-Foëx, Art. 152 SchKG N. 10.

820. ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 90 m.w.V.; BSK-Schmid-Tschirren, Art. 806 ZGB N. 7; Weiss, S. 64 f.

das Gesetz ausdrücklich die Miet- und Pachtzinsen. Ungenau ist hingegen die Aussage, eine Ausdehnung sei nur möglich, sofern ein Miet- oder Pachtvertrag vorliege.⁸²³ Das bedarf der Erläuterung in mehrfacher Hinsicht:

- In erster Linie betrifft die Pfandhaftausdehnung die Miet-/Pachtzinserträge, welche der Pfandeigentümer im Rahmen eines **Miet-/Pachtvertrages** (Art. 253 ff. und Art. 275 ff. OR) erwirtschaftet.⁸²⁴ Nur die effektiv zu bezahlenden Zinsen sind von der Pfandhaft erfasst. Die Pfandhaft erstreckt sich sogar auf Miet-/Pachtzinsforderungen, die gegen gesetzliche Bestimmungen verstossen (z.B. Art. 269 ff. OR), solange der Mieter/Pächter keine (gerichtliche) Reduktion der Zinsen erreicht hat.⁸²⁵
- Beim Entgelt, welches für die Einräumung eines **dinglichen Nutzungsrechts** bezahlt wird, handelt es sich ebenso um zivile Früchte i.S.v. Art. 806 ZGB; daher kann die Pfandhaft auch auf diese Erträge ausgedehnt werden. Erfasst sind namentlich die Erträge aus Nutzniessung (Art. 745 ff. ZGB), Wohnrecht (Art. 776 ff. ZGB) und Baurecht (Art. 779 ff. ZGB; Baurechtszinsen⁸²⁶).⁸²⁷ Die Ausführungen zu den Miet-/Pachtzinsen gelten damit *mutatis mutandis* auch für das Entgelt bei dinglichen Nutzungsrechten (aus Gründen der Lesefreundlichkeit wird im Folgenden auf eine terminologische Differenzierung verzichtet).
- Eine **Gebrauchsleihe** nach Art. 305 ff. OR ist naturgemäss unentgeltlich; dementsprechend fällt eine Erweiterung der Pfandhaft ausser Betracht.⁸²⁸ Der von der Entlehnerin geschuldete Kostenersatz (Art. 307 Abs. 1 OR) ist keine zivile Frucht i.S.v. Art. 806 ZGB, weswegen eine Ausdehnung

821. Steinauer, Droits réels III, Rz. 4178.

823. So allerdings BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 13; SK-Rüetschi/Domenig, Art. 152 SchKG N. 10; Jaeger/Walder/Kull, Art. 152 SchKG N. 14a.

824. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 13; SK-Rüetschi/Domenig, Art. 152 SchKG N. 10. Siehe auch ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 48, wonach auch Miet-/Pachtverträge, die ausländischem Recht unterstünden, erfasst seien (Art. 119 Abs. 2 IPRG).

825. Vgl. ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 49.

826. BGE 131 III 141 E. 2.3.1 = Pra 2005 Nr. 122; BSK-Schmid-Tschirren, Art. 806 ZGB N. 1; KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 91 VZG N. 1; CR-Foëx, Art. 152 SchKG N. 11; BK-Zobl/Thurnherr, System. Teil zu Art. 884 ff. ZGB N. 322 m.w.V.

827. Zum Ganzen ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 52 f.

828. Vgl. BGE 131 III 141 E. 2.3.2 = Pra 2005 Nr. 122; Kren Kostkiewicz, SchKG, Rz. 1001; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 23a.

ausgeschlossen ist.⁸²⁹ **Benutzt** der Schuldner das Pfandobjekt **selbst**, ist eine Ausdehnung ebenso wenig möglich.⁸³⁰

- Forderungen des Hoteleigentümers gegenüber seinen Hotelgästen und Restaurantbesuchern unterliegen gemäss dem Bundesgericht nicht der Pfandhaft.⁸³¹ Ob dies auch auf andere **gemischte Rechtsverhältnisse** zutrifft, ist fraglich. Immerhin lässt sich festhalten, dass es in der Regel möglich sein wird, die Mietzinskomponente auszuschneiden (vgl. Art. 93 Abs. 2 VZG).⁸³²
- Unklar sind die Verhältnisse bei **Unter- und Drittverhältnissen**.⁸³³ Gemäss Mindermeinung umfasst das Pfandrecht auch die Untermiet-/Unterpachtzinsen, wobei die Grundpfandgläubigerin gleichwohl nicht doppelt auf die Zinszahlung greifen kann; der Mieter/Untervermieter, «dessen Untervermietungseinnahme durch den Gläubiger seines Obervermieters beschlagnahmt wird, kann eine entsprechende Schadenersatzforderung mit seiner Mietzinsschuld zur Verrechnung bringen» (gleiches Ergebnis beim Unterpachtverhältnis).⁸³⁴ Ein anderer Teil der Lehre vertritt die gegenteilige Ansicht und verneint die Ausdehnung auf Untermiet-/Unterpachtzinsen.⁸³⁵ Die Forderungen des Hoteleigentümers gegenüber dem Geranten, der das Hotel für den Grundeigentümer führt (Drittverhältnis), unterliegen gemäss dem Bundesgericht nicht der Pfandhaft.⁸³⁶

(iii) Die Pfandhaft erfasst – aus **zeitlicher Sicht** – nur die **laufenden Miet-/Pachtzinsen** (s. aber N. 29). Diejenigen Miet-/Pachtzinsen, die vor Anhebung 26

829. Zum Ganzen ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 50. Vgl. auch BGE 62 III 56 S. 58.

830. KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 91 VZG N. 6 («gemäss Art. 19 i.V.m. Art. 101 Abs. 1 [VZG] kann der Schuldner bis zur Verwertung des Grundstücks nicht zur Bezahlung einer entsprechenden Entschädigung verpflichtet werden»).

831. BGE 77 III 119 E. 2. So auch BSK-Schmid-Tschirren, Art. 806 ZGB N. 1; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 13; SK-Rüetschi/Domenig, Art. 152 SchKG N. 10. Kritisch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 62 ff.

832. ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 65.

833. Vgl. BGer 7B.56/2006 vom 17.5.2005 E. 2, in welchem das Bundesgericht die Frage offenliess, ob die Untermietzinsen von Art. 806 ZGB erfasst seien oder nicht. Dazu auch KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 91 VZG N. 2.

834. ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 71 und 74.

835. Weiss, S. 60; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 13; KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 91 VZG N. 2.

der Grundpfandverwertung oder nach der Verwertung (bzw. nach Abschluss der Pfandverwertung; vgl. dazu N. 37) anfallen, sind nicht vom Pfandrecht umfasst (vgl. Art. 806 Abs. 1 ZGB).⁸³⁷

- 27 (iv) Aus **persönlicher Sicht** kommt nur der betreibenden Grundpfandgläubigerin das Privileg zu, die Ausdehnung der Pfandhaft zu verlangen. Eine nicht betreibende Grundpfandgläubigerin ist dazu nicht berechtigt; dementsprechend hat sie auch keinen Anspruch auf Abschlagszahlungen (vgl. Art. 95 Abs. 1 VZG; s. N. 42).⁸³⁸

C. Voraussetzungen

- 28 Damit es in der Betreuung auf Pfandverwertung (vgl. N. 24) zu einer Ausdehnung des Pfandrechts und schliesslich zu einer Miet-/Pachtzinssperre kommt, bedarf es – neben dem Vorhandensein von Miet-/Pachtzinserträgen (oder anderen zivilen Früchten; s. N. 25) – zweierlei:
- 29 (i) **Begehren der betreibenden Pfandgläubigerin:** Die Betreibende muss die Ausdehnung der Pfandhaft **ausdrücklich** verlangen; die Ausdehnung erfolgt – in der Betreuung auf Pfandverwertung – nicht von Gesetzes wegen.⁸³⁹ Sie kann dies bereits im Betreibungsbegehren tun, es ist jedoch auch zulässig, zu einem späteren Zeitpunkt das Ausdehnungsbegehren zu stellen.⁸⁴⁰ Das bedarf der Erläuterung:

- Verlangt die Betreibende die Ausdehnung im **Betreibungsbegehren**, unterliegen die ab diesem Zeitpunkt fällig werdenden Miet-/Pachtzinsen der Pfandhaft (s. Art. 91 Abs. 1 VZG; vgl. aber die Bemerkung unter dem 4. Lemma betreffend die überfälligen Zinsen).⁸⁴¹

836. BGE 77 III 119 E. 1. Siehe auch ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 83; BSK-Schmid-Tschirren, Art. 806 ZGB N. 1; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 13.

837. Zum Ganzen BGE 108 III 83 E. 2; ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 5 und 115 f. m.w.V.

838. Zum Ganzen BSK-Schmid-Tschirren, Art. 806 ZGB N. 11; Herren, S. 1213; Jaeger/Walder/Kull, Art. 152 SchKG N. 19.

839. BGE 145 III 495 E. 2.3.1 = Pra 2020 Nr. 68; Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8.5.1991, BBl 1991 III 1 ff., S. 106, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1991/3_1_1_1/de, besucht am 22.12.2023; Brand, S. 23. Vgl. BGE 132 III 437 E. 5.2. = Pra 2008 Nr. 16, wonach es im Konkurs und Nachlassverfahren kein solches Begehren braucht (dazu auch BSK-Schmid-Tschirren, Art. 806 ZGB N. 16 und 18).

840. BGE 145 III 495 E. 2.3.1 m.w.V. = Pra 2020 Nr. 68; BGE 121 III 187 E. 2c und 2d; Brand, S. 5 f. und 23.

- Stellt die Betreibende das Begehren zu einem **späteren Zeitpunkt**, erfolgt keine Rückwirkung. Die Ausdehnung entfaltet erst ab dem Zeitpunkt Wirksamkeit, in dem die Betreibende die Ausdehnung verlangt; mithin erfasst die Pfandhaft nur die Miet-/Pachtzinsen, die nach dem Antragszeitpunkt fällig werden (s. hiervor).⁸⁴² Es ist für die Betreibende daher empfehlenswert, frühzeitig – im besten Fall gemeinsam mit dem Betreibungsbegehren – die Ausdehnung zu beantragen.⁸⁴³
- Zu einem späteren Zeitpunkt kann die Betreibende die Ausdehnung nur dann verlangen, wenn sie darauf nicht **unwiderruflich verzichtet** hat.⁸⁴⁴ Ein Verzicht kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen,⁸⁴⁵ wobei der fehlende Antrag im Betreibungsbegehren allein kein (unwiderruflicher) Verzicht darstellt.⁸⁴⁶ M.a.W. besteht für die Betreibende die Möglichkeit, nur einstweilen auf die Ausdehnung zu verzichten.⁸⁴⁷ Sobald die Ausdehnung der Pfandhaft erfolgt ist, kann die Betreibende nur für künftig anfallende Miet-/Pachtzinsen auf die Ausdehnung verzichten.⁸⁴⁸
- Es stellt sich die Frage, ob sich die Pfandhaft auch auf Miet-/Pachtzinsen ausdehnen lässt, die vor Antragsstellung bereits fällig waren, allerdings von der – sich im Verzug befindenden – Zinsschuldnerin noch nicht beglichen wurden (**überfällige Miet-/Pachtzinsen**). Dürr vertritt die Ansicht, dass es die *ratio legis* von Art. 91 Abs. 1 VZG zulassen würde, die Pfandhaft auf überfällige Miet-/Pachtzinsen auszudehnen.⁸⁴⁹ Dem steht allerdings der klare Wortlaut von Art. 91 Abs. 1 VZG entgegen, weshalb eine Ausdehnung auf überfällige Miet-/Pachtzinsen abzulehnen ist.⁸⁵⁰
- Vereinzelt findet sich in der Doktrin der Hinweis, wonach das Pfandrecht an Miet-/Pachtzinsen in der Betreibung auf Pfandverwertung

841. BSK-Schmid-Tschirren, Art. 806 ZGB N. 7; SK-Rüetschi/Domenig, Art. 152 SchKG N. 9; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 14 f.

842. BGE 145 III 495 E. 2.3.2 f. = Pra 2020 Nr. 68; BGE 121 III 187 E. 2d; BSK-Schmid-Tschirren, Art. 806 ZGB N. 7; ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 93; CR-Foëx, Art. 152 SchKG N. 9. Vgl. auch das Bsp. bei Kren Kostkiewicz, SchKG, Rz. 997.

843. Vgl. KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 91 VZG N. 4 a.E.

844. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 14; KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 91 VZG N. 4. Vgl. auch ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 98 f.

845. BGE 145 III 495 E. 2.3.3 = Pra 2020 Nr. 68.

846. BGE 145 III 495 E. 2.3.2 f. = Pra 2020 Nr. 68; BGE 121 III 187 E. 2c.

847. ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 99.

848. BGE 130 III 720 E. 3 = Pra 2005 Nr. 92.

849. ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 95.

selbstständig – d.h. ohne Verwertung des Grundstücks – geltend gemacht werden könne.⁸⁵¹ Darunter ist *nicht* zu verstehen, dass ein Begehren auf Pfandbetreibung, welches sich lediglich auf die Miet-/Pachtzinsen bezieht, zulässig ist; das gesetzliche Forderungspfandrecht an den Miet-/Pachtzinsen muss zusammen mit dem zugrunde liegenden Grundpfandrecht im Rahmen einer Grundpfandverwertung geltend gemacht werden (sog. Akzessorietät; vgl. Art. 806 Abs. 1 ZGB und N. 24).⁸⁵² Richtigerweise kann mit «selbstständig» nur (aber immerhin) gemeint sein, dass es nicht zwingend zur Verwertung des belasteten Grundstücks kommen muss, damit sich die betreibende Grundpfandgläubigerin aus den angefallenen Miet-/Pachtzinsen befriedigen kann (s. N. 37).⁸⁵³ Wenn bereits die eingegangenen Miet-/Pachtzinsen (und/oder anderweitige Erträge) zur Deckung der Betreibungsforderungen und -kosten genügen, bedarf es keiner Verwertung des verpfändeten Grundstücks;⁸⁵⁴ dies ist auch im Zusammenhang mit den Abschlagszahlungen gemäss Art. 95 VZG von Bedeutung (vgl. N. 42 ff., insb. N. 44). Hinzuweisen bleibt auf Art. 111 Abs. 2 VZG, wonach auch bei einer ergebnislosen Verwertung des Grundstücks, die Miet-/Pachtzinserträge der betreibenden Pfandgläubigerin zugewiesen werden.⁸⁵⁵

- 30 (ii) **Bezahlung des Kostenvorschusses:** Die frühere Fassung von Art. 91 Abs. 1 VZG verlangte für die Miet-/Pachtzinssperre explizit die Leistung eines Kostenvorschusses.⁸⁵⁶ Ein solcher Hinweis fehlt in der geltenden Fassung von Art. 91 Abs. 1 VZG.⁸⁵⁷ Gleichwohl bildet die Leistung eines Kostenvorschusses – nach hier vertretener Auffassung – eine Voraussetzung für die Anordnung der Miet-/Pachtzinssperre.⁸⁵⁸ Das ergibt sich aus der allgemeinen Regel von

850. So auch Schlegel/Zopfi, Rz. 275.

851. Schellenberg, S. 89. Vgl. auch KUKO-Käser/Häcki, Art. 152 SchKG N. 7.

852. Vgl. ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N 13 ff. und 42; BSK-Schmid-Tschirren, Art. 806 ZGB N. 3 und 7 m.w.V.

853. Vgl. ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 117 ff.

854. Amonn/Walther, § 33 N. 23; BSK-Schmid-Tschirren, Art. 806 ZGB N 8; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 157 SchKG N. 7; KUKO-Käser/Häcki, Art. 156 SchKG N. 3. Vgl. auch BGE 64 III 26 S. 28.

855. BSK-Schmid-Tschirren, Art. 806 ZGB N. 14; ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 118.

856. Art. 91 Abs. 1 aVZG: «Sofern der betreibende Pfandgläubiger im Betreibungsbegehren [...] durch Nichtleistung des Kostenvorschusses (Art. 68 und 153 SchKG) auf die Ausdehnung der Pfandhaft auf die Miet- und Pachtzinsforderungen (Art. 806 ZGB) verzichtet hat [...], abrufbar unter <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/130000009.pdf?id=130000009&action=open> (S. 147), besucht am 22.12.2023.

Art. 68 Abs. 1 SchKG;⁸⁵⁹ Demnach hat die Betreibende die Betreuungskosten vorzuschüssen; kommt sie dieser Vorschusspflicht nicht nach, kann das Betreibungsamt die Betreuungshandlung einstweilen unterlassen. Die Betreuungskosten umfassen namentlich die Gebühren für die Feststellung der Miet- und Pachtverhältnisse (Art. 17 GebV SchKG; vgl. N. 32) und für die Verwaltung von Grundstücken (Art. 27 GebV SchKG; vgl. N. 41).⁸⁶⁰

D. Verfahren

Nachdem die betreibende Pfandgläubigerin das Begehren auf Ausdehnung 31 gestellt und den verlangten Kostenvorschuss geleistet hat (s. hiavor), folgen verschiedene Verfahrensschritte:⁸⁶¹

(i) Feststellung Miet-/Pachtverträge: Das Betreibungsamt stellt «sofort 32 nach Empfang des Betreibungsbegehrens fest, ob und welche Miet- oder Pachtverträge auf dem Grundstück bestehen» (Art. 91 Abs. 1 VZG). Das Betreibungsamt befragt dazu den Schuldner und/oder den Drittpfandeigentümer; beide sind verpflichtet, Auskunft über allfällige Miet-/Pachtverträge zu erteilen, ansonsten sie sich strafbar machen (Art. 91 SchKG; Art. 323 f. StGB).⁸⁶² Stellt das Betreibungsamt fest, dass das Pfandgrundstück vermietet/verpachtet ist (oder eine vergleichbare Sachlage vorliegt; s. N. 25), läuft das Verfahren weiter. Andernfalls erübrigen sich die folgenden Verfahrensschritte – das Betreibungsamt kann keine Zinssperre aussprechen.

(ii) Anzeige an Mieter/Pächter (Art. 152 Abs. 2 SchKG und Art. 91 Abs. 1 33 VZG; Formular VZG Nr. 5,⁸⁶³ Art. 7 SchKK⁸⁶⁴): Sodann informiert das

857. Die aktuelle Fassung von Art. 91 Abs. 1 VZG ist am 1.1.1997 in Kraft getreten. Siehe dazu AS 1996 S. 2910, abrufbar unter <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/30002639.pdf?id=30002639>, besucht am 22.12.2023.

858. Siehe auch BGE 121 III 187 E. 2a und 2e (zu Art. 91 Abs. 1 aVZG; für den Wortlaut siehe Fn. 133). In der Doktrin wird – mit Verweis auf dieses Urteil – die Leistung eines Kostenvorschusses für die Anordnung der Zinssperre vorausgesetzt: BSK-Schmid-Tschirren, Art. 806 ZGB N. 7; Müggler, Rz. 388; KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 91 VZG N. 3 f.; dies., SchKG, Rz. 997. Wohl a.A. ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 91 ff., und Jaeger/Walder/Kull, Art. 152 SchKG N. 11, die für die Entstehung des Pfandrechts einzig ein ausdrückliches Begehren der betreibenden Pfandgläubigerin verlangen.

859. So auch BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 16.

860. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 34 f.

861. Siehe auch die Übersicht in Brand, S. 30.

862. KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 91 VZG N. 5; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 17; CR-Foëx, Art. 152 SchKG N. 12.

Betreibungsamt den Mieter/Pächter unverzüglich über die Anhebung der Betreibung. In der Anzeige weist es den Mieter/Pächter – unter Hinweis auf die Gefahr der Doppelzahlung – an, die fällig werdenden Miet-/Pachtzinse an das Betreibungsamt zu bezahlen (**Miet-/Pachtzinssperre**). Erst mit dieser Anzeige entfaltet die Zinssperre ihre Wirkung für den Mieter/Pächter (Art. 806 Abs. 2 ZGB); dieser kann nach Erhalt der Anzeige nicht mehr mit befreiender Wirkung an den Vermieter/Verpächter (i.d.R. Pfandeigentümer) leisten (vgl. N. 39 und N. 48).⁸⁶⁵ Folgendes ist anzufügen:

- Die Zuständigkeit für die Anzeige liegt beim **Betreibungsamt**; eine rein private Mitteilung (z.B. durch die Grundpfandgläubigerin) entfaltet keine Sperrwirkung.⁸⁶⁶
- Damit das Betreibungsamt die Anzeige an den Mieter/Pächter machen bzw. eine Zinssperre anordnen kann, muss zuvor das Betreibungsverfahren – durch Zustellung des Zahlungsbefehls an den Betriebenen (Art. 38 Abs. 2 SchKG) – eingeleitet werden.⁸⁶⁷ Ein während der **Schonzeit (Art. 56 SchKG)** zugestellter Zahlungsbefehl entfaltet seine Wirkung erst am ersten Tag nach Ablauf der Schonzeit; mithin muss das Ende der Schonzeit abgewartet werden, damit das Betreibungsamt die Zinssperre anordnen kann.⁸⁶⁸ Für die Anordnung der Zinssperre ist es hingegen unbeachtlich, ob diese während der Betreibungsferien (Art. 56 Ziff. 2 SchKG) oder während eines dem Schuldner oder Pfandeigentümer gewährten Rechtsstillstandes (Art. 56 Ziff. 3 SchKG) erfolgt – solange das Betreibungsamt den Zahlungsbefehl vor Beginn der Betreibungsferien oder des Rechtsstillstandes zustellt, hat das Betreibungsamt die Zinssperre auszusprechen (Art. 91 Abs. 2 VZG).⁸⁶⁹ In der Lehre stösst diese Regelung

863. Siehe Fn. 4 sowie das Bsp. bei Müggler, Rz. 399. Zum im Musterformular VZG Nr. 5 enthaltenen Hinweis «Allfällige Rechtsgeschäfte in Bezug auf noch nicht verfallene Zinse haben keine Gültigkeit» siehe BGer 5A_321/2010 vom 24.6.2010 E. 4.1.

864. Anleitung des Bundesgerichts über die bei der Zwangsverwertung von Grundstücken zu errichtenden Aktenstücke (SchKK) vom 22.7.1996 (abgedruckt in Brand, S. 301 ff.).

865. BSK-Schmid-Tschirren, Art. 806 ZGB N. 8; CR-Foëx, Art. 152 SchKG N. 15. Vgl. auch BGE 43 III 200 E. 1 S. 205.

866. ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 160 m.w.V.

867. Vgl. BGE 120 III 9 E. 1, wonach das Betreibungsverfahren mit Zustellung des Zahlungsbefehls zu laufen beginnt (nicht mit Stellung des Betreibungsbegehrens). Dazu auch BGer 5A_759/2008 vom 29.12.2008 E. 3.3.

868. Vgl. KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 91 VZG N. 13. Vgl. ferner Art. 806 Abs. 1 ZGB, der auf die «Anhebung der Betreibung» abstellt.

teilweise auf Kritik: Indem die Zinssperre eine vorgängige Zustellung des Zahlungsbefehls voraussetzt, kann es mitunter zu erheblichen Verzögerungen kommen (Betreibungsferien und Rechtsstillstand), bis die Zinssperre ihre Wirkung entfaltet. Aus nachvollziehbaren Gründen plädiert daher dieser Teil der Lehre dafür, dass bereits ab Einreichen des Betreibungsbegehrens eine Zinssperre anzuordnen sei;⁸⁷⁰ allfällige Schonzeiten hätten diesfalls keinen Einfluss auf die Zinssperre.⁸⁷¹ Auf diese Weise gelingt es, den Zweck der Zinssperre – die provisorische Sicherung von Miet-/Pachtzinsen⁸⁷² – bestmöglich zu verwirklichen.

- Die Pfändung eines Grundstückes erfasst namentlich die laufenden Miet-/Pachtzinsen (Art. 102 Abs. 1 SchKG; Art. 14 Abs. 1 VZG). Deshalb hat das Betreibungsamt auch in der Betreibung auf Pfändung dem Mieter/Pächter anzuzeigen, «dass sie inskünftig die Miet-(Pacht-)zinse rechtsgültig nur noch an das Betreibungsamt bezahlen können» (Art. 15 Abs. 1 lit. b VZG; vgl. Art. 102 Abs. 2 SchKG).⁸⁷³ Diesfalls bedarf es in einer späteren Betreibung auf Pfandverwertung **keiner zusätzlichen Anzeige** an den Mieter/Pächter (Art. 91 Abs. 2 Satz 2 Teilsatz 1 VZG). Das Gleiche gilt, wenn ein neues Betreibungsbegehren auf Pfandverwertung gestellt oder das Grundstück gepfändet wird (Art. 91 Abs. 2 Satz 2 Teilsatz 2 VZG).

(iii) Anzeige an Pfandeigentümer (Art. 92 Abs. 1 VZG; Formular VZG Nr. 6, 34 Art. 8 SchKK⁸⁷⁴): Gleichzeitig mit der Anzeige an den Mieter/Pächter (N. 33) informiert das Betreibungsamt den Pfandeigentümer (Schuldner oder Dritteigentümer) über die Ausdehnung der Pfandhaft. Das Betreibungsamt weist den Pfandeigentümer darauf hin, dass es ihm unter Strafandrohung (Art.

869. Siehe dazu BGE 61 III 71 S. 73; KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 91 VZG N. 13. – Bei der Zinssperre handelt es sich gemäss Bundesgericht um eine dringliche provisorische Sicherungsmassnahme (vergleichbar mit dem Arrest und Retentionsverzeichnis; vgl. dazu BGer 5A_606/2013 vom 21.3.2014 E. 3.2.4); daher ist es m.E. folgerichtig, die Anordnung der Zinssperre auch während den Schonzeiten zuzulassen (vgl. Art. 56 SchKG).

870. Hierzu und zum Folgenden Weiss S. 65 f. und 84 ff. (mit ausführlicher Begründung); Schellenberg, S. 94 Fn. 24; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 18. A.A. KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 91 VZG N. 13; CR-Foëx, Art. 152 SchKG N. 13.

871. Siehe BGer 5A_362/2013 vom 14.10.2013 E. 3.3, wonach das Einreichen des Betreibungsbegehrens keine Betreibungshandlung darstelle und daher auch während der Schonzeit getätigt werden könne. Dazu auch SK-Penon/Wohlgemuth, Art. 56 SchKG N. 5.

872. Vgl. BGer 5A_606/2013 vom 21.3.2014 E. 3.2.4.

873. Weiterführend BSK-Sievi, Art. 102 SchKG N. 7 ff.

874. Siehe Fn. 4 und 141 sowie das Bsp. bei Müggler, Rz. 401.

292 StGB) untersagt ist, Zinszahlungen entgegenzunehmen oder Rechtsgeschäfte über sie abzuschliessen.

- 35 **(iv) Einrede des Pfand Eigentümers:** Der Pfand Eigentümer (Schuldner oder Dritteigentümer) kann innert zehn Tagen seit Zustellung der Anzeige (Art. 92 Abs. 1 VZG; N. 34) beim Betreibungsamt eine Einrede erheben. Mit dieser kann er geltend machen, dass sich das Pfandrecht nicht auf die Miet-/Pachtzinsen oder dass es sich nur auf einen Teil davon erstreckt (Art. 93 Abs. 2 VZG). Auf diese Einredemöglichkeit hat das Betreibungsamt den Pfand Eigentümer in der Anzeige gesondert hinzuweisen (Art. 92 Abs. 2 VZG). Bei der Einredeerhebung ist Folgendes zu beachten:

- Nach dem Gesetzeswortlaut hat die Einrede «unter Angabe der Gründe und [...] der bestrittenen Teilbeträge» zu erfolgen (Art. 92 Abs. 2 letzter Teilsatz VZG).⁸⁷⁵ An diese **Begründung** darf das Betreibungsamt indes nicht allzu hohe Anforderungen stellen.⁸⁷⁶
- Die **zehntägige Frist** wird mit der Anzeige i.S.v. Art. 92 Abs. 1 VZG ausgelöst. Da die Anzeige an den Pfand Eigentümer und an den Mieter/Pächter gleichzeitig zu erfolgen hat (Art. 92 Abs. 1 Teilsatz 1 VZG), hat das Betreibungsamt – mit Blick auf Art. 91 Abs. 1 VZG (s. N. 33) – die Anzeige auch während der Schonzeit (Art. 56 SchKG) zu tätigen. Dies beantwortet allerdings nicht die Frage, in welchem Zeitpunkt die zehntägige Frist zu laufen beginnt, falls die Anzeige während der Schonzeit erfolgt ist. Nach hier vertretener Auffassung handelt es sich bei der Anzeige an den Pfand Eigentümer – analog der Zustellung der Arresturkunde (Art. 274 SchKG) und im Gegensatz zur Anzeige an den Mieter/Pächter – um eine Betreibungshandlung i.S.v. Art. 56 SchKG;⁸⁷⁷ demnach entfaltet die Anzeige ihre Wirkung erst am ersten Tag nach Ablauf der Schonzeit (fristauslösendes Ereignis).⁸⁷⁸ Die Frist beginnt am darauffolgenden Tag zu laufen (Art. 31 SchKG i.V.m. Art. 142 Abs. 1 ZPO). Endet die Frist während der Schonzeit, kommt Art. 63 SchKG (nicht Art. 145 ZPO) zur Anwendung.⁸⁷⁹ Die Fristwahrung richtet sich nach Art. 143 ZPO (i.V.m. Art. 31 SchKG).

875. So auch im Musterformular VZG Nr. 6 (Fn. 4): «unter Angabe der Gründe und allfällig unter genauer Bezeichnung des bestrittenen Teilbetrags».

876. KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 92 VZG N. 2. Vgl. auch BGE 71 III 52 Regeste und E. 3 S. 60: Frage offengelassen, ob die Begründung der Einsprache gegen die Mietzinssperre eine Erklärung dafür enthalten müsse, warum das Grundpfandrecht im betreffenden Fall ausnahmsweise nicht auch die Mietzinse umfasse.

- Abzugrenzen ist die Einrede i.S.v. Art. 92 Abs. 2 VZG vom **Rechtsvorschlag** gegen das Pfandrecht. Beziehen sich die Einwände des Betriebenen auf den Umfang des Pfandrechts (sprich die Erstreckung des Pfandrechts auf die Miet-/Pachtzinsen), so hat der Pfandeigentümer die Einrede zu erheben. Will der Betriebene hingegen den Bestand, den Umfang oder die Fälligkeit der Forderung, oder den Bestand des Pfandrechts bestreiten, muss er dies mit dem Rechtsvorschlag geltend machen (vgl. Art. 85 VZG; s. auch N. 36).⁸⁸⁰ Ob der Pfandeigentümer die Einrede und/oder den Rechtsvorschlag erhebt, hat Einfluss auf das nachfolgende Verfahren: Der Rechtsvorschlag kann die Betreibende im Rechtsöffnungsverfahren oder im ordentlichen Verfahren beseitigen (Art. 153a SchKG; Art. 93 Abs. 1 VZG), wohingegen der betreibenden Gläubigerin bei erhobener Einrede nur das ordentliche Verfahren offensteht (Art. 93 Abs. 2 VZG; s. auch N. 36).⁸⁸¹
- Macht ein Dritter geltend, die Miet-/Pachtzinsen stünden ihm zu, dann ist das **Widerspruchsverfahren** (Art. 106 ff. OR) einzuleiten (ausführlich N.

877. Bei der Zinssperre handelt es sich gemäss Bundesgericht um eine dringliche provisorische Sicherungsmassnahme, die mit dem Arrest vergleichbar sei (BGer 5A_606/2013 vom 21.3.2014 E. 3.2.4). Die Zustellung der Arresturkunde an den Schuldner (Art. 276 SchKG) wird – im Gegensatz zum Arrestbefehl (Art. 274 SchKG) und dem Arrestvollzug (Art. 275 SchKG) – von Art. 56 SchKG erfasst (BGE 108 III 3 E. 2; BSK-Schmid/Bauer, Art. 56 SchKG N. 46; SK-Penon/Wohlgemuth, Art. 56 SchKG N. 6); dementsprechend sind bei der Berechnung der Einsprachefrist (Art. 278 SchKG) allfällige Schonzeiten zu berücksichtigen (siehe BGE 135 III 232 E. 2.4, wonach die Zustellung der Arresturkunde die Einsprachefrist auslöst). Eben Gesagtes lässt sich m.E. auf die Zinssperre übertragen: Die Anzeige an den Mieter/Pächter (vergleichbar mit dem Arrestvollzug) wird nicht von Art. 56 SchKG erfasst (Art. 91 Abs. 2 VZG; N. 33), wohingegen die Anzeige an den Grundpfandeigentümer (vergleichbar mit der Zustellung der Arresturkunde) eine Betreibungshandlung i.S.v. Art. 56 SchKG darstellt – das ist bei der Einredefrist entsprechend zu beachten.

878. So wohl auch Weiss, S. 96.

879. Vgl. BGE 149 III 179 E. 4.1; BGE 143 III 149 E. 2.1; Ernst/Oberholzer/Sunaric, Rz. 465 f. m.w.V.

880. BGer 5A_1023/2015 vom 6.9.2016 E. 3.2; KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 92 VZG N. 2 f.; KUKO-Käser/Häcki, Art. 152 SchKG N. 10 f.

881. BGer 5A_1023/2015 vom 6.9.2016 E. 3.2.1 ff.; BGE 126 III 481 E. 1b. – Ein Teil der Lehre kritisiert, dass das Bundesgericht die Einrede (i.S.v. Art. 92 Abs. 2 VZG) und den Rechtsvorschlag unterschiedlich behandelt: «Es ist nicht einzusehen, wieso der Bestand des Pfandrechts selbst im Rechtsöffnungsverfahren beurteilt werden kann, nicht aber, ob das Pfandrecht auch die Miet- und Pachtzinsen umfasse.» (KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 92 VZG N. 4. So auch Schellenberg, S. 116 ff.; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 153a SchKG N. 13. Dem Bundesgericht folgen SK-Rütschi/Domenig, Art. 153a SchKG N. 12; KUKO-Käser/Häcki, Art. 153a SchKG N. 17; CR-Foëx, Art. 152 SchKG N. 17 und Art. 153a SchKG N. 12).

47); nur dem Pfandeigentümer (Schuldner oder Dritteigentümer) steht die Einrede i.S.v. Art. 92 Abs. 2 VZG offen.

36 (v) **Feststellungsklage der betreibenden Pfandgläubigerin:** Hat der Pfandeigentümer die Einrede nach Art. 92 Abs. 2 VZG erhoben, wird dies der Betreibenden angezeigt (Formular VZG Nr. 8, Art. 13 und 14 SchKK⁸⁸²). Die Betreibende hat diesfalls die Möglichkeit, innert zehn Tagen seit Anzeige eine Feststellungsklage (Klage auf Feststellung des bestrittenen Pfandrechts) zu erheben (Art. 93 Abs. 2 VZG).⁸⁸³ Kommt sie dieser Aufforderung nicht nach, hebt das Betreibungsamt die Zinssperre auf (Art. 93 Abs. 3 und 4 VZG; vgl. auch Art. 153a Abs. 3 SchKG). Dies bedarf der Erläuterung:

- Bei der Anzeige an die Betreibende handelt es sich nach hier vertretener Ansicht *nicht* um eine Betreibungshandlung i.S.v. Art. 56 SchKG, denn die Anzeige an die Betreibende greift nicht in die Rechtsstellung des Schuldners ein.⁸⁸⁴ Damit entfaltet die Anzeige auch während der **Schonzeit** sofort ihre Wirkung; die zehntätige Frist beginnt am Tag nach der Anzeige zu laufen (Art. 142 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 31 SchKG). Mangels Betreibungshandlung gelangt auch Art. 63 SchKG nicht zur Anwendung,⁸⁸⁵ hingegen gilt es m.E. die Gerichtsferien nach Art. 145 ZPO zu beachten.⁸⁸⁶
- Erhebt der Betriebene **gleichzeitig die Einrede i.S.v. Art. 92 Abs. 2 VZG und den Rechtsvorschlag** (s. N. 35), gestaltet sich die Prosequierung der Zinssperre wie folgt (nachfolgend die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die von einem Teil der Lehre kritisiert wird; vgl. auch das Formular VZG Nr. 8):⁸⁸⁷ Der Betreibende hat sich innert zehn Tagen seit Anzeige zwischen zwei Vorgehensweisen zu entscheiden (Art. 153a Abs. 1 SchKG; Art. 93 Abs. 1 und 2 VZG). Einerseits steht der Betreibenden der Weg offen, eine Anerkennungsklage (Art. 79 SchKG) und/oder eine Feststellungsklage

882. Siehe Fn. 4 und 141.

883. BGer 5A_1023/2015 vom 6.9.2016 E. 3.2.1; BGE 126 III 481 E. 1b.

884. Im Allgemeinen BGE 115 III 6 E. 5; BGE 96 III 46 E. 3. Vgl. zur vergleichbaren Rechtslage bei der Widerspruchsklage BSK-Schmid/Bauer, Art. 56 SchKG N. 36 m.w.V.: Die Fristansetzung an den Schuldner stellt eine Betreibungshandlung dar, hingegen nicht die Fristansetzung an die Gläubigerin.

885. BGE 149 III 179 E. 4.1 (mit Hinweis auf die Kritik in der Lehre); BGE 143 III 149 E. 2.1 = Pra 2018 Nr. 29; BGer 5A_471/2013 vom 17.3.2014 E. 2.2; BGE 115 III 6.

886. Vgl. BGE 149 III 179 E. 4.2 und 4.4 zur Kollokationsklage (dazu auch Zemp, S. 413 ff.). – Art. 145 Abs. 4 nZPO und Art. 56 Abs. 2 nSchKG (Inkrafttreten am 1.1.2025) führen zu keinem anderen Ergebnis.

(Art. 93 Abs. 2 VZG; objektive Klagehäufung i.S.v. Art. 90 ZPO) anzuheben. Andererseits besteht für die Betreibende die Möglichkeit, ein Rechtsöffnungsverfahren (Art. 80 ff. SchKG) einzuleiten. Wählt die Betreibende den zweiten Weg, kann sie mit der Erhebung der Feststellungsklage zuwarten, bis das Gericht über die Rechtsöffnung entschieden hat. Weist das Gericht die Rechtsöffnung ab, hat die Gläubigerin innert zehn Tagen seit rechtskräftiger Abweisung⁸⁸⁸ die Anerkennungsklage i.S.v. Art. 79 SchKG und die Feststellungsklage i.S.v. Art. 93 Abs. 2 VZG einzuleiten (Art. 93 Abs. 1 VZG). Wird das Rechtsöffnungsbegehren hingegen gutgeheissen, hat die Betreibende die Feststellungsklage nach Art. 93 Abs. 2 VZG anhängig zu machen; das Betreibungsamt setzt dafür eine Frist von zehn Tagen an. Eine allenfalls erhobene Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG) hat keinen Einfluss auf diese Frist.⁸⁸⁹

- **Versäumt** die Betreibende eine der genannten **Frist**, widerruft das Betreibungsamt die Zinssperre (Art. 93 Abs. 3 und 4 VZG; Art. 153a Abs. 3 SchKG). Hat der Mieter/Pächter in solchen Fällen bereits Miet-/Pachtzinsen ans Betreibungsamt geleistet, erfolgt eine Auszahlung der Zinsen an den Zinsgläubiger (Art. 93 Abs. 3 VZG).⁸⁹⁰ Unabhängig davon besteht für die Betreibende weiterhin die Möglichkeit, innerhalb der zweijährigen Verwertungsfrist (Art. 154 Abs. 1 SchKG) den Rechtsvorschlag und/oder die Einrede zu beseitigen.⁸⁹¹

887. Hierzu und zum Folgenden BGer 5A_1023/2015 vom 6.9.2016 E. 3.2.1–3.2.4; BGE 126 III 481 E. 1b; BGE 71 III 52 E. 3; KUKO-Käser/Häcki, Art. 153a SchKG N. 17; CR-Foëx, Art. 152 SchKG N. 17 und Art. 153a SchKG N. 12; SK-Rüetschi/Domenig, Art. 153a SchKG N. 12. Kritisch Schellenberg, S. 116 ff.; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 153a SchKG N. 13; KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 92 VZG N. 4 und Art. 93 SchKG N. 7.

888. Massgebenden für den Fristenlauf ist – entgegen dem Wortlaut von Art. 153a Abs. 1 SchKG – nicht die Eröffnung des Urteils, sondern der Eintritt der Rechtskraft (siehe den Wortlaut von Art. 93 Abs. 1 VZG; so BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 153a SchKG N. 17; KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 93 SchKG N. 4; KUKO-Käser/Häcki, Art. 153a SchKG N. 11). Seit Inkrafttreten der nationalen ZPO kann unberücksichtigt bleiben, ob der Wortlaut von Art. 153a SchKG oder Art. 93 VZG massgebend ist: Gegen den Rechtsöffnungsentscheid steht nur das ausserordentliche Rechtsmittel der Beschwerde offen (Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO). Mithin erwächst der Entscheid mit dessen Eröffnung in Rechtskraft; der Entscheid ist grundsätzlich sofort vollstreckbar (Art. 325 ZPO; siehe dazu BGE 139 III 466 E. 3.4 und BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 153a N. 17).

889. Weiterführend BGer 5A_1023/2015 vom 6.9.2016 E. 3.3.1 ff. (namentlich mit Ausführungen zur Koordination von Feststellungs- und Aberkennungsklage).

890. BGer 5A_606/2013 vom 21.3.2014 E. 3.2.1–3.2.4.

37 (vi) Gelingt der Betreibenden die Beseitigung des Rechtsvorschlags (bzw. fehlt es an einem Rechtsvorschlag), kann sie die **Verwertung des Pfandgrundstücks** beantragen (Art. 154 Abs. 1 SchKG).⁸⁹² Folgendes gilt es dabei zu beachten:

- Stellt die Betreibende das **Verwertungsbegehren nicht innert der gesetzlichen Frist** von zwei Jahren, erlischt die Betreibung (Art. 154 Abs. 2 SchKG); das Betreibungsamt hebt die Zinssperre auf.⁸⁹³ In einem solchen Fall zahlt das Betreibungsamt – zumindest nach einem Teil der Lehre – die eingegangenen Zinsen an den Zinsgläubiger (Vermieter/Verpächter) aus.⁸⁹⁴ Eine Zuweisung der eingegangenen Zinsen an die betreibende Pfandgläubigerin – wie von einem Teil der Lehre gefordert⁸⁹⁵ – ist m.E. nur dann zulässig, wenn diese Zinsen zur Begleichung der Betreibungsforderung und -kosten genügen und demnach eine Verwertung des Pfandgrundstücks nicht notwendig erscheint (vgl. hiernach 3. Lemma).
- Die rechtzeitige Stellung des Verwertungsbegehrens führt i.d.R. zur **öffentlichen Zwangsversteigerung** des Grundstücks (Art. 156 i.V.m. 133 ff. SchKG). Mit Zuschlag des Grundstücks an den Ersteigerer (vgl. Art. 126 i.V.m. Art. 156 und 142a SchKG) – d.h. mit Abschluss der Pfandverwertung – erlischt das Pfandrecht gemäss Art. 806 ZGB.⁸⁹⁶ Bis zu diesem Zeitpunkt stehen die anfallenden Miet-/Pachtzinsen der betreibenden Grundpfandgläubigerin zu – danach dem Ersteigerer (vgl. N. 26).

891. KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 93 SchKG N. 8; CR-Foëx, Art. 153a SchKG N. 19.

892. Es spricht nichts dagegen, auch bei hängiger Feststellungsklage (i.S.v. Art. 93 Abs. 2 VZG) bereits das Verwertungsbegehren (i.S.v. Art. 154 SchKG) zu stellen; für die Stellung des Verwertungsbegehrens setzt Art. 154 Abs. 1 SchKG einzig voraus, dass ein rechtskräftiger Zahlungsbefehl vorliegt (kein Rechtsvorschlag bzw. Rechtsvorschlag definitiv beseitigt) und dass die Verwertungsfristen eingehalten werden (vgl. Spühler/Dolge, Rz. 643).

893. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 154 SchKG N. 32; KUKO-Käser/Häcki, Art. 154 SchKG N. 10.

894. BSK-Schmid-Tschirren, Art. 806 ZGB N. 10 m.w.V.; ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 121; Steinauer, Droits Réels III, Rz. 4184. A.A. (Zuweisung der aufgelaufenen Zinse an die betreibende Pfandgläubigerin) Weiss, S. 79; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 154 SchKG N. 32 (mit Verweis auf Art. 22 Abs. 3 VZG); KUKO-Käser/Häcki, Art. 154 SchKG N. 10. Vgl. ferner BGer 5A_606/2013 vom 21.3.2014 E. 3.2.1: Bei einem Widerruf der Zinssperre gemäss Art. 153a Abs. 3 SchKG hat das Betreibungsamt die bereits erhaltenen Miet-/Pachtzinsen an den Vermieter/Verpächter auszuzahlen.

895. Siehe die Quellen in Fn. 171.

896. ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N 115. Vgl. auch BGE 106 III 67 E. 2.

- Damit sich die betreibende Grundpfandgläubigerin aus den angefallenen Miet-/Pachtzinsen befriedigen kann, muss es indes **nicht zwingend** zur **Verwertung des Pfandgrundstücks** kommen: Sollten die beim Betreibungsamt eingegangenen Miet-/Pachtzinsen (und/oder anderweitige Erträge) zur Deckung der Betreibungsforderungen und -kosten genügen, bedarf es keiner Verwertung des Pfandgrundstücks;⁸⁹⁷ selbstredend erübrigt sich diesfalls die Stellung des Verwertungsbegehrens. Das Ganze lässt sich auch mit Abschlagszahlungen i.S.v. Art. 95 VZG kombinieren (vgl. N. 42 ff., insb. N. 44).
- Sollte sich das Grundstück wegen ungenügender Angebote nicht verwerten lassen (**Pfandausfall** gemäss Art. 158 SchKG), so erhält die betreibende Grundpfandgläubigerin trotzdem die beim Betreibungsamt eingegangenen Miet-/Pachtzinsen (Art. 111 Abs. 2 VZG).⁸⁹⁸ Kommt es zwar zum Zuschlag, deckt der Erlöst die Forderung nicht vollständig, gilt das Gleiche.⁸⁹⁹

E. Rechtsfolgen

Die **Miet-/Pachtzinssperre** wirkt sich in verschiedener Hinsicht aus. 38 Einerseits hat der Mieter/Pächter die Zinsen an das Betreibungsamt zu leisten (Art. 806 Abs. 2 ZGB); zugleich untersagt das Betreibungsamt dem Pfandeigentümer, allfällige Zinszahlungen entgegenzunehmen (Art. 92 Abs. 1 VZG). Andererseits gehen die Verwaltungsbefugnisse über das Pfandgrundstück (teilweise) auf das Betreibungsamt über. Im Einzelnen:

(i) **Mieter/Pächter:** Sobald das Betreibungsamt dem Mieter/Pächter die 39 Anhebung der Betreibung angezeigt hat (N. 33), kann dieser nicht mehr mit befreiender Wirkung an den Zinsgläubiger leisten, sondern nur noch an das Betreibungsamt (Art. 806 Abs. 2 ZGB; Art. 91 Abs. 1 VZG).⁹⁰⁰ Mithin setzt sich der Zinsschuldner dem Risiko der Doppelzahlung aus, falls er den Zins weiterhin dem Zinsgläubiger bezahlt (vgl. Art. 91 Abs. 1 VZG; dazu auch N. 48). Kündigungen und Reklamationen sind fortan an das Betreibungsamt zu

897. Amonn/Walther, § 33 N. 23; Fritzsche/Walder, § 34 N. 34 f.; ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N 122; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 157 SchKG N. 7; BSK-Schmid-Tschirren, Art. 806 ZGB N 8; KUKO-Käser/Häcki, Art. 156 SchKG N. 3. Vgl. auch BGE 64 III 26 S. 28.

898. ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N 118; BSK-Schmid-Tschirren, Art. 806 ZGB N. 14; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 156 SchKG N. 36 und Art. 157 SchKG N. 7.

899. ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N 119.

900. Siehe auch BGE 43 III 200 E. 1 S. 205; BSK-Schmid-Tschirren, Art. 806 ZGB N. 8; ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 174 m.w.V.

richten (Formular VZG Nr. 5⁹⁰¹), da diesem die Verwaltungsbefugnisse zukommen (s. N. 41).⁹⁰²

- 40 **(ii) Pfand Eigentümer:** Nach Erlass der Zinssperre ist es dem Pfand Eigentümer unter Strafandrohung (Art. 292 StGB) untersagt, Miet-/Pachtzinszahlungen entgegenzunehmen oder darüber Rechtsgeschäfte abzuschliessen (Art. 92 Abs. 1 VZG).⁹⁰³ Überweist der Mieter/Pächter den Zins trotzdem dem Pfand Eigentümer (z.B. aufgrund eines nicht angepassten Dauerauftrags), hat der Pfand Eigentümer den Betrag sofort dem Betreibungsamt abzuliefern, ansonsten er sich strafbar machen könnte.⁹⁰⁴ Im Weiteren hat die Zinssperre zur Folge, dass die Verwaltungsbefugnisse des Pfand Eigentümers über das Grundstück eingeschränkt werden (s. hiernach); namentlich fallen – nach Erlass der Zinssperre – das Recht zur Kündigung und zur Ausweisung in den ausschliesslichen Zuständigkeitsbereich des Betreibungsamtes.⁹⁰⁵
- 41 **(iii) Verwaltung des Pfandgrundstücks:** Nach Erlass der Zinssperre hat das Betreibungsamt – an Stelle des Schuldners oder Pfand Eigentümers – alle zur Sicherung und zum Einzug der Miet-/Pachtzinsen erforderlichen Massnahmen zu treffen (Art. 94 Abs. 1 VZG). Es ist zulässig, diese Verwaltungsbefugnisse auf einen Dritten zu übertragen (Art. 94 Abs. 2 VZG). Das bedarf der Ergänzung in mehrfacher Hinsicht:
- Art. 94 Abs. 1 VZG enthält eine nicht abschliessende Liste («Massnahmen [...] wie») von Verwaltungsmassnahmen,⁹⁰⁶ die nach Anordnung der Zinssperre in den Zuständigkeitsbereich des Betreibungsamts (oder des beauftragten Dritten) fallen.⁹⁰⁷ Die Verwaltungsbefugnisse sind allerdings **beschränkt**: Sie umfassen grundsätzlich nur die dringlichen

901. Siehe Fn. 4.

902. Vgl. Brand, S. 27.

903. Vgl. Art. 806 Abs. 3 ZGB betreffend Rechtsgeschäfte über (noch) nicht fällige Zinsforderungen (ausführlich ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 178 ff.).

904. ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 159.

905. BGE 109 III 45 E. 1c. Bestätigt in BGE 131 III 141 E. 2.3.3.

906. BGer 5A_1061/2019 vom 6.5.2020 E. 6.1.2.1; BGer 4C.367/2000 vom 8.3.2001 E. 1c; KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 94 VZG N. 2; SK-Rüetschi/Domenig, Art. 152 SchKG N. 16. A.A. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 155 SchKG N. 19a.

907. Im Einzelnen Brand, S. 26 ff., und KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 94 VZG N. 3 ff. Vgl. auch BGE 129 III 90 E. 3; BGer 7B.32/2005 vom 8.4.2005 E. 1; KGer VD vom 28.9.2004, JDT 2005 II S. 121 ff., E. III.b; KGer VD vom 6.1.2005, JDT 2005 II S. 41 ff., E. II.d.

Sicherungsmassnahmen.⁹⁰⁸ Erst ab Stellung des Verwertungsbegehrens (Art. 154 SchKG) kommen dem Betreibungsamt (bzw. dem beauftragten Dritten) umfassende Verwaltungsbefugnisse zu (Art. 101 VZG; vgl. auch Art. 17 f. VZG).

- Das Betreibungsamt kann die Verwaltungsbefugnisse auf einen **Dritten** übertragen, der dafür am geeignetsten erscheint (z.B. Immobilienverwaltung; Art. 94 Abs. 2 VZG). Zulässig ist ebenso die Übertragung auf den betriebenen Schuldner.⁹⁰⁹ Das Bundesgericht qualifiziert die Übertragung der Verwaltungsbefugnisse als Auftrag oder Vertrag *sui generis*; die Art. 394 ff. OR gelangen in beiden Fällen zur Anwendung.⁹¹⁰ Das Verhältnis zwischen Betreibungsamt und Dritten ist öffentlich-rechtlicher Natur.
- Überschreitet das Betreibungsamt (oder der beauftragte Dritte) seine Kompetenzen nach Art. 94 VZG, kann die entsprechende Verwaltungshandlung mit **Beschwerde nach Art. 17 SchKG** angefochten werden. Eine allfällige Haftung richtet sich nach Art. 5 SchKG und nicht nach Zivilrecht.⁹¹¹
- Damit das Betreibungsamt von seinen Verwaltungsbefugnissen Gebrauch machen kann, muss das Pfandgrundstück vermietet/verpachtet oder anderweitig vom **Anwendungsbereich** des Art. 152 Abs. 2 SchKG (N. 25) erfasst sein.⁹¹²
- Die Betreibende hat innert gesetzlicher Frist das Verwertungsbegehren zu stellen, ansonsten die Betreibung erlischt (Art. 154 Abs. 2 SchKG). Mit dem

908. Hierzu und zum Folgenden BGE 129 III 90 E. 2.1 und 2.2; BGE 131 III 141 E. 2.3.3 = Pra 2005 Nr. 122; BGer 7B.241/2004 vom 23.12.2004 E. 3.2.2; BGer 5A_1061/2019 vom 6.5.2020 E. 6.1.2.1; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 23 und Art. 155 SchKG N. 19 ff.; KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 94 VZG N. 2. Vgl. auch BGer 7B.5/2006 vom 10.3.2006 E. 2.

909. OGer TG ZR.2005.123 vom 19.12.2005, RBOG 2006 S. 130 ff., E. 3b. So auch KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 94 VZG N. 13; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 22.

910. Hierzu und zum Folgenden BGE 129 III 400 E. 1.2 = Pra 2004 Nr. 87. Siehe auch OGer TG ZR.2005.123 vom 19.12.2005, RBOG 2006 S. 130 ff., E. 3b. Siehe im Weiteren den Muster-Verwaltungsvertrag zwischen Betreibungsamt und einem beauftragten Dritten bei Brand, S. 73 ff.

911. Zum Ganzen BGE 129 III 400 E. 1.2 = Pra 2004 Nr. 87; KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 94 VZG N. 9 und 15.

912. Vgl. BGE 131 III 141 E. 2.3.2 = Pra 2005 Nr. 122; KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 91 VZG N. 6; Schlegel/Zopfi, Rz. 167 (mit kritischen Anmerkungen).

Erlöschen der Betreuung fallen die Verwaltungsbefugnisse des Betreibungsamtes (bzw. des beauftragten Dritten) dahin.⁹¹³

F. Einzelfragen

1. Abschlagszahlung

- 42 In erster Linie sind die Miet-/Pachtzinseinnahmen zur Deckung der Verwaltungsauslagen und Verwaltungskosten sowie für allfällige Unterhaltsbeiträge an den Schuldner und seiner Familien (Art. 103 Abs. 2 SchKG) zu verwenden (Art. 94 Abs. 1 VZG).⁹¹⁴ Daneben kann die betreibende Grundpfandgläubigerin verlangen, dass ihr das Betreibungsamt – bereits vor Stellung des Verwertungsbegehrens – aus den eingegangenen Miet-/Pachtzinsen sogenannte Abschlagszahlungen leistet.⁹¹⁵ Die Betreibende muss allerdings nachweisen können, dass die **in Betreuung gesetzte Forderung anerkannt oder rechtskräftig festgestellt** ist (Art. 95 Abs. 1 VZG). Allfällige Rechtsvorschläge und Einreden i.S.v. Art. 92 Abs. 2 VZG muss die Betreibende vor der Auszahlung beseitigen (für das Verfahren s. N. 36).⁹¹⁶ Zweierlei ist klarzustellen:

- **Nicht betreibenden Grundpfandgläubigerinnen** kommt kein Anspruch auf Abschlagszahlungen zu (vgl. Art. 95 Abs. 1 VZG).⁹¹⁷
- Eine Abschlagszahlung ist ausgeschlossen, falls der Betreibenden der Nachweis nicht gelingt, dass eine vom Schuldner anerkannte oder rechtskräftig festgestellte Forderung vorliegt; dem Betreibungsamt steht **kein Ermessensspielraum** zu.⁹¹⁸ Die Zustimmung des Schuldners (allein) zur Abschlagszahlung genügt nicht. Anders ist der Fall zu beurteilen, wenn der Schuldner die Forderung in Höhe der eingegangenen Miet-/Pachtzinsen anerkennt; gemäss Art. 95 Abs. 2 VZG berechtigt eine Anerkennung zur Abschlagszahlung.⁹¹⁹

913. Fritzsche/Walder, § 34 N. 35; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 154 SchKG N. 31 f.; CR-Foëx, Art. 154 SchKG N. 30.

914. Brand, S. 35. Vgl. auch BGE 65 III 20; BGE 62 III 4.

915. Vgl. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 157 SchKG N. 23.

916. Brand, S. 35.

917. KUKO-Käser/Häcki, Art. 157 SchKG N. 14; BSK-Schmid-Tschirren, Art. 806 ZGB N. 11; Herren, S. 1213; Jaeger/Walder/Kull, Art. 152 SchKG N. 19.

918. Hierzu und zum Folgenden BGE 130 III 720 E. 2 = Pra 2005 Nr. 92; BGer 5A_1061/2019 vom 6.5.2020 E. 6.1.2.1 a.E.

Bei **mehreren betreibenden Grundpfandgläubigerinnen** (betreffend das 43 gleiche Grundstück) ist eine Abschlagszahlung nur in zwei Fällen zulässig: Es braucht entweder die Zustimmung aller Betreibenden oder die Aufstellung eines Kollokationsplans nach Art. 157 Abs. 3 SchKG sowie der vorgängigen Auflage der Verteilliste⁹²⁰ (Art. 95 Abs. 2 VZG).⁹²¹

Die Abschlagszahlung ermöglicht bei **geringeren Forderungen**, die 44 Grundpfandgläubigerin zu befriedigen, ohne dass das Grundstück verwertet werden muss. Während der zweijährigen Verwertungsfrist (Art. 154 Abs. 2 VZG) kann die Grundpfandgläubigerin die Zinssperre weiterlaufen lassen, ohne ein Verwertungsbegehren zu stellen; während dieser Zeit wird die Forderung der Grundpfandgläubigerin durch die Abschlagszahlungen schrittweise getilgt (vgl. zum Ganzen N. 37).⁹²²

Fällt der betriebene Grundpfandeigentümer in **Konkurs**, gilt es Art. 96 VZG 45 zu beachten.

2. Mehrere Pfandgläubiger

Stellen mehrere Grundpfandgläubigerinnen ein Betreibungsbegehren mit 46 Antrag auf Pfandhaftausdehnung, richtet sich das Vorrecht hinsichtlich der Miet-/Pachtzinsforderungen nach dem **jeweiligen Rang ihrer Grundpfandrechte** (Art. 114 Abs. 2 VZG; vgl. Art. 813 ff. ZGB).⁹²³ Unbeschränkt gilt dies nur nach Stellung des Verwertungsbegehrens⁹²⁴ –

919. KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 95 VZG N. 2.

920. Vgl. Art. 24 SchKK (Fn. 141) und Formular VZG Nr. 17 (Fn. 4).

921. Weiterführend Brand, S. 36. Vgl. auch BGE 122 III 88.

922. Zum Ganzen Weiss, S. 78. Siehe auch BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 157 SchKG N. 23; KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 95 VZG N. 3; Fritzsche/Walter, § 34 N. 35; ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 122.

923. Im Allgemeinen zum im schweizerischen Recht geltenden Pfandstellensystem Schmid/Hürlimann-Kaup, Rz. 1568 ff.

924. BGE 44 III 125 E. 2: «[E]s sind daher die Mietzinsen, welche von der Stellung des Verwertungsbegehrens bis zur Verwertung fällig werden, als Bestandteil des allgemeinen Verwertungsergebnisses zu betrachten und sie haben demnach zusammen mit dem Erlöse der Liegenschaft selbst zur Deckung aller Grundpfandgläubiger nach Massgabe ihres Ranges zu dienen, gleichgültig ob diese betrieben haben oder nicht». So auch Brand, S. 36; KUKO-Zopf, Art. 114 VZG N. 3; Steinauer, Droits réels III, Rz. 4180. Siehe im Weiteren auch ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 47 und 108 ff. (mit kritischen Bemerkungen in N. 112). Vgl. betreffend Art. 101 Abs. 1 SchKG (mit dem Verwertungsbegehren wird die Zinssperre von Amtes wegen angeordnet) BGE 145 III 495 E. 2.3.2 = Pra 2020 Nr. 68; BGE 71 III 153 E. 4; BSK-Schmid-Tschirren, Art. 806 ZGB N. 7; ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 96.

davor gestaltet sich die Rechtslage anders: Diesfalls ist entscheidend, ob die jeweilige Grundpfandgläubigerin die Pfandhaftausdehnung beantragt hat (vgl. Art. 114 Abs. 1 VZG und Art. 806 ZGB).⁹²⁵ Konkret bedeutet dies Folgendes: Primär stehen der zuerst betreibenden Grundpfandgläubigerin die fällig gewordenen Miet-/Pachtzinsen zu – bis zu dem Zeitpunkt, in welchem eine Grundpfandgläubigerin mit einem besseren Rang die Ausdehnung der Pfandhaft verlangt. Die neu fällig werdenden Miet-/Pachtzinsen fallen fortan der vorrangigen Grundpfandgläubigerin zu, solange keine andere Grundpfandgläubigerin mit einem (noch) besseren Rang die Ausdehnung der Pfandhaft beantragt.⁹²⁶

3. Streitigkeiten über die Berechtigung an den Miet-/Pachtzinsforderungen

47 Der Grundpfandeigentümer (betriebener Schuldner oder Drittpfandeigentümer) kann mit der Einrede nach Art. 92 Abs. 2 VZG vorbringen, dass sich das Pfandrecht überhaupt nicht oder nur auf einen Teil der Miet-/Pachtzinse erstreckt (s. N. 35). Diese Einrede kommt dem Mieter/Pächter und anderen Dritten nicht zu. Allerdings steht diesen der Weg über das **Widerspruchsverfahren** offen (Art. 106 ff. SchKG), **falls sie mit der Pfandhaftausdehnung auf die Miet-/Pachtzinse nicht einverstanden sind**.⁹²⁷ Namentlich im Zusammenhang mit Art. 806 Abs. 3 ZGB können sich Streitigkeiten über die Berechtigung an den Zinsforderungen ergeben.⁹²⁸ Anzufügen bleibt Folgendes:

- Wenn der Mieter/Pächter (oder ein anderer Drittansprecher) bestreitet, dass sich das Pfandrecht auf die Miet-/Pachtzinse erstreckt, hat das

925. ZK-Dürr/Zollinger, Art. 806 ZGB N. 47 und 108 ff.; Brand, S. 36; KUKO-Zopfi, Art. 114 VZG N. 3. Vgl. auch BGE 95 III 33 E. 2; BSK-Schmid-Tschirren, Art. 806 ZGB N. 12.

926. Brand, S. 36. Vgl. auch KUKO-Zopfi, Art. 114 VZG N. 3.

927. BGer 7B.56/2006 vom 17.5.2006 E. 3.1; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 30 ff. (siehe aber Art. 157 SchKG N. 51); KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 91 VZG N. 9; SK-Rüetschi/Domenig, Art. 152 SchKG N. 13. Vgl. auch BGer 5A_326/2015 vom 14.1.2016 E. 2.3 (insoweit nicht in BGE 142 III 234) = Pra 2017 Nr. 6. Anders offenbar noch BGE 61 III 110 (dazu auch Weiss, S. 69): Streitigkeiten über Miet-/Pachtzinsforderungen seien vor Stellung des Verwertungsbegehrens im Kollokationsverfahren (analog Art. 95 VZG) und danach im Lastenbereinigungsverfahren (analog Art. 38 VZG) zu behandeln.

928. Vgl. BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 30 ff.; KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 91 VZG N. 9; AB SchKG AR vom 9.9.1993, AR GVP 1993 Nr. 3235 S. 83 f.; BezGer ZF MB150020 vom 6.10.2016, ZMP 2016 Nr. 4, E. 1.4. ff.

Betreibungsamt ein Widerspruchsverfahren einzuleiten. Danach entscheidet das Betreibungsamt nach seinem **Ermessen, wer über die bessere Berechtigung der behaupteten Ansprüche befindet**; je nachdem setzt es dem Mieter/Pächter (oder einem anderen Drittsprecher), der Grundpfandgläubigerin, dem Grundpfandeigentümer oder dem Schuldner eine Frist für die Einreichung der Widerspruchsklage.
929

- Entgegen einem Teil der Lehre ist die Streitigkeit über die Miet-/Pachtzinsforderungen selbst dann im Widerspruchsverfahren zu behandeln, wenn die Grundpfandgläubigerin das **Verwertungsbegehren** gestellt hat (vgl. Art. 106 Abs. 2 SchKG).⁹³⁰
- Solange das zuständige Gericht im Widerspruchsverfahren keinen Entscheid gefällt hat, dauert die **Zinssperre** an (vgl. Art. 93 Abs. 3 und 4 VZG). Der Zinsschuldner ist damit weiterhin gehalten, an das Betreibungsamt zu leisten, ansonsten er riskiert, den Zins ein weiteres Mal zu bezahlen.⁹³¹

4. Doppelzahlungsfall

Zahlt der Zinsschuldner (Mieter/Verpächter) die Zinsen trotz Zinssperre 48 weiterhin an den Zinsgläubiger (Vermieter/Verpächter), besteht das Risiko, dass der Zinsschuldner ein weiteres Mal an das Betreibungsamt leisten muss (s. N. 39). Falls dieser Doppelzahlungsfall eintritt, stellt sich die Frage, ob dem Zinsschuldner ein Rückzahlungsanspruch gegenüber der Zinsgläubigerin zukommt. Nach hier vertretener Ansicht ist das zu bejahen: Der Zinsschuldner hat grundsätzlich einen **bereicherungsrechtlichen Anspruch** gegenüber dem Zinsgläubiger (Art. 62 ff. OR). Freilich gilt es zu beachten, dass der Zinsschuldner durch die Doppelzahlung das Inkassorisiko trägt und seinen Bereicherungsanspruch gegenüber dem Zinsgläubiger gegebenenfalls nicht durchsetzen kann.

929. KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 91 VZG N. 9. Anders BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 32; AB SchKG AR vom 9.9.1993, AR GVP 1993 Nr. 3235 S. 83 f.

930. Wohl auch KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 91 VZG N. 9; SK-Rüetschi/Domenig, Art. 152 SchKG N. 13. A.A. (Kollokationsverfahren) BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 32 a.E. und Art. 157 SchKG N. 51; KUKO-Käser/Häcki, Art. 152 SchKG N. 17. Vgl. ferner BGE 61 III 110; Weiss, S. 69.

931. BGer 7B.56/2006 vom 17.5.2006 E. 3.1; BSK-Bernheim/Känzig/Geiger, Art. 152 SchKG N. 31; KUKO-Kren Kostkiewicz, Art. 91 VZG N. 9 a.E.

LITERATURVERZEICHNIS

Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013.

Amstutz Kathrin/Arnold Peter, Kommentierung zu Art. 45 BGG, in: Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018.

Baeriswyl Dominik/Milani Dominik/Schmid Jean-Daniel, Kommentierung zu Art. 33 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar (SK) zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 4. Aufl., Zürich 2017.

Bangert Jan, Kommentierung zu Art. 85 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Bauer Thomas/Bauer Christoph, Kommentierung zu Art. 892 ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023.

Bernheim Marc/Känzig Philipp/Geiger Gaudenz, Kommentierungen zu Art. 151–155 und 157 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Bessenich Balthasar/Fink Stefan, Kommentierung zu Art. 74 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Brand Eduard, Die betreibungsrechtliche Zwangsverwertung von Grundstücken im Pfandverwertungsverfahren, Ein Handbuch für die Praxis, Zürich 2008.

Dürr David/Zollinger Daniel, Zürcher Kommentar, Art. 805–823 ZGB, Zürich 2013.

Emmel Frank, Kommentierungen zu Art. 12 und 68 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Ernst Wolfgang/Oberholzer Serafin/Sunaric Predrag, Fristen und Fristberechnung im Zivilprozess (ZPO – SchKG – BGG), 2. Aufl., Zürich 2021.

Foëx Bénédicte, Kommentierungen zu Art. 152, 153a und 154 SchKG, in: Dallèves Louis/Foëx Bénédicte/Jeandin Nicolas (Hrsg.), Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Basel 2005.

Frésard Jean-Maurice, Kommentierung zu Art. 45 BGG, in: Aubry Girardin Florence/Donzallaz Yves/Denys Christian/Bovey Grégory/Frésard Jean-Maurice (Hrsg.), Commentaire de la LTF, 3. Aufl., Bern 2022.

Frey Markus/Staible Dominic, Kommentierung zu Art. 116 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Fritzsche Hans/Walder-Bohner Hans Ulrich, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I: Allgemeine Lehren, Das Einleitungsverfahren, Die Betreibung auf Pfändung und auf Pfandverwertung, 3. Aufl., Zürich 1984.

Gilliéron Pierre-Robert, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Vol. I: art. 1–88 LP, Lausanne 1999.

Heinzmann Michel, Bemerkung zu BGer 4A_3/2017 vom 15.2.2018 (BGE 144 III 152), ZPO Online Newsletter vom 21.3.2018.

Herren Stephan, Die Erstreckung der Pfandhaft auf die Miet- und Pachtzinsen nach Art. 806 ZGB, Die Vorrechte der betreibenden Grandpfandgläubiger, AJP 1997, S. 1211–1218.

Hoffmann-Nowotny Urs. H./Brunner Katrin, Kommentierung zu Art. 142 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Jaeger Carl/Walder Hans Ulrich/Kull Thomas M., Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), Erläutert für den praktischen Gebrauch, Art. 89–158 SchKG, 5. Aufl., Zürich 2006.

Käser Christoph/Häcki Kathrin, Kommentierungen zu Art. 152, 153a, 154, 156 und 157 SchKG, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Aufl., Basel 2014.

Kieser Ueli, Schulthess Kommentar (SK) zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), 4. Aufl., Zürich 2020.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- & Konkursrecht, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. Kren Kostkiewicz, SchKG).

Kren Kostkiewicz Jolanta, Kommentierungen zu Art. 85, 88, 90–95, 97 und 100 VZG, in: Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz (Hrsg.), Kurzkomentar VZG, Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken, Wädenswil 2011 (zit. KUKO-Kren Kostkiewicz).

Maisano Riccardo/Milani Dominik/Schmid Jean-Daniel, Kommentierung zu Art. 31 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar (SK) zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 4. Aufl., Zürich 2017.

Marchand Sylvain, Kommentierung zu Art. 57b SchKG, in: Dallèves Louis/Foëx Bénédic/Jeandin Nicolas (Hrsg.), Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Basel 2005.

Merz Barbara, Kommentierung zu Art. 142 ZPO, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2016.

Mügglér Patrick, Kapitel E.I–III, in: Schlegel Roger/Zopfi Markus (Hrsg.), Die betreibungsrechtliche Zwangsverwertung von Grundstücken in Theorie und Praxis, Zürich 2019, S. 155–181.

Nordmann Francis/Oneyser Stéphanie, Kommentierungen zu Art. 31 und 33 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Penon Ilija/Wohlgemuth Marc, Kommentierungen zu Art. 56, 57b und 63 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar (SK) zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 4. Aufl., Zürich 2017.

Rüetschi Sven/Domenig Benjamin, Kommentierungen zu Art. 152, 153a und 154 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar (SK) zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 4. Aufl., Zürich 2017.

Schellenberg Claus, Die Rechtsstellung des Dritteigentümers in der Betreuung auf Pfandverwertung, Zürich 1968 (Diss. Zürich).

Schlegel Roger/Zopfi Markus, Kapitel A–D und F, in: Schlegel Roger/Zopfi Markus (Hrsg.), Die betreibungsrechtliche Zwangsverwertung von Grundstücken in Theorie und Praxis, Zürich 2019, S. 1–153 und 309–406.

Schmid Jean-Daniel/Bauer Thomas, Kommentierungen zu Art. 56, 57 und 63 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Schmid Jörg/Hürlimann-Kaup Bettina, Sachenrecht, 6. Aufl., Zürich 2022.

Schmid Jörg/Arnet Ruth, Kommentierung zu Art. 960 ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023.

Schmid-Tschirren Christina, Kommentierungen zu Art. 805 und 806 ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023.

Sievi Nino, Kommentierungen zu Art. 88 und 102 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Spühler Karl/Dolge Annette, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, Betreibungs- und Arrestrecht, 8. Aufl., Zürich 2020.

Staehelin Daniel, Fristenrecht fürs Handgepäck, in: Markus Alexander R./Hrubesch-Millauer Stephanie/Rodriguez Rodrigo (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, S. 635–655.

Stabile Dominic/Vogt Beat, Grundbuchsperrn, ZBGR 2017, S. 213–248.

Steinauer Paul-Henri, Les droits réels, Tome I, Introduction à l'étude des droits réels, Possession et registre foncier, Dispositions générales sur la propriété/Propriété par étages, 6. Aufl., Bern 2019 (zit. Steinauer, Droits réels I).

Steinauer Paul-Henri, Les droits réels, Tome III, Servitudes personnelles, Charges foncières, Droits de gage immobiliers, Droits de gage mobiliers, 5. Aufl., Bern 2021 (zit. Steinauer, Droits réels III).

Stoffel Walter A./Chabloz Isabelle, Voies d'exécution, Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, 3. Aufl., Bern 2016.

Tappy Denis, Kommentierung zu Art. 142 ZPO, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis (Hrsg.), Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019.

Vock Dominik/Aeppli Martina, Kommentierung zu Art. 88 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar (SK) zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 4. Aufl., Zürich 2017.

Vock Dominik/Meister-Müller Danièle, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Aufl., Zürich 2018.

Weber Philipp, Monatsfristen nach ZPO: Dörfs es bitzeli meh sii?, Überlegungen zur Fristberechnung gemäss Art. 142 Abs. 2 ZPO, Jusletter vom 19.3.2012 (zit. Weber, Jusletter 19.3.2012).

Weber Rolf H., Berner Kommentar, Art. 68–96, 2. Aufl., Bern 2004 (zit. BK-Weber).

Weingart Denise, Kommentierung zu Art. 12 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar (SK) zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 4. Aufl., Zürich 2017.

Weiss Gottfried, Das Recht der Grundpfandgläubiger an den Erträgen des verpfändeten Grundstückes, St. Gallen 1936 (Habil. Zürich).

Wildhaber Isabelle/Dede Sevda, Berner Kommentar, Art. 127–142 OR, Bern 2021.

Wüthrich Karl/Schoch Peter, Kommentierungen zu Art. 69 und 71 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Zemp Raphael, Entscheidbesprechung, BGE 149 III 179, ZZZ 2023, S. 413–419.

Zobl Dieter, Berner Kommentar, Art. 888–915 ZGB, 2. Aufl., Bern 1996 (zit. BK-Zobl).

Zobl Dieter, Probleme bei der Verpfändung von Eigentümerschuldbriefen ZBGR 1978, S. 193–229 (zit. Zobl, ZBGR 1978).

Zobl Dieter/Thurnherr Christoph, Berner Kommentar, Art. 884–887 ZGB, 3. Aufl., Bern 2010.

Zopfi Markus, Kommentierung zu Art. 114 VZG, in: Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz (Hrsg.), Kurzkomentar VZG, Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken, Wädenswil 2011.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 222 SchKG

Eine Kommentierung von Selim Marasco-Keller

ZITIERVORSCHLAG

Selim Marasco-Keller, Kommentierung zu Art. 222 SchKG, in: Pasquier Bruno/Heinzmann Michel (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs

Kurzzitat: OK-Marasco-Keller, Art. 222 SchKG N. XXX.

B. Auskunfts- und Herausgabepflicht

Art. 222

¹ Der Schuldner ist bei Straffolge verpflichtet, dem Konkursamt alle seine Vermögensgegenstände anzugeben und zur Verfügung zu stellen (Art. 163 Ziff. 1 und 323 Ziff. 4 StGB).

² Ist der Schuldner gestorben oder flüchtig, so obliegen allen erwachsenen Personen, die mit ihm in gemeinsamem Haushalt gelebt haben, unter Straffolge dieselben Pflichten (Art. 324 Ziff. 1 StGB).

³ Die nach den Absätzen 1 und 2 Verpflichteten müssen dem Beamten auf Verlangen die Räumlichkeiten und Behältnisse öffnen. Der Beamte kann nötigenfalls die Polizeigewalt in Anspruch nehmen.

⁴ Dritte, die Vermögensgegenstände des Schuldners verwahren oder bei denen dieser Guthaben hat, sind bei Straffolge im gleichen Umfang auskunfts- und herausgabepflichtig wie der Schuldner (Art. 324 Ziff. 5 StGB).

⁵ Behörden sind im gleichen Umfang auskunftspflichtig wie der Schuldner.

⁶ Das Konkursamt macht die Betroffenen auf ihre Pflichten und auf die Straffolgen ausdrücklich aufmerksam.

GLIEDERUNG

I. Vorbemerkungen	214
II. Pflichten des Schuldners	214
A. Auskunfts- und Herausgabepflicht (Art. 222 Abs. 1 und 2 SchKG)	214
1. Grundsatz und persönlicher Anwendungsbereich.....	214
2. Gegenstand der Auskunfts- und Herausgabepflicht	215
B. Pflicht, Räumlichkeiten und Behältnisse zu öffnen (Art. 222 Abs. 3 SchKG)	217
III. Pflichten Dritter, insbesondere Banken (Art. 222 Abs. 4 SchKG)	217
1. Grundsatz und Anwendungsbereich	217
2. Voraussetzungen der Auskunftspflicht.....	218
IV. Auskunftspflicht von Behörden	219
Literaturverzeichnis	219

I. VORBEMERKUNGEN

- 1 Art. 222 SchKG regelt die Auskunft- und Herausgabepflicht im Konkurs. Diese Bestimmung bezweckt die umfassende und lückenlose **Erfassung der Konkursmasse** zur gleichmässigen Gläubigerbefriedigung.⁹³² Die Auskunft- und Herausgabepflicht ist neben der Präsenzpflicht (Art. 229 SchKG) und der Forderungsüberprüfungspflicht (Art. 244 SchKG) die einzige positive Pflicht des Schuldners im Konkursverfahren.⁹³³
- 2 Der Schuldner wie auch Dritte sind auf die Straffolgen bei Verletzung der Auskunftspflicht aufmerksam zu machen (Art. 222 Abs. 6 SchKG). Die Androhung der Straffolgen ist eine objektive Strafbarkeitsbedingung.⁹³⁴

II. PFLICHTEN DES SCHULDNERS

A. Auskunft- und Herausgabepflicht (Art. 222 Abs. 1 und 2 SchKG)

1. Grundsatz und persönlicher Anwendungsbereich

- 3 Nach Art. 222 Abs. 1 SchKG ist der Schuldner bei Straffolge verpflichtet, dem Konkursamt alle seine Vermögensgegenstände anzugeben und zur Verfügung zu stellen.
- 4 In **persönlicher Hinsicht** ist der Schuldner von der Auskunft- und Herausgabepflicht erfasst. In Bezug auf den in der Praxis wichtigen Anwendungsfall von Gesellschaften im Konkurs gilt Folgendes:⁹³⁵

- **Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Genossenschaft:** Auskunft- und Herausgabepflichtig sind die Organe der Gesellschaft (vgl. Art. 30 Abs. 1 KOV).⁹³⁶ Auch eine allfällige Revisionsstelle ist erfasst.⁹³⁷

932. BGE 146 III 435 E.4.1.2; KUKO-Krüsi, Art. 222 SchKG N. 1; BSK-Lustenberger/Schenker, Art. 222 SchKG N. 3.

933. BGer 5A_633/2014 vom 6.1.2015 E. 2.3; Kren Kostkiewicz, N. 1875; CR LP-Vouilloz, Art. 222 LP N. 2.

934. Heinel, S. 1144.

935. KUKO-Krüsi, Art. 222 SchKG N. 2; BSK-Lustenberger/Schenker, Art. 222 SchKG N. 4a

936. KUKO-Krüsi, Art. 222 SchKG N. 2; BSK-Lustenberger/Schenker, Art. 222 SchKG N. 4a.

- **Kollektiv- und Kommanditgesellschaft:** Auskunft- und herausgabepflichtig sind die unbeschränkt haftenden Gesellschafter, welche anwesend und zur Geschäftsführung befugt sind (vgl. Art. 30 Abs. 1 KOV).
- **Verein:** Auskunft- und herausgabepflichtig sind die Vorstandsmitglieder.⁹³⁸
- **Stiftung:** Auskunft- und herausgabepflichtig sind die Mitglieder deren Organe (d.h. insbesondere der Stiftungsrat).⁹³⁹

Ausgeschiedene bzw. gelöschte Organe bleiben für Vorgänge bis zu ihrem Ausscheiden bzw. bis zu ihrer Löschung auskunftspflichtig.⁹⁴⁰ Ebenso erfasst werden faktische Organe.⁹⁴¹

Die Befragung weiterer Mitarbeiter ohne Organstellung durch das Konkursamt ist möglich, zumindest solange das Konkursamt informell (d.h. ohne Strafandrohung) vorgeht.⁹⁴²

Ist der Schuldner gestorben oder geflohen, treffen diese Obliegenheiten seine erwachsenen Hausgenossen (Art. 222 Abs. 2 SchKG).

2. Gegenstand der Auskunfts- und Herausgabepflicht

Der Inhalt der Auskunft- und Herausgabepflicht des Gemeinschuldners entspricht der Pflicht des Schuldners im Pfändungsverfahren (Art. 91 SchKG; vgl. dazu (OK-Marasco-Keller, Art. 91 SchKG N. 10 ff.).⁹⁴³ Sachlich handelt es sich um eine **umfassende Auskunft- und Herausgabepflicht** in Bezug auf Vermögenswerte aller Art.⁹⁴⁴ Sie betrifft nicht nur die eigentlichen Vermögenswerte sondern auch alle Dokumente, die notwendig sind, um die entsprechenden Vermögenswerte erhältlich zu machen.⁹⁴⁵ Die Auskunftspflicht erstreckt sich auf alle Auskünfte, die geeignet sind, die

937. Vgl. dazu: Dike Komm. KOV-Rüetschi/Schrober, Art. 30, N. 9.

938. KUKO-Krüsi, Art. 222 SchKG N. 2; BSK-Lustenberger/Schenker, Art. 222 SchKG N. 4a.

939. KUKO-Krüsi, Art. 222 SchKG N. 2; BSK-Lustenberger/Schenker, Art. 222 SchKG N. 4a.

940. KUKO-Krüsi, Art. 222 SchKG N. 2; BSK-Lustenberger/Schenker, Art. 222 SchKG N. 4a; Dike Komm. KOV-Rüetschi/Schrober, Art. 30, N. 8.

941. KUKO-Krüsi, Art. 222 SchKG N. 2; BSK-Lustenberger/Schenker, Art. 222 SchKG N. 4a.

942. Obergerichtskommission Obwalden AbR 2009/09 Nr. 16 vom 15.7.2009, S. 105 ff.

943. KUKO-Krüsi, Art. 222 SchKG N. 2.

944. BGE 146 III 435 E.4.1.2.

945. BGE 146 III 435 E.4.1.2.

Existenz, den Umfang und gegebenenfalls den Standort der Vermögenswerte zu bestimmen.⁹⁴⁶

- 9 In **zeitlicher Hinsicht** kann das Konkursamt Auskünfte in Bezug auf Geschäfte verlangen, die innerhalb der Verdachtsperiode für paulianische Anfechtungsklagen (d.h. **bis zu fünf Jahre zurückliegend**) erfolgt sind. Diese für das Pfändungsverfahren etablierte Rechtsprechung (vgl. OK-Marasco-Keller, Art. 91 SchKG N. 16) gilt auch im Konkurs.⁹⁴⁷ Das Konkursamt muss für Auskünfte, die sich auf die fünfjährige Verdachtsperiode beziehen, deshalb auch keine besondere Dringlichkeit darlegen und keinen Verdacht auf möglicherweise anfechtbare Geschäfte nachweisen.⁹⁴⁸
- 10 Auch über im Ausland befindliche Vermögenswerte hat der Schuldner (unter Strafandrohung) Auskunft zu geben.⁹⁴⁹ Der Schuldner kann jedoch *nicht* unter Strafandrohung gezwungen werden, die sich im Ausland befindlichen Vermögenswerte für die Konkursmasse erhältlich zu machen.⁹⁵⁰
- 11 Eine weitere Konkretisierung der Auskunftspflicht findet sich in Art. 37 KOV, welcher den Gegenstand der Einvernahme durch das Konkursamt (nicht abschliessend⁹⁵¹) definiert. Gemäss dieser Bestimmung hat das Konkursamt den Schuldner insbesondere über seine bekannten Gläubiger, laufende Prozesse, bestehende Versicherungsverträge, allfällige Vermögensansprüche von Kindern sowie über seine militärische Stellung einzuvernehmen.
- 12 Es steht dem Schuldner nicht zu, die Auskunft mit dem Hinweis auf eine behauptete Unpfändbarkeit zu verweigern.⁹⁵² Auch über vermeintliche Kompetenzstücke und Vermögenswerte, an denen Dritte Ansprüche geltend machen, ist deshalb Auskunft zu erteilen.⁹⁵³

946. BGE 146 III 435 E.4.1.2.

947. BGer 5A_459/2024 vom 27.9.2024 E. 3.2.

948. Vgl. zu Art. 91 SchKG: BezGer ZH CB160036-L/U vom 13.5.2016 E. 4, abrufbar: <https://www.arrestpraxis.ch/entscheide/art-271-schkg/allgemeines/pruefungsbefugnis-auskunftspflicht/>, besucht am 8.10.2025.

949. OGer ZH PSI70270 vom 10.01.2018 E. 4; BSK-Lustenberger/Schenker, Art. 222 SchKG N. 3.

950. Staehelin, S. 281; CR LP-Vouilloz, Art. 222 LP N. 3.

951. BSK-Lustenberger/Schenker, Art. 222 SchKG N. 7.

952. OGer ZH PSI70270 vom 10.01.2018 E. 4.

953. OGer ZH PSI70270 vom 10.01.2018 E. 4; KUKO-Krüsi, Art. 222 SchKG N. 5; SK-Schober/Avdyli-Luginbühl, Art. 222 SchKG N. 3.

Der Schuldner kann sich auch nicht auf ein Berufs- oder Geschäftsgeheimnis berufen, um die Auskunft zu verweigern.⁹⁵⁴ 13

B. Pflicht, Räumlichkeiten und Behältnisse zu öffnen (Art. 222 Abs. 3 SchKG)

Der Schuldner hat dem Konkursbeamten auf Verlangen Räumlichkeiten und Behältnisse zu öffnen. Nötigenfalls kann der Konkursbeamte dazu Polizeigewalt in Anspruch nehmen (Art. 222 Abs. 3 SchKG). Die Polizeigewalt kann grundsätzlich umgehend (d.h. ohne weiteren Gerichtsbeschluss) in Anspruch genommen werden (OK-Marasco-Keller, Art. 91 SchKG N. 22 ff.).⁹⁵⁵ Das Konkursamt entscheidet über den Beizug der Polizei, hat dabei aber das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten.⁹⁵⁶ 14

III. PFLICHTEN DRITTER, INSBESONDERE BANKEN (ART. 222 ABS. 4 SCHKG)

1. Grundsatz und Anwendungsbereich

Dritte, die Vermögensgegenstände des Schuldners verwahren oder bei denen dieser Guthaben hat, sind im gleichen Umfang auskunfts- und herausgabepflichtig wie der Schuldner selbst (Art. 222 Abs. 4 SchKG). 15

Der Begriff des Dritten ist weit zu verstehen und umfasst insbesondere auch **Berufsgeheimnisträger**. Das Bank- oder Anwaltsgeheimnis berechtigt nicht, die Auskunft über Vermögenswerte des Schuldners zu verweigern (OK-Marasco-Keller, Art. 91 SchKG N. 25). 16

Auch der Begriff des Guthabens ist weit zu verstehen. Umfasst sind nicht nur klassische "Bankguthaben", sondern sämtliche Forderungen des Schuldners gegenüber Dritten. Erfasst sind beispielsweise auch die nach Art. 260 SchKG abgetretenen Ansprüche, da der Abtretungsgläubiger in diesem Fall über einen Vermögenswert verfügt, dessen Inhaberin die Konkursmasse bleibt.⁹⁵⁷ 17

954. BGer 6B_175/2007 vom 24.8.2007 E. 5.3; CR LP-Vouilloz, Art. 222 LP N. 4.

955. zu Art. 91 SchKG: BGer 5A_859/2011 vom 21.5.2012 E. 3.4.2; SK-Winkler, Art. 91 SchKG N. 26.

956. KUKO-Krüsi, Art. 222 SchKG N. 14.

957. BGer 5A_459/2024 vom 27.09.2024 E. 3.2.

2. Voraussetzungen der Auskunftspflicht

- 18 Damit das Konkursamt einen Dritten zur Auskunft verpflichten kann, benötigt es einen **Verdacht**, dass der Dritte tatsächlich über Vermögenswerte verfügt. Anders als in der Pfändung wird ein Konkurs jedoch öffentlich bekannt gemacht und mit der Bekanntmachung werden alle Drittschuldner (unter Strafandrohung) aufgefordert, sich beim Konkursamt zu melden (Art. 232 Abs. 2 SchKG).
- 19 Es ist umstritten, ob Banken nach der Konkurspublikation von sich aus (und damit systematisch) Informationen an die Konkursämter liefern müssen.⁹⁵⁸ Da Art. 232 Abs. 2 SchKG dem Bankgeheimnis vorgeht,⁹⁵⁹ gibt es nach der vorliegend vertretenen Auffassung keinen Grund, Banken im Vergleich zu anderen Drittschuldnern bevorzugt zu behandeln. In der Praxis informieren Konkursämter die Banken in der Regel mit konkreten Auskunftsbegehren über die Konkurseröffnung, weshalb es sich in erster Linie um ein theoretisches Problem handelt.
- 20 Ist ein Dritter zur Auskunft verpflichtet, entspricht diese Auskunftspflicht inhaltlich derjenigen des Schuldners (Art. 222 Abs. 4 SchKG).⁹⁶⁰ Erfasst sind alle Informationen, welche Rückschlüsse auf die Vermögenslage des Schuldners zulassen.⁹⁶¹
- 21 Ein Drittschuldner hat dem Konkursamt sämtliche Dokumente und Informationen offenzulegen, die er dem Schuldner selbst aufgrund seines Verhältnisses zum Schuldner (z.B. gemäss Art. 400 OR) offenlegen müsste.⁹⁶²
- 22 Gestützt auf Art. 222 SchKG kann das Konkursamt auch von einem Abtretungsgläubiger Auskünfte über nach Art. 260 SchKG abgetretene Forderungen verlangen.⁹⁶³

958. BSK-Lustenberger/Schenker, Art. 222 SchKG N. 17; **ablehnend:** Bovey, p. 74; **offengelassen:** AB GE, BLSchK 2007, S. 25 ff.

959. BGE 94 III 83 E. 8; BSK-Hagenstein, Art. 324 StGB N. 11.

960. BGE 146 III 435 E.4.1.2.

961. BGer 5A_459/2024 vom 27.9.2024, E. 3.2.; Bovey, p. 72.

962. BGE 146 III 435 E.4.1.2 (Bank); OGer ZH, ZR 1956, Nr. 27 (Anwalt).

963. BGer 5A_459/2024 vom 27.9.2024 E. 3.2.

IV. AUSKUNFTSPFLICHT VON BEHÖRDEN

Behörden sind im gleichen Umfang auskunftspflichtig wie der Schuldner (Art. 23 222 Abs. 4 SchKG). Die konkursrechtliche Auskunftspflicht geht dem Amtsgeheimnis vor.⁹⁶⁴ Erfasst sind **alle Behörden**. Es spielt dabei keine Rolle, ob es sich um eine Bundes-, Kantons- oder Gemeindebehörde handelt, oder in welchem Bereich die Behörde tätig ist (vgl. dazu OK-Marasco-Keller, Art. 91 SchKG N. 32 ff.).⁹⁶⁵

Die Auskunftspflicht von Behörden gilt nur soweit sie sich auf Informationen 24 bezieht, die für das Konkursverfahren wesentlich sind. Darüberhinausgehende Anfragen an Behörden sind unzulässig.⁹⁶⁶

LITERATURVERZEICHNIS

Bovey Grégory, L' Obligation des tiers de renseigner l'office des poursuites et des faillites (art. 91 al. 4 et 222 al 4 LP), in: JdT 2009 II, p. 62 ff.

François Vouilloz, Commentaire de l'art. 222 LP, in: Foëx Bénédict/Jeandin Nicolas/Braconi Andrea/Chappuis Benoît (eds.), Commentaire Romand, Poursuite et faillite (LP), 2 édition, Basel 2025 (zit. CR LP- Vouilloz).

Hagenstein Nadine, Kommentierung zu Art. 323 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht (StGB/JStGB), 4. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK StGB-Hagenstein).

Heinel Bastian, Mitwirkungspflichten bei der Konkursmassenfeststellung, in: SJZ 118 (2022), S. 1141 ff.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 4. Aufl., Zürich 2024.

Krüsi Benno, Kommentierung zu Art. 222 SchKG, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 3. Aufl., Basel 2025 (zit. KUKO- Krüsi).

Lustenberger Urs/Sergej Schenker, Kommentierung zu Art. 222 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar,

964. BSK-Lustenberger/Schenker, Art. 222 SchKG N. 18; KUKO-Krüsi, Art. 222 SchKG N. 11; BGE 124 III 170 (zu Art. 91 Abs. 4 SchKG).

965. Heinel, S. 1144; CR LP-Vouilloz, Art. 222 LP N. 19.

Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3., Aufl. 2021 (zit. BSK SchKG-Lustenberger/Schenker).

Rüetschi Sven/Schrober Roger, Kommentierung zu Art. 30 KOV, in: Milani Dominik/Wohlgemuth Marc (Hrsg.), Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV) Kommentar, 2016 (zit. Dike Komm. KOV-Rüetschi/Schrober)

Schober Roger/Avdyli-Luginbühl Monika, Kommentierung zu Art. 222 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Zürich 2017 (zit. SK-Schober/Avdyli-Luginbühl).

Staehelin Daniel, Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, AJP 1995, S. 259 ff.

966. SK-Schober/Avdyli-Luginbühl, Art. 222 SchKG, N.10.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 260 SchKG

Eine Kommentierung von Dominik Milani / Jonas Stähli

ZITIERVORSCHLAG

Dominik Milani/Jonas Stähli, Kommentierung zu Art. 260 SchKG, in: Pasquier Bruno/Heinzmann Michel (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs

Kurzzitat: OK-Milani/Stähli, Art. 260 SchKG N. XXX.

F. Abtretung von Rechtsansprüchen

Art. 260

¹ Jeder Gläubiger ist berechtigt, die Abtretung derjenigen Rechtsansprüche der Masse zu verlangen, auf deren Geltendmachung die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet.

² Das Ergebnis dient nach Abzug der Kosten zur Deckung der Forderungen derjenigen Gläubiger, an welche die Abtretung stattgefunden hat, nach dem unter ihnen bestehenden Range. Der Überschuss ist an die Masse abzuliefern.

³ Verzichtet die Gesamtheit der Gläubiger auf die Geltendmachung und verlangt auch kein Gläubiger die Abtretung, so können solche Ansprüche nach Artikel 256 verwertet werden.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines.....	223
A. Zweck.....	223
B. Rechtsnatur	223
II. Voraussetzungen der Abtretung.....	224
A. Laufendes Konkursverfahren	224
B. Abtretbare Rechtsansprüche.....	224
C. Gläubigereigenschaften	225
D. Verzichtsbeschluss durch Gläubigergesamtheit	226
E. Abtretungsbegehren mindestens eines Konkursgläubigers	227
III. Abtretung und deren Konsequenz	227
A. Formularpflicht.....	227
B. Dauer der Abtretung.....	229
C. Abtretung an mehrere Abtretungsgläubiger im Besonderen	229
D. (Teil-)Widerruf der Abtretung	232
E. Verantwortlichkeit der Abtretungsgläubiger.....	232
IV. Verteilung des Prozessergebnisses (Abs. 2).....	233
V. Verwertungsmöglichkeit nach Art. 256 SchKG (Abs. 3)	234
Literaturverzeichnis	235

I. ALLGEMEINES

A. Zweck

Die Konkursverwaltung hat gemäss Art. 240 SchKG alle zur Erhaltung und ¹
Verwertung der Masse gehörenden Geschäfte zu besorgen und zieht
 gemäss Art. 243 Abs. 1 SchKG unbestrittene, fällige Forderungen der Masse
 bzw. des Gemeinschuldners ein.

Art. 260 SchKG bildet die **Verwertungsart** für all jene Positionen der ²
 Konkursmasse, welche nicht primär im Rahmen eines Freihandverkaufs (Art.
 256 SchKG) oder einer Versteigerung (Art. 257 ff. SchKG) versilbert werden
 (können). Paulianische Anfechtungsansprüche sind zudem von Gesetzes
 wegen sowohl einem Freihandverkauf (Art. 256 SchKG) als auch einer
 Versteigerung (Art. 257 ff. SchKG) entzogen (Art. 256 Abs. 4 SchKG); eine
 Verwertung von paulianischen Anfechtungsansprüchen kommt insofern bloss
 nach Massgabe von Art. 260 SchKG in Betracht (vgl. namentlich auch Art. 10
 Abs. 1 VPAV).

B. Rechtsnatur

Die Lehre und Rechtsprechung qualifizieren die Rechtsnatur der Abtretung ³
 nach Art. 260 Abs. 1 SchKG als **betreibungs- und prozessrechtliches
 Institut sui generis**.⁹⁶⁷ Die Rechtsnatur der Abtretung wird in die Nähe der
 Zession, des Auftragsrechts und der Prozessstandschaft gerückt: Die beiden
 Elemente, welche die Zession und die Abtretung nach Art. 260 SchKG
 gemeinsam haben, sind einerseits das Führen eines Prozesses in eigenem
 Namen, auf eigene Rechnung und Gefahr.⁹⁶⁸ Andererseits ist die
 Prozessführungsbefugnis als Nebenrecht der Konkursforderung i.S. von Art.
 170 OR akzessorisch.⁹⁶⁹ Sie geht bei Zession der Konkursforderung auf den
 Zessionaren über. Hinsichtlich des Auftragsrechts rückt das Bundesgericht die
 Abtretung verschiedentlich in die Nähe eines Inkassomandats.⁹⁷⁰ Schliesslich

967. BGer 4A_19/2020, E. 2.5.1; BGE 145 III 101, E. 4.1.1; BGE 144 III 552, E. 4.1.1; BGer
 5A_445/2018, E. 4.1.1; BGer 5A_879/2017, E. 3.1; BGE 113 III 135, E. 3a; BGE 109 III 27, E. 1a;
 KOV Komm.-Hauptli, Art. 80 N. 3; Lorandi, Gläubiger, S. 281; BSK SchKG II-Bachofner, Art.
 260 N 1; Milani, Koordination, S. 147; Muster, S. 680; Lötscher, Prozessstandschaft, Rz. 1179.

968. Schlaepfer, S. 43.

969. BGE 109 III 27, E. 1a.

qualifiziert das Bundesgericht die Abtretung als ein Institut, welches als Prozessstandschaft bezeichnet werden kann.⁹⁷¹ Die Prozessstandschaft räumt dem Prozessstandschafter das Recht ein, den Rechtsanspruch des materiellen Rechtsträgers in eigenem Namen geltend zu machen.⁹⁷²

II. VORAUSSETZUNGEN DER ABTRETUNG

A. Laufendes Konkursverfahren

- 4 Die Abtretung erfolgt **während** eines **laufenden** (ordentlichen oder summarischen) **Konkursverfahrens**. Der Konkurs darf im Zeitpunkt der Abtretung also nicht widerrufen,⁹⁷³ eingestellt oder abgeschlossen worden sein.⁹⁷⁴
- 5 **Nach Abschluss des Konkurses** werden neu entdeckte, zweifelhafte Ansprüche jedoch den Konkursgläubigern nach Massgabe von Art. 269 Abs. 3 SchKG zur Kenntnis gebracht, woraufhin das Verfahren von Art. 260 SchKG zum Tragen kommt; ohne jedoch, dass die im Handelsregister gelöschte Einheit (Art. 935 OR; Art. 159a Abs. 1 lit. b HRegV) wieder einzutragen wäre.

B. Abtretbare Rechtsansprüche

- 6 Art. 260 Abs. 1 SchKG sieht vor, dass Rechtsansprüche an Gläubiger des konkursiten Gemeinschuldners abgetreten werden können. Umfasst sind **Aktiv- und Passivansprüche** (d.h. Substratvermehrungs- und Substraterhaltungsbefugnisse) gleichermassen.⁹⁷⁵
- 7 Unter **Substratvermehrungsansprüche** fallen beispielsweise der Masse zustehende dingliche oder obligatorische Ansprüche.⁹⁷⁶ In aller Regel handelt

970. BGer 5A_879/2017, E. 3.1; BGer 4A_215/2009, E. 3.2.

971. BGer 5A_1044/2019, E. 3.1; BGE 145 III 101, E. 4.1.1; BGer 5A_445/2018, E. 4.1.1; BGE 121 III 488, E. 2b.

972. Lötscher, Prozessstandschaft, Rz. 1 ff.

973. Gemäss Art. 95 KOV fällt die Abtretung nicht dahin, wenn ein Konkursverfahren geschlossen wird. Auch die Löschung der konkursiten Gesellschaft führt gemäss BGE 146 III 441 nicht dazu, dass die Prozessführungsbefugnis der Abtretungsgläubiger untergeht.

974. BGer 5A_324/2015, E. 4.2.1.2; BGE 120 III 36, E. 3; BGE 102 III 78, E. 3; Schlaepfer, S. 94; OFK SchKG-Kren Kostkiewicz, Art. 260 N 4; Gilliéron, Poursuite, Rz. 2044; BSK SchKG II-Bachofner, Art. 260 N. 6; Tschumy, S. 39.

es sich um bestrittene Forderungen,⁹⁷⁷ wie paulianische Anfechtungsansprüche⁹⁷⁸ oder Verantwortlichkeitsansprüche gegen Organe (Art. 754 ff. OR).

Unter die **Substraterhaltungsansprüche** fallen insbesondere die Bestreitung eines Aussonderungsanspruchs,⁹⁷⁹ die bei Konkurseröffnung bereits rechtshängigen Forderungen gegenüber dem Gemeinschuldner⁹⁸⁰ oder zweifelhaften Masseverbindlichkeiten (z.B. Honorare des Sachwalters)⁹⁸¹.

C. Gläubigereigenschaften

Das Abtretungsrecht steht ex lege nur denjenigen **Gläubigern** zu, die **kolloziert** sind bzw. deren Anspruch nicht rechtskräftig abgewiesen wurde.⁹⁸² Sofern die Kollokation eines Konkursgläubigers noch nicht rechtskräftig ist, erfolgt die Abtretung nur resolutiv bedingt.⁹⁸³ Mit der rechtskräftigen Abweisung der Kollokation fällt die Abtretung *eo ipso* dahin.⁹⁸⁴

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und herrschenden Lehre ist die sogenannte **Kettenabtretung zulässig**.⁹⁸⁵ Eine solche liegt vor, wenn ein

975. BSK SchKG II-Bachofner, Art. 260 N. 14; Kuko SchKG-Bürgi, Art. 260 N. 7; Lorandi, Vergleich, S. 42; OFK SchKG-Kren Kostkiewicz, Art. 260 N. 13; Amonn/Walther, § 47 Rz. 36; KOV Komm.-Hauptli, Art. 80 N. 14; CR LP-Jeanneret/Beaud, Art. 260 N. 10.

977. Amonn/Walther, § 47 Rz. 37 ff.

978. Milani, Koordination, S. 145.

979. Art. 47 Abs. 1 KOV; exemplarisch BGE 102 III 29, S. 29 ff.; Lorandi, Löschung, S. 725; KOV Komm.-Hauptli, Art. 80 N. 14.

980. Art. 63 Abs. 4 KOV; OGer FR 101 2014 134, E. 3.2; Amonn/Walther, § 47 Rz. 42; KOV Komm.-Hauptli, Art. 80 N. 14. Tritt ein Abtretungsgläubiger in den Passivprozess ein, so führt er den Prozess als negativen Kollokationsprozess (Schlaepfer, S. 114). Der Prozessgewinn bestimmt sich nach Massgabe von Art. 250 Abs. 2 SchKG.

981. BGer 5A_722/2016, E. 3.4.2; Amonn/Walther, § 47 Rz. 42; KOV Komm.-Hauptli, Art. 80 N. 14; Tschumy, S. 38.

982. BGE 145 III 101, E. 4.1.1.

983. BGE 149 III 422, E. 3.4.3; BGE 128 III 291, E. 4; KOV Komm.-Hauptli, Art. 80 N. 22.

984. BGE 149 III 422, E. 3.4.4: Erstreitet ein resolutiv bedingt kollozierter Abtretungsgläubiger einen Prozessgewinn gegenüber dem Drittschuldner und wird seine Kollokation nachträglich abgewiesen, steht der Prozessgewinn der Konkursmasse zu (Amonn/Walther, § 47 Rz. 48; Milani, Koordination, S. 148).

985. BGE 61 III 1, S. 1 ff.; HGer/ZH v. 31.3.2020, HG180035, E. 4.1; KOV Komm.-Hauptli, Art. 80 N. 34; Amonn/Walther, § 47 Rz. 57; Fritzsche/Walder, Bd. II, § 51 Rz. 33; Schlaepfer, S. 106 f.; Gilliéron, Commentaire LP, Art. 260 N. 22; BSK SchKG II-Bachofner, Art. 260 N. 70 mit dem Hinweis, die Zulässigkeit der Kettenabtretung sei umstritten. A.A. Lorandi, Kettenabtretung, S. 306 f.

Abtretungsgläubiger selbst in Konkurs fällt und die ihm zustehende Prozessführungsbefugnis gegenüber dem Drittschuldner seinen Konkursgläubigern zur Abtretung gestellt wird.⁹⁸⁶

- 11 Die **Abtretung an den Drittschuldner** bzw. den vermeintlichen Pflichtigen, gegen den sich der abgetretene Anspruch selbst richtet (oder an eine ihm nahestehende Person)⁹⁸⁷, ist **nichtig**.⁹⁸⁸

D. Verzichtsbeschluss durch Gläubigergesamtheit

- 12 Der konkursintern wirkende Verzichtsbeschluss ist unter **Involvierung aller Konkursgläubiger** zu fällen,⁹⁸⁹ wobei Stillschweigen der Konkursgläubiger auf den Beschlussantrag als Zustimmung gewertet wird.⁹⁹⁰
- 13 Der Verzichtsbeschluss wird im **ordentlichen Konkursverfahren** in der Regel von der zweiten Gläubigerversammlung gefasst,⁹⁹¹ in seltenen Fällen ist der Verzichtsbeschluss auch in der ersten⁹⁹², einer besonderen Gläubigerversammlung⁹⁹³ oder auf dem Zirkularweg⁹⁹⁴ denkbar.
- 14 Im **summarischen Konkursverfahren** erfolgt der Verzichtsbeschluss in der Regel mittels Zirkularbeschluss,⁹⁹⁵ weil Gläubigerversammlungen üblicherweise nicht vorgesehen sind bzw. nur aufgrund besonderer Umstände einberufen werden (Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG).

986. Vgl. hierzu Lorandi, Kettenabtretung, S. 305.

987. KGer BL 420 18 218, E. 6; RBOG 2011 Nr. 19, E. 2a.dd; KOV Komm.-Hauptli, Art. 80 N. 24.

988. BGer 7B.18/2006, E. 3.1; BGE 113 III 135, E. 3a. KOV Komm.-Hauptli, Art. 80 N. 33.

989. BGE 102 III 78, E. 3b; Tschumy, S. 38.

990. BGE 136 III 533, E. 4.3; CR LP-Jeanneret/Beaud, Art. 260 N 13; Stoffel/Chabloy, § 11 Rz. 118.

991. Tschumy, S. 39.

992. Bei Dringlichkeit, insbesondere bei drohendem Fristenablauf im Zusammenhang mit Verfahren (vgl. exemplarisch BGE 138 III 219, Sachverhalt).

993. BSK SchKG II-Bachofner, Art. 260 N 36. Beispielsweise wegen hoher Aufbewahrungskosten, der raschen Wertverminderung oder der besonderen Wichtigkeit des Entscheides (KOV Komm.-Bommer, Art. 48 N 3).

994. BGE 136 III 533, E. 4.1; BGE 134 III 75, E. 2.3.

995. BGer 5A_950/2016, E. 3.1; BGer 5A_347/2007, E. 2.3; KOV Komm.-Hauptli, Art. 80 N. 16; Lorandi, Zirkularbeschlüsse, S. 32; Lorandi, Vergleich, S. 43; Tschumy, S. 39. Grundsätzlich finden in summarischen Konkursverfahren keine Gläubigerversammlungen statt, die Beschlüsse werden in der Regel über den Zirkularweg getroffen (Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG).

E. Abtretungsbegehren mindestens eines Konkursgläubigers

Das Abtretungsbegehren kann von jedem Konkursgläubiger innert der von der Konkursverwaltung angesetzten **Frist** gestellt werden.⁹⁹⁶ 15

Im **ordentlichen Konkursverfahren** beträgt die Mindestfrist **10 Tage**.⁹⁹⁷ 16

Für das **summarische Konkursverfahren** wird von der Konkursverwaltung in der **Regel eine Frist von 10–20 Tagen** nach Zustellung des Zirkularschreibens angesetzt.⁹⁹⁸ 17

III. ABTRETUNG UND DEREN KONSEQUENZ

A. Formularpflicht

Die Abtretung erfolgt durch formelle Verfügung mittels **Formular 7k** (Art. 80 KOV),⁹⁹⁹ welche folgenden zwingenden Inhalt¹⁰⁰⁰ hat: 18

«1. Die Abtretung der Prozessführungsrechte an Dritte ist nur zusammen mit der zugelassenen Konkursforderung statthaft.

2. Über das Resultat der Geltendmachung der Massarechte, ob sie gerichtlich oder aussergerichtlich erfolgte, ist der Konkursverwaltung ungesäumt unter Vorlage der Belege Bericht zu erstatten.

3. Sind die auf die Geltendmachung der Rechte gerichteten Schritte ganz oder teilweise von Erfolg begleitet, so kann das Ergebnis, soweit es in barem Geld besteht, nach Abzug der Kosten zur Deckung der oben erwähnten Forderung zurückbehalten werden; ein Überschuss ist an die Masse abzuliefern. Besteht das Ergebnis nicht in barem Geld, so ist es der Konkursverwaltung zur Vornahme der Verwertung auszuhändigen.

4. Über die entstandenen Kosten sind der Konkursverwaltung die Ausweise vorzulegen. Eine allfällige gesprochene Prozesskostenforderung an die

996. BGE 134 III 75, E. 2.2; Tschumy, S. 40; Milani, Koordination, S. 147.

997. BGE 134 III 75, E. 2.2; KOV Komm.-Hauptli, Art. 80 N. 26; KOV Komm.-Bommer, Art. 48 N. 2. Die Fristansetzung von 10 Tagen ist eine Mindestfrist (BGer 5A_950/2016, E. 3.1). In der Praxis wurden bereits längere Fristen angesetzt, so beispielsweise 20 Tage (BGE 136 III 636, Sachverhalt).

998. KOV Komm.-Hauptli, Art. 80 N. 26; BSK SchKG II-Bachofner, Art. 260 N. 50.

999. KOV Komm.-Hauptli, Art. 80 KOV N. 27.

Gegenpartei ist dabei entweder in Abzug zu bringen oder der Konkursverwaltung zum Einzug abzutreten.

5. Sind hinsichtlich der gleichen Massarechte mehrere Abtretungen an verschiedene Gläubiger erfolgt, so haben diese in einem allfälligen Prozessverfahren als Streitgenossen aufzutreten und werden die auf jeden entfallenden Anteile am Erlös von der Konkursverwaltung in einer nach Eingang des Berichtes über das Resultat der Geltendmachung der Ansprüche zu erstellenden Verteilungsliste bestimmt.

6. Die Konkursverwaltung behält sich die Annullierung der Abtretung für den Fall vor, dass nicht binnen eine von ihr anzusetzenden Frist gerichtliche Geltendmachung erfolgt.

7. Für den der Masse aus einer schuldhaften Prozessführung entstehenden Nachteil sind die betreffenden Gläubiger haftbar.»

19 Diese Vorgaben bilden folglich den **Mindestinhalt**, den die Abtretungsverfügung enthalten muss. Ebenfalls erforderlich ist, dass in der Abtretungsverfügung die Abtretungsgläubiger mit Namen oder Firma genannt werden; gleichzeitig wird der Betrag der Konkursforderung in CHF verkündet (Art. 211 Abs. 1 SchKG findet analoge Anwendung auf Fremdwährungsforderungen)¹⁰⁰¹, sofern dieser bereits feststeht; andernfalls erfolgt ein pro memoria-Vermerk (vgl. Art. 63 Abs. 1 KOV). Diese Angaben sind erforderlich damit sich der jeweilige Abtretungsgläubiger entsprechend ausweisen kann, sei es gegenüber dem Pflichtigen und/oder gegenüber der jeweiligen Behörde.

20 Daneben ist es u.E. zulässig, im Formular 7k **weitere Bedingungen** aufzunehmen (z.B. können bei Vorhandensein mehrerer Abtretungsgläubiger gewisse koordinative Aspekte aufgeführt werden).¹⁰⁰²

21 In analoger Anwendung von Art. 129 ZPO wird die Abtretungsverfügung in der **Amtssprache am Konkursort** abgefasst.

1000KOV Komm.-Hauptli, Art. 80 N. 28.

1001BGE 105 III 92, E. 2a.

1002BGer 5A_16/2023, E. 6.1.3.2; Milani, Koordination, S. 148.

B. Dauer der Abtretung

Dem oder den Abtretungsgläubigern wird eine **Frist zur gerichtlichen Geltendmachung**¹⁰⁰³ durch die Konkursverwaltung angesetzt (Ziff. 6 Formular 7k).¹⁰⁰⁴

Bei dieser Frist handelt es sich um eine **Ordnungsfrist**,¹⁰⁰⁵ welche ein speditives Vorgehen der Abtretungsgläubiger sicherstellen soll. Die Frist ist erstreckbar.¹⁰⁰⁶ Der Ablauf der Ordnungsfrist führt nicht automatisch zum Dahinfallen der Abtretungsverfügung. Dieses setzt vielmehr den förmlichen Widerruf durch die Konkursverwaltung voraus.¹⁰⁰⁷

Nicht als Ordnungsfrist, sondern als **Verwirkungsfrist** ausgestaltet sind jene gemäss Art. 33 Abs. 1 BIV-FINMA (**Bankenkonkurs**) und Art. 32 Abs. 1 VKV-FINMA (**Versicherungskonkurs**).

C. Abtretung an mehrere Abtretungsgläubiger im Besonderen

Mit der Abtretungsverfügung wird jedem Abtretungsgläubiger die **Prozessführungsbefugnis** über den dem Gemeinschuldner zustehenden Anspruch gegenüber dem Drittschuldner **eingeräumt**.¹⁰⁰⁸

Im Rahmen der klägerischen Anspruchsdurchsetzung bilden die Abtretungsgläubiger sog. **uneigentliche notwendige Streitgenossen**.¹⁰⁰⁹ Wie bei einer notwendigen Streitgenossenschaft müssen die Abtretungsgläubiger ein einheitliches Urteil erstreiten.¹⁰¹⁰

Jedem Abtretungsgläubiger steht aufgrund der eingeräumten Prozessführungsbefugnis gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und herrschender Lehre ein **Einzelklagerecht** zu.¹⁰¹¹ Vor diesem

¹⁰⁰³Das Vorhandensein der Abtretungsverfügung muss das Gericht von Amtes wegen als Prozessvoraussetzung prüfen, BGE 144 III 552, E. 4.1.2.

¹⁰⁰⁴KOV Komm.-Hauptli, Art. 80 N 27; Stoffel/Chabloz, § 11 Rz. 123.

¹⁰⁰⁵Milani, Koordination, S. 149.

¹⁰⁰⁶Vgl. BGE 65 III 61, S. 63.

¹⁰⁰⁷BGE 67 III 85, S. 86; KOV Komm.-Hauptli, zu Art. 80 N. 49.

¹⁰⁰⁸Amonn/Walther, § 47 Rz. 34; Schlaepfer, S. 103; Leuenberger, Streitgenossenschaft, S. 195; Lorandi, Abtretung, S. 66; Daetwyler/Stalder, S. 158.

¹⁰⁰⁹BGE 136 III 534, E. 2.1; BGE 121 III 488, E. 2c.

¹⁰¹⁰BGE 145 III 101, E. 4.1.2; BGE 144 III 552, E. 4.1.1; KOV Komm.-Hauptli, Art. 80 N. 42; Amonn/Walther, § 47 Rz. 61; Hohl, Rz. 924.

Hintergrund ist es denkbar, dass ein Abtretungsgläubiger ohne die übrigen eine Klage einleitet. Nach vorliegender Auffassung kann weder ein Gericht noch die Konkursverwaltung die übrigen Abtretungsgläubiger zur Verfahrensteilnahme an einer Einzelklage zwingen.¹⁰¹²

- 28 Gerichte prüfen die **Zusammensetzung der Streitgenossen** mit Hilfe des Formulars 7k, auf welchem die Namen aller Abtretungsgläubiger im Verfügungszeitpunkt ersichtlich ist.¹⁰¹³
- 29 Stellt sich heraus, dass nur ein oder ein Teil aller Abtretungsgläubiger prozessual vorgeht, müssen die Gerichte aufgrund der Nichterfüllung der **Prozessführungsbefugnis**, die als **Prozessvoraussetzung** geprüft wird, einen Nichteintretensentscheid fällen.¹⁰¹⁴
- 30 Ein **Nichteintretensentscheid** kann namentlich abgewendet werden, wenn die nicht im Prozess involvierten Abtretungsgläubiger auf ihre Prozessführungsbefugnis verzichten¹⁰¹⁵, dem Verfahren als streitgenössische Nebenintervenienten beitreten¹⁰¹⁶ oder ihre Konkursforderung dem die Einzelklage führenden Abtretungsgläubiger zedieren¹⁰¹⁷.
- 31 Die Einleitung eines **Parallelverfahrens** mit Vereinigung ist ebenfalls denkbar.¹⁰¹⁸ Nach vorliegender Ansicht kann die Konkursverwaltung die übrigen Abtretungsgläubiger nicht zwingen, eine der vorgenannten

1011.BGer 4A_165/2021, E. 3.1.1; BGE 145 III 101, E. 4.1.2; BGE 138 III 628, E. 5.3.2; BGer 5A_483/2012, E. 5.3.2; BGE 121 III 488, E. 2b; Leuenberger, Streitgenossenschaft, S. 198 f.; KOV Komm.-Hauptli, Art. 80 N. 42; Amonn/Walther, § 47 Rz. 61; Tschumy, S. 47; Schlaepfer, S. 173; Meier, Zivilprozessrecht, S. 170; Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 44 N. 3d; Grolimund/Ammann, in: Staehelin/Grolimund, § 13 Rz. 43; Daetwyler/Stadler, S. 159.

1012.Hierzu ausführlich Stähli, Rz. 262 ff.

1013.BGE 145 III 101, E. 4.1.3.

1014.BGE 145 III 101, E. 4.1.3; BGE 144 III 552, E. 4.1.2; BGE 121 III 488, E. 2d; Lorandi, Streitgenossenschaft, S. 1305 f.; Vogel, S. 1; Daetwyler/Stalder, S. 159 f.

1015.BGE 144 III 552, E. 4.1.4; BGer 5P.204/2004, E. 5.4; ZR 1999 Nr. 24, E. II.a; Daetwyler/Stalder, S. 159; von Holzen, S. 113.

1016.Stähli, Rz. 237. Andere Lehrmeinungen erlauben eine Teilnahme durch die analoge Anwendung der Regeln der Nebenintervention oder des Parteiwechsels (vgl. Mabillard, Abtretung, S. 158; ZK OR-Mabillard, Art. 678 N. 158; BSK SchKG II-Bachofner, Art. 260 N. 100).

1017.ZR 1999 Nr. 24, E. II.a; Leuenberger, Streitgenossenschaft, S. 198; von Holzen, S. 113.

1018.BGE 136 III 534, Sachverhalt A und B exemplarisch; BGE 121 III 488, E. 2e; BGE 107 III 91, E. 1; BSK SchKG II-Bachofner, Art. 260 N. 99; KOV Komm.-Hauptli, Art. 80 N. 42; Lorandi, Streitgenossenschaft, S. 1305.

Koordinationsmöglichkeiten auszuüben.¹⁰¹⁹ Aus diesem Grund ist für die Anspruchsdurchsetzung grundsätzlich nur eine gemeinsame Klageeinleitung der Abtretungsgläubiger zielführend. Können sich die Abtretungsgläubiger nicht auf die für die Klageeinleitung notwendigen Elemente wie die örtliche oder sachliche Zuständigkeit oder den Zeitpunkt der Klageeinleitung einigen, muss die Konkursverwaltung autoritative Vorgaben erlassen.¹⁰²⁰ Die Konkursverwaltung widerruft den Abtretungsgläubigern, die den Vorgaben entgegenhandeln, die Abtretungsverfügung.¹⁰²¹

Das Bundesgericht¹⁰²² und die herrschende Lehre¹⁰²³ erlauben den 32 Abtretungsgläubigern, das **Verfahren uneinheitlich zu führen**. Hintergrund ist die unterschiedliche Interessenslage der Abtretungsgläubiger hinsichtlich der Erlösverteilung.¹⁰²⁴ Für Gerichte bedeutet dies, dass sie sich unter Umständen mit mehreren Eingaben der Abtretungsgläubiger konfrontiert sehen. Gerichte haben Widersprüche hinsichtlich Tatsachenbehauptungen oder Beweisanträgen durch die gerichtlichen Beweiswürdigung aufzulösen.¹⁰²⁵

Eine weitere Besonderheit der uneigentlichen notwendigen 33 Streitgenossenschaft besteht darin, dass den Abtretungsgläubigern ein **jederzeitiges Rücktrittsrecht** aus dem Verfahren zusteht, ohne dass das Verfahren für die übrigen Streitgenossen endet.¹⁰²⁶

Für **vertiefte Ausführungen** bezüglich der vorgehenden Elemente der 34 uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG und bezüglich weitergehender Einzelfragen, beispielsweise die

1019Stähli, Rz. 267.

1020BGer 4A_165/2021, E. 3.1.2; BGE 145 III 101, E. 4.1.2; BGE 121 III 488, E. 2d. Daetwyler/Stalder, S. 159; Leuenberger, Streitgenossenschaft, S. 200; Gilliéron, Commentaire LP, Art. 260 N 72; KOV Komm.-Hauptli, Art. 80 N. 42; Schneller, S. 425; Leuch et al., Art. 36 N 2c.

1021BGer 4A_165/2021, E. 3.1.2; BGE 138 III 628, E. 5.3.2.

1022BGE 145 III 101, E. 4.1.2; BGE 144 III 552, E. 4.1.1; BGer 5A_344/2018, E. 4.1.1; BGE 136 III 534, E. 2.1; BGE 121 III 488, E. 2e.

1023SCHLAEPFER, S. 185; Leuch et al., Art. 36 N. 2c; Hohl, Rz. 923; KOV Komm.-Hauptli, Art. 80 N. 43; Grolimund/Ammann, in: Staehelin/Grolimund, § 13 Rz. 43; Stähli, 302 f. A.A. BSK SchKG II-Bachofner, Art. 260 N. 104; Leuenberger, Streitgenossenschaft, S. 202; Lorandi, Gläubiger, S. 284.

1024BGE 145 III 101, E. 4.1.2.

1025Habscheid, Rz. 283; Schlaepfer, S. 185

1026BGE 121 III 488, E. 2e; BSK SchKG II-Bachofner, Art. 260 N. 101; Leuenberger, Streitgenossenschaft, S. 203.

verjährungsunterbrechende Wirkung einer Einzelklage- oder Einzelbetreibung, die Modalitäten eines eigentlichen oder separaten Vergleichs mit dem Drittschuldner, den Prozessbeitritt eines Abtretungsgläubigers mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung i.S. von Art. 251 SchKG, die Zession der Konkursforderung und die Wirkung auf die Streitgenossenschaft und die Auferlegung der Prozesskosten, wird auf **Stähli** verwiesen.

D. (Teil-)Widerruf der Abtretung

- 35 Gemäss Ziff. 6 des Formulars 7k kann die Konkursverwaltung einem Abtretungsgläubiger die Abtretung nach Ansetzung einer Frist zur gerichtlichen Geltendmachung des **Anspruches widerrufen**.¹⁰²⁷ Diese Befugnis stellt sicher, dass die Abtretungsgläubiger die Durchsetzung des Anspruches nicht verschleppen. Besteht Uneinigkeit zwischen Abtretungsgläubigern wie der Anspruch durchgesetzt werden soll, kann die Konkursverwaltung den Abtretungsgläubigern **Weisungen** erteilen.¹⁰²⁸ Weigert sich ein Teil der Abtretungsgläubiger der Weisung Folge zu leisten, kann die Konkursverwaltung nach Fristablauf ihre Abtretung widerrufen.
- 36 Die Rechtswirkung des Widerrufs, nämlich das **Dahinfallen der Prozessführungsbefugnis** der von der Widerrufsverfügung betroffenen Abtretungsgläubiger, tritt nicht bereits mit dem Ablauf der Frist ein, sondern erst mit dem Erlass der Widerrufsverfügung.¹⁰²⁹ Das Aussprechen der Widerrufsverfügung nach Fristablauf steht im Ermessen der Konkursverwaltung.

E. Verantwortlichkeit der Abtretungsgläubiger

- 37 Formular 7k sieht in Ziff. 7 vor, dass Abtretungsgläubiger gegenüber der Masse für Nachteile haften, die aus einer schuldhaften Prozessführung der Abtretungsgläubiger entstehen. Das Formular 7k definiert nicht weiter, was

1027BSK SchKG II-Bachofner, Art. 260 N 107.

1028BGer 4A_165/2021, E. 3.1.2; BGE 145 III 101, E. 4.1.2; BGE 121 III 488, E. 2d; OGer ZH PS150205, E. 1.1; Leuenberger, Streitgenossenschaft, S. 200; Gilliéron, Commentaire LP, Art. 260 N 72; KOV Komm.-Hauptli, Art. 80 N. 42. Zu einer Übersicht des Umfangs der Weisungskompetenz vgl. Stähli, Rz. 265.

1029BGE 138 III 628, E. 5.3.2; BGer 5C.54/2007, E. 2.3.1; Amonn/Walther, § 47 Rz. 69; BSK SchKG II-Bachofner, Art. 260 N. 86.

genau unter «schuldhafter Prozessführung» zu verstehen ist. Das Bundesgericht hält hierzu fest, dass Abtretungsgläubiger keiner Haftung unterliegen, wenn sie nicht den vollständigen Anspruch des Gemeinschuldners gegenüber dem Drittschuldner geltend machen. Es steht den Abtretungsgläubigern frei, auch nur einen **Teil des Anspruches** im Sinne einer Teilklage oder vergleichsweise durchzusetzen.¹⁰³⁰

Eine **Haftung gegenüber der Masse** ist hingegen dann denkbar, wenn ein Abtretungsgläubiger durch seine Handlungen die Masse in eine Lage versetzt, welche verglichen zur Situation, in der keine Abtretung stattgefunden hätte, ungünstiger ist. Als Beispiel hierfür kann ein Abtretungsgläubiger angeführt werden, der sich den Anspruch abtreten lässt und anschliessend versäumt, die Verjährung zu unterbrechen.¹⁰³¹

IV. VERTEILUNG DES PROZESSERGEBNISSES (ABS. 2)

Erlösberechtigt sind Abtretungsgläubiger, die im Falle der klägerischen Anspruchsdurchsetzung mitgewirkt haben, d.h. nicht vor der Urteilsverkündung aus dem Verfahren ausgeschieden sind. Der Erlös ist «die Prämie für die zur Erreichung des Prozessergebnisses aufgewendete Mühe und insbesondere für die Übernahme des Risikos, die Prozesskosten tragen zu müssen»¹⁰³².

Zur Berechnung des unter den Abtretungsgläubigern zu verteilenden Erlöses werden vom generierten Erlös vorab die Kosten in Abzug gebracht, welche im Rahmen der Geltendmachung angefallen und abzugsfähig sind.¹⁰³³ Der Erlös wird gemäss dem System von **Art. 219 SchKG verteilt**. Abtretungsgläubiger, deren Konkursforderungen in einer vorgehenden Klasse kolloziert wurden, werden vorab befriedigt.¹⁰³⁴ Innerhalb der gleichen Klasse erfolgt die Zuteilung nach der Wertquote der kollozierten Forderungen.¹⁰³⁵ Die Konkursverwaltung erstellt bei Vorhandensein von mehreren

1030BGE 102 III 29, S. 30; OGer ZH LB190031, E. II.3; Flachsmann, S. 16-18; Amonn/Walther, § 27 Rz. 57; Gilliéron, Poursuite, Rz. 2059

1031.Kuko SchKG-Bürgi, Art. 260 N. 37.

1032BGE 43 III 160, S. 165.

1033BSK SchKG II-Bachofner, Art. 260 N. 111 ff., mit einer detaillierten Aufstellung, welche Kosten abzugsfähig sind.

1034Vgl. KOV Komm.-Rüetschi, Art. 86 N. 4; Schlaepfer, S. 286.

1035BSK SchKG II-Bachofner, Art. 260 N. 119; BSK SchKG II-Lorandi, Art. 220 N. 2.

Abtretungsgläubigern eine besondere Verteilungsliste nach Klasse und Höhe der jeweiligen Konkursforderungen (Art. 86 KOV).¹⁰³⁶

- 41 Besteht ein **Überschuss**, welcher über die kollozierten Forderungen der Abtretungsgläubiger hinausgeht, fällt dieser der Masse zu. In der Praxis ist ein solcher Überschuss äusserst selten, denn ein Abtretungsgläubiger wird zur Reduktion des Prozesskostenrisikos die Forderungshöhe üblicherweise auf die Höhe seiner kollozierten Forderung begrenzen.

V. VERWERTUNGSMÖGLICHKEIT NACH ART. 256 SCHKG (ABS. 3)

- 42 Art. 260 Abs. 3 SchKG verweist für den Fall, dass die Gesamtheit der Gläubiger auf die Geltendmachung der abzutretenden Ansprüche verzichtet und keine Abtretung verlangt, die Ansprüche nach **Art. 256 SchKG** verwertet werden können. Das bedeutet, dass die Verwertung solcher Ansprüche via Versteigerung oder Freihandverkauf erfolgen kann.
- 43 Damit soll die Konkursverwaltung im Sinne einer **letzten Stufe** den Versuch unternehmen können, auch diese illiquiden Ansprüche – für welche sich kein Abtretungsgläubiger finden liess – noch zu versilbern. Indessen sind paulianische Anfechtungsansprüche einer Verwertung nach Art. 256 SchKG nicht zugänglich (Art. 256 Abs. 4 SchKG); sie fallen folglich dahin und sind im Konkursinventar abzuschreiben.
- 44 Anders als bei der Abtretung nach Art. 260 SchKG und Art. 80 KOV führt eine Verwertung nach Massgabe von Art. 256 SchKG dazu, dass der **illiquide Anspruch aus der Aktivmasse ausscheidet**; mithin hat sowohl der Zuschlag im Rahmen einer Zwangsversteigerung (Art. 258 SchKG) als auch ein allfälliger Freihandverkauf (Art. 256 SchKG) als hoheitlicher Akt¹⁰³⁷ den Erwerb des illiquiden Anspruchs zur Folge. Demnach findet in der Folge auch Art. 260 Abs. 2 SchKG keine Anwendung. Dem Erwerber steht ein allfälliges positives Prozessergebnis stets allein zu. Ihn trifft somit keine Ablieferungspflicht eines allfällig erzielten Überschusses.
- 45 Die Konkursverwaltung ist indes nicht gehalten, stets den Versuch zu unternehmen, illiquide nicht abgetretene Ansprüche nach Art. 260 Abs. 3

¹⁰³⁶KOV Komm.-Rüetschi, Art. 86 N. 2.

¹⁰³⁷Vgl. BGE 128 III 198, E. 3.a.

i.V.m. Art. 256 SchKG zu verwerten, was sich aus der Kann-Formulierung in Abs. 3 von Art. 260 SchKG ergibt. Es liegt u.E. vielmehr im **Ermessen der Konkursverwaltung**, zu entscheiden, ob überhaupt eine Verwertung über Art. 260 Abs. 3 i.V.m. Art. 256 SchKG in Frage kommt.

Sofern der illiquide Anspruch allerdings auch nicht mittels 46 Zwangsversteigerung und/oder Freihandverkauf verwertet werden kann, **fällt** dieser **aus dem Konkursbeschlagn**.¹⁰³⁸ Unter Bezugnahme auf Lorandi bedeutet das nichts anderes, als dass der Gemeinschuldner die Verfügungsmacht nach Art. 204 SchKG partiell und lediglich in Bezug auf den entsprechenden Anspruch zurückerhält.¹⁰³⁹ Die Verfügungsmacht erlangt der Gemeinschuldner *eo ipso* aufgrund der Tatsache, dass eine Verwertung i.S.v. Art. 260 Abs. 3 i.V.m. Art. 256 SchKG nicht erfolgen kann oder konnte.

LITERATURVERZEICHNIS

Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013.

Bachofner Eva, Kommentierungen zu Art. 260 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. 2, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-Bachofner).

Bommer Florian, Kommentierung zu Art. 48 KOV, in: Milani Dominik/Wohlgemuth Marc, Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV) - Kommentar, Zürich 2016 (zit. KOV Komm.-Bommer).

Bürgi Urs, Kommentierungen zu Art. 251 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. 2, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-Bürgi).

Bürgi Urs, Kommentierungen zu Art. 260 SchKG, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkomentar SchKG, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 3. Aufl., Basel 2025 (zit. Kuko SchKG-Bürgi).

Daetwyler George/Stalder Christian, Zum Verfahren des Zürcher Handelsgerichts: Allgemeiner Verfahrensgang und Zuständigkeit des

1038BGer 4A_87/2013, E. 1.3.2.

Handelsgerichts, in: Alexander Brunner/Peter Nobel (Hrsg.), Handelsgericht Zürich 1866–2016: Zuständigkeit, Verfahren und Entwicklung, Zürich 2016, S. 139–162.

Flachsmann Jean, Die Abtretung der Rechtsansprüche der Konkursmasse nach Art. 260 SchKG, Diss. 1927.

Fritzsche Hans/Walder Hans Ulrich, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, Zürich 1993 (zit. Fritzsche/Walder, Bd. II).

Gilliéron Pierre Robert, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 159–270, Lausanne 2001 (zit. Gilliéron, Commentaire LP).

Gilliéron Pierre Robert, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5. Aufl., Basel 2012 (zit. Gilliéron, Poursuite).

Grolimund Pascal/Ammann Dario, Kommentierung zu § 13, in: Staehelin Daniel/Grolimund Pascal, Zivilprozessrecht: Unter Einbezug des Anwaltsrecht und des internationalen Zivilprozessrechts, 4. Aufl., Zürich 2024 (zit. Grolimund/Ammann, in: Staehelin/Grolimund).

Habscheid Walther, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht: Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, 2. Aufl., Basel 1990.

Handschin Lukas/Jung Peter, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, Art. 660-697m OR, 2. Aufl., Zürich 2021.

Häuptli Matthias, Kommentierung zu Art. 80 KOV, in: Milani Dominik/Wohlgemuth Marc, Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV) - Kommentar, Zürich 2016 (zit. KOV Komm.-Häuptli).

Jeanneret Vincent/Karina Beaud, Kommentierung zu Art. 260 SchKG, in: Dallèves Louis /Foëx Bénédicte/Jeandin Nicolas (Hrsg.), Commentaire romand, Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. CR LP-Jeanneret/Beaud).

1039Lorandi, Verwertung, S. 1759.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Orell Füssli Kommentar, SchKG Kommentar, 20. Aufl., Zürich 2020 (zit. OFK SchKG-Kren Kostkiewicz).

Leuch Georg et al., Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Kommentar samt einem Anhang zugehöriger Erlasse, 5. Aufl., Bern 2000.

Leuenberger Christoph, Die Streitgenossenschaft der Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG, in: Riemer Hans et al. (Hrsg.), Schweizerisches und internationales Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler, Zürich 2005, S. 195–206 (zit. Leuenberger, Streitgenossenschaft).

Leuenberger Christoph/Uffer-Tobler Beatrice, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999.

Lorandi Franco, Abtretung gemäss Art. 260 SchKG bei Vergleich und im Prozess, BLSchK 2008, S. 41–49 (zit. Lorandi, Vergleich).

Lorandi Franco, Abtretung gemäss Art. 260 SchKG an mehrere Gläubiger, Die Entzauberung der bedingt notwendigen Streitgenossenschaft, AJP 2019, S. 281–286 (zit. Lorandi, Gläubiger).

Lorandi Franco, Abtretung von Rechtsansprüchen gemäss Art. 260 SchKG, Grundlegendes und ausgewählte Fragen, in: Jeandin Nicolas et al. (Hrsg.), Sviluppi e orientamenti del diritto esecutivo federale: atti della giornata di studio del 20 ottobre 2011, Lugano 2012, S. 63–89 (zit. Lorandi, Abtretung).

Lorandi Franco, Entgeltliche Verwertung von strittigen Rechtsansprüchen in der Generalexekution, Teleologische Reduktion von Art. 260 Abs. 3 SchKG, AJP 2013, S. 1758–1764 (zit. Lorandi, Verwertung).

Lorandi Franco, Löschung einer Gesellschaft im Handelsregister nach Abschluss des Insolvenzverfahrens, Können Abtretungsgläubiger i.S.v. Art. 260 SchKG weiterhin vorgehen?, AJP 2018, S. 724–733 (zit. Lorandi, Löschung).

Lorandi Franco, Unzulässigkeit Insolvenzmassen übergreifender «Kettenabtretungen» gemäss Art. 260 SchKG, AJP 2007, S. 305–310 (zit. Lorandi, Kettenabtretung).

Lorandi Franco, Zirkularbeschlüsse im SchKG, ZZZ 2019, S. 31–40 (zit. Lorandi, Zirkularbeschlüsse).

Lötscher Cordula, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess, Basel 2016 (zit. Lötscher, Prozessstandschaft).

Mabillard Ramon, Abtretung nach Art. 260 SchKG – Cession selon l'art. 260 LP – Cessione giusta l'artl 260 LEF, SZP 2018, S. 158 ff.

Meier Isaak, Schweizerisches Zivilprozessrecht: Eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010 (zit. Meier, Zivilprozessrecht).

Milani Dominik, Die Koordination unter mehreren Abtretungsgläubigern nach Art. 260 SchKG, BLSchK 2019, S. 145–158 (zit. Milani, Koordination).

Muster Eric, Cession des droits de la masse (art. 260 LP) à de nombreux cessionnaires et consorité nécessaire : comment gérer cela?, in: Peroz Anne/Haldy Jacques/Piotet Denis (Hrsg.), Du Plaict aux plaideurs, Mélanges en l'honneur du Professeur Denis Tappy, Bern 2024, S. 679 ff.

Schlaepfer Ralf, Abtretung streitiger Rechtsansprüche im Konkurs, Zürich 1990.

Schneller Yves, Die Organe der Aktiengesellschaft bei einer ordentlichen Fusion, Stellung, Pflichten und Verantwortlichkeit nach Fusionsgesetz, Zürich 2006.

Staehelin Matthias/Stojiljković Mladen, Kommentierungen zu Art. 261 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. 2, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-Staehelin/Stojiljković).

Stähli Jonas, Die aktive uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG in der ZPO, Zürich 2024 (abrufbar unter diesem [Link](#)).

Stoffel Walter/Chabloz Isabelle, Voies d'exécution, Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, 3. Aufl., Bern 2016.

Tschumy Jean-Luc, Quelques réflexions à propos de la cession des droits de la masse au sens de l'art. 260 LP, JdT II 1999, S. 34–55.

Vogel Oscar, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 1995, ZBJV 1996, S. 808–826.

von Holzen Cristina, Die Streitgenossenschaft im schweizerischen Zivilprozess, Basel 2006.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 265 SchKG

Eine Kommentierung von Arnaud Constantin

ZITIERVORSCHLAG

Arnaud Constantin, Kommentierung zu Art. 265 SchKG, in: Pasquier Bruno/ Heinzmann Michel (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs

Kurzzitat: OK-Constantin, Art. 265 SchKG N. XXX.

E. Verlostschein

1. Inhalt und Wirkungen

Art. 265

¹ Bei der Verteilung erhält jeder Gläubiger für den ungedeckt bleibenden Betrag seiner Forderung einen Verlostschein. In demselben wird angegeben, ob die Forderung vom Gemeinschuldner anerkannt oder bestritten worden ist. Im ersteren Falle gilt der Verlostschein als Schuldanerkennung im Sinne des Artikels 82.

² Der Verlostschein berechtigt zum Arrest und hat die in den Artikeln 149 Absatz 4 und 149a bezeichneten Rechtswirkungen. Jedoch kann gestützt auf ihn eine neue Betreibung nur eingeleitet werden, wenn der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist. Als neues Vermögen gelten auch Werte, über die der Schuldner wirtschaftlich verfügt.

3 ...

GLIEDERUNG

I. Verlustschein nach Konkurs	242
A. Begriff.....	242
B. Wirkungen.....	244
1. Ähnlichkeiten mit der Verlustscheinausstellung nach Pfändung.....	244
2. Unterschiede zum Verlustschein nach Pfändung	246
II. Einrede der Nichtwiederherstellung der Vermögensverhältnisse	250
A. Allgemeines	250
B. Bestimmung des «besseren Vermögens»	251
C. Verhinderung von Missbrauchsrisiken.....	253
1. Pfändbarkeit des Vermögens Dritter	254
2. Rolle des Richters	255
Literaturverzeichnis	255
Materialienverzeichnis.....	258

I. VERLUSTSCHEIN NACH KONKURS

A. Begriff

- 1 Der Verlostschein nach Konkurs ist eine **Bescheinigung** mit öffentlicher Glaubwürdigkeit im Sinne von Art. 8 Abs. 2 SchKG, die nach Abschluss des Konkursverfahrens von der Konkursverwaltung jedem Gläubiger ausgestellt wird, der nach Abschluss des ordentlichen Konkursverfahrens (Art. 221 ff. SchKG) oder des summarischen Konkursverfahrens (Art. 231 SchKG; vgl. N. 5 bei Aufschub des Konkurses mangels Vermögens). Sie gibt genau an und bescheinigt, in welcher Höhe jede endgültig kollazierte Forderung nicht durch den Liquidationserlös gedeckt ist, einschliesslich der Betreibungskosten und der bis zum Tag der Konkurseröffnung aufgelaufenen Zinsen (Art. 209 SchKG). Sie ermöglicht es den Gläubigern, die einen Verlust erlitten haben, neue Betreibungen gegen den konkursiten Schuldner einzuleiten, um den Restbetrag ihrer Forderungen zu erhalten (vgl. N. 17; N. 22 ff. zur Voraussetzung der Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit für die Fortsetzung solcher Betreibungen).
- 2 Das **Recht auf Ausstellung** einer Verlostscheinurkunde nach Konkurs steht jedem Gläubiger einer natürlichen oder juristischen Person zu, der seine Forderung innerhalb der Anmeldefrist bei der Gläubigeraufforderung angemeldet hat (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) angemeldet hat und dessen Forderung nicht endgültig ausgeschlossen wurde. Ein entsprechendes Recht haben privilegierte Gläubiger, insbesondere Unterhaltsgläubiger, die zwar gemäss Art. 219 Abs. 4 lit. c SchKG in erster Klasse eingereiht worden wären, nicht vollständig befriedigt worden wären. Dieses Recht besteht auch für Pfandgläubiger; eine Pfandausfallschein gemäss Art. 158 SchKG wird für diese Gläubigerkategorie nach Abschluss des Konkursverfahrens nicht ausgestellt (vgl. Art. 219 Abs. 1 SchKG für das Vorrecht der Pfandgläubiger auf den Verwertungserlös; vgl. Art. 89 Abs. 2 ORFI für die Pfandverfolgung gegen den dritten Eigentümer im Falle des Verschwindens der juristischen Person infolge des Konkurses). Der Gläubiger eines verstorbenen oder abwesenden Schuldners hat ebenfalls Anspruch auf Ausstellung einer Verlostscheinurkunde. Gegebenenfalls sind der Tod oder das Verschwinden in der Bescheinigung ausdrücklich zu vermerken. Gläubiger, deren Forderung einer aufschiebenden Bedingung unterliegt oder deren Fälligkeit im Sinne von

Art. 264 Abs. 3 SchKG ungewiss ist, erhalten eine Verlostscheinurkunde erst zum Zeitpunkt der Entstehung ihres Anspruchs. Da der Konkurs die noch nicht fälligen Schulden des Konkurschuldners fällig macht (Art. 208 Abs. 1 SchKG), wird für Forderungen, die vor der Konkurseröffnung noch nicht fällig waren, eine «ordentliche» Verlostschein Ausstellung ausgestellt.

Die Ausstellung der Verlostscheinurkunde erfolgt gleichzeitig mit der 3 Verteilung einer allfälligen Dividende an die Gläubiger (vgl. Art. 266 SchKG für die Ausschüttung von provisorischen Dividenden). Sie erfolgt **von Amts wegen**, ohne dass ein entsprechender Antrag der Gläubiger erforderlich ist, sobald die Höhe des Verlustes feststeht und die Konkursverwaltung sich vergewissert hat, dass keine Beschwerde gegen die Verteilungsliste eingereicht wurde (Art. 88 OKR). Die Ausstellung in elektronischer Form ist möglich. Wenn das Amt die Ausstellung der Verlostscheinurkunde verweigert, verzögert oder unterlässt, kann Beschwerde im Sinne von Art. 17 SchKG erhoben werden. Die Kosten für die Ausstellung und Aushändigung der Urkunde sind in den Kosten der Konkursliquidation enthalten (Art. 262 Abs. 1 SchKG). Bei Verlust stellt das Amt auf begründeten Antrag des Gläubigers ein Duplikat aus.

Die Statistiken zur Anzahl der in der Schweiz und in den einzelnen Kantonen 4 eröffneten Konkursverfahren sind auf der Website des Bundesamtes für Statistik verfügbar. In der Schweiz wurden im Jahr 2024 1'425 Konkursverfahren gegen Privatpersonen und 7'743 gegen zahlungsunfähige juristische Personen eröffnet (<<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/catalogues-banques-donnees.assetdetail.34907026.html>>, abgerufen am 20.10.2025). Die Kantone haben gemäss Art. 8 Oform *a contrario* die Möglichkeit, aber nicht die Pflicht, ein **Register** der Verlostscheine zu führen. Daher gibt es nicht immer kantonale Statistiken über die Anzahl der ausgestellten Verlostscheine.

Die Verlostscheinurkunde wird dem Gläubiger **nicht ausgestellt**, wenn der 5 Schuldner nicht in Konkurs gegangen ist, wenn das ordentliche oder summarische Konkursverfahren noch nicht abgeschlossen ist, für die Schulden der Konkursmasse, in dem theoretischen Fall, dass der Liquidationserlös nicht ausreicht, um die vorrangig zu deckenden Verfahrenskosten zu bezahlen (Art. 262 Abs. 1 SchKG) oder wenn das Konkursverfahren mangels Vermögens ausgesetzt wird (Art. 230 SchKG). Im letzteren Fall werden die vor der Konkurseröffnung eingeleiteten Betreibungen nach der Aussetzung des Konkursverfahrens wieder

aufgenommen (Art. 206 und 230 Abs. 4 SchKG). Die Gläubiger haben dann die Möglichkeit, den Schuldner innerhalb von zwei Jahren nach Aussetzung der Liquidation durch Pfändung zu verfolgen (Art. 230 Abs. 3 SchKG), wobei sie nach der Pfändung einen Verlustschein erhalten (vgl. N. 11 ff. für die Unterschiede zum Verlustschein nach Konkurs). Umstritten ist die Frage, ob diese Möglichkeit auch Gläubigern einer juristischen Person zusteht, deren Konkurs wegen fehlender Vermögenswerte ausgesetzt ist. Meiner Ansicht nach ist die Antwort in den meisten Fällen negativ. Denn Art. 159a Abs. 1 lit. a HRegV schreibt die Löschung von Amts wegen der juristischen Person vor, deren Konkurs wegen Vermögensmangels ausgesetzt ist, wenn innerhalb der oben genannten Frist von zwei Jahren kein begründeter Einspruch erhoben wurde. Art. 230 Abs. 3 SchKG ist somit nur in den seltenen Fällen anwendbar, in denen die juristische Person nicht gelöscht oder wieder in das Handelsregister eingetragen wurde (z. B. bei Entdeckung neuer Vermögenswerte). Auch besondere Mitteilungen an die Gläubiger über die Hinterlegung der Verteilungsliste, in denen die vom konkursiten Schuldner zur Kollokation zugelassenen Forderungen aufgeführt sind, stellen keine Verlustscheine nach Konkurs im Sinne von Art. 265 Abs. 1 SchKG dar.

- 6 Forderungen, die nicht innerhalb der Frist von Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG oder verspätet gemäss Art. 251 SchKG angemeldet wurden, werden den durch eine Verlustscheinurkunde bescheinigten Forderungen **gleichgestellt** und unterliegen denselben Einschränkungen (Art. 267 SchKG). Sie sind nicht mehr verzinslich. Die Betreibung ist an die Bedingung geknüpft, dass sich die Vermögensverhältnisse des Schuldners wieder verbessert haben (vgl. OK-Constantin, Art. 267 SchKG N. 10) . Auch nach der vollständigen Verteilung des Vermögens des insolventen Schuldners kann der (verspätete) Gläubiger ein Interesse an der Kollokation seiner Forderung haben, um die in Art. 265 und 269 SchKG vorgesehenen Rechte zu wahren, insbesondere das Recht auf Ausstellung einer Verlustscheinurkunde.

B. Wirkungen

1. Ähnlichkeiten mit der Verlustscheinausstellung nach Pfändung

- 7 Die Wirkungen der Verlustscheinausstellung nach Konkurs sind in Art. 265 Abs. 1 und 2 SchKG geregelt. Dieser Artikel **verweist** teilweise auf die

rechtlichen Wirkungen der Verlustscheinausstellung nach Pfändung (Art. 265 Abs. 2, 1. Satz SchKG und Verweis auf Art. 149 Abs. 4 und 149a SchKG).

Wie bei der Verlustscheinausstellung nach Pfändung werden auf die 8 Forderung **keine Zinsen mehr aufgeschlagen** (Art. 149a Abs. 4 SchKG in Verbindung mit Art. 265 Abs. 2 SchKG; vgl. N. 6) und **verjährt** gegenüber dem konkursiten Schuldner zwanzig Jahre nach Ausstellung der Verlustscheinurkunde (Art. 149a Abs. 1 SchKG in Verbindung mit Art. 265 Abs. 2 SchKG) und gegenüber den Erben des Konkursiten ein Jahr nach Eröffnung des Nachlasses (Art. 149a Abs. 1 SchKG in Verbindung mit Art. 265 SchKG und Art. 586 Abs. 2 und 567 ZGB, die eine Unterbrechung der Verjährungsfrist während der Inventarerstellung oder der Ausschlagungsfrist vorsehen). Nach Eintritt der Verjährung hat die Verlustscheinausstellung keine Wirkung mehr. Die Art. 127 ff. OR und die ordentlichen Verjährungsfristen bleiben hingegen für die Mitschuldner und Bürgen des konkursiten Schuldners anwendbar, die von den besonderen Fristen des Art. 149a Abs. 1 SchKG nicht betroffen sind. Die Verjährungsfrist berechnet sich gemäss Art. 76–78 und 132 OR und kann durch die in Art. 135 OR vorgesehenen Mittel unterbrochen werden.

Der Besitz einer Verlustscheinurkunde stellt ebenfalls einen Fall der 9 **Beschlagnahme** dar (Art. 265 Abs. 2 *i.i.* und 271 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG; vgl. N. 25 ff. zum Kriterium der Vermögensbesserung; vgl. auch Art. 265a SchKG N 9). Ein Arrestantrag gehört zu den Betreibungshandlungen, die die Verjährung im Sinne von Art. 135 Abs. 2 OR unterbrechen können, es sei denn, der Arrest ist ungültig.

Schliesslich betrifft der Verweis in Art. 265 Abs. 2 SchKG auch die **Löschung** 10 der Verlustscheinurkunde. Gemäss Art. 149a Abs. 2 SchKG in Verbindung mit Art. 265 Abs. 2 SchKG (N. 7) kann der Schuldner die Verlustscheinurkunde jederzeit zurückkaufen, indem er die gesamte oder einen Teil der Forderung bei der ausstellenden Behörde begleicht. In diesem Fall überweist die Behörde den Betrag an den Gläubiger oder hinterlegt ihn bei der Hinterlegungsstelle. Die Verlustscheinurkunde wird aus dem von der Behörde geführten Verlustscheinregister gelöscht, wenn die gesamte Forderung vom insolventen Schuldner beglichen wurde (Art. 149a Abs. 3 SchKG in Verbindung mit Art. 265 Abs. 2 SchKG) und sofern ein solches Register existiert (vgl. Art. 8 Oform *a contrario*; N. 4). Die Löschung wird dem zahlungsunfähigen Schuldner auf dessen Antrag hin bescheinigt (Art. 149a Abs. 3 SchKG in Verbindung mit Art. 265 Abs. 2 SchKG). Da die

Verlustscheinurkunde nicht im Betreibungsregister eingetragen ist, in dem gemäss Art. 10 Oform nur die Beteiligungen mit Angabe ihres Ergebnisses eingetragen werden, kann das Amt die Eintragung der Verlustscheinurkunde in diesem Register nicht löschen. Das Bundesgericht hat kürzlich klargestellt, dass eine Verlustscheinurkunde nach Pfändung, die im Konkursverfahren erstellt wurde und Gegenstand einer Verlustscheinurkunde nach Konkurs war, nicht in die Rubrik «*Verlustscheinurkunden nach Pfändung, die in den letzten 20 Jahren nicht erloschen sind*» des Betreibungsregisters aufgenommen werden darf. Nur der aus den Verlustscheinen nach Pfändung resultierende ausstehende Saldo, die nicht im Konkursverfahren erstellt wurden, muss dort aufgeführt werden.

2. Unterschiede zum Verlustschein nach Pfändung

- 11 Aufgrund der wesentlichen Unterschiede zwischen der Natur einer Pfändung (Sondervollstreckung) und einer Konkursöffnung (Gesamtvollstreckung) **unterscheidet sich** die Verlustscheinausstellung nach Konkurs in den folgenden fünf Punkten von der Verlustscheinausstellung nach Pfändung.
- 12 Erstens gilt sie nur dann als **Schuldanererkennung** im Sinne von Art. 82 SchKG und damit als vorläufiger Rechtsöffnungstitel, wenn die Forderung vom Schuldner bei der Forderungsprüfung anerkannt wurde, unabhängig davon, ob die Forderung von der Konkursverwaltung kollodiert wurde oder Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung über ihre Kollokation im Sinne von Art. 250 SchKG (Art. 265 Abs. 1, 3^e Satz und 244, 2^e Satz SchKG, Art. 55 OAO). Aus diesem Grund wird in jeder Verlustscheinurkunde angegeben, ob die bescheinigte Forderung vom insolventen Schuldner anerkannt oder bestritten wurde. Eine Verlustscheinurkunde, in der auch nach Bekanntwerden des Rechts auf Anfechtung der Kollokation nicht angegeben ist, ob der insolvente Schuldner die Forderung anerkennt oder bestreitet, gilt nicht als Schuldanererkennung. Anders verhält es sich im Falle einer Pfändung, einem Verfahren, das grundsätzlich voraussetzt, dass der betreibende Gläubiger die Beteiligungen unter Berufung auf einen Zahlungsbefehl fortsetzt (Art. 88 ff. SchKG; Art. 149 Abs. 3 SchKG für die Befreiung vom Zahlungsbefehl). In einem Pfändungsverfahren ist das Anerkennen durch den Schuldner ohne Bedeutung, und die Verlustscheinurkunde gilt gemäss Art. 149 Abs. 2 SchKG als Schuldanerkenntnis.

Wenn der konkursfähige Schuldner **die Forderung bestreitet**, beweist die 13
Verlustscheinurkunde lediglich, dass die Konkursverwaltung oder eine
gerichtliche Entscheidung die Anmeldung gegen die Vorbehalte des
konkursfähigen Schuldners zugelassen hat (vgl. Art. 245 und 250 SchKG). In
diesem Fall kann der Gläubiger dennoch auf der Grundlage der anderen in
Art. 80 bis 82 SchKG aufgeführten Rechtsgrundlagen die Aufhebung der
Betreibung beantragen und erwirken, wobei der Schuldner seine
Verteidigungsmittel im Sinne dieser Artikel behält. Beruht die Forderung auf
einem vollstreckbaren Urteil im Sinne von Art. 80 SchKG beruht, hat der
Gläubiger sogar jedes Interesse daran, sich direkt darauf zu berufen, ohne die
Verlustscheinurkunde in der Betreibungsaufforderung zu erwähnen (OK-
Constantin, Art. 265a SchKG N. 7), um im Falle eines Widerspruchs die
endgültige Aufhebung zu beantragen.

Auch wenn er sie bei der Insolvenz anerkannt hat, behält der Schuldner die 14
Möglichkeit, die Forderung in einem späteren Verfahren durch eine
Klage auf Schuldenbefreiung (Art. 83 Abs. 2 LP) oder eine Klage auf
Aufhebung der Betreibung (Art. 85 f. LP) anzufechten. Tatsächlich gilt sein
„Anerkennen“ als Schuldanerkenntnis, ohne im technischen Sinne eine solche
darzustellen, da der Schuldner nicht an der Erstellung der
Verlustscheinurkunde beteiligt ist und keine Willenserklärung zum Inhalt des
Rechts abgibt.

Das **Anerkennen** der Forderung durch den Schuldner stellt keinen strengen 15
Beweis für deren Bestehen dar, sondern lediglich eine widerlegbare
Vermutung. Die Verlustscheinausstellung nach Konkurs (ebenso wie die
Verlustscheinausstellung nach Pfändung) bewirkt jedoch weder eine
Novation der Forderung im Sinne von Art. 116 OR noch die Schaffung eines
neuen Rechtsverhältnisses, das das alte verdoppeln würde und aus dem ein
separates Klagerecht entstehen könnte.

Eine Verlustscheinurkunde für eine **öffentlich-rechtliche Forderung** ist 16
daher kein vorläufiger Rechtsvollstreckungstitel, da sich die Art der Forderung
nicht ändert (N. 15). Die steuerliche Natur der in der Verlustscheinurkunde
genannten Forderungen ändert sich nicht. Der (endgültige)
Rechtsvollstreckungstitel bleibt in diesem Fall die Entscheidung oder das
Urteil, auf dem die öffentlich-rechtliche Forderung beruht.

- 17 Zweitens ist nach der Konkurserklärung eine neue Betreuung erforderlich, da die Betreibungen gegen den Konkurschuldner im Sinne von Art. 206 Abs. 1 SchKG erloschen sind und die vom Gesetzgeber zugunsten des Schuldners, gegen den ein allgemeines Betreibungsverfahren durchgeführt wurde, vorgesehene Schonfrist eingehalten werden muss (N. 23). Die Einleitung einer neuen Betreuung setzt die Zustellung eines **Zahlungsbefehls** voraus, da Art. 265 Abs. 2 SchKG nicht auf Art. 149 Abs. 3 SchKG verweist (vgl. Art. 69 Abs. 2 SchKG für den Inhalt des Zahlungsbefehls). Die Befreiung vom Zahlungsbefehl im Sinne von Art. 149 Abs. 3 SchKG (N. 12) zugunsten des Gläubigers, der die Betreuung innerhalb von sechs Monaten nach Erhalt der Verlustscheinurkunde fortsetzt, gilt ausschliesslich nach einem Pfändungsverfahren. Sie kommt im Falle einer Konkursöffnung nicht in Betracht.
- 18 Drittens hat der konkursite Schuldner das Recht, gegen den Zahlungsbefehl unter Berufung auf die **Einrede der Nichtwiederherstellung der Zahlungsfähigkeit** gemäss dem in Art. 265a SchKG vorgeschriebenen Verfahren Widerspruch einzulegen (OK-Constantin, Art. 265a SchKG N. 2 ff.). Nach Abschluss des Konkursverfahrens kann jederzeit eine neue Betreuung eingeleitet werden. Sie ist nur dann erfolgreich und kann nur dann fortgesetzt werden, wenn der Schuldner wieder zu Vermögen gekommen ist (Art. 265 Abs. 2 und 265a–b SchKG). Der Schuldner hat somit ein Interesse daran, dass der Gläubiger einen Verlustschein erhält, um in späteren Betreibungen geltend zu machen, dass er nicht wieder zu besserem Vermögen gekommen ist. Anders verhält es sich, wenn die Betreuung auf einem Verlustschein nach Pfändung beruht. In diesem Fall kann der Schuldner die «ordentlichen» Einreden zur Bestreitung der Forderung gemäss Art. 80 ff. SchKG geltend machen kann, nicht jedoch die Einrede der Nichtverbesserung der Vermögenslage (OK-Constantin, Art. 265a SchKG N. 38 ff.).
- 19 Wenn eine nach der Konkursöffnung eingeleitete und im Wege der Pfändung durchgeführte **neue Betreuung** ganz oder teilweise **erfolglos** bleibt, bleiben die Wirkungen der Verlustscheinausstellung nach Konkursöffnung bestehen. Westschweizer Autoren vertreten auf der Grundlage eines alten, in italienischer Sprache verfassten Urteils des Bundesgerichts die Auffassung, dass das Amt in diesem Fall eine neue Verlustschein nach Pfändung mit dem ausdrücklichen Hinweis ausstellt, dass sich der Restbetrag der Forderung auf einen Verlustschein nach Konkurs

bezieht. Deutschsprachige Autoren sind der Meinung, dass sich das Amt darauf beschränken sollte, den auf der bereits bestehenden Verlustscheinurkunde nach Konkurs angegebenen Betrag zu korrigieren, ohne eine Verlustscheinurkunde nach Pfändung auszustellen. Letztere Meinung überzeugt mich. Sie hat den Vorteil, dass , dass jegliche Verwirrung hinsichtlich der Art der Verlustscheinausstellung vermieden wird. Die Situation unterscheidet sich von derjenigen, in der Vermögenswerte, die der Liquidation entgangen sind, nach Abschluss des Konkursverfahrens entdeckt werden (Art. 269 SchKG). In diesem Fall müssen die Verlustscheine vor der Verteilung des Erlöses an die Konkursverwaltung zurückgegeben werden, um entsprechend gekürzt zu werden. Die Verlustscheinurkunde bleibt für den korrigierten Betrag gültig (Art. 150 Abs. 2 in Analogie zum SchKG).

Viertens ist nur die Konkursverwaltung (oder gegebenenfalls ein oder mehrere 20 Zessionare im Sinne von Art. 260 SchKG) berechtigt, die **Anfechtungsklage** zu erheben (Art. 285 Abs. 2 SchKG). Diese Klage kann nicht in seinem Namen und auf eigene Rechnung von dem Gläubiger erhoben werden, der im Besitz einer Verlustscheinurkunde nach Konkurs ist, selbst wenn die widerrufbare Handlung nach Abschluss des Konkursverfahrens entdeckt wird (Art. 269 Abs. 3 und 285 Abs. 2 Ziff. 1 *a contrario* SchKG). Die Verlustscheinurkunde verleiht ihrem Inhaber somit nicht die in Art. 285 SchKG genannten Rechte, im Gegensatz zu dem, was bei einer erfolglosen Pfändung gilt (Art. 149 Abs. 2 *i.f.* SchKG). Bei einer Abtretung der Rechte im Sinne von Art. 260 SchKG erhält der Zessionar eine Verlustscheinurkunde erst, nachdem er das Amt über den Ausgang des Verfahrens informiert hat und sofern er nicht vollständig befriedigt worden ist (N.1).

Fünftens beginnt die *dies a quo* der **Verjährungsfristen**, die gegenüber 21 Dritten wegen des Schadens des Gläubigers geltend gemacht werden können, mit der Konkurserklärung und nicht mit der Zustellung der Verlustscheinurkunde (als Beispiel siehe Art. 52 AHVG bezüglich der Klage der Pensionskasse gegen die Verwaltungsratsmitglieder).

II. EINREDE DER NICHTWIEDERHERSTELLUNG DER VERMÖGENSVERHÄLTNISSE

A. Allgemeines

- 22 Der konkursite Schuldner, der nicht aus dem Handelsregister gelöscht wurde (natürliche Person), erlangt nach Abschluss des Konkursverfahrens wieder die freie Verfügung über sein Vermögen. Gläubiger, die nach dem Konkurs über Verlustscheine verfügen (Art. 265 SchKG), oder solche, die nicht am Konkursverfahren teilgenommen haben (Art. 267 SchKG) können dann neue Betreibungen für eine vor dem Konkurs entstandene Forderung einleiten. Eine solche Betreibung kann **nur unter der Bedingung** fortgesetzt werden, dass der konkursfähige Schuldner wieder zahlungsfähig geworden ist oder dass er sich der Betreibung nicht widersetzt, indem er seine Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit bestreitet (N 18; Art. 265a SchKG N 2 ff.; vgl. Art. 80 ff. SchKG für die Aufhebung des «ordentlichen» Widerspruchs). Die Ausnahme kann nur vom ehemaligen Schuldner geltend gemacht werden (Art. 265a SchKG N 2). Seine Erben, die die Erbschaft angenommen haben, können sich nicht darauf berufen und können auf der Grundlage einer gegen den *Erblasser* ausgestellten Verlustscheinurkunde nach Konkurs verfolgt werden (OK-Constantin, Art. 265a SchKG N. 2 i.f.) .
- 23 Das **Ziel** besteht darin, dem konkursiten Schuldner die Möglichkeit zu geben, sich wieder zu erholen, d. h. sich nach dem Konkurs ein neues Leben aufzubauen, ohne ständig Angst vor Betreibungen haben zu müssen. Umgekehrt ermöglicht sie die Begleichung der Forderungen, wenn der Schuldner seine wirtschaftliche Lage nach der Insolvenz wiederhergestellt hat, indem er eine Verschwendung seines Nettovermögens vermieden hat (N. 28). Die Regel hat zur Folge, dass diejenigen begünstigt werden, die nach der Insolvenz Gläubiger des Schuldners geworden sind, gegen die die Ausnahme der Nichtwiederherstellung der Vermögensverhältnisse nicht geltend gemacht werden kann
- 24 Die Ausnahme der Nichtwiederherstellung der Vermögensverhältnisse kann von einem Schuldner, dessen Konkurs mangels Vermögens ausgesetzt wurde (Art. 230 LP; N. 5), **nicht geltend gemacht werden**. In diesem Fall wird das Konkursverfahren eingestellt, ohne dass den Gläubigern eine Verlustscheinausstellung ausgestellt wird, was zur Folge hat, dass die

Betreibungen wieder aufgenommen werden (Art. 230 Abs. 4 LP). Die Einrede ist auch nicht zulässig im Falle einer ausländischen Forderung, die sich auf eine im Ausland eröffnete und abgeschlossene Betreibung bezieht, die keinen Zusammenhang mit einem Schweizer Konkurs hat (vgl. Art. 166 IPRG; OK-Constantin, Art. 265a SchKG N. 11).

B. Bestimmung des «besseren Vermögens»

Art. 265 Abs. 2 SchKG präzisiert, dass die Werte, über die der Schuldner wirtschaftlich verfügt, als besseres Vermögen gelten (vgl. N. 31–32). Das **«bessere Vermögen»** ist gesetzlich nicht definiert. Der Begriff fällt unter das Bundesrecht. Er bezeichnet die Differenz zwischen den nach der Konkurseröffnung erworbenen Vermögenswerten und den neuen Verbindlichkeiten, unter Ausschluss der Schulden, die Gegenstand des früheren Konkurses waren. Der ehemalige Schuldner ist wieder zu besserem Vermögen gekommen, wenn er zum Zeitpunkt der Eröffnung der Betreibung allein oder zusammen mit seinem Ehepartner neben einer neuen wirtschaftlichen Existenz auch Ersparnisse gebildet hat, die ein **neues Reinvermögen** bilden, das ihm die soziale Wiedereingliederung und ein neues, seinen persönlichen Wünschen entsprechendes Leben ermöglicht. Es reicht nicht aus, dass die Mittel des insolventen Schuldners das Existenzminimum gemäss Art. 92 und 93 SchKG übersteigt, ohne dass er ein Reinvermögen bildet, das ihm Ersparnisse ermöglicht.

Die **Güter und das Vermögen** (z. B. Erbschaft, Lotteriegewinne oder Lebensversicherungsleistungen), die dem ehemaligen Schuldner nach Abschluss des Konkursverfahrens zufallen, können ein neues Reinvermögen bilden. Das **Einkommen aus Arbeit** ist ebenfalls ein Reinvermögen, wenn es den Betrag übersteigt, den der Schuldner zum Zeitpunkt der Prüfung der Frage benötigt, um ein seiner Stellung entsprechendes Leben zu führen und Ersparnisse zu bilden, abzüglich einer „Notreserve“, die gegebenenfalls durch die kantonale Praxis berücksichtigt wird (vgl. zum Zeitpunkt der Prüfung der Frage ein seiner Stellung entsprechendes Leben zu führen und Ersparnisse zu bilden, abzüglich einer «Notreserve», die gegebenenfalls aufgrund kantonaler Gepflogenheiten berücksichtigt wird (vgl. auch N. 29). Gleiches gilt für Einkünfte aus einem Einzelunternehmen oder sogar für das einzige Einkommen des Schuldners.

- 27 Das neue Arbeitseinkommen ist **bis zum Existenzminimum** pfändbar, ohne dass ein zweitrangiges Existenzminimum zur Anwendung kommt, wenn der Schuldner als wieder zu Wohlstand gelangt gilt. Der ehemalige Schuldner wird somit von der Behörde, die den pfändbaren Anteil nach Bekanntwerden des neuen Vermögens festlegt, wie alle anderen Schuldner behandelt (Art. 265a LP; N. 34). Im Rahmen des Pfändungsverfahrens ist die Rückkehr zu besserem Vermögen daher nicht mehr relevant.
- 28 Nach dem Grundsatz der **theoretischen Vermögensbildung** kann das Einkommen unabhängig von einer tatsächlichen Vermögensbildung durch den Schuldner gepfändet werden, insbesondere wenn er es missbräuchlich und in der erkennbaren Absicht, den Gläubigern mit Verlustscheinen nach Konkurs zu schaden. Der Richter bestimmt grundsätzlich das Ausmass des neuen Vermögens, indem er die Einkünfte des Schuldners während eines Zeitraums von zwölf Monaten vor der Betreibungsanordnung kapitalisiert, d. h. den Durchschnitt der während des massgebenden Zeitraums erzielten Einkünfte berechnet. Erfolgt die neue Betreibung weniger als ein Jahr nach der Konkurseröffnung, bleibt der massgebende Zeitraum für die Berechnung der theoretischen Vermögensbildung ein Jahr ab Einreichung des Betreibungsbegehrens; das Einkommen des Schuldners fällt nicht in die Masse. Die Frage, ob eine Pfändung rückwirkend bis zum Zeitpunkt des Abschlusses der Konkursliquidation, die zur Ausstellung der Verlustscheinurkunde geführt hat, möglich ist, ist umstritten. Eine rückwirkende Pfändung sollte im Falle einer missbräuchlichen Verschwendung möglich sein, um den konkreten Umständen Rechnung zu tragen. Das Bundesgericht wurde bisher mit einem solchen Fall nicht befasst, da sich die Rechtsprechung auf eine Kapitalisierung für das Jahr vor der Betreibungsanordnung beschränkt. Im Falle einer theoretischen Vermögensanhäufung reicht das Vermögen des Schuldners oft nicht aus, um die Gläubiger zu befriedigen. Die Pfändung bezieht sich dann auf künftige Einkünfte, d. h. auf einen Zeitraum von höchstens einem Jahr unter Berücksichtigung der in Art. 93 Abs. 2 SchKG festgelegten zeitlichen Begrenzung. Die Pfändung des massgebenden Monatsbetrags erfolgt gemäss dem oben genannten Artikel während des kommenden Jahres. Bei einem Einkommensrückgang während des betreffenden Zeitraums passt das Amt die Pfändung auf Antrag durch eine Beschwerdeentscheidung im Sinne von Art. 17 SchKG an.

Die **Schwelle für** die Rückkehr zu besserem Vermögen wird berechnet, ²⁹ indem der Grundbetrag für die Berechnung des Existenzminimums um die unentbehrlichen Aufwendungen gemäss Art. 93 SchKG, die unvermeidbaren Ausgaben, die üblichen Kosten und einen zulässigen Zuschlag gemäss dem Kriterium des der aktuellen Situation des Schuldners entsprechenden Lebensstandards, der ihm insbesondere das Sparen ermöglicht, erhöht wird. Dieser letzte Zusatzbetrag ist nach dem Ermessen des Richters nach einer individuellen Beurteilung jeder Situation zu schätzen und darf nicht von schematischen Kriterien abhängen, die von den Kantonen festgelegt wurden. Die Berücksichtigung von Statistiken zur Darstellung der Entwicklung der Löhne oder Lebenshaltungskosten ist ausgeschlossen. Die kantonale Praxis, einen bestimmten zusätzlichen Prozentsatz (von 50 %, 66,6 % oder sogar 100 %) des Grundbetrags des Existenzminimums für alle Schuldner des Kantons einheitlich berücksichtigt haben, wurden vom Bundesgericht als willkürlich beurteilt. Eine «begrenzte Pauschalisierung» ist jedoch zulässig, insbesondere wenn der Richter den zusätzlichen Betrag in Form eines Prozentsatzes (z. B. 50 % oder 66,6 %) auf den Grundbetrag des Existenzminimums festlegt, nachdem er die besonderen Umstände des Einzelfalls gewürdigt hat. Wenn die Ausgaben des Schuldners und seiner Familie unter Berücksichtigung des Lebensstandards großzügig berechnet wurden, hält es das Bundesgericht für übertrieben, den Grundbetrag durch einen Zuschlag von 100 % zu verdoppeln, und hat den Zuschlag auf einen Prozentsatz von 50 % gesenkt. Die Rechtsprechung lässt auch zu, dass zusätzlich Reise- und Repräsentationskosten berücksichtigt werden, wenn diese Kosten insbesondere Verpflegungs- oder Bekleidungskosten im Zusammenhang mit den Posten des Grundunterhalts umfassen. Die vom Arbeitgeber gezahlte Entschädigung, die ausschließlich zur Deckung der Miete für die Büroräume des Schuldners, der Sekretariats- oder Betriebskosten dient, ist kein Einkommen und muss aus der Berechnung ausgeschlossen werden. Hat der Schuldner einen Ehepartner oder einen eingetragenen Partner, wird die Schwelle für die Rückkehr zu besserem Vermögen nach den Regeln zur Bestimmung des Existenzminimums eines verheirateten Schuldners festgelegt.

C. Verhinderung von Missbrauchsrisiken

In Verbindung mit der Insolvenzerklärung (Art. 191 SchKG) birgt die ³⁰ Ausnahme der Nicht-Rückkehr zu besserem Vermögen ein

Missbrauchspotenzial. Die Revision von 1994 führte zwei Massnahmen ein, um diesem Risiko vorzubeugen: Unter bestimmten Voraussetzungen kann das Vermögen Dritter gepfändet werden (*infra* 1), und ein Richter muss über die Zulässigkeit des Einspruchs wegen Nichtwiedererlangung des Vermögens entscheiden (*infra* 2).

1. Pfändbarkeit des Vermögens Dritter

- 31 Bei der Beurteilung der Vermögensverbesserung werden nun die **Werte berücksichtigt, über die der Schuldner wirtschaftlich** verfügt (Art. 265 Abs. 2 *i.f.* LP). Ziel ist es, Rechtsmissbrauch zu verhindern, indem das objektive Kriterium der wirtschaftlichen Realität berücksichtigt wird, um zu verhindern, dass der ehemalige Schuldner im Namen eines Dritten (Ehepartner, Elternteil usw.) ein neues Vermögen aufbaut und sich dabei wie der eigentliche Eigentümer verhält. Der Richter kann somit Vermögenswerte Dritter für pfändbar erklären, wenn der ehemalige Schuldner die wirtschaftliche Kontrolle darüber hat und das Recht des Dritten in der erkennbaren Absicht begründet wurde, die Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit zu verhindern (Art. 265a Abs. 3, 2. Satz SchKG; vgl. OK-Constantin, Art. 265a SchKG N. 32 ff.). In Anwendung von Art. 95 Abs. 3 SchKG kommt die Pfändbarkeit solcher Vermögenswerte jedoch nur subsidiär in Betracht, wenn der Schuldner kein eigenes pfändbares Vermögen hat (OK-Constantin, Art. 265a SchKG N. 35). Pfändbar sind beispielsweise Vermögenswerte, die im Namen der getrennt lebenden Ehefrau des ehemaligen Schuldners erworben wurden, der im Namen dieser ein neues Geschäft betreibt.
- 32 Nach einer Teilauffassung der Lehre muss das Verhalten des Schuldners keinen **Rechtsmissbrauch** im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB darstellen, um Vermögenswerte zu pfänden, die ihm wirtschaftlich gehören. Die Rechtsprechung, der ich mich anschliesse, scheint sich an die Tatsache zu halten, dass Art. 265 Abs. 2 *i.f.* SchKG das Verbot des Rechtsmissbrauchs konkretisiert. Dasselbe gilt für die Botschaft vom 8. Mai 1991, in der der Bundesrat Art. 265 Abs. 2 SchKG als Konkretisierung des Verbots des Rechtsmissbrauchs bezeichnet. Meiner Meinung nach ist die Pfändung von Vermögenswerten Dritter daher nur möglich, wenn die Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 2 ZGB erfüllt sind.

Der **Dritte** ist nicht Partei in dem Verfahren, in dem die Zulässigkeit des 33
Einspruchs wegen Besserungsgrundes vom Richter geprüft wird. In der
Pfändungsphase muss der Dritte daher seine Rechte durch eine
Geltendmachung geltend machen (Art. 106 bis 109 SchKG; OK-Constantin,
Art. 265a SchKG N. 37).

2. Rolle des Richters

Die Revision hat auch die Stellung des Gläubigers im Verfahren verbessert. 34
Der Einspruch wegen Nichtwiederherstellung der Vermögensverhältnisse
muss nämlich **vom Richter für zulässig erklärt werden** (Art. 265a Abs. 2
und 3 SchKG; vgl. insbesondere OK-Constantin, Art. 265a SchKG N. 17 ff.).

LITERATURVERZEICHNIS

Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und
Konkursrechts, 9^e éd., Berne 2013.

Babic Igor, Der digitale Verlustschein, *BlSchK* 2022, p. 110–124.

Baumgartner Rico, Die Bildung neuen Vermögens gemäss Art. 265 Abs. 2
SchKG, Zurich 1988.

Bopp Lukas, Die Anerkennung ausländischer Restschuldbefreiung in der
Schweiz unter Einbezug der EU-Insolvenzverordnung, in : Grolimund Pascal/
Koller Alfred/Loacker Leander/Portmann Wolfgang (édit.), Festschrift für
Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, Zurich et al. 2018, p. 35–47.

Brönnimann Jürgen, Neuerungen bei ausgewählten Klagen des SchKG, *RDS*
1996 I 211–239.

Brönnimann Jürgen, Zur Verrechnung mit einer
Konkursverlustscheinsforderung, in : Riemer Hans Michael/Kuhn Moritz/
Vock Dominik/Gehri Myriam (édit.), Schweizerisches und Internationales
Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag,
Zurich 2005, p. 45–54 (cité : Brönnimann, *Mélanges Spühler*).

Dallèves Louis, Un « fresh start » pour les communes surendettées ?, *SJ* 2001 II
169–180.

Duc Jean-Jacques, Actes de défaut de biens et la gestion des débiteurs
récalcitrants, *JdT* 2018 II 83, p. 83–114.

Fürstenberger Beat, Einrede des mangelnden und Feststellung neuen Vermögens nach revidiertem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz – Unter besonderer Berücksichtigung der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft, Bâle et al. 1999.

Gasser Dominik, Nachlassverfahren, Insolvenzerklärung und Feststellung des neuen Vermögens nach rev. SchKG, RJB 1996, p. 1–25.

Geissbühler Grégoire, Le recouvrement privé des créances – Aspects contractuels et protection du débiteur, Zurich 2016.

Gilliéron Pierre-Robert, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Loi du 11 avril 1889, texte en vigueur le 1^{er} janvier 1997, Articles 159–270, Lausanne 2001.

Gut Beat/Rajower Felix/Sonnenmoser Brigitta, Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens, unter besonderer Berücksichtigung der zürcherischen Praxis, PJA 1998, p. 529–546.

Huber Ueli/Sogo Miguel, Commentaire de l'art. 265 LP, in : Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (édit.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, vol. II, 3^e éd., Bâle 2021 (cité : BSK, Auteur).

Jaeger Carl/Walder Hans Ulrich/Kull Thomas/Kottmann Martin, Commentaire de l'art. 265 LP, in : Jaeger Carl et al. (édit.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, Art. 159–292, 4^e éd., Zurich 1999.

Jeandin Nicolas, Actes de défaut de biens et retour à meilleure fortune selon le nouveau droit, SJ 1997, p. 261–309 (cité : Jeandin, SJ 1997).

Jeandin Nicolas, Commentaire de l'art. 265 LP, in : Foëx Benedict/Jeandin Nicolas/Braconi Andrea/Benoît Chappuis (édit.), Commentaire romand, Poursuite et faillite, Commentaire de la loi de la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi sur le droit international privé, 2^e éd., Bâle 2025 (cité : CR, Auteur).

Jeandin Nicolas, Obligation d'entretien et exécution forcée, FamPra.ch 2023, p. 902–926 (cité : Jeandin, FamPra 2023).

Junker Rudolf, Rechtsvorschlag : kein neues Vermögen (Art. 265a SchKG), in : Flückiger Max et al. (édit.), Solothurner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1998, Soleure 1998, p. 579–608.

Krampf Michael, « Kein neues Vermögen » : Die Praxis zum Rechtsvorschlag, Plädoyer 6 (2013), p. 72–77.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Commentaire de l'art. 265 LP, in : Kren Kostkiewicz (édit.), SchKG Kommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, OFK – Orell Füssli Kommentar, 20^e éd., Zurich 2020 (cité : OFK, Auteur).

Kren Kostkiewicz Jolanta/Milani Dominik, Das Bewilligungsverfahren bei der Einrede mangelnden neuen Vermögens (Art. 265a SchKG) unter Berücksichtigung der Parteirollenverteilung und den damit verbundenen Kostentragungspflichten, in : Kunz Peter/Weber Jonas/Lienhard Adreas/Fargnoli Iole/Kren Kostkiewicz Jolanta (édit.), Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, p. 77–95.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 4^e éd., Zurich 2024.

Kuster Matthias, Begriff und Bedeutung der wirtschaftlichen Berechtigung nach Art. 265 und 265a des revidierten SchKG, RSJ 1997, p. 289–296.

Lanter Beat, Die Insolvenzerklärung als Mittel zur Abwehr von Pfändungen, Zurich 1976.

Marchand Sylvain/Hari Olivier, Précis de droit des poursuites, 3^e éd., Zurich 2022.

Marchand Sylvain, La faillite personnelle, entre abus et regrets, JdT 2018 II 4–14.

Margraf Olivier, Verjährung von Verlustscheinforderungen am Beispiel von Steuerforderungen, RF 2016, p. 292–295.

Meier Benedikt, Restschuldbefreiung, Zurich 2012.

Meier Isaak/Hamburger Carlo, Die Entschuldung von Privathaushalten in schweizerischen Recht, RSJ 2014, p. 93–105.

Muster Eric, Le retour à meilleure fortune : un état des lieux, BLSchK 2013, p. 1–19.

Näf Guido/Peyer Daniel, Commentaire de l'art. 265 LP, in : Hunkeler Daniel (édit.), Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Kurzkomentar, 3^e éd., Bâle 2025 (cité : KUKO, Auteur).

Sogo Miguel, Zahlungsunfähigkeit im Vertragsverhältnis, Zurich 2015.

Spahr Christoph, Prozessuales zum Bewilligungsverfahren nach Art. 265a SchKG am Beispiel des Kantons Thurgau, BLSchK 2004, p. 121–136.

Stoffel Walter/Chabloz Isabelle, Voies d'exécution, 3^e éd., Berne 2016.

Schober Roger, Commentaire de l'art. 265 LP, in : Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (édit.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, SK – Schulthess Kommentar, 4^e éd., Zurich 2017 (cité : SK, Auteur).

Vock Dominik/Meister-Müller Danièle, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2e éd., Zurich et al. 2018.

Ziltener Felix, Die Konkurrenz von Konkursverlustscheinsforderungen im Prozess betreffend Feststellung neuen Vermögens, ZZZ 9 (2008), p. 19–28.

Zwahlen Hans, 20 Jahre summarische Feststellung von neuem Vermögen, BLSchK 2017, p. 1–4.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Message concernant la revision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 8 mai 1991, FF 1991 III 1, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1991/3_1_1_1/fr, consulté le 6.3.2025.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 265a SchKG

Eine Kommentierung von Arnaud Constantin

ZITIERVORSCHLAG

Arnaud Constantin, Kommentierung zu Art. 265a SchKG, in: Pasquier Bruno/ Heinzmann Michel (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs

Kurzzitat: OK-Constantin, Art. 265a SchKG N. XXX.

2. Feststellung des neuen Vermögens

Art. 265a

¹ Erhebt der Schuldner Rechtsvorschlag mit der Begründung, er sei nicht zu neuem Vermögen gekommen, so legt das Betreibungsamt den Rechtsvorschlag dem Richter des Betreibungsortes vor. Dieser hört die Parteien an und entscheidet; gegen den Entscheid ist kein Rechtsmittel zulässig.

² Der Richter bewilligt den Rechtsvorschlag, wenn der Schuldner seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse darlegt und glaubhaft macht, dass er nicht zu neuem Vermögen gekommen ist.

³ Bewilligt der Richter den Rechtsvorschlag nicht, so stellt er den Umfang des neuen Vermögens fest (Art. 265 Abs. 2). Vermögenswerte Dritter, über die der Schuldner wirtschaftlich verfügt, kann der Richter

pfändbar erklären, wenn das Recht des Dritten auf einer Handlung beruht, die der Schuldner in der dem Dritten erkennbaren Absicht vorgenommen hat, die Bildung neuen Vermögens zu vereiteln.

⁴ Der Schuldner und der Gläubiger können innert 20 Tagen nach der Eröffnung des Entscheides über den Rechtsvorschlag beim Richter des Betreibungsortes Klage auf Bestreitung oder Feststellung des neuen Vermögens einreichen.

GLIEDERUNG

I. Verfahren.....	262
A. Einspruch wegen Nicht-Rückkehr zu besserem Vermögen (Art. 265a Abs. 1 SchKG).....	262
1. Begründeter Widerspruch.....	262
2. Durch eine Verlustscheinurkunde nach Konkurs festgestellte Forderung	264
B. Prüfung des Einspruchs durch das Amt (Art. 265a Abs. 1 SchKG).....	266
C. Gerichtliche Entscheidung über die Zulässigkeit des Einspruchs (Art. 265a Abs. 1–3 SchKG).....	267
1. Verfahrensrechtliche Aspekte.....	267
2. Entscheidung und fehlende Rechtsmittel	270
D. Feststellungsklage (Art. 265a Abs. 4 SchKG)	272
1. Verfahrensrechtliche Aspekte.....	272
2. Erklärung der Pfändbarkeit von Vermögenswerten Dritter	274
II. Auswirkungen des Einspruchs auf die Betreuung.....	275
A. Aufhebung des Einspruchs.....	275
B. Fortsetzung der Betreuung.....	277
Literaturverzeichnis	278
Materialienverzeichnis.....	282

I. VERFAHREN

- 1 Art. 265a SchKG regelt die Behandlung des Einspruchs wegen Nichtwiederherstellung der Vermögensverhältnisse. Der Schuldner muss zunächst die Einrede erheben (*infra* A). Das Verfahren gliedert sich dann in zwei gerichtliche Phasen, denen eine vorgerichtliche Phase vorausgeht. In der vorgerichtlichen Phase prüft das Amt die formellen Aspekte des Einspruchs (*infra* B). In der ersten gerichtlichen Phase entscheidet der Richter über die Zulässigkeit (*infra* C). Nach dieser Entscheidung können der Gläubiger und der Schuldner in einer zweiten Phase eine Klage auf Feststellung der Rückkehr oder Nicht-Rückkehr zu besserem Vermögen erheben (*infra* D).

A. Einspruch wegen Nicht-Rückkehr zu besserem Vermögen (Art. 265a Abs. 1 SchKG)

1. Begründeter Widerspruch

- 2 Das Amt prüft nicht von Amts wegen, ob der ehemalige Schuldner wieder zu Vermögen gekommen ist. Der Schuldner muss **persönlich** die Einrede geltend machen, indem er Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl oder den Antrag auf privilegierte Beteiligung einlegt (Art. 111 Abs. 4 SchKG). Der Einspruch kann nur von einer natürlichen Person geltend gemacht werden, gegen die nach Abschluss eines Konkursverfahrens eine oder mehrere Verlustscheine ausgestellt wurden (OK-Constantin, Art. 265 SchKG N. 1). Die Rechtspersönlichkeit einer juristischen Person besteht nach diesem Verfahren nicht mehr (Art. 159a Abs. 1 lit. b HRegV; OK-Constantin, Art. 267 SchKG N. 5). Der Widerspruch wirkt gegenüber dem Gläubiger und seinen allfälligen Rechtsnachfolgern (Erben, Zessionare usw.). Er kann auch gegenüber Forderungen geltend gemacht werden, deren Gläubiger nicht am Konkurs beteiligt waren oder deren Forderungen nicht kollodiert wurden (N. 8; Art. 267 SchKG; OK-Constantin, Art. 267 SchKG N. 10), nicht jedoch auf Forderungen, die nach der Konkurseröffnung entstanden sind (N. 12). Das Recht, Einspruch wegen Nichtwiedererlangung des Vermögens zu erheben, geht nicht auf die Erben des ehemaligen Schuldners über, die die Erbschaft ausschlagen können (Art. 566 ff. ZGB).

Art. 265a SchKG ist eine *lex specialis* zu Art. 74 und Art. 75 Abs. 1, 1. Satz 3 SchKG, wonach der Einspruch nicht begründet werden muss. Der Schuldner, der seine Wiederherstellung des Vermögens bestreitet, muss dies daher in seinem Einspruch **ausdrücklich erwähnen**, andernfalls verliert er das Recht, diesen Einwand geltend zu machen (Art. 75 Abs. 2 SchKG). Der Rechtsverlust schliesst die Verfahren nach Art. 85, 85a und 86 SchKG aus. Der Einspruch kann sich auf das Nichtvorliegen eines neuen Vermögens, auf die Forderung selbst oder auf beide Elemente gleichzeitig beziehen. Er gilt als einfache Anfechtung der Forderung, wenn er nicht begründet ist («gewöhnlicher Einspruch», der gemäss den Verfahren von Art. 79 ff. SchKG aufzuheben ist; N 39 ff.). Der Einspruch wegen Nichtwiederkehr des Vermögens beschränkt nicht die Möglichkeit des Schuldners, die Höhe oder das Bestehen der Forderung anzufechten. Die Behörde prüft, ob der Schuldner Einspruch wegen Nichtwiedererlangung des Vermögens erhoben hat, bevor sie ihn gegebenenfalls an den Richter weiterleitet (N. 12). In dieser Phase sind Belege überflüssig (vgl. N. 20 und N. 30).

In der Praxis wird das Erfordernis der Begründung flexibel ausgelegt und nicht 4 verlangt, dass der Schuldner den Widerspruch mit den genauen Worten „*kein neues Vermögen*“ einlegt. **Beispielsweise** wurden folgende Begründungen für einen Widerspruch als ausreichend angesehen: „*Situation unverändert*“, „*bin zu keinem neuen Vermögen gekommen*“, „*ich kann nichts zahlen*“ („*ich kann nichts zahlen*“) oder „*Rechtsvorschlag kein neues Vermögen*“ („*Rechtsvorschlag kein neues Vermögen*“). Nicht ausreichend ist hingegen die bloße Angabe „*ich erhebe Rechtsvorschlag*“ („*Ich erhebe Rechtsvorschlag*“).

Der Rechtsvorschlag und seine Tragweite sind nach dem Grundsatz von Treu 5 und Glauben auszulegen. Nach der Rechtsprechung umfasst der Rechtsvorschlag des Schuldners wegen Nicht-Zurückkehrens zu besserem Vermögen, sofern nicht ausdrücklich anders angegeben, auch einen **Rechtsvorschlag gegen die Forderung selbst** (N. 39 ff.). Beispielsweise lässt die fehlende Interpunktion zwischen den Begriffen „*Rechtsvorschlag kein neues Vermögen*“ ; N. 4) lässt keine klare Unterscheidung zwischen den beiden Teilen der Erklärung zu und lässt nicht erkennen, dass der Rechtsvorschlag nur mit dem Fehlen neuen Vermögens begründet ist. Das Bundesgericht hat jedoch entschieden, dass sich der Rechtsvorschlag nur auf die Rückkehr zu besserem Vermögen bezieht, wenn der Schuldner

«Rechtsvorschlag da kein neues Vermögen» («Rechtsvorschlag da kein neues Vermögen vorhanden»).

- 6 Im Falle eines **Rückzugs** des Rechtsvorschlags wegen Nichtwiederherstellung des Vermögens und mangels ausdrücklicher Präzisierung gehen die kantonale Rechtsprechung und die Lehre aus Rücksicht auf den Schuldner davon aus, dass kein Verzicht auf den Einspruch gegen die Forderung selbst vorliegt. Der Auslegungsgrundsatz „*in dubio pro debitore*“, der eine der Parteien begünstigt und in der Vergangenheit vorherrschte, ist im Übrigen ausgeschlossen (N. 5 zur Auslegung nach dem Vertrauensgrundsatz).
- 7 Unter Androhung des Verfalls (N. 3) muss der Einspruch wegen Nichtwiedererlangung des Vermögens **innerhalb der Einspruchsfrist**, d. h. innerhalb von zehn Tagen nach Zustellung des Zahlungsbefehls, erfolgen (Art. 74 Abs. 1 SchKG und Art. 75 Abs. 2 SchKG in Verbindung mit Art. 265 Abs. 1 SchKG; vgl. Art. 265a SchKG N. 10; vgl. Art. 35 und 33 Abs. 2 SchKG für die Möglichkeit, eine längere Frist zu gewähren oder die Frist zu verlängern). Hat der Schuldner einen unbegründeten Einspruch erhoben, kann er diesen innerhalb dieser Frist ergänzen, jedoch nicht in einem späteren Stadium des Verfahrens (Art. 75 Abs. 2 SchKG). Eine Fristwiederherstellung ist unter den Voraussetzungen von Art. 33 Abs. 4 SchKG möglich. Da kein entschuldbarer Grund vorliegt, ist eine Fristwiederherstellung zugunsten des Schuldners, der nicht erkannt hat, dass die Betreibung auf einem Verlustschein nach Konkurs beruhte, ausgeschlossen (Art. 265 SchKG N. 15; Art. 265a SchKG N. 8). Im Zweifelsfall sollte der ehemalige Schuldner seinen Widerspruch begründen (N. 3 f.) und sich auf die Einrede der Nichtwiederherstellung des Vermögens berufen. Abgesehen von der Anfechtungsklage (Art. 288 SchKG) haben die neuen Gläubiger keine Ansprüche gegenüber dem ehemaligen Schuldner, wenn dieser es versäumt, die Einrede gegenüber einem Gläubiger geltend zu machen, der eine Forderung aus einer früheren Konkursmasse hat.

2. Durch eine Verlustscheinurkunde nach Konkurs festgestellte Forderung

- 8 Der Einspruch wegen Nichtwiedererlangung des Vermögens betrifft Forderungen, die in vor dem Konkurs durchgeführten Betreibungen geltend gemacht wurden und durch eine **Verlustscheinurkunde nach Konkurs** festgestellt wurden oder unter **Art. 267 SchKG** fallen. Liegt eine Verlustscheinurkunde nach Konkurs vor, ist der Gläubiger jedoch nicht

verpflichtet, dies im Betreuungsgesuch anzugeben, da diese Urkunde keine Novation bewirkt (Art. 265 SchKG N. 15) und keinen eigentlichen Schuldtitel darstellt (vgl. Art. 67 SchKG zum Inhalt des Betreuungsgesuchs).

Ein Gläubiger, der im Besitz einer Verlustscheinurkunde nach Konkurs ist, kann eine **Sequesterschaft** gegen den ehemaligen Konkursschuldner beantragen (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG; Art. 265 SchKG N. 9). Wurde die Arrestverfügung angeordnet, kann der ehemalige Schuldner innerhalb von zehn Tagen, nachdem er von der gegen ihn angeordneten Arrestverfügung Kenntnis erhalten hat, beim Richter Einspruch erheben und die Einrede der Nichtwiederherstellung der Vermögensverhältnisse geltend machen (Art. 278 SchKG). Die Verfahren gemäss Art. 265a Abs. 1 bis 3 SchKG werden im Stadium der Betreuung zur Bestätigung der Beschlagnahme im Falle einer Beschlagnahme ohne vorherige Betreuung (Art. 279 SchKG) oder im Stadium der Betreuung vor dem Arrestantrag im Falle einer vorherigen Betreuung eingeleitet. Das Amt ist nicht befugt, die Begründetheit der Einrede zu prüfen; es ist verpflichtet, die Arrestverfügung zu vollstrecken (Art. 274 ff. SchKG) auszuführen. Der Richter, der über die Zulässigkeit des Einspruchs wegen nicht wiederhergestellten Vermögens im Sinne von Art. 265a Abs. 1 SchKG entscheidet, ist nicht an die Beurteilung des Arrestrichters über das Vorliegen oder Nichtvorliegen des Vermögens gebunden (vgl. zum Verfahren: N. 17 ff.).

Nachdem das Bundesgericht die Frage offen gelassen hatte, in welchem Zusammenhang der Einspruch wegen Nichtwiedererlangung des Vermögens steht, , entschied das Bundesgericht, dass die durch die Voraussetzung der Wiederherstellung der Vermögenslage auferlegte Beschränkung das **Rechtsverhältnis** betrifft, das der in einem früheren Konkursverfahren geltend gemachten Forderung zugrunde liegt. Die Einrede kann somit geltend gemacht werden und ausserhalb eines Betreibungsverfahrens materiellrechtliche Wirkungen entfalten. Mit anderen Worten: Der ehemalige Schuldner kann sich darauf berufen, sobald eine solche Forderung zu seinem Nachteil geltend gemacht wird, sei es im Rahmen eines Betreibungsverfahrens (einschliesslich gegen einen möglichen Zessionar; N. 1) oder ausserhalb der Zwangsvollstreckung. Der letzte Fall liegt beispielsweise vor, wenn sich der Schuldner gegen den Gläubiger verteidigt, der Inhaber einer Verlustscheinurkunde nach Konkurs ist und seine Forderung als Verrechnung geltend macht (Art. 120 OR) geltend macht, um eine neue Forderung des ehemaligen Konkursschuldners gegen ihn zu tilgen (d. h. eine Forderung, die

nach der zuvor abgewickelten Konkursmasse entstanden ist; N. 8). Jeandin zufolge sollte die Einrede der Nichtwiederherstellung der Vermögensverhältnisse sogar im Falle einer Konkurserklärung ohne vorherige Betreuung geltend gemacht werden können, wenn der Gläubiger eine Forderung geltend macht, die sich aus einer Verlustscheinurkunde nach Konkurs ergibt (Art. 190 SchKG).

- 11 Der Einspruch wegen Nichtwiederkehr des Vermögens ist **nicht zulässig**, wenn die Forderung durch eine Verlustscheinausstellung nach Pfändung festgestellt wurde, es sei denn, dieser erfolgt für eine Forderung, die durch eine Verlustscheinausstellung nach Konkurs festgestellt wurde (Art. 265 SchKG N. 19) oder eine Forderung betrifft, die vor der Eröffnung des Konkurses entstanden ist und nicht an der Liquidation teilgenommen hat (Art. 267 SchKG; N. 8). Er ist auch nicht zulässig gegen die Verlustscheinausstellung aufgrund eines ausländischen Konkurses (Art. 265 SchKG N 24). Das gesamte Schweizer Vermögen des ehemaligen Schuldners muss Gegenstand einer allgemeinen Zwangsvollstreckung gewesen sein, damit er sich auf Art. 265 f. SchKG bezüglich der Nichtrückkehr zum besseren Vermögen berufen kann. Dies ist der Fall, wenn eine ausländische Konkursentscheidung in der Schweiz gemäss Art. 166 ff. IPRG anerkannt wird.

B. Prüfung des Einspruchs durch das Amt (Art. 265a Abs. 1 SchKG)

- 12 Die Prüfung des Einspruchs durch das Amt ist rein formaler Natur. Sie betrifft die Einhaltung der Zehntagesfrist (N 7) und die Begründungspflicht (N. 3), nicht jedoch auf das Vorliegen und den Abschluss eines vorherigen Konkurses, den Zeitpunkt der Entstehung der Forderung oder die Begründetheit der Einrede der Nichtwiederherstellung der Vermögensverhältnisse (diese letzten Elemente werden vom Richter geprüft; vgl. N. 17 ff. und N. 26 ff.). Nach der Vorprüfung wird der Einspruch **von Amts wegen** dem Richter des Betreibungsgerichts vorgelegt, ohne dass der Schuldner ein Verfahren einleiten muss. Um die Gerichte nicht unnötig zu belasten, ist es in der Zürcher Praxis üblich, dass das Amt den Gläubiger über den Einspruch wegen Nichtwiedererlangung des Vermögens durch den Schuldner informiert und ihm eine Frist von zehn Tagen setzt, um die Betreuung zurückzuziehen, andernfalls wird der Einspruch dem zuständigen Richter vorgelegt. Diese Praxis dient der Verfahrensökonomie, fügt jedoch

einen Schritt hinzu – nämlich die Fristsetzung an den Gläubiger zur «Bestätigung» der Betreibung –, der gesetzlich nicht vorgesehen ist.

Die Auslegung von Art. 265a Abs. 1 SchKG durch die Rechtsprechung ist **formalistisch**. Die Weiterleitung an den Richter erfolgt somit auch dann, wenn der Einspruch offensichtlich unzulässig ist. Dies ist der Fall, wenn der Schuldner nie für insolvent erklärt wurde, wenn die Insolvenz mangels Vermögens ausgesetzt wurde (Art. 230 SchKG; Art. 265 SchKG N. 24), wenn der Konkurs widerrufen wurde (Art. 195 SchKG) oder wenn die betreibbare Forderung nach der Konkurseröffnung entstanden ist. 13

Eine **Beschwerde** im Sinne von Art. 17 SchKG kann erhoben werden, wenn das Amt die Übermittlung des Einspruchs wegen Nichtwiederherstellung der Zahlungsfähigkeit an den Richter verweigert oder verzögert, sei es aus Gründen, die mit der Zulässigkeit des Einspruchs oder der Einrede der Nichtwiederherstellung der Zahlungsfähigkeit selbst zusammenhängen. Das Ausbleiben einer Entscheidung des Amtes über die formelle Gültigkeit des Einspruchs ohne Weiterleitung an den Richter stellt eine klagbare Rechtsverweigerung dar (Art. 17 Abs. 3 SchKG). 14

Anfechtbar, aber nicht nichtig ist die Entscheidung der Behörde, die den Schuldner über seine Rechtsmittel aufklärt und dabei fälschlicherweise auf die Möglichkeit hinweist, sich vor Gericht auf die Nichtwiedererlangung des Vermögens zu berufen (anstelle einer Übermittlung von Amts wegen; N. 12). Der Schuldner ist in einem solchen Fall verpflichtet, zu reagieren, da sonst die Möglichkeit, den Richter im Sinne von Art. 265a Abs. 1 SchKG anzurufen, verwirkt ist. 15

Die **Aufsichtsbehörde** ist zuständig, auf Beschwerde hin zu prüfen, ob der Widerspruch formal gültig ist (N. 3, N. 7 und N. 12). 16

C. Gerichtliche Entscheidung über die Zulässigkeit des Einspruchs (Art. 265a Abs. 1–3 SchKG)

1. Verfahrensrechtliche Aspekte

Das Gericht prüft die Zulässigkeit des Einspruchs, nachdem es die Parteien mündlich oder schriftlich angehört hat (Art. 265a Abs. 1 SchKG; Art. 252 f. ZPO). Er entscheidet endgültig über alle Aspekte im Zusammenhang mit der Einrede der nicht wiedergewonnenen Zahlungsfähigkeit, einschliesslich der 17

bereits vom Amt geprüften Fragen der formellen Zulässigkeit (N. 12 und N. 23). Es gilt das **summarische Verfahren** (Art. 251 lit. d ZPO). Eine vorherige Schlichtung findet nicht statt (Art. 198 lit. a ZPO).

- 18 Die **Zuständigkeit aufgrund des Ortes** des Gerichts des Betreibungsgerichts ist zwingend und ausdrücklich durch Art. 46 ZPO in Verbindung mit Art. 265a Abs. 1 SchKG ausdrücklich vorbehalten. Der Gerichtsstand der Betreibung bestimmt sich nach Art. 46 ff. SchKG und kann sich im Laufe des Verfahrens ändern, wenn der Gläubiger von der Wegzug des ehemaligen Schuldners Kenntnis erhält (Art. 53 *a contrario* SchKG). Das kantonale Recht bestimmt die **materielle Zuständigkeit** (Art. 4 ZPO). Da es sich um die gleiche Art von Verfahren handelt, kann der Gläubiger die Aufhebung des Einspruchs gegen die Forderung selbst im selben Verfahren erwirken (N. 39 ff.), sofern die materielle Zuständigkeit des Richters, der über den Einspruch entscheidet, dieselbe ist wie die des Richters, der über die Aufhebung entscheidet. Es handelt sich um eine Klagehäufung im Sinne von Art. 90 ZPO. Eine Verbindung von Verfahren ist auch möglich, wenn das Rechtsmitteleinzugsverfahren bereits anhängig ist (Art. 125 lit. c ZPO; N. 38 ff.).
- 19 Der **Kostenvorschuss** wird vom ehemaligen Schuldner geleistet, vorbehaltlich der unentgeltlichen Rechtspflege (Art. 117 ff. ZPO). Der Schuldner übernimmt die Rolle des Klägers im Sinne von Art. 98 ZPO, da sein Einspruch wegen Nichtwiedererlangung des Vermögens automatisch die Anrufung des Richters zur Folge hat (N. 12). Der Kostenvorschuss kann sich auf die gesamten voraussichtlichen Gerichtskosten beziehen (Art. 98 Abs. 2 lit. c ZPO). Für die Festsetzung der Gerichtskosten gilt Art. 48 OELP. Gegen Entscheide über Kostenvorschüsse kann innerhalb von zehn Tagen Beschwerde im engeren Sinne erhoben werden (Art. 103 ZPO in Verbindung mit Art. 319 lit. b Ziff. 1 und Art. 321 Abs. 2 ZPO). Das Bundesgericht hat entschieden, dass es nicht willkürlich ist, die Kosten auf der Grundlage objektiver Gründe proportional zwischen Schuldner und Gläubiger aufzuteilen (z. B. um der Schwierigkeit des Gläubigers bei der Beurteilung der finanziellen Lage des Schuldners bei Einleitung der Betreibung und der Verweigerung der Mitwirkung des Schuldners Rechnung zu tragen oder um die Konsequenzen aus der Nichtreduktion der Forderungen des Gläubigers nach Kenntnisnahme der vom Schuldner vorgelegten Unterlagen zu ziehen; vgl. N. 22 zur Anfechtung der Kostenentscheidung). Eine Besonderheit

besteht im Kanton Waadt. Gemäss Ziff. 2 des Rundschreibens des Kantonsgerichts Waadt Nr. 34 vom 22. April 2014 verzichtet der Richter in diesem Kanton systematisch auf die Beantragung eines Kostenvorschusses. Dieses Rundschreiben scheint im Widerspruch zu Art. 98 ZPO zu stehen, da die Frage, ob und in welchem Umfang ein Kostenvorschuss verlangt werden kann, vom Richter in jedem Einzelfall zu prüfen ist und in seinem Ermessen liegt.

Der Beweis wird durch Urkunden erbracht (Art. 254 Abs. 1 ZPO). Andere 20
Beweismittel sind unter den Voraussetzungen von Art. 254 Abs. 2 ZPO zulässig. Die Beweislast trägt der ehemalige Schuldner. Er muss seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse offenlegen und **glaubhaft machen**, dass er nicht wieder zu Vermögen gekommen ist (Art. 265a Abs. 2 SchKG; Art. 265 SchKG N. 28 für den massgebenden Zeitpunkt). Der ehemalige Schuldner muss konkrete Anhaltspunkte dafür liefern, dass er nicht wieder zu besserem Vermögen gekommen ist, indem er beispielsweise Kontoauszüge, Lohnausweise, Verträge (Mietvertrag, Arbeitsvertrag usw.), ein Urteil, das ihn zur Zahlung von Unterhalt verpflichtet, Budgets, Steuererklärungen und Steuerveranlagungen usw. vorlegt. usw. Er muss auch alle Unterlagen vorlegen, die es ermöglichen, sein Vermögen von den Vermögenswerten zu unterscheiden, über die er wirtschaftlich verfügt und die einem Dritten gehören (Art. 265a Abs. 3 SchKG; N. 32 ff.; Art. 265 SchKG N. 31 ff.). Die Frage, ob die Untersuchungsmaxime gilt, ist umstritten (Art. 255 lit. a ZPO). Meiner Meinung nach ist dies der Fall. Obwohl die Betreibung von ihm ausgeht, hat der Gläubiger die Rolle des Beklagten (oder Beschwerdegegners). Soweit möglich, wird er alle Unterlagen vorlegen, die aus Sicht der Wahrscheinlichkeit das Vorhandensein eines neuen Vermögens des ehemaligen Schuldners und/oder von Vermögenswerten, über die dieser wirtschaftlich verfügt, belegen.

Das Widerspruchsverfahren hat zum **Zweck**, die Rolle der Parteien in einer 21
allfälligen nachfolgenden Feststellungsklage zu verteilen (Art. 265a Abs. 4 SchKG; N. 26 ff.), dem Gläubiger zu ermöglichen, die Erfolgsaussichten einer solchen Klage nach Prüfung der vom Schuldner vorgelegten Unterlagen zu beurteilen (vgl. N. 3) und dem Grundsatz der Verfahrensökonomie zu dienen, indem ein ordentliches Verfahren vermieden wird, wenn die Parteien darauf verzichten.

2. Entscheidung und fehlende Rechtsmittel

- 22 Der Richter erklärt den Widerspruch für **zulässig**, wenn er der Ansicht ist, dass der Schuldner nicht wieder zu besserem Vermögen gelangt ist (Art. 265a Abs. 2 SchKG). Er erklärt den Einspruch hingegen für **unzulässig**, wenn er eine Verbesserung der Vermögenslage feststellt und gegebenenfalls den Gesamtbetrag bestimmt, um den sich die Vermögenslage des Schuldners verbessert hat (Art. 265a Abs. 2, 1. Satz SchKG; Art. 265 SchKG N. 25 ff.). Im letzteren Fall wird die Pfändung durch das Amt gemäss Art. 92 ff. SchKG vorgenommen. Der Teil der Entscheidung, der die Kosten und Auslagen sowie deren Verteilung betrifft, kann innerhalb von zehn Tagen im engeren Sinne angefochten werden (Art. 110, 319 lit. b Ziff. 1 und 321 Abs. 2 ZPO). In den meisten Fällen wird dieser Beschwerde innerhalb von 30 Tagen eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde beim Bundesgericht nachgeschoben (Art. 113 ff. BGG), da die Kosten eines summarischen Verfahrens in der Regel nicht den Streitwert von CHF 30'000.- erreichen, der den Weg für eine Beschwerde in Zivilsachen ebnet (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG; N. 19).
- 23 Abgesehen von der Frage der Kosten und Auslagen kann gegen die materielle Entscheidung der ersten Instanz über das Vorliegen einer verbesserten Vermögenslage **kein Rechtsmittel auf kantonaler Ebene** eingelegt werden (Art. 265a Abs. 1, 2. Satz SchKG). Art. 265a Abs. 1 SchKG ist eine Sonderregelung, die vom Grundsatz der doppelten Instanz und vom Erfordernis eines höheren Gerichts gemäss Art. 75 Abs. 2 BGG abweicht. Die so ergangene Entscheidung kann grundsätzlich nicht mit einer zivilrechtlichen Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (vgl. jedoch N. 24 für die Ausnahme bei Formfehlern). Um sie anzufechten und insbesondere eine falsche Anwendung des Betreibungsrechts zu beanstanden, muss die unterlegene Partei eine **Feststellungsklage** gemäss Art. 265a Abs. 4 SchKG vorgesehen ist (N. 26 ff.). Diese Klage ist in der Rechtsmittelbelehrung am Ende der in Anwendung von Art. 265a Abs. 1 SchKG erlassenen Entscheidung zu erwähnen, da diese die Funktion eines Rechtsmittels zur Überprüfung der Einspracheentscheidung hat.
- 24 Das Bundesgericht hat jedoch eine **Ausnahme** für den Fall einer Verletzung von Verfahrensvorschriften entwickelt, die in einer Klage nach Art. 265a Abs. 4 SchKG nicht geltend gemacht werden kann, wie beispielsweise eine Verletzung des **Rechts auf Anhörung** des Beschwerdeführers (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 53 ZPO). Dieser formelle Mangel, der unabhängig von seinen

Auswirkungen auf den Ausgang des Verfahrens geltend gemacht werden kann, eröffnet den Weg für eine zivilrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht (Art. 72 Abs. 2 Bst. a und 75 Abs. 1 BGG) oder eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 BGG) ermöglicht, wenn der Streitwert – der dem Betrag der Betreibung entspricht – CHF 30'000.- nicht erreicht (Art. 74 Abs. 1 Bst. b BGG). Im letzteren Fall geht die Rechtsprechung davon aus, dass die Beschwerde wegen Verletzung des Bundesrechts (Art. 95 lit. a BGG) oder wegen Verletzung der Verfassungsrechte im Falle einer subsidiären Verfassungsbeschwerde (Art. 116 BGG) zulässig ist, wobei von der Anforderung der doppelten kantonalen Instanz abgewichen wird (Art. 75 Abs. 1 BGG; N. 23). Bislang hat das Bundesgericht die Frage offen gelassen, ob eine solche Beschwerde wegen Verletzung anderer Verfahrensgarantien wie dem Recht auf ein unparteiisches und unabhängiges Gericht (Art. 29 Abs. 1 BV; N. 28) zulässig ist.

Wenn der Richter **nicht auf die Sache eingeht** und sich nicht zur ²⁵ Zulässigkeit des Einspruchs wegen Nichtwiederherstellung der Zahlungsfähigkeit äussert (z. B. weil der Schuldner die Entscheidung über den Privatkonkurs [die nicht in einem öffentlichen Register zugänglich ist] nicht vorgelegt hat; N. 13), wenden die Lehre und die kantonale Rechtsprechung Art. 309 lit. b ZPO an und sind der Ansicht, dass gegen die im summarischen Verfahren erlassene Entscheidung über die Unzulässigkeit der Einrede innerhalb von zehn Tagen ein Rechtsmittel im engeren Sinne (Art. 319 ff. ZPO) eingelegt werden kann. Auch wenn diese Frage vom Bundesgericht noch nicht entschieden wurde, ist dieser Ansatz überzeugend: Nur Entscheidungen in der Hauptsache, die sich zu materiellen Fragen des Betreibungsrechts äussern, sind von kantonalen Rechtsmitteln ausgeschlossen (N. 23). Da die Rechtsmittelgestaltung unklar ist und die kantonalen Praktiken potenziell widersprüchlich sind, wäre ein vorsichtiger Prozessführer gut beraten, in einem solchen Fall sowohl eine Beschwerde (innerhalb der Frist von zehn Tagen; Art. 321 Abs. 2 ZPO) als auch eine Feststellungsklage innerhalb der Frist von Art. 265a Abs. 4 SchKG (N. 26) einzureichen.

D. Feststellungsklage (Art. 265a Abs. 4 SchKG)

1. Verfahrensrechtliche Aspekte

- 26 Wenn er am Ende des in Art. 265a Abs. 1 SchKG vorgeschriebenen Verfahrens unterliegt, kann der Schuldner oder der Gläubiger innerhalb von **zwanzig Tagen** nach Zustellung der Verfügung über den Einspruch (N. 22 ff.) vor dem Richter des Betreibungsgerichts eine **Klage in der Hauptsache** auf Feststellung der Nichtrückgabe oder der Rückkehr zu besserem Vermögen erheben. Seit Inkrafttreten der Revision der ZPO am 1. Januar 2025 sieht Art. 145 Abs. 4 ZPO vor, dass die Bestimmungen der ZPO über die Aussetzung von Fristen für alle Klagen gelten, die nach dem SchKG vor einem Richter zu erheben sind. Bei einer unbegründeten Entscheidung beginnt die Frist von zwanzig Tagen ab dem Tag der Zustellung des Dispositivs im Sinne von Art. 239 Abs. 1 ZPO.
- 27 Die Feststellungsklage ist positiv, wenn sie vom Gläubiger ausgeht. Sie ist negativ, wenn sie vom ehemaligen Schuldner ausgeht. Die Klage betrifft ein Verfahren des **reinen Schuldbetreibungsrechts** und stellt einen Zwischenfall des Schuldbetreibungsrechts dar, mit dem festgestellt werden soll, ob der Gläubiger die Betreibung fortsetzen kann oder nicht (N. 38 ff.). Der Streitgegenstand wird durch die Anträge des Klägers begrenzt. Er kann sich auf das Vorhandensein und die Feststellung eines neuen Vermögens und/oder die Berücksichtigung sowie die Pfändbarkeit von Vermögenswerten beziehen, über die der Schuldner wirtschaftlich verfügt (N. 32).
- 28 Die **örtliche Zuständigkeit** ist zwingend (Art. 265a Abs. 4 SchKG *in Verbindung mit* Art. 46 ZPO). Gestützt auf Art. 53 *a contrario* SchKG lässt Bohnet einen Gerichtsstandswechsel während der Betreibung zu, wenn der Gläubiger Kenntnis von der Wohnsitzänderung des Schuldners hat (vgl. auch N. 18). Die **sachliche Zuständigkeit** richtet sich nach kantonalem Recht (Art. 4 ZPO). Der Richter, der den Einspruch wegen Nichtwiedererlangung des Vermögens für zulässig erklärt hat, darf nicht derselbe sein wie der Richter, der über die vom Schuldner eingereichte Feststellungsklage entscheidet (Verbot der «persönlichen Vereinigung»). Nach der Rechtsprechung verstösst eine solche Kumulierung von Funktionen gegen die Garantie eines unparteiischen Gerichts (Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Abs. 1 EMRK; N. 24).

Je nach Streitwert unterliegt die Klage dem ordentlichen **Verfahren** (Art. 219 29 ff. ZPO) oder dem vereinfachten Verfahren (Art. 243 ff. ZPO). Der Streitwert entspricht dem Betrag, auf den sich die beantragte Feststellung bezieht, d. h. dem Betrag der in der Betreibung geltend gemachten Forderung im Falle einer positiven Feststellungsklage (N. 27). Obwohl dieser Fall eher theoretischer Natur ist, kann das summarische Verfahren zur Anwendung kommen, wenn der Kläger, der über ein sofort verfügbares Beweismittel verfügt, den Weg des Schutzes eindeutiger Fälle wählt (Art. 248 lit. b und 257 ZPO *in Verbindung mit* Art. 254 ZPO). Unabhängig vom anwendbaren Verfahren ist eine vorherige Schlichtung gemäss Art. 198 lit. e Ziff. 7 ZPO ausgeschlossen. Die Parteien können Prozesskostenhilfe erhalten, wenn die Voraussetzungen von Art. 117 ff. ZPO erfüllt sind. Meiner Meinung nach hat der Schuldner ein Interesse daran, Prozesskostenhilfe zu beantragen, da ein Verzicht darauf bereits als Hinweis auf seine verbesserte Vermögenslage ausgelegt werden könnte.

Die Maxime der Verhandlung gilt (Art. 55 Abs. 1 ZPO und Art. 255 *a contrario* 30 ZPO) ohne Einschränkung der Beweismittel (vgl.: N. 20). Der Beweisgrad ist derjenige des strengen Beweises (vgl.: N. 20). Unabhängig von seiner Rolle im Prozess trägt der Gläubiger die **Beweislast** für das Vorliegen eines neuen Vermögens (Art. 8 ZGB). Es obliegt dem ehemaligen Schuldner, die Tatsachen vorzubringen und die Beweismittel beizubringen, die es ermöglichen, seine Lasten, den für ein seinem Stand entsprechenden Lebensunterhalt erforderlichen Betrag (Art. 265 SchKG N. 25) und das Nichtvorhandensein eines neuen Vermögens zu bestimmen. Er muss in jedem Fall bei der . Bei einer Verweigerung findet Art. 164 ZPO Anwendung, und das Gericht kann mindestens den Grundbetrag für die Berechnung des Existenzminimums unter Hinzurechnung des entsprechenden Zuschlags berücksichtigen (Art. 265 SchKG N. 29; vgl. Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO für die Möglichkeit, die Kosten in diesem Fall nach Billigkeit aufzuteilen).

Die im Anschluss an die Feststellungsklage gemäss Art. 265a Abs. 4 LP 31 ergangene Entscheidung ist eine Endentscheidung im Sinne von Art. 236 ZPO. Sie kann mit **Berufung** angefochten werden, wenn der Streitwert von CHF 10'000.- erreicht ist (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der Rechtsweg der **Beschwerde** im engeren Sinne (Art. 319 ff. ZPO) steht bei einem geringeren Streitwert offen. Für die Berechnung und Aussetzung der Fristen gelten die Art. 142 ff., 311 Abs. 1 und 321 Abs. 1 ZPO unter Ausschluss der Art. 56 ff. SchKG (vgl. auch N. 26). Gegen den Entscheid der obersten kantonalen Behörde über die

Feststellungsklage kann eine zivilrechtliche Beschwerde beim **Bundesgericht** (Art. 72 ff. BGG). Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) ist zulässig, wenn der Mindeststreitwert von CHF 30'000.- (Art. 74 Abs. 1 BGG) nicht erreicht ist. In diesem Fall sind die Rügen des Beschwerdeführers auf die Verletzung von Verfassungsrechten beschränkt (Art. 116 BGG). Die Fristen für die Beschwerde beim Bundesgericht werden durch das BGG geregelt und berechnet.

2. Erklärung der Pfändbarkeit von Vermögenswerten Dritter

- 32 Erklärt das Gericht den Einspruch wegen Nichtwiederherstellung der Vermögensverhältnisse für unzulässig, kann es den Umfang des neuen Vermögens des ehemaligen Schuldners bestimmen, indem es Vermögenswerte Dritter unter den folgenden **drei Voraussetzungen** für pfändbar erklärt.
- 33 Erstens muss der Schuldner über diese Vermögenswerte **wirtschaftlich verfügen** (Art. 265a Abs. 3, 2. Satz SchKG).
- 34 Zweitens muss das Recht des Dritten vom Schuldner in der für den Dritten **erkennbaren Absicht begründet worden** sein, die Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit zu verhindern (Art. 265a Abs. 3, 2. Satz SchKG; Art. 265 SchKG N. 31). Der Begriff « *zugunsten eines Dritten begründetes Recht* » ist weit auszulegen. Er setzt die Einrichtung eines Mechanismus voraus, der objektiv geeignet ist, das Vermögen des ehemaligen Schuldners rechtlich zu verringern oder dessen Erhöhung zu verhindern. Dies betrifft sowohl die Vornahme einer Handlung durch den Schuldner (z. B. formelle Eigentumsübertragung) als auch die Unterlassung einer Handlung durch den Dritten (z. B. die Bereitstellung einer Sache ohne Eigentumsübertragung an den Schuldner), sofern ein subjektives Element hinzukommt. Dieses Element umfasst den Begriff der *„für den Dritten erkennbaren Absicht“*, der dem Begriff des Vorsatzes bei der Anfechtungsklage entspricht (Art. 288 SchKG).
- 35 Drittens schreibt Art. 95 Abs. 3 SchKG die **Pfändung in letzter Instanz** von Vermögenswerten Dritter vor. Eine solche Pfändung setzt voraus, dass die Vermögenswerte des Schuldners allein nicht ausreichen, um den Gläubiger vollständig zu befriedigen (Art. 265 SchKG N. 31). Die Prüfung dieser Voraussetzung erfolgt durch das Amt zum Zeitpunkt der Pfändung.
- 36 Wie Art. 265 Abs. 2 SchKG betrifft auch Art. 265a Abs. 3 SchKG Vermögenswerte, die Dritten gehören, über die der Schuldner jedoch

wirtschaftlich verfügt. Allerdings hat nur die Anwendung von Art. 265a Abs. 3 SchKG Auswirkungen auf die Rechtsstellung des Dritten. Art. 265 Abs. 2, 3 Satz SchKG ermöglicht es, festzustellen, ob eine Besserung der Vermögenslage des ehemaligen Schuldners vorliegt, ohne die Rechtslage zu beeinflussen. Die **Unterscheidung zwischen Art. 265 Abs. 2 und Art. 265a Abs. 3 SchKG** lautet daher wie folgt: Die alleinige Berücksichtigung von Vermögenswerten, die bei der Bestimmung des neuen Vermögens des Schuldners gemäss Art. 265 Abs. 2 SchKG berücksichtigt werden, hat noch keine Auswirkungen auf die Rechtsstellung des Dritten. Anders verhält es sich mit einer Pfändbarkeitserklärung im Sinne von Art. 265a Abs. 3, 2 Satz SchKG, die immer eine Beschlagnahme dieser Vermögenswerte beinhaltet.

Der von der Pfändbarkeitserklärung seiner Vermögenswerte betroffene Dritte ³⁷ ist nicht Partei im Verfahren nach Art. 265a SchKG und nicht berechtigt, die Entscheidung über die Zulässigkeit des Widerspruchs (N. 22 ff.) oder die Feststellungsklagen nach Art. 265a Abs. 4 SchKG (N. 26 ff.) anzufechten. Er muss seine Rechte an den gepfändeten Vermögenswerten durch eine **Anspruchsklage** im Sinne von Art. 106 bis 109 SchKG geltend machen, die sich auf die Nichterfüllung der Voraussetzungen von Art. 265a Abs. 3 SchKG stützt. Nach der Lehre kann der Dritte in der Feststellungsklage eine Rolle spielen, insbesondere durch eine Haupt- oder Nebenintervention (Art. 73 ff. ZPO). Er kann auch als Zeuge in der Klage oder sogar als sofort verfügbarer Zeuge vorgeladen werden, wenn er die Partei, die sich auf seine Zeugenaussage beruft, bei der Verhandlung begleitet, in der über die Zulässigkeit des Widerspruchs entschieden wird (trotz des summarischen Charakters dieses Verfahrens; N. 17).

II. AUSWIRKUNGEN DES EINSPRUCHS AUF DIE BETREIBUNG

A. Aufhebung des Einspruchs

Der Einspruch wegen Nichtwiedererlangung des Vermögens und die ³⁸ Entscheidung über die Zulässigkeit des Einspruchs haben nur Auswirkungen auf das **laufende Betreibungsverfahren** (N. 27). Das Vorliegen eines neuen Vermögens wird in einer späteren Betreuung zwischen denselben Parteien und wegen derselben Forderung erneut geprüft, wobei zu berücksichtigen ist, dass andere Gläubiger in der Zwischenzeit möglicherweise befriedigt wurden

oder aufgrund früherer Betreibungen einen Teil des neuen Vermögens erhalten haben.

- 39 Die Auswirkungen des Einspruchs des ehemaligen Schuldners auf die Betreibung hängen von dessen Umfang ab. Ein Verfahren zur Aufhebung des Einspruchs ist überflüssig, wenn die Forderung als solche anerkannt ist und sich der Einspruch ausdrücklich auf die Nichtwiedererlangung des Vermögens beschränkt (N. 5). Richtet sich der Widerspruch auch gegen die Forderung, so prüft der Richter nach Art. 265a Abs. 1 bis 3 SchKG den Widerspruch gegen die Forderung selbst nicht. Dieser muss vor der Fortsetzung der Betreibung gerichtlich aufgehoben werden. Dies kann durch ein Verfahren zur endgültigen Aufhebung im Sinne von Art. 80 f. LP, durch ein Verfahren zur vorläufigen Aufhebung der Sperre im Sinne von Art. 82 f. LP oder durch eine Klage auf Anerkennung der Schuld gemäss Art. 79 LP. Das Gesetz sieht keine Koordinationsnorm vor. Laut Jeandin sollte der Richter, der über die Zulässigkeit des Einspruchs zu entscheiden hat, den Schuldner **auffordern**, die Tragweite seines Einspruchs zu präzisieren, wenn Zweifel daran bestehen. Ein unklarer Einspruch, der vom Schuldner auf Aufforderung des Amtes nicht präzisiert wurde, sollte meiner Meinung nach wie ein unbegründeter Einspruch behandelt werden, der sich nur auf die Forderung bezieht (N. 3), so dass eine Aufforderung durch den Richter nicht notwendig erscheint.
- 40 Der Einspruch wegen Nichtwiedererlangung des Vermögensaufbaus setzt den Vollzug der Betreibung an sich nicht aus (vgl. Art. 78 Abs. 1 SchKG). Die Betreibung wird hingegen **ausgesetzt**, wenn der Richter den Einspruch wegen Nichtwiedererlangung des Vermögensaufbaus für vollständig zulässig erklärt. In diesem Fall kann der Gläubiger die Aufhebung des gegen die Forderung gerichteten Einspruchs nicht vor dem Inkrafttreten der Klage auf Feststellung der Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit beantragen (Art. 265a Abs. 4 SchKG), und der Richter wird auf einen Antrag auf Aufhebung nicht eintreten.
- 41 Der Gläubiger kann jedoch die **Aufhebung** des gegen die Forderung gerichteten Einspruchs beantragen, sobald der Richter den Einspruch wegen Nichtwiedererlangung der Zahlungsfähigkeit (ganz oder teilweise) für unzulässig erklärt hat. Die Entscheidung über den Widerspruch, selbst wenn sie unter dem Gesichtspunkt der Glaubhaftigkeit getroffen wurde (N. 20), reicht aus, um den ehemaligen Schuldner vor seinen ehemaligen Gläubigern zu schützen, die in einem solchen Fall nicht den Ausgang der vom Schuldner

eingereichten negativen Feststellungsklage abwarten müssen (Art. 265a Abs. 4 SchKG). Der Gläubiger, dessen Forderung nicht oder nicht mehr bestritten ist, kann auch vor dem Ausgang der oben genannten Klage eine provisorische Pfändung oder ein Inventar (Art. 83 Abs. 1 und 162 in Analogie zum SchKG) beantragen, sobald die Entscheidung über die Zulässigkeit des Einspruchs zu seinen Gunsten ausgefallen ist.

Unterliegt der Schuldner im Verfahren zur vorläufigen Aufhebung der Rechtsverfolgung vor der Entscheidung über die Klage gemäss Art. 265a Abs. 4 SchKG, kann er nicht den Ausgang des Feststellungsverfahrens abwarten. Er muss innerhalb von zwanzig Tagen nach der Aufhebung eine **Klage auf Schuldenbefreiung** erheben (Art. 83 Abs. 2 SchKG). Um Doppelverfahren und das Risiko widersprüchlicher Entscheidungen zu vermeiden, wäre es ratsam, sofort die Aussetzung des Verfahrens nach Art. 83 Abs. 2 SchKG bis zur Entscheidung über die Klage nach Art. 265a Abs. 4 SchKG zu beantragen (Art. 126 ZPO).

Der Eintritt in Kraft einer Entscheidung, die das Nichtvorhandensein eines neuen Vermögens des ehemaligen Schuldners feststellt, **lähmt** die Betreuung endgültig. Sie macht *ex lege* die laufenden oder beschlossenen Rechtsmittelverfahren sowie die in Anwendung von Art. 83 Abs. 1 SchKG angeordneten vorsorglichen Massnahmen (N. 41) gegenstandslos. Da keine Betreuung zu heben ist, würde eine allfällige hängige Schuldbefreiungsklage meiner Meinung nach in einer solchen Konstellation gegenstandslos werden.

B. Fortsetzung der Betreuung

Hat der Schuldner die Einrede der Nichtwiederherstellung der Vermögensverhältnisse geltend gemacht, kann die Betreuung im Sinne von Art. 88 SchKG erst nach Rechtskraft der Feststellungsentscheidung über diese Einrede fortgesetzt werden. Abgesehen von dem Fall, in dem der ehemalige Schuldner keinen Einspruch wegen Nichtwiederkehr des Vermögensmangels einlegt, unterliegt die Fortsetzung der Betreuung somit den drei **folgenden Bedingungen**.

Erstens muss das **neue Vermögen** des ehemaligen Schuldners **endgültig festgestellt** worden sein. Dies ist der Fall, wenn der Schuldner keine Feststellungsklage gegen eine Entscheidung über die Unzulässigkeit des Einspruchs wegen Nichtwiedererlangung des Vermögens einreicht oder, falls

eine Klage im Sinne von Art. 265a Abs. 4 SchKG eingereicht wurde, wenn die Entscheidung über die Feststellung der Wiedererlangung des Vermögens rechtskräftig geworden ist. Erklärt das Gericht den Einspruch für unzulässig, entspricht der vom Gericht festgelegte Betrag, um den sich das Vermögen des Schuldners verbessert hat (Art. 265 Abs. 2 SchKG *in Verbindung mit* Art. 265a Abs. 3 SchKG), der in der Regel unter dem Betrag der betreibbaren Forderung liegt, dem Betrag, bis zu dem die Betreibung fortgesetzt werden kann. Er hängt auch vom Ausgang des Rechtsmittelverfahrens ab, mit dem die Einsprache aufgehoben werden soll, falls sie auch die Forderung betrifft.

- 46 Zweitens muss, falls die Einsprache auch gegen die Forderung gerichtet war, diese Einsprache durch die Verfahren gemäss **Art. 79 bis 84 SchKG** aufgehoben worden sein (N. 38 ff.). Ein solches Verfahren ist überflüssig, wenn sich der Einspruch nur auf die Nichtwiederherstellung der Zahlungsfähigkeit bezieht (N. 5); die Fortsetzung der Betreibung kann beantragt werden, sobald über die Einrede gemäss Art. 265a SchKG endgültig entschieden wurde.
- 47 Drittens muss die **Frist** von einem Jahr ab Zustellung des Zahlungsbefehls eingehalten werden (Art. 88 Abs. 2 SchKG). Diese Frist läuft nicht, solange die Einrede der Nichtwiederherstellung der Zahlungsfähigkeit nicht endgültig abgewiesen worden ist.

LITERATURVERZEICHNIS

Abbet Stéphane/Veuillet Ambre, *La mainlevée de l'opposition*, 2^e éd., Berne 2022.

Amonn Kurt/Walther Fridolin, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 9^e éd., Berne 2013.

Bohnet François, *Commentaire pratique, Actions civiles, Volume I : CC, LPD et LP*, 3^e éd., Bâle 2025.

Bovey Grégory, *Commentaire des art. 72 et 75 LTF*, in : Aubry Girardin Florence et al. (édit.), *Commentaire de la LTF*, 3^e éd., Berne 2022.

Brönnimann Jürgen, *Neuerungen bei ausgewählten Klagen des SchKG*, RDS 1996 I 211–239 (cité : Brönnimann, RDS 1996).

Brönnimann Jürgen, *Zur Verrechnung mit einer Konkursverlustscheinsforderung*, in : Riemer Hans Michael/Kuhn Moritz/

Vock Dominik/Gehri Myriam (édit.), Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Zurich 2005, p. 45–54 (cité : Brönnimann, *Mélanges Spühler*).

Brunner Alexander/Reutter Mark/Schönmann Zeno/Talbot Philip, Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG, 3^e éd., Berne 2019.

Engler Thomas, Aus der neueren Zürcher Rechtsprechung zum SchKG, BLSchK 2023, p. 113–125.

Fürstenberger Beat, Einrede des mangelnden und Feststellung neuen Vermögens nach revidiertem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz – Unter besonderer Berücksichtigung der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft, Bâle et al. 1999.

Gasser Dominik, Nachlassverfahren, Insolvenzerklärung und Feststellung des neuen Vermögens nach rev. SchKG, RJB 1996, p. 1–25.

Gilliéron Pierre-Robert, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Loi du 11 avril 1889, texte en vigueur le 1^{er} janvier 1997, Articles 159-270, Lausanne 2001.

Gut Beat/Rajower Felix/Sonnenmoser Brigitta, Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens, unter besonderer Berücksichtigung der zürcherischen Praxis, PJA 1998, p. 529–546.

Huber Ueli/Sogo Miguel, Commentaire de l'art. 265a LP, in : Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (édit.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, vol. II, 3^e éd., Bâle 2021 (cité : BSK, Auteur).

Jaeger Carl/Walder Hans Ulrich/Kull Thomas/Kottmann Martin, Commentaire de l'art. 265a LP, in : Jaeger Carl et al. (édit.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, Art. 159-292, 4^e éd., Zurich 1999.

Jeandin Nicolas, Actes de défaut de biens et retour à meilleure fortune selon le nouveau droit, SJ 1997, p. 261–309 (cité : Jeandin, SJ 1997).

Jeandin Nicolas, Commentaire de l'art. 265a LP, in : Foëx Benedict/Jeandin Nicolas/Braconi Andrea/Benoît Chappuis (édit.), Commentaire romand, Poursuite et faillite, Commentaire de la loi de la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi sur le droit international privé, 2^e éd., Bâle 2025 (cité : CR, Auteur).

Junker Rudolf, Rechtsvorschlag : kein neues Vermögen (Art. 265a SchKG), in : Flückiger Max et al. (édit.), Solothurner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1998, Soleure 1998, p. 579–608.

Krampf Michael, « Kein neues Vermögen » : Die Praxis zum Rechtsvorschlag, Plädoyer 6 (2013), p. 72–77.

Krauskopf Florence, La mainlevée provisoire : quelques jurisprudences récentes, JdT 2008 II 23–46.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Commentaire de l'art. 265a LP, in : Kren Kostkiewicz (édit.), SchKG Kommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, OFK – Orell Füssli Kommentar, 20^e éd., Zurich 2020 (cité : OFK, Auteur).

Kren Kostkiewicz Jolanta/Milani Dominik, Das Bewilligungsverfahren bei der Einrede mangelnden neuen Vermögens (Art. 265a SchKG) unter Berücksichtigung der Parteirollenverteilung und den damit verbundenen Kostentragungspflichten, in : Kunz Peter/Weber Jonas/Lienhard Adreas/Fagnoli Iole/Kren Kostkiewicz Jolanta (édit.), Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, p. 77–95.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 4^e éd., Zurich 2024.

Kuster Matthias, Begriff und Bedeutung der wirtschaftlichen Berechtigung nach Art. 265 und 265a des revidierten SchKG, RSJ 1997, p. 289–296.

Marchand Sylvain/Hari Olivier, Précis de droit des poursuites, 3^e éd., Zurich 2022.

Martin Pascal, L'autorité de la chose jugée des décisions rendues en application de la LP (deuxième partie), BLSchK 2025, p. 67–84.

Muster Eric, Le retour à meilleure fortune : un état des lieux, BLSchK 2013, p. 1–19 (cité : Muster, BLSchK 2013).

Muster Eric, La nouvelle procédure civile et le droit des poursuites et des faillites, JdT 2011 II 75–103 (cité : Muster, JdT 2011).

Näf Guido/Peyer Daniel, Commentaire de l'art. 265a LP, in : Hunkeler Daniel (édit.), Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Kurzkommentar, 3^e éd., Bâle 2025 (cité : KUKO, Auteur).

Neuenschwander Anouk, Pratique vaudoise récente en matière de LP, BLSchK 2023, p. 66–89.

Peter Hansjörg, Introduction au droit des poursuites et des faillites, Berne 2023.

Peter Hansjörg, Le point sur le droit des poursuites et des faillites, RSJ 2015, p. 393–398.

Portmann Bruno, Darf eine bestrittene Verlostscheinforderung gegen den Konkursiten, der noch nicht zu neuem Vermögen gekommen ist, mit der Leistungsklage geltend gemacht werden ?, RSJ 1960, p. 97–101.

Probst Linda, Unentgeltliche Rechtspflege im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, BLSchK 2023, p. 177–187.

Rüetschi Sven, Vorfragen im schweizerischen Zivilprozess, Zurich 2011.

Spahr Christoph, Prozessuales zum Bewilligungsverfahren nach Art. 265a SchKG am Beispiel des Kantons Thurgau, BLSchK 2004, p. 121–136.

Spühler Karl/Dolge Annette, Schuldbetreibungs- und Konkurrecht I, Betreibungs- und Arrestrecht, Zurich 2020.

Schober Roger, Commentaire de l'art. 265a LP, in : Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (édit.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, SK – Schulthess Kommentar, 4^e éd., Zurich 2017 (cité : SK, Auteur).

Stoffel Walter/Chabloz Isabelle, Voies d'exécution, 3^e éd., Berne 2016.

Studer Josef/Zöbeli Markus, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 6^e éd., Zurich 2023.

Vock Dominik/Meister-Müller Danièle, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2^e éd., Zurich et al. 2018.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Message concernant la revision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 8 mai 1991, FF 1991 III 1, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1991/3_1_1_1/fr, consulté le 6.3.2025.

Message relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit) du 26 février 2020, FF 2020 2607, disponible sur <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/653/fr>, consulté le 6.3.2025.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 265b SchKG

Eine Kommentierung von Arnaud Constantin

ZITIERVORSCHLAG

Arnaud Constantin, Kommentierung zu Art. 265b SchKG, in: Pasquier Bruno/Heinzmann Michel (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs

Kurzzitat: OK-Constantin, Art. 265b SchKG N. XXX.

3. Ausschluss der Konkurseröffnung auf Antrag des Schuldners

Art. 265b

Widersetzt sich der Schuldner einer Betreibung, indem er bestreitet, neues Vermögen zu besitzen, so kann er während der Dauer dieser Betreibung nicht selbst die Konkurseröffnung (Art. 191) beantragen.

GLIEDERUNG

I. Konkurs auf Antrag des Schuldners 285

II. Konkurs auf Antrag des Gläubigers..... 287

Literaturverzeichnis 287

Materialienverzeichnis..... 288

I. KONKURS AUF ANTRAG DES SCHULDNERS

Der Richter erklärt den Konkurs des Schuldners, der seine 1
Zahlungsunfähigkeit gerichtlich geltend macht und die Vorauszahlung
rechtzeitig leistet oder davon befreit ist, es sei denn (i) eine gütliche Einigung
über die Schulden ist möglich (Art. 191 Abs. 2 SchKG *in Verbindung mit* Art.
333 ff. SchKG), (ii) wenn der Schuldner bereits in Konkurs ist (Art. 206 Abs. 3
SchKG [Verbot von Parallelkonkursen]) oder (iii) wenn er geltend gemacht hat,
dass keine Besserung seiner Vermögenslage eingetreten ist (OK-Constantin,
Art. 265b SchKG [Verbot von Kettenkonkursen]). Der kommentierte Artikel
verbietet dem ehemaligen Schuldner, während der Dauer einer gegen ihn
eingeleiteten Betreibung für eine Forderung, die in einem früheren Konkurs
enthalten war und gegen die er wegen fehlender Währungsverbesserung
Widerspruch eingelegt hat, seinen **eigenen Konkurs gemäss Art. 191 SchKG**
zu beantragen (N. 5). Das Verbot gilt für alle Betreibungen gegen den
ehemaligen Konkurschuldner, auch wenn er erneut einem allgemeinen
Vollstreckungsverfahren unterliegt (Art. 39 SchKG).

Vor der Revision von 1994 konnte der Schuldner das System umgehen und 2
sich der neuen Betreibung entziehen, die gegen ihn wegen einer vor der
Konkurseröffnung entstandenen Forderung eingeleitet worden war, indem er
Einspruch wegen Nichtwiederherstellung der Zahlungsfähigkeit einlegte und
sich vor Gericht für zahlungsunfähig erklärte. In diesem Fall erhielt der
Gläubiger, der nach dem (ersten) Konkurs eine Verlustscheinurkunde besass,
nur eine eventuelle Dividende nach Abschluss eines neuen allgemeinen
Vollstreckungsverfahrens. Die Betreibung verlor nicht nur ihren Sinn, sondern
ihr Erfolg hing darüber hinaus vom Verhalten des Schuldners ab. Seit der oben
genannten Revision hat der Gesetzgeber die Möglichkeit des Schuldners,
seinen eigenen Konkurs zu beantragen, eingeschränkt, um eine
missbräuchliche Insolvenzerklärung seitens des ehemaligen
Konkurschuldners auszuschließen, indem er die Position der Gläubiger mit
einer Verlustscheinurkunde gestärkt hat. Ziel ist es, **die Wirksamkeit von**
Art. 265 f. SchKG sicherzustellen und eine wirksame Pfändung des
Vermögens des ehemaligen Konkurschuldners zu gewährleisten.

Nach überwiegender Auffassung in Lehre und Zürcher Praxis sollte der 3
Schuldner generell keinen Privatkonkurs beantragen können, solange eine
Betreibung wegen einer in einem früheren Konkurs enthaltenen Forderung

hängig ist. Einige Autoren legen Art. 265b SchKG *a fortiori* aus. Ihrer Ansicht nach gilt das Verbot, einen Privatkonkurs zu beantragen, auch dann, wenn der Schuldner **keinen Einspruch** unter Berufung auf die Nichtwiederherstellung seiner Zahlungsfähigkeit eingelegt oder einen solchen Einspruch **zurückgezogen** hat. Andere Autoren und das Zürcher Obergericht stützen sich auf das Verbot einer missbräuchlichen Insolvenzerklärung und kommen zum gleichen Schluss. Ich schliesse mich dieser letzten Meinung an, die auch auf einer teleologischen Auslegung des Gesetzes nach der Revision beruht (N. 2). Damit soll verhindert werden, dass der Schuldner die Art. 265 bis 265b SchKG sowie Art. 191 SchKG umgehen kann, indem er seinen Einspruch zurückzieht oder es unterlässt, Einspruch wegen Nichtwiederkehr der Zahlungsfähigkeit zu erheben, um seinen eigenen Konkurs zu beantragen.

- 4 Der Richter, der auf Antrag des Schuldners im Sinne von Art. 191 SchKG zu entscheiden hat, prüft **von Amts wegen**, ob gegen den Schuldner bereits ein Konkursverfahren eröffnet worden ist und, wenn ja, ob der Schuldner in einer laufenden Betreibung wegen einer vor dem Konkurs entstandenen Forderung die Nichtwiederherstellung der Vermögensverhältnisse geltend gemacht hat (Art. 255 lit. a ZPO). Nach Zürcher Praxis kann der Richter die eröffnete Konkursöffnung sogar rückwirkend für null und nichtig erklären, ohne Rücksicht auf Art. 265b SchKG.
- 5 Das Verbot, den eigenen Konkurs zu beantragen, gilt ab dem Abschluss des (ersten) Konkurses. Es dauert **bis zum Abschluss des Betreibungsverfahrens**, in dem der Schuldner Einspruch wegen Nichtwiederherstellung der Zahlungsfähigkeit erhoben hat (N. 1). Es endet mit dem Erlöschen der Betreibung, wenn der Richter den Einspruch wegen nicht eingetretener Besserung für zulässig erklärt oder wenn der Schuldner in den Verfahren nach Art. 265a SchKG obsiegt (OK-Constantin, Art. 265a SchKG N. 17 ff. und N. 26 ff.). Wird der Schuldner als wieder zahlungsfähig angesehen, gilt das Verbot bis zum Abschluss des Betreibungsverfahrens, d. h. bis klar ist, dass sein «ordentlicher» Einspruch gegen die Forderung (OK-Constantin, Art. 265a SchKG N. 38 ff.) nicht aufgehoben werden kann, bis zur Verwertung und Verteilung der Gelder oder bis zum Erlöschen der Betreibung durch Zeitablauf (Art. 88 Abs. 2 SchKG).

II. KONKURS AUF ANTRAG DES GLÄUBIGERS

Art. 265b SchKG verhindert nur den Konkurs ohne vorherige Betreuung auf Antrag des Schuldners. Ein **neuer Konkurs auf Antrag des Gläubigers bleibt möglich**. Ein solcher Konkurs betrifft eine Forderung, die nach der Eröffnung des ersten Konkurses entstanden ist. Er setzt voraus, dass der ehemalige Konkursschuldner noch immer einem Konkursverfahren unterliegt (Art. 39 SchKG) oder dass ein Konkurs ohne vorherige Betreuung gemäss Art. 190 SchKG in Betracht kommt.

Forderungen, für die bereits eine Verlustscheinausstellung erfolgt ist, werden im neuen Konkurs nicht bevorzugt behandelt. Sie werden gleichgestellt mit Forderungen, die nach dem ersten Konkurs entstanden sind. Auch neue Gläubiger werden nicht bevorzugt behandelt. Es gilt der Grundsatz der Gleichheit der Gläubiger.

LITERATURVERZEICHNIS

Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9^e éd., Berne 2013.

Chabloz Isabelle, L'ouverture de la faillite : situation actuelle et mise en perspective, RSDA 2016, p. 357–369.

Dallèves Louis, Règlement amiable ou judiciaire des dettes selon la LP révisée, PJA 1995, p. 1564–1570.

Gilliéron Pierre-Robert, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Loi du 11 avril 1889, texte en vigueur le 1^{er} janvier 1997, Articles 159-270, Lausanne 2001.

Gut Beat/Rajower Felix/Sonnenmoser Brigitta, Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens, unter besonderer Berücksichtigung der zürcherischen Praxis, PJA 1998, p. 529–546.

Huber Ueli/Sogo Miguel, Commentaire de l'art. 265b LP, in : Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (édit.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, vol. II, 3^e éd., Bâle 2021 (cité : BSK, Auteur).

Jeandin Nicolas, Actes de défaut de biens et retour à meilleure fortune selon le nouveau droit, SJ 1997, p. 261–309 (cité : Jeandin, SJ 1997).

Jaeger Carl/Walder Hans Ulrich/Kull Thomas/Kottmann Martin, Commentaire de l'art. 265b LP, in : Jaeger Carl et al. (édit.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, Art. 159-292, 4^e éd., Zurich 1999.

Jeandin Nicolas, Commentaire de l'art. 265b LP, in : Foëx Benedict/Jeandin Nicolas/Braconi Andrea/Benoît Chappuis (édit.), Commentaire romand, Poursuite et faillite, Commentaire de la loi de la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi sur le droit international privé, 2^e éd., Bâle 2025 (cité : CR, Auteur).

Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 4^e éd., Zurich 2024.

Näf Guido/Peyer Daniel, Commentaire de l'art. 265b LP, in : Hunkeler Daniel (édit.), Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Kurzkomentar, 3^e éd., Bâle 2025 (cité : KUKO, Auteur).

Stoffel Walter/Chabloz Isabelle, Voies d'exécution, 3^e éd., Berne 2016.

Schober Roger, Commentaire de l'art. 265b LP, in : Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (édit.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, SK – Schulthess Kommentar, 4^e éd., Zurich 2017 (cité : SK, Auteur).

Vock Dominik/Meister-Müller Danièle, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2^e éd., Zurich et al. 2018.

Vouilloz François, La faillite à la demande du débiteur et le règlement amiable des dettes, Une réforme (presque) inutile, ECS (3) 2001, p. 247.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Message concernant la revision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 8 mai 1991, FF 1991 III 1, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1991/3_1_1_1/fr, consulté le 6.3.2025.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 266 SchKG

Eine Kommentierung von Arnaud Constantin

ZITIERVORSCHLAG

Arnaud Constantin, Kommentierung zu Art. 266 SchKG, in: Pasquier Bruno/Heinzmann Michel (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs

Kurzzitat: OK-Constantin, Art. 266 SchKG N. XXX.

F. Abschlagsverteilungen

Art. 266

¹ Abschlagsverteilungen können vorgenommen werden, sobald die Frist zur Anfechtung des Kollokationsplanes abgelaufen ist.

² Artikel 263 gilt sinngemäss.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines..... 291

II. Verfahren 293

III. Beschwerde (Art. 17 SchKG) 294

Literaturverzeichnis 296

I. ALLGEMEINES

Art. 266 SchKG ermöglicht eine Abweichung von der Regel, wonach die 1
Verteilung der Gelder erfolgt, sobald die Aktiv- und Passivmasse endgültig
bestimmt sind (Art. 261 SchKG in Verbindung mit Art. 83 OHG). Er erlaubt
eine oder mehrere vorläufige Verteilungen des Konkurserlöses nach Ablauf
der Frist für die Anfechtung der Kollokationsverfügung (Art. 250 SchKG),
auch wenn ein Gerichtsverfahren anhängig ist. Dieser Artikel ermöglicht es,
bestimmte Forderungen durch **vorzeitige Verteilung** vor der
Schlussverteilung, vor Abschluss des Konkursverfahrens und vor Erstellung
der Schlussverteilungstabelle im Sinne von Art. 83 OHG ganz oder teilweise
zu tilgen. Seit dem 1. August 2021 gilt er sogar bei summarisch abgewickelten
Konkursen, nachdem Art. 96 lit. c OHG aufgehoben wurde, der es der
Konkursbehörde bisher untersagte, in solchen Fällen vorläufige Verteilungen
vorzunehmen.

Die Tatsache, dass die Kollokationsverfügung für alle Forderungen 2
rechtskräftig geworden ist, ist nicht massgebend. Vor der Entscheidung über
strittige Kollokationen können die Gläubiger, deren Forderungen in der
Kollokationsverfügung **endgültig anerkannt** wurden, somit ihren
voraussichtlichen Dividendenanteil erhalten. Den Gläubigern steht es frei, die
vorzeitige Verteilung zu akzeptieren oder die endgültige Verteilung
abzuwarten.

Die Gläubiger, deren Forderungen **noch nicht anerkannt oder umstritten** 3
sind, haben keinen Anspruch auf eine vorläufige Verteilung vor der
Feststellung der Rangfolge. Gemäss Art. 82 Abs. 2 OAOF nimmt die
Konkursverwaltung keine sofortige vorläufige Verteilung der Dividenden vor,
die streitigen Forderungen oder Forderungen betreffen, die einer
aufschiebenden Bedingung oder einer ungewissen Frist unterliegen (Art. 264
Abs. 3 LP). Dieser Artikel gilt auch, wenn nur der Rang der Forderung
bestritten wird. Das Gleiche gilt für Forderungen, über deren Zulassung noch
nicht endgültig entschieden wurde, und für verspätete Nachreichungen, die
dennoch berücksichtigt werden, wenn sie vor der vorläufigen Verteilung
erfolgen (Art. 251 Abs. 3 SchKG; Art. 82 Abs. 2, 2. Satz OAOF). Dividenden, die
sich auf eine im Ausland durch ein Pfandrecht gesicherte Forderung beziehen
und nicht in die in der Schweiz eröffnete Konkursmasse fallen, werden bis zur
Verwertung des Pfandrechts im Ausland einbehalten und dem Gläubiger nur

insoweit ausbezahlt, als er bei dieser Verwertung ungedeckt geblieben ist (Art. 62 OAOF). Die Beträge, die den oben genannten Forderungen entsprechen, werden von der Konkursverwaltung zur späteren Verteilung einbehalten und hinterlegt und sind verzinslich (vgl. Art. 209 SchKG). Ändert sich der Status der Forderung vor der endgültigen Verteilung, beispielsweise wenn eine aufschiebende Bedingung eintritt, kann dies bei späteren provisorischen Verteilungen berücksichtigt werden.

- 4 Art. 266 SchKG nennt nur eine **zeitliche Bedingung**, um zu bestimmen, ab wann eine vorläufige Verteilung möglich ist. Eine solche Verteilung kommt erst dann in Betracht, wenn die Zusammensetzung der Kollokationsliste so genau ist, dass die Aussicht auf eine Verteilung der Gelder beurteilt werden kann (N. 1). Die Rechtsprechung und die Lehre haben zwei zusätzliche Bedingungen entwickelt.
- 5 Erstens unterliegt die vorläufige Verteilung der **Einhaltung von Art. 220 SchKG**. Innerhalb derselben Klasse müssen die Gläubiger gleich behandelt werden. Sie erhalten somit eine Anzahlung in gleicher Höhe (Art. 220 Abs. 1 SchKG; Grundsatz der Gleichheit der Gläubiger derselben Klasse). Die vollständige Bezahlung der privilegierten Gläubiger muss sichergestellt sein, bevor die Gläubiger der dritten Klasse eine Teildividende erhalten (Art. 220 Abs. 2 SchKG).
- 6 Zweitens setzen die oben genannten Zahlungen und die Leistung von Abschlagszahlungen voraus, dass die Konkursmasse über **ausreichend Mittel** verfügt, um die endgültige Verteilung nicht zu gefährden. Einfache Schätzungen der künftigen Einnahmen und Ausgaben reichen nicht aus, da sich die Konkursverwaltung auf den tatsächlichen Verwertungserlös der bereits realisierten Vermögenswerte stützen muss. Die Berechnung der provisorischen Verteilung muss so erfolgen, dass die Begleichung der Schulden der Masse, allfälliger weiterer Kosten der Masse und der Verfahrenskosten im Sinne von Art. 262 SchKG sowie die durch Pfandrechte gesicherten Forderungen gedeckt sind, auch wenn diese Kosten erst später anfallen. Die Kosten der vorläufigen Verteilung müssen ebenfalls durch den Verwertungserlös gedeckt sein, der hoch genug sein muss, um zusätzlich eine vorläufige Dividende auszuschütten. Dies ist in der Regel bei der Verwertung einer mit einem Pfandrecht belasteten Liegenschaft der Fall. Der Erlös aus den verpfändeten Vermögenswerten dient jedoch nur zur Deckung der Kosten für die Inventarisierung, Verwaltung und Verwertung des Pfandrechts (Art. 262

Abs. 2 SchKG). Er darf nicht zur Befriedigung der ungesicherten Gläubiger verwendet werden. Der Restbetrag fließt in die allgemeine Liquidationsrechnung.

II. VERFAHREN

Es besteht **keine Verpflichtung** zur Ausschüttung einer provisorischen 7 Dividende. Die Entscheidung liegt im Ermessen des zuständigen Organs.

Die Konkursverwaltung ist **zuständig für** die Durchführung vorläufiger 8 Ausschüttungen. Sie ist auch zuständig für die Verweigerung der Zahlung der vorläufigen Dividende, beispielsweise unter Berufung auf die Verrechnung mit einem der Gläubiger. Sie ist auch befugt, die Rückzahlung eines etwaigen Überschusses der vorläufigen Dividende zu verlangen, der den Gläubigern zu Unrecht ausbezahlt wurde, einschließlich der Einleitung einer Rückforderungsklage, wenn die Höhe des zu viel erhaltenen Betrags bekannt ist. Die Konkursverwaltung haftet, wenn der fehlende Betrag nicht zurückgefordert werden kann (Art. 5 SchKG). Die zweite Gläubigerversammlung oder eine spätere Versammlung wird nach Einreichung der Kollokationsverfügung einberufen (Art. 252 Abs. 1 SchKG) und hat ebenfalls die souveräne Befugnis, eine oder mehrere provisorische Verteilungen anzuordnen (Art. 253 Abs. 2 SchKG). Die Höhe der vorläufigen Verteilung wird in diesem Fall von der Konkursverwaltung festgelegt. Ist eine Aufsichtsbehörde eingesetzt und fällt die vorläufige Verteilung in ihren Zuständigkeitsbereich, so obliegt die Anordnung der vorläufigen Verteilung der Aufsichtsbehörde (Art. 237 Abs. 3 Ziff. 5 SchKG). Die Gläubigerversammlung kann ihr diese Zuständigkeit entziehen, da die Aufsichtsbehörde nicht unabhängig zur Durchführung der vorläufigen Verteilung befugt ist (vgl. Art. 237 Abs. 3 SchKG). In diesem Fall und wenn keine Aufsichtsbehörde eingesetzt wurde, liegt die Zuständigkeit für die Anordnung der vorläufigen Verteilung bei der Konkursverwaltung und der zweiten Gläubigerversammlung.

Vor jeder vorläufigen Verteilung erstellt die Konkursverwaltung eine 9 **vorläufige Verteilungstabelle**, die während zehn Tagen beim Amt hinterlegt bleibt (Art. 263 Abs. 1 SchKG, anwendbar durch Verweis in Art. 266 Abs. 2 SchKG; Art. 82 Abs. 1, 1. Satz OAO; vgl. im Folgenden Art. 231 Abs. 3 Ziff. 4 LP, wonach bei einer summarischen Liquidation keine Hinterlegung der Verteilungsliste erforderlich ist). Die Hinterlegung wird den Gläubigern durch

Übersendung des Auszugs über ihre Dividende mitgeteilt (Art. 263 Abs. 2 LP; Art. 266 Abs. 2 SchKG; Art. 82 Abs. 1, 2 Satz OAOF).

- 10 Der **Eintritt der provisorischen** Verteilungsliste ist eine Voraussetzung für die Verteilung der Gelder (vgl. N. 4). Vor der Verteilung des Konkurserlöses an die Gläubiger muss die Konkursverwaltung sicherstellen, dass innerhalb der gesetzlichen Frist von zehn Tagen keine Beschwerde gegen die Verteilungsliste bei der Aufsichtsbehörde eingegangen ist (Art. 88, 1. Satz OAOF). Sie wartet die Klärung der Beschwerden ab, bevor sie die Verteilung vornimmt (Art. 88, 2. Satz OAOF). Sie kann jedoch bereits die vorläufigen Dividenden auszahlen, die nicht beanstandet werden, da die vorläufige Verteilungstabelle für diese Ausschüttungen teilweise rechtskräftig geworden ist.
- 11 Art. 150 SchKG findet durch Verweis in Art. 264 Abs. 2 SchKG Anwendung, sodass für die **Rückgabe des Titels** der Forderung dieselben Regeln gelten wie für das Pfändungsverfahren. Die Konkursverwaltung sollte darauf achten, dass diese Titel vor der Vornahme vorläufiger Ausschüttungen vorgelegt werden.

III. BESCHWERDE (ART. 17 SCHKG)

- 12 Gegen die vorläufige Verteilungsliste und den Beschluss über die vorläufige Verteilung kann innerhalb von **zehn Tagen**, nachdem der Beschwerdeführer von der Massnahme Kenntnis erhalten hat, bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde erhoben werden (Art. 17 SchKG). Der Beginn der Frist entspricht grundsätzlich dem Tag, an dem der Gläubiger die Mitteilung gemäss Art. 263 Abs. 2 SchKG und Art. 82 Abs. 1 OHG erhalten hat (N. 9). Vorläufige Verteilungen, die ohne vorläufige Verteilungstabelle vorgenommen werden, können ebenfalls beanstandet werden (Art. 17 SchKG in Verbindung mit Art. 241 SchKG). In diesem Fall beginnt die Frist von zehn Tagen mit der Kenntnisnahme der Massnahme. Eine Beschwerde, die sich nur gegen die endgültige Verteilungstabelle richtet, um die vorläufige Verteilungstabelle anzufechten, ist verspätet und daher unzulässig.
- 13 Gemäss den Vorschriften in Verbindung mit Art. 17 SchKG steht die **Beschwerdelegitimation** dem/den **Gläubiger(n)** zu. Der Gläubiger, der seine Forderung angemeldet hat, oder der Massegläubiger hat ein schutzwürdiges Interesse daran, gegen eine vorläufige Verteilung Einspruch zu

erheben, wenn er der Ansicht ist, dass die ihm zustehende Konkursdividende gefährdet ist. Er verliert hingegen sein praktisches und aktuelles Interesse an einer Beschwerde, sobald er vollständig befriedigt worden ist.

Vorbehaltlich seines Rechts auf Anhörung zu den Nachweisen (Art. 244 Abs. 2 LP; OK-Constantin, Art. 265 LP N. 12) keine Beteiligung des **Konkursdebtors** am Verfahren zur Prüfung und Rangordnung der Forderungen vorsieht, wird seine Rechtsstellung durch die vorzeitige Auszahlung einer Dividende an einen Gläubiger im Rahmen einer vorläufigen Verteilung im Sinne von Art. 266 SchKG. Mangels eines rechtlich geschützten Interesses ist der Schuldner grundsätzlich nicht klageberechtigt, und wenn er Klage erhebt, wird diese als unzulässig abgewiesen. Ein Interesse besteht nur, wenn der konkursfähige Schuldner geltend macht, dass der Gesamtverwertungserlös den Gesamtbetrag der kollaborierten Forderungen übersteigt, so dass die vorläufige Verteilung von Beträgen an bestimmte Gläubiger, auf die sie keinen Anspruch hätten, die Auszahlung des Liquidationsüberschusses an ihn gefährden würde.

Die **Gründe für** eine Beschwerde sind dieselben wie diejenigen, die gegen die endgültige Verteilungsliste geltend gemacht werden können. Gegebenenfalls kann der Beschwerdeführer einen Verstoss gegen Art. 82 OAOF geltend machen, wenn die Konkursverwaltung eine vorläufige Verteilung vornimmt, ohne zuvor eine vorläufige Verteilungsliste zu erstellen (N. 12). Ist der Schuldner zur Beschwerde berechtigt (N. 14), beschränken sich seine Rügen ausschliesslich darauf, dass die Verteilungsliste nicht dem Stand der Kollokation entspricht und dass die Voraussetzungen für eine nachträgliche Änderung einer rechtskräftigen Kollokation nicht gegeben sind. Er hat nicht das Recht, sich auf materielle Rechtsfragen hinsichtlich des Bestehens und der Höhe der in der vorläufigen Verteilungsliste eingetragenen Forderungen zu berufen.

Das Beschwerdeverfahren ist **kostenlos** (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG; Art. 61 Abs. 2 Bst. a SchKGV) und es werden keine Kosten zugesprochen (Art. 62 Abs. 2 SchKGV).

Umstritten ist, ob die mit einer Beschwerde im Sinne von Art. 17 SchKG befasste **Aufsichtsbehörde befugt ist, anstelle der Konkursverwaltung eine vorläufige Verteilung** vorzunehmen. Einige Autoren sind der Ansicht, dass dies angesichts des Selbstbestimmungsrechts und der souveränen

Befugnis der zweiten Gläubigerversammlung (Art. 253 Abs. 2 SchKG) sowie der Gefahr, dass zu hohe Abschlagszahlungen festgesetzt werden, weil die Aufsichtsbehörde nicht über ausreichende Informationen im Vergleich zur Konkursverwaltung verfügt, nicht der Fall ist. Jeandin ist hingegen der Ansicht, dass auch andere Organe über die vorläufige Verteilung entscheiden können. Ich schliesse mich dieser Auffassung an und betone, dass die Aufsichtsbehörde eine vorläufige Verteilung vornehmen kann, sofern sie den Grundsatz der Vorsicht beachtet und über ausreichende Informationen verfügt, um die Höhe der vorläufigen Dividenden festzulegen, damit die endgültige Verteilung nicht gefährdet wird.

LITERATURVERZEICHNIS

Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9^e éd., Berne 2013.

Bernasconi Giorgio, La reconnaissance des faillites et des concordats étrangers dans la pratique judiciaire tessinoise, JdT 2014 II 40–62.

Défago Gaudin Valérie, L'immeuble dans la LP : Indisponibilité et gérance légale, Zurich 2006.

Gilliéron Pierre-Robert, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Loi du 11 avril 1889, texte en vigueur le 1^{er} janvier 1997, Articles 159-270, Lausanne 2001.

Heinel Bastian, Zwangsverwertung von Drittpfändern im Unternehmenskonkurs, Zurich 2022.

Jaeger Carl/Walder Hans Ulrich/Kull Thomas/Kottmann Martin, Commentaire de l'art. 266 LP, in : Jaeger Carl et al. (édit.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, Art. 159-292, 4^e éd., Zurich 1999.

Jeandin Nicolas, Commentaire de l'art. 266 LP, in : Foëx Benedict/Jeandin Nicolas/Braconi Andrea/Benoît Chappuis (édit.), Commentaire romand, Poursuite et faillite, Commentaire de la loi de la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi sur le droit international privé, 2^e éd., Bâle 2025.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Commentaire de l'art. 266 LP, in : Kren Kostkiewicz (édit.), Orell Füssli Kommentar, SchKG Kommentar,

Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 20^e éd., Zurich 2020.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 4^e éd., Zurich 2024.

Marchand Sylvain/Hari Olivier, Précis de droit des poursuites, 3^e éd., Zurich 2022.

Rüetschi David, Commentaire de l'art. 82 OAOF, in : Milani Dominik/Wohlgemuth Marc (édit.), DIKE Kommentar, Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV), Zurich et al. 2016.

Sprecher Thomas, Der Gläubigerausschuss im schweizerischen Konkursverfahren und im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung, Zurich et al. 2003.

Stöckli Kurt/Possa Philipp, Commentaire de l'art. 266 LP, in : Hunkeler Daniel (édit.), Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Kurzkomentar, 3^e éd., Bâle 2025.

Stoffel Walter/Chabloz Isabelle, Voies d'exécution, 3^e éd., Berne 2016.

Stojiljkovic Mladen/Staehelin Matthias, Commentaire de l'art. 266 LP, in : Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (édit.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vol. II, 3^e éd., Bâle 2021.

Schober Roger, Commentaire de l'art. 266 LP, in : Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (édit.), Schulthess Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4^e éd., Zurich 2017.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist französisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 267 SchKG

Eine Kommentierung von Arnaud Constantin

ZITIERVORSCHLAG

Arnaud Constantin, Kommentierung zu Art. 267 SchKG, in: Pasquier Bruno/Heinzmann Michel (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs

Kurzzitat: OK-Constantin, Art. 267 SchKG N. XXX.

G. Nicht eingegebene Forderungen

Art. 267

Die Forderungen derjenigen Gläubiger, welche am Konkurs nicht teilgenommen haben, unterliegen denselben Beschränkungen wie diejenigen, für welche ein Verlustschein ausgestellt worden ist.

GLIEDERUNG

I. Ratio legis..... 301

II. Anwendungsbereich 301

III. Wirkungen..... 303

Literaturverzeichnis 304

I. RATIO LEGIS

Gläubiger, die nicht am Konkurs teilgenommen haben, erhalten keine 1
Verlustschein (OK-Constantin, Art. 265 SchKG N. 2). Das Fehlen oder die
Unterlassung der Anmeldung im Konkurs bringt ihnen jedoch angesichts von
Art. 267 SchKG keinen Vorteil. Der **Zweck** der Norm besteht darin, die
Gläubiger dazu anzuhalten, ihre Forderungen im Konkurs anzumelden und
nicht zu versuchen, sich den negativen Auswirkungen des Konkurses zu
entziehen (OK-Constantin, Art. 265 SchKG N. 22 ff.).

Art. 267 SchKG konkretisiert auch eine gewisse **Gleichbehandlung** 2
zwischen Gläubigern, die ihre Forderungen im Konkurs angemeldet haben,
und solchen, die dies (sei es fahrlässig oder vorsätzlich) unterlassen haben,
sowie zwischen solchen, die ihre Forderungen verspätet angemeldet haben,
und solchen, die vom Verfahren ausgeschlossen wurden. Damit soll verhindert
werden, dass verspätet oder nicht angemeldete Forderungen gegenüber
Forderungen bevorzugt werden, die ordnungsgemäss im Konkurs angemeldet
wurden und für die aufgrund der Unzulänglichkeit des Liquidationserlöses
eine Verlustscheinausstellung erfolgt ist.

II. ANWENDUNGSBEREICH

Art. 267 SchKG regelt das Schicksal von Forderungen, die **vor oder durch** 3
den Konkurs entstanden sind, für die jedoch **keine Verlustbescheinigung**
ausgestellt wurde, weil der Gläubiger nicht am Konkursverfahren
teilgenommen hat. Er kommt nur dann zum Tragen, wenn das
Konkursverfahren abgeschlossen ist, ob es in der ordentlichen (Art. 221 ff.
SchKG) oder in der summarischen Form (Art. 231 SchKG) durchgeführt
wurde, und wenn die Gläubiger, die ihre Forderungen angemeldet haben,
selbst einen Verlust erlitten haben, der durch eine Verlustscheinbescheinigung
bestätigt ist (Art. 265 SchKG in Verbindung mit Art. 96 lit. c OAO; vgl. N. 1;
OK-Constantin, Art. 265 LP N. 2).

Betroffen sind alle Forderungen, die im Konkursverfahren hätten angemeldet 4
werden können und die im Sinne von **Art. 197 und 208 ff. LP** in die
Konkursmasse fallen könnten. Ebenfalls betroffen sind Forderungen, die eine
andere Leistung als die Zahlung eines Geldbetrags zum Gegenstand haben, da
sie gemäss Art. 211 Abs. 1 SchKG in eine Forderung von gleichem Wert

umgewandelt werden. Auch öffentlich-rechtliche Forderungen, wie beispielsweise Forderungen einer Ausgleichskasse oder Steuerforderungen, sind davon betroffen.

- 5 Art. 267 SchKG findet Anwendung, **sofern** der ehemalige Konkursschuldner nach Abschluss des Konkursverfahrens Schuldner der Forderung bleibt, was voraussetzt, dass seine Rechtspersönlichkeit fortbesteht. Dies ist nicht der Fall bei einer juristischen Person, die von Amts wegen aus dem Handelsregister gelöscht wird, wenn das Konkursverfahren durch gerichtliche Entscheidung abgeschlossen wird (Art. 159a Abs. 1 Bst. b HRegV). Die Eigenschaft als Schuldner geht auch nicht auf die Erben über, die die Erbschaft ausgeschlagen haben (Art. 566 ff. ZGB; vgl. auch OK-Constantin, Art. 265a SchKG N. 2). In diesem Fall haften die Erben oder Nachlassempfinger nicht für den Fehlbetrag, und Art. 267 SchKG findet keine Anwendung (vgl. OK-Constantin, Art. 265a SchKG N. 2 i.f.).
- 6 Art. 267 SchKG betrifft insbesondere Forderungen, die nicht innerhalb der Frist von Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG **angemeldet** oder im Sinne von Art. 251 SchKG verspätet angemeldet wurden, sowie Forderungen, deren Anmeldung vom Gläubiger **zurückgezogen** wurde oder die zwar angemeldet, aber **nicht kolloziert** wurden. Das materielle Bestehen der Forderung wird durch die Nichtteilnahme am Konkursverfahren oder die Ablehnung einer Anmeldung nicht beeinträchtigt; der Gläubiger hat lediglich kein Recht, an der Verteilung der Konkursmasse in der ihm zustehenden Rangordnung teilzunehmen. Das Bundesgericht hat kürzlich bestätigt, dass auch Gläubiger, die nicht am Konkursverfahren teilgenommen haben, aber vor diesem Verfahren eine **Verfügung über die Zahlungsunfähigkeit nach Pfändung** erhalten haben, unter Art. 267 SchKG fallen. So kann ein Gläubiger, der über eine Verlustscheinurkunde nach Pfändung verfügt, seine Forderung im anschließenden Konkurs seines Schuldners geltend machen und eine Verlustscheinurkunde nach Konkurs erhalten oder, wenn er sie nicht geltend macht, weiterhin über eine Verlustscheinurkunde nach Pfändung verfügen, die Art. 267 SchKG unterliegt.
- 7 Der **Pfandgläubiger**, der Vermögenswerte des konkursiten Schuldners besitzt und diese nicht gemäss Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG der Konkursbehörde zur Verfügung gestellt hat, verliert seine Vorzugsrechte. Hat er nicht am Konkursverfahren teilgenommen, fällt seine Forderung, die nicht mehr privilegiert ist, zudem unter Art. 267 SchKG. Bleibt das Privileg des

Pfandgläubigers bestehen, beispielsweise weil die Nichtbereitstellung entschuldbar ist (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 *i.f.* SchKG), kann der Gläubiger gemäss Art. 269 SchKG über die nach Abschluss des Konkursverfahrens aufgedeckten Vermögenswerte sein Vorrecht behalten. In diesem Fall kann der Pfandgläubiger eine Pfandverwertungsklage einreichen, sofern das Pfand nicht im Konkurs liquidiert wurde. Der nicht gedeckte Überschuss fällt mangels Beteiligung am Konkurs unter Art. 267 SchKG.

Vom Anwendungsbereich von Art. 267 SchKG **ausgenommen** sind Gläubiger, 8 deren Forderung nach der Eröffnung des Konkurses entstanden ist, Gläubiger, die ein Rückforderungsrecht haben (im Sinne von Art. 242 SchKG), und Gläubiger eines wegen fehlender Vermögenswerte ausgesetzten Konkurses (Art. 230 SchKG; vgl. OK-Constantin, Art. 265 SchKG N. 5). Art. 267 SchKG findet auch keine Anwendung, wenn der Konkurs widerrufen wird (Art. 195 SchKG; OK-Constantin, Art. 265a SchKG N. 13). Die Verfahrenskosten im Sinne von Art. 262 SchKG sind Massforderungen, die nicht in den Anwendungsbereich von Art. 267 SchKG fallen und nicht kollodiert werden (vgl. OK-Constantin, Art. 265 SchKG N. 5).

III. WIRKUNGEN

Gläubiger, die nicht am Konkurs teilnehmen, haben keinen Anspruch auf die 9 Verteilung der Konkursmasse und können keine Konkursdividende beanspruchen. Gemäss Art. 267 SchKG werden ihre Forderungen denjenigen **gleichgestellt**, für die eine Verlustschein Ausstellung nach Konkurs erfolgt ist.

Die betroffenen Forderungen unterliegen denselben **Einschränkungen** wie 10 diejenigen, für die eine Verlustscheinurkunde nach Konkurs vorliegt. Die Einschränkungen gelten auch für Forderungen, für die eine Verlustscheinurkunde nach Pfändung vorliegt. Diese Forderungen sind nicht mehr verzinslich (Art. 209 Abs. 1 SchKG); die Nichtverzinslichkeit kann vom Schuldner unter allen Umständen geltend gemacht werden. Die Fortsetzung der Betreibung ist zudem an die Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners geknüpft (Art. 265 und 265a SchKG; vgl. OK-Constantin, Art. 265 SchKG N. 6 und 22 ff.). Hat sich die Vermögenslage des Schuldners verbessert, kann der Gläubiger eine Betreibung für die gesamte Forderung einleiten und nicht nur für den Betrag, den er im Konkurs erhalten hätte (OK-Constantin, Art. 265 SchKG N. 1).

- 11 Auch wenn die Auswirkungen in Bezug auf die Beschränkungen ähnlich sind, gelten die Vorteile der Verlustscheinausstellung hingegen nur für Gläubiger, die am Konkursverfahren teilgenommen haben. Die Tatsache, dass es für die in Art. 267 SchKG nicht existiert, hindert deren Inhaber daran, einen **Sequesterspruch** im Sinne von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG zu beantragen (vgl. OK-Constantin, Art. 265 SchKG N. 9). Der Gläubiger kann auch nicht die Abtretung eines **Anfechtungsanspruchs** im Sinne von Art. 285 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG (vgl. OK-Constantin, Art. 265 SchKG N. 20) oder an der Verteilung des Erlöses aus der Verwertung der nach Abschluss des Konkurses aufgedeckten Vermögenswerte (Art. 269 SchKG) teilnehmen.
- 12 Die in Art. 267 SchKG genannten Forderungen unterliegen nicht der **Verjährungsfrist** von zwanzig Jahren ab Ausstellung der Verlustscheinurkunde (Art. 149a Abs. 1 SchKG, anwendbar durch Verweis in Art. 265 Abs. 2, 1^{er} Satz SchKG; OK-Constantin, Art. 265 SchKG N. 8) . Sie verjähren nach den «ordentlichen» Verjährungsfristen, insbesondere denen von Art. 127 und 128 OR. Wurde die vom Gläubiger rechtzeitig eingereichte Forderung zurückgewiesen, so dass er keine Verlustbescheinigung erhalten hat, wird die Verjährungsfrist durch das Eingreifen in die Konkursmasse unterbrochen. Gemäss Art. 138 Abs. 3 OR beginnt die Verjährung in diesem Fall erneut zu laufen, sobald die Forderung wieder geltend gemacht werden kann. Der Eintritt der Verjährung ist einer der Gründe, die die Löschung einer Verlustscheinurkunde ermöglichen, insbesondere wenn eine solche Urkunde nach der Pfändung ausgestellt wurde und der Gläubiger nicht am Konkursverfahren teilgenommen hat. Das Bundesgericht hat kürzlich bestätigt, dass in diesem Fall aus Art. 267 SchKG kein Anspruch auf Löschung der Verlustscheine nach der Pfändung für Forderungen abgeleitet werden kann, die nicht in der Konkursmasse angemeldet wurden. Solche Urkunden müssen nicht gelöscht werden, wenn sie nicht Gegenstand einer Verlustscheinausstellung nach dem Konkurs waren (vgl. auch OK-Constantin, Art. 265 SchKG N. 4 und 10).

LITERATURVERZEICHNIS

Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9^e éd., Berne 2013.

Braconi Andrea, La collocation des créances en droit international suisse dans la faillite, Zurich 2005.

Brönnimann Jürgen, Zur Verrechnung mit einer Konkursverlustscheinsforderung, in : Riemer Hans Michael/Kuhn Moritz/Vock Dominik/Gehri Myriam (édit.), Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Zurich 2005, p. 45–54.

Escher Elisabeth/Levante Marco, Schnittstellen zwischen SchKG und Verwaltungsrecht, PCEF 2021, p. 737–748.

Gilliéron Pierre-Robert, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Loi du 11 avril 1889, texte en vigueur le 1^{er} janvier 1997, Articles 159-270, Lausanne 2001.

Gilliéron Pierre-Robert, L'exécution forcée ayant pour objet une somme d'argent ou des sûretés à fournir opérée par la poursuite pour dettes contre une communauté héréditaire, JdT 2009 II 97–106.

Gut Beat/Rajower Felix/Sonnenmoser Brigitta, Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens, unter besonderer Berücksichtigung der zürcherischen Praxis, PJA 1998, p. 529–546.

Jaeger Carl/Walder Hans Ulrich/Kull Thomas/Kottmann Martin, Commentaire de l'art. 267 LP, in : Jaeger Carl et al. (édit.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, Art. 159-292, 4^e éd., Zurich 1999.

Jeandin Nicolas, Actes de défaut de biens et retour à meilleure fortune selon le nouveau droit, SJ 1997, p. 261–309.

Jeandin Nicolas, Commentaire de l'art. 267 LP, in : Foëx Benedict/Jeandin Nicolas/Braconi Andrea/Benoît Chappuis (édit.), Commentaire romand, Poursuite et faillite, Commentaire de la loi de la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi sur le droit international privé, 2^e éd., Bâle 2025.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Commentaire de l'art. 267 LP, in : Kren Kostkiewicz (édit.), Orell Füssli Kommentar, SchKG Kommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 20^e éd., Zurich 2020.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 4^e éd., Zurich 2024.

Marchand Sylvain/Hari Olivier, Précis de droit des poursuites, 3^e éd., Zurich 2022.

Muster Eric, Le retour à meilleure fortune : un état des lieux, BLSchK 2013, p. 1–19.

Näf Guido/Peyer Daniel, Commentaire de l'art. 267 LP, in : Hunkeler Daniel (édit.), Kurzkomentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 3^e éd., Bâle 2025.

Pasquier Bruno, Konkurs- und Schuldrecht, Grundfragen zum gegenseitigen Verhältnis, Zurich 2020.

Schober Roger, Commentaire de l'art. 267 LP, in : Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (édit.), Schulthess Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4^e éd., Zurich 2017.

Stoffel Walter/Chabloz Isabelle, Voies d'exécution, 3^e éd., Berne 2016.

Stojiljkovic Mladen/Staehelin Matthias, Commentaire de l'art. 267 LP, in : Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (édit.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vol. II, 3^e éd., Bâle 2021.