www.jusletter.ch

Jean-Daniel Schmid

Der Ausschluss des Einsichtsrechts in das Betreibungsregister gemäss Art. 8b VE-SchKG

Kritische Bemerkungen zu ausgewählten Punkten

Im Dezember 2009 wurde die parlamentarische Initiative 09.530 eingereicht, welche vorsieht, dass ungerechtfertigte Zahlungsbefehle rasch gelöscht werden können. Nachdem der Initiative Folge gegeben wurde, hat die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats im April 2013 einen entsprechenden Vorentwurf präsentiert. Dieser sieht unter anderem die Einführung einer neuen Bestimmung Art. 8b VE-SchKG vor, welche das Einsichtsrecht in das Betreibungsregister unter gewissen Voraussetzungen einschränkt. Mit dem vorliegenden Beitrag wird diese Bestimmung einer ersten Analyse unterzogen und auf ausgewählte kritische Punkte hingewiesen.

Rechtsgebiet(e): SchKG; Wissenschaftliche Beiträge

Zitiervorschlag: Jean-Daniel Schmid, Der Ausschluss des Einsichtsrechts in das Betreibungsregister gemäss Art. 8b VE-SchKG, in: Jusletter 7. Oktober 2013

ISSN 1424-7410, www.jusletter.ch, Weblaw AG, info@weblaw.ch, T +41 31 380 57 77 Editions Weblaw

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Ausgangslage
1. Anhebung der Betreibung
2. Betreibungsregister und Betreibungsauskunft
3. Handlungsbedarf
4. Lösungsvorschlag
III. Bemerkungen zur vorgeschlagenen Lösung
1. Handlungsbedarf
2. Zielerreichung
3. Kriterien
4. Widerspruch zu Art. 8a Abs. 3 lit. c SchKG
IV. Fazit

I. Einleitung

[Rz 1] Am 11. Dezember 2009 reichte Nationalrat Fabio Abate die parlamentarische Initiative 09.530 ein, welche eine Anpassung des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) fordert, sodass ungerechtfertigte Zahlungsbefehle rasch «gelöscht» werden können.[1] Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats beschloss am 10. Oktober 2010, der Initiative Folge zu geben.[2] Die Kommission für Rechtsfragen des Ständerats stimmte dem Beschluss am 5. Mai 2011 zu.[3] Am 25. April 2013 hat die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats (nachfolgend «Kommission für Rechtsfragen») einen Vorentwurf[4] samt Bericht[5] verabschiedet[6]. Um dem Anliegen der parlamentarischen Initiative nachzukommen, wird unter anderem die Einführung einer neuen Bestimmung Art. 8b VE-SchKG vorgeschlagen, welche das Einsichtsrecht in das Betreibungsregister unter gewissen Voraussetzungen einschränkt.[7] Am 3. Juni 2013 wurde das Vernehmlassungsverfahren gestartet, welches bis zum 20. September 2013 gedauert hat.[8] Am 21. Juni 2013 hat der Nationalrat beschlossen, die Frist zur Ausarbeitung eines Erlassentwurfs bis zur Sommersession 2015 zu verlängern.[9]

[Rz 2] Mit dem vorliegenden Beitrag wird Art. 8b VE-SchKG einer ersten Analyse unterzogen. Grundlage hierzu bildet der genannte Bericht der Kommission für Rechtsfragen.[10] In Anbetracht des Stadiums des Gesetzgebungsverfahrens wird keine abschliessende Betrachtung bezweckt. Nicht thematisiert werden ferner die weiteren von der Kommission für Rechtsfragen vorgeschlagenen Änderungen.[11]

[Rz 3] Nachfolgend wird zuerst die Ausgangslage präsentiert (Kapitel II.). Hierbei wird der von der Kommission für Rechtsfragen identifizierte Handlungsbedarf dargestellt. Dazu ist vorab kurz die geltende Rechtslage zu beleuchten.[12] Danach wird der von der Kommission für Rechtsfragen präsentierte Lösungsvorschlag skizziert. In einem zweiten Schritt wird auf ausgewählte kritische Punkte des Lösungsvorschlags hingewiesen (Kapitel III.). Abgeschlossen wird der Beitrag durch ein Fazit (Kapitel IV.).

II. Ausgangslage

1. Anhebung der Betreibung

[Rz 4] Die Betreibung, welche die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Betriebenen bezweckt, beginnt mit der Zustellung des Zahlungsbefehls (Art. 38 Abs. 2 SchKG) und wird durch das Betreibungsbegehren angehoben (vgl. Art. 67 SchKG). Das hiesige Recht zeichnet sich dabei durch die Besonderheit aus, dass die Anhebung erfolgt, ohne dass der

---

1 Der Kern des eingereichten Texts dieser parlamentarischen Initiative lautet wie folgt: «Im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), insbesondere in Artikel 85a, sind die Voraussetzungen für eine rasche Löschung ungerechtfertigter Zahlungsbefehle zu schaffen, sodass die Interessen der Personen gewahrt werden, die eine Klage auf Aberkennung der Schuld einreichen müssen, weil die Schuld gar nie bestand oder bereits getilgt ist.» Der Text und die Begründung sind abrufbar unter http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20090530 (letztmals abgerufen am 24. September 2013).

2 Bericht der Kommission für Rechtsfragen vom 25. April 2013 betreffend 09.530 Parlamentarische Initiative. Löschung ungerechtfertigter Zahlungsbefehle, abrufbar unter http://www.parlament.ch/d/dokumentation/berichte/vernehmlassungen/09-530/Documents/05-530-bericht-rk-n-2013-04-25-d.pdf (letztmals abgerufen am 24. September 2013) (zit. nachfolgend «Bericht»), S. 3. Vgl. ferner Medienmitteilung der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 15. Oktober 2010, abrufbar unter http://www.parlament.ch/d/mm/2010/Seiten/mm-rk-n-2010-10-15.aspx (letztmals abgerufen am 24. September 2013).

3 Bericht (Fn. 2), S. 3. Vgl. ferner Medienmitteilung der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 6. Mai 2011, abrufbar unter http://www.parlament.ch/d/mm/2011/Seiten/mm-rk-s-2011-05-06.aspx (letztmals abgerufen am 24. September 2013).

4 Vorentwurf zu einer Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), abrufbar unter http://www.parlament.ch/d/dokumentation/berichte/vernehmlassungen/09-530/Documents/05-530-vorentwurf-2013-04-25-d.pdf (letztmals abgerufen am 24. September 2013) (die Bestimmungen des Vorentwurfs werden nachfolgend mit «VE-SchKG» zitiert).

5 Bericht (Fn. 2), *passim*.

6 Bericht (Fn. 2), S. 3 m.w.H. Vgl. ferner Medienmitteilung der Kommission für Rechtsfragen vom 26. April 2013, abrufbar unter http://www.parlament.ch/d/mm/2013/Seiten/mm-rk-n-2013-04-26.aspx (letztmals abgerufen am 24. September 2013).

7 Siehe neben Art. 8b VE-SchKG insbesondere Bericht (Fn. 2), S. 6–8 und Kapitel II.4.

8 Vgl. Medienmitteilung der Kommission für Rechtsfragen vom 3. Juni 2013, abrufbar unter http://www.parlament.ch/d/mm/2013/Seiten/mm-rk-n-2013-06-03.aspx (letztmals abgerufen am 24. September 2013).

9 AB 2013 NR S. 1177.

10 Lediglich punktuell berücksichtigt wird der eingereichte Text und die Begründung der parlamentarischen Initiative 09.530 (siehe dazu Fn. 1).

11 Art. 73 Abs. 1 f. VE-SchKG (dazu Bericht [Fn. 2], S. 8 f.) und Art. 85a Abs. 1 f. VE-SchKG (dazu Bericht [Fn. 2], S. 9).

12 Diese Darstellung orientiert sich teilweise an der Analyse im Bericht der Kommission für Rechtsfragen (siehe dazu Bericht [Fn. 2], S. 4–6), welcher hierbei in aller Regel nicht als Quelle genannt wird. Aspekte, die mit den weiteren von der Kommission für Rechtsfragen vorgeschlagenen Anpassungen zusammenhängen (vgl. Fn. 11), werden ferner weitgehend ausgeklammert.

Betreibende seine Stellung als Gläubiger sowie den Bestand der zu vollstreckenden Forderung samt weiterer relevanter Eigenheiten nachweisen muss.[13] Dem Betreibungsamt und den Aufsichtsbehörden ist es dementsprechend verwehrt, die Begründetheit der in Betreibung gesetzten Forderung zu überprüfen.[14] Folglich können Betreibungen angehoben werden, ohne dass der Betreibende tatsächlich eine Forderung gegen den Betriebenen hat.[15] Als Korrelat[16] kann der Betriebene die Betreibung mittels der Erhebung des Rechtsvorschlags (Art. 74 SchKG) in aller Regel ohne weitere Begründung (Art. 75 Abs. 1 SchKG)[17] zum Stillstand (Art. 78 Abs. 1 SchKG) bringen. Ihre Fortsetzung setzt dann die Beseitigung des Rechtsvorschlags durch den Betreibenden voraus, der seine (Gläubiger-)Stellung zu einem gewissen Grad belegen muss.[18]

2. Betreibungsregister und Betreibungsauskunft

[Rz 5] Die Betreibungsämter führen Protokoll über ihre Amtstätigkeit und die Register (Art. 8 Abs. 1 SchKG sowie im Einzelnen Art. 8–15 der Verordnung vom 15. Juni 1996 über die im Betreibungs- und Konkursverfahren zu verwendenden Formulare und Register sowie die Rechnungsführung [VFRR]; sog. «Betreibungsregister»[19]). Hierzu gehört insbesondere das «Betreibungsbuch», in welches sämtliche Betreibungen jeder Art einschliesslich weiterer Angaben (z.B. Name des Schuldners, Betrag der Forderung, Zeitpunkt des Eingangs des Begehrens, Datum des Rechtsvorschlags, falls ein solcher erfolgt ist usw.) eingetragen werden (Art. 15 VFRR).

[Rz 6] Das Betreibungsregister kann von jeder Person, die ein Interesse glaubhaft macht[20], eingesehen werden (sog. «Betreibungsauskunft»[21]). Ferner können unter den gleichen Voraussetzungen Auszüge[22] verlangt werden (Art. 8a Abs. 1 SchKG)[23]. Diese Instrumente hängen mit der sekundären Funktion des Betreibungsregisters zusammen. Diese besteht darin, Rückschlüsse auf die Zahlungsfähigkeit und -willigkeit der in Frage stehenden Person zu ermöglichen.[24] Das Betreibungsregister und die Betreibungsauskunft, deren praktische Bedeutung kaum überschätzt werden kann[25], dienen

---

[13] Vgl. statt vieler BGE 101 III 9 E. 3 S. 13; 113 III 2 E. 2b) S. 3; 125 III 149 E. 2a) S. 150 sowie aus der neueren Rechtsprechung Urteil des Bundesgerichts 5A_582/2009 vom 26. November 2009, E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 5A_588/2011 vom 18. November 2011, E. 3.1. Siehe ferner Botschaft über die Aenderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 08. Mai 1991, BBl 1991 III 1-290 (zit. nachfolgend «Botschaft SchKG»), S. 6. Kritisch zu diesem System Léon Straessle, Die Anhebung der Betreibung – eine kritische Würdigung, BlSchK 1991, S. 121–132.

[14] Statt aller BGE 110 III 20 E. 2 S. 22; 113 III 2 E. 2b) S. 3 und S. 5 sowie aus der neueren Rechtsprechung Urteil des Bundesgerichts 5A_582/2009 vom 26. November 2009, E. 3.1. Vorbehalten ist immerhin der Fall des offensichtlichen Rechtsmissbrauchs der Anhebung der Betreibung. Siehe hierzu statt vieler André Equey/Reto Vonzun, Mittel und Wege zur Beseitigung der negativen Auswirkungen des Betreibungsregistereintrags grundloser Betreibungen, AJP 2011, S. 1337–1354, S. 1338 f.

[15] Gleiches gilt naturgemäss für qualitativ weniger weitreichende «Mängel», z.B. dass eine entsprechende Schuld des Betriebenen zwar besteht, es sich bei dieser aber um eine Naturalobligation handelt. Siehe zum Ganzen statt vieler BGE 113 III 2 E. 2b) S. 3; 125 III 149 E. 2a) S. 150 sowie Christian Fraefel, Die Betreibung einer Nichtschuld, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 1.

[16] Kurt Amonn/Fridolin Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 8. Aufl., Bern 2008, § 18 N 1. Vgl. ferner Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 1–88, Lausanne 1999, Art. 74 N 12; Jolanta Kren Kostkiewicz, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich/Basel/Genf 2012, N 476; Botschaft SchKG (Fn. 13), S. 6.

[17] In gewissen Fällen muss der Rechtsvorschlag begründet werden, so etwa beim nachträglichen Rechtsvorschlag (Art. 77 Abs. 2 SchKG) sowie beim Rechtsvorschlag bei der Wechselbetreibung (Art. 179 Abs. 1 SchKG).

[18] Inwiefern ein Nachweis zu erfolgen hat, hängt bekanntlich davon ab, ob der Betreibende über einen provisorischen bzw. definitiven Rechtsöffnungstitel verfügt. Im Falle des Fehlens eines Rechtsöffnungstitels muss der Gläubiger ein reguläres Verwaltungs- bzw. Zivilverfahren anstrengen (Art. 79 SchKG), ansonsten kann Rechtsöffnung verlangt werden (Art. 80–84 SchKG).

[19] Siehe die Definition bei Georges Vonder Mühll, Betreibungsregisterauskünfte, BlSchK 2007, S. 169–182, insb. S. 169 und S. 179. Enger Matthias Kuster, Schikanebetreibungen aus zwangsvollstreckungs-, zivil-, straf- und standesrechtlicher Sicht, AJP 2004, S. 1035–1042, S. 1035 i.V.m. Fn. 1, wobei das Betreibungsregister mit dem nachfolgend beschriebenen Betreibungsbuch i.S.v. Art. 10 VFRR gleichgesetzt wird.

[20] Ein derartiges Interesse ist insbesondere dann glaubhaft gemacht, wenn das Auskunftsgesuch in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrags erfolgt (Art. 8a Abs. 2 SchKG).

[21] Es handelt sich um die gängige Terminologie im Hinblick auf das bezeichnete Einsichtsrecht. Siehe statt vieler James T. Peter, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 8a N 1.

[22] In der Praxis wird zwischen dem summarischen und dem detaillierten Betreibungsregisterauszug unterschieden (siehe dazu statt vieler Kren Kostkiewicz [Fn. 16], N 134–145). Siehe zum Inhalt des Betreibungsregisterauszugs betreffend die eigene Person ferner Fn. 89.

[23] Der Vollständigkeit halber ist zu bemerken, dass das Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG) im Kontext der Betreibungsauskunft nicht zur Anwendung gelangt (Art. 2 Abs. 2 lit. d DSG; Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 23. März 1988, BBl 1988 II 413–534, S. 444 sowie statt vieler David Rosenthal/Yvonne Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, Art. 2 DSG N 45; ebenso mit anderer Begründung Vonder Mühll [Fn. 19], S. 169).

[24] Vgl. Botschaft SchKG (Fn. 13), S. 28 f. Das primäre Ziel des Betreibungsregisters besteht in der Dokumentation der Verrichtungen des Betreibungsamts (Botschaft SchKG [Fn. 13], S. 28). Siehe zu dieser Zweiteilung statt vieler ferner Dominik Gasser, Revidiertes SchKG – Hinweise auf kritische Punkte, ZBJV 1996, S. 627–653, S. 630.

[25] Jährlich dürften über 3 Mio. Begehren um Betreibungsauskunft gestellt werden. Aufgrund der Kostenfälligkeit der Auskunftserteilung (ein schriftlicher Betreibungsregisterauszug kostet unabhängig von der Seitenzahl pauschal Fr. 17,– bzw. je nach Art der Zustellung Fr. 18,– oder Fr. 22,– [Art. 12a Abs. 1 f. der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG)]; siehe zu den Kosten für eine anderweitige Einsicht in das Betreibungsregister Art. 9 und Art. 12 GebV SchKG) trägt diese auch massgeblich zur Finanzierung des Vollstreckungsapparates bei. Siehe Isaak Meier, Die dogmatische Situation des

insofern einerseits dem Kreditschutz, d.h. der Bonitätsprüfung, bevor überhaupt ein Rechtsverhältnis mit der entsprechenden Person eingegangen wird. Andererseits können die Informationen zur Verlustminimierung beitragen, namentlich wenn abgeklärt werden soll, ob es sich lohnt, eine Forderung durchzusetzen.[26] Daneben können die Informationen in weiteren Fällen bedeutsam sein.[27] Dementsprechend liegt die Betreibungsauskunft gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung im öffentlichen Interesse, da hierdurch nicht bloss Debitorenverluste, sondern allenfalls auch weitere Zwangsvollstreckungsverfahren vermieden werden können.[28] Die Betreibungsauskunft durch Dritte, d.h. Personen, die nicht Parteien der jeweiligen Betreibung sind[29], ist jedoch nicht unbegrenzt möglich. Nichtige, aufgrund einer Beschwerde bzw. eines gerichtlichen Entscheids aufgehobene sowie zurückgezogene Betreibungen werden diesen ebenso nicht zur Kenntnis gebracht, wie wenn der Schuldner mit einer Rückforderungsklage obsiegt hat (Art. 8a Abs. 3 SchKG). Ferner erlischt das Einsichtsrecht Dritter fünf Jahre nach Abschluss des Verfahrens (Art. 8a Abs. 4 Satz 1 SchKG).[30] Alle übrigen Betreibungen werden demgegenüber von der Betreibungsauskunft durch Dritte erfasst, da Art. 8a Abs. 3 f. SchKG eine abschliessende Liste an Tatbeständen enthalten, bei welchen das Betreibungsamt Dritten keine Auskunft geben darf.[31] Zu den mitzuteilenden Betreibungen gehören daher namentlich diejenigen Betreibungen, welche nach Erhebung des Rechtsvorschlags nicht fortgesetzt werden.[32] Dies gilt selbst bei Unmöglichkeit der Fortsetzung infolge Zeitablaufs (Art. 88 Abs. 2 SchKG).[33] Soweit der Betriebene eine Kenntnisgabe dieser nicht fortgesetzten Betreibungen gegen den Willen des Betreibenden verhindern will, stehen verschiedene Wege offen. Ohne auf die Einzelheiten einzugehen, ist Ihnen – von Ausnahmefällen abgesehen[34] – gemein, dass der Betriebene den gerichtlichen (Klage-)Weg einschlagen muss[35]. Dem Betriebenen steht daher in aller Regel kein

Vollstreckungsrechts aus der Sicht des schweizerischen Rechts, 1. Teil: Vollstreckungstitel sowie Mittel und Zweck der Zwangsvollstreckung, ZZP 2008, S. 295–350, S. 345 und S. 347.

[26] Siehe zu den genannten Aspekten statt vieler Urs Peter Möckli, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), SchKG, Kurzkommentar, Basel 2009, Art. 8a N 1; Peter (Fn. 21), Art. 8a N 1; Vonder Mühll (Fn. 19), S. 169.

[27] Siehe Peter (Fn. 21), Art. 8a N 1 m.w.H.

[28] Der Gedanke des Persönlichkeitsschutzes des Betriebenen hat hinter diesem öffentlichen Interesse zurückzutreten. Siehe zum Ganzen BGE 115 III 81 E. 3b) S. 88; 135 III 503 E. 3.4 S. 506.

[29] Vgl. Gilliéron (Fn. 16), Art. 8a N 7. In diesem Sinn auch BGE 130 III 42 E. 3.2 S. 43. Zu diesem Personenkreis sind bei genauerer Betrachtung ferner diejenigen Personen zu zählen, die in den Protokollen bzw. Registern verzeichnet sind, ohne eine eigentliche Parteistellung gehabt zu haben (vgl. Möckli [Fn. 26], Art. 8a N 8).

[30] Gerichts- und Verwaltungsbehörden können im Interesse eines bei ihnen hängigen Verfahrens jedoch weiterhin Auszüge verlangen (Art. 8a Abs. 4 Satz 2 SchKG).

[31] Vonder Mühll (Fn. 19), S. 179. Für gewisse (Sonder-)Fälle ist dies nach wie vor umstritten, namentlich bei abgewiesenem bzw. zurückgezogenem Rechtsöffnungsbegehren. Ein Teil der Rechtsprechung und Literatur nimmt insoweit an, dass diesfalls keine Auskunft erfolgen dürfe (siehe Gasser [Fn. 24], S. 632; Gilliéron [Fn. 16], Art. 8a N 44; Peter [Fn. 21], Art. 8a N 23; Entscheid der AB BL vom 16. März 1999 [publ. in SJZ 96 (2000), S. 540 (36)]; siehe ferner Botschaft SchKG [Fn. 13], S. 32; anders dagegen Louis Dallèves, in: Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin [Hrsg.], Poursuite et faillite, Commentaire romand, Basel/Genf/München 2005, Art. 8a N 11; Möckli [Fn. 26], Art. 8a N 27; Daniel Staehelin, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin [Hrsg.], Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 84 N 68; Peter Stücheli, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich, Zürich 2000, S. 161; Vonder Mühll [Fn. 19], S. 179).

[32] BGE 132 III 277 (= Pra 96 [2007], Nr. 10), E. 4.2 S. 279, wobei an die bisherige Rechtsprechung gemäss BGE 120 II 20 E. 3b) S. 24, welche vor dem Inkrafttreten von Art. 8a SchKG ergangen ist, angeknüpft wird. Vgl. ferner Urteil des OGer ZH vom 18. März 1998 (publ. in ZR 98 [1999], Nr. 16), E. 4a); Entscheid der AB VS vom 15. Dezember 2000 (publ. in ZWR 2001, S. 296–298), E. 2 b)aa) sowie Equey/Vonzun (Fn. 14), S. 1338; Kuster (Fn. 19), S. 1036; James T. Peter, Die Betreibungsauskunft im neuen SchKG, AJP 1995, S. 1445–1454, S. 1451; Karl Spühler/Luca Tenchio, Feststellungsklagen gemäss Art. 85a SchKG nach gültig erhobenem Rechtsvorschlag?, AJP 1999, S. 1241–1248, S. 1243; Vonder Mühll (Fn. 19), S. 178.

[33] Urteil des KassGer TI vom 20. Januar 2000 (publ. in Rep. 2000, S. 214–218), E. 5; Entscheid der AB FR vom 29. November 2000 (publ. in JdT 2001 II, S. 67 f.), E. 2a); Botschaft SchKG (Fn. 13), S. 33 sowie statt vieler Pierre-Robert Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5. Aufl., Basel 2012, N 198; Möckli (Fn. 26), Art. 8a N 27; Vonder Mühll (Fn. 19), S. 178 und in diesem Sinn wohl auch Gasser (Fn. 24), S. 634. So lässt sich schliesslich auch BGE 128 III 334 S. 336 verstehen. A.M. – mit Hinweis auf Diskussionen in der Praxis der Betreibungsämter – Dominik Gasser, Ein Jahr revidiertes SchKG oder: Erst die Praxis bringt es an den Tag, ST 1998, S. 15–23, S. 16 sowie daneben Josef Studer, Amtsgeheimnis und Betreibungsauskunft, in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), Strafrecht als Herausforderung, Zur Emeritierung von Professor Niklaus Schmid, Zürich 1999, S. 345–358, S. 351.

[34] Im Falle der Nichtigkeit der Betreibung ist keine Klage notwendig. Soweit das Betreibungsamt (im Falle der offensichtlichen Nichtigkeit) nicht von sich aus agiert (vgl. auch Fn. 14), kann die Nichtigkeit entweder auf dem Beschwerdeweg gerügt (Art. 17 SchKG) oder mittels einer Aufsichtsanzeige angezeigt werden, sodass die Aufsichtsbehörde die Nichtigkeit feststellt (Art. 22 Abs. 1 SchKG) (vgl. zum Ganzen Equey/Vonzun [Fn. 14], S. 1338 f.).

[35] Im Vordergrund stehen die Klage auf Aufhebung der Betreibung i.S.v. Art. 85a SchKG sowie die allgemeine negative Feststellungsklage (Art. 88 der Zivilprozessordnung [ZPO]). Siehe dazu sowie zu weiteren Möglichkeiten Equey/Vonzun (Fn. 14), *passim*; Kuster (Fn. 19), *passim*; Florian Chaudet/Peter Schaufelberger, Le droit de consultation du registre des poursuites en relation avec l'inscription de poursuites frappées d'opposition non levée : quelques vœux et quelques pistes en faveur du poursuivi concernant l'art. 8a LP, in: Juan Carlos Landrove (Hrsg.), De lege negotiorum, Etudes autour du droit des affaires en l'honneur du professeur François Chaudet, Genf 2009, S. 317–354. Die in der Literatur vorgeschlagene Alternative (vgl. Gilliéron [Fn. 16], Art. 85a N 19 f.), wonach das Betreibungsamt dem Betreibenden auf Begehren des Betriebenen im Falle der unterlassenen Fortführung der Betreibung mittels Rechtsöffnung bzw. Anerkennungsklage eine Verwirkungsfrist zum Handeln ansetzt, wobei die Betreibung im Unterlassungsfall als zurückgezogen gilt (und damit nicht mehr von der Betreibungsauskunft durch Dritte erfasst wird [Art. 8a Abs. 3 lit. c SchKG]), erweist sich als bundesrechtswidrig (BGE 128 III 334 [= Pra 91 (2002), Nr. 195], S. 335 f.; siehe hierzu die Besprechung bei Dominik Gasser, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht des Jahres 2002, ZBJV 2003, S. 442–464, S. 447 f.

Mittel zur Verfügung, um die Kenntnisgabe derartiger Betreibungsregistereinträge an Dritte auf einfache Art und Weise zu unterbinden.

3. Handlungsbedarf

[Rz 7] Aufgrund der dargestellten Rechtslage – namentlich der Möglichkeit der Anhebung einer Betreibung ohne weitergehenden Nachweis der (Gläubiger-)Stellung sowie der Ausgestaltung der Führung des Betreibungsregisters und der Betreibungsauskunft – können, wie die Kommission für Rechtsfragen zu Recht festhält[36], auch ungerechtfertigte Betreibungen ihren Eingang in das Betreibungsregister finden und der Betreibungsauskunft unterliegen[37]. Einträge im Betreibungsregister können für die betroffene Person einschneidende Auswirkungen haben (z.B. bei der Wohnungs- oder Stellensuche sowie der Kreditvergabe).[38] Dies gilt auch für Betreibungen, bei welchen der Betreibende nach der Erhebung des Rechtsvorschlags keine weiteren Schritte unternimmt und welche nicht fortgesetzt werden[39], zumal Dritte in der Praxis oft annehmen dürften, dass an einer Betreibung «schon etwas dran sein werde»[40]. Es ist denkbar, dass der Betriebene die Unbegründetheit solcher Betreibungen gegenüber Dritten belegen kann. Dies ist jedoch zum Vornherein nur ein schwacher Trost, da hiermit einerseits stets ein gewisser Aufwand verbunden ist[41] und zudem ein unerwünschtes Misstrauen seitens des Dritten hervorgerufen werden kann[42]. Die Kommission für Rechtsfragen folgert aus den dargelegten Eigenheiten des hiesigen Vollstreckungsrechts, dass mit einer ungerechtfertigten Betreibung für die betroffene Person ein erheblicher Schaden angerichtet werden könne. Nach geltendem Recht gebe es, wie die Kommission nach dem Vorgesagten in Bezug auf den Regelfall richtig ausführt[43], keinen einfachen Weg zu verhindern, dass Dritte von einer ungerechtfertigten Betreibung Kenntnis erhielten. Das Anliegen der parlamentarischen Initiative sei daher gerechtfertigt.[44]

4. Lösungsvorschlag

[Rz 8] Die Kommission für Rechtsfragen schlägt zur Entschärfung der dargestellten Problematik unter anderem[45] den folgenden neuen Art. 8b VE-SchKG vor:

Art. 8b (neu) 3. Ausschluss des Einsichtsrechts

[1] *Der Betriebene kann dem Betreibungsamt beantragen, Dritten von einer gegen ihn laufenden Betreibung, gegen die er Rechtsvorschlag erhoben hat, vorläufig keine Kenntnis zu geben.*

[2] *Die betroffene Betreibung wird in diesem Fall Dritten nur zur Kenntnis gebracht, wenn zum Zeitpunkt des Auskunftsgesuchs:*

a. *seit der Einleitung der Betreibung und in den sechs Monaten davor vor dem gleichen Betreibungsamt Betreibungen von mindestens zwei weiteren Gläubigern eingeleitet worden sind;*

b. *in den letzten sechs Monaten gegen den Schuldner eine Betreibung fortgesetzt wurde; oder*

c. *in den letzten sechs Monaten gegen den Schuldner eine Pfändung vollzogen wurde.*

[3] *Wird eine Betreibung fortgesetzt, werden alle zum Zeitpunkt der Fortsetzung gegen den Schuldner beim Betreibungsamt hängigen Betreibungen Dritten wieder zur Kenntnis gebracht.*

[Rz 9] Dieses Kernstück der Vorlage[46] bezweckt, die Kenntnisgabe von Betreibungen durch das Betreibungsamt an Dritte unter gewissen Voraussetzungen zu unterbinden[47].

---

sowie ferner bereits Urteil des Bundesgerichts 7B.227/2000 vom 17. Oktober 2000; Entscheid der AB GE vom 12. September 2001 [publ. in BlSchK 2002, S. 41], E. 4; Entscheid der AB VS vom 15. Dezember 2000 [publ. in ZWR 2001, S. 296–298], E. 2 b)aa)).

36 Vgl. Bericht (Fn. 2), S. 4–6.

37 Vgl. ferner statt vieler BGE 128 III 334 S. 335; Entscheid der AB GE vom 12. September 2001 (publ. in BlSchK 2002, S. 41), E. 3; Chaudet/Schaufelberger (Fn. 35), S. 323.

38 Bericht (Fn. 2), S. 6. Siehe hierzu und zu weiteren relevanten Bereichen Chaudet/Schaufelberger (Fn. 35), S. 318 f.; Kuster (Fn. 19), S. 1035 f. In der Literatur wird das Betreibungsregister denn auch gelegentlich als moderner Pranger qualifiziert (siehe Kren Kostkiewicz [Fn. 16], N 130; Straessle [Fn. 13], S. 127 f.).

39 Vgl. BGE 120 II 20 E. 3b) S. 24 und E. 3c) S. 26; Urteil des OGer ZH vom 18. März 1998 (publ. in ZR 98 [1999], Nr. 16), E. 4a). Siehe jedoch auch das Urteil des OGer ZH vom 23. September 1975 (publ. in ZR 75 [1976], Nr. 7), wonach – gewissermassen im Sinne eines praxisfremden Postulats (vgl. Isaak Meier, Betreibungsauskunft – ein ungelöstes Problem des SchKG, in: Louis Dallèves/Beat Kleiner/Lutz Krauskopf/Rolf Raschein/Henri Schüpbach/Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz [Hrsg.], Festschrift 100 Jahre SchKG – Centenaire de la LP, Zürich 1989, S. 129–147, S. 142 Fn. 41) – derartigen Betreibungen keine Bedeutung für den Ruf und die Kreditwürdigkeit des Betriebenen beigemessen werden sollte. In eine ähnliche Richtung weist das Urteil des OGer TG vom 11. Januar 1983 (publ. in SJZ 81 [1985], S. 14 (3)).

40 Vgl. BGE 120 II 20 E. 3b) S. 24; Straessle (Fn. 13), S. 129. Ähnlich auch Ivo Schwander, Urteilsbesprechung des Urteils des Bundesgerichts 5C.7/1998 vom 16. Februar 1999, AJP 1999, S. 616–620 (in Bezug auf Betreibungen über hohe Summen) sowie Bernhard Bodmer/Jan Bangert, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 85a N 5. Siehe zur zu Grunde liegenden Erfahrungstatsache auch BGE 115 III 81 E. 3b) S. 87 f.

41 BGE 121 III 81 E. 4a) S. 83; Benedikt Suter/Georges von der Mühll, Die Löschung von Betreibungen im Betreibungsregister unter besonderer Berücksichtigung der Praxis beim Betreibungsamt Basel-Stadt, BlSchK 1988, S. 214–220, S. 215.

42 Vgl. BGE 120 II 20 E. 3c) S. 25 («qui s'excuse s'accuse»); 121 III 81 E. 4a) S. 83.

43 Siehe die übersichtsartigen Bemerkungen in Kapitel II.2. und Fn. 35.

44 Bericht (Fn. 2), S. 6.

45 Siehe zu den weiteren Reformvorschlägen, auf welche vorliegenden nicht eingegangen wird Kapitel I. und Fn. 11.

46 Bericht (Fn. 2), S. 7.

47 Vgl. Bericht (Fn. 2), S. 6 f.

Der Betriebene kann hierfür beim zuständigen Betreibungsamt mittels eines voraussichtlich kostenpflichtigen[48] Gesuchs beantragen, Dritten von einer gegen ihn laufenden Betreibung, gegen welche er Rechtsvorschlag erhoben hat, vorläufig keine Kenntnis zu geben (Art. 8b Abs. 1 VE-SchKG)[49]. Die Folge der Gutheissung[50] des Gesuchs beschränkt sich im Falle der Erfüllung der weiteren Voraussetzungen auf die Unterbindung der Bekanntgabe der in Frage stehenden Betreibung an Dritte (Art. 8b Abs. 2 VE-SchKG). Mit anderen Worten wird die entsprechende Betreibung Dritten[51] im Rahmen einer Betreibungsauskunft i.S.v. Art. 8a SchKG[52] nicht mitgeteilt. Der «Ausschluss des Einsichtsrechts» (Marginalie zu Art. 8b VE-SchKG) ist lediglich möglich, wenn überhaupt ein Einsichtsrecht besteht. Falls die Kenntnisgabe der in Frage stehenden Betreibung an Dritte bereits aus anderen Gründen, namentlich Art. 8a Abs. 3 f. SchKG[53], scheitert, ist Art. 8b VE-SchKG zum Vornherein nicht einschlägig[54]. Abgesehen von der allfälligen Einschränkung des Einsichtsrechts zeitigt der Rechtsbehelf keine Auswirkungen. Das Betreibungsverfahren betreffend diese Betreibung wird somit wie bis anhin weitergeführt.[55]

[Rz 10] Nach Ansicht der Kommission für Rechtsfragen ist die Einführung dieses Rechtsbehelfs notwendig, um der Problematik der Mitteilung ungerechtfertigter Betreibungen und den damit einhergehenden potentiellen negativen Folgen zu begegnen.[56] Die Unterlassung der Bekanntgabe soll sich demnach lediglich auf ungerechtfertigte Betreibungen beziehen.[57] Die Kommission für Rechtsfragen ist der Ansicht, dass eine entsprechende Unterscheidung (ungerechtfertigte, Dritten nicht mitzuteilende Betreibungen vs. gerechtfertigte, Dritten mitzuteilende Betreibungen) lediglich auf einfach zu überprüfenden formalen Kriterien beruhen soll, da es diese erlauben, das betreffende Verfahren vor dem Betreibungsamt durchzuführen. Ob der Betreibung eine Forderung zu Grunde liegt und ob die Betreibung rechtmässig erfolgt ist, soll demgegenüber vorliegend nicht überprüft werden.[58] Die formalen Voraussetzungen sind durch das Betreibungsamt bei jedem Auskunftsgesuch eines Dritten zu prüfen und müssen in diesem Zeitpunkt erfüllt sein.[59]

[Rz 11] Primäre Voraussetzung, welche bereits angesprochen wurde, bildet das Bestehen eines Gesuchs der betriebenen Person betreffend diejenige Betreibung, die Gegenstand eines Auskunftsgesuchs darstellt (Art. 8b Abs. 1 i.V.m. Art. 8b Abs. 2 VE-SchKG).[60]

[Rz 12] Um gerechtfertigte von ungerechtfertigten Betreibungen zu unterscheiden und damit zu verhindern, dass die betriebene Person sich ungerechtfertigterweise gegenüber Dritten einen leeren Betreibungsregisterauszug verschafft, schlägt die Kommission für Rechtsfragen als weitere Voraussetzung die Berücksichtigung eines quantitativen Elements vor.[61] In dem Fall, in welchem sich die Betreibungen gegen eine Person häuften, spreche Vieles dafür, dass die Betreibungen nicht ohne Grund erfolgt seien. Dies gelte umso mehr, wenn die Betreibungen von unterschiedlichen Personen eingeleitet worden seien.[62] Gleich verhalte es sich im Falle der Fortsetzung einer Betreibung bzw. der Pfändung.[63] Aus diesem Grund wird eine in Frage stehende Betreibung Dritten trotz Bestehens eines entsprechenden Gesuchs zur Kenntnis gebracht, falls im Zeitpunkt des Auskunftsgesuchs (i) seit der Einleitung der Betreibung und in den sechs Monaten davor vor dem gleichen Betreibungsamt Betreibungen von mindestens zwei weiteren Gläubigern eingeleitet worden sind (Art. 8b Abs. 2 lit. a VE-SchKG) oder (ii) in den letzten sechs Monaten gegen den Schuldner eine Betreibung fortgesetzt wurde (Art. 8b Abs. 2 lit. b VE-SchKG) oder (iii) in den letzten sechs Monaten gegen den Schuldner eine Pfändung vollzogen wurde (Art. 8b Abs. 2 lit. c VE-SchKG). Falls eine Betreibung fortgesetzt wird, werden schliesslich alle zum Zeitpunkt der Fortsetzung gegen den Betriebenen beim Betreibungsamt hängigen Betreibungen Dritten wieder zur Kenntnis gebracht (Art. 8b Abs. 3 VE-SchKG).

---

48 Vgl. Bericht (Fn. 2), S. 8.

49 Das Gesuch kann mündlich oder schriftlich gestellt werden. Siehe zum Ganzen Bericht (Fn. 2), S. 7.

50 Gegen die Abweisung des Gesuchs soll sich der Gesuchsteller mittels der betreibungsrechtlichen Beschwerde i.S.v. Art. 17 ff. SchKG zur Wehr setzen können (Bericht [Fn. 2], S. 8).

51 Es drängt sich eine analoge Auslegung zu Art. 8a Abs. 3 f. SchKG auf. Es handelt sich folglich um Personen, die nicht Parteien der betroffenen Betreibung sind (siehe zur entsprechenden Definition Kapitel II.2.).

52 Die spezifischen Ausführungen der Kommission für Rechtsfragen zu Art. 8b VE-SchKG stellen keinen expliziten Bezug zu Art. 8a SchKG her. Aufgrund der Marginalien («Ausschluss des Einsichtsrechts» [Art. 8b VE-SchKG] bzw. «Einsichtsrecht» [Art. 8a SchKG]) und der Platzierung ist es aber klar, dass sich Art. 8b VE-SchKG auf die Einsicht i.S.v. Art. 8a SchKG bezieht. Um diesen Zusammenhang noch klarer zum Ausdruck zu bringen, wäre eine andere Platzierung (z.B. im Rahmen eines neuen Art. 8a Abs. 3bis) vorzuziehen.

53 Siehe dazu Kapitel II.2.

54 Namentlich im Falle der nichtigen, aufgehobenen bzw. zurückgezogenen Betreibung (Art. 8a Abs. 3 lit a. und c SchKG) besteht ferner gar keine «laufende [...] Betreibung» (Art. 8b Abs. 1 VE-SchKG).

55 Siehe Bericht (Fn. 2), S. 7.

56 Kapitel II.3.

57 Dies ergibt sich auch aus den weiteren Ausführungen der Kommission für Rechtsfragen hinsichtlich der konkret zu erfüllenden Voraussetzungen (siehe Bericht [Fn. 2], S. 7 f.). Ebenfalls dieser Zielsetzung zuordnen lässt sich die Voraussetzung, dass sich das Gesuch auf eine Betreibung beziehen muss, gegen welche Rechtsvorschlag erhoben wurde (Art. 8b Abs. 1 VE-SchKG), da die Opposition des Betriebenen zumindest ein gewisses Indiz dafür darstellen kann, dass die Betreibung ungerechtfertigt ist.

58 Vgl. Bericht (Fn. 2), S. 7.

59 Vgl. Bericht (Fn. 2), S. 7. Irrelevant sind diese Voraussetzungen demgegenüber im Zeitpunkt der Gesuchstellung (Art. 8b Abs. 2 VE-SchKG *e contrario*).

60 Bericht (Fn. 2), S. 7.

61 Vgl. Bericht (Fn. 2), S. 7.

62 Bericht (Fn. 2), S. 7 f.

63 Bericht (Fn. 2), S. 7 f.

III. Bemerkungen zur vorgeschlagenen Lösung

1. Handlungsbedarf

[Rz 13] Die Kommission für Rechtsfragen begründet den Handlungsbedarf massgeblich mit den negativen Konsequenzen ungerechtfertigter Betreibungen für den Betriebenen.[64] Was unter einer «ungerechtfertigten Betreibung» zu verstehen ist, wird dabei nicht eindeutig erläutert.[65] Auf den ersten Blick könnte angenommen werden, dass damit Betreibungen gemeint sind, die sich auf von Anfang an nicht bestehende Forderungen beziehen.[66] Diese Überlegung wird sodann jedoch dadurch relativiert, dass die Kommission für Rechtsfragen ausführt, dass es problematisch sei, von ungerechtfertigten Betreibungen zu sprechen, wenn in guten Treuen betrieben worden sei und sich im Nachhinein herausstelle, dass gar keine Forderung bestanden habe.[67] Folglich dürften nicht bloss die objektiven Umstände bedeutsam sein. Ferner dürfte die Kommission für Rechtsfragen zumindest nicht ausschliesslich eigentliche Schikanebetreibungen meinen, zumal diese im Bericht separat angesprochen werden.[68] Der genaue Betrachtungsgegenstand bleibt trotz dieser Eingrenzung im Dunkeln, denn aus sich selbst heraus wird der Begriff der ungerechtfertigten Betreibung gerade nicht klar: Die Literatur illustriert, dass darunter unabhängig von den weiteren Motiven eine Betreibung einer von Anfang an nicht bzw. nicht in diesem Umfang bestehenden Schuld verstanden werden kann.[69] Denkbar ist jedoch auch eine Definition, welche sich stärker an der subjektiven Zielsetzung des Betreibenden orientiert. Demnach handelt es sich bei einer ungerechtfertigten Betreibung um eine Betreibung aus sachfremden Motiven.[70] Die Unterscheidung ist bereits bei blosser Berücksichtigung dieser Definitionen[71] nicht nur von rein akademischer Relevanz: Je nach Definition handelt es sich z.B. bei einer Betreibung zur Unterbrechung der Verjährung (Art. 135 Ziff. 2 des Obligationenrechts [OR]) hinsichtlich einer gar nicht bestehenden Forderung um eine gerechtfertigte oder eine ungerechtfertigte Betreibung.

[Rz 14] Mangels eindeutiger Definition der von der Kommission für Rechtsfragen verwendeten Begrifflichkeiten kann nicht evaluiert werden, ob tatsächlich ein Handlungsbedarf besteht. Es erstaunt insofern nicht, dass die Überlegungen der Kommission für Rechtsfragen mit keinen weiteren statistischen Daten bzw. zumindest Schätzungen unterlegt sind.[72] Die Kommission für Rechtsfragen geht selbst einzig davon aus, dass es «immer wieder» ungerechtfertigte Betreibungen gebe.[73] Ähnlich vage ist die Literatur, die – wiederum zumeist ohne eindeutige Klärung der verwendeten Terminologie – im Allgemeinen annimmt, dass ungerechtfertigte Betreibungen «gar nicht so selten»[74] bzw. «alltäglich»[75] seien oder aber die Problematik derartiger Betreibungen «nicht überbetont» werden dürfe[76]. Die Rechtsprechung weist seit längerem ohne Beleg darauf hin, dass «völlig grundlos» lediglich «in einer verschwindend kleinen Zahl von Fällen» betrieben werde.[77] Dies deckt sich mit der Überlegung der Kommission, wonach reine Schikanebetreibungen äusserst selten seien.[78]

---

64 Kapitel II.3.

65 Gleiches gilt für den teilweise ebenfalls verwendeten Begriff der «gerechtfertigten Betreibung» (siehe Bericht [Fn. 2], S. 8).

66 Vgl. Bericht (Fn. 2), S. 4 1. Absatz. In diese Richtung deutet auch die Begründung der parlamentarischen Initiative 09.530, welche den Anstoss zur Vorlage bildete (dazu Kapitel I.). Demnach werde eine Betreibung häufig «unbegründeterweise» eingeleitet, d.h. «ohne dass überhaupt eine Schuld besteht» (vgl. zur Fundstelle der Begründung Fn. 1).

67 Vgl. Bericht (Fn. 2), S. 4 3. Absatz.

68 Siehe Bericht (Fn. 2), S. 4 2. Absatz. Ferner ergibt sich die genannte Konsequenz aus dem Hinweis in Bericht (Fn. 2), S. 6, wonach es keinen einfachen Weg gebe, die Kenntnisgabe ungerechtfertigter Betreibungen zu verhindern. Dies trifft bei Schikanebetreibungen zumindest im Falle ihrer Nichtigkeit nicht zu (vgl. Bericht [Fn. 2], S. 4 2. Absatz und Kapitel II.2. sowie Fn. 34).

69 Siehe etwa das Begriffsverständnis bei Fraefel (Fn. 15), S. 1 sowie Equey/Reto Vonzun (Fn. 14), S. 1342 Fn. 68, wonach diesfalls besser von einer «grundlosen» Betreibung zu sprechen sei. In die Richtung dieser Definition deutet wie dargelegt – zumindest in einem ersten Schritt – auch die Ansicht der Kommission für Rechtsfragen (vgl. die bereits gemachten Ausführungen).

70 Z.B. Rache, Taktik, Einschüchterung. Vgl. die Bemerkungen bei Schwander (Fn. 40), S. 619. In diese Richtung deuten, wie angesprochen, sodann die weiteren Ausführungen der Kommission für Rechtsfragen (siehe Bericht [Fn. 2], S. 4 3. Absatz).

71 Weitere Definitionen sind denkbar. Das Betreibungsregister dient auch der mittelbaren Dokumentation der Zahlungsfähigkeit und -willigkeit einer Person (Kapitel II.2.). Insofern könnte eine Betreibung – bzw. ihre Kenntnisgabe an Dritte – ungerechtfertigt erscheinen, wenn sich aus dem Inhalt der entsprechenden Auskunft kein definitiver Schluss auf die Zahlungsfähigkeit bzw. -willigkeit des Betriebenen ziehen lässt (vgl. Peter [Fn. 32], S. 1452 mit Beispielen). Siehe ferner z.B. Yasmin Iqbal, SchKG und Verfassung – untersteht auch das SchKG dem Grundrechtsschutz?, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 209 f., wobei unter einer ungerechtfertigten Betreibung primär eine aufgrund von Rechtsmissbrauch nichtige Betreibung verstanden wird.

72 Es ist klar, dass sich die Problematik – unabhängig von der genauen Definition der ungerechtfertigten Betreibung – nicht präzise statistisch erfassen lassen dürfte. Es stehen aber keine offensichtlichen Hindernisse im Weg, um die Problematik zumindest im Ansatz zu quantifizieren. Dem Bericht (Fn. 2) lassen sich keine Angaben entnehmen, dass zumindest ein entsprechender Versuch unternommen wurde.

73 Vgl. Bericht (Fn. 2), S. 7.

74 Gasser (Fn. 24), S. 630.

75 Schwander (Fn. 40), S. 619.

76 Heinz Pfleghard, Akteneinsicht im Betreibungs- und Konkursverfahren, BlSchK 1992, S. 81–90, S. 88. Siehe ferner «Treffpunkt der Rappenspalter», NZZ vom 22. Juli 2013, S. 19, wobei ein Betreibungsbeamter der Stadt Zürich die Ansicht äussert, dass die Möglichkeit, eine Person ohne Bestehen einer Forderung zu betreiben, bloss «selten» ausgenutzt werde. Jährlich gebe es beispielsweise im Betreibungskreis des in Frage stehenden Betreibungsamts der Stadt Zürich nur ein bis zwei Betreibungen aus «Gehässigkeit».

77 BGE 115 III 81 E. 3b) S. 87 f. Vgl. ferner BGE 120 II 20 E. 3b) S. 24.

78 Bericht (Fn. 2), S. 4. Bei Kuster (Fn. 19), S. 1036 wird angenommen, dass

[Rz 15] Empirisch auch nur ansatzweise nachgewiesen sind all diese Überlegungen bislang soweit erkennbar nicht. Gelegentlich wird im Verhältnis der Anzahl an angehobenen Betreibungen zur Anzahl an fortgesetzten Betreibungen zurückhaltend ein entsprechender Beleg erblickt.[79] Aus diesem Verhältnis einen Schluss auf den quantitativen Umfang ungerechtfertigter Betreibungen ziehen zu wollen, ist jedoch verfehlt, da Betreibungen aus unterschiedlichsten Motiven nach erhobenem Rechtsvorschlag nicht fortgeführt werden.[80] Zu denken ist z.B. an den Fall der nachträglichen Bezahlung der in Betreibung gesetzten Forderung sowie an die Zwangsvollstreckung von Forderungen, die der Betreibende nur unzureichend belegen kann und hinsichtlich welcher er daher die Prozessrisiken im Zusammenhang mit der Beseitigung des Rechtsvorschlags scheut. Eine weitere Konstellation stellt die dem Betreibenden bekannte Mittellosigkeit des Betriebenen dar.[81] Ebenso kann aus dem Verhältnis der Anzahl an angehobenen Betreibungen zur Anzahl an Rechtsvorschlägen[82] kein unmittelbarer quantitativer Schluss auf die Begründetheit der Betreibungen gezogen werden[83].

[Rz 16] Im Ergebnis ist es zu bedauern, dass es die Kommission für Rechtsfragen unterlassen hat, hier zusätzliche Abklärungen und Präzisierungen vorzunehmen. Es ist zu hoffen, dass im Verlauf des weiteren Gesetzgebungsverfahrens neben einer griffigen und eindeutigen Definition der identifizierten Problematik eine entsprechende, zumindest ansatzweise Quantifizierung erfolgt. Erst hierdurch wird es überhaupt ermöglicht, den Handlungsbedarf zu beurteilen. Schliesslich bleibt unabhängig davon zu beachten, dass die Kommission für Rechtsfragen primär die ungerechtfertigte Betreibung natürlicher Personen vor Augen gehabt haben dürfte, da sie deren negative Auswirkungen primär im Kontext der Wohnungs- und Stellensuche identifiziert.[84] Die Vorlage betrifft jedoch sowohl natürliche wie auch juristische Personen, da Art. 8b VE-SchKG keine entsprechende Unterscheidung vornimmt.[85] Ob die negativen Auswirkungen ungerechtfertigter Betreibungen für natürliche wie für juristische Personen identisch ausfallen, ist bereits im Lichte der von der Kommission für Rechtsfragen angeführten Beispiele zu bezweifeln. Es wäre insofern wünschenswert, wenn der Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Beschränkung des Einsichtsrechts im weiteren Gesetzgebungsverfahren zusätzlich evaluiert würde. Je nach Ergebnis wäre eine Eingrenzung auf natürliche Personen angezeigt.

2. Zielerreichung

[Rz 17] Der von der Kommission für Rechtsfragen präsentierte Lösungsvorschlag versucht die negativen Konsequenzen ungerechtfertigter Betreibungen, die sich namentlich bei der Wohnungs- und der Stellensuche ergeben können, zu entschärfen.[86] Die Vorlage betrifft hierbei einzig die Beschränkung der Einsichtnahme in das Betreibungsregister durch Dritte.[87] Die Einsichtnahme durch den Betriebenen selbst wird durch die Vorlage – analog zum geltenden Recht[88] – nicht beeinflusst. Mit anderen Worten werden die von der Vorlage erfassten Betreibungen dem Betriebenen im Falle einer entsprechenden Betreibungsauskunft ohne weitergehende Filterung zur Kenntnis gebracht. Ob ein vom Betriebenen eingeholter Betreibungsregisterauszug betreffend die eigene Person die von Art. 8b VE-SchKG erfassten Betreibungen in jedem Fall enthalten würde, lässt sich derzeit aufgrund der möglich erscheinenden unterschiedlichen Handhabung durch die Betreibungsämter jedoch nicht abschätzen.[89]

sich derartige Betreibungen häufen. Vgl. ferner Straessle (Fn. 13), S. 127, wobei ebenso vertreten wird, dass häufig aus Schikane betrieben werde.

79 Vgl. Straessle (Fn. 13), S. 127, wonach im Jahr 1990 ca. 1.4 Mio. Zahlungsbefehle erlassen, jedoch nur etwa 0.6 Mio. Betreibungen fortgesetzt worden seien.

80 Vgl. Peter (Fn. 32), S. 1452. Hierauf wird auch bei Straessle (Fn. 13), S. 127, hingewiesen.

81 Vgl. zu den genannten Konstellationen Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 06. November 2007 betreffend parlamentarische Initiative 04.467 (Studer Jean; keine Veröffentlichung eingestellter Betreibungen), abrufbar unter http://www.parlament.ch/afs/data/d/bericht/2004/d_bericht_s_k25_0_20040467_0_20071106.htm (letztmals abgerufen am 24. September 2013), Ziff. 3.

82 Im Jahr 2012 wurden z.B. im Kanton Zürich 383'455 Zahlungsbefehle ausgestellt. Rechtsvorschlag wurde lediglich in 39'077 Fällen, also rund 10% erhoben (siehe zur Datenbasis den Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Zürich über das Jahr 2012, abrufbar unter http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/obergericht/Rechenschaftsberichte/Rechenschaftsbericht_2012.pdf [letztmals abgerufen am 24. September 2013], S. 97; vgl. ferner Isaak Meier, Aktuelle Probleme der Zwangsvollstreckung aus Sicht des schweizerischen und türkischen Rechts, BlSchK 2010, S. 1–34, S. 8 [Erhebung des Rechtsvorschlags durchschnittlich in ca. 12% aller Betreibungen in den Jahren 2002–2006 betreffend den Kanton Zürich]).

83 Vgl. Meier (Fn. 82), S. 12 mit Hinweisen zur Situation, in welcher sich der durchschnittliche Betriebene regelmässig befindet. Demnach unterlässt dieser oftmals die Erhebung des Rechtsvorschlags, obwohl er die geltend gemachte Forderung in ihrem Bestand oder ihrem Umfang nicht akzeptiert.

84 Vgl. Bericht (Fn. 2), S. 6. Daneben wird ferner die Kreditvergabe genannt, die auch juristische Personen betreffen kann.

85 Auch der Bericht (Fn. 2) differenziert insgesamt nicht zwischen natürlichen und juristischen Personen.

86 Kapitel II.3.

87 Kapitel II.4.

88 Das geltende Recht beschränkt ebenfalls lediglich die Einsichtnahme durch Dritte (vgl. Art. 8a Abs. 3 f. SchKG und dazu Kapitel II.2. sowie ferner statt vieler Gasser [Fn. 24], S. 633).

89 In diesem Zusammenhang ist auf die heutige Praxis der Betreibungsämter hinsichtlich der Ausstellung von Betreibungsregisterauszügen zu Gunsten des Betriebenen hinzuweisen: Anfragen bei verschiedenen Betreibungsämtern sowie beim Bundesamt für Justiz als (Ober-)Aufsichtsorgan über das Betreibungswesen (Art. 15 Abs. 1 f. SchKG i.V.m. Art. 1 OAV-SchKG) haben ergeben, dass im Betreibungsregisterauszug, der von der betroffenen Person selbst eingeholt wird, diejenigen Betreibungen, die Dritten gemäss Art. 8a Abs. 3 f. SchKG nicht zur Kenntnis zu geben sind, regelmässig nicht aufgeführt werden. Eine Nennung dieser Betreibungen im Auszug erfolgt oft bloss auf expliziten Wunsch des Betriebenen. Die Praxis ist jedoch uneinheitlich. Es kann im Ergebnis nicht ausgeschlossen werden,

[Rz 18] Es ist denkbar, dass die von der Kommission für Rechtsfragen präsentierte Vorlage in gewissen Fällen dazu führen wird, dass Dritte von ungerechtfertigten Betreibungen keine Kenntnis erhalten und damit deren negative Konsequenzen ausbleiben und folglich die Zielsetzung der Vorlage erreicht wird. Die Beschränkung der Einsichtnahme Dritter mittels formaler, einfach zu prüfender Kriterien[90] beinhaltet naturgemäss das Risiko, dass in gewissen Fällen auch die Einsicht betreffend gerechtfertigter Betreibungen eingeschränkt wird[91]. Offensichtlich wird der aufgrund der organisatorischen Ausgestaltung des Betreibungswesens[92] und der bestehenden Beschränkungen[93] bereits eingeschränkte Aussagegehalt des Betreibungsregisters in Bezug auf die Einsichtnahme durch Dritte durch die Vorlage nicht gerade gestärkt[94]. Ob sich Dritte, die sich von der Zahlungsfähigkeit und -willigkeit einer anderen Person ein Bild machen und hierfür das Betreibungsregister konsultieren möchten, unter diesen Voraussetzungen für eine derartige potentiell unzureichende Einsichtnahme entscheiden, ist zweifelhaft. Es liegt stattdessen nahe, davon auszugehen, dass die Vorlage – zumindest in sachverständigen Kreisen[95] – in der Tendenz bewirken wird, dass Dritte vermehrt direkt an den Betriebenen gelangen und von diesem die Weitergabe einer selbst getätigten vollständigen[96] Betreibungsauskunft betreffend die eigene Person, welche nach dem Vorgesagten keiner Beschränkung der Einsichtnahme unterliegt, einfordern[97]. Natürlich kann der Betriebene ein solches Ansinnen des Dritten ablehnen und die Weitergabe entsprechender Informationen verweigern. Der Dritte wird diesfalls in aller Regel von einem allfälligen Geschäft absehen, d.h. z.B. eine Wohnung nicht vermieten oder einen Bewerber nicht anstellen.[98] Aufgrund dieser voraussehbaren Konsequenz wird der Betriebene eine Auskunft in Bereichen, in welchen er auf das Wohlwollen des Dritten angewiesen ist, kaum ablehnen.[99] Allfällige ungerechtfertigte Betreibungen werden dem Dritten auf diesem Weg, d.h. mittelbar, somit gleichwohl zur Kenntnis gebracht, wobei diese naturgemäss auch dann negative Konsequenzen haben können.[100] Es erscheint somit zweifelhaft, ob die Vorlage insofern der Zielsetzung gerecht werden kann. All dies wird von der Kommission für Rechtsfragen nicht berücksichtigt.[101]

[Rz 19] Die vorgenannte Beeinträchtigung der Relevanz der

dass die Betreibungsämter die Regelung gemäss Art. 8b VE-SchKG derart interpretieren würden, dass die von dieser Bestimmung erfassten Betreibungen im Betreibungsregisterauszug, dessen Ausstellung vom Betriebenen selbst verlangt wird, nicht automatisch, bzw. lediglich auf expliziten Wunsch des Betriebenen hin, aufgeführt würden.

90 Siehe zu den Kriterien Kapitel II.4.

91 Bericht (Fn. 2), S. 8.

92 Das Betreibungsamt führt die Register und Protokolle (Art. 8 Abs. 1 SchKG) bloss für die Tätigkeit in seinem Gebiet (siehe zur geographischen Aufteilung Art. 1 Abs. 1 f. SchKG und Art. 2 Abs. 1 SchKG). Durch den Wohnsitzwechsel kann der Betriebene somit faktisch einen leeren Betreibungsregisterauszug erwirken (vgl. Kren Kostkiewicz, [Fn. 16], N 142). Immerhin wird der Bundesrat mittels des überwiesenen Postulats 12.3957 (Candinas) aufgefordert, zu prüfen, wie mit gesetzlichen und organisatorischen Massnahmen dem Schuldnertourismus begegnet werden kann. Angeregt wird hierbei eine elektronische Verbindung und Harmonisierung sämtlicher Betreibungsregister. Es wird dabei die Überlegung angestellt, dass die Betreibungsämter hierdurch in die Lage versetzt werden könnten, schweizweite Betreibungsauskünfte zu erstellen (die Einzelheiten des Postulats sind abrufbar unter http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20123957 [letztmals abgerufen am 24. September 2013]). Vgl. zu dieser Thematik auch die Antwort des Bundesrats auf die Motion 11.3287 (Flückiger-Bäni), abrufbar unter http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20113287 (letztmals abgerufen am 24. September 2013).

93 Angesprochen ist Art. 8a Abs. 3 lit. c SchKG, wonach das Betreibungsamt Dritten von einer Betreibung keine Kenntnis gibt, soweit der Gläubiger die Betreibung zurückgezogen hat. Siehe hierzu Kapitel II.2. und daneben III.4.

94 Siehe zur Beeinträchtigung der Aussagekraft der Betreibungsauskunft in gewissen Konstellationen ferner Kapitel III.3.

95 Welche Auswirkungen die Vorlage auf «Laien» haben wird, lässt sich nicht abschätzen. Falls die Vorlage zum Gesetz wird, darf angenommen werden, dass Betreibungsauskünfte für Dritte in Zukunft auf die Regelung von Art. 8b VE-SchKG aufmerksam machen. Weitergehende Hinweise – namentlich ob der Betriebene ein entsprechendes Gesuch gestellt hat – dürften naturgemäss nicht erfolgen, da die unterlassene Bekanntgabe entsprechender Betreibungen ansonsten zum Vornherein vereitelt würde. Ob Laien unter diesen Umständen die Möglichkeit der Beschränkung der Einsichtnahme i.S.v. Art. 8b VE-SchKG zur Kenntnis nehmen, verstehen und richtig einordnen, darf zumindest nicht blindlings unterstellt werden. Auf diese Problematik geht der Bericht (Fn. 2) bedauerlicherweise nicht ein.

96 Es wurde bereits dargelegt, dass nicht abgeschätzt werden kann, ob die Umsetzung von Art. 8b VE-SchKG dazu führen würde, dass vom Betriebenen selbst eingeholte Betreibungsregisterauszüge betreffend die eigene Person Betreibungen gemäss Art. 8b VE-SchKG in jedem Fall aufführen würden (vgl. die bisherigen Bemerkungen und Fn. 89). Es ist jedoch klar, dass der Betriebene eine Auskunft über diese Betreibungen verlangen kann, da Art. 8b VE-SchKG aufgrund der Zielsetzung lediglich die Kenntnisgabe gegenüber Dritten unterbindet (Kapitel II.4.). Folglich kann der Betriebene auch auf die Ausstellung eines entsprechenden (vollständigen) Betreibungsregisterauszugs hinwirken.

97 Dies ist bekanntlich bereits heute – gerade bei der Wohnungs- bzw. Stellensuche – oftmals der Fall. Eine schweizweite Statistik zum Verhältnis der Dritt- bzw. der Selbstauskünfte wird nicht geführt. Anfragen bei verschiedenen Betreibungsämtern deuten jedoch darauf hin, dass 40–60% aller Betreibungsauskünfte durch die betriebene Person selbst nachgefragt werden.

98 Vgl. allgemein Meier (Fn. 39), S. 137, wonach es ein Dritter, wenn er sich nicht von der Solvenz einer Person überzeugen kann, regelmässig zur Vermeidung jeglichen Risikos in Kauf nehmen dürfte, ein Geschäft zu verpassen, weil er irrtümlich annimmt, eine Person sei insolvent.

99 Gerade gegenüber marktmächtigen Marktteilnehmern wird der Betriebene eine Auskunft wohl eher seltener verweigern als gegenüber schwächeren Marktteilnehmern (vgl. hierzu in anderem Zusammenhang Meier [Fn. 39], S. 137). Mit der Umsetzung der Vorlage könnte insofern allenfalls auch eine Stärkung marktmächtiger Marktteilnehmer einhergehen.

100 Die Möglichkeit, gegenüber dem Dritten zu erläutern, dass es sich um eine ungerechtfertigte Betreibung handelt, dürfte für den Betriebenen nur einen schwachen Trost darstellen (vgl. dazu bereits die Bemerkungen in Kapitel II.3. zur analogen Problematik im Hinblick auf die geltende Rechtslage).

101 Soweit ersichtlich geht Bericht (Fn. 2) auf diese Aspekte nicht ein.

Einsichtnahme in das Betreibungsregister durch Dritte ist nicht bloss im Hinblick auf die Zielsetzung der Vorlage problematisch. Im Lichte der Häufigkeit von Betreibungsauskünften[102] würden die Betriebenen durch die beschriebene Verschiebung nämlich auch einem zusätzlichen administrativen Aufwand ausgesetzt, der durch die jeweilige Beschaffung der Betreibungsauskunft über die eigene Person zu Gunsten des Dritten hervorgerufen wird[103]. Betroffen wären hiervon naturgemäss grundsätzlich alle am Wirtschaftsverkehr teilnehmenden Personen, d.h. z.B. auch solche, die noch gar nie betrieben wurden und deren Betreibungsregister gar keine Einträge enthalten. Hinzu kommt, dass die Einsichtnahme durch die Betriebenen selbst nach dem Vorgesagten auch Informationen über Betreibungen enthalten kann, die bei der Einsichtnahme durch Dritte nicht zur Kenntnis gebracht werden.[104] Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Kenntnisgabe derartiger Betreibungen an Dritte durch den Betriebenen – zumindest in gewissen Fällen – zu einer Beeinflussung des Verhaltens des Dritten führt.[105] Es ist denkbar, dass die Vorlage und die damit bewirkte Verschiebung somit auch in dieser Hinsicht negative Konsequenzen[106] zu Lasten des Betriebenen bewirkt. Diese Elemente werden von der Kommission für Rechtsfragen nicht beachtet.[107]

[Rz 20] Die durch die Umsetzung der Vorlage zu erwartende Konsequenz, d.h. die vermehrte Kommunikation zwischen dem Dritten und dem Betriebenen hinsichtlich den in Frage stehenden Informationen, liesse sich – soweit am Kern des Ansatzes der Vorlage festgehalten werden soll – auch auf eine andere, weniger einschneidende Art und Weise herbeiführen: Namentlich könnte anstelle der Beschränkung des Einsichtsrechts vorgesehen werden, dass der Betriebene beim Betreibungsamt das Gesuch stellen kann, dass ihm von Betreibungsauskünften zu Gunsten Dritter unter gewissen Voraussetzungen[108] Kenntnis gegeben wird. In Bezug auf die hiervon erfassten Betreibungen würde sodann im Falle der Einsichtnahme durch Dritte anstelle der Unterdrückung der Kenntnisgabe eine (potentiell kostenfällige) Meldung an den Betriebenen seitens des Betreibungsamts ausgelöst. Dem Betriebenen würde es so ermöglicht, mit dem Dritten Kontakt aufzunehmen und die Auskunft seitens des Betreibungsamts zu erläutern. Die durch die Vorlage bewirkte generelle zusätzliche Abwertung der Betreibungsauskunft an Dritte und die vorgenannten weiteren denkbaren Konsequenzen könnten hierdurch in der Tendenz limitiert werden. Ferner könnte einem weiteren, nachfolgend zu erläuternden Problemkreis[109] aus dem Weg gegangen werden. Die Lösung hätte jedoch im Vergleich zur Vorlage den Nachteil, dass der Betriebene nicht verhindern kann, dass dem Dritten die von der Vorlage erfassten Betreibungen unmittelbar zur Kenntnis gebracht werden.

3. Kriterien

[Rz 21] Die Vorlage basiert auf der Überlegung, mittels formaler Kriterien Dritten nicht bekannt zu gebende ungerechtfertigte Betreibungen von gerechtfertigten Betreibungen zu unterscheiden.[110] Der von der Kommission für Rechtsfragen vorgeschlagene Lösungsansatz und das Abstellen auf formale Kriterien leuchtet insoweit ein, als dass denkbare Alternativen, d.h. insbesondere die summarische Prüfung des materiellen Bestands der in Betreibung gesetzten Forderung[111], nicht in das System des hiesigen Vollstreckungsrechts passen, soweit diese Aufgabe dem Betreibungsamt übertragen würde[112]. Andere Alternativen erscheinen ebenso unpassend.[113]

[Rz 22] Das Abstellen auf formale Kriterien beinhaltet das Risiko, dass davon auch Betreibungen erfasst werden, die gerechtfertigt sind.[114] Wie gross dieses Risiko ausfällt, lässt sich nicht evaluieren, da bereits unklar ist, was nach Ansicht der Kommission für Rechtsfragen überhaupt unter einer (un-)gerechtfertigten Betreibung zu verstehen ist.[115] Es erstaunt daher nicht, dass sich den Ausführungen der Kommission

[102] Fn. 25.

[103] Hinzu kommen allenfalls die Kosten der Betreibungsauskunft, sofern diese letztlich nicht vom Dritten getragen werden.

[104] Art. 8a Abs. 3 f. SchKG. Siehe hierzu die bereits gemachten Ausführungen und die Bemerkungen in Fn. 89.

[105] Dies dürfte gerade bei denjenigen Betreibungen zutreffen, die Dritten seitens des Betreibungsamts lediglich infolge Zeitablaufs (vgl. Art. 8a Abs. 4 SchKG) nicht zur Kenntnis gebracht werden.

[106] Im besten Fall wird lediglich ein zusätzlicher Erklärungsaufwand ausgelöst. Im schlechtesten Fall verzichtet der Dritte auf die in Frage stehende Transaktion.

[107] Soweit ersichtlich geht Bericht (Fn. 2) auf diese Aspekte nicht ein.

[108] Diese Voraussetzungen könnten der jetzigen Vorlage entnommen werden. Der Rechtsbehelf würde sich dann auf die von der Vorlage erfassten Konstellationen beschränken.

[109] In bestimmter Konstellation kann die Vorlage theoretisch bewirken, dass der Eindruck, der durch die von einem Dritten beim Betreibungsamt erlangte Betreibungsauskunft vermittelt wird, massgeblich von der Realität abweicht. Siehe Kapitel III.3.

[110] Kapitel II.4. Vgl. ferner Bericht (Fn. 2), S. 7 f.

[111] Vgl. Bericht (Fn. 2), S. 7.

[112] Namentlich steht es dem Betreibungsamt auch bei der Anhebung der Betreibung grundsätzlich nicht zu, die Begründetheit der in Betreibung gesetzten Forderung zu überprüfen (Kapitel II.2.). Es wäre folglich nicht systemkonform, wenn dem Betreibungsamt im Kontext der Einsichtnahme in das Betreibungsregister durch Dritte eine derartige Kompetenz eingeräumt würde. Vgl. dazu auch Bericht (Fn. 2), S. 7. Teilweise in eine andere Richtung (zu einem ähnlichen Mechanismus) Chaudet/Schaufelberger (Fn. 35), S. 349.

[113] Eine entsprechende Überprüfungskompetenz im Kontext der Betreibungsauskunft liesse sich theoretisch auch dem Gericht zuweisen. Hiermit wäre aber ein erheblicher Aufwand verbunden. Siehe zu diesem und zu weiteren Argumenten, die gegen eine solche Lösung sprechen, Bericht (Fn. 2), S. 7.

[114] Bericht (Fn. 2), S. 8.

[115] Kapitel III.1.

für Rechtsfragen keine Quantifizierungen dieses Risikos entnehmen lassen.[116]

[Rz 23] Es fällt auf, dass der Ansatz der Vorlage betreffend die Differenzierung zwischen gerechtfertigten und ungerechtfertigten Betreibungen massgeblich darauf abstellt, ob die in Frage stehende, von einem Gesuch des Betriebenen[117] betroffene Betreibung, in einer bestimmten zeitlichen Nähe zu gewissen betreibungsrechtlichen Vorgängen (Einleitung anderer Betreibungen durch andere Gläubiger [Art. 8b Abs. 2 lit. a VE-SchKG], Fortsetzung einer Betreibung [Art. 8b Abs. 2 lit. b VE-SchKG], Pfändungsvollzug [Art. 8b Abs. 2 lit. c VE-SchKG])[118] steht. Ein weiteres Kriterium bildet die Fortsetzung einer Betreibung, welche bewirkt, dass alle in diesem Zeitpunkt bei diesem Betreibungsamt hängigen Betreibungen Dritten wieder zur Kenntnis gebracht werden (Art. 8b Abs. 3 VE-SchKG). Gemäss diesem Ansatz hängt die Beantwortung der Frage, ob eine Betreibung gerechtfertigt oder ungerechtfertigt ist, somit nicht zwingend von den Eigenschaften der in Frage stehenden Betreibung selbst ab.[119] Stattdessen ist gemäss dem Ansatz der Vorlage vielmehr primär auf die weiteren Gesamtumstände abzustellen. Dieser Ansatz, der nicht intuitiv richtig anmutet, wird von der Kommission für Rechtsfragen bedauerlicherweise nicht weitergehend argumentativ untermauert.[120]

[Rz 24] Das hiesige Vollstreckungsrecht erlaubt es, ohne tatsächlich bestehende Forderung zu betreiben und eine derartige Betreibung auf einfache Art und Weise mittels der Erhebung des Rechtsvorschlags zu stoppen.[121] Betreibungen, die in diesem Zustand verharren, können – müssen jedoch nicht – in dem Sinn ungerechtfertigt sein, dass ihnen keine Forderung zu Grunde liegt. Gleiches gilt, wenn eine Betreibung nach Erhebung des Rechtsvorschlags infolge Zeitablaufs gar nicht mehr fortgesetzt werden kann (Art. 88 Abs. 2 SchKG).[122] Immerhin dürfte im letztgenannten Fall zumindest eine gewisse, nicht gänzlich unerhebliche Wahrscheinlichkeit dafür sprechen, dass die entsprechende Betreibung im vorbezeichneten Sinn ungerechtfertigt ist.[123] Anders verhält es sich wiederum, wenn der Betreibende konkrete Anstrengungen unternimmt, um den Rechtsvorschlag zu beseitigen. Diesfalls nimmt er (Prozess-)Risiken in Kauf, was ein gewisses Indiz dafür darstellen kann, dass die Betreibung gerechtfertigterweise erfolgte.[124] Im Lichte dessen erscheint es, soweit grundsätzlich am System der Vorlage festgehalten werden soll, naheliegend, die Unterscheidung gerechtfertigte/ungerechtfertigte Betreibung weitergehend als die Vorlage[125] vom Stand der in Frage stehenden Betreibung abhängig zu machen. Demnach wäre eine Betreibung im Rahmen einer Betreibungsauskunft Dritten trotz des Bestehens eines Gesuchs des Betriebenen zur Kenntnis zu bringen, wenn der Betreibende konkrete Anstrengungen unternimmt, den Rechtsvorschlag zu beseitigen. Zu denken ist z.B. an die Einleitung einer Anerkennungsklage bzw. einer Rechtsöffnung.[126] Damit das Betreibungsamt dieses formale Kriterium[127] überprüfen könnte, müsste sichergestellt werden, dass es von derartigen Anstrengungen überhaupt Kenntnis erlangt. Dies ist heute nicht der Fall.[128] Denkbar wäre die Ein-

[116] Vgl. Bericht (Fn. 2), S. 8.

[117] Siehe zu dieser Voraussetzung Kapitel II.4.

[118] Siehe im Einzelnen Kapitel II.4.

[119] Von den Kriterien gemäss Art. 8b Abs. 2 f. SchKG können die Fortsetzung der Betreibung (Art. 8b Abs. 2 lit. b VE-SchKG bzw. Art. 8b Abs. 3 VE-SchKG) sowie der Pfändungsvollzug (Art. 8b Abs. 2 lit. c VE-SchKG) auf die in Frage stehende Betreibung selbst oder aber andere hängige Betreibungen zutreffen. Das Kriterium gemäss Art. 8b Abs. 2 lit. a VE-SchKG betrifft die Anzahl an Betreibungen und stellt daher zum Vornherein nicht auf die Eigenschaften einer konkreten Betreibung ab.

[120] Vgl. zur Thematik Bericht (Fn. 2), S. 7 f. mit bloss wenigen Aussagen zu den formalen Kriterien.

[121] Kapitel II.1.

[122] Die Beseitigung eines Rechtsvorschlags kann aus unterschiedlichsten Motiven gar nicht erst angestrengt werden oder scheitern (siehe dazu Kapitel III.1.). Aus dem Umstand, dass ein Rechtsvorschlag nicht beseitigt wurde bzw. eine Betreibung nicht fortgesetzt wird, lässt sich somit nicht verlässlich der Schluss auf die Unbegründetheit der Betreibung ziehen.

[123] Vgl. Gasser (Fn. 33), S. 16 sowie Thomas Gattlen/Thomas Zeller, Betreibungsrecht lädt zu Missbrauch ein, plädoyer 4/2004, S. 21–24, S. 24. Gleichbedeutend ist im Ergebnis diejenige Überlegung, wonach eine derartige Betreibung keine verlässlichen Schlüsse über die Zahlungswilligkeit bzw. -fähigkeit des Betriebenen zulässt. Vgl. hierzu Meier (Fn. 39), S. 141 f. In BGE 115 III 81 E. 2 S. 85 wird in diesem Zusammenhang jedoch zu Recht darauf aufmerksam gemacht, dass insoweit keine zuverlässigen Erhebungen bestehen und nicht gesagt werden kann, dass derartige Betreibungen im Allgemeinen unbegründet sind.

[124] Ähnlich Gattlen/Zeller (Fn. 123), S. 24.

[125] Gemäss der Vorlage ist der Stand der konkret in Frage stehenden Betreibung nach dem Vorgesagten lediglich insoweit relevant, als dass diese selbst das Kriterium der Fortsetzung (Art. 8b Abs. 2 lit. b VE-SchKG bzw. Art. 8b Abs. 3 VE-SchKG) bzw. des Pfändungsvollzugs (Art. 8b Abs. 2 lit. c VE-SchKG) erfüllt und aus diesem Grund trotz des Bestehens eines Gesuchs offenzulegen ist. Siehe dazu die bereits gemachten Ausführungen und Fn. 119.

[126] Hinsichtlich der Definition des Verfahrensschritts, auf welchen abzustellen wäre, ist zu beachten, dass dieser zumindest ein gewisses, nicht bloss gänzlich unerhebliches (finanzielles) Risiko zu Lasten des Betreibenden beinhalten muss. Andernfalls rechtfertigt sich der mittelbare Schluss auf die Wahrscheinlichkeit der Begründetheit der Betreibung kaum. Folglich dürfte es bei einer Anerkennungsklage nicht genügen, wenn das in aller Regel notwendige Schlichtungsverfahren i.S.v. Art. 197 ff. ZPO eingeleitet wurde, da dieses bekanntlich bloss sehr überschaubare Kosten generiert und namentlich keine Parteientschädigungen zugesprochen werden (Art. 113 Abs. 1 ZPO).

[127] Der Ansatz der Vorlage basiert gerade auf einfach zu überprüfenden formalen Kriterien (Kapitel II.4.).

[128] Das Betreibungsamt hat gemäss geltendem Recht keine (zwingende) Kenntnis von der Einleitung sowie der Beendigung der genannten Verfahren. Die Beseitigung des Rechtsvorschlags wird dem Betreibungsamt durch den Betreibenden selbst mitgeteilt, sobald er das Fortsetzungsbegehren stellt (vgl. statt vieler André E. Lebrecht, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin [Hrsg.], Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 88 N 14 sowie Robert Joos, Handbuch für die Betreibungsbeamten der Schweiz, Wädenswil 1964, S. 107). Eine Mitteilungspflicht besteht heute nicht (in eine

führung einer entsprechenden Mitteilungspflicht.[129] Allenfalls liesse sich auch noch einen Schritt weiter gehen und zur weiteren Unterscheidung gerechtfertigter bzw. ungerechtfertigter Betreibungen auf die blosse Möglichkeit der Fortsetzung der Betreibung abstellen. Demnach wäre die Unterlassung der Kenntnisgabe einer Betreibung an Dritte in jedem Fall davon abhängig zu machen, dass der Rechtsvorschlag betreffend diese Betreibung nicht beseitigt wurde und die Frist zur Fortsetzung i.S.v. Art. 88 Abs. 2 SchKG abgelaufen ist.[130] Durch die Einführung dieser Voraussetzungen liesse sich auch allfälligen Problemen im Hinblick auf den regulären Pfändungsanschluss (Art. 110 SchKG)[131] aus dem Weg gehen. Notwendig wäre hierbei wiederum die Statuierung einer Mitteilungspflicht an das Betreibungsamt.[132]

[Rz 25] Hinsichtlich der von der Kommission für Rechtsfragen angedachten Kriterien ist ferner noch auf zwei Besonderheiten hinzuweisen: Erstens wird auf die Anzahl an eingeleiteten Betreibungen in einem gewissen Zeitraum lediglich insoweit abgestellt, als dass diese Betreibungen insgesamt von mindestens drei Personen stammen (vgl. Art. 8b Abs. 2 lit. a VE-SchKG).[133] Werden im massgeblichen Zeitraum dagegen lediglich Betreibungen von einer oder zwei Personen eingeleitet, so wird darin noch kein Umstand erblickt, welcher die Kenntnisgabe der von einem Gesuch betroffenen Betreibung notwendig macht (Art. 8b Abs. 2 lit. a VE-SchKG *e contrario*).[134] Nach Ansicht der Kommission für Rechtsfragen handelt es bei ungerechtfertigten Betreibungen «typischerweise um Einzelfälle».[135] Warum gleichwohl auf ein Minimum von drei (statt zwei) betreibenden Personen abgestellt wird, bleibt offen. Die absolute Anzahl an Betreibungen bzw. ihre Häufung spricht nach Ansicht der Kommission für Rechtsfragen zwar dafür, dass die Betreibungen begründeterweise erfolgen.[136] Trotzdem spielt die Anzahl an Betreibungen an und für sich im Rahmen der Kriterien der Vorlage erstaunlicherweise keine Rolle.[137] Obwohl die Vorlage bezweckt, dass der Betriebene die Offenlegung von ungerechtfertigten Einzelbetreibungen verhindern können soll[138], enthält Art. 8b VE-SchKG keine absolute quantitative Begrenzung in Bezug auf die unterlassene Kenntnisgabe. Der Betriebene kann daher für eine Mehrzahl von Betreibungen ein Gesuch i.S.v. Art. 8b Abs. 1 VE-SchKG stellen. Im Extremfall – soweit kein anderes Kriterium erfüllt wird – kann der Betriebene somit zumindest temporär[139] auf einen leeren Betreibungsregisterauszug gegenüber Dritten hinwirken, obschon kürzlich eine Mehr- bzw. Vielzahl an Betreibungen einer oder zweier Personen eingeleitet wurden. Gerade in kleineren Verhältnissen ist es nun durchaus vorstellbar, dass eine finanzielle Krise einer Person dadurch beginnt, dass erst selektiv einzelne wenige Gläubiger nicht mehr bezahlt werden und diese sodann die Betreibung einleiten.[140] Es besteht insofern das Risiko, dass die Betreibungsauskunft, welche die genannten Betreibungen aufgrund der Gesuche des Betriebenen nicht enthält, Dritten

andere Richtung Stücheli [Fn. 31], S. 152 f. sowie Robert Hauser/Erhard Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 185 N 18). Art. 240 ZPO dürfte eine derartige Mitteilung in Bezug auf die Verfahrensbeendigung mittels eines Entscheids, welcher den Rechtsvorschlag beseitigt, jedoch bereits unter dem geltenden Recht zumindest ermöglichen.

129 Konkret wären die mit der Anerkennungsklage bzw. der Rechtsöffnung befassten Instanzen gesetzlich zu verpflichten, das Betreibungsamt über die Einleitung entsprechender Verfahren zu informieren. Gleiches gilt für die Beendigung solcher Verfahren, damit insbesondere auch Beendigungen, die nicht zur Beseitigung des Rechtsvorschlags führen und somit gegen die in Frage stehende Erfahrungstatsache sprechen, beachtet werden können (z.B. bei Rückzug des Rechtsöffnungsbegehrens). Für die zwingende Mitteilung solcher Beendigungen an das Betreibungsamt besteht heute keine Rechtsgrundlage (a.M. teilweise Stücheli [Fn. 31], S. 152 f.). Vgl. auch Fn. 128.

130 Für eine derartige zeitliche Begrenzung der Betreibungsauskunft neben den in Fn. 123 genannten Fundstellen (im Allgemeinen) auch Peter (Fn. 32), S. 1453. Der Vollständigkeit halber ist zu bemerken, dass eine parlamentarische Initiative, welche vorgesehen hat, eingestellte Betreibungen einschliesslich solcher Betreibungen, bei welchen die Frist i.S.v. Art. 88 Abs. 2 SchKG abgelaufen ist, generell von der Einsichtnahme durch Dritte auszuschliessen, abgelehnt wurde (vgl. Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 06. November 2007 betreffend parlamentarische Initiative 04.467 [Studer Jean; keine Veröffentlichung eingestellter Betreibungen] [Fn. 81]).

131 Gläubiger, die das Fortsetzungsbegehren innerhalb von 30 Tagen nach dem Vollzug einer Pfändung stellen, nehmen an der Pfändung teil (Art. 110 Abs. 1 SchKG). Offensichtlich haben Gläubiger im Hinblick auf den Pfändungsanschluss somit ein evidentes Interesse, sich möglichst frühzeitig über andere Betreibungen mittels der Betreibungsauskunft zu informieren. Es genügt hierbei nicht, wenn dem Gläubiger erst von der Fortsetzung anderer Betreibung Kenntnis gegeben wird, da die eigene Betreibung dann nicht mehr rechtzeitig fortgesetzt werden kann (vgl. Meier [Fn. 39], S. 141). Im Rahmen des Ansatzes der Vorlage sind derartige unerwünschte Konstellationen, in welchen der Dritte von einer Betreibung erst ab der Fortsetzung dieser Betreibung Kenntnis nehmen kann, denkbar.

132 Dies hängt damit zusammen, dass in dem Fall, in welchem Rechtsvorschlag erhoben wurde, die Frist gemäss Art. 88 Abs. 2 Satz 1 SchKG zwischen der Einleitung und dem Abschluss eines Gerichts- bzw. Verwaltungsverfahrens zur Beseitigung des Rechtsvorschlags, wozu namentlich das Anerkennungs- und das Rechtsöffnungsverfahren zählen (BGE 79 III 58 E. 1 S. 60–62), still steht (Art. 88 Abs. 2 Satz 2 SchKG) und das Betreibungsamt hiervon keine (zwingende) Kenntnis erlangt. Vgl. zum Ganzen Peter (Fn. 32), S. 1453 Fn. 77.

133 Kapitel II.4.

134 Bericht (Fn. 2), S. 7.

135 Bericht (Fn. 2), S. 7.

136 Bericht (Fn. 2), S. 7.

137 Immerhin ist zuzugestehen, dass eine Vielzahl von Betreibungen durch eine Person auch auf die Rechtsmissbräuchlichkeit des entsprechenden Vorgehens hindeuten kann.

138 Bericht (Fn. 2), S. 7 f.

139 Sobald eine Betreibung fortgesetzt wird, werden alle in diesem Zeitpunkt bei diesem Betreibungsamt hängigen Betreibungen fortan Dritten zur Kenntnis gebracht (Art. 8b Abs. 3 VE-SchKG; Kapitel II.4.).

140 Ferner dürften gerade in kleineren Verhältnissen die geschäftlichen Verhältnisse oftmals derart ausgestaltet sein, dass ein Rechtsvorschlag mangels Bestehens eines provisorischen Rechtsöffnungstitels lediglich mittels einer Anerkennungsklage beseitigt werden kann. Dies dürfte oftmals bewirken, dass ein erhobener Rechtsvorschlag nicht beseitigt wird, da der Gläubiger die Risiken des entsprechenden Verfahrens scheut.

einen Eindruck vermittelt, der massgeblich von der bereits eingetretenen finanziellen Krise abweicht. Die Zahlungsfähigkeit bzw. -willigkeit wird diesfalls vom Betreibungsregister bzw. der Betreibungsauskunft nicht mehr annähernd adäquat dokumentiert.[141] Diese Problematik übergeht die Kommission für Rechtsfragen.[142] Die zweite Besonderheit betrifft den Umstand, dass der Umfang der in Betreibung gesetzten Forderung im Rahmen der Vorlage gar kein relevantes Kriterium darstellt, obschon der Aussagegehalt einer Betreibung[143] als auch des Stands der Betreibung[144] auch hiervon abhängen dürften. Es wäre wünschenswert, wenn diese Aspekte im Verlauf des weiteren Gesetzgebungsprozesses berücksichtigt würden. Eine Lösung könnte in der Einführung zusätzlicher quantitativer (Negativ-)Kriterien bestehen.[145]

4. Widerspruch zu Art. 8a Abs. 3 lit. c SchKG

[Rz 26] Art. 8a Abs. 3 lit. c SchKG sieht vor, dass Dritten von zurückgezogenen Betreibungen keine Kenntnis gegeben wird. Diese Bestimmung kann die Aussagekraft der Einsichtnahme in das Betreibungsregister durch Dritte beeinträchtigen: Betreibungen dürften oftmals erst zurückgezogen werden, wenn der Betriebene die in Betreibung gesetzte Forderung vollständig oder teilweise beglichen hat. Die Betreibung kann somit aus dieser Perspektive berechtigt sein.[146] Eine zurückgezogene Betreibung lässt insofern allenfalls Rückschlüsse auf die Zahlungswilligkeit des Betriebenen zu, weshalb sie im Hinblick auf die Funktion des Betreibungsregisters[147] Dritten – analog zum Fall der Bezahlung der in Betreibung gesetzten Forderung[148] – eigentlich zur Kenntnis gebracht werden sollte[149]. Der in Art. 8a Abs. 3 lit. c SchKG statuierte generelle Ausschluss der Kenntnisgabe zurückgezogener Betreibungen an Dritte lässt sich nun damit begründen, dass dieser für den Betriebenen einen Anreiz darstellt, sich aussergerichtlich mit dem Betreibenden zu einigen und hierdurch auf den Rückzug der Betreibung und damit die unterlassene Kenntnisgabe hinzuwirken, was vom Gesamtzweck der Zwangsvollstreckung gedeckt wird.[150]

[Rz 27] Der bezeichnete Anreiz könnte mit der Vorlage punktuell in Frage gestellt werden: Soweit der Betriebene mittels des Rechtsbehelfs der Vorlage darauf hinwirken kann, dass eine Betreibung Dritten nicht mitgeteilt wird, so besteht aus der Perspektive der Verhinderung der Publizität dieser Betreibung gegenüber Dritten kein Anreiz, mittels der Bezahlung der Forderung auf einen Rückzug hinzuwirken. Dabei ist daran zu erinnern, dass es sich bei der Betreibung, die Dritten insofern nicht zur Kenntnis gebracht wird, durchaus auch um eine gerechtfertigte Betreibung handeln kann.[151] Hinzu kommt, dass die Vorlage eine generelle Herabsetzung der Bedeutung der eigenständigen Einsichtnahme in das Betreibungsregister durch Dritte bewirken könnte und Dritte im Falle der Umsetzung der Vorlage vermehrt an den Betriebenen gelangen und von diesem direkt eine Auskunft aus dem Betreibungsregister verlangen könnten.[152] Diese enthält auch die zurückgezogenen Betreibungen (Art. 8a

[141] Siehe zur genannten Funktion Kapitel II.2.

[142] Bei Bericht (Fn. 2), S. 10 wird im Hinblick auf die angesprochene Funktion des Betreibungsregisters angenommen, dass die Vorlage einen sinnvollen Kompromiss darstelle. Dass in Einzelfällen eine nicht unerhebliche Verzerrung stattfinden kann, wird nicht berücksichtigt.

[143] Vgl. Meier (Fn. 39), S. 139. Sehr weit geht insoweit das Urteil des BezGer Meilen vom 24. August 2009 (publ. in ZR 109 [2010], Nr. 6), E. 3.3.b., wonach ein Eintrag im Betreibungsregister betreffend eine Betreibung im Betrag von Fr. 4'000,– zum Vornherein gar keine Schädigung der Kreditwürdigkeit bewirke.

[144] Gerade bei in Betreibung gesetzten Bagatellforderungen dürfte die unterlassene Anstrengung der Beseitigung des Rechtsvorschlags aufgrund der hiermit verbundenen (Prozess-)Risiken bloss eine begrenzte Aussagekraft hinsichtlich der Begründetheit der Betreibung haben.

[145] Beispielsweise wäre es im Hinblick auf die absolute Anzahl an Betreibungen denkbar, dass die Unterlassung der Kundgabe einer Betreibung i.S.v. Art. 8b Abs. 2 VE-SchKG in jedem Fall davon abhängig gemacht wird, dass im Zeitpunkt des Auskunftsgesuchs nicht mehr als eine bestimmte Anzahl an Betreibungen (z.B. drei) hängig sind, bei welchen die Fortsetzungsfrist (Art. 88 Abs. 2 SchKG) noch nicht abgelaufen ist. Ferner könnte auch das Gesuchsrecht quantitativ limitiert werden.

[146] Vgl. Peter (Fn. 21), Art. 8a N 28.

[147] Das Betreibungsregister bezweckt unter anderem, die Zahlungsfähigkeit und -willigkeit zu dokumentieren (Kapitel II.2.).

[148] Betreibungen, deren zu Grunde liegende Forderungen bezahlt wurden, werden Dritten im Rahmen der Betreibungsauskunft (vorbehältlich des Rückzugs der Betreibung bzw. des Vorliegens eines der anderen Ausschlussgründe gemäss Art. 8a Abs. 3 SchKG) zur Kenntnis gebracht (Art. 8a Abs. 3 SchKG *e contrario*). Dies gilt auch bei direkter Bezahlung an das Betreibungsamt. Siehe zum Ganzen Urteil des OGer ZH vom 28. Juni 1999 (publ. in BlSchK 2000, S. 88 f.), E. 1a) (bestätigt durch das Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juli 1999 [publ. in BlSchK 2000, S. 89 f.] sowie das Urteil des Bundesgerichts 7B.224/2006 vom 22. Februar 2007, E. 2.2.3 f.) sowie statt vieler Gilliéron (Fn. 33), N 198; von der Mühll (Fn. 19), S. 180. Teilweise a.M. Thomas Sprecher/Rolf P. Jetzer, Einführung in das neue Schuldbetreibungs- und Konkursrecht der Schweiz, Zürich 1997, S. 16.

[149] Vgl. Gilliéron (Fn. 16), Art. 8a N 50; Peter (Fn. 21), Art. 8a N 28. Siehe daneben auch die Begründung der Motion 00.3532 (Cina) betreffend Einsichtsrecht in das Betreibungsregister (abrufbar unter http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20003532 [letztmals abgerufen am 24. September 2013]) sowie schliesslich aus der älteren Rechtsprechung auch BGE 115 III 81 E. 3b) S. 87. Zwingend ist ein solcher Schluss jedoch nicht. Eine Betreibung kann z.B. auch irrtümlich erfolgt sein und aus diesem Grund zurückgezogen werden (vgl. zu diesem Problemkreis Peter [Fn. 21], Art. 8a N 27).

[150] Vgl. die Stellungnahme des Bundesrats zur Motion 00.3532 (Cina) (siehe die Fundstelle in Fn. 149); Peter (Fn. 21), Art. 8a N 28. Siehe ferner die Bemerkungen bei Dominik Gasser, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht der Jahre 1999 und 2000, veröffentlicht in den Bänden 125 und 126, BlSchK 2001, S. 81–98, S. 83 f. Kritisch zur Unterscheidung Rudolf Ursprung, Der Betreibungs- und Konkursbeamte im Spannungsfeld zwischen Amtsgeheimnis, Auskunftspflicht und Überlastung, BlSchK 1994, S. 201–211, S. 210.

[151] Kapitel III.1.

[152] Kapitel III.1.

Abs. 3 lit. c SchKG *e contrario*).[153] Im Hinblick hierauf dürfte der Betriebene, der sich der Herabsetzung der Bedeutung der eigenständigen Einsichtnahme in das Betreibungsregister durch Dritte bewusst wird, allenfalls ebenso keinen Anreiz haben, eine in Betreibung gesetzte Forderung zu bezahlen um hierfür im Gegenzug von einem Rückzug der Betreibung zu profitieren.[154] Die Kommission für Rechtsfragen geht auf diese potentiellen Widersprüche der Vorlage im Verhältnis zu Art. 8a Abs. 3 lit. c SchKG nicht ein.[155]

IV. Fazit

[Rz 28] Ungerechtfertigte Betreibungen können für den Betriebenen aufgrund der Ausgestaltung des Betreibungsregisters und der Betreibungsauskunft negative Auswirkungen zeitigen, ohne dass er sich gemäss geltender Rechtslage auf einfache Art und Weise hiergegen wehren kann.[156] Während das Anliegen der Kommission für Rechtsfragen, dieser Problematik mittels der Begrenzung des Einsichtsrechts Dritter zu begegnen, nachvollziehbar erscheint, weckt der präsentierte Lösungsvorschlag verschiedene Bedenken. Problematisch mutet an, dass ein eigentlicher Handlungsbedarf empirisch nicht ausgewiesen und sich im Lichte der mangelnden Präzision der Begründung der Vorlage auch kaum eruieren lässt.[157] Daneben ist es zweifelhaft, ob die Vorlage wirklich geeignet ist, die genannte Problematik zu entschärfen, da es denkbar ist, dass die Umsetzung der Vorlage einzig eine Verschiebung bewirken würde, sodass Dritte Auskünfte aus dem Betreibungsregister vermehrt direkt vom Betriebenen statt vom Betreibungsamt beschaffen.[158] Diskutabel erscheinen auch die von der Kommission für Rechtsfragen konkret gewählten formalen Kriterien.[159] Schliesslich beinhaltet die Vorlage potentielle Widersprüche zum bisherigen System der Beschränkung des Einsichtsrechts.[160]

[Rz 29] Es ist zu hoffen, dass die Vorlage in Bezug auf die genannten Aspekte verbessert wird. Dabei sollte nicht übersehen werden, dass die Betreibungsauskunft zu Gunsten Dritter auch ausserhalb von Art. 8 ff. SchKG von rechtlicher Relevanz sein kann (z.B. im Kontext des Konsumkreditrechts[161] sowie der paulianischen Anfechtung[162]). Eine Anpassung der Betreibungsauskunft sollte auch die Konsequenzen auf diese Gebiete berücksichtigen.[163]

Jean-Daniel Schmid, M.A. HSG (Rechtswissenschaft), Rechtsanwalt, Baker & McKenzie Zürich.

Das Manuskript des Beitrags wurde im Wesentlichen Anfang August 2013 fertiggestellt. Nachträglich erschienene Literatur und Stellungnahmen konnten daher nicht berücksichtigt werden.

Gerne danke ich meinen Kollegen Herrn lic. iur. Dennis Herth, Herrn lic. rer. publ., lic. iur. Frano Koslar, Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte und Herrn lic. iur. Alexander Schmid, Rechtsanwalt, für die Durchsicht des Manuskripts.

* * *

[153] Vgl. Gasser (Fn. 24), S. 634. Siehe ferner Kapitel II.2. und zur Praxis Fn. 89.

[154] Einen Anreiz, auf einen Rückzug hinzuwirken, hätte der Betriebene diesfalls in Bezug auf die Publizität dieser Betreibung lediglich dann, wenn er davon ausginge, dass die Kenntnisgabe einer zurückgezogenen Betreibung an einen Dritten weniger gravierende Folgen hat, als wenn die Betreibung einen anderen Status aufweist.

[155] Dem Bericht (Fn. 2) lassen sich keine diesbezüglichen Bemerkungen entnehmen.

[156] Kapitel II.2. f.

[157] Kapitel III.1.

[158] Kapitel III.2.

[159] Kapitel III.3.

[160] Kapitel III.4.

[161] Soweit der Kreditgeber an der Richtigkeit der Angaben des Konsumenten zweifelt, so muss er deren Angaben anhand einschlägiger amtlicher oder privater Dokumente überprüfen. Hierzu zählt auch der Auszug aus dem Betreibungsregister (Art. 31 Abs. 3 des Bundesgesetzes über den Konsumkredit [KKG]).

[162] Die Überschuldungsanfechtung i.S.v. Art. 287 SchKG ist ausgeschlossen, wenn der Begünstigte beweist, dass er die Überschuldung des Schuldners nicht kannte und auch nicht hätte kennen müssen (Art. 287 Abs. 2 SchKG). In diesem Zusammenhang trifft den Begünstigten eine Erkundigungsobliegenheit hinsichtlich der finanziellen Lage des Schuldners (vgl. statt vieler Brigitte Umbach-Spahn, in: Daniel Hunkeler [Hrsg.], SchKG, Kurzkommentar, Basel 2009, Art. 287 N 10). Zu den vom Begünstigten insoweit vorzunehmenden Handlungen gehört namentlich die Einsichtnahme in das Betreibungsregister (vgl. statt vieler Adrian Staehelin, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin [Hrsg.], Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 287 N 21). Gleich kann es sich hinsichtlich der allenfalls im Kontext der Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG) entstehenden Erkundigungsobliegenheit des Begünstigten verhalten (siehe zu dieser Erkundigungsobliegenheit im Allgemeinen statt vieler BGE 134 III 452 E. 4.2 S. 456 f. sowie zur Relevanz der Betreibungsauskunft z.B. BGE 39 II 368 E. 5 S. 377; 89 III 47 E. 2 S. 52; Urteil des OGer ZH vom 10. Januar 1933 [publ. in ZR 33 (1934), Nr. 127], E. 2).

[163] Der Bericht (Fn. 2) geht auf derartige Auswirkungen auf andere Rechtsgebiete nicht ein.