

Daniel Hunkeler / Dominique Disler

## **Rechtsmissbräuchliche Betreibung: Urteil des Bundesgerichts 5A\_508/2014 vom 19. September 2014 – und aktuelle Rechtsentwicklung**

---

Im Beitrag wird das soeben im Internet publizierte Urteil des Bundesgerichts 5A\_508/2014 vom 19. September 2014 besprochen. Hernach wird ein kurzer Blick auf die laufenden Gesetzgebungsarbeiten zur Bekämpfung rechtsmissbräuchlicher Beteiligungen geworfen.

---

Beitragsarten: Urteilsbesprechungen  
Rechtsgebiete: SchKG

Zitiervorschlag: Daniel Hunkeler / Dominique Disler, Rechtsmissbräuchliche Beteiligungen: Urteil des Bundesgerichts 5A\_508/2014 vom 19. September 2014 – und aktuelle Rechtsentwicklung, in: Jusletter 20. Oktober 2014

## Inhaltsübersicht

- I. Urteil des Bundesgerichts 5A\_508/2014 vom 19. September 2014
  - 1. Sachverhalt
  - 2. Bundesgericht: Abweisung der Beschwerde
  - 3. Kommentar
- II. Aktuelle Rechtsentwicklung

### I. Urteil des Bundesgerichts 5A\_508/2014 vom 19. September 2014

#### 1. Sachverhalt

[Rz 1] X. leitete am 7. Februar 2014 eine Betreuung gegen die Y. AG ein. Dabei machte er einen Schadenersatzanspruch in der Höhe von 1'392'000.00 Franken nebst Zins zu 3.5% seit dem 11. Februar 2014 geltend. Am 10. Februar 2014 stellte das Betreibungsamt Bern-Mittelland den Zahlungsbefehl aus (Betreibung Nr. xxx). Dieser wurde der Y. AG am 13. Februar 2014 zugestellt, welche am Folgetag Rechtsvorschlag erhob.

[Rz 2] Am 20. Februar 2014 gelangte die Y. AG an das Obergericht des Kantons Bern als Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen und beantragte, die Verfügung des Betreibungsamts Bern-Mittelland vom 10. Februar 2014 für nichtig zu erklären, eventualiter aufzuheben, und das Betreibungsamt anzuweisen, den Eintrag in der Betreuungssache Nr. xxx aus dem Betreibungsregister zu löschen. Am 10. Juli 2014 hiess das Obergericht des Kantons Bern die Beschwerde unter Hinweis auf die Rechtsmissbräuchlichkeit der erfolgten Betreuung gut.

[Rz 3] Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 20. Juni 2014 verlangte X (Beschwerdeführer) vom Bundesgericht (II. zivilrechtliche Abteilung) mittels Beschwerde in Zivilsachen, den Entscheid des Obergerichts aufzuheben und den Zahlungsbefehl in der Betreuung Nr. xxx für gültig zu erklären und im Betreibungsregister eingetragen zu lassen.

#### 2. Bundesgericht: Abweisung der Beschwerde

[Rz 4] Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es auf sie eintrat. Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren wurde demgegenüber gutgeheissen. Die Gerichtskosten von 1'000.00 Franken wurden zwar dem Beschwerdeführer auferlegt, jedoch vorläufig auf die Bundesgerichtskasse genommen.

[Rz 5] Hinsichtlich der fraglichen Betreuung Nr. xxx war einzig umstritten, ob der Beschwerdeführer diese **rechtsmissbräuchlich** angestrengt hatte, wie das Obergericht des Kantons Bern als Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen (und Vorinstanz) befand. Dieses begründete seinen Standpunkt damit, dass der Beschwerdeführer am 7. Februar 2014, als er die Betreuung Nr. xxx anhub, Vergleichsverhandlungen mit der Betriebenen geführt habe, deren Inhalt der mögliche Rückzug eines *früheren* Betreibungsbegehrens Nr. yyy des Beschwerdeführers in *gleicher* Sache gewesen sei. Das frühere Betreibungsbegehren Nr. yyy sei der Grund gewesen, weshalb die Betriebene nicht nur Rechtsvorschlag erhoben, sondern gegen den Beschwerdeführer eine (offenbar nach wie vor hängige) negative Feststellungsklage angestrengt habe.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_508/2014 vom 19. September 2014, E. 2.

[Rz 6] Das Bundesgericht wiederholte zunächst seine vom Obergericht richtig wiedergegebene Rechtsprechung, wonach eine Betreibung nur in *Ausnahmefällen* wegen Rechtsmissbrauchs nichtig sei. Rechtsmissbräuchlich verhalte sich der Gläubiger demgemäss, wenn er mit der Betreibung offensichtlich Ziele verfolge, die nicht das Geringste mit der Zwangsvollstreckung zu tun hätten. Allerdings stehe es weder dem Betreibungsamt noch der Aufsichtsbehörde zu, die Begründetheit der in Betreibung gesetzten Forderung zu beurteilen. Deshalb dürfe sich der Vorwurf des Schuldners auch nicht darin erschöpfen, dass der umstrittene Anspruch rechtsmissbräuchlich erhoben wurde.<sup>2</sup> Rechtsmissbräuchlich und deswegen nichtig könne eine Betreibung demgegenüber dann sein, wenn der Betreibende bloss die Kreditwürdigkeit eines (angeblichen) Schuldners schädigen wolle, wenn er in schikanöser Weise einen völlig übersetzten Betrag in Betreibung setze.<sup>3</sup>

[Rz 7] Im beurteilten Fall ging es dem Beschwerdeführer zumindest vordergründig darum, von der Betriebenen Schadenersatz und Genugtuung für erlittene seelische Unbill zu erhalten. Allein unter diesem Blickwinkel konnte nicht gesagt werden, seine Vorgehensweise habe mit der Zwangsvollstreckung nicht das Geringste zu tun. Das Bundesgericht hielt dazu insbesondere fest, dass es dem Betreibenden «auch nicht verwehrt [sei], die tatsächliche oder vermeintliche Schuldnerin ein zweites Mal zu betreiben, wenn diese gegen den ersten Zahlungsbefehl Rechtsvorschlag erhoben [habe]».<sup>4</sup> Die Einschätzung der Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe sich rechtsmissbräuchlich verhalten, halte jedoch vor Bundesrecht stand. Denn die Ausübung eines Rechts sei auch dann rechtsmissbräuchlich, **wenn damit aufgrund früheren Verhaltens legitime Erwartungen der anderen Seite enttäuscht würden (venire contra factum proprium)**.<sup>5</sup> Ein Verschulden der sich widersprüchlich verhaltenden Partei sei dabei nicht erforderlich, sondern es genüge, wenn aus objektiver Sicht Erwartungen zunächst geweckt und anschliessend enttäuscht würden.<sup>6</sup>

[Rz 8] Im beurteilten Fall enttäuschte der Beschwerdeführer aufgrund früheren Verhaltens legitime Erwartungen der anderen Seite und verhielt sich damit rechtsmissbräuchlich (*venire contra factum proprium*), zumal er mit der Betriebenen Vergleichsverhandlungen über den Rückzug seiner *früheren* Betreibung Nr. yyy führte, zu der am 10. Februar 2012, mithin drei Tage nach der Einleitung der zweiten Betreibung Nr. xxx, ein Verhandlungstermin vor dem zuständigen Gericht angesetzt war. Mit seiner neuerlichen Betreibung setzte sich der Beschwerdeführer in Widerspruch zu den laufenden Vergleichsverhandlungen und den angestrebten Vergleich über den Rückzug der ersten Betreibung Nr. xxx, und zwar ungeachtet dessen, dass in der zweiten Betreibung in derselben Sache ein etwas höherer Betrag in Betreibung gesetzt wurde als in der ersten.<sup>7</sup>

---

<sup>2</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_508/2014 vom 19. September 2014, E. 2.3.1., mit Verweis auf BGE 113 III 2E. 2b S. 3 ff.

<sup>3</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_508/2014 vom 19. September 2014, E. 2.3.1., mit Verweis auf BGE 130 II 270E. 3.2.2. S. 278 und auf BGE 115 III 18E. 3b S. 21.

<sup>4</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_508/2014 vom 19. September 2014, E. 3.2.

<sup>5</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_508/2014 vom 19. September 2014, E. 2.3.2., mit Verweis auf BGE 133 III 61E. 4.1. S. 76, auf BGE 130 III 113E. 4.2 S. 123 und auf BGE 129 III 493E. 5.1 S. 497.

<sup>6</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_508/2014 vom 19. September 2014, E. 2.3.2.

<sup>7</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_508/2014 vom 19. September 2014, E. 2.3.3.

### 3. Kommentar

[Rz 9] Beteiligungen werden zuweilen als rechtsmissbräuchlich erklärt, weil die in Beteiligungen gesetzte Forderung offensichtlich nicht geschuldet ist bzw. mit der Beteiligungen offensichtlich Ziele verfolgt werden, die nicht das Geringste mit der Zwangsvollstreckung zu tun haben.<sup>8</sup> [Aktualisierte Version vom 20. Oktober 2014] So entschied das Obergericht des Kantons Zürich, dass eine Beteiligungen gegen den Verwaltungsratspräsidenten einer Bank, welche lediglich erhoben wurde, um auf die Bank Druck auszuüben, nichtig sei, da damit augenscheinlich sachfremde Zwecke verfolgt würden.<sup>9</sup> Gemäss Bundesgericht ist ein Beteiligender dann offensichtlich nicht Schuldner der betriebenen Forderung, wenn dieser als Rechtsvertreter eine Vergleichsvereinbarung unterzeichnete, da der Beteiligende als Stellvertreter (Art. 32 Abs. 1 des Obligationenrechts [OR]) handelte und deshalb mit dem abgeschlossenen Vergleich nicht sich selbst, sondern die von ihm vertretene Prozesspartei verpflichtete.<sup>10</sup> Auch die Zustellung von vier Zahlungsbefehlen innert fünfzehn Monaten für dieselbe Forderung kann rechtsmissbräuchlich sein.<sup>11</sup>

[Rz 10] Im beurteilten Fall lag rechtsmissbräuchliches Verhalten des betriebenden Beschwerdeführers vor, weil sich dieser gegenüber der Betriebenen *widersprüchlich verhalten* hatte und dadurch legitime Erwartungen der Betriebenen enttäuscht wurden. Es wurden Vergleichsverhandlungen über den Rückzug des ersten Beteiligungsbegehrens geführt und damit über eine Erledigung der Zwangsvollstreckung über die behaupteten Ansprüche des Betriebenden und die Löschung des Beteiligungsregistereintrags der Betriebenen (Art. 8a des Bundesgesetzes über Schuldbeteiligungen und Konkurs [SchKG]). Indem der Betriebende trotz laufender Vergleichsverhandlungen und kurz vor dem angesetzten gerichtlichen Verhandlungstermin eine zweite Beteiligungen in derselben Sache anhub, erschien die zweite Beteiligungen im Lichte der aufgenommenen Vergleichsbemühungen über den Rückzug der ersten Beteiligungen widersinnig. Selbst bei einer vergleichsweisen Erledigung (nur) der Nachteile der Betriebenen aus der ersten Beteiligungen wären diese Nachteile infolge der angehobenen zweiten Beteiligungen nicht beseitigt worden. Daher wurden die legitimen Erwartungen der Betriebenen in eine vergleichsweise Erledigung der Auseinandersetzung aus erster Beteiligungen durch die zweite Beteiligungen infolge widersprüchlichen Verhaltens des Betriebenden enttäuscht und wurde die zweite Beteiligungen zu Recht vom Obergericht des Kantons Bern und vom Bundesgericht als rechtsmissbräuchlich aufgehoben.

[Rz 11] Im beurteilten Fall konnte das **Beteiligungsamt** kaum erkennen, dass die zweite Beteiligungen rechtsmissbräuchlich aufgehoben wurde, zumal dieses kaum (und vermutlich erst recht keine umfassenden) Kenntnisse über die laufenden Vergleichsbemühungen hatte.<sup>12</sup> In Fällen, in denen Beteiligungsämter schon bei Eingang eines Beteiligungsbegehrens erkennen, dass eine Beteiligungen rechtsmissbräuchlich erscheint, ist zu fordern, dass sie dem Beteiligungsbegehren keine Folge leisten.<sup>13</sup> Zuweilen sind Beteiligungsämter diesbezüglich noch zu vorsichtig, obwohl es

---

<sup>8</sup> Vgl. dazu DIETH/WOHL, KUKO SchKG, zit. in Fn. 1, Art. 22 N 2d.

<sup>9</sup> OGer ZH, Urteil vom 4. Dezember 2012, Geschäfts-Nr. PS120226-O/U, E. 4 S. 11.

<sup>10</sup> BGE 120 II 20, E. 3c S. 25 f.; wobei es in diesem Falle um die Zulässigkeit einer negativen Feststellungsklage des Betriebenen ging, was bejaht wurde.

<sup>11</sup> BGE 115 III 18, E. 3d S. 22 ff.; die Frage, ob im vorliegenden Fall Rechtsmissbräuchlichkeit vorliegt, wurde offengelassen.

<sup>12</sup> Die Annahme von Rechtsmissbräuchlichkeit erst durch das Obergericht des Kantons Bern war daher auch nicht ausgeschlossen: Urteil des Bundesgerichts 5A\_508/2014 vom 19. September 2014, E. 2.4.

<sup>13</sup> So auch KUSTER, Schikanebeteiligungen aus zwangsvollstreckungs-, zivil-, straf- und standesrechtlicher Sicht, in: AJP 2004, 1035 — 1042, 1036; vgl. auch BGE 121 III 81, E. 4b S. 84, wobei das Bundesgericht irrtümlicherweise den

wünschenswert wäre, dass in solchen Fällen kein Zahlungsbefehl ausgestellt wird, sondern dem Betreibenden die Missbräuchlichkeit seines Betreibungsbegehrens mittels Verfügung mitgeteilt wird. In solchen Fällen muss nämlich der *Betreibende* (und gerade nicht der Betriebene) aktiv werden, mithin Beschwerde ergreifen und von der Aufsichtsbehörde die Gültigerklärung seines Betreibungsbegehrens bzw. die Anweisung an das Betreibungsamt zur Zustellung des Zahlungsbefehls verlangen. Zudem muss der Betriebene in solchen Fällen einstweilen keinen Eintrag in das Betreibungsregister hinnehmen. [Version vom 23. Oktober 2014]

[Rz 12] In der Praxis muss ein Betriebener oftmals bei den Aufsichtsbehörden eine missbräuchliche Betreuung mittels Beschwerde als nichtig erklären lassen. Dieser Beschwerdeweg kann für den zu Unrecht Betriebenen aus verschiedenen Gründen unbefriedigend bleiben:

- Zunächst einmal ist Aufwand durch Einreichung einer Rechtsschrift zu tätigen, zuweilen unter Beizug eines Anwalts. Für die entstandenen Kosten wird der zu Unrecht Betriebene weder im kantonalen Verfahren (vgl. Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG) noch im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren in Zivilsachen (vgl. Art. 68 Abs. 3 des Bundesgerichtsgesetzes [BGG]) entschädigt.
- Im kantonalen Verfahren ist das Verfahren zudem grundsätzlich kostenlos. Lediglich bei «böswilliger oder mutwilliger Prozessführung können einer Partei oder ihrem Vertreter im kantonalen Verfahren Bussen bis zu 1'500.00 Franken sowie Gebühren und Auslagen auferlegt werden» (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG).<sup>14</sup> Diese Ausnahmeregelung scheint eher selten zur Anwendung zu gelangen, auch im beurteilten Fall nicht, wo der Beschwerdeführer trotz festgestellter missbräuchlicher Betreuung für das bundesgerichtliche Verfahren sogar die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt erhielt.
- Schliesslich dauern Beschwerdeverfahren manchmal viel zu lange, als eine Bereinigung des Betreibungsregistereintrags erfordern würde, mitunter viele Monate (vgl. auch der beurteilte Fall: Einleitung der Betreuung am 7. Februar 2014; Nichtigkeitserklärung der Betreuung durch die kantonale Aufsichtsbehörde am 10. Juli 2014 und Entscheid des Bundesgerichts vom 19. September 2014; in Kantonen mit *zwei* kantonalen Aufsichtsbehörden kann das Verfahren noch länger dauern).

## II. Aktuelle Rechtsentwicklung

[Rz 13] Dass Handlungsbedarf des Gesetzgebers bei rechtsmissbräuchlichen Betreibungen und für eine rasche Bereinigung ungerechtfertigter Betreibungsregistereinträge besteht, wurde erkannt. Am 11. Dezember 2009 reichte der damalige Nationalrat Fabio Abate eine *parlamentarische Initiative* zur Änderung des SchKG ein («Initiative Abate»), mit dem Ziel, ungerechtfertigte Betreibungen rascher und einfacher löschen zu lassen. Am 25. April 2013 verabschiedete die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates dazu einstimmig einen **Vorentwurf**, zu welchem eine **Vernehmlassung** durchgeführt wurde. Kernstück (aber nicht einzige Regelung) des Vorentwurfes ist ein neuer Rechtsbehelf in Art. 8b (neu) VE-SchKG, mit welchem die Mitteilung der Betreuung gegenüber Dritten unabhängig vom Bestand der Forderung unter gewissen Vor-

---

Betriebenen (statt den Betreibenden) nennt, welcher bei ungerechtfertigter Verweigerung des Betreibungsbegehrens an die Aufsichtsbehörde verwiesen wird.

<sup>14</sup> Vgl. dazu: OGer ZH, Urteil vom 4. Dezember 2012, Geschäfts-Nr. PS120226-O/U, E. 5 S. 12.

aussetzungen unterbunden werden kann. Die betriebene Person hat demnach die Möglichkeit, beim zuständigen Betreibungsamt ein Gesuch zu stellen, wonach eine hängige Betreuung Dritten nicht mehr mitgeteilt werden soll, wobei sich die Prüfung des Betreibungsamtes auf das Vorliegen formaler Voraussetzungen beschränken soll und weder der Bestand der Forderung, noch die Rechtmässigkeit der Betreuung überprüft werden sollen.<sup>15</sup>

[Rz 14] Im Januar 2014 veröffentlichte das EJPD den Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens.<sup>16</sup> Die Stossrichtung der *Initiative* wurde im Allgemeinen begrüsst. Der *Vorentwurf* selber wurde demgegenüber verschiedentlich kritisiert. So wurde u.a. vorgebracht, dass mit dem vorgeschlagenen Verfahren auch eine eigentlich gerechtfertigte Betreuung nicht mehr mitgeteilt werden könne und so der Informationsgehalt des Betreibungsregisters geschwächt würde. Weiter wurde bemängelt, dass eine unberechtigte Betreuung weiterhin nicht beseitigt, sondern nur Dritten nicht zur Kenntnis gebracht würde.<sup>17</sup> Aus unserer Sicht ist der Vorentwurf insgesamt deutlich missglückt. Die Fachgruppe des Zürcher Anwaltsverbandes (ZAV) begründete ihre diesbezügliche Haltung im Vernehmlassungsverfahren gegenüber dem Zürcher Anwaltsverband (ZAV) einlässlich. Der Regierungsrat des Kantons Zürich lieferte bei der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates in der Folge eine kritische Vernehmlassung ab.<sup>18</sup>

[Rz 15] Gemäss Auskunft des Bundesamtes für Justiz ist vorgesehen, dass die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates an der Sitzung vom 13./14. November 2014 den um die Erkenntnisse aus der Vernehmlassung *überarbeiteten* Entwurf *verabschiedet* wird. Auf das Ergebnis darf man gespannt sein. Anschliessend wird der Bundesrat Gelegenheit erhalten, zum Entwurf der Kommission Stellung zu nehmen. Schliesslich wird das Geschäft wie gewohnt ins Parlament gehen, wo die beiden Kammern über die Vorlage beraten werden. Der Zeitplan hierfür ist allerdings noch völlig offen.

---

Dr. iur. DANIEL HUNKELER, LL.M., Rechtsanwalt und Partner bei BAUR HÜRLIMANN AG, Zürich und Baden ([www.bhlaw.ch](http://www.bhlaw.ch)); Leiter der Fachgruppe SchKG des Zürcher Anwaltsverbandes (ZAV); u.a. Herausgeber und Co-Autor des soeben in 2. Aufl. erschienen «Kurzkommentar SchKG» (2. Aufl., Basel 2014 [<http://www.helbing.ch/detail/ISBN-9783719032807/Kurzkommentar-SchKG>]).  
MLaw DOMINIQUE DISLER, Rechtsanwältin bei BAUR HÜRLIMANN AG, Zürich und Baden ([www.bhlaw.ch](http://www.bhlaw.ch)).

---

<sup>15</sup> 09.530 Parlamentarische Initiative; Löschung ungerechtfertigter Zahlungsbefehle; Bericht der Kommission für Rechtsfragen vom 25. April 2013, abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/d/dokumentation/berichte/vernehmlassungen/09-530>[zuletzt besucht am 15. Oktober 2014].

<sup>16</sup> 09.530 Parlamentarische Initiative Abate; Löschung ungerechtfertigter Zahlungsbefehle; Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/d/dokumentation/berichte/vernehmlassungen/09-530>[zuletzt besucht am 15. Oktober 2014].

<sup>17</sup> Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens (Fn. 15), S. 3 ff.

<sup>18</sup> Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens (Fn. 15), S. 3 ff.; Vernehmlassung des Regierungsrates des Kantons Zürich ist (unter dem Stichwort «Zahlungsbefehle») abrufbar unter: <http://www.zh.ch/internet/de/aktuell/vernehmlassungen/info.html>[zuletzt besucht am 15. Oktober 2014].