

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	XVIII
Abkürzungsverzeichnis.....	XXIX
§ 1 Einleitung.....	1
1. Ausgangslage.....	1
2. Gang der Ausführungen.....	2
1. Teil: Grundrechtsschutz im Zwangsvollstreckungsrecht	
§ 2 Anwendbarkeit der Verfassung auf Bundesgesetze.....	7
1. Derogatorische Kraft der Verfassung.....	7
2. Anwendungsgebot von Bundesgesetzen (Art. 191 BV).....	8
3. Verfassungskonforme Auslegung des SchKG.....	9
3.1. Voraussetzungen der verfassungskonformen Auslegung.....	9
3.2. Grenzen der verfassungskonformen Auslegung.....	10
4. Ergebnis.....	11
§ 3 Anwendbarkeit der EMRK in der Zwangsvollstreckung.....	12
1. Geltung der EMRK in der Schweiz.....	12
1.1. Zustandekommen und Zielsetzung der EMRK.....	12
1.2. Unmittelbare Anwendbarkeit der EMRK.....	13
2. Verhältnis von EMRK und Landesrecht.....	15
2.1. EMRK als Übergesetzesrecht.....	15
2.2. Konventionskonforme Auslegung des SchKG.....	16
2.3. Vorrang der EMRK?.....	17
2.3.1. Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts.....	17
2.3.2. Sonderstellung der EMRK – absoluter Vorrang?.....	19
3. Sachlicher Anwendungsbereich der EMRK.....	21
3.1. Umfassender Anwendungsbereich der materiellen Garantien.....	21
3.2. Beschränkter Anwendungsbereich der Verfahrensgarantien.....	21
3.2.1. Autonome Auslegung des Begriffs „zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen“.....	22
3.2.2. Zivilrechtlicher Charakter der Zwangsvollstreckung?.....	23
a) Offene Umschreibung der Zivilsachen.....	23

b) Erste Teildefinition der Zivilsache – vermögenswerte Streitsachen	24
c) Vollstreckungsverfahren als Ausnahme?	26
d) Aktuelle Rechtsprechung – grundsätzliche Unterstellung der Zwangsvollstreckung unter Art. 6 EMRK	29
3.3. Beschränkung des Geltungsbereichs auf Gerichtsverfahren	33
3.3.1. Begriff des Tribunals	33
3.3.2. Aufsichtsbehörde als gerichtliche Instanz	34
4. Ergebnis	36

2. Teil: Ausgewählte grundrechtliche Fragen

§ 4 Vorbemerkungen	41
1. Allgemeines zu den Grundrechten	41
1.1. Bedeutung und Einteilung der Grundrechte	41
1.2. Verhältnis der verfassungsmässigen Rechte zu den Garantien der EMRK	42
2. Rechtsnatur des SchK-Verfahrens	43
2.1. Das SchK-Verfahren als Verwaltungsverfahren	43
2.2. Das Verfahren vor einem SchK-Organ als nichtstreitiges Verfahren	44
2.3. Das Beschwerdeverfahren als Streitiges Verfahren	45
2.4. Das SchK-Summarverfahren als Verwaltungsverfahren	45
2.5. Ergebnis	47
3. Die der Zwangsvollstreckung inhärente Grundrechtskollision	48
§ 5 Anspruch auf rechtliches Gehör	50
1. Allgemeines	50
2. Anspruch auf Anhörung im Verfahren vor dem Betreibungsamt	52
2.1. Einleitung	52
2.2. Anhörung in jedem staatlichen Verfahren	52
2.3. Wer ist anzuhören?	55
2.3.1. Schutzwürdiges Bedürfnis nach Mitwirkung als Grundvoraussetzung	55
2.3.2. Die Pfändung	57
2.3.3. Einstellung der Betreibung mangels Interesse	59
2.3.4. Verwertungsaufschub	60
2.4. Zulässige Beschränkung des rechtlichen Gehörs	61
2.4.1. Schrankenregelung von Art. 36 BV	61

2.4.2.	Dringlichkeit der Entscheidung.....	62
2.4.3.	Verfahrensökonomische Überlegungen	63
2.4.4.	Keine Anhörung bei Vollstreckungsverfügungen?	65
2.5.	Heilung im nachträglichen Beschwerdeverfahren?	66
2.6.	Ergebnis.....	68
3.	Anspruch auf Vernehmlassung im Beschwerdeverfahren	70
3.1.	Das Beschwerdeverfahren als Streitiges Verwaltungsverfahren	70
3.2.	Das kantonale Beschwerdeverfahren	71
3.2.1.	Vernehmlassung der Verfahrensbeteiligten	72
3.2.2.	Vernehmlassung der Behörde?	73
3.2.3.	Vernehmlassung eines Dritten	74
3.2.4.	Zwischenergebnis.....	75
3.3.	Im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht	76
3.3.1.	Ausgangslage	76
3.3.2.	Verfassungs- bzw. konventionskonforme Auslegung von Art. 81 OG.....	77
3.4.	Anspruch auf Replik?.....	78
3.4.1.	Schutzwürdiges Interesse an einem zweiten Schriftenwechsel	79
3.4.2.	Stellungnahme bezüglich der Vernehmlassung der Behörde	81
3.4.3.	Ergebnis	81
4.	Anspruch auf Akteneinsicht.....	82
4.1.	Im Verfahren vor einer SchK-Behörde	83
4.1.1.	Art. 8a SchKG als gesetzliche Konkretisierung des Akteneinsichtsrechts	83
4.1.2.	Umfang und Ausübung des Akteneinsichtsrechts.....	84
4.1.3.	Unentgeltlichkeit der Akteneinsicht?.....	86
4.1.4.	Schranken der Akteneinsicht.....	89
4.2.	Im Beschwerdeverfahren	90
5.	Anspruch auf Begründung einer SchK-Verfügung.....	91
5.1.	Pflicht zur Begründung aller behördlichen Verfügungen	91
5.2.	Umfang der Begründung.....	92
5.2.1.	Der Rechtsschutzgedanke als Massstab	92
5.2.2.	Begründung der Pfändungsurkunde.....	93
5.2.3.	Begründung bei der Gewährung eines Rechtsstillstands	95
5.2.4.	Begründung eines Verwertungsaufschubs	96
5.3.	Einschränkung der Begründung.....	97
5.4.	Ergebnis.....	98

6. Der Anspruch auf rechtliches Gehör im Konkursverfahren	99
6.1. Anspruch auf Anhörung	99
6.1.1. Das Konkursverfahren als Mehrpersonenverfahren.....	99
6.1.2. Vor der Konkurseröffnung in der ordentlichen Konkursbetreibung.....	99
a) Pflicht zur Anhörung der „Kernparteien“	99
b) Anhörung weiterer Gläubiger	101
c) Veröffentlichung?	102
d) Nachträgliches Äusserungsrecht	103
6.1.3. Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung.....	103
6.1.4. In der Wechselbetreibung	105
a) Pflicht zur Anhörung des Schuldners und des betreibenden Gläubigers bei der gerichtlichen Beurteilung des Rechtsvorschlags.....	105
b) Pflicht zur Anhörung von weiteren Betroffenen vor der Konkurseröffnung	106
6.1.5. Im eigentlichen Konkursverfahren.....	107
6.1.6. Ergebnis	108
6.2. Einsichtsrecht in alle Akten des Konkursamtes	108
6.3. Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK im Konkursverfahren.....	109
7. Der Anspruch auf rechtliches Gehör im Nachlassverfahren.....	112
7.1. Allgemeines.....	112
7.2. Anspruch auf Anhörung.....	113
7.2.1. Bei der Bewilligung der Nachlassstundung	113
7.2.2. Vor Erlass einer Verfügung des Sachwalters.....	115
7.2.3. Vor der Bestätigung des Nachlassvertrages.....	116
7.3. Informationsbeschaffung?.....	116
§ 6 Zugang zum Gericht	119
1. Allgemeines	119
2. Handlungen einer SchK-Behörde	120
2.1. Anspruch auf zumindest eine gerichtliche kantonale Aufsichtsinstanz	120
2.2. Umfassende Beschwerdelegitimation	121
3. Im Insolvenzverfahren nach Art. 191 SchKG.....	122
3.1. Anspruch der Gläubiger auf zumindest eine gerichtliche Beurteilung.....	122
3.2. Grundrechtskonforme Anwendung von Art. 174 SchKG.....	123
3.2.1. Verneinung der Rechtsmittellegitimation durch Lehre und Rechtsprechung.....	123

3.2.2. Rechtsmittellegitimation als unmittelbare Folge des nachträglichen Äusserungsrechts	124
3.2.3. Der erweiterte Parteibegriff als sachgerechte Lösung	125
3.3. Exkurs: Rechtsmittelgarantie	126
3.4. Ergebnis.....	127
4. Rechtsmittellegitimation der Gläubiger bei der Bewilligung der Nachlassstundung.....	129
4.1. Art. 6 EMRK contra legem	129
4.2. Zeitliche Dringlichkeit als zulässige Einschränkung des Zugangs zum Gericht?	130
5. Einräumung eines Rechtsmittels gegen die Konkursöffnung in der Wechselbetreibung.....	131
§ 7 Unentgeltliche Rechtspflege	133
1. Allgemeines	133
2. Im Verfahren vor einer SchK-Behörde	134
2.1. Anspruch des Gläubigers auf Erlass der Vorschusspflicht	134
2.1.1. Kostentragung durch den Gläubiger	134
2.1.2. Ausweitung auf SchK-Sachen	135
2.1.3. Das Verfahren vor dem Betreibungsamt als nichtstreitiges Verwaltungsverfahren.....	137
2.1.4. Voraussetzungen eines Kostenerlasses	138
a) Umfassende Interessensabwägung.....	138
b) Bedürftigkeit – zivilprozessualer Zwangsbedarf.....	139
c) Fehlende Aussichtslosigkeit – berechtigtes Interesse an der Stellung eines Begehrens	140
2.2. Anspruch des Schuldners auf Kostenerlass.....	141
2.2.1. Vorläufige Befreiung von Verfahrenskosten	141
2.2.2. Übernahme der Betreibungskosten nach Abschluss des Betreibungsverfahrens?.....	143
2.3. Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand.....	143
2.3.1. Anlegung eines strengeren Massstabes im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren?	144
2.3.2. Notwendigkeit der Verbeiständung.....	146
a) Kriterien der Interessensabwägung.....	146
b) Im Einleitungsverfahren.....	147
c) Pfändungs- und Verwertungsverfahren.....	148
d) Im Konkurs- und Nachlassverfahren	149
2.4. Ergebnis.....	150

3. Im Beschwerdeverfahren	151
3.1. Verfahrenskosten?	151
3.2. Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand.....	152
3.2.1. Verfassungsmässiger Anspruch im Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden	152
3.2.2. Anwendbarkeit von Art. 152 OG auf das Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht	155
4. In SchK-Summarverfahren	156
4.1. Ausgangslage	156
4.2. In der Konkureröffnung nach Art. 191 SchKG	157
4.2.1. Möglichkeit des Erlasses der Kostenvorschusspflicht	157
4.2.2. Minimum an Konkursmasse als Voraussetzung eines Kostenerlasses	158
4.2.3. Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes?	161
4.3. Im Rechtsmittelverfahren nach Art. 174 SchKG	162
4.4. Erlass des Vorschusses des Gläubigers bei der Konkureröffnung	163
4.5. Im Rechtsöffnungsverfahren	164
4.6. Im Verfahren nach Art. 333 ff. SchKG	165
4.6.1. Sicherstellung der Kosten als Voraussetzung der Stundung	165
4.6.2. Staatliches oder ausserprozessuales Verfahren?	166
4.7. Ergebnis.....	168
5. Anspruch einer juristischen Person auf unentgeltliche Rechtspflege	169
5.1. Rechtsgleichheitsgebot – erhöhte Anforderungen an die Gewährung der Kostenhilfe	169
5.2. Neuere Entwicklung der Rechtsprechung	171
5.2.1. Das deutsche Recht als Anhaltspunkt	171
5.2.2. Gleichbehandlung von parteifähigen Vereinigungen	173
5.3. Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand.....	174
5.4. Ergebnis.....	175
6. Anspruch der Konkursmasse auf unentgeltliche Rechtspflege	176
6.1. Die Konkursmasse als prozessfähiger Vermögenskomplex	176
6.2. Möglichkeit der Abtretung nach Art. 260 SchKG als Einschränkung	177
6.3. Anspruch aufgrund des Rechtsgleichheitsgebotes?	178
7. Anspruch der Nachlassmasse beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung?	180
8. Zusammenfassung.....	181

§ 8 Persönliche Freiheit	183
1. Einleitung	183
2. Grenzen der Pfändbarkeit.....	184
2.1. Die persönliche Freiheit als Auslegungshilfe der Unpfändbarkeitsbestimmungen.....	184
2.1.1. Die Bedeutung der Unpfändbarkeitsbestimmungen des SchKG.....	184
2.1.2. Pfändbarkeit eines Handys.....	185
a) Unentbehrlicher Gegenstand im Sinne von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG?	185
b) Auswechslungsrecht nach Art. 92 Abs. 3 SchKG	186
c) Unpfändbarkeit bei geringem Verwertungserlös	187
2.1.3. Pfändbarkeit des Fernsehapparates	188
2.2. Persönliche Freiheit als Schranke der Pfändbarkeit.....	189
2.2.1. Pfändbarkeit eines Papageien.....	190
2.2.2. Anspruch des Kindes auf Besuch einer Privatschule?	191
3. Betreibungshandlungen.....	194
3.1. Zustellung von Betreibungsurkunden am Arbeitsort	194
3.2. Zulässigkeit der polizeilichen Vorführung.....	195
3.3. Beschlagnahme von Postsendungen durch das Konkursamt	197
4. Kreditauskunft.....	199
4.1. Recht auf informationelle Selbstbestimmung.....	199
4.2. Publikation des Namens eines gepfändeten Schuldners	200
4.2.1. In einem amtlichen Publikationsorgan.....	200
4.2.2. In privaten Schuldnerbüchern	202
a) Drittwirkung der persönlichen Freiheit?	202
b) Zulässigkeit von Schuldnerverzeichnissen nach Art. 13 Abs. 2 lit. c DSGVO.....	204
c) Ergebnis	206
4.3. „Löschung“ des Betreibungseintrags?	208
4.3.1. Persönlichkeitsschutz versus Interesse an Kreditauskunft. 208	
4.3.2. Keine Bekanntgabe von ungerechtfertigten Betreibungen 209	
a) Nichtigkeit – rechtsmissbräuchliche Erhebung einer Betreibung.....	209
b) Analogie – jede zu Unrecht erhobene Betreibung	211
4.3.3. SchK-Beschwerde als geeigneter Rechtsbehelf um die Löschung durchzusetzen	212
4.3.4. Allgemeine Feststellungsklage bei nicht offensichtlich unbegründeter Betreibung.....	214

4.3.5. Ergebnis	216
§ 9 Eigentumsgarantie	218
1. Zwangsvollstreckung als Verwirklichung der Vermögenshaftung.....	218
2. Keine Beschlagnahme von Vermögenswerten ohne Grund.....	219
3. Verschleuderung von Vermögenswerten	221
3.1. Art. 92 Abs. 2 SchKG als eigentumsschützende Norm	221
3.2. Eigentumsrecht des Schuldners versus Eigentumsrecht des Gläubigers	222
3.3. Grundsatz wertadäquater Verwertung als interessensgerechte Lösung.....	223
3. Teil: Durchsetzbarkeit einer Grundrechtsverletzung	
§ 10 Vorbemerkung	229
§ 11 Anfechtung eines Entscheides eines SchK-Organs	230
1. Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG.....	230
2. Umfassende Kognition der kantonalen Aufsichtsbehörden.....	231
3. Beschränkte Kognition der SchK-Kammer des Bundesgerichts	232
3.1. Verletzung von Bundesrecht und völkerrechtlichen Verträgen	233
3.1.1. Rechtssätze des Bundesrechts	233
3.1.2. Völkerrechtliche Verträge des Bundes	234
3.2. Verletzung verfassungsmässiger Rechte und der EMRK.....	235
3.2.1. Vorbehalt der staatsrechtlichen Beschwerde	235
3.2.2. Indirekte Überprüfung der Grundrechte durch die SchK-Kammer	236
3.2.3. Anwendungsfälle: Abgrenzung SchK-Beschwerde von der staatsrechtlichen Beschwerde	237
a) Anspruch auf rechtliches Gehör.....	237
b) Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege.....	238
c) Persönliche Freiheit.....	238
d) Eigentumsgarantie.....	239
3.2.4. Zwischenergebnis.....	240
3.3. Ermessensfehler	240
3.4. Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung.....	242
3.5. Verbot des überspitzten Formalismus.....	244
3.6. Verletzung des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte	246

3.7. Verletzung von Völkergewohnheitsrecht.....	246
3.8. Zusammenfassung.....	247
§ 12 Anfechtung eines Entscheides des Konkurs- oder Nachlassgerichtes	249
1. Der allgemeine Rechtsmittelweg	249
2. Der Rekurs als ordentliches Rechtsmittel	250
2.1. Umfassende Kognition.....	250
2.2. Streitwerterfordernis?.....	251
2.3. Weite Umschreibung der Legitimation.....	252
3. Die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde	253
3.1. Subsidiarität: Nichtigkeitsbeschwerde versus staatsrechtliche Beschwerde	253
3.2. Beschränkte Nichtigkeitsgründe	255
3.3. Die Nichtigkeitsbeschwerde als vorgelagerte Verfassungs- beschwerde.....	256
4. Die staatsrechtliche Beschwerde.....	257
§ 13 Exkurs: Justizreform	259
§ 14 Schlussbetrachtung und zusammenfassende Thesen.....	262
Stichwortverzeichnis.....	267