

Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (gewerbsmässige Gläubigervertretung) Vorentwurf und erläuternder Bericht

September 2013

Übersicht

Die Motion Rutschmann (10.3780) verlangt die Gewährleistung des freien Zugangs zum Markt für gewerbsmässige Gläubigervertreterinnen und Gläubigervertreter in der ganzen Schweiz. Dieser Zugang wird zurzeit behindert durch kantonale Regelungen, mit denen die Vertretung vor den Betreibungs- und Konkursbehörden den Anwältinnen und Anwälten sowie den Rechtsagentinnen und Rechtsagenten vorbehalten wird.

Die Forderung der Motion soll umgesetzt werden, indem die bestehende kantonale Kompetenz, die gewerbsmässige Gläubigervertretung im Zwangsvollstreckungsverfahren zu regeln, aufgehoben wird. Auf diese Weise wird jede handlungsfähige Person berechtigt, Parteien im Zwangsvollstreckungsverfahren in der ganzen Schweiz zu vertreten. Der freie Marktzugang ist damit gewährleistet. Dies entspricht der Praxis, wie sie bereits heute in vielen Kantonen besteht. Die gleiche Regelung soll auch für die gerichtlichen SchKG-Summarsachen zur Anwendung kommen; dies ist gerechtfertigt, da diese Verfahren in einem engen Zusammenhang mit dem eigentlichen Zwangsvollstreckungsverfahren stehen und in der Regel von geringer Komplexität sind.

1 **Motion Rutschmann (10.3780)**

Am 30. September 2010 reichte Nationalrat Rutschmann eine Motion mit folgendem Wortlaut ein:

«Der Bundesrat wird beauftragt, dem Parlament eine Änderung von Artikel 27 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) zu unterbreiten, so dass der freie Zugang zum Markt gesamtschweizerisch für gewerbsmässige Gläubigerververtretungen gewährleistet ist und dass gemäss neuem Artikel 33a SchKG (in Kraft ab 01.01.2011) elektronische Eingaben im SchKG-Verfahren gesamtschweizerisch möglich werden.»

Der Motionär begründete den Vorstoss damit, dass die geltende Fassung von Artikel 27 des Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)¹, wonach es den Kantonen überlassen bleibt, die gewerbsmässige Gläubigerververtretung zu regeln, dem Binnenmarktgesetz (BGBM)² widerspreche. In bestimmten Kantonen würden nur im Kanton ansässige *agents d'affaires* als Vertreter zugelassen und die Gläubigerin oder der Gläubiger so gezwungen, Betreibungsverfahren gegen ihre Schuldner entweder selber oder über die Mandatierung eines *agent d'affaires* (oder einer zugelassenen Anwältin oder eines zugelassenen Anwalts) einzuleiten.

Nachdem der Bundesrat am 17. November 2010 die Annahme der Motion empfohlen hatte, wurde diese vom Nationalrat am 17. Dezember 2010³ und vom Ständerat am 30. Mai 2011 angenommen⁴ und damit an den Bundesrat überwiesen.

2 **Ausgangslage**

Nach geltendem Recht können die Kantone die Bedingungen festlegen, unter welchen eine Person gewerbsmässig Dritte im Zwangsvollstreckungsverfahren, d.h. vor den Betreibungs- und Konkursämtern, vertreten darf⁵. Zu diesem Zweck können die Kantone insbesondere vorschreiben, dass Personen, die als gewerbsmässige Vertreterinnen und Vertreter im Zwangsvollstreckungsverfahren tätig sein wollen, ihre berufliche Fähigkeit und ihre Ehrenhaftigkeit nachweisen müssen; zudem können sie verlangen, dass eine Sicherheitsleistung hinterlegt wird (Art. 27 Abs. 1 SchKG). Die Kantone sind allerdings nicht verpflichtet, entsprechende Bestimmungen zu erlassen. Weil die grosse Zahl der Kantone von ihrer Kompetenz keinen Gebrauch gemacht hat, ist in diesen Kantonen jede Art von Vertretung unbeschränkt zulässig⁶, beispielsweise durch Inkassobüros, Treuhandfirmen, Immobilienverwalter und Rechtsschutzversicherungen. Die gewerbsmässige Vertretung beschränkt haben dagegen insbesondere die Kantone Genf und Waadt: In beiden Kantonen wird die

¹ SR 281.1

² Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (SR 943.02).

³ AB 2010 N 2159

⁴ AB 2011 S 356 f.

⁵ Dagegen ist die nicht gewerbsmässige bzw. nicht berufsmässige Vertretung bereits unter geltendem Recht sowohl im Zwangsvollstreckungsverfahren als auch im Zivilprozess ohne Einschränkungen zulässig.

⁶ Roth/Walther, in: Staehelin/Bauer/Staehelin Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 27 N 4; Muster, in: Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Basel 2009, Art. 7 N 3.

Vertretung vor den Betreibungs- und Konkursämtern neben den Anwältinnen und Anwälten nach Anwaltsgesetz (BGFA)⁷ den sog. Rechtsagentinnen und Rechtsagenten (*agents d'affaires brevetés*) vorbehalten⁸.

In Bezug auf die interkantonale Freizügigkeit sieht das Gesetz vor, dass ausserkantonale Vertreterinnen und Vertreter in einen Kanton nur dann zur gewerbsmässigen Vertretung zugelassen werden müssen, wenn deren berufliche Fähigkeit und Ehrenhaftigkeit in angemessener Weise im Ursprungskanton geprüft worden sind (Art. 27 Abs. 2 SchKG). Das Bundesgericht hat hierzu festgehalten, dass eine Vertreterin oder ein Vertreter aus einem Kanton, der keine Bewilligungspflicht kennt, sich nicht auf Artikel 27 Absatz 2 SchKG berufen kann, wenn sie oder er in einem anderen Kanton tätig werden will, der eine Bewilligungspflicht kennt. Vielmehr muss dort um eine Bewilligung ersucht werden⁹.

Diese Regelung verunmöglicht es faktisch Vertreterinnen und Vertretern aus einem Kanton, in dem keine Zulassungsvoraussetzungen bestehen, in den Kantonen Genf oder Waadt tätig zu werden. So werden beispielsweise ausserkantonale Inkassobüros und Rechtsschutzversicherungen von der Vertretung in den Kantonen Genf und Waadt ausgeschlossen, obwohl sie in der Regel über die Kompetenz und Erfahrung verfügen würden, um Parteien vor den dortigen Betreibungs- und Konkursämtern zu vertreten. Will eine Gläubigerin oder ein Gläubiger eine Forderung gegen einen Schuldner im Kanton Genf oder Waadt in Betreuung setzen und will sie oder er nicht selber tätig werden, muss deshalb eine lokale Rechtsagentin oder ein lokaler Rechtsagent engagiert werden. Wird dagegen ein Inkassobüro aus dem eigenen Kanton engagiert, kommen die Kosten der Rechtsagentin oder des Rechtsagenten zusätzlich hinzu, was die Forderungsdurchsetzung erheblich verteuern kann.

Obwohl durch diese Regelung eine Beschränkung der interkantonalen Freizügigkeit erfolgt, hat das Bundesgericht im Jahr 2008 festgehalten, dass die in Artikel 27 SchKG vorgesehene Kompetenz der Kantone, die Vertretung im Betreibungsverfahren zu beschränken, als *lex specialis* gegenüber dem Binnenmarktgesetz anzusehen ist und diesem deshalb vorgeht¹⁰.

3 Revisionsvorschlag

3.1 Vertretung vor den Betreibungs- und Konkursämtern

Mit der vorliegenden Motion soll der freie Zugang zum Markt für gewerbsmässige Gläubigervertreter gesamtschweizerisch gewährleistet werden. Die Einführung einer Freizügigkeit unter Beibehaltung der in Artikel 27 SchKG vorgesehenen Kompetenz der Kantone, die gewerbsmässige Vertretung auf ihrem Gebiet zu beschränken, würde allerdings kaum zu einem befriedigenden Ergebnis führen: In denjenigen Kantonen, die an einer einschränkenden Regelung der Vertretungsbefugnis festhal-

⁷ Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (SR 935.61).

⁸ VD: Loi sur la profession d'agent d'affaires breveté (LPAG, RSV 179.11) du 20 mai 1957; Règlement concernant les représentants professionnels autorisés conformément à l'article 27, alinéa 2, LP (RRPLP) du 15 juillet 1997 (RSV 280.07.1); GE: Loi réglementant la profession d'agent d'affaires du 2 novembre 1927 (RSG E 6 20); Règlement sur l'exercice de la profession d'agent d'affaires du 4 septembre 1928 (RSG E 6 20.01).

⁹ BGE 135 I 111

¹⁰ BGE 135 I 106

ten, dürften dann innerkantonale Vertreterinnen und Vertreter nur unter Einhaltung dieser Voraussetzungen tätig werden, ausserkantonale dagegen voraussetzungslos. Konsequenterweise muss deshalb die Möglichkeit der Beschränkung der gewerbmässigen Vertretung durch die Kantone *vollständig aufgehoben* werden. Nur auf diese Weise können Ungleichbehandlungen verhindert und das Anliegen der Motion sinnvoll umgesetzt werden.

Zu beachten ist ausserdem ein weiterer Aspekt: Mit dem Inkrafttreten der Zivilprozessordnung (ZPO)¹¹ am 1. Januar 2011 wurde unter anderem auch das erklärte Ziel einer Einführung eines *einheitlichen schweizweiten Vollstreckungsraums* weitgehend umgesetzt¹². Dies bedeutet, dass die Vollstreckungsmodalitäten in der ganzen Schweiz dieselben sind. Auch unter diesem Blickwinkel erscheint die den Kantonen in Artikel 27 Absatz 1 SchKG eingeräumte Kompetenz nicht mehr zeitgemäss; sie ist deshalb aufzuheben.

Im Rahmen dieser Anpassung kann auch der bisherige Artikel 27 Absatz 3 Satz 1 SchKG, wonach niemand verpflichtet werden kann, einen gewerbmässigen Vertreter zu bestellen, aufgehoben werden. Das gesamte schweizerische Verfahrensrecht beruht auf dem *Grundsatz des fehlenden Vertretungszwangs*¹³: Die Postulationsfähigkeit ist Teil der Prozessfähigkeit, die wiederum die prozessuale Seite der zivilrechtlichen Handlungsfähigkeit darstellt¹⁴ und die deshalb jeder volljährigen und urteilsfähigen Person von Gesetzes wegen zusteht. Eine Wiederholung dieses Grundsatzes im SchKG erscheint heute nicht mehr erforderlich. Die Möglichkeit, sich vertreten zu lassen, steht sowohl dem Gläubiger als auch dem Schuldner sowie allfälligen Drittparteien zu. Deshalb soll klargestellt werden, dass das bestehende Verbot, die Kosten der Vertretung der Gegenseite zu überbinden, für alle Streitparteien (und nicht nur für den Schuldner) gilt¹⁵.

Nach neuem Recht sollen sämtliche handlungsfähigen Personen als Vertreter tätig sein können. Als Vertreter auftreten können deshalb insbesondere auch *juristische Personen* (Inkassobüros, Rechtsschutzversicherungen etc.). Dies entspricht bereits heute einer weitverbreiteten Praxis¹⁶.

Nicht betroffen von der vorliegenden Revision sind bestehende kantonale Regelungen, in denen besondere Voraussetzungen an die *Übernahme von Sachwaltermandaten* gestellt werden. So verlangt namentlich der Kanton Luzern das luzernische Sachwalterpatent oder ein gleichwertiges Fähigkeitszeugnis eines andern Kantons¹⁷. Hier geht es nicht um die Vertretung anderer Personen im Sinne von Artikel 27 SchKG.

¹¹ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272).

¹² Vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7383; Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handels-sachen vom 18. Februar 2009, BBl 2009, 1809, 1811, 1820, 1832.

¹³ Vgl. dazu bereits die Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001, 4293: «*In der Schweiz gehört es zur festen Tradition, dass eine Partei einen Prozess bis vor Bundesgericht allein führen kann.*»

¹⁴ BGE 132 I 5

¹⁵ Vgl. zum geltenden Recht *Gilliéron*, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 1–88, Art. 27 N 51.

¹⁶ Vgl. dazu den Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern, ZK 11 184, vom 16. Mai 2011; online verfügbar auf <http://www.justice.be.ch/justice/de/index/entscheide>.

¹⁷ § 8 EGSchKG Luzern (SRL Nr. 290).

3.2

Vertretung vor Zivilgerichten in SchKG-Summarysachen

Seit dem Inkrafttreten der Zivilprozessordnung regelt das Bundesrecht die Vertretung vor den Zivilgerichten abschliessend (Art. 68 ZPO). Für die berufsmässige Vertretung gilt grundsätzlich das Anwaltsmonopol. Für die Summaryverfahren in SchKG-Angelegenheiten gemäss Artikel 251 ZPO sieht Artikel 68 Absatz 2 Buchstabe c ZPO allerdings vor, dass neben den Anwältinnen und Anwälten «gewerbsmässige Vertreterinnen und Vertreter nach Artikel 27 SchKG» zur Vertretung berechtigt sind. Das Bundesgericht hat am 23. April 2012 entschieden, dass Artikel 27 SchKG seit dem Inkrafttreten der ZPO neu auch die Regelung der Voraussetzungen gewerbsmässiger Vertretung von Parteien in den gerichtlichen Summaryverfahren gemäss Artikel 251 ZPO mitumfasst¹⁸. Dies bedeutet, dass die Kantone gestützt auf Artikel 27 SchKG sowohl für das Verfahren vor den Betreibungs- und Konkursbehörden als auch für die summarischen Verfahren nach Artikel 251 ZPO Vorschriften bezüglich der gewerbsmässigen Vertretung erlassen können. Das Bundesgericht hat es auch für zulässig erklärt, dass ein Kanton nur für die summarischen Verfahren nach Artikel 251 ZPO entsprechende Bestimmungen aufstellt¹⁹. Soweit die Kantone von ihrer in Artikel 27 SchKG eingeräumten Regelungskompetenz keinen Gebrauch gemacht haben, ist allerdings auch die gewerbsmässige Vertretung in den SchKG-Summaryverfahren uneingeschränkt zulässig.

Wie festgehalten haben unter geltendem Recht nur wenige Kantone von der ihnen in Artikel 27 SchKG zugewiesenen Kompetenz Gebrauch gemacht, sodass die Befugnis zur gewerbsmässigen Vertretung fast überall sämtlichen handlungsfähigen Personen offensteht. Dies erscheint sachgerecht, da namentlich ein Rechtsöffnungsverfahren ohne Weiteres auch durch eine nichtanwaltliche Vertretung geführt werden kann; es handelt sich in der Sache um eine Weiterführung des Betreibungsverfahrens von in der Regel geringer Komplexität. Eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis, beispielsweise auf Vertreterinnen und Vertreter von Rechtsschutzversicherungen oder Inkassobüros, kommt nicht in Betracht, da dadurch diverse andere, in gleicher Weise qualifizierte gewerbsmässige Vertreterinnen und Vertreter ohne Grund von der Vertretung ausgeschlossen würden, was dem verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgrundsatz widersprechen würde. In unveränderter Beibehaltung des bisherigen Verweises auf Artikel 27 SchKG sind deshalb sämtliche handlungsfähigen (natürlichen und juristischen) Personen zuzulassen. Die Erfahrungen aus der kantonalen Praxis machen deutlich, dass dies eine sachgerechte Lösung ist.

Artikel 27 VE-SchKG gilt grundsätzlich nur für das Verfahren vor den Betreibungs- und Konkursämtern. Der bestehende Artikel 68 Absatz 2 Buchstabe c ZPO verweist für die berufsmässige Vertretung auf Artikel 27 SchKG; die vorgeschlagene Anpassung von Artikel 27 SchKG hat damit zur Folge, dass auch in den SchKG-Summaryverfahren jede handlungsfähige Person zur gewerbsmässigen Vertretung berechtigt ist. Eine Anpassung der ZPO ist hierfür nicht erforderlich.

¹⁸ BGE 138 III 399

¹⁹ BGE 138 III 400

Für das in Artikel 27 Absatz 2 VE-SchKG festgehaltene Verbot einer Parteientschädigung gilt der Verweis dagegen nicht²⁰. Die bisherige Bestimmung²¹, die auch eine Überbindung der Vertretungskosten auf den im Rechtsöffnungsverfahren unterliegenden Schuldner explizit erlaubte²², wurde mit dem Inkrafttreten der ZPO am 1. Januar 2011 zwar aufgehoben; eine Rechtsänderung war damit aber nicht beabsichtigt. Vielmehr kommen die Artikel 95 ff. ZPO für die Festsetzung der Parteientschädigung unmittelbar zur Anwendung²³. Für die Festlegung der konkreten Entschädigung sind damit die Kantone zuständig (Art. 96 ZPO).

3.3 Erleichterung elektronischer Eingaben

Die Motion verlangt, dass elektronische Eingaben an die Betreibungs- und Konkursämter gesamtschweizerisch möglich werden. Seit dem 1. Januar 2011 ist es zulässig, Eingaben an die Betreibungs- und Konkursämter elektronisch zu machen (Art. 33a SchKG). Dies geschieht über eine anerkannte Zustellplattform²⁴. Gegenüber den Betreibungsämtern besteht zusätzlich die Möglichkeit einer Eingabe über den sog. eSchKG-Verbund²⁵. Das dargestellte Problem, wonach immer dann, wenn sich das zuständige Betreibungsamt in den Kantonen Genf oder Waadt befindet, eine Vertretung nur durch eine Anwältin oder einen Anwalt bzw. durch eine Rechtsagentin oder einen Rechtsagenten erforderlich ist, stellt sich hier in gleicher Weise wie bei einer Eingabe auf dem herkömmlichen Weg. Mit der vorgeschlagenen Neufassung von Artikel 27 SchKG würde auch diese Schwierigkeit beseitigt: Jede handlungsfähige Person könnte in Zukunft in sämtlichen Kantonen ihre Eingaben auch in elektronischer Form vornehmen.

4 Auswirkungen

4.1 Auswirkungen auf den Bund

Die Vorlage hat keine Auswirkungen auf den Bund.

4.2 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden

Die Kantone verlieren mit der vorliegenden Revision ihre bisherige Kompetenz, die gewerbsmässige Vertretung im Zwangsvollstreckungsverfahren zu regeln.

²⁰ Vgl. zum bisherigen Recht *Gilliéron*, a.a.O., Art. 27 N 52; *Lorandi*, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Basel/Genf/München 2000, Art. 27 N 33.

²¹ Art. 62 Abs. 1 der Gebührenverordnung vom 23. September 1996 zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, GebV SchKG, AS **1996** 2937.

²² Urteil des Bundesgerichts vom 10. September 2009, Nr. 5A_225/2009, E. 3.2 m.w.Nachw.; vgl. zum Ganzen bereits Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8. Mai 1991, BBl **1991** III 41 f.

²³ Vgl. das Urteil des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 8. Juni 2012, 40/2012/2, CAN 2013, Nr. 3 sowie das Kreisschreiben Nr. 7 des Obergerichts des Kantons Bern vom 1. Januar 2011, Parteientschädigung in Rechtsöffnungssachen.

²⁴ Art. 4 der Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren vom 18. Juni 2010, (SR **272.1**).

²⁵ Verordnung des EJPD vom 9. Februar 2011 über die elektronische Übermittlung im Bereich Schuldbetreibung und Konkurs (SR **281.112.1**).

4.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

In der Schweiz werden jährlich mehr als 2,5 Millionen Beteiligungen eingeleitet; das Beteiligungsverfahren ist ein Massenverfahren. Indem ein schweizweit einheitlicher Vollstreckungsraum geschaffen wird, in welchem die gleichen Regeln gelten, wird dieses Verfahren erheblich vereinfacht und es können für die Gläubiger Kosten eingespart werden. Ein Unternehmen, das sich beim Inkasso vertreten lassen will, könnte sich dann schweizweit die gleiche Vertreterin bzw. den gleichen Vertreter für die Forderungseinziehung beauftragen; gerade für KMU würde die Möglichkeit, sich in allen Kantonen im Rechtsöffnungsverfahren von einem Inkassobüro (und nicht mehr zwingend von einer Rechtsanwältin oder einem Rechtsanwalt) vertreten zu lassen, zu erheblichen Kosteneinsparungen führen.

5 Verfassungs- und Gesetzmässigkeit

Die Vorlage stützt sich auf Artikel 122 Absatz 1 der Bundesverfassung (BV)²⁶, der dem Bund die Kompetenz zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts- und des Zivilprozessrechts gibt.

²⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

