

Art. 17 Abs. 2 und Art. 20a Abs. 3 SchKG. §§ 83 f. GOG. Zulässigkeit von Noven und neuen Rechtsbegehren im SchK-Beschwerdeverfahren.

Echte und unechte Noven können im erstinstanzlichen SchK-Beschwerdeverfahren bis zum Beginn der Urteilsberatung unbeschränkt vorgebracht werden (Art. 20a Abs. 3 SchKG i.V.m. § 18 EG SchKG i.V.m. § 83 Abs. 3 Satz 2 GOG i.V.m. Art. 229 Abs. 3 ZPO), während im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren ein grundsätzliches Novenverbot gilt (Art. 20a Abs. 3 SchKG i.V.m. § 18 EG SchKG i.V.m. § 84 GOG i.V.m. Art. 326 Abs. 1 ZPO). Eine Änderung oder Erweiterung der Rechtsbegehren ist nach Ablauf der zehntägigen Beschwerdefrist (Art. 17 Abs. 2 SchKG) weder im erst- noch im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren zulässig, und zwar selbst dann nicht, wenn sich die Änderung auf zulässige Noven stützt (Art. 17 Abs. 2 SchKG; § 83 Abs. 3 Satz 2 GOG i.V.m. Art. 326 Abs. 1 ZPO).

Die Gläubigerin erwirkte drei Arreste, die vom Betreibungsamt vollzogen wurden; die Einsprachen der Schuldnerin wurden abgewiesen. Dagegen erhobene Beschwerden hiess das Obergericht gut und bescheinigte die Rechtskraft dieser Urteile. Das Betreibungsamt verweigerte die Freigabe der Arrestgegenstände, wogegen die Schuldnerin Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG führte. Sie beantragte, es sei das Betreibungsamt anzuweisen, die Arrestgegenstände freizugeben. Nachdem das Bundesgericht in einer Beschwerde gegen die Arrestaufhebungsentscheide des Obergerichts die aufschiebende Wirkung erteilt hatte, änderte die Schuldnerin – nach Ablauf der zehntägigen Beschwerdefrist (Art. 17 Abs. 2 SchKG) – ihr Begehren und beantragte eventualiter, es sei die Rechtswidrigkeit der Verfügung des Betreibungsamtes festzustellen. Dieses Eventualbegehren hiess die untere Aufsichtsbehörde gut. Die Gläubigerin ficht dies (einzig) mit der Begründung an, die Änderung des Rechtsbegehrens sei unzulässig gewesen.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

"4.1.1. In formeller Hinsicht bejahte die Vorinstanz (...) ein Feststellungsinteresse mit der Begründung, dass sich die betroffenen Rechtsfragen auch in Zukunft in ähnlicher Weise wieder stellen können und dass eine gerichtliche Beurteilung derselben andernfalls kaum je möglich wäre. In materieller Hinsicht führt sie aus, dass es sich bei den Arrestaufhebungsentscheiden der Kammer um prozessuale Gestaltungsurteile gehandelt habe, die nicht unter die Ausnahme von Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG gefallen seien, weshalb von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung bestanden habe und die Entscheide sofort "vollstreckbar" gewesen seien (...). Mit Verweis auf BGE 134 III 177 hält die Vorinstanz ferner dafür, dass ein Zuwarten der Zwangsvollstreckungsbehörden mit der Vollstreckung rechtskräftiger Entscheide bis zum unbenutzten Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw.

bis zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung zulässig sei, sofern (i) die vollstreckende Behörde selbst zur Entscheidung kompetent sei, (ii) es ihr eigener Entscheid sei, dessen Vollstreckung vorläufig ausgesetzt werde, und (iii) sie die Kontrolle über die Vollstreckung des Entscheids habe (...). Diese Voraussetzungen seien vorliegend nicht erfüllt gewesen. Zum einen habe das Betreibungsamt nicht die Vollstreckung eines eigenen Entscheids, sondern die Vollstreckung von Entscheiden der Kammer ausgesetzt. Zum anderen habe das Betreibungsamt keine Kontrolle über die "Vollstreckung" dieser Entscheide gehabt, weil Arrestaufhebungsentscheide in Wahrheit gar keiner Vollstreckung bedürften. Entsprechend sei die Weigerung des Betreibungsamtes, die Drittschuldnerin anzuweisen, die fraglichen Bankkonten freizugeben, rechtswidrig gewesen (...).

4.1.2 Diese Erwägungen beanstandet die Beschwerdeführerin weder in materieller Hinsicht noch bezüglich der Frage des Rechtsschutzinteresses. Sie macht einzig und allein geltend, die Beschwerdegegnerin habe in ihrer ursprünglichen Beschwerde vor Vorinstanz nur die *Aufhebung* der angefochtenen Verfügung des Betreibungsamtes verlangt (sowie eine Anweisung desselben, die betroffenen Vermögenswerte freizugeben und der Drittschuldnerin den Wegfall des Arrests zu notifizieren), nicht aber eine *Feststellung der Rechtswidrigkeit*. Einen solchen (Eventual-)Antrag habe sie erst (...) nach Ablauf der zehntägigen Beschwerdefrist gestellt. (...)

(...)

4.2.1 Nach § 83 Abs. 1 GOG (i.V.m. Art. 20a Abs. 3 SchKG i.V.m. § 18 EG SchKG) hat die Beschwerde an die untere Aufsichtsbehörde einen Antrag und eine Begründung zu enthalten. Gemäss Art. 20a Abs. 2 Ziff. 3 SchKG gilt von Bundesrechts wegen die Dispositionsmaxime, d.h. die Aufsichtsbehörden dürfen – abgesehen von Fällen der Nichtigkeit (Art. 22 SchKG) – nicht über die Anträge der Beschwerde führenden Partei hinausgehen und nicht mehr und nichts anderes zusprechen als diese verlangt; insofern bestimmt sie mit ihren Anträgen und der Begründung den Umfang und das Thema der Beschwerde. Dies gilt trotz der ebenfalls bundesrechtlich vorgesehenen (eingeschränkten) Untersuchungsmaxime (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG), die insofern nur innerhalb des durch die An-

träge und deren Begründung vorgegebenen Prüfprogramms wirkt (zum Ganzen LORANDI, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar zu den Artikeln 13-30 SchKG, Basel 2000, Art. 20a N 48 ff.).

4.2.2 Die Beschwerdegegnerin hat vor Vorinstanz erst mit Eingabe vom (...) – und damit nach Ablauf der zehntägigen Beschwerdefrist gemäss Art. 17 Abs. 2 SchKG – (eventualiter) die Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung bzw. (subeventualiter) die Feststellung verlangt, dass das Betreibungsamt in Zukunft einen rechtskräftigen Arrestaufhebungsentscheid zu vollziehen habe, solange keine aufschiebende Wirkung erteilt worden sei (...); zuvor war ihr Begehren noch ausschliesslich auf Aufhebung bzw. Änderung der angefochtenen Verfügung sowie auf entsprechende Anweisung des Betreibungsamtes gerichtet (...). Damit stellt sich die Frage, ob und inwiefern eine Änderung der Rechtsbegehren im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren nach Art. 17 SchKG zulässig ist. (...)

4.3.1. Vorab ist festzuhalten, dass eine Änderung der *Rechtsbegehren* – und damit des Streitgegenstandes – nicht dasselbe ist wie eine Änderung des *Tatsachenfundaments* (Einbringen neuer Tatsachen oder Beweismittel in das Verfahren). Entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin (...) ist nur Letzteres eine Frage des Novenrechts (i.e.S.), während eine Änderung der Rechtsbegehren als solches kein eigentliches "Novum" (neue Tatsache) darstellt. Insbesondere muss die Regelung der Zulässigkeit einer Antragsänderung *nicht parallel* zur Regelung der Zulässigkeit neuer Tatsachen und Beweismittel verlaufen (vgl. BGer, 5A_792/2013 vom 10. Februar 2014, E. 2.1; vgl. zudem die Regelung in § 20a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich [VRG] vom 24. Mai 1959, LS 175.2).

4.3.2. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung beurteilt sich die Zulässigkeit von *Noven* – d.h. von neu eingebrachten Tatsachen oder Beweismitteln – sowohl im erst- wie auch im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren *nach kantonalem Recht*, wobei *Noven* aber wenigstens im Umfang von Art. 99 Abs. 1 BGG zulässig sein müssen (BGer, 5A_57/2016 vom 20. April 2016, E. 3.2.1; 5A_792/2013 vom 10. Februar 2014, E. 2.1; 5A_596/2015 vom 10. September

2015, E. 3.4; 5A_605/2011 vom 8. November 2011, E. 3.2; so auch LORANDI, a.a.O., Art. 20a N 44 f.). Dies kann sich – für das erstinstanzliche Beschwerdeverfahren – nur auf die Zulässigkeit *echter* Noven beziehen, d.h. auf Tatsachen und Beweismittel, die erst nach Ausfällung der angefochtenen Verfügung entstanden sind, nicht aber auf solche, die bereits vorher bestanden hatten (*unechte* Noven). Bereits aus Gründen des rechtlichen Gehörs muss es der Beschwerde führenden Partei vor der unteren Aufsichtsbehörde nämlich gestattet sein, in der Beschwerdeschrift (bzw. innerhalb der Beschwerdefrist) unechte Noven vorzubringen, da sie sich bis zu jenem Zeitpunkt regelmässig noch gar nicht hatte äussern können (vgl. hierzu MEIER, Das Verwaltungsverfahren vor den Schuldbetreibungs- und Konkursbehörden, Zürich 2002, S. 26 ff.). Aber auch wenn unechte Noven erst nach Ablauf der Beschwerdefrist entdeckt bzw. erst dann in das Verfahren eingebracht werden, müssen sie im erstinstanzlichen Verfahren aufgrund der bundesrechtlich vorgesehenen (eingeschränkten) Untersuchungsmaxime (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) unbeschränkt zulässig sein (vgl. aber BGer, 5A_596/2015 vom 10. September 2015, E. 3.4). Wären unechte Noven im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren (nach kantonalem Recht) ausgeschlossen, so würde dies faktisch einer Bindung an die Parteibehauptungen gleichkommen, was mit der bundesrechtlichen Untersuchungsmaxime nicht zu vereinbaren wäre. Entsprechend müssen unechte Noven im erstinstanzlichen Verfahren von Bundesrechts wegen zulässig sein, während sich die Zulässigkeit *echter* Noven und die Zulässigkeit von (echten und unechten) Noven in einem – bundesrechtlich nicht vorgeschriebenen (Art. 13 SchKG) – *zweitinstanzlichen* Beschwerdeverfahren nach kantonalem Recht beurteilt.

4.3.3. Nach Auffassung des Bundesgerichts besteht eine bundesrechtliche Regelung zudem auch für die Frage der Zulässigkeit neuer *Beschwerdeanträge* bzw. neuer *Beschwerdegründe*. Eine solche Änderung bzw. Erweiterung des Streitgegenstandes ist, sofern sie erst nach Ablauf der Beschwerdefrist erfolgt, von Bundesrechts wegen ausgeschlossen, da dies letztlich einer Umgehung des Wirksamkeitscharakters der in Art. 17 Abs. 2 SchKG vorgesehenen Frist – bzw. einer nicht vorgesehenen Verlängerung derselben – gleichkäme (BGE 142 III 234, E. 2.2; BGer, 5A_792/2013 vom 10. Februar 2014, E. 2.1; vgl. auch BGE 126 III

30, E. 1b; 114 III 5, E. 3; BGer, 5A_237/2012 vom 10. September 2012, E. 2.2; vgl. auch OGer ZH, PS160204 vom 16. Januar 2017, E. 4.1 und E. 4.2; so auch LORANDI, a.a.O., Art. 20a N 46, 69 f.). Auch das aus dem Gehörsanspruch fließende Replikrecht gestattet es nicht, aufgrund der Ausführungen der Gegenpartei neue Anträge zu stellen (BGE 142 III 234, E. 2.2). Obschon sich das Bundesgericht nicht explizit zu Fällen geäußert hat, in welchen eine Änderung der Rechtsbegehren gestützt auf (zulässige) Noven erfolgt war (vgl. etwa BGE 142 III 234, E. 2.2), lässt seine Begründung der erwähnten (ungeschriebenen) bundesrechtlichen Norm keine entsprechende Differenzierung zu. Selbst wenn sich nämlich eine nach Fristablauf erfolgende Änderung der Rechtsbegehren auf (zulässige) Noven zu stützen vermag, würde deren Zulassung faktisch zu einer – nicht vorgesehenen – Verlängerung bzw. Wiederherstellung der Beschwerdefrist führen. Noven stellen insofern eine bereits verstrichene Beschwerdefrist nicht wieder her bzw. lösen sie keine neue Frist aus und stellen für sich genommen kein neues Anfechtungsobjekt dar.

4.3.4. Soweit das kantonale Recht innerhalb des vorerwähnten bundesrechtlichen Rahmens überhaupt massgebend ist (Art. 20a Abs. 3 SchKG), enthält das Recht des Kantons Zürich folgende Bestimmungen: § 18 EG SchKG verweist für das erst- und das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren auf §§ 83 f. GOG. § 84 GOG enthält für das *zweitinstanzliche* Beschwerdeverfahren einen unzweideutigen Verweis auf Art. 319 ff. ZPO, die insofern als kantonales Recht zur Anwendung kommen. Neue Anträge und neue Tatsachenbehauptungen bzw. Beweismittel sind damit – trotz Geltung des Untersuchungsgrundsatzes – ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO; OGer ZH, PS110019 vom 21. Februar 2011, E. 3.4; PS120189 vom 2. November 2012, E. 1.4; PS160204 vom 16. Januar 2017, E. 4.1 und E. 4.2; JENT-SØRENSEN, Das kantonale Verfahren nach Art. 20a Abs. 3 SchKG: ein Relikt und die Möglichkeit einer Vereinheitlichung, BISchK 2013, S. 89 ff., S. 103 f.), es sei denn, die Beschwerde führende Partei habe keine Möglichkeit bzw. keine Veranlassung zur Teilnahme am erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren gehabt (LORANDI, a.a.O., Art. 20a N 46 f.; vgl. auch Art. 76 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 111 BGG).

4.3.5. Für das *erstinstanzliche* Beschwerdeverfahren verweist § 83 Abs. 3 Satz 2 GOG auf die "Vorschriften der Zivilprozessordnung, insbesondere über das Beweisverfahren", und erklärt diese für "sinngemäss anwendbar". Weder aus dem Wortlaut noch aus den Materialien (vgl. den Antrag und die Weisung des Regierungsrates vom 1. Juli 2009, ABI 2009, S. 1489 ff., 1558 ff. sowie den Antrag der Kommission für Justiz und öffentliche Sicherheit vom 18. März 2010, ABI 2010, S. 513 ff.) geht indes hervor, ob hinsichtlich des Novenrechts und der Zulässigkeit der Änderung des Streitgegenstandes im Verfahren vor der unteren Aufsichtsbehörde die Vorschriften der ZPO betreffend das erstinstanzliche Verfahren (Art. 229 bzw. Art. 227/230 ZPO) oder jene betreffend das zweitinstanzliche (Beschwerde-)Verfahren (Art. 326 ZPO) gelten sollen. Auch eine systematische Auslegung führt zu keinem eindeutigen Ergebnis. Ein Vergleich von § 83 Abs. 3 Satz 2 GOG ("Vorschriften der Zivilprozessordnung") mit § 84 GOG ("Art. 319 ff. ZPO") lässt sowohl ein *argumentum e contrario* (keine Anwendbarkeit von Art. 319 ff. ZPO im erstinstanzlichen Verfahren) wie auch einen Analogieschluss zu (Anwendbarkeit von Art. 319 ff. ZPO auch im erstinstanzlichen Verfahren). Mit dem Hinweis darauf, dass die Vorschriften der Zivilprozessordnung "sinngemäss" anzuwenden seien, überliess es der Gesetzgeber insofern letztlich der Rechtsprechung, im Einzelnen durch Auslegung bzw. Lückenfüllung auf konkrete Regeln zu schliessen.

4.3.6. Bei der Beschwerde an die untere Aufsichtsbehörde nach Art. 17 SchKG handelt es sich zwar formell um ein *Rechtsmittel*, was für eine Anwendung von Art. 326 ZPO spricht, es gleicht dieses Verfahren materiell aber eher einem *erstinstanzlichen Verfahren*, was wiederum Argumente für eine Anwendung von Art. 227, Art. 229 und Art. 230 ZPO liefert (vgl. hierzu JENT-SØRENSEN, a.a.O., S. 98 ff.). Namentlich erhält die Beschwerde führende Partei regelmässig erst vor der unteren Aufsichtsbehörde – noch nicht aber vor dem Betreibungsamt als verfügende Instanz – Gelegenheit, sich zu äussern und Anträge zu stellen (vgl. hierzu MEIER, a.a.O., S. 26 ff.). Das erstinstanzliche SchK-Beschwerdeverfahren weist insofern einen "hybriden" Charakter auf. Nicht zu übersehen ist ferner, dass es – wenigstens teilweise – auch die Wesenszüge eines öffentlich-rechtlichen Verfahrens trägt (vgl. hierzu MEIER, a.a.O., passim; JENT-SØRENSEN, a.a.O., S. 96 f.;

LORANDI, a.a.O., Art. 17 N 18 ff.). Letztlich kann es aber nicht entscheidend auf rein formale Argumente wie etwa das äussere Gewand des Verfahrens ankommen, sondern es ist *modo legislatoris* eine sachgerechte Lösung zu finden (vgl. Art. 1 Abs. 2 ZGB).

4.3.7. Soweit das kantonale Recht überhaupt massgebend ist, drängt sich für die hier in Frage stehende Regelung des Novenrechts und der Zulässigkeit einer Antragsänderung nach Fristablauf im Verfahren vor der unteren kantonalen Aufsichtsbehörde eine Analogie zu § 20a VRG auf. Danach können im Rekursverfahren, das funktional dem erstinstanzlichen SchK-Beschwerdeverfahren entspricht, keine neuen Sachbegehren gestellt werden (Abs. 1), während neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel unbeschränkt zulässig bleiben (Abs. 2). Diese Regelung ist freilich insofern zu modifizieren, als neue Anträge innerhalb der Beschwerdefrist selbstverständlich möglich bleiben müssen; der Streitgegenstand wird insofern erst mit Erhebung der Beschwerde – bzw. mit Ablauf der Beschwerdefrist – fixiert. Gleichlauf besteht diesbezüglich zudem auch zwischen dem zweitinstanzlichen SchK-Beschwerdeverfahren (Art. 326 ZPO) und dem Beschwerdeverfahren nach VRG, in welchem neue Anträge und Noven im Grundsatz ebenfalls ausgeschlossen sind, sofern – wie hier – bereits eine Beurteilung durch eine gerichtliche Instanz erfolgt ist (§ 52 Abs. 1 i.V.m. § 20a und § 52 Abs. 2 VRG). Im Sinne der Einheit der Rechtsordnung ist der Verweis in § 83 Abs. 3 Satz 2 GOG deshalb so zu verstehen, dass im Verfahren vor der unteren kantonalen Aufsichtsbehörde für das *Novenrecht* (neue Tatsachen und Beweismittel) Art. 229 Abs. 3 ZPO (i.V.m. Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG bzw. § 83 Abs. 3 Satz 1 GOG) und für die Zulässigkeit *neuer Anträge* – nach Ablauf der Beschwerdefrist – Art. 326 Abs. 1 ZPO gilt (jeweils als kantonales Recht).

4.3.8. Damit sind im erstinstanzlichen SchK-Beschwerdeverfahren echte und unechte Noven unbeschränkt bis zum Beginn der Urteilsberatung der unteren Aufsichtsbehörde zulässig (Art. 20a Abs. 3 SchKG i.V.m. § 18 EG SchKG i.V.m. § 83 Abs. 3 Satz 2 GOG i.V.m. Art. 229 Abs. 3 ZPO), während neue Anträge – im Sinne einer Änderung (*Aliud*) oder Erweiterung (*Plus*) – nach Ablauf der Beschwerdefrist nicht mehr zulässig sind; Letzteres gilt bereits von Bundesrechts

wegen (Art. 17 Abs. 2 SchKG) sowie auch nach kantonalem Recht (§ 83 Abs. 3 Satz 2 GOG i.V.m. Art. 326 Abs. 1 ZPO).

4.3.9. Demzufolge erweist sich die von der Beschwerdegegnerin im vorinstanzlichen Verfahren nach Ablauf der Beschwerdefrist vorgenommene Änderung der Beschwerdeanträge als unzulässig. Da keine Nichtigkeit vorliegt (Art. 22 SchKG), hätte die Vorinstanz den verspätet gestellten Eventualantrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung (...) bzw. den Subeventualantrag auf eine allgemeine Feststellung, dass das Betreibungsamt rechtskräftige Arrestaufhebungsentscheide in Zukunft zu vollziehen habe (...), im vorliegenden Verfahren nicht behandeln dürfen (Dispositionsmaxime; Art. 20a Abs. 2 Ziff. 3 SchKG; vgl. BGE 142 III 234, E. 2.2). Daran ändert nichts, dass die Parteien diese Frage vor Vorinstanz nicht aufgeworfen haben. Bei der Zulässigkeit einer Antragsänderung bzw. der Rechtzeitigkeit einer Antragsstellung handelt es sich um eine Prozessvoraussetzung, die auch ohne entsprechendes Parteivorbringen von Amtes wegen zu prüfen ist.

4.4. Aus dem Gesagten folgt, dass eine Beschwerde führende Partei, welche die Rechtmässigkeit einer Verfügung auch im Falle einer zukünftigen Gegenstandslosigkeit ihres Hauptbegehrens beurteilt haben will, einen entsprechenden (Eventual-)Antrag bereits in der ursprünglichen Beschwerdeschrift (bzw. innerhalb der ursprünglichen Beschwerdefrist) stellen muss, auch wenn zu jenem Zeitpunkt ein entsprechendes Feststellungsinteresse aufgrund der Subsidiarität des Feststellungsbegehrens noch gar nicht bestehen mag. In Fällen, in welchen – wie vorliegend – ein Feststellungsinteresse *ex post* namentlich deshalb besteht, weil eine gerichtliche Beurteilung andernfalls kaum je möglich wäre, und mit anderen Worten Gegenstandslosigkeit des Hauptbegehrens *geradezu typischerweise* eintritt, ist es der Beschwerde führenden Partei zuzumuten, eine solche, *ex ante* ohne Weiteres als möglich voraussehbare Entwicklung zu antizipieren und ein entsprechendes Feststellungsbegehren von Anfang an eventualiter zu stellen. Verzichtet die Beschwerde führende Partei auf einen solchen Eventualantrag und tritt Gegenstandslosigkeit des Hauptbegehrens erst nach Ablauf der Beschwerdefrist ein, so kann – abgesehen von Fällen der Nichtigkeit – die Rechtswidrigkeit der ange-

fochtenen Verfügung nicht mehr festgestellt werden. Der Beschwerde führenden Partei steht es aber selbstverständlich frei, im Falle einer neuerlichen, durch *andere* Verfügung zum Ausdruck gebrachten Weigerung des Betreibungsamtes, verarrestierte Vermögenswerte nach rechtskräftiger Aufhebung des Arrests freizugeben, Beschwerde zu führen und Feststellung der Rechtswidrigkeit *dieser neuen Verfügung* zu verlangen. Vorliegend fehlt es aber an einem solchen, neuen Anfechtungsobjekt, das eine neue Beschwerdefrist ausgelöst hätte.

4.5. Nicht gefolgt werden kann der Beschwerdegegnerin in der Auffassung, dass das Feststellungsbegehren, welches sie erst nachträglich stellte, bereits im ursprünglichen Aufhebungsbegehren enthalten gewesen sein soll, wie sie – allerdings ohne weitere Begründung – ergänzend geltend macht (...). Sie selbst geht wie gesehen davon aus, dass es sich um eine Ergänzung bzw. Erweiterung des Begehrens handle, zu dessen Stellung sie sich erst nach Eintritt der aufschiebenden Wirkung veranlasst gesehen habe. Es handelt sich dabei um ein Begehren, das nur für den Fall gestellt wird, dass das Hauptbegehren nicht geschützt wird (BSK ZPO-DORSCHNER, 3.A., Art. 84 N 5; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 221 N 37). Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass im Antrag auf Aufhebung bzw. Änderung der angefochtenen Verfügung und Anweisung des Betreibungsamtes, wie er im vorinstanzlichen Verfahren innert der Beschwerdefrist gestellt wurde, ohne Weiteres auch der Antrag enthalten war, es sei im Falle der Gegenstandslosigkeit des Verfahrens die Rechtswidrigkeit der betreibungsamtlichen Verfügung festzustellen. Vielmehr ist von den Parteien im Rahmen der anwendbaren Dispositionsmaxime zu erwarten, dass wie dargelegt für diesen Fall ein entsprechendes Eventualbegehren gestellt wird. Wäre dies anders, wären die Aufsichtsbehörden in solchen Fällen stets gehalten, *von sich aus* und *ohne separaten Antrag* die Rechtmässigkeit zu überprüfen. Dies ist nicht der Fall. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit muss separat – und rechtzeitig – verlangt werden. Aufgrund der Dispositionsmaxime (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) kann dies nicht von Amtes wegen erfolgen, es sei denn, es läge Nichtigkeit vor (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 3 i.V.m. Art. 22 SchKG). Daran ändert nichts, dass vorliegend für die Prüfung der Rechtmässigkeit wie gesehen ein Rechtsschutzinteresse bestanden hätte, handelt es sich doch dabei um eine hiervon unabhängig zu prüfende Voraussetzung.

4.6. Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Vorinstanz auf das verspätet gestellte Feststellungsbegehren der Beschwerdegegnerin nicht hätte eintreten dürfen. Die Beschwerde erweist sich damit als begründet."

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 18. Dezember 2018
Geschäfts-Nr.: PS180175