

# GR\_GERICHTE PKG 2011 8

GR Gerichte, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_PKG\\_2011\\_8](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_PKG_2011_8)

## Regeste

Praxis Kantonsgericht |

Regeste: siehe PKG-Dokument \x3Cbr\x3E | java.util.HashMap/1797211028

## Erwägungen

### E. 8

81 b. Die SchKG-Kommentatoren äussern sich nicht zur sachlich funktionellen Zuständigkeit betreffend Erteilung der Aussageermächtigung an Betreibungs- und Konkursbeamte, weil die Frage des Amtsgeheimnisses der Vollstreckungsbeamten nicht durch das SchKG geregelt ist. Massgebend ist daher Art. 8 GVVSchKG. Dieser bestimmt nur die Schweigepflicht und ihren sachlich-persönlichen Anwendungsbereich, hingegen nicht die zuständige Entbindungsbehörde für Vollstreckungsbeamte. Mit dem allgemeinen Vorbehalt der Anwendbarkeit der Verfahrensvorschriften der Zivilprozessordnung (ZPO, BR 320.000) verweist Art. 18 GVVSchKG indessen auf Art. 175 Ziff. 2 ZPO, welcher zur Entbindungszuständigkeit eine Antwort gibt. Zur gleichen Norm gelangt man über das in der Hauptsache anwendbare Verfahrensrecht von Art. 12 Abs. 3 VRG, wonach die Vorschriften der ZPO über den Zeugenbeweis und das Verweigerungsrecht sinngemässe Anwendung finden. Art. 175 Ziff. 2 ZPO spricht von der «zuständigen Behörde». Zuständige Behörde ist in der Regel die vorgesetzte Behörde; es kann auch die mittelbar vorgesetzte Behörde sein (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A. Zürich 1997, N 8a zu §159). Es ist nicht zu übersehen, dass die Vollstreckungsbeamten in Graubünden letztlich zwei Körpern «unterstellt» sind. Es sind dies zum einen die entsprechenden Organe der Gebietskörperschaften Kreis und Bezirk (Wahl, Dienstverhältnis, Besoldung; Art. 1, 5, 6, 10a, 10b GVVSchKG) und zum anderen das Kantonsgericht als einzige kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs (Art. 11 GVVSchKG). Dass die Organisations- und Weisungsbefugnis der Wahlbehörden stark eingeschränkt ist, ergibt sich zunächst aus Art. 5 Abs. 2 GVVSchKG, wonach sie nur insoweit in die Geschäftsführung der Ämter Einsicht nehmen dürfen, als es für die Organisation des Amtes, die Abrechnung über die Kreis und Bezirk anfallenden Gebühren und für die Ermittlung und Festsetzung der Entschädigungen [der Beamten] erforderlich ist. Demgegenüber hat die Aufsichtsbehörde uneingeschränkte Geschäfts- und Organisationsprüfungsbefugnisse (Art.

### E. 12

14 GVVSchKG). Soweit eine aus dem Rechtsanwendungsbereich des Zwangsvollstreckungsrechts erwachsende Überordnung Gegenstand der Betrachtungen ist, hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer die umfassende und exklusive Aufsichtskompetenz über die SchKG-Vollstreckungsbehörden und ihre Personen inne (Art. 13 SchKG, Art. 11 und 12 GVVSchKG). Sie übt von Bundesrechts wegen allein die Disziplinargewalt aus (Art. 14 GVVSchKG), und dies auch über ausseramtliche Konkursverwalter, Sachwalter, Liquidatoren etc. Hinsichtlich der Letztgenannten haben

die Organe der Gebietskörperschaften von vorneherein keinerlei Befugnisse. Allein die Aufsichtsbehörde ist somit allen amtlichen und ausseramtlichen Funktionären vorgesetzt. Es wäre nun aber nicht einzusehen, dass die Ermächtigungszuständigkeit in Bezug auf die beiden genannten Personen-

8 PKG 2011 82 kreise zwischen der Gebietskörperschaft und der Aufsichtsbehörde aufzuteilen wäre. Die Aufsicht der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer beschlägt die Rechtsanwendung im Einzelfall (Art. 17 SchKG, Art. 11 GVVSchKG), aber auch fallunabhängige Administration im Sinne von Justiz-, Verwaltungs- und Organisationsaufsicht (Art. 12, 13 GVVSchKG). Wenn beispielsweise unzweckmässige oder ordnungswidrige Zustände (Art.

### **E. 13**

Abs. 1 GVVSchKG) darauf zurückzuführen sind, dass die Wahlbehörde ungenügende Infrastruktur zur Verfügung stellt (Art. 5 Abs. 1 GVVSchKG), wird die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer den Kreis abmahnen und dafür kann sie sich auf das Bundesrecht und die kantonale Ausführungsgesetzgebung stützen (Art. 13 Abs. 1 SchKG, Art. 12 f. GVVSchKG). Die Organisationsaufsicht des Kantonsgerichts geht so weit, dass es die Zusammenlegung der Führung und Verwaltung von Ämtern autoritativ anordnen kann, wenn die fachliche, ordnungsgemässe oder zweckmässige Führung eines Amtes nicht mehr gewährleistet ist (Art. 1 Abs. 3 GVVSchKG), wie dies jüngst im Falle des Betreibungsamtes Y wegen seiner Handlungsunfähigkeit geschehen ist (Zusammenlegung mit dem Betreibungsamt T, Beschluss der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer vom 14.9.2010, KSK 10 80). Eine solche Zusammenlegung kommt einer Derogation der Vorschrift gleich, wonach jeder politische Kreis einen Betreibungskreis bildet (Art. 1 Abs. 1 GVVSchKG). Sie ist für die betroffenen Gebietskörperschaften verbindlich und insoweit ist das Kantonsgericht auch ihnen übergeordnet. Unter die Justiz- und die Verwaltungsaufsicht fällt klassischerweise die Entbindung vom Amtsgeheimnis, wie es auch die Gerichtsorganisation im Verhältnis des Kantonsgerichts zu den unteren Instanzen auf den Gebieten des Zivil- und Strafrechts vorsieht (Art. 50 Abs. 3 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, BR 173.000; vgl. auch Beschlüsse der Justizaufsichtskammer vom 20.9.2006, AB 06 31 und 1.9.2010, JAK 10 30). Die SchKG-Aufsichtsbehörde bestimmt im Streitfall auch, wann, gegenüber wem und in welchem Ausmass eine bundesrechtliche Auskunftspflicht nach Art. 8a SchKG besteht, was nichts anderes als ein normierter Einbruch in das Prinzip des SchKG-Amtsgeheimnisses darstellt. Wenn der Betreibungsbeamte dieses strapaziert, wäre die Aufsichtsbehörde nicht nur dazu berufen, im konkreten Anwendungsfall das zum Schutz der betroffenen Betreibungsparteien Notwendige anzuordnen, sondern einen fehlbaren Betreibungsbeamten darüber hinaus zu disziplinieren (Art. 14 Abs. 2 SchKG). Die Wahlbehörden haben demgegenüber keinerlei vollstreckungsspezifische Vorgesetztenstellung gegenüber den Vollstreckungsbeamten. Auch aufgrund ihrer sachlichen Nähe zum Vollstreckungsrecht liegt auf der Hand, dass die SchKG-Aufsichtsbehörde eher als die Wahlbehörden dazu berufen ist, die Rechtsgüterabwägung gemäss Art. 175 Ziff. 2 ZPO vorzunehmen. Nach der institutionellen Stellung und dem Sachzusammenhang sind somit nicht die Wahlbehörden der Voll-

PKG 2011 8 83 streckungsbehörden (Kreisrat, Bezirksgericht), sondern die SchKG-Aufsichtsbehörde als «vorgesetzte Behörde» nach Art. 320 Ziff. 2 StGB (vgl. BGE 123 IV 75 E. 1c) und «zuständige Behörde» im Sinne von Art. 175 Ziff. 2 ZPO anzusehen. Entgegen

den Gesuchstellern spielt also keine Rolle, ob die Wahlbehörden beziehungsweise ihre Gebietskörperschaft vor Verwaltungsgericht Parteien sind und in Bezug auf die Ermächtigung zur Zeugen- aussage wegen Interessenkollision sozusagen in den Ausstand zu treten hätten. Sie sind von vorneherein nicht zuständig, sondern direkt und allein die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Kantonsgerichts als Aufsichts- behörde über die Vollstreckungsämter und -beamten. c. Aus den Akten ergibt sich, dass der Gesuchsteller 1 Amtsleiter des Betreibungsamtes Y und des Konkursamtes Z war; bekannt ist auch, dass die Gesuchstellerin 2 Verwaltungsangestellte des Betreibungsamtes Y war. Die Gesuchsteller stellen das Gesuch nicht für sich selbst – worauf zurückzu- kommen ist –, sondern für ZA, ZB und ZC. Diese hätten «in ihrer Tätigkeit für das Kreisamt Y beziehungsweise für das Konkursamt Z» einschlägige Wahrnehmungen gemacht. Es wird nicht im Einzelnen dargelegt, welche dieser Personen für welche Behörde tätig ist oder zu welcher Zeit tätig war. Ob es sich bei der Sachverhaltsbehauptung, ZA, ZB und/oder ZC seien für das «Kreisamt» Y tätig oder tätig gewesen, um einen Verschrieb handelt, ist nicht klar. Die Gesuchsteller sind jedenfalls darauf hinzuweisen, dass das Kreisamt, mithin die administrative Organisationseinheit des Kreispräsi- denten in seiner Stellung als politische Behörde, Verwaltungsbehörde, Straf- richter (Art. 42, 49 StPO), Zivilrichter und Vermittler (Art. 2 ZPO, Art. 9 EGZGB) nicht das Betreibungsamt ist. Diese beiden Körper sind strikt aus- einanderzuhalten. Insoweit eine Aussageermächtigung von Verwaltungsan- gestellten des Kreispräsidenten beantragt wird, ist darauf nicht einzutreten. Dafür wäre nicht die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer, sondern die Justizaufsichtskammer zuständig (Art. 53 ff. GOG, Art. 5 lit. c KGV). Auf eine Überweisung des Gesuchs an die Justizaufsichtskammer kann verzich- tet werden, da in verschiedener Hinsicht die Voraussetzungen für seine Be- handlung fehlen. Ein Rechtsverlust droht dadurch nicht, können doch die Aktivlegitimierten selbst – aktuelles Rechtsschutzinteresse vorausgesetzt –, ohne an eine Frist gebunden zu sein, das Gesuch stets noch bei der Jus- tizaufsichtskammer einreichen. d. Infolge der Wirrungen um das Betreibungsamt Y, welche in der Zusammenlegung der Betreibungsämter Y und F gipfelten, weiss die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer aus eigener Anschauung, dass ZA derzeit Verwaltungsangestellte des Betreibungsamtes Y ist; sie ist die Ein- zige. Im Ermächtigungsverfahren ist es Sache des Gesuchstellers darzule- gen, dass die Voraussetzungen für eine Aussageermächtigung gegeben sind. Das Gesuch hat ausser dem Begehren um Einwilligung auch eine Darlegung

8 PKG 2011 84 der tatsächlichen Verhältnisse zu enthalten, um der vorgesetzten Behörde eine Grundlage für ihre Entscheidungsfindung zu geben (BGE 123 IV 75 E. 2b). Insoweit ZB und ZC betreffend genaue Angaben zu Behörde, Amtszeit und Funktion fehlen, mangelt es daher auch an der erforderlichen Substantiie- rung des Gesuchs. 3. Das Gesuch ist hier nicht von den zu entbindenden Amtsgeheim- nisträgern, sondern von Parteien eines Hauptverfahrens gestellt, in wel- chem sie Amtsgeheimnisträger als Zeugen aufrufen wollen. Es stellt sich die Frage, ob die Parteien, in deren Interesse ausgesagt werden soll, zur Stellung eines Entbindungsgesuchs bei der vorgesetzten Behörde der Zeugen legiti- miert sind. a. Vom Aspekt des Straf- und Disziplinarrechts ausgehend, liegt es in der alleinigen Eigenverantwortung der Geheimnisträger, das straf- und spezialgesetzliche Amtsgeheimnis zu wahren. Es ist daher grundsätzlich Sa- che der Beamten zu entscheiden, ob sie mit oder ohne Ermächtigung aussa- gen. Der Zivilrichter kann auch eine in Verletzung des Amtsgeheimnisses gemachte Aussage verwerten (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 8 zu §159). Es ist die eigene Angelegenheit der Geheimnisträger, sich darum zu

kümmern, dass sie sich nicht wegen Amtsgeheimnisverletzung strafbar machen. Damit die Geheimnisträger das Amtsgeheimnis sanktionslos offenbaren dürfen – sei es, dass sie es selbst wünschen, sei es, dass man es von irgendwelcher dritter Seite von ihnen verlange – muss es konsequenterweise auch ihnen selbst obliegen, bei ihrer vorgesetzten Behörde eine Aussageermächtigung einzuholen (Kommentar StGB, Donatsch/Flachsmann/Hug/Maurer/Riesen-Kupper/Weder, 2010, N 20 zu Art. 320 StGB; BGE 123 IV 75 E. 2b, mit weiteren Hinweisen). Dies gilt ebenso im Anwendungsbereich des Berufsgeheimnisses, spricht doch Art. 312 Ziff. 2 StGB vom «Gesuch des Täters» (vgl. auch Kommentar StGB, Donatsch/Flachsmann/Hug/Maurer/Riesen-Kupper/Weder, a.a.O., N 17 zu Art. 321 StGB). Die Frage, ob die an der Offenbarung interessierte Partei einen Anspruch auf Aussage habe, ändert daran nichts (BGE 123 IV 75 E. 2c). b.aa. Vorliegend soll die Ermächtigung zur Aussage in einem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht erteilt werden. Gemäss der allgemeinen Verfahrensbestimmung von Art. 12 VRG, welche auch für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht gilt, dienen der Behörde neben dem Wissen ihrer Mitglieder als Beweismittel insbesondere amtliche Akten, Urkunden, Amtsberichte, Befragung und Mitteilungen von Beteiligten und Auskunftspersonen, Augenscheine und Sachverständigengutachten (Abs. 1). Reichen diese Beweismittel zur Abklärung des Sachverhalts nicht aus, können Behörden von Amtes wegen oder auf Antrag hin Zeugen einvernehmen (Abs. 2), wobei die Vorschriften der Zivilprozessordnung über den Zeugenbeweis und das Verweigerungsrecht sinngemäss Anwendung finden (Abs. 3).  
Aufgrund

PKG 2011 8 85 der Verweisung gemäss Abs. 3 ist für die Frage des Verfahrens betreffend Entbindung vom Amtsgeheimnis Art. 175 Ziff. 2 ZPO einschlägig. Danach besteht ein Zeugnisverweigerungsrecht für Aussagen über Amtsgeheimnisse, solange die zuständige Behörde den Zeugen nicht zur Aussage ermächtigt hat. Der Zeuge hat den entsprechenden Entscheid einzuholen; das Gesuch kann auch vom Richter gestellt werden. Die zuständige Behörde wägt das öffentliche Interesse und jenes privater Beteiligter an der Geheimhaltung gegen das Interesse an der Wahrheitsfindung im Prozess ab. Auch Art. 175 Ziff. 2 ZPO geht also davon aus, dass es primär dem zu ermächtigenden Amtsgeheimnisträger obliegt, den entsprechenden Entscheid seiner Aufsichtsbehörde einzuholen (mit gleicher Lösung: §159 Ziff. 2 ZPO Zürich, Art. 170 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO Appenzell Ausserrhoden, Art. 132 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO Schwyz, Art. 186 Abs. 1 lit. b ZPO Wallis; andere Prozessordnungen sehen vor, dass es primär (§210 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO Thurgau) oder ausschliesslich (Art. 149 Ziff. c ZPO Uri) dem Richter des Hauptverfahrens obliegt, die Aussageermächtigung für den Zeugen einzuholen). Im Grunde deutet schon der mehrheitlich verwendete Begriff «Ermächtigung» darauf hin, dass die Erteilung einer solchen Erlaubnis in aller Regel auf einem Gesuch der direkt betroffenen Amtspersonen/Geheimnisträger beruht. bb. Wenn es unter Strafe stehende Pflicht ist, das Amtsgeheimnis zu wahren, ist es das prozessuale Individualrecht des Geheimnisträgers, die Aussage zu verweigern. Das Amtsgeheimnis führt zu einem Aussageverweigerungsrecht des Zeugen (Kommentar StGB, Donatsch/Flachsmann/Hug/Maurer/Riesen-Kupper/Weder, a.a.O., N 14 zu Art. 320 StGB). Im Unterschied zu Verweigerungsrechten, die auf anderen Gründen beruhen und auf die sich Zeugen im eigenen Interesse zur Vermeidung von Loyalitätskonflikten absolut berufen können (beispielsweise Verwandtschaft, Ehe, etc.), ist das auf dem Amtsgeheimnis beruhende Verweigerungsrecht relativer Natur (Art. 175 Ziff. 2 ZPO: solange die zuständige Behörde den Zeugen nicht zur Aussage ermächtigt hat; Walder-Richli/Grob-Andermacher, Zivilprozessrecht, 5. A. Zürich 2009, §29 Rz 48;

Hasenböhler, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Zürich 2010, Art. 166 N 37). Mit dem Amtsgeheimnis wird nicht der Geheimnisträger, sondern das Amt als Geheimnisherr sowie andere Privatinteressen (Teilnehmer an Verfahren vor dem Amt) geschützt. Mit dem Verzicht auf den Schutz entfällt das Verweigerungsrecht des Zeugen (Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A. Aarau 1998, N 19 zu § 223). Die Abwägung der drei beteiligten Interessen gemäss Art. 175 Ziff. 2 ZPO wird von der vorgesetzten Behörde objektiv und mit Verbindlichkeit für den Geheimnisträger vorgenommen; sein diesbezüglicher Wille ist irrelevant. Ist das Aussagehindernis (Amtsgeheimnis) einmal beseitigt, muss demzufolge die ermächtigte Amtsperson – vorbehalten weiterer Verweigerungsgründe, wie

8 PKG 2011 86 zum Beispiel Selbstbelastung – auch dann aussagen, wenn sie nicht will (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 8 f. zu §159, welcher praktisch im Wortlaut identisch mit Art. 175 Ziff. 2 ZPO GR ist; Art. 166 Abs. 1 lit. c der Schweizerischen Zivilprozessordnung). Zivilprozessual besteht Zeugnispflicht für jedermann (Art. 173 Abs. 1 ZPO), womit davon auszugehen ist, dass es auch nicht in das freie Belieben eines Amtsgeheimnisträgers gestellt sein kann, bei seiner vorgesetzten Behörde eine Aussageermächtigung einzuholen oder nicht. Er muss letztlich mit den üblichen prozessualen Mitteln zur Aussage verhalten werden können. Darin dürfte der Grund liegen, dass die ZPO weiter vorsieht, dass das Gesuch auch vom Richter – anstelle eines renitenten Zeugen etwa – gestellt werden kann, wobei der Richter des Hauptverfahrens an den Entscheid der Ermächtigungsbehörde gebunden ist (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 20 zu §223, unter Hinweis auf BGE 87 IV 138 E. 5). Mit anderen Worten kann die Ermächtigung nicht nur vom betroffenen Geheimnisträger, sondern im Interesse an der Rechtsfindung auch über den Kopf des potenziellen Zeugen hinweg von anderer Seite beantragt werden. cc. In der bündnerischen Rechtsordnung findet man allerdings nirgends, dass jene Partei, welche den Zeugen offeriert, befugt wäre, selbst die Ermächtigung direkt bei der Entbindungsbehörde zu beantragen. Neben dem betroffenen Geheimnisträger ist die Kompetenz, ein Ermächtigungsgesuch zu stellen, auf den Richter des Hauptverfahrens beschränkt. Dies macht insofern Sinn, als letztlich nicht die Parteien des Hauptverfahrens, sondern die Prozessleitung des Hauptverfahrens bestimmt, welche Beweise dort abgenommen werden (Beweisauflage- und -abnahmebeschluss) und es diesem Richter obliegt, die zugelassenen Beweise abzunehmen. In Bezug auf Dritte, die zur Beweismitwirkung verpflichtet sind, liegt es sodann allgemein an ihm, diese Verpflichtungen durchzusetzen (Vorladung, Editionsanordnung, Fristansetzung, Androhung von Säumnisfolgen, polizeiliche Vorführung, Bussen etc.). Dazu gehört auch die Einholung der Aussageermächtigung, dies jedenfalls dann, wenn der Zeuge nicht aus eigenem Antrieb tätig wird. Der Anknüpfungspunkt für Einleitung und Beteiligung am Ermächtigungsverfahren ist also die aus Sicht des Hauptverfahrens manifeste Aussagepflicht des Geheimnisträgers und nicht ein Rechtsanspruch der Partei auf Aussage eines Beamten als Zeuge. Die Partei des Hauptverfahrens ist jedenfalls aus dem Spiel. Sie kann kein Ermächtigungsgesuch stellen. Die meisten Verfahrensordnungen ziehen keine andere Möglichkeit in Betracht, als den Geheimnisträger selbst oder den Richter des Hauptverfahrens das Gesuch im Ermächtigungsverfahren stellen zu lassen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 8 zu §159; Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, N 3 zu Art. 132; anders §164 Abs. 1 lit. c ZPO Luzern, wonach der entsprechende Entscheid durch die Partei, die den Zeugen angerufen hat, oder den Richter einzuholen ist).

PKG 2011 8 87 Soweit ersichtlich, gilt neben der ZPO auch auf den übrigen Gebieten von Justiz und Verwaltung in Graubünden der gleiche Ansatz; jedenfalls sagen die einschlägigen Rechtssätze nichts anderes (Art. 50 PG, Art. 60 der Personalverordnung (PV, BR 170.410), Art. 5 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG, BR 170.300), Art. 36 ff. des Gesetzes über den Grossen Rat (Grossratsgesetz, GRG, BR 170.100), Art. 50 GOG; Art 6 f. des Anwaltsgesetzes (BR 310.100)). Es gebietet somit an der Notwendigkeit und insofern an einem legitimen Interesse der Parteien des Hauptverfahrens, selbst bei der vorgesetzten Behörde eines zur Beweismitwirkung verpflichteten Amtsträgers die Aussageermächtigung einzuholen. Auf das Gesuch von G1 und G2 ist mangels Aktivlegitimation nicht einzutreten. KSK 10 99 Beschluss vom 30. November 2010

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.