

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS190085-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 6. August 2019

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch BLaw B._____,

gegen

C.____ GmbH,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Nichtbekanntgabe einer Betreibung nach Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG
(Beschwerde über das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon)

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 6. Mai 2019
(CB190008)

Erwägungen:

1.

1.1. Die C._____ GmbH (nachfolgend Gläubigerin) betreibt A._____ (Schuldnerin) über Fr. 1'014.35 nebst Zins zu 5 % seit dem 31. März 2018 (Betreibung Nr. ...). In dieser Betreuung wurde am 19. Juni 2018 der Zahlungsbefehl erlassen, gegen welchen die Schuldnerin Rechtsvorschlag erhob (act. 14/1 und act. 16). Am 21. September 2018 stellte die Gläubigerin beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen ein Gesuch um Rechtsöffnung (act. 4/1), auf welches mit Verfügung vom 27. Dezember 2018 nicht eingetreten wurde (act. 4/24). Mit Schreiben vom 24. Januar 2019 gelangte die Schuldnerin an das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon und ersuchte um Nichtbekanntgabe der Betreuung Nr. ... an Dritte gemäss Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG (act. 8/3). Das Betreibungsamt wies dieses Gesuch mit Verfügung vom 29. Januar 2019 ab. Als Begründung wurde angeführt, dass die Nichtmitteilung gemäss Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG auf Grund des eingeleiteten Rechtsöffnungsverfahrens nicht erfolge, wobei der Ausgang des Rechtsöffnungsverfahrens für die Beurteilung des Gesuchs nicht relevant sei (act. 8/1).

1.2. In der Folge erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 31. Januar 2019 beim Bezirksgericht Meilen als untere kantonale Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter Beschwerde und verlangte die Aufhebung dieser Verfügung sowie die Anweisung an das Betreibungsamt, Dritten von der Betreuung Nr. ... keinerlei Kenntnis zu geben, eventualiter die Anweisung an das Betreibungsamt, das Gesuchsverfahren von Neuem durchzuführen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Staates (act. 1). Mit Urteil vom 6. Mai 2019 wies das Bezirksgericht Meilen die Beschwerde ab (act. 19 = act. 22).

1.3. Hiegegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 16. Mai 2019 Beschwerde bei der Kammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs (act. 23). Sie hält darin an ihren bei der Vorinstanz gestellten Anträgen fest. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-20). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Das Verfahren der Aufsichtsbeschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a Abs. 2 SchKG. Soweit Art. 20a Abs. 2 SchKG keine Bestimmungen enthält, regeln die Kantone das Verfahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG; BSK SchKG I-COMETTA/MÖCKLI, 2. Aufl. 2010, Art. 20a N 38). Im Kanton Zürich richtet sich das Beschwerdeverfahren gemäss § 18 EG SchKG nach § 83 f. GOG. Dabei ist der Sachverhalt von Amtes wegen zu untersuchen und es sind die Bestimmungen der ZPO sinngemäss anwendbar (§ 83 Abs. 3 GOG). Für den Weiterzug an das Obergericht gelten insbesondere die Bestimmungen über die Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO (§ 84 GOG).

2.2. Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO, vgl. OGer ZH PS110019 vom 21. Februar 2011, E. 3.4; OGer ZH PS180175 vom 18. Dezember 2018, E. 4.3.4; BGer 5A_605/2011 vom 8. November 2011, E. 3.2).

2.3. Die Beschwerde vom 16. Mai 2019 (Datum Poststempel) wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Beschwerde legitimiert. Es ist insoweit auf die Beschwerde einzutreten.

3.

3.1. Die Vorinstanz schützte im angefochtenen Urteil den Entscheid des Betreibungsamtes und hielt fest, dass sich die Schuldnerin auf Grund des von der Gläubigerin eingeleiteten Rechtsöffnungsverfahrens nicht auf Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG berufen könne, weil diese Bestimmung nach ihrem Wortlaut nur auf jene Fälle anwendbar sei, in welchen der Gläubiger *kein* Verfahren zur Beseiti-

gung des Rechtsvorschlages eingeleitet habe. Im Einzelnen erwog die Vorinstanz, Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG weise einen klaren Wortlaut auf und es bestünden keine triftigen Gründe dafür, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergeben würde. Im Gegenteil zeige die Entstehungsgeschichte dieses Artikels, dass der Gesetzgeber Wert darauf gelegt habe, ein möglichst einfaches und schematisches Kriterium für den Entscheid des Betreibungsamtes über die Nichtbekanntgabe der Betreuung an Dritte einzuführen, ohne dass der Bestand oder die Rechtmässigkeit der Forderung durch das Betreibungsamt überprüft werden müsse. Indem der Gesetzgeber die Nichtbekanntgabe an die *Einleitung* eines Verfahrens zur Beseitigung des Rechtsvorschlages geknüpft habe, habe er auf die Ernsthaftigkeit der Betreuung abgestellt. Diese sei daran zu messen, ob der Gläubiger zur Beseitigung ein Verfahren anstrengt und/oder die Betreuung fortsetze (act. 22 S. 7 ff.). Sodann sei im Gesetz keine Rede davon, dass der Gläubiger im Verfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlages obsiegen müsse. Somit habe der Gesetzgeber die bestehende Rechtslage, wonach das Unterliegen des Gläubigers im Rechtsöffnungsverfahren keine Auswirkung auf das Erscheinen der Betreuung im Registerauszug habe, nicht ändern und die Bekanntgabe der Betreuung nicht mit dem Schicksal des Verfahrens zur Beseitigung des Rechtsvorschlages verknüpfen wollen (act. 22 S. 12 f.). Es bestehe kein Redaktionsversehen bzw. keine echte Lücke, die vom Gericht gefüllt werden könnte. Das wäre dann der Fall, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen habe, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden könne. Die Regelung von Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG könne zwar im Einzelfall zu einem unbefriedigendem Ergebnis führen, diese unechte Lücke könne aber nicht auf dem Weg der Auslegung geschlossen werden. Es sei Sache des Gesetzgebers, die Rechtslage zu korrigieren, falls ihm dies notwendig erscheine (act. 22 S. 13 f.).

Im Weiteren beanstandete die Vorinstanz auch das Vorgehen des Betreibungsamtes nicht. Sie erwog, dass das Gesetz zwar eine Fristansetzung an den Gläubiger für den Nachweis der Einleitung eines Verfahrens zur Beseitigung des Rechtsvorschlages vorsehe, weil darüber die Gerichte entscheiden würden, das

Betreibungsamt folglich keine Kenntnis von anhängig gemachten Verfahren erhalte und auf die Mitteilung durch Dritte angewiesen sei. Entscheidend sei letztlich aber einzig, ob ein Verfahren eingeleitet worden sei, nicht aber, auf welche Weise das Betreibungsamt davon Kenntnis erhalte. Da die Beschwerdeführerin einen solchen Nachweis bereits selber eingereicht habe, habe sich die Fristansetzung an den Gläubiger erübrigt (act. 22 S. 15 f.).

3.2. Die Beschwerdeführerin rügt mit der Beschwerde im Wesentlichen, die Vorinstanz habe zu sehr auf den Wortlaut abgestellt und sich bemüht, unter Verwendung von Materialstellen eine historische Auslegung anzustrengen, dabei aber die teleologischen Argumente vernachlässigt. Alle Beratungen im Bundesparlament hätten darauf fokussiert, Möglichkeiten zu schaffen, um ausserhalb der Klageverfahrens die Nichtmitteilung erwirken zu können. Die Legislative habe die Nichtmitteilung klarerweise extensiv handhaben wollen und mithin gar bewusst in Kauf genommen, dass teils auch gerechtfertigte Betreibungen im Einzelfall Dritten nicht bekanntgegeben würden (act. 23 S. 4). Bereits vor Inkraftsetzung von Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG sei eine Betreibung nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gestützt auf Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG bei einer rechtskräftig gutgeheissener Abkennungsklage/negativen Feststellungsklage oder einer abgewiesenen Anerkennungsklage nicht mitgeteilt worden. Die Materialien würden nicht zum Ausdruck bringen, dass ein Unterschied zwischen diesen materiellrechtlichen Forderungsstreitigkeiten und rein betreibungsrechtlichen Streitigkeiten beabsichtigt worden sei. Die Differenzierung sei vollständig unterlassen worden, wobei sich kein qualifiziertes Schweigen annehmen lasse. Der Gesetzgeber habe das Gesuchsverfahren nach lit. d auch in Fällen rechtskräftig verweigerter Rechtsöffnungen zur Verfügung stellen wollen. Deshalb sei gestützt auf die ratio legis von einem Redaktionsversehen auszugehen (act. 23 S. 4 f.).

Im Weiteren hält die Beschwerdeführerin im Eventualstandpunkt der vorinstanzlichen Begründung entgegen, dass mit Blick auf den klaren Wortlaut und einer systematischen Auslegung der Gesetzgeber es ins Belieben des Gläubigers gestellt habe, ob er den Nachweis für eine Verfahrenseinleitung einreichen wolle, weshalb bei Verzicht des Gläubigers einem Nichtmitteilungsgesuch gleichwohl zu entspre-

chen sei, auch wenn ein Verfahren eingeleitet worden sei. Deshalb sei das Verfahren an das Betreibungsamt zurückzuweisen, um es unter Fristansetzung an die Gläubigerin erneut korrekt durchzuführen (act. 23 S. 5 f.).

4.

4.1. Es geht um die Tragweite von Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG. Gemäss dieser Bestimmung geben Ämter Dritten von einer Betreibung keine Kenntnis, wenn der Schuldner nach Ablauf einer Frist von drei Monaten seit der Zustellung des Zahlungsbefehls ein entsprechendes Gesuch gestellt hat, sofern der Gläubiger nach Ablauf einer vom Betreibungsamt angesetzten Frist von 20 Tagen den Nachweis nicht erbringt, dass rechtzeitig ein Verfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlages (Art. 79-84) eingeleitet wurde; wird dieser Nachweis nachträglich erbracht oder wird die Betreibung fortgesetzt, wird sie Dritten wieder zur Kenntnis gebracht. Der vorliegende Fall, dass ein eingeleitetes Verfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlages (zu Ungunsten des Gläubigers) bereits wieder abgeschlossen wurde, wird im genannten Artikel nicht ausdrücklich erwähnt.

4.2. Eine Lücke im Gesetz besteht, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend - im negativen Sinn - mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung. Eine Gesetzeslücke, die vom Gericht zu füllen ist, liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dann vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann. Ist ein lückenhaftes Gesetz zu ergänzen, gelten als Massstab die dem Gesetz selbst zugrunde liegenden Zielsetzungen und Werte. Lücken können oftmals auf dem Weg der Analogie geschlossen werden (BGE 141 IV 298 E. 1.3.1).

Ob eine durch das Gericht zu füllende Lücke oder ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Dabei muss das Gesetz in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach seinem Wortlaut, Sinn

und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an den Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es ab, die einzelnen Auslegungselemente hierarchisch zu ordnen (anstatt vieler: BGE 141 II 262 E. 4.1 m.w.H.).

Nach den üblichen Regeln der Gesetzesauslegung ist eine Bestimmung in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich von Sinn und Zweck sowie der dem Text zugrunde liegenden Wertung. Wichtig ist auch der Sinn, der einer Norm im gesetzlichen Kontext zukommt. Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, u.a. dann, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben (BGE 141 V 674 E. 2.2 m.w.H.). Die Gesetzesmaterialien sind nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel dazu, den Sinn der Norm zu erkennen. Bei der Auslegung neuerer Bestimmungen kommt den Materialien eine besondere Bedeutung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger rasch nahelegen (BGE 141 II 262 E. 4.2).

4.3. Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG ist am 1. Januar 2019 in Kraft getreten. Wegen der kurzen Zeitspanne seit Beschluss der Änderung (16. Dezember 2016) und der Inkraftsetzung dieser Bestimmung folgt nach dem Gesagten, dass den Materialien nicht nur eine Bedeutung im historischen Kontext zukommt, sondern ebendiese insbesondere massgebliche Hinweise für den wahren Sinn und Zweck der Bestimmung liefern, zumal heute weder von veränderten Umständen noch einem

gewandelten Rechtsverständnis auszugehen ist. Das behauptet die Beschwerdeführerin auch nicht. Vor diesem Hintergrund hat sich die Vorinstanz zu Recht eingehend mit den Materialien auseinandergesetzt.

4.3.1. Ausgangspunkt der Regelung des Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG war eine parlamentarische Initiative vom 11. Dezember 2009 (Parlamentarische Initiative Nr. 09.530) mit dem Ziel, das SchKG dahingehend zu ändern, dass ungerechtfertigte Beteiligungen rasch und einfach aus dem Register gelöscht werden können. Hintergrund der Initiative war, dass nach der damaligen gesetzlichen Regelung bei der Löschung eines ungerechtfertigten Beteiligungsverfahrens Personen, die das Nichtbestehen einer Schuld feststellen lassen mussten, erhebliche finanzielle Nachteile erwuchsen. Als Lösung wurde beispielsweise vorgeschlagen, dass die durch eine Beteiligung gesicherte Forderung vor Ablauf einer bestimmten Frist gerichtlich geltend gemacht werden müsse, andernfalls die Beteiligung hinfällig werde und der Zahlungsbefehl gelöscht und aufgehoben werde.

4.3.2. Wie die Vorinstanz bereits zutreffend festhielt, zielte die Lösung im dazu erarbeiteten Entwurf der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 19. Februar 2015 (BBI 2015 S. 3209 ff.) im Kernpunkt mit einem Artikel 8b E-SchKG auf die Schaffung einer Möglichkeit, den Bestand der Forderung keiner materiellen Prüfung zu unterziehen, sondern nur einen Entscheid über die Bekanntgabe der Beteiligung an Dritte herbeizuführen, der auf einer *Überprüfung einfacher formaler Kriterien* beruht, sodass das betreffende Verfahren vor dem Beteiligungsamt durchgeführt werden kann. Das Verfahren sollte ausserdem *rasch, einfach und kostengünstig* sein. Konkret sollte die Beteiligung weiterhin mitgeteilt werden, (1) wenn seit der Anhebung der Beteiligung oder in den sechs Monaten zuvor vor dem gleichen Beteiligungsamt Beteiligungen von mindestens zwei weiteren Gläubigern eingeleitet worden sind, (2) wenn in den vergangenen zwölf Monaten vor dem gleichen Beteiligungsamt eine Beteiligung fortgesetzt wurde, oder (3) wenn in den vergangenen zwölf Monaten eine in Beteiligung gesetzte Forderung durch Zahlung an das Beteiligungsamt beglichen wurde und der Gläubiger die Beteiligung in der Folge nicht zurückgezogen hat.

4.3.3. Der Bundesrat erachtete in seiner Stellungnahme vom 1. Juli 2015 (BBl 2015 S. 5785 ff.) diesen Lösungsansatz zwar als sinnvoll, befand das vorgeschlagene System allerdings als relativ kompliziert und als mit einem gewissen Mehraufwand für die Ämter verbunden. Zudem wies der Bundesrat darauf hin, dass so nicht nur ungerechtfertigte Betreibungen aus dem Registerauszug getilgt werden können, sondern auch gerechtfertigte, was dazu führen könnte, dass die Ausskraft des Registerauszuges geschwächt würde. Deshalb schlug der Bundesrat ein alternative Lösungsmöglichkeit vor, wonach Betreibungen, gegen die die betriebene Person Rechtsvorschlag erhoben hat, auf Antrag der betriebenen Person nicht mehr im Auszug erscheinen, wenn die betreibende Person eine bestimmte Frist seit der Zustellung des Zahlungsbefehls unbenutzt hat verstreichen lassen. Im Ergebnis hätte dies zur Folge, dass eine Betreibung dann, wenn die betreibende Person untätig bliebe, nach Ablauf dieser Frist aus der Betreibungsauskunft entfernt werden könnte. Dabei teilt der Bundesrat die Auffassung, dass ein möglichst schematisches Verfahren eingeführt werden sollte. Schliesslich grenzt der Bundesrat seinen Vorschlag aber klar von dem in der Literatur bereits im Jahr 1999 erhobenen (PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 1999, Art. 85a N 19 f.) und von diversen Vernehmlassungsteilnehmern wieder aufgegriffenen Vorschlag ab, dass die betriebene Person beim zuständigen Betreibungsamt verlangen kann, dass dieses der betreibenden Person eine Frist von zehn Tagen ansetzt, um Klage auf Anerkennung der Schuld zu erheben oder Rechtsöffnung zu verlangen. Geschieht dies nicht, sollte die Betreibung als zurückgezogen gelten und nicht mehr im Auszug erscheinen.

Diese Überlegungen des Bundesrates führten letztlich zur Ausarbeitung des heutigen Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG (RODRIGO RODRIGUEZ/PATRIK GUBLER, Die Abwehr von Betreibungsregistereinträgen ab dem 1. Januar 2019, ZBJV 155/2019 S. 12 ff., S. 19 mit Hinweis auf Votum Kommissionssprecher Robert Cramer, AB SR 2016, S. 762; vgl. Debatte im Nationalrat vom 21.9.2015, AB 2015 N 1690 ff., Debatte im Ständerat vom 22.9.2016, AB 2016 S. 759 ff., und Debatte im Nationalrat vom 05.12.2016, AB 2016 N 2021 f.).

4.4. Vor diesem Hintergrund erhellt, dass nach der Entstehungsgeschichte und dem Sinn und Zweck der Bestimmung nur diejenigen Betreibungen nicht mitzuteilen sind, in welchen der Gläubiger untätig geblieben ist. Der Gesetzgeber beabsichtigte zum Schutz der Aussagekraft des Betreibungsregisters gerade keine Ausdehnung der Nichtmitteilung auf abgeschlossene Rechtsöffnungsverfahren, die zu Gunsten des Schuldners ausgefallen sind, bzw. die Verknüpfung mit einer Pflicht des Gläubigers zum Obsiegen. Richtig ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zwar, dass keine Mitteilung (mehr) erfolgt nach Verfahren, welche zur Aufhebung der Betreibung führten (Art. 85 und Art. 85a SchKG), oder wenn ein Urteil unmissverständlich ergibt, dass die Betreibung bei ihrer Einleitung ungerechtfertigt gewesen und "festgestelltermassen zu Unrecht" erfolgt ist, wie beispielsweise nach einer abgewiesenen Anerkennungsklage (Art. 79 SchKG), einer erfolgreichen Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG) oder einer abgewiesenen Arrestprosequierungsklage nach Art. 279 Abs. 1 SchKG (Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG; BGE 125 III 334 E. 3; vgl. BSK SchKG I-PETER, 2. Aufl. 2010, Art. 8a N 19 m.H. und N 21 f.). Die Beschwerdeführerin argumentiert nun, dass der Gesetzgeber mit dem eingeführten Artikel betreibungsrechtliche und materiellrechtliche Verfahren nicht unterschiedlich behandeln wollte: dass auch das provisorische oder definitive Rechtsöffnungsverfahren gleich der Rechtslage bei den soeben genannten Verfahren wirken solle - es dürfe daher keine Mitteilung mehr erfolgen, wenn (wie hier) ein Rechtsöffnungsverfahren nicht erfolgreich war. Das geht aus den Materialien entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin allerdings nicht hervor. Insbesondere die Ratsdebatten geben hierfür keine Anhaltspunkte. Im Gegenteil, wurde eine Gleichbehandlung nie thematisiert. Dieser Umstand ist nicht für, sondern gegen die Absicht einer Rechtsänderung zu werten. Ferner würde die Auffassung der Beschwerdeführerin dazu führen, dass eine Betreibung nur dann Dritten mitgeteilt wird, wenn ein Verfahren gerade pendent ist bzw. innerhalb der im Gesetz genannten, dem Gläubiger anzusetzenden Frist eingeleitet wird. Das würde letztlich zu einer Art Prosequierungspflicht des Gläubigers führen. Gerade davon hat sich der Bundesrat in seinem Bericht aber klar distanziert. Wie bereits ausgeführt, bildete dieser Bericht die massgebliche Grundlage für die heute geltende Gesetzesbestimmung.

4.5. Gestützt auf diese Erwägungen ist mit der Vorinstanz festzustellen, dass auch die Auslegung keine Zweifel am an sich klaren Wortlaut von Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG weckt. Einem Gesuch um Nichtmitteilung einer Betreibung an Dritte wird nur dann stattgegeben, wenn der Gläubiger *kein* Verfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlages eingeleitet hat. Der vorliegende Fall, dass auf ein Rechtsöffnungsgesuch nicht eingetreten worden ist, fällt nicht darunter. Dabei handelt es sich um ein qualifiziertes Schweigen und nicht um eine Lücke, die durch richterliche Auslegung zu füllen wäre. Demnach sind die Voraussetzungen für die Gutheissung des Gesuchs der Beschwerdeführerin um Nichtmitteilung der Betreibung an Dritte gemäss Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG nicht gegeben, weshalb das Betreibungsamt das Gesuch zu Recht abgewiesen hat. Die Beschwerde ist im Hauptantrag abzuweisen.

4.6. Schliesslich bleibt der Eventualantrag der Beschwerdeführerin zu beurteilen. Im Zusammenhang mit dem Verfahren vor dem Betreibungsamt ist der Beschwerdeführerin insofern zuzustimmen, dass nach dem Wortlaut von Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG eine Betreibung nur dann auf Gesuch hin Dritten nicht mitgeteilt wird, wenn der Gläubiger den Nachweis der Verfahrenseinleitung nicht erbringt. Wie die Vorinstanz bereits zutreffend festgestellt hat, lässt sich der Weisung der Dienststelle Oberaufsicht für Schuldbetreibung und Konkurs Nr. 5 (neuer Art. 8a Abs. 3 Bst. d SchKG) des Bundesamtes für Justiz vom 18. Oktober 2018 allerdings entnehmen, dass das Amt ein Gesuch direkt, ohne Fristansetzung an den Gläubiger abzulehnen hat, wenn es im Eingangszeitpunkt des Gesuchs bereits Kenntnis von der Einleitung eines Verfahrens um Beseitigung des Rechtsvorschlages hat. Das überzeugt vor dem Hintergrund, dass die Verfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlages gerichtlicher Art sind, die Betreibungsämter in der Regel keine Kenntnis davon haben und (nur) deshalb auf die Mitteilung eines Dritten angewiesen sind. Da es sich aber lediglich um eine Weisung handelt, kann zur Ermittlung des gesetzgeberischen Willens nicht unbesehen darauf abgestellt werden. Immerhin stellt der Inhalt der Weisung aber ein starkes Indiz dafür dar, zumal die Oberaufsicht gegenüber den kantonalen Aufsichtsbehörden zur korrekten und einheitlichen Anwendung des SchKG weisungsberechtigt ist (Art. 1 lit. a OAV-SchKG). Wie es sich im Ergebnis zu verhalten hat, kann hier indes of-

fen bleiben. Denn die Aufhebung einer fehlerhaften Verfügung durch Beschwerde muss einen aktuellen, praktischen Verfahrenszweck erfüllen. Ein solcher fehlt beispielsweise, wenn die Beschwerde bloss die Feststellung einer Gesetzesverletzung anstrebt (vgl. BSK SchKG I-COMETTA/MÖCKLI, 2. Aufl. 2010, Art. 17 N 7; FRANCO LORANDI, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Basel/Genf/München 2000, Art. 17 N 5 und N 174). Unabhängig von einer allfälligen Stellungnahme der Gläubigerin wäre das Gesuch der Beschwerdeführerin wie gezeigt gestützt auf die Kenntnis des eingeleiteten Rechtsöffnungsverfahrens ohnehin abzuweisen. Aus diesem Grund fehlt es der Beschwerdeführerin vorliegend am aktuellen praktischen Verfahrenszweck bzw. am Rechtsschutzinteresse an der Wiederholung des betreibungsamtlichen Verfahrens zur Fristansetzung an die Gläubigerin, weshalb auf das Eventualbegehren nicht einzutreten ist.

5. Das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen ist grundsätzlich kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG und Art. 61 Abs. 2 GebV SchKG). Eine Parteienschädigung ist nicht zuzusprechen (vgl. Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es wird keine Parteienschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 23, unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz sowie an das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon, je gegen Empfangsschein.
5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **10 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen

Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um einen Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am:
7. August 2019