

Mittel und Wege zur Beseitigung der negativen Auswirkungen des Betreibungsregistereintrags grundloser Betreibungen

unter besonderer Berücksichtigung der Klage auf Aufhebung der Betreibung nach Art. 85 SchKG



ANDRÉ EQUEY

lic. iur., Advokat, Gerichtsschreiber am Appellationsgericht Basel-Stadt und Einzelrichter für Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht



RETO VONZUN

Dr. iur., LL.M., Advokat, Partner bei WENGER PLATTNER, Advokatur und Notariat, Basel

3. Rechtsschutzinteresse
4. Weitere allgemeine Prozessvoraussetzungen
- III. Materielle Voraussetzungen
 1. Sachlegitimation
 2. Urkundenbeweis von Tilgung, Stundung oder Nichtbestand der Forderung
 - a. Tilgung
 - b. Ursprünglicher Nichtbestand der Forderung
 - c. Beweis
- F. Verhältnis zwischen Rechtsvorschlag, den Klagen nach Art. 85 und Art. 85a SchKG sowie der allgemeinen negativen Feststellungsklage
- G. Fazit

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Betreibungsrechtliche Beschwerde nach Art. 17 SchKG und Aufsichtsanzeige nach Art. 13 SchKG wegen Nichtigkeit der Betreibung
- C. Klage auf Aufhebung oder Einstellung der Betreibung im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren nach Art. 85a SchKG
 - I. Rechtsnatur, Zweck und Wirkungen
 - II. Prozessvoraussetzungen
 1. Hängige Betreibung und ausstehende Verteilung bzw. Konkurseröffnung
 2. Rechtskräftiger Zahlungsbefehl
 3. Rechtsschutzinteresse
 4. Weitere allgemeine Prozessvoraussetzungen
 - III. Materielle Voraussetzungen
 1. Sachlegitimation
 2. Nichtbestand oder Stundung der Forderung
- D. Allgemeine negative Feststellungsklage
 - I. Rechtsgrundlage, Zweck und Wirkungen
 - II. Prozessvoraussetzungen
 1. Feststellungsinteresse
 2. Allgemeine Prozessvoraussetzungen
 - III. Materielle Voraussetzungen
- E. Klage auf Aufhebung oder Einstellung der Betreibung im summarischen Verfahren nach Art. 85 SchKG
 - I. Rechtsnatur, Zweck und Wirkungen
 - II. Prozessvoraussetzungen
 1. Hängige Betreibung und ausstehende Verteilung bzw. Konkurseröffnung
 2. Rechtskräftiger Zahlungsbefehl?
 - a. Einleitung
 - b. Wortlaut
 - c. Keine analoge Anwendung der Rechtsprechung zu Art. 85a SchKG
 - d. Keine anderen triftigen Gründe für eine zusätzliche Prozessvoraussetzung

A. Einleitung

Eine Betreibung kann in der Schweiz grundsätzlich von jedem gegen jeden mittels eines Betreibungsbegehrens (vgl. dazu Art. 67 SchKG¹) angehoben werden, ohne dass der Bestand der in Betreibung gesetzten Forderung nachgewiesen oder auch nur glaubhaft gemacht werden müsste². Sofern die Anhebung der Betreibung nicht offensichtlich rechtsmissbräuchlich ist³, hat das Betreibungsamt bei Vorliegen eines formgültigen Betreibungsbegehrens ohne Prüfung der materiellen Existenz der in Betreibung gesetzten Forderung einen Zahlungsbefehl auszustellen (vgl. dazu Art. 69 f. SchKG) und dem als Schuldner Betriebenen zuzustellen (vgl. dazu Art. 71 f. SchKG)⁴. Mit der Zustellung des Zahlungsbefehls

Der vorliegende Aufsatz gibt ausschliesslich die persönlichen Ansichten der Verfasser wieder.

¹ Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 11. April 1889 (SR 281.1).

² Vgl. BGE 130 III 285, 290, E. 5.1; BGE 130 II 270, 278, E. 3.2.2; BGE 125 III 149, 150, E. 2a; BGE 113 III 2, 3, E. 2b; BGer 5A_582/2009, Urteil vom 26. November 2009, E. 3.1; BGer 7B.36/2006, Urteil vom 16. Mai 2006, E. 2.2; SABINE KOFMEL EHRENZELLER, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1–158 SchKG, 2. A., Basel 2010, Art. 67 SchKG N 4a, 9 und 42; KARL WÜTHRICH/PETER SCHOCH, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1–158 SchKG, 2. A., Basel 2010, Art. 69 SchKG N 5.

³ Vgl. dazu hinten B.

⁴ BGE 130 III 285, 290, E. 5.1; BGE 113 III 2, 5, E. 2b; BGer 7B.36/2006, Urteil vom 16. Mai 2006, E. 2.2; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. A., Bern 2008, § 17 N 1; KOFMEL EHRENZELLER (FN 2), Art. 67 SchKG N 9; RALPH MALACRIDA/

beginnt die Schuldbetreibung (Art. 38 Abs. 2 SchKG)⁵. Der Betreibene kann die Betreibung innert zehn Tagen⁶ seit der Zustellung des Zahlungsbefehls mittels Erhebung des Rechtsvorschlages, der ebenfalls an keine materiellen Voraussetzungen gebunden ist und grundsätzlich keiner Begründung bedarf⁷, einstweilen zum Stillstand bringen (vgl. Art. 74 f. und 78 SchKG)⁸. Die Einstellung der Betreibung ändert jedoch nichts daran, dass diese im Betreibungsregister eingetragen bleibt und jedem, der ein schutzwürdiges Interesse⁹ glaubhaft macht, zur Kenntnis gebracht wird¹⁰. Daraus können für den Betriebenen, insbesondere für dessen wirtschaftlichen Ruf und Kredit, erhebliche Nachteile resultieren, die in keiner Art und Weise gerechtfertigt sind, wenn die in Betreibung gesetzte Forderung nicht besteht und die Betreibung damit grundlos aufgehoben worden ist. Um diese negativen Auswirkungen des Betreibungsregistereintrags zu beseitigen, muss der Betreibene weitere Schritte unternehmen. In Betracht kommen dabei insbesondere die Klagen auf Aufhebung der Betreibung nach Art. 85 und 85a SchKG, die allgemeine negative Feststellungsklage sowie die Geltendmachung der Nichtigkeit der Betreibung mittels der betreibungsrechtlichen Beschwerde nach Art. 17 SchKG oder der Aufsichtsanzeige nach Art. 13 SchKG. Im vorliegenden Aufsatz werden

Rechtsnatur, Zweck und Wirkungen sowie Voraussetzungen dieser Mittel und Wege dargestellt und untersucht, inwieweit sie zur Beseitigung der nachteiligen Folgen grundloser Betreibungen geeignet sind. Im Vordergrund steht dabei die Klage auf Aufhebung der Betreibung nach Art. 85 SchKG. Diese gelegentlich unterschätzte Klage kann eine wirksame Waffe in der Hand des grundlos Betriebenen darstellen, sofern bei der Umschreibung der Prozessvoraussetzungen den Unterschieden zwischen der Klage nach Art. 85 SchKG und derjenigen nach Art. 85a SchKG hinreichend Rechnung getragen wird. Dies ist in der kantonalen Rechtsprechung nur teilweise der Fall, wie die Analyse überwiegend unpublizierter neuerer Entscheide zeigt. Als weitere Mittel gegen grundlose Betreibungen werden in der Literatur auch die negative Feststellungsklage nach Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG^{11/12} und die Klagen zum Schutz der Persönlichkeit nach Art. 28 ff. ZGB^{13/14} in Betracht gezogen. Darauf soll im Rahmen dieser Abhandlung jedoch nicht näher eingegangen werden.

B. Betreibungsrechtliche Beschwerde nach Art. 17 SchKG und Aufsichtsanzeige nach Art. 13 SchKG wegen Nichtigkeit der Betreibung

Die Anhebung einer Betreibung ist (offenbar¹⁵) rechtsmissbräuchlich, wenn der Betreibende damit offensichtlich Ziele verfolgt, die überhaupt nichts mit der Zwangsvollstreckung zu tun haben wie etwa Kreditschädigung, Verwirrung, Bedrängung oder Schikanierung des Betriebenen. Ein (offenbarer) Rechtsmissbrauch kann aber nur in Ausnahmefällen

LUKAS ROESLER, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), *Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz*, Basel 2009, Art. 69 SchKG N 4 und 6; WÜTHRICH/SCHOCH (FN 2), Art. 69 SchKG N 1, 5, 12 und 15 f.

⁵ DOMENICO ACOCELLA, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I*, Art. 1–158 SchKG, 2. A., Basel 2010, Art. 38 SchKG N 35; AMONN/WALTHER (FN 4), § 17 N 4.

⁶ In der Wechselbetreibung innert fünf Tagen (Art. 179 Abs. 1 SchKG).

⁷ Für die Ausnahmefälle der Begründungspflicht vgl. Art. 74 Abs. 2 und Art. 75 Abs. 2 und 3 SchKG sowie BALTHASAR BESSENICH, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I*, Art. 1–158 SchKG, 2. A., Basel 2010, Art. 75 SchKG N 8.

⁸ Vgl. BESSENICH (FN 7), Art. 74 SchKG N 1 und Art. 78 SchKG N 1; MALACRIDA/ROESLER (FN 4), Art. 74 SchKG N 1; WÜTHRICH/SCHOCH (FN 2), Art. 69 SchKG N 5 und 7.

⁹ Vgl. dazu AMONN/WALTHER (FN 4), § 4 N 15 und 17 ff.; URS PETER MÖCKLI, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), *Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz*, Basel 2009, Art. 8a SchKG N 7 ff.; JAMES T. PETER, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I*, Art. 1–158 SchKG, 2. A., Basel 2010, Art. 8a SchKG N 5 ff.

¹⁰ BGE 132 III 277, 279, E. 4.2; BGE 120 II 20, 24, E. 3b; KGer BL, Urteil vom 9. November 2010, E. 2c; AppGer BS, Urteil vom 15. Juli 2010 (nicht publiziert), E. 2.3; BERNHARD BODMER/JAN BANGERT, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I*, Art. 1–158 SchKG, 2. A., Basel 2010, Art. 85 SchKG N 4 und 12.

¹¹ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986 (SR 241).

¹² MATTHIAS KUSTER, *Schikanebetreibungen aus zwangsvollstreckungs-, zivil-, straf- und standesrechtlicher Sicht*, AJP/PJA 2004, 1035, 1039 f.; FLORIAN CHAUDET/PETER SCHAUFELBERGER, *Le droit de consultation du registre des poursuites en relation avec l'inscription de poursuites frappées d'opposition non levée: quelques vœux et quelques pistes en faveur du poursuivi concernant l'art. 8a LP*, in: Juan Carlos Landrove (Hrsg.), *De lege negotiorum, études autour du droit des affaires en l'honneur du professeur François Chaudet*, Genf 2009, 317, 340.

¹³ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

¹⁴ CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 12), 338 ff.; vgl. zur Qualifizierung schikanöser Betreibungen als Persönlichkeitsverletzung auch ABSchKG BE, *Entscheid vom 19. April 1990*, E. 5, BLSchK 1991 Nr. 32, 111, 114.

¹⁵ Verpönt ist nur der *offenbare* Rechtsmissbrauch. Dafür wird in Rechtsprechung und Lehre aber regelmässig bloss der Begriff Rechtsmissbrauch verwendet (PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 13. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 6 N 15).

angenommen werden¹⁶. Bei (offenbar) rechtsmissbräuchlicher Anhebung der Betreibung ist diese nichtig (Art. 2 Abs. 2 ZGB)¹⁷. Im Falle offensichtlicher Nichtigkeit hat das Betreibungsamt dem Betreibungsbegehren keine Folge zu leisten¹⁸. Bestehen hingegen Zweifel, ob die Betreibung nichtig ist, so hat es einen Zahlungsbefehl auszustellen¹⁹. In diesem Fall kann der Betriebene den Zahlungsbefehl innert zehn Tagen (Art. 17 Abs. 2 SchKG) mit betreibungsrechtlicher Beschwerde nach Art. 17 SchKG bei der Aufsichtsbehörde anfechten²⁰ mit dem Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit des Zahlungsbefehls (Art. 22 Abs. 1 SchKG i.Vm. Art. 2 Abs. 2 ZGB)²¹ und der Betreibung (Art. 2 Abs. 2 ZGB)²². Im Übri-

gen kann der Betriebene die Aufsichtsbehörde unabhängig vom Vorliegen eines tauglichen Beschwerdeobjekts und der Einhaltung der Beschwerdefrist jederzeit um Feststellung der Nichtigkeit der Betreibung ersuchen (vgl. Art. 13 Abs. 1 und Art. 22 Abs. 1 SchKG)²³. Sofern die Beschwerdevoraussetzungen nicht erfüllt sind²⁴, kommt der Eingabe aber bloss die Funktion einer Aufsichtsanzeige zu²⁵.

C. Klage auf Aufhebung oder Einstellung der Betreibung im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren nach Art. 85a SchKG

I. Rechtsnatur, Zweck und Wirkungen

Gemäss Art. 85a Abs. 1 SchKG kann der Betriebene «jederzeit²⁶ vom Gericht des Betreibungsortes» je nach Streitwert im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren (vgl. dazu Art. 243 Abs. 1 ZPO²⁷) «feststellen lassen, dass die Schuld nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet ist.» «Heisst das Gericht die Klage gut, so hebt es die Betreibung auf oder stellt sie ein» (Art. 85a Abs. 3 SchKG). Diese Klage entfaltet sowohl materiell- als auch betreibungsrechtliche Wirkungen und hat damit eine Doppelnatur²⁸. In materiell-

¹⁶ Vgl. BGE 115 III 18, 21, E. 3b; BGer 5A_582/2009, Urteil vom 26. November 2009, E. 3.1; BGer 5A_250/2007, Urteil vom 19. September 2007, E. 3.1; BGer 7B.36/2006, Urteil vom 16. Mai 2006, E. 2.1; BGer 7B.182/2005 und 7B.183/2005, Urteil vom 1. Dezember 2005, E. 2.3; FLAVIO COMETTA/URS PETER MÖCKLI, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1–158 SchKG, 2. A., Basel 2010, Art. 22 SchKG N 12; KOFMEL/EHRENZELLER (FN 2), Art. 67 SchKG N 9; MALACRIDA/ROESLER (FN 4), Art. 69 SchKG N 6; WÜTHRICH/SCHOCH (FN 2), Art. 69 SchKG N 16 f.

¹⁷ BGer 5A_582/2009, Urteil vom 26. November 2009, E. 3.1; BGer 5A_250/2007, Urteil vom 19. September 2007, E. 3.1; ABSchKG BS, Urteil vom 15. Juli 2009, E. 1, BISchK 2010 Nr. 17, 125, 126 f.; ABSchKG BE, Entscheid vom 19. April 1990, E. 4, BISchK 1991 Nr. 32, 111, 113; COMETTA/MÖCKLI (FN 16), Art. 22 SchKG N 12; KOFMEL/EHRENZELLER (FN 2), Art. 67 SchKG N 9; MALACRIDA/ROESLER (FN 4), Art. 69 SchKG N 6; WÜTHRICH/SCHOCH (FN 2), Art. 69 SchKG N 15 f.

¹⁸ ABSchK BE, Entscheid vom 19. April 1990, E. 5, BISchK 1991 Nr. 32, 111, 114; vgl. MALACRIDA/ROESLER (FN 4), Art. 69 SchKG N 6; WÜTHRICH/SCHOCH (FN 2), Art. 69 SchKG N 16.

¹⁹ MALACRIDA/ROESLER (FN 4), Art. 69 SchKG N 6; WÜTHRICH/SCHOCH (FN 2), Art. 69 SchKG N 16.

²⁰ MARKUS DIETH, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG, Basel 2009, Art. 17 SchKG N 4; WÜTHRICH/SCHOCH (FN 2), Art. 69 SchKG N 16; vgl. BGer 5A_582/2009, Urteil vom 26. November 2009, E. 1; BezGer Bülach, Verfügung vom 22. September 2009 (nicht publiziert), E. 2.4; MALACRIDA/ROESLER (FN 4), Art. 69 SchKG N 6.

²¹ Vgl. COMETTA/MÖCKLI (FN 16), Art. 22 SchKG N 16; DIETH (FN 20), Art. 22 SchKG N 7; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Art. 1–88, Lausanne 1999, Art. 22 SchKG N 21; CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS M. KULL/MARTIN KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs erläutert für den praktischen Gebrauch, 4. A., Zürich 1997, Art. 22 SchKG N 6; KARL SPÜHLER, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2010, N 134.

²² Vgl. BGer 5A_250/2007, Urteil vom 19. September 2007, E. 3.1; BGer 7B.36/2006, Urteil vom 16. Mai 2006, E. 2.1; BGer 7B.182/2005 und 7B.183/2005, Urteil vom 1. Dezember 2005, E. 2.3; ABSchKG BS, Urteil vom 15. Juli 2009, E. 1a und 1b.c, BISchK 2010 Nr. 17, 125, 126 und 129; CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 12), 341 f.

²³ Vgl. BGer 5P.54/2005, Urteil vom 27. Juli 2005, E. 3.2; DIETH (FN 20), Art. 22 SchKG N 8 f.; FRANK EMMEL, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1–158 SchKG, 2. A., Basel 2010, Art. 13 SchKG N 13.

²⁴ Zur Qualifikation des Rechtsbehelfs als Beschwerde bei Vorliegen der Beschwerdevoraussetzungen vgl. BGer 5A_250/2007, Urteil vom 19. September 2007, E. 2; BGer 5P.54/2005, Urteil vom 27. Juli 2005, E. 3.2; DIETH (FN 20), Art. 22 SchKG N 7; PAULINE ERARD, in: Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), Commentaire romand, Poursuite et faillite, Basel 2005, Art. 22 SchKG N 18; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 21), Art. 22 SchKG N 6. LORANDI scheint das Ersuchen um Feststellung der Nichtigkeit stets als Aufsichtsanzeige zu qualifizieren (vgl. FRANCO LORANDI, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar zu den Artikeln 13–30 SchKG, Basel 2000, Art. 22 SchKG N 127 und 169). Wenn alle Beschwerdevoraussetzungen gegeben sind, gesteht er dem Anzeiger aber die gleiche Rechtsposition zu wie einem Beschwerdeführer (LORANDI, a.a.O., Art. 22 SchKG N 170).

²⁵ Vgl. BGer 5P.54/2005, Urteil vom 27. Juli 2005, E. 3.2; AMONN/WALTHER (FN 4), § 6 N 35; EMMEL (FN 23), Art. 13 SchKG N 13.

²⁶ Vgl. zu den diesbezüglichen Einschränkungen hinten C.II.

²⁷ Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008 (SR 272).

²⁸ Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8. Mai 1991, BBl 1991 III 1 (nachfolgend Botschaft), 70; BGE 132 III 89, 92 f., E. 1.1; BGE 129 III 197, 198, E. 2.1; BGE 125 III 149, 151, E. 2c; BGer 5P.337/2006, Urteil vom 27. November 2006,

rechtlicher Hinsicht führt ihre Gutheissung zur gerichtlichen Feststellung, dass die in Betreuung gesetzte Forderung nicht oder nicht mehr besteht bzw. noch nicht fällig ist, und ihre Abweisung zur Feststellung, dass die betreffende Forderung besteht bzw. fällig ist, wobei das Urteil diesbezüglich in materielle Rechtskraft erwachsen kann²⁹. In betriebsrechtlicher Hinsicht hat die Gutheissung der Klage die gerichtliche Aufhebung oder Einstellung der Betreuung zur Folge³⁰.

Gemäss Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG geben die Ämter Dritten keine Kenntnis mehr von einer Betreuung, wenn diese aufgrund eines gerichtlichen Entscheids aufgehoben worden ist. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung führt die Aufhebung der Betreuung in Gutheissung einer Klage nach Art. 85 oder Art. 85a SchKG somit in jedem Fall zu einem Ausschluss des Einsichtsrechts Dritter³¹. Gemäss einer in der Lehre vertretenen Auffassung soll dies jedoch nicht gelten, wenn die Schuld erst nach Anhebung der Betreuung getilgt worden ist³². Auch das Bundesgericht scheint für die Verweigerung des Einsichtsrechts zu verlangen, dass die in Betreuung gesetzte Forderung bereits im Zeitpunkt der Ein-

leitung der Betreuung nicht bestanden hat³³. Der Ausschluss des Einsichtsrechts Dritter bedeutet eine Unterdrückung bestehender Einträge³⁴, kommt gegenüber Dritten im Ergebnis aber einer Löschung gleich³⁵.

II. Prozessvoraussetzungen

1. Hängige Betreuung und ausstehende Verteilung bzw. Konkursöffnung

Die Klage nach Art. 85a SchKG kann nur während hängiger³⁶ (laufender)³⁷ Betreuung und bis zur Verteilung des Verwertungserlöses (Betreibung auf Pfändung oder Pfandverwertung) bzw. Konkursöffnung³⁹ anhängig gemacht werden.

2. Rechtskräftiger Zahlungsbefehl

Nach dem Wortlaut von Art. 85a Abs. 1 SchKG ist die Klage während einer hängigen Betreuung jederzeit zulässig. Ge-

E. 4; BGer 4P.2/2006, Urteil vom 21. März 2006, E. 3.1; KGer BL, Urteil vom 9. November 2010, E. 2d; OGer ZH, Beschluss vom 8. September 2010, ZR 109 (2010) Nr. 69, 301, 301; AMONN/WALTHER (FN 4), § 20 N 15; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85a SchKG N 3; JÜRGEN BRÖNNIMANN, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkomentar SchKG, Basel 2009, Art. 85a SchKG N 2; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 21), Art. 85a SchKG N 3; a.M. MARC HUNZIKER/MICHEL PELLASCIO, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich 2008, 99 f.; SPÜHLER (FN 21), N 726.

²⁹ BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85a SchKG N 31; vgl. Botschaft (FN 28), 70; BGer 4A_106/2008, Urteil vom 15. Mai 2008, E. 3.2; BGer 5P.337/2006, Urteil vom 27. November 2006, E. 4; OGer ZH, Entscheid vom 18. März 1998, E. 4a, ZR 98 (1999) Nr. 16, 65, 65; BRÖNNIMANN (FN 28), Art. 85a SchKG N 2; JÜRGEN BRÖNNIMANN, Zur Klage nach Art. 85a SchKG («Negative Feststellungsklage»), AJP/PJA 1996, 1394, 1396; BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER/MARC BERNHEIM, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur negativen Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG – eine kritische Würdigung, SJZ 96 (2000) 177, 178; a.M. SPÜHLER (FN 21), N 726.

³⁰ Botschaft, 70 (FN 28); BGE 132 III 89, 92 f., E. 1.1; BGE 129 III 197, 198, E. 2.1; BGE 125 III 149, 151, E. 2c; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85a SchKG N 3 und 32; BRÖNNIMANN (FN 28), Art. 85a SchKG N 2.

³¹ Vgl. PETER (FN 9), Art. 8a SchKG N 21.

³² PETER (FN 9), Art. 8a SchKG N 22; LUCA TENCHIO, Feststellungsklagen und Feststellungsprozess nach Art. 85a SchKG, Diss. Zürich 1999, 131 f.; HANS ULRICH WALDER, Kommentar Schuldbetreibung und Konkurs, 17. A., Zürich 2007, Art. 8a SchKG N 15. Nicht erwähnt wird diese Einschränkung von BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85 SchKG N 35; BRÖNNIMANN (FN 28), Art. 85 SchKG N 16; BRÖNNIMANN (FN 29), AJP/PJA 1996, 1394, 1396; CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 12), 343; GILLIÉRON (FN 21), Art. 85 SchKG N 55 und Art. 85a SchKG N 56; HUNZIKER/PELLASCIO (FN 28), 47; MÖCKLI (FN 9), Art. 8a SchKG N 25; SPÜHLER (FN 21), N 230, 723 und 728.

³³ Vgl. BGE 125 III 334, 336, E. 3.

³⁴ MÖCKLI (FN 9), Art. 8a SchKG N 22.

³⁵ Botschaft (FN 28), 32.

³⁶ BGE 129 III 197, 200, E. 2.5; BGE 127 III 41, 43, E. 4c; BGer 5A_712/2008, Urteil vom 2. Dezember 2008, E. 2.1; BGer 5P.337/2006, Urteil vom 27. November 2006, E. 3; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 21), Art. 85a SchKG N 8; ANDRÉ SCHMIDT, in: Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), Commentaire romand, Poursuite et faillite, Basel 2005, Art. 85a SchKG N 5; SPÜHLER (FN 21), N 727; HANS PETER WEINBERG, Richterliche Aufhebung oder Einstellung der Betreuung im Verfahren nach Art. 85 SchKG, Diss. Zürich 1990, 34.

³⁷ OGer ZH, Beschluss vom 8. September 2010, ZR 109 (2010) Nr. 69, 301, 301; AMONN/WALTHER (FN 4), § 20 N 22; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85a SchKG N 14; BRÖNNIMANN (FN 28), Art. 85a SchKG N 7.

³⁸ Die Betreuung ist hängig (laufend), solange die Fristen zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens (Art. 88 Abs. 2 SchKG), des Verwertungsbegehrens (Art. 116 i.V.m. Art. 121 SchKG bzw. Art. 154 SchKG) oder des Konkursbegehrens (Art. 166 bzw. Art. 188 SchKG) nicht unbenutzt abgelaufen sind (vgl. BODMER/BANGERT [FN 10], Art. 85 SchKG N 11 und Art. 85a SchKG N 14; MÖCKLI [FN 9], Art. 12 SchKG N 4; WEINBERG [FN 36], 45 ff.), die Betreuung nicht zurückgezogen worden ist (BGE 127 III 41, 43, E. 4c; vgl. AMONN/WALTHER [FN 4], § 20 N 22; BODMER/BANGERT [FN 10], Art. 85a SchKG N 14; WEINBERG [FN 36], 51 f.), der Schuldner nicht vollständige Zahlung ans Betreibungsamt geleistet hat (Art. 12 Abs. 2 SchKG) (vgl. BODMER/BANGERT [FN 10], Art. 85 SchKG N 11; WEINBERG [FN 36], 42) und die Betreuung noch nicht abgeschlossen ist (MÖCKLI [FN 9], Art. 12 SchKG N 4).

³⁹ Botschaft (FN 28), 70; BGE 129 III 197, 198, E. 2.1; BGE 125 III 149, 153, E. 2c; BGer 5A_712/2008, Urteil vom 2. Dezember 2008, E. 2.1; BGer 4P.2/2006, Urteil vom 21. März 2006, E. 3.1; OGer ZH, Beschluss vom 8. September 2010, ZR 109 (2010) Nr. 69, 301, 301; AMONN/WALTHER (FN 4), § 20 N 22; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85a SchKG N 14; BRÖNNIMANN (FN 28), Art. 85a SchKG N 6; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 21), Art. 85a SchKG N 8.

mäss BGE 125 III 149 steht sie jedoch nur dann offen, wenn der Zahlungsbefehl mangels rechtzeitig erhobenen Rechtsvorschlages oder wegen dessen definitiven Beseitigung (oder vorbehaltlosen Rückzugs⁴⁰) rechtskräftig geworden ist⁴¹. In der Lehre ist dieser Entscheid heftig kritisiert und gefordert worden, dass die Klage nach Art. 85a SchKG unabhängig vom Rechtsvorschlag zugelassen wird. Zur Begründung ist insbesondere auf das Interesse des Betriebenen verwiesen worden, das Einsichtsrecht Dritter möglichst bald mittels Aufhebung der Betreibung auszuschliessen⁴². Trotz dieser Kritik hat das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung am Erfordernis des rechtskräftigen Zahlungsbefehls festgehalten⁴³ und sind ihm die kantonalen Gerichte gefolgt⁴⁴. Auch ein Teil der Lehre befürwortet eine entsprechende teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs der Klage nach Art. 85a SchKG⁴⁵. Diese Auffassung erscheint zutreffend, weil sie nicht nur den Interessen des Betriebenen, sondern auch denjenigen des Betreibenden angemessen Rechnung trägt, wie nachstehend eingehend dargelegt wird⁴⁶.

Die vom Bundesgericht statuierte Sachurteilsvoraussetzung des rechtskräftigen Zahlungsbefehls könnte den Betriebenen dazu veranlassen, den Rechtsvorschlag bewusst zu unterlassen oder zurückzuziehen, um die Prozessvor-

aussetzungen der Klage nach Art. 85a SchKG zu schaffen. Zürcher Einzelrichter sind bei einem solchen Vorgehen auf die Klage nicht eingetreten, weil das Rechtsschutzinteresse wegen Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) fehle. Dabei sind sie von einer zweckwidrigen Verwendung der Klage ausgegangen, weil diese nur dem Schutz des nachlässigen, nicht aber des rechtskundigen Schuldners diene⁴⁷. Das Zürcher Obergericht dagegen hat einen Rechtsmissbrauch zu Recht verneint und die Sachurteilsvoraussetzungen bejaht⁴⁸. Dennoch ist dem Betriebenen davon abzuraten, im Hinblick auf die Klage nach Art. 85a SchKG bewusst keinen Rechtsvorschlag zu erheben⁴⁹. Auch wenn auf die Klage eingetreten wird, kann die Betreibung nämlich erst vor der Verwertung bzw. nach der Zustellung der Konkursandrohung vorläufig eingestellt werden (Art. 85a Abs. 2 SchKG). Falls die Prozesschancen des Betriebenen nicht deutlich besser sind als diejenigen des Betreibenden, riskiert jener sogar, dass es zur Verteilung oder Konkurseröffnung kommt, weil die vorläufige Einstellung der Betreibung voraussetzt, dass die Klage als sehr wahrscheinlich begründet erscheint (Art. 85a Abs. 2 SchKG).

3. Rechtsschutzinteresse

Der Nachweis eines besonderen Feststellungsinteresses ist bei der Klage nach Art. 85a SchKG nicht erforderlich⁵⁰. Die blossе Tatsache des Betriebenseins begründet die unwiderlegbare gesetzliche Vermutung eines hinreichenden Feststellungsinteresses⁵¹. Eine Abwägung der Interessen des Betriebenen mit den allenfalls entgegenstehenden des

⁴⁰ Vgl. AMONN/WALTHER (FN 4), § 22 N 2; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85a SchKG N 14a; SPÜHLER (FN 21), N 437.

⁴¹ BGE 125 III 149, 152 f., E. 2c.

⁴² CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 12), 343 f.; GRAHAM-SIEGENTHALER/BERNHEIM (FN 29), SJZ 96 (2000) 177, 179 ff.; KUSTER (FN 12), AJP/PJA 2004, 1035, 1037; TENCHIO (FN 32), 71 ff.; IVO SCHWANDER, Bemerkungen zu BGer 5C.7/1998 vom 16. Februar 1999 [= BGE 125 III 149], AJP/PJA 1999, 616, 617 ff.; SPÜHLER (FN 21), N 728; KARL SPÜHLER/LUCA TENCHIO, Feststellungsklagen gemäss Art. 85a Abs. 1 SchKG nach gültig erhobenem Rechtsvorschlag?, AJP/PJA 1999, 1241, 1245 ff.; vgl. auch den vor BGE 125 III 149 ergangenen Entscheid des OGer ZH vom 18. März 1998, E. 4a, ZR 98 (1999) Nr. 16, 65, 65 ff.

⁴³ BGE 128 III 334, 335; vgl. BGE 132 III 277, 279, E. 4.2; BGE 129 III 197, 198, E. 2.1; BGer 4P.2/2006, Urteil vom 21. März 2006, E. 3.1; BGer 4C.336/2005, Urteil vom 29. November 2005, E. 3.1.1; BGer 7B.98/2002, Urteil vom 25. Juli 2002; BGer 5C.65/2000, Urteil vom 28. April 2000, E. 3.

⁴⁴ KassGer NE, Urteil vom 9. September 2008, E. 5, RJN 2008, 380, 384; KGer VD, Entscheid vom 3. Januar 2007, E. 3a, JD T 2009 III 25, 25; OGer ZH, Beschluss vom 8. September 2010, ZR 109 (2010) Nr. 69, 301, 302.

⁴⁵ BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85a SchKG N 14; vgl. AMONN/WALTHER (FN 4), § 20 N 16; BRÖNNIMANN (FN 28), Art. 85a SchKG N 6; DOMINIK GASSER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht der Jahre 1999 und 2000 veröffentlicht in den Bänden 125 und 126, ZBJV 2001, 285, 303; GILLIÉRON (FN 21), Art. 85a SchKG N 16 und 21 f.; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 21), Art. 85a SchKG N 7; HANS SCHMID, Negative Feststellungsklagen, AJP/PJA 2002, 774, 781; SCHMIDT (FN 36), Art. 85a SchKG N 5; WALDER (FN 32), Art. 85a SchKG N 3.

⁴⁶ Vgl. hinten E.II.2.c.

⁴⁷ BezGer Meilen, Einzelrichter, Verfügung vom 24. August 2009, E. 3.3a, ZR 109 (2010) Nr. 6, 33, 35 f.; Einzelrichterin zit. in OGer ZH, Beschluss vom 8. September 2010, ZR 109 (2010) Nr. 69, 301, 301; Rechtsmissbrauch auch erwogen von SCHWANDER (FN 42), AJP/PJA 1999, 616, 618.

⁴⁸ OGer ZH, Beschluss vom 8. September 2010, ZR 109 (2010) Nr. 69, 301, 302 f.; Rechtsmissbrauch auch verneint von OLIVER KÄLIN, Besprechung von ZR 109 (2010) Nr. 6, AJP/PJA 2010, 799, 800.

⁴⁹ CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 12), 317; KUSTER (FN 12), AJP/PJA 2004, 1035, 1037; SCHWANDER (FN 42), AJP/PJA 1999, 616, 618; offenbar a.M. SPÜHLER/TENCHIO (FN 42), AJP/PJA 1999, 1241, 1247; TENCHIO (FN 32), 75, und für klare Fälle KÄLIN (FN 48), AJP/PJA 2010, 799, 802.

⁵⁰ BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85a SchKG N 4; BRÖNNIMANN (FN 29), AJP/PJA 1996, 1394, 1396; SPÜHLER/TENCHIO (FN 42), AJP/PJA 1999, 1241, 1241 f.; TENCHIO (FN 32), 61; vgl. BGE 129 III 197, 200, E. 2.5.

⁵¹ SPÜHLER/TENCHIO (FN 42), AJP/PJA 1999, 1241, 1241 f.; TENCHIO (FN 32), 61; vgl. AMONN/WALTHER (FN 4), § 20 N 22; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85a SchKG N 4 und 6; BRÖNNIMANN (FN 29), AJP/PJA 1996, 1394, 1396; SCHMID (FN 45), AJP/PJA 2002, 774, 781; OSCAR VOGEL, Feststellungsklage bei grundloser Betreibung, recht 1995, 200, 203; vgl. auch BGE 129 III 197, 200, E. 2.5.

Betreibenden ist – anders als bei der allgemeinen negativen Feststellungsklage⁵² – ausgeschlossen⁵³.

4. Weitere allgemeine Prozessvoraussetzungen

Weitere allgemeine Prozessvoraussetzungen (Sachurteilsvoraussetzungen) sind Partei- und Prozessfähigkeit der Parteien, örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit des Gerichts, keine anderweitige Rechtshängigkeit der Sache, keine abgeurteilte Sache sowie Leistung eines allfälligen Vorschusses und einer allfälligen Sicherheit für die Prozesskosten⁵⁴.

III. Materielle Voraussetzungen

1. Sachlegitimation

Aktivlegitimiert ist der als Schuldner⁵⁵ Betriebene^{56/57}, passivlegitimiert der Betreibende^{58/59}.

⁵² Vgl. dazu hinten D.II.1.

⁵³ BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85a SchKG N 6; SCHMID (FN 45), AJP/PJA 2002, 774, 781; TENCHIO (FN 32), 61; VOGEL (FN 51), recht 1995, 200, 203.

⁵⁴ Vgl. Art. 59 Abs. 2 ZPO; TANJA DOMEJ, in: Paul Oberhammer (Hrsg.), Kurzkomentar ZPO, Basel 2010, Art. 59 ZPO N 1, 18, 20 und 25 ff., BORIS MÜLLER, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 59 ZPO N 52 und 68; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2008, § 11 N 1 und 5; ALEXANDER ZÜRCHER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 59 ZPO N 2, 18 und 57.

⁵⁵ Nach einem Teil der Lehre sind auch der Drittpfand Eigentümer und, sofern ihm ebenfalls ein Zahlungsbefehl zuzustellen ist, der Ehegatte aktivlegitimiert (BRÖNNIMANN [FN 28], Art. 85 SchKG N 23; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN [FN 21], Art. 85a SchKG N 7; vgl. GILLIÉRON [FN 21], Art. 85a SchKG N 70). Gemäss anderen Autoren ist dagegen nur der betriebene Schuldner klageberechtigt (AMONN/WALTER [FN 4], § 20 N 22; BODMER/BANGERT [FN 10], Art. 85a SchKG N 13a). Das Bundesgericht hat die Frage der Aktivlegitimation zwar offen gelassen, die Zulässigkeit der Klage des Drittpfandbestellers aber mit dem Argument verneint, dass der Bestand des Pfandrechts nicht Gegenstand der Klage sei (BGE 129 III 197, 199 f., E. 2.4 f.).

⁵⁶ BRÖNNIMANN (FN 28), Art. 85a SchKG N 23; GILLIÉRON (FN 21), Art. 85a SchKG N 70; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 21), Art. 85a SchKG N 7.

⁵⁷ Oder dessen Universalsukzessoren, gegenüber denen die Betreibung fortgesetzt werden kann (vgl. BODMER/BANGERT [FN 10], Art. 85 SchKG N 32; GILLIÉRON [FN 21], Art. 85a SchKG N 70; WEINBERG [FN 36], 114 [zu Art. 85 SchKG]).

⁵⁸ GILLIÉRON (FN 21), Art. 85a SchKG N 70; TENCHIO (FN 32), 119; vgl. SPÜHLER (FN 21), N 732.

⁵⁹ Oder dessen Rechtsnachfolger (GILLIÉRON [FN 21], Art. 85a SchKG N 70; TENCHIO [FN 32], 119 ff.).

2. Nichtbestand oder Stundung der Forderung

Die Gutheissung der Klage setzt voraus, dass die in Betreibung gesetzte Forderung nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet ist. Der Nichtbestand der Forderung braucht vom Kläger nur behauptet zu werden⁶⁰. Die Behauptungs-, Substantiations- und Beweislast für die Tatsachen, aus denen sich der Bestand seiner Forderung ergibt, trägt der Beklagte⁶¹. Dem Kläger hingegen obliegt die Behauptungs-, Substantiations- und Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. -vernichtenden Tatsachen, aus denen sich der Untergang der Forderung ergibt⁶², sowie für die Stundung als rechtshindernde⁶³ Tatsache⁶⁴.

D. Allgemeine negative Feststellungsklage

I. Rechtsgrundlage, Zweck und Wirkungen

Neben den Klagen sowie Rechtsmitteln und -behelfen des Betreibungsrechts, insbesondere der Klage nach Art. 85a SchKG, steht dem Betriebenen auch die allgemeine negative Feststellungsklage zur Verfügung⁶⁵. Damit kann er die gerichtliche Feststellung des Nichtbestehens der in Betreibung gesetzten Forderung⁶⁶ und der Grundlosigkeit der Betreibung^{67/68} beantragen. Mit der zweiten Feststellung wird das

⁶⁰ TENCHIO (FN 32), 146.

⁶¹ BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85a SchKG N 4; TENCHIO (FN 32), 146; vgl. BRÖNNIMANN (FN 28), Art. 85a SchKG N 24; GILLIÉRON (FN 21), Art. 85a SchKG N 37; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 21), Art. 85a SchKG N 13; a.M. SPÜHLER (FN 21), N 725. Diese abweichende Auffassung dürfte darauf zurückzuführen sein, dass SPÜHLER die Klage nach Art. 85a SchKG entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und herrschenden Lehre (vgl. vorne C.I) bloss als betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht qualifiziert (SPÜHLER [FN 21], N 726).

⁶² Vgl. GILLIÉRON (FN 21), Art. 85a SchKG N 38; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 21), Art. 85a SchKG N 16; SPÜHLER (FN 21), N 725; TENCHIO (FN 32), 146.

⁶³ ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. A., Zürich 1974, 48.

⁶⁴ Vgl. GILLIÉRON (FN 21), Art. 85a SchKG N 39; SCHMID (FN 45), AJP/PJA 2002, 774, 781 Fn. 66; SPÜHLER (FN 21), N 727; TENCHIO (FN 32), 147.

⁶⁵ BGE 132 III 277, 278 f., E. 4.2; BGE 128 III 334, 335; BGE 125 III 149, 153, E. 2d; BGE 120 II 20, 27, E. 3d.cc; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85a SchKG N 12; SPÜHLER (FN 21), N 743.

⁶⁶ BGE 125 III 149, 153, E. 2c; BGE 120 II 20, 21 und 26, E. 3c; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85a SchKG N 12; SPÜHLER (FN 21), N 743.

⁶⁷ Vgl. BGE 120 II 20, 21 f., E. 2 und 26, E. 3c.

⁶⁸ Da die Einleitung einer Betreibung grundsätzlich an keinerlei Voraussetzungen gebunden ist (BGE 130 II 270, 278, E. 3.2.2;

Nichtbestehen der Schuld auch für den Zeitpunkt der Einleitung der Betreibung festgestellt⁶⁹. Diese Feststellung ist für den Ausschluss des Einsichtsrechts Dritter nach Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG erforderlich⁷⁰.

Die allgemeine Feststellungsklage hat ihre Grundlage heute in Art. 88 ZPO⁷¹. Das Feststellungsinteresse als Ausprägung des allgemeinen Rechtsschutzinteresses nach Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO und zentrale Voraussetzung dieser Klage ist in der ZPO jedoch nicht eigens geregelt⁷². Diesbezüglich ist deshalb weiterhin auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung aus der Zeit vor dem Inkrafttreten der ZPO abzustellen⁷³.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung führt die Gutheissung der allgemeinen negativen Feststellungsklage in Anwendung von Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG zur Verweigerung der Kenntnissgabe der Betreibung an Dritte, sofern im Urteil die «Nichtigkeit der Betreibung» festgestellt wird⁷⁴, sofern sich aus dem Urteil «das Unrecht der Betreibung» ergibt⁷⁵ bzw. sofern im Urteil festgestellt wird, dass die Betreibung «zu Unrecht» erfolgt ist⁷⁶. Gemäss Bundesgericht besteht deshalb auch im Hinblick auf das Interesse des Be-

triebenen, das Einsichtsrecht Dritter gemäss Art. 8a SchKG auszuschliessen, kein Grund, diesem auch noch die Klage nach Art. 85a SchKG zur Verfügung zu stellen⁷⁷. Diese Auffassung vermöchte nicht zu überzeugen, falls für den Ausschluss des Einsichtsrechts tatsächlich die gerichtliche Feststellung der Nichtigkeit der Betreibung verlangt würde⁷⁸. Die Nichtigkeit der Betreibung wird nur in Ausnahmefällen bejaht⁷⁹. Der Umstand allein, dass sich die in Betreibung gesetzte Forderung nachträglich als bereits im Zeitpunkt der Einleitung der Betreibung nicht bestehend erweist, genügt dazu nicht⁸⁰. Zudem dürfte die Feststellung der Nichtigkeit höchstens in krassen Fällen in die Zuständigkeit des Zivilgerichts fallen⁸¹. In solchen Ausnahmefällen bedarf es zur Einschränkung des Einsichtsrechts Dritter der allgemeinen negativen Feststellungsklage aber gar nicht, weil das gleiche Ziel viel schneller und kostenlos mittels der betreibungsrechtlichen Beschwerde nach Art. 17 SchKG erreicht werden kann⁸². Zur Gewährleistung eines hinreichenden Schutzes des grundlos Betriebenen ist eine «zu Unrecht» erfolgte Betreibung im Sinne der zitierten Bundesgerichtsentscheide und damit ein Ausschluss des Einsichtsrechts Dritter immer dann anzunehmen, wenn im Urteil das Nichtbestehen der in Betreibung gesetzten Forderung zum entscheidungsmassgebenden Zeitpunkt⁸³ und die Grundlosigkeit der Betreibung im Sinne des Nichtbestehens der Forderung im Zeitpunkt der Einleitung der Betreibung festgestellt werden. Dieser Fall wird vom datenschutzrechtlichen Zweck von Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG erfasst, auch wenn die Betreibung mit dem Urteil nicht formell aufgehoben wird⁸⁴. Der Ausschluss des Einsichtsrechts ergibt sich deshalb aus einer analogen Anwendung dieser Bestimmung. Da an der Bekanntgabe einer grundlosen Betreibung kein öffentliches Interesse besteht, ist deren Unterdrückung gegenüber Dritten auch aufgrund einer grundrechtskonformen Auslegung von Art. 8a Abs. 3 lit. a

KOFMEHL EHRENZELLER [FN 2], Art. 67 SchKG N 4a), erscheint es angezeigt, bei Nichtbestehen der Forderung im Zeitpunkt der Einleitung der Betreibung von einer grundlosen (vgl. BGE 120 II 20, 21 f., E. 2; VOGEL [FN 51], recht 1995, 200, 200) statt von einer ungerechtfertigten oder zu Unrecht erfolgten (so aber BGE 125 III 334, 336, E. 3; DOMINIK GASSER, Revidiertes SchKG – Hinweise auf kritische Punkte, ZBJV 1996, 627, 630 ff.) Betreibung zu sprechen (vgl. zum vergleichbaren Begriffspaar «injustifiée» und «infondée» CHAUDET/SCHAFELBERGER [FN 12], 318, 349 und 353).

⁶⁹ Vgl. BGE 120 II 20, 21 f., E. 2 und 26, E. 3c.

⁷⁰ Vgl. dazu sogleich im Text sowie BGE 125 III 334, 336 f., E. 3; OGer BL, Urteil vom 5. Dezember 1995, E. 2, BJM 1996, 324, 325; PETER (FN 9), Art. 8a SchKG N 19 und 22.

⁷¹ PAUL OBERHAMMER, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010 (nachfolgend OBERHAMMER BSK), Art. 88 ZPO N 1 f.; PAUL OBERHAMMER, in: Paul Oberhammer (Hrsg.), Kurzkomentar ZPO, Basel 2010 (nachfolgend OBERHAMMER KUKO), Art. 88 ZPO N 1 f.; KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE/MYRIAM GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. A., Bern 2010, § 29 N 14.

⁷² OBERHAMMER BSK (FN 71), Art. 88 ZPO N 1 und 9; OBERHAMMER KUKO (FN 71), Art. 88 ZPO N 1 und 9.

⁷³ OBERHAMMER BSK (FN 71), Art. 88 ZPO N 1; OBERHAMMER KUKO (FN 71), Art. 88 ZPO N 1; vgl. BALTHASAR BESSENICH/LUKAS BOPP, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 88 ZPO N 1.

⁷⁴ BGE 128 III 334, 335; BGer 4C.336/2005, Urteil vom 29. November 2005, E. 3.1.1; BGer 7B.98/2002, Urteil vom 25. Juli 2002; gl.M. WALDER (FN 32), Art. 8a SchKG N 16.

⁷⁵ BGE 125 III 149, 153, E. 2c; ähnlich AMONN/WALTHER (FN 4), § 4 N 23.

⁷⁶ BGer 4P.184/2003, Urteil vom 2. Februar 2004, E. 4.3.2.

⁷⁷ BGE 125 III 149, 153 f., E. 2c; vgl. BGE 128 III 334, 335.

⁷⁸ Ablehnend gegenüber den Bundesgerichtsentscheiden, in denen die Nichtigkeit ohne weitere Begründung zur Voraussetzung des Ausschlusses des Einsichtsrechts erhoben wird, auch GEORGES VONDER MÜHLL, BISchK 2007, 66, 67.

⁷⁹ Vgl. vorne B.

⁸⁰ KassGer NE, Urteil vom 9. September 2008, E. 6, RJN 2008, 380, 385.

⁸¹ Vgl. BGE 118 III 4, 6, E. 2a; BGE 96 III 111, 119, E. 4b; BGE 78 III 49, 51, E. 1; ABSchKG BS, Urteil vom 15. Juli 2009, E. 1a und 1ba, BISchK 2010 Nr. 17, 125, 126 f.; DIETH (FN 20), Art. 22 SchKG N 8; ERARD (FN 24), Art. 22 SchKG N 17; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 21), Art. 22 SchKG N 3 f.; LORANDI (FN 24), Art. 22 SchKG N 137, 148 f. und 151; TENCHIO (FN 32), 94 und 96 f.

⁸² Vgl. dazu vorne B.

⁸³ Vgl. dazu OBERHAMMER BSK (FN 71), Vor Art. 236–242 ZPO N 55, OBERHAMMER KUKO (FN 71), Art. 236 ZPO N 62; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 54), § 24 N 18.

⁸⁴ Vgl. PETER (FN 9), Art. 8a SchKG N 19 und 22.

SchKG geboten⁸⁵. Jedenfalls im Ergebnis dürfte dies dem Willen des historischen Gesetzgebers sowie der Auffassung des Bundesgerichts, kantonaler Gerichte und der herrschenden Lehre entsprechen⁸⁶. Im Übrigen kann der Kläger bei Obsiegen mit der allgemeinen negativen Feststellungsklage gestützt auf das Urteil mit der Klage nach Art. 85 SchKG die Aufhebung der Betreuung verlangen⁸⁷. Ein solches zweites gerichtliches Verfahren erscheint aus den vorstehenden Erwägungen jedoch überflüssig.

II. Prozessvoraussetzungen

1. Feststellungsinteresse

Die allgemeine Feststellungsklage ist zulässig, wenn der Kläger an der sofortigen Feststellung ein erhebliches schutzwürdiges Interesse hat⁸⁸. Dieses Feststellungsinteresse ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung namentlich gegeben, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss sind, die Fortdauer der Ungewissheit dem Kläger nicht mehr zumutbar ist, weil sie ihn in seiner Bewegungsfreiheit bzw. in seinen Entschlüssen behindert, und die Ungewissheit durch die gerichtliche Feststellung behoben werden kann⁸⁹. Das Feststellungsinteresse fehlt in der Regel, wenn dem Kläger eine Leistungs- oder Gestaltungsfrage offen steht, mit der die Rechtsunsicherheit beseitigt werden kann (Subsidiarität der Feststellungsklage)⁹⁰. Insbesondere bei negativen

Feststellungsklagen ist nach der Praxis des Bundesgerichts und kantonaler Gerichte sowie verbreiteter Lehre auch auf die Interessen des Beklagten Rücksicht zu nehmen^{91/92}. Dies lässt sich damit begründen, dass mit der negativen Feststellungsklage die Regel durchbrochen wird, dass grundsätzlich der Gläubiger und nicht der Schuldner den Zeitpunkt der Geltendmachung eines Anspruchs bestimmt, und dass die dem Gläubiger mit der negativen Feststellungsklage aufgezogene vorzeitige Prozessführung diesen benachteiligt, wenn er zur Beweisführung noch nicht in der Lage ist⁹³. Bei der negativen Feststellungsklage beurteilt sich das Feststellungsinteresse demzufolge aufgrund einer Abwägung der Interessen des Klägers und des Beklagten⁹⁴. Ein hinreichendes

Art. 88 ZPO N 6; vgl. BGE 135 III 378, 380 f., E. 2.2; BGE 125 II 152, 160, E. 2; BGE 119 II 368, 370, E. 2a; ablehnend BESSENICH/BOPP (FN 73), Art. 88 ZPO N 12 f.

⁹¹ BGE 132 III 277, 278, E. 4.2; BGE 131 III 319, 325, E. 3.5; BGE 120 II 20, 22 f., E. 3a und 24 f., E. 3b; BGer 4A_172/2010, Urteil vom 30. Juni 2010, E. 5; BGer 4A_36/2009, Urteil vom 27. Februar 2009, E. 3; BGer 4C.336/2005, Urteil vom 29. November 2005, E. 3.1.2; BGer 4P.239/2005, Urteil vom 21. November 2005, E. 3.1; BGer 4C.158/2005, Urteil vom 1. September 2005, E. 2.1; BGer 4C.364/2002, Urteil vom 31. Januar 2003, E. 2.1; KassGer NE, Urteil vom 9. September 2008, E. 5, RJN 2008, 380, 384; BESSENICH/BOPP (FN 73), Art. 88 ZPO N 10; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85a SchKG N 4 und 12; IQBAL (FN 85), 215 f.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (FN 88), N 5.7 und 6.25; SCHENKER (FN 88), Art. 88 ZPO N 7; SCHMID (FN 45), AJP/PJA 2002, 774, 776 f. und 781 f.; THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2000, N 534; VOGEL (FN 51), recht 1995, 200, 201.

⁹² FÜLLEMANN, KUSTER, MEIER und OBERHAMMER lehnen die Berücksichtigung des Interesses des Gläubigers, nicht zur Prozessführung gezwungen zu werden, bevor er dazu bereit und in der Lage ist, ab (DANIEL FÜLLEMANN, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO] Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 88 ZPO N 16; KUSTER [FN 12], AJP/PJA 2004, 1035, 1039; ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht: eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich/Basel/Genf 2010, 213; OBERHAMMER BSK [FN 71], Art. 88 ZPO N 26; OBERHAMMER KUKO [FN 71], Art. 88 ZPO N 26). Gemäss KUSTER und OBERHAMMER ist dem Gläubiger, der den Schuldner betreibt, eine negative Feststellungsklage unabhängig von den Motiven für die Betreuung ohne weiteres zumutbar (KUSTER [FN 12], AJP/PJA 2004, 1035, 1039; OBERHAMMER BSK [FN 71], Art. 88 ZPO N 26; OBERHAMMER KUKO [FN 71], Art. 88 ZPO N 26). MEIER dagegen will den Einwand zulassen, dass der Beklagte die Betreuung bloss zur Verjährungsunterbrechung angehoben habe und deshalb daraus nicht geschlossen werden könne, er wolle die Forderung definitiv beanspruchen (MEIER, a.a.O., 211).

⁹³ BGE 131 III 319, 325, E. 3.5; BGE 120 II 20, 23, E. 3a; BGer 4A_36/2009 vom 27. Februar 2009, E. 3; BGer 4C.158/2005, Urteil vom 1. September 2005, E. 2.1; BESSENICH/BOPP (FN 73), Art. 88 ZPO N 10; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85a SchKG N 4; SUTTER-SOMM (FN 91), N 534.

⁹⁴ Vgl. BGE 120 II 20, 24 f., E. 3b und 26, E. 3c; BGE 110 II 352, 358, E. 2a und 359, E. 2b; BGer 4A_36/2009, Urteil vom

⁸⁵ Vgl. YASMIN IQBAL, SchKG und Verfassung – untersteht auch die Zwangsvollstreckung dem Grundrechtsschutz?, Diss. Zürich 2005, 208 ff. und 215 f.

⁸⁶ Vgl. Botschaft (FN 28), 32; BGE 125 III 334, 336 f., E. 3; BGE 120 II 20, 21 f., E. 2c und 26, E. 3c; BGer 4C.364/2002, Urteil vom 31. Januar 2003, E. 2.1 und 2.4; KGer GR, Urteil vom 27. April 2004, E. 2c, PKG 2004 Nr. 7, 52, 53; KassGer NE, Urteil vom 9. September 2008, E. 6, RJN 2008, 380, 385; BRÖNNIMANN (FN 28), Art. 85a SchKG N 30; GASSER (FN 68), ZBJV 1996, 627, 632; GILLIÉRON (FN 21), Art. 8a SchKG N 44; KUSTER (FN 12), AJP/PJA 2004, 1035, 1037; PETER (FN 9), Art. 8a SchKG N 19 und 22; SCHMID (FN 45), AJP/PJA 2002, 774, 781; WALTER A. STOFFEL/ISABELLE CHABLOZ, Voies d'exécution, Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, 2. A., Bern 2010, § 2 N 26; a.M. MÖCKLI (FN 9), Art. 8a N 25 und 27.

⁸⁷ BGE 110 II 352, 358, E. 2a; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85a SchKG N 12; SPÜHLER (FN 21), N 743.

⁸⁸ BGE 135 III 378, 380, E. 2.2; BGE 133 III 282, 287, E. 3.5; BGE 120 II 20, 22, E. 3a; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, N 5.7; BESSENICH/BOPP (FN 73), Art. 88 ZPO N 7; URS SCHENKER, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar SHK, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010, Art. 88 ZPO N 4.

⁸⁹ BGE 135 III 378, 380, E. 2.2; BGE 131 III 319, 325, E. 3.5; BGE 120 II 20, 22, E. 3a.

⁹⁰ OBERHAMMER BSK (FN 71), Art. 88 ZPO N 17 f.; OBERHAMMER KUKO (FN 71), Art. 88 ZPO N 17 f.; SCHENKER (FN 88),

Feststellungsinteresse ist dabei zu bejahen, wenn die Interessen des Klägers überwiegen⁹⁵.

Aufgrund der Bedeutung des Betreibungsregistereintrags für die Kredit- und Vertrauenswürdigkeit des Betriebenen begründet die blossе Tatsache der Betreibung grundsätzlich ein hinreichendes Feststellungsinteresse des Betriebenen⁹⁶, solange das Einsichtsrecht Dritter ins Betreibungsregister besteht (vgl. dazu Art. 8a Abs. 4 SchKG)⁹⁷. Dies gilt jedenfalls dann, wenn namhafte Summen in Betreibung gesetzt worden sind und nicht bloss vereinzelt Betreibungen über Bagatellbeträge in Frage stehen⁹⁸. Bei geringen Beträgen⁹⁹ hingegen begründet das blossе Vorliegen einer Betreibung nach Auffassung des Bundesgerichts und gewisser kantonaler Gerichte sowie eines Teils der Lehre kein hinreichendes Feststellungsinteresse¹⁰⁰. Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass das Bundesgericht in Bezug auf die Höhe der in Betreibung gesetzten Forderung nach eigenen Angaben darauf abstellt, ob die Gefahr besteht, dass Dritte aufgrund des Betreibungsregistereintrags an der Kredit- und Vertrauenswürdigkeit des Betriebenen zweifeln¹⁰¹, und dass unter Umständen gerade

Betreibungen über kleinere Beträge den Eindruck der Zahlungsunfähigkeit erwecken können¹⁰². Der Umstand, dass der Kläger Rechtsvorschlag erhoben hat und der Beklagte das Betreibungsverfahren nicht weiterführt, schliesst ein hinreichendes Feststellungsinteresse nach der Rechtsprechung nicht aus¹⁰³. Der Zulässigkeit der Feststellungsklage können jedoch überwiegende Interessen des Betreibenden entgegenstehen¹⁰⁴. Solche scheint das Bundesgericht namentlich dann anzunehmen, wenn einzig die drohende Verjährung den Beklagten dazu veranlasst hat, die Forderung in Betreibung zu setzen, obwohl es ihm noch nicht zumutbar ist, deren Beweis anzutreten¹⁰⁵. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Beantwortung der Frage, ob die Interessen des Beklagten überwiegen, nicht nur von deren Gewicht, sondern auch vom Gewicht des Feststellungsinteresses des Klägers im Einzelfall abhängig ist¹⁰⁶. Im Übrigen ist bei der Interessenabwägung nach Rechtsprechung und Lehre ebenfalls zu berücksichtigen, ob der Beklagte den Kläger vorgängig vergeblich um eine Verjährungsverzichtserklärung ersucht hat¹⁰⁷. Die Verweigerung der Abgabe einer solchen Erklärung macht eine spätere Klage aber nicht rechtsmissbräuchlich¹⁰⁸. Das Feststellungsinteresse ist, soweit es den Sachverhalt betrifft, vom Kläger nachzuweisen¹⁰⁹. Der Nachweis des Interesses, einen vorzeitigen Prozess zu verhindern, obliegt dagegen dem Beklagten¹¹⁰.

2. Allgemeine Prozessvoraussetzungen

Für die allgemeinen Prozessvoraussetzungen kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden¹¹¹, wobei zu-

27. Februar 2009, E. 3; BGer 4C.158/2005, Urteil vom 1. September 2005, E. 2.1 und 2.4; BGer 4C.192/2004, Urteil vom 11. August 2004, E. 2.5; BGer 4C.364/2002, Urteil vom 31. Januar 2003, E. 2.1 und 2.4; OGer ZH, Beschluss vom 18. März 2003, E. 2; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85a SchKG N 4 f. und 12; IQBAL (FN 85), 215 f.; LEUENBERGER/UFFER-TÖBLER (FN 88), N 5.7 und 6.25; SCHMID (FN 45), AJP/PJA 2002, 774, 781 f.; VOGEL (FN 51), recht 1995, 200, 200 f.

⁹⁵ Vgl. BGer 4C.364/2002, Urteil vom 31. Januar 2003, E. 2.4; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85a SchKG N 12; IQBAL (FN 85), 216.

⁹⁶ BGE 132 III 277, 279, E. 4.2; BGE 120 II 20, 24, E 3b; BGer 4C.158/2005, Urteil vom 1. September 2005, E. 2.1; BGer 4C.366/2002, Urteil vom 31. Januar 2003, E. 2.4; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85a SchKG N 5 und 12; FÜLLEMANN (FN 92), Art. 88 ZPO N 10 und 17; vgl. BGE 132 III 277, 279, E. 4.2; KassGer NE, Urteil vom 9. September 2008, E. 5, RJN 2008, 380, 384 f.; IQBAL (FN 85), 215 f.

⁹⁷ FÜLLEMANN (FN 92), Art. 88 ZPO N 17; vgl. BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85a SchKG N 12.

⁹⁸ BGE 132 III 277, 279, E. 4.2; BGE 120 II 20, 24, E. 3b und 25, E. 3c; KassGer NE, Urteil vom 9. September 2008, E. 5, RJN 2008, 380, 384; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85a SchKG N 5.

⁹⁹ Gemäss MEIER (FN 92), 211, je nach Schuldner wenige 1'000 Franken oder 100 Franken, im in BGer 4P.239/2005, Urteil vom 21. November 2005, entschiedenen Fall rund 2'000 Franken.

¹⁰⁰ BGer 4P.239/2005, Urteil vom 21. November 2005, E. 3.2 f. sowie die im Sachverhalt referierten kantonalen Entscheide; MEIER (FN 92), 211; vgl. FÜLLEMANN (FN 92), Art. 88 ZPO N 10 und 17. Das Obergericht Zürich hat bei zwei Betreibungen über rund 9'000 Franken und 2'300 Franken unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls ein hinreichendes Feststellungsinteresse verneint (OGer ZH, Beschluss vom 18. März 2003, E. 2).

¹⁰¹ BGer 4P.239/2005, Urteil vom 21. November 2005, E. 3.2.

¹⁰² CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 12), 321 und 324.

¹⁰³ BGE 128 III 334, 335; BGE 120 II 20, 20, 26 E. 3d.aa und 26 f., E. 3d.bb; BGer 4C.336/2005, Urteil vom 29. November 2005, E. 3.1.1; BGer 7B.98/2002, Urteil vom 25. Juli 2002; KGer GR, Urteil vom 27. April 2004, E. 3b, PKG 2004 Nr. 7, 52, 54; KassGer NE, Urteil vom 9. September 2008, E. 5, RJN 2008, 380, 384; OGer SO, Entscheid vom 16. August 2001, E. 7, BISchK 2007 Nr. 11, 66, 66 und 67; vgl. BGE 125 III 149, 153, E. 2d.

¹⁰⁴ Vgl. BGE 132 III 277, 279, E. 4.2; BGE 120 II 20, 24 f., E. 3b; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85a SchKG N 5 und 12; IQBAL (FN 85), 215 f.

¹⁰⁵ Vgl. BGE 120 II 20, 25, E. 3b und 27, E. 3d.dd; BGer 4C.364/2002, Urteil vom 31. Januar 2003, E. 2.1; vgl. ferner BGE 132 III 277, 279, E. 4.2.

¹⁰⁶ Vgl. BGE 120 II 20, 25, E. 3b; BGer 4C.364/2002 vom 31. Januar 2003, E. 2.1; IQBAL (FN 85), 216.

¹⁰⁷ Vgl. BGE 110 II 352, 358, E. 2b; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85a SchKG N 12.

¹⁰⁸ Vgl. hinten E.II.3.

¹⁰⁹ BGE 123 III 49, 51, E. 1a; BGer 4C.348/2006, Urteil vom 17. Januar 2007, E. 2; BGer 4P.239/2005, Urteil vom 21. November 2005, E. 4.1; LEUENBERGER/UFFER-TÖBLER (FN 88), N 6.19.

¹¹⁰ BGE 120 II 20, 25, E. 3b; BGer 4C.158/2005, Urteil vom 1. September 2005, E. 2.1; vgl. BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85a SchKG N 5 und 12.

¹¹¹ Vgl. vorne C.II.4.

sätzlich zu den dort genannten Voraussetzungen eine Klagebewilligung erforderlich ist¹¹².

III. Materielle Voraussetzungen

Sachlegitimiert sind diejenigen Personen, zwischen denen ein ausreichendes Feststellungsinteresse besteht¹¹³. Die Gutheissung der Klage setzt voraus, dass die streitige Forderung bei Einleitung der Betreibung und im entscheidungsmassgebenden Zeitpunkt nicht (mehr) besteht¹¹⁴. Für die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast kann auf die vorstehenden Ausführungen¹¹⁵ verwiesen werden.

E. Klage auf Aufhebung oder Einstellung der Betreibung im summarischen Verfahren nach Art. 85 SchKG

I. Rechtsnatur, Zweck und Wirkungen

Gemäss Art. 85 SchKG kann der Betreibene «jederzeit» beim Gericht des Betreibungsortes im summarischen Verfahren (Art. 251 lit. c ZPO) die Aufhebung bzw. die Einstellung der Betreibung verlangen, wenn er durch Urkunden beweist, «dass die Schuld samt Zinsen und Kosten getilgt oder gestundet ist». Diese Klage ist rein betreibungsrechtlicher Natur¹¹⁶. Der Entscheid über die Klage hat ausschliesslich betreibungsrechtliche Wirkungen¹¹⁷, die sich nur im Rahmen der betreffenden Betreibung entfalten¹¹⁸. Über den materiellen Bestand der Betreibungsforderung äussert er sich

nicht¹¹⁹. Demzufolge kommt dem Urteil mit Bezug auf die in Betreibung gesetzte Forderung keine materielle Rechtskraft zu¹²⁰.

Art. 85 SchKG fand sich bereits in der ursprünglichen Fassung des SchKG vom 11. April 1889 und ist anlässlich der Revision des SchKG vom 16. Dezember 1994 bloss redaktionell überarbeitet worden. Dennoch ist die Funktion der Klage auf Aufhebung oder Einstellung der Betreibung im summarischen Verfahren durch die erwähnte Revision erheblich erweitert worden. Vor dem Inkrafttreten des im Rahmen der Revision von 1994 eingefügten Art. 8a SchKG diente die Klage nach Art. 85 SchKG nur der Aufhaltung der Zwangsvollstreckung. Sie stellte kein Verfahren zur Bereinigung des Betreibungsregisters dar, weil die aufgehobene Betreibung im Register aufgeführt blieb¹²¹ und mit einem entsprechenden Vermerk versehen in einem Registerauszug, den ein Dritter erlangte, weiterhin erschien¹²². Seit der Revision von 1994 führt die Aufhebung der Betreibung nach Art. 85 SchKG hingegen jedenfalls dann, wenn die Forderung bereits bei Anhebung der Betreibung nicht mehr bestanden hat¹²³, gemäss Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG dazu, dass Dritte von der Betreibung keine Kenntnis mehr erhalten¹²⁴. Damit ist die Klage nach Art. 85 SchKG auch zu einem Mittel zur Abwehr der Nachteile geworden, die das Einsichtsrecht nach Art. 8a Abs. 1 SchKG insbesondere für den wirtschaftlichen Ruf und den Kredit des Betriebenen mit sich bringen kann¹²⁵.

¹¹² LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (FN 88), N 5.2; ZÜRCHER (FN 54), Art. 59 ZPO N 57.

¹¹³ OBERHAMMER BSK (FN 71), Art. 88 ZPO N 3; OBERHAMMER KUKO (FN 71), Art. 88 ZPO N 3.

¹¹⁴ Vgl. dazu vorne D.I.

¹¹⁵ Vgl. vorne C.III.2.

¹¹⁶ Botschaft (FN 28), 68; HUNZIKER/PELLASCIO (FN 28), 98; TENCHIO (FN 32), 109; vgl. BGER 5P.8/2005, Urteil vom 3. Mai 2005, E. 1.1; KGER BL, Urteil vom 9. November 2010, E. 2d.

¹¹⁷ OGER ZH, Beschluss vom 24. Februar 2003, E. 3.2; BRÖNNIMANN (FN 28), Art. 85 SchKG N 15; HUNZIKER/PELLASCIO (FN 28), 98; TENCHIO (FN 32), 45 f.; vgl. BGE 96 I 1, 2, E. 1; BGER 5P.328/2006, Urteil vom 1. Februar 2007, E. 1.2; BGER 5P.8/2005, Urteil vom 3. Mai 2005, E. 1.1; KGER BL, Urteil vom 9. November 2010, E. 2d; BezGer Arlesheim, Urteil vom 30. April 2010 (nicht publiziert), E. 7; AMONN/WALTHER (FN 4), § 20 N 11; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85 SchKG N 1, 6 und 35 sowie Art. 85a SchKG N 7; WEINBERG (FN 36), 121.

¹¹⁸ BGE 96 I 1, 2, E. 1; BGER 5P.328/2006, Urteil vom 1. Februar 2007, E. 1.2; BGER 5P.8/2005, Urteil vom 3. Mai 2005, E. 1.1; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85 SchKG N 35; BRÖNNIMANN (FN 28), Art. 85 SchKG N 15; TENCHIO (FN 32), 45; WEINBERG (FN 36), 121.

¹¹⁹ AMONN/WALTHER (FN 4), § 20 N 5 und 11.

¹²⁰ BGE 125 III 149, 151, E. 2b.aa; KGER BL, Urteil vom 9. November 2010, E. 2d; SCHMIDT (FN 36), Art. 85 SchKG N 5; WALDER (FN 32), Art. 85 SchKG N 6.

¹²¹ OGER BL, Urteil vom 5. Dezember 1995, E. 2, BJM 1996, 324, 324 f.; WEINBERG (FN 36), 101. Das Zürcher Obergericht vertritt diese Auffassung (unzutreffenderweise) auch noch nach der Revision des SchKG von 1994 (OGER ZR, Beschluss vom 24. Februar 2003, E. 3.2 und 3.3 [vgl. dazu hinten E.II.2.d]). Auch TENCHIO (FN 32), 110 ff., ist ohne nähere Begründung der (unzutreffenden) Meinung, mit der Klage nach Art. 85 SchKG könne der Ausschluss der Mitteilung der Betreibung an Dritte nach Art. 8a Abs. 3 SchKG nicht erreicht werden.

¹²² WEINBERG (FN 36), 101.

¹²³ Vgl. dazu vorne C.I.

¹²⁴ Botschaft (FN 28), 32; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85 SchKG N 35; BRÖNNIMANN (FN 28), Art. 85 SchKG N 16; GILLIÉRON (FN 21), Art. 85 SchKG N 55; HUNZIKER/PELLASCIO (FN 28), 47; MÖCKLI (FN 9), Art. 8a SchKG N 25; PETER (FN 9), Art. 8a SchKG N 4 und 21 f.; SPÜHLER (FN 21), N 230, 723 und 728.

¹²⁵ Vgl. Botschaft (FN 28), 28 ff., insb. 30; AGER BS, Urteil vom 15. Juli 2010 (nicht publiziert), E. 2.3; GRAHAM-SIEGENTHALER/BERNHEIM (FN 29), SJZ 96 (2000) 177, 177.

II. Prozessvoraussetzungen

1. Hängige Betreibung und ausstehende Verteilung bzw. Konkureröffnung

Die Klage nach Art. 85 SchKG setzt eine hängige¹²⁶ Betreibung¹²⁷ voraus¹²⁸. Sie steht zudem nur bis zur Verteilung des Verwertungserlöses (in der Spezialexécution) bzw. zur Konkureröffnung (in der Generalexécution) zur Verfügung¹²⁹.

2. Rechtskräftiger Zahlungsbefehl?

a. Einleitung

Gemäss einem Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich¹³⁰ und Verfügungen erstinstanzlicher Zürcher Gerichte¹³¹ ist auf die Klage nach Art. 85 SchKG – wie auf diejenige nach Art. 85a SchKG – nur bei Vorliegen eines rechtskräftigen Zahlungsbefehls einzutreten. Das Kantonsgericht Basel-Landschaft, das Bezirksgericht Arlesheim sowie das Appellationsgericht und das Zivilgericht Basel-Stadt dagegen haben entschieden, dass auch nach erhobenem und nicht be-

seitigtem Rechtsvorschlag das Rechtsschutzinteresse zu bejahen und auf die Klage einzutreten ist¹³². Wie sich aus einem Urteil des Kantonsgerichts Graubünden ergibt, ist dessen Vorinstanz ebenfalls trotz erhobenem Rechtsvorschlag auf die Klage eingetreten, was vom Kantonsgericht nicht beanstandet worden ist, allerdings auch nicht zu beurteilen war¹³³. In der Literatur ist die Bedeutung eines rechtskräftigen Zahlungsbefehls für die Klage nach Art. 85 SchKG ebenfalls umstritten. Während ein Teil der Lehre einen solchen als Prozessvoraussetzung verlangt¹³⁴, bejaht ein anderer Teil der Lehre die Zulässigkeit der Klage ausdrücklich auch im Zustand des erhobenen Rechtsvorschlages¹³⁵ oder hält jedenfalls fest, dass das Verfahren bis zur Verteilung oder der Konkureröffnung jederzeit und in jedem Stadium der Betreibung durchgeführt werden könne¹³⁶. Gewisse Autoren äussern sich schliesslich im Rahmen von Art. 85 SchKG überhaupt nicht zu dieser (angeblichen) Voraussetzung¹³⁷. Das Bundesgericht hat in einem Urteil vom 1. Februar 2002¹³⁸ zu einem Fall, in dem Rechtsvorschlag erhoben worden ist, Folgendes ausgeführt [Hervorhebungen hinzugefügt]: «Will der Betriebene sich dem weiteren Zwangsvollstreckungsverfahren widersetzen, hat er zunächst die Möglichkeit, Rechtsvorschlag zu erheben, und damit ein allfälliges richterliches Verfahren herbeizuführen. Sodann steht ihm *auch* die Klage gemäss Art. 85 SchKG zu Gebote [...]» Das Bundesgericht scheint somit davon auszugehen, dass dem Schuldner das Verteidigungsmittel des Rechtsvorschlages und die Klage nach Art. 85 SchKG kumulativ zur Verfügung stehen. Einem obiter dictum in kürzlich ergangenen Bundesgerichtsentscheidungen betreffend das Nichteintreten auf Klagen nach Art. 85a SchKG scheint ebenfalls die Auffassung zugrunde zu liegen, dass der Rechtsvorschlag der Klage nach Art. 85 SchKG nicht entgegensteht. Das Bundesgericht hat dort erwogen, ein Abweichen von seiner Praxis, dass es bei erhobenem und nicht beseitigtem Rechtsvorschlag am Rechtsschutzinteresse an der Klageerhebung nach Art. 85a SchKG fehle, würde sich umso weniger rechtfertigen, «als dem betriebenen

¹²⁶ Vgl. zu diesem Begriff vorne C.II.1.

¹²⁷ Ob Art. 85 SchKG auch in der Wechselbetreibung Anwendung findet, ist umstritten (pro BRÖNNIMANN [FN 28], Art. 85 SchKG N 3; TENCHIO [FN 32], 108; contra JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN [FN 21], Art. 85 SchKG N 4 und Art. 87 SchKG N 3; SPÜHLER [FN 21], N 715; WEINBERG [FN 36], 32). Das Bundesgericht hat die Anwendbarkeit von Art. 85a SchKG auf die Wechselbetreibung bejaht, weil sich dieser im zweiten Titel des SchKG (Art. 38 bis 88 SchKG) befindet, dessen Bestimmungen für alle Betreibungsarten gälten (BGE 133 III 684, 685, E. 3.1). Diese Begründung lässt sich ohne weiteres auf Art. 85 SchKG übertragen.

¹²⁸ Botschaft (FN 28), 68; KGer BL, Urteil vom 9. November 2010, E. 2b; OGer BL, Urteil vom 5. Dezember 1995, E. 1 und 3, BJM 1996, 324, 324 und 336; BezGer Arlesheim, Urteil vom 30. April 2010 (nicht publiziert), E. 5; HUNZIKER/PELLASCIO (FN 28), 98; SPÜHLER (FN 21), N 719; WEINBERG (FN 36), 34; vgl. BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85 SchKG N 11 und 13.

¹²⁹ Botschaft (FN 28), 68; AMONN/WALTHER (FN 4), § 20 N 9; BRÖNNIMANN (FN 28), Art. 85 SchKG N 6; HUNZIKER/PELLASCIO (FN 28), 97 f.; SPÜHLER (FN 21), N 719; TENCHIO (FN 32), 108. Eine abweichende Auffassung stellt nicht auf den Zeitpunkt der Konkureröffnung, sondern auf denjenigen des Konkursbegehrens ab (BODMER/BANGERT [FN 10], Art. 85 SchKG N 11 und 14 f.; SCHMIDT [FN 36], Art. 85 SchKG N 8; STOFFEL/CHABLOZ [FN 86], § 4 N 133; WEINBERG [FN 36], 59).

¹³⁰ OGer ZH, Beschluss vom 24. Februar 2003.

¹³¹ BezGer Bülach, Verfügung vom 22. September 2009 (nicht publiziert), E. 2.3; vgl. die Nachweise bei WEINBERG (FN 36), 56 f. Die dort erwähnten Verfügungen stammen aus der Zeit vor dem Inkrafttreten von Art. 8a SchKG. Damals führte die Aufhebung der Betreibung nach Art. 85 SchKG anders als heute nicht zum Ausschluss des Einsichtsrechts Dritter (vorne E.I). Angesichts dieser Veränderung der Rechtslage kommt den von WEINBERG zitierten Verfügungen höchstens noch sehr eingeschränkte Bedeutung zu.

¹³² KGer BL, Urteil vom 9. November 2010, E. 2d und 4 (nicht publiziert); BezGer Arlesheim, Urteil vom 30. April 2010 (nicht publiziert), E. 6 und 9; AppGer BS, Urteil vom 15. Juli 2010 (nicht publiziert), E. 2.3; ZivGer BS, Urteil vom 3. November 2009 (nicht publiziert).

¹³³ KGer GR, Urteil vom 27. April 2004, E. 1 und 4, PKG 2004 Nr. 7, 52, 52 und 54 f.

¹³⁴ CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 12), 322, 345; GILLIÉRON (FN 21), Art. 85 SchKG N 20; SCHMIDT (FN 36), Art. 85 SchKG N 8; STOFFEL/CHABLOZ (FN 86), § 4 N 133.

¹³⁵ BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85 SchKG N 12 f.; GASSER (FN 45), ZBJV 2001, 285, 303; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 21), Art. 85 SchKG N 12.

¹³⁶ AMONN/WALTHER (FN 4), § 20 N 9; vgl. SPÜHLER (FN 21), N 720.

¹³⁷ BRÖNNIMANN (FN 28), Art. 85 SchKG N 6 ff.; HUNZIKER/PELLASCIO (FN 28), 97 f.

¹³⁸ BGer 7B.254/2001, Urteil vom 1. Februar 2002, E. 2b.aa.

Schuldner neben der Klage nach Art. 85a SchKG noch der Rechtsbehelf von Art. 85 SchKG sowie die allgemeine Feststellungsklage zur Verfügung stehen»¹³⁹.

b. Wortlaut

Ausgangspunkt der Auslegung einer Gesetzesbestimmung ist deren Wortlaut¹⁴⁰. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 85 SchKG kann die Klage vom Betriebenen «jederzeit» erhoben werden. «Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, 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»¹⁴¹. Ein rechtskräftiger Zahlungsbefehl darf folglich nur bei Vorliegen triftiger Gründe zur Prozessvoraussetzung der Klage nach Art. 85 SchKG erhoben werden.

c. Keine analoge Anwendung der Rechtsprechung zu Art. 85a SchKG

Das Zürcher Obergericht und das Bezirksgericht Bülach begründen ihre vorstehend erwähnten Entscheide damit, dass die in BGE 125 III 149 zur Klage nach Art. 85a SchKG entwickelten Grundsätze auf die Klage nach Art. 85 SchKG analog anzuwenden seien, weil mit beiden Klagen die Aufhebung oder Einstellung der Betreuung erreicht werden könne und dies das einzige Ziel der Klage nach Art. 85 SchKG bilde¹⁴². Bereits die Prämisse, die Klage nach Art. 85 SchKG bezwecke ausschliesslich die Aufhebung oder Einstellung der Betreuung, erscheint unzutreffend¹⁴³. Aber auch abgesehen davon ist es fraglich, ob die Voraussetzungen einer analogen Anwendung der bundesgerichtlichen Praxis erfüllt sind. Ein Analogieschluss setzt eine Gleichartigkeit der Wertungslagen¹⁴⁴ bzw. hinreichend gleich gelagerte Verhältnisse¹⁴⁵ voraus; er beruht letztlich auf dem Gleichheitssatz, wonach Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich zu behandeln ist¹⁴⁶. In einem Entscheid betreffend die internationale und örtliche Zuständigkeit hat das Bundesgericht zwar wichtige Ähnlichkeiten zwischen einer durch eine Be-

treibung ausgelösten allgemeinen negativen Feststellungsklage und den Klagen auf Aufhebung der Betreuung nach Art. 85 und Art. 85a SchKG konstatiert¹⁴⁷. Zwischen diesen Klagen bestehen jedoch auch erhebliche Unterschiede¹⁴⁸. Während die Klage nach Art. 85 SchKG ausschliesslich betriebsrechtliche Wirkungen hat¹⁴⁹, entfaltet die Klage nach Art. 85a SchKG zusätzlich zu den gleichen betriebsrechtlichen auch materiellrechtliche Wirkungen, indem nicht nur über die konkrete Betreuung, sondern auch über den dieser zugrunde liegenden materiellen Anspruch entschieden wird¹⁵⁰. Ob die Wertungslagen in Bezug auf das Erfordernis eines rechtskräftigen Zahlungsbefehls gleichartig sind, lässt sich daher nur unter Berücksichtigung der für die restriktive Praxis zu Art. 85a SchKG ins Feld geführten Gründe beurteilen.

Der Grund, weshalb die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 85a SchKG im Ergebnis Zustimmung verdient, ist in der erwähnten Doppelnatur dieser Klage zu erblicken: Jede negative Feststellungsklage – auch die Klage nach Art. 85a SchKG – führt zu der für den (angeblichen) Gläubiger nachteiligen Konsequenz, dass er gegen seinen Willen und möglicherweise zu einem für ihn ungünstigen, weil (zu) frühen Zeitpunkt dazu gezwungen wird, seine Forderung zu beweisen. Das Bundesgericht nimmt deshalb im Rahmen der allgemeinen negativen Feststellungsklage bei der Prüfung des Feststellungsinteresses eine Interessenabwägung vor, indem es dem Interesse des klagenden Betriebenen an der Feststellung des Nichtbestehens der Forderung und der Grundlosigkeit der Betreuung das Interesse des beklagten Betriebenden gegenüberstellt, den Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung seiner (angeblichen) Forderung selbst zu bestimmen¹⁵¹. Diese Interessenabwägung kann durchaus auch zuungunsten des klagenden (angeblichen) Schuldners ausgehen. Seit dem Inkrafttreten von Art. 85a SchKG wird nun aber für die Einreichung der darauf gestützten Klage das ansonsten in jedem Einzelfall zu prüfende Feststellungsinteresse gesetzlich unwiderlegbar vermutet und somit eine Interessenabwägung ausgeschlossen¹⁵². Damit hat die Einführung von Art. 85a SchKG zu einer erheblichen Verschlechterung der Rechtsposition des beklagten (angeblichen) Gläubigers geführt. Vor diesem Hintergrund ist die restriktive, mit BGE 125 III 149 begründete Rechtsprechung des Bundesgerichts

¹³⁹ BGer 5D_112/2011 bis 5D_119/2011 vom 11. Juli 2011.

¹⁴⁰ BGE 136 I 297, 299, E. 4.1; BGE 133 III 497, 499, E. 4.1; ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 3. A., Bern/München/Wien 2010, 57; vgl. BGE 135 II 195, 198, E. 6.2.

¹⁴¹ BGE 133 III 497, 499, E. 4.1; BGE 132 III 18, 20 f., E. 4.1; vgl. BGE 135 II 195, 198 f., E. 6.2.

¹⁴² OGer, ZH, Beschluss vom 24. Februar 2003, E. 3.3; BezGer Bülach, Verfügung vom 22. September 2009 (nicht publiziert), E. 2.2.

¹⁴³ Vgl. vorne C.I und E.I sowie hinten E.II.2.d.

¹⁴⁴ KRAMER (FN 140), 195 und 197.

¹⁴⁵ BGE 130 V 71, 75, E. 3.2.1; BGE 129 V 345, 346, E. 4.1; BGE 129 V 27, 30, E. 2.2.

¹⁴⁶ KRAMER (FN 140), 195 ff.

¹⁴⁷ BGE 132 III 277, 279, E. 4.3; vgl. auch BGer 4P.87/2006, Urteil vom 21. September 2006, E. 6.3.2.

¹⁴⁸ KGer BL, Urteil vom 9. November 2010, E. 2d; vgl. AGer BS, Urteil vom 15. Juli 2010 (nicht publiziert), E. 2.2.

¹⁴⁹ Vgl. KGer BL, Urteil vom 9. November 2010 E. 2d; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85 SchKG N 1, 6 und 35 sowie Art. 85a SchKG N 7; vgl. ferner vorne E.I.

¹⁵⁰ Vgl. KGer BL, Urteil vom 9. November 2010, E. 2d; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85 SchKG N 6 sowie Art. 85a SchKG N 2 f., 7 und 30 ff.; vgl. ferner vorne C.I.

¹⁵¹ Vgl. vorne D.II.1.

¹⁵² Vgl. vorne C.II.3.

im Ergebnis sachgerecht: Den (angeblichen) Gläubiger ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls zu einem Zeitpunkt zum Beweis seiner Forderung zu zwingen, zu dem er dazu möglicherweise noch nicht in der Lage ist, erscheint nur dann gerechtfertigt, wenn sich der klagende (angebliche) Schuldner aufgrund eines rechtskräftigen Zahlungsbefehls in einem gewissen Sinne in einem Notstand befindet. Bei der Klage nach Art. 85 SchKG dagegen droht dem Beklagten aufgrund deren rein betreibungsrechtlichen Wirkung, anders als bei der allgemeinen negativen Feststellungsklage, keinerlei Anspruchsverlust¹⁵³. Im Rahmen einer Klage nach Art. 85 SchKG ist deshalb weder eine Abwägung der Interessen des Betriebenen mit denjenigen des Betreibenden noch eine Beschränkung der Zulässigkeit auf Notlagen erforderlich¹⁵⁴.

Das Bundesgericht begründet seine restriktive Rechtsprechung zu Art. 85a SchKG ferner damit, dass Art. 85a Abs. 2 SchKG die vorläufige Einstellung der Betreibung vorsehe, was voraussetze, dass der Zahlungsbefehl rechtskräftig sei, weil bei erhobenem und nicht beseitigtem Rechtsvorschlag die Einstellung der Betreibung bereits Tatsache sei und damit nicht nochmals (als vorsorgliche Massnahme) verfügt werden könne¹⁵⁵. Eine entsprechende, mit Art. 85a Abs. 2 SchKG vergleichbare Bestimmung fehlt jedoch in Art. 85 SchKG.

Schliesslich führt das Bundesgericht zur Begründung seines Entscheids, wonach die Klage nach Art. 85a SchKG einen rechtskräftigen Zahlungsbefehl voraussetzt, unter Verweis auf die Botschaft des Bundesrats aus, der Gesetzgeber habe dem Betriebenen damit als «Notbehelf» ein zusätzliches Verteidigungsmittel zur Verfügung stellen wollen¹⁵⁶. Auch diese Begründung lässt sich nicht auf die Klage nach Art. 85 SchKG übertragen. Diese Klagemöglichkeit war bereits in der ursprünglichen Fassung des SchKG vorgesehen und bestand damit bereits vor dem Inkrafttreten von Art. 85a SchKG. Zudem ist den Materialien nicht zu entnehmen, dass es sich dabei um einen Notbehelf handeln soll. Folglich darf die Klagemöglichkeit nach Art. 85 SchKG nicht durch Statuierung einer (weiteren) Prozessvoraussetzung (rechtskräftiger Zahlungsbefehl) zu einem (weiteren, zu Art. 85a SchKG hinzutretenden) Notbehelf degradiert werden.

Zusammenfassend fehlt es somit an einer Gleichartigkeit der Wertungslagen, die es rechtfertigen würde, die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 85a SchKG auf die Klage nach Art. 85 SchKG zu übertragen.

d. Keine anderen triftigen Gründe für eine zusätzliche Prozessvoraussetzung

Das Zürcher Obergericht und das Bezirksgericht Bülach begründen das Erfordernis eines rechtskräftigen Zahlungsbefehls des Weiteren damit, dass die Klage nach Art. 85 SchKG nicht allein zur Bereinigung des Betreibungsregisters erhoben werden könne, weil Art. 85 SchKG «den Schutz des Schuldners aus materiellrechtlichen Gründen bewirken und (wie insbesondere auch die Klage nach Art. 85a SchKG) als Korrektiv für die sachlich nicht gerechtfertigten Folgen der Formstrenge des Betreibungsverfahrens dienen und dazu beitragen [solle], dass der Grundsatz «keine Betreibung ohne wirkliche und fällige Schuld» verwirklicht werden kann»¹⁵⁷. Auch diese Begründung vermag nicht zu überzeugen. Entgegen der Auffassung des Zürcher Obergerichts¹⁵⁸ bildet die Aufhebung oder Einstellung der Betreibung keineswegs das einzige Ziel der Klage nach Art. 85 SchKG. Wie bereits erwähnt, sollte mit dem Erlass von Art. 8a SchKG zum Schutz der Persönlichkeit des Betriebenen gewährleistet werden, dass insbesondere aufgrund einer Klage nach Art. 85 SchKG aufgehobene Betreibungen Dritten nicht mehr zur Kenntnis gebracht werden¹⁵⁹. Seit der Revision von 1994 dient die Klage nach Art. 85 SchKG damit einem doppelten Zweck: einerseits der Aufhaltung der Zwangsvollstreckung, andererseits dem Schutz des Betriebenen vor den Nachteilen der Kenntnissgabe des Betreibungsregistereintrags an Dritte¹⁶⁰. Weshalb einer dieser beiden Zwecke nicht genügen sollte, um ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse und damit das Eintreten auf die Klage zu begründen, ist nicht ersichtlich, zumal das Ziel der Beseitigung der negativen Folgen eines Betreibungsregistereintrags nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung¹⁶¹ sogar ein hinreichendes Feststellungsinteresse an einer materiellrechtlichen Feststellungsklage begründen kann.

In der Literatur wird zur Begründung des Erfordernisses eines rechtskräftigen Zahlungsbefehls darauf hingewiesen, dass die Betreibung von Gesetzes wegen eingestellt ist (Art. 78 Abs. 1 SchKG), solange der Rechtsvorschlag nicht definitiv beseitigt worden ist¹⁶². Diese Argumentation greift zu kurz. Sie berücksichtigt nicht, dass die Gutheissung der Klage nach Art. 85 SchKG im Falle der Tilgung (oder des Nichtbestands¹⁶³) der Forderung nicht nur zur Einstellung,

¹⁵³ KGer BL, Urteil vom 9. November 2010, E. 2d; vgl. BezGer Arlesheim, Urteil vom 30. April 2010 (nicht publiziert), E. 8.

¹⁵⁴ Das Kantonsgericht Basel-Landschaft hat im vorstehend erwähnten Entscheid (vgl. vorne E.II.2.a) allerdings eine Interessenabwägung vorgenommen (KGer BL, Urteil vom 9. November 2010, E. 2c).

¹⁵⁵ BGE 125 III 149, 153, E. 2c.

¹⁵⁶ BGE 125 III 149, 151 f., E. 2c.

¹⁵⁷ OGer ZH, Beschluss vom 24. Februar 2003, E. 3.2; vgl. BezGer Bülach, Verfügung vom 22. September 2009 (nicht publiziert), E. 2.1.

¹⁵⁸ OGer ZH, Beschluss vom 24. Februar 2003, E. 3.3.

¹⁵⁹ Vgl. Botschaft (FN 28), 28 ff., insb. 30.

¹⁶⁰ Vgl. GRAHAM-STIEGENTHALER/BERNHEIM (FN 29), SJZ 96 (2000) 177, 177.

¹⁶¹ BGE 132 III 277, 279, E. 4.2; BGE 120 II 20, 24, E. 3b; BGer 4C.158/2005, Urteil vom 1. September 2005, E. 2.1; BGer 4C.366/2002, Urteil vom 31. Januar 2003, E. 2.4.

¹⁶² Vgl. SCHMIDT (FN 36), Art. 85 SchKG N 8.

¹⁶³ Vgl. dazu hinten E.III.2.b.

sondern zur Aufhebung der Betreuung führt, und dass durch diese nicht nur die Zwangsvollstreckung aufgehalten, sondern auch das Einsichtsrecht eingeschränkt wird.

Weitere Gründe, die dafür sprechen könnten, die Klage nach Art. 85 SchKG vom Vorliegen eines rechtskräftigen Zahlungsbefehls abhängig zu machen, sind nicht ersichtlich. Folglich ist die Klage während einer hängigen Betreuung bis zur Verteilung bzw. Konkurseröffnung entsprechend dem Wortlaut «jederzeit» und damit auch nach erhobenem Rechtsvorschlag zuzulassen.

3. Rechtsschutzinteresse

Das Rechtsschutzinteresse wird dadurch begründet, dass die Klage nach Art. 85 SchKG dem Betriebenen die Möglichkeit gibt, die Zwangsvollstreckung aufzuhalten¹⁶⁴ und/oder die Kenntnisgabe der Betreuung an Dritte zu verhindern¹⁶⁵. Es ergibt sich somit ohne weiteres aus der Tatsache des Betriebenseins. Dabei ist nochmals darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht auch nach Einführung seiner restriktiven Praxis zu Art. 85a SchKG jedenfalls bei namhaften Summen ein schutzwürdiges Interesse des Betriebenen, die Bekanntgabe der Betreuung an Dritte zu verhindern, anerkannt hat¹⁶⁶. Da dieses Interesse mit einer Klage nach Art. 85 SchKG auch nach erhobenem Rechtsvorschlag gewahrt werden kann, ist das Rechtsschutzinteresse auch bei beständigem Rechtsvorschlag gegeben¹⁶⁷.

Verjährungsverzichtserklärungen sind zwar üblich. Es steht dem (angeblichen) Schuldner aber frei, die Abgabe einer solchen zu verweigern¹⁶⁸, weil keinerlei Rechtspflicht dazu besteht¹⁶⁹. Die Klage nach Art. 85 SchKG kann deshalb nicht als rechtsmissbräuchlich betrachtet werden, nur weil der Kläger einem vorgängigen Ersuchen des Beklagten um Abgabe einer Verjährungsverzichtserklärung nicht nachgekommen ist und dieser die Betreuung angeblich zur Verjährungsunterbrechung eingeleitet hat¹⁷⁰. Der vergebliche

Versuch, eine solche Erklärung erhältlich zu machen, kann aber unter Umständen für die Frage der Zulässigkeit einer späteren allgemeinen negativen Feststellungsklage relevant sein¹⁷¹.

4. Weitere allgemeine Prozessvoraussetzungen

Für die weiteren allgemeinen Prozessvoraussetzungen kann vollumfänglich auf die Ausführungen zu Art. 85a SchKG verwiesen werden¹⁷².

III. Materielle Voraussetzungen

1. Sachlegitimation

Nach überwiegender Lehre sind nicht nur der als Schuldner Betriebene^{173/174} aktivlegitimiert, sondern auch der Drittpfandeneigentümer und der Ehegatte, dem ebenfalls ein Zahlungsbefehl zuzustellen ist¹⁷⁵. Passivlegitimiert ist der Betreibende^{176/177}.

2. Urkundenbeweis von Tilgung, Stundung oder Nichtbestand der Forderung

a. Tilgung

Tilgung i.S.v. Art. 85 SchKG bedeutet Erlöschen der Schuld, sei es zufolge Zahlung, sei es zufolge eines anderen Grundes, der den materiellen Untergang der Forderung bewirkt¹⁷⁸, wie etwa Schuldverlass¹⁷⁹.

b. Ursprünglicher Nichtbestand der Forderung

Da eine Betreuung auch für eine unbegründete Forderung eingeleitet werden kann, stellt sich die Frage, ob der Betriebene die Aufhebung der Betreuung über den Wortlaut von

¹⁶⁴ Vgl. AMONN/WALTHER (FN 4), § 20 N 3; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85 SchKG N 4 und 12; WEINBERG (FN 36), 24 f.

¹⁶⁵ BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85 SchKG N 4 und 12; vgl. SPÜHLER (FN 21), N 714; WALDER (FN 32), Art. 85 SchKG N 6; vgl. dazu eingehend vorne C.I, E.I und E.II.2.d.

¹⁶⁶ BGE 132 III 277, 279, E. 4.2; BGer 4C.158/2005, Urteil vom 1. September 2005, E. 2.1; BGer 4C.366/2002, Urteil vom 31. Januar 2003, E. 2.4; gl.M. KGer BL, Urteil vom 9. November 2010, E. 2c und 2d; BezGer Arlesheim, Urteil vom 30. April 2010 (nicht publiziert), E. 6.

¹⁶⁷ Vgl. KGer BL, Urteil vom 9. November 2010, E. 2d; BezGer Arlesheim, Urteil vom 30. April 2010 (nicht publiziert), E. 6 und 9; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85 SchKG N 4 und 12; WALDER (FN 32), Art. 85 SchKG N 6.

¹⁶⁸ BGer 7B.182/2005 und 7B.183/2005, Urteil vom 1. Dezember 2005, E. 2.4.

¹⁶⁹ KGer BL, Urteil vom 9. November 2010, E. 3; AppGer BS, Urteil vom 15. Juli 2010 (nicht publiziert), E. 2.3.

¹⁷⁰ KGer BL, Urteil vom 9. November 2010, E. 3; vgl. AppGer BS, Urteil vom 15. Juli 2010 (nicht publiziert), E. 2.3.

¹⁷¹ Vgl. dazu vorne D.II.1.

¹⁷² Vgl. vorne C.II.4.

¹⁷³ BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85 SchKG N 32; GILLIÉRON (FN 21), Art. 85 SchKG N 67; WEINBERG (FN 36), 114.

¹⁷⁴ Oder dessen Universalsukzessoren, gegenüber denen die Betreuung fortgesetzt werden kann (BODMER/BANGERT [FN 10], Art. 85 SchKG N 32; WEINBERG [FN 36], 114; vgl. GILLIÉRON [FN 21], Art. 85 SchKG N 67).

¹⁷⁵ BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85 SchKG N 32; BRÖNNMANN (FN 28), Art. 85 SchKG N 12; vgl. GILLIÉRON (FN 21), Art. 85 SchKG N 67.

¹⁷⁶ BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85 SchKG N 32; GILLIÉRON (FN 21), Art. 85 SchKG N 67; WEINBERG (FN 36), 114.

¹⁷⁷ Oder sein Rechtsnachfolger (BODMER/BANGERT [FN 10], Art. 85 SchKG N 32; GILLIÉRON [FN 21], Art. 85 SchKG N 67; WEINBERG [FN 36], 114).

¹⁷⁸ OGer AG, Entscheid vom 22. August 1985, E. 2a, AGVE 1985, 48, 49 f.; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85 SchKG N 16.

¹⁷⁹ BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85 SchKG N 19; BRÖNNMANN (FN 28), Art. 85 SchKG N 7.

Art. 85 SchKG hinaus auch dann verlangen kann, wenn er durch Urkunden beweist, dass die in Betreibung gesetzte Forderung gar nie bestanden hat. Die herrschende Lehre bejaht diese Möglichkeit¹⁸⁰. Das Bundesgericht hat in einem Urteil von Anfang des letzten Jahrhunderts entschieden, ein auf eine negative Feststellungsklage hin ergangenes Urteil, mit dem festgestellt wird, dass die in Betreibung gesetzte Forderung nie bestanden hat, könne nicht einer Urkunde gleichgestellt werden, die im Sinne von Art. 85 SchKG die Tilgung der Schuld beweist¹⁸¹. In einem späteren Entscheid betreffend eine offenbar mit dem ursprünglichen Nichtbestand der in Betreibung gesetzten Forderung begründete allgemeine negative Feststellungsklage hat es dagegen festgehalten, dass mit einer negativen Feststellungsklage die Voraussetzungen für eine Aufhebung der Betreibung nach Art. 85 SchKG geschaffen werden können¹⁸². Damit hat das Bundesgericht implizit anerkannt, dass die Klage nach Art. 85 SchKG auch mit dem ursprünglichen Nichtbestand der Forderung begründet werden kann. Da es sich im erwähnten Entscheid mit seinem früheren Urteil nicht auseinandergesetzt hat, lässt sich allerdings nicht mit Gewissheit sagen, ob es die frühere Rechtsprechung tatsächlich aufgegeben hat. In der kantonalen Rechtsprechung wird die Möglichkeit der Aufhebung der Betreibung nach Art. 85 SchKG bei urkundlichem Beweis des ursprünglichen Nichtbestands der Schuld teilweise bejaht^{183/184} und teilweise verneint¹⁸⁵.

¹⁸⁰ ERNST BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 191, 315, Fn. 5; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85 SchKG N 26; BRÖNNIMANN (FN 28), Art. 85 SchKG N 4; HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDERBOHNER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. I, 3. A., Zürich 1984, § 22 N 2; HUNZIKER/PELLASCIO (FN 28), 98; JÜRIG ROTH, Vorläufige Vollstreckbarkeit und Vollstreckung, AJP/PJA 2011, 771, 774; MIGUEL SOGO, Internationale Vollstreckbarkeit provisorischer Rechtsöffnungsentscheide nach LugÜ, AJP/PJA 2005, 808, 819; SPÜHLER (FN 21), N 718; TENCHIO (FN 32), 45; WEINBERG (FN 36), 85; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 21), Art. 85 SchKG N 8.

¹⁸¹ BGE 42 II 335, 337, E. 1.

¹⁸² BGE 110 II 352, 357, E. 2a.

¹⁸³ KGer BL, Urteil vom 9. November 2010, E. 5; OGer LU, SchKK, Entscheid vom 25. Januar 1978, LGVE 1978 I Nr. 446, 508 = BISchK 1982 Nr. 38, 145, 145; Gerichtskommission Rorschach, Entscheid vom 6. Dezember 1984, SJZ 81 (1985), Nr. 41, 216, 216.

¹⁸⁴ Die Erwägungen, in denen die Möglichkeit der Aufhebung der Betreibung wegen ursprünglichen Nichtbestands der Forderung bejaht wird, beziehen sich teilweise nur auf Einwendungen, die dem Betriebenen erst nach dem Rechtsöffnungsverfahren zur Verfügung stehen (OGer LU, SchKK, Entscheid vom 25. Januar 1978, LGVE 1978 I Nr. 446, 508 = BISchK 1982 Nr. 38, 145, 145; OGer LU, SchKK, Entscheid vom 24. Februar 1977, E. 1 und 2, LGVE 1977 I Nr. 387, 442, 442 und 444; FRITZSCHE/WALDER [FN 180], § 22 N 2). Abgesehen von den Beschränkungen, die sich aus der materiellen Rechtskraft eines allfälligen materiellen Urteils ergeben, ist diese Einschränkung

Die Klage nach Art. 85 SchKG soll zur Verwirklichung des Grundsatzes «keine Betreibung ohne wirkliche und fällige Schuld» beitragen¹⁸⁶. Zudem gewährleistet sie in Verbindung mit Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG den Schutz des Betriebenen vor den nachteiligen Folgen des Betreibungsregistereintrags im Falle grundlos angehobener Betreibungen¹⁸⁷. Diese Zwecke von Art. 85 SchKG gebieten es, die Betreibung auch dann in diesem Verfahren aufzuheben, wenn der ursprüngliche Nichtbestand der Schuld durch Urkunden bewiesen wird. Wer überhaupt nichts schuldet, kann keinen geringeren Schutz geniessen als derjenige, der seine Schulden erst nach Einleitung einer Betreibung begleicht¹⁸⁸. Für diese Auslegung spricht auch, dass die Tilgung und der Nichtbestand der Forderung in Art. 85a SchKG einander ebenfalls gleichgestellt werden. In Judikatur und Literatur wird teilweise als Beweisurkunde für den ursprünglichen Nichtbestand nur ein rechtskräftiges Urteil, mit dem insbesondere eine negative Feststellungsklage gutgeheissen oder eine Leistungsklage abgewiesen¹⁸⁹ worden ist, er-

abzulehnen. Art. 85 SchKG steht auch demjenigen Betriebenen zur Verfügung, der bereits früher Gelegenheit gehabt hätte, sich auf Tilgung oder Stundung zu berufen, dies aber schuldhaft versäumt hat (BODMER/BANGERT [FN 10], Art. 85 SchKG N 5 und 13; WEINBERG [FN 36], 28 f.). Die Klage ist selbst dann zulässig, wenn im Rechtsöffnungsverfahren die Einrede der Tilgung oder Stundung gar nicht erhoben oder abgewiesen worden ist (SchKK LU, Entscheid vom 19. April 1956, BISchK 1958, 144, 145; BLUMENSTEIN [FN 180], 315; BODMER/BANGERT [FN 10], Art. 85 SchKG N 13; CARL JAEGER, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. A., Zürich 1911, Art. 85 SchKG N 7; WEINBERG [FN 36], 54). Belanglos ist auch, ob die Tilgung vor oder nach Anhebung der Betreibung erfolgt ist (BODMER/BANGERT [FN 10], Art. 85 SchKG N 13; WEINBERG [FN 36], 29 und 55) und ob Rechtsvorschlag erhoben worden ist oder nicht (BODMER/BANGERT [FN 10], Art. 85 SchKG N 13; WEINBERG [FN 36], 54 f.). Hingegen ist die Rechtskraft eines allfälligen materiellen Urteils zu berücksichtigen. Diese schliesst alle Einwendungen aus, die dem Schuldner bereits im damaligen Verfahren zur Verfügung gestanden haben (BODMER/BANGERT [FN 10], Art. 85 SchKG N 13; vgl. SchKK LU, Entscheid vom 19. April 1956, BISchK 1958, 144, 145; WEINBERG [FN 36], 55; vgl. ferner BGER 5C.234/2000, Urteil vom 22. Februar 2001, E. 2b [zu Art. 85a SchKG]).

¹⁸⁵ OGer AG, Entscheid vom 22. August 1985, E. 2a, AGVE 1985, 48, 50 f. = SJZ 83 (1987) Nr. 1, 10, 11 f.; KGer FR, Entscheid vom 14. Mai 1968, SJZ 66 (1970) Nr. 69, 139, 139; OGer ZH, Entscheid vom 14. April 1983, E. 3, ZR 83 (1984) Nr. 77, 185, 186.

¹⁸⁶ OGer ZH, Beschluss vom 24. Februar 2003, E. 3.2; WEINBERG (FN 36), 89; vgl. KGer BL, Urteil vom 9. November 2010, E. 5.

¹⁸⁷ Vgl. Botschaft (FN 28), 28 ff., insb. 30.

¹⁸⁸ SPÜHLER (FN 21), N 718.

¹⁸⁹ Mit jedem in Rechtskraft erwachsenen Sachurteil über eine Leistungsklage stellt das Gericht bei Abweisung der Klage rechtsverbindlich fest, dass die der Klage zugrunde liegende Forderung nicht besteht (ADRIAN STAEHELIN, Zur Feststellungsklage im schweizerischen Zivilprozess, in: Daniel Noll/Oscar Olano [Hrsg.], «Im Namen des Obergerichts» Festschrift

wähnt¹⁹⁰. Ein rechtskräftiges Urteil ist aber nicht das einzige zulässige Beweismittel für den Nichtbestand der Forderung. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb für den Beweis der Tilgung oder Stundung der Schuld jegliche Arten von Urkunden, für den Beweis des Nichtbestands der Schuld hingegen ausschliesslich rechtskräftige Urteile in Frage kommen sollten. Somit kann die Aufhebung der Betreibung nach Art. 85 SchKG insbesondere auch gestützt auf ein negatives Schuldanerkenntnis verlangt werden, unabhängig davon, ob die betreffende Forderung tatsächlich einmal bestanden hat oder nicht¹⁹¹. Ein solches ist namentlich auch in einer Saldoquittung enthalten¹⁹². Dementsprechend haben das Kantonsgericht Basel-Landschaft, das Bezirksgericht Arlesheim und das Zivilgericht Basel-Stadt einen Vergleich mit negativer Schuldanererkennung und Saldo-Klausel als Urkundenbeweis für den Nichtbestand der Forderung, der die Aufhebung der Betreibung nach Art. 85 SchKG rechtfertigt, anerkannt¹⁹³.

c. Beweis

Im Verfahren nach Art. 85 SchKG ist nur der Urkundenbeweis zulässig. Zudem wird ein strikter Beweis gefordert und genügt blosser Glaubhaftmachung nicht¹⁹⁴. Diese Beweisforderungen gelten für beide Parteien, also auch für einen

zur Pensionierung von Frau Dr. Magdalena Rutz, Recht und Politik im Kanton Basel-Landschaft, Bd. 23, Liestal 2004, 183, 183).

¹⁹⁰ Vgl. OGer LU, SchKK, Entscheid vom 25. Januar 1978, LGVE 1978 I Nr. 446, 508 = BISchK 1982 Nr. 38, 145; OGer LU, SchKK, Entscheid vom 24. Februar 1977, E. 1 und 2, LGVE 1977 I Nr. 387, 442, 442 und 444; Gerichtskommission Rorschach, Entscheid vom 6. Dezember 1984, SJZ 81 (1985) Nr. 41, 216; Hinweis in KGer GR, Urteil vom 27. April 2004, E. 4, PKG 2004 Nr. 7, 52, 54; BLUMENSTEIN (FN 180), 315, Fn. 5; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85 SchKG N 26; FRITZSCHE/WALDER-BOHNER (FN 180), § 22 N 2; WEINBERG (FN 36), 84 ff.

¹⁹¹ Mit dem negativen Schuldanerkenntnis wird festgestellt, dass eine ungewisse oder streitige Forderung nicht bestehe. Soweit die Forderung tatsächlich besteht, handelt es sich um einen Schulderlass (Art. 115 OR) (PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 9. A., Zürich/Basel/Genf 2008, N 3134; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. A., Bern 2009, N 79.05).

¹⁹² BGE 127 III 444, 444, E. 1a; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (FN 191), N 2409; SCHWENZER (FN 191), N 76.05.

¹⁹³ KGer BL, Urteil vom 9. November 2010, E. 5; BezGer Arlesheim, Urteil vom 30. April 2010 (nicht publiziert), E. 11, 17 und 23; ZivGer BS, Urteil vom 3. November 2009 (nicht publiziert), bestätigt durch AppGer BS, Urteil vom 15. Juli 2010 (nicht publiziert) (Willkürkognition).

¹⁹⁴ BGer 5P.8/2005 vom 3. Mai 2005, E. 3.1; KGer BL, Urteil vom 9. November 2010, E. 5; BezGer Arlesheim, Urteil vom 30. April 2010 (nicht publiziert), E. 13; BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85 SchKG N 31 und 33 f.; BRÖNNIMANN (FN 28), Art. 85 SchKG N 13 f.; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 21), Art. 85 SchKG N 2; SCHMIDT (FN 36), Art. 85 SchKG N 5.

allfälligen Gegenbeweis des Gläubigers¹⁹⁵. Dieser hat somit für die von ihm behaupteten Tatsachen den strikten Urkundenbeweis zu erbringen¹⁹⁶. In einem Fall, in dem sich ein Schuldner auf eine Vereinbarung mit Saldoklausel berufen und der Gläubiger gegen diese Vereinbarung Willensmängel geltend gemacht hat, hat das Bundesgericht entschieden, dass der Gläubiger die behaupteten Willensmängel durch Urkunden beweisen müsste und dass das Vorliegen von Willensmängeln im Verfahren nach Art. 85 SchKG mangels Möglichkeit des Urkundenbeweises nicht geprüft werden könne¹⁹⁷. Folglich kann eine Betreibung mittels Klage nach Art. 85 SchKG aufgehoben werden, wenn der Betreibende seine Forderung trotz des Abschlusses eines Vergleichs mit Saldoklausel oder der Abgabe eines negativen Schuldanerkenntnisses in Betreibung setzt mit der Begründung, seine Erklärung sei mit einem Willensmangel behaftet gewesen¹⁹⁸.

F. Verhältnis zwischen Rechtsvorschlag, den Klagen nach Art. 85 und Art. 85a SchKG sowie der allgemeinen negativen Feststellungsklage

Die Klage nach Art. 85a SchKG ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung unzulässig, wenn Rechtsvorschlag erhoben und dieser weder definitiv beseitigt, noch vorbehaltlos zurückgezogen worden ist¹⁹⁹. Die Klage nach Art. 85 SchKG dagegen steht nach richtiger Auffassung unabhängig von der Erhebung des Rechtsvorschlages offen²⁰⁰. Zu klären bleibt das Verhältnis zwischen diesen beiden Klagen. In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, die Klagen nach Art. 85 und Art. 85a SchKG stünden dem Betreibenden alternativ zur Verfügung²⁰¹. Aufgrund der Materialien sowie der Abwägung der Interessen des Betreibenden und des Betrie-

¹⁹⁵ BGer 5P.8/2005, Urteil vom 3. Mai 2005, E. 3.1; BGer 5P.138/2002, Urteil vom 31. Mai 2002, E. 3b.cc; KGer BL, Urteil vom 9. November 2010, E. 5; BezGer Arlesheim, Urteil vom 30. April 2010 (nicht publiziert), E. 14; BRÖNNIMANN (FN 28), Art. 85 SchKG N 14; a.M. BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85 SchKG N 33b.

¹⁹⁶ BGer 5P.138/2002, Urteil vom 31. Mai 2002, E. 3b.cc.

¹⁹⁷ BGer 5P.8/2005, Urteil vom 3. Mai 2005, E. 3.2 und 3.3.

¹⁹⁸ Vgl. KGer BL, Urteil vom 9. November 2010, E. 5; BezGer Arlesheim, Urteil vom 30. April 2010 (nicht publiziert), E. 11, 17 und 23; ZivGer BS, Urteil vom 3. November 2009 (nicht publiziert), bestätigt durch AppGer BS, Urteil vom 15. Juli 2010 (nicht publiziert) (Willkürkognition).

¹⁹⁹ Vgl. vorne C.II.2.

²⁰⁰ Vgl. vorne E.II.2.

²⁰¹ BODMER/BANGERT (FN 10), Art. 85 SchKG N 6 und Art. 85a SchKG N 7; GRAHAM-SIEGENTHALER/BERNHEIM (FN 29), SJZ 96 (2000) 177, 179; HUNZIKER/PELLASCIO (FN 28), 98; TENCHIO (FN 32), 111 f.

benen ist jedoch mit anderen Autoren²⁰² anzunehmen, dass die Klage nach Art. 85a SchKG zu derjenigen nach Art. 85 SchKG subsidiär ist. Die Klage nach Art. 85a SchKG stellt gemäss der Botschaft ein zusätzliches Verteidigungsmittel dar, mit dem verhindert werden soll, dass der Betriebene zur Vermeidung der Vollstreckung gezwungen ist, eine Nichtschuld oder vor Fälligkeit zu bezahlen, wenn er «mangels entschuldbarer Säumnis weder die Rechtswohlthat des nachträglichen Rechtsvorschlags erlangen noch – mangels entsprechender Urkunden – mit Erfolg die rein betriebsrechtliche Aufhebungsklage des Artikels 85 anstrengen [kann]»²⁰³. Durch diese Lösung werden die Interessen der Betroffenen angemessen berücksichtigt. Mit der Klage nach Art. 85a SchKG wird der Betreibende unter der Gefahr des materiellen Rechtsverlusts zu einem Zeitpunkt zum Beweis seiner Forderung gezwungen, zu dem er dazu möglicherweise noch nicht in der Lage ist, ohne dass seine Interessen gegen diejenigen des Betriebenen abgewogen werden. Eine solche Beeinträchtigung der Interessen des Betreibenden rechtfertigt sich nur, wenn dem Betriebenen keine andere Möglichkeit zur Aufhaltung der Zwangsvollstreckung mehr offen steht. Dies ist nur dann der Fall, wenn einerseits die Möglichkeit zur Erhebung des Rechtsvorschlags nicht genutzt oder dieser rechtskräftig beseitigt worden ist und der Betriebene andererseits mangels geeigneter Urkunde keine Klage nach Art. 85 SchKG ergreifen kann. Diese Klage beeinträchtigt die Interessen des Betreibenden viel weniger, weil ihre Wirkungen auf die laufende Betreibung beschränkt sind. Dass die Klagen gemäss Art. 85a und Art. 85 SchKG zueinander in einem Subsidiaritätsverhältnis stehen, scheint auch das Bundesgericht anzunehmen, wenn es zwecks Begründung seiner Rechtsprechung zu Art. 85a SchKG, wonach diese Klage einen blossen Notbehelf darstelle und deshalb nach erhobenem Rechtsvorschlag nicht mehr zur Verfügung stehe, auf die soeben zitierte Stelle der Botschaft verweist²⁰⁴. Dies dürfte ebenfalls der Auffassung des Kantonsgerichts Basel-Landschaft entsprechen²⁰⁵. Ein obiter dictum in kürzlich ergangenen Bundesgerichtsentscheiden könnte allerdings auch als Bekenntnis zur Alternativität zwischen den Klagen nach Art. 85 und Art. 85a SchKG verstanden werden. Das Bundesgericht hält dort fest, ein Abweichen von seiner Praxis zu Art. 85a SchKG würde sich umso weniger rechtfertigen, «als dem betriebenen Schuldner *neben*

der Klage nach Art. 85a SchKG noch der Rechtsbehelf von Art. 85 SchKG» zur Verfügung stehe²⁰⁶.

Die allgemeine negative Feststellungsklage steht grundsätzlich unabhängig von der Erhebung des Rechtsvorschlags und alternativ zu den Klagen nach Art. 85 und Art. 85a SchKG offen. Dem Umstand, dass die Betreibung durch Rechtsvorschlag gehemmt ist oder dass dem Betriebenen noch andere Verteidigungsmittel zur Verfügung stehen, kann im Rahmen der Abwägung der Interessen von Kläger und Beklagtem Rechnung getragen werden.

G. Fazit

Die Geltendmachung der Nichtigkeit der Betreibung mittels betriebsrechtlicher Beschwerde nach Art. 17 SchKG oder Aufsichtsanzeige nach Art. 13 SchKG ist insoweit ein sehr geeignetes Mittel zur Beseitigung der negativen Auswirkungen des Betreibungsregistereintrags einer grundlosen Betreibung, als das Verfahren kostenlos ist (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG)²⁰⁷ und die Feststellung der Nichtigkeit zweifellos zum Ausschluss des Einsichtsrechts Dritter führt. Da die blosser Grundlosigkeit der Betreibung noch lange nicht bedeutet, dass diese nichtig ist²⁰⁸, führt der genannte Weg aber nur in Ausnahmefällen zum Ziel²⁰⁹.

Die Klage auf Aufhebung der Betreibung im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren nach Art. 85a SchKG ist jedenfalls für den vorsichtigen grundlos Betriebenen in aller Regel wertlos²¹⁰, weil sie nach erhobenem Rechtsvorschlag nicht mehr offen steht²¹¹.

Die allgemeine negative Feststellungsklage ist in vielen Fällen das einzige Mittel, das dem grundlos Betriebenen zur Verfügung steht. Angesichts zumindest missverständlicher Bundesgerichtsentscheide zu dieser Frage besteht aber keine absolute Sicherheit, dass damit das Ziel der Unterdrückung des Betreibungsregistereintrags gegenüber Dritten bei einer bloss grundlosen Betreibung erreicht werden kann²¹². Zudem läuft der Betriebene unter Umständen Gefahr, dass das Gericht auf die Klage nicht eintreten wird, weil über das Eintreten mittels einer Interessenabwägung entschie-

²⁰² GASSER FN 68), ZBJV 1996, 627, 639 f.; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 21), Art. 85a SchKG N 15; WEINBERG (FN 36), 129 (Stellungnahme zum Entwurf der Vorgängerbestimmung von Art. 85a SchKG); vgl. JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Gerichtsstände im revidierten SchKG, AJP/PJA 1996, 1360, 1363; PETER F. SIEGEN/ANDREA BUSCHOR, Vom alten zum neuen SchKG, Ein Leitfaden durch den revidierten Gesetzestext, Zürich 1997, 55.

²⁰³ Botschaft (FN 28), 69.

²⁰⁴ BGE 125 III 149, 151 f., E. 2c.

²⁰⁵ Vgl. KGer BL, Urteil vom 9. November 2010, E. 2d.

²⁰⁶ BGer 5D_112/2011 bis 5D_119/2011 vom 11. Juli 2011 (Hervorhebung hinzugefügt).

²⁰⁷ Gemäss Art. 62 Abs. 2 der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG) vom 23. September 1996 (SR 281.35) darf im Beschwerdeverfahren auch keine Parteientschädigung zugesprochen werden. Dies hat für den Beschwerdeführer den Nachteil, dass er seine Anwaltskosten auch im Falle seines Obsiegens selber zu tragen hat.

²⁰⁸ Vgl. vorne B.

²⁰⁹ Vgl. CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 12), 353.

²¹⁰ Vgl. CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 12), 343, 353.

²¹¹ Vgl. vorne C.II.2.

²¹² Vgl. vorne D.I.

den wird²¹³, deren Ergebnis jedenfalls in Grenzfällen schwer vorhersehbar ist. Bei hohen Forderungssummen, wie sie bei grundlosen Betreibungen verbreitet sind, kann überdies die Kostenvorschusspflicht (vgl. dazu Art. 98 ZPO) prohibitiv wirken²¹⁴.

Die Klage auf Aufhebung der Betreibung im summarischen Verfahren nach Art. 85 SchKG hat zwar einen beschränkten Anwendungsbereich, weil nur der Urkundenbeweis zulässig ist. Falls er über eine entsprechende Urkunde, etwa in der Form einer Saldoquittung, verfügt, stellt sie entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung²¹⁵ aber eine sehr wirkungsvolle Waffe in der Hand des grundlos Betriebenen dar, sofern der zutreffenden, aber nicht unumstrittenen Auffassung gefolgt wird, dass die Klage auch nach erhobenem Rechtsvorschlag zulässig ist²¹⁶ und mit dem ursprünglichen Nichtbestand der Forderung begründet werden kann²¹⁷.

Comme chacun le sait, en Suisse, n'importe qui peut tenter des poursuites contre n'importe qui, sans même devoir rendre vraisemblable l'existence de la créance invoquée. Certes, l'opposition permet de geler tout aussi facilement la poursuite dans un premier temps. Il est en revanche nettement plus difficile de remédier aux conséquences négatives du maintien de l'inscription dans le registre des poursuites. Cet article présente les principaux moyens et voies à cet effet, en analysant leur efficacité. Dans ce cadre, une attention particulière est accordée à l'action en annulation de la poursuite en procédure sommaire, prévue à l'art. 85 LP. Les auteurs démontrent que cette action parfois sous-estimée peut constituer une arme efficace en main de celui qui est poursuivi sans raison. La condition à cela est toutefois que la différence entre l'action de l'art. 85 LP et celle de l'art. 85a LP soit suffisamment prise en compte et que l'exigence valable pour la deuxième d'un commandement de payer entré en force ne soit pas reportée sur la première. Ce n'est que partiellement le cas dans la jurisprudence cantonale, comme le constatent les auteurs dans l'analyse des arrêts récents, en majeure partie non publiés.

(trad. LT LAWYANK, Berne)

²¹³ Vgl. vorne D.II.1.

²¹⁴ Vgl. CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 12), 336.

²¹⁵ Vgl. CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 12), 343, 345 und 353.

²¹⁶ Vgl. vorne E.II.2.

²¹⁷ Vgl. vorne E.III.2.b.