

Separatum aus

**Tatsachen  
Verfahren  
Vollstreckung**

Festschrift für Isaak Meier

Herausgegeben von

Peter Breitschmid  
Ingrid Jent-Sørensen  
Hans Schmid  
Miguel Sogo

# Tatsachen Verfahren Vollstreckung

Festschrift für Isaak Meier  
zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Peter Breitschmid  
Ingrid Jent-Sørensen  
Hans Schmid  
Miguel Sogo

Schulthess § 2015

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2015

ISBN 978-3-7255-7090-4

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

## **Inhaltsverzeichnis**

KERN ALEXANDER

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich

European Central Bank's Single Supervisory Mechanism .....1

RUTH ARNET

Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität Zürich

NICOLE ROTH

MLaw, wissenschaftliche Assistentin an der Universität Zürich

Die Grundbuchberichtigungsklage im Kontext von Art. 976 ff. und Art. 736

Abs. 1 ZGB .....23

MARTIN BERNET

Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner bei Schellenberg Wittmer AG in Zürich

JÖRN ESCHMENT

Dr. iur., LL.M., M.A., Rechtsanwalt bei Schellenberg Wittmer AG in Zürich

Die Haftung des Schiedsrichters nach Schweizer Recht .....41

PETER BREITSCHMID

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich

Zeit im Prozess, der Prozess in der Zeit und die Zeit und das Personal, das

Prozesse brauchen ... nebst dem Geld, das man für den Prozess braucht..... 57

ALEXANDER BRUNNER

Prof. Dr. iur., CEDR Accredited Mediator (London), Titularprofessor für Handels- und Konsumrecht sowie Verfahrensrecht an der Universität St. Gallen, Obergericht am Handelsgericht des Kantons Zürich und nebenamtlicher Bundesrichter (Lausanne)

Die Kunst des Vergleiches – eine Anleitung aus Richtersicht.....69

FELIX DASSER

Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor an der Universität Zürich,  
Rechtsanwalt und Partner bei Homburger AG in Zürich

Bern, Lugano, Brüssel oder doch lieber Den Haag? – Ein Ausflug zu den

Rechtsquellen für Gerichtsstandsvereinbarungen .....89

PETER DIGGELMANN

lic. iur., Oberrichter am Obergericht des Kantons Zürich

Das Kind ist rot zu schreiben ..... 103

TANJA DOMEJ

Prof. Dr. iur., ausserordentliche Professorin an der Universität Zürich

Prozessführungsbefugnis bei Abtretung einer streitbefangenen Forderung ..... 113

ANDREAS DONATSCH

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich

MISCHA DEMARMELS

MLaw, wissenschaftlicher Assistent an der Universität Zürich

Der Beizug von Gutachten und Zeugenaussagen aus Zivilverfahren im  
Strafprozess..... 125

CHRISTIAN EXNER

lic. iur., Rechtsanwalt bei Wenger Plattner in Küsnacht-Zürich

Rechtsbehelfe des Betriebenen bei ungerechtfertigten Betreibungen..... 139

EUGEN FRITSCHI

Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner bei Bühlmann & Fritschi Rechtsanwälte  
in Zürich

Die Beschwerde gegen Konkurseröffnungsentscheide..... 157

MYRIAM ANNA GEHRI

Dr. iur., LL.M., Solicitor, Rechtsanwältin, Handelsrichterin am Handels-  
gericht des Kantons Zürich

Are you ready for E-technology?..... 173

REINHOLD GEIMER

Prof. Dr. iur. Dr. h.c., Honorarprofessor an der Universität München,  
Notar a.D. in München

Das Haager Gerichtsstandsübereinkommen 2005 ..... 185

ROGER GIROUD Prof. Dr. iur., LL.M., Dozent an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Rechtsanwalt und Partner bei Giroud & Anderes in Küsnacht-Zürich Tilgung oder Hinterlegung des geschuldeten Betrages beim Weiterzug der Konkursöffnung.....	217
TARKAN GÖKSU Prof. Dr. iur., Titularprofessor an der Universität Freiburg i.Ü., Rechtsanwalt und Partner bei Zaehringen Rechtsanwälte AG in Freiburg i.Ü. Auslegung und Ergänzung des Schiedsverfahrens .....	233
PETER GOTTWALD Prof. Dr. iur. Dr. h.c., emeritierter Professor an der Universität Regensburg Insolvenzrechtliche Annexverfahren im Verhältnis Deutschland – Schweiz .....	249
ALAIN GRIFFEL Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich Auswirkungen der Rechtsweggarantie auf die Entscheidbefugnis eines Gerichts.....	263
PASCAL GROLIMUND Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor an der Universität Basel, Advokat und Partner bei Kellerhals Anwälte in Basel	
EVA BACHOFNER MLaw, Gerichtsschreiberin am Zivilgericht Basel-Stadt Schweizer Zuständigkeit über im EU-Raum belegene Liegenschaften im Lichte der EU-Erbrechtsverordnung.....	279
ULRICH HAAS Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich	
Yael STRUB Dr. iur., Rechtsanwältin, Oberassistentin an der Universität Zürich Rechtsprechungstätigkeit zwischen Verfahrens- und materiellem Recht.....	293

STEFAN HEIMGARTNER

PD Dr. iur., Privatdozent an der Universität Zürich,  
Staatsanwalt bei der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich

DIEGO R. GFELLER

Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner bei Peyer Partner Rechtsanwälte in  
Zürich

Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im Adhäsionsprozess.....311

KARL HOFSTETTER

Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor an der Universität Zürich, exekuti-  
ves Mitglied des Verwaltungsrats der Schindler Holding AG in Hergiswil

Unternehmen als „Prügelknaben“ des Wirtschaftsrechts?.....327

YASMIN IQBAL

Dr. iur., Lehrbeauftragte an der Universität Zürich,  
Rechtsanwältin in Zürich

Vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren.....351

TOBIAS JAAG

Prof. Dr. iur., LL.M., emeritierter Professor an der Universität Zürich,  
Rechtsanwalt und Konsulent bei Umbricht Rechtsanwälte in Zürich

Der Staat als Gläubiger .....363

MARTIN KILLIAS

Prof. Dr. iur. Dr. h.c., lic. phil., ständiger Gastprofessor an der Universität  
St. Gallen und emeritierter Professor an der Universität Zürich

Die Rechtlosstellung der Opfer von Straftaten durch die neue StPO und ZPO .....373

ANGELOS KORNILAKIS

Prof. Dr. iur., Assoc. Professor an der Universität Thessaloniki

Privatautonomie, Treu und Glauben und „effiziente“ Vertragsauslegung.....381

ACHILLES G. KOUTSOURADIS

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Thessaloniki

Allgemeine Bemerkungen zum modernen griechischen Familienrecht .....403

DIETER LEIPOLD Prof. Dr. iur. Dres. h.c., emeritierter Professor an der Universität Freiburg i. Br. Anordnung der Urkundenvorlage von Amts wegen ohne Vorlagepflicht der Partei? .....	421
MATTHIAS MAHLMANN Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich Theorie und Verfahren .....	437
KALLIOPI MAKRIDOU Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität Thessaloniki Speeding up civil litigation in Greece through ADR methods .....	449
ARNOLD MARTI Prof. Dr. iur., Titularprofessor an der Universität Zürich, Vizepräsident des Obergerichts des Kantons Schaffhausen Zwei interessante Zivilprozesse mit öffentlich-rechtlichen Nebenaspekten um Kulturgüter in Schaffhausen.....	471
HEINRICH ANDREAS MÜLLER Dr. iur., Oberrichter am Obergericht des Kantons Zürich Beweisen nach der ZPO.....	487
PETER NOBEL Prof. Dr. rer. publ., em. Professor an den Universitäten Zürich und St. Gallen, Rechtsanwalt und Partner, Nobel & Hug Rechtsanwälte in Zürich Iura novit curia.....	507
WOLFGANG PORTMANN Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich	
RAHEL NEDI MLaw, LL.M., wissenschaftliche Assistentin an der Universität Zürich Neue Arbeitsformen – Crowdwork, Portage Salarial und Employee Sharing .....	525



WALTER H. RECHBERGER  
Prof. Dr. iur. DDr. h.c., emeritierter Professor an der Universität Wien  
LGVÜ 2007 und Brüssel Ia-VO .....545

HANS REISER  
Dr. iur., Rechtsanwalt in Zürich

INGRID JENT-SØRENSEN  
Prof. Dr. iur., Titularprofessorin an der Universität Zürich,  
Gerichtsschreiberin und Ersatzrichterin am Obergericht des Kantons Zürich  
Der Vergleich und seine Anfechtung.....557

ARNOLD RUSCH  
PD Dr. iur., LL.M., Privatdozent an der Universität Zürich  
Will das Recht, dass man klagt? .....569

PETER SCHLOSSER  
Prof. Dr. iur. Dr. h.c., emeritierter Professor an der Universität München  
Brüche im EuGVVO-LugÜ-Gefüge? .....587

ERNST F. SCHMID  
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt und Partner bei Niederer Kraft & Frey AG  
in Zürich  
Die Nebenfolgen bei vorsorglicher Beweisführung – Belohnung des wider-  
spenstigen Gesuchsgegners? ..... 605

HANS SCHMID  
Dr. iur., alt Obergericht am Obergericht und am Handelsgericht des Kantons  
Zürich, Konsulent Roesle Frick & Partner in Zürich  
Der Gesuchsgegner im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung aus  
schutzwürdigem Interesse..... 621

JÜRIG SCHMID  
alt Notariatsinspektor des Kantons Zürich

INGRID JENT-SØRENSEN  
Prof. Dr. iur., Titularprofessorin an der Universität Zürich,  
Gerichtsschreiberin und Ersatzrichterin am Obergericht des Kantons Zürich  
Zur Liquidation juristischer Personen nach Art. 230a SchKG .....639

ANTON K. SCHNYDER Prof. Dr. iur., LL.M., ordentlicher Professor an der Universität Zürich Ausgewählte Exponenten des Internationalen Zivilverfahrensrechts an der Universität Zürich.....	655
ROLF A. SCHÜTZE Prof. Dr. iur. Dr. h.c., Honorarprofessor an der Universität Tübingen, Rechtsanwalt in Stuttgart Armut im Prozess.....	667
KURT SIEHR Prof. Dr. iur. Dr. h.c., M.C.L., emeritierter Professor an der Universität Zürich Deutsch-schweizerische Erbfälle nach Inkrafttreten der EuErbVO.....	681
MIGUEL SOGO PD Dr. iur., LL.M., Privatdozent an der Universität Zürich Vermögenswerte Unterlassungsansprüche im Konkurs des Unterlas- sungsverpflichteten .....	697
ADRIAN STAEHELIN Prof. Dr. iur. Dr. h.c., emeritierter a.o. Professor an der Universität Basel, alt Appellationsgerichtspräsident des Kantons Basel-Stadt Zur Geschichte der Konkursprivilegien.....	711
DANIEL STAEHELIN Prof. Dr. iur., Titularprofessor an der Universität Basel, Advokat, Notar und Partner bei Kellerhals Anwälte in Basel	
LUKAS BOPP Dr. iur., LL.M., Advokat und Partner bei Kellerhals Anwälte in Basel Wider das Erfordernis der Binnenbeziehung beim Staatenarrest .....	723
ROLF STÜRNER Professor Dr. iur. Dres. h.c., emeritierter Professor an der Universität Freiburg i. Br.	
BEATRICE STAPF Assessorin in Freiburg i. Br. Grundzüge des rechtlichen Gehörs im spanischen Zivilprozess.....	739

UELI VOGEL-ETIENNE

Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner bei Peyer Partner Rechtsanwälte in Zürich, Mediator SAV/SKWM

ANNEGRET LAUTENBACH-KOCH

lic. iur., Rechtsanwältin und Partnerin bei Peyer Partner Rechtsanwälte in Zürich, Mediatorin SAV

Vom Diener am Recht zum Beauftragten Mediator .....757

ROLF H. WEBER

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich, Visiting Professor an der Hong Kong University und Rechtsanwalt in Zürich

RAINER BAISCH

Dipl.-Kfm. univ., MLaw, wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Zürich

Optimierung der Rechtsdurchsetzung.....775

RENATE WENNINGER SCHMID

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin in Zürich

Der sorgfältige Nachweis fremden Rechts.....793

MATTHIAS WIGET

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt bei Pestalozzi in Zürich

Ausgewählte Streitfragen zur sachlichen Zuständigkeit der Handelsgerichte ..... 811

THOMAS WINKLER

lic. iur., Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, Leiter Stadttammannamt und Betriebsamt Dietikon

Wiedereröffnung des Konkurses, Nachkonkurs oder Einzelzwangsvollstreckung? .....825

Schrifttumsverzeichnis.....843

# Rechtsbehelfe des Betriebenen bei ungerechtfertigten Betreibungen

## Ausgewählte Aspekte

### Inhaltsübersicht

<b>1. Einleitung.....</b>	<b>139</b>
<b>2. Art. 8a Abs. 3 SchKG als Ausgangspunkt.....</b>	<b>141</b>
<b>3. Rechtsbehelfe des SchKG.....</b>	<b>142</b>
A. Rechtsbehelfe bei nichtigen Betreibungen.....	142
I. Begriff der nichtigen Betreibung.....	142
II. Schutzschrift zuhanden des Betreibungsamtes? .....	144
III. Beschwerde wegen Nichtigkeit der Betreibung.....	145
B. Rechtsbehelfe bei ungerechtfertigten Betreibungen.....	147
I. Vorbemerkung.....	147
II. Klage nach Art. 85 SchKG.....	147
III. Klage nach Art. 85a SchKG .....	148
<b>4. Rechtsbehelfe des Zivilrechts .....</b>	<b>149</b>
A. Allgemeine negative Feststellungsklage.....	149
B. Klagen gemäss Art. 28 ff. ZGB und Art. 9 UWG.....	152
<b>5. Rechtsbehelfe des Strafrechts .....</b>	<b>152</b>
<b>6. De lege ferenda .....</b>	<b>153</b>
A. Parlamentarische Initiative Abate .....	153
B. Eigener Vorschlag .....	154
<b>7. Fazit.....</b>	<b>155</b>

## 1. Einleitung

Das schweizerische Schuldbetreibungsrecht ermöglicht es jeder natürlichen und juristischen Person, gegen eine andere natürliche oder juristische Person eine Forderung in Betreibung zu setzen, ohne dass ein Nachweis für den Bestand der Forderung erbracht werden muss.<sup>1</sup> Es genügt das Stellen eines Betreibungsbegeh-

---

<sup>1</sup> BGer vom 16.01.2015, 4A\_414/2014, E. 2.1; BGE 125 III 149, 150, E. 2a.

rens in der vom SchKG vorgesehenen Form.<sup>2</sup> Aufgrund des Betreibungsbegehrens hat das Betreibungsamt grundsätzlich ohne weiteres einen Zahlungsbefehl zu erlassen und diesen der betriebenen Person zuzustellen.<sup>3</sup> Jede Betreibung wird im Betreibungsregister eingetragen.<sup>4</sup>

Diese gesetzliche Regelung bringt es mit sich, dass eine Betreibung auch dann aufgehoben werden kann, wenn überhaupt keine Forderung besteht. Das SchKG trägt dem insofern Rechnung, als es dem Betriebenen ermöglicht, die Betreibung auf unkomplizierte Weise einstweilen zum Stillstand bringen, indem er Rechtsvorschlag erhebt.<sup>5</sup> Damit wird indes nur die Vollstreckung in das Vermögen des Betriebenen verhindert. Hingegen kann der Betriebene durch die Erhebung des Rechtsvorschlages nicht verhindern, dass die Betreibung im Betreibungsregister eingetragen bleibt. Dies ist problematisch, weil die Betreibung jeder Person, welche ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht, zur Kenntnis gebracht wird.<sup>6</sup>

Ein Eintrag im Betreibungsregister kann für den Betroffenen unangenehme Folgen haben. Denn der Betreibungsauskunft kommt im Geschäfts- und Sozialleben eine erhebliche praktische Bedeutung zu.<sup>7</sup> So muss zum Beispiel bei Bewerbungen für ein Mietobjekt<sup>8</sup> oder für eine Arbeitsstelle mit Vertrauensposition<sup>9</sup> regelmässig ein Betreibungsregistrauszug vorgelegt werden. Auch bei zulasungspflichtigen Berufen<sup>10</sup> oder der Bewerbung für ein öffentliches Amt<sup>11</sup> kann der Betreibungsregistrauszug eine Rolle spielen. Eine erhebliche Bedeutung hat der Betreibungsregistrauszug zudem bei der Gewährung eines Bankkredits an eine Privatperson oder ein Unternehmen.<sup>12</sup> Schliesslich ist er Betreibungsregistrauszug etwa auch im öffentlichen Beschaffungswesen von Relevanz.<sup>13</sup>

---

<sup>2</sup> Vgl. Art. 67 SchKG.

<sup>3</sup> Vgl. Art. 69 ff. SchKG.

<sup>4</sup> Vgl. Art. 8 und Art. 8a SchKG sowie Art. 10 VFRR (SR 281.31).

<sup>5</sup> Vgl. Art. 74 f. und Art. 78 SchKG.

<sup>6</sup> Vgl. Art. 8a Abs. 1 und 2 SchKG.

<sup>7</sup> Dies hat auch das Bundesgericht erkannt (vgl. BGE 121 III 81, 83, E. 4a).

<sup>8</sup> Vgl. BGE 121 III 81, 83, E. 4a.

<sup>9</sup> Vgl. KUSTER MATTHIAS, Schikanebetreibungen aus zwangsvollstreckungs-, zivil-, straf- und standesrechtlicher Sicht, AJP 2004, 1035 ff., 1036; CHAUDET FLORIAN/SCHAUFELBERGER PETER, 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: LANDROVE JUAN CARLOS (Hrsg.), De lege negotiorum, Etudes autour du droit des affaires en l'honneur du professeur François Chaudet, Genf 2009, 317 ff., 319.

<sup>10</sup> Vgl. KUSTER (FN 9) 1036; OGer ZH vom 27.5.2014, LB140005, E. II.2.2.1.

<sup>11</sup> Vgl. CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 9) 319.

<sup>12</sup> Vgl. CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 9) 318.

<sup>13</sup> GEHRI MYRIAM, in: HUNKELER DANIEL (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl., Basel 2014 [zit. KuKo-BEARBEITER/IN], Art. 67 SchKG N 6; CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 9) 318.

Es stellt sich damit die Frage, wie der ungerechtfertigt Betriebene die Mitteilung der Betreibung an Dritte verhindern kann. Diese Frage wurde in der Literatur bereits verschiedentlich erörtert.<sup>14</sup> Eine umfassende Darstellung würde zudem den gesetzten Rahmen sprengen. Im Folgenden wird daher im Wesentlichen ein Überblick über die unter geltendem Recht in Frage kommenden Rechtsbehelfe gegeben und auf einzelne Aspekte näher eingegangen. In Zentrum steht dabei die Frage, inwiefern ein rascher und wirksamer Schutz gewährleistet ist. Zur Abrundung folgen einige Überlegungen de lege ferenda.

## 2. Art. 8a Abs. 3 SchKG als Ausgangspunkt

Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage, welche Rechtsbehelfe dem ungerechtfertigt Betriebenen zur Verfügung stehen, um die Mitteilung der Betreibung an Dritte (m.E. auch via einen vom Betriebenen selbst verlangten Auszug) zu verhindern, bildet Art. 8a Abs. 3 SchKG. Aus dieser Bestimmung ergibt sich, unter welchen Voraussetzungen Dritten von einer Betreibung keine Kenntnis gegeben wird. Dies ist der Fall, wenn die Betreibung nichtig oder aufgrund einer Beschwerde oder eines gerichtlichen Entscheids aufgehoben worden ist (lit. a), wenn der Schuldner mit einer Rückforderungsklage obsiegt hat (lit. b) oder wenn der Gläubiger die Betreibung zurückgezogen hat (lit. c). Für den ungerechtfertigt Betriebenen geht es somit darum darzutun, dass eine dieser Voraussetzungen vorliegt, bzw. die entsprechende Voraussetzung herbeizuführen.

---

<sup>14</sup> Vgl. insbesondere KUSTER (FN 9), CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 9) und VONZUN RE-TO/EQUEY ANDRÉ, Mittel und Wege zur Beseitigung der negativen Auswirkungen des Betreibungsregistereintrags grundloser Betreibungen, AJP 2011, 1337 ff.

### 3. Rechtsbehelfe des SchKG

#### A. Rechtsbehelfe bei nichtigen Betreibungen

##### I. Begriff der nichtigen Betreibung

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Betreibung nichtig, wenn sie offensichtlich rechtsmissbräuchlich erfolgt.<sup>15</sup> Rechtsmissbräuchlich ist eine Betreibung nur in Ausnahmefällen. Der Betreibende handelt rechtsmissbräuchlich, „wenn er mit der Betreibung offensichtlich Ziele verfolgt, welche nicht das Geringste mit der Zwangsvollstreckung zu tun haben.“<sup>16</sup> Mit anderen Worten liegt Rechtsmissbrauch primär<sup>17</sup> dann vor, wenn es dem Betreibenden gar nicht um die Durchsetzung einer behaupteten Forderung geht, sondern er damit andere Ziele verfolgt. Hierzu besteht eine reichhaltige Kasuistik.<sup>18</sup>

Rechtsmissbräuchlich ist eine Betreibung etwa dann, wenn es dem Betreibenden nur darum geht, den guten Ruf des Betriebenen zu zerstören oder dessen Kreditwürdigkeit zu schädigen,<sup>19</sup> oder wenn der Betriebene bloss schikaniert, belästigt oder zermürbt werden soll.<sup>20</sup> Zu den Schikanebetreibungen können auch diejenigen Fälle gerechnet werden, in welchen ein Organ einer juristischen Person betrieben wird, um auf Letztere Druck auszuüben, ohne dass die formellen und materiellen Voraussetzungen einer persönlichen Haftung des Organs gegeben

---

<sup>15</sup> BGer vom 19.09.2014, 5A\_508/2014, E. 2.3.1; BGer vom 26.11.2009, 5A\_582/2009, E. 3.1. Auf andere Fälle der Nichtigkeit, die nicht mit dem Motiv der Betreibung zusammenhängen, wird hier nicht eingegangen (vgl. dazu etwa COMETTA FLAVIO/MÖCKLI URS PETER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1-158 SchKG, 2. Aufl., Basel 2010 [zit. BSK I-BEARBEITER/IN], Art. 22 SchKG N 11 ff.).

<sup>16</sup> BGer vom 19.09.2014, 5A\_508/2014, E. 2.3.1; BGE 115 III 18.

<sup>17</sup> Zu einer weiteren Konstellation siehe nachfolgend.

<sup>18</sup> Vgl. dazu etwa KuKo-DIETH/WOHL (FN 13) Art. 22 SchKG N 2d.

<sup>19</sup> Vgl. BGer vom 19.09.2014, 5A\_508/2014, E. 2.3.1; BGer vom 19.09.2007, 5A\_250/2007, E. 3.1 f. (Betreibung eines Anwalts über CHF 1.2 Mio. wegen „*complicité de vol*“); BGE 130 II 270, 278, E. 3.2.2; BGE 115 III 18, 21, E. 3b; BGE 113 III 2, 4, E. 2b.

<sup>20</sup> Vgl. BGer vom 19.09.2014, 5A\_508/2014, E. 2.3.1; BGer vom 18.11.2011, 5A\_588/2011, E. 3.2 (Rachebetreibung über CHF 300 Mio.); OGer ZH vom 31.03.2014, PS140051, E. III.1.; OGer ZH vom 25.04.2013, PS130047, E. 3.3; BGer vom 11.11.2005, 7B.165/2005, E. 2.1 (Rachebetreibung gegen einen Anwalt); BGE 130 II 270, 278, E. 3.2.2; Aufsichtsbehörde Kt. BE, BLSchK 1991, 111 ff., 113; BGE 115 III 18, 23, E. 3d.

wären.<sup>21</sup> Das Obergericht des Kantons Zürich wertet es, unbesehen darum, dass die Aufsichtsbehörde den Bestand der Forderung nicht prüfen darf,<sup>22</sup> als gewichtiges Indiz für eine rechtsmissbräuchliche Betreibung, wenn der Betreibende die in Betreibung gesetzte Forderung nicht im Ansatz zu plausibilisieren vermag und der Bestand der Forderung ausgeschlossen erscheint.<sup>23</sup>

Das Bundesgericht hat den Kreis rechtsmissbräuchlicher Betreibungen jüngst auf eine weitere Fallgruppe ausgedehnt.<sup>24</sup> Danach kann eine Betreibung allenfalls auch rechtsmissbräuchlich sein, obwohl der Betreibende effektiv einen behaupteten Anspruch durchsetzen will. Dies ist der Fall, wenn der Betreibende beim Betriebenen legitime Erwartungen weckt, diese dann aber durch eine neuerliche Betreibung enttäuscht.<sup>25</sup> Im betreffenden Fall hatte die betriebene AG nach einer ersten Betreibung eine negative Feststellungsklage eingeleitet. Die Parteien führten in der Folge vom Betreibenden angestrengte Vergleichsverhandlungen. Im Hinblick auf einen Verhandlungstermin vor dem zuständigen Gericht vom 10. Februar 2014 stellte der Betreibende der Betriebenen den Rückzug seiner Betreibung in Aussicht. Gleichwohl stellte der Betreibende am 7. Februar 2014 ein neuerliches Betreibungsbegehren gestützt auf denselben Sachverhalt und dieselbe rechtliche Grundlage. Das Bundesgericht hielt fest, dass dieses Verhalten die laufenden Vergleichsverhandlungen und den angestrebten Vergleich in Bezug auf den Rückzug des ersten Betreibungsbegehrens als sinnlos erscheinen liess.<sup>26</sup>

Dieser Entscheid ist insofern erstaunlich, als nach der Rechtsprechung ein rechtsmissbräuchliches *venire contra factum proprium* voraussetzt, dass der auf das Verhalten seines Gegenübers Vertrauende aufgrund des geschaffenen Vertrauens Dispositionen trifft, welche sich dann als nachteilig erweisen.<sup>27</sup> Inwieweit die Betriebene, abgesehen vom Führen von Vergleichsverhandlungen, nachteilige Dispositionen getroffen hat, lässt sich dem Entscheid nämlich nicht entnehmen.

Von nichtigen Betreibungen wird Dritten gemäss Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG keine Mitteilung gemacht. Im Folgenden wird geprüft, wie der Betriebene vorgehen kann, damit dem effektiv so ist.

<sup>21</sup> Vgl. OGer ZH vom 04.12.2012, PS120226; OGer ZH vom 23.10.2012, PS120160 (Betreibung des VRP einer Bank über CHF 8'798'523.65); KuKo-DIETH/WOHL (FN 13) Art. 22 SchKG N 2d.

<sup>22</sup> Vgl. BGE 113 III 2, 5, E. 2b; siehe dazu auch nachfolgend bei FN 28.

<sup>23</sup> Vgl. OGer ZH vom 25.04.2013, PS130047, E. 3.4; OGer ZH vom 30.09.2011, PS110027, E. 4.3; vgl. auch BGer vom 18.11.2011, 5A\_588/2011, E. 4.4.

<sup>24</sup> BGer vom 19.09.2014, 5A 508/2014; vgl. dazu die Besprechung von HUNKELER DANIEL/DISLER DOMINIQUE, Rechtsmissbräuchliche Betreibung: Urteil des Bundesgerichts 5A\_508/2014 vom 19. September 2014 – und aktuelle Rechtsentwicklung, in: Jusletter 20. Oktober 2014.

<sup>25</sup> *Venire contra factum proprium*; BGer vom 19.09.2014, 5A 508/2014, E. 2.3.2.

<sup>26</sup> BGer vom 19.09.2014, 5A 508/2014, E. 2.3.3.

<sup>27</sup> Vgl. BGE 125 III 257, 259, E. 2a m.H.



## II. Schutzschrift zuhanden des Betreibungsamtes?

Nichtige Betreibungen stehen regelmässig im Kontext eines schwelenden Konflikts zwischen den Beteiligten. Sie kommen daher nicht immer unerwartet. Es stellt sich damit die Frage, ob bereits verhindert werden kann, dass das Betreibungsamt einem Betreibungsbegehren Folge leistet.

Das Betreibungsamt ist grundsätzlich nicht befugt zu prüfen, ob eine in Betreibung gesetzte Forderung materiell berechtigt ist.<sup>28</sup> Gleichzeitig darf es zu nichtigen Betreibungen nicht Hand bieten, sondern hat die Nichtigkeit einer Betreibung von Amtes wegen zu beachten und entsprechend die Ausstellung eines Zahlungsbefehls zu verweigern.<sup>29</sup> Das Betreibungsamt wird allerdings allein aufgrund des Betreibungsbegehrens meist nicht erkennen können, ob eine Betreibung rechtsmissbräuchlich ist.<sup>30</sup> In der Literatur wird daher vorgeschlagen, das Betreibungsamt mittels einer Art Schutzschrift über eine drohende, rechtsmissbräuchliche Betreibung zu informieren.<sup>31</sup>

Die Schutzschrift ist in Art. 270 ZPO als Verteidigungsmittel gegen einstweilige Anordnungen ohne Anhörung der Gegenpartei verankert worden. Im SchKG ist eine Schutzschrift hingegen nicht vorgesehen und Art. 270 ZPO ist auf das Verfahren vor dem Betreibungsamt jedenfalls nicht direkt anwendbar.<sup>32</sup> Mangels einer entsprechenden Bestimmung im SchKG ist das Betreibungsamt grundsätzlich nicht verpflichtet, eine Schutzschrift entgegenzunehmen und aufzubewahren. Gegen eine solche Pflicht spricht auch, dass das Verfahren vor dem Betreibungsamt nicht kontradiktorischer Natur ist.<sup>33</sup> Gleichwohl wäre es angesichts der bekannten Problematik des Registereintrags begrüssenswert, wenn die Betreibungsämter Schutzschriften in analoger Anwendung von Art. 270 ZPO entgegennehmen und für sechs Monate aufbewahren würden. Dafür kann gemäss Art. 1 Abs. 2 GebV SchKG eine angemessene Gebühr erhoben werden.

Die praktische Bedeutung einer Schutzschrift, auch wenn sie das Betreibungsamt entgegennimmt, sollte allerdings nicht überschätzt werden. Denn sie darf, zumindest de lege lata, nicht dazu führen, dass das Verfahren vor dem Betreibungsamt auf diesem Weg zu einem so nicht vorgesehenen, kontradiktorischen

---

<sup>28</sup> BGE 113 III 2, 5, E. 2b; BGer vom 26.11.2009, 5A\_582/2009, E. 3.1; Aufsichtsbehörde Kt. BE, BISchK 1991, 111 ff., 114; BSK I-WÜTHRICH/SCHOCH (FN 15) Art. 69 SchKG N 16.

<sup>29</sup> Vgl. Art. 22 Abs. 2 SchKG; BGer vom 19.09.2014, 5A\_508/2014, E. 2.4; Aufsichtsbehörde Kt. BE, BISchK 1991, 111 ff., 114; BSK I-WÜTHRICH/SCHOCH (FN 15) Art. 69 SchKG N 16; KuKo-MALACRIDA/ROESLER (FN 13) Art. 69 SchKG N 6.

<sup>30</sup> Vgl. BGer vom 19.09.2014, 5A\_508/2014, E. 2.4.

<sup>31</sup> KuKo-DIETH/WOHL (FN 13) Art. 22 SchKG N 5.

<sup>32</sup> Vgl. REISER HANS, Die eidgenössische Zivilprozessordnung, Auswirkungen auf das SchKG, BISchK 2010, 229 ff., 230; vgl. auch BGer vom 31.10.2011, 5A\_448/2011, E. 2.1.

<sup>33</sup> Vgl. BGer vom 19.09.2014, 5A\_508/2014, E. 2.4.

Verfahren wird. Das Betreibungsamt hat daher, ausser in klaren Fällen, den Zahlungsbefehl ohne weiteres auszustellen.<sup>34</sup>

### III. Beschwerde wegen Nichtigkeit der Betreibung

Stellt das Betreibungsamt aufgrund des rechtsmissbräuchlichen Betreibungsbegehrens einen Zahlungsbefehl zu, kann der Betriebene innerhalb von zehn Tagen eine Beschwerde an die Aufsichtsbehörde führen und die Nichtigkeit des Zahlungsbefehls feststellen lassen.<sup>35</sup> Die Aufsichtsbehörden haben die Nichtigkeit einer Betreibung im Übrigen jederzeit von Amtes wegen festzustellen.<sup>36</sup> Der Betriebene kann sich entsprechend auch nach Ablauf der Beschwerdefrist an die Aufsichtsbehörde wenden. Wird die Beschwerdefrist nicht eingehalten oder fehlt es an einer anderen Beschwerdevoraussetzung, kommt dem Begehren allerdings nur die Funktion einer Aufsichtsanzeige zu.<sup>37</sup> Der Anzeigersteller hat im Unterschied zum Beschwerdeführer grundsätzlich keine Parteirechte.<sup>38</sup> Es ist daher einem Betriebenen zu empfehlen, innerhalb der Beschwerdefrist von Art. 17 Abs. 2 SchKG an die Aufsichtsbehörde zu gelangen.

Gemäss VONZUN/EQUEY ist in der Beschwerde der Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit des Zahlungsbefehls und der Betreibung zu stellen.<sup>39</sup> Der Judikatur lässt sich entnehmen, dass die Rechtsbegehren in der Praxis unterschiedlich lauten.<sup>40</sup> Sofern innerhalb der Beschwerdefrist von Art. 17 Abs. 1 SchKG vorgegangen wird, stellt der Zahlungsbefehl das Anfechtungsobjekt dar. Entsprechend scheint es naheliegend primär die Feststellung der Nichtigkeit des Zahlungsbe-

<sup>34</sup> Vgl. BSK I-WÜTHRICH/SCHOCH (FN 15) Art. 69 SchKG N 16.

<sup>35</sup> Vgl. 17 Abs. 1 und 2 sowie Art. 22 Abs. 1 SchKG. VONZUN/EQUEY (FN 14) 1339 m.H.; BSK I-WÜTHRICH/SCHOCH (FN 15) Art. 69 SchKG N 16; KuKo-DIETH/WOHL (FN 13) Art. 22 SchKG N 5; KuKo-MALACRIDA/ROESLER (FN 13) Art. 69 SchKG N 6. In Betracht käme auch ein Begehren an das Betreibungsamt, da dieses den Zahlungsbefehl durch Erlass einer neuen Verfügung ersetzen könnte, mit welcher das Betreibungsbegehren wegen Nichtigkeit zurückgewiesen wird (vgl. Art. 22 Abs. 2 SchKG und LORANDI FRANCO, *Betriebungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Kommentar zu den Artikeln 13–30 SchKG, Basel/Genf/München 2000, Art. 22 N 170). Allerdings dürfte dieser Weg selten erfolgreich sein.

<sup>36</sup> Vgl. Art. 13 Abs. 1 und Art. 22 Abs. 1 SchKG.

<sup>37</sup> BGer vom 27.07.2005, 5P.54/2005, E. 3.2.

<sup>38</sup> BGer vom 27.07.2005, 5P.54/2005, E. 3.2. Vgl. dazu auch die Hinweise bei VONZUN/EQUEY (FN 14) 1339 FN 24 und 25.

<sup>39</sup> VONZUN/EQUEY (FN 14) 1339.

<sup>40</sup> Vgl. etwa BGer vom 19.09.2014, 5A\_508/2014 (Nichtigerklärung des Zahlungsbefehls); OGer ZH vom 25.04.2013, PS130047, E. 1.2 (Feststellung der Nichtigkeit des Zahlungsbefehls und der Betreibung); OGer ZH vom 04.12.2012, PS120226, E. 1.2 (Nichtigerklärung der Zustellung des Zahlungsbefehls); OGer ZH vom 30.09.2011, PS110127, E. 1.2 (Feststellung der Nichtigkeit der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes ... [Zahlungsbefehl vom ...]).

fehls zu beantragen. Dieser ist im vorliegenden Kontext dann nichtig, wenn die Betreuung rechtsmissbräuchlich eingeleitet wurde. Die Rechtsmissbräuchlichkeit der Betreuung stellt damit eine Vorfrage dar. Entsprechend erscheint es nicht erforderlich, zusätzlich explizit die Nichtigerklärung der Betreuung zu verlangen.

Um die Mitteilung der Betreuung möglichst rasch zu unterbinden, empfiehlt es sich, in der Beschwerde zudem den Antrag zu stellen, der Beschwerde sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei in dem Sinne aufschiebende Wirkung zu erteilen, dass das Betreibungsamt anzuweisen sei, Dritten für die Dauer des Verfahrens von der Betreuung keine Kenntnis zu geben. Dieser Antrag lässt sich auf Art. 36 SchKG abstützen, wonach einer Beschwerde aufschiebende Wirkung gewährt werden kann. Die Möglichkeit einer solchen vorsorglichen Anordnung wurde denn in der Rechtsprechung auch verschiedentlich bejaht.<sup>41</sup>

Die Gewährung der aufschiebenden Wirkung setzt grundsätzlich voraus, dass der Antragsteller glaubhaft macht, dass ihm ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht und die Beschwerde begründet ist.<sup>42</sup> Der Betriebene hat glaubhaft zu machen, dass ihm durch die Mitteilung der Betreuung an Dritte ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, z.B. weil die Betreibungsankunft im Rahmen einer laufenden Bewerbung für eine Wohnung oder eine Stelle, Verhandlungen über einen Kredit oder ein laufendes Submissionsverfahren relevant ist. Hinsichtlich der wahrscheinlichen Begründetheit der Beschwerde kann der Betriebene auf seine Ausführungen in der Sache verweisen. Angesichts des notorischen Schädigungspotentials eines Betreibungsregistereintrags sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen.<sup>43</sup>

Das Beschwerdeverfahren ermöglicht damit grundsätzlich einen raschen und wirksamen Schutz des Betriebenen.

---

<sup>41</sup> Vgl. OGer ZH vom 25.04.2013, PS130047, E. 1.4; BGer vom 01.12.2005, 7B.182/2005, Sachverhalt lit. C; Vorinstanz von BGer vom 11.11.2005, 7B.165/2005, E. 1.1; vgl. dazu CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 9) 341, die überzeugend darlegen, dass die Gewährung der aufschiebenden Wirkung zur Folge hat, dass die Betreuung einstweilen als nicht erfolgt zu betrachten ist, womit folgerichtig auch keine Auskunft darüber zu erteilen ist.

<sup>42</sup> Vgl. MEIER ISAAK, Das Verwaltungsverfahren vor den Schuldbetreibungs- und Konkursbehörden, Zürich/Basel/Genf 2002, 106; KuKo-DIETH/WOHL (FN 13) Art. 36 SchKG N 2a.

<sup>43</sup> In diesem Sinne auch MEIER (FN 42) 106, und KuKo-DIETH/WOHL (FN 13) Art. 36 SchKG N 2a, wonach die aufschiebende Wirkung zu gewähren ist, wenn die Beschwerde nicht offensichtlich haltlos erscheint.

## **B. Rechtsbehelfe bei ungerechtfertigten Betreibungen**

### **I. Vorbemerkung**

Eine Betreibung ist wie gezeigt nur ausnahmsweise nichtig.<sup>44</sup> Für die Betriebenen aufgrund des Einsichtsrechts Dritter nicht minder problematisch sind indes Betreibungen, die zwar nicht geradezu rechtsmissbräuchlich sind, welche aber Forderungen betreffen, welche materiell-rechtlich nicht begründet sind.

Das SchKG enthält in Art. 85 und Art. 85a zwei Rechtsbehelfe, mit welchen der Betriebene die Aufhebung der Betreibung erreichen kann. Ist die Betreibung aufgehoben, wird sie gemäss Art. 8 Abs. 3 lit. a SchKG Dritten nicht mehr zur Kenntnis gebracht. Nachfolgend wird kurz dargestellt, dass diese beiden Rechtsbehelfe bei ungerechtfertigten Betreibungen weitgehend unwirksam sind.

### **II. Klage nach Art. 85 SchKG**

Beweist der Betriebene durch Urkunden, dass die Schuld samt Zinsen und Kosten getilgt ist, kann er gemäss Art. 85 SchKG jederzeit beim Gericht des Betreibungsortes im summarischen Verfahren die Aufhebung der Betreibung verlangen. Das Bundesgericht hat in BGE 140 III 41 ff. wesentliche Fragen zum Anwendungsbereich dieser Klage geklärt.

Danach steht die Klage gemäss Art. 85 SchKG, anders als diejenige gemäss Art. 85a SchKG,<sup>45</sup> auch dann zur Verfügung steht, wenn der Betriebene Rechtsvorschlag erhoben hat und dieser nicht beseitigt wurde.<sup>46</sup> Zudem schloss sich das Bundesgericht der Lehrmeinung an, wonach die Klage gemäss Art. 85 SchKG nicht nur demjenigen zur Verfügung steht, der durch Urkunden beweisen kann, dass eine bestehende Schuld getilgt wurde, sondern, über den Wortlaut hinaus, auch demjenigen, der durch Urkunden beweisen kann, dass die in Betreibung gesetzte Forderung gar nie bestand.<sup>47</sup> Damit kommt diese Klage im Prinzip auch als Rechtsbehelf für einen ungerechtfertigt Betriebenen in Betracht.

Das Problem besteht jedoch in den Anforderungen an den Nachweis des Nichtbestands der Betreibungsforderung. Dieser Nachweis muss durch strikten Urkundenbeweis erbracht werden. Blosses Glaubhaftmachen genügt nicht. Die

---

<sup>44</sup> Siehe dazu vorstehend unter 3.A.I.

<sup>45</sup> Siehe dazu nachfolgend unter 3.B.III.

<sup>46</sup> BGE 140 III 41, 44, E. 3.2.3.

<sup>47</sup> BGE 140 III 41, 45, E. 3.3.1.

materielle Rechtslage muss auf der Hand liegen bzw. manifest sein.<sup>48</sup> Dieser Nachweis kann jedenfalls durch einen gerichtlichen, negativen Feststellungsentscheid erbracht werden.<sup>49</sup> Das Bundesgericht hat offengelassen, ob der Nachweis auch durch andere Urkunden erbracht werden kann.<sup>50</sup> Immerhin hat es gleichzeitig festgehalten, dass der Betriebene durch die Urkunde jedenfalls den unmittelbaren Beweis für den Nichtbestand der Betreibungsforderung erbringen müsste, ein Indizienbeweis damit nicht genüge.<sup>51</sup>

Daraus ist zu schliessen, dass das Bundesgericht andere Urkunden als einen gerichtlichen, negativen Feststellungsentscheid nicht grundsätzlich ausschliesst. Nach überzeugender Auffassung kann der Beweis denn auch durch andere Urkunden erbracht werden, insbesondere durch ein negatives Schuldanerkenntnis, wie es sich etwa aus einer in einem Vergleich enthaltenen Saldoklausel ergibt.<sup>52</sup> Aufgrund des Erfordernisses, dass der Nichtbestand der Betreibungsforderung unmittelbar aus der Urkunde hervorgehen muss, ist der Kreis möglicher Urkunden allerdings stark eingeschränkt. Ein grundlos Betriebener dürfte nur in seltenen Fällen über eine solche Urkunde verfügen.<sup>53</sup>

Folglich stellt die Klage nach Art. 85 SchKG nur in seltenen Fällen einen wirksamen Rechtsbehelf für einen grundlos betriebenen dar. Zudem muss aufgrund eines neueren Bundesgerichtsentscheids davon ausgegangen werden, dass der grundlos Betriebene keine Möglichkeit hat, für die Dauer des Verfahrens die Mitteilung der Betreibung an Dritte einstweilen verbieten zu lassen.<sup>54</sup>

### III. Klage nach Art. 85a SchKG

Gemäss Art. 85a SchKG kann der Betriebene jederzeit vom Gericht des Betreibungsortes feststellen lassen, dass die Schuld nicht besteht.<sup>55</sup> Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts steht diese Klage entgegen dem Wortlaut von Art. 85a SchKG jedoch nur dann zur Verfügung, wenn entweder kein Rechtsvor-

---

<sup>48</sup> BGE 140 III 41, 45, E. 3.3.2.

<sup>49</sup> BGE 140 III 41, 45, E. 3.3.2; BGE 110 II 352, 357, E. 2a.

<sup>50</sup> BGE 140 III 41, 46, E. 3.3.2.

<sup>51</sup> BGE 140 III 41, 46, E. 3.4.1.

<sup>52</sup> VONZUN/EQUEY (FN 14) 1352; Kantonsgericht Basel-Landschaft vom 9. November 2010, E. 5 (abrufbar unter <[www.baselland.ch/045-htm.315038.0.html](http://www.baselland.ch/045-htm.315038.0.html)>; besucht am 31. Januar 2015); offengelassen in BGE 140 III 41, 46, E. 3.3.2.

<sup>53</sup> So auch BGer 4A\_414/2014 vom 16.01.2015, E. 2.6.1.2.

<sup>54</sup> Vgl. BGer vom 27.11.2014, 4A\_440/2014, E. 4.2, und dazu näher nachfolgend unter 4.A.

<sup>55</sup> Die Gutheissung der Klage führt zur Aufhebung der Betreibung, womit diese Dritten nicht mehr zur Kenntnis gebracht wird (Art. 85a Abs. 3 und Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG).

schlag erhoben oder dieser rechtskräftig beseitigt ist.<sup>56</sup> Der grundlos Betriebene kann sich die Option dieser Klage damit nur erhalten, wenn er keinen Rechtsvorschlag erhebt.<sup>57</sup> Davon ist jedoch dringend abzuraten.<sup>58</sup>

## 4. Rechtsbehelfe des Zivilrechts

### A. Allgemeine negative Feststellungsklage

Nach herrschender Auffassung stellt die allgemeine negative Feststellungsklage, gerichtet auf die Feststellung des Nichtbestehens der Betreibungsforderung sowie der Grundlosigkeit der Betreibung, einen Rechtsbehelf des ungerechtfertigt Betriebenen dar, um die Mitteilung einer Betreibung an Dritte zu verhindern.<sup>59</sup> Dies ergibt sich nicht ohne weiteres aus dem Wortlaut von Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG, wonach Voraussetzung für die Nichtmitteilung an Dritte die Aufhebung der Betreibung aufgrund eines gerichtlichen Entscheids ist.

Das Bundesgericht führte indes schon in BGE 125 III 149 aus, dass eine Betreibung Dritten nicht mehr mitgeteilt wird, wenn sich aus einem negativen Feststellungsurteil das Unrecht der Betreibung ergibt.<sup>60</sup> Zwar wählte es in späteren Entscheiden die Formulierung, die Mitteilung sei ausgeschlossen, wenn sich aus dem negativen Feststellungsurteil die *Nichtigkeit* der Betreibung ergebe.<sup>61</sup> Aus zwei neueren Entscheiden erhellt aber, dass sich aus dem negativen Feststellungsurteil nicht die Nichtigkeit der Betreibung ergeben muss. Damit die Betreibung Dritten nicht mehr mitgeteilt wird, genügt es vielmehr, wenn sich aus dem Ergebnis eines Verfahrens ohne weiteres ergibt, dass die Betreibung bei ihrer Einleitung ungerechtfertigt war. Art. 8 Abs. 3 lit. a SchKG setzt nicht voraus, dass die Aufhebung der Betreibung förmlich im Dispositiv des Entscheids angeordnet wird.<sup>62</sup> Diese Rechtsprechung ist zu begrüßen. Es lässt sich nicht rechtfertigen, vom

---

<sup>56</sup> BGE 125 III 149, 151 ff., E. 2c und d; BGE 128 III 334, 335; BGE 140 III 41, 44, E. 3.2.2; BGer vom 16.01.2015, 4A\_414/2014, E. 2.6.1.2.

<sup>57</sup> Vgl. dazu ZR 2010 Nr. 69 (Unterlassen des Rechtsvorschlages ist nicht rechtsmissbräuchlich).

<sup>58</sup> Vgl. dazu näher VONZUN/EQUEY (FN 14) 1341.

<sup>59</sup> BGer vom 16.01.2015, 4A\_414/2014, E. 2.2; VONZUN/EQUEY (FN 14) FN 86 m.w.H.

<sup>60</sup> BGE 125 III 149, 153, E. 2d.

<sup>61</sup> BGE 128 III 334, 335; BGer vom 27.11.2014, 4A\_440/2014, E. 2.

<sup>62</sup> BGer vom 16.01.2015, 4A\_414/2014, E. 2.2 und E. 2.6.1.1; BGer vom 27.11.2014, 4A\_440/2014, E. 2; vgl. zuvor schon BGE 125 III 334, 336, E. 3.

ungerechtfertigt Betrieben zu verlangen, dass er zusätzlich noch ein Verfahren gemäss Art. 85 SchKG durchläuft.<sup>63</sup>

Um eine klare Grundlage zu schaffen, sollte der Betriebene nebst der Feststellung des Nichtbestands der Forderung explizit auch die Feststellung beantragen, dass die Betreuung grundlos angehoben wurde, weil die Forderung bereits bei Einleitung der Betreuung nicht bestand.<sup>64</sup> Das Bezirksgericht Winterthur hat allerdings jüngst offenbar das Feststellungsinteresse hinsichtlich der zweiten Feststellung verneint, nachdem es festgestellt hatte, dass zwischen Betreibendem und Beklagtem kein Rechts- und Schuldverhältnis bestehe und die in Betreuung gesetzte Forderung nicht geschuldet sei.<sup>65</sup> Dies steht einerseits in Widerspruch zum Dispositiv von BGE 120 II 20. Andererseits ist im Hinblick auf die Schaffung einer klaren Grundlage für das Betreibungsamt das Feststellungsinteresse auch an der zweiten Feststellung zu bejahen.

Die negative Feststellungsklage stellt damit eine Möglichkeit dar, um die Mitteilung der Betreuung an Dritte zu verhindern. Der Weg zum Ziel ist gleichwohl zeit- und kostenintensiv.<sup>66</sup> Immerhin hat das Bundesgericht jüngst die Stellung des ungerechtfertigt Betrieben wesentlich verbessert, indem es die Anforderungen an das erforderliche Feststellungsinteresse gesenkt hat.<sup>67</sup>

Eine negative Feststellungsklage erfordert, wie jede Klage, ein schutzwürdiges Interesse des Klägers.<sup>68</sup> Vorausgesetzt ist damit grundsätzlich, dass die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss sind und diese Ungewissheit durch richterliche Feststellung behoben werden kann. Gemäss bisheriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss diese Ungewissheit aber überdies unzumutbar sein, indem sie den Betroffenen in seiner (wirtschaftlichen) Bewegungs- und Entscheidungsfreiheit einschränkt.<sup>69</sup> Das Bundesgericht verlangt damit, jedenfalls bisher, nicht nur ein schutzwürdiges, sondern ein *erhebliches* schutzwürdiges Interesse.<sup>70</sup>

Zwar anerkannte das Bundesgericht schon länger, dass grundsätzlich bereits die blossе Tatsache der Betreuung ein hinreichendes Feststellungsinteresse zu begründen vermag. Es durfte sich aber nicht nur um einen Bagatellbetrag han-

---

<sup>63</sup> Jedenfalls soweit er nur die Mitteilung der Betreuung an Dritte verhindern will. So auch VONZUN/EQUEY (FN 14) 1344; a.M. BSK I-BODMER/BANGERT (FN 15) Art. 85a SchKG N 12.

<sup>64</sup> Vgl. BGE 120 II 20 Dispositiv; BGer vom 31.01.2003, 4C.364/2002, Sachverhalt lit. C; KUSTER (FN 9) 1040; VONZUN/EQUEY (FN 14) 1342 f.

<sup>65</sup> BGer vom 16.01.2015, 4A\_414/2014, Sachverhalt lit. B.

<sup>66</sup> Eine solche Klage kann zudem unter Umständen erst recht zu unliebsamer Publizität führen.

<sup>67</sup> BGer vom 16.01.2015, 4A\_414/2014, insb. E. 2.6; dazu näher nachfolgend.

<sup>68</sup> Art. 88 ZPO i.V.m. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO.

<sup>69</sup> BGE 135 III 378, 380, E. 2.2; BGE 131 III 319, 324 f., E. 3.5; BGE 120 II 20, 22, E. 3a.

<sup>70</sup> In BGer vom 16.01.2015, 4A\_414/2014, E. 2.3, wurde offengelassen, ob daran festgehalten wird.

deln.<sup>71</sup> Neu ist das Interesse an der Feststellung des Nichtbestands der Forderung hingegen grundsätzlich zu bejahen, sobald die Forderung in Betreibung gesetzt wird. Der Kläger muss nicht mehr konkret nachweisen, dass er wegen der Betreibung in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit empfindlich beeinträchtigt wird.<sup>72</sup> Der in Betreibung gesetzte Betrag spielt damit keine Rolle mehr. Diese Lockerung ist zu begrüssen.

Vorbehalten will das Bundesgericht allerdings den Fall, in dem die Betreibung nachweislich einzig zur Unterbrechung der Verjährung einer Forderung eingeleitet werden müsse, nachdem der (angebliche) Schuldner die Unterzeichnung einer Verjährungsverzichtserklärung verweigert habe und die Forderung vom (angeblichen) Gläubiger aus triftigen Gründen nicht sofort im vollem Umfang gerichtlich geltend gemacht werden könne.<sup>73</sup> Dem kann nicht gefolgt werden.

Zunächst besteht keine rechtliche Verpflichtung, eine Verjährungsverzichtserklärung abzugeben.<sup>74</sup> Es lässt sich daher nicht rechtfertigen, allein an die Nichtabgabe einer solchen Erklärung negative Folgen zu knüpfen. Sodann gibt es keinen triftigen Grund, allfällige Beweisprobleme des Betreibenden zu berücksichtigen, läuft dies doch darauf hinaus, dass einseitig auf die Behauptung des Betreibenden, Gläubiger zu sein, abgestellt wird.<sup>75</sup> Schliesslich hat es der Betreibende, der nur die Verjährung unterbrechen will, insbesondere auch in der Hand, einen Prozess zu vermeiden, indem er die Betreibung ohne Rechtsnachteil wieder zurückzieht.<sup>76</sup> Durch den Rückzug entfällt das Rechtsschutzinteresse an der negativen Feststellungsklage,<sup>77</sup> da die Betreibung diesfalls gemäss Art. 8a Abs. 3 lit. c SchKG Dritten nicht mehr mitgeteilt wird. Der Rückzug der Betreibung ist dem Betreibenden zumutbar. Richtigerweise ist die allgemeine negative Feststellungsklage somit

---

<sup>71</sup> BGE 120 II 20, 21, E. 3b. Dabei blieb unberücksichtigt, dass bei einer Privatperson gerade der Umstand, dass kleinere Beträge nicht bezahlt werden, Zweifel an der Kredit- und Vertrauenswürdigkeit wecken kann (so zu Recht WEBER FLAVIA, Die Feststellungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2013, N 200 f. m.w.H.). Es wurde denn auch gefordert, das Feststellungsinteresse je nach Schuldner bereits bei einem Betrag ab CHF 100.00 zu bejahen (MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, 211).

<sup>72</sup> BGer vom 16.01.2015, 4A\_414/2014, E. 2.7. Vgl. zu dieser Entscheidung HUNKELER DANIEL/WIRZ STEFAN, Erhöhter Schutz gegen ungerechtfertigte Betreibungen, in: Jusletter 16. Februar 2015.

<sup>73</sup> BGer vom 16.01.2015, 4A\_414/2014, E. 2.7. Damit knüpft das Bundesgericht an seine bisherige Rechtsprechung an, wonach auf das Interesse des Betreibenden Rücksicht zu nehmen ist, nicht vorzeitig den Beweis über die Betreibungsforderung führen zu müssen, insbesondere dann, wenn es dem Betreibenden nur um die Unterbrechung der Verjährung geht (BGE 120 II 20, 24 f., E. 3b).

<sup>74</sup> Vgl. BGer vom 01.12.2005, 7B.182/2005, E. 2.4.

<sup>75</sup> Vgl. WEBER (FN 71) N 197.

<sup>76</sup> So auch BGer vom 16.01.2015, 4A\_414/2014, E. 2.7.

<sup>77</sup> Jedenfalls soweit das Feststellungsinteresse mit dem Betreibungsregistereintrag begründet wird. Unter Umständen kann das Feststellungsinteresse auch anderweitig begründet werden.



ohne Einschränkungen zuzulassen, sofern der Betreibende die Betreuung nicht zurückzieht.

Auch wenn die negative Feststellungsklage somit regelmässig zur Verfügung steht, ermöglicht sie nur einen unzureichenden Schutz des ungerechtfertigt Betriebenen. Dieser ist gezwungen, einen ordentlichen, meist kostspieligen Prozess zu durchlaufen, um einen entsprechenden Feststellungsentscheid zu erhalten.<sup>78</sup> Erschwerend kommt hinzu, dass das Bundesgericht in einem neuen Entscheid ausführte, die Zivilgerichte könnten den Betreibungsämtern nicht die Anweisung erteilen, Dritten von einer Betreuung keine Mitteilung zu machen.<sup>79</sup> Damit erscheint es als ausgeschlossen, die Mitteilung der Betreuung an Dritte mittels einer (vor)prozessualen vorsorglichen Massnahme einstweilen zu unterbinden.

## **B. Klagen gemäss Art. 28 ff. ZGB und Art. 9 UWG**

In Betracht kommt unter Umständen auch eine Klage wegen widerrechtlicher Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 28 ff. ZGB<sup>80</sup> oder eine negative Feststellungsklage gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG.<sup>81</sup> Allerdings dürfte aufgrund des erwähnten Bundesgerichtsentscheids auch hier keine Möglichkeit bestehen, die Mitteilung der Betreuung an Dritte sofort vorsorglich zu unterbinden.<sup>82</sup>

## **5. Rechtsbehelfe des Strafrechts**

Da eine Betreuung grundsätzlich voraussetzungslos möglich ist, sind selbst rechtsmissbräuchliche Betreibungen als solche in der Regel strafrechtlich nicht

---

<sup>78</sup> Die Voraussetzungen für ein summarisches Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen im Sinne von Art. 257 ZPO dürften in der Regel nicht erfüllt sein. Sollten sie erfüllt sein, dürfte regelmässig auch das Verfahren nach Art. 85 SchKG offenstehen.

<sup>79</sup> BGer vom 27.11.2014, 4A\_440/2014, E. 4.2.

<sup>80</sup> Vgl. dazu Aufsichtsbehörde Kt. BE, BLSchK 1991, 111 ff., 113 f.; BGer vom 16.01.2015, 4A\_414/2014, E. 2.6.1.1.; CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 9) 338 ff.

<sup>81</sup> Vgl. dazu KUSTER (FN 9) 1039 ff.; CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 9) 340. Es ist strittig, ob eine Schikanebetreibung unlauter i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG ist (vgl. ZR 2014 Nr. 45, 145 ff. m.H. und dazu noch nachfolgend unter 5.). Es kann aber allenfalls eine unzulässige Betriebsbehinderung i.S.v. Art. 2 UWG vorliegen (vgl. JUNG PETER, in: JUNG PETER/SPITZ PHILIPPE [Hrsg.], Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Bern 2010, Art. 2 N 92).

<sup>82</sup> BGer vom 27.11.2014, 4A\_440/2014, E. 4.2. und dazu vorstehend unter 4.A. A.M. AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 4 N 23 a.E. (betreffend Art. 28 ff. ZGB); KUSTER (FN 9) 1040 f. Hingegen dürfte der rechtskräftige Endentscheid in der Regel genügen, um die Mitteilung der Betreuung an Dritte auszuschliessen (vgl. dazu die Ausführungen unter vorstehend 4.A.).

relevant.<sup>83</sup> Kürzlich kam etwa das Obergericht des Kantons Zürich zum Schluss, dass eine Schikanebetreibung nicht strafbar im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG sei.<sup>84</sup> Immerhin kann eine grundlose Betreibung strafrechtlich relevant werden, wenn weitere Elemente hinzukommen.<sup>85</sup>

Selbst wenn eine ungerechtfertigte Betreibung im Ausnahmefall strafbar ist, bietet das Strafrecht dem ungerechtfertigt Betriebenen nur unzureichend Schutz vor den negativen Folgen eines Registerintrags. Zwar dürfte ein Strafurteil, aus dem die Grundlosigkeit der Betreibung hervorgeht, genügen, um die Mitteilung an Dritte auszuschliessen.<sup>86</sup> Bis ein Strafurteil vorliegt, wird jedoch regelmässig einige Zeit verstreichen, und es erscheint ausgeschlossen, dass die Strafbehörden die Mitteilung der Betreibung einstweilen untersagen.<sup>87</sup> Allenfalls könnte dem Betreibenden unter Hinweis auf die Strafbarkeit seines Verhaltens und eine mögliche Strafanzeige der Rückzug der Betreibung nahegelegt werden.<sup>88</sup> Allerdings läuft der Betriebene damit unter Umständen selbst Gefahr, sich strafbar zu machen.<sup>89</sup>

## 6. De lege ferenda

### A. Parlamentarische Initiative Abate

Der Gesetzgeber hat erkannt, dass im Bereich des Schutzes gegen die negativen Folgen ungerechtfertigter Betreibungen Handlungsbedarf besteht. Aufgrund einer parlamentarischen Initiative des damaligen Nationalrats Fabio Abate hat die Rechtskommission des Nationalrats einen Entwurf zuhanden des Bundesrates erarbeitet, der nebst einem neuen Art. 8b SchKG Änderungen von Art. 73 SchKG

---

<sup>83</sup> Zu den in Betracht kommenden Straftatbeständen siehe CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 9) 331 ff. Vgl. zudem Kantongericht Freiburg, Urteil vom 01.02.2001, FZR 2001, 330 ff. (keine strafrechtliche Relevanz einer Betreibung für eine Summe, von welcher der Gläubiger weiss, dass sie nicht geschuldet ist).

<sup>84</sup> ZR 2014 Nr. 45, 145 ff. In diesem Sinne auch KGer FR vom 01.02.2001, FZR 2001, 330 ff., 331 f.

<sup>85</sup> So kann etwa der Tatbestand der Nötigung (Art. 181 StGB) erfüllt sein, wenn der Täter im Wissen darum, dass das Opfer im Hinblick auf die Bewerbung für eine Wohnung oder eine Arbeitsstelle oder im Hinblick auf einen dringend benötigten Kredit oder ein Submissionsverfahren einen einwandfreien Betreibungsregisterauszug benötigt, mit einer Betreibung droht, um das Opfer zu einem Verhalten zu zwingen, auf welches der Täter keinen Anspruch hat (so schon KUSTER [FN 9] FN 70).

<sup>86</sup> Vgl. dazu BGer vom 27.11.2014, 4A\_440/2014, E. 2, und die Ausführungen unter vorstehend 4.A.

<sup>87</sup> Vgl. CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 9) 335, und BGer vom 27.11.2014, 4A\_440/2014, E. 4.2.

<sup>88</sup> Der Rückzug führt zum Ausschluss der Mitteilung an Dritte (vgl. Art. 8a Abs. 3 lit. c SchKG).

<sup>89</sup> Vgl. CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 9) 335.

sowie von Art. 85a SchKG vorsieht. Es bleibt abzuwarten, ob und in welcher Form dieser Vorschlag Gesetz wird, zumal in der Vernehmlassung am Vorentwurf teilweise starke Kritik geübt wurde.<sup>90</sup>

## B. Eigener Vorschlag

Eine sachgerechte Lösung muss dem Interesse der Betriebenen am Schutz vor den negativen Folgen ungerechtfertigter Betreibungen sowie dem Interesse des Publikums an einer Einschätzung der Kreditwürdigkeit eines potentiellen Vertragspartners Rechnung tragen, darf die Durchsetzung berechtigter Ansprüche nicht übermässig erschweren und muss nicht zuletzt einfach in der Umsetzung sein. In Betracht käme etwa folgendes Konzept:<sup>91</sup>

Zentral ist m.E., dass eine Betreibung nicht mehr sofort und ohne weiteres Dritten zur Kenntnis gebracht wird. Die Betreibung sollte Dritten vielmehr frühestens nach Ablauf der Rechtsvorschlagsfrist mitgeteilt werden. Der Betriebene kann dabei innerhalb der Rechtsvorschlagsfrist verlangen, dass der Gläubiger Beweismittel für seine Forderung vorlegt (so schon das geltende Recht) und das Betreibungsamt zudem (neu) summarisch prüft, ob die Forderung aufgrund der vorgelegten Beweismittel in der geltend gemachten Höhe plausibel erscheint.<sup>92</sup> Ein solches Begehren hemmt die Mitteilung an Dritte über den Ablauf der Rechtsvorschlagsfrist hinaus. Das Betreibungsamt teilt das Ergebnis seiner Prüfung den Parteien durch Verfügung mit. Nur wenn die Forderung dem Betreibungsamt in der geltend gemachten Höhe plausibel erscheint, wird die Betreibung Dritten nach Eintritt der Rechtskraft der Verfügung mitgeteilt.<sup>93</sup> Diese Verfügung kann bei der Aufsichtsbehörde angefochten werden, deren Kognition aber nicht weiter ist als die des Betreibungsamts. Die Beschwerde hat automatisch aufschiebende Wirkung. Es scheint angemessen, dass der Betriebene, der eine summarische Prüfung durch das Betreibungsamt verlangt, dafür eine geringe Gebühr entrichten muss. Dasselbe muss für denjenigen gelten, der die ergehende Verfügung anfecht, sofern er unterliegt.

---

<sup>90</sup> Aktueller Stand der Vorlage und Dokumentation abrufbar unter <[www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20090530](http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20090530)> (besucht am 10. März 2015). Vgl. zur Kritik am Vorentwurf HUNKELER/DISLER (FN 24) 5 f. m.w.H.

<sup>91</sup> Vgl. für ein mögliches Konzept auch CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 9) 345 ff.

<sup>92</sup> In diese Richtung geht auch der Vorschlag einer Minderheit der Rechtskommission des Nationalrates für einen geänderten Art. 73 SchKG (abrufbar unter <[www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgeseite/2009/20090530/Bericht%20N%20Erlassentwurf%20D.pdf](http://www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgeseite/2009/20090530/Bericht%20N%20Erlassentwurf%20D.pdf)> (besucht am 10. März 2015).

<sup>93</sup> Andernfalls erst dann, wenn der Betreibende zumindest ein Rechtsöffnungsbegehren stellt. Dieses ist dem Betreibungsamt vom Rechtsöffnungsrichter zur Kenntnis zu bringen.

Zusätzlich ist vorzusehen, dass ein Zivilgericht die Mitteilung der Betreibung an Dritte im Sinne einer vorsorglichen Massnahme einstweilen untersagen kann, sofern der Betriebene einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil und den Nichtbestand der Forderung glaubhaft macht. Dem Betriebenen ist gleichzeitig eine Frist zur Einleitung einer negativen Feststellungsklage anzusetzen, welche ohne weiteres zulässig sein muss.<sup>94</sup> Gleichzeitig ist dem Betreibenden eine kürzere Frist anzusetzen, um die Betreibung zurückzuziehen. Auf diese Weise wird er eine negative Feststellungsklage regelmässig verhindern können.

## 7. Fazit

Unter geltendem Recht besteht ein wirksamer Schutz gegen die negativen Folgen ungerechtfertigter Betreibungen nur dann, wenn eine Betreibung geradezu rechtsmissbräuchlich ist. Im Übrigen kann sich der ungerechtfertigt Betriebene nur mit erheblichem Aufwand und zeitlicher Verzögerung zur Wehr setzen. Es ist daher zu begrüessen, dass der Gesetzgeber in diesem Bereich aktiv wird. Eine sachgerechte Lösung muss aber sowohl den gegensätzlichen Interessen von Betriebenen und Publikum angemessen Rechnung tragen als auch einfach in der Umsetzung sein.

---

<sup>94</sup> Siehe dazu vorstehend unter 4.A.