



Art. 85a SchKG – Revision geglückt?

PHILIPP KÄNZIG*



EVA GUT**

Mit der per 1. Januar 2019 in Kraft gesetzten Revision des SchKG sollte erreicht werden, dass sich zu Unrecht betriebene Personen besser als bisher zur Wehr setzen können. Diese Absicht wurde nach Ansicht der Autoren bei der Neufassung von Art. 85a SchKG nicht mit der wünschenswerten Klarheit umgesetzt. Daher ist eine pragmatische und absichtsorientierte Auslegung dieser neuen Norm durch die Gerichte unter Berücksichtigung der Materialien und/oder unter Verzicht auf die unter bisherigem Recht etablierte Bundesgerichtspraxis notwendig und erstrebenswert.

La révision de la LP, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019, avait pour but d'améliorer les moyens de défense contre les poursuites injustifiées. De l'avis des auteurs, ce but n'a pas été concrétisé avec suffisamment de clarté dans la version révisée de l'art. 85a LP. Les tribunaux devront donc s'efforcer d'interpréter cette nouvelle norme de manière pragmatique et conforme à son but, en tenant compte des travaux préparatoires et/ou en faisant abstraction de la jurisprudence du Tribunal fédéral sous l'ancien droit.

Inhaltsübersicht

- I. Eckpunkte der Revision des SchKG
 - A. In genereller Hinsicht
 - B. In Bezug auf Art. 85a SchKG
- II. Unklarheiten der neuen Fassung von Art. 85a SchKG
 - A. Weitergeltung der bisherigen Bundesgerichtspraxis?
 - B. Implikationen der bisherigen Bundesgerichtspraxis
- III. Lösungsansätze
 - A. Erstreckung des Anwendungsbereichs von Art. 88 Abs. 2 SchKG auf die Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG
 - B. Neuanknüpfung des Rechtsschutzinteresses an der materiellrechtlichen Natur der Klage
 - C. Prüfen der Hängigkeit der Betreibung nur bei Einleitung der Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG
 - D. Auslegung unter Beachtung der Entstehungsgeschichte/ Ausdehnung des Rechtsschutzinteresses auf die Dauer des Einsichtsrechts
 - E. Kombination der Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG mit der allgemeinen negativen Feststellungsklage nach Art. 88 ZPO
- IV. Fazit

I. Eckpunkte der Revision des SchKG

A. In genereller Hinsicht

Im Jahr 2009 wurde mit einer parlamentarischen Initiative¹ die Revision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) angeregt. Mittels Neufassung verschiedener Gesetzesnormen waren gemäss diesem Vorstoss «[i]m Bundesgesetz über Schuldbetreibung und

Konkurs (SchKG), insbesondere in Artikel 85a, [...] die Voraussetzungen für eine rasche Löschung ungerechtfertigter Zahlungsbefehle zu schaffen, sodass die Interessen der Personen gewahrt werden, die eine Klage auf Aberkennung der Schuld einreichen müssen, weil die Schuld gar nie bestand oder bereits getilgt ist».

In der Folge wurden die bisherigen Art. 73 und 85a Abs. 1 SchKG revidiert. Zudem wurde mit Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG eine neue Norm geschaffen. Der Bundesrat setzte diese Revision per 1. Januar 2019 in Kraft.²

B. In Bezug auf Art. 85a SchKG

Art. 85a Abs. 1 SchKG lautete vor der Revision wie folgt: «Der Betriebene kann *jederzeit* vom Gericht des Betreibungsorts feststellen lassen, dass die Schuld nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet ist.»³

Stein des Anstosses im Rahmen der Revision war die bundesgerichtliche Praxis, welche eine Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG nur dann zuliess, wenn der Betriebene keinen Rechtsvorschlag erhoben hatte oder der erhobene Rechtsvorschlag gerichtlich beseitigt worden war.⁴ Unter Berufung auf die Materialien⁵ qualifizierte das

* PHILIPP KÄNZIG, lic. iur., Rechtsanwalt, Partner, STAIGER Rechtsanwälte AG, Zürich.

** EVA GUT, lic. iur., Rechtsanwältin, STAIGER Rechtsanwälte AG, Zürich.

¹ Parlamentarische Initiative Nr. 09.530 von Fabio Abate vom 11. Dezember 2009.

² Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), Änderung vom 16. Dezember 2016, AS 2018 4583.

³ Hervorhebung durch die Autoren.

⁴ Begründet in BGE 125 III 149 E. 2c.

⁵ Botschaft vom 8. Mai 1991 über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), BBl 1991 III 1 ff., 69; Bericht zum Vorentwurf des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, 38, zit. in BGE 125 III 149 E. 2c; Voten Rechsteiner, Hess, Borel, Nabholz, Steinegger, Guinand, Koller und David, AB 1993 N 19 ff.; Voten Rechsteiner, Steinegger, Sandoz und Koller, AB 1994 N 1414 f.; AB 1994 N 2121; Voten Sal-

Bundesgericht die Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG als «*Notbehelf*», der nur bei rechtskräftigem Zahlungsbefehl zur Verfügung steht. Es hielt fest, dass der im Gesetzestext verwendete Begriff «*jederzeit*» so zu verstehen sei, dass die Feststellungsklage des Art. 85a Abs. 1 SchKG erst nach rechtskräftiger Beseitigung oder Unterlassen des Rechtsvorschlages bis zur Verteilung des Verwertungserlöses bzw. Konkureröffnung angehoben werden könne.

Diese Rechtsprechung stiess in der Literatur teilweise auf Kritik. Es wurde die Meinung vertreten, dass sich die bundesgerichtliche Einschränkung der Klagemöglichkeiten nicht mit dem Wort «*jederzeit*» vertrage, welches auch eine Klage bei erhobenem Rechtsvorschlag zulasse.⁶

Im Rahmen der Revisionsbemühungen wurde daher 2013 folgender Gesetzeswortlaut in Vernehmlassung geschickt: «*Solange die Betreibung für Dritte aus dem Register ersichtlich ist, kann der Betriebene vom Gericht des Betreibungsortes feststellen lassen, dass die Schuld nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet ist.*»⁷ In ihrem Bericht vom 25. April 2013 hielt die Rechtskommission des Nationalrats dazu fest, dass die restriktive Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach Klagen nach Art. 85a SchKG nur zugelassen werden, wenn kein Rechtsvorschlag erhoben wurde, korrigiert werden solle. Solange die Betreibung aus dem Register ersichtlich sei, solle ein Rechtsschutzinteresse vermutet und die Klage erhoben werden können.

Nach der Vernehmlassung erstellte dieselbe Kommission am 19. Februar 2015 erneut einen Bericht.⁸ Darin hielt sie fest, der Vorschlag, den Anwendungsbereich von Art. 85a SchKG zu erweitern, sei in der Vernehmlassung allgemein begrüsst worden. Teils sei angemerkt worden, zur Optimierung könne noch präzisiert werden, dass die Klage auch bei erhobenem Rechtsvorschlag zur Verfügung stehe. Mit der nun vorgeschlagenen Ergänzung solle die anderslautende einschränkende Rechtsprechung des Bundesgerichts korrigiert werden.

Der nach dieser Vernehmlassung gestützt auf diesen Bericht erlassene Gesetzestext lautete wie folgt: «*Ungeachtet eines allfälligen Rechtsvorschlages kann der Betriebene jederzeit vom Gericht des Betreibungsortes feststellen lassen, dass die Schuld nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet ist.*»⁹

II. Unklarheiten der neuen Fassung von Art. 85a SchKG

A. Weitergeltung der bisherigen Bundesgerichtspraxis?

Ob die Neuformulierung von Art. 85a Abs. 1 SchKG als eine Einschränkung gegenüber dem Vorentwurf (die Ersichtlichkeit einer Betreibung aus dem Register allein begründet – wie unter bisherigem Recht, aber anders als noch im Vorentwurf – kein Rechtsschutzinteresse) oder lediglich als Ergänzung bzw. Umformulierung im Sinne der gewünschten Optimierung betreffend Rechtsvorschlag zu verstehen ist, kann den Materialien nicht explizit entnommen werden. In den Räten wurde die Tragweite der Umformulierung, soweit ersichtlich, nicht einlässlich diskutiert.¹⁰

Inwieweit die Bundesgerichtspraxis zur bisherigen Fassung von Art. 85a Abs. 1 SchKG nun auch unter neuem Wortlaut noch Anwendung findet, ist daher mehrheitlich unklar. Offensichtlich ist nur, dass eine betriebene Person entgegen der bisherigen Rechtsprechung Rechtsvorschlag erheben und trotzdem Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG einleiten kann.

Würde ansonsten an der bisherigen Bundesgerichtspraxis festgehalten, würde dies insbesondere Folgendes bedeuten:

- Nur wer sich einer hängigen Betreibung ausgesetzt sieht, hat ein Feststellungsinteresse. Dieses muss im Zeitpunkt des Urteils noch gegeben sein.¹¹

vioni, Ziegler, Gadiant, Petitpierre und Koller, AB 1993 S 645 ff.; Votum Salvioni, AB 1994 S 1092 f.

⁶ Beispielsweise bei KUKO SchKG-BRÖNNIMANN, Art. 85a N 6, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Kurzkommentar, 2. A., Basel 2014; ADRIAN WALPEN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I: Art. 1–149 ZPO, Band II: Art. 150–352/Art. 400–406 ZPO, Bern 2012 (zit. BK-Verfasser), Art. 352 ZPO N 10.

⁷ Hervorhebung durch die Autoren.

⁸ Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 19. Februar 2015 zur parlamentarischen Initiative betreffend Löschung ungerechtfertigter Zahlungsbefehle, BBl 2015 3209 ff., 3209.

⁹ Hervorhebung durch die Autoren.

¹⁰ Votum Nidegger, AB 2015 N 1691; Votum Merlini, AB 2015 N 1692; Votum Nidegger, AB 2015 N 1696; Votum Kiener Nellen, AB 2015 N 1697; Votum Nidegger, AB 2016 N 2021; Votum Cramer, AB 2016 S 761; Votum Cramer, AB 2016 S 763: Diejenigen Votanten, die sich überhaupt inhaltlich zu Art. 85a Abs. 1 SchKG äusserten, erwähnten alle nur kurz, es gehe darum, die angesichts des Gesetzeswortlauts «*jederzeit*» störende Bundesgerichtspraxis, es dürfe kein Rechtsvorschlag erhoben worden sein, zu korrigieren.

¹¹ BGE 127 III 41 E. 4c.

- Das Einsichtsrecht Dritter in das Betreibungsregister vermag für sich allein noch kein Rechtsschutzinteresse an der Klage nach Art. 85a SchKG zu begründen.¹²

Ob dies von den Räten so gewünscht war, ist unklar. Eine Klärung wird wohl erst ein Entscheid des Bundesgerichts herbeiführen können.

B. Implikationen der bisherigen Bundesgerichtspraxis

Das Feststellungsinteresse besteht gemäss der bisherigen Praxis nur bei Hängigkeit einer Betreuung. Die Ersichtlichkeit einer Betreuung aus dem Register reicht dafür nicht aus. Eine Betreuung ist dann bzw. so lange «hängig» oder «laufend», wie sie eingestellt, aufgehoben oder fortgesetzt werden kann.¹³ Unter dem bisherigen Recht¹⁴ stellte sich die Frage nach der Hängigkeit im Zusammenhang mit zurückgezogenen Betreibungen. Diese Frage bleibt weiterhin relevant – ein simpler Betreibungsrückzug würde gemäss der bisherigen Praxis das Rechtsschutzinteresse an der Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG dahinfallen lassen. Unbeantwortet blieb unter bisherigem Recht jedoch die Frage, was mit einer hängigen Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG geschieht, wenn die Jahresfrist zur Fortsetzung der Betreuung nach Art. 88 Abs. 2 SchKG unter der Hand des Richters abläuft.¹⁵

Die Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG wird je nach Streitwert im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren geführt.¹⁶ Ein ordentliches Verfahren – möglicherweise über zwei oder drei Instanzen hinweg – innert eines Jahres zum Abschluss zu bringen, ist unrealistisch. Auch bei vereinfachten Verfahren ist dieses Ziel ambitiös. Dies kann insbesondere – aber nicht nur dann – der Fall sein, wenn der Beklagte sich trölerisch verhält. Die strenge Anwendung der vorerwähnten bisherigen Praxis hätte damit zur Folge, dass Klagen nach Art. 85a Abs. 1 SchKG zwar neu erfreulicherweise nun auch dann erhoben werden können, wenn der Kläger vorgängig Rechtsvorschlag erhoben hat, dann aber wohl grossmehrheitlich nach einem Jahr aufgrund Wegfalls des Rechtsschutzinteresses mittels Nicht-eintreten beendet werden müssten.¹⁷

Dies kann nicht «im Sinne des Erfinders» sein. Es war erklärermassen das Ziel der Revision, die Anwendungsmöglichkeiten der Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG auszuweiten, um ungerechtfertigt betriebenen Personen weiterreichende Schutzinstrumente als bisher zur Verfügung zu stellen. Wird jedoch die bisherige Bundesgerichtspraxis streng weiter angewendet,¹⁸ bleibt die revidierte

fige Einstellung der Betreuung nach Art. 85a Abs. 2 SchKG gar nicht jederzeit möglich. Der Richter hat das Betreibungsverfahren so lange laufen zu lassen, bis der Gläubiger durch dieses selbst Sicherheit für die Forderung erhält, in der Spezialexécution demnach bis zur Pfändung und in der Generalexekution bis zum Zeitpunkt, in dem der Gläubiger eine Aufnahme des Güterverzeichnisses verlangen kann (BSK SchKG I-BODMER/BANGERT [FN 13], Art. 85a N 22; SK SchKG-VOCK/AEPLI-WIRZ [FN 13], Art. 85a N 13; DOMINIK VOCK/DANIÈLE MEISTER-MÜLLER, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. A., Zürich 2018, 164, begründen dies mit Art. 265 Abs. 1 ZPO, was den Autoren zumindest in dieser allgemeinen Formulierung nicht korrekt erscheint, nachdem sich diese Norm auf die vorliegend nicht standardmässig erfolgende superprovisorische Anordnung bezieht). Erst danach, aber vor der Verteilung bzw. Konkurseröffnung, kann er eine vorübergehende Einstellung anordnen. Unter neuem Recht jedoch werden Betreibungsverfahren, die einer Klage nach Art. 85a SchKG zugrunde liegen, regelmässig gar nicht in dieses Stadium voranschreiten, nachdem der neu zulässige Rechtsvorschlag einem Fortsetzungsbegehren entgegensteht. Entsprechend kann auch keine vorläufige Einstellung nach Art. 85a Abs. 2 SchKG erwartet werden.

¹⁶ Art. 248 und 251 ZPO e contrario; BSK SchKG I-BODMER/BANGERT (FN 13), Art. 85a N 27; VOCK/MEISTER-MÜLLER (FN 15), 166.

¹⁷ Nur nebenbei: Wie die Kostenfolgen in einer derartigen Situation auf eine faire Art und Weise verteilt werden, dürfte dem Gericht je nach Konstellation noch Kopfzerbrechen bereiten.

¹⁸ So JÜRGEN BRÖNNIMANN, Verstärkter Schutz vor ungerechtfertigten Betreibungen und ihren Auswirkungen, Zu den Änderungen von Art. 8a, Art. 73 und Art. 85a SchKG, in: Alexander R. Markus/Stephanie Hrubesch-Millaue/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international, Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren-Kostkiewicz, Bern 2018, 417 ff., und RODRIGO RODRIGUEZ/PATRIK GUBLER, Die

¹² BGE 125 III 149 E. 2d.

¹³ BSK SchKG I-BODMER/BANGERT, Art. 85a N 14 ff., in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2010 (zit. BSK SchKG I-Verfasser); kritisch in Bezug auf den Ablauf der Frist von Art. 88 Abs. 2 SchKG: SK SchKG-VOCK/AEPLI-WIRZ, Art. 85a N 4 und 7, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. A., Zürich 2017 (zit. SK SchKG-Verfasser).

¹⁴ So auch im erwähnten BGE 127 III 41.

¹⁵ Vermutungsweise blieb dieses Thema unter bisherigem Recht in Literatur und Rechtsprechung unbeachtet, weil die Jahresfrist nach Art. 88 Abs. 2 SchKG während erfolgter vorläufiger Einstellung der Betreuung nach Art. 85a Abs. 2 SchKG nicht lief (BSK SchKG I-LEBRECHT [FN 13], Art. 88 N 23; SK SchKG-VOCK/AEPLI-WIRZ [FN 13], Art. 85a N 9). Eine solche vorläufige Einstellung wurde routinemässig beantragt und oft auch gewährt. Daher stellte sich die Frage nach dem Wegfall der Hängigkeit unter der Hand des Richters nur selten. Neu wird diese Frage jedoch in den meisten Verfahren relevant sein, weil eine derartige Einstellung der Betreuung bei Vorliegen des nun auch im Kontext von Art. 85a SchKG zulässigen Rechtsvorschlags nicht mehr zur Verfügung steht: Einerseits stellt bereits die Erhebung des Rechtsvorschlags von Gesetzes wegen die Betreuung ein (Art. 78 Abs. 1 SchKG). Es ist zweifelhaft, ob eine bereits durch Rechtsvorschlag, mithin durch Parteihandlung, eingestellte Betreuung erneut, nun durch Richterspruch, eingestellt werden kann. Andererseits ist die vorläufige

Fassung von Art. 85a Abs. 1 SchKG faktisch toter Buchstabe. Nachfolgend sollen Lösungsansätze aufgezeigt werden, welche die Anwendbarkeit von Art. 85a Abs. 1 SchKG auch nach Ablauf der Jahresfrist – und damit im Sinne der Absicht des Parlaments zum Schutz der betriebenen Person – gewährleisten.

III. Lösungsansätze

A. Erstreckung des Anwendungsbereichs von Art. 88 Abs. 2 SchKG auf die Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG

Art. 88 Abs. 2 SchKG kommt unter der bereits beschriebenen Rechtsprechung von BGE 127 III 41 eine wesentliche Bedeutung zu. Kann die darin festgehaltene Frist unter der Hand des Richters ablaufen und die Hängigkeit der Betreuung damit entfallen, kann die Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG bei umsichtiger Prozessplanung vernünftigerweise gar nicht erhoben werden. Steht jedoch die Jahresfrist von Art. 88 Abs. 2 SchKG während des laufenden Verfahrens nach Art. 85a Abs. 1 SchKG still, kann letztere Norm in der Praxis auch tatsächlich angewendet werden.

Bei einer Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG handelt es sich um eine Klage mit einer Doppelnatur. Sie bezweckt einerseits als materiellrechtliche Klage die Feststellung der Nichtschuld bzw. der Stundung. Andererseits hat sie aber auch betriebsrechtliche Wirkung, indem der Richter mit ihrer Gutheissung die Betreuung einstellt oder aufhebt.¹⁹ Es gibt keinerlei Anhaltspunkte, dass dies im Rahmen der vorliegend diskutierten Revision geändert werden sollte.

Die betriebsrechtliche Komponente der Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG deckt sich inhaltlich mit dem Rechtsöffnungsverfahren, in dem das Gericht über die Zulassung oder Aufhebung des Rechtsvorschlags – welcher die Betreuung ebenfalls einstellt – entscheidet. Konsequenterweise kann während hängiger Klage aufgrund der Litispendenz kein Verfahren betreffend Beseitigung des Rechtsvorschlags angehoben werden.²⁰

Durch die Anhebung einer Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG kann der ungerechtfertigt Betriebene ein Verfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlags also vorerst verhindern. Es wäre jedoch für die betreibende Partei stossend, wenn der Betriebene mit einer während länger als einem Jahr geführten Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG selbst bei Unterliegen verhindern könnte, dass die betreibende Partei jemals in die Lage kommt, etwas gegen den Rechtsvorschlag zu unternehmen. Dies wäre während eines laufenden Verfahrens gemäss Art. 85a Abs. 1 SchKG infolge Litispendenz und nach Abweisung der Klage infolge Ablaufs der Frist von Art. 88 Abs. 2 SchKG der Fall. Dies kann vermieden werden, wenn die Frist von Art. 88 Abs. 2 SchKG auch während eines hängigen Verfahrens nach Art. 85a Abs. 1 SchKG stillsteht.²¹

Damit rechtfertigt sich die zumindest analoge Anwendbarkeit von Art. 88 Abs. 2 SchKG ab dem Moment der Einleitung einer Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG.²² Damit kann gleichermaßen dem Ansinnen des Parlaments Rechnung getragen und der betreibenden Person die Möglichkeit, nach Obsiegen im Verfahren nach

eingetretene Fakten und vom Rechtsöffnungsrichter nicht zu prüfende Einreden/Einwendungen vorgebracht werden konnten (BSK SchKG I-BODMER/BANGERT [FN 13], Art. 85a N 11b; BSK SchKG EB-BODMER/BANGERT, Art. 85a ad N 11b, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer [Hrsg.], Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband zur zweiten Auflage, Basler Kommentar, Basel 2017; BGer, 5A_135/2019, 24.4.2019, E. 3.1.2). Auch der Entscheid 102 2019 136 des Freiburger Kantonsgerichts vom 25. Juni 2019 scheint in E. 2.3 die vorliegend vertretene Ansicht naheulegen.

²¹ Unter bisherigem Recht stand die Frist von Art. 88 Abs. 2 SchKG zwar erst dann still, wenn die Betreuung nach Art. 85a Abs. 2 vorläufig eingestellt worden war (BSK SchKG I-LEBRECHT [FN 13], Art. 88 N 23; SK SchKG-VOCK/AEPLI-WIRZ [FN 13], Art. 85a N 9). Nachdem damals aber das Fehlen eines Rechtsvorschlags Voraussetzung einer Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG war, war ein Rechtsöffnungsverfahren gar nicht möglich, und es erreichte im Normalfall jede Betreuung, welche Grundlage einer solchen Klage war, das zwangsvollstreckungsrechtliche Stadium, in dem eine vorläufige Einstellung angeordnet werden konnte. Dies ist heute nicht mehr der Fall. Die Mehrheit der Betreibungen, welche Gegenstand einer Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG werden, werden bereits mit Rechtsvorschlag vorläufig eingestellt. Dieser hindert den Fristenlauf nach Art. 88 Abs. 2 SchKG nicht, muss aber zur Fortsetzung der Betreuung beseitigt werden. Nachdem sich die Ausgangslage derart klar geändert hat, kann daher nicht mehr auf die bisherige Praxis abgestellt werden.

²² SK SchKG-VOCK/AEPLI-WIRZ (FN 13), Art. 85a N 9, verlangen, dass der Fristenstillstand dann gelten muss, wenn der Gläubiger aus prozessualen Gründen im hängigen Forderungsprozess nicht die Beseitigung des Rechtsvorschlags verlangen kann. Dasselbe muss gelten, wenn der Gläubiger dies aus prozessualen Gründen aufgrund eines Verfahrens nach Art. 85a Abs. 1 SchKG nicht tun kann.

Abwehr von Betreibungsregistereinträgen ab dem 1. Januar 2019, ZBJV 2019, 12 ff., 31.

¹⁹ BGE 125 III 149 E. 2c.

²⁰ Nachdem sich diese Frage nach bisherigem Recht gar nicht stellen konnte, da sich die beiden Klagen aufgrund gegensätzlicher Rechtsvorschlagsvoraussetzungen gegenseitig ausschlossen, setzte sich die Literatur bislang auch nicht explizit damit auseinander. Die vorliegend vertretene Ansicht wird jedoch dadurch gestützt, dass bislang in einer Klage nach Art. 85a SchKG, welche einer definitiven Rechtsöffnung folgte, nur nach dem Rechtsöffnungsverfahren

Art. 85a Abs. 1 SchKG ein Rechtsöffnungsverfahren anzustrengen, erhalten werden.

B. Neuanknüpfung des Rechtsschutzinteresses an der materiellrechtlichen Natur der Klage

Die Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG weist, wie bereits ausgeführt, eine Doppelnatur auf. Bislang orientierten sich die Gerichte bei der Prüfung des Rechtsschutzinteresses am betriebsrechtlichen Teil der Klage und begründeten dieses mit der Hängigkeit der Betreuung. Fiel dieses Rechtsschutzinteresse weg, konnte auf die ganze Klage nicht eingetreten werden. Abgesehen von der bisherigen Praxis spricht aber nichts dagegen, das Rechtsschutzinteresse neu – alternativ dazu oder ausschliesslich – am materiellrechtlichen Teil der Klage nach Art. 85a SchKG anzuknüpfen und das Verfahren zumindest diesbezüglich weiterzuführen.²³ Damit wird die stossende Situation beseitigt, dass der Wegfall des Rechtsschutzinteresses betriebsrechtlicher Natur auch negative Auswirkungen auf die materiellrechtliche Situation zeitigt.

Auf diese Weise bleibt ein Rechtsschutzinteresse so lange bestehen, bis der vermeintliche Gläubiger von seiner Forderung mit materiellrechtlicher Wirkung Abstand genommen hat.

Auch mit dieser Neuanknüpfung des Rechtsschutzinteresses kann dem revidierten Art. 85a Abs. 1 SchKG zur Praxisrelevanz verholfen und der parlamentarischen Absicht der Erweiterung der Möglichkeiten eines ungerechtfertigt betriebenen Nachachtung verschafft werden.

C. Prüfen der Hängigkeit der Betreuung nur bei Einleitung der Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG

Relativ einfach scheint die Vorgehensweise, das Vorliegen einer hängigen Betreuung lediglich im Moment der Einleitung der Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG zu verlangen. Damit hätte die ungerechtfertigt betriebene Person ein Jahr Zeit, die Klage anzuheben. Würde die Jahresfrist nach Art. 88 Abs. 2 SchKG während des laufenden Ge-

richtsverfahrens ablaufen und die Hängigkeit der Betreuung entfallen, könnte die Klage weitergeführt werden.²⁴

Diesem Ansinnen stehen bisher die bundesgerichtliche Qualifikation der Hängigkeit der Betreuung als rechtsschutzinteressebegründend und das zivilprozessuale Verständnis des Begriffs des Rechtsschutzinteresses entgegen. Bei diesem handelt es sich um eine Prozessvoraussetzung nach Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO.²⁵ Als solche muss das Rechtsschutzinteresse während des gesamten Verfahrens gegeben sein. Der Wegfall einer Prozessvoraussetzung während eines laufenden Verfahrens führt dazu, dass das Gericht auf die Klage nicht mehr eintreten darf.

Anders wäre es, wenn die hängige Betreuung – in Abweichung von der bisherigen Bundesgerichtspraxis und in Anwendung des Litiskontestationsprinzips²⁶ – nicht mehr zur Begründung eines Rechtsschutzinteresses herangezogen, sondern lediglich noch als im Zeitpunkt der Klageanhebung zu erfüllende Voraussetzung qualifiziert würde. Anders ausgedrückt würde die Frist von Art. 88 Abs. 2 SchKG nicht nur als Verwirkungsfrist für die Fortsetzung der Betreuung, sondern auch für die Anhebung einer Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG verstanden werden. Diesfalls müsste das Rechtsschutzinteresse während des weiterlaufenden Verfahrens aber anders begründet werden können. Dies wäre mit der im vorstehenden Abschnitt diskutierten Neuanknüpfung an der materiellrechtlichen Natur der Klage grundsätzlich problemlos möglich.

Diese Begründung einer neuen Praxis dürfte ebenfalls einen gangbaren Weg darstellen, eine zu strenge Auslegung des neuen Art. 85a Abs. 1 SchKG zu vermeiden, welche dem Ansinnen des Parlaments und den Ergebnissen der Vernehmlassung diametral entgegenstehen würde.

D. Auslegung unter Beachtung der Entstehungsgeschichte/Ausdehnung des Rechtsschutzinteresses auf die Dauer des Einsichtsrechts

Der vorstehend zitierte Vorentwurf von Art. 85a Abs. 1 SchKG bejahte das Feststellungsinteresse für die Dauer,

²³ Eine Umdeutung in eine «normale» negative Feststellungsklage nach Art. 88 ZPO würde das Problem aufwerfen, dass der Gerichtsstand (am Betreuungsort) unter Umständen nicht mehr gegeben wäre. Auch die sachliche Zuständigkeit könnte gegebenenfalls nicht mehr übereinstimmen. Zudem müsste einer Klage nach Art. 88 ZPO zumindest im Regelfall im Gegensatz zur Klage nach Art. 85a SchKG ein Schlichtungsverfahren vorangehen.

²⁴ So auch BSK SchKG I-BODMER/BANGERT (FN 13), Art. 85a N 14 in fine (ohne Begründung und entgegen weiteren Ausführungen) und N 15 in fine, m.w.H.

²⁵ BGE 127 III 41 E. 4c.

²⁶ Nach dem Litiskontestationsprinzip ist für den Entscheid die Sachlage massgebend, die zur Zeit der Rechtshängigkeit (litis contestatio) vorlag. Was sich nach Eintritt der Rechtshängigkeit – also nach Einreichung der Klage oder des Gesuchs – ereignet, bleibt für das Gericht dagegen unbeachtlich (ALEXANDER R. MARKUS/LORENZ DROESE, Zivilprozessrecht, Zürich 2018, 61).

während der die Betreuung aus dem Register ersichtlich ist (mithin für fünf Jahre, siehe Art. 8a Abs. 4 SchKG). Die Chancen, ein Verfahren nach Art. 85a Abs. 1 SchKG innert fünf Jahren erfolgreich zu einem Abschluss durch Sachurteil zu bringen, dürften in vielen Fällen auch bei einem Weiterzug bis ans Bundesgericht intakt sein. Trotzdem wird es immer wieder Fälle geben, so z.B. bei Schikanebetreibungen, in denen der vermeintliche Gläubiger nicht zu einer speditiven Prozessführung beitragen wird und deshalb auch diese fünf Jahre nicht ausreichen würden. Aus diesem Grund bevorzugen die Autoren die Anwendung einer der vorgenannten Lösungsansätze, führen den vorliegenden Vorschlag aber der Vollständigkeit halber dennoch auf.

Den Materialien lässt sich – wie erwähnt – nicht entnehmen, weshalb der erste Satzteil der Fassung des Vorentwurfs (*«Solange die Betreuung für Dritte aus dem Register ersichtlich ist»*) bei der Ausarbeitung des endgültigen Gesetzestexts verschwunden ist, obschon der Vorentwurf bei den Vernehmlassungsteilnehmern auf positive Resonanz gestossen war. Ein Wille des Gesetzgebers, die Möglichkeit der Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG drastisch einzuschränken, ist also nicht ersichtlich. Ganz im Gegenteil: Die Änderung der Formulierung beruhte gemäss den Materialien auf dem Wunsch, mit Bezug auf eine bestimmte, vom Wortlaut des Vorentwurfs nicht explizit beantwortete Frage, zugunsten einer besseren Position der betriebenen Person Klarheit zu schaffen.

Angesichts des Zwecks der Revision und der positiven Ergebnisse der Vernehmlassung liegt es daher nahe, die Neuformulierung des Wortlauts des Vorentwurfs von Art. 85 Abs. 1 SchKG als Erweiterung – und nicht als Einschränkung – der vom Vorentwurf vorgesehenen Möglichkeiten zu verstehen, gegen eine missbräuchliche Betreuung vorzugehen. Damit einher geht die kumulative Anwendung der beiden Elemente *«Solange die Betreuung für Dritte aus dem Register ersichtlich ist»* (wenngleich dieses auch nur stillschweigend beibehalten wurde) und *«Ungeachtet eines allfälligen Rechtsvorschlages»* (welches explizit eingefügt wurde).

Diese Überlegung wird unterstützt durch den Umstand, dass Art. 85a Abs. 1 SchKG durch die erfolgte Revision der Charakter als «Notbehelf» bei verpasstem oder beseitigtem Rechtsvorschlag genommen wurde. Nachdem der Gesetzgeber offensichtlich einem vermeintlichen Schuldner ermöglichen wollte, trotz Rechtsvorschlag Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG zu erheben, ergibt es wenig Sinn, das Rechtsschutzinteresse weiterhin mit der drohenden Vollstreckung zu begründen und durch den Wegfall der Hängigkeit der Betreuung hinfällig werden zu lassen.

Mit dieser Auslegung unter Beizug der Entstehungsgeschichte des revidierten Art. 85a Abs. 1 SchKG ist zwar der Verzicht auf die in BGE 125 III 149 E 2d und BGE 127 III 41 E. 4c begründete Rechtsprechung verbunden. Jedoch macht es diese Auslegung möglich, dieser bei strengerer Interpretation praktisch totgeborenen Gesetzesnorm Leben einzuhauchen.

E. Kombination der Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG mit der allgemeinen negativen Feststellungsklage nach Art. 88 ZPO

Der Gedanke lockt, die Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG mit einer allgemeinen negativen Feststellungsklage nach Art. 88 ZPO zu kombinieren. Diese beiden Klagen – die sich aufgrund der Voraussetzung der Subsidiarität der allgemeinen negativen Feststellungsklage gegenseitig ausschliessen – könnten im Sinne einer objektiven eventuellen Klagehäufung anhängig gemacht werden. Dies würde die Chancen, dass das Gericht auf die Klage eintritt, zumindest auf den ersten Blick massiv verstärken.

Die vertieftere Auseinandersetzung mit dieser Möglichkeit zeigt aber den einen oder anderen potenziellen Stolperstein auf, sodass diese Vorgehensweise nicht eine einfach umzusetzende Universallösung darstellt.

Art. 15 ZPO bildet die Grundlage dafür, dass eines der für eine von mehreren gemeinsam eingeklagten Forderungen örtlich zuständigen Gerichte eine Kompetenzattraktion vornehmen kann. Art. 15 ZPO ist jedoch nur anwendbar, wenn damit kein (teil-)zwingender Gerichtsstand umgangen werden soll. Ob davon jedoch nur die (teil-)zwingenden Gerichtsstände nach ZPO umfasst werden oder auch spezialgesetzliche (teil-)zwingende Gerichtsstände darunter fallen, ist unklar.²⁷ Zudem ist streitig, ob der Gerichtsstand am Betreuungsort nach Art. 85a

²⁷ Die Literatur äussert sich hierzu uneinheitlich, so z.B. THOMAS SUTTER-SOMM/ALAIN GRIEDER bzw. THOMAS SUTTER-SOMM/CLAUDE SCHRANK, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich 2016 (zit. ZPO Komm.-Verfasser), Art. 15 N 22 bzw. Art. 46 N 1a; BSK ZPO-WEBER, Art. 15 N 28, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-Verfasser); KUKO ZPO-HAAS/SCHLUMPF, Art. 15 N 7, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomm. 2. A., Basel 2014; FELIX ZILTENER, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–196 ZPO, Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. DIKE Komm ZPO-ZILTENER), Art. 46 N 6; BK-GÜNGERICH (FN 6), Art. 46 ZPO N 38.

SchKG überhaupt zwingend ist.²⁸ Vorliegend dürften wohl mehr Argumente für als gegen die Zulässigkeit einer Kompetenzattraktion am Gerichtsstand der Klage nach Art. 88 ZPO²⁹ gegeben sein; eine klare Rechtslage besteht jedoch nicht.

Für eine objektive Klagehäufung sind auch die Anforderungen von Art. 90 ZPO (gleiche Verfahrensart, gleiche sachliche Zuständigkeit³⁰) zu erfüllen. Nachdem beide Klagen streitwertabhängig entweder im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren zu erheben sind, bietet das erste Kriterium keine Probleme. Die sachliche Zuständigkeit jedoch kann im ordentlichen Verfahren die objektive Klagehäufung verhindern. Dies ist dann der Fall, wenn für die Feststellungsklage das Kollegialgericht und für die Klage nach Art. 85a SchKG das Einzelgericht anzurufen ist,³¹ oder wenn erstere anders als letztere von einem Spezialgericht – zum Beispiel einem Handelsgericht – zu beurteilen ist. Art. 90 ZPO steht also – selbst ausserhalb spezialgerichtlicher Konstellationen – im ordentlichen Verfahren nur in denjenigen Kantonen einer Klagehäufung nicht entgegen, in denen für beide Klagen das Kollegialgericht zuständig ist.³²

Für die Klage nach Art. 88 ZPO ist ein Schlichtungsverfahren vorgesehen, für die Klage nach Art. 85a SchKG jedoch nicht (Art. 198 lit. e Ziff. 2 ZPO). Ob die Schlichtungsbehörde auf ein Schlichtungsgesuch für eine Klage nach Art. 85a SchKG nicht eintreten darf, kann oder gar

muss, ist in der Literatur umstritten.³³ Vom Schlichtungserfordernis für die Klage nach Art. 88 ZPO wird der Kläger jedoch durch die gehäufte Erhebung mit einer nicht schlichtungsbedürftigen Klage nicht dispensiert. Entsprechend muss zumindest die Klage nach Art. 88 ZPO vor Schlichtungsbehörde geltend gemacht werden. Spätestens nach Durchlaufen der Schlichtung muss bei Klageerhebung an die erste Instanz objektiv gehäuft auch die Klage gestützt auf Art. 85a SchKG angehoben werden.³⁴

Können diese potenziellen Stolpersteine jedoch überwunden werden, dürfte die objektive eventuelle Häufung der Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG mit der allgemeinen negativen Feststellungsklage nach Art. 88 ZPO die Chancen auf ein Eintreten des Gerichts deutlich erhöhen. Diese Vorgehensweise würde zwar nichts an der nicht praxisorientierten Formulierung von Art. 85a Abs. 1 SchKG ändern, aber immerhin eine weitgehend zweckmässige Alternative dazu zur Verfügung stellen.

IV. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen zeigen auf, dass die Revision von Art. 85a Abs. 1 SchKG nicht zwingend missglückt sein muss. Die Rechtsprechung hat durchaus die Möglichkeit, die Mängel zu beseitigen und Art. 85a Abs. 1 SchKG zur Praxistauglichkeit zu verhelfen.

Leider wird dies jedoch nur möglich sein, indem ein Kläger die mit einer Klage verbundenen Unsicherheiten prozessrechtlicher Natur – und damit verbunden das Kostenrisiko – in Kauf nimmt.

²⁸ Die Mehrheit der Literatur spricht sich gegen eine zwingende Natur des entsprechenden Gerichtsstands aus. Unvollständige Übersicht bei BSK ZPO-GIROUD (FN 27), Art. 46 N 19 Lemma 3. Offenbar votieren nur, aber immerhin, BSK SchKG I-BODMER/BANGERT (FN 13), Art. 85a N 24, sowie DIKE Komm ZPO-ZILTENER (FN 27), Art. 46 N 11, für eine zwingende Natur. Gerichtsentscheide zu dieser Frage sind keine ersichtlich.

²⁹ Diese Frage stellt sich nur, wenn entweder der Gerichtsstand am Betreibungsort von Art. 85a SchKG aus einem der nachfolgend erläuterten Gründe (sachliche Zuständigkeit, Schlichtungserfordernis) für eine objektive Klagehäufung nicht zur Verfügung steht oder wenn der Gerichtsstand für die Klage nach Art. 88 ZPO zwingend ist.

³⁰ De lege ferenda soll gemäss dem Vorentwurf das Kriterium der gleichen Verfahrensart abgeschafft, dasjenige der gleichen sachlichen Zuständigkeit aber beibehalten werden. Das sich vorliegend stellende Problem wird damit also nicht aus der Welt geschafft.

³¹ So beispielsweise im Kanton Zürich: Siehe § 19 Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG/ZH; LS 211.1) i.V.m. §§ 20–33 GOG/ZH e contrario für die Klage nach Art. 88 ZPO und § 24 lit. b GOG/ZH i.V.m. Art. 198 lit. e Ziff. 2 ZPO für die Klage nach Art. 85a SchKG.

³² So beispielsweise im Kanton Zug: Siehe § 27 Gesetz über die Organisation der Zivil- und Strafrechtspflege (GOG/ZG; BGS 161.1) i.V.m. § 28 GOG/ZG; die Rechtsprechung äusserte sich dazu bisher noch nicht in publizierter Form (kein Entscheid in Gerichts- und Verwaltungspraxis 2011–2017).

³³ Übersicht bei CLAUDE SCHRANK, Das Schlichtungsverfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Basel 2015, N 208 ff.

³⁴ Verschiedene Vorgehensempfehlungen bei ZPO Komm.-HONEGGER (FN 27), Art. 198 N 5b; BK-MARKUS (FN 6), Art. 90 ZPO N 13; SCHRANK (FN 33), N 94 ff.