

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NE200010-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

## Urteil vom 25. Mai 2021

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X1. \_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Negative Feststellungsklage (Art. 85a SchKG)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 2. Oktober 2020; Proz. FO190003**

**Rechtsbegehren:**  
(act. 1 i.V.m. act. 50)

- " 1. Es sei festzustellen, dass der Kläger der Beklagten den in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Meilen-Herrliberg-Erlenbach (Zahlungsbefehl vom 28. Juni 2019) geforderten Betrag von CHF 250'000 nebst Zins zu 5 % seit 31. Juli 2018 nicht schuldet.
2. Das Betreibungsamt Meilen-Herrliberg-Erlenbach sei anzuweisen, den Eintrag zur Betreuung Nr. 1 (Zahlungsbefehl vom 28. Juni 2019) im Betreibungsregister zu löschen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

**Verfügung des Einzelgerichtes:**  
(act. 62 = act. 68 = act. 71)

- "1. Das Verfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
  2. Die Entscheidegebühr wird auf CHF 7'500.– festgesetzt.
  3. Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt.
  4. Die Gerichtskosten werden aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss von CHF 15'000.– bezogen, sind ihm aber von der Beklagten zu ersetzen.
  5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von CHF 19'000.– (gesetzliche MWST darin enthalten) zu bezahlen.
- [6.-7. Mitteilung, Rechtsmittel]"

**Berufungsanträge:**

**des Klägers und Berufungsklägers (act. 66 S. 2):**

- "1. Die Verfügung der Einzelrichterin des Bezirksgerichts Meilen vom 2. Oktober 2020, Geschäfts Nr. FO190003, sei aufzuheben.
2. Das Geschäft Nr. FO190003 sei zur Fortsetzung des Verfahrens an das Bezirksgericht Meilen zurückzuweisen, mit dem Hinweis, dass das Betreibungsamt sehr wohl angewiesen werden kann, einen Eintrag im Betreibungsregister zu löschen.
3. Eventualiter zu Rechtsbegehren 1 und 2:
  - Die Verfügung der Einzelrichterin des Bezirksgerichts Meilen vom 2. Oktober 2020, Geschäfts Nr. FO190003, sei aufzuheben.

- Es sei festzustellen, dass der Berufungskläger der Berufungsbeklagten den in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Meilen-Herrliberg-Erlenbach, Zahlungsbefehl vom 28. Juni 2019, geforderten Betrag von CHF 250'000 nebst Zins zu 5% seit 31. Juli 2018 nicht schuldet.
  - Das Betreibungsamt Meilen-Herrliberg-Erlenbach sei anzuweisen, den Eintrag zur Betreuung Nr. 1, Zahlungsbefehl vom 28. Juni 2019, im Betreibungsregister zu löschen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 78 S. 2):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen und die Dispositiv-ziff. 1 und 2 der angefochtenen Verfügung des Einzelgerichtes i.o.V. des Bezirksgerichtes Meilen vom 2. Okt. 2020 seien zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO);
2. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsklägers."

**Erwägungen:**

1.

1.1 Die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagte) betrieb den Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) mit Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Meilen-Herrliberg-Erlenbach vom 28. Juni 2019, Betreibungs-Nr. 1, für eine Forderung über Fr. 250'000.00. Der Kläger erhob bei der Zustellung des Zahlungsbefehls am 15. Juli 2019 Rechtsvorschlag (act. 4/1).

1.2 Mit Eingabe vom 28. November 2019 an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Meilen (Vorinstanz) erhob der Kläger gegen die Beklagte eine negative Feststellungsklage gestützt auf Art. 85a SchKG. Er stellte das eingangs angeführte Rechtsbegehren (act. 1).

1.3 Die Vorinstanz erliess am 2. Oktober 2020 die eingangs angeführte Verfügung (act. 62 = act. 68 = act. 71, nachfolgend zitiert als act. 71). Die Verfügung wurde dem Kläger am 6. Oktober 2020 zugestellt (act. 63/2).

1.4 Mit elektronischer Eingabe vom 5. November 2020 erhob der Kläger ein als Berufung, eventuell Beschwerde bezeichnetes Rechtsmittel gegen die Verfügung vom 2. Oktober 2020 (act. 66). Die Eingabe erfolgte gemäss Abgabequittung der schweizerischen Post am 5. November 2020 und trägt eine gültige elektronische Signatur (act. 69/1, 70). Der Kläger stellte die eingangs angeführten Berufungsanträge.

1.5 Die Vorsitzende setzte dem Kläger mit Verfügung vom 20. November 2020 Frist an, um für die Kosten des Rechtsmittelverfahrens einen Vorschuss von Fr. 7'000.00 zu bezahlen (act. 72). Der Kläger leistete den Vorschuss fristgerecht (act. 74).

1.6 Mit Verfügung vom 21. Januar 2021 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um das Rechtsmittel zu beantworten, verbunden mit dem Hinweis, dass das Rechtsmittel einstweilen als Berufung angelegt worden sei und es der Beklagten offen stehe, sich zur Frage des zulässigen Rechtsmittels zu äussern (act. 76; vgl. dazu die nachfolgenden Bemerkungen). Die Verfügung wurde der Beklagten am 25. Januar 2021 zugestellt (act. 77).

1.7 Mit Eingabe vom 24. Februar 2020 (und damit rechtzeitig) erstattete die Beklagte die Berufungsantwort. Sie stellte die eingangs angeführten Berufungsanträge (act. 78).

1.8 Das Verfahren ist spruchreif. Dem Kläger ist mit diesem Entscheid noch ein Doppel der Berufungsantwort (act. 78) zuzustellen.

2.

Angefochten ist ein Entscheid über das Abschreiben des Verfahrens zufolge Gegenstandslosigkeit (Art. 242 ZPO). Dabei handelt es sich gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG (vgl. BGer 4A\_249/2018 vom 12. Juli 2018, E. 1.1, m.w.Nw.); der angefochtene Entscheid ist deshalb auch nach Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO als Endentscheid zu qualifizieren (vgl. BK ZPO-STERCHI, Art. 308 N 7; vgl. auch act. 66 S. 6 Rz. 16 f.).

Der Streitwert übersteigt Fr. 10'000.00 (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Berufung ist daher zulässig.

Auf die rechtzeitig (vgl. vorne Ziff. 1.3-4) schriftlich und begründet eingereichte Berufung ist einzutreten.

3.

3.1 Die Vorinstanz erwog zur angefochtenen Verfügung, die dem Verfahren zugrundeliegende Betreuung sei seit dem 4. August 2020 nicht mehr hängig. Das Recht zur Fortsetzung der Betreuung sei erloschen und die Betreuung dahingefallen. Dem Kläger fehle deshalb nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts – an der insoweit auch mit Blick auf die am 1. Januar 2019 in Kraft getretene Revision von Art. 85a SchKG festzuhalten sei – ein Rechtsschutzinteresse für seine Klage. Das Verfahren sei deshalb als gegenstandslos geworden abzuschreiben. (act. 71 S. 5, 7 ff.).

3.2 Dass die dem Streit zugrunde liegende Betreuung seit dem 4. August 2020 nicht mehr fortgesetzt werden kann, ist nicht strittig (vgl. act. 66 S. 9, act. 78 S. 3). Der Kläger stellt sich berufsungsweise auf den Standpunkt, der Gesetzgeber habe mit der Revision von Art. 85a SchKG die bisherige einschränkende Praxis über die Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage nach dieser Bestimmung korrigieren wollen. Deshalb sei sein Rechtsschutzinteresse ungeachtet der Frage zu bejahen, ob die Betreuung noch fortgesetzt werden könne. Die Vorinstanz habe das Verfahren aus diesem Grund zu Unrecht abgeschrieben (act. 66 S. 10 ff.).

3.3 Die Beklagte ist demgegenüber der Ansicht, die Revision von Art. 85a SchKG sehe nur in einem spezifischen Punkt eine Erleichterung vor, indem für die Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage nach der Bestimmung neu nicht mehr massgeblich sei, ob die betriebene Person Rechtsvorschlag erhoben habe oder nicht (act. 78 S. 19-21). Zur hier entscheidenden Rechtsfrage (Gegenstandslosigkeit der Klage nach Art. 85a SchKG, wenn die Betreuung während der Rechtshängigkeit der Klage dahinfällt) bleibe die frühere bundesgerichtliche Rechtsprechung massgeblich. Das Gericht sei an das Gesetz gebunden, auch

wenn ihm eine Norm unpassend erscheine. Je jünger die Gesetzgebung sei, desto weniger dürfe das Gericht sich auf dem Weg der Auslegung als Gesetzgeber betätigen. Die Vorinstanz sei auf die Klage zu Recht nicht eingetreten (act. 78 S. 16, S. 23 ff.).

4.

4.1 Die negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG hat nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Auffassung im Schrifttum eine Doppelnatur. Als materiellrechtliche Klage bewirkt sie (anders insb. als die Klage nach Art. 85 SchKG) die Feststellung, dass die Schuld nicht oder nicht mehr besteht bzw. gestundet ist. In betreibungsrechtlicher Hinsicht bewirkt sie, dass das Gericht im Erfolgsfall (gleich wie im Fall der Klage nach Art. 85 SchKG) die Betreuung einstellt oder aufhebt (vgl. BGer 4A\_24/2018 vom 15. Juni 2018, E. 3.5.1; BGE 125 III 149 E. 2.c.; BSK SchKG I-BODMER/BANGERT, 2. Auflage 2010, Art. 85a N 3). Die langjährige Praxis des Bundesgerichts stellte das betreibungsrechtliche Element der negativen Feststellungsklage nach dieser Bestimmung in den Vordergrund und betrachtete die Aufhebung bzw. Einstellung der Betreuung als deren Hauptziel (BGE 127 III 41 ff. E. 4.a; BGE 132 III 277 ff. E. 4.3.1). Die Klage sei ein Notbehelf, der dazu diene, den Schuldner vor einer ungerechtfertigten Vollstreckung zu schützen und ihm den Weg einer Rückforderungsklage (Art. 86 SchKG) zu ersparen (vgl. BGE 127 III 41 E. 4a, BGE 125 III 149 E. 2.c.). Daraus folgte, dass die Klage insb. in zwei Konstellationen ausgeschlossen war: Hatte zum einen der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben und war dieser noch nicht rechtskräftig beseitigt worden, so war auf die Klage nicht einzutreten (BGE 125 III 149 E. 2.c.). Zum anderen war eine hängige Betreuung Prozessvoraussetzung der Klage. Zog der Gläubiger die Betreuung zurück, so war die Klage wegen nachträglichen Entfallens des Rechtsschutzinteresses als gegenstandslos geworden abzuschreiben (BGE 127 III 41 E. 4; BGE 132 III 277 E. 4.3.1). Dieselbe Wirkung kam aufgrund der Voraussetzung einer hängigen Betreuung dem ungenutzten Ablauf der Frist für die Fortsetzung der Betreuung zu (vgl. OGer ZH NE170005 vom 11. Dezember 2017; vgl. ferner BODMER/BANGERT, a.a.O., Art. 85a N 15 mit Hinweisen). Diese – so die Beklagte – rechtstechnische "Prozess-

Weiterführungsvoraussetzung" einer hängigen Betreuung liegt darin begründet, dass das Bundesgericht das Feststellungsinteresse an der Klage an eine solche (hängige) Betreuung knüpft (vgl. BGE 127 III 41 E. 4c). Dass der Kläger in diesem Zusammenhang mit seinem Feststellungsinteresse argumentiert, ist deshalb entgegen der Beklagten (act. 78 S. 25 Rz. 46) nicht zu beanstanden.

4.2. Art. 85a Abs. 1 SchKG lautete vor der Revision, welche bereits die Vorinstanz erwähnte, wie folgt: "Der Betriebene kann jederzeit vom Gericht des Betreibungsorts feststellen lassen, dass die Schuld nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet ist." Seit dem 1. Januar 2019 hat die Bestimmung folgenden neuen Wortlaut: "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." Die Gesetzesrevision ging auf eine parlamentarische Initiative vom 11. Dezember 2009 zurück und umfasste auch die Art. 8a Abs. 3 lit. d und Art. 73 SchKG. Sie hatte primär zum Zweck, den Schutz betroffener Personen vor den nachteiligen Auswirkungen ungerechtfertigter Betreibungen zu stärken (vgl. BBI 2015 3210; vgl. auch KÄNZIG/GUT, Art. 85a SchKG, Revision geglückt?, AJP 2019 S. 913 ff., S. 913).

4.2.1 Die vorstehend aufgezeigte Rechtsprechung zur bisherigen Fassung von Art. 85a Abs. 1 SchKG und zum Verständnis des Wortes "jederzeit" in dieser Bestimmung (vgl. Ziff. 4.1) wurde im Schrifttum kontrovers aufgenommen (vgl. die Nachweise bei BODMER/BANGERT, a.a.O., Art. 85a N 14a; vgl. ferner den bereits erwähnten Entscheid OGer ZH NE170005 vom 11. Dezember 2017; vgl. auch act. 66 S. 11 Rz. 41). Der Beklagten ist dahingehend zuzustimmen, dass die Revision der Bestimmung diese Rechtsprechung nur hinsichtlich der Wirkungen eines Rechtsvorschlages expressis verbis korrigierte (vgl. act. 78 S. 19 Rz. 39). Dessen ungeachtet gehen die Auswirkungen der Revision darüber hinaus. Ist die Klage nach Art. 85a SchKG auch dann zulässig, wenn die Betreuung bereits durch einen Rechtsvorschlag gestoppt wurde (und dieser Zustand anhält), so lässt sich mit Fug nicht mehr sagen, es handle sich bei der Klage um einen Notbehelf, um der betriebenen Person eine ungerechtfertigte Vollstreckung und den Weg über die Rückforderungsklage zu ersparen. Denn dieses Ziel hat die betrie-

bene Person mit der Erhebung des Rechtsvorschlags bereits erreicht. Ist in diesem Falle nicht entscheidend, dass der betriebenen Person keine Vollstreckung mehr droht, so muss dasselbe gelten, wenn die Frist für die Fortsetzung der Betreuung ungenutzt verstrichen ist. Darüber hinaus ist Folgendes zu beachten: Wie gesehen wurde nach bisheriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG gegenstandslos, sobald die Betreuung nicht mehr hängig war – insbesondere also nach Ablauf der Jahresfrist für das Fortsetzungsbegehren nach Art. 88 Abs. 2 SchKG –, weil diesfalls das Rechtsschutzinteresse im Zeitpunkt der Urteils nicht mehr vorhanden sei. Begründet wurde dies damit, dass die Aufhebung bzw. Einstellung der *hängigen* Betreuung das Hauptziel der Klage sei (Nachweise oben, Ziff. 4.1), was nach der Revision von Art. 85a SchKG nicht mehr zutreffend ist. Die Kammer hat diese Auffassung in einem Entscheid vom 3. Februar 2021 zugrunde gelegt und hielt in einem weiteren Entscheid vom 21. April 2021 daran fest (vgl. ZR 120 [2021] Nr. 15; OGer ZH PP210008 vom 21. April 2021, E. 3b). Die Klage ist mithin auch dann zulässig, wenn die Betreuung im Urteilszeitpunkt nicht mehr fortgesetzt werden kann. Eine betreibende Gläubigerin hat es damit nicht mehr in der Hand, sich allein durch Zeitablauf vor einem gegen sie wirkenden Sachentscheid zu schützen, indem sie die Betreuung nicht fortsetzt.

4.2.2 Im Schrifttum zur Revision von Art. 85a SchKG finden sich Äusserungen, wonach am Erfordernis einer hängigen Betreuung gemäss der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten sei (vgl. BRÖNNIMANN, Verstärkter Schutz vor ungerechtfertigten Betreibungen und ihren Auswirkungen, FS Kren Kostkiewicz, 2018, S. 417, und RODRIGUEZ/GUBLER, Die Abwehr von Betreibungsregistereinträgen ab dem 1. Januar 2019, ZBJV 2019 S. 12 ff., S. 30). Indes ist die Klage (auch gemäss diesen Autoren) nicht mehr als Notbehelf zum Schutz vor ungerechtfertigter Vollstreckung zu verstehen. Das Bundesgericht bezeichnet die Klage nach Art. 85a SchKG in seiner amtlich publizierten Rechtsprechung neu denn auch nicht mehr als Notbehelf in diesem Sinn, sondern als Mittel zur Registerbereinigung (BGE 147 III 41 E. 3.4.3). Der Argumentation der Vorinstanz zur Gesetzesystematik, wonach aufgrund der Einordnung von Art. 85a SchKG nicht ersichtlich sei, dass die Klage das Interesse an der Registerwahrheit wahren soll (act. 71



S. 8), ist danach nicht zu folgen. Dass daneben mit Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG ein weiteres Mittel zur Registerbereinigung vorgesehen wurde, spricht im Lichte der erwähnten Erwägung des Bundesgerichts entgegen der Beklagten (act. 78 S. 22 Rz. 42) nicht dagegen, dass (auch) die Klage nach Art. 85a SchKG neu ein Mittel zu diesem Zweck ist.

4.2.3 Nach wie vor hat die Klage nach Art. 85a SchKG eine Doppelnatur, denn sie ist neben ihrem materiellrechtlichen Aspekt der Feststellung, dass die Schuld nicht besteht, und dem je nach Konstellation angestrebten Schutz vor einer ungerechtfertigten Vollstreckung neu wie gesehen auch ein Mittel zur Registerbereinigung. Das Feststellungsinteresse (das die bisherige Praxis an eine hängige Betreuung knüpfte) kann damit an all diese Zwecke anknüpfen. Entscheidend ist daher nicht, ob es noch einen "Betriebenen" im Sinne einer hängigen, laufenden Betreuung gibt (so die Beklagte, vgl. act. 78 S. 6 Rz. 15 und S. 9 Rz. 18, und die Vorinstanz, act. 71 S. 8 oben). Es genügt vielmehr, dass es einen "Betriebenen" im Sinne einer im Betreibungsregister für Dritte sichtbaren Betreuung gibt. Auch wenn die Betreuung nicht mehr hängig ist, hat die betriebene Person neben ihrem Interesse am materiellrechtlichen Aspekt der Klage auch noch ein Interesse an der Aufhebung der Betreuung, denn erst diese ermöglicht die mit der Klage (auch) angestrebte Registerbereinigung (vgl. Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG sowie BGE 147 III 41 E. 3.4.3). Eine (nur) nicht mehr hängige Betreuung bleibt demgegenüber bis zum Erlöschen des Einsichtsrechts (fünf Jahre nach Abschluss des Verfahrens) im Register sichtbar (vgl. Art. 8a Abs. 4 SchKG). Die Beklagte verkennt diesen Umstand, wenn sie argumentiert, mit dem "Dahinfallen" der Betreuung infolge Zeitablaufs stelle sich die Frage ihrer Aufhebung nicht mehr (act. 78 S. 5 Rz. 14; vgl. auch act. 71 S. 8: entgegen der Vorinstanz kann eine nicht mehr hängige Betreuung deshalb – mit Blick auf die Registerbereinigung – auch sachlogisch noch aufgehoben werden). Die Situation der nicht mehr hängigen Betreuung unterscheidet sich in diesem Aspekt von dem Fall, in welchem die betreibende Person die Betreuung zurückgezogen hat; die Frage der Registerbereinigung stellt sich dann nicht mehr, weil der Rückzug insoweit dieselbe Wirkung hat wie die gerichtliche Aufhebung der Betreuung (vgl. Art. 8a Abs. 3 lit. c SchKG). Es ist daher denkbar, dass es für den Fall des Rückzugs der Betreuung bei der

oben unter Ziff. 4.1 erwähnten Bundesgerichtspraxis bliebe; diese Frage stellt sich vorliegend jedoch nicht.

4.3 Die Parteien äusserten sich im vorliegenden Berufungsverfahren eingehend zur Auslegung des neuen Gesetzeswortlauts. Auch aus diesen Überlegungen ergeben sich indessen keine Gründe, von der Auffassung gemäss den erwähnten Entscheiden der Kammer abzuweichen:

4.3.1 Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach seinem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht der Wortlaut allein die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz: Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei gilt ein pragmatischer Methodenpluralismus. Insbesondere bei jüngeren Gesetzen sind die Gesetzesmaterialien zu beachten, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben und dem Gericht damit weiterhelfen. Auch ein vordergründig klarer Gesetzeswortlaut kann der Auslegung bedürfen (vgl. BGE 140 I 305 E. 6.1-2). Es versteht sich von selbst, dass das Gericht eine Norm nicht wie ein Gesetzgeber aufheben kann, wenn es sie als falsch oder unpassend empfindet, wie die Beklagte vortragen lässt (act. 78 S. 23 f.). Die dem Gericht obliegende Auslegung des Gesetzes hat sich an den aufgezeigten Leitlinien zu orientieren.

4.3.2 Bei der Auslegung der Bestimmung von Art. 85a Abs. 1 SchKG kommt erschwerend dazu, dass der gleiche Satz Teil mehrerer Gesetzesrevisionen war: Bereits aufgrund der bis Ende 2018 geltenden Fassung konnte der Betriebene die Klage "jederzeit" erheben, was jedoch im Sinne der aufgezeigten Praxis (Ziff. 4.1 vorstehend) eingeschränkt zu verstehen war. Neu ist die Klage nach dem Gesetzeswortlaut wie erwähnt "jederzeit" sowie "ungeachtet eines allfälligen Rechtsvorschlages" zulässig. Wie die Revision sich auf das frühere einschränkende Verständnis von "jederzeit" auswirkt, liegt nicht ohne weiteres auf der Hand. Die Norm bedarf deshalb der Auslegung (was die Beklagte in Frage stellt, act. 78 S. 8 Rz. 18; der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass ein Abstellen auf den vor-

dergründig klaren Wortlaut ohne weiteres zur Gutheissung der Berufung führte, denn dies würde bedeuten, dass die Klage schlicht "jederzeit", d.h. immer zur Verfügung stünde; ein klarer Gesetzeswortlaut, wonach die Klage [auch im Urteilszeitpunkt] eine hängige Betreuung voraussetzt, liegt gerade nicht vor).

4.3.3 Die Parteien diskutierten im Berufungsverfahren die Entstehungsgeschichte der Revision. Dieser kommt bei der Auslegung neuerer Rechtsnormen wie erwähnt (vgl. Ziff. 4.3.1 vorstehend) besondere Bedeutung zu. Nach einem ersten Vorentwurf 2013 hätte der neue Art. 85a Abs. 1 SchKG folgenden Wortlaut haben sollen:

"Solange die Betreuung für Dritte aus dem Register ersichtlich ist, kann der Betriebene vom Gericht des Betreuungsorts feststellen lassen, dass die Schuld nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet ist".

Gemäss dem Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 25. April 2013 zu diesem Entwurf sollte mit der vorgeschlagenen Anpassung des Gesetzeswortlauts die einschränkende Rechtsprechung des Bundesgerichts korrigiert werden. Das Rechtsschutzinteresse an der negativen Feststellungsklage sollte vermutet werden und die Klage erhoben werden können, solange die Betreuung für Dritte aus dem Register ersichtlich ist; dies betraf (so der Bericht) insb. den Fall, in welchem die betriebene Person Rechtsvorschlag erhoben hat und die betreibende Person untätig bleibt (vgl. KÄNZIG/GUT, a.a.O., S. 914, sowie die auf [www.parlament.ch](http://www.parlament.ch) abrufbaren Kommissionsunterlagen; vgl. dazu ferner die Ausführungen in BGE 141 III 68 E. 2.6.2). Die vorgeschlagene Erweiterung des Anwendungsbereichs von Art. 85a SchKG wurde in der Vernehmlassung zur Revision gemäss Bericht der Rechtskommission des Nationalrats vom 19. Februar 2015 begrüsst, und es wurde angemerkt, zur Optimierung könnte noch präzisiert werden, dass die Klage auch bei erhobenem Rechtsvorschlag zulässig bleibe (BBI 2015 3209 ff., 3215). Mit dem erwähnten Bericht vom 19. Februar 2015 schlug die Rechtskommission des Nationalrates den neuen Wortlaut von Art. 85a SchKG sodann so vor, wie er daraufhin Gesetz wurde. Im Bericht wurde zu diesem Vorschlag darauf hingewiesen, der Betriebene solle "jederzeit vom Gericht des Betreuungsortes feststellen lassen können, dass die Schuld nicht oder nicht

mehr besteht oder gestundet ist, und zwar ungeachtet eines allfälligen Rechtsvorschlages"; eine Erklärung der Abweichung vom Vorentwurf 2013 findet sich nicht (vgl. KÄNZIG/GUT, a.a.O., S. 914, sowie BBI 2015 3209 ff., 3220).

Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, es gebe keine Anzeichen dafür, dass der Gesetzgeber von der im Vorentwurf 2013 vorgesehenen Zulässigkeit der Klage "solange die Betreuung für Dritte aus dem Register ersichtlich ist" habe abweichen wollen, indem er die Klage lediglich unabhängig von einem erhobenen Rechtsvorschlag, aber doch nur während der Hängigkeit der Betreuung hätte zulassen wollen (act. 66 S. 13 Rz. 5). Die Beklagte hält dem entgegen, es spiele keine Rolle, ob die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates es bewusst oder unbewusst unterlassen habe, sich mit der hier interessierenden Rechtsfrage (Gegenstandslosigkeit der Klage, wenn die Betreuung nicht mehr fortgesetzt werden kann) auseinanderzusetzen, denn entscheidend sei nur, dass die Frage nicht debattiert worden sei (act. 78 S. 16 Rz. 32). Dieser Argumentation könnte gefolgt werden, wenn von Anfang an (nur) der Gesetz gewordene Wortlaut der Bestimmung zur Debatte gestanden wäre. Das ist indes wie gesehen nicht der Fall. Nach dem soeben aufgezeigten Vorentwurf aus dem Jahr 2013 hatte der Gesetzgebungsprozess die Frage ausdrücklich mit umfasst, in dem Sinne, dass die Klage "stets zulässig ist, solange die Betreuung aus dem Register ersichtlich ist". Auch wenn später eine andere Formulierung gewählt wurde, so ist der Vorentwurf entgegen der Beklagten (act. 78 S. 22 Rz. 42) nicht bedeutungslos, sondern er zeigt vielmehr als wesentlicher Schritt die Intention des Gesetzgebers und ist mit dem weiteren Gesetzgebungsprozess in Relation zu setzen. Der Grund für die Anpassung beim Wortlaut dieser Bestimmung ist gemäss des oben zur Vernehmlassung Gesagten vielmehr so zu verstehen, dass der Gesetzgeber (wie in der Vernehmlassung von verschiedenen Seiten gewünscht) lediglich eine Präzisierung (Hinweis auf die in der Praxis häufige Situation bei erhobenem Rechtsvorschlag) beabsichtigte (BBI 2015 3215). Weiter ist aus dem Fehlen einer Begründung für die neue Formulierung zu schliessen, dass der Gesetzgeber an der Stossrichtung des Berichts vom 25. April 2013 festhalten wollte, wonach das Rechtsschutzinteresse an der negativen Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG vermutet werde, solange die Betreuung für Dritte im Register ersichtlich ist. Das

Ziel der Registerbereinigung wurde denn auch im Bericht vom 19. Februar 2015 erwähnt, wenn auch mit dem Hinweis, die Klage sei aufgrund des mit ihr verbundenen Aufwands für diesen Zweck nur beschränkt geeignet (BBI 2015 3220). Auch das Bundesgericht scheint den neuen Gesetzeswortlaut so zu verstehen, wenn es wie gesehen erwägt, die Klage nach der Bestimmung sei neu ein Mittel zur Registerbereinigung (vgl. vorstehend Ziff. 4.2.2-3; vgl. in diesem Sinne auch KÄNZIG/GUT, a.a.O., S. 917 f.).

Die Beklagte weist ferner darauf hin, die Kommissionsmehrheit habe einer Minderheit, welche das Rechtsschutzinteresse habe ins Spiel bringen wollen, entgegen gehalten, der wenig klare Begriff des schutzwürdigen Interesses dürfte in der Praxis grosse Probleme bringen (act. 78 S. 18 Rz. 36). Die Stelle in den Materialien, auf welche die Beklagte sich beruft (BBI 2015 3216 letzter Abschnitt), bezieht sich indes nicht auf die Revision von Art. 85a SchKG, sondern auf jene von Art. 8a und Art. 73 SchKG. Die Kommissionsminderheit hatte dazu ein anderes Konzept vorgeschlagen, gemäss welchem das Betreibungsamt das schutzwürdige Interesse des Gläubigers hätte prüfen müssen. Die Kommissionsmehrheit lehnte dies ab. Für die Frage, wie es sich mit dem Feststellungsinteresse an der Klage nach Art. 85a SchKG verhält, lässt sich daraus nichts ableiten.

Die Entstehungsgeschichte der Revision spricht nach dem Gesagten (entgegen der Beklagten, act. 78 S. 10 Rz. 20) für den Standpunkt des Klägers, wonach das Feststellungsinteresse an der Klage nach Art. 85a SchKG nach der revidierten Bestimmung nicht mehr an eine hängige Betreibung geknüpft ist.

4.3.4 Was das teleologische Auslegungselement angeht, erhellt das vorstehend zum Gesetzgebungsprozess Gesagte, dass der Sinn und Zweck der Revision von Art. 85a SchKG (u.a.) darin lag, die einschränkende Rechtsprechung über die Zulässigkeit dieser Klage zu korrigieren und den Schutz vor ungerechtfertigten Zahlungsbefehlen zu verstärken (vgl. soeben Ziff. 4.3.3). Richtig ist, dass das schweizerische Vollstreckungsrecht es erlaubt, grundsätzlich gegenüber jedermann einen Zahlungsbefehl zu erwirken, ohne dass eine Forderung nachzuweisen wäre (act. 78 S. 10 f. Rz. 22). Was daraus für die hier zu beurteilende Frage folgen soll, verdeutlicht die Beklagte nicht. In dieser Ausgestaltung des Zwangsvollstre-

ckungsrechts liegt gerade die innere Rechtfertigung für den Zweck der Gesetzesrevision, betriebene Personen besser vor ungerechtfertigten Zahlungsbefehlen (und ungerechtfertigten Betreibungsregistereinträgen) zu schützen. Der neue Rechtsbehelf nach Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG bietet einen solchen Schutz nur unter bestimmten Voraussetzungen (vgl. dazu BGE 147 III 41 und ZR 119/2020 S. 188 ff.). Es entspricht daher dem Sinn und Zweck der Gesetzesrevision, dass betriebenen Personen zu diesem Zweck (auch) die Klage nach Art. 85a SchKG offen steht, unabhängig davon, ob die Betreibung noch hängig ist. Andernfalls würde der mit dieser Klage angestrebte Schutz gerade bei ungerechtfertigten Betreibungen, welche seitens der Betreibenden nicht fortgesetzt werden, weitgehend obsolet, weil die Jahresfrist von Art. 88 Abs. 2 SchKG kaum ausreicht, um ein Verfahren, allenfalls vor mehreren Instanzen, durchzuführen und ein rechtskräftiges Urteil zu erwirken; die Klage würde daher in den meisten Fällen spätestens vor der Rechtsmittelinstanz gegenstandslos – das wäre nicht im Sinne des Gesetzgebers, der den Schutz vor ungerechtfertigten Betreibungen wie erwähnt stärken wollte, u.a. durch die Anpassungen bei Art. 85a SchKG (vgl. KÄNZIG/GUT, a.a.O., S. 915 sowie act. 66 S. 4 f. Rz. 7 und S. 14 Rz. 53).

An der Doppelnatur der Klage und mithin an der ihr innewohnenden vollstreckungsrechtlichen Komponente (vgl. act. 78 S. 10 Rz. 20) ändert das wie gesehen nichts (vgl. vorstehend Ziff. 4.2.3).

4.3.5 Die Argumente der Vorinstanz zur systematischen Auslegung, auf welche die Beklagte verweist (act. 78 S. 9 f. Rz. 20, act. 71 S. 8) wurden im Rahmen der vorstehenden Erwägungen bereits widerlegt (vgl. oben Ziff. 4.2.2-3).

4.3.6 Die Auslegung von Art. 85a Abs. 1 SchKG führt damit zum Schluss, dass das Feststellungsinteresse an der negativen Feststellungsklage nicht entfällt, wenn die Frist für die Fortsetzung der Betreibung während der Rechtshängigkeit der Klage ungenutzt abläuft.

4.4 Auch die weiteren Ausführungen der Beklagten, auf die der Vollständigkeit halber nachfolgend noch kurz eingegangen wird, rechtfertigen keinen anderen Schluss:

4.4.1 Ob es sich bei der Betreibung, welche die Beklagte gegen den Kläger erhoben hat, um eine Schikanebetreibung oder sonst wie um eine rechtsmissbräuchliche Betreibung handelt (vgl. act. 78 S. 4 Rz. 8), ist nicht von Bedeutung. Zwar stand die Revision von Art. 85a SchKG wie gesehen (vgl. vorne Ziff. 4.2) im Kontext der Bemühungen, den Schutz vor ungerechtfertigten Zahlungsbefehlen zu stärken, doch der Begriff der Schikanebetreibung bzw. die Frage, ob dem Gläubiger im Zusammenhang mit der Betreibung (offenbarer) Rechtsmissbrauch vorzuwerfen ist, ist für die Zulässigkeit der Klage nach Art. 85a SchKG nicht relevant. Etwas anderes verdeutlicht auch die Beklagte nicht. Ihre Ausführungen zum Hintergrund der Betreibung (act. 78 S. 12 ff.) sind aus diesem Grund unerheblich. Das gilt auch mit Blick auf das Vorbringen der Beklagten, sie habe die Betreibung lediglich zur Verjährungsunterbrechung erhoben, weil der Kläger nicht erreichbar gewesen sei, als sie ihn um eine Verjährungsverzichtserklärung gebeten habe (act. 78 S. 13 Rz. 27). Dieses Argument steht im Zusammenhang mit dem Entscheid BGE 141 III 68, gemäss welchem das Feststellungsinteresse an einer negativen Feststellungsklage nach Art. 88 ZPO grundsätzlich bejaht wird, wenn die betreffende Forderung in Betreibung gesetzt wurde; es wird ausnahmsweise verneint, wenn die Betreibung lediglich zur Verjährungsunterbrechung erhoben wurde, nachdem die betriebene Person eine Verzichtserklärung auf die Verjährungseinrede verweigert hatte, und die betreibende Person die Forderung aus triftigen Gründen nicht sofort geltend machen kann (vgl. BGE a.a.O.). Die Beklagte äusserte sich vor der Vorinstanz in ihrer auf die Zulässigkeit der Klage beschränkten Klageantwort vom 22. Januar 2020 eingehend zur Vorgeschichte der streitgegenständlichen Betreibung und machte geltend, dem Kläger fehle es nach dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid an einem schutzwürdigen Feststellungsinteresse (act. 18). Die Vorinstanz verwarf diese Argumentation mit Verfügung vom 20. Februar 2020 und erwog, die Praxis gemäss BGE 141 III 68 betreffe negative Feststellungsklagen gestützt auf Art. 88 ZPO; selbst wenn diese Praxis auf die Klage nach Art. 85a SchKG übertragen würde (so weiter die Vorinstanz in der erwähnten Verfügung), vermöchten die Vorbringen der Beklagten das Feststellungsinteresse des Klägers nicht auszuschliessen (act. 31). Die Beklagte erhob kein Rechtsmittel gegen diese Verfügung und erstattete am 11. Mai 2020 die un-

beschränkte Klageantwort (act. 38). Sie verweist in der Berufungsantwort zwar auf den erwähnten Bundesgerichtsentscheid (vgl. act. 78 S. 13 Rz. 27), aber sie äussert sich nicht dazu, weshalb die Auffassung der Vorinstanz gemäss Verfügung vom 20. Februar 2020 ihrer Ansicht nach falsch sei. Es kann deshalb auch für den vorliegenden Entscheid offen bleiben, ob der erwähnten Bundesgerichtspraxis für die Klage nach Art. 85a SchKG Relevanz zukommt oder nicht.

4.4.2 Da der Gesetzgeber das Konzept der negativen Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG als Notbehelf gegen ungerechtfertigte Vollstreckungen aufgegeben hat, sind die Unterschiede dieser Klage zu einer allgemeinen negativen Feststellungsklage gestützt auf Art. 88 ZPO geringer geworden. Welche Relevanz letzterer Klage noch zukommt, wenn die streitgegenständliche Forderung in Betreuung gesetzt worden ist, wird die Praxis erst noch zeigen müssen. Dass dem Beklagten unter Umständen auch eine Klage nach Art. 88 ZPO zur Verfügung gestanden wäre (act. 78 S. 25 f.), ist richtig. Allerdings kann nach neuem Recht wie gesehen nicht mehr gesagt werden, die Klage nach Art. 85a SchKG sei nur möglich, solange die Betreuung hängig sei, und lediglich eine gestützt auf Art. 88 ZPO erhobene negative Feststellungsklage überdauere die Hängigkeit der Betreuung (so die Beklagte, act. 78 S. 7 f. Rz. 16 f.). Die Beklagte vermag aus der Gegenüberstellung der beiden möglichen Rechtsgrundlagen für negative Feststellungsklagen deshalb nichts für sich abzuleiten.

4.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Unrecht zum Schluss kam, die Klage des Klägers sei aufgrund des Ablaufs der Frist für die Fortsetzung der Betreuung gegenstandslos geworden. Das führt zur Gutheissung der Berufung. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Sache ist zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## 5. Zur "Löschung" der Betreuung

Der Vollständigkeit halber ist schliesslich noch auf die vom Kläger thematisierte "Löschung" der Betreuung einzugehen (act. 66 S. 18 f. Rz. 66). Das Betreibungsamt gibt Dritten von einer Betreuung keine Kenntnis, (u.a.) wenn die Be-



treibung aufgrund einer Beschwerde oder eines gerichtlichen Entscheids aufgehoben worden ist (Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG). Die Beschränkung des Einsichtsrechts folgt in diesem Sinne – so richtig die Vorinstanz – ohne weiteres aus der gerichtlichen Aufhebung der Betreuung mit Mitteilung an das Betreibungsamt (act. 71 S. 4). Wenn in der Gerichtspraxis untechnisch von einer "Löschung" der Betreuung im Betreibungsregister gesprochen wird (vgl. etwa den Hinweis des Klägers, act. 66 S. 18), so wird damit dieser Vorgang einer "faktischen Löschung im Aussenverhältnis" gemeint (vgl. BGer 4A\_440/2014 vom 27. November 2014, E. 3.3; vgl. ferner SCHMID, Die vorsorgliche Löschung von Betreibungen aus dem Betreibungsregister, ZZZ 2014/2015 S. 42 ff., S. 44 a.E.). Die vom Kläger angestrebte "Löschung" der Betreuung (vgl. Rechtsbegehren Ziff. 2) erfolgt damit durch die Mitteilung des (allfälligen) gutheissenden Entscheids an das Betreibungsamt. Dass die Vorinstanz Rechtsbegehren Ziff. 2 des Klägers nach Treu und Glauben in diesem Sinn verstand (act. 71 S. 4), ist nicht zu beanstanden.

## 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1 Ist der Prozess zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen, so ist das angefochtene Urteil auch hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben. Die Vorinstanz wird in ihrem neuen Entscheid auch darüber erneut zu befinden haben.

6.2 In einem Rückweisungsentscheid kann die obere Instanz die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens der Vorinstanz überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Im vorliegenden Entscheid wird indessen mit dem Feststellungsinteresse an der Klage eine gesonderte Frage endgültig entschieden. Dies rechtfertigt es, über die Kostenregelung des Rechtsmittelverfahrens bereits jetzt zu entscheiden (vgl. ZK ZPO-JENNY, 3. Auflage 2016, Art. 104 N 11).

6.3 Ausgangsgemäss wird die Beklagte für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

6.4 Grundlage der Gebührenfestsetzung bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls

(§ 2 Abs. 1 GebV OG). Dem tragen die Tarife gemäss §§ 4 ff. GebV OG Rechnung. Die Entscheidungsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 4 Abs. 1-2 i.V.m. § 12 Abs. 1-2 GebV OG festzusetzen. Der Streitwert beträgt Fr. 250'000.00. Zu berücksichtigen ist, dass das Verfahren nur die Frage betraf, ob das Feststellungsinteresse mit dem ungenutzten Ablauf der Frist für die Fortsetzung der Betreibung dahingefallen ist oder nicht (§ 9 Abs. 2 GebV OG analog, vgl. OGer ZH LB160074 vom 22. September 2017, E. 8.2). In Anbetracht der Umstände erscheint damit eine Gerichtsgebühr von Fr. 7'000.00 angemessen.

6.5 Die Bemessung der Parteientschädigung basiert auf dem Streitwert bzw. Interessewert, der Verantwortung des Rechtsanwalts, seinem notwendiger Zeitaufwand und der Schwierigkeit des Falles (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die Entschädigung ist in Anwendung von § 4 Abs. 1-2 i.V.m. § 13 Abs. 1-2 AnwGebV festzusetzen. Auch hier ist zu berücksichtigen, dass mit dem Feststellungsinteresse nur ein Teilaspekt zu prüfen war (§ 10 Abs. 1 AnwGebV analog). In Anbetracht der Umstände erscheint damit eine Parteientschädigung von Fr. 6'500.00 angemessen.

## 7. Rechtsmittelbelehrung

Rückweisungsentscheide stellen nach bundesgerichtlicher Praxis generell keine Endentscheide dar (BGE 144 III 253 E. 1.4). Das Urteil kann daher nur nach Massgabe von Art. 93 BGG an das Bundesgericht weitergezogen werden.

### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird gutgeheissen, die vorinstanzliche Verfügung vom 2. Oktober 2020 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zu-rückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 7'000.00 festgesetzt.

3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten und Berufungsbeklagten auferlegt und mit dem vom Kläger und Berufungskläger geleisteten Vorschuss von Fr. 7'000.00 verrechnet.

Die Beklagte und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Kläger und Berufungskläger den Vorschuss von Fr. 7'000.00 zu ersetzen.

4. Die Beklagte und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Kläger und Berufungskläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 6'500.00 zuzüglich Fr. 500.50 (7,7% MwSt.), total Fr. 7'000.50, zu zahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger und Berufungskläger unter Beilage eines Doppels von act. 78, sowie an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 250'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

lic. iur. S. Kröger

versandt am: