

Art. 85 SchKG, Klage trotz erhobenen Rechtsvorschlages? *Entgegen der bisherigen Ansicht der Kammer (NN020143/4) und anders als mit der negativen Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG kann die Aufhebung der Betreibung im summarischen Verfahren auch verlangt werden, wenn der Rechtsvorschlag noch nicht beseitigt ist.*

Frage offen gelassen, ob Art. 85 SchKG auch zur Geltendmachung der (ursprünglichen) Nichtbestandes der in Betreibung gesetzten Forderung angerufen werden kann und allenfalls wie der Nachweis des Nichtbestandes erbracht werden muss.

Aus den Erwägungen des Obergerichts:

2.

2.1. Der Beschwerdeführer legt dem Verfahren folgenden Sachverhalt zugrunde: Er sei mit seiner Ehefrau Miteigentümer der Stockwerkeigentumseinheit Nr. XXX der Parzelle Nr. Y in Z, welche sie von den Erstellern der Baute, A. und B. C. gekauft hätten. Die Beschwerdegegnerin habe mit letzteren drei Werkverträge über die Lieferung und den Einbau verschiedener Anlagen abgeschlossen. Am 21. Mai 2012 habe die Beschwerdegegnerin gestützt auf die drei Werkverträge ein Gesuch um superprovisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu Lasten der genannten Stockwerkseinheit für eine Pfandsumme von Fr. 31'579.35 gestellt. Gleichzeitig habe sie ihn für diesen Betrag (abzüglich Fr. 0.05) betrieben, wobei im Zahlungsbefehl als Forderungsgrund "Bauabrechnung für Sanitär-, Heizungs- und Lüftungsanlage S-Strasse 00, in Z MFH 342/1000 Anteil" angegeben worden sei. Er habe Rechtsvorschlag erhoben.

2.2. In der Sache führt der Beschwerdeführer im Wesentlichen aus, die Forderungen gründeten auf den mit dem Ehepaar C. abgeschlossenen Werkverträgen und richteten sich deshalb ausschliesslich gegen dieses. Er sei zwar bezüglich des Bauhandwerkerpfandrechts passivlegitimiert, ohne dadurch jedoch Schuldner der Forderung zu werden. Die Betreibung sei somit völlig ungerechtfertigt, was er mit den Werkverträgen urkundlich nachweisen könne. Die Rechtsauffassung der Vorinstanz, wonach es dem Betriebenen am Rechtsschutzinteresse fehle, wenn gegen die Betreibung Rechtsvorschlag erhoben bzw. dieser noch nicht beseitigt worden sei, sei unzutreffend. Ebenso unzutreffend sei die Eventualbegründung, wonach für die Feststellung des

Nichtbestehens der Forderung nur ein rechtskräftiges Urteil als Urkunde dienen könne. In einlässlicher Auseinandersetzung mit der Literatur sowie der bundesgerichtlichen und kantonalen Rechtsprechung kommt der Beschwerdeführer zum Schluss, dass eine analoge Anwendung der Rechtsprechung zu Art. 85a SchKG betreffend eingestellte Betreibung auf Art. 85 SchKG weder sachgerecht sei noch gesetzgeberisch Sinn mache. Im Übrigen habe er trotz Rechtsvorschlages sehr wohl ein Rechtsschutzinteresse an der Aufhebung der Betreibung. Dieses bestehe in der Einsichtsverweigerung gemäss Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG. Der Nachweis des Nichtbestands der betriebenen Forderung sei sodann nicht nur durch ein rechtskräftiges Urteil möglich, sondern auch durch andere Urkunden. Diesen Nachweis habe er mittels Schriftstücken, die er als Beilagen zu seiner Klage eingereicht habe, erbracht.

3.

3.1. In der in Frage stehenden Betreibung wurde Rechtsvorschlag erhoben. Bemühungen um dessen Aufhebung scheinen noch nicht unternommen worden zu sein. Somit ist vorab zu klären, ob die Klage nach Art. 85 SchKG auch angestrengt werden kann, wenn die Betreibung durch Rechtsvorschlag gehemmt ist und sich das Rechtsschutzinteresse des Betriebenen damit in erster Linie auf die Beseitigung der Publizität der Betreibung beschränkt, oder ob in diesem Fall mit der Vorinstanz in analoger Anwendung der Rechtsprechung zu Art. 85a SchKG von einem fehlenden Feststellungsinteresse auszugehen und auf die Klage nicht einzutreten ist.

3.2. Nach Art. 85 SchKG kann der Betriebene, der durch Urkunden beweist, dass die Schuld samt Zinsen und Kosten getilgt oder gestundet ist, jederzeit beim Gericht des Betreibungsortes im ersten Fall die Aufhebung, im letzteren Fall die Einstellung der Betreibung verlangen.

Die Klage nach Art. 85a SchKG wurde mit der Revision von 1997 neu in das SchKG eingefügt. Damit kann der Betriebene vom Gericht des Betreibungsortes jederzeit feststellen lassen, dass die Schuld nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet ist, und damit ebenfalls die Aufhebung oder Einstellung der Betreibung erwirken (Abs. 1 und Abs. 3). Das Bundesgericht erwog in Übereinstimmung mit einigen Autoren, die Klage könne ungeachtet des im Gesetz verwendeten Begriffs "jederzeit" erst nach rechtskräftiger Beseitigung des Rechtsvorschlages erhoben werden. Sie stehe im Sinne eines "Notbehelfs" dem Betriebenen, der den Rechtsvorschlag unterlassen habe, die Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist nicht verlangen und die Tilgung der Schulden nicht durch Urkunden beweisen könne, als zusätzliches Verteidigungsmittel zur Verfügung,

um ihm den Weg der Rückforderungsklage zu ersparen. Soweit der Betriebene rechtzeitig Rechtsvorschlag erhoben habe und damit keine Vollstreckungsmassnahmen gegen ihn möglich seien, habe er kein hinreichendes Interesse an der Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG. Dies ergebe sich schon aus Abs. 2, da eine Einstellung der Betreibung nur bei Rechtskraft des Zahlungsbefehls nötig sei (BGE 125 III 149, E. 2.c). Bis zum höchstrichterlichen Entscheid widersprach die Kammer dieser Rechtsauffassung. Das Bundesgericht bestätigte seine Praxis aber auch in den nachfolgenden Jahren (BGE 127 III 41; BGE 128 III 334; BGE 129 III 197; BGE 132 III 277 etc.), und die Kammer unterzieht sich ihr.

Die Bedeutung eines rechtskräftigen Zahlungsbefehls für die Klage nach Art. 85 SchKG ist in der Literatur wie auch in der kantonalen Rechtsprechung umstritten. Die Vorinstanz stützt sich in ihrer Begründung auf einen bisher vereinzelt gebliebenen Entscheid der Kammer vom 24. Februar 2003, in welchem die geschilderten, vom Bundesgericht zu Art. 85a SchKG entwickelten Grundsätze analog auf die Klage nach Art. 85 SchKG angewendet wurden. Die Kammer erwog damals, mit beiden Klagen könne die Aufhebung oder Einstellung der Betreibung erreicht werden, und dies bilde einziges Ziel der Klage nach Art. 85 SchKG, weshalb sich eine analoge Anwendung rechtfertige (Geschäfts-Nr. NN020143). Das Bundesgericht hat sich zu dieser Frage soweit ersichtlich bislang nicht explizit geäußert.

3.3. Zwischen den beiden Klagen besteht zwar eine gewisse Ähnlichkeit, indem beide als Hauptziel die Aufhebung oder Einstellung der Betreibung haben. Zu Recht verweist der Beschwerdeführer aber auch auf die erheblichen Unterschiede. Während die Klage nach Art. 85 SchKG rein betreibungsrechtliche Wirkung entfaltet, bringt die Klage nach Art. 85a SchKG nebst derselben betreibungsrechtlichen zusätzlich die materiellrechtliche Frage des Nichtbestandes oder der Stundung der Schuld zur Beurteilung. Sie weist also eine Doppelnatur auf, indem nicht nur über die konkrete Betreibung, sondern auch über den dieser zugrundeliegenden materiellen Anspruch entschieden wird. Damit kommt ihr dieselbe Wirkung wie einer allgemeinen Feststellungsklage im Sinne von Art. 88 ZPO zu (BSK SchKG I-BODMER/BANGERT, 2. Aufl., Art. 85 N 6 und N 35; Art. 85a N 3, N 7 und N 30 ff.).

Vor dem Hintergrund dieser Doppelnatur der Klage nach Art. 85a SchKG erachtet ein Teil der Lehre die dazu entwickelte bundesgerichtliche Rechtsprechung als nachvollziehbar bzw. vertretbar. Zur Begründung wird im Wesentlichen angeführt, bei der negativen Feststellungsklage

bestimme nicht mehr der Gläubiger den Zeitpunkt der Geltendmachung seines Anspruchs, sondern der klagende (angebliche) Schuldner. Dies habe für den Gläubiger die nachteilige Konsequenz, dass er gegen seinen Willen und möglicherweise in einem für ihn ungünstigen, weil (zu) frühen Zeitpunkt dazu gezwungen werde, seine Forderung geltend zu machen und zu beweisen. Denn die umgekehrten Parteirollen würden nichts an der im materiellen Recht begründeten Verteilung der Beweislast ändern, welche trotz seiner Beklagtenrolle der Gläubiger trage. Deshalb habe das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zur allgemeinen negativen Feststellungsklage des Betriebenen stets eine einzelfallbezogene Interessenabwägung des Feststellungsklägers einerseits und des Feststellungsbeklagten andererseits vorgenommen (BGE 120 II 20 mit Verweis auf BGE 110 II 352). Bei der Klage nach Art. 85a SchKG entfalle nun aber eine solche Interessenabwägung, da das Feststellungsinteresse gesetzlich vermutet werde. Dessen Nachweis sei damit nicht erforderlich, vielmehr genüge die Tatsache, dass eine Person betrieben sei. Dieser Umstand rechtfertige es, dennoch eine Art pauschale Interessenabwägung vorzunehmen und die Klage nach Art. 85a SchKG nur zuzulassen, wenn sich der Schuldner aufgrund eines rechtskräftigen Zahlungsbefehls in einem gewissen Sinne in einem Notstand befinde (ANDRÉ EQUEY/RETO VONZUN, Mittel und Wege zur Beseitigung der negativen Auswirkungen des Betreibungsregistereintrags grundloser Betreibungen, AJP 2011 S. 1337 ff., S. 1348 f.; BSK SchKG I-BODMER/BANGERT, 2. Aufl., Art. 85a N 14a).

Im Lichte dieser Argumentation kann die Frage des Feststellungsinteresses mit Bezug auf Art. 85 SchKG mangels gleicher Sachgrundlage nicht gleich beantwortet werden. Auf Grund der rein betreibungsrechtlichen Wirkung von Art. 85 SchKG droht dem Gläubiger keinerlei Anspruchsverlust, der eine Interessenabwägung oder eine Beschränkung der Zulässigkeit auf Notlagen wie bei der Klage nach Art. 85a SchKG erfordern würde (ANDRÉ EQUEY/RETO VONZUN, Mittel und Wege zur Beseitigung der negativen Auswirkungen des Betreibungsregistereintrags grundloser Betreibungen, AJP 2011 S. 1337 ff., S. 1349).

3.4. Eine unterschiedliche Beurteilung des Interesses an den beiden Klagen rechtfertigt sich auch im Hinblick auf die Verweigerung der Kenntnissgabe der Betreibung an Dritte nach Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG. Um eine Beschränkung des Einsichtsrechts zu erwirken, muss die Tilgung der Schuld gerichtlich festgestellt worden sein (BSK SchKG I-PETER, 2. Aufl., Art. 8a N 21). Ein Betriebener hat daher grundsätzlich ein rechtlich geschütztes Interesse an der gerichtlichen Feststellung des Nichtbestehens einer Schuld. Das gilt auch dann, wenn eine Betreibung durch einen nicht beseitigten Rechtsvorschlag gestoppt ist, weil die Einstellung einer Betreibung das Einsichts-

recht noch nicht beschränkt (BGE 120 II 20 ff.). Das Bundesgericht verneinte das Rechtsschutzinteresse für die Klage nach Art. 85a SchKG in Bezug auf die Einschränkung der Publizität einzig damit, dass dem Betriebenen dafür die allgemeine Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der in Betreuung gesetzten Forderung offen stehe (BGE 125 III 149, E. 2.d). Ohne auf diese Begründung näher eingehen zu müssen, vermag sie in Bezug auf die Klage nach Art. 85 SchKG bereits auf Grund der prozessualen Unterschiede nicht recht zu überzeugen. Das vorliegend vom Beschwerdeführer angehobene Verfahren wird im summarischen Verfahren durchgeführt, und die zulässigen Beweismittel sind auf Urkunden beschränkt (Art. 85 SchKG). Im Gegensatz dazu folgen die allgemeine Feststellungsklage wie auch die Klage gemäss Art. 85a SchKG den Bestimmungen des ordentlichen oder vereinfachten Verfahrens, welche keine Beweismittelbeschränkung kennen. Beide Klagen stellen also keine vergleichbare Alternative zur Klage nach Art. 85 SchKG dar (BSK SchKG I-BODMER/BANGERT, 2. Aufl., Art. 85 N 12; vgl. zum Ganzen auch: Bezirksgericht Arlesheim, 160 09 2037 III vom 30. April 2010, E. 5 ff.; Urteil Kantonsgericht BL vom 9. November 2010, E. 2). Dementsprechend ist es nicht zwingend und nicht angezeigt, die beiden Klagen des SchKG in Bezug auf die Voraussetzungen gleich zu behandeln.

3.5. Aus diesen Gründen erscheint eine Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Feststellungsinteresse für die Klage nach Art. 85a SchKG analog auf die Klage nach Art. 85 SchKG nicht gerechtfertigt. Das Interesse des Betriebenen an einer Klage nach Art. 85 SchKG kann jedenfalls nicht mit der Begründung verneint werden, die Betreuung sei durch den Rechtsvorschlag bereits eingestellt und es stehe dem Betriebenen zur Verfolgung seiner weiteren Interessen die allgemeine negative Feststellungsklage zur Verfügung. Mit dem Beschwerdeführer ist darauf hinzuweisen, dass sich im Ergebnis auch das Bundesgericht bereits ansatzweise in diese Richtung geäussert hat. Es bemerkte einerseits am Rande, dass ein Betreiber kumulativ zum Rechtsvorschlag auch die Klage nach Art. 85 SchKG ergreifen könne (BGer, 7B.254/2001 vom 1. Februar 2002, E. 2.b.aa), und beurteilte auf der anderen Seite in einem *obiter dictum* die (strenge) Eintretenspraxis zu Art. 85a SchKG (auch) deshalb als gerechtfertigt, weil dem Betriebenen daneben die Klage nach Art. 85 SchKG und die negative Feststellungsklage zur Verfügung stünden (BGer, 5D_113/2011 vom 11. Juli 2011). Daraus erhellt, dass auch das Bundesgericht davon ausgeht, dass einem Betriebenen immerhin die Klage nach Art. 85 SchKG zur Verfügung stehen muss, wenn ihm die Klage nach Art. 85a SchKG zufolge eines (noch) nicht beseitigten Rechtsvorschlages versagt bleibt.

Bei vertiefter Prüfung lässt sich somit nicht mehr an der noch im Beschluss vom 24. Februar 2003 (Geschäfts-Nr. NN020143/NN020144) vertretenen Auffassung der Kammer festhalten. Soweit dem Betriebenen nicht bereits deshalb ein Rechtsschutzinteresse an der Klage nach Art. 85 SchKG zukommt, weil er trotz erhobenem Rechtsvorschlag (also "jederzeit") die Aufhebung oder Einstellung der Betreibung im summarischen Verfahren verlangt, ist ein solches zumindest zu bejahen, soweit er damit die Einschränkung des Einsichtsrechts Dritter nach Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG verfolgt. Demnach ist unter dem Titel des Rechtsschutzinteresses auf die Klage des Beschwerdeführers einzutreten.

4.

4.1. Im Weiteren steht in Frage, ob die Klage des Beschwerdeführers in materieller Hinsicht Aussicht auf Erfolg hat. Die Vorinstanz vertrat im Sinne einer Eventualbegründung den Standpunkt, nebst der Feststellung der Tilgung oder Stundung einer in Betreibung gesetzten Schuld könne deren Nichtbestand nur insoweit Gegenstand der Klage gemäss Art. 85 SchKG sein, als sich der Betriebene auf ein diesbezügliches rechtskräftiges Urteil stütze. Da der Beschwerdeführer nur Verträge und kein rechtskräftiges Urteil vorlege, vermöge er den strikten Urkundenbeweis nicht zu erbringen.

4.2. Die einschlägige Lehre vertritt die Ansicht, dass der Wortlaut von Art. 85 SchKG wohl nur den Untergang der Forderung durch *Tilgung* nenne, und dass das Gesetz daher stillschweigend davon ausgehe, dass überhaupt eine zu tilgende Schuld bestanden habe, weshalb der Nichtbestand grundsätzlich nicht Thema im Prozess nach Art. 85 SchKG sein könne. Unter Berücksichtigung der *ratio legis* dieser Bestimmung sei aber auch der Nachweis über das ursprüngliche Nichtbestehen zuzulassen, weil letztlich die Vollstreckung einer Nichtschuld verhindert werden solle (anstatt vieler: BSK SchKG I-BODMER/ BANGERT, 2. Aufl., Art. 85 N 26; ANDRÉ EQUÉY/RETO VONZUN, Mittel und Wege zur Beseitigung der negativen Auswirkungen des Betreibungsregistereintrags grundloser Betreibungen, AJP 2011 S. 1337 ff., S. 1350 f., beide mit Hinweisen). Die Rechtsprechung ist in diesem Zusammenhang nicht einheitlich (BGE 42 II 335, E. 1; BGE 110 II 352, E. 2.a; Urteil Kantonsgericht BL vom 9. November 2010, E. 5; SJZ 83/1987 Nr. 1, S. 11; ZR 83/1984 Nr. 77, S. 186). Zudem ist zu verdeutlichen, dass – sofern zulässig – auch der Nachweis des Nichtbestehens der einer Betreibung zugrunde liegenden Schuld *durch Urkunden* zu erbringen wäre. Ob der Nachweis des Nichtbestehens einer Schuld nicht sogar zwingend ein rechtskräftiges Urteil verlangt, ist ebenfalls umstritten (vgl. BSK SchKG I-BODMER/ BANGERT,

2. Aufl., Art. 85 N 26; ANDRÉ EQUÉY/RETO VONZUN, Mittel und Wege zur Beseitigung der negativen Auswirkungen des Betreibungsregistereintrags grundloser Betreibungen, AJP 2011 S. 1337 ff., S. 1352). Eine eingehende Erörterung dieser Rechtslage erübrigt sich indes hier, weil sie nicht abschliessend geklärt zu werden braucht.

...

Obergericht, II. Zivilkammer

Urteil vom 4. April 2013

PS120127