

Kristin Arve | Philip Talbot

# Dos & Don'ts

## Zur Klage nach Art. 85a SchKG



### I. Einleitung

Betriebe können sich seit 1. Januar 2019 mit der negativen Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG gegen betreibende Gläubiger zur Wehr setzen, auch wenn die Betreibung durch Rechtsvorschlag eingestellt ist und somit keine unmittelbare Fortsetzung der Betreibung droht. Die Einleitung der negativen Feststellungsklage wurde damit erheblich erleichtert; die Klage soll nicht mehr nur die ungerechtfertigte Vollstreckung verhindern, sondern auch als Mittel der *Registerbereinigung* dienen.<sup>1</sup>

Dabei obliegt es den beklagten Gläubigern, den Bestand bzw. die Fälligkeit ihrer Forderung zu behaupten und zu beweisen. Gelingt dies nicht, stellt das Gericht fest, dass die in Betreibung gesetzte Forderung nicht besteht bzw. gestundet ist (materiell-rechtliche Wirkung, Abs. 1), und hebt die Betreibung auf bzw. stellt sie ein (betreibungsrechtliche Wirkung, Abs. 3). Aufgrund dieser *Doppelnatur*<sup>2</sup> unterscheidet sich die Klage nach Art. 85a SchKG von der rein betreibungsrechtlichen Einstellung bzw. Aufhebung der Betreibung nach Art. 85 SchKG (keine materielle Rechtskraft hinsichtlich der in Betreibung gesetzten Forderung) sowie von der allgemeinen negativen Feststellungsklage nach Art. 88 ZPO (von Gesetzes wegen keine betreibungsrechtliche Wirkung).

Die *Klägerfreundlichkeit* von Art. 85a SchKG zeigt sich auch darin, dass vorgängig kein Schlichtungsverfahren durchgeführt werden muss (Art. 198 lit. e Ziff. 2 ZPO). Im Übrigen handelt es sich um einen gewöhnlichen Zivil-

prozess nach ZPO, der je nach Streitwert im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren geführt wird (Art. 219 ff., Art. 243 ff. ZPO).

Mit dem revidierten Wortlaut hat die *Bedeutung* der ursprünglich als Notbehelf konzipierten Klage nach Art. 85a SchKG *zugenommen* – im Wesentlichen wird nur noch eine zu Unrecht in Betreibung gesetzte Forderung vorausgesetzt. Zudem kommt der Klage bei rechtsmissbräuchlichen Betreibungen eine zentrale Rolle zu, wenn die Voraussetzungen zur Nichtbekanntgabe an Dritte (Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG) nicht erfüllt sind. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Rechtsöffnungsgesuch des Gläubigers abgewiesen oder darauf nicht eingetreten wurde.<sup>3</sup> In der Praxis erfreut sich die Klage denn auch *zunehmender Beliebtheit*.

Grund genug, die Dos und Don'ts aus der *Praxis des Bezirksgerichts Zürich* festzuhalten und offene Fragen anzusprechen. Wir möchten mit dieser Darstellung den Praktikern – Gerichten, Behörden und Anwälten – mögliche Stolpersteine und entsprechende Lösungsansätze aufzeigen. Die diesbezüglichen Denkanstösse sind bewusst kurzgehalten. Wo es sich um die Praxis unseres Gerichts handelt, ist dies besonders vermerkt. Ansonsten handelt es sich (nur) um die Meinung der Autoren.

### II. Rechtsbegehren

Das nach Art. 85a SchKG angerufene Gericht kann keine Löschung der Betreibung anordnen und es kann grundsätzlich auch nicht die Nichtigkeit der Betreibung feststellen. Letzteres ist den Aufsichtsbehörden nach Art. 22 SchKG vorbehalten.

Vorgesehen ist hingegen die *Aufhebung der Betreibung* (Abs. 3). Als gesetzliche Folge dessen wird die Betreibung Dritten nicht mehr zur Kenntnis gebracht (Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG), d.h., sie erscheint nicht mehr im Betreibungsregisterauszug. Diese technische Unterscheidung zwischen Löschung und Nichtbekanntgabe mag überspitzt wirken. In der Praxis werden Rechtsbegehren (zumindest von prozessunerfahrenen Parteien) denn auch häufig sinngemäss aufgefasst (vgl. Art. 52 ZPO). *Streng genommen* ist ein An-

<sup>1</sup> BGE 147 III 41 E. 3.4.3 m.w.H.

<sup>2</sup> BGE 129 III 197 E. 2.1.

**Kristin Arve**, MLaw, Gerichtsschreiberin am Einzelgericht für SchKG-Klagen, besondere summarische Verfahren, Konkurs- und Nachlassgericht des Bezirksgerichts Zürich.

**Philip Talbot**, lic. iur., Rechtsanwalt, Leitender Gerichtsschreiber/Ersatzrichter am Einzelgericht für SchKG-Klagen, besondere summarische Verfahren, Konkurs- und Nachlassgericht des Bezirksgerichts Zürich, Lehrbeauftragter für Zivilverfahrensrecht, Kalaidos Law School.

<sup>3</sup> BGE 147 III 41 E. 3; vgl. BGer, 5A\_927/2020, E. 3.4.6.

trag auf Löschung oder Erklärung der Nichtigkeit aber *unzulässig*, weshalb die Gefahr besteht, dass das Gericht unter Kostenaufgabe mangels sachlicher Zuständigkeit nicht darauf eintritt. Die Aufhebung der Betreuung für den Fall des Nichtbestands (bzw. deren Einstellung bei Stundung) ist als *gesetzliche Folge* der gutgeheissenen Klage vorgesehen und muss daher nicht beantragt werden (Art. 85a Abs. 3 SchKG). Hingegen ist der vorsichtigen Schuldnerin zu raten, die *vorläufige Einstellung der Betreuung* zu beantragen (vgl. unten V.), sofern diese nicht bereits durch Rechtsvorschlag eingestellt ist (Art. 78 Abs. 1 SchKG).

Für den Fall, dass die *Forderung* nach Einleitung der Betreuung an den Gläubiger *bezahlt wurde*, kann mit der Klage nach Art. 85a SchKG zwar gegen den Gläubiger, der trotz Zahlung an der Vollstreckung festhält, vorgegangen werden (Forderung besteht nicht mehr). Eine Nichtbekanntgabe des Betreibungsregistereintrags bzw. eine Aufhebung der Betreuung ist hingegen nicht mehr möglich, da die Betreuung in diesem Fall gerechtfertigt erscheint.<sup>4</sup>

Aus Sicht des beklagten Gläubigers, der den Bestand seiner Forderung beweisen kann, ist zu beachten, dass *noch nicht geklärt* ist, ob mit der *Abweisung der Klage ein Vollstreckungstitel* vorliegt. Dies ist strittig und wurde vom Bundesgericht noch nicht entschieden.<sup>5</sup> Für die Aberkennungs-

**Eine Beseitigung des Rechtsvorschlags im Verfahren nach Art. 85a SchKG ist nur möglich, wenn nicht bereits ein Rechtsöffnungsverfahren hängig ist (Litispending).**

klage wurde dies bejaht, weil das Aberkennungsurteil im Gesamtzusammenhang der konkreten Betreuung gesehen lediglich ein bereits gestelltes Leistungsbegehren des Gläubigers ergänzt.<sup>6</sup> Da sich die Klage nach Art. 85a SchKG von ihrem Wesen her mit der Aberkennungsklage deckt (negative Feststellungsklage des materiellen Rechts, die in ein Betreibungsverfahren eingebaut ist und sich auf dieses auswirkt),<sup>7</sup> stellt das die Klage nach Art. 85a SchKG abweisende Urteil *u.E.* ebenfalls einen Vollstreckungstitel dar.

Solange die Wirkung der Abweisung der Klage nicht höchstrichterlich geklärt ist, sollte der vorsichtige Gläubiger *Widerklage* auf Leistung und Beseitigung eines allfälligen Rechtsvorschlags erheben. Allerdings ist eine Be-

seitigung des Rechtsvorschlags im Verfahren nach Art. 85a SchKG nur möglich, wenn nicht bereits ein Rechtsöffnungsverfahren hängig ist (Litispending). Zudem darf die Rechtsöffnung nicht bereits definitiv abgewiesen worden sein (*res iudicata*).<sup>8</sup>

### III. Streitwert

Der Streitwert entspricht regelmässig der Höhe der in Betreuung gesetzten Forderung oder seltener einem Teil davon, wenn sich die Klage nur gegen einen Teil der Forderung richtet. Insofern ist der Streitwert bei fehlenden Angaben in der Klagschrift meistens anhand des mit der Klage einzureichenden Zahlungsbefehls bestimmbar, selbst wenn die Höhe der Forderung nicht explizit im Rechtsbegehren erwähnt wird. Dennoch gehört die *Angabe des Streitwerts zum zwingenden Klageinhalt* (Art 221 Abs. 1 lit. c, Art. 244 Abs. 1 lit. d ZPO) und die klagende Partei sollte sich in jedem Fall dazu äussern.

### IV. Zuständigkeit

*Örtlich* zuständig ist das Gericht am *Betreibungsort* (Art. 85a Abs. 1 SchKG). Diese Regelung erscheint zunächst einfach. Es stellen sich aber in der Praxis – gerade im internationalen Kontext – knifflige Fragen.

Nach unserer Meinung ist der Gerichtsstand des Betreibungsorts *nicht zwingend*, weshalb eine Gerichtsstandsvereinbarung oder eine Einlassung möglich ist.<sup>9</sup> Diese gilt dann sowohl für den materiell-rechtlichen als auch den betreibungsrechtlichen Teil der Klage.

Im Anwendungsbereich des *LugÜ* ist zu beachten, dass es sich bei der Klage nach Art. 85a SchKG (auch) um eine materiell-rechtliche Klage handelt, welche nicht die Zwangsvollstreckung aus Entscheidungen zum Gegenstand hat und folglich nicht in die ausschliessliche Zuständigkeit des Vollstreckungsstaates gemäss Art. 22 Nr. 5 LugÜ fällt. Sieht das LugÜ keinen Gerichtsstand in der Schweiz vor und haben die Parteien auch keine entsprechende Gerichtsstandsvereinbarung geschlossen, ist die Klage nach Art. 85a SchKG ausgeschlossen.<sup>10</sup>

Ist das *IPRG* anwendbar und enthält dieses keinen Gerichtsstand in der Schweiz, kommt allenfalls eine *Notzuständigkeit* nach Art. 3 IPRG in Frage. Eine Notzuständigkeit dürf-

<sup>4</sup> BGer, 5A\_701/2020, E. 3.4.1 m.w.H.

<sup>5</sup> BGer, 4A\_24/2018, E. 3.5.1.

<sup>6</sup> BGE 134 III 656 E. 5.4.

<sup>7</sup> BGE 134 III 656 E. 5.3.1.

<sup>8</sup> Vgl. dazu unten IX.

<sup>9</sup> Ebenso KGer SG, BO.2020.15, 26.11.2020, E. 2.b m.w.H., auch auf abweichende Lehrmeinungen.

<sup>10</sup> Verfügung Bezirksgericht Zürich, FV210073-L / U, 18.6.2021, E. II.3.3.

te sich u.E. in erster Linie für Schuldner mit Wohnsitz in der Schweiz rechtfertigen, da diesfalls dem betreibungsrechtlichen Teil der Klage – nämlich der Bereinigung des Betreibungsregisters – entscheidende Bedeutung zukommt.

Mit Bezug auf die örtliche Zuständigkeit für *vorsorgliche Massnahmen* nach Art. 85a Abs. 2 SchKG sind die schweizerischen Gerichte auch zuständig, wenn in der Schweiz für die Hauptsache keine Zuständigkeit besteht (vgl. Art. 31 LugÜ und Art. 10 IPRG).

Für die Bestimmung der *sachlichen Zuständigkeit* ist zunächst festzuhalten, dass u.E. *Handelsgerichte* für die Beurteilung der Klage nach Art. 85a SchKG *nicht zuständig* sind. Der Bezug zur Betreuung – die vollstreckungsrechtliche Komponente der Klage bzw. nach neuem Recht die Registerbereinigung – ist derart gewichtig, dass es sich nicht um eine handelsrechtliche Streitigkeit im Sinne von Art. 6 ZPO handelt.<sup>11</sup> Dieselben Überlegungen gelten auch für andere vom kantonalen Recht vorgesehene Fachgerichte, wie *Arbeits- oder Mietgerichte*. Zu beachten ist schliesslich, dass im Kanton Zürich für die Klage nach Art. 85a SchKG das Einzelgericht unabhängig vom Streitwert zuständig ist (§ 24 lit. b GOG/ZH)<sup>12</sup>.

Hier ist also zu beachten, dass eine Klage im ordentlichen Verfahren nicht an das Kollegialgericht des Bezirksgerichts zu richten ist (§ 19 GOG/ZH), ansonsten die klagende Partei ein *kostenpflichtiges Nichteintreten* auf die Klage riskiert, da die ZPO keine Überweisung an das (sachlich) zuständige Gericht vorsieht.

## V. Vorläufige Einstellung der Betreuung

Gemäss Art. 85a Abs. 2 SchKG hört das Gericht die Parteien nach Eingang der Klage an und würdigt die Beweismittel. Erscheint dem Gericht die *Klage als sehr wahrscheinlich begründet*,<sup>13</sup> stellt es die Betreuung vorläufig ein.

Zunächst ist festzuhalten, dass eine Einstellung der Betreuung begriffsnotwendig *nicht möglich* ist, wenn *Rechtsvor-*

*schlag erhoben* wurde. Diesfalls ist die Betreuung bereits von Gesetzes wegen eingestellt (Art. 78 Abs. 1 SchKG). Die anwaltlich vertretene klagende Partei läuft bei einem entsprechenden Antrag Gefahr, dass das Gericht unter Kostenfolge auf den Antrag nicht eintritt. Bei Laien sollte das Gericht u.E. auf die Kostenaufgabe verzichten.

Gestützt auf den Gesetzestext ist davon auszugehen, dass die Einstellung der Betreuung *von Amtes wegen anzuordnen* ist; also auch ohne Antrag der klagenden Partei.<sup>14</sup> Dies entspricht auch der Praxis unseres Gerichts. Nichtsdestotrotz ist der klagenden Partei bzw. ihrem Vertreter zu ra-

### U.E. sind Handelsgerichte für die Beurteilung der Klage nach Art. 85a SchKG nicht zuständig.

ten, einen entsprechenden Antrag zu stellen, da die Praxis hierzu nicht einheitlich ist.

Für den *Zeitpunkt der Einstellung* ist Art. 85a Abs. 2 SchKG massgeblich. Bei der Betreuung auf Pfändung oder Pfandverwertung ist dies der Zeitpunkt vor der Verwertung oder, wenn diese bereits stattgefunden hat, vor der Verteilung (Ziff. 1). Dies wird von den klagenden Schuldnern (auch wenn anwaltlich vertreten) *recht häufig übersehen*. Vielfach wird die Klage nach Zustellung der Pfändungskündigung erhoben in der Meinung, mit der vorläufigen Einstellung der Betreuung die Pfändung – insbesondere die Lohnpfändung – verhindern zu können. Das Gericht hat aber die Betreuung im Interesse des Gläubigers – Sicherung seiner Forderung bzw. des Vollstreckungssubstrats – bis zur Pfändung laufen zu lassen.

Bei der Betreuung auf Konkurs (Ziff. 2) ist der Zeitpunkt nach der Zustellung der Konkursandrohung massgebend. Ein *früherer* als der im Gesetz genannte *Zeitpunkt* für die Einstellung der Betreuung ist *ausgeschlossen*. Dies kann auch nicht auf dem Weg der vorsorglichen Massnahme nach Art. 261 ff. ZPO erreicht werden.<sup>15</sup>

Nach der ständigen Praxis unseres Gerichts kann das Begehren um vorläufige Einstellung der Betreuung aber schon vor den genannten Zeitpunkten gestellt werden. Wird das Begehren gutgeheissen, wird die Betreuung im gerichtlichen Entscheid jedoch erst auf den im Gesetz genannten Zeitpunkt eingestellt. Das *Dispositiv* lautet dann wie folgt: «Die Betreuung Nr. 100 des Betreibungsamts XY

<sup>11</sup> Ebenso HGer ZH, HG140182-O / U, 23.2.2015, E. 3.2.3. Zu beachten ist aber, dass die (wohl) überwiegende Lehre anderer Meinung ist (JÜRGEN BRÖNNIMANN, in Daniel Hunkeler (Hrsg.), *Kurzkommentar zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz*, 2. A., Basel 2014, Art. 85a N 21; DOMINIK VOCK/MARTINA AEPLI-WIRZ, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, 4. A., Zürich 2017, Art. 85a SchKG N 19), weshalb für die klagende Partei diesbezüglich – das Bundesgericht hat sich dazu noch nicht geäussert – *Rechtsunsicherheit* besteht.

<sup>12</sup> Gesetz vom 10. Mai 2010 über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG/ZH; LS 211.1).

<sup>13</sup> Dieses *Beweismass* stellt eine *Besonderheit* dar, bereitet aber in der Praxis keine besonderen Probleme. Vgl. zum Beweismass BGer, 4A\_580/2019, E. 3.1.

<sup>14</sup> LUCA TENCHIO, *Feststellungsklagen und Feststellungsprozess nach Art. 85a SchKG*, Diss. Zürich 1999, 163.

<sup>15</sup> Vgl. zum Ganzen auch BGer, 4A\_580/2019, E. 3.3.

wird auf den Zeitpunkt vor der Verwertung vorläufig eingestellt.»

Die vorläufige Einstellung der Betreibung ist auch *superprovisorisch*, also ohne Anhörung des Gläubigers, *möglich*. Dies jedoch nur unter der Voraussetzung von Art. 265 Abs. 1 ZPO, dass besondere Dringlichkeit vorliegt. Übertragen auf Art. 85a Abs. 2 SchKG bedeutet dies, dass in der Betreibung auf Pfändung ohne superprovisorische Einstellung die Verwertung bzw. in der Betreibung auf Konkurs die Konkursöffnung unmittelbar bevorstehen muss. In der Praxis zeigt sich, dass die Voraussetzungen für die superprovisorische Einstellung der Betreibung meistens nicht gegeben sind. In der Betreibung auf Pfändung empfiehlt es sich für das Gericht bei besonderer Dringlichkeit, *das Betreibungsamt anzuweisen*, mit der Verwertung zuzuwarten, bis über die vorläufige Einstellung entschieden ist.

In der Betreibung auf Konkurs kann mit einer *Mitteilung an das Konkursgericht* über das hängige Verfahren erreicht werden, dass dieses erst über das Konkursbegehren entscheidet, nachdem das Gericht über die vorläufige Einstellung der Betreibung entschieden hat. Jedenfalls muss das Konkursgericht mit seinem Entscheid zuwarten, wenn der Schuldner sein Gesuch um vorläufige Einstellung der Betreibung vor der Konkursverhandlung gestellt hat.<sup>16</sup>

Gemäss Art. 104 Abs. 3 ZPO kann das Gericht über die *Prozesskosten* der vorsorglichen Massnahmen mit dem Entscheid in der Hauptsache befinden. Unseres Erachtens sollte die Verteilung *immer* erst mit dem Endentscheid erfolgen. In aller Regel dürfte es sachgerecht sein, wenn die Kosten der Hauptsache folgen.<sup>17</sup> Es kommt in der Praxis recht häufig vor, dass sich eine Partei aus «Goodwill» bzw. im Rahmen von Vergleichsgesprächen mit der vorläufigen Einstellung der Betreibung einverstanden erklärt. Es wäre unbillig, wenn sie trotzdem für die vorsorglichen Massnahmen kostenpflichtig würde. Vielmehr sollen die Kosten von derjenigen Partei getragen werden, welche in der Hauptsache unterliegt.

Die vorläufige Einstellung der Betreibung ist unabhängig davon, ob in der Hauptsache das vereinfachte oder das ordentliche Verfahren Anwendung findet, im *summarischen Verfahren* zu behandeln (Art. 248 lit. d ZPO). In der Praxis unseres Gerichts ergibt sich daraus Folgendes: Ist die Klage im ordentlichen Verfahren zu behandeln, werden die Parteien nach Eingang des Vorschusses zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vorgeladen. Die

Verhandlung hat den Vorteil, dass das Verfahren beschleunigt wird und häufig ein Vergleich, teilweise auch gleich in der Hauptsache, erzielt werden kann. Ist die Klage im vereinfachten Verfahren zu behandeln, laden wir jeweils nach Eingang des Vorschusses sogleich zur Verhandlung in der Hauptsache und betreffend vorsorgliche Massnahmen vor.

## VI. Einstellung der Betreibung

Der in Art. 85a Abs. 1 SchKG vorgesehenen Möglichkeit der Feststellung, dass die Forderung gestundet und die Betreibung folglich einzustellen ist, kommt in der Praxis geringe Bedeutung zu. Im Wesentlichen ist zu beachten, ob die Stundung vor oder nach Einleitung der Betreibung gewährt wurde. Erfolgte sie *nach* Einleitung der Betreibung, ist die Betreibung nach Art. 85a Abs. 3 SchKG einzustellen. Erfolgte sie dagegen *vor* Einleitung der Betreibung, wurde die Betreibung zu Unrecht eingeleitet und ist daher aufzuheben.<sup>18</sup> In der ersten der beiden Konstellationen besteht u.E. kein Rechtsschutzinteresse an der Klage, wenn die Betreibung bereits durch Rechtsvorschlag eingestellt ist (vgl. auch oben II.). Ein selbständiges Rechtsschutzinteresse an der Feststellung der Stundung ohne Möglichkeit der Einstellung der Betreibung besteht u.E. nicht.

## VII. Parteivertretung

Da es sich wie eingangs erwähnt um einen materiell-rechtlichen Zivilprozess mit betreibungsrechtlichen Wirkungen handelt (vgl. oben I.), ist Art. 27 SchKG (Vertretung im Zwangsvollstreckungsverfahren) im Verfahren nach Art. 85a SchKG nicht anwendbar. Somit gilt für die *berufsmässige Vertretung das Anwaltsmonopol* nach Art. 68 Abs. 2 ZPO und die Parteien können sich nicht durch ein Inkassobüro oder eine Immobilienverwaltung vertreten lassen.

Sodann ist eine allfällige Vertreterin der beklagten Gläubigerin im Betreibungsverfahren nicht (automatisch) auch zur Vertretung im gerichtlichen Verfahren befugt. Diesbezüglich muss das Gericht eine entsprechende Vollmacht einfordern, soweit die Vertretung mit Blick auf Art. 68 Abs. 2 ZPO überhaupt zulässig ist. Weiter ist zu beachten, dass eine allfällige Gläubigervertreterin im Betreibungsverfahren auch nicht ohne Weiteres als Zustellempfängerin des im Ausland domizilierten Gläubigers gilt.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Vgl. dazu BGE 133 III 684 E. 3.2 (Pra 2008, Nr. 75).

<sup>17</sup> Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7221 ff., 7296.

<sup>18</sup> TENCHIO (FN 14), 145.

<sup>19</sup> OGer ZH, NP210001-O / U, 14.4.2021, E. I. 7.

Bei öffentlich-rechtlichen Forderungen, die von einer *Behörde ohne eigene Rechtspersönlichkeit* in Betreuung gesetzt wurden (z.B. vom Steueramt), ist nicht die betreibende Behörde als beklagte Partei ins Recht zu fassen, sondern die entsprechende öffentlich-rechtliche Körperschaft (z.B. die Gemeinde oder der Kanton, Art. 66 ZPO). Dieser Grundsatz gilt (natürlich) auch schon im Betreibungsverfahren. Die Praxis lehrt indessen, dass häufig nicht rechtsfähige Dienstabteilungen Betreibungen einleiten und dies von den Betreibungsämtern gelegentlich übersehen wird.

## VIII. Prüfungsbefugnis

Die Forderung wird grundsätzlich mit voller Kognition geprüft. Etwas anderes gilt bei abgeurteilter Sache (*res iudicata*) und öffentlich-rechtlichen Forderungen. Da mit der Klage nach Art. 85a SchKG die Feststellung verlangt werden kann, dass die Schuld *nicht mehr* besteht, steht die *materielle Rechtskraft eines früheren Sachurteils*, wonach die Forderung besteht, der Klage nach Art. 85a SchKG nicht per se entgegen. Es kann aber nur noch vorgebracht werden, die Forderung sei *seither* getilgt oder gestundet worden.

Das Verfahren ist insofern auf *echte Noven* beschränkt und diejenigen Tatsachen, welche von der materiellen Rechtskraft eines definitiven Rechtsöffnungstitels umfasst werden, können nicht mehr beurteilt werden.<sup>20</sup> Dem Schuldner, der es verpasst hat, ein ungerechtfertigtes Leistungsurteil vor Eintritt der Rechtskraft anzufechten, ist mit Art. 85a SchKG nicht geholfen. Die Voraussetzungen für eine solche Klage (Feststellung des Nichtbestands) wären aufgrund der Rechtskraft des früheren Sachurteils zu verneinen, sodass auf die Klage nicht einzutreten wäre (Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO).

Ähnlich verhält es sich bei *öffentlich-rechtlichen Forderungen* (z.B. einer Steuerforderung): Ob die Forderung als solche besteht, wäre von den zuständigen Verwaltungsbehörden zu prüfen, weshalb die Prüfungsbefugnis der Zivilgerichte entsprechend eingeschränkt ist. Mit der Klage nach Art. 85a SchKG kann in jenen Fällen, in denen die in Betreuung gesetzte Forderung öffentlich-rechtlich begründet ist, lediglich das Fehlen (bzw. die Nichtigkeit) eines materiell rechtskräftigen bzw. vollstreckbaren Entscheids geltend gemacht werden, oder aber die seither erfolgte Tilgung bzw. Stundung der Schuld.<sup>21</sup>

Aufgrund der beschränkten Kognition weist unser Gericht bei *Gutheissung* der Klage in den *Erwägungen* je-

weils darauf hin, dass die Gutheissung keine Wirkung hinsichtlich des materiellen Bestands der öffentlich-rechtlichen Forderung hat. Es stellt daher fest, dass die von der beklagten Partei in Betreuung gesetzte Forderung mangels vollstreckbaren Entscheids nicht besteht. Dieselben Überlegungen gelten sinngemäss auch für *sozialversicherungsrechtliche Forderungen*.

Es kommt in der Praxis recht häufig vor, dass Schuldner erfolgreich klagen, weil den öffentlich-rechtlichen Gläubigern der *Nachweis der Zustellung des Titels* und da-

**Öffentlich-rechtliche Gläubiger sollten in Betracht ziehen, in Fällen, in denen sie die Zustellung nicht nachweisen können, die Betreuung aus Kostengründen zurückzuziehen.**

mit der Vollstreckbarkeit nicht gelingt.<sup>22</sup> Gerade im Bereich der sogenannten Massenverwaltung (z.B. bei den Steuern) werden Verfügungen häufig nur mit gewöhnlicher Post versandt. Öffentlich-rechtliche Gläubiger sollten daher in Betracht ziehen, in Fällen, in denen sie die Zustellung nicht nachweisen können, die Betreuung aus Kostengründen zurückzuziehen, die Verfügung eingeschrieben zu versenden und anschliessend erneut zu betreiben.

Aufgrund der geringen Schwierigkeit bzw. des geringen Zeitaufwands ist bei Fällen mit eingeschränkter Prüfungsbefugnis nach Ansicht des zürcherischen Obergerichts regelmässig eine *Reduktion* der ordentlichen *Gebührsgebühr* angezeigt (freie Reduktion nach § 4 Abs. 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010)<sup>23, 24</sup>

## IX. Verhältnis zur Rechtsöffnung

Ein hängiges Rechtsöffnungsverfahren hindert die Schuldnerin nicht daran, eine Klage nach Art. 85a SchKG zu erheben. Umgekehrt stellt sich die Frage, ob ein Gläubiger nach Rechtshängigkeit der negativen Feststellungsklage ein Rechtsöffnungsverfahren einleiten kann.<sup>25</sup> Das Rechtsöffnungsgericht kann schliesslich nur prüfen, ob ein Vollstreckungstitel vorliegt. Das mit Art. 85a SchKG befass-

<sup>22</sup> BGE 105 III 43.

<sup>23</sup> Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG/ZH; LS 211.11).

<sup>24</sup> Beschluss und Urteil OGer ZH, PP210002-O / U, 8.2.2021, E. 3.8.

<sup>25</sup> Vgl. PHILIPP KÄNZIG/EVA GUT, Art. 85a SchKG – Revision geglückt?, AJP 2019, 916, wonach der Rechtsöffnung die Litispensenz der betreibungsrechtlichen Komponente von Art. 85a SchKG entgegenstehe.

<sup>20</sup> BGer, 5D\_29/2019, E. 1.2.

<sup>21</sup> Beschluss und Urteil OGer ZH, PS170146-O / U, 20.2.2018, E. II.5.

te Gericht prüft hingegen den Bestand der Forderung und hat insofern *eine umfassende Kognition*. Zudem kann es auf widerklageweisen Antrag der Gläubigerin auch den Rechtsvorschlag beseitigen (vgl. Art. 79 SchKG).

Für den Gläubiger mit *provisorischem Rechtsöffnungstitel* ist angesichts eines hängigen Verfahrens nach Art. 85a SchKG zu beachten, dass sich die der Schuldnerin nach Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung zur Verfügung stehende Aberkennungsklage inhaltlich mit der Klage nach

**Nachdem die Klage gemäss Art. 85a SchKG nunmehr auch der Bereinigung des Betreibungsregisters dient, rechtfertigt es sich nicht mehr, eine hängige Betreuung vorzusetzen.**

Art. 85a SchKG deckt (siehe dazu oben II.) und ein hängiger Feststellungsprozess bei Gewährung der Rechtsöffnung automatisch zum *Aberkennungsprozess* wird.<sup>26</sup> Die nach Art. 85a SchKG klagende Schuldnerin hat nun aber, anstatt die Einleitung bzw. den Ausgang der provisorischen Rechtsöffnung abzuwarten, bereits die Klägerrolle ergriffen, weshalb die Ausgangslage derjenigen bei Erhebung der Aberkennungsklage entspricht. Der beklagte Gläubiger, welcher im Verfahren nach Art. 85a SchKG ohnehin die Beweislast trägt, kann auch mit diesem Verfahren die Beseitigung des Rechtsvorschlags erwirken bzw. erhält mit Abweisung der Klage einen definitiven Rechtsöffnungstitel (siehe oben II.).

Trotz Hängigkeit des Verfahrens nach Art. 85a SchKG kann aber aus vollstreckungsrechtlicher Sicht ein Rechtsschutzinteresse an der provisorischen Rechtsöffnung bestehen: Zwar kann die Rechtsöffnung nicht definitiv werden, solange über die Forderung ein materieller Prozess hängig ist. Dem Gläubiger stehen aber für den Fall der Erteilung der Rechtsöffnung die *provisorischen Sicherungsmassnahmen* nach Art. 83 Abs. 1 SchKG zur Verfügung, insbesondere die provisorische Pfändung bzw. die Aufnahme des Güterverzeichnisses.<sup>27</sup> Diese Berücksichtigung der Gläubigerinteressen entspricht im Übrigen der gesetzgeberischen Interessenabwägung zum frühestmöglichen Zeitpunkt der vorläufigen Einstellung der Betreuung (siehe oben V.; Art. 85a Abs. 2 SchKG).

Verfügt die Gläubigerin hingegen bereits über einen *definitiven Rechtsöffnungstitel*, ist das Verfahren nach Art. 85a SchKG ohnehin auf dessen Vollstreckbarkeit und die Tilgung bzw. Stundung beschränkt (vgl. oben VIII.). Ein

*paralleles Rechtsöffnungsverfahren* kann der Gläubigerin u.E. nicht verwehrt bleiben, zumal der Schuldner bei Gutheissung der Rechtsöffnung im Rahmen von Art. 85a SchKG die vorläufige Einstellung der Betreuung (Abs. 2) verlangen kann. Der Gläubiger kann jedoch nicht gleichzeitig die Beseitigung des Rechtsvorschlags im Verfahren nach Art. 85a SchKG verlangen. Ebenso wäre die Wirkung eines vorgängigen, abweisenden definitiven Rechtsöffnungsurteils zu beachten, sodass die Gläubigerin nicht erneut die Beseitigung des Rechtsvorschlags verlangen könnte.

Bei sämtlichen Konstellationen hat die Gläubigerin die *einjährige Frist zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens* (Art. 88 Abs. 2 SchKG) zu beachten. Diese Frist steht bei Einleitung eines Verfahrens zur Beseitigung des Rechtsvorschlags still, bleibt von der Einleitung der negativen Feststellungsklage gemäss Wortlaut von Art. 88 Abs. 2 SchKG jedoch unberührt, weil diese Klage nicht durch den Rechtsvorschlag veranlasst wurde. Dementsprechend muss unter Umständen trotz Hängigkeit einer Klage nach Art. 85a SchKG ein Rechtsöffnungsgesuch eingereicht werden, um zu verhindern, dass die Frist für das Fortsetzungsbegehren verstreicht. Dies kann die Gläubigerin aber auch verhindern, indem sie im Rahmen der Klage nach Art. 85a SchKG widerklageweise die Beseitigung des Rechtsvorschlags verlangt (vgl. dazu oben II.).

Da sich das Rechtsöffnungsverfahren und die negative Feststellungsklage seit 1. Januar 2019 nicht mehr gegenseitig ausschliessen, müsste u.E. Art. 88 Abs. 2 SchKG dahingehend angepasst werden, dass die Frist zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens auch bei Hängigkeit einer Klage nach Art. 85a SchKG stillsteht.<sup>28</sup>

## X. Rechtsschutzinteresse

Nachdem die Klage gemäss Art. 85a SchKG nunmehr auch der Bereinigung des Betreibungsregisters dient (vgl. oben I.), rechtfertigt es sich nicht mehr, für die Klage wie bis anhin (vor dem 1. Januar 2019) eine *hängige Betreuung* vorzusetzen. Dieser Voraussetzung lag der Gedanke zugrunde, dass Art. 85a SchKG dem Schutz vor ungerechtfertigten Vollstreckungen diene, was sich aber erübrigt, wenn die Betreuung gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG nicht mehr fortgesetzt werden kann. Unabhängig davon ist eine Betreuung aber im Betreibungsregistrauszug noch während fünf Jahren seit Abschluss des Verfahrens für Dritte ersichtlich (Art. 8a Abs. 4 SchKG). Entsprechend rechtfertigt es sich aufgrund

<sup>26</sup> BGE 128 III 44 E. 4a.

<sup>27</sup> HGer ZH, ZR 1976 Nr. 33, 5.2.1975, E. 3.3.

<sup>28</sup> Vgl. zu dieser Problematik bereits KÄNZIG/GUT (FN 25), AJP 2019, 916.

des erweiterten Anwendungsbereichs von Art. 85a SchKG, die Klage so lange zuzulassen, wie die Betreibung gemäss Art. 8a SchKG für Dritte ersichtlich ist.

In diese Richtung geht auch die jüngste Rechtsprechung des Zürcher Obergerichts: Es hat in einem Fall, in welchem die Betreibung im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils noch hängig war, entschieden, dass das Rechtsschutzinteresse mit dem neugefassten Art. 85a SchKG auch dann zu bejahen ist, wenn die Frist gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG im Urteilszeitpunkt (des zweitinstanzlichen Entscheids) abgelaufen ist. Der erstinstanzlich unterlegene Betreibende habe es so nicht in der Hand, alleine durch den Weiterzug eines erstinstanzlichen Urteils, einen gegen ihn wirkenden Sachentscheid zu Fall zu bringen, indem spätestens im Verlauf des zweitinstanzlichen Verfahrens regelmässig die Jahresfrist nach Art. 88 Abs. 2 SchKG ablaufen würde.<sup>29</sup> Dementsprechend hat unser Gericht die frühere Praxis,<sup>30</sup> wonach das Rechtsschutzinteresse mangels Hängigkeit der Betreibung bei Klageeinleitung verneint wurde, aufgegeben.<sup>31</sup>

Bei einem *Rückzug der Betreibung nach Klageeinleitung* stellt sich die ähnliche Frage, ob es die Gläubigerin in der Hand haben darf, einer (allenfalls fortgeschrittenen) Klage den Prozessgegenstand zu entziehen, insbesondere wenn sich eine Gutheissung der Klage abzeichnet. Denn bei erneuter Einleitung der Betreibung könnte sich die Schuldnerin gestützt auf das gutheissende Urteil (bzw. die Abschreibungsverfügung bei Klageanerkennung) im summarischen Verfahren nach Art. 85 SchKG relativ einfach dagegen wehren. Bei blosser Rückzug der Betreibung hingegen müsste die Schuldnerin bei einer erneuten Betreibung allenfalls nochmals Klage nach Art. 85a SchKG einleiten. Daher liesse sich das Rechtsschutzinteresse der zumindest im Zeitpunkt der Klageeinleitung betriebenen Schuldnerin – je nach Umständen des Einzelfalls sowie unter Berücksichtigung der Prozessökonomie und Treu und Glauben im Prozess – allenfalls mit dem materiellen Anspruch der Klage begründen, der aus vollstreckungsrechtlicher Hinsicht Schutz vor der erneuten Einleitung der Betreibung bietet.

In jedem Fall ist aber die Doppelnatur der Klage zu berücksichtigen, weshalb mit der Klage nach Art. 85a SchKG – anders als mit der allgemeinen negativen Feststellungsklage nach Art. 88 ZPO – kein rein materiell-rechtli-

cher Zweck verfolgt werden kann.<sup>32</sup> Bevor die Klage infolge Rückzugs der Betreibung als *gegenstandslos abgeschrieben* wird, ist der klagenden Partei Frist zur Begründung eines allfälligen Rechtsschutzinteresses anzusetzen.<sup>33</sup>

Für den Fall, dass die Forderung *nach* Einleitung der Betreibung unbestrittenermassen *getilgt* wurde, kann Art. 85a SchKG nicht der Registerbereinigung dienen. Die Klage setzt in jedem Fall eine strittige Forderung bzw. einen strittigen Forderungsteil voraus, handelt es sich doch um ein Schutzinstrument der *zu Unrecht* betriebenen Schuldnerin aufgrund der materiellen Rechtslage. Daher fehlt das Rechtsschutzinteresse, wenn unstrittig ist, dass die Schuld nach Einleitung der Betreibung bezahlt wurde (womit die Forderung begründet erscheint), und es der Schuldnerin einzig um die Bereinigung des Registereintrags geht.<sup>34</sup>

<sup>29</sup> Beschluss OGer ZH, NP200034-O / U, 3.2.2021, E. II.2.1; bestätigt mit obiter dictum in OGer ZH, PP210008-O / U, 21.4.2021, E. 3b.

<sup>30</sup> Verfügung Bezirksgericht Zürich, FO210002-L / U, 5.3.2021, E. II.2.

<sup>31</sup> Verfügung Bezirksgericht Zürich, FO210009-L / Z3, 10.9.2021.

<sup>32</sup> Vgl. Beschluss OGer ZH, NP200034-O / U, 3.2.2021, E. II.2.1.

<sup>33</sup> Verfügung Bezirksgericht Zürich, FO210009-L / Z3, 10.9.2021.

<sup>34</sup> Verfügung Bezirksgericht Zürich, FV210096-L / U, 20.8.2021, E. II.2.