

(3) Das Feststellungsinteresse nach Art. 85a SchKG – Besprechung von ZR 109 (2010) Nr. 6.

Mit Bemerkungen von
Dr. iur. OLIVER KÄLIN, LL.M., Rechtsanwalt, Zürich



I. Einleitung

Nach einer Eigenart des schweizerischen Vollstreckungsrechts kann jeder Gläubiger eine Betreibung einleiten, ohne den Bestand seiner Forderung nachweisen zu müssen. Der Zahlungsbefehl als Grundlage des Vollstreckungsverfahrens kann grundsätzlich gegenüber jedermann erwirkt werden, unabhängig davon, ob eine Schuld tatsächlich besteht (BGE 125 III 149 Erw. 2.a; BGE 113 III 2 Erw. 2.b; BGE 101 III 9 Erw. 3). Jede Betreibung – ob berechtigt oder nicht – wird ins Betreibungsregister eingetragen und ist damit für Dritte sichtbar (Art. 8 und Art. 8a Abs. 1 und Abs. 2 SchKG). Der Rechtsvorschlag des Schuldners wird ebenfalls eingetragen (Art. 8 SchKG; Art. 10 VFRR). Ob die Betreibung aber zu Recht erfolgte, ist dem Betreibungsregister nicht zu entnehmen. Was der Betriebene gegen eine als grundlos erachtete Betreibung unternehmen kann, war Thema von ZR 109 (2010) Nr. 6.

II. Zusammenfassung des Sachverhalts

Unter den Parteien eines Kaufvertrags über eine Wohnung im Stockwerkeigentum war streitig, ob die Käuferin der Verkäuferin die Kosten für die Errichtung zweier Schuldbriefe im Betrag von insgesamt 4'291.20 CHF zu ersetzen habe. Nach der Betreibung durch die Verkäuferin hat die Käuferin die Frist für das Erheben des Rechtsvorschlags absichtlich verstreichen lassen und anschliessend negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG erhoben. Die Käuferin stellte sich auf den Standpunkt, die Betreibung sei pure Schikane, mit welcher die Verkäuferin die Zahlung einer Nichtschuld erwirken wolle. Da der Zahlungsbefehl rechtskräftig geworden sei, sei das Rechtsschutzinteresse an der Klage nach Art. 85a SchKG gegeben. Der bewusste Verzicht auf den Rechtsvorschlag könne nicht zur Folge haben, dass die Klage nach Art. 85a SchKG nicht mehr zulässig sei.

Der Einzelrichter hat das Rechtsschutzinteresse der Klägerin indes verneint und die Klage abgewiesen.

III. Zusammenfassung der Erwägungen

In seiner Begründung führt der Einzelrichter aus, dass sich das Feststellungsinteresse des Betriebenen an der negativen Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG grundsätzlich aus der Betreibung ergebe, sofern gegen den Betriebenen noch Vollstreckungshandlungen möglich seien (Entscheid, Erw. 3.2, 1. Absatz). Dies entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach die Betreibung Prozess-

voraussetzung für die Klage nach Art. 85a SchKG ist und im Zeitpunkt des Urteils noch bestehen muss (BGE 129 III 197 Erw. 2.1; BGE 127 III 41 Erw. 4.c). Auch die bundesrätliche Botschaft zum per 1. Januar 1997 neu in Kraft getretenen Art. 85a SchKG (BBl 1991 III 69 ff.) hält fest, dass nur der Betriebene die Möglichkeit der Klage haben soll, da nur eine existierende Betreibung aufgehoben oder eingestellt werden kann (BBl 1991 III 70).

Der Einzelrichter differenziert in seinen weiteren Erwägungen, dass der Anwendungsbereich der Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG restriktiv zu interpretieren sei. Lediglich der Betriebene, der mangels entschuldbarer Säumnis weder einen nachträglichen Rechtsvorschlag erwirken noch die Tilgung oder Stundung der Forderung nachweisen könne, solle Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG erheben dürfen. Die Klage nach Art. 85a SchKG sei gemäss der Botschaft mit der Absicht eingeführt worden, dem Betriebenen, der sich nach Zugang des Zahlungsbefehls nachlässig verhalten habe, ohne dass ihm deshalb schwerwiegende Vorwürfe zu machen seien, ein zusätzliches Verteidigungsmittel in die Hand zu geben. Die Botschaft nenne in BBl 1991 III 69 das Unterbleiben des Rechtsvorschlags wegen Unkenntnis der Materie oder wegen Nachlässigkeit einer Hilfsperson als Beispiele (Entscheid, Erw. 3.2, 2. Absatz).

In der Subsumption führt der Einzelrichter aus, dass die Klägerin als Betriebene zwar ein rechtliches Interesse an der negativen Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG habe, sie jedoch die Betreibung mittels Rechtsvorschlag einstweilen zum Stillstand hätte bringen und hernach die allgemeine negative Feststellungsklage zur endgültigen Klärung der Rechtmässigkeit der Forderung hätte erheben können. Stattdessen habe sie sich für die Einleitung der Klage nach Art. 85a SchKG entschieden. Sinn und Zweck dieser Klage sei aber nicht, dem Betriebenen eine möglichst günstige und zu einer endgültigen Entscheidung führende Vorgehensvariante zur Verfügung zu stellen. Vielmehr sei die Klage nach Art. 85a SchKG als eine letzte Verteidigungsmöglichkeit für den nachlässigen Schuldner konzipiert worden, der durch die Betreibung überrumpelt worden sei. Somit stehe die Klage nur dem nachlässigen, nicht aber dem rechtskundigen Schuldner offen, wenn es letzterem nur darum gehe, die günstigste Vorgehensvariante zu wählen. Da die Klägerin die Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlags bewusst habe verstreichen lassen, um gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Sinne von BGE 125 III 149 Erw. 2.c negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG zu erheben, sei das Vorgehen der Klägerin rechtsmissbräulich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB und finde keinen Rechtsschutz (Entscheid, Erw. 3.3.a).

Als Regel des Richterrechts qualifiziert ZR 109 (2010) Nr. 6 zusammengefasst das absichtliche Unterlassen des Rechtsvorschlags, um anschliessend negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG zu erheben, als rechtsmissbräulich und verneint das Feststellungsinteresse des Schuldners.

IV. Besprechung

A. Schuldneigenschaften

ZR 109 (2010) Nr. 6 unterscheidet zwischen «rechtskundigem Schuldner» und «nachlässigem Schuldner». Hat ein rechtskundiger Schuldner absichtlich keinen Rechtsvorschlag erhoben, steht ihm nach ZR 109 (2010) Nr. 6 die Klage nach Art. 85a SchKG nicht zur Verfügung, dem nachlässigen Schuldner, der den Rechtsvorschlag versäumt hat, hingegen schon (Entscheid, Erw. 3.3.a). Dies führt zunächst zu einer im SchKG nicht vorgesehenen Unterscheidung zwischen Schuldner (rechtskundige und nachlässige Schuldner). Zudem kreierte der Entscheid mit dem rechtskundigen und dem nachlässigen Schuldner neue Wertbegriffe (siehe ERNST KRAMER, Juristische Methodenlehre, 3. A., Bern et al. 2010, 66), welche die Rechtsprechung zu konkretisieren haben wird. Auch werden die Gerichte zu beantworten haben, wann ein Schuldner als rechtskundig gilt und wie dies zu bestimmen ist. Soll auf die Ausbildung des Schuldners oder auf seinen Beruf abgestellt werden? Soll beispielsweise bei einem Rechtsanwalt oder einem Hochschullehrer vermutet werden, dass er rechtskundig ist? Wer trägt die Beweislast für das absichtliche Unterlassen des Rechtsvorschlages oder für die Nachlässigkeit des Schuldners (siehe dazu bereits IVO SCHWANDER, Urteilsbesprechung, AJP/PJA 1999, 618)?

B. Klage nach Art. 85a SchKG als Verteidigungsmittel des Schuldners

ZR 109 (2010) Nr. 6 beruft sich in der Entscheidungsbegründung einerseits auf die Botschaft und andererseits auf BGE 125 III 149 (Entscheid, Erw. 3.2).

Die Botschaft hält in BBl 1991 III 69 fest: «Kann er [der Betriebene] nämlich mangels *entschuldbarer Säumnis* weder die Rechtswohlthat des nachträglichen Rechtsvorschlages erlangen, noch – mangels entsprechender Urkunden – mit Erfolg die rein betriebsrechtliche Aufhebungsklage des Artikels 85 SchKG anstrengen, bleibt ihm nichts anderes übrig, als eine Nichtschuld oder vor Fälligkeit zu bezahlen [...]» (Hervorhebung hinzugefügt). Diese Stelle in der Botschaft zitiert das Bundesgericht in BGE 125 III 149 Erw. 2.c.

Die Folgerung von ZR 109 (2010) Nr. 6, dass die Klage nach Art. 85a SchKG demjenigen Betriebenen zur Verfügung stehen soll, der den Rechtsvorschlag «versäumt» hat, geht zwar aus der Botschaft, nicht aber aus dem Gesetzestext hervor. Auch in BGE 125 III 149 findet diese Folgerung einzig insofern ihren Niederschlag, als die Botschaft zitiert wird. Das Bundesgericht kommt lediglich zum Schluss: «Die neu geschaffene Klage soll mit anderen Worten offen stehen, wenn der Zahlungsbefehl rechtskräftig geworden ist.» (BGE 125 III 149 Erw. 2.c). Das Bundesgericht bezieht sich nicht auf die entschuldbare Säumnis und geht auch auf die Unterscheidung nicht ein, ob der Schuldner den Rechtsvorschlag absichtlich oder aus Nachlässigkeit nicht erhoben hat. In späteren Entscheiden hält das Bundesgericht nur fest, dass die Klage nach Art. 85a SchKG ein «Notbehelf» sein

soll und dem Betriebenen entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht jederzeit, sondern einzig dann zur Verfügung stehen soll, wenn der Zahlungsbefehl rechtskräftig geworden ist (BGE 128 III 334 = Pra 91 [2002] Nr. 195; BGE 125 III 149 Erw. 2.c; siehe auch ANDRÉ SCHMIDT, in: Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin [Hrsg.], Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Art. 1–336 LP, Basel et al. 2005, Art. 85a N 1: «moyen de défense supplémentaire»). Was aber gilt, wenn der Schuldner den Rechtsvorschlag absichtlich unterlassen hat, ist dem Gesetzestext und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu entnehmen. Damit verbleibt eine Unklarheit bei der Anwendung von Art. 85a SchKG, indem die Botschaft die «entschuldbare Säumnis» des Betriebenen erwähnt (BBl 1991 III 69), diese Voraussetzung sich aber weder im Gesetzestext noch in der (bisherigen) bundesgerichtlichen Rechtsprechung widerspiegelt. Dies gilt auch dann, wenn es zutreffen mag, dass der Gesetzgeber mit Art. 85a SchKG den nachlässigen Schuldner schützen wollte, der den Rechtsvorschlag verpasst hat (SCHWANDER, a.a.O., 618). ZR 109 (2010) Nr. 6 stützt diese Auffassung insofern, als sich der Entscheid nicht auf Art. 85a SchKG, sondern auf Art. 2 Abs. 2 ZGB stützt (Entscheid, Erw. 3.3.a). Art. 2 Abs. 2 ZGB kann als Korrektornorm nach der hier vertretenen Auffassung aber nicht zur Anwendung gelangen. Das Rechtsmissbrauchsverbot stellt eine Vorschrift für die einzelfallbezogene Billigkeitskorrektur dar, womit ein absolut unbilliges und das Gerechtigkeitsempfinden gröblich tangierendes Ergebnis verhindert werden soll (KRAMER, a.a.O., 222). Weshalb der Schuldner rechtsmissbräuchlich handelt, wenn er sich gegen eine grundlose Betreibung wehrt, ist nicht einzusehen. Will der Gesetzgeber die in der Botschaft erwähnte Absicht verwirklichen und die Klage nach Art. 85a SchKG nur gewissen Schuldner zuzubilligen, bleibt nach der hier vertretenen Auffassung nur die Abänderung von Art. 85a SchKG durch den Gesetzgeber übrig.

ZR 109 (2010) Nr. 6 ist anderer Auffassung, verneint das Feststellungsinteresse an der Klage nach Art. 85a SchKG und verweist die Klägerin auf die allgemeine negative Feststellungsklage. Nachfolgend ist zu untersuchen, inwieweit sich der Betriebene mit der allgemeinen negativen Feststellungsklage verteidigen kann.

C. Feststellungsinteresse

Die allgemeine negative Feststellungsklage zur Feststellung einer nicht bestehenden Schuld ist im SchKG nicht geregelt. In BGE 120 II 20 hat das Bundesgericht deren Zulässigkeit aber bejaht. Es ging um eine Betreibung über 77'000 CHF, wogegen der Betriebene Rechtsvorschlag erhoben und dann eine allgemeine negative Feststellungsklage eingereicht hat. Das Bundesgericht hat dazu grundsätzlich ausgeführt, dass die Betreibung für den Gläubiger ein legitimes Mittel zur Verjährungsunterbrechung darstelle. Der Gläubiger habe ein Interesse, sich der betriebsrechtlichen Vorkehrungen bedienen zu können, ohne sich damit der Gefahr auszusetzen, den Prozess über seinen Anspruch auf eine negative Feststel-

lungsklage des Betriebenen hin vorzeitig führen zu müssen. Demgegenüber müsse aber das Interesse des Schuldners an einem Feststellungsurteil, das die Grundlosigkeit der Betreuung festhält, abgewogen werden. Daher habe der Gläubiger, der sich der Feststellungsklage widersetzen wolle, darzutun, weshalb es ihm unzumutbar sei, den Beweis seines Anspruchs anzutreten (BGE 120 II 20 Erw. 3.c). Unzumutbarkeit sei namentlich dann zu bejahen, wenn einzig drohende Verjährung den Gläubiger zur Betreuung veranlasst habe und er noch nicht in der Lage sei, die eigentliche rechtliche Auseinandersetzung über seinen Anspruch aufzunehmen (BGE 120 II 20 Erw. 3.b a.E.). Das Bundesgericht hielt im konkreten Fall fest, dass der Gläubiger nicht dargetan habe, weshalb ihm die Führung des Prozesses über seine Ansprüche im jetzigen Zeitpunkt nicht zuzumuten sein soll. Dagegen würden 77'000 CHF keinen Bagatellbetrag mehr darstellen. Der Schuldner müsse damit rechnen, dass Dritte aufgrund des Betreibungsregistereintrags an seiner Kredit- und Vertrauenswürdigkeit zweifeln. Das Feststellungsinteresse des Betriebenen sei daher zu bejahen (BGE 120 II 20 Erw. 3.c).

Im gleichen Sinn hat das Zürcher Handelsgericht das Feststellungsinteresse des Schuldners, einer natürlichen Person, betreffend einen Betrag von 37'942.90 CHF bejaht (ZR 106 [2007] Nr. 79 = ZR 107 [2008] Nr. 72). Ebenso bejaht hat das Obergericht des Kantons Solothurn das Feststellungsinteresse eines Anwalts, der von seinem Mandanten über rund 1 Million CHF betrieben worden war (SOG 2001, Nr. 13 = BISchKG 2007, 66 f. = BISchKG 2003, 230 f.). Das Kantonsgericht Graubünden hat das Feststellungsinteresse einer Kollektivgesellschaft bei einer Betreuung über 10'000 CHF bejaht (Entscheid vom 9. November 2004, ZF 04 33 Erw. 3.a), ebenso das Feststellungsinteresse einer AG bei einer Betreuung über 2 Mio. CHF (Entscheid vom 6. März 2007, ZF 07 6/7 Erw. 4.a). Im Ergebnis bleibt es aber ein Einzelfallentscheid, ob ein Gericht das Feststellungsinteresse des Betriebenen bejaht, wobei es massgebend auf die Höhe des in Betreuung gesetzten Betrags abstellt. Kommt das Gericht zum Schluss, Kreditwürdigkeit oder Ruf des Schuldners werden durch die Betreuung nicht beeinträchtigt, wird es das Feststellungsinteresse verneinen.

In ZR 109 (2010) Nr. 6 ging es um einen Betrag von 4'291.20 CHF. Der Einzelrichter hält fest, dass eine Schädigung der Kreditwürdigkeit oder des Rufs der Klägerin deswegen nicht zu befürchten sei (Entscheid, Erw. 3.3.b. a.E.). Nach der vorne zitierten Rechtsprechung schliesst dies die allgemeine negative Feststellungsklage aus (vgl. aber Entscheid, Erw. 3.3.a). Wenn ein Gericht das Feststellungsinteresse des Schuldners bei einem Betrag von 4'291.20 CHF verneint, stellt sich die Frage, was für eine Gesellschaft mit hohem Eigenkapital gilt, die über einen im Verhältnis zum Eigenkapital geringen Betrag betrieben wird. Die allgemeine negative Feststellungsklage steht also nicht bei jeder Betreuung zur Verfügung. Anders verhält es sich bei der negativen Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG, bei der sich das Feststellungsinteresse aus der Tatsache des Betriebendenseins

ergibt (BERNHARD BODMER, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel et al. 1998, Art. 85a N 6; CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS KULL/MARTIN KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, Art. 1–158, 4. A., Zürich 1997, Art. 85a N 5; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. A., Bern 2008, § 20 Rz. 22; LUCA TENCHIO, Feststellungsklagen und Feststellungsprozess nach Art. 85a SchKG, Diss., Zürich 1999, 60; OSCAR VOGEL, Feststellungsklage bei grundloser Betreuung, Besprechung von BGE 120 II 20 = Pra 84 [1995] Nr. 42, recht 1995, 203; a.M. ZR 109 [2010] Nr. 6) – solange kein Rechtsvorschlag besteht (BGE 128 III 334 = Pra 91 [2002] Nr. 195; BGE 125 III 149 Erw. 2.c).

Im internationalen Verhältnis ist der Gerichtsstand der allgemeinen negativen Feststellungsklage entweder nach IPRG oder nach den anwendbaren Staatsverträgen – wie beispielweise dem LugÜ – zu bestimmen. Dasselbe gilt nach herrschender Lehre für die negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG aufgrund ihres überwiegend materiellrechtlichen Charakters (BODMER, a.a.O., Art. 85a N 25; STAEHELIN, a.a.O., Art. 30a N 14; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, a.a.O., Art. 85a N 11; JÜRGEN BRÖNNIMANN, in: Daniel Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Basel 2008, Art. 85a N 19 f.; TENCHIO, a.a.O., 155; zur Doppelnatur der Klage BBI 1991 III 70; BGE 132 III 89 Erw. 1.1; BGE 125 III 149 Erw. 2.c). Betreffend den Gerichtsstand bringt die Klage nach Art. 85a SchKG im internationalen Verhältnis dem Schuldner lediglich den Vorteil, dass er die vorläufige Einstellung der Betreuung beim Richter am Betreibungsort verlangen kann (Art. 85a Abs. 2 SchKG), da dies eine vollstreckungsrechtliche Massnahme darstellt (BRÖNNIMANN, a.a.O., Art. 85a N 20). Anschliessend muss er dennoch im Ausland klagen und dem ausländischen Richter den Ablauf des schweizerischen Betreibungsverfahrens und die Bedeutung des Eintrags in das Betreibungsregister erläutern (siehe BODMER, a.a.O., Art. 85a N 25).

Mit Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO wird Art. 85a Abs. 4 SchKG (beschleunigtes Verfahren) aufgehoben (BBI 2006 7522). Die negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG wird dann, ebenso wie die allgemeine negative Feststellungsklage, je nach Streitwert im ordentlichen oder im vereinfachten Verfahren geführt (Art. 239 Abs. 1 E ZPO). Im Gegensatz zur allgemeinen negativen Feststellungsklage entfällt jedoch das Schlichtungsverfahren (Art. 195 lit. e Ziff. 1 E ZPO).

Zusammengefasst stellt die allgemeine negative Feststellungsklage zwar ein Verteidigungsmittel des Schuldners gegen eine grundlose Betreuung dar. Der Schuldner muss das Feststellungsinteresse jedoch im Einzelfall nachweisen. Demgegenüber ergibt sich das Feststellungsinteresse für die negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG bereits aus der Betreuung.

D. Konsequenzen

Steht die negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG jedem Betriebenen zur Verfügung, kann der Schuldner den Gläubiger nach Anheben der Betreibung zu einem Feststellungsprozess zwingen, wobei der Gläubiger die Beweislast trägt (BGE 120 II 20 Erw. 3.a; siehe auch BGE 95 II 617 Erw. 2). Was gilt nun, wenn der Gläubiger nur zur Verjährungsunterbrechung betrieben hat? Nach OSCAR VOGEL wird der Gläubiger, der «die Betreibung als blosses Mittel zur Verjährungsunterbrechung verwenden will, (...) nicht mehr darum herumkommen, seine Forderung in dem vom Betriebenen durch negative Feststellungsklage gewählten Zeitpunkt geltend zu machen und beweisen zu müssen» (VOGEL, a.a.O., 203). Das Ergebnis kann unbefriedigend sein, wenn der Gläubiger noch nicht in der Lage ist, den Prozess zu führen, weil er z.B. auf die Ergebnisse einer noch andauernden Strafuntersuchung wartet oder wenn der Schuldner planmässig stets den Rechtsvorschlag unterlässt und Klage nach Art. 85a SchKG einreicht. Einen Sistierungsantrag des Gläubigers wird das Gericht mit Verweis auf das Beschleunigungsgebot im Zweifelsfall abweisen (Art. 124 Abs. 1 E ZPO; § 53 ZPO ZH, insbesondere im beschleunigten Verfahren, siehe KassGer ZH, Beschluss vom 15. November 2007, Nr. AA070054, Erw. II.3.3.a).

Eine Lösung ergibt sich aus der analogen Anwendung der in BGE 120 II 20 zur allgemeinen negativen Feststellungsklage entwickelten Rechtsprechung: Das Gericht muss zwischen den Interessen des Schuldners an der Aufhebung der Betreibung und den Interessen des Gläubigers an der Betreibung zur Verjährungsunterbrechung abwägen. Da damit aber das in Art. 85a SchKG gesetzlich normierte Feststellungsinteresse eingegrenzt wird, bleibt die Lösung ein Kompromiss. Er wäre allerdings nicht der erste. Das Bundesgericht hat bereits den Begriff «jederzeit» im Gesetzestext von Art. 85a SchKG dahin ausgelegt, dass das Feststellungsinteresse erst nach rechtskräftiger Beseitigung des Rechtsvorschlages gegeben ist (BGE 125 III 149 Erw. 2.c).

Hinsichtlich der künftigen praktischen Entwicklung bei genereller Zulässigkeit der Klage nach Art. 85a SchKG erscheint die Gefahr gering, dass jede Betreibung anstatt mit Rechtsvorschlag mit einer Klage nach Art. 85a SchKG beantwortet wird. Das Bundesgericht kommt in BGE 120 II 20 Erw. 3.d.bb betreffend die Zulässigkeit der allgemeinen negativen Feststellungsklage zum Schluss, dass eine uferlose Klageprovokation nicht zu befürchten sei. Auch wies das Bundesgericht bereits in BGE 27 II 639 darauf hin, dass die negative Feststellungsklage für den Gläubiger insofern keinen Nachteil darstelle, als er keine Rückforderungsklage mehr zu gewärtigen habe, wenn er im Feststellungsprozess obsiegt (Erw. 2 a.E.). Dies muss auch für die Klage nach Art. 85a SchKG gelten. Die Botschaft hält im Übrigen fest, dass im Vernehmlassungsverfahren zu Art. 85a SchKG die Befürchtung geäussert wurde, Klagen könnten gestützt auf Art. 85a SchKG aus Trölerei oder missbräuchlich erhoben werden. Dabei werde aber übersehen, dass Art. 85a SchKG

den Interessen des Gläubigers Rechnung trage, da der Richter gemäss Art. 85a Abs. 2 SchKG das Betreibungsverfahren weiter laufen lasse (BBI 1991 III 70).

Will sich der betriebene Schuldner gegen eine Betreibung wehren, kann er zusammengefasst entweder die «sichere» Variante wählen, indem er Rechtsvorschlag erhebt und anschliessend eine allgemeine negative Feststellungsklage einreicht (sofern das Feststellungsinteresse bejaht wird). Der Schuldner kann aber auch «alles auf eine Karte setzen», die Frist für den Rechtsvorschlag unbenutzt verstreichen lassen und gestützt auf Art. 85a SchKG klagen. Zudem kann er beim Gericht die vorläufige Einstellung der Betreibung verlangen (Art. 85a Abs. 2 SchKG). Unterdessen nimmt die Betreibung jedoch ihren Fortgang und wird erst vor der Verwertung bzw. Verteilung (Art. 85a Abs. 2 Ziff. 1 SchKG) oder nach der Zustellung der Konkursandrohung (Art. 85a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) vorläufig eingestellt. Das Gericht wird die Betreibung aber nur dann vorläufig einstellen, wenn ihm die Klage als «sehr wahrscheinlich» begründet erscheint. Dies bedeutet, dass die Prozesschance des Schuldners als deutlich besser erscheinen muss als jene des Gläubigers (BGE 4D_68/2008 Erw. 2; Kantonsgericht St. Gallen, Entscheid vom 14. März 2007, RZ.2007.4 Erw. III.1.a; siehe aber die Einschränkung nach Gerichts- und Verwaltungspraxis Kanton Zug, GVP 2007, 222, wonach die Hürde nicht allzu hoch anzusetzen sei). Will der Betriebene Klage nach Art. 85a SchKG erheben, ist er gut beraten, seine Prozesschancen genau zu prüfen und im Zweifelsfall die Variante «Rechtsvorschlag und allgemeine negative Feststellungsklage» zu wählen. Es soll aber dem Schuldner überlassen bleiben, wie er bei einer grundlosen Betreibung vorgehen will. Eine Einschränkung des Feststellungsinteresses für die Klage nach Art. 85a SchKG, wie sie ZR 109 (2010) Nr. 6 vornimmt, ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht nötig.