



JEAN-DANIEL SCHMID

Die vorsorgliche Löschung von Betreibungen aus dem Betreibungsregister

Gedanken zur grundsätzlichen (Un-)Zulässigkeit im Kontext der allgemeinen negativen Feststellungsklage

Breibungen werden manchmal ungerechtfertigt eingeleitet. Zusammen mit den übrigen Breibungen werden diese im «Breibungsregister» aufgezeichnet. Die so verzeichneten Breibungen können von Dritten unter gewissen Voraussetzungen eingesehen werden. Dies gilt auch nach der Erhebung des Rechtsvorschlags. Der Betriebene hat daher ein Interesse, aktiv gegen ungerechtfertigte Breibungen vorzugehen und eine «Löschung» zu erwirken. Als Instrument kommt dafür die allgemeine negative Feststellungsklage in Frage. Bis ein rechtskräftiges Urteil vorliegt, welches zur Löschung der Breibung führt, kann jedoch ein erheblicher Zeitraum verstreichen, in dem die Breibung weiterhin einsehbar ist. Vor diesem Hintergrund geht der Beitrag der Frage nach, ob im Kontext der allgemeinen negativen Feststellungsklage die vorsorgliche Massnahme der vorsorglichen Löschung der Breibung aus dem Breibungsregister zulässig ist.

I. Einleitung

Das auf die Vollstreckung von Geldforderungen gerichtete schweizerische Zwangsvollstreckungsrecht zeichnet sich durch die Besonderheit aus, dass Breibungen angehoben werden können, ohne dass die (angebliche) Forderung in irgendeiner Form belegt werden muss.¹

JEAN-DANIEL SCHMID, Dr. iur., Rechtsanwalt, epartners Rechtsanwälte AG, Zürich.

Der Beitrag wurde Mitte Juli 2015 fertiggestellt. Alle im Beitrag genannten Internetseiten wurden letztmals am 10. Juli 2015 abgerufen.

Gerne danke ich Frau M^LAW THIRZA DÖBELI und Herrn M^LAW ADRIAN DUMITRESCU, Rechtsanwalt und Herrn lic. iur. DENNIS HERTH, Rechtsanwalt für die Durchsicht des Manuskripts. Allfällige Fehler liegen alleine in der Verantwortung des Autors.

¹ Statt vieler BGE 101 III 9, 13 E. 3; BGE 113 III 2, 3 E. 2b); BGE 125 III 149, 150 E. 2a) sowie aus der neueren Rechtsprechung BGE 141 III 68, 70 E. 2.1. Siehe ferner Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8.5.1991, BBl 1991 III 1–290 (zit. nachfol-

Dies bringt mit sich, dass Breibungen manchmal nicht zur effektiven Zwangsvollstreckung von bestehenden und durchsetzbaren Forderungen erfolgen. Stattdessen werden sie manchmal auch ungerechtfertigt eingeleitet.² Sei dies, weil bei genauer Betrachtung keine oder keine durchsetzbare Forderung besteht und sich der Betriebende irrt, sei dies weil die Zwangsvollstreckung von Anfang an sachfremden Motiven (z.B. Schikanierung³) dient⁴.

Breibungen werden im «Breibungsregister» aufgezeichnet. Dieses kann von Dritten unter gewissen Voraussetzungen eingesehen werden, weshalb ihm und den darin enthaltenen Einträgen eine erhebliche faktische Bedeutung zukommt. Dies gilt auch für ungerechtfertigte Breibungen, gegen welche sich der Betriebene mittels Rechtsvorschlags zur Wehr setzt. Der Betriebene hat aus diesem Grund regelmässig ein Interesse, aktiv gegen die

gend «Botschaft SchKG»), 6 und statt vieler KARL WÜTHRICH/PETER SCHOCH, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2010, Art. 69 N 5 m.w.N.

² Siehe für eine Übersicht über die Schätzungen in der Literatur und diesbezügliche terminologische Fragen JEAN-DANIEL SCHMID, Der Ausschluss des Einsichtsrechts in das Breibungsregister gemäss Art. 8b VE-SchKG, Jusletter vom 7.10.2013, N 13–15.

³ Siehe als Beispiele den jeweiligen Sachverhalt, der den Urteilen des Bundesgerichts vom 19.11.2007 (BGer 5A_671/2007), vom 7.2.2008 (BGer 5A_683/2007) und vom 8.1.2013 (BGer 5A_6/2013) zu Grunde liegt.

⁴ Vgl. zum Ganzen auch CHRISTIAN FRAEFEL, Die Breibung einer Nichtschuld, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2011, 1. Vgl. ferner die Bemerkungen in BGE 141 III 68, 70 E. 2.1. Wie oft derartige gänzlich ungerechtfertigte Breibungen vorkommen, gilt allgemein als umstritten. Während die Praxis auf eine begrenzte Zahl solcher Fälle hinweist (vgl. JOSEF STUDER/MARKUS ZÖBELI, Schuldbreibungs- und Konkursrecht, 4. A., Freiburg 2015, 51 f.), wird in den Medien gelegentlich eine andere Ansicht vertreten (vgl. «Den «Tolgggen» verschwinden lassen», Tages-Anzeiger vom 27.4.2015, 35, wonach ein beträchtlicher Teil der eingeleiteten Breibungen ungerechtfertigt sei).

ungerechtfertigte Betreibung vorzugehen, um auf diesem Weg eine «Löschung» der Betreibung im Betreibungsregister zu erwirken. Als mögliches Instrument kommt dabei insbesondere die allgemeine negative Feststellungsklage in Betracht.⁵

Bis ein rechtskräftiges Urteil vorliegt, welches zu einer Löschung der in Frage stehenden Betreibung führt, kann ein nicht unerheblicher Zeitraum verstreichen. In der Zwischenzeit ist die Betreibung weiterhin einsehbar. Der Betriebene hat offensichtlich ein gegenteiliges Interesse. Damit stellt sich die Frage, ob er die Sichtbarkeit der Betreibung für die Zwischenzeit unterbinden kann. Als mögliches Mittel kommt das Instrument der vorsorglichen Massnahme in Frage.⁶

Vor diesem Hintergrund geht der vorliegende Beitrag der naheliegenden – und von kantonalen Rechtsprechung⁷ und der Literatur⁸ bislang nur spärlich bzw. der

bundesgerichtlichen Rechtsprechung gar nicht⁹ thematisierten – Frage nach, ob der Betriebene im Rahmen des Verfahrens der allgemeinen negativen Feststellungsklage mittels einer vorsorglichen Massnahme die vorläufige bzw. vorsorgliche Löschung der Betreibung aus dem Betreibungsregister verlangen kann¹⁰. Der Beitrag bezweckt, Aspekte, welche für bzw. gegen die Zulässigkeit einer solchen – in der deutschsprachigen Schweiz mutmasslich nicht oft anzutreffenden¹¹ – Massnahme sprechen, aufzuzeigen. Eine abschliessende und umfassende Thematisierung wird nicht angestrebt.

Im Folgenden wird zu diesem Zweck zuerst der Kontext, der in der Einleitung zusammengefasst wurde, näher beleuchtet (Ziff. II.). Sodann wird die Zielsetzung und Funktionsweise der allgemeinen negativen Feststellungsklage zum Zweck der Löschung der Betreibung dargelegt (Ziff. III.). Im Anschluss werden zum eigentlichen Kern der aufgeworfenen Frage dieses Beitrags Überlegungen aus dem Blickwinkel der ZPO (Ziff. IV.) und des SchKG (Ziff. V.) angestellt. Schliesslich wird ein Fazit gezogen (Ziff. VI.).

⁵ Siehe zum Ganzen Ziff. II.

⁶ Siehe zum Ganzen Ziff. II.

⁷ Für die Zulässigkeit solcher vorsorglicher Massnahmen sprechen sich insbesondere folgende Urteile aus: Urteil des KGer VD vom 16.10.2006 (CL06.023677; 141/2006/DCA), E. III; Urteil des KGer VD vom 1.3.2007 (CL07.000713; 21/2007/JCL), E. II.; Urteil des BezGer Genf vom 18.7.2008 (die Rechtsmittelinstanz musste sich mangels diesbezüglichen Ergreifens eines Rechtsmittels nicht damit auseinandersetzen; vgl. Urteil des KGer GE vom 6.11.2008 [C/11718/2008; ACJC/1317/2008], Sachverhalt B. und C.); Urteil der AB VD vom 11.11.2011 (FA11.001918-111046), E. II.b) (in eine andere Richtung demgegenüber die Vorinstanz: Urteil der AB Arrondissement de La Côte vom 23.5.2011 [FA11.001918], E. 2a). Diese Rechtsprechung, welche teilweise vor Inkrafttreten der ZPO erging, setzt sich – wenn überhaupt – lediglich spärlich mit der aufgeworfenen Frage auseinander. Aus diesen Gründen findet sie nachträglich nur Berücksichtigung und wird dementsprechend zitiert, soweit sie insoweit bedeutende Hinweise liefert. Offen gelassen wurde die Frage der Zulässigkeit im Beschluss und Teilurteil des BezGer Zürich vom 5.5.2014 (CG130047-L/Z4), E. 5.2, da sich das Gericht auf den Standpunkt gestellt hat, das Gesetz kenne keine Löschung der Betreibung, weshalb sowohl der Antrag in der Hauptsache (Löschung der Betreibung) als auch der Antrag um Erlass einer entsprechenden vorsorglichen Massnahme (vorsorgliche Löschung der Betreibung) abzuweisen seien. Auch die Rechtsmittelinstanzen äusserten sich nicht materiell zur Frage (Urteil des OGer ZH vom 11.6.2014 [LB140041-O/U], E. 3e) [Abweisen aufgrund der Abweisung des Hauptbegehrens]; Urteil des BGer vom 27.11.2014 [BGer 4A_440/2014], E. 1.2 [Nichteintreten].

⁸ Explizit für die Zulässigkeit immerhin MATTHIAS KUSTER, Schikanebetreibungen aus zwangsvollstreckungs-, zivil-, straf- und standesrechtlicher Sicht, AJP/PJA 2004, 1035–1042, 1040–1042; ERIC MUSTER, Les renseignements (article 8a LP), BLSchK 2014, 161–178, 170 sowie – nicht spezifisch im Kontext der allgemeinen negativen Feststellungsklage – KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013, § 4 N 23 sowie (potentiell und implizit) DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, Le Code de procédure civile, 2. A., Bern 2015, 247. Zurückhaltend anderer Auffassung demgegenüber FLORIAN CHAUDET/PETER SCHAUFELBERGER, Le droit de consultation du registre des poursuites en relation avec l'inscription de poursuites frappées d'opposition non levée: quelques vœux et quelques pistes en faveur du poursuivi concernant l'art. 8a LP, in: Juan Carlos Landrove (Hrsg.), De lege negotiorum, Etudes autour

du droit des affaires en l'honneur du professeur François Chaudet, Genf 2009, 317–354, 337–339. Von der Unzulässigkeit dürfte ferner auch (implizit) bei MARC BERNHEIM/BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur negativen Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG – eine kritische Würdigung, SJZ 2000, 177–183, 182 f. sowie bei IVO SCHWANDER, Bundesgericht, II. Zivilabteilung, 16.2.1999, Z. c. Y. (BGer 5C.7/1998), Berufung., AJP/PJA 1999, 616–620, 619 ausgegangen werden.

⁹ Auf die Beschwerde gegen das Urteil der AB VD vom 11.11.2011 (FA11.001918-111046) ist es nicht eingetreten (vgl. Urteil des BGer vom 9.3.2012 [BGer 5A_815/2011]); in Bezug auf das Urteil des BezGer Genf vom 18.7.2008 handelte es sich um keinen Beschwerdegegenstand (Urteil des BGer vom 16.2.2009 [BGer 5A_832/2008]), zumal der fragliche Aspekt nicht Gegenstand des kantonalen Rechtsmittels war (vgl. FN 7). Gleiche Einschätzung im Urteil der AB Arrondissement de La Côte vom 23.5.2011 (FA11.001918), E. 2a). A.M. MUSTER (FN 8), 170 mit Verweis auf das Urteil des BGer vom 9.3.2012 (BGer 5A_815/2011). Dieses Urteil ist nach dem Vorgesagten nicht einschlägig. Immerhin ist jedoch zuzugestehen, dass das Bundesgericht im entsprechenden Urteil keine Unzulässigkeit einer solchen vorsorglichen Massnahme angedeutet hat.

¹⁰ Eine solche vorsorgliche Massnahme ist nicht mit der Erteilung des Suspensiveffekts im Rahmen einer betreibungsrechtlichen Beschwerde zu verwechseln, welche gelegentlich zum gleichen Resultat führt (vgl. als Beispiel die Verfügungen des BGer vom 20.9.2005 zit. im Urteil des BGer vom 1.12.2005 [BGer 7B.182/2005; 7B.183/2005], Sachverhalt C.).

¹¹ Im Rahmen der Ausarbeitung dieses Beitrags wurde eine kleinere Anzahl an Betreibungsämtern in der Deutschschweiz dazu befragt, ob ihnen Entscheide zu derartigen vorsorglichen Massnahmen bekannt sind. Im Rahmen dieser nicht repräsentativen Umfrage hat kein einziges Betreibungsamt von einer solchen Kenntnis berichtet.

II. Kontext

Betreibungen werden im vom Betreibungsamt zu führenden sogenannten «Betreibungsregister»¹² dokumentiert (Art. 8 Abs. 1 SchKG)¹³. Dieses kann durch interessierte Dritte eingesehen werden (Art. 8a Abs. 1 SchKG; sogenannte «Betreibungsauskunft»¹⁴). Hierbei wird der interessierten Person Auskunft über die im Betreibungsregister verzeichneten Betreibungen gegeben.¹⁵ Begrenzt wird die Betreibungsauskunft durch die in Art. 8a Abs. 3 f. SchKG enthaltenen Schranken.¹⁶ Das Betreibungsregister dient regelmässig als Informationsbeschaffungsinstrument zur Evaluierung der Kreditwürdigkeit einer Person.¹⁷

Diese Grundsätze gelten auch in Bezug auf denjenigen Fall, in dem eine Betreibung mittels Erhebung des Rechtsvorschlags gestoppt wird.¹⁸ Dies selbst dann, wenn

die Fortsetzung der Betreibung zwischenzeitlich infolge Zeitablaufs («Verjährung»; Art. 88 Abs. 2 SchKG) unmöglich geworden ist.¹⁹ Mit anderen Worten bleibt die Betreibung auch dann im Betreibungsregister aufgezeichnet und Dritten zugänglich. Ungerechtfertigte Betreibungen können daher – gleich wie gerechtfertigte Betreibungen – die Kreditwürdigkeit des Betriebenen auch im Falle der Erhebung des Rechtsvorschlags faktisch massgeblich beeinträchtigen.²⁰

Betriebene Personen haben aus diesem Grund regelmässig ein Interesse, sich gegen ungerechtfertigte Betreibungen aktiv zur Wehr zu setzen und es nicht bloss bei der etwaigen Erhebung des Rechtsvorschlags bewenden zu lassen.²¹ Als Abwehrinstrumente stehen in dieser Hinsicht insbesondere die Klagen nach Art. 85 SchKG und Art. 85a SchKG sowie die allgemeine negative Feststellungsklage zur Disposition.²² Soweit der Betriebene mit einer dieser Klagen durchdringt und das Gericht zum Schluss gelangt, dass die Betreibung ungerechtfertigt war, darf Dritten über die in Frage stehende Betreibung durch das Betreibungsamt keine Auskunft mehr erteilt werden (Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG).²³ Die Betreibungen werden damit im Aussenverhältnis faktisch «gelöscht».²⁴

¹² Siehe die Verwendung des Begriffs z.B. bei GEORGES VONDER MÜHLL, *Betreibungsregisterauskünfte*, BLSchK 2007, 169–182, insb. 169 und 179. Enger demgegenüber KUSTER (FN 8), 1035 i.V.m. Fn. 1. Für die Zwecke des vorliegenden Beitrags sind diese Unterschiede nicht von Bedeutung.

¹³ Vgl. im Einzelnen zu den zu führenden Protokollen und Registern (Art. 8 Abs. 1 SchKG) statt vieler JAMES T. PETER, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I*, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2010, Art. 8 N 3–9.

¹⁴ Siehe zu dieser verbreiteten Terminologie statt vieler BSK SchKG I-PETER (FN 13), Art. 8a N 1; VONDER MÜHLL (FN 12), *passim*.

¹⁵ Siehe im Einzelnen zum Gegenstand der Betreibungsauskunft statt vieler VONDER MÜHLL (FN 12), 177–179. In der Praxis werden regelmässig Auszüge aus dem Betreibungsregister erstellt. Siehe hierzu JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N 159–162 sowie für Beispiele STUDER/ZÖBELI (FN 4), 53 f.

¹⁶ Vgl. statt vieler AMONN/WALTHER (FN 8), § 4 N 23; DOMINIK GASSER, *Revidiertes SchKG – Hinweise auf kritische Punkte*, ZBJV 1996, 627–653, 630. Eine weitere Schranke bildet das Einsichtsinteresse (statt vieler URS MÖCKLI, in: Daniel Hunzler [Hrsg.], *SchKG, Kurzkommentar*, 2. A., Basel 2014, Art. 8a N 19 f. m.w.H.). Nicht zur Anwendung gelangt bei alledem das DSG (Art. 2 Abs. 2 lit. d DSG; Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23.3.1988, BBl 1988 II 413–534, 444).

¹⁷ Vgl. zu dieser Funktion Botschaft SchKG (FN 1), 28 f.; GASSER (FN 16), 630; BSK SchKG I-PETER (FN 13), Art. 8a N 1; KUKO SchKG-MÖCKLI (FN 16), Art. 8a N 2. Die hauptsächliche Funktion des Betreibungsregisters besteht jedoch in der genannten Dokumentation der Amtshandlungen (vgl. Botschaft SchKG [FN 1], 28 und statt vieler GASSER [FN 16], 630; KUKO SchKG-MÖCKLI [FN 16], Art. 8a N 1). Abgesehen hiervon ist die Funktion und Wirkung begrenzt, zumal dem Betreibungsregister weder eine konstitutive Wirkung noch ein öffentlicher Glaube zukommt (vgl. BGE 115 III 24, 26 E. 1; KUKO SchKG-MÖCKLI [FN 16], Art. 8 N 8; BSK SchKG I-PETER [FN 13], Art. 8 N 10).

¹⁸ Statt vieler Entscheid der AB FR vom 29.11.2000 (publ. in JdT 2001 II, 67 f.), E. 2a); ANDRÉ EQUEY/RETO VONZUN, *Mittel und Wege zur Beseitigung der negativen Auswirkungen des Betreibungsregistereintrags grundloser Betreibungen*, AJP/PJA 2011, 1337–1354, 1338 m.w.N.; KARL SPÜHLER/LUCA TENCHIO, *Feststellungsklagen gemäss Art. 85a Abs. 1 SchKG nach gültig erhobenem Rechtsvorschlag?*, AJP/PJA 1999, 1241–1248, 1243; VONDER MÜHLL (FN 12), 178.

¹⁹ Botschaft SchKG (FN 1), 33 sowie statt vieler Urteil des KassGer TI vom 20.1.2000 (publ. in Rep. 2000, 214–218), E. 5; Urteil des OGer ZH vom 18.3.1998 (publ. in ZR 98 [1999], Nr. 16), E. 4a); Entscheid der AB FR vom 29.11.2000 (publ. in JdT 2001 II, 67 f.), E. 2a); VONDER MÜHLL (FN 12), 178. Siehe ferner Weisung der Dienststelle Oberaufsicht für Schuldbetreibung und Konkurs Nr. 1, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/schkg/weisungen/weisung-1-d.pdf>>, Ziff. 7. A.M. mit Bemerkungen zur früheren Praxis der Betreibungsämter DOMINIK GASSER, *Ein Jahr revidiertes SchKG oder: Erst die Praxis bringt es an den Tag*, ST 1998, 15–23, 16 sowie JOSEF STUDER, *Amtsgeheimnis und Betreibungsauskunft*, in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), *Strafrecht als Herausforderung, Zur Emeritierung von Professor Niklaus Schmid*, Zürich 1999, 345–358, 351.

²⁰ Vgl. statt vieler KUSTER (FN 8), 1035 f. Siehe zu den weiteren möglichen Konsequenzen eines Eintrags im Betreibungsregister CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 8), 318 f.

²¹ In diesem Sinn auch statt vieler KUSTER (FN 8), 1036 und EQUEY/VONZUN (FN 18), 1338.

²² Siehe hierzu und zu weiteren denkbaren Abwehrinstrumenten statt vieler EQUEY/VONZUN (FN 18), *passim*; KUSTER (FN 8), 1037–1042. Vgl. ferner URS BOLLER/MARK SCHWEIZER, *Der Informationsgehalt des Betreibungsregisters: Ein Reformvorschlag zu seiner Verbesserung, sui-generis 2015*, 50–76, 59–66 und MUSTER (FN 8), 172.

²³ Vgl. statt vieler BGE 125 III 149, 153 E. 2d); LOUIS DALLÈVES, in: Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), *Poursuite et faillite, Commentaire romand*, Basel/Genf/München 2005, Art. 8a N 11 (jeweils zur allgemeinen negativen Feststellungsklage) sowie PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Articles 1–88, Lausanne 1999, Art. 8a N 41 f.; BSK SchKG I-PETER (FN 13), Art. 8a N 21 f. (jeweils zur Klage nach Art. 85 und Art. 85a SchKG).

²⁴ Statt vieler im Allgemeinen zur Wirkung von Art. 8a Abs. 3 f. SchKG Botschaft SchKG (FN 1), 32; EQUEY/VONZUN (FN 18), 1340; GASSER (FN 16), 633; KUSTER (FN 8), 1036 Fn. 13. Obschon es sich nicht um eine effektive Löschung handelt, wird nachfolgend dieser Begriff verwendet.

Die allgemeine negative Feststellungsklage dürfte im Kontext der genannten Abwehrinstrumente eine nicht unerhebliche praktische Bedeutung aufweisen, zumal der Anwendungsbereich der anderen beiden Klagen – zumindest derzeit²⁵ – beschränkt ausfällt²⁶. Dies dürfte umso mehr zutreffen, als das Bundesgericht kürzlich die Anwendungsvoraussetzungen der allgemeinen negativen Feststellungsklage im vorliegenden Kontext reduziert hat. Nun besteht nämlich entgegen der bisherigen Rechtsprechung grundsätzlich immer ein Feststellungsinteresse.²⁷ Da die allgemeine negative Feststellungsklage in einem regulären Zivilprozess behandelt wird²⁸, kann zwischen der Einleitung der Klage und dem Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils – und damit der erwünschten

Unterdrückung der Betreibung in der Betreibungsauskunft – regelmässig eine nicht unerhebliche Zeitspanne verstreichen²⁹. Art. 8a Abs. 3 f. SchKG regelt abschliessend, in welchen Fällen eine Betreibung gelöscht wird.³⁰ Da die Bestimmung in der Anhebung einer allgemeinen negativen Feststellungsklage keinen Grund zur Löschung der Betreibung erblickt (Art. 8a Abs. 3 f. SchKG *e contrario*) und in Bezug auf Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG der Bestand eines rechtskräftigen Urteils vorausgesetzt wird³¹, bleibt eine von einer allgemeinen negativen Feststellungsklage betroffene Betreibung während der Dauer des gerichtlichen Verfahrens für Dritte ersichtlich³².

Der Betriebene hat offensichtlich ein gegenteiliges Interesse, nämlich dass die Betreibung bereits vor Abschluss des Verfahrens Dritten nicht mehr zur Kenntnis gegeben werden kann. Der Betriebene trachtet mit anderen Worten danach, für die Dauer des Verfahrens nicht aufgrund eines Eintrags im Betreibungsregister in seiner Kreditwürdigkeit beeinträchtigt zu sein. Das zivilprozessuale Instrument, welches in dieser Hinsicht zur Verfolgung des Interesses augenscheinlich in Frage kommt, ist dasjenige der vorsorglichen Massnahme.³³ Sie bezweckt nämlich gerade einen vorläufigen richterlichen Schutz zur Abwehr eines Nachteils.³⁴ Dieser besteht vorliegend in der (andauernden) Beeinträchtigung der Kreditwürdigkeit.³⁵

III. Zielsetzung und Funktionsweise der allgemeinen negativen Feststellungsklage zum Zweck der Löschung einer Betreibung

A. Ausgangslage

Rechtsgrundlage für die Löschung einer Betreibung aus dem Betreibungsregister aufgrund des Durchdringens mit einer allgemeinen negativen Feststellungsklage bildet Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG.³⁶ Damit die Bestimmung zur Anwendung gelangt, muss sich aus dem Ergebnis des ent-

²⁵ Art. 85a SchKG soll im Zuge einer Revision, welche durch die parlamentarische Initiative 09.530 (*Abate*; Löschung ungerechtfertigter Zahlungsbefehle) angestossen wurde, revidiert werden. Zukünftig soll es gemäss dem Revisionsentwurf – entgegen der jetzigen Rechtslage (FN 26) – namentlich möglich sein, diese Klage auch im Falle des bestehenden Rechtsvorschlags zu erheben. Siehe Art. 85a Abs. 1 E-SchKG gemäss Entwurf zu einer Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) (zit. nachfolgend «E-SchKG»), BBl 2015 3223–3226 sowie Bericht der Kommission für Rechtsfragen vom 19. Februar 2015 betreffend 09.530 Parlamentarische Initiative. Löschung ungerechtfertigter Zahlungsbefehle, BBl 2015 3209–3222, 3220. Vgl. zum Revisionsentwurf schliesslich auch die Stellungnahme des Bundesrates vom 1. Juli 2015 betreffend 09.530 Parlamentarische Initiative Löschung ungerechtfertigter Zahlungsbefehle, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 19. Februar 2015, abrufbar unter <<http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2015/2015-07-01/stgn-br-d.pdf>>.

²⁶ Art. 85 SchKG erfordert einen Urkundenbeweis (Art. 85 Abs. 1 SchKG; BGE 140 III 41, 45 E. 3.3.2; Urteil des Bundesgerichts vom 3.5.2005 [BGer 5P.8/2005], E. 3.1 sowie statt vieler BERNHARD BODMER/JAN BANGERT, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin [Hrsg.], Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2010, Art. 85 N 33). Eine Klage nach Art. 85a SchKG ist nur möglich, wenn kein Rechtsvorschlag erhoben bzw. dieser beseitigt wurde (grundlegend BGE 125 III 149, Regeste und 150–154 E. 2; bestätigt in BGE 141 III 68, 76 f. E. 2.6.1.2; siehe ferner statt vieler JÜRGEN BRÖNNIMANN, in: Daniel Hunkeler [Hrsg.], SchKG, Kurzkomentar, 2. A., Basel 2014, Art. 85a N 6). Ferner ist die Klage namentlich dann unzulässig, wenn die Betreibung infolge Zeitablaufs (Art. 88 Abs. 2 SchKG) nicht mehr fortgesetzt werden kann (statt vieler EQUEY/VONZUN [FN 18], 1340 m.w.N.).

²⁷ Siehe dazu und zu gewissen Ausnahmen BGE 141 III 68, Regeste und 70–79 E. 2. Siehe zu diesem Urteil die Besprechung bei BOLLER/SCHWEIZER (FN 22), 61 f.; DANIEL HUNKELER/STEFAN WIRZ, Erhöhter Schutz gegen ungerechtfertigte Betreibungen, Jusletter vom 16.2.2015; JÜRIG ROTH, Angriff ist die beste Verteidigung – ausser der Rückzug sei bereits erfolgt, ZZZ 2014/2015, 35–41 sowie die Zusammenfassung bei ANDREAS GÜNGERICH/ANITA BURI, Feststellungsklage auf Nichtbestehen der in Betreibung gesetzten Forderung, *ius.focus* 2/2015, 24 f.; PETER REETZ/LORENA FRANCESCHETTI, Rechtsprechung und Literatur im Zivilprozessrecht in den Jahren 2013, 2014 und zu Beginn des Jahres 2015, in: Olivier Hari/Olivier Riske (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2015, Bern 2015, 1169–1262, 1172 f.

²⁸ Nachstehend Ziff. III.A.

²⁹ Vgl. KUSTER (FN 8), 1040 sowie CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 8), 337 und 339.

³⁰ VONDER MÜHLL (FN 12), 179.

³¹ Vgl. statt vieler BSK SchKG I-PETER (FN 13), Art. 8a N 19. Siehe ferner Urteil des BezGer Meilen vom 24.8.2009 (publ. in ZR 109 [2010], Nr. 6), E. 3.3.b.

³² Vgl. KUSTER (FN 8), 1040.

³³ Ähnlich zum Ganzen KUSTER (FN 8), 1040; CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 8), 337.

³⁴ Vgl. statt vieler jeweils mit Präzisierungen ISAAK MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Habil. Zürich, Zürich 1983, 7; THOMAS SPRECHER, in: Karl Spühler/Luca Tencio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2013, Vorbemerkungen vor Art. 261–269 N 1; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, § 22 N 1.

³⁵ Davon dürfte auch bei CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 8), 337 und KUSTER (FN 8), 1040 ausgegangen werden.

³⁶ Vorstehend Ziff. II.

sprechenden gerichtlichen Verfahrens ergeben, dass die Betreuung bei ihrer Einleitung ungerechtfertigt war.³⁷ Eine förmliche Aufhebung der Betreuung im Entscheid ist dafür nicht notwendig.³⁸ Dementsprechend ist im Rahmen der negativen Feststellungsklage z.B. die Feststellung zu beantragen, dass die in Betreuung gesetzte Forderung anlässlich der Anhebung der Betreuung nicht bestanden hat.³⁹ Wenn ein Entscheid vorliegt, welcher den vorgenannten Voraussetzungen genügt (Ergebnis der fehlenden Begründetheit der Betreuung im Zeitpunkt ihrer Einleitung), ist der Betreibene zur Durchsetzung der Löschung gehalten, beim Betreibungsamt ein Begehren um Löschung des Eintrags im Betreibungsregister zu stellen.⁴⁰ Falls sich das Betreibungsamt weigert, dem Begehren zu entsprechen, kann der betreibungsrechtliche Beschwerdeweg (Art. 17–19 SchKG) beschritten werden.⁴¹

Die negative Feststellungsklage zielt vor diesem Hintergrund darauf ab, einen Entscheid hervorzubringen, welcher als Grundlage der Löschung dient. Sie bezweckt demgegenüber nicht, dass das Betreibungsamt in irgendeiner Form angewiesen wird, die entsprechende Betreuung zu löschen.⁴² Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG bildet auf alle Fälle keine Grundlage für eine derartige Anweisung.⁴³

³⁷ BGE 125 III 334, Regeste und 336 E. 3 (bestätigt in BGE 141 III 68, 75 E. 2.6.1.1 und im Urteil des BGer vom 27.11.2014 [BGer 4A_440/2014], E. 2). Siehe ferner statt vieler MUSTER (FN 8), 171 und in diesem Sinn auch EQUÉY/VONZUN (FN 18), 1343. Die Einzelheiten der Bedeutung dieser Rechtsprechung sind nicht restlos klar (siehe zu Unklarheiten in Bezug auf den massgeblichen Zeitpunkt JEAN-DANIEL SCHMID, Die Löschung der Betreuung im Betreibungsregister nach erfolgtem Rückzug (Art. 8a Abs. 3 lit. c SchKG), AJP/PJA 2015, 610–623, 622 f. m.w.N.). Für die Zwecke dieses Beitrags können diese jedoch offen bleiben.

³⁸ Grundlegend BGE 125 III 334, 336 E. 3. Siehe daneben BGE 141 III 68, 75 E. 2.6.1.1 sowie Urteil des BGer vom 27.11.2014 (BGer 4A_440/2014), E. 2. Siehe dazu statt vieler GASSER (FN 16), 632; MUSTER (FN 8), 171; BSK SchKG I-PETER (FN 13), Art. 8a N 19. A.M. KUKO SchKG-MÖCKLI (FN 16), Art. 8a N 25.

³⁹ Konkret wäre beispielsweise die Feststellung zu beantragen, dass die in Betreuung gesetzte Forderung nicht besteht und die Betreuung grundlos angehoben wurde (vgl. als Beispiel das in BGE 141 III 68, 69 Sachverhalt B. genannte Rechtsbegehren sowie BGE 120 II 20, 21 Sachverhalt B. [Rechtsbegehren] und 26 E. 3c) [Würdigung]). Ähnlich zum Ganzen KUSTER (FN 8), 1040. Gleiches Ergebnis bei EQUÉY/VONZUN (FN 18), 1342 f.

⁴⁰ Urteil des BGer vom 27.11.2014 (BGer 4A_440/2014), E. 4.2; Urteil des BVGer vom 6.3.2013 (A-3942/2013), E. 1.2 (unpubl. in BVGE 2014/15). Vgl. ferner YASMIN IQBAL, SchKG und Verfassung – untersteht auch die Zwangsvollstreckung dem Grundrechtsschutz?, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2012, 212.

⁴¹ Vgl. in Bezug auf alle in Art. 8a Abs. 3 f. genannten Lösungsgründe Urteil des BGer vom 27.11.2014 (BGer 4A_440/2014), E. 4.2. Siehe ferner GILLIÉRON (FN 23), Art. 8a N 64; IQBAL (FN 40), 212 f.

⁴² Vgl. Urteil des BGer vom 27.11.2014 (BGer 4A_440/2014), E. 4.2. In eine andere Richtung KUSTER (FN 8), 1040.

⁴³ Urteil des BGer vom 27.11.2014 (BGer 4A_440/2014), E. 4.2. Siehe zu diesem Urteil und insbesondere zu diesem Aspekt auch die Besprechung bei ANDREAS GÜNGERICH/ANITA BURI,

Immerhin erscheint es denkbar, dass das Gericht das Urteil dem Betreibungsamt *mitteilt* (Art. 240 ZPO), damit der Betreibene dies nicht noch selbst mittels eines Lösungsbegehrens tun muss.⁴⁴

Die negative Feststellungsklage ist ein Instrument der ZPO (Art. 88 ZPO). Gleiches gilt im vorliegenden Kontext, d.h. wenn mittels einer solchen Klage die Löschung eines Eintrags im Betreibungsregister bezweckt wird.⁴⁵ Das Verfahren richtet sich dementsprechend grundsätzlich nach der ZPO.⁴⁶

B. Folgerungen für die Analyse

Aufgrund der Anwendbarkeit der ZPO liegt es nahe, in Bezug auf die Analyse der Zulässigkeit der in Frage stehenden vorsorglichen Massnahme in erster Linie die ZPO und nicht das SchKG als Rechtsquelle zu Rate zu ziehen.

Zum gleichen Schluss ist zu gelangen, da sich das SchKG als primäre Rechtsquelle ohnehin als wenig ergiebig erweisen würde. Es enthält aufgrund des Umstands, dass es sich bei der allgemeinen negativen Feststellungsklage um ein Instrument der ZPO handelt, keine Bestimmungen zu dieser Klage. Daneben sind dem SchKG auch keine Normen zu vorsorglichen Massnahmen im Allgemeinen im Kontext des Zwangsvollstreckungsverfahrens zu entnehmen.⁴⁷

«Löschung» der Betreuung, *ius.focus* 3/2015, 24. Vgl. daneben auch das Urteil des BVGer vom 6.3.2013 (A-3942/2013), E. 1.2 (unpubl. in BVGE 2014/15). In eine andere Richtung noch Urteil des KGer SG vom 8.3.2007 (BZ.2006.77), E. III.2.d); KUSTER (FN 8), 1040. Das vorgenannte bundesgerichtliche Urteil hat sich nicht zu vorsorglichen Massnahmen geäußert, da auf die Beschwerde insoweit nicht einzutreten war (vgl. Urteil des BGer vom 27.11.2014 [BGer 4A_440/2014], E. 1.2). Aus diesem Grund ist das Urteil in Bezug auf den Gegenstand dieses Beitrags nicht einschlägig (vgl. auch FN 7).

⁴⁴ Vgl. im Hinblick auf die allgemeine Möglichkeit der Mitteilung des Urteils an das Betreibungsamt VONDER MÜHLL (FN 12), 180 und daneben LUCA TENCHIO, Feststellungsklagen und Feststellungsprozess nach Art. 85a SchKG, Diss. Zürich, Zürich 1999, 131 sowie als Beispiel das Urteil des KGer SG vom 8.3.2007 (BZ.2006.77), E. III.2.d).

⁴⁵ EQUÉY/VONZUN (FN 18), 1343 sowie STUDER/ZÖBELI (FN 4), 51. So auch (teilweise implizit) BGE 141 III 68, unter anderem 70 f. E. 2.2.

⁴⁶ Besonderheiten ergeben sich jedoch in Bezug auf das Vorliegen des erforderlichen (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO; statt vieler DANIEL FÜLLEMANN, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 88 N 7; MARC WEBER, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2013, Art. 88 N 9) Feststellungsinteresses (BGE 141 III 68, 71 f. E. 2.3; vgl. dazu auch FN 27). Hierauf wird im Hinblick auf den vorliegenden Beitrag nur soweit notwendig näher eingegangen.

⁴⁷ Vgl. ANDREAS GÜNGERICH, Vorsorgliche Massnahmen in SchKG-Sachen, in: Monique Jametti Greiner/Bernhard Berger/Andreas Güngerich (Hrsg.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Bern 2005, 161–176, 162.

Das Betreibungsregister als Institut des SchKG⁴⁸ macht es jedoch trotzdem erforderlich, bei einer Analyse der vorliegenden Fragestellung das SchKG zu berücksichtigen.

Aus diesen Gründen wird die nachfolgende Analyse zuerst aus dem Blickwinkel der ZPO (nachfolgend Ziff. IV.) und sodann aus dem Blickwinkel des SchKG (nachfolgend Ziff. V.) vorgenommen.⁴⁹

IV. Überlegungen aus dem Blickwinkel der ZPO

A. Ausgangslage

Zivilprozessuale vorsorgliche Massnahmen werden in Art. 261–269 ZPO geregelt.⁵⁰ Die mit dem vorliegenden Beitrag aufgeworfene Frage wird nachfolgend im Hinblick auf einige dieser Normen analysiert, wobei nicht strikt ihrer numerischen Gliederung gefolgt wird.

B. Die Anweisung an das Betreibungsamt als grundsätzlich (un-)möglicher Gegenstand der vorsorglichen Massnahme (Art. 262 ZPO)?

Vorsorgliche Massnahmen bezwecken die Abwendung von Nachteilen.⁵¹ Gemäss Art. 262 ZPO kann eine vorsorgliche Massnahme jede gerichtliche Anordnung beinhalten, welche geeignet ist, den in Frage stehenden Nachteil abzuwenden. Gemäss der in der Bestimmung enthaltenen nicht abschliessenden Aufzählung⁵² gehört auch eine «Anweisung an eine Registerbehörde» (Art. 262 lit. c ZPO) zu den möglichen gerichtlichen Anordnungen. Zu denken ist dabei unter anderem an das Grundbuchamt und das Zivilstandsregister.⁵³

Das Betreibungsamt hat die Aufgabe das Betreibungsregister zu führen.⁵⁴ Das Betreibungsamt kann aus dieser Perspektive ohne Weiteres als Registerbehörde im Sinne von Art. 262 lit. c ZPO verstanden werden.⁵⁵ Ferner wäre eine Anweisung an das Betreibungsamt, eine Betreibung aus dem Betreibungsregister zu löschen, augenscheinlich geeignet, den drohenden Nachteil, d.h. die andauernde Beeinträchtigung der Kreditwürdigkeit⁵⁶, für die Zukunft abzuwenden. Aus dieser Perspektive erscheint die in Frage stehende vorsorgliche Massnahme mit Art. 262 ZPO vereinbar.

Zu einem anderen Resultat wäre zu gelangen, wenn der in der Literatur vereinzelt vertretenen Ansicht gefolgt würde, wonach das in Frage stehende Register über den Bestand von Zivilansprüchen Auskunft geben muss⁵⁷: Das Betreibungsregister bezweckt demgegenüber primär die Dokumentation der Amtshandlungen des Betreibungsamts.⁵⁸ In gewissen Konstellationen kann dabei mittelbar auf den Bestand von Zivilansprüchen geschlossen werden.⁵⁹ Dies trifft jedoch nicht in

⁴⁸ Vorstehend Ziff. II.

⁴⁹ Diese Aufteilung ist jedoch insofern zu relativieren, als in beiden Bereichen wiederum Aspekte aus dem jeweils anderen Bereich zu berücksichtigen sind.

⁵⁰ Daneben können – je nach Gegenstand – weitere Normen von Bedeutung sein (siehe z.B. die Übersicht über andere Rechtsquellen im Kontext zivilprozessualer Verfahren bei BSK ZPO-SPRECHER [FN 34], Vorbemerkungen vor Art. 261–269 N 38–49). Aufgrund des Gegenstands dieses Beitrags wird auf diese Normen nachfolgend nicht eingegangen.

⁵¹ Vorstehend Ziff. II.

⁵² Dies ergibt sich daraus, dass der Aufzählung das Wort «insbesondere» vorangestellt wird. Siehe Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28.6.2006, BBl 2006 7221–7412 (zit. nachfolgend «Botschaft ZPO»), 7355 sowie statt vieler BSK ZPO-SPRECHER (FN 34), Art. 262 N 13; JOHANN ZÜRCHER, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 262 N 4.

⁵³ Botschaft ZPO (FN 52), 7355. Siehe zu weiteren Beispielen statt vieler ANDREAS GÜNGERICH, in: Andreas Güngerich (Koord.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, Artikel 150–352 ZPO, Artikel 400–406 ZPO, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 262 N 23–29; BSK ZPO-SPRECHER (FN 34), Art. 262 N 21 f.

⁵⁴ Vorstehend Ziff. II.

⁵⁵ So bereits KUSTER (FN 8), 1041 (im Hinblick auf die Rechtslage unter der Geltung der kantonalen Zivilprozessordnungen sowie auf den Vorentwurf der ZPO) und ferner HOFMANN/LÜSCHER (FN 8), 247. Teilweise wird das Betreibungsregister in der Literatur im Kontext von Art. 262 lit. c ZPO genannt, aber die Zulässigkeit von vorsorglichen Massnahmen vor dem Hintergrund von Art. 269 lit. a ZPO (dazu nachstehend Ziff. IV.C.) verneint (siehe z.B. BK-GÜNGERICH [FN 53], Art. 262 N 30; BSK ZPO-SPRECHER [FN 34], Art. 262 N 21a). Keine Nennung des Betreibungsregisters demgegenüber beispielsweise bei DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkomentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 262 N 1–5; LUCIUS HUBER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 262 N 32; NICOLAS JEANDIN/AUDE PEYROT, Précis de procédure civile, Genf/Zürich/Basel 2015, N 658; SABINE KOFMEL EHRENZELLER, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), ZPO, Kurzkomentar, 2. A., Basel 2014, Art. 262 N 11; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, N 11.197; ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, § 36; THOMAS ROHNER/MATTHIAS WIGET, in: Myriam A. Gehri/Michael Kramer (Hrsg.), ZPO Kommentar, Zürich 2010, Art. 262 N 7; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 34), § 22 insb. N 16; MICHAEL TREIS, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010, Art. 262 N 2; DIKE-Komm.-ZPO-ZÜRCHER (FN 52), Art. 262 N 20–22.

⁵⁶ Vorstehend Ziff. I. f.

⁵⁷ So die Ansicht bei BK-GÜNGERICH (FN 53), Art. 262 N 23.

⁵⁸ Ziff. II. und FN 17. Vgl. ferner BENEDIKT SUTER/GEORGES VON DER MÜHLL, Die Löschung von Betreibungen im Betreibungsregister unter besonderer Berücksichtigung der Praxis beim Betreibungsamt Basel-Stadt, BlSchK 1988, 214–220, 214 sowie BGE 115 III 24, 26 E. 1.

⁵⁹ Beispiel: Im Betreibungsregister ist aufzuführen, wenn eine definitive Rechtsöffnung gewährt wurde (Art. 10 VFRR). Da die definitive Rechtsöffnung das Vorliegen eines gerichtlichen Entscheids voraussetzt (Art. 80 SchKG) und damit der volle Beweis für den Bestand, die Fälligkeit und die Vollstreckbarkeit des in Frage stehenden Anspruchs erbracht ist

jedem Fall zu.⁶⁰ Die in Frage stehende angebliche Tatbestandsvoraussetzung ergibt sich jedoch weder aus dem Wortlaut von Art. 262 lit. c ZPO, noch aus den Materialien⁶¹. Ebenso folgt sie nicht zwingend aus dem Zweck der Regelung. Der Ansicht ist damit nicht zu folgen.⁶²

Art. 262 ZPO steht aus diesem Grund der Zulässigkeit der in Frage stehenden vorsorglichen Massnahmen nicht entgegen.

C. Die (Un-)Anwendbarkeit der ZPO aufgrund des Vorbehalts zu Gunsten des SchKG (Art. 269 lit. a ZPO)?

Unter der Marginalie «Vorbehalt» bestimmt Art. 269 lit. a ZPO, dass die Bestimmungen des «SchKG über sichernde Massnahmen bei der Vollstreckung von Geldforderungen» vorbehalten bleiben. Damit werden vorsorgliche Massnahmen verboten, welche die Vollstreckung von Geldforderungen sichern sollen (sogenanntes «Verbot des verkappten Arrests»⁶³). Derartige sichernde Massnahmen beurteilen sich aus diesem Grund ausschliesslich nach dem SchKG und den darin enthaltenen Instrumenten. Zu denken ist dabei insbesondere an die provisorische Pfändung (Art. 83 Abs. 1 SchKG), das Güterverzeichnis (Art. 162–165 SchKG) und an den Arrest (Art. 271–281 SchKG).⁶⁴ Unzulässig wäre es aus diesem

(vgl. AMONN/WALTHER [FN 8], § 19 N 6) kann ein derartiger Eintrag auf die genannten Eigenheiten in Bezug auf den in Betreuung gesetzten Betrag hindeuten. Zugleich ist zu beachten, dass trotz Gewährung der definitiven Rechtsöffnung allenfalls im Zeitpunkt der Rechtsöffnung effektiv gar keine Forderung bestand (z.B. wegen Tilgung, wobei die Rechtsöffnung gleichwohl gewährt wurde, da es der Betriebene unterlassen hat, die Tilgung mittels Urkunden zu beweisen [Art. 81 Abs. 1 SchKG]) oder diese nachträglich weggefallen ist (z.B. wegen nachträglicher Tilgung). Insofern ist der Schluss von einem Eintrag im Betreibungsregister auf einen etwaigen Zivilanspruch von vornherein selbst in dieser Konstellation kaum je absolut verlässlich. Aus der vorgenannten Perspektive jedoch zu eng SUTER/VON DER MÜHLL (FN 58), 214 wonach zwischen dem Betreibungsregister und dem materiellen Recht jeglicher Zusammenhang fehle.

⁶⁰ Beispiel: Im Betreibungsregister ist aufzuführen, wenn eine provisorische Rechtsöffnung gewährt wurde (Art. 10 VFRR). Die provisorische Rechtsöffnung erfordert lediglich das Vorliegen eines provisorischen Rechtsöffnungstitels (Art. 82 SchKG). Die Gewährung der provisorischen Rechtsöffnung lässt nicht – oder zumindest nicht im gleichen Mass wie die Gewährung der definitiven Rechtsöffnung (FN 59) – auf den Bestand eines zivilrechtlichen Anspruchs schliessen (vgl. AMONN/WALTHER [FN 8], § 19 N 7).

⁶¹ Vgl. Botschaft ZPO (FN 52), 7355. Im Parlament wurde der Entwurf des Bundesrats diskussionslos angenommen (vgl. AB StR 2007, 633; AB NR 2008, 969).

⁶² Insofern wird der übrigen Literatur gefolgt, welche keine entsprechende Voraussetzung nennt (siehe statt vieler ZPO Komm.-HUBER [FN 55], Art. 262 N 32; KUKO ZPO-KOFMEL EHRENZELLER [FN 55], Art. 262 N 11; BSK ZPO-SPRECHER [FN 34], Art. 262 N 17–21a).

⁶³ Vgl. statt vieler BSK ZPO-SPRECHER (FN 34), Art. 269 N 4; DIKE-Komm.-ZPO-ZÜRCHER (FN 52), Art. 269 N 1.

⁶⁴ Statt vieler BK-GÜNGERICH (FN 53), Art. 269 N 5–7; BSK ZPO-SPRECHER (FN 34), Art. 269 N 2; DIKE-Komm.-ZPO-ZÜRCHER (FN 52), Art. 269 N 1 und N 3.

Grund, beispielsweise eine Person auf dem Weg einer zivilprozessualen vorsorglichen Massnahme zu einer vorläufigen Zahlung zu verurteilen⁶⁵ oder Vermögenswerte zu sperren⁶⁶. Derartige zivilprozessuale vorsorgliche Massnahmen waren bereits vor der Einführung der eidgenössischen ZPO unzulässig.⁶⁷

Eine vorsorgliche Massnahme, welche auf die Löschung einer Betreuung im Betreibungsregister abzielt, stellt keine Massnahme dar, welche die Vollstreckung von Geldforderungen sichern soll. Im Gegenteil geht es gerade nicht um die Vollstreckung einer Geldforderung.⁶⁸ Aus dieser Perspektive steht Art. 269 lit. a ZPO aufgrund seines Wortlauts einer solchen vorsorglichen Massnahme nicht entgegen.⁶⁹

Dieser Schluss ist jedoch nicht zwingend. In der Literatur wird mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung⁷⁰ teilweise die Ansicht vertreten, dass Art. 269 lit. a ZPO sämtliche Eingriffe in den Gang des Betreibungsverfahrens mittels vorsorglicher Massnahmen verbietet⁷¹. Die vorsorgliche Löschung einer Betreuung im

⁶⁵ Statt vieler BK-GÜNGERICH (FN 53), Art. 269 N 10; BSK ZPO-SPRECHER (FN 34), Art. 269 N 4. Vorbehalten bleiben diejenigen Fälle, in welchen das Gesetz eine Verurteilung zur vorläufigen Zahlung vorsieht (Art. 262 lit. e ZPO) (kritisch zum Ganzen MEIER [FN 55], 263).

⁶⁶ Vgl. statt vieler BSK ZPO-SPRECHER (FN 34), Art. 269 N 4; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 34), § 22 N 3.

⁶⁷ Siehe statt vieler BK-GÜNGERICH (FN 53), Art. 269 N 2 und aus der Literatur zu den – mittlerweile ausser Kraft getretenen – kantonalen Zivilprozessordnungen z.B. ALFRED BÜHLER/ANDREAS EDELMANN/ALBERT KILLER, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau/Frankfurt a.M./Salzburg 1998, § 302 N 17a); RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 110 N 8; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, Art. 198 N 3a).

⁶⁸ Eine solche liegt bei einer ungerechtfertigten Betreuung zudem allenfalls gerade nicht vor (oder sie ist zumindest nicht vollstreckbar, z.B. weil sie noch nicht fällig ist).

⁶⁹ Für die Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen im Kontext von Betreibungsverfahren, soweit diese nicht auf die Vollstreckung von Geldforderungen abzielen BSK ZPO-SPRECHER (FN 34), Art. 269 N 3, wobei bei Art. 262 N 21a zugleich in Bezug auf das Betreibungsregister festgehalten wird, dass aufgrund von Art. 269 lit. a ZPO das SchKG zu beachten sei. Kritisch in Bezug auf vorsorgliche Massnahmen betreffend das Betreibungsregister ferner BK-GÜNGERICH (FN 53), Art. 262 N 30.

⁷⁰ Gemäss BGE 95 I 313, 315 f. E. 3 können Gerichte in das Betreibungsverfahren nur in den Fällen eingreifen, in welchen dies gesetzlich explizit vorgesehen ist. Abgesehen hiervon sei eine Einmischung des Richters in das Betreibungsverfahren ausgeschlossen. Bestätigt in BGE 139 III 444, 446 E. 4.1 sowie daneben im Urteil des BGer vom 7.10.2005 (BGer 5P.174/2005), E. 2.1. In eine ähnliche Richtung weisen bereits ältere kantonale Entscheidungen (siehe Urteil des OGer ZH vom 4.11.1914 [publ. in ZR 15 (1916), Nr. 99]; Urteil des OGer ZH vom 21.6.1933 [publ. in ZR 32 (1933), Nr. 58]; Urteil des BezGer Hinwil vom 29.1.1931 [publ. in SJZ 1931/1932, 363 f.], E. II.).

⁷¹ Vgl. BK-GÜNGERICH (FN 53), Art. 269 N 11 mit Verweis auf den in FN 70 erstgenannten Entscheid. In diese Richtung weisen auch die Bemerkungen in der zwangsvollstreckungs-

Betreibungsregister würde auf den Kern des Betreibungsverfahrens bzw. dessen Gang jedoch nicht einwirken.⁷² Dies ergibt sich bereits aus der primären Dokumentationsfunktion des Betreibungsregisters.⁷³ Eine solche Massnahme wäre daher etwa nicht mit derjenigen – klarerweise unzulässigen⁷⁴ – Massnahme zu vergleichen, mit welcher das Betreibungsamt angewiesen wird, eine Betreibung zu stoppen⁷⁵. Die Pflicht des Betreibungsamts, das Betreibungsregister zu führen, ist jedoch eine laufende verfahrensrechtliche Pflicht. Aus dieser Perspektive wäre die Anweisung an das Betreibungsamt durchaus als – wenn auch geringfügiger – Eingriff in das Betreibungsverfahren zu werten⁷⁶. Würde der vorgenannten Ansicht der Literatur gefolgt, so wäre die in Frage stehende vorsorgliche Massnahme aufgrund von Art. 269 lit. a ZPO bei dieser Betrachtung unzulässig.

Eine solche extensive Auslegung von Art. 269 lit. a ZPO erscheint jedoch nicht überzeugend. Erstens folgt diese Auslegung nicht aus dem Wortlaut von Art. 269 lit. a ZPO. Zweitens stellt Art. 269 lit. a ZPO gemäss den Materialien lediglich eine Fortführung der bisherigen Praxis dar.⁷⁷ Es ist nicht ersichtlich, dass diese Praxis sämtliche Anweisungen an Betreibungsämter, auch wenn damit kein Eingriff in das Betreibungsverfahren im eigentlichen Sinn einhergeht, generell verboten hat. Diese Über-

legung wird auch durch die Erkenntnis gestützt, dass es bei den in Frage stehenden Urteilen des Bundesgerichts⁷⁸ jeweils um eine Konstellationen ging, in welcher faktisch die Fortsetzung bzw. Sistierung des Betreibungsverfahrens – und damit ein massgeblicher Eingriff – in Frage stand⁷⁹. Aus diesem Grund kann die Rechtsprechung nicht ohne Weiteres extensiv und in dem Sinn ausgelegt werden, dass sämtliche Eingriffe in das Betreibungsverfahren unzulässig sind. Sinn und Zweck von Art. 269 lit. a ZPO ist nach dem Vorgesagten vielmehr klarzustellen, dass einzig das SchKG die Sicherung und Vollstreckung von Geldforderungen regelt. Um eine solche Sicherung bzw. Vollstreckung geht es vorliegend gerade nicht. Nach der hier vertretenen Ansicht steht Art. 269 lit. a ZPO und die vorgenannte Rechtsprechung der Zulässigkeit der in Frage stehenden vorsorglichen Massnahme somit nicht entgegen.⁸⁰

D. Welches ist der massgebliche Verfügungsanspruch (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO)?

1. Ausgangslage

Damit eine vorsorgliche Massnahme erlassen werden kann, muss der Gesuchsteller unter anderem glaubhaft machen, dass ein ihm zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO).

Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO bezieht sich insoweit auf den sogenannten «Verfügungsanspruch».⁸¹ Gemäss dem Wortlaut der Bestimmung muss dieser Anspruch verletzt sein. Alternativ ist es ausreichend, wenn in Bezug auf ihn eine Verletzung zu befürchten ist. Diese Alternativen setzen gleichermaßen voraus, dass überhaupt ein solcher Verfügungsanspruch des Gesuchstellers besteht bzw. dies glaubhaft gemacht wird. Ein bloss zukünftiger Anspruch

rechtlichen Literatur (siehe z.B. bereits ERNST BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911, 111, auf welche sich BGE 95 I 313, 315 f. E. 3 explizit stützt).

⁷² Vgl. KUSTER (FN 8), 1040 und insbesondere Fn. 55.

⁷³ Siehe dazu vorstehend Ziff. II. und FN 17.

⁷⁴ Vgl. z.B. BGE 51 III 189, Regeste und 195 E. 3. Vgl. ferner statt aller Urteil des HGer SG vom 30.4.1993 (publ. in GVP SG 1993, Nr. 66), E. 3a); Urteil des KGer GR vom 18.11.1975 (publ. in PKG 1975, 142 f.); Urteil des KGer GR vom 16.4.1953 (publ. in PKG 1953, 129); Urteil des BezGer Baden vom 22.2.1945 (publ. in SJZ 1946, 27); Urteil des BezGer Hinwil vom 29.1.1931 (publ. in SJZ 1931/1932, 363 f.), E. I. f.; Urteil des OGer ZH vom 4.11.1914 (publ. in ZR 15 [1916], Nr. 99); Urteil des OGer ZH vom 27.5.1908 (publ. in ZR 8 [1909], Nr. 160); Urteil des OGer AG vom 29.9.1893 (publ. in Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs 1894, Nr. 76). Offen gelassen noch z.B. in BGE 29 I 85, 87 E. 1. Anders noch das Urteil des Bundesgerichts vom 13.1.1893 (publ. in Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs 1893, Nr. 68), E. 2 sowie der Entscheid des Bundesrats vom 24.2.1893 (publ. in Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs 1893, Nr. 61) (*obiter dictum*). Siehe zur weiteren älteren – ebenfalls teilweise abweichenden – Rechtsprechung ferner die Nachweise bei GEORG HUBER, Die Einstellung der Betreibung, Diss. Zürich, Zürich 1947, 92–101. Siehe aus der Literatur statt vieler BSK ZPO-SPRECHER (FN 34), Art. 269 N 4. Gegen eine analoge Anwendung von Art. 85a Abs. 2 SchKG (siehe dazu Ziff. V.B.3) im Rahmen der allgemeinen negativen Feststellungsklage ferner BERNHEIM/GRAHAM-SIEGENTHALER (FN 8), 182 f.; CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 8), 337 f.; BK-GÜNGERICH (FN 53), Art. 262 N 30; MUSTER (FN 8), 172; SCHWANDER (FN 8), 619.

⁷⁵ Vgl. KUSTER (FN 8), 1040 und Fn. 55.

⁷⁶ In eine andere Richtung KUSTER (FN 8), 1040 und Fn. 55.

⁷⁷ Einen anderen Schluss lässt Botschaft ZPO (FN 52), 7357 nicht zu. Im Parlament wurde der Entwurf des Bundesrats diskussionslos angenommen (vgl. AB StR 2007, 633; AB NR 2008, 969).

⁷⁸ Vgl. die Nachweise in FN 70.

⁷⁹ Die in Frage stehenden bundesgerichtlichen Verfahren (FN 70) haben Fälle betroffen, in denen der Rechtöffnungsrichter seine Kompetenz überschritten und damit – zumindest potentiell, da damit die unzulässige (Nicht-)Beseitigung des Rechtsvorschlages einhergeht – massgeblich in den Gang des Betreibungsverfahrens eingegriffen hat (BGE 95 I 313 sowie Urteil des BGer vom 7.10.2005 [BGer 5P.174/2005]: Unzulässige Prüfung der Rechtzeitigkeit bzw. Zulässigkeit der Erhebung des Rechtsvorschlages [siehe dazu auch die Besprechung bei FLORENCE KRAUSKOPF, La mainlevée provisoire: quelques jurisprudences récentes, JdT 2008 II, 23–46, 46]; BGE 139 III 444: Unzulässige Prüfung der Zulässigkeit einer Betreibung [ohne Feststellung der Nichtigkeit]).

⁸⁰ A.M. diejenige Literatur, welche das Betreibungsamt bzw. Betreibungsregister aufgrund von Art. 269 lit. a ZPO aus dem Anwendungsbereich der vorsorglichen Massnahme ausklammern möchte (vgl. die Nachweise in FN 55).

⁸¹ Statt vieler Botschaft ZPO (FN 52), 7354; Urteil des HGer ZH vom 29.8.2013 (publ. in ZR 112 [2013], Nr. 50), E. 4.2.1; KUKO ZPO-KOFMEL EHRENZELLER (FN 55), Art. 261 N 4 f.; BSK ZPO-SPRECHER (FN 34), Art. 261 N 10 und N 15.

oder eine Anwartschaft bzw. ihre Glaubhaftmachung genügen demgegenüber in aller Regel nicht.⁸²

Daneben muss es sich beim Verfügungsanspruch um eine subjektive Berechtigung des Zivilrechts handeln.⁸³

Nachfolgend wird geprüft, was vorliegend als Verfügungsanspruch in Frage kommen könnte und welche Folgerungen sich hieraus in Bezug auf die Fragestellung dieses Beitrags ergeben.

2. Lösungsanspruch (Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG) als Verfügungsanspruch?

Im durch den vorliegenden Beitrag zu analysierenden Sachverhalt wird die vorsorgliche Massnahme im Kontext der allgemeinen negativen Feststellungsklage beantragt. Diese zielt auf die Löschung der Betreibung, welche sich aus Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG herleitet, ab.⁸⁴ Es liegt insofern nahe zu prüfen, ob dieser Anspruch auf Löschung der Betreibung einen relevanten Verfügungsanspruch darstellen könnte.

Der Qualifikation dieses Anspruchs als denkbarer Verfügungsanspruch ist entgegen zu halten, dass seine Entstehung gerade das Bestehen eines gerichtlichen Entscheids voraussetzt, welcher zum Ausdruck bringt, dass die Betreibung ungerechtfertigt erfolgt ist.⁸⁵ Im Zeitpunkt der Beantragung der vorsorglichen Massnahme, d.h. vor Ergehen des (End-)Entscheids im Verfahren der negativen Feststellungsklage, ist diese Voraussetzung gerade nicht erfüllt. Damit besteht dieser Anspruch im Zeitpunkt der Beantragung der vorsorglichen Massnahme noch nicht, was gegen dessen Qualifikation als Verfügungsanspruch spricht.⁸⁶

⁸² MEIER (FN 34), 57 f. mit Hinweisen auf Ausnahmen (dazu nachstehend FN 86). Vgl. ferner STEPHEN V. BERTI, Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess, ZSR 1997 II, 172–251, 199 mit Einschränkungen. Die übrige zivilprozessuale Literatur äussert sich in aller Regel nicht derart klar. Stattdessen wird gelegentlich einzig darauf hingewiesen, dass der Verfügungsanspruch existieren müsse (bzw. dies glaubhaft zu machen sei). Siehe z.B. FRANÇOIS BOHNET, in: François Bohnet/Jacques Haldy/Nicolas Jeandin/Philippe Schweizer/Dennis Tappy (Hrsg.), CPC – Code de procédure civile commenté, Basel 2011, Art. 261 N 7; SABINE KOFMEL EHRENZELLER, Der vorläufige Rechtsschutz im internationalen Verhältnis, Habil. Bern, Tübingen 2005, 35; BLAISE STUCKI/JOËL PAHUD, Le régime des décisions superprovisionnelles et provisionnelles du code de procédure civile, SJ 2015 II, 1–37, 2 f.

⁸³ Statt aller JEANDIN/PEYROT (FN 55), N 648; KOFMEL EHRENZELLER (FN 82), 35; BSK ZPO-SPRECHER (FN 34), Art. 261 N 15; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 34), § 22 N 8; THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2012, N 1215.

⁸⁴ Vorstehend Ziff. III.A.

⁸⁵ Vorstehend Ziff. II. f. Anders verhält es sich im Kontext nichtiger Betreibungen (Art. 8a Abs. 3 lit. a erste Variante SchKG) sowie in den Fällen von Art. 8a Abs. 3 lit. c SchKG und Art. 8a Abs. 4 SchKG. Im ersten genannten Fall erübrigt sich die vorsorgliche Massnahme regelmässig (siehe dazu die Überlegungen bei Ziff. IV.D.3). Gleiches gilt bei den anderen genannten Varianten (vgl. die Bemerkungen in FN 97).

⁸⁶ Ziff. IV.D.1. Zu einem anderen Resultat lässt sich gelangen, wenn der Ansicht gefolgt wird, dass ein zukünftiger Anspruch

Hinzu kommt, dass der Anspruch kaum zivilrechtlicher Natur sein dürfte. Dies wird bereits durch den Umstand nahegelegt, dass das SchKG dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist.⁸⁷ Zudem ist der Lösungsanspruch gegenüber dem Betreibungsamt geltend zu machen und notfalls auf dem betreibungsrechtlichen Beschwerdeweg durchzusetzen.⁸⁸ Dies spricht ebenfalls gegen die Qualifikation als zivilrechtlicher Anspruch.

Aus den genannten Gründen kommt der auf Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG basierende Lösungsanspruch nicht als Verfügungsanspruch in Frage. Es erübrigt sich damit, auf weitere Aspekte, die der Qualifikation als Verfügungsanspruch entgegenstehen könnten, einzugehen.⁸⁹

3. Andere Anspruchsgrundlagen eines Verfügungsanspruchs?

Nachdem der Anspruch auf Löschung (Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG) nicht als Verfügungsanspruch in Frage kommt⁹⁰, wird nachfolgend geprüft, ob im Kontext der Löschung einer ungerechtfertigten Betreibung eine andere Grundlage für einen Verfügungsanspruch bestehen könnte.

Betreibungen können aufgrund des Betreibungsregisters die Kreditwürdigkeit einer betriebenen Person beeinträchtigen.⁹¹ Es liegt aus dieser Perspektive nahe, dass ungerechtfertigte Betreibungen eine widerrechtliche Verletzung der Persönlichkeit des Betriebenen beinhalten könnten (Art. 28 Abs. 1 ZGB).⁹² Art. 28 ZGB könnte aus

immerhin dann einen massgeblichen Verfügungsanspruch darstellen kann, wenn der zukünftige Anspruch von der Verfahrensdauer des Hauptverfahrens abhängt und mit dessen Rechtskraft entsteht (vgl. zu dieser Ansicht MEIER [FN 34], 58 mit Beispielen).

⁸⁷ Vgl. AMONN/WALTHER (FN 8), § 1 N 19; GILLIÉRON (FN 23), Vorbemerkungen vor Art. 1–37 N 6 sowie daneben Urteil des AGer Luzern-Land vom 11.7.1996 (publ. in BLSchK 1996, 228–233), E. 2. Eine solche Zuteilung ist jedoch nicht zwingend. Siehe z.B. die in eine andere Richtung weisende Meinung bei FLAVIO COMETTA/URS MÖCKLI, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2010, Art. 17 N 1 (im Kontext der Beschwerde nach Art. 17 SchKG).

⁸⁸ Vorstehend Ziff. III.A.

⁸⁹ Beispiel: Wäre der Lösungsanspruch der in Frage stehende Verfügungsanspruch, so würde das Betreibungsamt als Gegenpartei (Art. 261 Abs. 2 ZPO) fungieren, da sich der Lösungsanspruch gegen dieses richtet (vgl. vorstehend Ziff. III.A.). Die Qualifikation des Betreibungsamts als Gegenpartei würde jedoch ihre Parteifähigkeit voraussetzen (vgl. im Allgemeinen statt vieler BERTI [FN 82], 217; BSK ZPO-SPRECHER [FN 34], Art. 261 N 1a). Dem Betreibungsamt dürfte diese Qualität jedoch regelmässig nicht zukommen (siehe als Beispiel Urteil des OGer AG vom 15.9.1998 [publ. in AGVE 1998, Nr. 12], E. 1b)).

⁹⁰ Vorstehend Ziff. IV.D.2.

⁹¹ Vorstehend Ziff. II.

⁹² Vgl. CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 8), 338 f.; PAUL-HENRI STEINAUER/CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Bern 2014, N 535b. In diese Richtung auch die Überlegung bei AMONN/WALTHER (FN 8), § 4 N 23; KUSTER (FN 8), 1040 f. Siehe aus der Rechtsprechung z.B. Urteil des KGer FR vom 1.2.2001 (publ.

dieser Perspektive als etwaiger Verfügungsanspruch in Frage kommen.⁹³

Der Anwendungsbereich könnte insofern von Vornherein begrenzt sein, da es diskutabel erscheint, ob eine Persönlichkeitsverletzung durch eine ungerechtfertigte Betreibung in jedem Fall vorliegt. Gerade bei Betreibungen, welche lediglich einen Bagatellbetrag betreffen, erscheint ein Eingriff in die Persönlichkeit des Betriebenen nicht offensichtlich. Aufgrund dessen ist es denkbar, dass eine ungerechtfertigte Betreibung, welche einen überschaubaren Betrag betrifft, aufgrund der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Erhebung einer allgemeinen negativen Feststellungsklage berechtigt⁹⁴, der Erlass einer vorsorglichen Massnahme auf der Basis von Art. 28 ZGB als Verfügungsanspruch aber bereits aus dem Grund ausser Betracht fiele, da gar keine Persönlichkeitsverletzung vorliegt. In Bezug auf das Vorliegen bzw. Fehlen einer Persönlichkeitsverletzung lässt sich in Abhängigkeit der weiteren Umstände aber durchaus auch gegenteilig argumentieren.⁹⁵

Daneben ist zu beachten, dass eine Persönlichkeitsverletzung nicht widerrechtlich ist, falls das Gesetz die Beeinträchtigung zulässt (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Art. 8a SchKG, welcher die Einsichtnahme in das Betreibungsregister regelt und damit eine derartige gesetzliche Grundlage darstellt⁹⁶, basiert nun auf dem Grundsatz, dass

Betreibungen in der Betreibungsauskunft erscheinen sollen, soweit nicht einer der in Art. 8a Abs. 3 f. SchKG enthaltenen Fälle vorliegt. Ungerechtfertigte Betreibungen werden lediglich dann in der Betreibungsauskunft unterdrückt, wenn die Unbegründetheit mittels einer Beschwerde oder eines gerichtlichen Entscheids (Art. 8a Abs. 3 lit. a zweite und dritte Variante SchKG) oder durch das Obsiegen im Rahmen einer Rückforderungsklage (Art. 8a Abs. 3 lit. b SchKG) ausgewiesen ist.⁹⁷ Diese Fälle sind vorliegend offensichtlich nicht bedeutsam.⁹⁸ «Einfache» ungerechtfertigten Betreibungen, in deren Kontext diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, werden demgegenüber grundsätzlich in der Betreibungsauskunft erwähnt. Anders verhält es sich nur, wenn die Betreibung nichtig ist (Art. 8a Abs. 3 lit. a erste Variante SchKG). Bei solchen Betreibungen ist gerade kein Vorliegen eines Beschwerdeentscheids bzw. eines gerichtlichen Entscheids erforderlich.⁹⁹

Aus alledem folgt, dass die Dokumentation ungerechtfertigter Betreibungen im Betreibungsregister und die damit etwaig zusammenhängende Beeinträchtigung der Kreditwürdigkeit des Betriebenen – ohne Vorliegen eines Falls gemäss Art. 8a Abs. 3 lit. a sowie lit. b SchKG¹⁰⁰ – grundsätzlich gesetzlich legitimiert ist. Mit anderen Worten kann eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung

in FZR 2001, 330–333), E. 5.f) sowie Entscheid der AB GE vom 3.12.1986 (publ. in SJ 1987, 156–160), E. D; Entscheid der AB BE vom 19.4.1990 (publ. in BLSchK 1991, 111–114), E. 5. Bei den vorgenannten Entscheiden ist immerhin festzuhalten, dass es sich in aller Regel um krasse Fälle handelt, bei welchen stets noch weitere Elemente für eine Persönlichkeitsverletzung gesprochen haben dürften. Das Bundesgericht hat die Frage der Persönlichkeitsverletzung bislang, soweit ersichtlich, nicht thematisiert (explizit offen gelassen in Bezug auf das Bestehen einer Vielzahl von Betreibungen im Urteil des BGer vom 9.4.2013 [BGer 4A_567/2012], E. 1.5.3; siehe jedoch BGE 135 III 503, unter anderem 506 f. E. 3.4, wobei aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive davon ausgegangen wird, dass die Einsicht in das Betreibungsregister die Privatsphäre und den Persönlichkeitsschutz des Betriebenen tangiere und Art. 8a SchKG eine diesbezügliche gesetzliche Grundlage darstelle; siehe zu diesem Urteil die Bemerkungen von VONDER MÜHLL, BLSchK 2010, 58 f.).

⁹³ Vgl. zurückhaltend CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 8), 338 f. Davon dürften ferner bei AMONN/WALTHER (FN 8), § 4 N 23 und KUSTER (FN 8), 1040 f. ausgegangen werden. Siehe ferner auch das Urteil des BezGer Genf vom 18.7.2008; Urteil der AB VD vom 11.11.2011 (FA11.001918-111046), E. II.b).

⁹⁴ Siehe zu den reduzierten Anforderungen an das Feststellungsinteresse Ziff. II. und FN 27.

⁹⁵ Bereits der Umstand der Betreibung an und für sich kann sich im Alltag negativ auswirken (hiervon dürfte auch in BGE 141 III 68 ausgegangen werden; siehe zu diesem Urteil FN 27). Zugleich ist es denkbar, dass eine Betreibung an und für sich nicht ins Gewicht fällt und damit potentiell nicht persönlichkeitsrelevant ist, wenn schon zahlreiche (einsehbare) Betreibungen bestehen.

⁹⁶ Ähnliches Resultat bei RICHARD FRANK, Persönlichkeitsschutz heute, Zürich 1983, N 239 und dieser Ansicht folgend Urteil des OGer ZH vom 6.6.1988 (publ. in ZR 88 [1989], Nr. 33), E. 3.b)aa) (wonach Einträge im Betreibungsregister im Hinblick auf das Einsichtsrecht nicht den Schutz von

Art. 28 ZGB fallen). In diese Richtung ferner BGE 135 III 503, 506 f. E. 3.4 aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive (vgl. die Bemerkungen in FN 92 a.E.).

⁹⁷ Zum Ganzen Ziff. II. f. Die weiteren in Art. 8a Abs. 3 f. SchKG enthaltenen Lösungsgründe sind vorliegend nicht primär bedeutsam, da diese nicht oder zumindest nicht hauptsächlich bzw. ausschliesslich darauf abzielen, ungerechtfertigte Betreibungen zu unterdrücken (vgl. zum Wesen vom Art. 8a Abs. 3 lit. c SchKG SCHMID [FN 37], *passim* und zum in Art. 8a Abs. 4 SchKG enthaltenen «Recht auf Vergessen» BSK SchKG I-PETER [FN 13], Art. 8a N 30; Urteil der AB Zug vom 24.2.2011 [publ. in BLSchK 2011, 141–145], E. 1.2). Naturgemäss können von beiden Lösungsgründen jedoch auch ungerechtfertigte Betreibungen erfasst werden. In diesem Fall ist eine vorsorgliche Massnahme jedoch gerade nicht erforderlich, da das Betreibungsamt von sich aus die Löschung vornimmt. Im Falle der Verweigerung ist sodann der betreibungsrechtliche Beschwerdeweg zu beschreiten (vgl. Ziff. II. und die Nachweise in FN 41). Die Beschwerde dürfte in aller Regel in einem schnellen Verfahren abgewickelt werden (vgl. FN 105).

⁹⁸ Wenn ein solcher Fall vorläge, wäre eine negative Feststellungsklage im Hinblick auf die Löschung der Betreibung gerade nicht erforderlich. Die im Beitrag aufgeworfene Frage würde sich dann vielmehr erübrigen. Vgl. ferner die Überlegungen in FN 97 a.E., welche gleichermaßen vorliegend zutreffen.

⁹⁹ Vgl. FRANCO LORANDI, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar zu den Artikeln 13–30 SchKG, Basel/Genf/München 2000, Art. 22 N 119. Siehe ferner statt vieler Entscheid der AB AR vom 12.5.1997 (publ. in ARGVP 1997, 310–312), E. 2; KUKO SchKG-MÖCKLI (FN 16), Art. 8a N 23; BSK SchKG I-PETER (FN 13), Art. 8a N 24. Siehe zu einigen Beispielen aus der jüngeren Rechtsprechung MARCO LEVANTE, Aktuelles aus der Rechtsprechung zum Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, AJP/PJA 2015, 579–590, 580 f.

¹⁰⁰ Siehe zu den anderen in Art. 8a Abs. 3 f. SchKG enthaltenen Lösungsgründen die Bemerkungen in FN 97.

aufgrund einer ungerechtfertigten Betreibung in diesem Bereich – wenn kein Entscheid vorliegt, aus dem sich die fehlende Begründetheit der Betreibung bei ihrer Einleitung ergibt – lediglich im Falle der nichtigen Betreibung vorliegen.¹⁰¹ Art. 28 ZGB könnte aus dieser Perspektive nur in einem sehr begrenzten Anwendungsbereich – demjenigen der nichtigen Betreibung – einen bedeutsamen Verfügungsanspruch und damit eine Grundlage für eine vorsorgliche Massnahme darstellen.¹⁰² Im Falle der nichtigen Betreibung stünde ferner der Weg direkt über das Betreibungsamt¹⁰³ bzw. der Beschwerde- bzw. Aufsichtsweg¹⁰⁴ zur Verfügung. Da die Beschwerde in aller Regel kostenlos ist (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 Satz 1 SchKG) und regelmässig in einem schnellen Verfahren abgewickelt werden dürfte¹⁰⁵, ist der Bedarf nach der Möglichkeit der Erhebung einer vorsorglichen Massnahme insofern begrenzt. Bei festgestellter Nichtigkeit erübrigt sich im Hinblick auf das Betreibungsregister aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Löschung (Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG) auch die Erhebung einer allgemeinen negativen Feststellungsklage.

Im Ergebnis ist aufgrund des Vorgesagten davon auszugehen, dass Art. 28 ZGB allenfalls als massgeblicher Verfügungsanspruch in Frage kommt. Dabei wird der mögliche Anwendungsbereich der vorsorglichen Löschung der Betreibung im Betreibungsregister von vornherein massgeblich eingeschränkt.¹⁰⁶

¹⁰¹ Die in Bezug auf den Gegenstand des Beitrags einschlägige Rechtsprechung (vgl. FN 7) gelangt, soweit sie sich überhaupt mit Art. 28 ZGB auseinandersetzt, nicht zu diesem Schluss. Ebenso ohne Hinweis auf eine derartige Einschränkung AMONN/WALTHER (FN 8), § 4 N 23; CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 8), 339; KUSTER (FN 8), 1040 f.

¹⁰² Dieser Aspekt wird im Urteil des BezGer Genf vom 18.7.2008 nicht explizit geprüft; stattdessen wird lediglich auf die übrigen Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB (überwiegendes privates oder öffentliches Interesse) eingegangen. Dies erscheint insoweit mit der vorliegend vertretenen Ansicht vereinbar, als sich die entsprechende Erwägung explizit auf Betreibungen bezieht, welche aus sachfremden Motiven eingeleitet wurden. Derartige Betreibungen können nichtig sein (vgl. hierzu statt vieler EQUEY/VONZUN [FN 18], 1338 f. m.w.N.). Bei solchen nichtigen Betreibungen kann nach der hier vertretenen Ansicht eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung in Frage kommen. Die übrige in Bezug auf den Gegenstand des Beitrags einschlägige Rechtsprechung (vgl. FN 7), geht, soweit sie sich überhaupt mit Art. 28 ZGB auseinandersetzt, gar nicht auf die Rechtfertigungsgründe ein.

¹⁰³ FN 99.

¹⁰⁴ Vgl. statt vieler EQUEY/VONZUN (FN 18), 1339 m.w.N.

¹⁰⁵ Vgl. im Einzelnen zur Ausgestaltung dieses Verfahrens in den Kantonen INGRID JENT-SØRENSEN, Das kantonale Verfahren nach Art. 20a Abs. 3 SchKG: ein Relikt und die Möglichkeit einer Vereinheitlichung, BLSchK 2013, 89–110, 100–102.

¹⁰⁶ Ohne derartige Einschränkung AMONN/WALTHER (FN 8), § 4 N 23; CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 8), 339; KUSTER (FN 8), 1040 f.

V. Überlegungen aus dem Blickwinkel des SchKG

A. Ausgangslage

Zur durch den vorliegenden Beitrag aufgeworfenen Frage werden nachfolgend Überlegungen aus dem Blickwinkel des SchKG angestellt. Diese Analyse bezieht sich in einem ersten Schritt auf Art. 85 SchKG bzw. Art. 85a SchKG. Sodann wird mit Art. 8a SchKG diejenige Bestimmung, welche unter anderem die Löschung von Betreibungen regelt, einer vertieften Prüfung unterzogen.

B. (Un-)Zulässigkeit analoger vorsorglicher Massnahmen im Rahmen von Art. 85 SchKG und Art. 85a SchKG?

1. Ausgangslage

Die in Art. 85 SchKG und Art. 85a SchKG vorgesehenen Klagen sind mögliche Instrumente, mit welchen sich eine betriebene Person gegen ungerechtfertigte Betreibungen zur Wehr setzen kann. Soweit in einem entsprechenden Verfahren eine Betreibung aufgehoben wird, wird diese im Betreibungsregister gelöscht (Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG). Die Instrumente haben damit insofern die gleiche potentielle Wirkung und damit in diesem Bereich die gleiche Zielsetzung wie dasjenige der allgemeinen negativen Feststellungsklage.¹⁰⁷ Es liegt aus diesem Grunde nahe zu prüfen, ob eine vorsorgliche Massnahme, welche auf die vorsorgliche Löschung einer Betreibung im Betreibungsregister abzielt, im Kontext dieser Klagen zulässig wäre.

2. Art. 85 SchKG

Der Wortlaut von Art. 85 SchKG weist nicht darauf hin, dass im Rahmen eines entsprechenden Verfahrens vorsorgliche Massnahmen erlassen werden können. Dies ist ein erstes Indiz dafür, dass die Anordnung der in Frage stehenden vorsorglichen Massnahme in einem entsprechenden Verfahren nicht möglich wäre.

Die Unzulässigkeit vorsorglicher Massnahmen könnte sich auch aus der Entstehungsgeschichte zur Revision dieser Bestimmung (1997) herleiten lassen. Im Vorentwurf war nämlich noch vorgesehen, die Anordnung gewisser vorsorglicher Massnahmen – die Verhinderung der Verwertung bzw. der Konkurseröffnung (Art. 85 Abs. 2 VE-SchKG)¹⁰⁸ – explizit zuzulassen¹⁰⁹. Im Entwurf war

¹⁰⁷ Siehe zum Ganzen vorstehend Ziff. II.

¹⁰⁸ Die erste Fassung von Art. 85 Abs. 2 VE-SchKG hat folgenden Wortlaut aufgewiesen: «Der Richter kann durch vorsorgliche Verfügung die Verwertung oder Konkurseröffnung verhindern». Die späteren Fassungen des Vorentwurfs waren insofern gleichwertig (vgl. TENCHIO [FN 44], 26–33).

¹⁰⁹ Siehe dazu BERTRAND REEB, La suspension provisoire de la poursuite selon l'art. 85a al. 2 LP, in: Paul Angst/Flavio Cometta/Dominik Gasser (Hrsg.), Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Be-

eine solche Möglichkeit nicht mehr enthalten.¹¹⁰ Würde Art. 85 SchKG vorsorgliche Massnahmen im Allgemeinen zulassen, wäre eine derartige Statuierung im Vorentwurf nicht erforderlich gewesen. Da im Zeitpunkt der Revision noch die kantonalen Zivilprozessordnungen in Kraft waren, könnte sich die Ausgestaltung des Vorentwurfs jedoch auch dadurch plausibel erklären lassen, dass dieser einzig darauf abzielte, einheitliche Vorgaben zu schaffen und dieses Feld nicht den kantonalen Zivilprozessordnungen zu überlassen. Die Materialien deuten jedoch auf einen anderen Hintergrund.¹¹¹ Wie es sich damit verhält, kann letztlich offen bleiben, da die ursprünglich vorgesehene Revision lediglich die Anordnung gewisser vorsorglicher Massnahmen explizit zugelassen hat. Nicht dazu gehört nach dem Vorgesagten die vorliegend in Frage stehende vorsorgliche Massnahme der vorsorglichen Löschung der Betreibung im Betreibungsregister.

Dass Art. 85 SchKG keine Anordnung vorsorglicher Massnahmen vorsieht, erscheint insofern nicht verwunderlich, als die Klage gemäss Art. 85 SchKG im summarischen Verfahren behandelt wird (Art. 85 SchKG i.V.m. Art. 251 lit. c ZPO).¹¹² Vorsorgliche Massnahmen werden ebenso im summarischen Verfahren angeordnet (Art. 248 lit. d ZPO). Soweit im Rahmen eines summarischen Verfahrens überhaupt vorsorgliche Massnahmen erlassen werden können – was bislang höchstrichterlich nicht geklärt wurde¹¹³ –, so erscheint es doch eindeutig, dass der Anwendungsbereich solcher vorsorglicher Massnahmen bereits aufgrund der zeitlichen Umstände regelmässig beschränkt wäre¹¹⁴.

Unabhängig davon ist wiederum zu beachten, dass der Wortlaut von Art. 85 SchKG nicht auf die Zulässig-

keit von vorsorglichen Massnahmen hindeutet. Zugleich lässt sich argumentieren, dass der Gesetzgeber die entsprechende Frage nicht bedacht hat und es sich daher um kein qualifiziertes Schweigen handelt.¹¹⁵ Dementsprechend wird teilweise die Ansicht vertreten, dass die vorläufige Einstellung bzw. Aufhebung der Betreibung im Rahmen von Art. 85 SchKG zulässig sei.¹¹⁶ Vereinzelt wird hierbei an die gelegentlich anzutreffende allgemeine These¹¹⁷ angeknüpft, dass wenn in der Hauptsache die Einstellung bzw. Aufhebung möglich sei, so müsse auch eine entsprechende vorsorgliche Massnahme erlaubt sein¹¹⁸. Das Bundesgericht hat sich in Bezug auf die vorläufige Einstellung der Betreibung im Rahmen von Art. 85 SchKG gegenteilig ausgesprochen und die Zulässigkeit verneint.¹¹⁹ Dies müsste sodann *a minori ad maius* erst Recht in Bezug auf die – für die vorliegende Frage einzig bedeutsame¹²⁰ – vorsorgliche Aufhebung der Betreibung bzw. gleichbedeutend die vorsorgliche Löschung der Betreibung gelten. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach das SchKG die Instrumente zur Hemmung bzw. Aufhebung von Betreibungen erschöpfend regle¹²¹, lässt keinen anderen Schluss zu.

Nach der hier vertretenen Ansicht besteht im Rahmen von Art. 85 SchKG aus diesen Gründen kein Raum für eine vorsorgliche Massnahme, mittels welcher das Be-

treibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel/Genf/München 2000, 273–285, 274 sowie ausführlich zur Entstehungsgeschichte von Art. 85a SchKG (und damit auch zur Revision von Art. 85 SchKG) TENCHIO (FN 44), 24–43.

¹¹⁰ Vgl. Botschaft SchKG (FN 1), 68. Siehe zum Gegenstand der Revision von Art. 85 SchKG ferner statt vieler BSK SchKG I-BODMER/BANGERT (FN 26), Art. 85 N 2 und ausführlich TENCHIO (FN 44), 24–43.

¹¹¹ Vgl. TENCHIO (FN 44), 26 f. Demnach wurde die Möglichkeit der Anordnung gewisser vorsorglicher Massnahmen im Vorentwurf vorgesehen, da das Bundesgericht den Erlass solcher Massnahmen im Rahmen einer Klage gemäss Art. 85 aSchKG gestützt auf die kantonalen Zivilprozessordnungen ausgeschlossen hatte. Siehe zur Rechtsprechung auch die nachfolgenden Ausführungen.

¹¹² In eine ähnliche Richtung weisen die Bemerkungen bei REEB (FN 109), 277.

¹¹³ Beispiel: Im Eheschutzverfahren, welches ein summarisches Verfahren darstellt (Art. 271 ZPO), hat das Bundesgericht sich bislang, soweit ersichtlich, explizit nicht zur Zulässigkeit geäußert (siehe Urteil des BGer vom 15.8.2012 [BGer 5A_212/2012], E. 2.2.2; Urteil des BGer vom 28.10.2014 [BGer 5A_870/2013], E. 5). Die kantonale Rechtsprechung ist uneinheitlich (gegen die Zulässigkeit: Urteil des OGer ZH vom 8.2.2012 [LE110069-O/U], E. 2.4.2; für die Zulässigkeit: Urteil des OGer BE vom 6.12.2013 [ZK 13 393], E. II./1.; Urteil des KGer SG vom 15.5.2012 [FS.2012.10], E. 2).

¹¹⁴ Vgl. mit ähnlichen Überlegungen GÜNGERICH (FN 47), 167 sowie (zur entsprechenden Frage im Kontext des Eheschutzverfahrens) ROGER GRONER, Beweisrecht, Bern 2011, 130.

¹¹⁵ So im Ergebnis GÜNGERICH (FN 47), 176 mit der allgemeinen Überlegung zu vorsorglichen Massnahmen im Kontext des SchKG, dass das Fehlen von Vorschriften kein qualifiziertes Schweigen darstelle. Dagegen spricht wiederum, dass der Vorentwurf vorsorgliche Massnahmen vorgeschlagen hat (siehe die vorstehenden Ausführungen).

¹¹⁶ HANS PETER WEINBERG, Richterliche Aufhebung oder Einstellung der Betreibung im Verfahren nach Art. 85 SchKG, Diss. Zürich, Zürich 1990, 110 f., insb. Fn. 270 m.V. auf zwei Urteile des BezGer Zürich vom 15.4.1986 und 29.9.1986, ein Urteil des BezGer Bülach vom 9.2.1984 und ein Urteil des BezGer Winterthur vom 9.1.1984. Gleiches Ergebnis bei CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS M. KULL/MARTIN KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I – Art. 1–158, 4. A., Zürich 1997, Art. 85 N 19. In eine andere Richtung EQUÉY/VONZUN (FN 18), 1349. A.M. REEB (FN 109), 277.

¹¹⁷ Vgl. IVO SCHWANDER, Neuerungen in den Bereichen der Rechtsöffnung sowie der Aufhebung oder Einstellung der Betreibung, aber fehlende Regelung von Exequaturverfahren im SchKG, in: Schweizerischer Anwaltsverband (Hrsg.), Das revidierte Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG), Bern 1995, 35–64, 48 f.

¹¹⁸ Vgl. JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 116), Art. 85 N 19.

¹¹⁹ BGE 38 I 308, Regeste und 311 E. 2. Vgl. ferner Urteil des BezGer Hinwil vom 29.1.1931 (publ. in SJZ 1931/1932, 363 f.), E. II.

¹²⁰ Die Einstellung der Betreibung – sei dies vorsorglich oder definitiv – bewirkt keine Löschung der Betreibung im Betreibungsregister (siehe vorstehend Ziff. II. und nachstehend Ziff. V.C.).

¹²¹ BGE 51 III 189, 195 E. 3. In die gleiche Richtung geht diejenige Rechtsprechung, welche festhält, dass das SchKG die Zulässigkeit gerichtlicher Einmischungen in das Betreibungsverfahren abschliessend regle (siehe Ziff. IV.C. und FN 70). Letztlich handelt es sich hierbei um die gleichen Überlegungen, welche im Kontext von Art. 269 lit. a ZPO angestellt werden (dazu vorstehend Ziff. IV.C.).

treibungsamt angewiesen wird, eine Betreibung für die Dauer des Verfahrens zu löschen.¹²² Die jüngere kantonale Rechtsprechung deutet vereinzelt in eine andere Richtung, ohne auf die genannten Aspekte einzugehen.¹²³

3. Art. 85a SchKG

Gemäss Art. 85a Abs. 2 SchKG kann das Gericht die Betreibung unter gewissen Voraussetzungen vorläufig einstellen. Dabei handelt es sich um eine vorsorgliche Massnahme.¹²⁴ Eingestellte Beteiligungen bleiben im Beteiligungsregister ersichtlich.¹²⁵ Andere vorsorgliche Massnahmen sind unzulässig. Dies lässt sich damit erklären, dass die in Art. 85a Abs. 2 SchKG enthaltene Liste an möglichen vorsorglichen Massnahmen abschliessend ist.¹²⁶ Insbesondere kann das Beteiligungsamt im Rahmen

¹²² Offen gelassen bei CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 8), 337 f.; KUSTER (FN 8), 1040 f. (wobei die Frage im Hinblick auf Art. 85 SchKG jeweils gar nicht aufgeworfen wird).

¹²³ Vgl. Beschluss des OGer ZH vom 27.7.2012 (PS120127-O/Z1), E. 3.2: Im entsprechenden Verfahren wurde sinngemäss das Begehren um vorsorgliche Löschung der Betreibung im Kontext einer Klage nach Art. 85 SchKG gestellt. Der Erlass einer solchen Massnahme wurde mit der Begründung abgelehnt, dass der Gesuchsteller die Erfüllung gewisser Voraussetzungen nicht glaubhaft machen konnte. Damit geht einher, dass das Gericht davon ausgeht, dass eine solche Massnahme zulässig ist. Ansonsten wäre die Prüfung dieser Voraussetzungen gar nicht erforderlich gewesen. Siehe ferner Urteil des BezGer Horgen vom 11.6.2012 (EB120169-F/U/TB), E. 6, wobei auf ein Begehren in Bezug auf den Erlass einer vorsorglichen Massnahme im Kontext von Art. 85 SchKG nicht eingetreten wurde, ohne zugleich auf die Unzulässigkeit hinzuweisen.

¹²⁴ Statt vieler BGE 125 III 440, 442 E. 2c); BSK SchKG I-BODMER/BANGERT (FN 26), Art. 85a N 19; KUKO SchKG-Brönnimann (FN 26), Art. 85a N 13.

¹²⁵ Nachstehend Ziff. V.C. In der Literatur wird vereinzelt die Ansicht vertreten, dass vom Beteiligungsamt im Falle der vorläufigen Einstellung der Betreibung die Anbringung einer entsprechenden Bemerkung im Beteiligungsregister(-auszug) verlangt werden könne (BERNHEIM/GRAHAM-SIEGENTHALER [FN 8], 181 f.).

¹²⁶ Gleiches Verständnis im Ergebnis bei KUSTER (FN 8), 1040 Fn. 54. In eine andere Richtung insofern GÜNGERICH (FN 47), 176 mit der allgemeinen Überlegung zu vorsorglichen Massnahmen im Kontext des SchKG, dass das Fehlen von Vorschriften kein qualifiziertes Schweigen darstelle. Soweit ersichtlich wird weder in der Rechtsprechung noch in der übrigen Literatur das Verständnis vertreten, wonach im Kontext von Art. 85a SchKG neben der vorläufigen Einstellung der Betreibung weitere vorsorgliche Massnahmen zulässig seien. Die Frage wird jedoch nicht explizit thematisiert, sondern es wird schlicht stets auf die im Wortlaut genannte vorsorgliche Massnahme der vorläufigen Einstellung hingewiesen (siehe als Beispiele statt aller AMONN/WALTHER [FN 8], § 20 N 23; BSK SchKG I-BODMER/BANGERT [FN 26], Art. 85a N 2 und N 19; KUKO SchKG-Brönnimann [FN 16], Art. 85a N 11; GASSER [FN 16], 641 f.; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN [FN 116], Art. 85a N 4; KREN KOSTKIEWICZ [FN 15], N 594; SYLVAIN MARCHAND, Précis de droit des poursuites, 2. A., Genf/Zürich/Basel 2013, 76; ANDRÉ SCHMIDT, in: Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin [Hrsg.], Poursuite et faillite, Commentaire romand, Basel/Genf/München 2005, Art. 85a N 7; KARL SPÜHLER, Schuldbeteiligungs- und Konkursrecht I,

von Art. 85a Abs. 2 SchKG nicht angewiesen werden, Beteiligungen aus dem Beteiligungsregister zu löschen.¹²⁷

4. Folgerung

Der Gesetzgeber hat als Abwehrinstrumente gegen ungerichtfertigte Beteiligungen insbesondere die Klagen nach Art. 85 SchKG und Art. 85a SchKG normiert.¹²⁸ Dabei hat er dem Gericht nach der hier vertretenen Auffassung gerade nicht die Kompetenz eingeräumt, Beteiligungen mittels vorsorglicher Massnahmen vorsorglich bzw. vorläufig zu löschen.¹²⁹ Stattdessen ist – einzig bei Art. 85a Abs. 2 SchKG¹³⁰ – als vorsorgliche Massnahme lediglich die Einstellung der Betreibung vorgesehen. Diese kann nicht auf die allgemeine negative Feststellungsklage übertragen werden.¹³¹ Hinzu kommt, dass eine Löschung der Betreibung mit der vorläufigen Einstellung ohnehin nicht einhergehen würde. Vor diesem Hintergrund ist es nicht einzusehen, warum im Rahmen der allgemeinen negativen Feststellungsklage eine derartige vorsorgliche Massnahme der Löschung der Betreibung zulässig sein sollte.

C. Art. 8a Abs. 3 SchKG

Gemäss Art. 8a Abs. 3 SchKG werden Beteiligungen unter gewissen Voraussetzungen gelöscht.¹³² In Bezug auf die Aufhebung von Beteiligungen im Zuge gerichtlicher Verfahren gilt dies erst im Falle der Aufhebung der Betreibung durch einen entsprechenden Entscheid.¹³³ Die gerichtliche Einstellung der Betreibung – sei dies im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme i.e.S. (Art. 85a Abs. 2 SchKG) oder im Rahmen eines «definitiven» Entscheids (Art. 85 SchKG bzw. Art. 85a Abs. 3 SchKG) – bewirkt demgegenüber keine Löschung.¹³⁴ Dies ist auch

6. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N 733; WALTER A. STOFFEL/ISABELLE CHABLOZ, Voies d'exécution, 2. A., Bern 2010, § 4 N 185; TENCHIO [FN 44], 166; DOMINIK VOCK/DANIELE MÜLLER, SchKG-Klagen nach der schweizerischen ZPO, Zürich/Basel/Genf 2012, 151 f.).

¹²⁷ KUSTER (FN 8), 1040 Fn. 54. In diese Richtung auch CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 8), 337. Davon dürfte (implizit) auch bei BERNHEIM/GRAHAM-SIEGENTHALER (FN 8), 181 f. ausgegangen werden.

¹²⁸ Siehe zu den möglichen Abwehrinstrumenten gegen ungerichtfertigte Beteiligungen Ziff. II.

¹²⁹ Vorstehend Ziff. V.B.2 und Ziff. V.B.3.

¹³⁰ Vorstehend Ziff. Ziff. V.B.2.

¹³¹ Siehe bereits die Bemerkungen in Ziff. IV.C. und insbesondere die Nachweise in FN 74.

¹³² Vorstehend Ziff. II.

¹³³ Vorstehend Ziff. II.

¹³⁴ Botschaft SchKG (FN 1), 32. Vgl. ferner statt vieler zur Einstellung nach Art. 85 SchKG BSK SchKG I-BODMER/BANGERT (FN 26), Art. 85 N 35; KUKO SchKG-Brönnimann (FN 26), Art. 85 N 16 (jeweils implizit), zur Einstellung nach Art. 85a Abs. 2 und 3 SchKG GILLIÉRON (FN 23), Art. 8a N 43, und spezifisch zu Art. 85a Abs. 2 SchKG Urteil des BezGer Meilen vom 24.8.2009 (publ. in ZR 109 [2010], Nr. 6), E. 3.3.b und KUSTER (FN 8), 1040 Fn. 54 sowie spezifisch zu Art. 85a Abs. 3 SchKG TENCHIO (FN 44), 132 (implizit). A.M. HANS UL-

konsequent, hat doch auch die Erhebung des Rechtsvorschlages die Einstellung der Betreibung (Art. 78 Abs. 1 SchKG) zur Folge, ohne dass die Betreibung im Betreibungsregister gelöscht wird.¹³⁵ Im Rahmen der allgemeinen negativen Feststellungsklage die Möglichkeit vorzusehen, Betreibungen vorsorglich mittels vorsorglicher Massnahme zu löschen, stünde damit in einem offensichtlichen Widerspruch zur Ausgestaltung von Art. 8a Abs. 3 SchKG. Eine derartige Möglichkeit ist aus dieser Perspektive abzulehnen.¹³⁶

VI. Fazit

Die aufgeworfene Frage wird weder durch das Gesetz¹³⁷ noch die höchstrichterliche Rechtsprechung eindeutig geklärt¹³⁸.

Die in der ZPO enthaltenen Bestimmungen zur vorsorglichen Massnahme dürften nach der hier vertretenen Auffassung nicht an und für sich gegen die Zulässigkeit der vorsorglichen Löschung von Betreibungen im Kontext der allgemeinen negativen Feststellungsklage sprechen.

Eine andere Schlussfolgerung drängt sich im Hinblick auf die Normen des SchKG auf: Die wichtigsten, im SchKG normierten Instrumente, welche dem Schutz des Schuldners gegen ungerechtfertigte Betreibungen dienen – die Klagen nach Art. 85 SchKG und Art. 85a SchKG – sehen keine Möglichkeit der vorsorglichen Löschung von Betreibungen im Betreibungsregister vor. Kommt hinzu, dass diejenigen vorsorglichen Massnahmen, welche im Kontext dieser Instrumente zugelassen werden, gerade zu keiner Löschung der Betreibung im Betreibungsregister führen. Unter diesen Voraussetzungen die vorsorgliche Löschung im Kontext der allgemeinen negativen Feststellungsklage zuzulassen, würde den

im SchKG enthaltenen Wertungen offensichtlich diametral widersprechen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist es daher im Kontext der allgemeinen negativen Feststellungsklage unzulässig, vorsorgliche Massnahmen anzuordnen, welche die Löschung von Betreibungen im Betreibungsregister bezwecken.¹³⁹

Wenn der Aspekt des Schuldnerschutzes gegen ungerechtfertigte Betreibungen ernst genommen werden soll, so erscheint eine andere Lösung *de lege ferenda* prüfenswert. Dabei ist zu beachten, dass die Erforderlichkeit eines solchen Instruments bereits in naher Zukunft abnehmen könnte.¹⁴⁰ Im Falle der Schaffung einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage wäre insbesondere ihr Anwendungsbereich kritisch zu hinterfragen. Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, erscheint es etwa naheliegend zu prüfen, ob die vorsorgliche Löschung nicht bloss im Rahmen der allgemeinen negativen Feststellungsklage, sondern auch im Kontext der anderen, SchKG-spezifischen Abwehrinstrumente (insbesondere im Kontext der Klagen nach Art. 85 SchKG und Art. 85a SchKG¹⁴¹) zulässig sein soll. Die gegenwärtige Revision¹⁴² könnte der geeignete Anlass sein, über eine derartige Anpassung nachzudenken.

RICH WALDER, Rechtsbehelfe im schweizerischen Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, in: Andreas Heldrich/ Takeyoshi Uchida (Hrsg.), Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag am 2. März 1996, Tokyo 1996, 639–655, 647 i.V.m. Fn. 20.

¹³⁵ Vorstehend Ziff. II.

¹³⁶ Ebenso in diese Richtung CHAUDET/SCHAUFELBERGER (FN 8), 337 f. Vgl. ferner Urteil der AB Arrondissement de La Côte vom 23.5.2011 (FA11.001918), E. 2a) (a.M. demgegenüber die obere Aufsichtsbehörde: Urteil der AB VD vom 11.11.2011 [FA11.001918-111046], E. II.b) mit dem Verweis auf das Urteil des BGer vom 16.2.2009 [BGer 5A_832/2008], wonach das Bundesgericht im entsprechenden Entscheid implizit nicht argumentiert habe, dass Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG eine Löschung gestützt auf eine vorsorgliche Massnahme ausschliesse; dabei wird übersehen oder zumindest unterschlagen, dass sich dieses Urteil gar nicht mit dieser Frage auseinandersetzen konnte, da dieser Aspekt bereits vor der kantonalen Rechtsmittelinstanz kein Beschwerdegegenstand war [vgl. FN 9]).

¹³⁷ Zumindest missverständlich insoweit Urteil der AB VD vom 11.11.2011 (FA11.001918-111046), E. II.b).

¹³⁸ A.M. MUSTER (FN 8), 170 mit Verweis auf das Urteil des BGer vom 9.3.2012 (BGer 5A_815/2011) (vgl. dazu FN 9). Vgl. ferner zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Bemerkung in FN 136.

¹³⁹ Vgl. für den Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur Ziff. I. und insbesondere die Nachweise in FN 7, FN 8 und FN 9.

¹⁴⁰ Die parlamentarische Initiative 09.530 (*Abate*; Löschung ungerechtfertigter Zahlungsbefehle; siehe zum Stand der Umsetzung FN 25) sieht vor, dass Betreibungen, bei welchen Rechtsvorschlag erhoben wurde, im Betreibungsregister unter gewissen Umständen auf blossen Antrag des Schuldners hin gelöscht werden können (siehe im Einzelnen Art. 8b E-SchKG [FN 25] sowie hierzu BOLLER/SCHWEIZER [FN 22], 66–71 sowie zum Vorentwurf dieser Bestimmungen die Bemerkungen bei SCHMID [FN 2], *passim*; zwischenzeitlich hat der Bundesrat eine in Teilen abweichende Alternative angeregt, siehe dazu Stellungnahme des Bundesrates vom 1. Juli 2015 [FN 25]). Würde dieser Vorschlag derart umgesetzt, so würde die Erforderlichkeit der in Frage stehenden vorsorglichen Massnahme augenscheinlich reduziert.

¹⁴¹ Daneben wäre die Frage auch noch für weitere Instrumente zu prüfen und allenfalls zu klären, namentlich die Rückforderungsklage (Art. 86 SchKG): Auch bei ihr handelt es sich um ein Instrument um sich gegen ungerechtfertigte Betreibungen zu wehren (vgl. zur Funktion statt vieler AMONN/WALTHER [FN 8], § 20 N 28), wobei im Falle des Obsiegens die Löschung der Betreibung im Betreibungsregister resultiert (Art. 8a Abs. 3 lit. b SchKG; allenfalls kann dieser Fall auch unter Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG subsumiert werden, vgl. statt vieler GASSER [FN 16], 632). Ferner wird auch sie in einem regulären Zivilverfahren abgewickelt (statt vieler BSK SchKG I-BODMER/BANGERT [FN 26], Art. 86 N 19). Folglich hat der Betriebene auch in diesem Kontext ein Interesse an der in Frage stehenden vorsorglichen Massnahme (siehe zur Interessenlage Ziff. II.).

¹⁴² Vgl. FN 25.