



JÜRIG ROTH

Angriff ist die beste Verteidigung – ausser der Rückzug sei bereits erfolgt

Verjährungsunterbrechung nach BGer. 4A_414/2014 und de lege ferenda

Gemäss dem Bundesgerichtsentscheid 4A_414/2014 vom 16. Januar 2015 begründet der alleinige Umstand der Betreibung und ihrer Publizität durch den entsprechenden Betreibungsregistereintrag ein schutzwürdiges Interesse des Betriebenen an der Feststellung des Nichtbestands der in Betreibung gesetzten Forderung. Vorbehalten bleibt lediglich der eng umschriebene Fall, dass die Betreibung nachweislich einzig der Verjährungsunterbrechung diene, nachdem der Betreibende die Unterzeichnung eines Verjährungsverzichts verweigert hatte, und die Forderung vom Betreibenden aus triftigen Gründen nicht sofort in vollem Umfang gerichtlich geltend gemacht werden kann. Andernfalls droht dem Betreibenden die Gefahr, vom Betriebenen in einen vorzeitigen Prozess gezwungen zu werden – ausser er ziehe seine Betreibung gleich wieder zurück.

1. Ausgangslage

Bereits in BGE 120 II 20 anerkannte das Bundesgericht, dass die blossе Tatsache eines Betreibungsregistereintrags das Vertrauen in die Zahlungsmoral und -fähigkeit des Betriebenen beeinträchtigen kann. Gestützt darauf erachtete es – entgegen der bis dahin geltenden Rechtsprechung¹ – den alleinigen Umstand der erfolgten Betreibung als geeignet, ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung des Nichtbestands der Betreibungsforderung zu begründen.²

Der Entscheid fand im Schrifttum grundsätzlich Zustimmung; einzelne Autoren plädier(t)en allerdings für

eine noch weiter gehende Lockerung.³ Dieselbe Stossrichtung verfolgen die durch die parlamentarische Initiative Abate (09.530) aus dem Jahr 2009 angestossenen gesetzgeberischen Bestrebungen zum Schutz vor ungerechtfertigten Betreibungen.⁴

Unter dem Eindruck dieser Rechtsentwicklung bezweckt BGer. 4A_414/2014 ausdrücklich eine weitere Lockerung der mit BGE 120 II 20 eingeleiteten Praxis.⁵ Demnach hat der Betriebene allein gestützt auf die potenziell kreditschädigende Wirkung des Betreibungsregistereintrags ein Rechtsschutzinteresse an der Feststellung des Nichtbestands der in Betreibung gesetzten Forderung, ausser (i) die Betreibung sei nachweislich einzig zur Verjährungsunterbrechung erhoben worden, nachdem (ii) der Schuldner die Unterzeichnung einer Verjährungsverzichtserklärung verweigert hatte, und (iii) dem Betreibenden sei die sofortige und vollumfängliche gerichtliche Geltendmachung der Betreibungsforderung aus triftigen Gründen nicht möglich. Rechtsgrundlage des Feststellungsanspruchs bildet Art. 88 ZPO.

2. Würdigung

2.1. Vorbemerkung

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass sowohl in BGE 120 II 20 als auch in BGer. 4A_414/2014 der Nichtbestand der Forderung offenkundig war und seitens des Betreibenden vor Bundesgericht nicht einmal mehr bestritten wurde;⁶ umstritten war in beiden Fällen daher nur mehr, ob das negative Feststellungsinteresse des Betriebenen

JÜRIG ROTH, Dr. iur., Rechtsanwalt und Mediator SAV/SKWM (Zürich).

Der Autor dankt Herrn Prof. Dr. DANIEL STAEHELIN herzlich für die Durchsicht des Manuskripts und dessen wertvolle Hinweise.

¹ BGE 110 II 352, 358 E. 2a.

² BGE 120 II 20, 24 E. 3b.

³ Vgl. die Nachweise in BGer. 4A_414/2014 vom 16.1.2015, E. 2.5.

⁴ Vgl. dazu die Ausführungen und Hinweise unter 2.4.

⁵ BGer. 4A_414/2014 vom 16.1.2015, E. 2.7.

⁶ BGE 120 II 20, 26 E. 3c; BGer. 4A_414/2014 vom 16.1.2015, E. 3.

zu Recht als gegeben erachtet und auf dessen Klage daher eingetreten worden war. Möglicherweise hat diese besondere Ausgangslage den grosszügigen Umgang mit dem Grundsatz, dass Ausnahmen (negative Feststellungsklage) zur Regel (Dispositionsmaxime⁷) restriktiv zu handhaben sind, begünstigt und so den Weg für die zweimalige Senkung der Anforderungen an das negative Feststellungsinteresse geebnet. Auf den Prüfstand kommt die neue Praxis, wenn sie dereinst auf einen Fall anzuwenden sein wird, bei dem die Anspruchsberechtigung zweifelhaft ist und entsprechend mit Rechtskraftwirkung («res iudicata») über Bestand oder Nichtbestand der Forderung entschieden werden muss, wenn das Feststellungsinteresse bejaht wird, während ein Nichteintretensentscheid (als Prozessentscheid) von dieser Verantwortung entbände.

2.2. Würdigung aus der Sicht des Betriebenen

Das Urteil ist aus der Sicht des Betriebenen zu begrüssen, weil es ihn davon entbindet darzutun, dass es sich bei den in Betreibung gesetzten Beträgen um namhafte Summen handelt und dass er durch die Publizität des entsprechenden Betreibungsregistereintrags in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit behindert wird.⁸ Gleichzeitig trägt der Betreibende die Beweislast für alle drei Voraussetzungen zur Beseitigung des vermuteten negativen Feststellungsinteresses des Betriebenen⁹ («nachweislich»). Dadurch sinkt das Prozess- und Kostenrisiko des Betriebenen beträchtlich.¹⁰

2.3. Würdigung aus der Sicht des Betreibenden

Die in 2.2 erwähnten Beweiserleichterungen zugunsten des Betriebenen beeinträchtigen die Interessen des Betreibenden beinahe in gleichem Umfang, wie sie denjenigen des Betriebenen dienen. Bloss «beinahe» deshalb, weil der Betreibungsregistereintrag dem Betreibenden weniger nützt, als er dem Betriebenen schadet, was offensichtlich für die Praxisänderung spricht.

2.3.1. Kundiger Gläubiger

Wer heute betreiben will, ohne Gefahr zu laufen, vom Betriebenen in einen vorzeitigen materiellen Prozess gezwungen zu werden, stellt ein Betreibungsbegehren, lässt sich dessen Eingang gestützt auf Art. 67 Abs. 3 SchKG

gebührenfrei bescheinigen und zieht die Betreibung nächstentags¹¹ gleich wieder zurück. Der Betreibungsrückzug bewirkt, dass das Betreibungsamt Dritten von der Betreibung keine Kenntnis gibt (Art. 8a Abs. 3 lit. c SchKG), und lässt damit das vermutete Feststellungsinteresse entfallen. Die verjährungsunterbrechende Wirkung des Betreibungsbegehrens bleibt vom Rückzug unbeeinträchtigt, selbst wenn der Zahlungsbefehl deswegen weder aus- noch zugestellt wird.¹² Massgebend für die Verjährungsunterbrechung ist allein die Postaufgabe eines den Anforderungen von Art. 67 SchKG genügenden Betreibungsbegehrens.¹³

Alternativ kann der Gläubiger ein Schlichtungsgesuch stellen (Art. 135 Ziff. 2 OR). Auch dieses unterbricht die Verjährung selbst dann, wenn es zurückgezogen wird, ehe der Schuldner davon Kenntnis erlangt.¹⁴ Erst recht hängt dessen verjährungsunterbrechende Wirkung nicht davon ab, ob der Gläubiger binnen der drei Monate des Art. 209 Abs. 3 ZPO (oder der kürzeren Frist gemäss Abs. 4 derselben Bestimmung) Klage einreicht oder nicht.¹⁵

Als dritte Möglichkeit zum Erhalt der Klagbarkeit seiner Forderung kann der Gläubiger dem Schuldner einen Verjährungsverzicht unterbreiten.¹⁶

Zwischenfazit: BGer. 4A_414/2014 befördert die Wahl einer dieser drei Alternativen. Sie alle verwirklichen – im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips (mildestes geeignetes Mittel zur Zweckerreichung) – das Interesse des Gläubigers an der Aufrechterhaltung der Klagbarkeit seiner Forderung bei minimaler Beeinträchtigung der Kreditwürdigkeit des Schuldners. Auch das öffentliche Interesse am grundsätzlich bewährten Institut

¹¹ Allenfalls geht dies sogar in einem Zug (so ROBERT K. DÄPPEN, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar OR I, 6. Aufl., Basel 2015 [BSK OR I], Art. 135 N 6, m.w.N. [«gleichzeitig»]). In BGE 114 II 261, 262 E. a ist allerdings von «nachträglich» die Rede.

¹² BGE 114 II 261, 262 E. a; BGE 104 III 20, 22 E. 2 = Pra 1978, 182 f.; BGE 101 II 77, 80 f. E. 2c; SABINE KOFMEL EHRENZELLER, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar SchKG I, 2. Aufl., Basel 2010 (BSK SchKG I), Art. 68 N 48, m.w.N. – Wird die Betreibung vor Ausfertigung des Zahlungsbefehls zurückgezogen, wird bloss eine Pauschalgebühr von fünf Franken für die Eintragung des Begehrens erhoben (Art. 16 Abs. 4 GebV SchKG).

¹³ BGer. 5P.305/2000 vom 17.11.2000, E. 3b; BGE 104 III 20, 22 E. 2 = Pra 1978, 182 f.

¹⁴ BGE 114 II 261, 262 E. a, m.w.N.

¹⁵ DÄPPEN, in: BSK OR I (FN 11), Art. 135 N 6; JÖRG HONEGGER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), ZPO-Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2013, Art. 209 N 13; DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, Le Code de procédure civile, 2. Aufl. Bern 2015, 176 f.; THOMAS SUTTER-SOMM/MARTIN HEDINGER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), ZPO Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2013, Art. 64 N 17; STEPHEN V. BERTI, in: Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V/1h, 3. Aufl., Zürich 2002, Art. 135 N 57; noch unter der Geltung der kantonalen Zivilprozessordnungen: BGE 118 II 479, 487 E. 3; BGE 114 II 261, 262 E. a; MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl., Bern 1984, 172.

¹⁶ Näheres dazu unter 2.3.2.3.

⁷ Hier verstanden als das Recht des Klägers zu bestimmen, wann er wieviel einklagt.

⁸ So noch die Anforderungen in BGE 120 III 20, 24 ff. E. 3b–d.

⁹ Fehlende Prozessreife; Betreibung einzig zur Verjährungsunterbrechung; unterbreiteter Verjährungsverzicht (Näheres dazu unter 2.3.2).

¹⁰ Ebenso DANIEL HUNKELER/STEFAN WIRZ, Erhöhter Schutz gegen ungerechtfertigte Betreibungen, in: Jusletter 16. Februar 2015, Rz. 12.

der «Betreibungsauskunft»¹⁷, einem günstigen, niederschweligen¹⁸ und insgesamt glaubwürdigen¹⁹, da «evidenzbasierten» Finanzinformationssystem über die Marktteilnehmer, wird durch die Verlagerung auf nicht publizitätswirksame Verjährungsunterbrechungsmethoden nur vordergründig tangiert, weil Massnahmen zum blossen Erhalt der Klagbarkeit einer Forderung wenig bis nichts über deren Bestand oder Nichtbestand aussagen und somit auch keinen Rückschluss auf die Kreditwürdigkeit des Forderungsgegners zulassen.²⁰ Insofern ist die Praxisänderung zielführend. Das weitere (mutmassliche) Ziel der Praxisänderung – die beschleunigte Klärung der Anspruchsberechtigung – wird dagegen wohl verfehlt werden, weil ein Verjährungsverzicht gegenteilig wirkt und mittels einer sofort zurückgezogenen Betreibung ebenso wie mittels eines nicht weiter verfolgten Schlichtungsgesuchs die Verjährung ebenfalls ohne anschliessende Anspruchsklärung unterbrochen werden kann.

2.3.2. Unkundiger Gläubiger

Wer aus Unwissenheit oder Gewohnheit weiterhin ein Betreibungsbegehren stellt, ohne dieses gleichzeitig zurückzuziehen, eröffnet dem Betriebenen die Möglichkeit, ihn gestützt auf BGer. 4A_414/2014 in einen vorzeitigen materiellen Prozess mit Rechtskraftwirkung über den erhobenen Anspruch zu zwingen, ausser er vermöge nachzuweisen, dass (i) die Betreibung einzig zur Verjährungsunterbrechung erhoben wurde (2.3.2.2), nachdem (ii) der Betriebene die Unterzeichnung einer Verjährungsverzichtserklärung verweigert hatte (2.3.2.3), und ausserdem (iii) dem Betreibenden die sofortige und vollumfängliche gerichtliche Geltendmachung der Betreibungsforderung aus triftigen Gründen nicht möglich ist (2.3.2.1).²¹

2.3.2.1. Fehlende Prozessreife

Schon unter der bisherigen Praxis musste der Gläubiger zur Beseitigung des negativen Feststellungsinteresses des Betriebenen u.a. dartun, «weshalb ihm unzumutbar sei, den Beweis seines Anspruches anzutreten».²² Eine

solche Unzumutbarkeit wurde bisher namentlich angenommen, «wenn einzig drohende Verjährung den Gläubiger veranlasst hat, zum Zwecke der Verjährungsunterbrechung Betreibung einzuleiten, bevor er willens und in der Lage ist, die eigentliche rechtliche Auseinandersetzung über seinen Anspruch aufzunehmen».²³

Vergleicht man diese Formel mit derjenigen in BGer. 4A_414/2014, so fallen drei Dinge auf: Erstens dürfte eine Rechtfertigung mit fehlender Prozesswilligkeit fortan ausgeschlossen sein («nicht [...] gerichtlich geltend gemacht werden kann»). Zweitens fehlt das (zeitliche) Element der «drohenden Verjährung» («einzig zur Unterbrechung der Verjährung»)²⁴. Drittens erscheinen die fehlende Prozessreife und der ausschliessliche Veranlassungszweck der Betreibung zur Unterbrechung der Verjährung als zwei kumulativ erforderliche selbständige Kriterien,²⁵ wohingegen die bisherige Formel den Verjährungsunterbrechungszweck der Betreibung implizierte, weil die *drohende* Verjährung nach einer Unterbrechungshandlung ruft, die bei fehlender Prozessreife (oder -willigkeit) nur in einer Betreibung bestehen kann.

Ob das Bundesgericht diese abweichende Formulierung absichtlich gewählt hat, lässt sich nicht mit Sicherheit sagen. Die strenge Sichtweise in BGer. 4A_36/2009 vom 27.2.2009, E. 3, spricht jedoch dafür: Dort wurde dem Gläubiger, der seinen Anspruch in Ermangelung zur Beweisführung erforderlicher Unterlagen noch nicht beziffern konnte, die Erhebung einer unbezifferten Forderungsklage (Art. 85 ZPO) oder Stufenklage (Art. 85 Abs. 2 ZPO analog) zugemutet.

Zu begrüssen ist die im zusätzlichen Kriterium «in vollem Umfang» enthaltene Klarstellung, dass sich der Gläubiger nicht auf einen Prozess über einen blossen Teil seines Anspruchs (Art. 86 ZPO) einlassen muss.

2.3.2.2. Verjährungsunterbrechung als einziger Betreibungszweck

Entsprechend den soeben beschriebenen Unsicherheiten betreffend die fehlende Prozessreife ist unklar, was genau das Erfordernis bedeutet, dass «die Betreibung nachweislich einzig zur Unterbrechung der Verjährung einer Forderung nach Art. 135 Ziff. 2 OR eingeleitet» worden sein muss. Fraglich ist insbesondere, ob der Gläubiger diesem Erfordernis auch entsprechen kann, wenn der Verjährungseintritt noch in weiter Ferne liegt, oder ob nach wie vor vorausgesetzt wird, dass der Eintritt der Verjährung unmittelbar drohen (oder wenigstens in greifbare Nähe gerückt sein) muss.

M.E. spricht der Wegfall des Elements der «drohenden Verjährung» für ersteres. Die kumulative Verknüpfung mit dem weiteren Erfordernis, vom Schuldner vorher

¹⁷ Zur Bedeutung vgl. BGE 115 III 81, 87 f. E. 3b; BGE 120 II 20, 23 E. 3b; BGE 135 III 503, 506 E. 3.4.

¹⁸ Glaubhaft gemachtes Interesse reicht.

¹⁹ Vgl. dazu BGE 120 II 20, 24 E. 3b; BGE 115 III 81, 87 f. E. 3b, m.w.N.

²⁰ JEAN-DANIEL SCHMID, AJP/PJA 4/2015, 610, 620, m.H. in Fn. 106. – Möglicherweise wird in Zukunft Art. 958e OR, insbesondere dessen Abs. 2, an Bedeutung gewinnen. Gemäss dieser Bestimmung haben Gläubiger mit nachweislich schutzwürdigem Interesse Anspruch auf Einsicht in den Geschäftsbericht und in die Revisionsberichte eines Unternehmens. Zum Begriff des Unternehmens vgl. Art. 957 OR.

²¹ Vgl. bereits 1.

²² Sowohl in BGE 120 II 20 als auch in BGer. 4A_414/2014 vom 16.1.2015 konnte dieser Einwand gar nicht erhoben werden, nachdem der Betreibende vor Bundesgericht das Nichtbeste-

hen seines in Betreibung gesetzten Anspruches nicht mehr bestritt (vgl. dazu 2.1).

²³ BGE 120 II 20, 25 E. 3b.

²⁴ Vgl. dazu 2.3.2.2.

²⁵ BGer 4A_414/2014 vom 16.1.2015, E. 2.7.

erfolglos einen Verjährungsverzicht verlangt zu haben²⁶, rechtfertigt diese Lockerung, denn der Betriebene, der zur Abgabe eines Verjährungsverzichts aufgefordert wird, hat es in der Hand, die Betreibung abzuwenden. Demgegenüber würde ein Festhalten am Erfordernis der «drohenden Verjährung» vor allem mit Blick auf Fälle, in denen sich nicht ohne weiteres ermitteln lässt, wann die Verjährung eintritt, Bedenken wecken. Eine solche Unsicherheit dürfte namentlich bei Forderungen, die sich auf ausländisches Recht stützen, nicht selten anzutreffen sein (Art. 148 IPRG). Gleichzeitig ist es gerade in solchen Fällen eher wahrscheinlich, dass der Gläubiger noch nicht prozessbereit ist. Um zu verhindern, dass er trotzdem in einen vorzeitigen Prozess gezwungen wird, müssen die Anforderungen an den Nachweis, dass die Betreibung einzig dem Verjährungsunterbruch diene, künftig um so grosszügiger gehandhabt werden, je plausibler es scheint, dass der Gläubiger noch nicht prozessbereit ist.

2.3.2.3. Vorgängige Aufforderung zum Verjährungsverzicht

Das Erfordernis, dass der Betreibende den Betriebenen vorgängig erfolglos zum Verjährungsverzicht aufgefordert haben muss, ist neu und bedarf daher näherer Betrachtung.

Eine materiell-rechtliche Regelung des Verjährungsverzichts existiert nicht, obwohl in der Praxis verbreitet zu diesem Mittel gegriffen wird, wenn der Eintritt der Verjährung droht. Anders als die in Art. 135 OR geregelten Verjährungsunterbrechungsgründe und abweichend von der Verjährungsunterbrechungsregel des Art. 137 Abs. 1 OR hat der Verjährungsverzicht keinen Neubeginn der Verjährungsfrist zur Folge, sondern er verlängert nur die laufende Verjährungsfrist nach Massgabe der von den Parteien vereinbarten Fristverlängerung.²⁷ Diese darf jedoch zehn Jahre nicht übersteigen,²⁸ widrigenfalls sie nach den Grundsätzen der modifizierten Teilnichtigkeit gerichtlich gekürzt wird.²⁹ Daran wird deutlich, dass ein Verjährungsunterbruch durch Betreibung und ein Verjährungsverzicht durch Kundgabe nicht gleichbedeutend und je nach Inhalt der Erklärung möglicherweise auch nicht gleichwertig sind. Daher ist der Verjährungsverzicht zwar das mildere, gleichzeitig aber vielleicht auch ein weniger geeignetes Mittel zur Wahrung der Gläubigerinteressen als die Betreibung. Abwägungen dazu fehlen im diskutierten Entscheid.³⁰

Ein Verjährungsverzicht ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, deren Wirkung wesensgemäss

primär von ihrem Wortlaut abhängt. Im Zweifelsfall ist sie nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durfte und musste.³¹ Wer seinem Schuldner einen Verjährungsverzicht unterbreitet, trägt daher die Verantwortung, dass der Verjährungsverzicht erstens die eigenen Rechte mindestens ebenso gut wahrt wie eine Verjährungsunterbrechungshandlung und zweitens so klar abgefasst ist, dass der Schuldner ihn nach Treu und Glauben gleich versteht wie er.

Wie genau der Verjährungsverzicht abgefasst wurde, könnte im Streitfall insbesondere vor dem Hintergrund der Frage bedeutsam sein, ob er in concreto im Sinne einer *Verjährungsfristverlängerung* oder eines blossen *Verzichts auf die Erhebung der Verjährungseinrede* zu verstehen ist, der den Eintritt der Verjährung nicht abwendet, sondern nur zum Verzicht auf die entsprechende Einrede verpflichtet.³² Diesem Unterschied will die Revisionsvorlage zum Verjährungsrecht durch eine Präzisierung der Marginalie zu Art. 141 OR Rechnung tragen.^{33, 34}

Demgegenüber erachtet es das Bundesgericht als gerechtfertigt, «die Verlängerung der Verjährungsfrist und den nachträglichen blossen Verzicht auf die Verjährungseinrede in ihren Auswirkungen gleich zu behandeln».³⁵ M.E. darf dieser Gleichsetzung höchstens die Funktion einer Auslegungshilfe zukommen, Allgemeingültigkeit kann sie nicht beanspruchen: Das Privatrecht ist vom Grundsatz der Privatautonomie, hier interessierend insbesondere der Inhaltsfreiheit (Art. 19 Abs. 1 OR), beherrscht, und Willenserklärungen sind, wenn Wille und Erklärung auseinanderfallen, nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Mit Bezug auf die Erstreckungsdauer anerkennt dies auch das Bundesgericht.³⁶ Die Schranken der Verlängerung der Verjährungsfrist ergeben sich aus Art. 129 OR, jene betreffend den Verzicht auf die Verjährungseinrede aus Art. 141 Abs. 1 OR.³⁷

²⁶ Vgl. dazu 2.3.2.3.

²⁷ BGer. 9C 104 (=108=109)/2007 vom 20.8.2007, E. 8.2; BGE 132 III 226, 240 E. 3.3.8, m.w.N.; BGE 99 II 185, 194 E. 3a i.f.

²⁸ BGE 132 III 226, 240 E. 3.3.8.

²⁹ PETER GAUCH, Verjährungsverzicht: Ein Entscheid des Bundesgerichts (BGE 132 III 226) und was davon zu halten ist, SJZ 102 (2006), 533, 536 f.

³⁰ BGer 4A_414/2014 vom 16.1.2015, E. 2.7, begnügt sich mit einem Hinweis auf BGE 132 III 226.

³¹ BGE 132 III 226, 240 E. 3.3.8 (betreffend Verzichtsauer), m.H.; ALFRED KOLLER, Dispositives und zwingendes Verjährungsrecht, SJZ 103 (2007), 193, 196; GAUCH (FN 29), SJZ 102 (2006), 533, 538; vgl. auch BGE 69 II 319, 322; BGE 80 II 26, 31 f. E. 2a; BGE 105 II 16, 18 f. E. 3a.

³² Vgl. zur Unterscheidung GAUCH (FN 29), SJZ 102 (2006), 533, 537; KOLLER (FN 31), SJZ 103 (2007), 193, 194; WALTER FELL-MANN/ANDREA KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Bern 2012, N 3092–3100.

³³ BBl 2014, 235 (Botschaft), 287 (Gesetzesentwurf).

³⁴ Neu: «Verzicht auf die Verjährungseinrede»; heute: «Verzicht auf die Verjährung»; zur Vorlage vgl. FREDERIC KRAUSKOPF, Neues Verjährungsrecht – Zielgerade oder Sackgasse?, HAVE 2014, 66 ff.

³⁵ BGE 99 II 185, 193 E. 3a; ebenso im nicht publizierten Urteil BGer. 4C.9/1998 vom 14.5.1998, rapportiert von CHRISTOPH LEUENBERGER in: ZBJV 1998, 583 ff.; BStGer. 9C.104/2007 vom 20.8.2007, E. 8.2.1.

³⁶ BGE 132 III 226, 240 E. 3.3.8, m.w.N.; anders noch BGE 112 II 231, 233 f. E. 3e/bb.

³⁷ KOLLER (FN 31), SJZ 103 (2007), 193, 194; GAUCH (FN 29), SJZ 102 (2006), 533, 534 f., 537.

Weitere Ungewissheiten im Zusammenhang mit dem Verjährungsverzicht betreffen u.a. die Frage, auf welchen Zeitpunkt das Verbot des Verzichts auf die Erhebung der Verjährungseinrede gemäss Art. 141 Abs. 1 OR Bezug nimmt,³⁸ ob die Beschränkung auf zehn Jahre auch für Verjährungsfristen ausserhalb des dritten Titels des OR gilt³⁹ oder ob hier Art. 27 ZGB die einzige Schranke darstellt⁴⁰ und ob ein Verjährungsverzicht als einseitige Erklärung ausgestaltet werden kann oder Bestandteil einer Vereinbarung zwischen Betreibendem und Betriebenem sein muss.⁴¹

2.3.2.4. Vorgehen beim Fehlen mindestens einer der drei Voraussetzungen

Sieht sich ein *noch nicht prozessbereiter oder noch nicht prozesswilliger Gläubiger* mit einer negativen Feststellungsklage konfrontiert und misslingt ihm der in 2.3.2.1 bis 2.3.2.3 beschriebene dreifache Beweis, bleibt ihm – als «Notbremse» – nur noch der Rückzug der Betreibung. Wie in 2.3.1 ausgeführt, wird die Betreibung dadurch im Sinne von Art. 8a Abs. 3 lit. c SchKG unsichtbar. Damit entfällt die Gefahr einer Beeinträchtigung der Kreditwürdigkeit und mithin das daran anknüpfende Feststellungsinteresse.⁴² Mit dem Verlust des Rechtsschutzinteresses fehlt eine Sachurteilsvoraussetzung,⁴³ was ein Nichteintreten auf die Feststellungsklage zur Folge hat (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Zwar entfällt das Rechtsschutzinteresse seitens des *Schuldners*, doch gibt der *Gläubiger* den Anlass dazu. Es treffen ihn daher möglicherweise empfindliche Kosten- und Entschädigungsfolgen (Art. 107 Abs. 1 lit. e und f sowie Art. 108 ZPO). Immerhin bleibt die verjährungsunterbrechende Wirkung der Betreibung von ihrem Rückzug unberührt.⁴⁴

Ein *prozessbereiter und prozesswilliger Gläubiger* kann am Gerichtsstand der hängigen negativen Feststellungsklage widerklageweise Anerkennungsklage erheben

(Art. 79 SchKG; Art. 14 ZPO), worauf die («klageidentischen») Verfahren sinnvollerweise vereinigt werden, die Anerkennungsklage materiell entschieden und die negative Feststellungsklage als gegenstandslos abgeschrieben wird.⁴⁵ Ein solches Vorgehen drängt sich auf, weil dem Schuldner mit der Abweisung des Leistungsbegehrens des Gläubigers genauso gedient ist wie mit der Gutheissung seiner negativen Feststellungsklage, während umgekehrt die Abweisung der negativen Feststellungsklage die Notwendigkeit einer weiteren Leistungsklage nach sich zöge, was nicht prozessökonomisch wäre.⁴⁶

2.4. Würdigung unter dem Blickwinkel der parlamentarischen Initiative «Löschung ungerechtfertigter Zahlungsbefehle»

Art. 85a SchKG gibt dem Betriebenen das (nach Gesetzeswortlaut jederzeitige) Recht, vom Gericht des Betreibungsamts feststellen zu lassen, dass die in Betreibung gesetzte Forderung nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet ist. Gemäss ständiger, vom Schrifttum teilweise kritisierter⁴⁷ bundesgerichtlicher Rechtsprechung steht einem Betriebenen dieser Rechtsbehelf nur zu, wenn die Betreibung nicht durch Rechtsvorschlag zum

³⁸ GAUCH (FN 29): nicht vor Ablauf der Verjährungsfrist (SJZ 102 [2006] 533, 534); KOLLER (FN 31): bei unbeschränktem Verzicht nicht vor Eintritt der Verjährung; bei beschränktem Verzicht: nach Vertragsschluss (SJZ 103 [2007] 193, 195); Bundesgericht: nicht schon bei Vertragsabschluss (BGE 132 III 226, 239 E. 3.3.7).

³⁹ BGE 56 II 424, 430 E. 4 i.f., BGE 63 II 180, BGE 99 II 182, 189 E. 2a i.f.; BGE 132 III 226, 239 f. E. 3.3.7 und 3.3.8; GAUCH (FN 29), 536.

⁴⁰ So KOLLER (FN 31), 195.

⁴¹ So GAUCH (FN 29), 537 f., Fn.19, m.H. auf Art. 129 («Verfügung der Beteiligten»); KOLLER (FN 31), 196.

⁴² 4A_414/2014 vom 16.1.2015, E. 2.7, m.w.N.; ebenso BGE 127 III 41, 43 E. 4c für die negative Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG

⁴³ Denn das Rechtsschutzinteresse muss auch im Zeitpunkt der Urteilsberatung noch gegeben sein (vgl. ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., Zürich 2013, § 11 N 7 und die dort genannten Bundesgerichtsentscheide). Zur analogen Situation bei Art. 85a SchKG vgl. BGE 127 III 41, 43 E. 4c, m.H. auf MAX GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3. Aufl., Zürich 1979, 229.

⁴⁴ Vgl. 2.3.1.

⁴⁵ MARC WEBER, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), *Basler Kommentar ZPO*, 2. Aufl., Basel 2013 (BSK ZPO), Art. 88 N 19; zur Klageidentität von Leistungs- und negativer Feststellungsklage vgl. BGE 128 III 284, 287 ff. E. 3b/bb (Praxisänderung) und 131 III 319, 323 ff. E. 3; ebenso mit Bezug auf Art. 27 ff. LugÜ (BGE 123 III 414, 422 f. E. 5; MARCO STACHER, in: *Berner Kommentar ZPO*, Bd. III, Art. 372 N 101, m.w.N.), auch bei prorogierten Gerichtsständen (ALEXANDER MARKUS, *Internationales Zivilprozessrecht*, Bern 2014, N 1218, m.H. auf die abweichende Regelung in Art. 31 Abs. 2 rev EuGVVO).

⁴⁶ Verfügt der Gläubiger über einen provisorischen Rechtsöffnungstitel und will er sich die Vorzüge des provisorischen Rechtsöffnungsverfahrens nicht nehmen lassen, mag er anstelle der beschriebenen «Notbremse» mit anschliessender Wiederholung der Betreibung und schnellstmöglichem Rechtsöffnungsgesuch das Wagnis eingehen, an der Betreibung festzuhalten und unverzüglich beim Richter am Betreibungsort Rechtsöffnung zu verlangen, in der Hoffnung, das Rechtsöffnungsverfahren werde trotz rechtshängiger negativer Feststellungsklage anhand genommen und die Rechtsöffnung erteilt. Dies würde allerdings bedingen, dass das Rechtsöffnungsgericht davon ausginge, Rechtshängigkeit setze eine eng verstandene Klageidentität voraus, die es alsdann unter Verweis auf die Unterschiede zwischen provisorischem Rechtsöffnungsverfahren und negativer Feststellungsklage für nicht gegeben erachten würde, obwohl die Anspruchsberechtigung vorfrageweise auch im Rechtsöffnungsverfahren geprüft werden muss. Viel wahrscheinlicher ist daher eine einstweilige Sistierung (MYRIAM A. GEHRI, in: BSK ZPO [FN 45], Art. 59 N 17, m.H. auf THOMAS SUTTER-SOMM, *Die Verfahrensgrundsätze und die Prozessvoraussetzungen*, ZZZ 2007, 301, 319) und ein anschliessendes Nichteintreten (Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO). Eine Überweisung (Art. 127 ZPO) mit anschliessender Vereinigung (Art. 125 lit. c ZPO) scheidet wegen der unterschiedlichen Verfahrensart von vornherein aus (Art. 90 ZPO).

⁴⁷ Vgl. die Nachweise bei BERNHARD BODMER/JAN BANGERT, in: BSK SchKG I (FN 12), Art. 8a N 14a.

Stillstand gebracht wurde.⁴⁸ Das Interesse des Betriebes an der Nichtbekanntgabe der gegen ihn eingeleiteten Betreibung (Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG) wird ausdrücklich *nicht* als alternatives, die Klage nach Art. 85a SchKG rechtfertigendes Feststellungsinteresse anerkannt, mit der Begründung, die Rechte des Betreibungsgegners seien mit Art. 85 SchKG und der allgemeinen negativen Feststellungsklage gemäss Art. 88 ZPO hinreichend gewahrt.⁴⁹

Im Nachgang zur parlamentarischen Initiative *Abate* 09.530 vom 11. Dezember 2009 schlägt die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates – mit Zustimmung des Bundesrats⁵⁰ – zur Verbesserung des Schutzes vor ungerechtfertigten Betreibungen u.a. vor, die beschriebene restriktive Praxis des Bundesgerichts durch eine entsprechende Präzisierung des Gesetzestextes von Art. 85a SchKG zu korrigieren. Sollte dieser Vorschlag Gesetz werden, könnte der Betriebene künftig auch bei aufrechtem Rechtsvorschlag ein Urteil erwirken, das gemäss Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG die Auskunftsverweigerung an Dritte nach sich zieht. Das Rechtsschutzinteresse (bestehend im Interesse, den potenziell kredit-schädigenden Betreibungsregistereintrag unsichtbar zu machen) würde vermutet.^{51, 52}

BGer. 4A_414/2014 nimmt diese sich abzeichnende Rechtsentwicklung vorweg,⁵³ mit dem einzigen Unterschied, dass das Bundesgericht in beschriebener Weise bei der allgemeinen (negativen) Feststellungsklage gemäss Art. 88 i.V.m. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO ansetzt, während das Reformvorhaben sein Ziel über eine Ausweitung des Anwendungsbereiches von Art. 85a SchKG zu erreichen vorschlägt.

Die Verortung bei Art. 85a SchKG verdient den Vorzug. Zum einen ist Art. 85a SchKG aufgrund seiner Doppelnatur für die Zwecke der Klärung des Rechtsbestands in Betreibung gesetzter Forderungen besser geeignet.⁵⁴ Zum anderen unterstriche die Sonderregelung im SchKG, dass das Rechtsschutzinteresse nur mit Bezug auf die Feststellung des Nichtbestands in Betreibung gesetzter Forderungen vermutet wird, während für alle übrigen Feststellungsklagen weiterhin die strengen Anforderungen von Art. 88 i.V.m. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO⁵⁵ gelten.

Vielleicht ist die Frage nach der Ansiedlung der negativen Feststellungsklage aber auch obsolet angesichts des Vorschlags, den der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 19. Februar 2015⁵⁶ in Anlehnung an einen bereits viel älteren Vorschlag von PIERRE-ROBERT

⁴⁸ BGE 125 III 149, 150 ff. E. 2a und 2c; BGE 140 III 41, 43 E. 3.2.2; BGer 5A_890/2012 vom 5.3.2013, E. 5.4.

⁴⁹ BGE 125 III 149, 153 E. 2d, m.H. BBl 1991 III 79–82 und m.w.N.; BGer. 5A_890/2012 vom 5.3.2013, E. 5.4. Daneben wird auf Abs. 2 von Art. 85a SchKG verwiesen. Dort wird das Gericht angewiesen, die Betreibung einzustellen, wenn es die Klage als sehr wahrscheinlich begründet erachtet. Gerade eine solche Einstellung ist jedoch während aufrechten Rechtsvorschlages weder nötig noch möglich, weil der Rechtsvorschlag von Gesetzes wegen die Einstellung der Betreibung zur Folge hat (BGE 125 III 149, 153 E. 2c, m.H. auf Art. 78 Abs. 1 SchKG; BGE 127 III 41, 43 E. 4b i.f.).

⁵⁰ Stellungnahme des Bundesrates vom 1. Juli 2015 zum Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 19. Februar 2015 (BBl 2015 5785, 5793).

⁵¹ Vgl. dazu BGer 4A_414/2014 vom 16.1.2015, E. 2.6.2, die Berichte der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 25. April 2013 und vom 19. Februar 2015 (BBl 2015 3209) sowie den Gesetzesentwurf (BBl 2015 3223).

⁵² Daneben will eine Mehrheit der Rechtskommission des Nationalrates dem Betriebenen durch einen neuen Art. 8b SchKG das Recht geben, beim Betreibungsamt die Nichtbekanntgabe einer gegen ihn erhobenen Betreibung zu verlangen, ausser es seien im gleichen Betreibungssprengel (i) seit der Anhebung der Betreibung und in den sechs vorangegangenen Monaten Betreibungen von mindestens zwei weiteren Gläubigern gegen ihn eingeleitet worden oder (ii) in den letzten zwölf Monaten gegen ihn eine Betreibung fortgesetzt oder (iii) eine in Betreibung gesetzte Forderung durch Zahlung an das Betreibungsamt beglichen worden, ohne dass der Gläubiger die Betreibung zurückgezogen hätte; die Minderheit lehnt diese Änderung ab. Die Mehrheit will sodann durch eine entsprechende Anpassung von Art. 73 SchKG das derzeit auf die Dauer der Rechtsvorschlagsfrist beschränkte Recht des Betriebenen, vom Betreibenden die Vorlage von Beweismitteln zu verlangen, auf die gesamte Verfahrensdauer ausdehnen; die Minderheit möchte dem Betriebenen zudem das Recht einräumen, die Nichtbekanntgabe der Betreibung zu verlangen, solange der Gläubiger der Aufforderung

zur Vorlage der Beweismittel nicht nachkommt. Schliesslich schlägt die Rechtskommission des Nationalrates eine Halbierung der Jahresfrist des Art. 88 Abs. 2 SchKG vor. Vgl. zum Ganzen den Gesetzesentwurf in BBl 2015 3223 sowie den Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 19. Februar 2015 in BBl 2015 3209. – Der Bundesrat lehnt in seiner Stellungnahme vom 1. Juli 2015 (BBl 2015 5785) die Änderung von Art. 88 Abs. 2 SchKG ab und stimmt den Änderungsvorschlägen der Kommissionsmehrheit zu den Art. 73 und 85a SchKG zu. Zum Schluss schlägt er eine alternative Lösungsmöglichkeit vor, auf die sogleich näher einzugehen ist.

⁵³ BGer 4A_414/2014 vom 16.1.2015, E. 2.6.1 i.f.

⁵⁴ Die negative Feststellungsklage gemäss Art. 88 ZPO ist rein materiell-rechtlicher Natur, sodass der Schuldner nach Gutheissung der Klage zusätzlich das Verfahren gemäss Art. 85 SchKG durchlaufen muss, um gestützt auf Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG die Nichtbekanntgabe der Betreibung an Dritte zu bewirken (BODMER/BANGERT, in: BSK SchKG I [FN 47], Art. 85a N 12), sollte sich der Gläubiger auch nach verlorenem Feststellungsprozess noch weigern, die Betreibung zurückzuziehen. Als weiterer Unterschied entfällt bei Art. 85a SchKG das Schlichtungsverfahren (Art. 198 lit. e Ziff. 2 ZPO), während das Verfahren gemäss Art. 88 ZPO nur unter den Voraussetzungen von Art. 198 lit. f–h ZPO ohne Schlichtungsverfahren auskommt.

⁵⁵ Art. 88 ZPO verlangt ein schutzwürdiges Interesse, das seinerseits eine für den Kläger unzumutbare Ungewissheit über Bestand und Inhalt eines Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien voraussetzt, die mittels Leistungs- oder Gestaltungsklage nicht zu beseitigen ist (Subsidiarität der Feststellungsklage). Ob das schutzwürdige Interesse auch nach Inkrafttreten der ZPO über den Wortlaut von Art. 88 ZPO hinaus erheblich sein muss, konnte das Bundesgericht in BGer 4A_414/2014 vom 16.1.2015, E. 2.3, offen lassen.

⁵⁶ BBl 2015 3209.

GILLIÉRON⁵⁷ unterbreitet. Demnach würden Betreibungen, gegen die der Betriebene Rechtsvorschlag erhoben hatte, auf dessen Antrag nicht mehr im Auszug erscheinen, wenn der Betreibende während einer bestimmten Zeit untätig blieb (beispielsweise während drei oder sechs Monaten seit der Zustellung des Zahlungsbefehls) oder längstens nach unbenutztem Ablauf der Jahresfrist gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG.⁵⁸ Als selbstverständlich darf vorausgesetzt werden, dass das Betreibungsamt dem Betreibenden vom Antrag des Betriebenen Kenntnis zu geben hätte.

Anders als die drohende negative Feststellungsklage würde der bundesrätliche Ansatz zwar nicht präventiv wirken, weil er dem Gläubiger keinen Anreiz gäbe, sich zur Bewahrung der Klagbarkeit seiner Forderung der geschilderten kreditwürdigkeitsschonenden Alternativen (Betreibung ohne Registereintrag, Schlichtungsgesuch oder Verjährungsverzicht)⁵⁹ zu bedienen. Dafür würde der Alternativvorschlag es – reaktiv – dem Betriebenen entscheidend erleichtern, sich gegen einen ungerechtfertigten Betreibungsregistereintrag zu wehren, indem er bloss einen Antrag an das Betreibungsamt zu stellen hätte, statt eine negative Feststellungsklage erheben zu müssen. Auch der Betreibende würde davon profitieren, weil er nicht mehr der Gefahr unterläge, vom Betriebenen in einen vorzeitigen materiellen Prozess über seinen Anspruch gezwungen zu werden. So würde der bundesrätliche Vorschlag (ganz im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips⁶⁰) dem Schuldner mit minimalem Aufwand Abhilfe verschaffen, ohne dem Gläubiger zu schaden, während umgekehrt die vom Betriebenen erzwungene Klärung der Anspruchsberechtigung mittels negativer Feststellungsklage beiden Parteien mehr abverlangt als zur Zweckerreichung (Beseitigung des potenziell kreditwürdigkeitsschädigenden Registereintrags) geboten.

Neben dem bundesrätlichen Vorschlag bleibt für eine privilegierte negative Feststellungsklage somit nur mehr insoweit Raum, als sie – präventiv – tatsächlich die beschriebene Anreizwirkung entfaltet und/oder – reaktiv – für den Fall, dass die Frist, binnen derer der Betreibende Rechtsöffnung verlangen oder Anerkennungsklage erheben muss, länger angesetzt wird als der mutmassliche Zeitbedarf für ein (mindestens erstinstanzliches) negatives Feststellungsurteil. Ersteres ist zu relativieren, zweiteres zu bezweifeln: Die Präventivwirkung der drohenden negativen Feststellungsklage wird durch die den Betriebenen treffende Last der Klageeinleitung zwar nicht beseitigt, aber sicherlich abgeschwächt, und ein

Gerichtsverfahren dauert schnell einmal länger als ein Jahr und auf jeden Fall länger als drei bis sechs Monate.

2.5. Würdigung unter dem Blickwinkel der geplanten Revision des Verjährungsrechts

Der Versuch, die Verjährungsunterbrechung kreditwürdigkeitsschonender zu auszugestalten, ist zu begrüßen. Befremdlich ist jedoch, dass hierzu (in Form einer so gleich zurückgezogenen Betreibung oder eines nicht weiter verfolgten Schlichtungsgesuchs) der Justizapparat sinnentleert in Gang gesetzt und gleich wieder abgewürgt werden muss, während es umgekehrt keiner Einbeziehung des Schuldners bedarf. Behördlicher Zwang sollte erst einsetzen, wenn eine private Regelung denselben Zweck nicht mit vergleichbaren oder geringeren Transaktionskosten ebenso gut erfüllen kann.

De lege ferenda könnte sich diese Überlegung im Rahmen der Revision des Verjährungsrechts⁶¹ niederschlagen, indem die Möglichkeit einer rechtsgeschäftlichen Verjährungsunterbrechung vorgesehen würde. Anzusiedeln wäre eine solche Bestimmung im neu vorgeschlagenen Art. 134 Abs. 1 Ziff. 8 OR, wo sie bereits anklingt.⁶² Noch weitergehend könnte man überlegen vorzusehen, dass ein Verjährungsunterbruch bereits durch eingeschriebene Mahnung, verbunden mit einer ausdrücklichen Erklärung, dadurch die Verjährung unterbrechen zu wollen, herbeigeführt werden kann.

Man mag dagegen einwenden, der Verjährungseintritt – und mithin die davon erhoffte Herbeiführung von Rechtssicherheit und gesellschaftlichem Frieden⁶³ – werde durch eine so tiefe Schwelle allzu sehr erschwert. Allerdings ist die Schwelle bei den beschriebenen «on and off»-Methoden der Verjährungsunterbrechung (durch gestelltes und gleich wieder zurückgezogenes Betreibungsbegehren oder Schlichtungsgesuch) nur unbedeutend höher.

⁵⁷ PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Vol. I: Partie générale. Titres premiers et deuxième. Articles 1–88, Lausanne 1999, Art. 85a N 19 f.

⁵⁸ Stellungnahme des Bundesrates vom 1. Juli 2015 zum Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 19. Februar 2015 (BBl 2015 5785, 5791 f.).

⁵⁹ Vgl. dazu 2.3, insbesondere 2.3.1 und 2.3.2.3.

⁶⁰ Vgl. dazu 2.3.1.

⁶¹ BBl 2014, 235 (Botschaft), 287 (Gesetzesentwurf).

⁶² In seiner aktuellen Entwurfsfassung lautet er wie folgt: «Die Verjährung beginnt nicht und steht still, falls sie begonnen hat: [...] während der Dauer von Vergleichsgesprächen, eines Mediationsverfahrens oder anderer Verfahren zur aussergerichtlichen Streitbeilegung, sofern die Parteien dies schriftlich vereinbaren».

⁶³ BGE 90 II 428, 437 E. 8.