

**Art. 85a Abs. 2 SchKG, vorläufige Einstellung der Betreuung.** *Hier bedarf es der Nachteilsprognose von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO nicht, diese fällt vielmehr mit der vorläufigen Beurteilung der Sache selbst zusammen*

Die Beklagte betreibt den Kläger für gerichtlich festgesetzte Unterhaltsbeiträge. Der Betriebene erhebt Klage nach Art. 85a SchKG und beantragt, die Betreuung vorläufig einzustellen. Der Einzelrichter verweigert das.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

2.1 Das Einzelgericht wendete Art. 261 Abs. 1 ZPO an, wonach das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen trifft, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt oder eine Verletzung zu befürchten ist und dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Mit der Beklagten machte das Einzelgericht dem Kläger zum Vorwurf, er habe sich in seiner Eingabe formell gar nicht zur Begründung des Begehrens um Erlass einer vorsorglichen Massnahme geäussert, sondern sich damit begnügt, das entsprechende Begehren zu stellen. Zwar mache der Kläger geltend, der Beklagten die in Betreuung gesetzten Unterhaltsbeiträge nicht zu schulden, woraus sich die behauptete Verletzung des Anspruchs ableiten lasse. Indes ergebe sich aus der Eingabe auch sinngemäss nicht, weshalb dem Kläger ohne der beantragten Massnahme ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil drohe. Bei der Pfändung verbleibe dem Kläger das Existenzminimum, so dass die Pfändung in der Regel zumindest kurz- und mittelfristig nicht existenzbedrohend sei. Etwas anderes sei vorliegend nicht geltend gemacht worden. Zudem könne der ungerechtfertigt gepfändete Betrag zurückgefordert werden. Eine entsprechende Klage für die bisherigen gepfändeten Unterhaltsbeiträge habe der Kläger bereits eingereicht, was darauf hindeute, dass er grundsätzlich von der Liquidität der Beklagten auszugehen scheine. Zwar könne vermutet werden, die finanzielle Situation der Beklagten erschwere eine Rückforderung, weshalb faktisch eine Vereitelung des Anspruchs des Klägers drohe. Entsprechende Überlegungen seien jedoch zum heutigen Zeitpunkt rein spekulativ. Es hätte dem Kläger obliegen, sein Gesuch entsprechend zu begründen und den erheblichen drohenden Nachteil glaubhaft zu machen. Sei weder begründet noch glaubhaft, dass

dem Kläger durch den einstweiligen Fortgang der Betreuung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil drohe, sei das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme abzuweisen.

2.2 Der Kläger rügt, die Mutmassung des Einzelgerichts, dass er von der Liquidität der Beklagten auszugehen scheine, sei weltfremd und schwer nachvollziehbar, nachdem die Beklagte sich bisher widersetzt habe, die Betreuung zurückzuziehen und ihr im Scheidungsprozess zudem ebenfalls die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt worden sei. Der Kläger habe den Beizug der Scheidungsakten verlangt, weshalb dem Einzelgericht habe bekannt sein müssen, dass die Beklagte mittellos sei. Dass dem Kläger ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil drohe, wenn das Betreibungsamt weitere Zahlungen an die Beklagte ausrichte, erscheine evident. Vor allem aber habe das Einzelgericht übersehen, dass Art. 85a Abs. 2 SchKG eine Spezialvorschrift sei, die der allgemeinen Vorschrift von Art. 261 Abs. 1 ZPO vorgehe. Nach Art. 85a Abs. 2 SchKG stelle das Gericht die Betreuung vorläufig ein, wenn ihm die Klage als sehr wahrscheinlich begründet erscheine. Dies könne sogar von Amtes wegen geschehen. Nachdem der Kläger die geltend gemachten Zahlungen an die Beklagte im Betrag von Fr. 124'652.10 mit den eingereichten Urkunden belegt habe, hätte das Einzelgericht ohne Weiteres eine vorsorgliche Massnahme erlassen können. Sicherheitshalber habe der Kläger noch ein entsprechendes Begehren gestellt. Die Einstellung der Betreuung nach Art. 85a Abs. 2 SchKG könne nicht davon abhängig gemacht werden, dass dem Kläger ein nicht wiedergutmachender Nachteil drohe, wenn die Massnahme unterbleibe.

3.1 Im Rahmen der Regelung der vorsorglichen Massnahmen in der ZPO (Art. 261-269 ZPO) werden die Bestimmungen des SchKG über sichernde Massnahmen bei der Vollstreckung von Geldforderungen vorbehalten (Art. 269 lit. a ZPO). Das SchKG regelt abschliessend die Sicherung von Geldforderungen. Zu den vorbehaltenen Bestimmungen gehört insbesondere auch die vorsorgliche Einstellung der Betreuung auf Begehren des Betriebenen nach Art. 85a Abs. 2 SchKG (vgl. ZK ZPO-Huber, 2. A. 2013, Art. 269 N 5). Die Rüge des Klägers, das Einzelgericht habe übersehen, dass sich die beantragte vorsorgliche Einstellung

der Betreuung (ausschliesslich) nach Art. 85 Abs. 2 SchKG (und nicht nach Art. 261 ZPO) richte, ist daher begründet.

3.2 Gemäss Art. 85a SchKG kann der Betreibene vom Gericht des Betreibungsorts feststellen lassen, dass die Schuld nicht (mehr) besteht oder gestundet ist (negative Feststellungsklage). Bei Gutheissung der Klage hebt das Gericht die Betreuung auf oder stellt sie ein (Abs. 3). Die umgekehrten Parteipollen der negativen Feststellungsklage ändern an der im materiellen Recht begründeten Verteilung der Beweislast nichts. Obwohl die Gläubigerin die Beklagtenrolle innehat, trägt sie daher die Behauptungs- und Beweislast für den Bestand ihrer Forderung, d.h. hinsichtlich der rechtsbegründenden Tatsachen. Der Kläger ist als Schuldner dagegen bezüglich der rechtshindernden bzw. rechtsaufhebenden Tatsachen beweispflichtig (BGer 4D\_68/2008 vom 28. Juli 2008, E. 2.2; BSK SchKG I-Bodmer/ Bangert, 2. A. 2013, Art. 85a N 4). Das Gericht stellt die Betreuung nach Art. 85a Abs. 2 SchKG vorläufig ein, wenn ihm die Klage aufgrund einer summarischen Prüfung der Vorbringen und angerufenen Beweismittel als sehr wahrscheinlich begründet erscheint. Die Nachteilsprognose geht nach dieser Bestimmung – anders als bei Art. 261 Abs. 1 ZPO – in der Hauptsachenprognose auf. Mit diesem Erfordernis ging der Gesetzgeber über das regelmässig für den Erlass vorsorglicher Massnahmen vorgesehene Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit hinaus und führte eine neue Kategorie des Glaubhaftmachens ein. Nicht erforderlich ist dabei, dass die Begehren des Schuldners offensichtlich begründet sind. Andererseits genügt fehlende Aussichtslosigkeit der Klage ebenfalls nicht. Sehr wahrscheinlich begründet ist eine Klage dann, wenn die Prozesschancen des Klägers (Schuldners) deutlich besser erscheinen als jene der Beklagten (Gläubigerin). In der Betreuung auf Pfändung ist die vorläufige Einstellung nach Vollzug der Pfändung vor der Verwertung bzw. Verteilung zulässig (vgl. Art. 85a Abs. 2 Ziff. 1 SchKG). Die Massnahme soll nicht dazu führen, dass die im Interesse des Gläubigers erforderlichen Sicherheitsmassnahmen unterbleiben. Je nach Verfahrensstand kann ihre Wirkung daher entweder darin bestehen, die Verwertung bereits gepfändeter Vermögensgegenstände oder zumindest die Verteilung des dabei erzielten Erlöses zu verhindern (vgl. zum Ganzen BSK SchKG I-

Bod-mer/Bangert, 2. A. 2013, Art. 85a N 19 ff.; BGer 4D\_68/2008 vom 28. Juli 2008, E. 2).

3.3 Zur Begründung der negativen Feststellungsklage führt der Kläger zunächst gestützt auf die zwischen den Parteien im Eheschutzverfahren geschlossene Vereinbarung vom 9. Juni 2001 an, dass die Verpflichtung zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen an die Beklagte von Fr. 1'650.-- (zuzüglich Kinderzulagen) erstmals ab seinem Auszug aus der ehelichen Wohnung gegolten habe. Die Parteien hätten indessen nach dem Eheschutzverfahren weiterhin zusammengelebt. Erst am 31. Oktober 2010 sei der Kläger zu seiner Schwester in Glattbrugg gezogen. Vor diesem Zeitpunkt habe die Unterhaltsverpflichtung des Klägers gar nie rechtsgültig entstehen können. Im Weiteren macht der Kläger geltend, er könne mittels Urkunden sofort beweisen, dass er im für die in Betreuung gesetzten Unterhaltsbeiträge relevanten Zeitraum, nämlich vom 1. September 2005 bis

1. September 2010 zugunsten der Beklagten und den Sohn B. Leistungen im Gesamtbetrag von Fr. 124'652.10 erbracht habe, nämlich Kreditkartenzahlungen und Bargeldbezüge der Beklagten (Mastercard-Partnerkarte), Überweisungen auf das Jugendsparkonto von B., Bezahlung von Staats- und Gemeindesteuern, Kranken- und Haushaltversicherungsprämien, Überweisungen auf das Konto der Beklagten, Bezahlung von Energie- und Telefonrechnungen, Fahrzeugausgaben für das ausschliesslich von der Beklagten benützte Auto sowie Bezahlung einer Anwaltsrechnung für die Beklagte. Darüberhinaus habe er in diesem Zeitraum an den Lebensunterhalt von B. in Serbien durchschnittlich Fr. 500.-- pro Monat bzw. Fr. 6'000.-- pro Jahr bzw. Fr. 30'000.-- in der genannten Zeitperiode, teils direkt an B., teils durch Begleichung entsprechender Rechnungen bezahlt. Es verstehe sich von selbst, dass diese Leistungen vollumfänglich an die Unterhaltsverpflichtung des Klägers angerechnet werden müssten, selbst wenn der Beweis für das Zusammenleben bis Ende Oktober 2010 nicht gelingen sollte. So oder so erscheine die Forderung der Beklagten rechtsmissbräuchlich, da es nicht angehen könne, Leistungen von weit über Fr. 125'000.-- in Anspruch zu nehmen und darüber hinaus für den gleichen Zeitraum noch Unterhaltsbeiträge im Umfang von Fr. 99'000.-- geltend zu machen.

3.4 Nach dem Wortlaut der Eheschutzvereinbarung waren die Unterhaltsbeiträge erst ab dem Auszug des Klägers aus der ehelichen Wohnung geschuldet. Der Kläger verpflichtete sich in der Eheschutzvereinbarung zwar auch, die Wohnung spätestens bis 28. Februar 2001 zu verlassen; wann er tatsächlich auszog, ist allerdings umstritten. Ob die Unterhaltsverpflichtung, wie der Kläger argumentiert, erst mit der Aufnahme des Getrenntlebens wirksam wurde, und ob dem Kläger der Beweis gelingt, dass die Parteien in der fraglichen Zeitperiode zwischen September 2005 und September 2010 entgegen der Eheschutzvereinbarung (weiterhin) zusammengelebt haben, ist offen. Es kann jedoch offen bleiben, da die Klage dessen ungeachtet als sehr wahrscheinlich begründet erscheint:

Die vom Kläger geltend gemachten Überweisungen bzw. Zahlungen im Betrag von insgesamt Fr. 124'652.10 sind mit den eingereichten Belegen ausgewiesen. Es handelt sich dabei offensichtlich um Leistungen an den (Lebens-)Unterhalt der Familie, welche in dem für die in Betreuung gesetzte Forderung relevanten Zeitraum vom 1. September 2005 bis 1. September 2010 erbracht wurden. Wohl können die Überweisungen des Klägers für Steuern der Jahre 2006-2008 (Fr. 31'769.80, für die Haushaltversicherung 2006-2009, ... (Fr. 1'597.20 und Stromkosten 2005-2007 der (auch) von der Beklagten bewohnten Wohnungen ... in ... (Fr. 348.75) als Unterhaltsleistungen für die Beklagte nur jeweils zur Hälfte in Anschlag gebracht werden, da der Kläger diese Ausgaben (auch) für sich tätigte bzw. für sich selber nach seiner Darstellung keine entsprechenden Aufwendungen hatte. Hingegen scheinen die übrigen ausgewiesenen Zahlungen im Gesamtbetrag von Fr. 90'936.35 ausschliesslich die Beklagte bzw. den Sohn B. zu betreffen. Das gilt für die Kreditkarten- und Bargeldbezüge der Beklagten zwischen September 2005 und August 2007 bzw. Dezember 2008 mit der Mastercard-Partnerkarte auf Rechnung des Klägers (Fr. 15'574.45 und Fr. 10'100.--, Überweisungen zwischen September/Okttober 2005 und August 2010 auf das Jugendsparkonto von B. (Fr. 37'554.-- und auf das Konto der Beklagten (Fr. 6'250.--, Krankenversicherungsprämien September 2005 bis August 2010 für die Beklagte und für B. (Fr. 17'203.--), Bezahlung von Mobiltelefonrechnungen der Beklagten 2007-2008 (Fr. 419.85), Fahrzeugausgaben für das Auto der Beklagten

zwischen Oktober 2005 und August 2008 (Fr. 3'431.55) sowie Bezahlung einer Anwaltsrechnung für die Beklagte vom 18. Juni 2006 (Fr. 403.50). Gleich wie bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen tatsächlich bereits erbrachte Unterhaltsleistungen anzurechnen sind (KassGer ZH vom 10. Juni 2008, E. II.2.4. in FamPra.ch 2008, S. 891; FamKomm Scheidung-Vetterli, 2. A. Bern 2011, Art. 176 N 39), muss dies auch für tatsächlich erbrachte Unterhaltsleistungen nach der Festlegung der geschuldeten Unterhaltsbeiträge gelten. Dem Kläger ist darin zu folgen, dass die in der fraglichen Zeit erbrachten Leistungen an die im Eheschutzverfahren festgelegten Unterhaltsbeiträge anzurechnen sind, und zwar selbst dann, wenn die Parteien zu dieser Zeit nicht zusammengelebt hätten bzw. dem Kläger der Beweis des Zusammenlebens nicht gelänge. Anders zu entscheiden bedeutete, die Unterhaltsverpflichtung des Klägers im Ergebnis zu verdoppeln. Die von der Beklagten in Betreuung gesetzte Forderung für Unterhaltsbeiträge zwischen September 2005 und September 2010 im Betrag von Fr. 99'000.-- wird mit den belegten Zahlungen des Klägers für den Unterhalt der Beklagten und den Sohn B. im nämlichen Zeitraum – zuzüglich der hälftigen Steuern, Versicherungsprämien und Stromkosten – überschritten. Die negative Feststellungsklage ist daher als sehr wahrscheinlich begründet zu erachten.

3.5 In der Betreuung Nr. 94'667 wurde die zweite Einkommenspfändung am 20. November 2012 vollzogen; sie dauert ein Jahr bis 20. November 2013 (Art. 93 Abs. 2 SchKG; act. 5/3/9). Gestützt auf Art. 85 Abs. 2 SchKG ist die Betreuung Nr. 94'667 daher vorläufig in dem Sinne einzustellen, dass die Verwertung einstweilen ausgeschlossen ist und einstweilen keine Abschlagszahlungen gestützt auf die Pfändung Nr. 75'733 (Pfändungsurkunde vom 22. Januar 2013) an die Beklagte erfolgen.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 30. Juli 2013  
Geschäfts-Nr. NE130007-O/U