



Fall-Nr.: HG.2018.87-HGK
Stelle: Kantonsgericht
Rubrik: Handelsgericht
Publikationsdatum: 10.05.2022
Entscheiddatum: 16.06.2021

Entscheid Kantonsgericht, 16.06.2021

Entscheid des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen vom 16. Juni 2021, HG.2018.87-HGK, Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG und Art. 85a SchKG (SR 281.1). Rechtsschutzinteresse bei negativer Feststellungsklage. Soweit der Registereintrag für Dritte im Sinne von Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG nicht mehr ersichtlich ist, hat der Registereintrag keine Beeinträchtigung der Kreditwürdigkeit und der Reputation des Betriebenen zur Folge. Allein die erfolgte Betreibung vermag in SchKG Fällen regelmässig kein erhebliches geschütztes Interesse an einer negativen Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG mehr zu begründen (E. 2.3.4; Handelsgericht des Kantons St. Gallen, HG.2018.87-HGK, Entscheid vom 16. Juni 2021; Der Kostenspruch wurde vom Bundesgericht teilweise aufgehoben: BGer 4A_442/2021)

Aus den Erwägungen

1. Bei der Klägerin handelt es sich um eine Immobiliengesamtdienstleisterin, die insbesondere im Bereich der Entwicklung, Planung, Vermarktung und Erstellung schlüsselfertiger Bauten tätig ist. Die Beklagte bezweckt den Erwerb sowie die Verwaltung von Beteiligungen, Wertschriften und Grundstücken jeglicher Art. Die Beklagte ist Mitglied der Miteigentümergeinschaft der Liegenschaft X in St. Gallen.
2. Die Klägerin schloss mit den Mit-/Eigentümern der Liegenschaften X am 22./23. September 2009 einen Vertrag betreffend die Fassadensanierung dieser Liegenschaft. Die Mit-/Eigentümer beauftragten die Klägerin als Generalplanerin das Projekt der



Fassadensanierung zu erarbeiten und für eine Submission an einen Generalunternehmer aufzubereiten. [...]

3. Mit Vertrag vom 12. April 2012 wurde die Klägerin von den Mit-/Eigentümern der Liegenschaften X auch mit der Planung des Umbaus der Liegenschaft X bzw. der Erweiterung der Mietfläche als Generalplanerin beauftragt. [...]

4. Im April 2015 wurde der erweiterte Grundausbau fertig gestellt und am 15. Dezember 2015 erfolgte die Abnahme des Basisprojektes. Die Abrechnung für das Basisprojekt belief sich auf Fr. 64'711'019.00 inkl. MWST und für den erweiterten Grundausbau auf Fr. 13'561'629.00.

5. Mit Schreiben vom 19. April 2016 forderte die Beklagte die Klägerin zur Vermeidung von verjährungsunterbrechenden Handlungen auf, den Verjährungseinredeverzicht vom 17. Juni 2014, mit welchem die Klägerin auf die Erhebung der Verjährungseinrede bis 23. Mai 2016 verzichtete, um zwei Jahre zu verlängern. Nachdem die Klägerin dieser Aufforderung nicht nachgekommen war, drohte die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 12. Mai 2016 die Betreuung an, sollte der Verjährungseinredeverzicht nicht bis 18. Mai 2016 erneuert werden. Die Klägerin gab daraufhin einen weiteren Verjährungseinredeverzicht bis 31. Dezember 2016 ab. Dieser wurde auf Ersuchen der Beklagten wiederum verlängert. Der letzte Verjährungseinredeverzicht der Klägerin datiert vom 20. Juni 2017 und war befristete bis 31. Dezember 2017.

6. Mit Zahlungsbefehl vom 19. Dezember 2017 forderte die Beklagte von der Klägerin im Zusammenhang mit den Umbauprojekten einen Betrag von Fr. 39'376'338.00. Als



Forderungsgrund gab sie im Zahlungsbefehl u.a. Rückforderung Mehrkosten, Schadenersatz und Bereicherungsansprüche an. Die Klägerin erhob Rechtsvorschlag.

7. Mit Eingabe vom 1. Juni 2018 reichte die Klägerin die vorliegende Klage mit den eingangs aufgeführten Rechtsbegehren beim Handelsgericht des Kantons St. Gallen ein und bezahlte einen Gerichtskostenvorschuss von vorerst Fr. 150'000.00. Sie begründet die negative Feststellungsklage im Wesentlichen damit, dass sie von der Beklagten ungerechtfertigt über einen Betrag von Fr. 39'376'338.00 betrieben worden sei. Die Forderung basiere auf unbegründeten Behauptungen der Beklagten. Da die Betreibung ohne Rechtsgrund und ohne Rechtfertigung erfolgt sei, handle es sich um eine rechtsmissbräuchliche Betreibung. Es sei daher festzustellen, dass diese Forderung nicht bestehe.

8. Im Laufe des Jahres 2018 liess sich die Beklagte von den Mit-/Eigentümern bzw. der Bauherrschaft der Liegenschaften X sämtliche Ansprüche gegenüber der Klägerin mittels Zession abtreten.

9. Mit Klageantwort vom 26. November 2018 beantragte die Beklagte, auf die Klage sei wegen fehlendem Feststellungsinteresse nicht einzutreten. Eventualiter sei die Klage abzuweisen. Die Beklagte macht geltend, die Betreibung sei keineswegs rechtsmissbräuchlich erfolgt, sondern notwendig gewesen, um die Verjährung zu unterbrechen. Zur Begründung ihrer in Betreibung gesetzten Forderung führte die Beklagte im Wesentlichen aus, die Generalplanung der Klägerin sei mangelhaft gewesen, was zu massiven Mehrkosten geführt und Schäden verursacht habe. Weiter verwies die Beklagte unter anderem auf massive Kostenüberschreitungen bzw. Mehrkosten, für welche die Beklagte neben den beiden anderen Baudienstleistern, der A AG und der B GmbH in Liquidation, solidarisch (mit-)verantwortlich sei. Die Beklagte verkündete der A AG und der B GmbH in Liquidation den Streit. Beide teilten in der Folge mit, dass sie sich nicht am Streit beteiligen.



10. Der Handelsgerichtspräsident beschränkte das Verfahren mit Verfügung vom 6. Dezember 2018 vorerst auf die prozessualen Anträge der Beklagten betreffend Festlegung des Streitwerts, Erhöhung des Gerichtskostenvorschusses und der Leistung einer Parteikostenkaution.

11. Nachdem die Beklagte kein Rechtsöffnungsverfahren gegen die Klägerin eingeleitet hatte, beantragte die Klägerin mit Schreiben vom 15. Februar 2019 beim Betreibungsamt der Stadt U die Nichtbekanntgabe der Betreibung über Fr. 39'376'338.00 an Dritte. Mit Verfügung vom 20. Februar 2019 wurde dem Gesuch stattgegeben.

12. Mit verfahrensleitendem Zwischenentscheid vom 3. März 2020 trat der Handelsgerichtspräsident auf den Antrag betreffend Feststellung des Streitwertes nicht ein. Den Antrag auf Erhöhung des Gerichtskostenvorschusses um einstweilen Fr. 350'000.00 wies er – soweit er darauf eintrat – ab. Ebenso wies er den Antrag, die Klägerin sei zur Leistung einer Sicherheit von Fr. 765'174.00 für die Parteientschädigung zu verpflichten, ab. In der Folge beschränkte er das Verfahren auf die Prozessvoraussetzungen, insbesondere auf die Frage des Feststellungsinteresses.

[...]

II.

[...]



2. Die Klägerin macht sinngemäss geltend, sie habe ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung des Nichtbestandes der Forderung, da die Beklagte die Betreuung nicht nur zur Verjährungsunterbrechung vorgenommen habe. So habe die Beklagte mit Schreiben vom 9. Februar 2018 selbst ausgeführt, dass sie die Betreuung nicht einfach zur Unterbrechung der Verjährung, sondern als ersten Schritt zur Durchsetzung der Forderungen eingeleitet habe. Zur Unterbrechung der Verjährung sei die Einleitung der Betreuung auch nicht erforderlich gewesen, wäre sie doch bei Orientierung über die bevorstehende Betreuung bereit gewesen, einen Verjährungseinredeverzicht abzugeben. Die Beklagte habe jedoch keinen solchen verlangt, sondern sogleich betrieben. Zudem habe sie der Beklagten nach erfolgter Betreuung angeboten, einen Verjährungseinredeverzicht gegen Rückzug der Betreuung zu unterzeichnen. Die Beklagte sei jedoch nicht darauf eingegangen.

2.1. Demgegenüber wendet die Beklagte ein, sie habe die Klägerin mehrfach darum ersucht, eine Verjährungseinredeverzichtserklärung zu unterschreiben. Sie habe die Klägerin auch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine Betreuung erfolgen werde, wenn die Klägerin die Verjährungseinredeverzichtserklärung nicht unterschreibe. Dies habe sie auch in ihren Schreiben vom 19. April 2016 und 12. Mai 2016 so festgehalten. In der Folge habe mit erheblichen Anstrengungen eine Verzichtserklärung erhältlich gemacht werden können, die jedoch von der Klägerin auf sechs Monate befristet worden sei. Nach wiederum langem Geplänkel sei diese Verzichtserklärung schliesslich nochmals um sechs Monate verlängert worden. Alle Versuche, eine auf ein Jahr befristete Verzichtserklärung zu erhalten, seien gescheitert. Die Klägerin habe jeweils erst auf den allerletzten Zacken und nur unter Androhung der Betreuung die Verzichtserklärungen unterzeichnet. Dieses Verhalten sei für sie und die Bauherrschaft zunehmend unzumutbar geworden, weil ständig die Verjährung gedroht habe. Die zunehmende Unsicherheit habe es unumgänglich gemacht, zwecks Verjährungsunterbrechung die Betreuung einzuleiten. Aufgrund der Hinhaltetaktik und der Weigerungshaltung der Klägerin sowie dem drohenden Eintritt der Verjährung sei sie gezwungen gewesen, die Klägerin zu betreiben. Es sei ihr zu diesem Zeitpunkt noch



nicht zumutbar gewesen, eine Leistungsklage zu erheben, habe doch die Substanziierung und die Bezifferung des Gesamtschadens noch Zeit benötigt. Es fehle daher der Klägerin am schutzwürdigen Feststellungsinteresse. Im Weiteren bringt sie vor, im Schreiben vom 9. Februar 2018 habe sie berechtigter Weise darauf hinweisen dürfen, dass sie beabsichtige, die Ansprüche auch durchzusetzen. Für die Verhältnisse, wie sie im Zeitpunkt der Betreibung bestanden hätten, komme diesem Schreiben kein Beweiswert zu, habe sie das Schreiben doch erst nach der Einleitung der Betreibung verfasst. Damals sei die Betreibung nachweislich nur zur Verjährungsunterbrechung erfolgt.

2.2. Mit der Feststellungsklage verlangt die klagende Partei die gerichtliche Feststellung, dass ein Recht oder ein Rechtsverhältnis besteht oder nicht besteht (Art. 88 ZPO). Die klagende Partei muss dartun, dass sie ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung hat (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Diese Voraussetzung ist namentlich gegeben, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss sind und die Ungewissheit durch die richterliche Feststellung behoben werden kann. Dabei genügt nicht jede Ungewissheit; erforderlich ist vielmehr, dass ihre Fortdauer dem Kläger nicht mehr zugemutet werden darf, weil sie ihn in seiner Bewegungsfreiheit behindert (BGE 141 III 68 E. 2.3), und diese Ungewissheit nicht auf anderem Weg (Leistungs- oder Gestaltungsklage) als durch gerichtliche Feststellung beseitigt werden kann (BGE 135 III 380 E. 2.2; Zürcher, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Auflage, Art. 59 N. 13). Zudem sind die Interessen des Gläubigers gegen jene des Schuldners abzuwägen (BGer 4A_36/2009 E. 3).

2.2.1. Nach der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts war für eine negative Feststellungsklage nicht nur ein schutzwürdiges, sondern ein erhebliches schutzwürdiges Interesse erforderlich (BGer 4A_364/2014 E. 1.2.1, BGer 5A_264/2013 E. 4.2; BGer 4A_145/2013 E. 2.2). In BGE 141 III 68 E. 2.3 liess das Bundesgericht jedoch die Frage offen, ob an dieser Rechtsprechung festzuhalten ist, werde doch nach Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO bloss das Vorliegen ein schutzwürdiges Interesse



vorausgesetzt. Es hielt jedoch fest, dass besondere Grundsätze anzuwenden seien, wenn eine negative Feststellungsklage nach Einleitung einer Betreuung eingereicht werde (vgl. auch BGE 141 III 175 E. 5.3.1.).

2.2.2. In [BGE 120 II 20](#) erblickte das Bundesgericht das Feststellungsinteresse des Schuldners im Umstand, dass der Rechtsvorschlag die Nachteile nicht zu beseitigen vermag, die dem Betriebenen daraus entstehen, dass die gegen ihn angehobene Betreuung im Betreibungsregister eingetragen ist und damit Dritten, die Betreuungsauskünfte einholen, zur Kenntnis gelangt. Der Eintrag führe zu einer Beeinträchtigung der Kredit- und Vertrauenswürdigkeit des Betriebenen. Dies gelte jedenfalls dann, wenn namhafte Summen in Betreuung gesetzt würden. Grundsätzlich vermöge in diesen Fällen bereits die blossе Tatsache der Betreuung ein hinreichendes Feststellungsinteresse des Betriebenen zu begründen ([BGE 120 II 20 E. 3b](#) und [E. 3c](#) in fine; vgl. auch Urteil [4A_459/2009 E. 2.1](#)). Bei negativen Feststellungsklagen sei jedoch auch auf die Interessen des Beklagten Rücksicht zu nehmen. Wer auf Feststellungsklage, dass eine Forderung nicht bestehe, zwingt damit den beklagten Gläubiger zu vorzeitiger Prozessführung. Damit werde die Regel durchbrochen, dass grundsätzlich der Gläubiger und nicht der Schuldner den Zeitpunkt der Geltendmachung eines Anspruchs bestimme. Der vorzeitige Prozess könne den Gläubiger benachteiligen, wenn er zur Beweisführung gezwungen werde, bevor er dazu bereit und in der Lage ist (vgl. [BGE 136 III 523 E. 5](#); [BGE 135 III 378 E. 2.2](#); [BGE 131 III 319 E. 3.5](#); [BGE 123 III 414 E. 7b](#); [BGE 120 II 20 E. 3a](#); je mit Hinweisen). Vom Gläubiger, der sich einem Feststellungsbegehren des Betriebenen widersetzen wolle, sei daher zu verlangen, dass er hinreichend dertue, weshalb es ihm unzumutbar sei, den Beweis seines Anspruches anzutreten. Unzumutbarkeit in diesem Sinne sei namentlich anzunehmen, wenn einzig die drohende Verjährung den Gläubiger veranlasst habe, zum Zwecke der Verjährungsunterbrechung die Betreuung einzuleiten, bevor er willens und in der Lage sei, die eigentliche rechtliche Auseinandersetzung über seinen Anspruch aufzunehmen. An das vom Gläubiger nachzuweisende Interesse, einen vorzeitigen Prozess zu verhindern, seien dabei umso höhere Anforderungen zu stellen, je gewichtiger im konkreten Einzelfall das Interesse des Betriebenen an einem Feststellungsurteil erscheine (vgl. [BGE 120 II 20 E. 3b](#); [BGE 141 III 68 E. 2.4](#)).



Nach dieser Praxis war von einer für den Betreibungsschuldner unzumutbaren, ein Feststellungsinteresse begründenden Ungewissheit auszugehen, wenn namhafte Beträge und nicht nur Bagatellbeträge in Betreibung gesetzt wurden und wenn er darzutun vermochte, dass er konkret aufgrund der Betreibung in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit behindert werde. Dem Gläubiger blieb allerdings der Nachweis offen, dass ihm die Beweisführung gegenwärtig aus triftigen Gründen nicht zumutbar sei (vgl. BGE 141 III 68 E. 2.5).

2.2.3. Mit BGE 141 III 68 lockerte das Bundesgericht jedoch seine Praxis unter Verweis auf die gesetzgeberischen Bestrebungen zur Revision der Regelungen von Art. 8a und 85a SchKG, indem es das schutzwürdige Interesse an der Feststellung des Nichtbestands der Forderung grundsätzlich bejahte, sobald diese in Betreibung gesetzt wurde. Der Feststellungskläger müsse somit nicht mehr konkret nachweisen, dass er wegen der Betreibung in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit empfindlich beeinträchtigt werde. Das Interesse des Gläubigers, sich mit der prozessualen Auseinandersetzung Zeit zu lassen, habe demjenigen des betriebenen Schuldners, der durch die Betreibung in seiner Kreditwürdigkeit und Reputation beeinträchtigt werde, zu weichen. Zu beachten sei dabei, dass der (angebliche) Gläubiger allemal die Möglichkeit habe, die Betreibung zurückzuziehen; womit auch das Rechtsschutzinteresse an der negativen Feststellungsklage entfalle. Vorzubehalten sei einzig der Fall, in dem die Betreibung nachweislich einzig zur Unterbrechung der Verjährung einer Forderung nach Art. 135 Ziff. 2 OR habe eingeleitet werden müssen, nachdem der (angebliche) Schuldner die Unterzeichnung einer Verjährungsverzichtserklärung verweigert habe und die Forderung vom (angeblichen) Gläubiger aus triftigen Gründen nicht sofort im vollem Umfang gerichtlich geltend gemacht werden können.



2.2.4. Am 17. Juni 2014 hat die Klägerin einen Verjährungseinredeverzicht bis 23. Mai 2016 abgegeben. Der Aufforderung der Beklagten vom 19. April 2016 einen Verjährungseinredeverzicht für zwei Jahre bis 23. Mai 2018 abzugeben, kam die Klägerin nicht nach. Erst auf wiederholte Aufforderung und nach Androhung der Betreibung durch die Beklagte verlängerte die Klägerin den Verjährungseinredeverzicht, jedoch nicht um die geforderten zwei Jahre, sondern nur bis 31. Dezember 2016. In der Folge gab die Klägerin nochmals zwei Verjährungsverzichtserklärungen für jeweils ca. 6 Monate ab, womit der letzte Verjährungseinredeverzicht bis 31. Dezember 2017 befristet war.

Die Beklagte behauptet zwar, dass sie im Vorfeld der Betreibung vom 18. Dezember 2017 versucht habe, von der Klägerin einen Verjährungseinredeverzicht erhältlich zu machen. Als Beleg reichte sie jedoch nur ein E-Mail vom 5. Dezember 2016 ein, welches nicht an die Klägerin gerichtet war, und entgegen ihrer Behauptung auch nicht vom 5. Dezember 2017 datiert. Den entsprechenden Nachweis für ihre (bestrittene) Behauptung hat die Beklagte somit nicht erbracht.

Dementsprechend ist davon auszugehen, dass die Beklagte unmittelbar vor Ablauf dieser letzten Verzichtserklärung keinen neuen Verjährungseinredeverzicht von der Klägerin eingefordert, sondern direkt die Betreibung eingeleitet hat. Da die Klägerin aber den Aufforderungen der Beklagten vom April und Mai 2016 zur Abgabe einer Verjährungseinredeverzichtserklärung für weitere zwei Jahre nicht nachgekommen war, sondern die Verjährungsverzichtserklärung nur um jeweils ca. sechs Monate verlängerte, hat sie sich geweigert den von der Beklagten geforderten Verjährungseinredeverzicht für weitere zwei Jahre zu unterzeichnen. Unter Berücksichtigung der verjährungsunterbrechenden Wirkung einer Betreibung, erscheint die Dauer des geforderten Verjährungseinredeverzichts von zwei Jahren nicht übermässig.



Die Beklagte war somit gezwungen, eine Betreuung gegen die Klägerin einzuleiten, um die Verjährungsfrist in angemessen Umfang zu verlängern. Zudem hat die Beklagte ausreichend dargelegt, dass sie im Zeitpunkt der Einleitung der negativen Feststellungsklage noch nicht willens und in der Lage gewesen war, die eigentliche rechtliche Auseinandersetzung über ihre diversen Ansprüche gegenüber der Klägerin und den anderen Planern aufzunehmen. Da sich der streitgegenständliche Sachverhalt über mehrere Jahre erstreckt, ein grösseres Bauvorhaben betroffen ist, viele Personen in den Streitfall involviert sind, ein Schaden mit diversen Schadenpositionen in Höhe von mehrere Millionen Franken geltend gemacht und eine solidarische Verantwortlichkeit verschiedener Parteien behauptet wird, ist es naheliegend, dass die prozessuale Aufbereitung der Angelegenheit einige Zeit in Anspruch nimmt. Der Beklagten war es somit aus nachvollziehbaren Gründen nicht möglich, ihre Forderungen sofort in vollem Umfang gerichtlich geltend zu machen. So erklärte sie auch in ihrem Schreiben vom 8. Februar 2018, dass sie die Betreuung nicht nur zur Verjährungsunterbrechung, sondern auch als ersten Schritt zur Durchsetzung der Forderung eingeleitet habe. Die Behauptung der Klägerin, das Memorandum der Beklagten vom 8. Dezember 2016, in welchem die Beklagte die angeblichen Pflichtverletzungen sowie den dadurch verursachten Schaden detailliert aufgezeigt habe, weiche nicht wesentlich von der Klageantwort ab, ist nicht belegt, wurde doch nur das Deckblatt des Memorandums eingereicht.

Es bestand somit für die Beklagte eine hinreichende Veranlassung, um durch Einleitung der Betreuung die Verjährung zu unterbrechen bzw. die Verjährfrist angemessen zu verlängern. Aufgrund des komplexen Streitgegenstand war sie nicht in der Lage die Forderung sofort gerichtlich geltend zu machen. In Anbetracht dieser Umstände fehlt es der Klägerin am erforderlichen Rechtsschutzinteresse.

Aber selbst wenn man davon ausgehen würde, dass die Einleitung der Betreuung zur Verjährungsunterbrechung nicht notwendig gewesen wäre, fehlt es der Klägerin am erforderlichen Rechtsschutzinteresse, wie sich nachfolgend zeigen wird.



2.3. Die vom Bundesgericht in BGE 141 III 68 erwähnte Revision des SchKG ist inzwischen in Kraft getreten und hat zwei wesentliche Änderungen gebracht. Zum einen kann der Betriebene nun ungeachtet eines allfälligen Rechtsvorschlages jederzeit vom Gericht des Betreibungsortes feststellen lassen, dass die Schuld nicht bestehe (Art. 85a SchKG). Zum anderen kann der Schuldner nach Ablauf einer Frist von drei Monaten seit der Zustellung des Zahlungsbefehls dem Betreibungsamt ein Gesuch stellen, Dritten von einer Betreibung keine Kenntnis zu geben. Das Gesuch ist zu bewilligen, wenn der Gläubiger nicht nachweist, dass er rechtzeitig ein Verfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlages eingeleitet hat (Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG).

2.3.1. Der Grund für die Revision von Art. 85a SchKG lag darin, dass gemäss bisheriger Rechtsprechung des Bundesgerichts eine Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG nur dann zugelassen wurde, wenn der Betriebene keinen Rechtsvorschlag erhoben hatte oder der erhobene Rechtsvorschlag beseitigt worden war (BGE 125 III 149 E. 2c). Das Bundesgericht ging davon aus, dass die Klage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG nur als Notbehelf zur Verfügung stehe, wenn ein rechtskräftiger Zahlungsbefehl vorliege.

Gemäss den Materialien zur Revision von Art. 85a Abs. 1 SchKG sollte mit der Revision diese restriktive Rechtsprechung des Bundesgerichts korrigiert werden und die Voraussetzungen für eine rasche Löschung ungerechtfertigter Zahlungsbefehle geschaffen werden. Es sollten die Interessen der ungerechtfertigt Betriebenen, welche sich gegen eine nicht bestehende Schuld oder eine getilgt Schuld zur Wehr setzen, besser gewahrt werden. Um dieses Ziel zu erreichen wurde im revidierten Art. 85a Abs. 1 SchKG festgehalten, dass der Betriebene jederzeit ungeachtet eines allfälligen Rechtsvorschlages vom Gericht des Betreibungsortes feststellen lassen kann, dass die Schuld nicht oder nicht mehr besteht oder geschuldet ist. Damit wurde die bundesgerichtliche Einschränkung der Klagemöglichkeit aufgehoben (vgl. Känzig/Gut, Art. 85a SchKG – Revision geglückt?, AJP 9/2019 S. 913 ff.). Die Erhebung einer



negativen Feststellungsklage ist nach revidiertem Art. 85a Abs. 1 SchKG somit auch bei erhobenem Rechtsvorschlag bzw. bei fehlender gerichtlichen Beseitigung des Rechtsvorschlages zulässig.

2.3.2. Im Rahmen der Revisionsbemühungen von Art. 85a Abs. 1 SchKG wurde folgender Gesetzeswortlaut in die Vernehmlassung geschickt: "Solange die Betreuung für Dritte aus dem Register ersichtlich ist, kann der Betriebene vom Gericht des Betreuungsortes feststellen lassen, dass die Schuld nicht oder nicht mehr besteht oder geschuldet ist." Damit sollte zum Ausdruck gebracht werden, dass eine gesetzliche Vermutung für das Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses bestehe, solange die Betreuung für Dritte aus dem Register ersichtlich ist (vgl. BGE 141 III 68 E. 2.6.2). Im revidierten Art. 85a Abs. 1 SchKG wurde diese gesetzliche Vermutung jedoch nicht aufgenommen. Aus dieser Bestimmung ergibt sich somit keine gesetzliche Vermutung, dass ein Rechtsschutzinteresse allein dann schon bestehe, wenn die Betreuung für Dritte aus dem Register ersichtlich ist. Es erscheint damit zumindest fraglich, ob die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum bisherigen Art. 85a Abs. 1 SchKG bezüglich des Bestehens eines Rechtsschutzinteresses allein aufgrund der erfolgten Betreuung auch auf den revidierten Art. 85a Abs. 1 SchKG anzuwenden ist (vgl. Känzig/Gut, a.a.O., S. 914). Die Frage kann hier jedoch offenbleiben, geht es doch vorliegend nicht um eine negative Feststellungsklage nach Art. 85a Abs. 1 SchKG.

2.3.3. Wird die Betreuung zurückgezogen, so entfällt das Rechtsschutzinteresse an einer negativen Feststellungsklage mit Blick auf die Bestimmung von Art. 8a Abs. 3 lit. c SchKG (BGE 141 III 68 E. 2.7). Ob dies auch für den Fall gilt, dass die Betreuung aufgrund von Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG für Dritte aus dem Register nicht mehr ersichtlich ist, ist soweit ersichtlich durch das Bundesgericht noch nicht geklärt worden.



2.3.3.1. Die Beklagte bringt vor, dem Schuldner stehe es frei, ob er eine negative Feststellungsklage erheben oder ein Gesuch um Nichtbekanntgabe der Betreuung im Sinne von Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG einreichen möchte. Bei Gutheissung des Gesuchs um Nichtbekanntgabe der Betreuung habe jedoch der Schuldner kein Feststellungsinteresse mehr, werde doch bereits durch die Nichtbekanntgabe der Betreuung sein Interesse bezüglich Kredit- und Vertrauenswürdigkeit im Verkehr mit Dritten geschützt. Bei erfolgreicher Anrufung von Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG verhalte es sich gegenüber Dritten, wie wenn es keine Betreuung gäbe. Damit habe der Betriebene auch kein schutzwürdiges Interesse mehr an einer negativen Feststellungsklage.

2.3.3.2. Demgegenüber wendet die Klägerin sinngemäss ein, die Nichtbekanntgabe der Betreuung nach Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG führe nicht zum Wegfall des Feststellungsinteresses oder gar dazu, dass die negative Feststellungsklage subsidiär zum Gesuch um Nichtbekanntgabe der Betreuung werde. Nach dem revidierten Art. 85a SchKG könne die negative Feststellungsklage trotz Rechtsvorschlag jederzeit erhoben werden. Es könne daher nicht sein, dass bei einer negativen Feststellungsklage das Rechtsschutzinteresse entfalle, wenn ein Gesuch um Nichtbekanntgabe der Betreuung gutgeheissen werde. In Anbetracht der Verfahrensdauer bei der negativen Feststellungsklage von höchst wahrscheinlich mehr als drei Monaten, gehe es nicht an, dass sich der Schuldner den Wegfall des Feststellungsinteresses bei Gutheissung des Gesuchs um Nichtbekanntgabe entgegenhalten lassen müsse. Eine solche "Totgeburt" des revidierten Art. 85a SchKG könne kaum im Sinne des Gesetzgebers gewesen sein, habe dieser doch die strenge bundesgerichtliche Praxis korrigieren und dem Betriebenen weitreichendere Schutzinstrumente zur Verfügung stellen wollen. Zudem bringt die Klägerin vor, dem Schuldner sei es nicht zumutbar, völlig haltlose Betreibungen in seinem Betreibungsregister für jeweils drei Monate zu dulden, sei er doch nach Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG erst nach drei Monaten berechtigt, ein Gesuch um Nichtbekanntgabe zu stellen. Dem Schuldner müsse daher auch die Möglichkeit offenstehen, eine negative Feststellungsklage zu erheben. Beim Gesuch um Nichtbekanntgabe handle es sich nur um einen betreibungsrechtlichen Rechtsbehelf, der weder geeignet noch dazu gedacht



sei, materiell-rechtliche Gewissheit über die umstrittene Forderung zu erlangen. Selbst wenn ein betreibungsrechtliches Feststellungsinteresse entfallen würde, könne ein materiell-rechtliches Feststellungsinteresse gestützt auf Art. 88 ZPO durchaus bestehen. Das Gesuch um Nichtbekanntgabe sei damit als kumulatives Schutzinstrument zu betrachten, welches die negative Feststellungsklage aber nicht entbehrlich mache.

2.3.4. Soweit der Registereintrag für Dritte im Sinne von Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG nicht mehr ersichtlich ist, hat der Registereintrag keine Beeinträchtigung der Kreditwürdigkeit und der Reputation des Betriebenen zur Folge. Allein die erfolgte Betreibung vermag in diesem Fall kein erhebliches geschütztes Interesse an einer negativen Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG mehr zu begründen. In Anbetracht dieser Umstände ist auch nicht weiter auf die von der Klägerin behauptete Kreditschädigung infolge der Betreibung einzugehen, ist doch die Betreibung aufgrund der Nichtbekanntgabeverfügung vom 20. Februar 2019 für Dritte nicht mehr aus dem Betreibungsregister ersichtlich. Zudem hat die Klägerin den diesbezüglich behauptete Schaden von Fr. 3.4 Millionen in keiner Art und Weise substantiiert oder belegt.

Die Einwendungen der Klägerin betreffend "Totgeburt" des revidierten Art. 85a SchKG sind unbegründet, wird doch einem Gesuch um Nichtbekanntgabe der Betreibung an Dritte nur dann stattgegeben, wenn der Betriebene Rechtsvorschlag erhoben hat, seit Zustellung des Zahlungsbefehls drei Monate verstrichen sind und der Gläubiger innert der vom Betreibungsamt gesetzten Frist von 20 Tagen den Nachweis nicht erbringt, dass er rechtzeitig ein Verfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlages eingeleitet hat (vgl. Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG). Für die negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG verbleibt somit ein erheblicher Anwendungsbereich. Stellt der Betriebene kein Gesuch nach Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG bzw. wird sein Gesuch abgewiesen, weil die Voraussetzungen für eine Guttheissung nicht erfüllt sind, so verbleibt dem Betriebenen die Möglichkeit eine negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG zu erheben. Zudem steht dem Betriebenen offen, eine negative Feststellungsklage nach Art. 88



ZPO zu erheben. Dem Betriebenen bleibt es somit überlassen, welchen Rechtsweg er beschreiten will.

2.3.5. Ist die Betreibung für Dritte aus dem Betreibungsregister nicht mehr ersichtlich, so hat der Betriebene nachzuweisen, dass er trotzdem noch über ein erhebliches schutzwürdiges Interesse an der negativen Feststellungsklage nach Art. 88 ZPO verfügt. Ein solches Interesse liegt, wie bereits erwähnt, namentlich dann vor, wenn ihm die Fortdauer der Ungewissheit über den Bestand der umstrittenen Forderung nicht länger zugemutet werden kann, weil sie ihn in seiner Bewegungsfreiheit einschränkt. Er hat dabei konkret nachzuweisen, dass er aufgrund der umstrittenen Forderung in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit empfindlich beeinträchtigt wird. Dem Gläubiger bleibt allerdings der Nachweis offen, dass ihm die Beweisführung gegenwärtig aus triftigen Gründen nicht zuzumuten ist (vgl. BGE 141 III 68 E. 2.5).

2.3.5.1. Die Klägerin bringt vor, angesichts der Höhe des behaupteten Anspruchs dürfe es als gerichtsnotorisch betrachtet werden, dass sie aufgrund der behaupteten Forderung risikogerechte Prozessrückstellungen gebildet habe. Hinzu komme, dass der behauptete Anspruch für sie angesichts der Höhe der Forderung von existenzieller Bedeutung sei. Vor diesem Hintergrund sei die Unzumutbarkeit der fortdauernden Ungewissheit über den behaupteten Anspruch von Fr. 39'745'758.00 im Sinne der Einschränkung ihrer wirtschaftlichen Bewegungs- bzw. Entscheidungsfreiheit klar ausgewiesen. Sie verfüge dementsprechend über ein erhebliches Interesse an der sofortigen Klärung der Rechtslage. Die Beklagte habe keine triftigen Gründe geltend gemacht, die für sie zum jetzigen Zeitpunkt eine Prozessführung als unzumutbar erscheinen lassen würde. Zudem habe die Beklagte in der Klageantwort selbst ausgeführt, dass sie sich in der Zwischenzeit mit den einzelnen Schadenpositionen auseinandergesetzt und den Schaden im Detail erstellt habe, sodass die prozessuale Substanziierung und Bezifferung des Gesamtschadens mittlerweile möglich sei. Im Übrigen verfüge die Beklagte seit Dezember 2016 über ein umfassendes Memorandum, welches nicht wesentlich von der Klageantwort abweiche. Nach Ansicht



der Beklagten zeige das Memorandum die Pflichtverletzungen und den dadurch verursachten Schaden detailliert auf. Die Beklagte habe nicht nachgewiesen, dass ihr aus triftigen Gründen eine vorzeitige Prozessführung nicht zumutbar sei.

2.3.5.2. Demgegenüber wendet die Beklagte sinngemäss ein, die Klägerin habe nicht dargelegt, was sie unter einer risikogerechten Rückstellung verstehe. Die Klägerin habe sich geweigert Einsicht in die Bücher zu gewähren, als es um die Frage ihrer Zahlungsfähigkeit im Zusammenhang mit der Parteikostensicherheit gegangen sei. Es bleibe somit eine unbelegte Behauptung der Klägerin, dass sie eine risikogerechte Rückstellung betreffend die streitbetroffene Forderung getätigt habe.

Dementsprechend sei nicht davon auszugehen, dass die Klägerin auf irgendeine Art und Weise in ihrer Bewegungs- und Entscheidungsfreiheit beschränkt sei, so dass per se keine Unzumutbarkeit vorliege. Zudem habe die Klägerin stets behauptet, die Forderung sei haltlos, womit die Klägerin auch keine Rückstellungen habe tätigen müssen. Im Weiteren bringt die Beklagte vor, sie sei zur Betreibung gezwungen worden, bevor sie den Prozessstoff beisammengestellt habe, um eine Klage einzureichen, die den zivilprozessualen Anforderungen entsprochen hätte. Sofort nach Einleitung der Betreibung habe sie mit dem prozessualen Aufbereitungsprozess begonnen. Im Zeitpunkt der Klageeinleitung durch die Klägerin sei dieser Aufbereitungsprozess natürlich noch nicht abgeschlossen gewesen. Das Memorandum vom 8. Dezember 2016 sei nur für Vergleichsgespräche gedacht gewesen und sei nicht darauf ausgelegt gewesen, den Schaden bereits mit der prozessrechtlichen Dichte zu substantizieren und zu beweisen. Es hätten somit triftige Gründe für die Aufschiebung der gerichtlichen Geltendmachung der in Betreibung gesetzten Ansprüche vorgelegen.

2.3.5.3. Die Klägerin hat nicht offengelegt, in welchem Umfang sie Prozessrückstellungen gebildet hat. Es ist weder gerichtsnotorisch, dass die Klägerin Rückstellungen gebildet hat, noch ergibt sich allein aufgrund der Forderungshöhe, welche Rückstellungen zu bilden sind. Massgebend für die Höhe der Rückstellung ist insbesondere die Risikoeinschätzung der Klägerin, ob und in welchem Umfang die



Forderung gerechtfertigt sein könnte. Die Klägerin bezeichnet die Forderung als haltlos. Nur wenn aus Sicht der Klägerin eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür bestehen würde, dass die Forderung berechtigt sein könnte, hätte sie Rückstellungen tätigen müssen (vgl. Thiele, Schwebende Rechtsstreitigkeiten in der Rechnungslegung von Aktiengesellschaften, SJZ 100/2004 S. 277).

Die Klägerin hat somit weder konkret dargelegt noch nachgewiesen, dass sie aufgrund der umstrittenen Forderung in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit beeinträchtigt ist. Ein diesbezügliches aktuelles schutzwürdiges Feststellungsinteresse ist nicht nachgewiesen.

2.3.5.4. In Anbetracht dieser Umstände kann grundsätzlich offenbleiben, ob die Interessen der Beklagten an der Verhinderung der negativen Feststellungsklage die Interessen der Klägerin an der Feststellung der Nichtschuld überwiegen. In Anbetracht der vorliegenden Fallkonstellation ist dennoch kurz auf die spezifische Interessenlage der Beklagten einzugehen.

2.3.5.4.1. So ist bei der Abwägung der gegenläufigen Interessen nicht nur zu berücksichtigen, ob der Beklagten aus triftigen Gründen die Beweisführung gegenwärtig nicht zumutbar ist, sondern auch welche weiteren Nachteile die negative Feststellungsklage für die Beklagte zur Folge haben würde. So macht die Beklagte geltend, dass die Klägerin für den gesamten Schaden zusammen mit der B GmbH in Liquidation und die A AG solidarisch hafte. Den gesamten Schaden einzig bei der Klägerin einzufordern, liege nicht im Interesse der Bauherrschaft, übersteige der Gesamtanspruch doch die Leistungsfähigkeit der Klägerin bei Weitem. Zudem liege nach Ansicht der Bauherrschaft das vorrangige Verschulden der Klägerin nur bei einer Schadenssumme von gut zehn Millionen.



2.3.5.4.2. In Anbetracht dieser besonderen Umstände ist bei der Interessenabwägung auch zu berücksichtigen, dass der Beklagten bei der negativen Feststellungsklage die Möglichkeit genommen wird, ihre Leistungsklage gegen mehrere Personen zu richten, d.h. eine passive Streitgenossenschaft (Art. 71 ZPO) zu bilden. Gerade wenn es darum geht, die Verantwortlichkeit mehrerer Personen in einem Prozess abzuklären, hat dieses Vorgehen im Vergleich zu einer negativen Feststellungsklage eines einzelnen Schuldners für den Gläubiger erhebliche Vorteile, da das Urteil im Forderungsprozess allen beteiligten Schuldnern entgegengehalten werden kann, während das im Rahmen der negativen Feststellungsklage erwirkte Urteil nur zwischen dem Gläubiger und dem klagenden Schuldner nicht aber gegenüber den anderen Verantwortlichen Geltung beanspruchen kann. Eine einzige Klage gegen mehrere solidarisch Verantwortliche hat somit für den Gläubiger prozessuale als auch finanzielle Vorteile, kann er doch gegen alle Verantwortliche in einem Verfahren vorgehen und haften ihm im Erfolgsfall mehrere Verantwortliche für die gesamte Schuld solidarisch. Zudem erhöhen sich erfahrungsgemäss die Chancen auf einen Vergleich, wenn alle potenziellen Schuldner am Prozess beteiligt sind, was eine verbindliche Aufteilung einer Schadenssumme unter mehreren Schuldnern ermöglicht. In Anbetracht dieser prozessökonomischen Überlegungen spricht einiges dafür, dass im vorliegenden Fall das beklagte Interesse selber zu entscheiden wann und gegen wen sie ihren Anspruch geltend machen will, die klägerischen Interessen überwiegen.