

Ueli Huber

Die Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG

Ein blosser Notbehelf?

Überarbeitete und ergänzte Fassung eines anlässlich des HSG-Seminars «Das neue SchKG, Erste Erfahrungen aus der Praxis» am 20. November 1998 gehaltenen Vortrags.

1. Einleitung

Gemäss Botschaft¹ soll die Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG dort korrigierend eingreifen, wo das Verfahrensrecht die Verwirklichung des materiellen Rechts verhindert. Man kann wohl mit Fug und Recht sagen, dass der Gesetzgeber bei der Revision des SchKG weit über dieses Ziel hinausgegangen ist. Die von der Botschaft zitierte «entschuld bare Säumnis» kann nach neuem SchKG durch den Behelf von Art. 33 SchKG geheilt werden. Sind dessen Voraussetzungen nicht gegeben, ist nicht einzusehen, wieso der Schuldner eines weiteren Schutzes bedürfte. Auch das materielle Recht kennt Fälle, in denen der Schuldner «zu Unrecht» bezahlen muss², oder in denen der Gläubiger seine Forderung nicht mehr durchsetzen kann³. Das Bundesgericht hat hier in einem jüngsten Entscheid⁴ korrigierend eingegriffen, worauf nachfolgend einzugehen ist.

Im übrigen lässt das Gesetz bezüglich des Instituts der Feststellungsklage zahlreiche Fragen offen. Im folgenden soll auch auf einige Hauptschwierigkeiten hingewiesen werden, die sich bei Anwendung von Art. 85a SchKG ergeben.

2. Art. 85a SchKG und Rechtsvorschlag

Es ist offensichtlich, dass Art. 85a SchKG dem Schuldner vor allem dann zu Hilfe

kommen soll, wenn er den Rechtsvorschlag unterlassen hat. Gemäss dem Gesetzeswortlaut soll die Klage aber jederzeit möglich sein, also auch dann, wenn Rechtsvorschlag erhoben wurde. Im oben erwähnten Urteil⁵ legt das Bundesgericht überzeugend dar, dass dem nicht so sein kann. Es weist aufgrund der Materialien darauf hin, dass der Gesetzgeber dem Betrieben mit der Klage nach Art. 85a SchKG lediglich einen Notbehelf zur Verfügung stellen wollte für jene Fälle, in denen der Zahlungsbefehl rechtskräftig geworden ist. Eine Bestätigung seiner Auffassung findet das Bundesgericht auch in Art. 85 Abs. 2 SchKG, welche Bestimmung die vorläufige Einstellung der Beteibung vorsieht. Solange der Rechtsvorschlag nicht definitiv beseitigt ist, kann es zu einer derartigen Einstellung nicht kommen,

weil gemäss Art. 78 Abs. 1 SchKG die Beteibung aufgrund des Rechtsvorschlages von Gesetzes wegen eingestellt bleibt. Zusammenfassend hält das Bundesgericht darum fest, der vom Gesetz verwendete Begriff «jederzeit» sei dahingehend zu verstehen, dass die Klage nach Art. 85a SchKG erst nach rechtskräftiger Beseitigung des Rechtsvorschlages bis zur Verteilung des Verwertungserlöses bzw. einer Konkureröffnung angehoben werden kann. Zu ergänzen wäre, dass die Klage auch dann zur Verfügung steht, wenn der Rechtsvorschlag unterblieb, eine Wiederherstellung nach Art. 33. SchKG jedoch nicht möglich ist. Entgegen der Auffassung des Zürcher Obergerichtes⁶ sieht das Bundesgericht sodann in der Möglichkeit, aufgrund eines Feststellungsurteils die Löschung der Beteibung zu verlangen, keinen selbständigen Legitimationsgrund für die Klage. Es verweist eine Partei diesbezüglich auf die generelle Feststellungsklage.



Ueli Huber
lic. iur., Rechtsanwalt
Homburger Rechtsanwälte, Zürich

¹ Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbeteibung und Konkurs (SchKG) vom 8. Mai 1991, 91.034, S. 69 (Referenz zum Separatdruck)

² Man denke etwa an die eingeschränkten Möglichkeiten der Rückforderung im Rahmen der ungerechtfertigten Bereicherung, Art. 63 OR.

³ z.B. weil sie verjährt ist.

⁴ II. Zivilabteilung, Entscheid vom 16. Februar 1999, 5C 7/1998/bnm, zur Publikation bestimmt

⁵ 5C 7/1998/bnm

⁶ ausführlich OGer ZH im Urteil vom 9. Juli 1998, Proz-Nr. NF97002 (Berufung ans Bundesgericht pendent)

3. Verhältnis von Art. 85a SchKG zu genereller Feststellungsklage

Die Botschaft geht davon aus, dass Art. 85a SchKG nur bei Betreibungen angewendet werden soll, die noch hängig sind⁷. Für diese Auffassung spricht, dass gemäss Art. 85a Abs. 2 SchKG über vorsorgliche Massnahmen zu entscheiden ist, die nur bei noch hängiger Betreibung (und nach neuester Rechtsprechung nur nach Eintritt der Rechtskraft des Zahlungsbefehls) sinnvoll sind.

Das Bundesgericht⁸ hat kurz vor Inkrafttreten des neuen Rechts seine ältere Praxis⁹ aufgegeben, wonach an der Feststellung, dass eine Betreibung zu Unrecht erfolgt ist, kein hinreichendes Rechtsschutzinteresse bestehen soll. In seinem neuesten Entscheid hat das Bundesgericht die Frage, ob eine hängige Betreibung erforderlich sei, nicht direkt beantwortet. Indem es aber ausführt, die Feststellungsklage sei nur möglich «bis zur Verteilung des Verwertungserlöses bzw. Konkursöffnung», gibt es indirekt eine Antwort. Ist die Betreibung zufolge Zeitablaufs oder aufgrund eines Rückzugs dahingefallen, kann es nicht mehr zu einer Verteilung oder einer Konkursöffnung kommen. Also ist auch eine Klage nach Art. 85a SchKG nicht mehr möglich.

Im Lichte des jüngsten Bundesgerichtsentscheides zu betrachten ist ein rechtskräftiger Entscheid des Zürcherischen Obergerichtes, der zumindest für die Frage des Dahinfallens der Betreibung zufolge Zeitablaufs eine andere Meinung vertritt¹⁰. Danach soll die Feststellungsklage so lange möglich sein, als die Betreibung in den Registern ersichtlich ist. Das Obergericht begründet seine Auffassung im wesentlichen damit, dass die Klage nach Art. 85a SchKG auch die Aufgabe hat, das Diskretionsbedürfnis des Betriebenen zu decken. Wie vorne aufgezeigt teilt das Bundesgericht diese Auffassung nicht. Der Entscheid des Obergerichtes muss daher als revidiert gelten. Wie das Bundesgericht nun festhält, muss sich der Schuldner dagegen mit der allgemeinen Feststellungsklage gegen den Gläubiger zur Wehr setzen. Ob er ein hinreichendes Feststellungsinteresse hat, beurteilt sich dann

nach allgemeinen Grundsätzen. Immerhin dürfte dieses gegeben sein, so lange die Betreibung gemäss Art. 8a Abs. 4 SchKG für Dritte noch ersichtlich ist, also während 5 Jahren.

4. Abgrenzung von Art. 85 SchKG

Auf den ersten Blick sehen sich die Institute von Art. 85 SchKG und Art. 85a SchKG sehr ähnlich. Die beiden Klagen unterscheiden sich aber nicht nur dadurch, dass die eine im summarischen und die andere im beschleunigten Verfahren geführt wird. Der wichtigste Unterschied zwischen den beiden Klagen besteht in den Rechten, die der Schuldner aus der jeweiligen Bestimmung ableiten kann:

Art. 85 SchKG gibt dem Schuldner nur das Recht, die Aufhebung oder Einstellung der hängigen Betreibung zu verlangen; die Wirkungen eines unter Art. 85 SchKG ergangenen Urteils beschränken sich daher auf die hängige Betreibung¹¹. Sodann steht diese Klage nur bei Nachweis von Tilgung oder Stundung zur Verfügung, nicht aber für den Nachweis, dass die Forderung nie existiert hat¹².

Anders bei Art. 85a SchKG. Hier hat der Schuldner Anspruch auf Feststellung, dass die Schuld nie bestanden hat, nicht mehr besteht oder gestundet ist. Die Rechtskraftwirkung ist daher breiter.

Hinzuweisen ist auch auf die beschränkte Zulassung von Beweismitteln im summarischen Verfahren: damit der Schuldner mit seinem Begehren durchdringt, muss er gemäss Art. 85 einen Urkundenbeweis erbringen können.

5. Rechtskraft und Rechtshängigkeit

Das Thema Rechtskraft muss von zwei Seiten angegangen werden. Zuerst stellt sich die Frage, ob die Rechtskraft eines Urteils, das bezüglich der betriebenen Forderung ergangen ist, einer Feststellungsklage entgegensteht. Und danach stellt sich die Frage nach der Rechtskraftwirkung des Feststellungsurteils selbst.

a) Rechtskräftiges Urteil über andere Rechtsbehelfe

Das Gesetz bestimmt, dass die Feststellungsklage «jederzeit» angebracht werden kann. Wurde aber eine Forderungsklage gutgeheissen oder eine Aberkennungsklage abgewiesen, steht die Rechtskraft dieses Urteils einer Feststellungsklage entgegen. Anders kann es sich nur verhalten, wenn der Schuldner Noven vorbringen kann, welche eine Tilgung oder Stundung belegen, und der Gläubiger trotz deren Existenz die Betreibung fortsetzen lässt¹³.

In der Lehre wird zu Recht festgehalten, dass dem Schuldner eine abgewiesene Anerkennungsklage oder die Gutheissung der Aberkennungsklage in betreibungrechtlicher Hinsicht nicht weiterhilft¹⁴. Zieht der Gläubiger in solchen Fällen die Betreibung nicht freiwillig zurück, darf der Schuldner sich mit der Feststellungsklage zur Wehr setzen, sofern die oben umschriebenen Voraussetzungen gegeben sind. Hier dürfte er unter Umständen mit der Klage nach Art. 85 SchKG im summarischen Verfahren rascher zum gewünschten Ziel kommen. Allerdings steht diese Klage nur zur Verfügung, wenn die Schuld getilgt oder gestundet ist, nicht aber, wenn das Urteil für den Schuldner darum positiv ausfällt, weil die Schuld gar nie bestanden hat¹⁵. Man hätte gut daran getan, hier einen Gleichlauf der beiden Bestimmungen durch Anpassung von Art. 85 SchKG herbeizuführen.

⁷ Botschaft S. 70; gl. M. JÄGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, SchKG, 4. Aufl. 1997, N. 7

⁸ BGE 120 II 20ff.

⁹ BGE 110 II 352ff.

¹⁰ Beschluss des Obergerichts Zürich vom 18. März 1998, Proz.-Nr. NK970045

¹¹ JÄGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, a.a.O., Art. 85 N. 17

¹² z.B. bei Abweisung einer Anerkennungs- bzw. Gutheissung einer Aberkennungsklage; vgl. Beschluss des Obergerichts Zürich vom 13. Mai 1998, Proz.-Nr. NK 980003 (Berufung ans Bundesgericht pendente)

¹³ Gl. M. BRÖNNMANN, a.a.O., AJP 11/96, S. 1399; SchKG-BODMER, a.a.O. N. 9

¹⁴ JÄGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, a.a.O. N. 4

¹⁵ vgl. Beschluss des Obergerichts Zürich vom 13. Mai 1998, Proz.-Nr. NK 980003 (Berufung ans Bundesgericht pendente)

b) Rechtskraft der Feststellungsklage

Wie festgestellt¹⁶ geht das Rechtsbegehren unter Art. 85a SchKG wesentlich weiter als jenes unter Art. 85 SchKG. Der Schuldner hat im Rahmen der neuen Klage Anspruch auf Feststellung der Inexistenz oder der Stundung der vom Gläubiger geltendgemachten Forderung. Der Anspruch ist daher (auch) materiellrechtlicher Natur¹⁷. Das Verfahren ist, wenngleich ein beschleunigtes, in einem ordentlichen Zivilprozess abzuwickeln. Es spricht daher nichts dagegen, dem daraus resultierenden Urteil materielle Rechtskraft zuzubilligen. Dass diese bei einer Stundung bloss «vorübergehender Natur» ist, versteht sich von selbst: Fallen die Voraussetzungen der Stundung dahin, muss dem Gläubiger gestattet sein, die Forderung einzutreiben.

Materielle Rechtskraft ist dem Urteil aber nicht nur bei Obsiegen des Schuldners zuzubilligen. Wenn der Gläubiger obsiegt, ist rechtskräftig festgestellt, dass die Schuld besteht bzw. nicht gestundet ist¹⁸.

c) Litispendenz

Gleich wie mit der Rechtskraft muss es sich auch mit der Litispendenz verhalten. Hat der Gläubiger bereits die Anerkennungsklage eingereicht, bleibt für die Feststellungsklage kein Raum¹⁹. Anders entscheiden hiesse, bezüglich des gleichen Gegenstands widersprüchliche Urteile zu riskieren²⁰.

6. Zuständigkeit

Die Feststellungsklage ist gemäss Art. 85a SchKG am Betreibungsort zu erheben. Dieser Gerichtsstand ist ausschliesslich²¹. Aber er ist nach einhelliger Auffassung nicht zwingend²². Eine Prorogation bleibt daher zu beachten. Zumindest bei rein nationalen Sachverhalten kann der Schuldner daher eine ihm ungünstige Prorogation nicht durch rasches Anhängigmachen der Feststellungsklage unterlaufen.

Besondere Probleme stellen sich in internationalen Verhältnissen. Das Argument, der Gläubiger habe durch seine Betreibung bereits ein Verfahren in der Schweiz ange-

hoben und müsse sich daher auch auf den Feststellungsprozess einlassen, hält näherer Betrachtung nicht stand. Zu Recht wird diesem Argument entgegengehalten, die Situation bei der Feststellungsklage unterscheidet sich grundsätzlich von jener bei der Aberkennungsklage²³. Denn dort hat der Gläubiger in der Tat einen Prozess eingeleitet, nämlich die Rechtsöffnung. Damit kann das blosses Betreibungsbegehren nicht verglichen werden.

Grundlage zur Beurteilung des Gerichtsstandes nach Art. 85a SchKG muss in internationalen Verhältnissen Art. 30a SchKG sein: Staatsvertragsrecht und IPRG sind vorbehalten²⁴. Weder das LugÜ noch das IPRG kennen diesen Gerichtsstand. Die Klage qualifiziert nicht als vollstreckungsrechtliches Instrument gemäss Art. 16 Ziff. 5 LugÜ²⁵. Ein ausländischer Gläubiger braucht sich daher auf eine Klage nach Art. 85a SchKG am Betreibungsort nicht einzulassen.

Ob der Schuldner im Ausland klagen kann, ist vom ausländischen Zivilprozessrecht zu beurteilen. Schwierigkeiten dürften insbesondere die speziellen, von Art. 85a SchKG vorgesehenen vorsorglichen Massnahmen bereiten, die auf das schweizerische Betreibungsrecht zugeschnitten sind²⁶.

Sodann steht der Gerichtsstand der Feststellungsklage dem Betriebenen auch im Falle eines Arrestes zur Verfügung, wobei offensichtlich ist, dass beim Ausländerarrest der Schuldner nur in Ausnahmefällen ein Interesse daran haben wird, den Prozess in die Schweiz zu bringen. Hinzukommt, dass auch hier der Gerichtsstand nur zur Verfügung steht, wenn ihm nicht eine Prorogation oder ein internationales Übereinkommen entgegensteht.

7. Verjährungsunterbrechung

Die Betreibung ist ein beliebtes Mittel zur Unterbrechung der Verjährung: rasch, billig, ohne weitere Folgen. Eine der Hauptschwierigkeiten, die sich bei einem breiten Anwendungsbereich der Klage nach Art. 85a SchKG ergeben, ist eine einschneidende Beschränkung der Betrei-

bung zu diesem Zwecke. Könnte die Klage nach Art. 85a SchKG tatsächlich jederzeit erhoben werden, hätte es der Schuldner in der Hand, den Gläubiger auch jederzeit in den Prozess über die Forderung zu zwingen. Hier hat aber der neueste Entscheid des Bundesgerichts²⁷ Remedur geschaffen. Erhebt der Schuldner Rechtsvorschlag, ist ihm die Möglichkeit genommen, mittels negativer Feststellungsklage auf Nichtbestehen der Schuld zu klagen, solange dem Gläubiger nicht definitive Rechtsöffnung erteilt wird. Erfolgt eine Betreibung zum Zwecke der Verjährungsunterbrechung, kann sich der Schuldner daher nur dann mit der Feststellungsklage zur Wehr setzen, wenn er es unterlassen hat, Rechtsvorschlag zu erheben, und die Voraussetzungen für eine Fristwiederherstellung nach Art. 33 SchKG nicht gegeben sind. In einem derartigen Falle kann sich aber der Gläubiger nach der hier vertretenen Auffassung, wonach eine hängige Betreibung Prozessvoraussetzung ist, der Klage des Schuldners durch rechtzeitigen Rückzug der Betreibung entziehen.

¹⁶ vgl. vorne bei Ziff. 4

¹⁷ AMONN/GASSER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Auflage Bern 1997, § 20 N. 15; BGER in 5C 7/1998/bnm.

¹⁸ BRÖNNIMANN, JÜRGEN, Neuerungen bei ausgewählten Klagen des SchKG, in: Aktuelle Fragen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts nach revidiertem Recht, ZSR 3/96, S. 219f.

¹⁹ z.T. abweichend ZR 97, 1998, Nr. 102 (unter Berufung auf BGE 105 II 233); vgl. aber die kritischen Bemerkungen S. 255; das Gericht löst das Problem über den Gerichtsstand (vgl. die Widerklage auf Leistung hinten bei Ziff. 8)

²⁰ SchKG-BODMER, a.a.O. N. 11; vgl. auch hinten Ziff. 8

²¹ JÄGER/WALDER/KÜLL/KOTTMANN, a.a.O. N. 11

²² JÄGER/WALDER/KÜLL/KOTTMANN, a.a.O. N. 11; BRÖNNIMANN, a.a.O., AJP 11/96, S. 1398

²³ JÄGER/WALDER/KÜLL/KOTTMANN, a.a.O. N. 11; selbst bei der Aberkennungsklage ist zumindest für den Lugano-Bereich fraglich, ob der Gerichtsstand am Betreibungsort abkommenskonform ist.

²⁴ JÄGER/WALDER/KÜLL/KOTTMANN, a.a.O. N. 11

²⁵ SchKG-BODMER, a.a.O. N. 25 mit Hinweisen auf abweichende Auffassungen

²⁶ Dazu hinten bei Ziff. 9.

²⁷ 5C 7/1998/bnm

8. Widerklage

Die Feststellungsklage muss im beschleunigten Verfahren geführt werden. Dessen Ausgestaltung obliegt dem kantonalen Prozessrecht, auf das an dieser Stelle nicht eingegangen werden kann. Die besondere Ausgestaltung des Verfahrens kann den Beklagten in der Feststellungsklage daran hindern, eine Widerklage anzubringen. So ist z.B. im Kanton Zürich eine Widerklage grundsätzlich nur möglich, wenn für sie die gleiche Verfahrensart vorgeschrieben ist wie für die Hauptklage²⁸. Mutig ist hier ein Entscheid des Zürcher Obergerichtes²⁹. Er leitet aus ungeschriebenem Bundesrecht einen zwingenden Gerichtsstand des Sachzusammenhanges ab, der auch für die Leistungsklage gelten soll, soweit diese denselben Streitgegenstand betrifft wie die Feststellungsklage. Nach Auffassung des Gerichtes darf die Vorschrift des kantonalen Rechts, die sich auf die Verfahrensart bezieht, diesen Gerichtsstand nicht verhindern. Das Gericht hat daher die Leistungsklage als Widerklage im beschleunigten Verfahren zugelassen. Leider ist dieser Entscheid nicht rechtskräftig geworden, bildete er doch Gegenstand der bundesgerichtlichen Berufung, die zum mehrfach zitierten Entscheid³⁰ führte. Das Bundesgericht entschied, es sei auf die Feststellungsklage wegen des erhobenen Rechtsvorschlages nicht einzutreten. Auf die Frage, ob die Widerklage zulässig gewesen wäre, brauchte daher nicht weiter eingegangen zu werden.

Zu erwähnen ist, dass das Zürcher Obergericht diesen zwingenden Gerichtsstand auch dazu verwendet, um auf eine unabhängige Feststellungsklage nicht einzutreten in einem Falle, da die Leistungsklage schon pendent ist³¹. Nicht möglich ist es dagegen dem Gläubiger in aller Regel, im Feststellungsprozess eine andere Forderung widerklageweise geltend zu machen, weil es diesbezüglich an der sachlichen Zuständigkeit fehlen dürfte: Forderungsklagen sind im Allgemeinen nicht dem beschleunigten Verfahren unterworfen.

9. Vorsorgliche Massnahme

a) Keine ausserprozessuale Massnahme

Die Ausgestaltung der vorsorglichen Massnahme mit ihrem verzögerten Effekt zeigt, dass der Erlass eines Superprovisoriums, wie ihn z.B. die Zürcherische Zivilprozessordnung kennt, nicht zulässig ist. Es fehlt schon am Element der zeitlichen Dringlichkeit. Hat der Schuldner es bis zur Verwertung bzw. Konkursandrohung kommen lassen, bevor er Gegenmassnahmen überlegt, mag dem zwar faktisch anders sein. Diesfalls hat der Schuldner die zeitliche Dringlichkeit aber seinem eigenen Verhalten zuzuschreiben.

Sodann verlangt der Gesetzestext, dass die Parteien angehört werden, bevor der Richter über die Massnahme entscheidet. Auch dies schliesst einen superprovisorischen Erlass aus³². Für eine anderslautende kantonale Regelung bleibt kein Raum. Die klare Vorschrift des Bundesrechts schliesst dies aus.

Gemäss Art. 85a SchKG kann der Richter über die Massnahme erst befinden, wenn die Klage eingereicht ist. Dementsprechend genügt ein blosses Massnahmebegehren ohne gleichzeitiges Anhängigmachen der Klage der Gesetzesbestimmung nicht. Dies schliesst einen vorprozessualen Erlass der Massnahme gemäss Art. 85a Abs. 2 SchKG aus. Hier wird nämlich nicht irgend ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil vorausgesetzt, damit die Massnahme gewährt werden kann. Der Richter hat über die Klage selbst zu befinden und dabei alle Beweismittel zu prüfen, bevor er den Massnahmeentscheid trifft. Nur wenn die Klage Aussicht auf Erfolg hat, darf er die Massnahme verfügen. Daran ändert auch nichts, dass die Klage bloss «sehr wahrscheinlich begründet» zu sein hat. Denn ob dies der Fall ist oder nicht kann nur entschieden werden, wenn die Klage und mit ihr die erforderlichen Beweismittel vorliegen.

Für diese einfache Lösung spricht der klare Gesetzeswortlaut. Dafür sprechen aber auch die Interessen des Gläubigers. Es gibt keinen Grund, die von Art. 85a SchKG vorgesehenen Mög-

lichkeiten zugunsten des Schuldners contra legem weiter auszudehnen.

Ein besonderes Problem stellt sich, wenn die Feststellungsklage dadurch verhindert wird, weil eine sie ausschliessende Klage bereits hängig ist, z.B. die Anerkennungsklage. Auch in diesem Falle ist es aber dem Richter am Betreibungsort verwehrt, eine vorsorgliche Massnahme ausserhalb des Feststellungsprozesses zu erlassen. Was denkbar bleibt, ist der Erlass dieser Massnahme durch den mit dem Hauptprozess befassten Richter in analoger Anwendung von Art. 85a SchKG³³. Dies ist auch dann erforderlich, wenn die Feststellungsklage aufgrund einer Prorogation nicht am Betreibungsort angebracht wird.

Demgegenüber bleibt dem Schuldner die Wohltat der Massnahme verwehrt, wenn der Hauptprozess im Ausland geführt wird, sich der dortige Richter aber weigert, eine entsprechende Massnahme zu erlassen. Allein aus diesem Grunde ein selbständiges Massnahmeverfahren in der Schweiz zuzulassen, hiesse dieser vorsorglichen Massnahme ein überproportionales Gewicht beimessen. Denn es ist unvermeidlich, dass durch ein solches Verfahren der Prozess über weite Teile dupliziert wird, damit der Massnahmenrichter sich überhaupt den notwendigen Überblick verschaffen kann. Das ist aber dem Gläubiger nicht zuzumuten. Die zum Teil vertretene gegenteilige Auffassung³⁴ stützt sich auf die Bestimmungen von Art. 10 IPRG und Art. 24 LugÜ ab. Nach herrschender Auffassung³⁵ begründen diese Bestimmungen aber keine Zuständigkeit. Sie bestätigen lediglich, dass eine in der Schweiz existierende Zuständigkeit auch bei ausländi-

²⁸ vgl. § 60 ZPO ZH

²⁹ Beschluss des Obergerichtes Zürich vom 9. Dezember 1997, Proz.-Nr. NK970023; leider gibt es bereits Anzeichen dafür, dass dieser Entscheid nicht aufrechterhalten wird.

³⁰ 5C 7/1998/bnm

³¹ ZR 97, 1998, Nr. 102, E. 4.2

³² SchKG-BODMER, a.a.O. N. 22; JÄGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, a.a.O. Art. 85a N. 20

³³ SchKG-BODMER, a.a.O. N. 11

³⁴ SchKG-BODMER, a.a.O. N. 25

³⁵ vgl. IPRG-BERTI, Art. 10 N. 9

scher Hauptsache Zuständigkeit bestehen bleibt. Art. 85a SchKG begründet keinen Gerichtsstand für die vorsorgliche Massnahme. Vielmehr schreibt er ausdrücklich vor, dass hierfür allein das mit der Hauptsache befasste Gericht zuständig ist. Bei richtiger Auslegung von Art. 10 IPRG bzw. Art. 24 LugÜ bedeutet dies, dass die vorsorgliche Massnahme selbst dann nur vom Hauptsachenrichter erlassen werden kann, wenn dieser Prozess im Ausland geführt wird.

Zu begrüssen ist die Auffassung, dass gegen den Massnahmenentscheid kein Rechtsmittel gegeben ist³⁶. Ob sich diese Auffassung durchsetzen wird, bleibt abzuwarten. Gerade die Tatsache, dass es hier an einer zu Art. 265a SchKG analogen Vorschrift der Endgültigkeit des Entscheides mangelt, dürfte der Auffassung eher zuwiderlaufen.

b) Schicksal des Prozesses bei abgelehnter Massnahme

In der Lehre³⁷ wird postuliert, das Rechtsschutzinteresse an der Feststellungsklage entfalle, wenn der Richter keine Massnahme verfüge. Diese Interpretation trägt nur dem betriebsrechtlichen Aspekt der Klage Rechnung und findet im Gesetzestext keine Stütze³⁸. Die Klage ist fortzusetzen. Vor allem für den der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner ist dies zumindest in theoretischer Hinsicht problematisch. Gewänne er den Prozess, wäre die Konkursöffnung zu Unrecht erfolgt. Die Massnahme wird aber nur abgelehnt, nachdem der Richter im Sinne einer Prozessprognose über die Klage selbst befunden und dabei alle Beweismittel von Kläger und Beklagten geprüft hat, so dass – bei sorgfältiger Prüfung – sich dieses Risiko in Grenzen halten dürfte.

10. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass durch den Leitentscheid des Bundesgerichtes der Anwendungsbereich von Art. 85a SchKG in die richtigen Schranken gewiesen wird. Der Schuldner erhält ein Notinstrument in die Hand, das in ausserordentlichen Situationen zum Tragen kommen soll, ohne den Gläubiger bei jeder Betreibung in einen Prozess zwingen zu können und insbesondere ohne dem Gläubiger die Möglichkeit zu nehmen, den drohenden Verjährungseintritt durch eine Betreibung abzuwenden.

³⁶ JÄGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, a.a.O. Art. 85a N. 30

³⁷ JÄGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, a.a.O. N. 7

³⁸ SchKG-BODMER, a.a.O. N. 23

vgl. auch Rechtsprechung, S. 79