Die Aberkennungsklage des Art. 83 SchKG und ihre Stellung im Betreibungsprozesse

Autor(en): **Huber, Emil**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **27 (1908)**

PDF erstellt am: **24.04.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896544

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Die Aberkennungsklage des Art. 83 SchKG und ihre Stellung im Betreibungsprozesse.

Von Bundesgerichtssekretär Dr. Emil Huber in Lausanne.

Die Auffassung des Bundesgerichts über den Charakter dieser Klage ist sich im Laufe der Rechtsprechung nicht gleich geblieben.

Ein erster grundsätzlicher Entscheid, AS Bd XXIII^{II} Nr. 151 p. 1088/89 i. S. Siegfried gegen Schwob erklärt die Aberkennungsklage für eine (negative) Feststellungsklage: sie könne lediglich die Feststellung der Nichtexistenz der Forderung, nicht aber die Aufhebung der provisorischen Rechtsöffnung zum Zwecke haben; die Frage, ob die provisorische Rechtsöffnung mit Recht erteilt worden sei und ob die Forderung überhaupt auf dem Wege der Schuldbetreibung geltend gemacht werden könne, gehöre ausschliesslich in die Kognition der Betreibungsbeamten und deren Aufsichtsbehörden; das (vom damaligen Aberkennungskläger gestellte) Begehren um Aufhebung der provisorischen Rechtsöffnung lasse sich also nicht gutheissen.

Gegen diese Meinung hat sich Reichel (Kommentar Art. 83 Note 4 c) gewendet: Er weist zunächst auf die Unrichtigkeit der Behauptung hin, dass die Betreibungsämter und die Aufsichtsbehörden für die Rechtsöffnung zuständig seien, und bemerkt dann: der geleugnete Zusammenhang zwischen Rechtsöffnung und Aberkennungsklage bestehe; die Aberkennungsklage müsse sogar als Mittel zur Beseitigung der provisorischen Rechtsöffnung betrachtet werden (wie aus Art. 83 Abs. 3 geschlossen wird).

In einem spätern Entscheide, i. S. Ruf c. Maigrot (AS Bd XXXI II Nr. 22 Erw. 6) hat das Bundesgericht jene Formulierung modifiziert. Es hält zwar daran fest, dass man es mit einer reinen Feststellungsklage (ohne vollstreckungsrechtliches Element) zu tun habe, drückt sich aber dahin aus: das Urteil ergehe über den Bestand der Forderung, nicht über die Rechtsbeständigkeit der Betreibung; die Aufhebung der Rechtsöffnung (und der Betreibung, überhaupt des dem Betreibungsgläubiger damit erteilten summarischen Rechtsschutzes) sei nur eine Folge der materiellen Feststellung der Nichtexistenz der den Grund der Betreibung bildenden Forderung. — Darnach also wird die Frage der Vollstreckbarkeit nicht mehr schlechthin vom Aberkennungsprozesse isoliert und den Betreibungsbehörden zur selbständigen Entscheidung zugewiesen. Vielmehr soll sie ihre Lösung indirekt durch das Urteil finden: als ipso jure eintretende Rechtsfolge des letztern wird bei Gutheissung der Klage die Betreibung aufgehoben, bei Abweisung der Klage die Rechtsöffnung definitiv.

Vorher bereits war ein dritter Bundesgerichtsentscheid, derjenige i. S. Wachter gegen Lincke (AS XXVII II Nr. 68 Erw. 2), weiter gegangen, indem er die Aberkennungsklage als eigentliche vollstreckungsrechtliche Klage erklärte: sie und die gemein- oder kantonalrechtliche negative Feststellungsklage seien zwei verschiedene Klagen mit verschiedener Wirkung, nämlich die Aberkennungsklage eine mit betreibungssistierender Kraft versehene Klage auf Aufhebung der Betreibung, während die gemein- oder kantonalrechtliche negative Feststellungsklage nichts als die Feststellung der Nichtschuld zum Zwecke habe.

Den andern bundesgerichtlichen Entscheiden, welche die Aberkennungsklage betreffen (AS XXII Nr. 58, XXV I Nr. 89, XXVI II Nr. 62, XXVIII I Nr. 59 p. 250, XXIX II Nr. 90, XXXII I Nr. 11, XXXII II Nr. 48 etc.) kommt, so viel wir sehen, für die Charakterisierung der Klage keine grundsätzliche Bedeutung zu. Sie bezeichnen sie im allgemeinen als Feststellungsklage. Das gleiche tut regelmässig auch die kantonale Rechtsprechung. Als Ausnahme in letzterer Hinsicht sind zwei in

der Revue der Gerichtspraxis (XVI Nr. 55 a und b) abgedruckte Entscheide, aus Baselstadt und Genf, zu erwähnen, die das vollstreckungsrechtliche Element der Klage hervorheben. Jäger, in seinem Kommentar (Note 10 zu Art. 83) und Brunner, in seinem „Rechtsöffnungsverfahren" (S. 134) sprechen ebenfalls von einer Feststellungsklage, ebenso Reichel (loc. cit.), aber unter Betonung ihres betreibungsrechtlichen Zweckes.

Mit dem Nachfolgenden will die Natur der Aberkennungsklage[1]) einer nähern Prüfung unterzogen werden. Die Klage aus Art. 83 ist wohl eines der kompliziertesten, aber auch interessantesten Gebilde unseres Exekutionsrechtes. Ein Versuch, ihr Wesen klarzulegen, dürfte sich um so eher rechtfertigen, als die Hauptfrage, auf die es ankommt: welche Bedeutung ist den vorhandenen civilrechtlichen und welche den — unzweifelhaft ebenfalls vorhandenen — betreibungsrechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien für die Charakterisierung der Klage beizulegen? sich in ähnlicher Weise noch bei andern gerichtlichen Klagen des SchKG stellt, vor allem bei der Widerspruchsklage (Art. 106/9) und den verschiedenen betreibungs- und konkursrechtlichen Kollokationsklagen. Beigefügt werden mag noch, dass auch im deutschen Rechte über den Charakter der Vollstreckungsgegenklage des § 767 CPO, die, wenn auch mit unserer Aberkennungsklage keineswegs identisch, doch im gleichen Sinne wie sie zu funktionieren hat, vielfache Meinungsverschiedenheiten herrschen.

I.

Die Aberkennungsklage mit dem durch sie eröffneten gerichtlichen Verfahren ist ein Incident des Betreibungsprozesses und es muss deshalb vor allem ihre Stellung im letztern ins Auge gefasst werden.

---

[1]) Laut der eidg. Betreibungsstatistik betrugen für die vier Jahre 1897—1900 (über die derzeit Erhebungen vorliegen), die in der Schweiz jährlich eingereichten Aberkennungsklagen sukzessive: 530, 483, 484, 482. Davon wurden ganz oder teilweise gutgeheissen: 225, 219, 190, 160.

Im Betreibungsverfahren verfolgt der Gläubiger ein doppeltes Ziel: Zunächst will er für seine behauptete Forderung Vollstreckbarkeit erlangen und zwar so, dass er diese auch effektiv geltend machen, sie ausüben kann, dass er sich in der Lage befindet, zu vollstrecken. Gestützt hierauf bewirkt er die Durchführung der Vollstreckung, die Vornahme der einzelnen Vollstreckungshandlungen in der gesetzlichen Reihenfolge (Pfändung, Verwertung, Verteilung — Konkursandrohung, Konkurseröffnung etc.).[2])

Die letztere Seite des Betreibungsprozesses kommt für unsere Frage nur nebenbei in Betracht: soweit die provisorische Rechtsöffnung die Möglichkeit schafft, zu den Vollstreckungshandlungen der provisorischen Pfändung oder der Aufnahme des Güterverzeichnisses zu schreiten (Art. 83 Abs. 1). Im übrigen haben wir es nur mit der Erlangung aktueller, ausübbarer Vollstreckbarkeit zu tun.

Begründet wird die Vollstreckbarkeit, das Vollstreckungsrecht des Gläubigers für die von ihm behauptete Forderung, durch den Zahlungsbefehl. Ob aber die so begründete Vollstreckbarkeit nach Ablauf der Zahlungsfrist auch ausübbar sei, hängt von der Erhebung eines Rechtsvorschlages ab: Sie ist ausübbar, wenn nicht Recht vorgeschlagen wird. Dann hat der Betreibende im Zahlungsbefehl einen Vollstreckungstitel, kraft dessen er die Vollstreckung beginnen und bis zu Ende führen oder — bei der Konkursbetreibung — den Konkurs des Betriebenen herbeiführen kann. Wird dagegen Recht vorgeschlagen, so bedeutet das eine Hemmung der begründeten Vollstreckbarkeit. Die Durchführung der Vollstreckung auf Grund des Zahlungsbefehles wird so lange verunmöglicht, bis der Rechtsvorschlag aufgehoben ist.

Diese Aufhebung nun geschieht durch die „endgültige“ (Art. 83 Abs. 3) oder definitive Rechtsöffnung. Um zu ihr zu gelangen, sieht das Gesetz zwei Verfahren vor und zwar so, dass der Gläubiger das eine oder das andere einschlagen

[2]) Unsere Auffassung über die Begriffe Vollstreckbarkeit und Vollstreckung, als Grundbegriffe des Betreibungs- und Konkursrechts, kann hier nicht näher entwickelt und begründet werden.

muss, je nach dem Titel, auf den er die in Betreibung gesetzte Forderung zu stützen vermag.

1. Beruht sie auf einem Urteil oder einem Urteilssurrogat nach Art. 80, so genügt für die Erlangung der definitiven Rechtsöffnung stets das Rechtsöffnungsverfahren im engern Sinne.[3]) Aus diesem Verfahren geht stets, wenn es richtig geführt wird, ein (erst- oder zweitinstanzlicher) Entscheid hervor, der endgültig, rechtskräftig ausspricht, dass der Rechtsvorschlag aufgehoben und also die erwirkte Vollstreckbarkeit von der Hemmung, die sie erlitten hat, wieder befreit sei und dass die Vollstreckung nunmehr durchgeführt werden könne.

2. Beruht dagegen die Forderung bloss auf einer Schuldanerkennung nach Art. 82 — mit welchem Fall man es hier zu tun hat — so genügt für die Erlangung der definitiven Rechtsöffnung das Rechtsöffnungsverfahren nicht immer, sondern nur dann, wenn sich der Betriebene mit dem (erst- oder zweitinstanzlichen) Entscheide in diesem Verfahren, der die „provisorische Rechtsöffnung" ausspricht, beruhigt und die Aberkennungsklage unterlässt. Geschieht das, so „wird die Rechtsöffnung eine endgültige" (Art. 83 Abs. 3), d. h. der vollstreckungsrechtliche Entscheid, als den sie sich darstellt, erwächst nach unbenütztem Ablauf der zehntägigen Frist für Einreichung der Aberkennungsklage in Rechtskraft. Dies kann aber der Betriebene dadurch verhindern, dass er rechtzeitig „auf Aberkennung der Forderung klagt" und damit den an das Rechtsöffnungsverfahren sich anschliessenden Aberkennungsprozess provoziert. Alsdann hebt erst das die Aberkennungsklage abweisende und den Rechtsöffnungsentscheid bestätigende Urteil oder Urteilssurrogat (Klagrückzug etc.) den Rechtsvorschlag rechtskräftig auf: Art. 83 in fine: „wird er (der Aberkennungskläger) abgewiesen, so wird die Rechtsöffnung eine endgültige."

---

[3]) Die herrschende Meinung geht mehr oder weniger entschieden dahin, dass dieses Verfahren nicht immer erforderlich sei, nämlich dann nicht, wenn das Urteil erst nach dem Rechtsvorschlage und wegen desselben erwirkt worden ist (Art. 79 SchKG). Unsere gegenteilige Auffassung zu begründen, liegt nicht im Zwecke dieser Arbeit.

Hiernach haben der Entscheid, der die provisorische (Art. 82), und derjenige, der die definitive oder „endgültige" Rechtsöffnung (Art. 80 Abs. 1 und 83 Abs. 3) ausspricht, den gleichen Inhalt: Aufhebung des Rechtsvorschlages und damit Ermöglichung der Vollstreckung (der successiven Vornahme der Vollstreckungshandlungen). Beide räumen dem Gläubiger gleich weitreichende vollstreckungsrechtliche Befugnisse ein. Nur tut es die (unanfechtbare) definitive Rechtsöffnung in unabänderlicher Weise, die provisorische Rechtsöffnung, auch wenn sie als solche vor keiner obern Rechtsöffnungsinstanz im eigentlichen Sinne mehr anfechtbar ist, bloss derart, dass das durch sie normierte Vollstreckbarkeitsverhältnis noch einer möglichen Abänderung (Rückgängigmachung) auf dem Wege des Aberkennungsprozesses unterliegt.

Gegen das Gesagte lässt sich nicht etwa einwenden: der Gläubiger, der die provisorische Rechtsöffnung erwirkt habe, sehe sich bis zur Abweisung der Aberkennungsklage in der Ausübung der Vollstreckbarkeit auf die Vornahme der provisorischen Pfändung bezw. die Aufnahme des Güterverzeichnisses beschränkt und könne nicht weiter vollstrecken (durch Verwertung, Verteilung; Konkursandrohung, Konkurseröffnung). Das betrifft nicht den Inhalt des die „provisorische Rechtsöffnung" erteilenden Entscheides, sondern dessen Vollziehbarkeit, die nur in beschränktem Umfange besteht, weil und solange der Entscheid noch nicht rechtskräftig ist, d. h. vor Ablauf der Frist für die Aberkennungsklage und eventuell während der Hängigkeit des Aberkennungsprozesses.[4])

[4]) Hierin liegt freilich eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze des Art. 36 SchKG, wonach vollstreckungsrechtliche Entscheide, die einer Weiterziehung unterstehen, in vollem Umfange vorläufig vollziehbar sind, soweit nicht die Vollziehbarkeit durch besondere Verfügung ausgeschlossen wird. Das Gesetz hat eben den Fall der provisorischen (durch Aberkennungs„klage" weiterziehbaren) Rechtsöffnung individuell geregelt: Der Entscheid ist vorläufig vollziehbar einerseits nur im beschränkten Umfange — nämlich so, dass als Vollstreckungshandlungen nur die sogenannte provisorische Pfändung bezw. das Güterverzeichnis zulässig sind — anderseits aber in dem Sinne, dass diese beschränkte Vollziehbarkeit nicht wie sonst durch besondere behördliche Verfügung (hier eine solche des Aberkennungsrichters) beseitigt werden kann.

Geht man von den bisherigen Ausführungen aus (die nur eine, die vollstreckungsrechtliche Seite unseres Gegenstandes beschlagen und noch der spätern Ergänzungen bedürfen), so ergibt sich für die Charakterisierung der Aberkennungsklage zunächst folgendes:

Die Klage ist nach Inhalt und Zweck vollstreckungsrechtlicher Natur: der Betriebene will die „provisorische Rechtsöffnung" aufheben lassen, damit die Möglichkeit der Vollstreckung beseitigen und die allfällig vorgenommenen vorläufigen Vollstreckungsakte (provisorische Pfändung und Güterverzeichnis) wieder zum Dahinfallen bringen.

Sie ist insoweit keine eigentliche Klage, sondern ein Rechtsmittel, „ein Rechtsbehelf, dessen sich eine Partei bedienen kann, um eine gerichtliche Entscheidung anzufechten und eine ihr günstigere Entscheidung herbeizuführen" (Weismann, Lehrbuch des Civilprozessrechtes I, p. 419). Der Betriebene macht mit der Einreichung der Aberkennungsklage nicht ein neues Verfahren hängig, sondern führt das Betreibungsverfahren und im Besondern den Prozess über die Frage der Rechtsöffnung vor einer andern Behörde weiter, um den über diese Frage ergangenen Entscheid zur Aufhebung zu bringen.

II.

Diese Charakterisierung der „Aberkennungsklage" erfasst nun aber ihr Wesen nur unvollständig. Die Klage hat nicht bloss einen vollstreckungsrechtlichen, sondern daneben, wenn

---

Von der besprochenen Frage auseinanderzuhalten ist diejenige nach der Vollziehbarkeit der Entscheide, die erstinstanzlich die provisorische oder definitive Rechtsöffnung aussprechen und an eine obere Rechtsöffnungsinstanz i. e. S. weitergezogen werden können. Es ist hier zu prüfen: einerseits ob kraft eines solchen Entscheides (vorläufig) vollstreckt werden könne und ob in gleichem Umfange, wie es ein oberinstanzlicher Entscheid der betreffenden Art gestatten würde (bei der definitiven Rechtsöffnung also schlechthin, bei der provisorischen im Umfange des Art. 83 Abs. 1); und anderseits bei der provisorischen Rechtsöffnung noch: ob von der Eröffnung des unterinstanzlichen Entscheides an für den Betriebenen die Frist zur Einreichung der Aberkennungsklage laufe. All das braucht zur Lösung unserer Aufgabe nicht erörtert zu werden.

auch in untergeordneter Weise, noch einen civilrechtlichen Inhalt. Sie ist gleichzeitig civilrechtliche Klage. Hierüber des nähern:

Vollstreckbarkeit soll der als Gläubiger Auftretende nur erlangen und ausüben für einen wirklich bestehenden civilrechtlichen Anspruch auf sofortige Bezahlung des durch die Betreibung einzubringenden Betrages. Bei Erlass des Zahlungsbefehles wird ein solcher Anspruch gestützt auf die blosse Behauptung des Betreibenden als bestehend vorausgesetzt. Dieser leichten Erlangung der Vollstreckbarkeit durch den Betreibenden entspricht die ebenso leichte Hemmung der erlangten Vollstreckbarkeit durch den Betriebenen: es genügt die Rechtsvorschlagserklärung, eine einfache Bestreitung jenes behaupteten Anspruches. Will nun der Betreibende weiter kommen, die Hemmung der Vollstreckbarkeit durch Aufhebung des Rechtsvorschlages beseitigen lassen, um vollstrecken zu können, so muss er für den behaupteten Anspruch Beweis erbringen. Von den verschiedenen Verfahren, die das Gesetz zu diesem Behufe je nach der für den Anspruch vorhandenen Beweismöglichkeit (urteilsmässiger Titel, Schuldanerkennung, sonstiger Beweis) eingeschlagen wissen will, fallen hier ausser Betracht: dasjenige, das gemäss den Art. 80/81 zur sofortigen definitiven Rechtsöffnung führen soll, und die Geltendmachung des Anspruches auf dem ordentlichen Prozesswege nach Art. 79 mit der Erwirkung der definitiven Rechtsöffnung für den zuerkannten Anspruch. Ins Auge zu fassen sind dasjenige, das zur „provisorischen Rechtsöffnung“ führt, und der eventuell an diese sich anschliessende Aberkennungsprozess; und zwar sind es beide insoweit, als sie Elemente des Erkenntnis-, nicht des Vollstreckungsverfahrens aufweisen.

1. In dieser Hinsicht besteht die Bedeutung des auf die provisorische Rechtsöffnung abzielenden Verfahrens darin, dass nunmehr zum ersten Mal eine Cognition, wenn auch nur eine summarische, über den Bestand des Anspruches stattfindet, wobei sie bloss ein Motiv liefern soll für die allein zu fällende vollstreckungsrechtliche Entscheidung (Gewährung oder Versagung der provisorischen Rechtsöffnung), nicht für

eine gewöhnliche civilprozessrechtliche Entscheidung darüber, ob der in Betreibung gesetzte Anspruch wirklich bestehe oder nicht. Der Betreibende hat für seinen Anspruch einen Wahrscheinlichkeitsbeweis in der Weise zu erbringen, dass er eine bestimmten formellen Requisiten genügende „Schuldanerkennung" vorlegt, die als beweiskräftig gilt, wenn sie der Betriebene nicht durch sofort glaubhaft zu machende Einwendungen entkräftet. Ob dieser Beweis erbracht wird oder nicht, ist entscheidend dafür und nur dafür, ob der Rechtsöffnungsrichter ausspricht, dass der Anspruch von der Hemmung befreit sei, die seine Vollstreckbarkeit durch den Rechtsvorschlag erlitten hatte (welcher vollstreckungsrechtliche Entscheid, wie gesagt, sich durch das Rechtsmittel der Aberkennungsklage anfechten lässt).

2. Dem gegenüber reicht die Bedeutung des Aberkennungsprozesses als Erkenntnisverfahren weiter, ja es ist ein Erkenntnisverfahren im eigentlichen Sinne, d. h. mit Civilrechtsfeststellung, erst hier vorhanden:

Der Bestand des in Betreibung gesetzten Anspruches wird nicht mehr bloss summarisch, sondern von Grund aus geprüft. Es findet eine eingehende und abschliessende Beweisaufnahme statt.

Infolge dessen ist es dann auch zweckmässig und muss es im Willen des Gesetzes liegen, dass diese Cognition zur Motivierung eines nunmehr zu fällenden Entscheides über den Anspruch dient. Die Frage seines Bestandes wird jetzt urteilsmässig erledigt. Ein Entscheid, nicht ein blosser Erwägungsgrund, ist als civilrechtlicher Präjudizialpunkt bestimmend für die Lösung der vollstreckungsrechtlichen Frage: Aufhebung oder Bestätigung der „provisorisch" (vorinstanzlich) erteilten Rechtsöffnung.

Gegenstand des Prozesses und des Urteils bildet in dieser Beziehung nicht die Forderung kurzweg, sondern der durch Betreibung realisierbare Anspruch auf sofortige Leistung. Für einen solchen Anspruch genügt es nicht, dass die Forderung bestehe, sondern ist noch nötig, dass ihr, wie schon der Entscheid i. S. Ruf bemerkt, Klagbarkeit, und, wie wir beifügen,

Vollstreckungsfähigkeit zukomme. Sie muss des Rechtsschutzes teilhaftig sein im Civilprozess i. e. S. (Erkenntnisverfahren); sie muss es aber auch sein im Betreibungsprozess (Vollstreckungsverfahren), d. h. geeignet sein für die Realisierung durch Zwangsvollstreckung (s. hierüber noch unten VI. 1).

Das Urteil geht auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses, nicht auf Verurteilung zu einer Leistung. Als Feststellungsurteil beschränkt es sich darauf, Rechtsgewissheit zu schaffen, und ist es nicht vollstreckbar. Bei Abweisung der Klage verhält es also den Betriebenen nicht zur Vornahme der geschuldeten Leistung. Freilich will in diesem Falle der Betreibende seinen Anspruch nicht nur richterlich festgestellt haben, sondern ihn auch durchsetzen können. Der dafür erforderliche behördliche Leistungsbefehl liegt aber bereits vor: nämlich in dem Zahlungsbefehl, den nunmehr das Aberkennungsurteil durch die rechtskräftige Aufhebung des Rechtsvorschlages (Beseitigung der Vollstreckbarkeitshemmung) wieder voll wirksam werden lässt.[5])

---

[5]) Nimmt man an, das Urteil gehe nicht auf Feststellung, sondern auf Leistung, so muss man die Aberkennungsklage als eine Art Klagprovokation auffassen, die den Betreibenden zwingt, die in Betreibung gesetzte Forderung vor dem Aberkennungsrichter mit dem Begehren auf Verurteilung zur Leistung geltend zu machen.

Nicht recht verständlich sind uns die Ausführungen im Bundesgerichtsentscheide Ruf contra Maigrot (XXXI^{II} Nr. 22 Erw. 6), wonach der Aberkennungsklage als Feststellungs- die Rückforderungsklage des Art. 86 als Leistungsklage gegenübergestellt und diese als „zweite Art des dem betriebenen Schuldner gewährten Rechtsschutzanspruches" bezeichnet wird. Es handelt sich doch wohl nicht bloss um zwei Arten — Feststellung und Verurteilung zur Leistung — des Rechtsschutzes, der hinsichtlich des nämlichen civilrechtlichen Verhältnisses gewährt würde, sondern um den Rechtsschutz in Hinsicht auf zwei verschiedene solcher Verhältnisse, also um zwei verschiedene Klagen, von denen jeder ein besonderer civilrechtlicher Tatbestand zu Grunde liegt, so dass die in jenem Entscheide erwähnte „Identität des Klagfundamentes" gar nicht möglich ist. Der Aberkennungskläger sucht den Rechtsschutz nach für seine Vermögenssphäre im allgemeinen, die von einem ungerechtfertigten Eingriff bedroht wird, nämlich der zu gewärtigenden zwangsweisen Entnahme von noch unbestimmten Vermögensobjekten, die zur Tilgung einer nicht bestehenden Schuld dienen sollen. Der Rückforderungskläger will (nachdem er jenen Eingriff erlitten hat)

Nach all' dem ist die Aberkennungsklage, soweit civilrechtliche Klage, eine Präjudizialklage auf Feststellung, dass ein im Betreibungswege realisierbarer Anspruch auf sofortige Zahlung nicht bestehe (negative Feststellungsklage).

III.

Der geschilderte Inhalt der Aberkennungsklage als civilrechtlicher Klage gestattet anderseits noch eine genauere Präzisierung ihres oben besprochenen weitern Inhaltes als betreibungsprozessualischer Parteivorkehr.

Wir haben sie in dieser Beziehung ein Rechtsmittel genannt. Der Charakter dieses Rechtsmittels dürfte am besten mit der Bezeichnung Einspruch gegen die provisorische Rechtsöffnung angedeutet sein: Wir wollen damit sagen, dass es der Betriebene (als Einspruchberechtigter) in der Hand hat, sich entweder bei dem Rechtsöffnungsverfahren zu beruhigen, worin bloss auf Grund einer summarischen Cognition über die Zulässigkeit der Vollstreckung zu entscheiden ist, oder dann, ohne dieses Verfahren oder den darin ergangenen Endentscheid an sich als gesetzwidrig oder unrichtig anzufechten, ein neues Verfahren, den Aberkennungsprozess zu provozieren, in dem die vollstreckungsrechtliche Entscheidung auf Grund vollständiger materieller Prüfung und mit rechtskräftiger Erledigung der civilrechtlichen Vorfrage erfolgen muss.

Die Aberkennungsklage wird aber in vollstreckungsrechtlicher Hinsicht noch unvollständig charakterisiert, wenn man sie bloss als Rechtsmittel zur Aufhebung des Rechtsöffnungsentscheides bezeichnet. Nicht nur darum ist es dem Betriebenen zu tun, die Rechtsöffnung zu beseitigen und den Rechtsvorschlag aufrecht zu halten, also die bestehende Vollstreck-

---

Rechtsschutz für ein bestimmtes Recht, nämlich seinen Rückforderungsanspruch, dessen Geltendmachung die schädigende Wirkung jenes Eingriffes wieder ausgleichen soll. Den Grund für die Gewährung des Rechtsschutzes bildet dort die Beitreibung, hier die erfolgte Zahlung einer Nichtschuld. Mit der civilprozessualischen Unterscheidung zwischen Feststellung und Verurteilung zur Leistung trifft man die Verschiedenheit der beiden Klagen nicht in ihrem Hauptpunkte.

barkeit weiterhin zu hemmen; sondern sein Zweck geht darüber hinaus auf Aufhebung des Zahlungsbefehles und damit der Betreibung überhaupt, auf Vernichtung, nicht bloss Hemmung der erwirkten Vollstreckbarkeit. Und dem darauf gerichteten Begehren des „Aberkennungsklägers" kann und muss der Richter entsprechen, sobald sich die materiellrechtliche Grundlage der Betreibung, ein durch diese realisierbarer Anspruch, als fehlend erweist.

IV.

Damit kämen wir zu dem Ergebnis, dass die Aberkennungsklage des Art. 83 SchKG sich weder einfach unter den Begriff einer civilprozessualischen Klage noch unter denjenigen einer betreibungsrechtlichen Parteivorkehr bringen lässt, sondern die Merkmale beider in sich vereinigt. Sie ist eine prozessualische Rechtshandlung mit komplexem Willensinhalte. Der Betriebene, der „auf Aberkennung der Forderung klagt," beantragt damit zunächst die Feststellung, dass die Forderung nicht oder doch nicht als ein im Betreibungswege realisierbarer Anspruch auf sofortige Zahlung bestehe,[6]) um gestützt hierauf gleichzeitig, uno actu, seine vollstreckungsrechtlichen Anträge zu stellen, durch die er, gegen den Rechtsöffnungsentscheid Einspruch erhebend, die Aufhebung dieses Entscheides und darüber hinausgehend die Aufhebung auch des Zahlungsbefehles verlangt.[7])

---

[6]) Für die richterliche Entscheidung hierüber gebrauchen wir im folgenden kurzweg den Ausdruck civilrechtlicher Präjudizialpunkt, um den Gegensatz zum vollstreckungsprozessualischen Inhalte des Urteils — Entscheid über die Aufhebung der Betreibung — auszudrücken.

[7]) Es ist möglich, dass infolge eines Schiedsgerichtsvertrages für den civilrechtlichen Präjudizialpunkt die staatliche Gerichtsbarkeit ausgeschlossen ist, wogegen für den vollstreckungsrechtlichen Punkt ein derartiger Ausschluss nicht ausbedungen werden kann. Hier hat u. E. der Betriebene innert der zehntägigen Frist beim Aberkennungsrichter in der Weise zu klagen, dass er die Aufhebung der Rechtsöffnung und des Zahlungsbefehles beantragt und verlangt, es solle vorerst der civilrechtliche

V.

Wir verhehlen uns zwar nicht, dass es konstruktiv einfacher und ungezwungener scheint, die Aberkennungsklage — entgegen unsern Ausführungen, entgegen aber auch dem Bundesgerichtsentscheide i. S. Wachter c. Lincke — als reine Feststellungsklage und damit das Urteil als reines Feststellungsurteil aufzufassen und gemäss dem Bundesgerichtsentscheide i. S. Ruf c. Maigrot (s. oben Einleitung) in den vollstreckungsrechtlichen Rechtsveränderungen (Aufhebung der Rechtsöffnung und des Zahlungsbefehles) „nur eine Folge" des Urteils zu sehen. Trotzdem haben wir uns nicht von der Richtigkeit dieser Ansicht überzeugen können.

Zunächst vermissen wir die besondere Rechtsnorm, die aussprechen müsste, dass diese Rechtsfolge bei Erlass eines Urteils eintrete, das sich darauf beschränkt, den Nichtbestand der geltend gemachten Forderung festzustellen. Wenn z. B. der Richter die Ehe scheidet oder den Konkurs über den Ehemann eröffnet, so tritt hier freilich die Gütertrennung nicht kraft des in seinem Erkenntnisse liegenden Willensaktes ein,

---

Präjudizialpunkt zur Erledigung an den Schiedsrichter gewiesen werden. Nach Beibringung des Schiedsurteiles entscheidet dann auf Grund dessen der Aberkennungsrichter über den vollstreckungsrechtlichen Antrag.

Ein st. gallischer Entscheid (Archiv II Nr. 24) nimmt an, dass ein bestehender Schiedsgerichtsvertrag das Recht, für die betreffende Forderung die provisorische Rechtsöffnung zu verlangen, ausschliesse, was dann auch eine Aberkennungsklage verunmöglicht (und zwar u. E. rechtlich verunmöglicht, nicht nur tatsächlich, wie der genannte Entscheid erklärt). Danach hätte die Eingehung eines Schiedsvertrages für die Parteien eine, wie uns scheint ungerechtfertigte Schlechterstellung zur Folge bei einer allfälligen spätern Geltendmachung ihrer Forderungen im Betreibungswege.

Nach einem neuenburgischen Entscheide anderseits, der in der Revue der Gerichtspraxis (B. XXIV Nr. 74) abgedruckt ist, wäre ein Schiedsvertrag im Aberkennungsverfahren gar nicht zu beachten und der Aberkennungsrichter schlechthin zuständig. Die Redaktion der Revue bemerkt dazu, dass, wenn dieses Urteil richtig sei, jede Partei einen ihr unbequemen Schiedsvertrag durch Anhebung einer Betreibung eliminieren könne. Dies scheint uns mit der Einschränkung zuzutreffen, dass der betreffenden Partei eine solche Verletzung der Vertragstreue nur dann ermöglicht wird, wenn sie die in Betreibung gesetzte Forderung auf eine Schuldanerkennung nach Art. 82 stützen kann.

sondern als Rechtsfolge dieses Aktes im Sinne des Entscheides Ruf; aber diese Rechtsfolge wird eben durch eine besondere Vorschrift des ehelichen Güterrechtes vorgesehen. Art. 83 enthält nun aber keine solche Vorschrift, sondern nennt nur den richterlichen Willensakt („Aberkennung der Forderung" „libération de dette"). Wir sehen nun nicht ein, warum in diesem Akte neben der Feststellung des Nichtbestandes oder Bestandes der Forderung nicht auch die Aufhebung der Betreibung (d. h. des Rechtsöffnungsentscheides und des Zahlungsbefehles) bezw. die Aufrechthaltung der Betreibung (Bestätigung beider) enthalten sein sollte und könnte. Namentlich lässt sich nicht etwa sagen, dass der Richter nach der Stellung, die ihm das SchKG zuweist, überhaupt nicht vollstreckungsrechtliche Verfügungen treffen, rechtsgestaltend eine betreibungsprozessualische Situation schaffen oder abändern könne: Konkurseröffnung und -Widerruf, Zulassung eines nachträglichen Rechtsvorschlages, Rechtsöffnung, Aufhebung oder Einstellung der Betreibung nach Art. 85, Arrestaufhebung nach Art. 279 Abs. 2 widerlegen das zur Genüge. So hält denn auch nunmehr das Bundesgericht (AS Bd XXXI II Nr. 102) die „Widerspruchsklage," bei der man es nach dem Gesetzeswortlaut mit der „Beanspruchung einer Sache als Eigentum oder Pfand," also mit einer gewöhnlichen dinglichen Klage, zu tun hätte, nicht mehr, wie früher, für eine solche, sondern für „eine persönliche Klage prozessrechtlicher Natur," also wohl für eine betreibungsprozessuale Klage.

Dazu kommt nun noch folgende Erwägung: Das Gesetz stellt dem Betriebenen den Rechtsbehelf der Aberkennungsklage nicht lediglich deshalb zur Verfügung, um vor dem Spezialforum des Betreibungsortes Rechtsgewissheit über den Nichtbestand der betriebenen Forderung zu erlangen, sondern deshalb, um gestützt auf die erlangte Rechtsgewissheit von dem auf ihm lastenden Betreibungszwange sich befreien zu können (vergl. den Ausdruck „libération de dette" des französischen Textes). Der wirkliche Aberkennungskläger *will* die Aufhebung des Rechtsöffnungsentscheides und des Zahlungsbefehles, die Vernichtung des vorhandenen Betreibungsprozess-

verhältnisses, da, so lange dieses besteht, die Vollstreckung zulässig ist, und da es ihm eben darum zu tun ist, sie unmöglich zu machen. Das gleiche will aber auch der die Klage gutheissende Aberkennungsrichter, soweit er wirklich als solcher im gesetzlichen Sinne funktioniert (s. unten VI. 3): Insoweit muss er, wie nachher noch näher auszuführen ist, seine gesamte Prozesstätigkeit nach jenem betreibungsrechtlichen Zwecke der Klage einrichten und von ihm namentlich abhängig machen, ob und wiefern er sich auf eine civilrechtliche Cognition und Feststellung überhaupt einlassen solle. Er ist Aberkennungsrichter nur und nur so lange, als ein Rechtsöffnungsentscheid und ein Zahlungsbefehl besteht und aufzuheben ist. Dass diese Aufhebung nicht Inhalt seines Urteils, sondern bloss Folge desselben sei, scheint uns daher nicht nur eine unnütze, sondern geradezu eine unrichtige Distinktion. Ihre Unrichtigkeit ergibt sich auch, wenn man die Stellung, die der Aberkennungsrichter zum Zahlungsbefehle und dem Rechtsöffnungsentscheide als dem Grunde der bestehenden Vollstreckbarkeit einnimmt, derjenigen gegenüberhält, die er einnimmt gegenüber den allfällig vollzogenen Vollstreckungshandlungen (provisorische Pfändung und Güterverzeichnis) und den sich daran knüpfenden anderweitigen prozessualischen Vorkehren (Widerspruchsverfahren, Beschwerdeverfahren wegen Unpfändbarkeit etc.), die gestützt auf den Zahlungsbefehl und Rechtsöffnungsentscheid bereits (vorläufig) vorgenommen worden sind. Um diese Rechtsakte hat sich der Aberkennungsrichter für den Erlass seines Urteils freilich nicht zu kümmern. Sein Entscheid ist ein Aberkennungsurteil, ob solche bestehen oder nicht. Und wenn sie, soweit bestehend, mit dem den Aberkennungskläger schützenden Urteil dahinfallen, so ist das hier in der Tat nur eine weitere Rechtsfolge des den Zahlungsbefehl und den Rechtsöffnungsentscheid aufhebenden Urteils. Der Richter will sie nicht aufheben; sondern sie fallen dahin kraft der betreibungsrechtlichen Norm, dass ein Vollstreckungsverfahren nicht bestehen kann ohne vorhandene Vollstreckbarkeit, d. h. hier ohne einen rechtskräftigen (durch keinen Rechtsvorschlag gehemmten) Zahlungsbefehl.

VI.

Ueber die Abhängigkeit des civilrechtlichen Präjudizialpunktes vom vollstreckungsrechtlichen Entscheide, der die Aufhebung oder Aufrechthaltung des Zahlungsbefehles und der Rechtsöffnung ausspricht, bemerken wir im einzelnen noch folgendes:

1. Der Präjudizialpunkt ist dem zu fällenden vollstreckungsrechtlichen Entscheid angepasst. Es fragt sich daher nicht, ob die Forderung bestehe, sondern ob sie als ein durch Betreibung realisierbarer Anspruch auf sofortige Leistung bestehe. Sie muss nicht nur nach Civilrecht existent sein, sondern der Gläubiger muss sie auch derzeit „auf dem Betreibungswege geltend machen" (Art. 69 Ziff. 3 SchKG) können, für sie Anspruch auf Vollstreckungsrechtsschutz haben.

Dazu bedarf es für jede Forderung bestimmter civilrechtlicher Voraussetzungen. So vor allem der Fälligkeit: es muss sich um eine Verpflichtung zu sofortiger Bezahlung der geschuldeten Summe handeln. Wenn ferner diese Verpflichtung von einer Gegenleistung abhängt, muss diese bereits erfolgt oder ihre Vornahme angeboten sein (Art. 95 OR)[8]) Diese Rechtsschutzvoraussetzungen gelten nicht ohne weiteres auch für das Erkenntnisverfahren, indem hier z. B. unter Umständen auf Verurteilung zu einer erst künftigen Zahlung (so §§ 257/59 der deutschen CPO) und auf Feststellung einer noch nicht fälligen Forderung geklagt werden kann.

Ist eine Forderung „unklagbar," d. h. des Rechtsschutzes im Erkenntnisverfahren überhaupt nicht teilhaftig, so kann für sie auch kein Anspruch auf Vollstreckungsrechtsschutz bestehen. Umgekehrt aber ergibt sich aus der Klagbarkeit

---

[8]) Der Bundesgerichtsentscheid i. S. Siegfried contra Schwob (XXIII[II] p. 1091) lehnt es ab, auf die Frage, ob dem Aberkennungsbeklagten eine Pflicht zur Vorleistung obliege, einzutreten, mit der Begründung: es werde „Sache der Exekutionsbehörden sein, hier den richtigen Weg zu finden", wobei sie namentlich eine Quote der Betreibungssumme einstweilen zurückhalten könnten. Eine solche Kompetenz der Exekutionsbehörden (d. h. Betreibungsämter und Aufsichtsbehörden) sieht u. E. das Gesetz nicht vor.

der Forderung nicht notwendig auch deren Vollstreckungsfähigkeit, sondern es ist denkbar, dass diese trotz jener dauernd oder doch vorübergehend mangelt (z. B.: der Schuldner, der ausseramtlich ein Akkommodement treffen will, hat sich von seinen Gläubigern versprechen lassen, während eines bestimmten Zeitraumes nicht zu betreiben; ferner verbietet für die Regel der Civilgesetzentwurf die Zwangsvollstreckung — damit aber nicht die Geltendmachung durch Feststellungs- oder Leistungsklage — von Forderungen des einen Ehegatten an den andern).

Behauptet nun der Betriebene mit Recht, dass die Forderung, möge sie bestehen oder nicht, aus irgend einem solchen Grunde vollstreckungsunfähig sei, so ist die Aberkennungsklage ohne weiteres gutzuheissen. Der Aberkennungsrichter als solcher (s. unten Ziff. 3) kann und soll hier die Frage des Bestandes der Forderung ungeprüft lassen, da deren Lösung für seinen vollstreckungsrechtlichen Hauptentscheid unwesentlich ist.

Anders wenn die Vollstreckungsfähigkeit der Forderung nicht oder mit Unrecht bestritten worden ist. Dann hat der Aberkennungsrichter die Frage, ob die Forderung bestehe oder nicht, zu prüfen und urteilsmässig zu erledigen: die Gutheissung der Klage verneint, die Abweisung derselben bejaht die Existenz der in Betreibung gesetzten Forderung (und deren Vollstreckungsfähigkeit).

Aus dem Gesagten erhellt, dass der Umfang, in dem der Aberkennungsrichter bei der Lösung des civilrechtlichen Präjudizialpunktes das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien zu untersuchen und rechtskräftig festzustellen hat, kein für alle Fälle konstanter ist. Er ist vielmehr bedingt durch die besondere Gestaltung des Einzelfalles, namentlich durch die jeweiligen Angriffs- und Verteidigungsmittel der Parteien. Da das Urteil, soweit Feststellungsurteil, über die Betreibung hinaus und unabhängig von ihr für die Parteien Bedeutung besitzt, so muss sich aus ihm bestimmt entnehmen lassen, wie weit die urteilsmässige Feststellung des Präjudizialpunktes reicht.

2. Von dem betreibungsrechtlichen Zwecke des Aberkennungsurteils, darüber Recht zu schaffen, ob der Rechtsöffnungsentscheid samt dem Zahlungsbefehl aufzuheben sei oder nicht, hängt der Umfang der präjudiziellen Feststellung noch in einer andern Beziehung ab: Gegenstand der Feststellung bildet die Forderung nur soweit, als für sie das Recht geöffnet worden ist. Ist letzteres für eine Quote der Forderung oder ein Nebenrecht nicht geschehen, so kann soweit auch nicht auf Aberkennung geklagt und ein Aberkennungsurteil gefällt werden. Deshalb erfasst die Rechtskraft der Feststellung im Aberkennungsurteil nur den der Rechtsöffnung teilhaften Forderungsbetrag und bestimmt sich nach diesem der Streitwert und nicht nach der Höhe der Forderung schlechthin oder gar nach dem ihr zu Grunde liegenden allgemeinen Rechtsverhältnisse (vergl. EB XXIX II Nr. 90).

Deshalb namentlich genügt zur Begründung der Aberkennungsklage nicht schon die Behauptung, dass keine vollstreckungsfähige Forderung bestehe (oben 1), sondern muss dazu noch ein bestimmter vollstreckungsrechtlicher Tatbestand behauptet werden: nämlich dass für die vom Gegner zu Unrecht beanspruchte Forderung ein Zahlungsbefehl mit provisorischer Rechtsöffnung erlangt worden sei. Dem Kläger muss es darum zu tun sein, durch Aufhebung dieser Akte die Vollstreckung abzuwenden. Seine Klage muss Vollstreckungsgegenklage sein.

Reicht er statt dessen eine einfache negative Feststellungsklage ein, so kann der Aberkennungsrichter wegen mangelnder sachlicher Kompetenz nicht auf sie eintreten. Denn die Nichtexistenz einer Forderung darf er stets nur als Präjudizialpunkt feststellen, um darauf gestützt zu entscheiden, ob die Forderung „abzuerkennen", die für sie erlangte Vollstreckbarkeit als materiell ungerechtfertigt aufzuheben sei oder nicht. Soweit die „Aberkennungsklage" Feststellungsklage ist, hat sie den Charakter einer Präjudizialklage. Demgemäss ist auch das Feststellungsinteresse, das für die Erteilung des Rechtsschutzes verlangt wird, bei der Aberkennungsklage be-

sonders qualifiziert: Es ist das Interesse am Dahinfallen der Rechtsöffnung und des Zahlungsbefehles (von denen der Bestand auch allfällig erfolgter Vollstreckungsakte abhängt). Irgend ein anderes rechtliches Interesse, das sonst Anspruch auf richterliche Feststellung geben würde, genügt hier nicht.

Reicht der Kläger eine wirkliche Aberkennungsklage ein, so ist möglicherweise der damit behauptete vollstreckungsprozessualische Tatbestand in Wahrheit nicht oder unvollständig gegeben (es fehlt ein Zahlungsbefehl oder doch eine provisorische Rechtsöffnung) oder hört er möglicherweise nach der Klageinreichung ganz oder teilweise zu bestehen auf (z. B. die Betreibung wird zufolge Begehrens des Betreibenden aufgehoben, die „provisorische" Pfändung nicht innert der Frist des Art. 88 begehrt, der Rechtsöffnungsentscheid nachträglich infolge Einreichung eines ausserordentlichen Rechtsmittels, wie des staatsrechtlichen Rekurses etc. kassiert). In diesen Fällen kann der vollstreckungsrechtliche Hauptantrag der Klage, durch den Aufhebung der Rechtsöffnung und des Zahlungsbefehles verlangt wird, nicht zugesprochen werden: Er ist ganz gegenstandslos, wenn diese beiden Akte fehlen; fehlt nur die Rechtsöffnung, so ist er hinsichtlich ihrer gegenstandslos und hat im übrigen der Kläger kein Recht auf Aufhebung allein des Zahlungsbefehles, dessen Vollstreckungswirkung noch durch den Rechtsvorschlag gehemmt wird.[9]) Infolge dessen ist dann hier überall auch der Präjudizialantrag auf Feststellung der Nichtexistenz der Forderung als im Aberkennungsverfahren unzulässig zu verwerfen: das vollstreckungsrechtliche Interesse an der Feststellung durch den Aberkennungsrichter besteht nicht oder nicht mehr.

3. Eine andere Frage dagegen ist, ob nicht der Aberkennungsrichter in diesen Fällen, wo er mangels eines voll-

---

[9]) Danach ist eine Aberkennungsklage im gesetzlichen Sinne vor der provisorischen Rechtsöffnung — deren Erteilung der Kläger selbst nicht behauptet — unmöglich. Anders BE XXII Nr. 58 Erw. 2. Laut XXV[1] Nr. 89 müsste aber dann eine solche vorzeitige „Aberkennungsklage" wegen Art. 59 BV und trotz der Gerichtsstandsnorm des Art. 83 am Wohnorte des „Aberkennungsbeklagten" (das Urteil spricht von débiteur) angehoben werden.

streckungsrechtlichen Feststellungsinteresses die Entscheidung des civilrechtlichen Präjudizialpunktes ablehnen muss, diese Entscheidung nicht treffen kann und soll in seiner allfälligen Eigenschaft eines ordentlichen Civilrichters. Diese Frage beantwortet sich nicht aus Art. 83, sondern aus den Bestimmungen des ordentlichen kantonalen oder eidgenössischen Civilprozessrechtes. Art. 83 steht einer solchen coordinierten Kompetenz des Richters (am Betreibungsorte), der mit dem Aberkennungsverfahren betraut ist, nicht entgegen. Praktische Gründe lassen sie in gewissem Umfange als wünschenswert erscheinen, da es zu Schwierigkeiten und unnützen Weiterungen führen muss und den Parteien Anlass zu Chikanen gibt, wenn die Zuständigkeit zur Feststellung der Forderung unter zwei Richter mit verschiedenem örtlichem Gerichtsstande verteilt ist und wenn sie im Laufe des Verfahrens dadurch vom einen auf den andern übergehen kann, dass der vollstreckungsrechtliche Tatbestand nach der Klageinreichung sich erst verwirklicht oder wieder dahinfällt. Art. 83 schliesst demnach auch nicht aus, dass eine negative Feststellungsklage, die vor der Rechtsöffnung beim ordentlichen Civilrichter am Betreibungsorte eingeleitet worden ist, nach dieser als Aberkennungsklage weiter verfolgt und zu dem Zwecke durch den vollstreckungsrechtlichen Hauptantrag ergänzt wird (indem der Kläger jetzt nicht mehr bloss auf „Feststellung," sondern auf „Aberkennung" anträgt); oder dass eine Aberkennungsklage, für deren Zusprechung es von Anfang an oder in der Folge am erforderlichen vollstreckungsrechtlichen Tatbestande fehlt, als eine gewöhnliche Feststellungsklage behandelt und beurteilt wird.[10])

VII.

Versäumt der Betriebene die zehntägige Frist des Art. 83 Abs. 2, so liegt darin die Verwirkung einer Rechts-

[10]) Diese Fragen werden berührt in zwei Urteilen des bernischen Appellations- und Kassationshofes, abgedruckt in der Ztschft d. B. J.-V. B. XL (1904) Nr. 22 p. 284 ff. und B. XLI (1905) Nr. 8 p. 451 ff.

mittelfrist. Der Rechtsöffnungsentscheid erwächst in Rechtskraft: seine Aufhebung kann nicht mehr im Wege des Aberkennungsprozesses verlangt werden. Damit wird gleichzeitig für eine Feststellung des civilrechtlichen Punktes der Aberkennungsrichter als solcher unzuständig.

VIII.

Das kantonale Urteil, das das Begehren um „Aberkennung der Forderung" zuspricht oder abweist, ist soweit Haupturteil nach Art. 58 OG, als es den civilrechtlichen Präjudizialpunkt betrifft. Auf Grund seines Entscheides über diesen Punkt hat das Bundesgericht auch den vollstreckungsrechtlichen Hauptantrag zu erledigen, zu entscheiden, ob die Forderung „abzuerkennen" sei oder nicht (Art. 58 cit. Abs. 2 analog angewendet). Weist der kantonale Aberkennungsrichter die Aberkennungsklage wegen ungenügenden vollstreckungsrechtlichen Tatbestandes (mangelnden Zahlungsbefehles oder mangelnder Rechtsöffnung) zurück und ohne Prüfung des Präjudizialpunktes, so kann hiegegen nicht die Berufung an das Bundesgericht ergriffen werden. Erledigt er aber in diesem Falle die Klage als gewöhnliche Feststellungsklage, so untersteht sein Urteil wie ein gewöhnliches Feststellungsurteil der Berufung.

IX.

Wir weisen noch hin auf die Bedeutung, die unsere Auffassung der Aberkennungsklage für die Behandlung der Kostenfrage im Aberkennungs- und überhaupt im Betreibungsprozesse hat.

Nach Art. 68 SchKG trägt der Schuldner die Betreibungskosten. Nach den Ziffern 28 und 58 des Gebührentarifes kann der Richter, der die provisorische Rechtsöffnung bewilligt, dem unterlegenen Schuldner eine Gerichtsgebühr und eine Parteientschädigung auferlegen. Beides beruht auf der vorläufigen Annahme, dass die in Betreibung gesetzte Forderung wirklich bestehe. Wird sie nun aber aberkannt, so ist damit in der Regel erwiesen, dass der Betreibende ohne gerechtfertigten

Grund gegen den Betriebenen ein Exekutionsverfahren eingeleitet hat; und soweit deshalb dem Betriebenen die Kosten dieses Verfahrens bereits auferlegt wurden, muss zu seinen Gunsten ein Ausgleich Platz greifen.

Diese nachträgliche und endgültige Kostenregelung gestaltet sich einfach, wenn das die Aberkennungsklage gutheissende Urteil der Akt ist, der das ganze Betreibungsverfahren inclusive Rechtsöffnung aufhebt. Dann kann und soll der Richter den Kostenpunkt nicht nur für den Aberkennungsprozess, sondern für das ganze Verfahren von der Einleitung der Betreibung an ordnen. Er wird dann in der Regel unter Aufhebung der frühern Kostenverfügungen die eigentlichen Betreibungs- und die Rechtsöffnungskosten jetzt dem Betreibenden ganz auferlegen und ihn dabei verhalten, die Kostenbeträge, die der Betriebene bereits bezahlt hat, diesem zu ersetzen.[11]) Ausnahmsweise Verhältnisse können auch zu einer Teilung dieser Kosten oder zu gänzlicher Auferlegung derselben an den Betriebenen führen.

Sieht man dagegen in der Aufhebung der Betreibung nur die Folge des Aberkennungsurteils, so bietet eine richtige Lösung der Kostenfrage Schwierigkeiten. Man muss dann hier konsequenter Weise annehmen, dass nicht vom Aberkennungsrichter, wohl aber als Folge seines Urteils die Kostenverpflichtungen, die in der Betreibung für den Betriebenen entstanden sind, mit dieser soweit wieder aufgehoben werden, als sie sich nachträglich als ungerechtfertigt erweisen. Inwieweit aber letzteres der Fall ist, darüber besteht keine objektive Gewissheit, und es kann dies deshalb ohne gütliche Einigung der Parteien nur durch ein neues Verfahren (vor welcher Behörde?) festgesetzt werden. Das hat namentlich Bedeutung für die vom Betriebenen im Rechtsöffnungsverfahren bereits bezahlten Gerichts- und Parteikosten. Eine

[11]) Ein Urteil des bernischen Appellations- und Kassationshofes, Ztschft d. B. J.-V. B. XXXVIII (1902) Nr. 17 (p. 82) bleibt auf halbem Wege stehen: Für die Kosten des Zahlungsbefehles nimmt es eine andere Verteilung vor; das Kostendispositiv des Rechtsöffnungsentscheides abzuändern erklärt es sich unzuständig.

verbreitete Ansicht geht freilich dahin, dass der Rechtsöffnungsentscheid in seinem Kostendispositiv (und nur in diesem) trotz Gutheissung der Aberkennungsklage aufrecht bleibe. Das lässt sich aber theoretisch wohl nicht begründen, und es verstösst auch gegen die Billigkeit, wenn ein Nicht-Gläubiger Jemanden ohne Ersatzpflicht Exekutionskosten verursachen kann, lediglich weil er mit einer „Schuldanerkennung" den Schein eines wirklichen Rechts zu erwecken vermag.

X.

Wie schon angedeutet, enthalten nach unserer Meinung neben der Aberkennungs- noch andere gerichtliche Klagen des SchKG gleichzeitig ein civil- und ein vollstreckungsrechtliches Element, so namentlich die Widerspruchsklage und die verschiedenen betreibungs- und konkursrechtlichen Kollokationsklagen. Dabei handelt es sich ebenfalls stets in erster Linie um den Entscheid über einen vollstreckungsrechtlichen Anspruch; im besondern bei der Widerspruchsklage darum, ob die Pfändung, bei den Kollokationsklagen darum, ob die betreffende Kollokationsverfügung aufrecht zu bleiben habe oder nicht. Das civilrechtliche Verhältnis (Bestand eines Drittrechtes an der Sache, das die Vollstreckung in sie ausschliesst, Bestand einer Forderung oder eines Pfandrechtes, das zur betreffenden Kollokation berechtigt) wird ebenfalls nur als präjudizieller Punkt geprüft und zwar — anders als bei der Aberkennungsklage — regelmässig nicht im Sinne einer rechtsverbindlichen Feststellung gegenüber dem Schuldner, da dieser nur ausnahmsweise als Prozesspartei auftreten kann und auftritt und da nur, soweit dies der Fall ist, ihm gegenüber auch in civilrechtlicher Hinsicht entschieden wird. Eine nähere Begründung unserer Auffassung über diese Fragen liegt ausserhalb der Grenzen der gegenwärtigen Arbeit.