Florian Eichel

Materiell-rechtliche «SchKG-Klagen» auf dem Weg zur «ZPO-Klage»

INHALTSÜBERSICHT

I. Einführung

II. Kategorien der SchKG-Klagen

III. SchKG-Klagen als dogmatische Figur

IV. Der Begriff der materiell-rechtlichen Klage

V. Die begonnene Wandlung von der «SchKG-Klage» zur «ZPO-Klage»
- A. Die Betrachtung als «SchKG-Klage» und ihre Ursprünge
- B. Erste Ansätze für eine Betrachtung als «ZPO-Klage»
- C. Wirklichkeit der materiell-rechtlichen SchKG-Klagen

VI. Konsequenzen

VII. Fazit

Florian Eichel, Prof. Dr. iur., Ordinarius an der Universität Bern.

I. Einführung

Über 100 Jahre war das SchKG das prominenteste Bundesgesetz, in dem sich gemeinsame Grundsätze zum Zivilprozessrecht entwickeln konnten. In dieser langen Zeit war es daher eine Besonderheit, wenn ein Zivilprozess über eine Geldforderung im Kontext einer Schuldbetreibung angestrengt wurde, weil dann bundeseinheitliche Normen für das Verfahren zur Anwendung gelangen konnten. Diese historische Besonderheit ist noch heute erkennbar. Die Anerkennungs-, Aberkennungs- und die «Klage nach Art. 85*a*» haben eigene Namen und werden immer noch «SchKG-Klagen» genannt. Da es im Kern aber um gewöhnliche Zivilprozesse über eine Geldforderung geht, die heutzutage – im Wesentlichen – nach den allgemeinen Vorschriften der ZPO geführt werden, erscheinen diese Klagen eher wie «Kuckuckseier», die dem SchKG ins Nest gelegt wurden, aber nicht wirklich dort hingehören.

Der folgende Beitrag[1] geht daher der Frage nach, ob heutzutage noch Gründe bestehen, die sog. materiell-rechtlichen Klagen als «SchKG-Klage» zu bezeichnen, oder ob es sich nicht inzwischen um ZPO-Klagen handelt, die das SchKG durch wenige Sondervorschriften modifiziert oder ergänzt. Dafür wird dokumentiert, dass die materiell-rechtlichen Klagen ihre im SchKG wurzelnden Besonderheiten mehr und mehr abgelegt haben, so dass das Bild von der eigenständigen «SchKG-Klage» Risse bekommen hat. Dieser Wandel betrifft zunächst die Theorie und die Lehre, weil er die Grundlagenfunktion des seit 2011 vereinheitlichten Zivilprozessrechts aktiviert. Gleichwohl sollen am Ende des Beitrags Streitfragen aufgezeigt werden, wo ein solchermassen verändertes Verständnis der materiell-rechtlichen Klagen auch praktische Konsequenzen zeitigen könnte.

1 Der Beitrag geht auf einen Vortrag auf der 33. Konferenz der Hochschuldozierenden für Zivilverfahrensrecht zurück. Der Verfasser dankt den Kolleginnen und Kollegen für die fruchtbare Diskussion, die hierin eingeflossen ist.

II. Kategorien der SchKG-Klagen

Herkömmlich wird zwischen drei Kategorien der SchKG-Klagen bzw. SchKG-Streitigkeiten unterschieden, nämlich den (rein) materiell-rechtlichen (*les procès de pur droit matériel*), den rein betreibungsrechtlichen (*procédures de pur droit des poursuites*) und den betreibungsrechtlichen Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht (*actions de droit des poursuites avec effet réflexe sur le droit matériel*; im Folgenden: «Reflexklagen»).[2]

Als Begründer dieser Systematisierung, insbesondere bezüglich der dritten Kategorie, gilt Ernst Blumenstein.[3] Er hat eigentlich nicht die Streitigkeiten systematisieren wollen, sondern die gerichtlichen Tätigkeiten innerhalb des SchKG. Daher fügte er noch eine vierte Kategorie gerichtlicher Handlungen hinzu, und zwar die gerichtlichen Verfügungen auf einseitigen Antrag, wie sie auch heute noch Erwähnung finden (*actes de poursuite*).[4] Da die Lehre mit ihrer Systematisierung in der Regel die «Streitigkeiten» im Blick hat, steht allerdings die vorerwähnte Dreiteilung im Vordergrund. Doch auch dieses Bild ist in Bewegung. So wird beispielsweise angezweifelt, ob die dritte Kategorie der Reflexklagen wirklich nötig ist.[5] Andere wollen das Beschwerdeverfahren nach Art. 17 SchKG als vierte Kategorie aufnehmen.[6] Letzteres hat sich nicht durchgesetzt, da die herrschende Lehre die Systematisierung der SchKG-Streitigkeiten im Grenzgebiet zur ZPO sieht, wo die SchKG-Beschwerde ihrer Natur nach nicht hingehört.[7]

III. SchKG-Klagen als dogmatische Figur

Bei der Lehre der SchKG-Klagen geht es nicht um *l'art pour l'art*. Als Lehre soll sie durch Systematisierung den Rechtsstoff verständlich machen und Argumentationsmuster anbieten. Es gibt allerdings auch Anzeichen, dass es sich um eine «dogmatische» Figur handelt, die bei der Auslegung

> Herkömmlich wird zwischen drei Kategorien der SchKG-Klagen bzw. SchKG-Streitigkeiten unterschieden.

des Gesetzes zum Einsatz kommt. Unter Rechtsdogmatik wird hier das «innere System» einer unübersichtlichen und nicht immer widerspruchsfrei geschriebenen Rechtsordnung verstanden.[8] Sie soll Prinzipien oder Begriffe schaffen, mit der die Rechtspraxis arbeiten kann, indem sie Rechtssätze darauf zurückführen kann.[9]

Es gibt Entscheide des Bundesgerichts, die nahelegen, dass die Lehre der SchKG-Klagen diesen Status erreicht hat. Beispielsweise sagt das Bundesgericht zur Frage, ob die Widerspruchsklage nach Art. 108 Abs. 1 SchKG der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte oder der Handelsgerichte unterliegt, das Folgende: «*Auch aus systematischen und sachlichen Gründen ist die Zuteilung der betreibungsrechtlichen Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht an die ordentlichen Gerichte der Zuständigkeit der Handelsgerichte vorzuziehen.*»[10] Anstatt hier für die Widerspruchsklage selbst zu entscheiden, bezieht sich das Bundesgericht durchgehend auf die Reflexklagen, denen die

2 Kurt Amonn/Fridolin Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013, § 4 N 45; Jolanta Kren Kostkiewicz, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 3. A., Zürich 2018, N 95; Julian Schwaller, Zusammenhänge zwischen Zivil- und betreibungsrechtlichen Verfahren, in: Ulrich Haas/Reto Marghitola (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Zürich 2020, N 7.33; Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht – Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 3. A., Zürich 2019, § 7 N 5 ff.; Karl Spühler/Annette Dolge, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I – Betreibungs- und Arrestrecht, 8. A., Zürich 2020, N 145.

3 Isaak Meier/Carlo Hamburger, Vollstreckungsrechtliche Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht – ein exportwürdiges Institut der schweizerischen Verfahrensdogmatik?, BlSchK 2014, 201 ff., 205.

4 Ernst Blumenstein, Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911, 105 ff.; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Art. 1–88, Lausanne 1999, Art. 23 N 13 ff.; BSK SchKG I-Mabillard, Art. 23 N 11, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer/Franco Lorandi (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I (Art. 1–158 SchKG), Basler Kommentar, 3. A., Basel 2021 (zit. BSK SchKG I-Bearbeiter/in); Dominik Milani, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. A., Zürich 2017 (zit. SK-Komm.-Bearbeiter/in), Art. 23 SchKG N 8; Thomas Sprecher, Prozessieren zum SchKG unter neuer ZPO, SJZ 2011, 273 ff., 274.

5 BSK SchKG I-Mabillard (FN 4), Art. 23 N 11; Staehelin/Staehelin/Grolimund (FN 2), § 7 N 10.

6 Thomas Sutter-Somm/Claude Schrank, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 2016 (zit. Bearbeiter/in, in: Sutter-Somm et al.), Art. 46 ZPO N 3.

7 Bernhard Berger, in: Andreas Güngerich (Koord.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–149, Bern 2012 (zit. BK-Bearbeiter/in), Art. 1 ZPO N 39; Dominik Vock/Danièle Meister-Müller, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. A., Zürich 2018, 4. Dessen ungeachtet können die kantonalen Einführungsgesetze auf das Beschwerdeverfahren einige ZPO-Vorschriften für anwendbar erklären, z.B. Art. 76 Abs. 2 Satz 4 GOG/OW (Gesetz vom 22. September 1996 über die Gerichtsorganisation [GDB 134.1]).

8 Bernd Rüthers, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluss des Richterrechts, Rechtspolitisches Forum Heft 15, 2003, 10.

9 Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 6. A., Bern 2019, 192 ff.; Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 11. A., München 2020, N 326 f.; Hein Kötz, Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, in: Karsten Schmidt (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, Berlin 1990, 75 ff., 78 f.

10 BGE 140 III 355 E. 2.3.3 ff. Ebenso BGE 141 III 527 E. 2.3.2.

Widerspruchsklage zugerechnet wird. Es verallgemeinert damit eine rechtliche Aussage für eine ganze Gruppe von Klagen. Dieser Ansatz ist kein Einzelfall.[11]

Das Bundesgericht verwendet also die herrschende Kategorisierung der SchKG-Streitigkeiten, um ein einheitliches rechtliches Urteil über Klagen zu treffen, die ihrer Kategorie nach der streitgegenständlichen ähnlich sind. Es traut damit den Kategorien zu, für sich alleine sprechen zu können. Das macht es erforderlich, dass die Eigenschaften dieser Klagearten klar definiert sind.[12]

IV. Der Begriff der materiell-rechtlichen Klage

Den materiell-rechtlichen Streitigkeiten ist eigen, dass über einen Anspruch in materiell-rechtlicher Hinsicht geurteilt wird. Als Anwendungsbeispiele gelten die Anerkennungsklage (Art. 79 SchKG), die Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG), die Rückforderungsklage (Art. 86 SchKG) oder die Arrestprosequierungs- (Art. 279 SchKG) bzw. Schadensersatzklage (Art. 273 SchKG).[13] Dabei geht es häufig um den Anspruch, welcher in Betreibung gesetzt wird, also um den Bestand der Betreibungsforderung. Jedoch muss dies nicht immer der Fall sein. Manchmal geht es schlicht um die Zuerkennung eines Anspruchs gemäss materiellem Recht, wie im Fall der Klage auf Schadenersatz wegen ungerechtfertigter Arrestnahme.[14] Trotz des mehr oder weniger «rein» materiell-rechtlichen Hintergrunds handelt es sich um Klagen, die mit dem Betreibungsverfahren in Verbindung stehen und darin gewissermassen ihren Anlass finden.[15] Die Klagen können in jeder Verfahrensart verhandelt werden, meist im ordentlichen oder vereinfachten, aber auch – beim Rechtsschutz in klaren Fällen – im summarischen Verfahren.[16]

Der markanteste Punkt, in dem sich diese Klagen von den jeweils anderen Kategorien unterscheiden, ist die volle materielle Rechtskraft, in der die Entscheide erwachsen. Sie stellen über das Betreibungsverfahren hinaus die materielle Rechtslage abschliessend fest.[17] Darin unterscheiden sie sich von den rein betreibungsrechtlichen Streitigkeiten, die allenfalls für die konkrete Betreibung wirken[18] und keinen Einfluss auf das materielle Rechtsverhältnis der Parteien haben.[19] Da zeigt sich aber auch der wichtigste Unterschied zu den Reflexklagen. Dort wird zwar ebenfalls die materielle Rechtslage «festgestellt». Wegen des auf die Zulässigkeit des Betreibungsverfahrens beschränkten Dispositivs oder besonderer Parteikonstellationen geschieht dies aber nur vorfrageweise und nicht mit materieller Rechtskraft.[20]

Was die betreibungsrechtliche Wirkung angeht, unterscheiden sich die materiell-rechtlichen Klagen hingegen nicht unbedingt von den Reflexklagen. Jedenfalls die Anerkennungsklage (Art. 79 Satz 2 SchKG), die Klage nach Art. 85*a* (Art. 85*a* Abs. 3 SchKG) und auch die Aberkennungsklage[21] wirken sich auf die Zulässigkeit der Betreibung aus. Angesichts der Tragweite der materiell-rechtlichen Erkenntnis, die mittelbar auch den Erfolg weiterer Betreibungsversuche beeinflusst, haben die betreibungsrechtlichen Wirkungen jedoch eine eher kleine Bedeutung. Sie erschöpfen sich vor allem darin, die Einstellung des Betreibungsverfahrens in Vollzug des materiellen Urteils zu erleichtern, indem für die Betreibungsbehörden der Bezug des Urteils zur konkreten Betreibung offensichtlich wird. Auf diese Weise kann erneuter Streit vermieden werden, wenn der Gläubiger mehrere Betreibungen gegen den Schuldner führt und die Klage nur eine von ihnen berührt. Die geringe Bedeutung der betreibungsrechtlichen Wirkungen für den Charakter der Klage wird auch darin deutlich, dass etwa die Anerkennungsklage ein parallel hängiges Rechtsöffnungsverfahren nicht sperrt, selbst wenn jeweils gestellte Anträge auf Beseitigung des Rechtsvorschlags und

> **Was die betreibungsrechtliche Wirkung angeht, unterscheiden sich die materiell-rechtlichen Klagen hingegen nicht unbedingt von den Reflexklagen.**

11 Ähnlich BGE 143 III 149 E. 2.4.1.1 (Pra 2018, Nr. 29) zur Anwendung von Art. 56 und 63 SchKG anstatt von Art. 145 ZPO: «*Aus der Botschaft geht klar hervor, dass der Vorbehalt zu Gunsten von Art. 56 und 63 SchKG für rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten gilt.*»

12 Sotirios Kotronis, Sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte für SchK-Klagen, ZZZ 2016, 63 ff., 67 f.

13 Amonn/Walther (FN 2), § 4 N 49; CR CPC-Haldy, Art. 1 N 17, in: François Bohnet/Jaques Haldy/Nicolas Jeandin/Philippe Schweizer/Denis Tappy (Hrsg.), Code de procédure civile, Commentaire Romand, 2. A., Basel 2018 (zit. CR CPC-Bearbeiter/in).

14 Blumenstein (FN 4), 106; Amonn/Walther (FN 2), § 4 N 47.

15 Blumenstein (FN 4), 106.

16 Amonn/Walther (FN 2), § 4 N 48.

17 BGer, 5P.337/2006, E. 4 zu Art. 85*a* SchKG; Amonn/Walther (FN 2), § 4 N 48.

18 BGE 133 III 580 E. 2.1.

19 Blumenstein (FN 4), 107.

20 Blumenstein (FN 4), 107; Amonn/Walther (FN 2), § 4 N 54. Etwas anders Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, 49, der immerhin eine *betreibungsrechtliche* Wirkung für andere Vollstreckungsverfahren für möglich hält. A.M. (bei Beteiligungsmöglichkeit des Vollstreckungsschuldners): Meier/Hamburger (FN 3), BlSchK 2014, 201.

21 Diese ohne gesetzliche Regelung: vgl. BGer, 5A_127/2010, E. 3.1; BSK SchKG I-Staehelin (FN 4), Art. 83 N 67.

Rechtsöffnung identisch sind.[22] Es ist daher überzeugend, wenn in der Lehre von «materiell-rechtlichen Klagen mit betreibungsrechtlichem Reflex»[23] gesprochen wird.

V. Die begonnene Wandlung von der «SchKG-Klage» zur «ZPO-Klage»

A. Die Betrachtung als «SchKG-Klage» und ihre Ursprünge

Die Auflistung der materiell-rechtlichen Klagen im Reigen der SchKG-Streitigkeiten zeigt, dass man sie als «Klage des SchKG» betrachtet.[24] Diese Betrachtung ist «ein Kind ihrer Zeit». Dass sie historisch richtig war, soll also gar nicht bestritten werden. Über hundert Jahre gab es nicht den *einen* bundesweit einheitlichen Zivilprozess, dem das SchKG die Regelung solcher Klagen hätte überlassen können, die es zur Funktionsfähigkeit der Betreibung benötigt. Es ist daher selbstverständlich, dass es sich dieser Regelungsaufgabe weitestmöglich selbst annahm. Zu diesen historischen gab es auch inhaltliche Gründe, welche etwa bei Art. 85*a* SchKG dazu geführt haben, diese Klage nicht als negative Feststellungsklage, sondern als eigenständige SchKG-Klage («Klage nach Art. 85*a*»[25]) anzuschauen. Die Klage nach Art. 85*a* wurde angesichts der Unzulänglichkeiten des allgemeinen Prozessrechts konzipiert, aber in das SchKG aufgenommen. Daher lag es nahe, ihr einen eigenständigen Charakter zuzusprechen.[26]

B. Erste Ansätze für eine Betrachtung als «ZPO-Klage»

Auf eine Wandlung der materiell-rechtlichen Klagen zur «ZPO-Klage» deutet einerseits der konzeptuelle Umbruch im Jahr 2011 hin. Andererseits zeigen die Vorschriften an der Schnittstelle von SchKG und ZPO, dass die Einordnung der materiell-rechtlichen Klagen in Bewegung geraten ist.

1. Konzeptueller Umbruch im Jahr 2011

Die Inkraftsetzung der eidgenössischen ZPO brachte für das Zusammenspiel zwischen dem SchKG und dem allgemeinen Prozessrecht einen Systemwechsel. Bis zu diesem Zeitpunkt diente das im SchKG entwickelte Prozessrecht der Überwindung von Partikularlösungen, wie sie sich aus der Vielfalt der kantonalen Prozessordnungen ergaben. Es war konzeptuell klüger, ein allgemeines Problem des Prozessrechts im SchKG zu lösen, da es in der gesamten Schweiz galt und von dort aus in die kantonalen Prozessordnungen ausstrahlen konnte. Seit dem Jahr 2011 hat sich dies umgekehrt: Ein «SchKG-Sonderprozessrecht» wäre nicht mehr grundlagenstiftend, sondern selbst die Partikularlösung, die man gerne vermeiden würde. Heute wäre es konzeptuell klüger, ein allgemeines Problem des Prozessrechts in der ZPO anzugehen, wenn es für den ausserhalb einer Betreibung geführten Zivilprozess ebenso Relevanz hat. Dies trifft auf die materiell-rechtlichen Klagen zu, soweit ihr Entscheid ausserhalb der Betreibung wirken soll und vom Betreibungsrecht nicht beeinflusst wird. Heutzutage wäre es daher womöglich naheliegend, diese Klagen in der ZPO anzusiedeln und im SchKG nur solche Vorschriften vorzusehen, die die Brücke zur konkreten Betreibung schlagen müssen.

> **Art. 23 SchKG ist nur dann als stimmig zu erklären, wenn nicht das SchKG, sondern die ZPO den Gerichten die Entscheidung über das materielle Recht zuweist.**

2. Vorschriften an der Schnittstelle von SchKG und ZPO

a. Art. 1 ZPO

Einen Anhaltspunkt für das Verständnis der materiell-rechtlichen Klagen ab 2011 gibt Art. 1 ZPO, der zwischen «streitigen Zivilsachen» (lit. a) und «gerichtlichen Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts» (lit. c) unterscheidet. Die herrschende Lehre ordnet die materiell-rechtlichen Klagen bei den gerichtlichen Angelegenheiten des SchKG i.S.v. Art. 1 lit. c ZPO ein.[27] Das mag zum einen der historischen Anschauung gezollt sein. Ein anderer Grund könnte sein, dass die Botschaft zur ZPO – sehr beiläufig – den Aberkennungsprozess bei Art. 1 lit. c ZPO

22 BGer, 5A_383/2020, E. 2.3.

23 Gilliéron (FN 4), Art. 23 N 29 und Art. 83 N 51. Für die Aberkennungsklage s. BGE 130 III 285 E. 5.3.1: «elle déploie aussi des effets réflexes sur la poursuite, car elle en arrête le cours». A.M. BSK SchKG I-Mabillard (FN 4), Art. 23 N 17 ff., der diesen betreibungsrechtlichen Wirkungen eine eigenständigere Bedeutung beimisst.

24 Sprecher (FN 4), SJZ 2011, 273 *passim*.

25 Begriff nach Jürgen Brönnimann, Zur Klage nach Art. 85*a* SchKG («Negative Feststellungsklage»), AJP 1996, 1394 ff., 1396.

26 Siehe unten C.3.

27 Statt vieler: BK-Berger (FN 7), Art. 1 ZPO N 39; CR CPC-Haldy (FN 13), Art. 1 N 17; Markus Schott, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Basel 2021 (zit. KUKO ZPO-Bearbeiter/in), Art. 1 N 17; Sprecher (FN 4), SJZ 2011, 274. Jedenfalls für die Aberkennungsklage: Hans Reiser, Die eidgenössische Zivilprozessordnung, Auswirkungen auf das SchKG, BlSchK 2010, 229 ff., 230.

anführt.[28] In der zitierten Literatur gibt es allerdings keine dezidierte Stellungnahme zu dieser Position. Das verwundert nicht, da es vordergründig um nicht viel geht. Umso beachtlicher ist aber, dass die Auffassung, die einen Satz mehr zu dem Thema schreibt, zu einem anderen Ergebnis gelangt und sämtliche materiell-rechtlichen Klagen ausdrücklich bei Art. 1 lit. a ZPO verortet.[29] Auch das Bundesgericht ist dieser Auffassung, bisher allerdings – soweit ersichtlich – nur für die Anerkennungsklage gem. Art. 79 SchKG. Diese subsumiert das Bundesgericht ausdrücklich unter Art. 1 lit. a ZPO.[30] Das folgt der Einsicht, dass es bei diesen Klagen um nichts anderes geht als um die Klärung des materiellen Bestands der Forderung, die lediglich im Kontext einer Betreibung erfolgt.[31] Bei Art. 1 ZPO lässt sich also konstatieren, dass sich zwischen den materiell-rechtlichen Klagen und den betreibungsrechtlichen Streitigkeiten ein leichter Riss auftut, wonach erstere dogmatisch nicht mehr «SchKG-Klagen», sondern Zivilprozesse im Kontext des SchKG sind. Jedenfalls für die Anerkennungsklage entspricht dies der Haltung des Bundesgerichts.

b. Art. 23 SchKG

Art. 23 SchKG betrifft die Ebene der sachlichen Zuständigkeit. Gemäss Art. 23 SchKG heisst es: «*Die Kantone bezeichnen die richterlichen Behörden, welche für die in diesem Gesetze dem Richter zugewiesenen Entscheidungen zuständig sind.*» Welche Streitigkeiten weist das SchKG dem Gericht zu? Sind das auch die materiell-rechtlichen Streitigkeiten oder nur die betreibungsrechtlichen? Eine Auffassung sieht die materiell-rechtlichen Klagen als erfasst an.[32] Die herrschende Meinung, darunter das Bundesgericht, vertritt den gegenteiligen Standpunkt, wonach die materiell-rechtlichen Klagen nicht unter Art. 23 SchKG fallen.[33] Eine dritte Auffassung differenziert und will Art. 23 SchKG teilweise anwenden, nämlich soweit die betreibungsrechtlichen Wirkungen der materiell-rechtlichen Klagen betroffen sind.[34]

Der ersten Auffassung ist zuzugestehen, dass eine Klage, welche als «SchKG-Klage» bezeichnet wird, dem SchKG entstammen muss. Für die herrschende Meinung spricht hingegen, dass Art. 23 SchKG für die materiell-rechtlichen Klagen aus den folgenden Überlegungen nicht passt: Die kantonalen Einführungsgesetze zum SchKG sind für einige betreibungsrechtliche Streitigkeiten relevant, wie z.B. für Nachlasssachen, Rechtsöffnungen oder die SchKG-Beschwerde nach Art. 17 SchKG. Die sachliche Zuständigkeit für materiell-rechtliche Streitigkeiten regeln sie nicht, da sie insoweit z.B. die Zuständigkeit des Handelsgerichts aussparen. Die sachliche Zuständigkeit für solche Streitigkeiten ergibt sich aus den Einführungsgesetzen zur ZPO. Art. 23 SchKG ist nach seinem Wortlaut also nur dann als stimmig zu erklären, wenn nicht das SchKG, sondern die ZPO den Gerichten die Entscheidung über das materielle Recht zuweist und das SchKG sich darauf beschränken würde, die Brücken der Klage zur konkreten Betreibung zu schlagen. Wenn man diese Brückenfunktion der SchKG-Regeln, wie hier vertreten,[35] lediglich als Reflex ansieht, ist es gerechtfertigt, Art. 23 SchKG für die materiell-rechtlichen Klagen nicht anzuwenden.

c. Art. 72 BGG

Art. 72 BGG wurde per 1. Januar 2007 geschaffen.[36] Er hat mit Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG Entscheide in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen der Beschwerde in Zivilsachen unterstellt, was bis dahin in dieser Allgemeinheit nicht der Fall war.[37] Für die materiell-rechtlichen SchKG-Klagen war dies allerdings keine Neuerung. Sie waren früher genauso Gegenstand der eidgenössischen Berufung wie materiellrechtliche Klagen ohne SchKG-Bezug.[38] Deshalb erwähnt die Botschaft zu Art. 72 BGG explizit, dass mit den Schuldbetreibungssachen i.S.v. Art. 72 *Abs. 2 lit. a* BGG nur die rein betreibungsrechtlichen Streitigkeiten, die Reflexklagen und die SchKG-Beschwerde nach Art. 17 SchKG gemeint sind,[39] während die materiell-rechtlichen Klagen (z.B. die Anerkennungs- oder Aberkennungsklage) «keine eigentlichen

28 Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO 2006), 7258.

29 Dominik Gasser, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 2016 (zit. Dike-Komm.-Bearbeiter/in), Art. 1 ZPO N 46. Ähnlich: Denis Piotet, in: Isabelle Chabloz/Patricia Dietschy-Martenet/Michel Heinzmann (Hrsg.), Petit commentaire CPC, Code de procédure civile, Basel 2020 (zit. PC-Bearbeiter/in), Art. 1 CPC N 25 (keine eigene Bedeutung von lit. c gegenüber lit. a).

30 BGE 142 III 599 E. 2.4.2 (dort in Gegenüberstellung zum Rechtsöffnungsverfahren, welches es unter Art. 1 lit. c ZPO fasst).

31 Vgl. PC-Piotet (FN 29), Art. 1 CPC N 25.

32 BSK SchKG I-Engler, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2010, Art. 23 N 7; Sprecher (FN 4), SJZ 2011, 273.

33 BGer, B.150/1994, E. 3a (BlSchK 1995, 10 ff.); Eidgenössisches Versicherungsgericht, 25.6.1999, BlSchK 2000, 16 ff., 18 f., E. 2d; Eric Muster, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. A., Basel 2014 (zit. KUKO SchKG-Bearbeiter/in), Art. 23 N 3; SK-Komm.-Milani (FN 4), Art. 23 SchKG N 7.

34 BSK SchKG I-Mabillard (FN 4), Art. 23 N 18 ff.

35 Oben FN 23.

36 Vgl. BSK IPRG-Schnyder/Vasella, Art. 72 ff. BGG N 2, in: Pascal Grolimund/Leander D. Loacker/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2021 (zit. BSK IPRG-Bearbeiter/in).

37 Staehelin/Staehelin/Grolimund (FN 2), § 7 N 10.

38 Vgl. BGE 132 III 89 E. 1.2 zur Klage nach Art. 85*a* SchKG.

39 Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202 ff. (zit. Botschaft Bundesrechtspflege 2001), 4307.

SchKG-Sachen» seien und als «echte Zivilsachen» Art. 72 Abs. 1 BGG unterfielen.[40]

Diese Verortung der materiell-rechtlichen Klagen bei Art. 72 *Abs. 1* BGG wird von der herrschenden Lehre geteilt.[41] Das gilt u.a. für die Anerkennungsklage, die Aberkennungsklage und die Klage nach Art. 85*a* SchKG.[42] Diese Sonderrolle der materiell-rechtlichen Klagen ist interessant, da die Reflexklagen (im Gegensatz zu den rein betreibungsrechtlichen Streitigkeiten) früher ebenfalls der eidgenössischen Berufung unterlagen[43] und dennoch gemäss der Botschaft und einem Teil der Lehre als Schuldbetreibungssachen i.S.v. Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG gelten sollen.[44] Die Zuweisung der materiell-rechtlichen Klagen zu Art. 72 Abs. 1 BGG folgt also nicht der Historie, sondern ist mit der Qualifikation als «echte Zivilsache» verbunden. Dieser Befund, der für das BGG *ohne praktische Bedeutung* ist,[45] ergibt ebenfalls ein Bild, wonach die materiell-rechtlichen Streitigkeiten ausserhalb der «Schuldbetreibungs- und Konkurssachen» stehen und vielmehr gewöhnliche Zivilprozesse sind, die lediglich im Kontext einer Betreibung erhoben werden.

C. Wirklichkeit der materiell-rechtlichen SchKG-Klagen

Die vorstehende Skizze hat gezeigt, dass das Bild von der materiell-rechtlichen Klage als «SchKG-Klage» Risse bekommen hat. Inwiefern dahinter wirklich ein Charakter als «ZPO-Klage» sichtbar wird, kann sich erst aus einer Analyse der jeweiligen Klage ergeben. Sie wird im Folgenden für die Anerkennungs-, die Aberkennungsklage und die Klage nach Art. 85*a* SchKG vorgenommen.

1. Anerkennungsklage (Art. 79 SchKG)

Art. 79 SchKG, gemeinhin als Anerkennungsklage bekannt, spricht davon, dass «*ein Gläubiger, gegen dessen Betreibung Rechtsvorschlag erhoben worden ist, seinen Anspruch im Zivilprozess geltend zu machen hat*». Mit diesem Wortlaut hat sich der Gesetzgeber gegen ein SchKG-Sonderverfahren entschieden und den Weg einer Verzahnung mit dem (seinerzeit kantonal geregelten) Zivilprozess gewählt. Art. 79 SchKG regelt die Klage nicht selbst, sondern baut in Art. 79 Satz 2 SchKG auf die seinerzeit kantonale und heute gemäss der eidgenössischen ZPO erhobene Klage auf. Angesichts dieses Wortlauts hat das Bundesgericht schon früh festgehalten, dass die Anerkennungsklage *«ausserhalb der Schuldbetreibung und damit der Anwendbarkeit des SchKG»* steht.[46] Die Position des Bundesgerichts, die Anerkennungsklage unter Art. 1 lit. a ZPO zu subsumieren,[47] kann als Fortsetzung dieser Interpretation verstanden werden.

> Diese Eigenständigkeit bereits aus ihrer «Doppelnatur» abzuleiten, wäre nicht überzeugend.

Bei einer solchen Ausgangslage wäre Art. 79 Satz 2 SchKG lediglich als punktuelle Regelung zu verstehen, die berücksichtigt, dass die Leistungsklage im Kontext einer Betreibung erhoben wurde. Sie wäre lediglich eine «Brückennorm», damit dem Betreibungsamt in zweifelhaften Fällen klar ist, auf welche Betreibung sich der Entscheid bezieht, so dass ein zusätzliches Rechtsöffnungsverfahren vermieden werden kann.[48] Art. 79 Satz 2 SchKG erscheint also in der Tat als betreibungsrechtlicher Reflex[49] einer «ZPO-Klage». Dass die «Anerkennungsklage» einen eigenen Namen trägt (vgl. auch Art. 77 Abs. 4 Satz 1, Art. 153*a* Abs. 1 und Art. 279 Abs. 2 SchKG), steht diesem Befund nicht entgegen. Das ist etwa vor dem Hintergrund, dass Art. 79 SchKG gleichermassen das Verwaltungsverfahren erfasst, heute weiterhin sinnvoll.

2. Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG)

Die Aberkennungsklage gilt als materiell-rechtliche Klage, die erreichen soll, dass die Nichtexistenz der Betreibungsforderung mit Rechtskraft festgestellt wird.[50] Die Aberkennungsklage als ZPO-Klage einzuordnen, hiesse, sie als negative Feststellungsklage zu betrachten, welche im Kontext

40 Botschaft Bundesrechtspflege 2001 (FN 39), 4307.

41 BSK BGG-Klett/Escher, Art. 72 N 6, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger/Lorenz Kneubühler (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2018 (zit. BSK BGG-Bearbeiter/in); Peter Reetz, Das neue Bundesgerichtsgesetz unter besonderer Berücksichtigung der Beschwerde in Zivilsachen – Auswirkungen auf die Anfechtung von Entscheiden des Zürcher Obergerichts und Handelsgerichts (Fortsetzung), SJZ 2007, 29 ff., 29; Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich, in: Hansjörg Seiler/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich/Niklaus Oberholzer (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz (BGG), Stämpflis Handkommentar, 2. A., Bern 2015 (zit. SHK-Bearbeiter/in), Art. 72 BGG N 16; Vock/Meister-Müller (FN 7), 28.

42 SHK-von Werdt/Güngerich (FN 41), Art. 72 BGG N 16. Für die Aberkennungsklage: BGer, 5A_863/2017, E. 1. Für die Klage nach Art. 85*a* Abs. 1 SchKG: BGer, 5A_966/2016, E. 2.1.

43 BGE 81 II 82 E. 1 *i.f.*; BSK BGG-Klett/Escher (FN 41), Art. 72 N 6.

44 Reetz (FN 41), SJZ 2007, 29; SHK-von Werdt/Güngerich (FN 41), Art. 72 BGG N 12; insoweit a.M. BSK BGG-Klett/Escher (FN 41), Art. 72 N 6.

45 Insbesondere gilt die Streitwertgrenze auch für die Schuldbetreibungssachen (*arg e* Art. 74 Abs. 2 BGG), Botschaft Bundesrechtspflege 2001 (FN 39), 4309.

46 BGer, B.150/1994, E. 3a (BlSchK 1995, 10 ff.).

47 Oben FN 30.

48 Zu dieser Funktion vgl. BGer, B.150/1994, E. 2.a (BlSchK 1995, 10 ff., 15).

49 FN 23.

50 BGE 130 III 285 E. 5.3.1; Gilliéron (FN 4), Art. 83 N 51.

einer Betreibung erhoben wird. Für eine solche Anschauung wären einige Hürden zu überwinden. In der Lehre wird dezidiert vertreten, dass es sich um eine *eigenständige Feststellungsklage nach dem SchKG* handelt.[51] Im historischen Kontext ist das überzeugend. Der historische Gesetzgeber konnte – im Gegensatz zur Leistungsklage für Art. 79 SchKG – nicht darauf vertrauen, dass es in jeder kantonalen Zivilprozessordnung eine relativ gleichförmige Idee einer negativen Feststellungsklage gibt, für die das SchKG nur noch die Bezüge zur Betreibung regeln muss. Zwar war die negative Feststellungsklage im kantonalen Prozessrecht bekannt. Allerdings gab es dort ebenfalls die sog. Klageprovokation,[52] so dass partikulare Abgrenzungsprobleme vorprogrammiert gewesen wären, wenn der Gesetzgeber des SchKG für die Aberkennungsklage auf den kantonalen Prozess verwiesen hätte. Diese historischen Gegebenheiten haben sich jedoch gewandelt. Zudem lässt sich die Rechtsprechung des Bundesgerichts so deuten, dass dieses in der Aberkennungsklage inzwischen eine allgemeine Feststellungsklage sieht, welche nur nach «Brückennormen» für den Kontext der Betreibung verlangt. Dafür sprechen die folgenden Ausführungen des Bundesgerichts:[53]

«*Die Aberkennungsklage ist eine negative Feststellungsklage (*Jaeger/Walder/Kull/Kottmann*[…]), mit der die Feststellung der Nichtexistenz der betriebenen Forderung verlangt werden kann, nicht aber die Aufhebung der provisorischen Rechtsöffnung (BGE 95 II 617 E. 1 S. 620*; Amonn/Gasser*[…]). Es ist eine materiellrechtliche Klage, die sich mit Ausnahme der Verteilung der Parteirollen und des Gerichtsstands grundsätzlich nicht von einer ordentlichen Feststellungsklage unterscheidet. […] Der materiellrechtliche Charakter zeigt sich auch daran, dass ein vor Gewährung der Rechtsöffnung hängiger Feststellungsprozess automatisch zum Aberkennungsprozess wird, ohne dass der Schuldner speziell auf Aberkennung klagen müsste (BGE 117 III 17 E. 1b S. 19; […]). Im Betreibungsverfahren kommt dieser Feststellungsklage indessen besondere Bedeutung zu.*»[54]

Das Bundesgericht stellt überzeugend in den Vordergrund, dass eine vor Erteilung der Rechtsöffnung hängige negative Feststellungsklage automatisch zur Aberkennungsklage wird, ohne dass der Betriebene seinen Antrag ändern müsste.[55] Art. 83 SchKG verlangt kein auf die Betreibung gerichtetes Dispositiv, obwohl die Gutheissung der Klage dazu führt, dass die Schuldbetreibung dahinfällt.[56] Diese Eigenschaften legen nahe, dass Art. 83 SchKG der allgemeinen Feststellungsklage nur eine Zuständigkeit und allenfalls die pauschale Anerkennung des Feststellungsinteresses hinzufügt.[57]

> **Vor diesem historischen Hintergrund war es daher folgerichtig, Art. 85a als eigenständige Klage des SchKG anzusehen. Dieses Umfeld hat sich heute gewandelt.**

Führt man diesen Gedanken weiter, müsste eine als Aberkennungsklage erhobene negative Feststellungsklage eine solche bleiben, selbst wenn Art. 83 SchKG nicht erfüllt ist. Auch dafür finden sich Anhaltspunkte. Eine Aberkennungsklage, welche die Prozessvoraussetzungen des SchKG nicht, diejenigen der ZPO aber erfüllt, bleibt als allgemeine Feststellungsklage aufrechterhalten, etwa wenn die Betreibung dahinfällt, aber ein Feststellungsinteresse noch gegeben sein sollte.[58] Zudem ist eine zu spät eingereichte Aberkennungsklage als negative Feststellungsklage gem. Art. 85*a* SchKG entgegenzunehmen,[59] sie wird also nicht kraft Fristablaufs unzulässig.

Angesichts dessen muss Art. 83 Abs. 2 SchKG nicht einmal als eigentliche Klagefrist[60] verstanden werden, was den Nimbus der Eigenständigkeit der Aberkennungsklage weiter abschwächt. Art. 83 Abs. 2 SchKG würde lediglich die Auswirkungen einer in kurzer Frist erhobenen negativen Feststellungsklage regeln. Es scheint also, dass der Boden für das Konzept der Kontinuität der negativen Feststellungsklage hinreichend bereitet ist. Art. 83 SchKG würde dieser Klage lediglich ergänzende Wirkungen für den Kontext der Betreibung hinzufügen. Art. 198 lit. e ZPO, der die Aberkennungsklage den «Klagen aus dem SchKG» zuordnet, muss man angesichts der Historie jedenfalls nicht

51 Vock/Meister-Müller (FN 7), 153; KUKO SchKG-Vock (FN 33), Art. 83 N 6; Spühler/Dolge (FN 2), N 350. Demgegenüber betont BSK SchKG I-Staehelin (FN 4), Art. 83 N 19 ff., den Charakter als materiellrechtliche negative Feststellungsklage, reiht die Klage also in die allgemeine zivilprozessuale Terminologie ein.

52 Auch zum Vorstehenden: Nino Sievi, Die negativen Feststellungsklagen des schweizerischen Rechts im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens, Zürich/Basel/Genf 2017, 8.

53 BGE 128 III 44 E. 4a–b.

54 BGE 128 III 44 E. 4a–b.

55 BGE 128 III 44 E. 4a; KUKO SchKG-Vock (FN 33), Art. 83 N 5.

56 KUKO SchKG-Vock (FN 33), Art. 83 N 15. Ebenso für das Dahinfallen provisorischer Vollstreckungsmassnahmen BGer, 5A_127/2010, E. 3.1; BSK SchKG I-Staehelin (FN 4), Art. 83 N 67.

57 Vgl. Jolanta Kren Kostkiewicz, SchKG Kommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 20. A., Zürich 2020, Art. 83 N 11 (die zusätzlich auf die verdrehten Parteirollen verweist, was aber den Vergleich mit der positiven Feststellungsklage betrifft).

58 BSK SchKG I-Staehelin (FN 4), Art. 83 N 17 m.w.H.

59 SK-Komm.-Vock/Aepli-Wirz (FN 4), Art. 83 SchKG N 20; BSK SchKG I-Staehelin (FN 4), Art. 83 N 32 m.w.H.

60 So wohl bislang BGE 130 III 285 E. 5.3.1.

so auslegen, als habe der Gesetzgeber über die Entbehrlichkeit des Schlichtungsverfahrens hinaus eine Aussage zur Qualifikation der Klage treffen wollen. Art. 198 lit. e Ziff. 1 ZPO erweist sich vielmehr als Sondervorschrift, welche die allgemeine Feststellungsklage vom Erfordernis des Schlichtungsverfahrens befreit, sobald sie im Kontext einer Betreibung erhoben wurde – nicht umsonst steht diese Vorschrift in der ZPO.

> **Einen besonderen Einfluss dürfte die Verortung der materiell-rechtlichen Klagen auf das Verhältnis der Zuständigkeitsbestimmungen der ZPO zu den im SchKG geregelten Gerichtsständen haben.**

Aus alledem könnte man schliessen, dass die Eigenständigkeit der Aberkennungsklage historisch gerechtfertigt war, heute aber wegen der Einheit des Zivilprozessrechts nicht mehr zwingend ist. Dieser Deutung steht lediglich im Wege, dass sich die Aberkennungsklage auf den Bestand bzw. die Fälligkeit der Forderung *zum Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls* bezieht,[61] was sich von einer allgemeinen Feststellungsklage unterscheidet. Das ist ein Argument für die Lehre, die von der Eigenständigkeit der Aberkennungsklage ausgeht.[62] Es wird sich erweisen, ob diese Hürde gross genug ist, um dem Sprung in ein modernes Verständnis von Art. 83 Abs. 2 SchKG als ZPO-Klage im Wege zu stehen.

3. Klage nach Art. 85*a* SchKG

Bei der Klage nach Art. 85*a* SchKG ist der Weg zur Deutung als ZPO-Klage etwas hürdenreicher. Als (zumeist negative[63]) Feststellungsklage[64] führt sie gemäss der herrschenden Meinung zu einer rechtskräftigen Entscheidung über das materielle Recht, ist also eine «materiell-rechtliche» Klage.[65] In der Lehre wird das bestritten,[66] wofür es im Hinblick auf die Zuständigkeit durchaus Gründe gibt. Für die folgenden Ausführungen wird allerdings die herrschende Meinung zugrunde gelegt, da die Ergründung dieser Streitfrage den Rahmen des vorliegenden Beitrags übersteigen würde. Im Anschluss an die Botschaft wird der Klage nach Art. 85*a* eine «Doppelnatur» zugesprochen.[67] Der Grund dafür ist, dass das Dispositiv nicht allein auf die Feststellung des materiellen Rechts, sondern gem. Art. 85*a* Abs. 3 SchKG ebenso auf die Einstellung der Betreibung gerichtet ist.[68] Was ihre Herkunft angeht, gilt sie auch in ihrem materiell-rechtlichen Charakter als «SchKG-Klage», die gegenüber der allgemeinen Feststellungsklage eigenständig ist.[69]

Diese Eigenständigkeit bereits aus ihrer «Doppelnatur» abzuleiten, wäre nicht überzeugend. Die Anerkennungsklage (Art. 79 Satz 2 SchKG) und – ungeschrieben[70] – auch die Aberkennungsklage wirken sich nämlich ebenfalls auf die Zulässigkeit der Betreibung aus, ohne dass man ihnen deshalb eine Doppelnatur attestiert.[71] Art. 85*a* Abs. 3 SchKG unterscheidet sich davon nicht; es handelt sich lediglich um den betreibungsrechtlichen Vollzug der Feststellung zum materiellen Recht. Demzufolge wird in der Lehre auch in Art. 85*a* Abs. 3 SchKG nur ein betreibungsrechtlicher «Reflex» gesehen.[72] Wie auch immer man zur Doppelnatur steht, erscheint es jedenfalls nicht gerechtfertigt, aus Art. 85*a* Abs. 3 SchKG andere Schlüsse für die Qualifikation der Klage zu ziehen als bei der An- oder der Aberkennungsklage.

Die Gründe, warum die Klage nach Art. 85*a* SchKG als eigenständig betrachtet wird, liegen wiederum vorwiegend in der Historie. Als Art. 85*a* SchKG geschaffen wurde, herrschte Unsicherheit darüber, unter welchen Umständen die «ungeschriebene, bundesrechtliche, allgemeine negative Feststellungsklage» ergriffen werden konnte.[73] Das lag an einer Entscheidung des Bundesgerichts, wonach eine Betreibung die allgemeine Feststellungsklage zwar nicht sperre, aber für sich allein kein Feststellungsinteresse zu

61 BGE 128 III 44 E. 5.

62 Vgl. BSK SchKG I-Staehelin (FN 4), Art. 83 N 15, der darin die Ursache für frühere Zweifel über die Rechtsnatur der Klage sieht.

63 Streitig, ob in Einzelfällen eine positive Feststellung denkbar ist: Spühler/Dolge (FN 2), N 726; Luca Tenchio, Feststellungsklagen und Feststellungsprozess nach Art. 85*a* SchKG, Zürich 1999, 52 FN 252.

64 BGE 136 III 587 E. 2.

65 BSK SchKG I-Bangert (FN 4), Art. 85*a* N 3; KUKO SchKG-Brönnimann (FN 33), Art. 85*a* N 2; Kotronis (FN 12), ZZZ 2016, 68; Tenchio (FN 63), 54.

66 Spühler/Dolge (FN 2), N 726: Klage mit Reflexwirkung für das materielle Recht ohne materiell-rechtliche Rechtskraft.

67 Botschaft vom 8. Mai 1991 über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), BBl 1991 III 1 ff. (zit. Botschaft SchKG 1991), 70; BGer, 5P.337/2006, E. 4; BGE 125 III 149 E. 2c; KUKO SchKG-Brönnimann (FN 33), Art. 85*a* N 2. Zustimmend Tenchio (FN 63), 53 f., der es allerdings für möglich hält, dass der Kläger die Klage ausdrücklich auf die betreibungsrechtliche Wirkung beschränken kann.

68 BGE 125 III 149 E. 2c.

69 Brönnimann (FN 25), AJP 1996, 1396; Philipp Känzig/Eva Gut, Art. 85*a* SchKG – Revision geglückt?, AJP 2019, 913 ff., 918. Vgl. aus der Rechtsprechung: BGer, 5A_656/2019, E. 3.4.1; OGer ZH, LB190039, 17.12.2019, E. 2.1 (rechtskräftig, vgl. OGer ZH, LB200027-O/U, 19.8.2020).

70 BGer, 5A_127/2010, E. 3.1; BSK SchKG I-Staehelin (FN 4), Art. 83 N 67.

71 Für Art. 79 und Art. 83 SchKG sieht das Bundesgericht darin lediglich einen Reflex: BGE 130 III 285 E. 5.3.1.

72 Tenchio (FN 63), 54.

73 Vgl. Botschaft SchKG 1991 (FN 67), Ziff. 202.75; Brönnimann (FN 25), AJP 1996, 1395 f.

begründen vermochte.[74] Zudem hatte das Bundesgericht der allgemeinen Feststellungsklage die unmittelbare Wirkung für den Fortbestand der Betreibung versagt, so dass der Schuldner auf den Umweg des Art. 85 SchKG verwiesen war, um die Betreibung zu stoppen.[75] Das stand in Kontrast zur Aberkennungsklage, für die eine unmittelbare betreibungsrechtliche Wirkung anerkannt ist (obwohl sie im Gesetzeswortlaut ebenso wenig zum Ausdruck kommt).[76] Vor diesem Hintergrund war die Einführung von Art. 85*a* SchKG eine Neu- und Eigenheit. Die Vorschrift anerkennt das Feststellungsinteresse pauschal[77] und regelt in Abs. 3 betreibungsrechtliche Wirkungen, welche der allgemeinen Klage dezidiert vorenthalten waren. Hinzu kommt, dass die allgemeine, bundesrechtliche Feststellungsklage seinerzeit noch eine Besonderheit war. Sie war ausserhalb des kantonalen Prozessrechts durch die Rechtsprechung entwickelt worden; ihre Natur unterlag folglich unterschiedlicher Betrachtung.[78] Im kantonalen Recht fand sich mitunter noch die gemeinrechtliche Provokationsklage, welche für bundesrechtswidrig erklärt wurde, als die Botschaft zu Art. 85*a* SchKG bereits geschrieben war.[79] Zu dieser Zeit hatte die allgemeine negative Feststellungsklage also womöglich den Anschein eines «Orchideengewächses» und konnte daher kaum als allgemeines Institut dienen, auf welches das SchKG nur noch aufzubauen hätte. Vor diesem historischen Hintergrund war es daher folgerichtig, Art. 85*a* als eigenständige Klage des SchKG anzusehen.

Dieses Umfeld hat sich heute gewandelt. Einerseits gibt es mit Art. 88 Variante 2 ZPO inzwischen eine allgemeine negative Feststellungsklage, die kraft ihrer Provenienz beanspruchen kann, Grundlagencharakter zu haben. Andererseits haben sich beide Klagen von ihrer anfänglichen Gegensätzlichkeit gelöst und in ihrer Entwicklung aufeinander zubewegt, so dass sich ihre Verschiedenheit heute in Grenzen hält: Zum einen tendiert das Bundesgericht inzwischen dazu, das Feststellungsinteresse bei Art. 88 ZPO an die Fortentwicklung des Art. 85*a* SchKG anzupassen. Es soll bereits gegeben sein, wenn die Forderung in Betreibung gesetzt wurde, ohne dass der Feststellungskläger konkret nachweisen müsse, dass er wegen der Betreibung in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit empfindlich beeinträchtigt wird.[80] Dass Art. 85*a* (oder auch Art. 83 Abs. 2) SchKG das Feststellungsinteresse pauschal anerkennt, ist also keine Besonderheit mehr.

Zum anderen hat der Gesetzgeber im Jahr 2019 (angesichts einer als zu eng empfundenen Rechtsprechung[81]) den Anwendungsbereich für die Klage nach Art. 85*a* SchKG deutlich erweitert.[82] Indem sie neu nicht nur nach rechtskräftiger Beseitigung des Rechtsvorschlags zulässig ist, erscheint die Klage nach Art. 85*a* SchKG immer weniger als betreibungsrechtlicher Sonderfall. Ihr ursprünglicher Charakter, ein Notbehelf zum Schutz vor ungerechtfertigter Vollstreckung zu sein, steht nicht mehr im Vordergrund.[83] In der Lehre wird deshalb überzeugend dafür plädiert, das Rechtsschutzinteresse bei Art. 85*a* SchKG nicht mehr an der Betreibung, sondern am materiellen Recht anzuknüpfen, so dass die Klage nach Art. 85*a* SchKG auch dann fortgeführt werden könnte, wenn die Betreibung dahinfällt.[84] Das wäre ein entscheidender Schritt, um Art. 85*a* SchKG nicht als eigene Klage, sondern als Bezug zur Feststellungsklage gemäss ZPO zu begreifen. Wenn man diesen Schritt geht, wäre nur noch zu diskutieren, ob die Zuständigkeit am Betreibungsort über den Grundsatz der *perpetuatio fori* bestehen bleiben kann, wenn die Betreibung dahinfällt.

Trotz dieser noch ungeklärten Fragen kann festgehalten werden, dass sich die Klage nach Art. 85*a* SchKG und die allgemeine Feststellungsklage bereits beträchtlich angenähert haben. Der letzten Endes unvermeidliche Unterschied, dass einer Klage nach Art. 88 ZPO zumindest im Regelfall ein Schlichtungsverfahren vorangeht, welches nach Art. 85*a* SchKG entbehrlich ist (Art. 198 lit. e ZPO),[85] wäre – wie bei der Aberkennungsklage[86] – kein Hinderungsgrund, Art. 85*a* SchKG nicht länger als eigene Klage zu verstehen, sondern als Brücke zur Feststellungsklage gemäss ZPO.

74 BGE 110 II 352 E. 2.

75 BGE 110 II 352 E. 2.

76 Oben FN 21.

77 Vgl. Brönnimann (FN 25), AJP 1996, 1396; BSK SchKG I-Bangert (FN 4), Art. 85*a* N 4. Das gilt natürlich gleichermassen für Art. 83 Abs. 2 SchKG: Hans Schmid, Negative Feststellungsklagen, AJP 2002, 774 ff., 777.

78 Vgl. dazu BK-Markus (FN 7), Art. 88 ZPO N 1 f.

79 Vgl. Schmid (FN 77), AJP 2002, 775 und BGE 118 II 521 E. 3c, zur Bundesrechtswidrigkeit der luzernischen Provokationsklage (der Entscheid erging zeitlich nach der Botschaft zur Einführung des Art. 85*a* SchKG).

80 BGE 141 III 68 E. 2.7; Rodrigo Rodriguez/Patrik Gubler, Die Abwehr von Betreibungsregistereinträgen ab dem 1. Januar 2019, ZBJV 155/2019, 12 ff., 17.

81 BGE 125 III 149 (Unzulässigkeit der Klage vor rechtskräftiger Beseitigung des Rechtsvorschlags); dagegen u.v.a. Karl Spühler/Luca Tenchio, Feststellungsklagen gemäss Art. 85 a Abs. 1 SchKG nach gültig erhobenem Rechtsvorschlag?, AJP 1999, 1241 ff.

82 Kren Kostkiewicz (FN 57), Art. 85*a* SchKG N 1, 4; Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 19. Februar 2015, BBl 2015 3209 ff., 3220 zur Änderung von Art. 85*a* SchKG per 1.1.2019.

83 Thomas Engler, Aus der neueren Zürcher Rechtsprechung zum SchKG, BlSchK 2021, 117 ff., 123 f.

84 Känzig/Gut (FN 69), AJP 2019, 917.

85 Känzig/Gut (FN 69), AJP 2019, 917 FN 23.

86 Siehe oben V.C.2.

VI. Konsequenzen

Der Beitrag hat gezeigt, dass das herkömmliche Verständnis der materiell-rechtlichen Klagen als «SchKG-Klagen» im Wandel ist. Wenn man sie fortan als «ZPO-Klagen» verstehen würde, wären allfällige Lücken mit der ZPO zu schliessen. Eine solche konzeptuelle Verschiebung im Verhältnis von SchKG und ZPO kann auf manch eine Streitfrage zu den materiell-rechtlichen Klagen Einfluss nehmen. Das sei im Folgenden schlaglichtartig illustriert, um Anknüpfungspunkte für die weitere Diskussion zu schaffen. Eine abschliessende Beurteilung dieser Streitfragen kann – dem Zuschnitt des Beitrags entsprechend – hier nicht erfolgen.

Würde man Art. 83 Abs. 2 und Art. 85*a* SchKG als Erscheinungsformen der allgemeinen negativen Feststellungsklage begreifen, fiele es womöglich leichter zu argumentieren, dass nicht nur die Abweisung der Aberkennungsklage,[87] sondern ebenso die Abweisung der allgemeinen negativen Feststellungsklage ein definitiver Rechtsöffnungstitel sein kann, was in der Lehre umstritten ist.[88] Zudem wäre es möglich, verbleibende Probleme bei Art. 85*a* SchKG, wie das betreibungsfixierte Rechtsschutzinteresse, aufzulösen.[89] Ein anderer, vom hier skizzierten Wandel betroffener Punkt könnte die Zuständigkeit des Handelsgerichts für die Klage nach Art. 85*a* SchKG sein, die noch nicht restlos geklärt ist:[90] Je mehr man Art. 83 und Art. 85*a* SchKG als kontextbezogene Sonderregelungen für die gleiche, allgemeine Feststellungsklage begreifen kann, desto leichter fällt es, zu argumentieren, dass die handelsgerichtliche Zuständigkeit für die Klage nach Art. 85*a* SchKG nicht anders bewertet werden kann als für Art. 83 SchKG.

Einen besonderen Einfluss dürfte die Verortung der materiell-rechtlichen Klagen auf das Verhältnis der Zuständigkeitsbestimmungen der ZPO zu den im SchKG geregelten Gerichtsständen haben. Das sei anhand der Streitfrage gezeigt, in welchem Verhältnis die Aberkennungszuständigkeit am Betreibungsort (Art. 83 Abs. 2 SchKG) zu den zwingenden Gerichtsständen der ZPO steht. Von einer verbreiteten Auffassung wird Art. 46 ZPO so gelesen, dass Art. 9 ff. ZPO gar nicht zur Anwendung gelangen, sobald das SchKG selbst eine Zuständigkeit vorsieht.[91] Die Gerichtsstände der ZPO würden nur zur Anwendung gelangen, wenn das SchKG – wie im Fall der *An*erkennungsklage (Art. 79 SchKG) – keine Zuständigkeit bereithält.[92] Aus dieser Lesart wird gefolgert, dass den im SchKG vorgesehenen Zuständigkeiten Vorrang vor den zwingenden Gerichtsständen der ZPO zukomme.[93] Auf Basis dieser Auffassung wird in der Rechtsprechung z.B. der Schluss gezogen, dass eine mietrechtliche Aberkennungsklage am Betreibungsort erhoben werden müsse, selbst wenn dieser vom Ort der Räumlichkeit inzwischen verschieden ist, da sich Art. 83 Abs. 2 SchKG gegenüber Art. 33, 35 ZPO durchsetze.[94] Die Gegenauffassung, insbesondere die Literatur zum SchKG, teilt diesen absoluten Vorrang des SchKG nicht.[95]

Im Hintergrund dieser Diskussion über das Verständnis von Art. 46 ZPO steht wohl die Frage, wo die materiell-rechtlichen Klagen angesiedelt sind – im SchKG oder in der ZPO? Wenn sie ihre Grundlage in der ZPO finden, müsste man Art. 46 ZPO wohl so lesen, dass im Ausgangspunkt die Gerichtsstände der Art. 9 ff. ZPO gelten, wobei das SchKG für die Betreibungssituation einen weiteren Gerichtsstand hinzufügen kann. Dieser SchKG-Gerichtsstand würde diejenigen der ZPO nur verdrängen, wenn der Gesetzgeber die SchKG-Zuständigkeit als ausschliessliche Zuständigkeit gewollt hat, was jeweils durch Auslegung zu ermitteln ist. Die blosse Existenz einer SchKG-Zuständigkeit würde allein noch nichts über ihren Vorrang aussagen. Für die hier angerissene Streitfrage wäre zur Kenntnis zu nehmen, dass das Bundesgericht die Zuständigkeit am Betreibungsort gem. Art. 83 Abs. 2 SchKG nicht als zwingend versteht.[96] Art. 83 Abs. 2 SchKG duldet also trotz des betreibungsrechtlichen Kontextes andere Zuständigkeiten neben sich. Vor diesem Hintergrund dürften die zwingenden Gerichtsstände der ZPO nicht hinter Art. 83 Abs. 2 SchKG zurücktreten, wenn man die Aberkennungsklage nicht als SchKG-, sondern als ZPO-Klage versteht.

VII. Fazit

Die materiell-rechtlichen Klagen als eigenständige Klagen des SchKG anzusehen, war historisch gesehen richtig. Das komplizierte Verhältnis des SchKG zum kantonal zersplitterten Prozessrecht liess keine andere Wahl. In der Folge

87 BGE 134 III 656 E. 5.3 ff.

88 Dafür: PC-Heinzmann (FN 29), Art. 88 CPC N 26 m.w.H.; ablehnend: Stéphane Abbet, in: La mainlevée de l'opposition, Commentaire des articles 79 à 84 LP, Bern 2017, Art. 80 N 14. Offengelassen durch BGer, 5A_383/2020, E. 3.5.

89 Dazu oben FN 84.

90 Vgl. Kotronis (FN 12), ZZZ 2016, 67 f.; BK-Berger (FN 7), Art. 6 ZPO N 27.

91 KUKO ZPO-Haas/Strub (FN 27), Art. 46 N 2; Sprecher (FN 4), SJZ 2011, 275.

92 OGer ZH, PD130003, 22.4.2013, E. 2.6.3.

93 Sutter-Somm/Schrank, in: Sutter-Somm et al. (FN 6), Art. 46 ZPO N 1.

94 OGer ZH, PD130003, 22.4.2013, E. 2.6.3.

95 BSK SchKG I-Staehelin (FN 4), Art. 83 N 34; SK-Komm.-Vock/Aepli-Wirz (FN 4), Art. 83 SchKG N 15; KUKO SchKG-Vock (FN 33), Art. 83 N 7.

96 BGE 135 V 124 E. 4.3.2; KUKO SchKG-Vock (FN 33), Art. 83 N 7.

ihrer Verortung im SchKG hatten die materiell-rechtlichen Klagen im Vergleich zur allgemeinen Prozessualistik einige Besonderheiten angenommen.

Seit 2011 gibt es ein vereinheitlichtes und damit ein «allgemeines Zivilprozessrecht», dem eine Grundlagenfunktion zukommt. Was die Feststellung des materiellen Rechts im Zivilprozess angeht, sollte nicht mehr das SchKG, sondern die ZPO der Treiber der Fortentwicklung des Verfahrensrechts sein. Es ist daher neu zu bestimmen, wie sich die Vorschriften des SchKG über die materiell-rechtlichen Klagen zum allgemeinen Zivilprozessrecht verhalten.

Der Beitrag hat aufgezeigt, dass die im SchKG wurzelnden Besonderheiten der materiell-rechtlichen Klagen immer weniger werden. Es ist fraglich, ob die materiell-rechtlichen Klagen wirklich noch «SchKG-Klagen» sind oder ob Art. 79, 83 und 85*a* SchKG nicht lediglich «Brückennormen» sind für Klagen, die kraft ZPO im Kontext einer Betreibung erhoben werden und letztlich «ZPO-Klagen» sind.

Ein solchermassen verändertes Konzept könnte als Begründungsmuster praktische Streitfragen beeinflussen, wie z.B. das Verhältnis der SchKG-Zuständigkeiten (Art. 83 Abs. 2; Art. 85*a* SchKG) zu den Gerichtsständen der ZPO. Wer die materiell-rechtlichen Klagen als ZPO-Klagen betrachtet, wird womöglich weniger Schwierigkeiten haben, die Anwendbarkeit zwingender ZPO-Gerichtsstände zu bejahen.

Abschliessend ist auf das in der Einleitung bemühte Bild vom «Kuckucksei» zurückzukommen, welches die Geschichte dem SchKG in Gestalt der materiell-rechtlichen Klagen ins Nest gelegt hat. Wie es sich für Kuckuckseier gehört, haben sie zunächst die Färbung des SchKG angenommen. Sodann sind die Klagen dogmatisch gewachsen und haben sich gemausert, so dass ihre Natur als ZPO-Klage deutlich sichtbar wird. Seit 2011 sind sie flügge geworden und könnten in Zukunft das sein, was sie womöglich schon immer waren: Allgemeine Zivilprozesse, die im Kontext einer Betreibung erhoben werden.

Anzeige

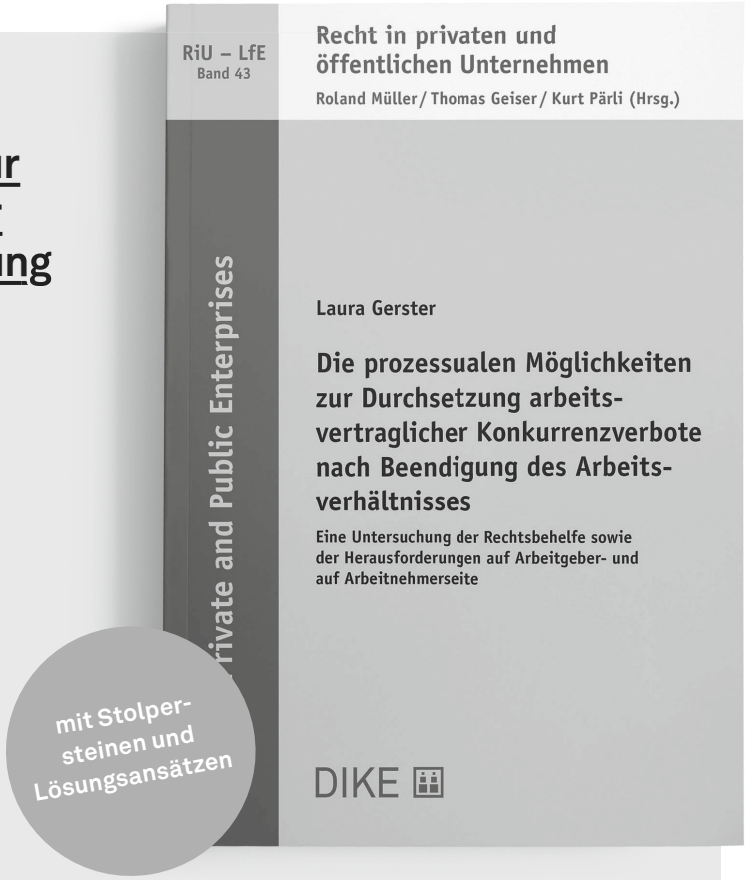
Laura Gerster

Die prozessualen Möglichkeiten zur Durchsetzung arbeitsvertraglicher Konkurrenzverbote nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Eine Untersuchung der Rechtsbehelfe sowie der Herausforderungen auf Arbeitgeber- und auf Arbeitnehmerseite

Im Zusammenhang mit der Durchsetzung arbeitsvertraglicher Konkurrenzverbote zeigt Laura Gerster die bestehenden Rechtsbehelfe aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmersicht, die Herausforderungen in der Praxis sowie entsprechende Lösungsansätze auf. Die Arbeit widerlegt damit das in der Praxis weit verbreitete Vorurteil «Konkurrenzverbote sind sowieso nicht durchsetzbar».

2021, 357 Seiten, broschiert
ISBN 978-3-03891-246-0
CHF 88.–



www.dike.ch/2460

DIKE