

Dr. iur. Daniel Hunkeler

Unzulässigkeit einer Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG durch einen Drittpfandsteller

Kommentar zum Bundesgerichtsentscheid vom 23. Dezember 2002 (5C.256/2002; amtliche Publikation erfolgt: BGE 129 III 197 ff.)

Ein Drittpfandsteller ist nicht berechtigt, zur Feststellung des Nichtbestands eines Pfandrechts eine negative Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG zu erheben. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung kann sich die Klage nur auf die Schuld beziehen, weshalb der Ausdruck «Betriebener» den Drittpfandsteller nicht einschliesst.

[Rz 1] Entscheidung der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 23. Dezember 2002 (5C.256/2002; amtliche Publikation erfolgt: BGE 129 III 197 ff.).

[Rz 2] Zur Sicherung eines ihm gewährten Darlehens übergab A.F. seinem Darlehensnehmer zwei auf der Liegenschaft seiner Ehefrau L.F. lastende Schuldbriefe. Im Rahmen der späteren Betreuung auf Pfandverwertung des Darlehensnehmers (bzw. dessen Witwe) kam es zur Zwangsverwertung der Liegenschaft von L.F. Der Darlehensnehmer A.F. erklärte in einer Selbstanzeige vom 15.10.2001 gegenüber der Bezirksanwaltschaft Hinwil, die Unterschrift seiner Ehefrau auf den massgeblichen Dokumenten gefälscht zu haben.

[Rz 3] L.F. gelangte am 24. Oktober 2001 an das Bezirksgericht Hinwil mit dem Begehren, den Nichtbestand der in der Betreuung auf Grundpfandverwertung (gestützt auf die beiden auf ihrer Liegenschaft lastenden Schuldbriefe) geltend gemachten Pfandrechte festzustellen und die fragliche Betreuung definitiv aufzuheben. Der zuständige Einzelrichter trat mit Verfügung vom 28. Mai 2002 auf die Klage nicht ein, und das Obergericht des Kantons Zürich wies den von L.F. dagegen erhobenen Rekurs mit Beschluss vom 15. Oktober 2002 unter Bestätigung der Verfügung des Einzelrichters ab. Mit Berufung vom 15. Oktober 2002 beantragte L.F. dem Bundesgericht die Aufhebung der vorinstanzlichen Beschlüsse und die Anweisung des Einzelrichters des Bezirksgerichts Hinwil, auf die Klage einzutreten. Mit Entscheid vom 23. Dezember 2002 wies das Bundesgericht die Berufung ab, soweit es auf sie eintrat, und bestätigte den angefochtenen Beschluss des Obergerichtes des Kantons Zürich.

[Rz 4] In seiner Begründung wies das Bundesgericht zunächst auf die Doppelnatur der Klage nach Art. 85a SchKG hin, welche wie die Aberkennungsklage einerseits als materiellrechtliche Klage die Feststellung der Nichtschuld oder der Stundung bezwecke und andererseits betriebsrechtliche Wirkung habe, indem der Richter mit Gutheissung der Klage die Betreuung einstelle oder aufhebe. Weiter hielt das Bundesgericht vorab fest, dass dieses zusätzliche Verteidigungsmittel unverhältnismässige Härten und materiellrechtlich unbefriedigende Ergebnisse korrigieren soll und erst nach rechtskräftiger Beseitigung des Rechtsvorschlags und bis zur Verteilung des Verwertungserlöses bzw. bis zur Konkurseröffnung zur Verfügung stehe (E. 2.1 des Entscheides, unter Hinweis auf BGE 125 III 149 E. 2c und auf BGE 127 III 41 E. 4c).

[Rz 5] Das Bundesgericht entschied sodann, vom möglichen Inhalt der Klage nach Art. 85a SchKG sei zu unterscheiden, wer diese Klage zu erheben berechtigt sei. In der Lehre bestünden uneinheitliche Auffassungen zur Frage, ob nur dem Schuldner als Betriebenen ein Klagerecht einzuräumen sei oder auch dem Ehegatten oder dem Drittpfandeigentümer, welchen ebenfalls ein Zahlungsbefehl zuzustellen sei (E. 2.4 des Entscheides, mit Verweis auf die Lehre). Die Vorinstanz sei von einer erweiterten Klageberechtigung ausgegangen. Über die Frage brauche vorliegend nicht befunden zu werden, da die Klage im vorliegenden Fall jedenfalls schon vom möglichen Inhalt her unzulässig sei. Die Entstehungsgeschichte des Art. 85a SchKG zeige, dass die Klage ein Notbehelf darstellen soll für Fälle, in denen die Betreuung aufgrund einer nicht bestehenden oder nicht fälligen Forderung ihren Lauf nehme und dadurch eine unverhältnismässige Härte bzw. eine unbefriedigende Situation entstehe. Dass auch der Bestand des Pfandrechts im Rahmen von Art. 85a SchKG klageweise überprüft werden könne, müsse schon aufgrund der Entstehungsgeschichte und des Wortlauts dieser Bestimmung verneint werden. Auch die in der Lehre zu dieser Frage eingenommenen Standpunkte liessen kein anderes Resultat zu. Daher sei die Berufung abzuweisen (bzw. sei auf sie nicht einzutreten, soweit in ihr tatsächliche Vorbringen erfolgt seien, die über die für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz hinausgingen; vgl. E. 1.2, E. 2.4 und E. 2.5, u.a. mit Verweis auf Art. 55 Abs. 1 lit. c OG und auf BGE 126 III 59 E. 2a S. 65, mit Hinweisen).

Kommentar:

[Rz 6] Das Bundesgericht hat es abgelehnt, dass mit der Klage nach Art. 85a SchKG auch der Bestand eines Pfandrechts überprüft werden kann. Seine Entscheidung fällt das Bundesgericht für ein von einem Dritten bestelltes Pfand (*sog. Drittpfand*), doch gilt der Entscheid auch hinsichtlich eines von einem *Schuldner* bestellten Pfandes. Das Bundesgericht entschied in Übereinstimmung mit dem Grossteil der Lehre und stützte sich in seiner Argumentation auch auf die Entstehungsgeschichte und auf den Wortlaut des Art. 85a SchKG ab. Die Bestimmung war im Rahmen der jüngsten grösseren Teilrevision des SchKG (in Kraft seit 1.1.1997) in das Gesetz eingefügt worden. Ein ursprünglicher Vorschlag, das Klagerecht ausdrücklich auch auf die Feststellung der Nichtexistenz eines Pfandrechts auszudehnen, wurde im Rahmen der Gesetzgebungsarbeiten wieder fallen gelassen (vgl. die Nachweise in E. 2.5 des Entscheides; vgl. ferner Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Auflage, Band I, N 1 zu Art. 85a). Insoweit ist der bundesgerichtliche Entscheid sicher vertretbar bzw. «richtig». Allerdings verlangt der Wortlaut von Art. 85a SchKG unseres Erachtens nicht zwingend dieses Ergebnis, und auch die Materialien und die ratio legis der neuen Bestimmung hätten unseres Erachtens unter Umständen einen gegenteiligen Entscheid zugelassen. Das Bundesgericht wollte jedoch die Klagemöglichkeiten nach Art. 85a SchKG nicht erweitern. Mit einer Änderung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist daher in nächster Zeit nicht zu rechnen. Ein Drittpfandsteller muss sich zur Feststellung des Nichtbestehens eines Pfandes weiterhin durch Erhebung von Rechtsvorschlag (vgl. Art. 153 Abs. 2 SchKG) und über die allgemeine Feststellungsklage zur Wehr setzen.

[Rz 7] Das Bundesgericht wies im Rahmen seines Entscheides auch kurz auf seine bisherige Rechtsprechung hin, wonach die Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG erst nach rechtskräftiger Beseitigung eines Rechtsvorschlags zulässig sei (vgl. E. 2.1 des Entscheides, mit Verweis auf BGE 125 III 149 E. 2c und auf BGE 127 III 41 E. 4c). Auf die in der Literatur gegen diese Rechtsprechung erhobenen kritischen Stimmen (vgl. dazu statt vieler: Spühler Karl/Tenchio Luca, Feststellungsklagen gemäss Art. 85a Abs. 1 SchKG nach gültig erhobenem Rechtsvorschlag?, in: AJP/PJA 1999, 1241 ff.; vgl. ferner etwa Schmid Hans, Negative Feststellungsklagen, in: AJP/PJA 2002, 774 ff., 781 f.) ging das Bundesgericht dabei nicht ein. Der diesbezügliche Hinweis des Bundesgerichts erfolgte auch nur beiläufig, und im Übrigen gerade nicht von der diese Praxis begründenden Schuldbetreibungs- und Konkurskammer, sondern von der II. Zivilkammer. Gleichwohl ist der Bundesgerichtsentscheid zumindest kein Indiz dafür, dass in absehbarer Zeit auch bezüglich dieser Frage mit einer Praxisänderung des Bundesgerichts gerechnet werden kann.

Dr. iur. Daniel Hunkeler, LL.M., ist Rechtsanwalt bei Schumacher Baur Hürlimann, Zürich und Baden.

Rechtsgebiet	SchKG
Erschienen in	Jusletter 4. August 2003
Zitiervorschlag	Daniel Hunkeler, Unzulässigkeit einer Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG durch einen Drittpfandsteller, in: Jusletter 4. August 2003 [Rz]
Internetadresse	http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.jsp?ArticleNr=2570