Urteilskopf

129 III 197

32. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung i.S. L.F. gegen A.B. (Berufung) 5C.256/2002 vom 23. Dezember 2002

Regeste (de):
Zulässigkeit der Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG.

Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung kann sich die Klage nur auf die Schuld beziehen, weshalb der Ausdruck "Betriebener" den Drittpfandsteller nicht einschliesst (E. 2).

Regeste (fr):
Recevabilité de l'action en constatation de l'art. 85a LP.

Selon le texte de cette disposition, l'action ne peut concerner que la dette, de sorte que le terme "le débiteur poursuivi" ne comprend pas le tiers qui a constitué le gage (consid. 2).

Regesto (it):
Ammissibilità dell'azione di accertamento dell'art. 85a LEF.

In virtù della lettera di tale norma, l'azione può unicamente riferirsi al debito, motivo per cui la nozione di "escusso" non include il terzo che ha costituito il pegno (consid. 2).

Sachverhalt ab Seite 197

Zur Sicherung eines am 22. Juni 1998 gewährten Darlehens über Fr. 165'000.- übergab A.F. B.B. zwei auf der Liegenschaft seiner Ehefrau L.F. in Z. lastende Schuldbriefe, nämlich einen Namensschuldbrief im 1. Rang über Fr. 65'000.- und einen als Eigentümerschuldbrief ausgestalteten Inhaberschuldbrief über Fr. 135'000.- im 2. Rang. Die Witwe des inzwischen verstorbenen B.B., A.B., stellte am 6. Dezember 2000 für den Betrag von Fr. 172'562.50 zuzüglich Zinsen und Kosten beim Betreibungsamt Z. das Begehren um Betreibung auf Grundpfandverwertung. A.F. und L.F. erhoben Rechtsvorschlag. Die Einzelrichterin des Bezirksgerichts Hinwil erteilte am 3. März 2001 die provisorische Rechtsöffnung. Auf Ersuchen von A.B. fand am 5. Oktober 2001 die Zwangsverwertung der Liegenschaft von L.F. statt. L.F. gelangte am 24. Oktober 2001 an das Bezirksgericht Hinwil mit dem Begehren, den Nichtbestand der in der Betreibung auf Grundpfandverwertung Nr. ... des Betreibungsamtes Z. gestützt auf den Schuldbrief im ersten und den Schuldbrief im zweiten Rang auf ihrer Liegenschaft in Z. geltend gemachten Pfandrechte festzustellen und die Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Z. definitiv aufzuheben. Mit Verfügung vom 28. Mai 2002 trat der Einzelrichter auf die Klage nicht ein. Das Obergericht des Kantons Zürich wies den von L.F. dagegen erhobenen Rekurs ab. Mit Berufung vom 15. Oktober 2002 beantragt L.F. dem Bundesgericht, den Beschluss des Obergerichts aufzuheben und den Einzelrichter des Bezirksgerichts Hinwil anzuweisen, auf die Klage

einzutreten. Das Bundesgericht weist die Berufung ab, soweit es darauf eintritt.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Anlass zur Berufung gibt die Frage, ob der Bestand eines Pfandes im Verfahren nach Art. 85a SchKG geklärt werden kann.

2.1 Mit der Klage nach Art. 85a SchKG hat der Gesetzgeber einen neuen Rechtsbehelf geschaffen, mit dem der Betriebene durch den Richter feststellen lassen kann, dass die Schuld nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet ist. Diese Klage weist eine Doppelnatur auf. Wie die Aberkennungsklage bezweckt sie einerseits als materiellrechtliche Klage die Feststellung der Nichtschuld oder der Stundung, anderseits hat sie aber, wie das Verfahren nach Art. 85 SchKG, auch betreibungsrechtliche Wirkung, indem der Richter mit ihrer Gutheissung die Betreibung einstellt oder aufhebt (BGE 125 III 149 E. 2c). Dieses zusätzliche Verteidigungsmittel soll unverhältnismässige Härten und materiellrechtlich unbefriedigende Ergebnisse korrigieren. Es steht erst nach rechtskräftiger Beseitigung des Rechtsvorschlags und bis zur Verteilung des Verwertungserlöses bzw. der Konkurseröffnung zur Verfügung (BGE 125 III 149 E. 2c; BGE 127 III 41 E. 4c).

2.2 Die Klägerin vertritt die Ansicht, dass der in Art. 85a SchKG verwendete Ausdruck "Betriebener" auch den Drittpfandsteller einschliesst. Sie weist auf den Zweck des neuen Rechtsbehelfs hin und empfindet es als ungerecht, wenn dieser nur dem Schuldner, nicht aber dem Drittpfandsteller zur Verfügung steht.

2.3 Demgegenüber kam die Vorinstanz zum Schluss, dass zur Bestreitung des Pfandrechts ausreichende Rechtsbehelfe bestehen. Aus dem verbesserten Schuldnerschutz könne nicht geschlossen werden, dass der Gesetzgeber diese Erweiterung auch für den Fall der Bestreitung des Pfandrechts wollte.

2.4 Bei der Kommentierung des neuen Art. 85a SchKG durch die Lehre fällt auf, dass durchwegs von der Klage auf Feststellung, dass die Schuld nicht oder nicht mehr bestehe oder gestundet sei, die Rede ist. Hingegen wird der Bestand des Pfandes als möglicher Inhalt der Feststellungsklagen von den meisten Autoren gar nicht erwähnt (AMONN/GASSER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Aufl., N. 15 S. 139, N. 22 S. 141; GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, N. 9 zu Art. 85a SchKG; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Bundesgesetz

über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., 1997, N. 12 zu Art. 85a SchKG; BODMER, Basler Kommentar, SchKG I, N. 2, 26 und 31 zu Art. 85a SchKG; BRÖNNIMANN, Neuerungen bei ausgewählten Klagen des SchKG, ZSR 115/1996 S. 215 ff.; derselbe, Zur Klage nach Art. 85a SchKG, AJP 1996 S. 1396; WALDER, Rechtsbehelfe im schweizerischen Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, in: Festschrift für Hideo Nakamura, Tokyo 1996, S. 647). Einzelne Autoren betonen aufgrund der Entstehungsgeschichte der neuen Bestimmung zudem, dass sie sehr restriktiv anzuwenden und als blosser Notbehelf aufzufassen sei (so GASSER,

Revidiertes SchKG - Hinweise auf kritische Punkte, ZBJV 132/1996 S. 639). Einzig LUCA TENCHIO geht - unter Hinweis auf WALDER/JENT-SØRENSEN - davon aus, dass mit der Klage gestützt auf Art. 85a SchKG auch der Nichtbestand des Pfandrechts festgestellt werden kann (Feststellungsklagen und Feststellungsprozess nach Art. 85a SchKG, Diss. Zürich 1999, S. 52; WALDER/JENT-SØRENSEN, Tafeln zum Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 5. Aufl., 1997, S. 38). Weder er noch die von ihm angeführten Autoren führen allerdings ein Argument für ihren Standpunkt an. Vom möglichen Inhalt der Klage nach Art. 85a SchKG ist zu unterscheiden, wer sie zu erheben berechtigt ist. Während einzelne Autoren nur den Schuldner als Betriebenen im Sinne dieser Bestimmung anerkennen und ihm ein Klagerecht einräumen (AMONN, a.a.O., N. 22 S. 141), gestehen andere auch dem Ehegatten oder dem Drittpfandeigentümer, welchem ebenfalls ein Zahlungsbefehl zuzustellen ist, die Aktivlegitimation zu (JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, a.a.O., N. 7 zu Art. 85a SchKG; GILLIÉRON, a.a.O., N. 70 zu Art. 85a SchKG). Die Vorinstanz geht von einer erweiterten Klageberechtigung aus. Da sich die Klage aus nachfolgenden Gründen als unzulässig erweist, ist über diese Streitfrage vorliegend nicht zu befinden.

2.5 Entgegen den Darlegungen der Klägerin liefert die Entstehungsgeschichte des Art. 85a SchKG keine Anhaltspunkte für eine Auslegung in ihrem Sinne. In der Botschaft des Bundesrates ist von der unverhältnismässigen Härte und der unbefriedigenden Situation die Rede, wenn die Betreibung ihren Lauf nimmt, die aufgrund einer nicht bestehenden oder nicht fälligen Forderung eingeleitet worden ist (BBl 1991 III 68, Ziff. 202.75). Dass auch der Bestand des Pfandrechts klageweise überprüft werden könne, wird vom Bundesrat nicht einmal angetönt. Der zuhanden der Studienkommission gemachte Vorschlag Nägeli, welcher die Feststellungsklage auch auf das Pfandrecht ausdehnen wollte, ist in der anschliessenden

Diskussion in diesem Gremium sowie in der Expertenkommission und in den eidgenössischen Räten nicht aufgenommen worden (Nachweise bei JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, a.a.O., N. 1 zu Art. 85a SchKG). Da sich die Klage nach dem Wortlaut von Art. 85a SchKG nur auf die Schuld beziehen kann, schliesst der Ausdruck "Betriebener" den Drittpfandsteller nicht ein. Mit dieser Wortwahl wird bloss darauf hingewiesen, dass die Klage nach Art. 85a SchKG eine noch hängige Betreibung voraussetzt, über welche es neben der materiellrechtlichen Frage zu entscheiden gilt. Ein darüber hinausgehendes Rechtsschutzinteresse braucht hingegen für die Beurteilung der Klage nicht nachgewiesen zu werden (SPÜHLER/TENCHIO, Feststellungsklagen gemäss Art. 85a Abs. 1 SchKG nach gültig erhobenem Rechtsvorschlag?, AJP 1999 S. 1241, mit Hinweisen). Damit bleiben dem Drittpfandsteller der Rechtsvorschlag (Art. 153 Abs. 2 SchKG) und die allgemeine Feststellungsklage, um den Bestand seines Pfandes überprüfen zu lassen. Weder die Materialien zu Art. 85a SchKG noch die in der Lehre eingenommenen Standpunkte lassen ein anderes Resultat zu. Allein der Umstand, dass diese Ausgangslage von der Klägerin als ungerecht empfunden wird, verschafft ihr noch kein Klagerecht nach Art. 85a SchKG.