

A. Betreibungsbegehren, Zahlungsbefehl und Rechtsvor-schlag

I. Betreibungsbegehren

1. Funktionen des Betreibungsbegehrens

a) Verfahrensrechtliche Funktion: Mit dem Betreibungsbegehren wird das Einleitungsverfahren in Gang gesetzt. Es stellt sowohl ein Surrogat eines Erkenntnisverfahrens (Zahlungsbefehl, Verfahren betr. prov. Rechtsöffnung etc.) als auch ein Vollstreckungsverfahren (Verfahren betr. def. Rechtsöffnung) dar.

b) Materiellrechtliche Funktion: Das Betreibungsbegehren unterbricht die Verjährung der geltend gemachten Forderung (OR 135 Ziff. 2). Zahlreiche Beteiligungen werden lediglich wegen dieser materiellrechtlichen Funktion eingeleitet. Die Erhebung einer Beteiligung ist die einfachste und billigste Form der Unterbrechung der Verjährung. Andere Möglichkeiten sind: Einleitung der Klage mit Begehren um Durchführung einer Schlichtungsverhandlung

2. Form und Inhalt des Betreibungsbegehrens

Das Betreibungsbegehren kann mündlich oder schriftlich gestellt werden. Für die schriftliche Stellung steht dem Gläubiger ein amtliches, aber nicht obligatorisches Formular zur Verfügung.

Der Inhalt des Betreibungsbegehrens umfasst:

- Bezeichnung der Parteien und ihre Vertreter.
- Forderungssumme inklusive Zinsen in schweizerischer Währung. Eine Forderung in ausländischer Währung kann nicht Gegenstand eines Beteiligungsverfahrens sein. Die Umrechnung in Schweizer Franken ist Sache des Gläubigers. Kann eine auf eine Fremdwährung lautende Forderung gestützt auf eine sog. „Effektivklausel“ nicht umgewandelt werden oder will der Gläubiger sonst die fremde Währung nicht umwandeln, muss die Forderung auf dem Weg der **kantonalen Zwangsvollstreckung** durchgesetzt werden.
- Schliesslich sind die Forderungsurkunde und deren Datum und in Ermangelung einer solchen der Grund der Forderung anzugeben. Dabei genügen aber nach der Praxis summarische Angaben. Immerhin muss dem Schuldner aus dem Gesamtzusammenhang klar sein, welcher Forderung geltend gemacht wird. Eine ungenügende Bezeichnung der Forderung ist anfechtbar, jedoch nicht nichtig (BGE 121 III 18).

Mit dem Beteiligungsbegehren wird der "Streitgegenstand" des Beteiligungsverfahrens definiert. Eine "Klageänderung" ist später nicht mehr möglich (vgl. hierzu ...).

Gesetzesbestimmung

Bundesrecht:

Art. 67 SchKG

67 A. Betreibungsbegehren

1 Das Betreibungsbegehren ist schriftlich oder mündlich an das Betreibungsamt zu richten. Dabei sind anzugeben:

1. der Name und Wohnort des Gläubigers und seines allfälligen Bevollmächtigten sowie, wenn der Gläubiger im Auslande wohnt, das von demselben in der Schweiz gewählte Domizil. Im Falle mangelnder Bezeichnung wird angenommen, dieses Domizil befinde sich im Lokale des Betreibungsamtes;
2. der Name und Wohnort des Schuldners und gegebenenfalls seines gesetzlichen Vertreters; bei Betreibungsbegehren gegen eine Erbschaft ist anzugeben, an welche Erben die Zustellung zu erfolgen hat;
3. die Forderungssumme oder die Summe, für welche Sicherheit verlangt wird, in gesetzlicher Schweizerwährung; bei verzinslichen Forderungen der Zinsfuss und der Tag, seit welchem der Zins gefordert wird;
4. die Forderungsurkunde und deren Datum; in Ermangelung einer solchen der Grund der Forderung.

2 Für eine pfandgesicherte Forderung sind ausserdem die in Artikel 151 vorgesehenen Angaben zu machen.

3 Der Eingang des Betreibungsbegehrens ist dem Gläubiger auf Verlangen gebührenfrei zu bescheinigen.

Siehe das Formular im Anhang ...

II. Zahlungsbefehl

1. Inhalt des Zahlungsbefehls

Der Inhalt des Zahlungsbefehls ist vorgegeben durch das Betreibungsbegehren.

Er enthält insbesondere zwei Fristansetzungen:

- *Frist zur Erhebung von Rechtsvorschlag*: Dem Schuldner läuft eine 10 - tägige Frist zur Bestreitung der Forderung d.h. zur Erhebung von Rechtsvorschlag.
- *Frist zur Bezahlung*: Im Weiteren läuft dem Schuldner eine Frist von 20 Tagen zur Bezahlung der Forderung inkl. Zinsen und Kosten.

Die Androhungen betr, diese beiden Fristen lautet:

Wenn der Schuldner innert Frist weder Rechtsvorschlag erhebt, noch die Forderung an das Betreibungsamt bezahlt, kann der Gläubiger ohne weiteres das Fortsetzungsbegehren nach Art. 88 SchKG stellen. Unterlässt der Schuldner diese Handlungen wird unterstellt, dass der Schuldner den Bestand der Forderung nicht bestreitet, jedoch nicht in der Lage ist, die Forderung zu bezahlen und damit die Durchführung der Zwangsvollstreckung akzeptiert. In diesem Sinne handelt es sich beim vollstreckbaren Zahlungsbefehl – im weiteren Sinne ähnlich wie ein gerichtlicher Vergleich - um einen konsensualen Vollstreckungstitel.

Besonders hervorzuheben ist dabei: Die Nichterhebung des Rechtsvorschlags führt nicht zu einer rechtskräftigen Feststellung der Forderung. Die Forderung wird lediglich *vollstreckbar*.

2. Prüfungspflicht des Betreibungsbeamten

Bei der Ausstellung des Zahlungsbefehls stellt sich das Problem, welche Fragen der Betreibungsbeamte in welcher Tiefe zu prüfen hat.

Keinerlei Prüfung betr. Forderung und Zinsen: Keinerlei Prüfung ist notwendig und zulässig betr. die in Betreuung gesetzte Forderung und die geltendgemachten Zinsen. Fraglich vielleicht bei wucherischen Zinsen..... Der Betreibungsbeamte kommt in diesem Zusammenhang höchstens eine Beratungsaufgabe zu.

Prüfung der Verfahrensvoraussetzungen Vor Ausstellung des Zahlungsbefehls hat der Betreibungsbeamte die Verfahrensvoraussetzungen zu prüfen.

Es sind dies:

- Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit und Prozessführungsbefugnis;
- Berechtigung zur Stellvertretung, falls ein Vertretung für den Gläubiger handelt
- und vor allem die örtliche Zuständigkeit.

3. Vorlegung der Forderungsurkunde und der Beweismittel

Nach Art. 73 SchKG kann der Schuldner zur Prüfung der Forderung vom Gläubiger die Vorlegung der "Beweismittel für seine Forderung" wie das Gesetz sagt verlangen. D.h. Vertragsurkunde, Schreiben aus denen hervorgeht, dass der Gläubiger dem Schuldner vorwirft, den Vertrag nicht erfüllt zu haben etc.

Die Androhung für das Nichtvorlegen lautet: Der Gläubiger muss damit rechnen, dass sein Verhalten im nachfolgenden Rechtsstreit bei Festsetzung der Kosten berücksichtigt wird. D.h. unter Umständen hat er trotz Obsiegen die Kosten zu tragen, falls der Schuldner sich mangels Vorlegung der Beweismittel zur Bestreitung der Forderung gezwungen sah und deshalb der Gläubiger ein Gerichtsverfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlages einleitete. Es handelt sich hier dogmatisch gesehen um eine sog. vorprozessuale kostensanktionierte Editionsspflicht.

Die Kostenverteilungsregel in Art. 73 SchKG ist als *lex specialis* zur Regelung der Kostenverteilung in Art. 105 ff. ZPO zu sehen. Die Nichtvorlage der Beweismittel kann als anderer besonderer Umstand gewertet werden, welcher es erlaubt nach Ermessen vom allgemeinen Grundsatz der Kostenverteilung nach Obsiegen und Unterliegen abzuweichen (vgl. Art. ... ZPO).

Neben bei ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass in der neuen ZPO allgemein die Möglichkeit bestehen wird, zur Beurteilung der Prozesschancen vorsorglich Beweise abzunehmen (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO).

4. Anfechtbarkeit und Nichtigkeit des Zahlungsbefehls

Der Zahlungsbefehl kann ausnahmsweise nichtig sein (vgl. Art. 22 SchKG). Anwendungsfälle sind: Zahlungsbefehl, welcher an eine nicht betreibungsfähige Person persönlich zugestellt wird; Ausstellung eines Zahlungsbefehls durch einen offensichtlich befangenen Betreibungsbeamten, missbräuchliche Betreibung etc.

Nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar ist der vom unzuständigen Amt ausgestellten Zahlungsbefehl oder der Zahlungsbefehl mit ungenügender Bezeichnung der Forderung.

Gesetzesbestimmungen

Bundesrecht:

Art. 69, 70 und 73 SchKG

VIII. Zahlungsbefehl und Rechtsvorschlag

69 A. Zahlungsbefehl

1. Inhalt

1 Nach Empfang des Betreibungsbegehrens erlässt das Betreibungsamt den Zahlungsbefehl.

2 Der Zahlungsbefehl enthält:

1. die Angaben des Betreibungsbegehrens;
2. die Aufforderung, binnen 20 Tagen den Gläubiger für die Forderung samt Betreibungskosten zu befriedigen oder, falls die Betreibung auf Sicherheitsleistung geht, sicherzustellen;
3. die Mitteilung, dass der Schuldner, welcher die Forderung oder einen Teil derselben oder das Recht, sie auf dem Betreibungswege geltend zu machen, bestreiten will, innerhalb zehn Tagen nach Zustellung des Zahlungsbefehls dem Betreibungsbeamten dies zu erklären (Rechtsvorschlag zu erheben) hat;
4. die Androhung, dass, wenn der Schuldner weder dem Zahlungsbefehl nachkommt, noch Rechtsvorschlag erhebt, die Betreibung ihren Fortgang nehmen werde.

70 2. Ausfertigung

1 Der Zahlungsbefehl wird doppelt ausgefertigt. Die eine Ausfertigung ist für den Schuldner, die andere für den Gläubiger bestimmt. Laute die beiden Urkunden nicht gleich, so ist die dem Schuldner zugestellte Ausfertigung massgebend.

2 Werden Mitschuldner gleichzeitig betrieben, so wird jedem ein besonderer Zahlungsbefehl zugestellt.

73 B. Vorlage der Beweismittel

1 Auf Verlangen des Schuldners wird der Gläubiger aufgefordert, innerhalb der Bestreitungsfrist die Beweismittel für seine Forderung beim Betreibungsamt zur Einsicht vorzulegen.

2 Kommt der Gläubiger dieser Aufforderung nicht nach, so wird der Ablauf der Bestreitungsfrist dadurch nicht gehemmt. In einem nachfolgenden Rechtsstreit berücksichtigt jedoch der Richter beim Entscheid über die Prozesskosten den Umstand, dass der Schuldner die Beweismittel nicht hat einsehen können.

III. Rechtsvorschlag

1. Allgemeines

Der Rechtsvorschlag hat folgende Funktionen:

a) Der Rechtsvorschlag ist in der Hauptfunktion eine Willenserklärung des Schuldners, mit der er Forderung und/oder Zinsen laut Zahlungsbefehl bestreitet.

b) Ausnahmsweise dient der Rechtsvorschlag auch der Bestreitung von verfahrensrechtlichen Voraussetzungen zur Geltendmachung der Forderung (Einrede des mangelnden neuen Vermögens nach SchKG 265a II; Einwendung, die Forderung sei identisch mit einer anderen Forderung, für die bereits das Fortsetzungsbegehren gestellt worden sei: BGE 100 III 42).

Ein gültiger Rechtsvorschlag muss

- fristgerecht;
- formgerecht;
- gegenüber der richtigen Stelle;
- von der richtigen Person;
- und inhaltlich richtig erfolgen.

2. Frist

Der Rechtsvorschlag muss innert 10 Tagen nach Zustellung des Zahlungsbefehls erhoben werden. Bei unverschuldeter Fristversäumnis kann der Schuldner die Wiederherstellung der Frist verlangen (Art. 33 Abs. 4 SchKG).

3. Form des Rechtsvorschlags

Der Rechtsvorschlag kann schriftlich auf dem Zahlungsbefehl, in einem Brief oder auch mündlich gegenüber dem Zustellungsbeamten (Betreibungsbeamte oder Postbeamte) erfolgen. Nach der Praxis kann der Rechtsvorschlag sogar telefonisch vorgenommen werden (BGE 99 III 63) oder per Telefax (127 III 181).

4. Inhalt des Rechtsvorschlags

Für den Rechtsvorschlag genügt jede Formulierung, die erkennen lässt, dass die Forderung oder auch nur die Berechtigung zur Betreibung bestritten wird (BGE 73 III 154). Die Verwendung des Wortes Rechtsvorschlag ist nicht notwendig.

Kein gültiger RV ist, wenn der Schuldner sinngemäß lediglich sagt, dass er zur Zeit kein Geld habe:

Beispiele:

"Weil keine Arbeit, kann ich nicht bezahlen. Nachher werde ich von der AHV etwas abbezahlen". (BISchK 40/1976 S. 49); "Ich habe heute Fr. 100.- überweisen lassen und erwarte von der Gemeinde einen Vorschlag, um die Steuern abzutragen." (BISchK 33/1969 S. 172); "Erhebe Rechtsvorschlag, da ich den Gerichtsstand nicht annehme".¹

Der Rechtsvorschlag muss auch in keiner Weise begründet werden (SchKG 75). Vgl. auch BISchK 1976, S. 49; 1969, S. 172.

Ausnahmsweise muss der Rechtsvorschlag einen bestimmten Inhalt aufweisen. Diese Fälle des sog. begründeten Rechtsvorschlags sind folgende:

- Einrede des fehlenden neuen Vermögens gegenüber einer Forderung, für die ein Konkursverlustschein ausgestellt worden ist (Art. 265 SchKG). Ein unbegründeter RV gilt nur als Bestreitung der Forderung (Art.75 II SchKG).
- Art. 74 Abs. 3 verlangt sodann, dass der Schuldner den bestrittenen Betrag genau zu bezeichnen hat, wenn er die Forderung nur teilweise bestreitet. Unterlässt er dies hat diese für den Schuldner allerdings keine nachteilige Konsequenzen, da dann einfach angenommen wird, er bestreite die ganze Forderung.

5. Wer kann Rechtsvorschlag erheben?

Grundsätzlich kann jedermann für den Schuldner Rechtsvorschlag erheben! Erhebt eine nicht bevollmächtigte Person Rechtsvorschlag, tut sie dies im Rahmen einer Geschäftsführung ohne Auftrag (BGE 78 III 157).

6. Adressat des Rechtsvorschlags

Nach der Praxis kann der Rechtsvorschlag gegenüber jedem beliebigen Betreibungsamt erhoben werden (vgl. SchKG 32 II).

7. Nachträglicher Rechtsvorschlag (SchKG 77)

Das Gesetz sieht in einem Fall, nämlich den Gläubigerwechsel während dem Betreibungsverfahren den nachträglichen Rechtsvorschlag vor. Für Einzelheiten kann auf Art. 77 SchKG verwiesen werden.

¹ Fritzsche/Walder

8. Wirkung des Rechtsvorschlags und Wirkungen, falls der Schuldner keinen Rechtsvorschlag erhebt

Der Rechtsvorschlag bewirkt, wie das Gesetz sagt, die Einstellung der Betreibung (Art. 78 SchKG). Die Betreibung bleibt nunmehr ein Jahr pendent oder anhängig (vgl. Art. 88 SchKG). Der Gläubiger hat innert dieser Zeit die Möglichkeit den Rechtsvorschlag auf verschiedene Weise zu beseitigen (Verfahren betr. definitive Rechtsöffnung, Verfahren betr. provisorische Rechtsöffnung, Anerkennungsklage, Verwaltungsverfahren etc.).

Unternimmt er in diesem Jahr nichts, erlischt die Betreibung (Art. 88 Abs. 2 SchKG). Will der Gläubiger später wieder gegen den Schuldner vorgehen, muss er erneute ein Betreibungsbegehren stellen. Zur Frage, ob der Schuldner seinerseits zum Angriff übergehen kann und eine allgemeine Feststellungsklage auf Nichtbestand der Forderung einleiten kann siehe unter ...

Hat der Schuldner keinen Rechtsvorschlag erhoben, bleibt die Betreibung ebenfalls ein Jahr pendent. In dieser Zeit kann der Gläubiger jedoch jederzeit die Fortsetzung der Betreibung verlangen. Deshalb spricht man dabei von einer „laufenden“ Betreibung im Unterschied zu einer „eingestellten“ Betreibung bei einer durch Rechtsvorschlag gehemmten Betreibung. Der Schuldner hat in dieser Zeit die Möglichkeit, die Klage auf Feststellung des Nichtbestandes der Forderung einzuleiten (Art. 85a SchKG).

Gesetzesbestimmungen

Bundesrecht:

Art. 74 – 78 SchKG

- 74 C. Rechtsvorschlag
1. Frist und Form
 - 1 Will der Betriebene Rechtsvorschlag erheben, so hat er dies sofort dem Überbringer des Zahlungsbefehls oder innert zehn Tagen nach der Zustellung dem Betreibungsamt mündlich oder schriftlich zu erklären.
 - 2 Bestreitet der Betriebene die Forderung nur teilweise, so hat er den bestrittenen Betrag genau anzugeben; unterlässt er dies, so gilt die ganze Forderung als bestritten.
 - 3 Die Erklärung des Rechtsvorschlags ist dem Betriebenen auf Verlangen gebührenfrei zu bescheinigen.
- 75 2. Begründung
- 1 Der Rechtsvorschlag bedarf keiner Begründung. Wer ihn trotzdem begründet, verzichtet damit nicht auf weitere Einreden.
 - 2 Bestreitet der Schuldner, zu neuem Vermögen gekommen zu sein (Art. 265, 265a), so hat er dies im Rechtsvorschlag ausdrücklich zu erklären; andernfalls ist diese Einrede verwirkt.
 - 3 Vorbehalten bleiben die Bestimmungen über den nachträglichen Rechtsvorschlag (Art. 77) und über den Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung (Art. 179 Abs. 1).
- 76 3. Mitteilung an den Gläubiger
- 1 Der Inhalt des Rechtsvorschlags wird dem Betreibenden auf der für ihn bestimmten Ausfertigung des Zahlungsbefehls mitgeteilt; erfolgte kein Rechtsvorschlag, so ist dies auf derselben vorzumerken.
 - 2 Diese Ausfertigung wird dem Betreibenden unmittelbar nach dem Rechtsvorschlag, und wenn ein solcher nicht erfolgt ist, sofort nach Ablauf der Bestreitungsfrist zugestellt.
- 77 4. Nachträglicher Rechtsvorschlag bei Gläubigerwechsel
- 1 Wechselt während des Betreibungsverfahrens der Gläubiger, so kann der Betriebene einen Rechtsvorschlag noch nachträglich bis zur Verteilung oder Konkurseröffnung anbringen.

2 Der Betriebene muss den Rechtsvorschlag innert zehn Tagen, nachdem er vom Gläubigerwechsel Kenntnis erhalten hat, beim Richter des Betreibungsortes schriftlich und begründet anbringen und die Einreden gegen den neuen Gläubiger glaubhaft machen.

3 Der Richter kann bei Empfang des Rechtsvorschlages die vorläufige Einstellung der Betreibung verfügen; er entscheidet über die Zulassung des Rechtsvorschlages nach Einvernahme der Parteien.

4 Wird der nachträgliche Rechtsvorschlag bewilligt, ist aber bereits eine Pfändung vollzogen worden, so setzt das Betreibungsamt dem Gläubiger eine Frist von zehn Tagen an, innert der er auf Anerkennung seiner Forderung klagen kann. Nutzt er die Frist nicht, so fällt die Pfändung dahin.

5 Das Betreibungsamt zeigt dem Schuldner jeden Gläubigerwechsel an.

78 5. Wirkungen

1 Der Rechtsvorschlag bewirkt die Einstellung der Betreibung.

2 Bestreitet der Schuldner nur einen Teil der Forderung (74 Abs. 2) , so kann die Betreibung für den unbestrittenen Betrag fortgesetzt werden.

B. Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung und Anerkennungsklage

I. Allgemeines

Der Rechtsvorschlag bewirkt die Einstellung der Betreibung. Zur Beseitigung des Rechtsvorschlages muss der Gläubiger, falls die Forderung bereits in einem Gerichtsverfahren festgestellt worden ist, den Weg der def. Rechtsöffnung nach SchKG 80/81 beschreiten. Ohne def. Rechtsöffnungstitel hat der Gläubiger zwei Möglichkeiten: Anerkennungsklage (SchKG 79) oder prov. Rechtsöffnung (SchKG 82/83).

Dabei ist besonders hervorzuheben:

Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, einen dieser Wege sofort zu beschreiten. Nach SchKG 88 II hat er dafür vielmehr ein Jahr seit Zustellung des Zahlungsbefehls Zeit. Selbstverständlich kann er auch gänzlich auf eine Fortsetzung der Betreibung verzichten. Nach Ablauf dieses Jahres erlischt die Betreibung.

II. Anerkennungsklage

1. Allgemeines

Der Anerkennungsprozess ist ein normaler Zivilprozess. Es gilt nur eine Besonderheit: Mit dem Urteil kann nur, aber immerhin, „direkt“ die Betreibung nach SchKG 88 fortgesetzt werden, wenn im Dispositiv des Urteils ausdrücklich der Rechtsvorschlag beseitigt wird. Sonst muss er nachträglich noch das Verfahren betr. definitive Rechtsöffnung einleiten (Art. ... SchKG).

Dispositiv im Anerkennungsprozess:

Demnach erkannt:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. ... samt Zinsen und Kosten des Zahlungsbefehls zu bezahlen.
2. In diesem Umfang wird der Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. ... beseitigt.
3. Die Gerichtskosten betragen ...
4. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt.

5. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. ... zu bezahlen.
6. Rechtsmittelbelehrung.

Für die Beseitigung des Rechtsvorschlags bei öffentlichrechtlichen Forderungen ist grundsätzlich eine Verwaltungsbehörde zuständig (SchKG 79).

2. Anerkennungsklage in Form des Rechtsschutzes in klaren Fällen

Besonders hervorzuheben ist, dass statt der Einleitung eines ordentlichen Aberkennungsprozess - je nach Streitwert im ordentlichen nach Art. ... ff. ZPO oder summarischen Verfahren - auch ein Verfahren zum Rechtsschutz in klaren Fällen eingeleitet werden kann (Art. 257 SchKG).

Tritt das Gericht auf dieses Verfahren nicht ein, stehen hinterher immer noch das ordentliche Verfahren oder das Verfahren betr. provisorischer Rechtsöffnung zur Verfügung. Es ist anzunehmen, dass die Jahresfrist für die Fortsetzung der Betreibung auch für den Rechtsschutz in klaren Fällen still steht (Art. 88 Abs. 2 SchKG).

Meines Erachtens ist es auch möglich, im selben Verfahren als Hauptbegehren die Gutheißung der Klage im Verfahren nach Art. 257 ZPO zu beantragen und im Eventualantrag ein Begehren um provisorische Rechtsöffnung, welches ja ebenfalls im summarischen Verfahren beurteilt wird, zu stellen. Dass sich durch dieses neue Summarverfahren zur Durchsetzung einer Geldforderung der Verteidigungsaufwand der beklagten Partei erheblich erhöht, hat der Gesetzgeber in Kauf genommen.²

III. Verfahren betr. provisorische Rechtsöffnung

1. Allgemeines

a) Zielsetzung und Rechtsnatur

Das Verfahren betr. provisorischer Rechtsöffnung hat eine andere Zielsetzung als das Verfahren betr. definitive Rechtsöffnung (hierzu ...). Das letztgenannte Verfahren dient der Feststellung der Vollstreckbarkeit eines gerichtlichen Rechtstitels. Im Verfahren betr. provisorischer Rechtsöffnung geht es hingegen um die **Schaffung** eines Vollstreckungstitels. Falls der Schuldner nicht innert Frist die Aberkennungsklage ergreift, wird die provisorische Rechtsöffnung definitiv. D.h.: Der Gläubiger kann gestützt auf den Zahlungsbefehl und den Rechtsöffnungsentscheid gemäß Art. 88 SchKG die Fortsetzung der Betreibung beantragen.

Das Verfahren betr. provisorischer Rechtsöffnung ist daher nach seiner Rechtsnatur kein Vollstreckungsverfahren, sondern ein - allerdings summarisches - Erkenntnisverfahren. Seine Regelung im Schuldbetreibungsverfahren erscheint denn auch mehr als zufällig. Eigentlich gehört dieses Verfahren in die ZPO.

Definition:

Das Verfahren betr. provisorische Rechtsöffnung ist ein (summarisches) Erkenntnisverfahren

² Siehe hierzu die Kritik in MEIER, Vorentwurf, S. 81.

ren oder – genauer gesagt – ein Surrogat von diesem, in dem derjenigen Partei provisorisch "recht" gegeben wird, deren Rechtsposition aufgrund einer schematischen Rechtsprüfung (Prüfung des Vorliegens eines Rechtsöffnungstitels und ob Einwendungen als glaubhaft erscheinen) eher als gegeben erscheint.

Falls die unterliegende Partei nicht innert Frist die Aberkennungsklage einleitet, wird die Entscheidung zum definitiven jedoch nicht rechtskräftigen Vollstreckungstitel.

b) Zweistufigkeit der summarischen Rechtsprüfung

Wie bei der definitiven Rechtsöffnung findet auch bei der provisorischen Rechtsöffnung eine zweistufige Rechtsprüfung statt.

1. Stufe: Formale Prüfung, ob ein provisorischer Rechtsöffnungstitel vorliegt

In einer ersten Stufe wird vom Rechtsöffnungsrichter von Amtes wegen geprüft, ob ein sog. provisorischer Rechtsöffnungstitel vorliegt. Wie sogleich näher darzulegen ist, gehören hierzu insbesondere schriftliche Verträge aller Art, in denen sich der Schuldner mit seiner Unterschrift zur Leistung eines ziffernmäßig bestimmten Forderungsbetrages verpflichtet hat. Das Vorliegen eines Rechtsöffnungstitels kann als eine Prozessvoraussetzung für dieses Verfahren eingestuft werden.

Besonders hervorzuheben ist: Fehlt die Unterschrift oder ist der Forderungsbetrag nicht beziffert, mangelt es am Rechtsöffnungstitels. Auch wenn die Forderung sonst als ausgewiesen erscheint, kann keine Rechtsöffnung erteilt werden! - Dies wird leider sogar in der Praxis oft übersehen.

2. Stufe: Prüfung, ob die vom Schuldner vorgetragene und mit Urkunden belegte Einwendung gegen die Forderung als glaubhaft erscheint.

Liegt in formaler Hinsicht ein provisorischer Rechtsöffnungstitel vor, ist weiter zu prüfen, ob die vom Schuldner vorgetragene und mit Urkunden belegte Einwendung als **glaubhaft** erscheint (Art. 82 II SchKG). Der Schuldner kann sämtliche im materiellen Recht vorgesehenen Einwendungen gegen die Schuld vortragen. D.H.: Nichtigkeit, Willensmängel des Vertrages, Verjährung etc. Diese Einwendungen müssen allerdings als glaubhaft erscheinen.

2. Was ist unter einem provisorischen Rechtsöffnungstitel zu verstehen?

"Durch Unterschrift bekräftigte Schuldanererkennung":

Die wichtigste Form des provisorischen Rechtsöffnungstitels sind die - wie das Gesetz sagt - durch Unterschrift bekräftigten Schuldanererkennungen. Schon im letzten Jahrhundert wurde angenommen, dass unter einer Schuldanererkennung nicht nur eine sog. abstrakte Schuldanererkennung im Sinne von Art. 17 OR, **sondern schlechthin jeder Vertrag zu verstehen ist, in dem sich der Schuldner zur Lesitung eines bestimmten Forderungsbetrages verpflichtet hat.** D.h.: Mietverträge für die Mietzinsforderung, Kaufverträge, soweit der Kaufpreis ziffermässig bestimmt ist, Leasingverträge, Versicherungsverträge, Darlehensverträge, die vorallem in Zusammenhang mit Kleinkredite eine grosse Bedeutung haben, Werkverträge etc.

In der Praxis sind die häufigsten provisorischen Rechtsöffnungstitel Mietverträge, Kaufverträge und Versicherungsverträge.

Streitpunkte in der Praxis sind vor allem: Wie genau muss der Forderungsbetrag beziffert sein? Inwiefern können mehrere Urkunden zusammen einen Rechtsöffnungstitel bilden ?

M.E. sind diese Frage wie folgt zu beantworten: Mit der Bezifferung der Forderung ist es streng zu nehmen. Entgegen Amonn/Walther (...) genügt es nicht, dass der Forderungsbetrag leicht bestimmbar ist. Vielmehr muss der Forderungsbetrag ziffermässig ausgedrückt sein. Beispiel: Eine unterzeichnete Bestellung einer Ware, deren Preis zwar nicht genannt wird, der sich jedoch aus einer Preisliste des Gläubigers ergibt, ist kein provisorischer Rechtsöffnungstitel. - Dies wäre nur der Fall, wenn in der Bestellung ausdrücklich auf eine bestimmte Preisliste Bezug genommen wird. D.h: Mehrere Urkunden können nur zusammen einen Rechtsöffnungstitel bilden, wenn in der Haupturkunde auf die Nebenurkunde Bezug genommen wird.

Öffentliche Urkunde:

Eine weitere Form des provisorischen Rechtsöffnungstitels ist gemäß Art. 82 I die so genannte öffentliche Urkunde. Hierunter sind alle öffentlichen beurkundeten Verträge, insb. Grundstückskaufverträge, aber auch Schuldanerkennungen in einem Gerichtsprotokolle zu verstehen. Diese Form des provisorischen Rechtsöffnungstitels hat eine bedeutend geringere praktische Bedeutung als die privaten Urkunden. Eine gewisse Bedeutung hat dieser Rechtsöffnungstitel lediglich in der Betreibung auf Grundpfandverwertung.

Verlustschein:

Hinzuzufügen ist schliesslich, dass auch der Verlustschein in der Betreibung auf Pfändung und der Konkursverlustschein, falls der Schuldner die Forderung im Konkurs anerkannt hat, provisorische Rechtsöffnungstitel darstellen (Art. 149 II und 265 I SchKG).

3. Einwendungen gegen den Bestand der Forderung nach Art. 82 Abs. 2 SchKG

Liegt ein Rechtsöffnungstitel im genannten Sinne vor, ist die Rechtsöffnung nach Art. 82 II SchKG zu erteilen, "sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht". Nach unbestrittener Auffassung können sich dabei die Einwendungen entgegen dem engen Wortlaut des Gesetzes nicht nur gegen die Schuldanerkennung als solche, sondern auch allgemein gegen den Bestand der Forderungen richten.³

Der Wortlaut des Gesetzes muss sodann in einer weiteren Hinsicht präzisiert werden. Zur Prüfung der Frage, ob Einwendungen gegen die Forderung als glaubhaft erscheinen, hat der Rechtsöffnungsrichter nicht nur, wie der Gesetzeswortlaut nahelegt, die Vorbringen des Schuldners zu berücksichtigen. Vielmehr hat er selbstverständlich auch die Behauptungen und Beweismittel des Gläubigers einzubeziehen. Nur wenn diese Einwendungen unter Berücksichtigung der Vorbringen beider Parteien als glaubhaft erscheinen, vermögen sie den Rechtsöffnungstitel zu "zerstören".

Nach der (wohl) überwiegenden Ansicht in Lehre und Praxis sind je nach Art der Einwendung zwei Stufen des "Glaubhaftmachens" zu unterscheiden:

Nach der weitverbreiteten sogenannten "Basler-Rechtsöffnungspraxis" muss der Schuldner die Einwendung des nicht oder nicht richtig erfüllten Vertrages zunächst nur so vortragen, dass sie nicht als offensichtlich haltlos erscheint. Das Rechtsöffnungsbegehren ist alsdann abzuweisen, falls der Gläubiger nicht "in liquider Weise und bei einer Prüfung, wie sie im

³ Hierzu statt aller Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. 1, § 20 Rz 11 ff.

summarischen Verfahren erfolgen kann, nachweist, dass er seine Vertragsleistung gehörig bewirkt hat".⁴ Ein analoge Praxis gilt für die Frage, ob eine Bedingung eingetreten ist.⁵

Alle anderen Einwendungen und Einreden gegen den Bestand der Schuldpflicht (Dissens, Anfechtung wegen Irrtums, Nichtigkeit, Rechtsmissbrauch, Urteilsunfähigkeit bei Eingehung der fraglichen Verpflichtung, Verjährung, Zahlung, Stundung, Verrechnung etc.)⁶ sind nur beachtlich, wenn sie als glaubhaft erscheinen.

4. Beweislastverteilung und Beweismass

Die Frage der Beweislastverteilung bzw. Verteilung der Glaubhaftmachungslast im Rechtsöffnungsverfahren ist bis jetzt durch Lehre und Praxis kaum geklärt worden.⁷ Fest steht lediglich, dass die Beweislastverteilung gegenüber dem ordentlichen Verfahren zum Teil zugunsten des Schuldners modifiziert ist.

Dies trifft insbesondere für den Beweis der nicht richtigen Erfüllung des Vertrages zu. Im ordentlichen Verfahren trägt hierfür der Schuldner die Beweislast.⁸ Nach der eben zitierten "Basler-Rechtsöffnungspraxis" ist der Schuldner im Rechtsöffnungsverfahren von einer entsprechenden Glaubhaftmachungslast enthoben. Der Schuldner hat lediglich eine leicht gesteigerte Substantiierungspflicht. Der (kaum zu erbringende) Nachweis der richtigen Erfüllung liegt alsdann beim Gläubiger. Analoges gilt auch für den Eintritt einer Bedingung.⁹

Das Beweismass des "Glaubhaftmachens" wird im üblichen Sinne verstanden. *Fritzsche/Walder* zitieren etwa folgende Formulierung aus einem Bündner Entscheid: Glaubhaft sind Einwendungen, "wenn der Richter überwiegend geneigt ist, an ihre Wahrheit zu glauben".¹⁰ Von Ausnahmen abgesehen, ist das alleinige Behaupten der Einwendungen nicht ausreichend. Vielmehr müssen hierfür objektive Anhaltspunkte (Urkunde, welche die Aussage bestätigt, oder besondere Sachumstände) vorliegen.¹¹ Dem Rechtsöffnungsrichter obliegt in dieser Frage ein grosser Ermessensspielraum.¹²

5. Eingeschränktes Behauptungs- und Beweisverfahren für die Vorbringen der Parteien

a) Beweismittelbeschränkungen

Für das Rechtsöffnungsverfahren kommen zunächst einmal die Beweismittelbeschränkungen zur Anwendung, wie sie allgemein im summarischen Verfahren gelten (Art. ... ZPO). Zusätzlich besteht in der Praxis die Tendenz, diese Beweismittel noch weiter einzuschränken. Obwohl dies kaum klar ausgesprochen wird, werden als Beweismittel wohl in der ganzen Schweiz grundsätzlich nur sofort vorgelegte Urkunden zugelassen.¹³ Auch schriftliche

⁴ Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. 1, § 20 Rz 15 f. mit Hinweisen auf abweichende Ansichten in Lehre und Praxis. Die "Basler-Rechtsöffnungspraxis" gilt auch im Kanton Zürich als gefestigte Rechtsprechung. ZR 81 (1982) Nr. 14.

⁵ Siehe die bei Panchaud/Caprez, Rechtsöffnung, §§ 29, 32, 33, 36, 37 und 39 zitierten Entscheide.

⁶ Siehe die bei Panchaud/Caprez, Rechtsöffnung, § 16 zitierten Entscheide.

⁷ Vgl. lediglich die (m.E. allerdings nicht weiterführenden) Erörterungen von Meyer, Rechtsöffnung auf Grund synallagmatischer Schuldverträge, S. 53 ff.

⁸ Hierzu Kummer, Berner Kommentar, Einleitungsartikel, Art. 8 ZGB Rz 275 ff.

⁹ Zur Beweislastverteilung im ordentlichen Verfahren siehe Kummer, Berner Kommentar, Einleitungsartikel, Art. 8 ZGB Rz 258 ff.

¹⁰ Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs, Bd.1, § 20 Anm. 16.

¹¹ ZR 1967 Nr. 110; im Weiteren die bei Panchaud/Caprez, Rechtsöffnung, § 26 zitierten Entscheide.

¹² Diesen heben besonders hervor: Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. 1, § 20 Rz 12.

¹³ Siehe die Leitsätze in Panchaud/Caprez, Rechtsöffnung, § 157 ("Einzig zulässig im Rechtsöffnungsverfahren ist der Beweis durch Urkunden, die von den Parteien dem Richter vorgelegt wer-

Erklärungen von Personen, die an sich als Zeugen in Frage kommen könnten, werden nicht zugelassen.¹⁴

b) Verkürztes Behauptungs- und Beweisverfahren; richterliche Verfahrenshilfen

Den Parteien steht für ihre Vorbringen ein im Vergleich zum ordentlichen Verfahren beschränktes Behauptungs- und Beweisverfahren zur Verfügung.

Richterliche Verfahrenshilfen (richterliche Fragepflicht, Beweiserhebung von Amtes wegen, Untersuchungsmaxime in einzelnen Rechtsbereichen) bestehen zwar nach den gesetzlichen Bestimmungen im selben Umfang wie im ordentlichen Verfahren.¹⁵ Faktisch sind diesen jedoch enge Grenzen gesetzt. Möglich ist allein die Ausübung der richterlichen Fragepflicht, falls das Rechtsöffnungsverfahren als mündliches Verfahren ausgestaltet ist (Art. ... ZPO). In der Praxis wird hiervon denn auch regelmässig gegenüber nicht anwaltlich vertretenen Parteien reger Gebrauch gemacht.

c) Verfahrensfragen

Das Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung ist ein summarisches Verfahren (Art. 251 lit. a ZPO).

Das summarische Verfahren ist stets mit einem begründeten Gesuch einzuleiten (Art. 252 ZPO). Für den weiteren Verfahrensablauf kann es als rein schriftliches Verfahren, d.h. mit schriftlicher Beantwortung des Gesuches oder als ein Verfahren mit mündlicher Verhandlung durchgeführt werden (Art. 253 ZPO).

Falls der Schuldner nicht anwaltlich vertreten ist, was der Regelfall ist, ist eine mündliche Verhandlung zur Garantierung eines fairen Verfahrens unerlässlich. Allein auf diese Weise kann das Gericht in ausreichender Weise die richterliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO ausüben.

Gegen Entscheide betreffend provisorische Rechtsöffnung kann das Rechtsmittel der **Beschwerde** ergriffen werden (**ZPO 309 Ziff. 3 und 319 lit.**

Im Bund steht bei gegebenem Streitwert die Beschwerde in Zivilsachen zur Verfügung (BGG 72 II lit. a)¹⁶. Wird der Streitwert nicht erreicht, kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde (BGG 113) oder allenfalls eine Zulassungsbeschwerde (BGG 74 II lit. a) erhoben werden.

d) Sicherungsmassnahmen des Gläubigers

Bei Bewilligung der provisorischen Rechtsöffnung kann der Gläubiger nach Art. 83 I SchKG Sicherungsmassnahmen beantragen. Die Sicherungsmassnahmen sind verschieden, je nach dem, ob der Schuldner im Handelsregister eingetragen ist oder nicht.

Gegenüber Schuldner, die nicht im Handelsregister eingetragen sind, kann der Gläubiger beim Betreibungsamt die **provisorische Pfändung** verlangen.

Die provisorische Pfändung ist eine gewöhnliche Pfändung mit der einzigen Besonderheit, dass der Gläubiger keine Verwertung verlangen kann. Es ist zu betonen, dass dies eine äusserst einschneidende Massnahme ist. Das Problem dieser Massnahme besteht darin, dass

den" und § 159 "Keine Zeugeneinvernahme im Rechtsöffnungsverfahren") und die dort zitierten Entscheide; vgl. im Weiteren Staehelin, Vom gegenwärtigen Stand der BS-Rechtsöffnungspraxis, BJM 1958, S. 4.

¹⁴ Panchaud/Caprez, Rechtsöffnung, § 160; Staehelin, Vom gegenwärtigen Stand der BS-Rechtsöffnungspraxis, BJM 1958, S. 4.

¹⁵ M.E. gilt die im Bundesrecht für Miet- und Arbeitsstreitigkeiten vorgesehene Untersuchungsmaxime grundsätzlich auch im Rechtsöffnungsverfahren betreffend einer Forderung aus diesen Rechtsgebieten.

¹⁶ Dazu Jent-Sørensen, BGG und SchKG, S. 73; Mauerhofer, Rz 2 ff.

sie während der ganzen Dauer des Aberkennungsprozess aufrechterhalten bleibt. Auch wenn im Laufe des Verfahrens der Nichtbestand der Forderung als wahrscheinlicher erscheint als der Bestand der Forderung, ist eine Aufhebung nicht möglich.

Gegenüber Schuldner, die im Handelsregister eingetragen sind, kann der Gläubiger beim Konkursgericht, die Anordnung eines **Güterverzeichnisses verlangen**.

Das Güterverzeichnis in verschiedener Hinsicht weniger weitgehend als eine provisorische Pfändung:

(1) Das Güterverzeichnis beinhaltet keine Beschlagnahme der Vermögenswerte. Der Schuldner hat die Möglichkeit die Vermögenswerte durch gleichwertige zu ersetzen (Art. 164 SchKG). Er hat also lediglich eine Verpflichtung zum Werterhalt.

(2) Das Güterverzeichnis wird lediglich bewilligt, wenn dies zur Sicherung des Gläubigers geboten ist. In der Praxis werden sehr strenge Anforderungen gestellt. Der Gläubiger muss glaubhaft machen können, dass der Schuldner Vermögenswerte beiseite schafft.

(3) In Art. 83 IV SchKG ist , dass das Konkursgericht das Gläubigerverzeichnis wieder aufheben können, wenn die Gefährdung des Gläubigers nicht mehr besteht. Die provisorische Pfändung kann demgegenüber nicht mehr aufgehoben werden.

6. Aberkennungsklage

(1) Der Aberkennungsprozess ist ein ordentlicher Zivilprozess (SchKG 83 II). Das Besondere liegt darin, dass nicht der Gläubiger auf Leistung, sondern der Schuldner auf Feststellung des Nichtbestehens der Forderung klagt.

(2) Besonders hervorzuheben ist: Die Zuteilung der Klägerrolle an den Schuldner lässt die Beweislastverteilung unberührt! Beispiel: ...

(3) Die Klage ist im nationalen Bereich am Betreuungsort zu erheben (Art. 83 Abs. 2 SchKG),

IV. Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung als Konsumentenschutzverfahren

Wie der Verfasser bereits an anderer Stelle ausgeführt und eingehend begründet hat, hat das Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung zu einem überwiegenden Teil Konsumentenstreitigkeiten zum Gegenstand.¹⁷ Eine rechtstatsächliche Untersuchung im Kanton Zürich (Bezirksgerichte Zürich und Bülach) und Kanton Luzern (Amtsgericht Luzern-Land in Kriens) für das Jahr 1992 hat folgende Erkenntnis ergeben:¹⁸

- Das Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung ist von sehr grosser praktischer Bedeutung. Am Gesamtvolumen von Zivilstreitigkeiten ohne Familiensachen machen sie etwa einen Drittel aller Fälle aus.
- Gegenstand des Rechtsöffnungsverfahrens sind meist Miet- oder Konsumentenstreitigkeiten. Die häufigsten Rechtsöffnungstitel sind: Mietverträge, Darlehensverträge und

¹⁷ Isaak Meier, Streitbeilegung im bilateralen Konsumentenstreit, Auf der Suche nach dem optimalen gerichtlichen und aussergerichtlichen Verfahren zur Streitbeilegung im Konsumentenrecht, in: Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts (JKR) 1999, S. 33 ff.

¹⁸ Isaak Meier, Rechtsschutz im summarischen Verfahren als Alternative zum ordentlichen Zivilprozess im schweizerischen Recht, Köln (Bundesanzeiger) 1997, insb. die Zusammenfassung S. 225.

Kaufverträge. In einer groben Schätzung kann man von einem Anteil an Konsumentenstreitigkeiten von etwa 60 % ausgehen.

- Der beklagte Schuldner ist meist die „schwächere“ Partei. Typischerweise stehen sich eine juristische Person (in über 70 % der Fälle) als professionelle Vermieterin oder Anbieterin von Waren und Dienstleistungen und eine nur selten (unter 10 % der Fälle) anwaltlich vertretene natürliche Person (in über 70 % der Fälle) als Mieterin oder Verbraucherin gegenüber.

Diese Erkenntnisse lassen es einmal mehr als unerlässlich erscheinen, dass das Rechtsöffnungsverfahren als mündliches Verfahren ausgestaltet wird (hierzu ...).

Gesetzesbestimmungen

Bundesrecht:

Art. 79 SchKG

79 D. Beseitigung des Rechtsvorschlages

1. Im Zivilprozess oder im Verwaltungsverfahren

Ein Gläubiger, gegen dessen Betreibung Rechtsvorschlag erhoben worden ist, hat seinen Anspruch im Zivilprozess oder im Verwaltungsverfahren geltend zu machen. Er kann die Fortsetzung der Betreibung nur aufgrund eines rechtskräftigen Entscheids erwirken, der den Rechtsvorschlag ausdrücklich beseitigt.

Art. 82 – 84 SchKG

82 3. Durch provisorische Rechtsöffnung

a. Voraussetzungen

1 Beruht die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanererkennung, so kann der Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung verlangen.

2 Der Richter spricht dieselbe aus, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanererkennung entkräften, sofort glaubhaft macht.

83 b) Wirkungen

1 Der Gläubiger, welchem die provisorische Rechtsöffnung erteilt ist, kann nach Ablauf der Zahlungsfrist, je nach der Person des Schuldners, die provisorische Pfändung verlangen oder nach Massgabe des Artikels 162 die Aufnahme des Güterverzeichnisses beantragen.

2 Der Betriebene kann indessen innert 20 Tagen nach der Rechtsöffnung auf dem Weg des ordentlichen Prozesses beim Gericht des Betreibungsortes auf Aberkennung der Forderung klagen.

3 Unterlässt er dies oder wird die Aberkennungsklage abgewiesen, so werden die Rechtsöffnung sowie gegebenenfalls die provisorische Pfändung definitiv.

4 Zwischen der Erhebung und der gerichtlichen Erledigung der Aberkennungsklage steht die Frist nach Artikel 165 Absatz 2 still. Das Konkursgericht hebt indessen die Wirkungen des Güterverzeichnisses auf, wenn die Voraussetzungen zu dessen Anordnung nicht mehr gegeben sind.

84 4. Rechtsöffnungsverfahren

1 Der Richter des Betreibungsortes entscheidet über Gesuche um Rechtsöffnung.

2 Er gibt dem Betriebenen sofort nach Eingang des Gesuches Gelegenheit zur mündlichen oder schriftlichen Stellungnahme und eröffnet danach innert fünf Tagen seinen Entscheid.

Art. 251 lit. a; Art. 309 lit. b Ziff. 3; Art. 319 lit. b ZPO

Art. 251

Das summarische Verfahren gilt insbesondere für folgende Angelegenheiten:

- a. Entscheide, die vom Rechtsöffnungs-, Konkurs-, Arrest- und Nachlassgericht getroffen werden;
- (...)

Art. 309

Die Berufung ist unzulässig:

(...)

b. in den folgenden Angelegenheiten des SchKG:

(...)

3. Rechtsöffnung (Art. 80-84 SchKG);

Art. 319

Mit Beschwerde ist anfechtbar:

a. nicht berufungsfähige erstinstanzliche Endentscheide, Zwischenentscheide und Entscheide über vorsorgliche Massnahmen;

(...)

C. Verfahren nach Art. 85/85a und 86 SchKG und allgemeine negative Feststellungsklage

Amonn/Walther, § 20

I. Allgemeines

Der unwidersprochen gebliebene Zahlungsbefehl und die – mangels Aberkennungsklage – definitiv gewordene provisorische Rechtsöffnung stellen lediglich Vollstreckungstitel dar. Über die Forderung ist jedoch damit nicht rechtskräftig entschieden. Dies kommt insbesondere darin zum Ausdruck, dass der Schuldner später noch den Bestand der Forderung in einem Zivilprozess wieder in Frage stellen kann. Hierzu stehen ihm vier Instrumente zur Verfügung:

(1) Der Schuldner kann, falls er die Forderung unter dem Druck der Zwangsvollstreckung bezahlt hat, eine Rückforderungsklage nach SchKG 86 anstrengen.

(2) Der Schuldner hat im Weiteren die Möglichkeit, schon während der Dauer des Betreibungsverfahrens eine Klage auf Feststellung des Nichtbestandes der Forderung nach SchKG 85a einzuleiten. Notwendig ist allerdings nach h.M., dass der Schuldner keinen Rechtsvorschlag erhoben hat oder dieser beseitigt worden ist und damit der Gläubiger das Fortsetzungsbegehren stellen kann.

(3) Als Antwort auf die infolge Rechtsvorschlag eingestellte Betreibung kann der Schuldner unter Umständen auch eine allgemeine Feststellungsklage auf Nichtbestand der Forderung einleiten (hierzu ...).

(4) Schliesslich kann der Schuldner Aufhebung oder Einstellung der Betreibung auch im summarischen Verfahren erlangen, falls er Nichtbestand oder Stundung der Forderung mit Urkunden beweisen kann (SchKG 85).

II. Rückforderungsklage nach Art. 86 SchKG

Die Rückforderungsklage kann im Gegensatz zur Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG erst erhoben werden, wenn der Schuldner infolge Betreibung bezahlt hat oder der Gläubiger durch Verwertung der gepfändeten Vermögenswerte ganz oder teilweise befriedigt worden ist.

Dem Schuldner läuft für die Erhebung der Rückforderungsklage eine einjährige Verwirkungsfrist nach Zahlung der Forderung. Nach Ablauf dieser Frist gilt die Forderung m.E., auch wenn das Gesetz dies nicht ausdrücklich sagt, als rechtskräftig festgestellt.

Die Rückforderungsklage ist eine Art Bereicherungsklage (Art. 63 ff. OR). Im Gegensatz zu dieser ist sie jedoch an keine andere Voraussetzung gebunden, als an dass eben eine Nichtschuld bezahlt worden ist (so ausdrücklich der Wortlaut des Gesetzes). Konkret bedeutet dies folgendes: Nach Art. 63 II OR kann eine Leistung unter anderem dann nicht zurückgefordert werden, wenn eine verjährte Schuld bezahlt worden ist. Eine verjährte Schuld gilt bekanntlich immer noch als sog. Naturalobligation. Mit der Rückforderungsklage könnte auch eine solche Leistung zurückgefordert werden. Der Schuldner hat ja nicht freiwillig bezahlt.

Wie das Gesetz in Art. 86 I ausdrücklich sagt, handelt es sich hier um einen ordentlichen Prozess. Je nach Streitwert kommt dabei das ordentliche oder das vereinfachte Verfahren zur Anwendung.

Örtliche Zuständigkeit nationale und international ...

III. Negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG

Hierzu sind folgende Punkte festzuhalten:

(1) Die Feststellungsklage ist voraussetzungslos möglich. Der Schuldner muss kein besonderes Interesse nachweisen, wie dies sonst für eine Feststellungsklage notwendig ist.

(2) Nach Erhebung der Klage ist die Betreibung einzustellen, falls die Klage als „sehr wahrscheinlich begründet“ erscheint (SchKG 85a II).

(3) Die Feststellungsklage ist grundsätzlich jederzeit möglich. Umstritten: Nach BGE 125 III 149 kann die Feststellungsklage jedoch erst nach rechtskräftiger Beseitigung des Rechtsvorschlages bis zur Verteilung des Verwertungserlöses bzw. Konkursöffnung angehoben werden. D.h. die Feststellungsklage nach dieser Bestimmung ist lediglich bei einer laufenden, nicht jedoch bei einer durch Rechtsvorschlag eingestellten Betreibung möglich (vgl. Art. 78 SchKH)..

(4) Der Prozess muss **im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren** geführt werden (SchKG 85a).

IV. Allgemeine negative Feststellungsklage?

Eine Feststellungsklage ist nur zulässig, wenn ein ausreichendes Feststellungsinteresse gegeben ist. Hierfür müssen nach Lehre und Praxis grundsätzlich drei Voraussetzungen vorliegen:¹⁹

- Über das Bestehen oder Nichtbestehen des fraglichen Rechts oder Rechtsverhältnisses muss eine Ungewissheit bestehen;
- Im Weiteren muss die Fortdauer der Ungewissheit für die klagende Partei unzumutbar sein;
- Die Feststellungsklage muss schliesslich geeignet und grundsätzlich das einzige Mittel sein, um diese Ungewissheit zu beseitigen. Insbesondere darf der klagenden Partei im heutigen Zeitpunkt keine Leistungs- oder Gestaltungsklage zur Verfügung stehen.

Nach Lehre und Rechtsprechung ist die an zweiter Stelle genannte Voraussetzung bei Ungewissheit über den Bestand von Geldforderungen insbesondere erfüllt, wenn die zu erwar-

¹⁹ Vgl. hierzu BGE 120 II 20; BGE 114 II 253; BGE 110 II 352 und viele andere.

tende Verpflichtung so hoch ist, dass die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit und/oder das berufliche Fortkommen beeinträchtigt wird.²⁰ In ZR 93 (1994) Nr. 23 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich etwa angenommen, dass eine Bank mit einer Bilanzsumme von CHF 1 Mrd. durch eine ungeklärte Schuld von CHF 10,6 Mio. in ihrer wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit nicht betroffen sei. Demgegenüber hat das Bundesgericht betreffend einen Anwalt die Auffassung vertreten, seine berufliche Tätigkeit sei tangiert, wenn Unklarheit über den Bestand einer Forderung über CHF 77 000.– bestehe.²¹ Kürzlich hat das Handelsgericht Zürich diese Voraussetzung für eine Forderung von CHF 37 942.90.– gegen eine natürliche Person bejaht (ZR 107 [2008] Nr. 72 S. 250). Meines Erachtens ist die Rechtsprechung zu diesem Kriterium immer noch zu wenig grosszügig. Ausgeschlossen von der (negativen) Feststellungsklage sollten wirklich lediglich Bagatellbeträge – ein vom Bundesgericht selber verwendeter Begriff (BGE 120 II 20 [25]) – je nach Schuldner von wenigen CHF 1000.– oder gar CHF 100.– sein.

Die erstgenannte Voraussetzung ist erfüllt, wenn eine Partei ausdrücklich (schriftlich oder mündlich) behauptet, ein Anspruch oder Rechtsverhältnis bestehe oder bestehe nicht, während die andere Partei gegenteiliger Ansicht ist. Nicht völlig geklärt ist, ob eine «Anspruchsberührung», als Voraussetzung für die Zulässigkeit einer (negativen) Feststellungsklage der Gegenpartei, stets gegeben ist, wenn die andere Partei eine Betreuung nach SchKG und/oder ein Schlichtungsverfahren nach Art. 202 ff. ZPO einleitet, dieses Verfahren jedoch dann nicht fortsetzt. Meines Erachtens ist dies für die Einleitung des Schlichtungsverfahrens klar zu bejahen. Dasselbe gilt grundsätzlich auch für die Betreuung. Hier ist immerhin der Gläubiger mit dem Einwand zuzulassen, dass er lediglich zur Unterbrechung der Verjährung betrieben hat und deshalb daraus nicht hergeleitet werden könne, er wolle diese Forderung definitiv beanspruchen.²²

Zusammenfassend kann zur hier interessierenden Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Schuldner auf ein noch pendente mit Rechtsvorschlag jedoch eingestellte Betreuung mit einer negativen Feststellungsklage antworten könne, folgendes festgehalten werden:

Der Schuldner kann eine allgemeine negative Feststellungsklage betr. des Nichtbestands der Forderung einleiten, falls der Gläubiger nicht selber innert angemessener Frist Rechtsschritte zur Beseitigung des RV einleitet. Die Feststellungsklage steht allerdings unter dem Risiko, dass dem Gläubiger gelingt, nachzuweisen, er habe die Betreuung lediglich zur Unterbrechung der Verjährung eingeleitet.

V. Aufhebung oder Einstellung der Betreuung nach Art. 85 SchKG

Definition: Im summarischen Verfahren zu verfolgender Rechtsbehelf zur Aufhebung oder Einstellung der Betreuung, falls der Schuldner Zahlung oder Stundung mit Urkunden beweisen kann. Im Gegensatz zur negativen Feststellungsklage führt dies schneller zum Ziel; der Nichtbestand der Forderung wird aber nicht rechtskräftig festgestellt.

²⁰ BGE 120 II 20; BGE 114 II 253 ff (255 f.); BGE 110 II 352 (357) mit Hinweisen; GULDENER, ZPR, S. 210 Fn. 22; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 24 Rz. 11 ff., am Beispiel eines Arztes, der aufgrund einer behaupteten Schadenersatzforderung von CHF 200 000.– auf eine geplante Investition verzichten müsste.

²¹ BGE 120 II 20 (25).

²² BGE 120 II 20 (25).

Rechtsbehelf zur Aufhebung oder Einstellung der Betreibung, falls der Schuldner Zahlung oder Stundung mit Urkunden beweisen kann. Situation, die hier anvisiert wird: Untergang der Forderung bzw. Stundung der Forderung nach Anhebung der Betreibung.

Im Gegensatz zur negativen Feststellungsklage führt er schneller zum Ziel; Der Nichtbestand der Forderung wird aber nicht rechtskräftig festgestellt.

Umstritten ist, ob das Verfahren nach Art. 85 SchKG auch zur Anwendung kommt, wenn der Schuldner mit Urkunden beweisen kann, dass die Forderung nicht oder nicht mehr besteht (z.B. infolge Verzicht durch den Gläubiger). M.E. ist dies mindestens für den Fall, dass die Forderung nach Einleitung der Betreibung untergegangen ist, zu bejahen.

Frage betr. Prävention: Wie kann der Schuldner verhindern, dass ich nach Zahlung der Forderung zu einem Verfahren nach Art. 85 SchKG gezwungen werde? Die Antwort lautet: Direkte Zahlung an das Betreibungsamt. Dies führt direkt zur Beendigung der Betreibung!

Verfahren und örtliche Zuständigkeit

VI. Zusammenspiel der Rechtsbehelfe

(1) Aberkennungs- und Rückforderungsklage gehen der negativen Feststellungsklage nach SchKG 85a vor.

(2) Auch wenn der Gläubiger bereits eine Forderungsklage im ordentlichen Verfahren eingeleitet hat, kann er immer noch ein Begehren um provisorische Rechtsöffnung stellen.

(3) Die Aberkennungsklage ist für den Schuldner vorteilhafter als die negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG, weil die Aberkennungsklage die Betreibung in jedem Fall stoppt. Solange die Klage hängig ist, gelangt die Betreibung nicht über das Stadium der provisorischen Pfändung bzw. der Aufnahme des Güterverzeichnisses hinaus. Mit der negativen Feststellungsklage kann demgegenüber eine definitive Pfändung mit nachfolgender Verwertung nur verhindert werden, wenn „die Klage als sehr wahrscheinlich begründet“ erscheint; ansonsten läuft die Betreibung weiter (Art. 85a SchKG).

(4) Die allgemeine Feststellungsklage ist eine wichtige Ergänzung der Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG. Während dem die letztere bei laufender Betreibung erhoben werden kann, kommt die erstgenannte Klage bei durch RV eingestellter Betreibung zur Anwendung.

Gesetzesbestimmungen

Bundesrecht:

Art. 85/85a und 86 SchKG

85 E. Richterliche Aufhebung oder Einstellung der Betreibung

1. Im summarischen Verfahren

Beweist der Betriebene durch Urkunden, dass die Schuld samt Zinsen und Kosten getilgt oder gestundet ist, so kann er jederzeit beim Gericht des Betreibungsortes im erstern Fall die Aufhebung, im letzteren Fall die Einstellung der Betreibung verlangen.

85a **2. Im ordentlichen und im vereinfachten Verfahren**

1 Der Betriebene kann jederzeit vom Gericht des Betreibungsortes feststellen lassen, dass die Schuld nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet ist.

2 Nach Eingang der Klage hört das Gericht die Parteien an und würdigt die Beweismittel; erscheint ihm die Klage als sehr wahrscheinlich begründet, so stellt es die Betreibung vorläufig ein:

1. in der Betreuung auf Pfändung oder auf Pfandverwertung vor der Verwertung oder, wenn diese bereits stattgefunden hat, vor der Verteilung;
2. in der Betreuung auf Konkurs nach der Zustellung der Konkursandrohung.
- 3 Heisst das Gericht die Klage gut, so hebt es die Betreuung auf oder stellt sie ein.
- 4 (aufgehoben).

86 F. Rückforderungsklage

- 1 Wurde der Rechtsvorschlag unterlassen oder durch Rechtsöffnung beseitigt, so kann derjenige, welcher infolgedessen eine Nichtschuld bezahlt hat, innerhalb eines Jahres nach der Zahlung auf dem Prozesswege den bezahlten Betrag zurückfordern.
- 2 Die Rückforderungsklage kann nach der Wahl des Klägers entweder beim Gerichte des Betreuungsortes oder dort angehoben werden, wo der Beklagte seinen ordentlichen Gerichtsstand hat.
- 3 In Abweichung von Artikel 63 des Obligationenrechts ist dieses Rückforderungsrecht von keiner andern Voraussetzung als dem Nachweis der Nichtschuld abhängig.

Art. 251 lit. c ZPO

Art. 251

Das summarische Verfahren gilt insbesondere für folgende Angelegenheiten:

(...)

c. die Aufhebung und Einstellung der Betreuung (Art. 85 SchKG);

(...)

1.
d
d