

**Urteil vom 21.02.2002//Art. 59 Abs. 3 GerG. Die Aberkennungsklage ist eine materiellrechtliche Klage und stellt keine Schuldbetreibungs- und Konkursache im Sinne von Art. 59 Abs. 3 GerG dar. Sie ist im ordentlichen Verfahren durchzuführen und es gelten in Bezug auf die Appellationsfrist gegen den erstinstanzlichen Entscheid die kantonalen Gerichtsferien (Erw. 2).**

**§ 90 ff. aZPO (bzw. Art. 95 ff. ZPO). Parteikostensicherheit. Anforderungen an die Zahlungsunfähigkeit im Sinne von § 90 Ziff. 3 aZPO (Art. 95 Ziff. 3 ZPO) (Erw. 3).**

*Aus den Erwägungen:*

...

1.- a) Seit Anhängigmachung der Streitsache wurde die kantonale Zivilprozessordnung revidiert. Nach Art. 267 Abs. 1 ZPO ist das vorliegende Verfahren nach dem bisherigen Recht zu Ende zu führen.

b) In einem Urteil der oberen Instanz kann bezüglich der tatsächlichen Verhältnisse sowie der Entscheidungsgründe auf das angefochtene Urteil verwiesen werden (§ 79 Abs. 2 aZPO).

2.- a) Die Appellatin macht vorab geltend, die Appellationserklärung sei verspätet erfolgt, da im Aberkennungsprozess die kantonalen Gerichtsferien nicht gelten würden.

b) Die Appellationserklärung ist innert 20 Tage seit Zustellung des erstinstanzlichen Entscheides beim urteilenden Gericht einzureichen (§ 221 aZPO). Anders als in der seit 1. Januar 2000 geltenden Fassung der Zivilprozessordnung, welche bestimmt, dass die Appellationserklärung die Anträge auf Änderung des angefochtenen Entscheides enthalten müsse (Art. 238 Abs. 2 ZPO), sind in der vorliegend anwendbaren Version der ZPO keine formellen Anforderungen an diese Erklärung statuiert.

c) aa) Nach Art. 59 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 GerG gilt die Zeit vom 15. Juli bis 31. August und vom 22. Dezember bis 6. Januar sowie sieben Tage vor und nach Ostern als Gerichtsferien, in welchen grundsätzlich gesetzliche und richterliche Fristen still stehen. Diese Vorschrift gilt jedoch nicht in Straf- sowie Schuldbetreibungs- und Konkursachen (Art. 59 Abs. 4 GerG).

bb) Das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht dient der Verwirklichung des materiellen Rechts und stellt einen selbständigen, besonderen Teil des Vollstreckungsrechts dar. Schuldbetreibungs- und Konkursachen sind demgemäss "Vollstreckungssachen". Im Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz sind jedoch nicht nur rein vollstreckungsrechtliche Verfahren aufgeführt. Um die Gefahr einer ungerechtfertigten Zwangsvollstreckung als Folge der Gesetzesstrenge des SchKG auszuschalten, wurden Sonderverfahren, sog. Indizienverfahren, in das eigentliche Betreibungsverfahren eingeschaltet, insbesondere zum Zweck der Beurteilung der in Frage stehenden materiellrechtlichen Ansprüche durch den Richter (Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Auflage, § 1 N 1ff.). Diese materiellen Klageverfahren, obwohl im Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz aufgeführt, sind jedoch keine Vollstreckungssachen im engeren Sinn und damit auch keine Schuldbetreibungs- und Konkursachen. Dazu gehört auch die Aberkennungsklage nach Art. 83 Abs. 2 SchKG. Sie ist eine negative Feststellungsklage, mit der die Feststellung der Nichtexistenz der betriebenen Forderung verlangt werden kann, nicht aber die Aufhebung der provisorischen Rechtsöffnung. Es ist eine materiellrechtliche Klage, die sich mit Ausnahme der Verteilung der Parteirollen und des Gerichtsstandes grundsätzlich nicht von einer ordentlichen Feststellungsklage unterscheidet. Das Urteil erlangt volle Rechtskraft. 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 (Publizierter Entscheid des Bundesgerichts 4C.211/2001/rnd vom 1. November 2001, Erw. 4 mit Hinweisen). Die Aberkennungsklage findet im SchKG nur soweit Erwähnung, als Art. 83 SchKG lediglich eine Frist für die Anhebung der Aberkennungsklage aufstellt, und im Übrigen diese ausdrücklich auf den Weg des ordentlichen Prozesses verweist. Die Frage, wann die Klage angehoben ist, bestimmt das Bundesrecht. Das übrige Verfahren wird jedoch von den kantonalen Prozessbestimmungen zum ordentlichen Verfahren geregelt (BGE 61 II 125 Erw. 3).

cc) Da also die Aberkennungsklage als materiellrechtliche Klage keine Schuldbetreibungs- und Konkursache darstellt und im ordentlichen Verfahren durchzuführen ist, gelten in Bezug auf die Appellationsfrist gegen den erstinstanzlichen Entscheid die kantonalen Gerichtsferien.

d) Dem appellantisches Rechtsvertreter wurde das Urteil des Kantonsgerichts vom 20. Juni 2001 am 31. Juli 2001 zugestellt. Im vorliegenden Verfahren sind also die Sommergerichtsferien vom 15. Juli bis 31. August zu beachten. Da im Falle der Zustellung eines Entscheides während der Gerichtsferien die Appellationsfrist erst am ersten Tag nach Ablauf der Gerichtsferien zu laufen beginnt, dauerte die Rechtsmittelfrist vom 1. bis 20.

September 2001. Mit den Eingaben vom 21. August bzw. 20. September 2001 wurde demnach die Appellationsfrist gewahrt. Da die zweite Eingabe sowohl konkrete Anträge als auch eine Begründung enthält, erübrigt es sich zu klären, ob die "Appellationserklärung" vom 21. August 2001 den formellen Anforderungen genüge getan hätte, was die Appellatin bestreitet.

e) Demzufolge ist auf die Appellation einzutreten.

3.- a) Die Appellatin verlangte die Sicherstellung ihrer Parteikosten des vorinstanzlichen und des obergerichtlichen Verfahrens, weil der Appellant sich als zahlungsunfähig erklärt habe. Der appellatische Rechtsvertreter bestreitet, dass die Gegenpartei die Zahlungsunfähigkeit seines Mandanten rechtsgenügend dargetan habe.

b) Nach § 90 Abs. 1 Ziff. 3 aZPO hat die Partei, welche ein Rechtsmittel ergreift, auf Antrag des Gegners für dessen Parteikosten Sicherheit zu leisten, wenn auf sie provisorische oder definitive inländische oder ausländische Verlustscheine oder Pfandausfallscheine bestehen oder wenn sie sonst als zahlungsunfähig erscheint. Diese Regelung hat mit der Revision der ZPO keine Neuerung erfahren (Art. 95 Ziff. 3 ZPO) und deckt sich mit den Bestimmungen anderer Kantone, wie etwa Aargau (§ 105 lit. b AG ZPO) und Zürich (§ 73 Ziff. 3 ZH ZPO) sowie des Bundes (Art. 150 Abs. 2 OG). Infolgedessen kann bezüglich der Umschreibung der Zahlungsunfähigkeit auf die entsprechende Rechtspraxis Bezug genommen werden. Zahlungsunfähig ist danach, wer weder über die Mittel verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen, noch über den erforderlichen Kredit, sich diese Mittel nötigenfalls zu beschaffen. Dabei ist allein die derzeitige ökonomische Lage des Sicherstellungspflichtigen von Belang und es darf nicht darauf abgestellt werden, ob er nach Prozessbeendigung mutmasslich in der Lage sein wird, die Parteikostenersatzforderung der Gegenpartei zu bezahlen. Da durch die Sicherstellungspflicht der Zugang zu den Gerichten nicht unnötig erschwert werden soll, darf Zahlungsunfähigkeit bzw. der Anschein der Zahlungsunfähigkeit nicht leichthin angenommen werden. Dabei kommt der Richter in der Regel nicht darum herum, auf die feststellbaren Rechtsakte des Betreibungsrechts abzustellen (BGE 111 II 207 Erw. 1; Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, § 105 N 15). In BGE 111 II 207 Erw. 2 wurde etwa die Zahlungsunfähigkeit verneint bei 25 Betreibungen (durchwegs mit Rechtsvorschlag) in den letzten 2 1/2 Jahren. Verneint wurde sie auch beim Hinweis auf die "bescheidenen eigenen Mittel und das bescheidene Einkommen". Ausserdem hat die die Sicherstellung verlangende Partei die Zahlungsunfähigkeit der Gegenpartei zu beweisen (AGVE 1992 Nr. 18 S. 87).

c) Die Appellatin stützt ihre Behauptung der Zahlungsunfähigkeit des Appellanten auf einen von diesem an sie adressierten Brief sowie einen dem Schreiben beigelegten Betreibungsregisterauszug, beides datiert mit 12. Februar 2002 (appellatische Belege 1 und 2). Im etwas wirren Schreiben des Appellanten teilt dieser unter anderem mit, dass er ab August 2002 die AHV bekomme und unter dem Existenzminimum lebe. Auch sei das Haus Buochsertrasse 9 überschuldet. Zum Beweis stelle er den Betreibungsregisterauszug und einen Bankauszug vertraulich zur Verfügung.

Gemäss Betreibungsregisterauszug hatte der Appellant zwischen 19. Juli 1995 und 27. November 2000 14 Betreibungen im Gesamtbetrag von über 4 Millionen Franken zu verzeichnen, wobei 10 Betreibungen mit Rechtsvorschlag gehemmt, in 2 Betreibungen lediglich die Zahlungsbefehle zugestellt und in 3 Betreibungen die Forderungen bezahlt wurden.

d) Diese Beweismittel genügen nicht, um den Nachweis der Zahlungsunfähigkeit des Appellanten zu erbringen. Aufgrund des Betreibungsregisterauszuges, nach welchem der Appellant seit mehr als einem Jahr überhaupt keine neuen Betreibungen mehr aufzuweisen hatte und schon gar keine Verlustscheine verzeichnet sind, ist die Zahlungsunfähigkeit nicht zu bejahen. Die Darstellungen des Appellanten persönlich in seinem Brief vom Februar 2002 erscheinen vielmehr als - wohl untauglicher - Versuch, die Gegenpartei in ihrem Standpunkt zu verunsichern. Jedenfalls vermag das Schreiben nicht den Anschein einer Zahlungsunfähigkeit zu erwecken. Auch brachte der Rechtsvertreter des Appellanten glaubhaft vor, dass er persönlich keine Schwierigkeiten mit den ausstehenden Zahlungen des Appellanten gehabt habe. Zu erwähnen ist auch, dass die von Seiten des Gerichtes verlangten Kostenvorschüsse stets umgehend bezahlt wurden.

Mangels Nachweis der Zahlungsunfähigkeit des Appellanten wird das Gesuch um Kostensicherstellung abgewiesen.

(Obergericht, Zivilabteilung, Grosse Kammer, 21. Februar 2002)