

**8 Art. 85a SchKG.**

**Die Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG kann der Betriebene auch dann erheben, wenn auf die Aberkennungsklage wegen Nichtleistung der Sicherheit für die Parteikosten nicht eingetreten worden ist.**

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 2. Zivilkammer, vom 23. August 2001 i.S. Ch.P. gegen I. GmbH

*Aus den Erwägungen*

1. Die Partei, die als Kläger oder Widerkläger auftritt, hat der Gegenpartei auf deren Begehren für die Parteikosten Sicherheit zu leisten, wenn gegen sie ein Konkursverfahren hängig ist, Verlustscheine bestehen, oder wenn sie aus anderen Gründen als zahlungsunfähig erscheint (§ 105 lit. b ZPO). Ist eine Partei mit der Leistung der ihr bei Prozesseinleitung auferlegten Sicherheit säumig, wird nach Ansetzung einer letzten Frist auf ihre Klage nicht eingetreten (§ 110 Abs. 1 ZPO).

2.a) Die Nichtleistung der Sicherheit gemäss §§ 105 ff. ZPO ist ein Prozesshindernis, bei dessen Vorliegen, wie von der Vorinstanz zutreffend festgehalten, das Verfahren durch ein Prozessurteil zu erledigen ist. Die Klage wird in solchen Fällen materiell nicht behandelt (vgl. Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2.A., N. 13 zu § 284). Gemäss Art. 85a SchKG kann der Betriebene jederzeit vom Gericht des Betreibungsortes feststellen lassen, dass die Schuld nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet ist. Diese Klage kann nach der Lehre insbesondere auch dann erhoben werden, wenn die Aberkennungsklage verspätet eingereicht und ein Wiederherstellungsgesuch rechtskräftig abgewiesen wurde (vgl. Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1997, N. 8 ff. zu Art. 85a). Entgegen der Vorinstanz muss deshalb der Betriebene auch dann gemäss Art. 85a SchKG vorgehen können, wenn er die Aberkennungsklage zwar rechtzeitig erhoben, die Frist zur Leistung der Sicherheit für die Parteikosten aber verpasst hat.

b) Zusammenfassend kann, entgegen der Vorinstanz, das Nichteintreten auf die Aberkennungsklage wegen Nichtleistens der Sicherheit für die Parteikosten nicht einer Abweisungsentscheid in jenem Verfahren gleichgestellt werden, da im ersteren Fall keine materielle Beurteilung des Anspruches erfolgt und es sich daher im Resultat so verhält, wie wenn die Aberkennungsklage gar nicht erhoben worden wäre. Wie dargelegt bleibt ausserdem die Klage nach Art. 85a SchKG auch in solchen Fällen möglich.