



Mitwirkend: Oberrichter Peter Helm, Präsident, und Ersatzoberrichterin Franziska Egloff, die Handelsrichter Franz Ramser, Christian Müller und Christian Zuber sowie der Gerichtsschreiber Christian Stalder

**Beschluss vom 23. Februar 2015**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ SA,**  
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**  
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Aberkennung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei festzustellen, dass die Forderung, für welche der beklagten Partei mit Entscheid der Präsidentin des Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye vom 18. März 2014 provisorische Rechtsöffnung erteilt wurde, nicht besteht.
2. Die "décision de mainlevée provisoire" [Entscheid der provisorischen Rechtsöffnung] durch die Präsidentin des Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye vom 18. März 2014 sei aufzuheben.
3. (1) Die Kosten der provisorischen Rechtsöffnung im Verfahren vor der Präsidentin des Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye vom 18. März 2014 seien der Beklagten aufzuerlegen.  
(2) Der Klägerin sei eine Kosten- und Parteientschädigung im Verfahren vor der Präsidentin des Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye vom 18. März 2014 zuzusprechen.
4. Die Betreuung Nr. ... des Office des poursuites de la Broye sei zu löschen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

**Ergänzttes Rechtsbegehren:**

(act. 14 S. 2)

- " 1. (...).
2. Eventualiter sei die Aberkennungsklage vom 26. September 2014 als negative Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG entgegenzunehmen.
3. Unter Aufrechterhaltung der in der Aberkennungsklage vom 26. September 2014 vorgebrachten Rechtsbegehren."

**Das Gericht zieht in Erwägung:**

1. Prozessverlauf

Am 26. September 2014 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin ihre Klageschrift beim Handelsgericht Zürich ein (act. 1). Den ihr mit Verfügung vom

1. Oktober 2014 auferlegten Vorschuss für die Gerichtskosten in der Höhe von CHF 4'700.– (act. 4) leistete die Klägerin fristgemäss (act. 6), worauf der Beklagten mit Verfügung vom 6. Oktober 2014 Frist zur Einreichung ihrer Klageantwort angesetzt wurde (act. 7). Die Klageantwort datiert vom 4. Dezember 2014 (act. 9). Mit Verfügung vom 5. Dezember 2014 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um sich zum Antrag der Beklagten auf Nichteintreten zu äussern (act. 12). Mit Eingabe vom 12. Januar 2015 nahm die Klägerin Stellung zum Antrag der Beklagten (act. 14).

## 2. Verspätete Einreichung der Aberkennungsklage

### 2.1. Klagefrist

2.1.1. Gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG beträgt die Frist zur Erhebung der Aberkennungsklage 20 Tage seit der Rechtsöffnung. Da der Rechtsöffnungsentscheid einzig mit der Beschwerde anfechtbar ist (vgl. Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO) und dieser keine aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 325 Abs. 1 ZPO), beginnt die Frist mit der Eröffnung des Rechtsöffnungsentscheids zu laufen (VOCK, in: Kurzkomentar SchKG, 2. Aufl. 2014, N. 11 zu Art. 83). Die Frist ist gewahrt, wenn die Aberkennungsklage spätestens am letzten Tag der Frist beim Gericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post übergeben worden ist (Art. 31 SchKG i.V.m. Art. 143 Abs. 1 ZPO). Das Gericht hat die Fristeinhaltung als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen (STAEHELIN, in: Basler Kommentar SchKG, Bd. I, 2. Aufl. 2010, N. 32 zu Art. 83).

2.1.2. Wird eine Eingabe, die mangels Zuständigkeit zurückgezogen oder auf die nicht eingetreten wurde, innert eines Monats seit dem Rückzug oder dem Nichteintretensentscheid bei der zuständigen Schlichtungsbehörde oder beim zuständigen Gericht neu eingereicht, so gilt als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit das Datum der ersten Einreichung (Art. 63 Abs. 1 ZPO). Vorbehalten bleiben die besonderen gesetzlichen Klagefristen nach dem SchKG (Art. 63 Abs. 3 ZPO). Die Frist für die Aberkennungsklage ist demnach eingehalten, wenn die Klage vorerst bei einem unzuständigen Gericht eingereicht, dann aber innert 20 Tagen nach dem Nichteintretensentscheid bei der zuständigen Behörde erhoben wird (vgl. VOCK,

a.a.O., N. 11b zu Art. 83; Obergericht Zürich, 22. August 2011, RT110073). Diese Regel gilt auch - Fälle von Rechtsmissbrauch vorbehalten -, wenn sich nach einem ersten Nichteintretensentscheid das als zweites angerufene Gericht ebenfalls unzuständig erklärt (BGE 138 III 471 E. 6; BERGER-STEINER, in: Berner Kommentar ZPO, Bd. I, 2012, N. 49 zu Art. 63; MÜLLER-CHEN, in: Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], 2011, N. 16 zu Art. 63; SUTTER-SOMM/HEDINGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar ZPO, 2. Aufl. 2013, N. 19 zu Art. 63).

## 2.2. Parteistandpunkte

2.2.1. Die Klägerin führt aus, der Rechtsöffnungsentscheid des Tribunal de l'arrondissement de la Broye vom 18. März 2014 sei ihr am 21. März 2014 zugestellt worden (act. 1 Rz. 4; act. 3/3). Unter Wahrung der 20-tägigen Frist habe sie beim Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye am 25. März 2014 die Aberkennungsklage neu eingereicht, wobei das angerufene Gericht sich mit Verfügung vom 3. April 2014 für unzuständig erklärt habe; nach dessen Auffassung wäre die Aberkennungsklage beim Mietgericht (Tribunal des baux de la Broye) einzureichen gewesen (act. 1 Rz. 5; act. 3/5). Die Verfügung sei der Klägerin am 16. April 2014 zugestellt worden. Gleichentags habe sie die Aberkennungsklage beim Tribunal des baux pour le district de la Broye in Bulle eingereicht. Gegen die Aberkennungsklage habe die Beklagte mit Klageantwort vom 13. Mai 2014 die Unzuständigkeitseinrede erhoben und sich dabei auf die Rechtswahlklausel [recte: Gerichtsstandsvereinbarung] in Ziff. 33 des Mietvertrages berufen. Mit Entscheidung vom 30. Juni 2014 habe das Tribunal des baux pour le district de la Broye in Bulle seine Unzuständigkeit festgestellt (act. 1 Rz. 6; act. 3/13). Noch vor Verfahrensende habe sie - insbesondere aufgrund der erhobenen Unzuständigkeits- einrede - am 19. Mai 2014 beim Mietgericht des Bezirksgerichts Uster erneut die Aberkennungsklage eingereicht. Mit Beschluss vom 12. September 2014 sei das Mietgericht des Bezirksgerichts Uster nicht auf die Klage eingetreten, da es das Handelsgericht des Kantons Zürich für die vorliegende Streitigkeit als zuständig erachtet habe. Der Beschluss sei ihr am 18. September 2014 zugestellt worden.

Die Aberkennungsklage sei somit innert weniger als 20 Tagen und damit fristgerecht beim hiesigen Gericht eingereicht worden (act. 1 Rz. 7 ff.; act. 3/14).

2.2.2. Die Beklagte bestreitet nicht, dass die Klägerin ihre erste Aberkennungsklage am 25. März 2014 innert der 20-tägigen Frist gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG eingereicht hat. Da auf diese Klage nicht eingetreten worden sei, habe sich die Klägerin zunächst auf Art. 63 ZPO berufen und daher die 20-tägige Nachfrist von Art. 63 ZPO i.V.m. Art. 83 Abs. 2 SchKG für sich in Anspruch nehmen können. Die zweite Aberkennungsklage habe sie daher nicht verspätet erhoben (act. 9 Rz. 7). Zeitkritischer sei hingegen die Einreichung der dritten Aberkennungsklage vom 19. Mai 2014 beim Mietgericht des Bezirksgerichts Uster. Nach dem Dafürhalten der Beklagten ist Art. 145 Abs. 1 ZPO nicht einschlägig; aufgrund von Art. 145 Abs. 4 ZPO seien die im SchKG geregelten Betreibungsferien massgebend. Dies führe dazu, dass die 20-tägige Klagefrist nach Art. 63 ZPO bereits am Folgetag der hier interessierenden Zustellung, d.h. am 17. April 2014, zu laufen begonnen habe und am 6. Mai 2014 abgelaufen sei. Damit erweise sich die Erhebung der dritten Aberkennungsklage beim Mietgericht des Bezirksgerichts Uster am 19. Mai 2014 als verspätet. Im Ergebnis sei nicht auf die Aberkennungsklage einzutreten (act. 9 Rz. 8 ff.). Weiter stelle sich - unbesehen von der Problematik der Fristenwahrung - die Frage, ob sich die Klägerin bei Einreichung der vierten Aberkennungsklage immer noch auf die Notfrist von Art. 63 ZPO berufen könne. Die Klägerin sei seit Beginn der vorliegenden Rechtsstreitigkeit anwaltlich vertreten. Für die korrekte Einreichung der Aberkennungsklage hätte die Rechtsvertretung zunächst die örtliche Zuständigkeit zu prüfen gehabt. Gemäss Ziff. 33 des Mietvertrags seien für alle Streitigkeiten die Gerichte in Volketswil ZH ausschliesslich zuständig. Selbst das Fehlen einer Prorogation würde nichts ändern, da diesfalls Art. 33 ZPO - dieser sehe bei der Miete unbeweglicher Sachen als ausschliesslichen Gerichtsstand den Ort der gelegenen Sache vor - jenem von Art. 83 Abs. 2 SchKG als *lex specialis* vorgehen würde. Die Klägerin habe sich daher vorhalten zu lassen, dass es ihr auch im zweiten Anlauf nicht gelungen sei, sich in Sachen Aberkennungsklage an das örtlich zuständige Gericht zu wenden. Erschwerend komme hinzu, dass die Klägerin auch im dritten Versuch nicht an das zuständige Gericht gelangt sei (act. 9 Rz. 15 ff.). Auf Seiten der Klägerin sei

es damit zu mehreren Versäumnissen gekommen. Ein solches Verhalten könne keinen Rechtsschutz mehr für sich beanspruchen und sei mit dem Normzweck von Art. 63 ZPO nicht vereinbar. Andernfalls könne eine klagewillige Partei durch jeweils fristgerechtes Erheben der Klage bei unzuständigen Gerichten unbeschränkt von der in Art. 63 ZPO vorgesehenen Notfrist Gebrauch machen. Dies würde nicht nur gegen das Beschleunigungsgebot verstossen, sondern auch die Frage des Rechtsmissbrauchs aufwerfen (act. 9 Rz. 21).

2.2.3. Den Ausführungen in der Klageantwort hält die Klägerin entgegen, dass das Tribunal des baux pour le district de la Broye erst mit Entscheid vom 30. Juni 2014 seine örtliche Unzuständigkeit festgestellt habe. Sie habe aber bereits vor diesem Entscheid, nämlich am 19. Mai 2014, die Aberkennungsklage beim Bezirksgericht Uster eingereicht. Damit sei die 20-tägige Frist gewahrt worden (act. 14 Rz. 3). Sodann liege kein rechtsmissbräuchliches Verhalten vor. Sie habe die Aberkennungsklagen stets bei an sich möglichen Gerichten eingereicht. Es sei ihr denn auch nicht vorgeworfen worden, sie habe die Aberkennungsklagen absichtlich bei unzuständigen Gerichten eingereicht, um das Verfahren zu verzögern. Sie habe in allen Fällen rasch und nicht unter Ausreizung sämtlicher ihr zustehenden Fristen die Aberkennungsklage neu eingereicht (act. 14 Rz. 12 ff.).

### 2.3. Würdigung

2.3.1. Der Rechtsöffnungsentscheid vom 18. März 2014 wurde der Klägerin am 21. März 2014 zugestellt (vgl. act. 3/3 S. 9) und damit eröffnet. Die 20-tägige Frist gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG begann somit am 22. März 2014 zu laufen (vgl. Art. 31 SchKG i.V.m. Art. 142 Abs. 1 ZPO). Mit Einreichung der vorliegenden Aberkennungsklage (Poststempel vom 26. September 2014) wird die prozessuale Verwirkungsfrist von Art. 83 Abs. 2 SchKG offensichtlich nicht eingehalten. Die Frist ist nur dann gewahrt, wenn die Rechtshängigkeit auf den Zeitpunkt der ersten Einreichung der Aberkennungsklage, d.h. auf den 25. März 2014 (vgl. act. 3/4; act. 3/5 S. 2), zurückbezogen wird. Ein Rückbezug der Rechtshängigkeit findet in den Fällen von Art. 63 ZPO statt und steht - wie bereits erwähnt (vgl. Ziff. 2.1.2.) - unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots. Bevor das Vorliegen eines allfälligen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens zu prüfen ist, ist auf die Vorausset-

zungen von Art. 63 ZPO einzugehen. Diese Bestimmung setzt voraus, dass (i) eine Klage mangels Zuständigkeit zurückgezogen oder zurückgewiesen wurde, (ii) dieselbe Eingabe (iii) bei der zuständigen Behörde neu eingereicht wird und dabei (iv) die Monatsfrist bzw. die besonderen gesetzlichen Klagefristen nach dem SchKG eingehalten werden (vgl. MÜLLER-CHEN, a.a.O., N. 4 ff. zu Art. 63). Entscheidend ist also mitunter, dass die *gleiche* Eingabe beim zuständigen Gericht neu eingereicht wird; Identität des Streitgegenstands genügt nicht. Der Kläger ist an die mit der ersten Einreichung vorgetragenen Tatsachenbehauptungen und die Klagebegehren gebunden (MÜLLER-CHEN, a.a.O., N. 16 zu Art. 63; SUTTERSOMM/HEDINGER, a.a.O., N. 16 zu Art. 63; INFANGER, in: Basler Kommentar ZPO, 2. Aufl. 2013, N. 12 zu Art. 63; LEUENBERGER, Rechtshängigkeit bei fehlender Zuständigkeit und falscher Verfahrensart (Art. 63 ZPO), in: SZPP 2013, 169 ff., 173; vgl. auch BOHNET, in: Code de procédure civile commenté, 2001, N. 27 zu Art. 63; zur Vorgängerbestimmung von Art. 34 Abs. 2 GestG vgl. INFANGER, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilprozessrecht, GestG, 2001, N. 34 zu Art. 34; ORELLI, in: Gerichtsstands-Gesetz, 2001, N. 52 zu Art. 34; BLOCH, Die Prüfung der örtlichen Zuständigkeit von Amtes wegen und die Folgen bei örtlicher Unzuständigkeit gemäss Art. 34 GestG, 235 f.; a.M. BERGER-STEINER, a.a.O., N. 40 zu Art. 63). Zu begründen ist diese Auffassung zunächst mit dem Zweck von Art. 63 ZPO. Die Bestimmung soll verhindern, dass die Anrufung eines unzuständigen Gerichts oder die Wahl einer falschen Verfahrensart allein zu einem Rechtsverlust führen (vgl. INFANGER, in: Basler Kommentar ZPO, a.a.O., N. 1 zu Art. 63). Die Korrektur weiterer prozessualer Versäumnisse oder von Unzulänglichkeiten der Klageschrift soll dadurch nicht ermöglicht werden. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass die verspätete Einreichung einer Aberkennungsklage nicht zu einem definitiven Rechtsverlust bzw. zur endgültigen Unmöglichkeit führt, sich gegen eine als unzulässig erachtete Vollstreckung wehren zu können. Das Gesetz stellt dem Schuldner, der die Frist zur Erhebung der Aberkennungsklage verpasst hat, verschiedene Verteidigungsmittel zur Abwehr eines rechtlich nicht begründeten Anspruchs zur Verfügung (vgl. Art. 85 ff. SchKG; Art. 88 ZPO). Umso weniger besteht eine Notwendigkeit, dem Kläger gestützt auf Art. 63 ZPO weitere als die mit der Anrufung einer anderen Instanz verbundenen Änderungen der Klageschrift zuzugestehen. Sodann ist der Grundsatz zu beachten, dass die Parteien im or-

dentlichen Verfahren nur zweimal das Recht haben, unbeschränkt Tatsachen und Beweise vorzutragen (BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3). Würde man eine Erweiterung oder Änderung von Tatsachenbehauptungen und Klagebegehren mit jeder Neu-einreichung zulassen, würde (bei mehrmaliger Auslösung der Nachfrist erheblich) von diesem Grundsatz abgewichen, was letztlich auf eine Bevorteilung der klagenden Partei hinauslaufen würde und damit auch schwer mit der prozessualen Waffengleichheit zu vereinbaren wäre. Mit anderen Worten würde die klagende Partei nur von den Vorzügen der erhaltenen Rechtshängigkeit profitieren, hätte aber auf der anderen Seite die damit verbundenen Lasten nicht zu tragen. Vor diesem Hintergrund ist es sachgerecht zu verlangen, dass die *gleiche* Eingabe neu eingereicht wird.

Im vorliegenden Fall zeigt ein Vergleich der Klageschrift vom 26. September 2014 (act. 1) mit der ersten Eingabe vom 25. März 2014 an das Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye (vgl. nicht unterzeichnete Kopie in act. 3/4), dass sich die beiden Rechtsschriften in wesentlichen Teilen unterscheiden. Nicht massgebend ist, dass die Eingaben in unterschiedlichen Sprachen abgefasst sind. Dies folgt aus Art. 129 ZPO und muss ohne weiteres als zulässige Veränderung der Klageschrift erachtet werden. Die Rechtsbegehren sind bis auf wenige redaktionelle Änderungen grundsätzlich gleich geblieben. Erhebliche Unterschiede zeigen sich aber bei den Tatsachenbehauptungen sowie bei den offerierten Beweismitteln und den eingereichten Urkunden. Der Grund ist wohl darin zu erblicken, dass sich die Klägerin in ihrer ersten Eingabe auf eine unterschiedliche rechtliche Argumentation stützt. Die erste Eingabe liest sich wie eine Beschwerdeschrift gegen den Rechtsöffnungsentscheid. Es finden sich darin praktisch ausschliesslich Ausführungen dazu, weshalb die Rechtsöffnung - aus rechtlichen Gründen - nicht hätte erteilt werden dürfen (vgl. act. 3/4 Ziff. 2 und 3 unter dem Titel "Motivation"). Demgegenüber befasst sich die Klageschrift vom 26. September 2014 vorwiegend mit dem für eine Aberkennungsklage typischen negativen Feststellungsbegehren (vgl. act. 1 Rz. 23 ff.). Die Tatsachenbehauptungen hierzu finden sich in Rz. 13-21. Diese oder vergleichbare Ausführungen zum Tatsächlichen finden sich in der Eingabe vom 25. März 2014 nicht (vgl. act. 3/4). Neu sind auch diverse Beweisofferten und eingereichte Urkunden (vgl. act. 1 S. 12 f.).

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die neu eingereichte Eingabe der Klägerin nur noch wenig Gemeinsamkeiten mit der ursprünglich eingereichten Klageschrift hat. Damit fehlt es an einer Voraussetzung von Art. 63 ZPO, weshalb ein Rückbezug der Rechtshängigkeit nicht erfolgen kann. Die Aberkennungsklage wurde daher verspätet eingereicht. Eine Nachfristansetzung nach Art. 132 Abs. 1 ZPO zur Verbesserung des Mangels (d.h. Nachreichung der übersetzten und unterzeichneten ursprünglichen Eingabe) kommt vorliegend nicht in Betracht. Die Ansetzung einer Nachfrist setzt voraus, dass der Mangel auf einer versehentlichen Unterlassung beruht (BGer 5A\_461/2012 E. 4.1; GSCHWEND/ BORNATICO, in: Basler Kommentar ZPO, a.a.O., N. 6 zu Art. 132; FREI, in: Berner Kommentar ZPO, a.a.O., N. 5 zu Art. 132). Dies kann vorliegend ausgeschlossen werden. Die Rechtsschrift wurde bewusst abgeändert und in dieser abgeänderten Form neu eingereicht. Unbehelflich ist schliesslich die Berufung der Klägerin auf die Ausführungen im Beschluss vom 12. September 2014 des Mietgerichts Uster, wonach ihr ausdrücklich eine Notfrist gemäss Art. 63 ZPO zugestanden worden sei (act. 14 Rz. 16; act. 3/14 E. 2.7.). Ob die Notfrist nach Art. 63 ZPO dem Kläger zusteht, prüft nicht das zuerst angerufene, unzuständige Gericht, sondern das neu angegangene (INFANGER, in: Basler Kommentar ZPO, a.a.O., N. 19 zu Art. 63; zu Art. 139 aOR vgl. BGE 100 III 35 E. 3). Insofern fehlt es an einer Auskunft der zuständigen Behörde, um sich auf einen Vertrauensschutz berufen zu können (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 674). Damit bleibt es dabei, dass die Aberkennungsklage zu spät eingereicht wurde und es folglich an einer Prozessvoraussetzung mangelt. Die Versäumung der Klagefrist hat allerdings nicht zur Folge, dass auf die Aberkennungsklage nicht einzutreten wäre (vgl. Art. 59 Abs. 1 ZPO e contrario); eine zu spät eingereichte Aberkennungsklage ist als negative Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG entgegenzunehmen (STAEHELIN, a.a.O., N. 32 zu Art. 83; DOMEJ, in: Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl. 2014, N. 31 zu Art. 59; BGer 4A\_131/2012 E. 3.5). Darauf ist nachfolgend einzugehen.

### 3. Negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG

Die Entgegennahme der zu spät eingereichten Aberkennungsklage als negative Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG bedeutet, dass das negative Feststellungsbegehren nicht nach Art. 83 Abs. 2 SchKG, sondern nach Art. 85a SchKG zu beurteilen ist. Die Entgegennahme ist indes nicht mit einem Eintreten auf die Klage nach Art. 85a SchKG gleichzusetzen, denn ob die Prozessvoraussetzungen für eine solche Klage, namentlich das Vorliegen der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO), erfüllt sind, hat das Gericht von Amtes wegen zu prüfen (vgl. Art. 60 ZPO). Fehlt es an einer Prozessvoraussetzung, ist auf die Klage nicht einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO e contrario).

#### 3.1. Örtliche Zuständigkeit

3.1.1. Örtlich zuständig ist gemäss Art. 85a Abs. 1 SchKG das Gericht des Betreibungsortes. Die Art. 9 ff. ZPO sind gemäss Art. 46 ZPO nicht anwendbar (Obergericht Zürich, 22. April 2013, PD130003 E. 2.6. m.w.H.; BODMER/BANGERT, in: Basler Kommentar SchKG, a.a.O., N. 24 zu Art. 85a). Anzumerken ist aber, dass nicht alle Gerichtsstände des SchKG zwingender Natur sind. Wann dies der Fall ist und wann nicht, ist durch Auslegung der jeweiligen Norm des SchKG zu ermitteln. Ist ein Gerichtsstand des SchKG nicht zwingender Natur, kommt sowohl eine Gerichtsstandsvereinbarung als auch eine Einlassung in Betracht (GÜNGERICH, in: Berner Kommentar ZPO, a.a.O., N. 40 zu Art. 46).

3.1.2. Nach den Marginalien des Gesetzes handeln Art. 85 und Art. 85a SchKG von der richterlichen Aufhebung oder Einstellung der Betreibung, wobei Art. 85 SchKG jene im summarischen, Art. 85a SchKG hingegen die im ordentlichen und im vereinfachten Verfahren durchzuführende Einstellung bzw. Aufhebung regelt. Gemäss Art. 85a Abs. 3 SchKG erfolgt die Aufhebung oder Einstellung, sofern die Klage gutgeheissen wird. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bildet die Aufhebung bzw. Einstellung der Betreibung denn auch das Hauptziel der Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG, auch wenn sie eine Doppelnatur aufweist, d.h. nebst der Aufhebung oder Einstellung der Betreibung in materiellrechtlicher Hinsicht auf Feststellung der Nichtschuld bzw. Stundung lautet (BGE 127 III

41 E. 4a). In einer späteren Entscheidung betont das Bundesgericht, dass die Klage nach Art. 85a SchKG, obwohl sie auf materiellem Recht beruht, ausschliesslich Verfahrenszwecken diene (BGE 132 III 277 E. 4.3.1 = Pra 96 [2007] Nr. 10 E. 4.3.1). Im Hinblick auf diese im Vordergrund stehenden betreibungsrechtlichen Wirkungen der Klage nach Art. 85a SchKG hat die Zuständigkeit als zwingend zu gelten (vgl. BODMER/BANGERT, a.a.O., N. 24 zu Art. 85a; *a.M.*, aber ohne Begründung des Standpunktes VOCK/MÜLLER, SchKG-Klagen nach der schweizerischen ZPO, 2012, 154 m.w.N.; BRÖNNIMANN, in: Kurzkommentar SchKG, a.a.O., N. 18 zu Art. 85a; vgl. dazu auch Ziff. 3.2.3. nachfolgend).

3.1.3. Für die im Streit liegende Forderung wurde beim office des poursuites de la Broye (Betreibungsamt des Broyebezirks) eine Betreibung angehoben (Betreibung Nr. ...; vgl. act. 3/3 S. 3). Örtlich zuständig zur Beurteilung der Klage nach Art. 85a SchKG sind damit die Gerichte des Kantons Freiburg, wobei die sachliche Zuständigkeit grundsätzlich nach dem freiburgischen Gerichtsorganisationsrecht zu bestimmen ist (vgl. Art. 4 ZPO). Aufgrund des zwingenden Charakters des in Art. 85a Abs. 1 SchKG vorgesehenen Gerichtsstands ist weder eine Einlassung noch eine Gerichtsstandsvereinbarung zulässig. Die Gerichte des Kantons Zürich sind demnach zur Beurteilung der Klage nach Art. 85a SchKG örtlich nicht zuständig. Aus diesem Grund ist nicht auf die Klage einzutreten.

## 3.2. Sachliche Zuständigkeit

3.2.1. Gemäss § 24 lit. b GOG entscheidet das Einzelgericht (am Bezirksgericht) über Klagen aus dem SchKG gemäss Art. 198 lit. e Ziff. 2-8 ZPO. In die Zuständigkeit des Einzelgerichts ist damit namentlich die Klage nach Art. 85a SchKG verwiesen (Art. 198 lit. e Ziff. 2 ZPO; HAUSER/SCHWERI/LIEBER, GOG, 2012, N. 24 zu § 24). § 24 lit. b GOG kommt allerdings für die Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts von derjenigen der Bezirksgerichte keine eigenständige Bedeutung zu. Der Begriff der "handelsrechtlichen Streitigkeit" ist ein solcher des Bundesrechts: Richten die Kantone ein Handelsgericht ein, sind die Fälle gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO zwingend dem Handelsgericht zugewiesen, soweit dem nicht andere bundesrechtliche Vorschriften entgegenstehen (BGE 140 III 355 E. 2.2).

3.2.2. Die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO (Beschwerdemöglichkeit an das Bundesgericht) und Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO (Eintrag beider Parteien im schweizerischen Handelsregister) sind vorliegend unzweifelhaft erfüllt. Zu klären ist einzig die Frage, ob die Streitigkeit mit der geschäftlichen Tätigkeit mindestens einer Partei zusammenhängt (vgl. Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO).

3.2.3. In BGE 140 III 355 qualifizierte das Bundesgericht betreibungsrechtliche Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht generell als nicht handelsrechtliche Streitigkeiten, weshalb nicht das Handelsgericht, sondern die ordentlichen Gerichte zur Beurteilung solcher Klagen zuständig seien (BGE 140 III 355 E. 2.3.3). In Literatur und Rechtsprechung wird nur vereinzelt die Auffassung vertreten, dass es sich bei der Klage nach Art. 85a SchKG um eine betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht handelt (vgl. z.B. SPÜHLER, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, 6. Aufl. 2014, Rz. 725 f.; Obergericht Zürich, 14. April 2014, PS140023 E. 2.3.2.). Diese Auffassung findet aber in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine Stütze. So erwächst nach Ansicht des Bundesgerichts die Feststellung des Bestands bzw. des Nichtbestands der Schuld in volle Rechtskraft (BGer 5P.337/2006 E. 4). Das Gericht hat also nicht nur - wie für betreibungsrechtliche Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht typisch (vgl. AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, Rz. 53) - vorfrageweise über eine materiellrechtliche Frage zu entscheiden. Es handelt sich aber auch nicht um eine rein materielle Streitigkeit (so aber AMONN/WALTHER, a.a.O., Rz. 49), sondern - wie das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung ausführt - um eine Klage mit Doppelnatur (BGE 125 III 149 E. 2c; BGE 129 III 197 E. 2.1; BGE 132 III 89 E. 1.1; BGE 132 III 277 E. 4.3.1). Wie die Aberkennungsklage bezweckt sie einerseits als materiellrechtliche Klage die Feststellung der Nichtschuld bzw. der Stundung (Art. 85a Abs. 1 SchKG); andererseits hat sie aber, wie das Verfahren nach Art. 85 SchKG, betreibungsrechtliche Wirkung, indem das Gericht mit ihrer Gutheissung die Betreuung einstellt oder aufhebt. Hauptziel der Klage bildet trotz ihrer Doppelnatur die Aufhebung bzw. Einstellung der Betreuung (BGE 127 III 41 E. 4a; BGE 132 III 277 E. 4.3.1 = Pra 96 [2007] Nr. 10 E. 4.3.1; BGer 5P.337/2006 E. 3). Daraus lässt sich folgern, dass im Verfahren nach Art. 85a SchKG nicht Fragen im Zu-

sammenhang mit der geschäftlichen Tätigkeit einer oder beider Parteien, sondern - mit Blick auf den Zweck des Verfahrens - Fragen vollstreckungsrechtlicher Natur im Vordergrund stehen. Zu berücksichtigen ist weiter, dass eine Klage nach Art. 85a SchKG ausserhalb einer Zwangsvollstreckung nicht zulässig ist, denn eine hängige Betreibung ist Prozessvoraussetzung für eine solche Klage (BGE 127 III 41 E. 4c). Das Feststellungsinteresse wird mithin von den betreibungsrechtlichen Zwecken der Klage definiert (vgl. BGE 132 III 277 E. 4.3.1 = Pra 96 [2007] Nr. 10 E. 4.3.1). Damit ist auch mit Blick auf das Interesse des Klägers die vollstreckungsrechtliche Seite vorherrschend. Nach dem Gesagten ist das Verfahren nach Art. 85a SchKG bzw. das dieses Verfahren abschliessende Urteil überwiegend vollstreckungsrechtlicher und nicht materiellrechtlicher Natur. Insofern überwiegt das vollstreckungsrechtliche Element die materiellrechtliche und damit die handelsrechtliche Komponente, sodass die handelsgerichtliche Zuständigkeit zur Beurteilung einer Klage nach Art. 85a SchKG ausser Betracht fällt. Auch aus diesem Grund ist nicht auf die Klage einzutreten.

#### 4. Zusammenfassung

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Frist zur Erhebung der Aberkennungsklage abgelaufen ist, weshalb das klägerische Begehren als Klage nach Art. 85a SchKG entgegenzunehmen ist. Zur Beurteilung dieser Klage ist das hiesige Gericht aber weder örtlich noch sachlich zuständig. Aus diesem Grund ist auf die Klage nicht einzutreten.

#### 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt vorliegend CHF 38'726.70 (vgl. act. 1 Rz. 4). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 10 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr unter Berücksichtigung der Erledigung des Verfahrens ohne Anspruchsprüfung vorliegend auf rund die Hälfte der Grundgebühr anzusetzen. Die Grundgebühr für die Parteientschädigung beträgt rund CHF 6'000.- (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Der Anspruch auf die Grundgebühr entsteht bereits mit Erarbeitung der Klageantwort (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Dementsprechend ist die Klägerin zu

verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung in diesem Umfang zu bezahlen.

**Das Handelsgericht beschliesst:**

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 2'300.–.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 6'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie nach Eintritt der Rechtskraft im Dispositiv an das Betreibungsamt des Broyebezirks (office des poursuites de la Broye).
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 38'726.70.

Zürich, 23. Februar 2015

Handelsgericht des Kantons Zürich

Gerichtsschreiber:

Christian Stalder