



Geschäfts-Nr. PN030135/U/Wi [A](#), [B](#), [C](#)

III. Zivilkammer

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. iur. E. Mazurczak, Vorsitzender,
lic. iur. Th. Seeger und Dr. iur. R. Wyler
sowie die juristische Sekretärin lic. iur. O. Mosimann

Zirkular-Erledigungsbeschluss vom 8. Juli 2003

in Sachen

B.

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

M.

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch

betreffend **Bewilligung des Rechtsvorschlages (Art. 265a SchKG)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Verfügung des Einzelrichters
im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Q. vom 7. April 2003 (EB...)**

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Mit Verfügung vom 7. April 2003 trat der Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Q. auf das Begehren, wonach der in der Betreuung Nr. (...) des Betreibungsamts (...) über eine Forderung von Fr. 3'094.-- mit der Begründung des fehlenden neuen Vermögens erhobene Rechtsvorschlag zu bewilligen sei, nicht ein; weiter hielt er fest, die erwähnte Betreuung könne demzufolge - vorbehältlich eines allfällig nötigen Rechtsöffnungsverfahrens - fortgesetzt werden. Gegen diesen Entscheid richtet sich die rechtzeitig eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers, mit welcher er beantragt, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Streitsache sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet. Die Beklagte hat die Beschwerde nicht beantwortet.
2. Die Vorinstanz hat in ihrer Rechtsmittelbelehrung zutreffend die Nichtigkeitsbeschwerde angegeben. Zwar ist im Verfahren betreffend Bewilligung des Rechtsvorschlages gemäss Art. 265a Abs. 1 bis 3 SchKG jegliches kantonale Rechtsmittel ausgeschlossen (vgl. Art. 265a Abs. 1 letzter Satz SchKG; Botschaft über die Änderung des SchKG, BBl 1991 III 159), doch kann dies nur dann Geltung haben, wenn darüber ein materieller Entscheid ergeht, der in der Folge mit der Klage auf Feststellung neuen Vermögens gemäss Art. 265a Abs. 4 SchKG angefochten werden kann. Gegen Abschreibungsverfügungen ohne Anspruchsprüfung (Nichteintreten, Gegenstandslosigkeit, Anerkennung und Rückzug) und soweit Kosten- und Entschädigungsfolgen angefochten werden, ist mithin ein kantonales Rechtsmittel zulässig.
3. Der Kläger macht geltend, die Vorinstanz habe einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt, indem sie die Vorschriften über die Kautionspflicht nicht richtig angewendet habe. Gemäss Art. 68 SchKG seien die Betreuungskosten vom Gläubiger vorzuschliessen; die Kosten im vorliegenden Verfahren seien wie die Rechtsöffnungskosten auch Betreuungskosten,

weshalb der Gläubiger diese vorzuschüssen habe. Indem die Vorinstanz den Schuldner zum Kläger gemacht und ihn zur Leistung eines Kostenvorschusses verpflichtet habe, habe sie die Kautionspflicht nach Art. 68 SchKG i.V.m. Art. 48 und 49 GebV SchKG verletzt.

4. Umstritten ist, ob sich im summarischen Verfahren der Einrede des mangelnden neuen Vermögens gemäss Art. 265a SchKG der Schuldner oder der Gläubiger in der Klägerrolle befindet und die Kostenvorschusspflicht zu tragen hat. Das Gesetz regelt die Parteirollenverteilung nicht explizit, weshalb in der Lehre unterschiedliche Meinungen vertreten werden. Die Praxis ist dementsprechend nicht nur in den Kantonen, sondern auch innerhalb des Kantons Zürich, uneinheitlich. Aus publizierten Entscheiden ist bekannt, dass der Kanton Thurgau den Gläubiger als Kläger betrachtet und von ihm den Kostenvorschuss verlangt (vgl. BISchK 64 (2000) Nr. 26 und die Bestätigung in RBOG 1999 Nr. 18), wogegen der Kanton Basel-Landschaft den Schuldner als Kläger bezeichnet und diesem die Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses zuweist (BISchK 67 (2003) Nr. 16).

Gemäss *Dominik Gasser*, Fürsprecher, Wissenschaftlicher Adjunkt im Bundesamt für Justiz und Projektleiter der SchKG-Revision ergibt sich aus dem klaren Wortlaut der Bestimmung, dass dem Schuldner die Klägerrolle zukommt und dem betreibenden Gläubiger jene des Beklagten. Zur Begründung wird ausgeführt, im summarischen Verfahren gehe es nach Art. 265a Abs. 2 SchKG um die Bewilligung des Rechtsvorschlages, und nicht - wie in der Rechtsöffnung - um dessen Beseitigung. Das neue Verfahren habe sich am bewährten Pendant der Wechselbetreibung (Art. 179 ff. SchKG) orientiert. Hier wie dort trete der Schuldner als Gesuchsteller auf, da es um die Zulassung seines Rechtsvorschlages gehe, der hier - anders als in der ordentlichen Betreibung - nicht schon kraft einseitiger Erklärung Wirkung entfalte (vgl. Aufsatz "Ein Jahr revidiertes SchKG oder Erst die Praxis bringt es an den Tag" in: *Der Schweizerische Treuhänder*, 1998, Nr. 1-2, S. 15 ff.). Dieser Meinung haben sich weitere Autoren angeschlossen (vgl. *B. Fürstenberger*, Einrede des mangelnden und Feststellung neuen Vermö-

gens nach revidiertem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Basel 1999, S. 80; *J. Brönnimann*, Neuerungen bei ausgewählten Klagen des SchKG, in: ZSR, Bd. 115 (1996), I. Halbband, S. 211 ff, insbesondere, S. 228). Dieser überzeugenden Begründung, welche das vorliegende Verfahren klar vom ordentlichen Rechtsöffnungsverfahren abgrenzt, ist beizupflichten.

Demgegenüber fehlen für die gegenteilige Auffassung einleuchtende Gründe. So hält der *Kommentar Jaeger/Walder/Kull/Kottmann* in N. 2 zu Art. 265a SchKG fest, im Unterschied zur Wechselbetreibung sei der Schuldner Beklagter; ebenso wird in den Tafeln zum SchKG von Walder/Jent der Gläubiger als Kläger und der Schuldner als Beklagter bezeichnet (vgl. Tafel Nr. 65). Eine Begründung dafür fehlt. *SchKG-Huber* nimmt zur Frage der Parteirollenverteilung nicht ausdrücklich Stellung, obwohl teilweise vom Gläubiger als Kläger gesprochen wird. Immerhin lässt sich der N. 19 entnehmen, dass im Zusammenhang mit der Überweisung von Amtes wegen im Gesetzgebungsverfahren vorgeschlagen worden sei, die Überweisung nur auf Verlangen des Gläubigers vorzunehmen, was aber der Nationalrat ausdrücklich abgelehnt habe und dem der Ständerat diskussionslos gefolgt sei. Dies zeigt, dass nach dem Willen des Gesetzgebers dem Gläubiger in diesem summarischen Zwischenverfahren keine aktive Rolle zukommen soll. Daran ändert nichts, dass in den Beratungen der Antrag auch deshalb abgewiesen wurde, weil nicht der Eindruck entstehen solle, den Gläubiger treffe eine Behauptungs- und die Beweislast, was sich zwar schon aus Abs. 2 der Bestimmung ergebe (vgl. Amtl. Bull. NR 1993, S 38 f.). *Gut/Rajower/Sonnenmoser* halten unter Hinweis auf das Kreisschreiben der Verwaltungskommission an die Betreibungsämter und Bezirksgerichte des Kantons Zürich vom 11. Dezember 1996 dafür, es sei naheliegend, den Gläubiger als Kläger zu betrachten (vgl. Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens in: AJP 5/1998, S. 530 f.). Diese Begründung überzeugt nicht. Zwar wird im Kreisschreiben dem Umstand, dass das revidierte SchKG den Gläubiger automatisch in ein gerichtliches - summarisches - Verfahren drängt, das er allenfalls wegen der möglichen Kostenfolge zu seinen Lasten nicht will, Rechnung getragen, indem das Betreibungsamt diesem mit der

Mitteilung des Rechtsvorschlages eine kurze Frist ansetzt, um die Betreuung noch zurückzuziehen. Indessen geht es nicht an, aus dem Umstand, dass ein Rückzug nicht erfolgt ist, den Gläubiger als Kläger zu behandeln. Lässt der Gläubiger die Frist ungenutzt, so nimmt das gesetzlich vorgeschriebene Verfahren seinen Lauf; aus dem passiven Verhalten des Gläubigers darf nicht geschlossen werden, damit habe er das Verfahren veranlasst. Das Verfahren wird allein durch den begründeten Rechtsvorschlag des Schuldners ausgelöst, der von Amtes wegen dem Richter zwecks Bewilligung zu überweisen ist. Schliesslich hält *Paul Angst* in seiner Übersicht über die Rechtsprechung zum neuen SchKG fest, da das Verfahren Bestandteil der Betreuung sei, sei der Gläubiger als Kläger und der Schuldner als Beklagter zu behandeln (vgl. BISchK, 1997, S. 206); diese Auffassung wird der besondere Natur des Verfahrens nicht gerecht.

Damit ist die Rollenverteilung der Vorinstanz, welche den Schuldner als Kläger betrachtet, zutreffend.

5. Dass an diese Klägerrolle des Schuldners die Kostenvorschusspflicht gekoppelt ist, kann - entgegen der Auffassung des Klägers - nicht unter Hinweis auf Art. 68 Abs. 1 SchKG umgestossen werden. Zwar wird dort festgehalten, dass der Gläubiger die Betreuungskosten vorzuschliessen habe, aber wie sich dem daran anschliessenden Satz klar entnehmen lässt, betrifft diese Vorschusspflicht nur die Kosten für eigentliche Betreuungshandlungen des Betreibungsamtes. Daran ändert nichts, dass die vorliegenden Kosten analog zu den Rechtsöffnungskosten auch als Betreuungskosten betrachtet werden können, ist diese Frage doch nicht für den Vorschuss massgebend, sondern dafür, ob diese Kosten aus dem Erlös der laufenden Betreuung zu tilgen sind (vgl. BGE 119 III 67). Die GebV SchKG regelt im 4. Kapitel die Gerichtsgebühren für die gerichtlichen Verfahren und hält mit Bezug auf die Kostenvorschusspflicht in Art. 49 Abs. 2 GebV SchKG u.a. fest, dass die Pauschalgebühr von der Partei vorzuschliessen ist, die das Gericht angerufen hat. Dies ist hier - wie oben dargelegt - der Kläger, der

wie in der Wechselbetreibung auch (vgl. *SchKG-Bauer*, N. 12 zu Art. 181 SchKG), mithin vorschusspflichtig ist.

(...)

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

III. Zivilkammer

Die juristische Sekretärin:

lic. iur. O. Mosimann