

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS140160-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-
Sørensen sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler.

Urteil vom 7. Oktober 2014

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

gegen

B. _____ **AG**,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

betreffend

Bewilligung Rechtsvorschlag gemäss Art. 265a SchKG

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des
Bezirksgerichtes Meilen vom 27. Mai 2014 (EB140085)

Rechtsbegehren:
(act. 1, sinngemäss)

Es sei der Gesuchstellerin in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon (Zahlungsbefehl vom 15. Januar 2014) der mit der Begründung des fehlenden neuen Vermögens erhobene Rechtsvorschlag zu bewilligen.

**Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des
Bezirksgerichtes Meilen vom 27. Mai 2014:**
(act. 19 S. 4 f.)

1. Das Gesuch um Bewilligung des Rechtsvorschlages wird abgewiesen.
Die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon, Zahlungsbefehl vom 15. Januar 2014, kann – vorbehältlich einer allfällig nötigen Beseitigung eines gegen die Forderung als solche gerichteten Rechtsvorschlages – fortgesetzt werden.
2. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf CHF 500.–.
3. Die Gerichtskosten werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Die Gerichtskosten werden mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 500.– verrechnet.
5. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Gesuchsgegnerin keine Parteienschädigung verlangt hat.
- 6./7. ... [Mitteilung/Rechtsmittel]

Berufungsantrag:

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (act. 21, sinngemäss):

Der mit der Begründung des fehlenden neuen Vermögens erhobene Rechtsvorschlag sei zu bewilligen.

Erwägungen:

I.

1.

Am 27. Januar 2014 stellte das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon der Betreuungsschuldnerin A. _____ in der Betreuung Nr. ... für eine Verlustscheinforderung der B. _____ AG von Fr. 12'023.40 (Pfändungsverlustschein vom 18. Juli 1986) zuzüglich Fr. 650.– Verzugsschaden den Zahlungsbefehl zu. A. _____ erhob Rechtsvorschlag für die gesamte Forderung und machte fehlendes neues Vermögen geltend (act. 2; vgl. Art. 265 Abs. 2 und Art. 75 Abs. 2 SchKG). Das Betreibungsamt legte den Rechtsvorschlag gemäss Art. 265a Abs. 1 SchKG dem Bezirksgericht Meilen vor (act. 1).

2.

2.1. Das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen lud die Parteien auf den 5. Mai 2014 zur Hauptverhandlung vor. Es wies darauf hin, dass bei ungenügend entschuldigtem Fernbleiben einer Partei (mit Bezug auf diese) aufgrund der Akten entschieden werde (act. 6).

2.2. Am Verhandlungstag teilte die Schwester der Gesuchstellerin dem Einzelgericht telefonisch mit, dass sich Letztere im Spital befinde und nicht an der Verhandlung teilnehmen könne. Das Gericht nahm der B. _____ AG (fortan: Gesuchsgegnerin) die Vorladung ab und forderte sie auf, den der Betreuung zugrunde liegenden Verlustschein einzureichen, was diese aufforderungsgemäss tat (act. 8, 9, 10/1).

2.3. Mit Verfügung vom 7. Mai 2014 setzte das Einzelgericht der Gesuchstellerin zwei Fristen an (act. 12):

Erstens forderte es die Gesuchstellerin auf, ein Arzteugnis einzureichen, welches sich über ihre Verhandlungsunfähigkeit für eine ungefähr zweistündige Verhandlung am 5. Mai 2014, 10.15 Uhr, ausspreche, und stellte in Aussicht, dass

bei Säumnis aufgrund der Akten über das (sinngemäss gestellte) Verschiebungsgesuch entschieden werde.

Zweitens forderte das Einzelgericht die Gesuchstellerin auf, sich in einer Stellungnahme zur Zulässigkeit der Einrede des mangelnden neuen Vermögens zu äussern, anderenfalls das Verfahren ohne die versäumte Stellungnahme weitergeführt werde.

Die Gesuchstellerin reichte ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis und Unterlagen zu den finanziellen Verhältnissen ein. Zur Zulässigkeit der Einrede des fehlenden neuen Vermögens (d.h. zur Frage, ob die Gesuchstellerin in der fraglichen Betreuung überhaupt den Schutz der geltend gemachten Vollstreckungsbeschränkung genießt) äusserte sie sich nicht (act. 14 und 15/1–8).

3.

Mit Urteil vom 27. Mai 2014 wies das Einzelgericht das Gesuch um Bewilligung des Rechtsvorschlages ab. Es hielt fest, dass die Betreuung vorbehältlich einer allfällig nötigen Beseitigung eines gegen die Forderung als solche gerichteten Rechtsvorschlages fortgesetzt werden könne (act. 19).

Das Einzelgericht erwog im Wesentlichen:

a) Das von der Gesuchstellerin eingereichte Arztzeugnis spreche sich nicht über die Verhandlungs-, sondern über die Arbeitsunfähigkeit aus. Überdies habe die Gesuchstellerin keine Stellungnahme betreffend die Zulässigkeit der Einrede des mangelnden neuen Vermögens eingereicht. Bei dieser Sachlage wäre das Gesuch um Verschiebung der Hauptverhandlung abzuweisen gewesen, womit die Gesuchstellerin der Hauptverhandlung unentschuldigt ferngeblieben sei.

b) Die Gesuchsgegnerin stütze ihr Betreibungsbegehren auf einen "Pfändungsverlustschein" vom 18. Juli 1986. Damit stehe der Gesuchstellerin die Einrede des fehlenden neuen Vermögens nicht zu. Aufgrund der Akten sei nicht davon auszugehen, dass nach Ausstellung des Pfändungsverlustscheins ein *Konkurs* über die Gesuchstellerin eröffnet worden sei, an welchem die Gesuchsgegnerin nicht teilgenommen habe (act. 19).

4.

Mit Eingabe an das Bezirksgericht vom 10. Juni 2014 erklärte sich die Gesuchstellerin mit dem vorinstanzlichen Urteil nicht einverstanden. Sinngemäss wehrte sie sich gegen die Erwägung, dass das Gesuch um Verschiebung der Hauptverhandlung abzuweisen gewesen wäre, womit die Gesuchstellerin der Hauptverhandlung unentschuldigt ferngeblieben sei. Sie macht geltend, das eingereichte Arztzeugnis sei genügend gewesen, allenfalls hätte ihr die Vorinstanz Gelegenheit zur Nachreichung eines genügenden Zeugnisses einräumen müssen: Für den Laien sei Arztzeugnis gleich Arztzeugnis (act. 21).

Das Bezirksgericht leitete die Eingabe innerhalb der Berufungsfrist per Post zur Behandlung als Berufung an das Obergericht weiter, unter gleichzeitiger Überweisung seiner Akten (act. 20; vgl. act. 17/2).

II.

1.

Die Einrede des fehlenden neuen Vermögens hat ihre Grundlage in den Art. 265 und 267 SchKG: Eine im *Konkursverfahren* ungedeckt gebliebene Forderung kann auf dem Betreibungsweg erst wieder eingetrieben werden, wenn der Konkursit zu neuem Vermögen gekommen ist. Derselben Beschränkung unterliegen auch die – vor der Konkurseröffnung entstandenen – Forderungen derjenigen Gläubiger, welche am Konkurs nicht teilgenommen haben. Bestreitet der Schuldner, zu neuem Vermögen gekommen zu sein, hat er dies im Rechtsvorschlag ausdrücklich zu erklären, andernfalls die Einrede verwirkt ist (Art. 75 Abs. 2 SchKG). Das Betreibungsamt legt den Rechtsvorschlag zum Entscheid über dessen Bewilligung dem Richter des Betreibungsortes vor (Art. 265a Abs.1 SchKG). Ob die Einrede des mangelnden neuen Vermögens im konkreten Fall überhaupt zulässig ist, das heisst, ob nach der Entstehung der Forderung über den Schuldner ein Konkursverfahren durchgeführt wurde, hat das Betreibungsamt nicht zu prüfen; darüber befindet der Richter (BGE 124 III 379). Der Richter prüft alsdann im summarischen Verfahren, ob neues Vermögen vorliegt oder nicht (Bewilligungsverfahren; Art. 265a Abs. 1–3 SchKG, Art. 251 lit. d ZPO). Gegen seinen

Entscheid ist gemäss Art. 265a Abs. 1 SchKG kein (kantonales) Rechtsmittel zulässig.

Liegt der Entscheid des Summargerichtes vor, können der Schuldner und der Gläubiger innert 20 Tagen nach Eröffnung des Entscheides beim Richter des Betriebes Klage auf Bestreitung oder Feststellung des neuen Vermögens einreichen (Art. 265a Abs. 4 SchKG). Dieser Prozess wird ohne vorangehendes Schlichtungsverfahren je nach Streitwert im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren durchgeführt (Art. 198 lit. e Ziff. 7 ZPO, Art. 220 ff. und 243 ff. ZPO).

2.

Der Rechtsmittelausschluss bezüglich des Entscheides des Summargerichtes (Art. 265a Abs. 1 SchKG) erfolgte mit Blick darauf, dass, wer mit dem Bewilligungsentscheid nicht einverstanden ist, nach Art. 265a Abs. 4 SchKG den ordentlichen Prozessweg beschreiten kann. Im Ergebnis dient die Klage auf Bestreitung bzw. auf Feststellung neuen Vermögens als Rechtsbehelf zur Überprüfung des Entscheides über die Bewilligung bzw. Nichtbewilligung des Rechtsvorschlages (Botschaft über die Änderung des SchKG vom 8. Mai 1991, in BBl. 1991 III S. 1 ff., insbes. S. 159; BGE 134 III 524 Erw. 1.2–1.3; KUKO SchKG-Näf, 2. Aufl., Art. 265a N 8; ZK ZPO-Reetz/ Theiler, 2. Aufl., Art. 309 N 6).

In BGE 138 III 130 Erw. 2.2 (= Pra 101 [2012] Nr. 92) – es ging um die Verteilung der Prozesskosten des Summarverfahrens – hielt das Bundesgericht unter Hinweis auf einen Entscheid der früheren III. Zivilkammer des Obergerichtes fest, dass sich die Ausschlussbestimmung nur auf materielle Entscheide über das Vorliegen neuen Vermögens beziehe ("la loi ne vise que l'hypothèse d'une décision matérielle sur l'existence du retour à meilleure fortune"). Die III. Zivilkammer hatte seinerzeit erkannt – es ging offenbar um einen wegen Nichtbezahlung des Kostenvorschusses ergangenen Nichteintretensentscheid des Summarrichters –, dass der Rechtsmittelausschluss gemäss Art. 265a Abs. 1 SchKG in der Fassung vom 16. Dezember 1994 (der Summarrichter entscheidet "endgültig") nur dann Geltung haben kann, wenn im Verfahren betreffend Bewilligung des Rechtsvorschlages ein materieller Entscheid ergeht, der in der Folge mit der Klage auf Feststellung neuen Vermögens gemäss Art. 265a Abs. 4 SchKG "angefochten" wer-

den kann. Gegen Abschreibungsverfügungen ohne Anspruchsprüfung (Nichteintreten, Gegenstandslosigkeit, Anerkennung und Rückzug) und soweit Kosten- und Entschädigungsfolgen angefochten würden, sei mithin ein kantonales Rechtsmittel zulässig (ZR 103/2004 Nr. 7; vgl. Gut/ Rajower/ Sonnenmoser, Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens, in: AJP 1998 S. 529 ff., insbes. S. 535; RBOG-TG 1998 Nr. 14 S. 116, 2011 Nr. 20 S. 148 [= BISchK 2013 S. 161]; anders, nicht differenzierend: Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., § 48 N 43; KUKO SchKG-Näf, 2. Aufl., Art. 265a N 8; BSK SchKG-Huber, 2. Aufl., Art. 265a N 31 [im Unterschied zu BSK SchKG-Bauer, Erg.Bd. zur 1. Aufl., Art. 265a ad N 31]).

In der Tat gilt es zu beachten, dass das dem summarischen allenfalls anschließende ordentliche Verfahren kein Rechtsmittelverfahren ist, in dem Mängel des summarischen Verfahrens gerügt werden können. Liegt kein materieller Entscheid des Summarrichters vor, fehlt es zur Einleitung einer Klage auf Feststellung neuen Vermögens an einer Prozessvoraussetzung. Würde in diesem Fall gegen den Entscheid des Summarrichters kein kantonales Rechtsmittel zugelassen, stände den Parteien nur die Beschwerde an das Bundesgericht zur Verfügung (vgl. BGE 134 III 524, 138 III 44).

3.

Der angefochtene vorinstanzliche Entscheid basiert auf der Erwägung, dass die Einrede des fehlenden neuen Vermögens in der vorliegenden Betreuung unzulässig sei (s. vorn Erw. I/3). Ein materieller Entscheid über das Vorliegen neuen Vermögens erging nicht. Die Berufung ist deshalb – obwohl die Kammer kürzlich ohne Begründung abweichend entschieden hat (OGer ZH PS140009 vom 7. Februar 2014) – zuzulassen.

III.

Die Gesuchstellerin beanstandet mit der Rechtsmitteleingabe die Erwägung der Vorinstanz, dass sie der Hauptverhandlung unentschuldigt ferngeblieben sei. Sie macht geltend, die Vorinstanz hätte sie, wenn das Arzteugnis über die Arbeitsunfähigkeit entgegen ihrer Auffassung ungenügend gewesen sei, darauf aufmerksam machen und ihr Gelegenheit geben müssen, ein Zeugnis über die Verhandlungsunfähigkeit nachzureichen.

Die Erwägung der Vorinstanz, dass die Gesuchstellerin der Hauptverhandlung unentschuldigt ferngeblieben sei, war für den angefochtenen Entscheid indessen nicht relevant. Diesem liegt letztlich die Erwägung zugrunde, dass der Gesuchstellerin die Einrede des fehlenden neuen Vermögens im vorliegenden Fall gar nicht zustehe, weil aufgrund der Akten nicht davon auszugehen sei, dass über die Gesuchstellerin nach Ausstellung des Pfändungsverlustscheins ein Konkurs eröffnet worden sei, an welchem die Gesuchsgegnerin nicht teilgenommen habe. Sich zur Zulässigkeit der Einrede zu äussern hatte die Vorinstanz der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 7. Mai 2014 Gelegenheit gegeben mit dem Hinweis, dass das Verfahren bei Säumnis ohne die Stellungnahme weitergeführt werde (act. 12). Insoweit beanstandet die Gesuchstellerin, die sich zur Zulässigkeit der Einrede vor Vorinstanz nicht geäussert hat, das vorinstanzliche Verfahren und den vorinstanzlichen Entscheid nicht.

Die Rüge der Gesuchstellerin zielt somit an der Sache vorbei. Die Berufung erweist sich deshalb als unbegründet und ist abzuweisen. In Präzisierung des vorinstanzlichen Entscheides ist festzustellen, dass die in Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon, Zahlungsbefehl vom 15. Januar 2014, mit Rechtsvorschlag erhobene Einrede des fehlenden neuen Vermögens unzulässig ist und deshalb kein Hindernis für die Fortsetzung der Betreuung darstellt.

IV.

Bei diesem Verfahrensausgang wird die Gesuchstellerin für beide Instanzen kostenpflichtig. Die erstinstanzliche Kostenregelung ist zu bestätigen. Für das zweitinstanzliche Verfahren ist die Spruchgebühr beim gegebenen Streitwert von Fr. 12'673.40 nach Massgabe der Art. 48 und Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 250.– festzusetzen. Parteientschädigungen sind für das Rechtsmittelverfahren nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Abweisung der Berufung wird festgestellt, dass die in Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon, Zahlungsbefehl vom 15. Januar 2014, mit Rechtsvorschlag erhobene Einrede des fehlenden neuen Vermögens unzulässig ist und deshalb kein Hindernis für die Fortsetzung der Betreuung darstellt.
Die Betreuung kann – vorbehältlich einer allfällig nötigen Beseitigung eines gegen die Forderung als solche gerichteten Rechtsvorschlags – fortgesetzt werden.
2. Die erstinstanzliche Kostenregelung (Dispositiv Ziffern 2–5 des angefochtenen Urteils) wird bestätigt.
3. Die Spruchgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 250.– festgesetzt und der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage einer Kopie von act. 21, an die Vorinstanz sowie im Dispositiv an das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 12'673.40.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am: