Art. 265a SchKG, Feststellung des neuen Vermögens. *Gegen den Entscheid des Summar-Richters (Art. 265a Abs. 1 - 3 SchKG in Verbindung mit Art. 251 lit. d SchKG) ist trotz des Wortlautes nicht jedes (kantonale) Rechtsmittel ausgeschlossen.*

In einer gestützt auf einen Pfändungs-Verlustschein angehobenen Betreibung erhob die Schuldnerin Rechtsvorschlag mit der Begründung, sie sei nicht zu neuem Vermögen gekommen. Das Betreibungsamt legte die Sache dem Einzelgericht vor. Dieses prüfte das Vorliegen neuen Vermögens nicht, weil seit dem Entstehen der betriebenen Forderung über die Schuldnerin kein Konkurs eröffnet worden sei. Dagegen führt die Schuldnerin Berufung. Die Kammer weist die Berufung ab und stellt fest, die Einrede sei unzulässig und stelle kein Hindernis für die Fortsetzung der Betreibung dar.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

(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 Betreibungsortes 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 Rechtsvorschlags 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 [= BlSchK 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 Betreibung unzulässig sei (…). 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.

(…)

<u>Es wird erkannt:</u>

1. In Abweisung der Berufung wird festgestellt, dass die in Betreibung Nr. 44780 des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon, Zahlungsbe-

fehl vom 15. Januar 2014, mit Rechtsvorschlag erhobene Einrede des fehlenden neuen Vermögens unzulässig ist und deshalb kein Hindernis für die Fortsetzung der Betreibung darstellt.
Die Betreibung kann – vorbehältlich einer allfällig nötigen Beseitigung eines gegen die Forderung als solche gerichteten Rechtsvorschlags – fortgesetzt werden.

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 7. Oktober 2014
Geschäfts-Nr.: PS140160-O/U