

**Art. 253 ZPO, Art. 147 Abs. 2 ZPO. Säumnisfolgen im summarischen Verfahren.** *Erscheinen die Parteien nicht an der mündlichen Verhandlung, ist Säumnisfolge nicht das Nichteintreten, sondern das Verfahren geht ohne (zusätzliche) Stellungnahmen weiter.*

Auf die Erklärung des Rechtsvorschlages "mangels neuen Vermögens" hin lädt das Einzelgericht zur mündlichen Verhandlung vor. Keine Partei erscheint, und das Gericht tritt unter Hinweis darauf auf die Sache nicht ein. Das Obergericht behandelt die Beschwerde der Gläubigerin gegen das Nichteintreten nicht, weil aus dem angefochtenen Entscheid ausreichend klar hervorgeht, dass der Rechtsvorschlag nicht bewilligt wurde und die Gläubigerin darum nicht beschwert ist. Unter dem Aspekt der ebenfalls angefochtenen Kostenaufgabe wird aber geprüft, ob die Erledigung des Verfahrens richtig war - und das wird verneint.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

4.3.2. (...) Das Verfahren nach Art. 265a Abs. 1 bis 3 SchKG ist nach den Bestimmungen der Zivilprozessordnung im summarischen Verfahren zu führen (Art. 251 lit. a ZPO). Art. 252 bis Art. 256 ZPO regeln den Säumnisfall nicht. Der Beschwerdeführerin ist darin zuzustimmen, dass die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens für alle anderen Prozessarten "sinngemäss" als anwendbar erklärt werden (Art. 219 ZPO), das heisst Abweichungen können sich direkt aus dem Gesetz ergeben oder aber durch die Natur eines besonderen Verfahrens bedingt sein. Die Regeln des ordentlichen Verfahrens kommen nur so weit ergänzend zum Zug, als sie mit dem Wesen des Summarikums vereinbar sind (Botschaft ZPO, BBl 2006 7221 ff., S. 7338 und 7350).

In der Lehre ist umstritten, ob im summarischen Verfahren Art. 234 Abs. 2 ZPO bei Säumnis beider Parteien zur Anwendung gelangt (befürwortend etwa Kaufmann, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 256 N 25, BSK ZPO-Willisegger, 3. A., Basel 2017, Art. 235 N 41, BK ZPO-Killias, Bd. I, Bern 2012, Art. 234 N 24 f. und Scheiwiller, Säumnisfolgen nach der Schweizerischen ZPO, Diss. 2016, § 11 N 495 f. m.w.H.; ablehnend BSK ZGB I-Mazan, a.a.O., Art. 253 N 19, ZK ZPO-Klingler, a.a.O., Art. 252 N 23, KUKO ZPO-Jent-Sorensen, 2. A., Basel 2014, Art. 252 N 6). Zu beachten gilt, dass die Hauptverhandlung des ordentlichen Verfahrens nicht der Verhandlung des Verfahrens nach Art. 265a Abs. 1 bis 3 SchKG entspricht. Besonders ist in letzterem Verfahren vor allem,

dass erst die (blosse) Einrede des mangelnden neuen Vermögens durch den Schuldner vorliegt. Eine Klage oder auch ein Gesuch des Schuldners mit Tatsachenbehauptungen und Belegen liegt nicht vor. Es ist am Schuldner, dies anlässlich der Verhandlung nachzuholen. Es trifft ihn die Behauptungs- und Glaubhaftmachungslast für die Forderungsentstehung vor der Konkurseröffnung sowie für seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse, wobei der Gläubiger insofern mitwirkungspflichtig ist, als er Klarheit über Datum und Grund resp. Art der Forderung zu schaffen hat (vgl. AJP 1998 S. 529 ff., S. 533 f.). Über die finanziellen Verhältnisse des Schuldners weiss der Gläubiger oftmals nicht Bescheid und kann er von sich aus wenig beitragen. Was dies anbelangt, ist der Argumentation der Beschwerdeführerin zuzustimmen. Im Weiteren ist beachtlich, dass die Beschwerdeführerin, welche nach Erhebung des Rechtsvorschlages mangels neuen Vermögens unter Fristansetzung durch das Betreibungsamt die Betreibung nicht zurückzog und zudem der Vorinstanz Belege zur Betreibungsforderung einreichte, damit bereits deutlich zum Ausdruck brachte, dass sie die Beseitigung der Einrede des Beschwerdegegners anstrebt. Ein hinter der Verfahrensabschreibung nach Art. 234 Abs. 2 ZPO stehendes Desinteresse resp. fehlendes Rechtsschutzinteresse am vorinstanzlichen Verfahren (siehe etwa BSK ZPO-Willisegger, a.a.O., Art. 234 N 31; KUKO ZPO-Naegeli/ Mayhall, a.a.O., Art. 234 N 14; BK ZPO-Killias, a.a.O., Art. 234 N 25) kann ihr demzufolge nicht zugeschrieben werden. Die Anwendung von Art. 234 Abs. 2 ZPO erweist sich als nicht sachgerecht, vielmehr hat die allgemeine Bestimmung von Art. 147 Abs. 2 ZPO zur Anwendung zu gelangen (vgl. zur Anwendung im summarischen Verfahren insbesondere auch OGer ZH, I. ZK, RT130033 vom 31. Mai 2013 [zur Rechtsöffnung], E. 3.a sowie OGer ZH, II. ZK, PS110235 vom 14. Dezember 2011, E. 4. [betreffend die Konkurseröffnung]).

Bildet Art. 234 Abs. 2 ZPO keine Grundlage dafür, die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, so erfolgt die Kostenverteilung nach Art. 106 ff. ZPO. Wie gesehen (vgl. oben Erw. 4.3.1.) ist die Einrede des fehlenden neuen Vermögens dahingefallen. Da der Beschwerdegegner folglich mit seiner Einrede nicht durchdrang, sind ihm nach Art. 106 Abs. 1 ZPO die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens aufzuerlegen. Eine Abweichung vom allgemeinen Kostenvertei-

lungsgrundsatz und eine Verteilung nach Ermessen (etwa nach Art. 107 Abs. 1 lit. e oder f ZPO), nur weil die Beschwerdeführerin nicht an der Verhandlung erschienen ist und vorgängig zur Verhandlung Belege einreichte, gebietet sich nicht. Insbesondere ist zum mutmasslichen Verfahrensausgang – (auch) bei Erscheinen des Beschwerdegegners – festzuhalten, dass die Einrede des fehlenden neuen Vermögens nach Art. 265a Abs. 1 SchKG nur zulässig ist, wenn über den Schuldner in der Schweiz ein Konkurs eröffnet und durchgeführt wurde (AJP 1998 S. 529 ff., S. 531 und 534). Dass dies der Fall gewesen sein sollte, ist anhand der Aktenlage resp. dem vorliegenden Pfändungsverlustschein vom 2. April 2014 äusserst fraglich (act. 6/1; BSK SchKG II-Huber, 2. A., Basel 2010, Art. 265a N 10).

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 19. März 2018  
Geschäfts-Nr.: PS180013-O/U