

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT110099-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter Dr. H.A. Müller
und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber
lic. iur. A. Baumgartner

Beschluss vom 9. Januar 2012

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin und Beschwerdeführerin

gegen

B._____,

Beklagter und Beschwerdegegner

betreffend **Rechtsvorschlag wegen fehlenden neuen Vermögens**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 1. Juli 2011 (EB110106)**

Erwägungen:

1. a) In der von der Klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) gegen den Beklagten und Beschwerdegegner (fortan Beklagter) beim Betreibungsamt C._____ eingeleiteten Betreuung Nr. ... wurde dem Beklagten am 15. Juni 2011 der Zahlungsbefehl für die ordentliche Betreuung auf Pfändung oder Konkurs zugestellt. Gleichentags erhob der Beklagte Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens gemäss Art. 265a SchKG (Urk. 7/3). Der Rechtsvorschlag mit der Einrede des fehlenden neuen Vermögens wurde am 1. Juli 2011 der Vorinstanz vorgelegt (Urk. 7/1).

b) Mit Verfügung vom 1. Juli 2011 setzte die Vorinstanz der Klägerin in Anwendung von Art. 48 GebV SchKG Frist an zur Leistung eines Barvorschusses von Fr. 150.– (Urk. 2).

c) Mit innert Frist am 8. Juli 2011 zur Post gegebenen Eingabe erhob die Klägerin Beschwerde gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 1. Juli 2011 mit dem folgenden Antrag (Urk. 1 S. 1):

" Es sei die Verfügung des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 1. Juli 2011 dahingehend abzuändern, dass die Parteirollen getauscht werden, d.h. es sei B._____ (Schuldner) als Kläger und die Beschwerdeführerin (Gläubigerin) als Beklagte aufzuführen. Der Kostenvorschuss von CHF 150.00 sei dem Schuldner zu überbinden."

d) Mit Verfügung vom 13. Juli 2011 wurde der Vorinstanz Frist angesetzt, um sich zu der erstinstanzlichen Parteirollenverteilung zu äussern (Urk. 5), was sie mit Schreiben vom 22. Juli 2011 tat (Urk. 6).

e) Mit Verfügung vom 27. Juli 2011 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um zur Stellungnahme der Vorinstanz vom 22. Juli 2011 Stellung zu nehmen (Urk. 8). Innert Frist ging ihre diesbezügliche Stellungnahme vom 3. August 2011 ein (Urk. 9).

f) Mit Verfügung vom 8. August 2011 wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um die Beschwerde der Klägerin zu beantworten und zur Stellungnahme der Vo-

rinstanz vom 22. Juli 2011 sowie zur Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 3. August 2011 Stellung zu nehmen. Sodann wurde ihm angedroht, dass das Verfahren ohne die Beschwerdeantwort bzw. die Stellungnahme weitergeführt werde, sofern die Beantwortung bzw. die Stellungnahme unterbleiben würden (Urk. 10). Bis zum heutigen Tag ging keine dementsprechende Eingabe des Beklagten ein.

2. a) Die Klägerin ruft als Beschwerdegrund an, dass die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung die Kläger- und Beklagtenrolle vertauscht habe (Urk. 1 S. 3 Ziff. 2.1).

b) Die Vorinstanz führte hierzu aus, dass sie die Ansicht des Thurgauer und des Berner Obergerichts teile und den Betreibenden als Kläger betrachte. Immerhin habe er das Verfahren provoziert, indem er die Betreuung angehoben habe. Dies gelte vorliegend umso mehr, als sich der Betreibende auf einen Konkursverlustschein stütze (mit Verweis auf den Zahlungsbefehl) und daher damit habe rechnen müssen, dass der Betriebene die Einrede "fehlendes neues Vermögen" erheben könnte und in aller Regel auch erheben würde. Da die Kosten dieses Verfahrens regelmässig als Betreuungskosten gelten würden (jedenfalls wenn der Betreibende obsiege), die zwar vom Betriebenen getragen würden, aber vom Betreibenden vorgeschossen werden müssten (mit Verweis auf Art. 68 SchKG), rechtfertige sich, den Betreibenden als Kläger zu betrachten und von ihm den Kostenvorschuss gemäss ZPO zu verlangen. Bei gegenteiliger Ansicht müsste wohl jedes Mal die unentgeltliche Prozessführung bewilligt werden. Das würde sich nachteilig auf die Staatskasse auswirken, was sich nicht rechtfertige, nachdem es im Betreibungsverfahren letztlich um reine Inkassomandate gehe (Urk. 6).

c) Die Klägerin äusserte sich zu den Vorbringen der Erstinstanz folgendermassen: Sie teile die Ansicht der Vorinstanz sowie jene des Thurgauer und des Berner Obergerichts nicht, wonach der Betreibende als Kläger zu betrachten sei. Immerhin sei im Umkehrschluss zumindest anzunehmen, dass die übrigen 24 Obergerichte den Betreibenden als Beklagten ansehen würden. Sie folge zudem den Anschauungen der Vorinstanz nicht, wonach "wohl jedes Mal unentgeltliche Prozessführung bewilligt werden" müsste. Gerade im vorliegenden Fall, in dem der Beklagte über ein steuerbares Einkommen von Fr. 70'000.– verfüge, dürfte

wohl kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vorliegen. Es erschliesse sich ihr auch nicht, wie der Umstand, dass es "im Betreibungsverfahren letztlich um reine Inkassomandate gehe", zur Beantwortung der Frage beitragen könne, warum sie vorliegend nicht als Beklagte passivlegitimiert sei. Sie werde typischerweise keine Betreibungen gegen eine Schuldnerschaft mit Konkursverlustscheinen anheben, wenn sie nicht im Voraus eine gewisse Prozesschance und -ökonomie darin erblicken könnte (Urk. 9).

3. a) Bei der angefochtenen Verfügung handelt es sich um einen beschwerdefähigen Entscheid über die Leistung eines Kostenvorschusses (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO i.V.m. 103 ZPO).

b) Erhebt der Schuldner Rechtsvorschlag mit der Begründung, er sei nicht zu neuem Vermögen gekommen, so legt das Betreibungsamt den Rechtsvorschlag dem Richter des Betreibungsortes vor. Dieser hört die Parteien an und entscheidet; gegen den Entscheid ist kein Rechtsmittel zulässig (Art. 265a Abs. 1 SchKG). Durch diese Bestimmung sollen alle Rechtsmittel auf kantonaler Ebene ausgeschlossen sein (vgl. Huber, in: Basler Kommentar, Art. 159-352 SchKG, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 265a N 31 m.w.H.; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 309 N 6). Der Ausschluss aller Rechtsmittel auf kantonaler Ebene beim Entscheid über den Rechtsvorschlag nach Massgabe von Art. 265a Abs. 1-3 SchKG erfolgt mit Blick darauf, dass, wer mit dem Bewilligungsentscheid nicht einverstanden ist, nach Art. 265a Abs. 4 SchKG den ordentlichen Prozessweg beschreiten kann (vgl. BGE 134 III 524 E. 1.2 mit Hinweis auf die Botschaft, BBl 1991 III 159).

Die Vorinstanz hat in ihrer Rechtsmittelbelehrung trotzdem zutreffend die Beschwerde belehrt (vgl. Urk. 2 S. 2 Dispositivziffer 3). Zwar ist im Verfahren betreffend Bewilligung des Rechtsvorschlages gemäss Art. 265a Abs. 1 bis 3 SchKG, wie aufgezeigt, jegliches Rechtsmittel auf kantonaler Ebene ausgeschlossen, 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, Gegenstands-

losigkeit, Anerkennung und Rückzug) und soweit Kosten- und Entschädigungsfolgen angefochten werden, ist mithin ein Rechtsmittel auf kantonaler Ebene zulässig (vgl. dazu den Zirkular-Erledigungsbeschluss vom 8. Juli 2003 der III. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich im Verfahren PN030135 E. 2). Gegen eine Verfügung betreffend Kostenvorschuss ist gemäss Art. 103 ZPO die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO zulässig.

4. a) Im bereits genannten Zirkular-Erledigungsbeschluss vom 8. Juli 2003 im Verfahren PN030135 führte die III. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich das Folgende aus:

"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 Vermögens 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 Betreibung 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 Betreibung sei, sei der Gläubiger als Kläger und der Schuldner als Beklagter zu behandeln (vgl. BISchK, 1997, S. 206); diese Auffassung wird der besonderen 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 Betreibungskosten vorzuschüssen habe, aber wie sich dem daran anschliessenden Satz klar entnehmen lässt, betrifft diese Vorschusspflicht nur die Kosten für eigentlichen Betreibungshandlungen des Betreibungsamtes. Daran ändert nichts, dass die vorliegenden Kosten analog zu den Rechtsöffnungskosten auch als Betreibungskosten 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 Wechselbretreibung auch (vgl. SchKG-Bauer, N. 12 zu Art. 181 SchKG), mithin vorschusspflichtig ist."

Dieser auf der Internetseite der zürcherischen Gerichte publizierte Entscheid (www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/EDCA1D17B5CAB457C1256DDB004A9799_PN030135.pdf) behält auch unter der Schweizerischen Zivilprozessordnung sowie nach Aufhebung des Art. 49 GebV SchKG weiterhin Gültigkeit. So kann das Gericht neu anstatt über Art. 49 Abs. 2 GebV SchKG mit Hilfe von Art. 98 ZPO von der klagenden Partei einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen.

Das Argument der Vorinstanz, dass in dieser Konstellation jedes Mal die unentgeltliche Prozessführung bewilligt werden müsste und dies sich nachteilig auf die Staatskasse auswirken würde, was sich nicht rechtfertige, nachdem es im Bretreibungsverfahren letztlich um reine Inkassomandate gehe, verfängt sodann nicht. So kann es nicht sein, dass ein Gericht den Parteien ihre Rollen im Prozess mit der Überlegung, wie entstehen für die Staatskasse am wenigsten Kosten, zuweist. Aufgrund von Art. 29 Abs. 3 BV sowie Art. 117 ZPO hat zudem jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand. Sofern somit schon von vorneherein die Aussichtslosigkeit des Rechtsbegehrens des Schuldners vorliegt oder der Schuldner nicht (mehr) mittellos ist, muss die Vorinstanz seinen Antrag um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abweisen. Eine regelmässige Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für den Schuldner ist somit – entgegen den Ausführungen der Vorinstanz – nicht zu erwarten. Ob vom Schuldner überhaupt ein Kostenvorschuss einverlangt werden soll, hat aber die Vorinstanz zu entscheiden (Art. 98 ZPO).

b) Dem Schuldner ist daher im erstinstanzlichen Verfahren gemäss Art. 265a Abs. 1 SchKG die Klägerrolle und der Gläubigerin die Beklagtenrolle zuzuteilen (vgl. dazu auch Huber, in: Basler Kommentar, Art. 159-352 SchKG, a.a.O., Art. 265a N 21). Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 1. Juli 2011 aufzuheben. Die Sache ist im Sinne von Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO an die Vorinstanz zurückzuweisen.

6. Der Beklagte reichte im Beschwerdeverfahren keine Beschwerdeantwort ein. Er hat sich somit mit dem vorinstanzlichen Entscheid nicht identifiziert. Zudem hat er ihn auch nicht verursacht. Gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. f. und Abs. 2 ZPO ist er daher weder zur Bezahlung einer Parteientschädigung zu verpflichten, noch mit Gerichtskosten zu belegen. In einem solchen Fall besteht zudem keine gesetzliche Grundlage, die Klägerin aus der Staatskasse zu entschädigen (Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 107 N 26; Freiburghaus/Afeldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 327 N 24).

Es wird beschlossen:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 1. Juli 2011 aufgehoben. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen zur neuen Zuweisung der Parteirollen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Pfäffikon, Einzelgericht s.V., 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 150.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 9. Januar 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am: js