

arrestpraxis.ch

VISCHER

Der Verlag SCHULTHESS JURISTISCHE MEDIEN AG hat freundlicherweise die Genehmigung erteilt, dass arrestpraxis.ch den nachfolgenden Entscheid auf der Website online zugänglich macht.

Sämtliche Rechte verbleiben aber beim Verlag SCHULTHESS JURISTISCHE MEDIEN AG.

arrestpraxis.ch

er fest, die erwähnte Betreibung 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 Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Beschwerde wurde mit folgender Begründung abgewiesen:

«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; Botenschaft 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 Betreibungskosten vom Gläubiger vorzuschliessen; die Kosten im vorliegenden Verfahren seien wie die Rechtsöffnungskosten auch Betreibungskosten, weshalb der Gläubiger diese vorzuschliessen 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 Klä-

7. Art. 265a SchKG. Parteilollenverteilung im summarischen Verfahren. Kostenvorschusspflicht.

Zulässiges Rechtsmittel ist die Nichtigkeitsbeschwerde (Erw. 2). Kautionspflichtig ist der Schuldner als Kläger (Erw. 2-5).

Mit Verfügung vom 7. April 2003 trat der Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen auf das Begehren, wonach der in der Betreibung Nr. 18229 des Betreibungsamtes Stäfa (Zahlungsbefehl vom 6. Februar 2003 über eine Forderung von Fr. 3094.-) mit der Begründung des fehlenden neuen Vermögens erhobene Rechtsvor-

pflicht zu tragen hat. Das Gesetz regelt die Parteilollenverteilung 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 Entscheidungen ist bekannt, dass der Kanton Thurgau den Gläubiger als Kläger betrachtet und von ihm den Kostenvorschuss verlangt (vgl. B1SchK 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 (B1SchK 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 mangelden 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

schriebene 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. B1SchK, 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 vorzuschliessen habe, aber wie sich dem daran anschliessenden Satz klar entnehmen lässt, betrifft diese Vorschusspflicht nur die Kosten für eigentliche 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 Betreibung 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 vor-schusspflichtig ist.»

Obergericht, III. Zivilkammer,
Beschluss vom 8. Juli 2003
(Mitgeteilt von lic. iur. O. Mosimann)