

**Art. 68 und Art. 265a SchKG; Art. 49 Abs. 2 GebV SchKG. Vorschusspflicht nach Rechtsvorschlag des mangelnden neuen Vermögens** (Entscheid des Obergerichts Nr. 40/2003/12 vom 26. September 2003 i.S. P.).

*Im summarischen Verfahren zur Prüfung eines Rechtsvorschlags wegen mangelnden neuen Vermögens kommt die Rolle des Gesuchstellers dem Schuldner zu. Er hat daher grundsätzlich einen Kostenvorschuss zu leisten.*

P. erhob in einer Betreuung aufgrund eines Konkursverlustscheins Rechtsvorschlag wegen mangelnden neuen Vermögens. Nachdem der Gläubiger das Betreibungsbegehren nicht zurückgezogen hatte, überwies das Betreibungsamt den Rechtsvorschlag zur Prüfung an den Einzelrichter des Kantonsgerichts. Dieser behandelte den Schuldner als Gesuchsteller und auferlegte ihm einen Kostenvorschuss. Gegen die Kostenvorschussauflage erhob P. Rekurs an das Obergericht; dieses wies den Rekurs ab.

*Aus den Erwägungen:*

3.– a) In materieller Hinsicht ist umstritten, ob im Verfahren der Bewilligung des Rechtsvorschlages des mangelnden neuen Vermögens der Schuldner als Gesuchsteller behandelt und ihm für dieses Verfahren ein Kostenvorschuss auferlegt werden darf, wie dies der Praxis des Kantonsgerichts entspricht. Der Rekurrent sieht hierin eine Verletzung der bundesrechtlichen Vorschriften über die Gebühren im Betreibungsverfahren und beruft sich hierfür auf die Rechtsprechung des Thurgauer Obergerichts (vgl. Entscheid der Rekurskommission des Thurgauer Obergerichts vom 7. Juni 1999, publiziert im Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau 1999 Nr. 18, S. 129 ff.). Er macht überdies geltend, die Praxis des Kantonsgerichts führe zu einer sinnlosen Verschwendung von Steuermitteln, da unnötige, von den Gläubigern nicht gewollte Verfahren durchgeführt würden. Das Kantonsgericht vertritt demgegenüber die Auffassung, die von ihm praktizierte Parteienrollenverteilung entspreche Wortlaut und Sinn des neuen Art. 265a des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG, SR 281.1), und verweist auch auf die entsprechende Praxis des Kantons Basel-Landschaft (Entscheid des Obergerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 24. April 2001, publiziert in BLSchK 2003, S. 93 ff.). Unnötige Verfahren würden dadurch vermieden, dass den Gläubigern praxisgemäss vor Ein-

leitung des Verfahrens Gelegenheit gegeben werde, die Betreuung zurückzuziehen.

b) Erhebt der Schuldner in der gestützt auf einen Konkursverlustschein eingeleiteten Betreuung Rechtsvorschlag mit der Begründung, er sei nicht zu neuem Vermögen gekommen, so hat das Betreibungsamt gemäss der neuen Regelung von Art. 265a SchKG (Fassung vom 16. Dezember 1994) den Rechtsvorschlag dem Richter des Betreibungsortes vorzulegen. Dieser hört die Parteien an und entscheidet endgültig (Abs. 1). Der Richter bewilligt den Rechtsvorschlag, wenn der Schuldner seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse darlegt und glaubhaft macht, dass er nicht zu neuem Vermögen gekommen ist (Abs. 2). Bewilligt der Richter den Rechtsvorschlag nicht, so stellt er den Umfang des neuen Vermögens fest (Abs. 3). Innert 20 Tagen nach der Eröffnung des Entscheides über den Rechtsvorschlag können der Schuldner und der Gläubiger auf dem ordentlichen Prozessweg beim Richter des Betreibungsortes Klage auf Bestreitung oder Feststellung des neuen Vermögens einreichen (Abs. 4). Im Unterschied zum alten Recht muss daher die Einrede des mangelnden neuen Vermögens von Amts wegen zur gerichtlichen Beurteilung gebracht werden, wobei in einer ersten Stufe der Richter im summarischen Verfahren über die Zulässigkeit der Einrede entscheidet (vgl. dazu auch *Ueli Huber* in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band III, Basel/Genf/München 1998, Art. 265a N. 1, S. 2455).

Die neue Vorschrift äussert sich nicht ausdrücklich zur Parteirollenverteilung in diesem Verfahren, doch geht sie – ähnlich wie im Fall der Wechselbetreibung (vgl. Art. 181 ff. SchKG) – davon aus, dass der Rechtsvorschlag "bewilligt" werden muss (vgl. dazu auch *Amonn/Gasser*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. A., Bern 1997, § 48 Rz. 40 ff., S. 398). Der Ausgestaltung des Verfahrens als Bewilligungsverfahren entspricht, dass der einen entsprechenden Rechtsvorschlag erhebende Schuldner in diesem Verfahrensabschnitt als Gesuchsteller zu behandeln und ihm dementsprechend gemäss Art. 48 und 49 Abs. 2 der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 23. September 1996 (GebV SchKG, SR 281.35) ein Kostenvorschuss aufzuerlegen ist, wie dies auch im Bewilligungsverfahren für den Rechtsvorschlag im Wechselbetreibungsverfahren der Fall ist (vgl. zu letzterem Verfahren *Thomas Bauer* im erwähnten Kommentar, Band II, Art. 181 N. 12, S. 1772). Entgegen der Auffassung des Rekurrenten stützt sich somit die ihm auferlegte Kostenvorschusspflicht auf die massgebenden Vorschriften des Bundesrechts, nicht auf die Kostenvorschussregelung von Art. 119 Abs. 1 der Zivilprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 3. September 1951 (ZPO, SHR 273.100).

c) Nun trifft es freilich zu, dass ein Teil der Lehre und Rechtsprechung die Auffassung vertritt, obwohl das Gesetz von einer Bewilligung des Rechtsvorschlages spreche, bleibe es dabei, dass nach Art. 68 SchKG die Betreuungskosten vom Gläubiger vorzuschüssen seien. Zu den Betreuungskosten zählten nach Lehre und Rechtsprechung auch die Kosten des ordentlichen Rechtsöffnungsverfahrens, und Analoges müsse auch für das Einredeverfahren des mangelnden Neuvermögens gelten. Zwar löse der Schuldner durch seine Einrede das richterliche Verfahren aus, doch sei dies auch beim ordentlichen Rechtsöffnungsverfahren nicht anders, wo ebenfalls der Schuldner durch die Erhebung des Rechtsvorschlages ein Gerichtsverfahren auslöse (vgl. in diesem Sinn *Huber*, Art. 265a N. 21, S. 2459, den erwähnten Entscheid des Thurgauer Obergerichts, E. 2b, sowie die weiteren Hinweise im eingangs erwähnten Entscheid des Obergerichts des Kantons Basel-Landschaft, E. 2.1a). Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass das Gesetz für das Rechtsöffnungsverfahren die Rolle des Gesuchstellers im Unterschied zum Verfahren für die Bewilligung des Rechtsvorschlages des mangelnden neuen Vermögens ausdrücklich dem Gläubiger zuweist (vgl. Art. 80, 82 und 84 SchKG). Daher kann das Verfahren gemäss Art. 265a SchKG nicht mit dem Rechtsöffnungsverfahren gleichgesetzt werden. Vielmehr wurde dieses Verfahren – wie dargestellt – vom Gesetzgeber bewusst dem Verfahren betreffend Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung nachgebildet.

d) Dass die Bewilligung bzw. Nichtbewilligung des Rechtsvorschlages nach Art. 265a SchKG bzw. im Wechselbetreibungsverfahren unterschiedliche Rechtswirkungen haben (vgl. dazu den erwähnten Entscheid des Thurgauer Obergerichts, E. 2d), vermag hieran nichts zu ändern. Im übrigen ergeben sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn und der Entstehungsgeschichte des Verfahrens nach Art. 265a SchKG Hinweise dafür, dass mit der Ausgestaltung des Verfahrens als Bewilligungsverfahren nur eine Beweislastumkehr zu Lasten des Schuldners gemeint war. Vielmehr entspricht es der gesetzgeberischen Absicht, dass der Schuldner selber aktiv werden soll, um dem Gericht glaubhaft zu machen, dass er nicht zu neuem Vermögen gekommen ist (vgl. auch den eingangs erwähnten Entscheid des Obergerichts Basel-Landschaft, E. 2.1a). Dass die von einem Teil der Lehre und Rechtsprechung vorgeschlagene Lösung (Kostenvorschusspflicht des Gläubigers) nicht zur Ausgestaltung des Verfahrens von Art. 265a SchKG als Bewilligungsverfahren passt, kommt im übrigen auch dadurch zum Ausdruck, dass bei Nichtbezahlung des Vorschusses durch den Gläubiger kein Nichteintretensentscheid gefällt werden kann, sondern der Rechtsvorschlag ohne materielle Prüfung zu bewilligen bzw. festzustellen ist, beim Schuldner sei kein neues Vermögen vorhanden (vgl. den erwähnten Entscheid des Thurgauer Obergerichts, E. 2f), was kaum dem Sinn der neuen Vorschrift entspricht.

e) Auch die weiteren gegen die Zuweisung der Gesuchstellerrolle bzw. der Kostenvorschusspflicht an den Schuldner vorgebrachten Gründe vermögen nicht zu überzeugen.

aa) Zunächst trifft es nicht zu, dass durch die Zuweisung der Kostenvorschusspflicht an den Gläubiger verhindert werden kann, dass dieser gegen seinen Willen in ein Verfahren gezwungen wird, weil er möglicherweise die Betreuung nur angehoben hat, um die neue Verjährungsfrist bei Konkursverlustscheinen zu unterbrechen. Vielmehr würde der Gläubiger im Fall der Nichtleistung des ihm auferlegten Kostenvorschusses für die Erledigung des Bewilligungsverfahrens trotzdem gebührenpflichtig (vgl. zu den Rechtsfolgen bei Nichtleistung des Kostenvorschusses durch den Gläubiger auch oben, E. 3d). Um unnötige Verfahren bzw. eine unnötige Kostenbelastung des Gläubigers zu vermeiden, wird daher besser dem Gläubiger vor Einleitung des Bewilligungsverfahrens Gelegenheit gegeben, die Betreuung zurückzuziehen, wie dies in verschiedenen Kantonen praktiziert wird (vgl. dazu ... den Entscheid des Obergerichts Basel-Landschaft, E. 2.1b, sowie *Huber*, Art. 265a N. 20, S. 2458 f.). Auch im Kanton Schaffhausen wird dem Gläubiger daher in einem Standardbrief mitgeteilt, er habe die Möglichkeit, das Betreibungsbegehren innert 10 Tagen zurückzuziehen; andernfalls werde der Rechtsvorschlag dem Richter zur Prüfung überwiesen (vgl. Musterbrief des Betreibungsamtes Schaffhausen). Wird dies so gehandhabt, kann auch nicht gesagt werden, es würden unnötig Steuergelder verschwendet, wie dies der Rekurrent geltend gemacht hat. Vielmehr kann davon ausgegangen werden, dass nur diejenigen Verfahren durchgeführt werden, an welchen der Gläubiger auch wirklich interessiert ist, zumal er auf das Kostenrisiko aufmerksam gemacht wird.

bb) Dass der Schuldner im Fall des Unterliegens (d.h. bei Verweigerung des Rechtsvorschlags des mangelnden neuen Vermögens) die Kosten des Bewilligungsverfahrens vom Gläubiger nicht zurückfordern kann, wenn dieser die Betreuung nicht fortsetzt (vgl. den Entscheid des Thurgauer Obergerichts E. 2e), spricht nicht gegen die von der Vorinstanz praktizierte Lösung, da die gesetzgeberische Konstruktion, welche für die Bewilligung des Rechtsvorschlags des mangelnden neuen Vermögens ein besonderes Zwischenverfahren vorsieht, eine entsprechende Folge in Kauf nimmt.

cc) Ebenfalls nicht gegen die von der Vorinstanz praktizierte Lösung spricht der Umstand, dass in etlichen Fällen der Schuldner wohl ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung stellen wird. Es trifft zwar zu, dass dies grundsätzlich eine Überprüfung der Einkommens- und Vermögenssituation nötig macht, obwohl noch kein Kostenvorschuss geleistet wurde (vgl. dazu ebenfalls den erwähnten Entscheid des Thurgauer Obergerichts, E. 2e). Praxisgemäss kann diese Prüfung jedoch zusammen mit der materiellen Prü-

fung des Rechtsvorschlags erfolgen (vgl. dazu ... nachfolgend E. 3f). Ergibt sich dann, dass das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung gutzuheissen ist, wird der erhobene Rechtsvorschlag in der Regel zu bewilligen sein, womit der Gläubiger für das Bewilligungsverfahren kostenpflichtig wird. Muss das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung dagegen abgelehnt werden, stellt sich die Frage, ob nachträglich ein Vorschuss verlangt oder gleich der Entscheidung über den Rechtsvorschlag gefällt werden soll. Im Sinn der Verfahrensbeschleunigung dürfte letzteres angezeigt sein. Dies hat freilich zur Folge, dass der Entscheid über die Zulässigkeit des Rechtsvorschlags unabhängig von der Leistung eines Kostenvorschusses durch den Schuldner ergeht und anschliessend der ordentliche Prozessweg nach Art. 265a Abs. 4 SchKG offen steht. Wird der Rechtsvorschlag bewilligt, muss jedoch ohnehin der Gläubiger die Kosten des Bewilligungsverfahrens tragen. Nur wenn der Rechtsvorschlag verweigert wird, ergibt sich durch den Verzicht auf den Vorschuss im Ergebnis eine bessere Ausgangslage für den Schuldner. Auch in diesem Fall können die Kosten des summarischen Bewilligungsverfahrens dem Schuldner jedoch nachträglich überbunden werden, und für die allfällige Einleitung eines ordentlichen Prozessverfahrens kann vom Schuldner erneut ein Kostenvorschuss verlangt werden.

f) Somit ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht dem Rekurrenten aufgrund von Art. 48 und Art. 49 Abs. 2 GebV SchKG einen Kostenvorschuss auferlegt hat. Jedoch ist das Nichtbefolgen der Auflage mit der Androhung zu versehen, dass im Säumnisfalle der Rechtsvorschlag nicht bewilligt wird; es darf kein Nichteintretensentscheid gefällt werden. In der entsprechenden Auflage muss aber auch auf die Möglichkeit der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hingewiesen werden, zumal dieser Anspruch aufgrund der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch für Schuldbetreibungs- und Konkursachen gilt (vgl. dazu auch *Huber*, Art. 265a N. 22, S. 2459). Dies schliesst freilich nicht aus, dass über ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung (nicht um unentgeltliche Verbeiständung) entsprechend der bisherigen Praxis zusammen mit dem Entscheid über den Rechtsvorschlag entschieden wird, was aus prozessökonomischen Gründen als sinnvoll erscheint. Ergibt sich dann, dass das Gesuch nicht bewilligt werden kann, darf nicht einfach ein Nichteintretensentscheid gefällt werden. Vielmehr muss auf einen Kostenvorschuss verzichtet oder dem Schuldner Gelegenheit gegeben werden, den Vorschuss nachträglich noch zu leisten (vgl. dazu E. 3e cc). Der vorliegende Rekurs ist dementsprechend abzuweisen.