

Art. 265a Abs. 1 SchKG, "kein Rechtsmittel zulässig".

Nicht nur die materielle Prüfung der Einrede des fehlenden neuen Vermögens ist der Anfechtung entzogen: auch andere (Vor-)Fragen, wie etwa, ob überhaupt ein Konkurs durchgeführt wurde, oder (falls das zutrifft) ob die betriebene Forderung der Einschränkung des "neuen Vermögens" unterliegt, können nicht mit Berufung/Beschwerde überprüft werden.

Sachverhalt:

In einer Betreuung erhob der Schuldner die Einrede des mangelnden neuen Vermögens (Art. 265a Abs. 1 SchKG). Im anschliessenden summarischen Verfahren war streitig, ob die betriebene Forderung der geltend gemachten Einschränkung überhaupt unterworfen sei. Zwar war ein Konkurs durchgeführt worden. Während die Gläubiger ihre Forderung auf eine Schuldanerkennung stützen, welche *nach* der Konkurseröffnung datiert, und darum argumentieren, die Einrede könne nicht greifen, macht der Schuldner geltend, diese Schuldanerkennung habe nur deklaratorisch verschiedene Forderung zusammengefasst, welche alle *samt vor* der Konkurseröffnung entstanden waren. Das Gericht im summarischen Verfahren befand den Standpunkt der Gläubiger als plausibler und bewilligte demzufolge den Rechtsvorschlag nicht. Der Schuldner führt Beschwerde.

aus den Erwägungen des Obergerichts:

3.1 Bezüglich der Forderung aus Darlehensvertrag trat die Vorinstanz auf das Begehren des Beschwerdeführers nicht ein, weil er nicht glaubhaft gemacht habe, dass die Forderung vor der Konkurseröffnung entstanden sei. Der Beschwerdeführer ist in dieser Hinsicht durch den Entscheid vom 9. Dezember 2016 beschwert. Es ist zu prüfen, ob auch die übrigen Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind.

3.2 Erhebt der Schuldner Rechtsvorschlag mit der Begründung, er sei nicht zu neuem Vermögen gekommen, so legt der Betreibungsbeamte den Zahlungsbefehl dem Richter des Betreibungsortes vor, und zwar selbst dann, wenn er der Meinung ist, die Einrede sei unzulässig. Die Überprüfungsbefugnis des Betreibungsbeamten beschränkt sich auf rein formelle Aspekte. Er hat nicht zu prüfen, ob die Einrede des mangelnden neuen Vermögens zulässig ist, insbesondere

nicht, ob über den Schuldner ein Konkurs durchgeführt wurde und ob die betriebene Forderung vor der Konkursöffnung entstanden war (BGE 130 III 678 E. 2.1.). Der Entscheid darüber kommt folglich dem Gericht zu. Das gerichtliche Verfahren wird ohne zusätzliches Gesuch des Schuldners durch die Einrede des mangelnden neuen Vermögens "automatisch beantragt" (BGE 139 III 498 E. 2.2.4.). Das Gericht entscheidet im summarischen Verfahren, ein Rechtsmittel gegen den Summarentscheid ist nicht zulässig (Art. 265a Abs. 1 SchKG, Art. 251 lit. d ZPO). Statt einem Rechtsmittel kann die ordentliche Klage auf Feststellung oder Bestreitung neuen Vermögens gemäss Art. 265a Abs. 4 SchKG erhoben werden.

Der ordentlichen Klage kommt die Funktion eines Rechtsmittels gegen den Summarentscheid zu, sie stellt aber dennoch formell kein Rechtsmittel dar. Das Gericht im ordentlichen Verfahren prüft – wie der Summarrichter als zweite Stufe desselben Verfahrens als eine Art Fortsetzung des Summarverfahrens – ob die Einrede des Schuldners, er sei seit dem Konkurs nicht zu neuem Vermögen gekommen, zulässig ist, eine eigentliche Überprüfung des Summarverfahrens findet jedoch nicht statt. Der Richter im ordentlichen Verfahren kann insbesondere nicht prüfen, ob der Summarrichter den Anspruch einer Partei auf rechtliches Gehör verletzt hat. Diesbezüglich ist die Beschwerde an das Bundesgericht zulässig (BGE 134 III 524). Ebenfalls ausgeschlossen ist die Überprüfung des Summarentscheidunges hinsichtlich der Regelung der Prozesskosten. Diesbezüglich ist die Kostenbeschwerde an das Obergericht im Sinne von Art. 110 ZPO zulässig (BGE 138 III 130). Umgekehrt ist ein Rechtsmittel gegen den Summarentscheid jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn der behauptete Mangel im ordentlichen Verfahren thematisiert werden kann.

Die Frage der Zulässigkeit der Beschwerde an das Obergericht wurde von der Kammer nicht immer gleich beantwortet. In einem erstinstanzlichen Summarverfahren trat ein Gericht auf das Gesuch des Schuldners um Bewilligung des Rechtsvorschlages mit der Begründung nicht ein, er habe die Durchführung eines Konkursverfahrens nicht glaubhaft gemacht. Mit Beschluss vom 7. Februar 2014 trat die Kammer auf die gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhobene Be-

schwerde nicht ein, da gemäss Art. 265a Abs. 1 SchKG kein Rechtsmittel zulässig sei (OGer ZH PS140009). Wenig später trat die Kammer in einem ähnlichen Fall auf das Rechtsmittel ein. Sie erwog, die Durchführung eines Konkurses sei eine Prozessvoraussetzung. Sei diese nicht erfüllt, so liege kein materieller Entscheid des Summarrichtes vor, weshalb nach der Praxis des Bundesgerichts (BGE 138 III 130, mit Hinweis auf ZR 103 Nr. 7) der Rechtsmittelausschluss im Sinne von Art. 265a Abs. 1 SchKG nicht greife (OGer ZH PS 140160, bestätigt in OGer ZH PS160088). Im gleichen Sinne entschied das Obergericht des Kantons Thurgau, dessen Entscheid von Thomas Bauer in zustimmender Weise zitiert wird (BSK SchKG-Bauer, 2. Auflage, Ergänzungsband, Art. 265a ad N31).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dient das ordentliche Verfahren der Überprüfung des Summarentscheidendes (BGE 134 III 524). Das muss die Neu Beurteilung der Frage des Vorliegens eines Konkurses und der Frage, ob die betriebene Forderung vor der Konkurseröffnung entstanden ist, mitumfassen, auch wenn dies als Prozessvoraussetzung bezeichnet würde. Dies schon deshalb, weil sich Art. 265a Abs. 4 SchKG nicht entnehmen lässt, dass das Gericht im ordentlichen Verfahren nicht sämtliche Voraussetzungen für die Bewilligung des Rechtsvorschlages prüfen könnte. Hat das ordentliche Verfahren gemäss Art. 265a Abs. 4 SchKG die Funktion eines Rechtsmittels gegen den Summarentscheid im vorgenannten Sinne, so müssen auch die Prozessvoraussetzungen überprüft werden können. Hinzu kommt, dass im Summarverfahren das Beweismass des Glaubhaftmachens gilt und die Beweislast beim Schuldner liegt (BSK SchKG II-Huber, 2. Auflage, Art. 265a N 23). Als Beweismittel sind grundsätzlich nur Urkunden zulässig (Art. 254 ZPO). Im ordentlichen Verfahren liegt dagegen die Beweislast beim Gläubiger (BSK SchKG II-Huber, 2. Auflage, Art. 265a N 41; KuKo SchKG-Näf, 2. Auflage, Art. 265a N 11), es gilt das Regelbeweismass und es gibt keine Beweismittelbeschränkung. Könnten im ordentlichen Verfahren die Voraussetzungen des Konkurses und die Frage, ob die betriebene Forderung vor der Konkurseröffnung entstanden ist, nicht neu geprüft werden, wäre das Gericht in diesem Verfahren an den auf bloss glaubhaft gemachten Tatsachen beruhenden Entscheid des Summarrichters, dem diesbezüglich materielle Rechtskraft zukäme, gebunden, was aber unzulässig wäre (vgl. BK ZPO-Zingg, Art. 59 N 110;

ZK ZPO-Klingler, 3. Auflage, Art. 256 N 3i). Auch deshalb muss im ordentlichen Verfahren geklärt werden können, ob ein Konkurs durchgeführt worden ist und ob die betriebene Forderung vor der Konkurseröffnung entstanden war, wobei es nicht darauf ankommen kann, ob das Gericht, das im Summarverfahren auf das Gesuch (mit Verfügung) nicht eingetreten ist oder ob es die Bewilligung des Rechtsvorschlages (mit Urteil) abgewiesen hat.

Die Vorinstanz ist auf das Gesuch des Beschwerdeführers hinsichtlich der Darlehensforderung nicht eingetreten, weil der Beschwerdeführer nicht glaubhaft gemacht habe, dass die Forderung vor der Konkurseröffnung entstanden sei. Diesbezüglich steht dem Beschwerdeführer die ordentliche Klage gemäss Art. 265a Abs. 4 SchKG zur Verfügung, weshalb der Rechtsmittelausschluss nach Art. 265a Abs. 1 SchKG greift. Auf die Beschwerde ist nicht einzutreten.

Der Vollständigkeit halber ist auf Folgendes hinzuweisen: Die Vorinstanz entschied nicht, der Rechtsvorschlag wegen fehlenden neuen Vermögens sei abzuweisen, sondern es trat auf das Gesuch des Beschwerdeführers nicht ein. Die Frage ob dies richtig ist, ist in diesem Verfahren nicht zu beantworten. Erlaubt sei aber der Hinweis, dass im Falle eines Nichteintretens im Dispositiv klargestellt werden sollte, dass die erhobene Einrede des fehlenden neuen Vermögens kein Hindernis für die Fortsetzung der Betreuung darstellt. Fehlt dieser Hinweis, besteht die Gefahr, dass auf ein nachfolgendes Rechtsöffnungsbegehren bezüglich der Forderung nicht eingetreten würde bzw. dass ein Fortsetzungsbegehren abgewiesen würde, mit der Begründung, die Einrede des mangelnden neuen Vermögens sei nicht beseitigt worden. Dies wäre zwar mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach die Einrede des mangelnden neuen Vermögens – im Unterschied zum Rechtsvorschlag betreffend die Forderung – die Betreuung nicht zum Stillstand bringt (BGE 139 III 498 E. 2.2.4.) nicht vereinbar und dieser Schluss wäre wohl auch überspitzt formalistisch, da aus dem Nichteintretentsentscheid der Vorinstanz zusammen mit der Entscheidbegründung hervorgeht, dass die Einrede des mangelnden neuen Vermögens in Bezug auf die Darlehensforderung kein Hindernis für die Fortsetzung der Betreuung darstellen soll. Ein Dispositiv sollte aber so klar wie möglich formuliert werden, weshalb die von der Vorin-

stanz mit dem blossen Nichteintretensentscheid geschaffene Unsicherheit zu vermeiden ist.

Obergericht, II. Zivilkammer
Beschluss vom 22. März 2017
PS170031