

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS190124-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin MLaw J. Camelin-Nagel

## **Beschluss vom 23. August 2019**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_**,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

gegen

**Kanton Zürich,**

Gesuchs- und Beschwerdegegner

vertreten durch Kantonales Steueramt Zürich

betreffend **Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Hinwil vom 2. Juli 2019 (EB190131)

### **Erwägungen:**

1.1. Der Kanton Zürich (Gläubiger, Gesuchs- und Beschwerdegegner, fortan Beschwerdegegner) leitete gegen A. \_\_\_\_\_ (Schuldner, Gesuchsteller und Beschwerdeführer, fortan Beschwerdeführer) beim Betreibungsamt Hinwil eine Betreuung für eine Forderung von Fr. 29'451.10 nebst Zins zu 3% seit dem 9. März 2019, für aufgelaufene Zinsen bis 8. März 2019 von Fr. 1'185.40, für Ausgleichszinsen von Fr. 1'740.50 und für Betreuungskosten ein. Der Beschwerdeführer erhob Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens (act. 2). Nachdem der Beschwerdegegner die Betreuung innert 10 Tagen nicht zurückgezogen hatte, legte das Betreibungsamt Hinwil den Rechtsvorschlag gemäss Art. 265a Abs. 1 SchKG dem Bezirksgericht Hinwil (fortan Vorinstanz) vor (act. 1).

1.2. Die Vorinstanz lud die Parteien auf den 2. Juli 2019 zur Verhandlung vor (vgl. act. 4; act. 10). Zur Verhandlung erschien der Beschwerdeführer in Begleitung seines Buchhalters, während seitens des Beschwerdegegners niemand anwesend war (Prot. Vi S. 3). Im Anschluss an die Verhandlung entschied die Vorinstanz wie folgt (act. 15):

1. Auf das Begehren, es sei dem Gesuchsteller in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Hinwil ZH (Zahlungsbefehl vom 19. März 2019) der Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens zu bewilligen, wird nicht eingetreten.
2. Es wird darauf hingewiesen, dass damit über den Rechtsvorschlag bezüglich der Forderung nicht entschieden worden ist.
3. Die Spruchgebühr wird auf Fr. 100.– festgesetzt.
4. Die Kosten werden dem Gesuchsteller auferlegt.
5. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
- 6./7. [Mitteilungen / Rechtsmittel]

1.3. Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 6. August 2019 (Datum Poststempel) rechtzeitig (vgl. act. 13) Beschwerde und stellte sinngemäss folgende Anträge (vgl. act. 16 sinngemäss):

Es sei die Verfügung vom 2. August 2019 des Bezirksgerichtes Hinwil aufzuheben und die Forderung inklusive Kosten und Zins abzuweisen.

Die Betreuung-Nr. ... sei als nichtig zu erklären, da diese unrechtmässig erfolgt ist und der Rechtsvorschlag rechtens ist.

Alles zu Kosten des Steueramts Zürich.

Der Beschwerdeführer sei vernünftig zu entschädigen.

1.4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1 - 13). Das Verfahren ist spruchreif.

2.1. Die Vorinstanz trat auf das Begehren, es sei der Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens des Beschwerdeführers zu bewilligen, nicht ein, weil der Beschwerdeführer nicht glaubhaft gemacht habe, dass die Forderung vor der Konkursöffnung entstanden sei. Der Beschwerdeführer ist in dieser Hinsicht durch den Entscheid vom 2. Juli 2019 beschwert. Es ist zu prüfen, ob auch die übrigen Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind.

2.2. 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.). Darüber hat das Gericht zu entscheiden, und zwar in einem summarischen Verfahren (Art. 265a Abs. 1 SchKG, Art. 251 lit. d ZPO).

Gemäss Art. 265a Abs. 1 SchKG, letzter Satz, ist gegen diesen Entscheid kein Rechtsmittel zulässig. Der Schuldner, dessen Rechtsvorschlag mit der Begründung mangelnden neuen Vermögens nicht (vollumfänglich) bewilligt wurde, kann jedoch die ordentliche Klage auf Bestreitung neuen Vermögens gemäss

Art. 265a Abs. 4 SchKG erheben. Die ordentliche Klage dient im Ergebnis der Überprüfung der Entscheidung über die Bewilligung bzw. Nichtbewilligung des Rechtsvorschlages. Davon mitumfasst ist auch die (Neu-)Beurteilung der Frage des Vorliegens eines Konkurses und der Frage, ob die betriebene Forderung vor der Konkurseröffnung entstanden ist. Dies gilt unabhängig davon, ob diese Fragen als Prozessvoraussetzung bezeichnet werden, wie es die Vorinstanz getan hat. Art. 265a Abs. 4 SchKG lässt sich nämlich nicht entnehmen, 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, 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. Aufl., 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, a.a.O., Art. 265a N 41; KuKo SchKG-Näf, 2. Aufl., Art. 265a N 11), es gilt das Regelbeweismass und es gibt keine Beweismittelbeschränkung. Könnten im ordentlichen Verfahren das Vorliegen eines 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 gebunden. Diesem käme somit materielle Rechtskraft zu, was unzulässig wäre (vgl. BK ZPO-Zingg, Art. 59 N 110; ZK ZPO-Klingler, 3. Aufl., 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. Soweit eine bestimmte Rüge im ordentlichen Verfahren nach Art. 265a Abs. 4 SchKG behandelt und ein allfälliger Mangel behoben werden kann, ist die gesonderte Anfechtung des Summarentscheides folglich nicht möglich. Nicht überprüf- resp. heilbar im Verfahren nach Art. 265a Abs. 4 SchKG ist hingegen eine im Summarverfahren begangene Gehörsverletzung oder die Regelung der Prozesskosten. Hinsichtlich der Gehörsverletzung ist die Beschwerde an das Bundesgericht und hinsichtlich der Prozesskosten ist eine

Kostenbeschwerde an das Obergericht zulässig (siehe zum Ganzen OGer ZH PS170031 vom 22. März 2017 mit Präzisierung der Kammerpraxis, vgl. dazu auch OGer ZH PS170079 vom 2. Mai 2017 E. 3.2.; OGer PS170181 vom 6. September 2019, E. 4.b; OGer ZH PS180013 vom 19. März 2018 E. 3).

2.3. Wie erwähnt, trat die Vorinstanz auf das Begehren des Beschwerdeführers um Bewilligung des Rechtsvorschlags mangels neuen Vermögens nicht ein, weil der Beschwerdeführer nicht glaubhaft gemacht habe, dass die Forderung vor der Konkurseröffnung entstanden sei (act. 15). Der Beschwerdeführer macht in seiner Beschwerde im Wesentlichen Ausführungen dazu, weshalb die Forderung bereits vor der Konkurseröffnung entstanden sein soll (act. 16). Diesbezüglich steht dem Beschwerdeführer die ordentliche Klage gemäss Art. 265a Abs. 4 SchKG zur Verfügung, weshalb der Rechtsmittelausschluss nach Art. 265a Abs. 1 SchKG entgegen den Ausführungen der Vorinstanz greift. Auf die Beschwerde ist nicht einzutreten. Seine Einwände hat der Beschwerdeführer im ordentlichen Verfahren vorzubringen.

2.4. Der Vollständigkeit halber ist auf Folgendes hinzuweisen: Die Vorinstanz entschied nicht, der Rechtsvorschlag sei wegen fehlenden neuen Vermögens abzuweisen, sondern sie trat auf das Gesuch des Beschwerdeführers nicht ein. Die Frage, ob dies richtig ist, ist hier nicht zu beantworten. Es ist aber darauf hinzuweisen, 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 nicht vereinbar, gemäss der 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.). Ein Dispositiv sollte aber so klar wie möglich formuliert werden, weshalb die von der Vorinstanz mit

dem blossen Nichteintretensentscheid geschaffene Unsicherheit zu vermeiden ist (vgl. etwa OGer ZH PS170031 vom 22. März 2017 E. 3.2).

3. Die Vorinstanz hätte den Beschwerdeführer auf die 20-tägige Frist zur Einreichung der Klage auf Bestreitung neuen Vermögens aufmerksam machen müssen, hat stattdessen aber die Beschwerde belehrt. Aus einer fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz darf dem Beschwerdeführer keinen Nachteil erwachsen (vgl. dazu etwa BGE 135 III 374 E. 1.2.2.1). Die 20-tägige Frist gemäss Art. 265a Abs. 4 SchKG für die Einreichung der Klage auf Bestreitung neuen Vermögens beginnt daher erst mit der Zustellung dieses Entscheides zu laufen.

4. Umständehalber ist auf die Erhebung von Kosten für dieses Verfahren zu verzichten. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen. Dem Beschwerdeführer nicht, weil er unterliegt und dem Beschwerdegegner nicht, weil ihm im Zusammenhang mit dem Beschwerdeverfahren keine Umtriebe entstanden, die zu entschädigen wären.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Hinwil, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

5. Der Beschwerdeführer kann eine **Klage auf Bestreitung neuen Vermögens** innert **20 Tagen** von der Zustellung an schriftlich, im Doppel und unter Beilage dieses Entscheides beim zuständigen Einzelgericht am Betreuungsort einreichen.
6. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert liegt über Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw J. Camelin-Nagel

versandt am:  
26. August 2019