

Urteilstkopf

139 III 498

73. Auszug aus dem Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung i.S. X. AG gegen Y. (Beschwerde in Zivilsachen) 5A\_295/2013 vom 17. Oktober 2013

**Regeste (de):**

Art. 265a Abs. 1 SchKG, Art. 98 und 251 lit. d ZPO; Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens; Kostenvorschuss im summarischen Verfahren.

Im summarischen Verfahren nach Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens ist der Schuldner die klagende Partei, von der das Gericht einen Kostenvorschuss verlangen kann (E. 2).

**Regeste (fr):**

Art. 265a al. 1 LP, art. 98 et 251 let. d CPC; opposition pour non-retour à meilleure fortune; avance de frais en procédure sommaire.

Dans le cadre de la procédure sommaire d'opposition pour non-retour à meilleure fortune, le tribunal peut requérir une avance de frais du débiteur, dès lors qu'il est considéré comme la partie demanderesse (consid. 2).

**Regesto (it):**

Art. 265a cpv. 1 LEF, art. 98 e 251 lett. d CPC; opposizione per non essere ritornato a miglior fortuna; anticipo delle spese nella procedura sommaria.

Nella procedura sommaria che segue la sua opposizione per non essere ritornato a miglior fortuna il debitore va considerato quale attore, dal quale il giudice può esigere un anticipo delle spese (consid. 2).

Sachverhalt ab Seite 498

BGE 139 III 498 S. 498

A. In der von der X. AG gegen Y. erhobenen Betreuung Nr. x (Zahlungsbefehl vom 13. Dezember 2012 des Betreibungsamtes Sirmach) für eine Forderung von Fr. 536'696.20 nebst Kosten erhob der Schuldner Rechtsvorschlag mit der Anmerkung "kein Einkommen - kein Vermögen". Das Betreibungsamt übermittelte den Rechtsvorschlag am 14. Januar 2013 gestützt auf Art. 265a SchKG dem Bezirksgericht Münchwilen, da der Schuldner Rechtsvorschlag mit der Begründung erhoben habe, er sei nicht zu neuem Vermögen

BGE 139 III 498 S. 499

gekommen. Mit Verfügung vom 21. Januar 2013 verpflichtete das Bezirksgericht (Vizepräsidium) die X. AG, bis zum 5. Februar 2013 einen Kostenvorschuss von Fr. 900.- zu bezahlen; bei Säumnis werde "auf das Gesuch nicht eingetreten".

B. Die X. AG erhob am 24. Januar 2013 Beschwerde beim Obergericht des Kantons Thurgau und beantragte, die Parteirollen seien zu tauschen und es sei Y. zur Bezahlung des Kostenvorschusses zu verpflichten. Mit Entscheid vom 6. März 2013 wies das Obergericht die Beschwerde ab. Zur Begründung hielt es unter Hinweis auf die kantonale Praxis fest, dass im Verfahren nach Art. 265a Abs. 1 SchKG der Gläubiger kostenvorschusspflichtig sei.

C. Mit Eingabe vom 22. April 2013 hat die X. AG Beschwerde in Zivilsachen erhoben. Die Beschwerdeführerin beantragt, der Entscheid des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 6. März 2013 sei aufzuheben und in der vor Bezirksgericht hängigen Sache sei Y. (Beschwerdegegner) als

Kläger aufzuführen und ihm der Kostenvorschuss aufzuerlegen. (...) Das Bundesgericht heisst die Beschwerde in Zivilsachen gut.  
(Auszug)

## Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Anlass zur Beschwerde gibt die Verfügung des Bezirksgerichts, mit welcher von der Beschwerdeführerin als Gläubigerin ein Kostenvorschuss verlangt wird, um über die Bewilligung des vom Schuldner erhobenen Rechtsvorschlages wegen fehlenden neuen Vermögens zu entscheiden.

2.1 Zu Recht steht fest, dass der Entscheid über das Vorliegen neuen Vermögens (Art. 265a Abs. 1 bis 3 SchKG) im summarischen Verfahren gefällt wird (Art. 251 lit. d ZPO) und das Gericht von der klagenden Partei einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen kann (Art. 98 ZPO). Klagende Partei ist, wer vom Gericht die Prüfung eines Rechtsanspruchs bzw. eines Entschides beantragt (vgl. u.a. URWYLER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, 2011, N. 3 zu Art. 98 ZPO). Das Obergericht erachtet die Beschwerdeführerin bzw. Gläubigerin als "klagende Partei" und damit kostenvorschusspflichtig, weil sie um Fortsetzung der Betreuung durch Rechtsöffnung ersuche. Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen eine Verletzung von

BGE 139 III 498 S. 500

Art. 98 ZPO, Art. 265a SchKG sowie Art. 9 BV geltend. Entsprechend der Praxis in anderen Kantonen und dem Verfahren um Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung sei der Schuldner, welcher das gerichtliche Bewilligungsverfahren mit seiner Begründung des Rechtsvorschlages auslöse, kostenvorschusspflichtig.

2.2 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, welcher die Parteien anhört und entscheidet (Art. 265a Abs. 1 SchKG). Das Bundesgericht hat zur Zuweisung der Parteirollen an den Betreibenden bzw. den Betriebenen, welche für die Kostenvorschusspflicht massgebend ist, bis anhin nicht Stellung genommen.

2.2.1 In der Lehre ist umstritten, ob der Gläubiger oder der Schuldner den Kostenvorschuss leisten muss, den der Richter für seinen Entscheid nach Art. 265a Abs. 1 SchKG erheben kann. Nach Ansicht eines Teils der Autoren tritt - wie bei der Rechtsvorschlagsbewilligung in der Wechselbetreibung (Art. 181 SchKG) - der Schuldner als Gesuchsteller auf und kommt diesem die Klägerrolle zu: Wenn der Schuldner den Kostenvorschuss nicht leistet, verzichtet er auf die Prüfung der Begründetheit des Rechtsvorschlages wegen fehlenden neuen Vermögens und es wird auf seinen Rechtsvorschlag nicht eingetreten (vgl. BRÖNNIMANN, Neuerungen bei ausgewählten Klagen des SchKG, ZSR 1996 I S. 228; GASSER, Ein Jahr revidiertes SchKG [...], in: Der Schweizerische Treuhänder [ST] 1998 S. 20; FÜRSTENBERGER, Einrede des mangelnden und Feststellung des neuen Vermögens [...], 1999, S. 72, 80; HUBER, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, 2. Aufl. 2010, N. 21 zu Art. 83 SchKG; MARCHAND, Précis de droit des poursuites, 2. Aufl. 2013, S. 199). Nach anderer Auffassung steht nicht die Bewilligung, sondern - wie bei der Rechtsöffnung - die Beseitigung des Rechtsvorschlages im Vordergrund: Wenn der Gläubiger den Kostenvorschuss nicht leistet, verzichtet er auf die Prüfung der Zulässigkeit des Rechtsvorschlages wegen fehlenden neuen Vermögens (vgl. JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl. 1997/99, N. 2 zu Art. 265a SchKG; ANGST, Übersicht über die Rechtsprechung zum neuen SchKG, BISchK 1997 S. 206; GUT/RAJOWER/SONNENMOSER, Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens, AJP 1998 S. 532; GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la

BGE 139 III 498 S. 501

faillite, Bd. III, 2001, N. 14 zu Art. 265a SchKG; SPAHR, Prozessuales zum Bewilligungsverfahren nach Art. 265a SchKG [...], BISchK 2004 S. 125 f.; JEANDIN, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, N. 18 zu Art. 265a SchKG; NÄF, in: SchKG, Kurzkomentar, 2009, N. 7 zu Art. 265a SchKG). Die kantonale Praxis betreffend Kostenvorschusspflicht geht (entsprechend den Lehrmeinungen) in verschiedene Richtungen (zulasten des Schuldners Basel-Landschaft [BISchK 2003 Nr. 16 S. 93], Zürich [ZR 2004 Nr. 7 S. 23], Schaffhausen [SJZ 2004 S. 443], Aargau [Zeitschrift für kantonale Rechtsprechung, CAN 2012 Nr. 4 S. 24], Wallis [Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung, ZWR 2013 S. 198]; zulasten des Gläubigers Thurgau [BISchK 2000 Nr. 26 S. 104], Jura [Urteil des Kantonsgerichts CC 15/2013 vom 28. Februar 2013]).

2.2.2 Dem Gesetzestext von Art. 265a Abs. 1 SchKG lässt sich selber nichts über die Zuweisung

der Parteirollen an den Betreibenden bzw. den Betriebenen entnehmen. Die am 1. Januar 1997 in Kraft getretene Revision des SchKG hat dem Schuldner nach einem Konkurs die Möglichkeit belassen, einer Betreibung durch einfach begründeten Rechtsvorschlag ("kein neues Vermögen") entgegenzutreten. Hingegen wurde das Verfahren zur Feststellung neuen Vermögens des Schuldners neu (durch Vorschaltung einer summarischen Prüfung) zweistufig geordnet; Ziel war dabei die Besserstellung des Gläubigers im gerichtlichen Verfahren (Botschaft vom 8. Mai 1991 über die Änderung des SchKG, BBl 1991 III 1, 158 Ziff. 207.63). In den eidgenössischen Räten wurde vorgeschlagen, dass das Betreibungsamt die Überweisung des begründeten Rechtsvorschlages an den Richter nur auf Antrag des Gläubigers vornehmen soll; der Vorschlag fand keine Zustimmung (AB 1993 N 38 f.; 1993 S 655). Nach früherem Recht lag die Initiative, das Vorliegen neuen Vermögens gerichtlich feststellen zu lassen, beim Gläubiger (vgl. aArt. 265 Abs. 3 SchKG; u.a. FAVRE, *Droit de poursuite*, 3. Aufl. 1974, S. 353). Die neue Regelung hat in einer ersten Phase die Rollen getauscht (BRÖNNIMANN, a.a.O.): Der Schuldner muss sich den Rechtsvorschlag richterlich bewilligen lassen (vgl. Art. 265a Abs. 2 SchKG). Dies spricht eher dafür, im Schuldner die klagende Partei zu sehen, weil er durch den begründeten Rechtsvorschlag den Richter anruft und einen Entscheid beantragt.

2.2.3 Unverkennbar ist der Zusammenhang mit der Regelung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung (Art. 179 ff. SchKG), an welcher sich die Bestimmung von Art. 265a Abs. 1 SchKG

BGE 139 III 498 S. 502

orientiert (GASSER, a.a.O.; vgl. Art. 181 SchKG). Hier wie dort muss der Schuldner um Bewilligung des Rechtsvorschlages ersuchen und wird der Rechtsvorschlag automatisch dem Richter vorgelegt. In der Wechselbetreibung kommt dem Schuldner nach praktisch einhelliger Meinung die Klägerrolle zu, weil sein Rechtsvorschlag die Anrufung des Richters herbeiführt (DALLÈVES, in: *Commentaire romand, Poursuite et faillite*, 2005, N. 18 zu Art. 181 SchKG; gl.M. JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, a.a.O., N. 8 zu Art. 181 SchKG; ROTH, in: *SchKG, Kurzkomentar*, 2009, N. 3 zu Art. 181 SchKG; BAUER, in: *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, 2. Aufl. 2010, N. 12 zu Art. 181 SchKG; a.M. GILLIÉRON, a.a.O., N. 10 f. zu Art. 181 SchKG). Dieses mit Art. 265a Abs. 1 SchKG vergleichbare Bewilligungs- und Vorlageverfahren legt ebenfalls nahe, die Klägerrolle eher beim Schuldner als beim Gläubiger zu sehen.

2.2.4 Ausschlaggebend für die Zuweisung der Parteirollen erscheint allerdings die Betrachtung von Gegenstand und Zweck des Verfahrens von Art. 265a Abs. 1 SchKG. Zur Beurteilung steht nicht die Anhebung der Betreibung, sondern einzig die Feststellung neuen Vermögens (vgl. FÜRSTENBERGER, a.a.O., S. 80), wobei die Initiative im Einredevorverfahren beim Schuldner liegt, welcher glaubhaft machen muss, dass er nicht zu neuem Vermögen gekommen ist. Beim Rechtsvorschlag nach Art. 265a SchKG und bei der Beseitigung des Rechtsvorschlages (Art. 79 ff. SchKG) handelt es sich um zwei Verfahren mit verschiedenem Gegenstand (vgl. BGE 103 III 31 E. 2 S. 35; GILLIÉRON, a.a.O., N. 23 zu Art. 265a SchKG; NÄF, a.a.O., N. 9 zu Art. 265a SchKG). Der Rechtsvorschlag gemäss Art. 265a Abs. 1 SchKG bzw. die Einrede des mangelnden neuen Vermögens bringt die Betreibung nicht zum Stillstand, sondern erst die - automatisch beantragte - Bewilligung des Richters (AMONN/WALTHER, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 9. Aufl. 2013, § 18 Rz. 19 f.). Eine Rolle spielt zudem, dass der Schuldner seinen Anspruch auf wirtschaftliche und soziale Erholung nach dem Konkurs in der Betreibung durch einfach begründete Einrede erheben kann, das "Gewicht" mit Bezug auf die Mitwirkung am Verfahren jedoch beim Schuldner liegen soll (vgl. AB 1993 N 38/39, *Votum Bundesrat Koller*). Damit tritt der Umstand, dass es der Gläubiger ist, der die Betreibung angehoben hat und die Einrede beseitigen will, eher in den Hintergrund, und es entspricht mehr der Natur und dem Ziel des Verfahrens, die Klägerrolle im Einredevorverfahren gemäss Art. 265a SchKG dem Schuldner zuzuweisen.

BGE 139 III 498 S. 503

2.3 Nach dem Dargelegten ist - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - in Anwendung von Art. 265a Abs. 1 SchKG nicht die Beschwerdeführerin als Gläubigerin, sondern der Beschwerdegegner als Partei zu betrachten, welche als Schuldner dem Gericht die Prüfung eines Rechtsanspruchs beantragt und damit nach Art. 98 ZPO kostenvorschusspflichtig wird. Die Beschwerde in Zivilsachen ist begründet und gutzuheissen. Der Richter (Art. 265a Abs. 1 SchKG) hat dem Schuldner Frist zur Leistung des Kostenvorschusses (nach Art. 101 ZPO) anzusetzen. Wird der Kostenvorschuss nicht innert Frist geleistet, kann auf den Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens nicht eingetreten werden.

2.4 Schliesslich wird in der Lehre vorgeschlagen (u.a. GASSER, a.a.O.), dass das Betreibungsamt dem Betreibenden in Analogie zur Wechselbetreibung (Art. 180 SchKG) Kenntnis von der Erhebung des Rechtsvorschlages mangels neuen Vermögens geben soll. Die Frage ist hier nicht zu

entscheiden, sondern liegt zur Beantwortung in der Kompetenz der Aufsichtsbehörden.