

ZH_OBERGERICHT RT110099 vom 9. Januar 2012

ZH Obergericht, 2012-01-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RT110099

FR: ZH_OBERGERICHT RT110099 du 9 janvier 2012

IT: ZH_OBERGERICHT RT110099 del 9 gennaio 2012

Erwägungen

E. 1

a) In der von der Klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) gegen den Beklagten und Beschwerdegegner (fortan Beklagter) beim Betreibungsamt C._____ eingeleiteten Betreibung Nr. ... wurde dem Beklagten am 15. Juni 2011 der Zahlungsbefehl für die ordentliche Betreibung auf Pfändung oder Konkurs zugestellt. Gleichentags erhob der Beklagte Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens gemäss Art. 265a SchKG (Urk. 7/3). Der Rechtsvorschlag mit der Einrede des fehlenden neuen Vermögens wurde am 1. Juli 2011 der Vorinstanz vorgelegt (Urk. 7/1). b) Mit Verfügung vom 1. Juli 2011 setzte die Vorinstanz der Klägerin in Anwendung von Art. 48 GebV SchKG Frist an zur Leistung eines Barvorschusses von Fr. 150.– (Urk. 2). c) Mit innert Frist am 8. Juli 2011 zur Post gegebenen Eingabe erhob die Klägerin Beschwerde gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 1. Juli 2011 mit dem folgenden Antrag (Urk. 1 S. 1): " Es sei die Verfügung des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 1. Juli 2011 dahingehend abzuändern, dass die Parteirollen getauscht werden, d.h. es sei B._____ (Schuldner) als Kläger und die Beschwerdeführerin (Gläubigerin) als Beklagte aufzuführen. Der Kostenvorschuss von CHF 150.00 sei dem Schuldner zu überbinden." d) Mit Verfügung vom 13. Juli 2011 wurde der Vorinstanz Frist angesetzt, um sich zu der erstinstanzlichen Parteirollenverteilung zu äussern (Urk. 5), was sie mit Schreiben vom 22. Juli 2011 tat (Urk. 6). e) Mit Verfügung vom 27. Juli 2011 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um zur Stellungnahme der Vorinstanz vom 22. Juli 2011 Stellung zu nehmen (Urk. 8). Innert Frist ging ihre diesbezügliche Stellungnahme vom 3. August 2011 ein (Urk. 9). f) Mit Verfügung vom 8. August 2011 wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um die Beschwerde der Klägerin zu beantworten und zur Stellungnahme der Vo-

- 3 - rinstanz vom 22. Juli 2011 sowie zur Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom

E. 1.2

mit Hinweis auf die Botschaft, BBl 1991 III 159). Die Vorinstanz hat in ihrer Rechtsmittelbelehrung trotzdem zutreffend die Beschwerde belehrt (vgl. Urk. 2 S. 2 Dispositivziffer 3). Zwar ist im Verfahren betreffend Bewilligung des Rechtsvorschlages gemäss Art. 265a Abs. 1 bis 3 SchKG, wie aufgezeigt, jegliches Rechtsmittel auf kantonaler Ebene ausgeschlossen, 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, Gegenstands-

- 5 - losigkeit, Anerkennung und Rückzug) und soweit Kosten- und Entschädigungsfolgen angefochten werden, ist mithin ein Rechtsmittel auf kantonaler Ebene zulässig (vgl. dazu den Zirkular-Erledigungsbeschluss vom 8. Juli 2003 der III. Zivilkammer des

Obergerichts des Kantons Zürich im Verfahren PN030135 E. 2). Gegen eine Verfügung betreffend Kostenvorschuss ist gemäss Art. 103 ZPO die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO zulässig.

E. 3

a) Bei der angefochtenen Verfügung handelt es sich um einen beschwerdefähigen Entscheid über die Leistung eines Kostenvorschusses (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO i.V.m. 103 ZPO). b) 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. Dieser hört die Parteien an und entscheidet; gegen den Entscheid ist kein Rechtsmittel zulässig (Art. 265a Abs. 1 SchKG). Durch diese Bestimmung sollen alle Rechtsmittel auf kantonaler Ebene ausgeschlossen sein (vgl. Huber, in: Basler Kommentar, Art. 159-352 SchKG, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 265a N 31 m.w.H.; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 309 N 6). Der Ausschluss aller Rechtsmittel auf kantonaler Ebene beim Entscheid über den Rechtsvorschlag nach Massgabe von Art. 265a Abs. 1-3 SchKG erfolgt mit Blick darauf, dass, wer mit dem Bewilligungsentscheid nicht einverstanden ist, nach Art. 265a Abs. 4 SchKG den ordentlichen Prozessweg beschreiten kann (vgl. BGE 134 III 524 E).

E. 4

a) Im bereits genannten Zirkular-Erledigungsbeschluss vom 8. Juli 2003 im Verfahren PN030135 führte die III. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich das Folgende aus: "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 Klägerrolle befindet und die Kostenvorschusspflicht zu tragen hat. Das Gesetz regelt die Parteipollenverteilung 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 Entscheiden ist bekannt, dass der Kanton Thurgau den Gläubiger als Kläger betrachtet und von ihm den Kostenvorschuss verlangt (vgl. BISchK 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 (BISchK 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 Erklärungs 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 mangelnden 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 der Kommentar Jaeger/Walder/Kull/Kottmann in N. 2 zu Art. 265a SchKG

- 6 - fest, im Unterschied zur Wechselbetreibung sei der Schuldner Beklagter; ebenso wird in den Tafeln zum SchKG von Walder/Jent der Gläubiger als Kläger und der Schuldner als Beklagter bezeichnet (vgl. Tafel Nr. 65). Eine Begründung dafür fehlt. SchKG-Huber nimmt zur Frage der Parteirollenverteilung nicht ausdrücklich Stellung, obwohl teilweise vom Gläubiger als Kläger gesprochen wird. Immerhin lässt sich der N. 19 entnehmen, dass im Zusammenhang mit der Überweisung von Amtes wegen im Gesetzgebungsverfahren vorgeschlagen worden sei, die Überweisung nur auf Verlangen des Gläubigers vorzunehmen, was aber der Nationalrat ausdrücklich abgelehnt habe und dem der Ständerat diskussionslos gefolgt sei. Dies zeigt, dass nach dem Willen des Gesetzgebers dem Gläubiger in diesem summarischen Zwischenverfahren keine aktive Rolle zukommen soll. Daran ändert nichts, dass in den Beratungen der Antrag auch deshalb abgewiesen wurde, weil nicht der Eindruck entstehen sollte, den Gläubiger treffe eine Behauptungs- und die Beweislast, was sich zwar schon aus Abs. 2 der Bestimmung ergebe (vgl. Amtl. Bull. NR 1993, S 38 f.). Gut/Rajower/Sonnenmoser halten unter Hinweis auf das Kreisschreiben der Verwaltungskommission an die Betreibungsämter und Bezirksgerichte des Kantons Zürich vom 11. Dezember 1996 dafür, es sei naheliegend, den Gläubiger als Kläger zu betrachten (vgl. Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens in: AJP 5/1998, S. 530 f.). Diese Begründung überzeugt nicht. Zwar wird im Kreisschreiben dem Umstand, dass das revidierte SchKG den Gläubiger automatisch in ein gerichtliches – summarisches – Verfahren drängt, das er allenfalls wegen der möglichen Kostenfolge zu seinen Lasten nicht will, Rechnung getragen, indem das Betreibungsamt diesem mit der Mitteilung des Rechtsvorschlages eine kurze Frist ansetzt, um die Betreibung noch zurückzuziehen. Indessen geht es nicht an, aus dem Umstand, dass ein Rückzug nicht erfolgt ist, den Gläubiger als Kläger zu behandeln. Lässt der Gläubiger die Frist ungenutzt, so nimmt das gesetzlich vorgeschriebene 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. BLSchK, 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.

E. 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 vorzuschüssen habe, aber wie sich dem daran anschliessenden Satz klar entnehmen lässt, betrifft diese Vorschusspflicht nur die Kosten für eigentlichen 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

- 7 - der laufenden Betreuung 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 vorzuschüssen ist, die das Gericht ange- rufen hat. Dies ist hier – wie oben dargelegt – der Kläger, der wie in der Wechsel- betreibung auch (vgl. SchKG-Bauer, N. 12 zu Art. 181 SchKG), mithin vorschuss- pflichtig ist." Dieser auf der Internetseite der zürcherischen Gerichte publizierte Entscheid (www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/EDCA1D17B5CAB457C1256DDB004A9799_PN030135.pdf) behält auch unter der Schweizerischen Zivilprozessordnung sowie nach Aufhebung des Art. 49 GebV SchKG weiterhin Gültigkeit. So kann das Gericht neu anstatt über Art. 49 Abs. 2 GebV SchKG mit Hilfe von Art. 98 ZPO von der klagenden Partei einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen. Das Argument der Vorinstanz, dass in dieser Konstellation jedes Mal die un- entgeltliche Prozessführung bewilligt werden müsste und dies sich nachteilig auf die Staatskasse auswirken würde, was sich nicht rechtfertige, nachdem es im Be- treibungsverfahren letztlich um reine Inkassomandate gehe, verfängt sodann nicht. So kann es nicht sein, dass ein Gericht den Parteien ihre Rollen im Prozess mit der Überlegung, wie entstehen für die Staatskasse am wenigsten Kosten, zu- weist. Aufgrund von Art. 29 Abs. 3 BV sowie Art. 117 ZPO hat zudem jede Per- son, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unent- geltlichen Rechtsbeistand. Sofern somit schon von vorneherein die Aussichtslo- sigkeit des Rechtsbegehrens des Schuldners vorliegt oder der Schuldner nicht (mehr) mittellos ist, muss die Vorinstanz seinen Antrag um Gewährung der unent- geltlichen Rechtspflege abweisen. Eine regelmässige Gewährung der unentgeltli- chen Rechtspflege für den Schuldner ist somit – entgegen den Ausführungen der Vorinstanz – nicht zu erwarten. Ob vom Schuldner überhaupt ein Kostenvor- schuss einverlangt werden soll, hat aber die Vorinstanz zu entscheiden (Art. 98 ZPO).

- 8 - b) Dem Schuldner ist daher im erstinstanzlichen Verfahren gemäss Art. 265a Abs. 1 SchKG die Klägerrolle und der Gläubigerin die Beklagtenrolle zuzuteilen (vgl. dazu auch Huber, in: Basler Kommentar, Art. 159-352 SchKG, a.a.O., Art. 265a N 21). Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und die Verfü- gung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 1. Juli 2011 aufzuheben. Die Sache ist im Sinne von Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO an die Vorinstanz zurückzuweisen.

E. 6

Der Beklagte reichte im Beschwerdeverfahren keine Beschwerdeantwort ein. Er hat sich somit mit dem vorinstanzlichen Entscheid nicht identifiziert. Zudem hat er ihn auch nicht verursacht. Gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. f. und Abs. 2 ZPO ist er daher weder zur Bezahlung einer Parteientschädigung zu verpflichten, noch mit Gerichtskosten zu belegen. In einem solchen Fall besteht zudem keine gesetzli- che Grundlage, die Klägerin aus der Staatskasse zu entschädigen (Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 107 N 26; Freiburghaus/ Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 327 N 24). Es wird beschlossen:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.