Prof. Dr. Peter V. Kunz
Prof. Dr. Jonas Weber
Prof. Dr. Andreas Lienhard
Prof. Dr. Iole Fargnoli
Prof. Dr. Jolanta Kren Kostkiewicz

Berner Gedanken zum Recht

Festgabe
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014

Stämpfli Verlag

Peter V. Kunz
Jonas Weber
Andreas Lienhard
Iole Fargnoli
Jolanta Kren Kostkiewicz

Berner Gedanken zum Recht

© Stämpfli Verlag AG Bern

© Stämpfli Verlag AG Bern

Prof Dr. Peter V. Kunz
Prof Dr. Jonas Weber
Prof Dr. Andreas Lienhard
Prof Dr. Iole Fargnoli
Prof Dr. Jolanta Kren Kostkiewicz

Berner Gedanken zum Recht

**Festgabe
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der
Universität Bern für den Schweizerischen
Juristentag 2014**

Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2014

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter
www.staempfliverlag.com erhältlich.

ISBN Print 978-3-7272-2970-1
ISBN Judocu 978-3-0354-1131-7

© Stämpfli Verlag AG Bern

Das Bewilligungsverfahren bei der Einrede mangelnden neuen Vermögens (Art. 265a SchKG)

Unter Berücksichtigung der Parteirollenverteilung und den damit verbundenen Kostentragungspflichten

JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ*/DOMINIK MILANI**

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung ... 78
II. Ratio legis ... 78
III. «Neues Vermögen» ... 79
A. Nettovermögenstheorie ... 79
1. Grundsätzliches ... 79
2. Hypothetisches Vermögen ... 80
3. Dritteigentum ... 80
B. Anspruch auf standesgemässe Lebensführung ... 80
IV. Einrede mangelnden neuen Vermögens ... 81
A. Ausdrückliche Erklärung des Schuldners ... 81
B. Voraussetzungen ... 81
C. Rechtsnatur ... 82
D. Überweisungspflicht des Betreibungsamts ... 82
V. Gerichtliches Bewilligungsverfahren ... 83
A. Grundsätzliches ... 83
B. Verfahrensart ... 84
C. Beweismittel ... 85
D. Zuständigkeiten ... 85
1. Örtliche Zuständigkeit ... 85
2. Sachliche Zuständigkeit ... 85
E. Parteien ... 86
1. Grundsätzliches ... 86
2. Wegweisendes Urteil des Bundesgerichts ... 87
F. Prozesskosten ... 87
1. Grundsätzliches ... 87
2. Kostenvorschuss nach Art. 98 ZPO ... 88
3. Prozesskaution nach Art. 99 ZPO ... 88
4. Recht auf unentgeltliche Prozessführung ... 89

* Prof. Dr. iur., Ordinaria für Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Schweizerisches Zivilprozessrecht sowie Schuldbetreibungs- und Konkursrecht an der Universität Bern.
** Dr. iur., Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Assistent am Institut für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht.

© Stämpfli Verlag AG Bern

G. Entscheid des Gerichts 90
1. Grundsätzliches 90
2. Gutheissung des Rechtsvorschlags 90
3. Abweisung des Rechtsvorschlags 91
VI. Zusammenfassung 91
VII. Literaturverzeichnis 93

I. Einleitung

Der nach Abschluss des Konkursverfahrens gegen einen Schuldner ausgestellte Konkursverlustschein berechtigt den Gläubiger zu einer erneuten Betreibung. Die Zwangsvollstreckung in das schuldnerische Vermögen hängt jedoch davon ab, ob der Schuldner «neues Vermögen» anhäufen konnte (Art. 265 Abs. 2 SchKG).

Vorausgesetzt wird ferner, dass es sich beim Schuldner um eine natürliche Person handelt und er nach Zustellung des Zahlungsbefehls den Rechtsvorschlag mit der Einrede erklärt, seit Abschluss des Konkursverfahrens nicht zu neuem Vermögen gekommen zu sein (Art. 265a Abs. 1 SchKG).

Über die Einrede mangelnden neuen Vermögens entscheidet der Richter in einem anschliessenden kontradiktorischen Bewilligungsverfahren. Dabei stellt sich die Frage, wem in diesem Verfahren die Klägerrolle (verbunden mit einer allfälligen Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses) zukommt. Bis zum Urteil des Bundesgerichts 5A_295/2013 vom 17.10.2013 waren sich sowohl die Lehre als auch die kantonale Praxis darüber uneinig.

Ziel des vorliegenden Beitrages ist es, im Anschluss an dieses Bundesgerichtsurteil das gerichtliche Bewilligungsverfahren im Zusammenhang mit der Einrede mangelnden neuen Vermögens im allgemeinen prozessualen Kontext darzustellen. Dies unter Berücksichtigung der Parteirollenverteilung und der damit verbundenen Kostentragungspflicht sowie weiterer zusammenhängender Wirkungen.

II. Ratio legis

Art. 265 f. SchKG werden allgemein als «Rechtswohltat» für den ehemaligen Kridaren verstanden. Der Zweck dieser Bestimmungen liegt darin, natürlichen Personen die Möglichkeit zu eröffnen, sich nach Abschluss des Konkursverfahrens wirtschaftlich und sozial zu erholen.[1] Dadurch soll der Schuldner letztlich in die Lage versetzt werden, neue Aktiven zu akkumulieren, die nicht sogleich durch Passiven belastet werden. Hauptzweck von

[1] BGer 5A_295/2013 v. 17.10.2013, E. 2.2.4; BGE 136 III 51 E. 3.1; FÜRSTENBERGER, 6; KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 1422; VOCK/MÜLLER, 94.

© Stämpfli Verlag AG Bern

Art. 265 f. SchKG bildet demnach die Möglichkeit des Aufbaus einer neuen Existenz, eines standesgemässen Lebens sowie der Anlage zusätzlicher Ersparnisse.[2] Hierbei handelt es sich um Individualinteressen des ehemaligen Gemeinschuldners.

Im Sinne eines untergeordneten Zwecks dienen aber Art. 265 f. SchKG auch der allgemeinen Staatswohlfahrt bzw. den Allgemeininteressen, welche auf eine wirtschaftlich gesund lebende Gesamtbevölkerung ausgerichtet sind.[3]

III. «Neues Vermögen»

A. Nettovermögenstheorie

1. Grundsätzliches

Der Begriff des «neuen Vermögens» beinhaltet nur neues Nettovermögen («nouveaux actifs nets»), d.h. den Überschuss der durch den Schuldner erworbenen Aktiven über die neuen Passiven (sog. Nettovermögenstheorie).[4]

Zwar kann der Schuldner unmittelbar nach der Konkurseröffnung, und somit bereits während des laufenden Konkursverfahrens, auf der Basis des Arbeitserwerbs wieder eine neue Lebensgrundlage aufbauen. Für die Ermittlung des neuen Vermögens wird jedoch erst auf die Phase nach Schluss des Konkursverfahrens i.S.v. Art. 268 SchKG bzw. Art. 92 KOV abgestellt.[5] Demzufolge bleibt der Arbeitserwerb des ehemaligen Kridaren, der von diesem im Zeitraum nach der Konkurseröffnung bis zur Schlussverfügung des Konkursgerichts erwirtschaftet wird, unantastbar.[6]

Massgebend für die Berechnung des neuen Vermögens sind die Einkommensverhältnisse im letzten Jahr vor Anhebung der neuen Betreibung.[7]

---

2 BGer 5A_650/2013 v. 19.11.2013, E. 2.2; BGer 5A_211/2009 v. 18.06.2009, E. 2; BGer 5A_452/2007 v. 22.01.2008, E. 3.1; BGE 109 III 93 E. 1.a.

3 BAUMGARTNER, 22 f.; FÜRSTENBERGER, 6 f.; SPAHR, 121.

4 BGer 5A_650/2013 v. 19.11.2013, E. 2.2; BGer 5A_104/2010 v. 28.04.2010, E. 4.2; BGE 135 III 424 E. 2.1 (Pra 99 [2010] Nr. 21); BGE 109 III 93 E. 1.b; BAUMGARTNER, 30 ff.; CR SchKG-JEANDIN, Art. 265 N 22 f.; FRITZSCHE/WALDER, § 53 Rz. 14; FÜRSTENBERGER, 21; GUT/RAJOWER/SONNENMOSER, 539; OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ/WALDER, Art. 265 N 5.

5 BGE 136 III 51 E. 3.1; BSK SchKG II-HUBER, Art. 265 N 14; FÜRSTENBERGER, 6; KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 1423.

6 A.M. GUT/RAJOWER/SONNENMOSER, 545.

7 BGE 99 Ia 19 E. 3.c; KantG/SG v. 26.04.2007, GVP 2007 289 ff., 290; BAUMGARTNER, 60; BSK SchKG II-HUBER, Art. 265 N 17 f. mit kritischen Anmerkungen; a.M. GUT/RAJOWER/SONNENMOSER, 545.

© Stämpfli Verlag AG Bern

2. Hypothetisches Vermögen

Nettovermögen bilden nicht nur real kapitalisierte Werte, sondern auch das hypothetische Vermögen, das der Schuldner zu bilden unterliess.[8]

3. Dritteigentum

Zum neuen Vermögen können auch (pfändbare) Vermögenswerte, über welche der Schuldner zwar nicht rechtlich, aber doch wirtschaftlich verfügen kann, hinzugerechnet werden (Art. 265a Abs. 3 Satz 3 SchKG).[9] Dies ist etwa dann der Fall, wenn das Recht des Dritten auf einer Handlung beruht, die der Schuldner in der dem Dritten erkennbaren Absicht vorgenommen hat, die Bildung neuen Vermögens zu vereiteln, womit eine solche sich folglich als rechtsmissbräuchlich darstellt.[10]

Mit Art. 265a Abs. 3 Satz 3 SchKG werden letztlich die Erwerbsvorgänge ins Auge gefasst, die zur paulianischen Anfechtung gemäss Art. 285 ff. SchKG berechtigen.[11]

B. Anspruch auf standesgemässe Lebensführung

Der ehemalige Konkursit hat – wie erwähnt – Anspruch auf eine standesgemässe Lebensführung, die es ihm erlaubt, eine neue Existenz aufzubauen. Aus diesem Grund darf er nicht einfach auf den Notbedarf, d.h. auf das betreibungsrechtliche Existenzminimum, gesetzt werden, sondern es ist ihm vielmehr ein angemessener Zuschlag darauf zu gewähren (sog. «erweitertes Existenzminimum»). Dieser beträgt gemäss kantonaler Praxis zwischen 20 und 50% des betreibungsrechtlichen Existenzminimums.[12] Bei der Bestimmung desselben kommt dem Gericht ein weiter Ermessensspielraum zu.[13]

---

8 BSK SchKG II-HUBER, Art. 265 N 15 f.; KuKo SchKG-NÄF, Art. 265 N 8; FÜRSTENBERGER, 23 f.; GASSER, 18.

9 Hierzu im Einzelnen KUSTER, 293 ff.

10 BGer 5A_283/2007 v. 15.11.2007, E. 2.3.2; GASSER, 21; KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 1427; a.M. BSK SchKG II-HUBER, Art. 265 N 24; GUT/RAJOWER/SONNENMOSER, 544.

11 KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 1427.

12 BSK SchKG II-HUBER, Art. 265 N 21 f.; AMONN/WALTHER, § 48 Rz. 34a; GILLIÉRON, Rz. 2105.

13 BGE 135 III 424 E. 2.1 (Pra 99 [2010] Nr. 21); BGE 129 III 385 E. 5.1.1 (Pra 93 [2004] Nr. 30); FÜRSTENBERGER, 21.

© Stämpfli Verlag AG Bern

IV. Einrede mangelnden neuen Vermögens

A. Ausdrückliche Erklärung des Schuldners

Fehlendes neues Vermögen wird nicht *ex officio* berücksichtigt. Die Einrede ist vom Schuldner ausdrücklich zu erklären und gemäss Art. 265a Abs. 1 SchKG als Rechtsvorschlag vorzubringen.

Für den Fall, dass der Rechtsvorschlag nicht ausdrücklich mit fehlendem neuem Vermögen begründet wird, wird angenommen, dass sich der Rechtsvorschlag bloss gegen die in Betreibung gesetzte Forderung richte.[14]

Wird die Einrede mangelnden neuen Vermögens erhoben, und geht daraus nicht hervor, dass sie sich nur auf das Fehlen neuen Vermögens beschränkt, so gilt gemäss herrschender Lehre und Praxis, dass sich der Rechtsvorschlag auch gegen den Bestand und Umfang der in Betreibung gesetzten Forderung richtet (Grundsatz «*in dubio pro debitore*»).[15]

Inhaltlich genügt somit jede Erklärung des ehemaligen Gemeinschuldners, aus welcher ersichtlich wird, dass er der Überzeugung ist, seit Abschluss des Konkursverfahrens kein neues Vermögen gebildet zu haben.[16]

B. Voraussetzungen

Die Zulässigkeit der Einrede mangelnden neuen Vermögens ist an verschiedene Voraussetzungen gebunden.

Im Einzelnen wird verlangt, dass:

- das Konkursverfahren gegen den Gemeinschuldner durchgeführt und i.S.v. Art. 268 SchKG abgeschlossen wurde;[17]
- den Konkursgläubigern ein Konkursverlustschein i.S.v. Art. 265 Abs. 1 SchKG ausgestellt wurde oder der Gläubiger seine vor der Konkurseröffnung entstandene Forderung im Konkurs nicht eingegeben hat (Art. 267 SchKG);[18]
- es sich beim Schuldner um eine natürliche Person handelt;
- der ehemalige Gemeinschuldner die Einrede mangelnden neuen Vermögens ausdrücklich gegenüber dem Betreibungsamt erhebt;
- die Einrede nicht rechtsmissbräuchlich ist; und

---

[14] BGE 109 III 3 E. 4 (Pra 72 [1983] Nr. 127); BSK SchKG II-HUBER, Art. 265a N 2; VOCK/MÜLLER, 95.

[15] OGer/LU v. 16.09.1997, BlSchK 1999 54 ff., 55; CR SchKG-JEANDIN, Art. 265a N 4; KuKo SchKG-NÄF, Art. 265a N 3; KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 1425; FÜRSTENBERGER, 8.

[16] CR SchKG-JEANDIN, Art. 265a N 2.

[17] Das Konkursverfahren darf demnach nicht mangels Aktiven eingestellt (Art. 230 f. SchKG) bzw. widerrufen (Art. 195 f. SchKG) worden sein, FÜRSTENBERGER, 12; KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 1422; KuKo SchKG-NÄF, Art. 265a N 2; SPAHR, 123.

[18] KuKo SchKG-NÄF, Art. 265a N 5; als Konkursverlustscheinsforderungen kommen nur inländische in Betracht, OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ/WALDER, Art. 265a N 5.

© Stämpfli Verlag AG Bern

– die Einrede innerhalb der zehntägigen Rechtsvorschlagsfrist von Art. 74 SchKG erfolgt, andernfalls sie verwirkt.[19] Unter der Voraussetzung von Art. 33 Abs. 2 SchKG kann dem Schuldner jedoch eine längere Frist eingeräumt bzw. einem Gesuch um Wiederherstellung (Art. 33 Abs. 4 SchKG) entsprochen werden.[20]

C. Rechtsnatur

Bei der Einrede mangelnden neuen Vermögens handelt es sich um ein besonderes Gegenrecht des Schuldners, welches auf die zeitweilige (dilatorische) Verweigerung der Duldung der Zwangsvollstreckung für eine ehemalige Konkursforderung gerichtet ist.[21] Die Ausübung dieses Gegenrechts ist höchstpersönlicher Natur. Somit geht es weder kraft Singular- noch Universalsukzession auf einen Dritten, z.B. auf einen Erben, über.[22]

Umstritten ist, ob die Einrede rein betreibungsrechtlicher oder materiellrechtlicher Natur sei.[23] Angesichts ihrer grundsätzlich vollstreckungshemmenden Wirkung muss der Einrede mangelnden neuen Vermögens u.E. primär ein rein betreibungsrechtlicher Charakter zuerkannt werden.[24] Das Bundesgericht vertritt hier die – nicht überzeugende – Auffassung, dass der Einrede materiellrechtliche Wirkung für den Fall zukommt, dass die Forderung des Gläubigers gegen den ehemaligen Konkursiten an einen Dritten abgetreten wurde und der betriebene Schuldner diesem gegenüber die Verrechnungseinrede erhebt.[25]

D. Überweisungspflicht des Betreibungsamts

Gleich wie beim Wechselrechtsvorschlag nach Art. 181 SchKG ist das Betreibungsamt gehalten, den Rechtsvorschlag mit der Einrede mangelnden neuen Vermögens von Amtes wegen dem Gericht zu überweisen (Art. 265a

---

19 AMONN/WALTHER, § 48 Rz. 36; KuKo SchKG-NÄF, Art. 265a N 2; OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ/WALDER, Art. 265a N 3; BSK SchKG II-HUBER, Art. 265a N 3; VOCK/MÜLLER, 95; a.M. FÜRSTENBERGER, 17 ff., der die Einrede mangelnden neuen Vermögens auch in einem allfälligen Anerkennungs- oder Rechtsöffnungsverfahren zulassen will.

20 GUT/RAJOWER/SONNENMOSER, 530.

21 KOLLER, § 2 Rz. 65; SCHWENZER, § 4 Rz. 4.34 und 4.36.

22 BGE 65 III 58 59 ff.; AMONN/WALTHER, § 48 Rz. 39; FÜRSTENBERGER, 9; OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ/WALDER, Art. 265a N 6.

23 Dagegen u.a. BSK SchKG II-HUBER, Art. 265a N 13; dafür u.a. FÜRSTENBERGER, 19; FRITZSCHE/WALDER, § 53 Rz. 21; CR SchKG-JEANDIN, Art. 265a N 9.

24 Gl.M. BSK SchKG II-HUBER, Art. 265a N 13 m.w.H.; wohl auch AMONN/WALTHER, § 48 Rz. 37.

25 BGE 133 III 620 E. 4.4;

© Stämpfli Verlag AG Bern

Abs. 1 SchKG).[26] Eines Antrags seitens des Schuldners bedarf es demnach nicht.

Die Kognition des Betreibungsamts beschränkt sich allein auf die Prüfung, ob die formellen Voraussetzungen des Rechtsvorschlags und der Einrede, insbesondere in Bezug auf die Form und Frist, eingehalten sind.[27]

V. Gerichtliches Bewilligungsverfahren

A. Grundsätzliches

An die amtliche Überweisung des Rechtsvorschlags mit der Einrede mangelnden neuen Vermögens schliesst nahtlos das Bewilligungsverfahren an. Das Bewilligungsverfahren ist eine rein betreibungsrechtliche Streitigkeit,[28] d.h. es wird bloss eine rein verfahrensrechtliche Frage entschieden und die Rechtskraftwirkung bleibt auf das konkrete Betreibungsverfahren beschränkt.[29]

Im Rahmen des Bewilligungsverfahrens prüft das Gericht, ob die Einrede begründet ist und damit der Rechtsvorschlag bewilligt werden kann. Prozessstoff bildet nur die Frage, ob der ehemalige Gemeinschuldner zu neuem Vermögen gekommen ist oder nicht.[30] Zur Klärung dieser Frage fordert das Gericht den Schuldner auf, seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen und glaubhaft zu machen, dass er nicht zu neuem Vermögen gekommen ist (Art. 265a Abs. 2 SchKG). Dieser trägt somit die sog. «Dokumentierungslast»,[31] was nicht zuletzt auch dem Gläubiger erlaubt, seine Prozesschancen abzuschätzen.[32] Der Gläubiger wird zur Stellungnahme eingeladen.[33]

Im Bewilligungsverfahren gilt gewissermassen der Grundsatz «*in dubio pro creditore*». Denn nur wenn eine grössere Wahrscheinlichkeit für die Vermögenslosigkeit des ehemaligen Konkursiten spricht, darf der Rechtsvorschlag bewilligt werden.[34]

Da der Rechtsvorschlag mit der Einrede mangelnden neuen Vermögens durch das Betreibungsamt an das Gericht automatisch überwiesen wird, ist

---

[26] CR SchKG-JEANDIN, Art. 265a N 13; GASSER, 18; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 265a N 2; KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 1424; SPAHR, 124.

[27] BGE 130 III 678 E. 2.1; 124 III 379, E. 3.b (Pra 87 [1998] Nr. 156); SPAHR, 123; zu den Voraussetzungen im Einzelnen oben IV. B.

[28] KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 1424; AMONN/WALTHER, § 4 Rz. 52; VOCK/MÜLLER, 100.

[29] GUT/RAJOWER/SONNENMOSER, 534.

[30] Zum neuen Vermögen oben III.

[31] KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 1426; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 265a N 3.

[32] KantG/SG v. 11.08.2006, GVP 2006 309 ff., 310.

[33] AMONN/WALTHER, § 48 Rz. 41.

[34] KantG/AR v. 20.04.1998, ARGVP 1997 107 ff., 108; GASSER, 19; KuKo SchKG-NÄF, Art. 265a N 7; hierzu auch unten V. G. 2.

© Stämpfli Verlag AG Bern

der ehemalige Gemeinschuldner davon entbunden ein Rechtsbegehren zu stellen.

Beim Bewilligungsverfahren handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit,[35] deren Streitwert[36] sich nach der Höhe der gestützt auf den Konkursverlustschein eingeleiteten Betreibungsforderung bestimmt.[37] Dieser Streitwert muss aber nicht zwingend identisch mit der Konkursverlustscheinsforderung oder der Forderung nach Art. 267 SchKG sein.[38]

B. Verfahrensart

Das Gericht entscheidet über den Rechtsvorschlag mit der Einrede mangelnden neuen Vermögens im summarischen Verfahren (Art. 251 lit. d ZPO).[39] Gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Regelung entfällt hier der Schlichtungsversuch (Art. 198 lit. a ZPO).

Es liegt im freien Ermessen des Gerichts, ob es im Rahmen des summarischen Verfahrens eine Verhandlung durchführen will oder nicht (vgl. Art. 256 Abs. 1 ZPO).

Das Bewilligungsverfahren untersteht der Verhandlungsmaxime nach Art. 55 Abs. 1 ZPO (Art. 255 ZPO *e contrario*). Diese wird durch die gerichtliche Fragepflicht von Art. 56 ZPO gemildert. Das Gericht darf aber gemäss Art. 56 ZPO durch entsprechende Fragen bloss darauf hinwirken, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen; eine Sachverhaltsermittlung von Amtes wegen ist jedoch ausgeschlossen.[40]

---

35 Von einer *vermögensrechtlichen* Streitigkeit ist immer dann auszugehen, wenn der Rechtsgrund des streitigen Anspruchs im Vermögensrecht ruht und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird, BGE 139 II 404 E. 12.1; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 4. *Nicht vermögensrechtliche* Streitigkeiten haben demgegenüber ideelle Inhalte, ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 6.

36 Beim Streitwert handelt es sich um den in Geld ausgedrückten Wert, um welchen prozessiert wird, SUTTER-SOMM, Rz. 1170; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 1. Dieser bestimmt sich nach Art. 91 ff. ZPO und wird in der Regel anhand des Rechtsbegehrens (Art. 91 Abs. 1 ZPO) oder bei Fehlen eines solchen gemäss Art. 91 Abs. 2 ZPO durch das Gericht – unter Vorbehalt der Einigung der Parteien – bestimmt.

37 GUT/RAJOWER/SONNENMOSER, 534; VOCK/MÜLLER, 103; zu beachten bliebt, dass für den Fall, dass eine im Konkurs nicht eingegebene Forderung i.S.v. Art. 267 SchKG in Betreibung gesetzt wird, auf den in Betreibung gesetzten Betrag abgestellt wird.

38 Dem Gläubiger ist es freigestellt, bloss einen Teil der Konkusverlustscheinsforderung in Betreibung zu setzen.

39 BGer 5A_650/2013 v. 19.11.2013, E. 2; GILLIÉRON, Rz. 2098; KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 1424. Das summarische Verfahren charakterisiert sich als Verfahrenstypus «mit Beweisbeschränkung zum Zweck der Prozessbeschleunigung»; SUTTER-SOMM, Rz. 1170; ZK ZPO-CHEVALIER, Art. 248 N 1; so auch FÜRSTENBERGER, 77.

40 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 10 Rz. 20.

© Stämpfli Verlag AG Bern

C. Beweismittel

Dem Wesen des summarischen Verfahrens entsprechend sind grundsätzlich bloss liquide Beweismittel zulässig. Dies führt letztlich dazu, dass regelmässig nur der Urkundenbeweis möglich ist (Art. 254 Abs. 1 ZPO).[41]

Welche Urkunden der Schuldner zur Dokumentation des fehlenden neuen Vermögens vorlegen muss, nennt das SchKG nicht. Praxisgemäss kommen hier v.a. Kontobelege, Steuererklärungen, Belege über die finanziellen Verpflichtungen des Schuldners, sowie Mietverträge in Betracht. Aus diesen Belegen lässt sich ein allenfalls gebildetes Nettovermögen eruieren.[42]

D. Zuständigkeiten

1. Örtliche Zuständigkeit

Über den Rechtsvorschlag mit der Einrede mangelnden neuen Vermögens entscheidet das Gericht am Betreibungsort.[43] Dieser Gerichtsstand ist ausschliesslich und zwingend.

Die Gerichtsstandsordnung gemäss SchKG ist dem rein betreibungsrechtlichen Charakter des Bewilligungsverfahrens entsprechend auch im (euro)internationalen Verhältnis massgebend.

Das LugÜ[44] gelangt für das Bewilligungsverfahren nicht zur Anwendung, da es sich um ein zwangsvollstreckungsrechtliches Verfahren i.S.v. Art. 22 Nr. 5 LugÜ handelt.[45]

2. Sachliche Zuständigkeit

Die Gerichtsorganisation und die damit zusammenhängende sachliche Zuständigkeit liegt – unter Vorbehalt des Bundesrechts – im Kompetenzbereich der Kantone (Art. 122 Abs. 2 BV und Art. 3 f. ZPO). Folglich richtet sie sich grundsätzlich nach dem kantonalen Recht.

---

41 ZK ZPO-CHEVALIER, Art. 254 N 1; BK ZPO-GÜNGERICH, Art. 254 N 2; OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ/WALDER, Art. 265a N 15.

42 Zum Begriff des Nettovermögens oben III. A.

43 FÜRSTENBERGER, 81; GUT/RAJOWER/SONNENMOSER, 532.

44 Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen; SR 0.275.12).

45 DIKE LugÜ-KILLIAS, Art. 22 N 102; a.M. BSK LugÜ-ROHNER/LERCH, Art. 1 N 93; VOCK/MÜLLER, 102, welche beim Bewilligungsverfahren von einem insolvenzrechtlichen Verfahren i.S.v. Art. 1 Nr. 2 lit. b LugÜ ausgehen.

© Stämpfli Verlag AG Bern

E. Parteien

1. Grundsätzliches

Wie die Parteirollen im Verfahren über die Bewilligung des Rechtsvorschlags mangelnden neuen Vermögens zu verteilen sind, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Die Parteirollenverteilung wurde in den Kantonen unterschiedlich gehandhabt: Einige Kantone (u.a. BE[46] und TG[47]) wiesen die Klägerrolle dem Gläubiger, andere wiederum (u.a. AG[48], BL[49], SH[50] und ZH[51]) dem Schuldner zu.

Die Lehrmeinungen waren ebenfalls gespalten. Ein Teil der Lehre erachtete den Gläubiger als klagende Partei, mit der Begründung, dass es sich bei der Beseitigung des Rechtsvorschlags – gleich wie im Rechtsöffnungsverfahren (Art. 79 ff. SchKG) – um die Fortsetzung der Betreibung handle.[52] Dem anderen Teil der Lehre zufolge habe der Schuldner als Gesuchsteller in die Klägerrolle einzutreten, weil ihn – ähnlich wie bei der Rechtsvorschlagsbewilligung in der Wechselbetreibung (Art. 179 ff. SchKG) – die Beweislast treffe.[53]

Mit der Zuweisung der Klägerrolle an den Gläubiger bzw. den Schuldner ist – wie erwähnt – eine allfällige Kostenvorschusspflicht verbunden, die das Gericht für seinen Entscheid auferlegen kann.[54]

Kommt dem Gläubiger die Klägerrolle zu und leistet er keinen Kostenvorschuss, wird angenommen, dass er auf die Prüfung der Zulässigkeit des Rechtsvorschlags wegen fehlenden neuen Vermögens verzichte. Wird hingegen dem Schuldner die Klägerrolle zugeteilt und kommt er der Kostenvorschusspflicht nicht nach, wird daraus gefolgert, dass er auf die Prüfung der Begründetheit seines Rechtsvorschlags wegen fehlenden neuen Vermögens verzichte, was zu einem Nichteintretensentscheid führe.

Der soeben dargestellten uneinheitlichen Rechtslage hat nun das Bundesgericht mit seinem Urteil 5A_295/2013 vom 17.10.2013 ein Ende gesetzt.

---

46 OGer/BE Kreisschreiben Nr. B 18, http://www.justice.be.ch/justice/de/index/zivilverfahren/zivilverfahren/kreisschreiben.assetref/content/dam/documents/Justice/OG/de/KS_Sch-KG/KS_B18_aA5.pdf (besucht am 31.01.2014).

47 OGer/TG v. 07.04.1997, BlSchK 20000 104 f., 104 f.

48 OGer/AG v. 29.08.2011, CAN 2012 24 ff., 24 ff.

49 OGer/BL v. 24.04.2001, BlSchK 2003 93 ff., 95 f.

50 OGer/SH v. 26.09.2003, SJZ 2004 443 ff., 444.

51 OGer/ZH v. 08.07.2003, ZR 2004 23 ff., 24 ff.

52 GUT/RAJOWER/SONNENMOSER, 532; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 265a N 2; CR SchKG-JEANDIN, Art. 265a N 18; SPAHR, 125 f.; KuKo SchKG-NÄF, Art. 265a N 7.

53 FÜRSTENBERGER, 72 f.; GASSER, 18; BSK SchKG II-HUBER, Art. 265a N 21; VOCK/MÜLLER, 100 f.

54 Hierzu unten V. F. 2.

© Stämpfli Verlag AG Bern

2. Wegweisendes Urteil des Bundesgerichts

In Anlehnung an die Regelung des Rechtsvorschlags in der Wechselbetreibung weist das Bundesgericht dem Schuldner die Rolle der gesuchstellenden Partei zu. Dieser Standpunkt wird hauptsächlich mit dem Gegenstand und Zweck des Verfahrens nach Art. 265a Abs. 1 SchKG begründet. Im Vordergrund stehe hier nicht die Anhebung der Betreibung durch den Gläubiger, sondern einzig die Feststellung des neuen Vermögens. Da die Initiative im Einredeverfahren beim Schuldner liege, welcher glaubhaft machen müsse, dass er nicht zu neuem Vermögen gekommen sei, sei er als diejenige Partei zu betrachten, welche dem Gericht die Prüfung seines Rechtsanspruchs unterbreite und folglich auch das Verfahren «einleite».[55]

Dieser Auffassung ist zuzustimmen, denn letztlich bringt der Rechtsvorschlag gemäss Art. 265a Abs. 1 SchKG bzw. die Einrede des mangelnden neuen Vermögens die Betreibung nicht zum Stillstand. Diese Folge tritt erst dann ein, wenn der Richter den Rechtsvorschlag bewilligt.

F. Prozesskosten

1. Grundsätzliches

Als Prozesskosten gelten gemäss Art. 95 Abs. 1 ZPO die Gerichtskosten sowie die Parteientschädigungen.

Für die Bemessung der Prozesskosten gesteht die ZPO den Kantonen grundsätzlich die «Tarifautonomie» zu (Art. 96 ZPO), weshalb sie zur Festsetzung derselben verpflichtet sind. Die Gebühren und Entschädigungen der Ämter, Behörden und übrigen Organe, welche in Anwendung des SchKG oder anderer Erlasse des Bundes im Rahmen einer Zwangsvollstreckung, eines Nachlassverfahrens oder einer Notstundung Verrichtungen vornehmen, werden durch die GebV SchKG abschliessend geregelt (Art. 1 Abs. 1 GebV SchKG).[56] Art. 48 GebV SchKG legt für gerichtliche Entscheide in betreibungsrechtlichen Summarsachen streitwertabhängige[57] Rahmengebühren fest. Diese gehen den kantonalen Tarifen vor.[58]

Die Parteirollenverteilung im Bewilligungsverfahren hat – wie bereits erwähnt – unmittelbare Auswirkungen auf bestimmte Fragen im Zusammenhang mit den Prozesskosten. Diese betreffen namentlich:

- eine allfällige Kostenvorschusspflicht,
- die Frage, ob der Schuldner auf Antrag des Gläubigers angehalten werden kann, eine Prozesskaution zu leisten, sowie

[55] BGer 5A_295/2013 v. 17.10.2013, E. 2.3.
[56] Komm. GebV SchKG-ADAM, Art. 1 N 1.
[57] Zum Streitwert bzw. dessen Bestimmung im Einzelnen oben V. A.
[58] STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 16 Rz. 11.

© Stämpfli Verlag AG Bern

– die Frage, ob der Schuldner Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung hat.

2. Kostenvorschuss nach Art. 98 ZPO

Gemäss Art. 98 ZPO kann das Gericht von der klagenden Partei einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen. Die Kostenvorschusspflicht verfolgt den Zweck, die Gerichtskosten sicher zu stellen und das Inkassorisiko des Kantons zu minimieren.[59] Ein Kostenvorschuss kann nur von der klagenden Partei eingefordert werden; die Einforderung bei der beklagten Partei ist ausgeschlossen.[60] Die Frage einer allfälligen Kostenvorschusspflicht richtet sich somit nach der Parteirollenverteilung und trifft im Bewilligungsverfahren nach Art. 265a Abs. 1 SchKG – gemäss dem dargestellten Bundesgerichtsentscheid – den Schuldner.[61]

Wird ein Gerichtskostenvorschuss erhoben, handelt es sich bei der Bezahlung desselben um eine Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO).[62] Bei nicht fristgerechter Leistung des Vorschusses fällt das Gericht einen Nichteintretensentscheid.

Art. 98 ZPO ist jedoch als sog. «Kann-Vorschrift» ausgestaltet, womit es letztlich im Ermessen des Gerichts steht, ob es von der gesuchstellenden Partei einen Kostenvorschuss verlangen will.[63] Es ist dem Gericht erlaubt, bei der Bestimmung, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang ein Vorschuss geleistet werden muss, auf die finanzielle Leistungsfähigkeit und/oder die finanzielle Liquidität des Schuldners gebührend Rücksicht zu nehmen.[64]

Gerade im Bewilligungsverfahren und mit Blick auf die *ratio legis* von Art. 265 f. SchKG[65] rechtfertigt es sich, wenn das Gericht bei der Bestimmung des Kostenvorschusses Zurückhaltung übt. Dies umso mehr, als die abgestuften Spruchgebühren nach Art. 48 GebV SchKG sehr flexibel und moderat sind.

3. Prozesskaution nach Art. 99 ZPO

Art. 99 ZPO eröffnet der beklagten Partei die Möglichkeit, von der klagenden Partei eine Prozesskaution zu verlangen, sofern einer der in Abs. 1 lit. a–d ZPO aufgeführten Kautionsgründe vorliegt.

---

59 ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, Art. 98 N 1; KuKo ZPO-SCHMID, Art. 98 N 1.
60 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 16 Rz. 21; ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, Art. 98 N 6.
61 Hierzu oben V. E. 2.
62 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 11 Rz. 5d.
63 BSK ZPO-RÜEGG, Art. 98 N 2; a.M. KuKo ZPO-SCHMID, Art. 98 N 8.
64 Vgl. BSK ZPO-RÜEGG, Art. 98 N 2; DIKE ZPO-URWYLER, Art. 98 N 8.
65 Zur ratio legis im Einzelnen oben II.

© Stämpfli Verlag AG Bern

Obschon im Sinne einer gesetzlichen Vermutung u.a. dann Zahlungsunfähigkeit vorliegt, wenn Verlustscheine (Pfändungs- und Konkursverlustscheine) bestehen (Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO),[66] kann im Bewilligungsverfahren nach Art. 265a Abs. 1 SchKG keine Prozesskaution durch den Gläubiger verlangt werden. Dies ergibt sich direkt aus Art. 99 Abs. 3 lit. c ZPO, wonach im summarischen Verfahren keine Sicherheit zu leisten ist.

4. Recht auf unentgeltliche Prozessführung

Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (Mittellosigkeit) und ihr Rechtsbegehren nicht als aussichtslos erscheint (fehlende Aussichtslosigkeit; Art. 117 ZPO). Dieser Anspruch besteht für jedes staatliche Verfahren, in welches eine Person einbezogen wird oder zur Wahrung ihrer Rechte bedarf.[67] Dies gilt insb. auch für das summarische Verfahren, in welchem das Bewilligungsverfahren durchgeführt wird.[68]

Die Voraussetzung der fehlenden *Aussichtslosigkeit* i.S.v. Art. 117 lit. b ZPO ist dann gegeben, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahr ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese.[69] Die Voraussetzung der *Mittellosigkeit* nach Art. 117 lit. a ZPO ist erfüllt, wenn der Aufwand des notwendigen Lebensunterhalts (sog. «zivilprozessualer Notbedarf») das massgebliche Einkommen übersteigt bzw. aus der Differenz nur ein kleiner Überschuss resultiert, der es dem Gesuchsteller nicht erlauben würde, die Prozesskosten innert nützlicher Frist zu bezahlen.[70] Dabei wird grundsätzlich auf das betreibungsrechtliche Existenzminimum nach Art. 93 SchKG abgestellt.

Die Begriffe «zivilprozessualer Notbedarf» nach Art. 117 lit. a ZPO und «erweitertes Existenzminimum» gemäss Art. 265 Abs. 2 SchKG[71] weichen folglich nicht wesentlich voneinander ab.[72] Ein Unterschied zwischen den Begriffen besteht lediglich in einem – entsprechend der konkreten Situation des jeweiligen Schuldners – variablen Frankenbetrag, welcher beim «erweiterten Existenzminimum» gemäss Art. 265 Abs. 2 SchKG etwas höher ist. Überdies wird bei der Ermittlung des «zivilprozessualen Notbedarfs» stets nur auf den *status quo*, d.h. auf die finanzielle Situation im Zeitpunkt des

---

66 BGer 4A_414/2011 v. 05.10.2011, E. 5.2; ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, Art. 99 N 27; BSK ZPO-RÜEGG, Art. 99 N 15; KuKo ZPO-SCHMID, Art. 99 N 5.

67 BGer 5A_360/2011 v. 25.01.2012, E. 3; BSK ZPO-RÜEGG, Art. 117 N 6.

68 Hierzu oben V. B.

69 BGer 4A_589/2013 v. 16.01.2014, E. 3.2; BGer 4A_242/2013 v. 05.12.2013, E. 2.1; BSK ZPO-RÜEGG, Art. 117 N 18; ZK ZPO-EMMEL, Art. 117 N 13.

70 OGer/ZH v. 13.08.2012, ZR 2012 225 ff., 225.

71 Hierzu im Einzelnen oben III. B.

72 Selbst die in der Praxis verwendeten Berechnungstabellen bzw. -schemen unterscheiden sich kaum; vgl. www.berechnungsblaetter.ch (besucht am 24.01.2014).

© Stämpfli Verlag AG Bern

Entscheids über das Gesuch (sog. Effektivitätsgrundsatz) abgestellt,[73] wogegen für das «erweiterte Existenzminimum» in zeitlicher Hinsicht die Zeitspanne des letzten Jahres vor Anhebung der Betreibung massgebend ist.[74] Ungeachtet dessen ist dem Schuldner auch im Bewilligungsverfahren das Recht auf unentgeltliche Prozessführung zuzuerkennen.[75]

G. Entscheid des Gerichts

1. Grundsätzliches

Das Bewilligungsverfahren wird entweder durch einen Nichteintretensentscheid (bei Fehlen einer Prozessvoraussetzung [z.B. bei Nichtleistung des auferlegten Kostenvorschusses]) oder durch einen Sachentscheid abgeschlossen.

Fällt das Gericht einen Sachentscheid, so beantwortet es damit nur die Frage, ob der Schuldner zwischenzeitlich, d.h. seit Abschluss des Konkursverfahrens, zu neuem Vermögen gekommen ist oder nicht. Gegen diesen – den Rechtsvorschlag bzw. die Einrede des mangelnden neuen Vermögens gutheissenden oder abweisenden – Entscheid, steht den Parteien grundsätzlich kein (kantonales) Rechtsmittel zur Verfügung (Art. 265a Abs. 1 SchKG). Die Ausnahme bildet allein die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte.[76]

2. Gutheissung des Rechtsvorschlags

Kommt das Gericht unter Würdigung aller Umstände zum Schluss, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit gegen das Vorliegen neuen Vermögens spricht, wird dem Schuldner der Rechtsvorschlag bewilligt.[77] Nach der Gutheissung des Rechtsvorschlags bleibt dem Gläubiger nur die Möglichkeit, binnen 20 Tagen nach Eröffnung des Entscheids, eine (positive) Feststellungsklage mit dem Begehren einzuleiten, es sei festzustellen, dass der Schuldner doch zu neuem Vermögen gekommen ist. In diesem Verfahren ändert die (bisherige) Parteirollenverteilung, da der Gläubiger nun als Kläger auftritt (Art. 265a Abs. 2 und 4 SchKG).[78]

---

[73] BGer 4A_148/2013 v. 20.06.2013, E. 4.1; ZK ZPO-EMMEL, Art. 117 N 5; BSK ZPO-RÜEGG, Art. 117 N 12.
[74] Hierzu oben III. A. 1.
[75] GUT/RAJOWER/SONNENMOSER, 535.
[76] BGer 5D_184/2013 v. 6.12.2013, E. 1; BGE 134 III 524 E.1.1.; im Ergebnis auch BSK SchKG II-HUBER, Art. 265a N 31.
[77] BSK SchKG II-HUBER, Art. 265a N 27; AMONN/WALTHER, § 48 Rz. 42.
[78] GASSER, 19.

© Stämpfli Verlag AG Bern

3. Abweisung des Rechtsvorschlags

Kommt das Gericht umgekehrt zum Schluss, dass der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist, verweigert es den Rechtsvorschlag.[79] In diesem Fall muss das Gericht zugleich den rechnerischen Umfang des neuen Vermögens feststellen; dieser Wert bildet dann die Höchstgrenze für welche die Fortsetzung der Betreibung verlangt werden kann (Art. 265a Abs. 3 SchKG). Sind die entsprechenden Voraussetzungen gegeben,[80] werden auch die rechtlich einem Dritten, wirtschaftlich jedoch dem Schuldner gehörenden Vermögenswerte zum neuen Vermögen hinzugerechnet und für pfändbar erklärt (Art. 265a Abs. 3 SchKG).

Nach der Abweisung des Rechtsvorschlags mangelnden neuen Vermögens kann der Schuldner binnen 20 Tagen nach Eröffnung des Entscheids eine (negative) Feststellungsklage erheben. Dies mit dem Begehren, es sei gerichtlich festzustellen, dass er nicht zu neuem Vermögen gekommen ist (Art. 265a Abs. 3 und 4 SchKG). In diesem Prozess bleibt die Parteirollenverteilung des Bewilligungsverfahrens bestehen.

VI. Zusammenfassung

Nach Abschluss des Konkursverfahrens über eine natürliche Person hängt eine neuerliche Zwangsvollstreckung gegen den ehemaligen Gemeinschuldner davon ab, dass dieser zu neuem Vermögen gekommen ist (Art. 265 Abs. 2 SchKG).

Die Regelung von Art. 265 SchKG dient primär der wirtschaftlichen und sozialen Erholung des Schuldners und wird als «Rechtswohltat» zu seinen Gunsten verstanden. Die Prüfung der Frage, ob der Schuldner seit Abschluss des Konkursverfahrens zu neuem Nettovermögen gekommen ist, hängt davon ab, dass dieser die Einrede mangelnden neuen Vermögens mittels Rechtsvorschlag ausdrücklich erklärt (Art. 265a Abs. 1 SchKG). Erhebt der Schuldner die Einrede mangelnden neuen Vermögens, hat das Betreibungsamt die Pflicht, den Rechtsvorschlag dem Gericht am Betreibungsort von Amtes wegen zur Beurteilung vorzulegen. An die Überweisung dieses Rechtsvorschlags schliesst nahtlos das Bewilligungsverfahren an. Hierbei handelt es sich um eine rein betreibungsrechtliche Streitigkeit, die im summarischen Verfahren behandelt wird (Art. 251 lit. d ZPO).

Im Rahmen des Bewilligungsverfahrens prüft das Gericht, ob der Schuldner tatsächlich zu neuem Vermögen gekommen ist. Den Schuldner trifft dabei die sog. «Dokumentierungslast», indem er dem Gericht die entsprechenden

---

79 AMONN/WALTHER, § 48 Rz. 42; BSK SchKG II-HUBER, Art. 265a N 28; KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 1424.

80 Hierzu oben III. A. 3.

© Stämpfli Verlag AG Bern

Unterlagen offen zu legen hat (z.B. Kontobelege, Steuererklärungen etc.). Der Streitwert im Bewilligungsverfahren richtet sich nach der Höhe der in Betreibung gesetzten Forderung. Die örtliche Zuständigkeit für das Bewilligungsverfahren bestimmt sich sowohl im Binnenverhältnis als auch im (euro)internationalen Verhältnis nach den Vorschriften des SchKG. Für die sachliche Zuständigkeit ist das kantonale Recht massgebend (Art. 122 Abs. 2 BV und Art. 3 f. ZPO).

Die in der Lehre und Praxis umstrittene Frage nach der Parteirollenverteilung im Bewilligungsverfahren hat das Bundesgericht im Urteil 5A_295/2013 vom 17.10.2013 beantwortet. Mit der Begründung, dass die Klägerrolle derjenigen Person zukomme, welche dem Gericht die Prüfung eines Rechtsanspruchs beantrage, wies das Bundesgericht dem Schuldner die gesuchstellende Rolle zu. Damit zusammenhängend trifft diesen auch eine allfällige Vorschusspflicht für die Gerichtskosten (Art. 98 ZPO). Diese bemessen sich anhand des Streitwerts nach den flexiblen und moderaten Rahmengebühren von Art. 48 GebV SchKG, welche den kantonalen Tarifen vorgehen. Die Leistung einer Prozesskaution ist von Gesetzes wegen ausgeschlossen (Art. 99 Abs. 3 lit. c ZPO). Der Schuldner hat für den Fall, dass er mittellos ist und das Bewilligungsverfahren nicht als aussichtslos erscheint, einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 117 ZPO.

Das Bewilligungsverfahren wird schliesslich durch einen Nichteintretens- oder einen Sachentscheid beendet; ein Rechtsmittel dagegen steht – mit Ausnahme der Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht – nicht zur Verfügung. Der Sachentscheid kann entweder auf Gutheissung oder auf Abweisung des Rechtsvorschlags mangelnden neuen Vermögens lauten. Bei Gutheissung wird dem Schuldner der Rechtsvorschlag bewilligt, und der Gläubiger kann nur gemäss Art. 265a Abs. 2 und 4 SchKG auf Feststellung des neuen Vermögens klagen. Im Vergleich zum Bewilligungsverfahren ändert in diesem Verfahren die Parteirollenverteilung. Bei Abweisung bleibt die (bisherige) Parteirollenverteilung hingegen erhalten. Dem Schuldner steht es frei, gerichtlich feststellen zu lassen, dass er nicht zu neuem Vermögen gekommen ist.

© Stämpfli Verlag AG Bern

VII. Literaturverzeichnis

ADAM PHILIPP, in: Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz (Hrsg.), Kommentar zur Gebührenverordnung zum SchKG, Wädenswil 2008 (zit. Komm. GebV SchKG-ADAM)

AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Auflage, Bern 2013

BAUMGARTNER RICO, Die Bildung neuen Vermögens gemäss Art. 265 Abs. 2 SchKG, Diss. ZH, Zürich 1988

CHEVALIER MARCO, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Zürcher Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. ZK ZPO-CHEVALIER)

EMMEL FRANK, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Zürcher Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. ZK ZPO-EMMEL)

FRITZSCHE HANS/WALDER HANS ULRICH, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, Zürich 1993

FÜRSTENBERGER BEAT, Einrede des mangelnden und Feststellung neuen Vermögens nach revidiertem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz – Unter besonderer Berücksichtigung der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft, Diss. BS, Basel 1999

GASSER DOMINIK, Nachlassverfahren, Insolvenzerklärung und Feststellung des neuen Vermögens nach rev. SchKG, ZBJV 1/1996, 1 ff.

GILLIÉRON PIERRE-ROBERT, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5. Auflage, Basel 2012

GÜNGERICH ANDREAS, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 150–352 ZPO und Art. 400–406 ZPO, Bd. II, Bern 2012 (zit. BK ZPO-GÜNGERICH)

GUT BEAT/RAJOWER FELIX/SONNENMOSER BRIGITTA, Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens – Unter besonderer Berücksichtigung der zürcherischen Praxis, AJP 1998, 529 ff.

HUBER UELI, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Auflage, Basel 2010 (zit. BSK SchKG II-HUBER)

© Stämpfli Verlag AG Bern

JAEGER CARL/WALDER HANS ULRICH/KULL THOMAS M./KOTTMANN MARTIN, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, Art. 159–292, 4. Auflage, Zürich 1997/99

JEANDIN NICOLAS, in: Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Basel 2005 (zit. CR SchKG-JEANDIN)

KILLIAS LAURENT, in: Anton K. Schnyder (Hrsg.), Kommentar, Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht, Zürich/St. Gallen 2011 (zit. DIKE LugÜ-KILLIAS)

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 3. Auflage, Bern 2009

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich/Basel/Genf 2012

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/WALDER HANS ULRICH, Kommentar zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen und Bundesgerichtspraxis, 18. Auflage, Zürich 2012 (zit. OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ/WALDER)

KUSTER MATTHIAS, Begriff und Bedeutung der wirtschaftlichen Berechtigung nach Art. 265 und 265a des revidierten SchKG, SJZ 1997 289 ff.

NÄF GUIDO, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar, Schuldbetreibung und Konkursgesetz, Basel 2009 (zit. KuKo SchKG-NÄF)

ROHNER THOMAS/LERCH MATTHIAS, in: Christian Oetiker/Thomas Weibel (Hrsg.), Basler Kommentar, Lugano-Übereinkommen, Basel 2011 (zit. BSK LugÜ-ROHNER/LERCH)

RÜEGG VIKTOR, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2013 (zit. BSK ZPO-RÜEGG)

SCHMID HANS, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2014 (zit. KuKo ZPO-SCHMID)

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Bern 2012

SPAHR CHRISTOPH, Prozessuales zum Bewilligungsverfahren nach Art. 265a SchKG am Beispiel des Kantons Thurgau, BlSchK 2004 121 ff.

© Stämpfli Verlag AG Bern

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht – Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013

STEIN-WIGGER MATTHIAS, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Zürcher Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. ZK ZPO-STEIN-WIGGER)

SUTER BENEDIKT A./VON HOLZEN CRISTINA, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Zürcher Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN)

SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012

URWYLER ADRIAN, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011 (zit. DIKE ZPO-URWYLER)

VOCK DOMINIK/MÜLLER DANIÈLE, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, Zürich/Basel/Genf 2012

© Stämpfli Verlag AG Bern

© Stämpfli Verlag AG Bern