

her ausgeschlossen, wie in Ehe- oder Statussachen, so kann das Gesuch der beklagten Partei nicht wegen Aussichtslosigkeit der Verteidigung abgelehnt werden (*Leuch/Marbach/Kellerhals*, Komm. zur bernischen ZPO, 4. Aufl., N. 3 lit. b zu Art. 77). Dagegen wäre näher zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die unentgeltliche Verbeiständung durch einen Anwalt gegeben sind. Dies steht vorliegend aber nicht zur Diskussion, weil die Beklagte ein solches Begehren gar nicht gestellt hat. Aufgrund dieser klaren Rechtslage konnte der Kantonsgerichtspräsident das Gesuch nicht ablehnen.

JuaK 19.9.1997

2.4 Schuldbetreibung und Konkurs

3304

Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens. Betreibung aufgrund eines Konkursverlustscheines nach den revidierten Bestimmungen des SchKG. Verfahren. Zur Frage der Feststellung neuen Vermögens (Art. 265a SchKG).

Aus den Erwägungen

1. Gemäss Art. 25 Ziff. 2 lit. d SchKG erlassen die Kantone die Bestimmungen über das summarische Prozessverfahren für den Entscheid über das Vorliegen neuen Vermögens. Im Kanton Appenzell Ausserrhoden kommen grundsätzlich die Bestimmungen über das summarische Verfahren vor dem Einzelrichter des Kantonsgerichtes zur Anwendung (Art. 221 ff. ZPO). Der Sachverhalt ist nicht von Amtes wegen abzuklären, d.h. ein Untersuchungsverfahren findet nicht statt (Art. 207 Ziffer 8 ZPO sieht ein solches für die 'Feststellung' neuen Vermögens vor, nicht aber für den 'Rechtsvorschlag im Verfahren auf Feststellung neuen Vermögens', eine sprachliche Unterscheidung, die aus den Art. 7 Ziffer 6 und Art. 8 Ziff. 8 lit. a ZPO folgt). Eine mündliche Verhandlung ist grundsätzlich nicht vorgesehen.

2. Bestreitet der Schuldner, zu neuem Vermögen gekommen zu sein, so hat er dies bei Verwirkungsfolge im Rechtsvorschlag ausdrücklich zu erklären (Art. 75 Abs. 2 SchKG). Das Betreibungsamt hat einen solchermassen begründeten Rechtsvorschlag von Amtes wegen dem Richter des Betreibungsortes vorzulegen (Art. 265a Abs. 1 SchKG). Der Richter bewilligt den Rechtsvorschlag betreffend neues Vermögen, wenn der Schuldner seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse darlegt und glaubhaft macht, dass er nicht zu neuem Vermögen gekommen ist (Art. 265a Abs. 2 SchKG). Der Rechtsvorschlag gegen die in Betreibung gesetzte Forderung wird damit in keiner Weise tangiert.

In diesem summarischen Bewilligungsverfahren trägt der Schuldner die Beweislast. Er hat dem Richter glaubhaft zu machen, dass kein neues Vermögen vorhanden ist. Dazu sind die finanziellen Verhältnisse vollständig und plausibel darzustellen (*Dominik Gasser, Nachlassverfahren, Insolvenzerklärung und Feststellung des neuen Vermögens in ZBJV 1996, Bd. 132, S. 18 ff.*)

Für die Glaubhaftmachung genügt es nicht, dass nur mehr oder minder glaubwürdig behauptet wird, sondern sie erfordert überdies objektive Anhaltspunkte, wenn diese auch nicht so bestimmt zu sein brauchen, wie dies zur Annahme eines vollen Beweises erforderlich wäre. Die Einrede des fehlenden neuen Vermögens ist mit anderen Worten nicht nur einfach glaubhaft zu machen, sondern zu substantiieren. Dies heisst, dass dem Richter Belege vorzulegen sind (*D. Gasser, a.a.O., S. 19*). Einzig auf die Aussagen des Gesuchstellers darf deshalb nicht abgestellt werden (vgl. die Rechtsprechung zur Auslegung des Begriffes 'Glaubhaftmachung' im Rahmen von Rechtsöffnungen, etwa *Panchaud/Caprez, Die Rechtsöffnung, Zürich 1980, § 26*).

Der Rechtsvorschlag darf bewilligt werden, wenn eine grössere Wahrscheinlichkeit für die Vermögenslosigkeit spricht (*D. Gasser, a.a.O., S. 19*).

3. Gemäss Art. 265 Abs. 2 SchKG kann auf Grund eines Konkursverlustscheins eine Betreibung nur angehoben werden, wenn der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist. Als neues Vermögen gelten auch Werte, über die der Schuldner wirtschaftlich verfügt.

a) Als neues Vermögen gilt nur das Nettovermögen eines Schuldners, d.h. der Überschuss der nach Beendigung des Konkurses neu erworbenen Aktiven über die neu entstanden und noch ungetilgten Schulden (Passiven) (BGE 109 III 94, 102 III 54, 99 Ia 19,

Amonn, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 3.A., S. 392).

Im vorliegenden Fall wurde der Konkurs über das Vermögen des Gesuchstellers am 5.7.1996 eröffnet und am 25.11.1996 abgeschlossen. Erst ab diesem Zeitpunkt konnte allenfalls neues Vermögen gebildet werden. Die Betreuung durch die Gesuchsgegnerin wurde am 11.3.1998 eingeleitet. Für die Berechnung des neuen Vermögens ist demnach der Zeitraum vom 26.11.1996 bis 11.3.1998 massgebend.

Der Gesuchsteller hat keinerlei quantitative Angaben und Belege betreffend Aktiven und Passiven eingereicht. Ein Aktiven-Passiven-Vergleich zum Zeitpunkt der Einleitung des Betreibungsverfahrens ist somit nicht möglich. Der Gesuchsteller hat lediglich pauschal behauptet, es reiche im Moment nicht für mehr, als dass er seine Familie ohne Sozialhilfe ernähren könne. Der Gesuchsteller hat demnach nicht rechtsgenügend glaubhaft gemacht, dass er nicht über einen Aktivenüberschuss zum fraglichen Zeitpunkt verfügt. Der Rechtsvorschlag ist deshalb schon aus diesem Grund nicht zu bewilligen.

b) Zu prüfen bleibt, ob der Gesuchsteller neue Aktiven hätte bilden können. Denn neues Vermögen wird bereits angenommen, wenn der Schuldner ein Einkommen erzielt, das ihm ohne weiteres erlauben würde, Vermögen zu bilden, oder wenn er über neu erworbene Vermögenswerte zumindest wirtschaftlich verfügen kann.

Als massgeblicher Zeitraum fällt das Jahr vor der Anhebung der Betreuung, das vom 11.3.1997 bis 11.3.1998 dauert, in Betracht (BGE 78 III 124; ZR 54 Nr. 164 und ZR 84 Nr. 58).

Nach Lehre und Rechtsprechung kann auch der Arbeitsverdienst neues Vermögen darstellen. Dieser bildet soweit neues Vermögen, als er das zur Führung eines standesgemässen Lebens Notwendige übersteigt und Ersparnisse zu machen erlaubt (BGE 79 I 115, 99 I 19; 109 III 94/95; Praxis 72 Nr. 293). Bei der Bestimmung des Einkommens sind alle Einkünfte zu berücksichtigen, unabhängig davon, ob sie aus freiwillig geleisteten Überstunden oder aus Nettoerwerbstätigkeit herrühren (R. Baumgartner, Die Bildung neuen Vermögens gemäss Art. 265 Abs. 2 SchKG, Diss. Zürich 1988, S. 61).

Bei der Frage, ob neues Vermögen hätte geschaffen werden können, ist auch die Einkommenssituation der Ehefrau des Gesuchstellers zu berücksichtigen. Gemäss Art. 159 Abs. 2 ZGB verpflichten sich die Ehegatten, gegenseitig das Wohl der Gemeinschaft in einträchtigem Zusammenwirken zu wahren. Die Ehegatten sorgen gemäss Art. 163 ZGB gemeinsam, ein jeder nach seinen Kräften, für

den gebührenden Unterhalt der Familie. Sie verständigen sich über den Beitrag, den jeder von ihnen leistet, namentlich durch Geldzahlungen. Geht der nicht betriebene Ehegatte neben dem Haushalt noch einer Teilzeitbeschäftigung nach oder arbeitet er ganztags, so rechtfertigt es sich, von ihm einen Beitrag an das Existenzminimum zu verlangen, der dem Verhältnis der Nettoeinkommen beider Ehegatten entspricht (vgl. *R. Baumgartner*, a.a.O., S. 72 und *Hausheer/Reusser/Geiser*, Kommentar zum Eherecht, Bern 1988, N. 67 zu Art. 163). (...)

c) Der Gesuchsteller hat für die fragliche Zeitperiode keine quantitativen Angaben und Belege über sein Einkommen und über ein allfälliges Einkommen seiner Ehefrau sowie über die Lebenskosten der Familie vorgelegt. Er hat lediglich behauptet, das Einkommen reiche gerade für die Ernährung seiner Familie. Eine Berechnung, ob eine Vermögensbildung möglich gewesen wäre, ist somit nicht durchführbar. Der Gesuchsteller hat demnach nicht rechtsgenüglich glaubhaft gemacht, dass er unter dem Gesichtspunkt von Einkommen und Lebenskosten nicht zu neuem Vermögen gekommen ist. Somit ist der Rechtsvorschlag auch aus diesem Grunde nicht zu bewilligen.

4. a) Bewilligt der Richter den Rechtsvorschlag nicht, so stellt er den Umfang des neuen Vermögens fest (Art. 265 a Abs. 3 SchKG).

b) Gemäss Erwägung 3 ist aufgrund fehlender Angaben eine Berechnung einer allfälligen Vermögensbildung nicht möglich.

c) Demnach bleibt zur Zeit keine andere Möglichkeit, als mindestens im Umfange des jetzt in Betreuung gesetzten Betrages (Fr. 6'000.--) festzustellen, dass der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist.

KGP 20.4.1998

3305

Betreibungsregister. Löschung nach den revidierten Bestimmungen des SchKG. Fall einer nichtigen Betreuung (Art. 8, 8a SchKG).

X., der früher auf dem Verhöramt tätig war, wurde für eine Forderung von Fr. 140'659.-- in Betreuung gesetzt. Als Forderungsgrund nannte