

schränkung anwendbar, als sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt. Insbesondere ist die Beschwerde gegen eine angeordnete Sicherheitsleistung kein ordentliches Rechtsmittel (vgl. unveröff. Entscheid der Justizaufsichtskommission vom 28.9.1992).

Gemäss Art. 280 Abs. 1 ZPO umfasst die Beschwerde an die Justizaufsichtskommission somit lediglich die Möglichkeit der Rüge von Rechtsverweigerung, Rechtsverzögerung oder Willkür bei der Ausübung der Rechtspflege.

JuaK 6.7.1993

3.2. Schuldbetreibung und Konkurs

3234

Rechtsöffnung. Die Fortsetzung der Betreibung setzt voraus, dass der Rechtsvorschlag **und** die Einrede mangelnden neuen Vermögens rechtskräftig beurteilt sind. Der Gläubiger hat die Wahl, wie er vorgehen will (Art. 265 Abs. 2 und 3 SchKG).

Der Schuldner hatte seinen Rechtsvorschlag mit dem Hinweis auf mangelndes neues Vermögen im Sinne von Art. 265 SchKG begründet. Damit wurde sowohl die Schuld bestritten als auch die Einrede erhoben, es sei kein neues Vermögen vorhanden (BGE 103 III 31). In diesem Falle kann die Betreibung nur fortgesetzt werden, wenn beide Rechtsvorkehren durch den jeweils zuständigen Richter abgewiesen worden sind. Die Frage, welches der beiden Verfahren zuerst durchzufechten ist, wird in Doktrin und Praxis unterschiedlich beantwortet. *Jaeger* (Bd. II, 1911, N. 6 zu Art. 265 SchKG) war schon vor Jahrzehnten der Ansicht, die Rechtsöffnung könne erst nach rechtskräftig festgestelltem neuem Vermögen gewährt werden. Gleicher Ansicht scheint heute *Amonn* zu sein (Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 5. Auflage, Bern 1993, § 48 N. 28). *Amonn* verweist zur Begründung seines Standpunktes u.a. auf BGE 109 III 9. In diesem von

Amonn zitierten Entscheid äussert sich das Bundesgericht differenziert zur Frage der Priorität der beiden Rechtsbehelfe. In einem staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren hat es nämlich ausgeführt, es sei wenigstens nicht willkürlich, wenn die Rekursinstanz einen Rechtsöffnungsentscheid deshalb aufhebe, weil das beschleunigte Verfahren über die Einrede des mangelnden neuen Vermögens nicht zuvor durchgeführt worden sei. *H. Wüst* (Die Geltendmachung der Konkursverlustforderung, Diss. Zürich 1981, S. 72 f.) schlägt vor, das Rechtsöffnungsverfahren sei bis zur rechtskräftigen Feststellung von neuem Vermögen zu sistieren. Im Kanton Appenzell A.Rh. besteht bisher keine Praxis zur Frage, ob ein Rechtsöffnungsbegehren vor der Feststellung von neuem Vermögen zulässig sei.

Zur Beantwortung dieser Frage ist von den Beschränkungen auszugehen, die Art. 265 SchKG der erneuten Vollstreckbarkeit der Verlustscheinsforderung entgegensetzt. Diese beiden Beschränkungen (Beurteilung der provisorischen Vollstreckbarkeit der Forderung, Einrede des fehlenden Vermögens) verhindern die Fortsetzung der Betreibung gleichermassen, müssen aber in verschiedenen Verfahren beseitigt werden (Rechtsöffnung im summarischen Verfahren; fehlendes neues Vermögen in einem vom Bundesrecht vorgeschriebenen beschleunigten Verfahren, Art. 25 SchKG). Die Fortsetzung der Betreibung kann erst verlangt werden, wenn beide Hindernisse beseitigt sind (BGE 103 III 35). Aufgrund dieser Rechtslage erscheint es nicht gerechtfertigt, die Beurteilung des Rechtsöffnungsgesuches an die Voraussetzung der vorherigen Feststellung neuen Vermögens zu knüpfen. Es kann dem Gläubiger überlassen bleiben, ob er zuerst das Rechtsöffnungsgesuch oder das Begehren um Feststellung neuen Vermögens oder beide Begehren gleichzeitig bei der jeweils zuständigen Instanz einreichen will. Die Betreibung kann einfach erst dann fortgesetzt werden, wenn der Rechtsvorschlag **und** der Einwand des fehlenden neuen Vermögens rechtskräftig beseitigt sind.

OGP 11.8.1993