

gesuch ausdrücklich eine solche verlangt hatte. Damit verletzte sie Art. 172 Ziff. 3 SchKG, weil sie das Konkursbegehren des Klägers als durch Zahlung erledigt von der Kontrolle abschrieb, bevor die Beklagte die Parteientschädigung des Klägers für das Konkursöffnungsverfahren bezahlt hatte (Urteil des Bundesgerichts 5A_86/2007 vom 3. September 2007 E. 2.6).

1.3. Die angefochtene Verfügung wäre daher aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zwecks Festlegung der im Konkursverfahren aufgelaufenen Parteikosten des Klägers und allfälliger Konkursöffnung bei Nichtleistung der Parteientschädigung durch die Beklagte innert Frist zurückzuweisen (Urteil des Bundesgerichts 5A_86/2007 vom 3. September 2007 E. 2.6). Indessen beantragte der Kläger dies lediglich eventualiter, d.h. für den Fall, dass sein Hauptbegehren abgewiesen wird. Dieses lautet auf Ergänzung der angefochtenen Verfügung durch eine Dispositiv-Ziffer, mit welchem ihm eine Parteientschädigung von mindestens Fr. 1'200.-- zugesprochen wird.

2 Art. 265a SchKG. Bewilligung des Rechtsvorschlags mangels neuen Vermögens.

Gegen den Entscheid des Gerichtspräsidenten gemäss Art. 265a Abs. 1 SchKG gibt es kein kantonales Rechtsmittel, auch dann nicht, wenn es sich um einen Prozessentscheid handelt.

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 4. Zivilkammer, vom 17. September 2008 i.S. S.L. gegen S.L.

Aus den Erwägungen

1. Erhebt der Schuldner Rechtsvorschlag mit der Begründung, er sei nicht zu neuem Vermögen gekommen, so legt das Betreibungsamt den Rechtsvorschlag dem Richter des Betreibungsorts vor (Art. 265a Abs. 1 Satz 1 SchKG). Dieser hört die Parteien an und entscheidet endgültig (Art. 265a Abs. 1 Satz 2 SchKG). Das bedeutet, dass von Bundesrechts wegen jegliche kantonalen Rechts-

mittel - ordentliche und ausserordentliche - ausgeschlossen sind (Urteil des Bundesgerichts 5A_695/2007 vom 18. April 2008 Erw. 1.2 und 1.3 mit Hinweisen; BGE 131 I 28, 126 III 112; Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8. Mai 1991, Bundesblatt 1991 III 159). Der Ausschluss kantonaler Rechtsmittel gegen den Entscheid über den Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens nach Art. 265a Abs. 1 bis 3 SchKG erfolgt im Hinblick darauf, dass den ordentlichen Prozessweg nach Art. 265a Abs. 4 SchKG beschreiten kann, wer mit dem Bewilligungsentscheid im summarischen Verfahren nicht einverstanden ist (Urteil des Bundesgerichts 5A_695/2007 vom 18. April 2008 Erw. 1.2 mit Hinweisen; BBl 1991 III 159). Der Ausschluss sämtlicher kantonaler Rechtsmittel beschneidet daher den Rechtsschutz der Parteien nicht, da diese das ordentliche Verfahren gemäss Art. 265a Abs. 4 SchKG einleiten können (Urteil des Bundesgerichts 5A_695/2007 vom 18. April 2008 Erw. 1.3 mit Hinweisen). Im Ergebnis dient die Klage auf Bestreitung oder Feststellung neuen Vermögens nach Art. 265a Abs. 4 SchKG somit als Rechtsbehelf zur Überprüfung des summarischen Entscheids über die Bewilligung des Rechtsvorschlags. Sie erfüllt im Verhältnis zum vorausgegangenen summarischen Entscheid über den Rechtsvorschlag die Funktion eines Rechtsmittels (Urteil des Bundesgerichts 5A_695/2007 vom 18. April 2008 Erw. 1.3 mit Hinweisen; BGE 131 I 29/30). Die zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht gegen einen summarischen Entscheid über den Rechtsvorschlag nach Art. 265a Abs. 1 bis 3 SchKG ist daher nur zulässig, wenn eine Rüge durch den Entscheid im ordentlichen Verfahren nach Art. 265a Abs. 4 SchKG nicht behandelt und ein allfälliger Mangel nicht behoben werden kann (Urteil des Bundesgerichts 5A_695/2007 vom 18. April 2008 Erw. 1.3 mit Hinweisen). In einigen Kantonen wird zwar ein kantonales Rechtsmittel gegen bestimmte Entscheide über den Rechtsvorschlag des Summarverfahrens zugelassen (Bauer, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband, Basel/Genf/München 2005, N 31 zu Art. 265a mit Hinweisen), doch ist das nicht Praxis im Kanton Aargau (AGVE 1997 Nr. 12 S. 54; Entscheid der 4. Zivilkammer des Obergerichts

vom 25. Oktober 2001 [ZSU.2001.315] Erw. 1). Insbesondere die von einigen Kantonen praktizierte Unterscheidung in Entscheide über das Vorhandensein der formellen Voraussetzungen für die Einrede des fehlenden neuen Vermögens, welche weiterziehbar sein sollen, und solche über das Vorhandensein neuen Vermögens, welche nicht weiterziehbar sein sollen, ist nach Auffassung des Obergerichts des Kantons Aargau nicht statthaft. Eine Beschwerde gemäss § 335 ZPO gegen den Entscheid des Gerichtspräsidenten gemäss Art. 265a Abs. 1 SchKG ist deshalb entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht gegeben, auch dann nicht, wenn es sich um einen Prozessentscheid handelt. § 21 EG SchKG i.V.m. § 20 lit. o EG SchKG ist bundesrechtswidrig und daher unbeachtlich. Auf die Beschwerde des Klägers ist folglich nicht einzutreten.

II. Zivilprozessrecht

A. Zivilprozessordnung

- 3 **§ 2 lit. c ZPO: Befangenheit des Richters wegen Vorbefassung**
Ein laufendes Präliminarverfahren, in welchem unter anderem über die Abänderung von Unterhaltsbeiträgen zu entscheiden ist, erscheint nicht mehr als hinreichend offen, wenn sich der Richter in einem anderen Verfahren derselben Parteien im Rahmen der Beurteilung eines zu leistenden Prozesskostenvorschusses bereits dahingehend geäußert hat, dass die Unterhaltsbeiträge im laufenden Präliminarverfahren massiv gekürzt würden.

Entscheid der Inspektionskommission vom 15. Dezember 2008 i.S. A.S gegen Gerichtspräsidium A. (IVV.2008.5)

Aus den Erwägungen

3.

Die Gesuchstellerin bzw. ihr Vertreter gründet den Verdacht der Befangenheit des Gesuchsgegners auf dessen Äusserungen im Urteil vom 21. November 2007. Damit habe der Gesuchsgegner zum Ausdruck gebracht, dass er über die Frage der Unterhaltsbeiträge im laufenden Verfahren bereits eine vorgefasste Meinung habe. Die Gesuchstellerin macht den Ausstandsgrund der Vorbefassung geltend.

3.1.

Gemäss § 2 lit. c ZPO hat ein Richter von Amtes wegen auch in den Ausstand zu treten, wenn er in einem früheren Zeitpunkt in richterlicher oder nichtrichterlicher Funktion mit der konkreten Streitsache schon einmal zu tun hatte (ALFRED BÜHLER / ANDREAS EDELMANN / ALBERT KILLER, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Aarau 1998, N 11 zu § 2 [zit. ZPO-Kommentar]). In einem solchen Fall sogenannter Vorbefassung stellt sich die Frage, ob sich ein Richter durch seine Mitwirkung an früheren Entscheidun-