

Art. 132 Abs. 1 ZPO, Nachfrist bei Mängeln. Falls der Partei kein Nachteil entsteht und auf das Rechtsmittel so oder so nicht eingetreten werden könnte, muss die Nachfrist nicht angesetzt werden. **Art. 108 ZPO, unnötige Kosten.** Der vollmachtlose Vertreter verursacht solche "unnötigen Kosten" (E. 4)

(Erwägungen des Obergerichts:)

1. Gabriela A. ist Betriebene in der Betreuung Nr. 28999 des Betreibungsamtes Meilen/Herrliberg/Erlenbach (Zahlungsbefehl vom 13. Januar 2012). Sie erhob Rechtsvorschlag mit der Bemerkung "kein neues Vermögen". Die im Sinne von Art. 265a Abs. 1 SchKG angerufene Einzelrichterin fand, dass sich der Rechtsvorschlag auch gegen die Forderung an sich richte und trat daher auf das Gesuch um Bewilligung des Rechtsvorschlages nicht ein (EB120035, Verfügung vom 9. Juli 2012). Ein dagegen erhobenes Rechtsmittel war erfolglos (RT120117/ I. Zivilkammer, Beschluss vom 8. August 2012: act. 5/18), ebenso die dagegen erhobene Beschwerde ans Bundesgericht (act. 5/20).

Die Einzelrichterin hatte angeordnet, Gabriela A. habe die Kosten in der Höhe von Fr. 500.-- zu tragen, und der Betrag werde mit dem geleisteten Kostenvorschuss in nämlicher Höhe verrechnet (act. 5/13). In der Folge teilte ihr die Kasse des Obergerichts (welche auch das Rechnungswesen und das Inkasso für alle Bezirksgerichte besorgt) mit, die Verbuchung eines solchen Vorschusses habe auf einem Irrtum beruht, tatsächlich sei *kein* Vorschuss geleistet worden (act. 5/15). Die Einzelrichterin teilte das Gabriela A. mit und stellte ihr anheim, sich innert sieben Tagen dazu zu äussern (Verfügung vom 25. Oktober 2012, act. 5/22). Diese Frist liess Gabriela A. ungenutzt verstreichen. Gegen diese Verfügung richtet sich die heute zu behandelnde (nach Ablauf der Frist zur Stellungnahme, aber innert der angesetzten zehn Tage erhobene) Beschwerde.

2. Johann A. legt der Beschwerde keine Vollmacht von Gabriela A. bei, dies im Widerspruch zu Art. 68 Abs. 3 ZPO, wonach sich ein Vertreter durch eine Vollmacht ausweisen muss. Auf den Punkt wurde er bereits mit dem Entscheid der I. Zivilkammer vom 8. August 2012 hingewiesen, und ein erneuter Hinweis ist darum entbehrlich.

In solchen Fällen kann der (formell ungenügend) vertretenen Partei Frist angesetzt werden, damit sie die Prozesshandlungen nachträglich genehmigen kann. Drohte Gabriela A. ein Nachteil, wäre das zu erwägen. Indessen könnte auf die Beschwerde auch nicht eingetreten werden, wenn sie genehmigt würde, und es ist daher auf Weiterungen zu verzichten.

3. Mit der angefochtenen Verfügung setzte die Einzelrichterin Gabriela A. Frist an, um sich zur Mitteilung der Gerichtskasse zu äussern, die Fr. 500.-- seien gar nie einbezahlt worden.

Die angefochtene Verfügung ist ein prozessleitender Entscheid. Er gibt Gabriela A. Gelegenheit zur Stellungnahme. Was daran für Gabriela A. aus rechtlicher Sicht ungünstig sein könnte, ist nicht zu erkennen. Sie hat offenkundig kein schützenswertes Interesse im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO daran, dass diese Verfügung aufgehoben wird, und daher wäre auf die Beschwerde ohnehin nicht einzutreten. Erst recht ist kein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil zu sehen (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO), und auch das führte zum Nichteintreten.

Gabriela A. hat die ihr angesetzte Frist ungenutzt verstreichen lassen, noch vor Johann A. die Beschwerde zur Post gab. Das kann ihr kein nachträgliches Interesse an der Beschwerde verschaffen, umso weniger, als sie mit einem Rechtsmittel gegen eine Änderung des Kostenentscheides die in der Beschwerde angetönten Argumente würde einbringen können. Dabei würden ihre beiden Haupt-Standpunkte nicht helfen:

Zum Einen ist das summarische Verfahren auf Bewilligung des Rechtsvorschlages keine Beschwerde gegen eine Handlung des Betreibungsamtes und daher nicht nach Art. 20a Ziff. 5 SchKG kostenfrei. Ob die Kosten gemäss der Praxis der Kammer (ZR 110/2011 Nr. 35) nach dem kantonalen Tarif festgesetzt werden, oder ob dafür die (nach der zitierten Auffassung der rechtlichen Grundlage ermangelnde) bundesrätliche Verordnung gilt: in beiden Fällen werden Kosten erhoben.

Zum Anderen: auch wenn die nachträgliche Abänderung des Kostensatzes mit guten Gründen in Frage gestellt werden kann, wäre ein solcher Entscheid keinesfalls nichtig, sondern er würde mangels frist- und formrichtiger Anfechtung gültig und vollstreckbar.

Auch die in der angefochtenen Verfügung angetönten Grundlagen für eine Änderung des Kostenspruches dürften nicht tragen: die eingehend referierten Voraussetzungen für eine *Erläuterung* liegen offensichtlich nicht vor - die Kostenaufgabe und die Verrechnung mit dem (nicht geleisteten) Vorschuss sind durchaus klar. Ob eine *Berichtigung* möglich ist, scheint zweifelhaft (vgl. zum Thema *OGer ZH PC110021* vom 15. Aug. 2011 und *LB120037/U2* vom 23. Aug. 2012; *BGer 5A_860/2010* vom 25. Aug. 2011), denn die Einzelrichterin nahm nicht die Mitteilung der Kasse unrichtig zur Kenntnis, sondern diese Mitteilung selbst war unrichtig.

Im Grunde steht eine *Wiedererwägung* zur Diskussion. Diese ist im Bereich der Justizverwaltung nach allgemeinen Grundsätzen einfacher möglich als im Zivilprozess. Der Kostenspruch wird unter der neuen Zivilprozessordnung zwar generell der Rechtsprechung zugeordnet, auch was die Kostenansätze betrifft, und das zeigt sich insbesondere im Rechtsmittel (es ist die zivilprozessuale Beschwerde zu erheben, und nicht wie früher eine Aufsichtsbeschwerde). Die Frage der Verrechnung mit einem geleisteten Kostenvorschuss ist dennoch der Justizverwaltung näher. Ein berechtigtes Vertrauen Gabriela A.s in die irrtümliche Mitteilung der Kasse, der Vorschuss sei geleistet worden, ist nicht zu sehen: sie selber muss am besten wissen, ob sie bezahlt hat oder nicht. Es läge auch ein der Revision verwandter Fall vor, da die Einzelrichterin ihren Entscheid aufgrund einer im Zeitpunkt ihrer Erstellung bereits unrichtigen Mitteilung über die Zahlung des Vorschusses traf (vgl. Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO). Endlich kann man sich fragen, ob die Anordnung der Verrechnung der auferlegten Kosten mit dem bezahlten Vorschuss nötig war. So steht es zwar in Art. 111 Abs. 1 ZPO. Das heisst aber nicht, dass das Gericht es im Dispositiv festlegen muss. Eine solche Anordnung ist nur dann unentbehrlich, wenn mit dem Vorschuss eines nicht Kostenpflichtigen verrechnet wird und diesem daher der Rückgriff eingeräumt

werden muss. Hätte die Einzelrichterin in der Verfügung vom 9. Juli 2012 auf Ziff. 5 des Dispositivs verzichtet und hätte die Gerichtskasse Gabriela A. zuerst mitgeteilt, ihre Schuld sei durch Verrechnung mit einem Vorschuss beglichen, bestünden keine Bedenken dagegen, dass die Kasse nach Entdeckung des Irrtums doch noch Rechnung gestellt hätte.

In der Sache ist heute nicht zu entscheiden. Wenn die Einzelrichterin im Sinne der vorstehenden Erwägungen vorgehen und die Sache nicht zum Vermeiden weiteren Aufwandes auf sich beruhen lassen will, dürfte sie zur Wahrung des Gehörs von Gabriela A. mit ihrem Entscheid zehn Tage über die Zustellung des heutigen Entscheides zuwarten müssen (vgl. *BGer 4A_273/2012* vom 30. Oktober 2012, E. 3.2).

4. Die Kosten des heutigen Beschlusses sind dem vollmachtlosen Vertreter Johann A. persönlich aufzuerlegen. Dem Beschwerdegegner entstand mit dem Rechtsmittel kein zu entschädigender Aufwand.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 250.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden Johann A. persönlich auferlegt.

Obergericht, II. Zivilkammer
Beschluss vom 19. November 2012
Geschäfts-Nr.: PF120059-O/U