

# **BGer 5A\_213/2023 vom 11. Mai 2023**

Bundesgericht, 2023-05-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_213\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_213_2023)

FR: TF 5A\_213/2023 du 11 mai 2023

IT: TF 5A\_213/2023 del 11 maggio 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Am 15. Dezember 2022 (Poststempel) beantragte die Beschwerdeführerin, ihr gegenüber der Beschwerdegegnerin in der Betreibung Nr. xxx des Betreibungsamtes Zürich 5 die definitive Rechtsöffnung für Fr. 50'149.-- zu erteilen. Mit Entscheid vom 20. Februar 2023 wies das Bezirksgericht Zürich das Rechtsöffnungsgesuch ab. Ebenso wies es das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege ab. Es auferlegte ihr die Gerichtskosten von Fr. 500.--.

Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin am 2. März 2023 Beschwerde an das Obergericht des Kantons Zürich. Sie ersuchte um aufschiebende Wirkung hinsichtlich der ihr auferlegten Gerichtsgebühren. Mit Verfügung vom 8. März 2023 wies das Obergericht das Gesuch der Beschwerdeführerin um aufschiebende Wirkung ab. Es setzte ihr zudem eine Frist zur Bezahlung eines Gerichtskostenvorschusses von Fr. 750.--.

Gegen diese Verfügung hat die Beschwerdeführerin am 16. März 2023 (Postaufgabe) "Beschwerde in Zivilsachen (inkl. Nichtigkeitsbeschwerde)" an das Bundesgericht erhoben. Mit separater Eingabe ersucht sie um unentgeltliche Rechtspflege. Mit Verfügung vom 20. März 2023 hat das Bundesgericht der Beschwerde superprovisorisch in dem Sinne die aufschiebende Wirkung erteilt, als die Frist zur Zahlung des Kostenvorschusses an das Obergericht abgenommen wurde. Im Sinne einer superprovisorischen Massnahme hat es die aufschiebende Wirkung hinsichtlich der Gerichtskosten des Bezirksgerichts erteilt. Das Bundesgericht hat die Akten beigezogen und es hat in der Sache und zum Gesuch um aufschiebende Wirkung bzw. vorsorgliche Massnahmen Stellungnahmen eingeholt. Die Beschwerdegegnerin hat auf Vernehmlassung verzichtet. Das Obergericht hat sich nicht vernehmen lassen. Am 3. April 2023 hat die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht ein an das Obergericht gerichtetes Schreiben zugestellt, in dem sie sich gegen eine Verfügung des Obergerichts vom 20. März 2023 im gleichen Verfahren wendet. Das Bundesgericht hat der Beschwerdeführerin am 20. April 2023 mitgeteilt, dass die Verfügung vom 20. März 2023 nicht Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens ist.

### **E. 2**

Die Eingabe der Beschwerdeführerin ist als Beschwerde in Zivilsachen zu behandeln (Art. 72 Abs. 2 lit. a, Art. 51 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Eine Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht gibt es nicht.

Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens ist einzig die obergerichtliche Verfügung vom 8. März 2023. Die Beschwerdeführerin wendet sich auch gegen den bezirksgerichtlichen Entscheid und stellt diesbezüglich Anträge. Der bezirksgerichtliche Entscheid kann jedoch nicht unmittelbar am Bundesgericht angefochten werden (Art. 75 BGG). Auf die den bezirksgerichtlichen Entscheid betreffenden Anträge und

Ausführungen ist nicht einzutreten.

Die angefochtene Verfügung betrifft zwei unterschiedliche Themen, nämlich einerseits die aufschiebende Wirkung hinsichtlich der bezirksgerichtlichen Kostenaufgabe, andererseits die Anordnung eines Kostenvorschusses für das obergerichtliche Beschwerdeverfahren. In beiden Punkten handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Die Beschwerde ist demnach nur unter den Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 lit. a oder lit. b BGG zulässig, d.h. wenn der Zwischenentscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (lit. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin fällt die Variante von lit. b nicht in Betracht. Die Beschwerdeführerin behauptet zwar, der bezirksgerichtliche Entscheid sei nichtig, womit sofort ein Endentscheid herbeigeführt werden könnte. Die von der Beschwerdeführerin behauptete Nichtigkeit des bezirksgerichtlichen Entscheids ist jedoch nicht Gegenstand der obergerichtlichen Verfügung vom 8. März 2023 und damit auch nicht (mittelbar) des vorliegenden bundesgerichtlichen Verfahrens. Die Berufung der Beschwerdeführerin auf die jederzeit und von Amtes wegen zu beachtende Nichtigkeit ändert am beschränkten Verfahrensgegenstand nichts (vgl. Urteil 5A\_900/2021 vom 23. Januar 2023 E. 4.2 mit Hinweisen). Ob die Beschwerde unter dem Gesichtspunkt von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG zulässig erscheint, ist nachfolgend gesondert für den Kostenvorschuss (E. 3) und die aufschiebende Wirkung (E. 4) zu prüfen.

### **E. 3.1**

In Bezug auf den eingeforderten Kostenvorschuss müsste die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG aufzeigen, dass sie finanziell nicht in der Lage ist, diesen zu leisten und ihr der in Betracht fallende Nachteil (Nichteintretensentscheid aufgrund Nichtbezahlung des Kostenvorschusses) in der Folge tatsächlich drohen könnte (BGE 142 III 798 E. 2). Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie sei aufgrund vorenthaltener IV-Taggelder mittellos und könne den Kostenvorschuss deshalb nicht leisten, womit ihr als nicht wieder gutzumachender Nachteil ein kompletter Rechtsverlust drohe. Unter dem Gesichtspunkt von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG kann demnach auf die Beschwerde insoweit eingetreten werden.

### **E. 3.2**

Inhaltlich macht die Beschwerdeführerin geltend, das Obergericht berufe sich auf Art. 98 und Art. 101 Abs. 1 und 3 ZPO. Beide Normen seien jedoch auf Beschwerden nicht anwendbar. In diesen Normen sei von der "klagenden Partei" bzw. von "Klage" und "Gesuch" die Rede, nicht aber von Beschwerden.

Der Einwand ist unbegründet. Zwar nennt Art. 98 ZPO die ein Rechtsmittel erhebende Partei nicht ausdrücklich als Person, von der ein Vorschuss verlangt werden kann, und Art. 101 Abs. 3 ZPO droht nicht ausdrücklich das Nichteintreten auf ein Rechtsmittel an, wenn der Vorschuss oder die Sicherheit nicht geleistet wird. Bereits in der bundesrätlichen Botschaft zur ZPO war jedoch festgehalten, dass zum Vorschuss auch diejenige Partei verpflichtet ist, die ein Rechtsmittel ergreift (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], BBl 2006 7293 Ziff. 5.8.1 zu Art. 96 des Entwurfs). Ebenso hielt die Botschaft fest, dass auf ein Rechtsmittel nicht einzutreten ist, wenn die Leistung auch nach Ablauf einer Nachfrist nicht erfolgt (Botschaft, a.a.O., 7295

Ziff. 5.8.1 zu Art. 99 des Entwurfs). Dass von der ein Rechtsmittel erhebenden Partei ein Vorschuss verlangt werden darf, entspricht der Gerichtspraxis und der herrschenden Lehre (URWYLER/GRÜTTER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, N. 3 zu Art. 98 ZPO ; RÜEGG/RÜEGG, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 4 zu Art. 98 ZPO ; DENIS TAPPY, in: Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2. Aufl. 2019, N. 14 zu Art. 98 ZPO ; SCHMID/JENT-SØRENSEN, in: Kurzkomentar ZPO, 3. Aufl. 2021, N. 4 zu Art. 98 ZPO ). Es wäre denn auch widersinnig, wenn vor der ersten Instanz ein Vorschuss erhoben werden könnte und dann wieder vor Bundesgericht ( Art. 62 Abs. 1 BGG ), nicht aber bei den dazwischen liegenden oberen kantonalen Gerichten, die als Rechtsmittelinstanzen urteilen. In ähnlicher Weise hat das Bundesgericht bereits präzisiert, dass Art. 99 ZPO (betreffend Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung) auch vor zweiter Instanz gilt, obschon auch in dieser Norm nur die "klagende Partei" als zahlungspflichtig genannt wird (Urteil 4A\_26/2013 vom 5. September 2013 E. 2).

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin macht am Rande geltend, der Kostenvorschuss sei ihr zur Zahlung auferlegt worden, obschon aufgrund ihres Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege beim Bezirksgericht klar gewesen sei, dass sie mittellos sei. Sie behauptet jedoch nicht, vor Obergericht ausdrücklich um unentgeltliche Rechtspflege ersucht zu haben, und zwar vor Erlass der Verfügung vom 8. März 2023. Dass sie vor Bezirksgericht um unentgeltliche Rechtspflege ersucht hatte, ist für das obergerichtliche Verfahren nicht von Belang, da die unentgeltliche Rechtspflege im Rechtsmittelverfahren neu zu beantragen ist ( Art. 119 Abs. 5 ZPO ). Im Übrigen hat das Obergericht sie in der angefochtenen Verfügung auf den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege unter den Voraussetzungen von Art. 117 ZPO hingewiesen.

### **E. 3.4**

Das Obergericht hat demnach kein Recht verletzt, wenn es von der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 98 ZPO und mangels eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss verlangt hat. Eine Verletzung der Rechtsweggarantie ( Art. 29a BV ) oder eine Rechtsverweigerung liegen nicht vor. Ebenso zielt der mit der angeblich unrechtmässigen Vorschusserhebung begründete Vorwurf ins Leere, das Obergericht bzw. die an der angefochtenen Verfügung beteiligten Gerichtspersonen seien weder unabhängig noch unparteiisch. Soweit die Beschwerdeführerin den Befangenheitsvorwurf am Rande auch damit begründet, dass sich das Obergericht über eine Usanz hinwegsetze, sonst nie Kostenvorschüsse zu verlangen, belegt sie die angebliche Usanz nicht.

### **E. 3.5**

Im Zusammenhang mit dem Kostenvorschuss macht die Beschwerdeführerin zudem geltend, der Verfügung vom 8. März 2023 sei keine QR-Rechnung beigelegt. Die Verfügung verlange eine Zahlung per E-Banking. Dadurch werde die Wahl der Zahlungsmöglichkeiten nach Art. 143 Abs. 3 ZPO unterlaufen. Der von ihr zitierte Wortlaut der Verfügung (Adressangaben der Obergerichtskasse, IBAN und Angabe des Zahlungszwecks) lässt jedoch nicht erkennen, dass nur eine Zahlung per E-Banking akzeptiert würde. Auch wenn das Obergericht allenfalls keine QR-Rechnung beigelegt hat, macht sie nicht geltend, dass sie das Obergericht vergeblich gebeten hätte, ihr noch eine

QR-Rechnung zuzustellen. Sie macht auch nicht geltend, dass sie nicht in der Lage wäre, mithilfe der auf der angefochtenen Verfügung enthaltenen Zahlungsangaben (IBAN etc.) selber eine QR-Rechnung zu erstellen.

### **E. 3.6**

In Bezug auf den Kostenvorschuss ist die Beschwerde demnach unbegründet, soweit auf sie eingetreten werden kann.

### **E. 4.1**

In Bezug auf das Gesuch um aufschiebende Wirkung hat das Obergericht erwogen, die Beschwerdeführerin habe zu seiner Begründung lediglich ausgeführt, die Gerichtskasse habe ihr für die Gerichtskosten bereits Rechnung gestellt. Die Beschwerdeführerin mache somit weder geltend noch glaubhaft, dass die Zahlung sie in ernstliche finanzielle Schwierigkeiten bringen würde oder eine allfällige Rückforderung ernstlich gefährdet wäre, weshalb das Gesuch abzuweisen sei.

### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin legt nicht ausdrücklich dar, weshalb in diesem Zusammenhang die Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG erfüllt sein sollen. Allerdings beruft sie sich auch im Zusammenhang mit den erstinstanzlichen Gerichtskosten, auf die sich die aufschiebende Wirkung beziehen soll, auf ihre Mittellosigkeit. Ob diese beiläufige Erwähnung den Begründungsanforderungen ( BGE 141 III 80 E. 1.2 mit Hinweis) genügt, kann dahingestellt bleiben. Beim Entscheid über die aufschiebende Wirkung geht es nämlich um eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG ( BGE 137 III 475 E. 2; 134 II 192 E. 1.5). Demnach kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden, wofür das strenge Rügeprinzip gilt ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 135 III 232 E. 1.2; 142 III 364 E. 2.4). Die Beschwerdeführerin setzt sich jedoch nicht mit der Begründung des Obergerichts auseinander und sie zeigt nicht auf, inwiefern diese gegen verfassungsmässige Rechte verstossen soll. Sie macht einzig geltend, aufgrund ihres Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege beim Bezirksgericht sei klar gewesen, dass sie mittellos sei. Sie legt jedoch nicht dar, inwiefern das Obergericht gegen verfassungsmässige Rechte verstossen haben soll, wenn es einzig auf die Ausführungen in der Beschwerde selber abgestellt hat und nicht auf ein Gesuch, das in einem anderen Zusammenhang an ein anderes Gericht gerichtet war und das zudem abgewiesen worden war.

### **E. 4.3**

In Bezug auf die aufschiebende Wirkung ist auf die Beschwerde demnach nicht einzutreten.

### **E. 5**

Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, dass das Obergericht nicht alle ihre Anträge erwähnt und behandelt habe. Insbesondere ist sie der Ansicht, die verlangte Feststellung der Nichtigkeit hätte als erstes überprüft werden müssen und bei einer entsprechenden Feststellung hätten sich die Kostenvorschussforderung und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung erübrigt. Sie wirft dem Obergericht unter anderem Rechtsverweigerung vor.

Es ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht hinreichend dargelegt, dass das Obergericht zu erkennen gegeben hätte, ihre weiteren Anträge nicht behandeln zu wollen. Dass die Behandlung von der Einforderung eines Kostenvorschusses

abhängig gemacht werden darf, wurde bereits aufgezeigt (oben E. 3). Dies betrifft auch den Nichtigkeitsvorwurf. Es gibt keinen Rechtssatz dahingehend, dass die Gerichte den Vorwurf der Nichtigkeit prüfen müssten, bevor sie einen Kostenvorschuss einholen.

#### **E. 6**

Die Beschwerde ist damit abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann. Damit werden die für das bundesgerichtliche Verfahren gestellten Gesuche um aufschiebende Wirkung und provisorische Massnahmen gegenstandslos.

#### **E. 7**

Es rechtfertigt sich ausnahmsweise, auf die Erhebung von Gerichtskosten zu verzichten ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren wird damit gegenstandslos.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.