

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PP110026-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-  
richtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

## Urteil vom 28. Februar 2012

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Beschwerdeführer

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

betreffend **Aufhebungsklage nach Art. 85a SchKG**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im vereinfachten  
Verfahren des Bezirkgerichtes Dielsdorf vom 14. September 2011; Proz.  
FV110032**

### Erwägungen:

1. Mit Eingabe vom 26. Juni 2011 verlangte der Kläger beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf (sinngemäss) die Aufhebung der vom Beklagten gegen ihn angehobenen Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C.\_\_\_\_\_ (act. 1). Da der Beklagte am 13. September 2011 die genannte Betreuung zurückgezogen hatte (act. 10), nahm die Vorinstanz mit Verfügung vom 14. September 2011 vom Rückzug Vormerk und schrieb das Verfahren als gegenstandslos ab. Weiter nahm sie den Parteien die Ladung für die auf den 19. September 2011 angesetzte Verhandlung ab. Schliesslich auferlegte sie die Entscheidgebühr von Fr. 750.-- dem Beklagten, bezog sie aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss und verpflichtete ersteren, dem Kläger die Gebühr vollumfänglich zu ersetzen und ihm eine Entschädigung von Fr. 400.-- zu bezahlen (act. 20).

2. Gegen diese Verfügung erhob der Kläger rechtzeitig Berufung. Zur Begründung führt er im Wesentlichen aus, faktisch werde er durch die Entscheidgebühr von Fr. 750.-- belastet. Dispositiv-Ziffer 5, wonach ihm der Beklagte die Gebühr zu ersetzen habe, sei bloss theoretischer Natur, da letzterer bekannt dafür sei, solchen Verfügungen der Gerichte nicht nachzukommen. Erst vor wenigen Tagen sei der Beklagte von einem ... [des Landes E.\_\_\_\_\_] Gericht wegen Betrugsdelikten zu einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren verurteilt worden. Es sei ihm (dem Kläger) deshalb nicht zuzumuten, auf den Ersatz der Kosten bis in alle Ewigkeit zu warten. Es reiche bereits, dass er auf die ihm zugesprochene Entschädigung vergebens werde warten müssen. Deshalb seien die Kosten ausschliesslich dem Beklagten aufzuerlegen (act. 18).

3. Der Kläger wehrt sich somit einzig gegen die Kostenregelung. Dabei bemängelt er weder die Kostenverteilung noch die Kostenaufgabe, sondern die Art und Weise des Inkassos (die Zivilprozessordnung spricht in Art. 111 von der Liquidation der Prozesskosten).

Die Vorinstanz gab als Rechtsmittel an sich zutreffend die Berufung an, da sich der Streitwert damals auf rund Fr. 12'000.-- belief (act. 1) und somit die für die Zulässigkeit der Berufung erforderliche Streitwertgrenze von Fr. 10'000.-- er-

reicht (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Wird nur ein Teil (sei es die Sache selbst oder eine andere Anordnung) eines berufungsfähigen Urteils angefochten, hat dies selbst dann grundsätzlich mit Berufung zu erfolgen, wenn sich der Streit um Geld dreht und eine Änderung um weniger als Fr. 10'000.-- beantragt wird. Für die Anfechtung einzig der Kostenregelung sieht das Gesetz jedoch ausschliesslich die Beschwerde vor und zwar unabhängig von der Höhe der beanstandeten Kosten (Art. 110 ZPO). Das als Berufung bezeichnete Rechtsmittel wurde deshalb als Beschwerde entgegen genommen und ist als solche zu behandeln.

4.a) Indem die vorinstanzliche Entscheidgebühr aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss bezogen wird und der Kläger selbst um deren Ersatz durch den Beklagten besorgt sein muss, riskiert er, weder seinen Vorschuss noch die ihm zugesprochene Prozessentschädigung zu erlangen. Durch diese Regelung ist er damit in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt und zur Beschwerde legitimiert.

b) Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Mit der Beanstandung des Kostenbezugs aus seinem Vorschuss rügt der Kläger die unrichtige Rechtsanwendung.

Die Aufhebungsklage nach Art. 85a SchKG weist eine Doppelnatur auf. Einerseits bezweckt sie als materiellrechtliche Klage die Feststellung der Nichtschuld bzw. der Stundung, andererseits hat sie auch betreibungsrechtliche Wirkung, indem der Richter mit ihrer Gutheissung die Betreibung aufhebt oder einstellt (BSK SchKG I-Bodmer/Bangert, 2. Aufl. 2010, Art. 85a N 3; BGer 4C.180/2005 vom 18. November 2005). Im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht gilt für alle gerichtlichen Inzidenzverfahren, ungeachtet der Rechtsnatur der Streitigkeit und der Verfahrensart, die Zivilprozessordnung (Art. 1 lit. a und c ZPO, Dominik Gasser, DIKE-Komm-ZPO, Art. 1 N 40 ff.). Deshalb kommt vorliegend auch deren Kostenrecht zur Anwendung. Art. 111 ZPO enthält eine konkrete Anweisung an das Gericht zum Bezug der Prozesskosten. Nach Abs. 1 behält das Gericht die Kostenvorschüsse der Parteien und verrechnet damit die Gerichtskosten unabhängig davon, welche Partei - die obsiegende oder die unterliegende - die betref-

fenden Vorschüsse bezahlt hat; ein allfälliger Fehlbetrag wird indes nur von der kostenpflichtigen Partei nachgefordert. Letztere hat der anderen Partei nebst der zugesprochenen Parteienschädigung auch die geleisteten Vorschüsse zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Diese Regelung überwälzt damit das Inkassorisiko, wie in der vorliegenden Beschwerde zu Recht moniert wird, auf den siegreichen Kläger. Dies ist aber vom Gesetzgeber bewusst so gewollt: So hält die Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung fest, im Zivilprozess würden rein private Streitigkeiten ausgetragen. Deshalb rechtfertigt es sich, dass die Parteien und nicht die öffentliche Hand das Risiko eines Ausfalls zu tragen haben (Botschaft ZPO S. 7299). Ferner ist darauf hinzuweisen, dass im Schuldbetreibungsverfahren ebenfalls der betreibende Gläubiger Vorschüsse zu leisten hat (Art. 68 SchKG). Die Vorinstanz brachte Art. 111 ZPO demzufolge korrekt zur Anwendung. Da diese Bestimmung dem Gericht kein Ermessen einräumt, kommt ein Abweichen nicht in Frage. Zu erwähnen bleibt, dass der Kläger gemäss seiner Rechtsmitteleingabe um den angeblich fehlenden Zahlungswillen des Beklagten wusste und das vorliegende Verfahren dennoch anstrebte.

Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

5. Ausgangsgemäss wird der Kläger für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dem Beklagten ist mangels erheblicher Umtriebe keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und Dispositiv-Ziffer 5 der Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirkgerichtes Dielsdorf vom 14. September 2011 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 180.-- festgesetzt und dem Kläger auferlegt.

3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage eines Doppels von act. 18, sowie - unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten - an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 750.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: