

## Keine Nachfristansetzung bei absichtlichen Unterlassungen

Art. 108, 132 ZPO

**Basiert ein Formmangel bei einer prozessualen Handlung einer Partei auf einem bewusst unzulässigen Verhalten, so stellt es keinen überspitzten Formalismus dar, von einer Nachfristansetzung abzusehen.** [126]

BGer 5D\_124/2016 vom 26. September 2016

Das Bezirksgericht Horgen hatte gegen A. definitive Rechtsöffnung erteilt mit dem Hinweis, dass die Parteien innert zehn Tagen eine Begründung des Urteils zu verlangen hätten, sofern sie Beschwerde erheben wollten.

B., der Ehemann von A., hatte als Vertreter von A. für sie eine Begründung verlangt. Das Bezirksgericht war nicht darauf eingetreten und hatte B. die Spruchgebühr auferlegt.

A. und B. hatten Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich erhoben mit der Begründung, dass die Vorinstanz eine Nachfrist i.S.v. Art. 132 Abs. 1 ZPO zur Einreichung der fehlenden Vollmacht hätte ansetzen müssen. Weiter hatten sie die Spruchgebühr angefochten. Das Obergericht hatte die Beschwerde abgewiesen, soweit es darauf eingetreten war.

A. und B. erhoben subsidiäre Verfassungsbeschwerde.

Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass, soweit B. das Nichteintreten bzw. die Verweigerung einer (nochmaligen) Nachfristansetzung im bezirksgerichtlichen Verfahren rüge, nicht auf die Beschwerde eingetreten werden könne. Eintreten sei allerdings auf das diesbezügliche Begehren von A.

Gemäss Art. 132 ZPO seien Mängel wie das Fehlen einer Vollmacht innert einer gerichtlichen Nachfrist zu verbessern. Obwohl das Gesetz nicht explizit zwischen beabsichtigtem und unbeabsichtigtem Unterlassen unterscheidet, setze die Ansetzung einer Nachfrist voraus, dass der Mangel auf ein Versehen und nicht auf ein bewusst unzulässiges Verhalten zurückzuführen sei. Ausgenommen von der Nachfristansetzung seien nämlich Fälle des offensichtlichen Rechtsmissbrauchs. Vorliegend stehe fest, dass B. dem Gesuch trotz seines Wissens um die Notwendigkeit einer Vollmacht absichtlich keine Vollmacht beigelegt habe. Auch A. habe um diesen prozessualen Mangel gewusst. A. sei bereits im erstinstanzlichen Verfahren (erfolglos) Frist gesetzt worden, um eine Vollmacht nachzureichen. Sie habe dies auch bereits aus einem früheren Verfahren gewusst und kein Hehl daraus gemacht, dass der Formmangel freiwillig herbeigeführt worden sei, um eine (erneute) Nachfrist zu bewirken. Ein solches Vorgehen sei rechtsmissbräuchlich und verdiene keinen Rechtsschutz. Die Verneinung eines Anspruchs auf (nochmalige) Nachfristansetzung halte daher

vor der Rüge des Willkürverbots stand und stelle auch keinen überspitzten Formalismus dar.

Hinsichtlich der B. auferlegten Gerichtsgebühr führte das Gericht aus, dass nur B. von dieser Entscheidung betroffen und A. mangels Beschwerde nicht zur Beschwerde legitimiert sei. Nach Art. 108 ZPO habe unnötige Prozesskosten zu bezahlen, wer sie verursache. Die Vorinstanz habe willkürfrei davon ausgehen dürfen, dass auch Dritte, die nicht Parteien des Prozesses waren, zur Bezahlung von Prozesskosten verpflichtet werden können. Das Gericht liess offen, ob dafür ein vorwerfbares Verhalten vorausgesetzt werde.

Das Bundesgericht wies daher die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

### Kommentar

Dem Entscheid ist zuzustimmen.

Art. 132 ZPO will überspitzten Formalismus verhindern und eine Möglichkeit bieten, heilbare Mängel innert Nachfrist zu verbessern (GASSER/RICKLI, ZPO Kurzkomentar, 2. Aufl., Art. 132 N 1).

Von Art. 132 ZPO erfasste Mängel sind unter anderem das Fehlen einer Unterschrift oder Vollmacht, das Fehlen von Beilagen, die Nichtverwendung der Amtssprache sowie unleserliche, ungebührliche, unverständliche oder weitschweifige Eingaben, aber auch gewisse inhaltliche Mängel, wie etwa ein offensichtlicher Irrtum bei der Bezeichnung des Titels einer den formellen Anforderungen im übrigen genügenden Rechtsschrift (BSK ZPO-GSCHWEND/BORNATICO, Art. 132 N 8 ff.; BGE 131 I 145 E. 2.1 = Pra 2006 Nr. 28; BGE 133 I 300 E. 1.2).

Im Wiederholungsfall oder auch bei offensichtlichem Rechtsmissbrauch, etwa wenn ein Anwalt eine bewusst mangelhafte Rechtsschrift einreicht, um so eine Nachfrist für die Begründung zu erwirken, kann auf eine Nachfristansetzung verzichtet werden (GASSER/RICKLI, a.a.O., Art. 132 N 4; BGE 142 I 10 E. 2.4.7; BGer 1P254/2005 30. August 2005, E. 2.5). Aus dieser Praxis, in welche sich BGer 5D\_124/2016 vom 26. September 2016 nahtlos einfügt, folgt, dass Bestimmungen, die überspitzten Formalismus verhindern sollen, nicht dazu missbraucht werden dürfen, sich prozessuale Vorteile, wie etwa Fristerstreckungen, zu erschleichen. Die Missbräuchlichkeit muss allerdings im Einzelfall klar erstellt sein, weil sich sonst der Schutz der Parteien vor überspitztem Formalismus in sein Gegenteil verkehren würde.