

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB140093-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

## Beschluss vom 17. Februar 2015

in Sachen

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

Klägerin und Berufungsklägerin

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

gegen

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

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 21. November 2014 (CG140117-L)**

### **Erwägungen:**

#### **I.**

1. Am 6. November 2014 reichte die Klägerin beim Bezirksgericht Zürich (Vorinstanz) eine begründete Klage über Fr. 82'080.-- nebst Zins und Betreuungskosten sowie Beseitigung des Rechtsvorschlags ein (Urk. 2). Beigelegt war die entsprechende Klagebewilligung des Friedensrichteramtes Stadt Zürich Kreise 7 + 8 vom 1. Juli 2014 (Urk. 1). Ohne weitere prozessuale Handlungen erliess die Vorinstanz am 21. November 2014 den Beschluss (Urk. 8 = Urk. 15):

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Eine Entschädigung an den Beklagten entfällt.
5. [Schriftliche Mitteilung]
6. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 30 Tage]

2. Hiergegen hat die Klägerin am 10. Dezember 2014 fristgerecht Berufung erhoben und stellt die Berufungsanträge (Urk. 14 S. 2):

"Der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 21. November 2014 (Prozess Nr. CG140117-L/U) sei aufzuheben, und die Sache sei an das Bezirksgericht Zürich zurückzuweisen;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

3. Die Klägerin hat den von ihr einverlangten Gerichtskostenvorschuss von Fr. 2'000.-- innert Frist geleistet (Urk. 19 und 20).

4. Am 30. Januar 2015 reichte der Beklagte fristgerecht (Urk. 21) die Berufungsantwort ein, mit dem Antrag auf kostenfällige Abweisung der Berufung (Urk. 22).

## II.

1. Auf die Berufung ist ohne weiteres einzutreten (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO, Art. 309 ZPO e contrario).

2. a) Die Vorinstanz erwog, die Frist zur Einreichung der Klagebewilligung sei am 3. November 2014 abgelaufen. Mangels einer gültigen Klagebewilligung gebreche es an einer Prozessvoraussetzung, weshalb auf die Klage nicht einzutreten sei (Urk. 15 S. 2).

b) Die Klägerin macht in ihrer Berufung, wie schon vor Vorinstanz (Urk. 2 S. 3), zusammengefasst geltend, sie habe die Klagebewilligung am 4. Juli 2014 in Empfang genommen. Die dreimonatige Frist zur Einreichung habe damit am 5. Juli 2014 zu laufen begonnen und wäre demnach am 5. Oktober 2014 abgelaufen. Vom 15. Juli 2014 bis 15. August 2014 sei die Frist jedoch stillgestanden, was einem Stillstand von 32 Tagen entspreche. Mit Hinzuzählung dieser 32 Tage ergebe sich als letzter Tag der Frist der 6. November 2014. Die Klagebewilligung sei somit bis an diesem Tag gültig gewesen und die Klage sei mithin rechtzeitig eingereicht worden (Urk. 14 S. 3 f.).

c) Der Beklagte macht in seiner Berufungsantwort im Wesentlichen geltend, die gemäss Art. 209 Abs. 3 ZPO fristauslösende "Eröffnung" sei vorliegend am Ende der Schlichtungsverhandlung vom 1. Juli 2014 mit der mündlichen und protokollierten Feststellung der Schlichtungsbehörde, dass keine Einigung zustande gekommen sei, erfolgt. Die Frist zur Einreichung der Klagebewilligung habe somit unter Berücksichtigung der Gerichtsferien am 3. November 2014 geendet und die Klage sei damit zu spät eingereicht worden (Urk. 22 S. 3 ff.).

3. Das Gesetz setzt der klagenden Partei eine Frist zur Einreichung der Klagebewilligung beim Gericht. Art. 209 Abs. 3 ZPO lautet:

Nach Eröffnung berechtigt die Klagebewilligung während dreier Monate zur Einreichung der Klage beim Gericht.

4. Der Beklagte hält, wie erwähnt, dafür, dass die Eröffnung im Sinne von Art. 209 Abs. 3 ZPO bereits im Zeitpunkt der Feststellung der Nichteinigung, und nicht erst im Zeitpunkt der Zustellung der Klagebewilligung, erfolgt sei. Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen. Während sich die Mehrheit der Lehre zu dieser Frage nicht konkret äussert (vgl. Honegger, in Sutter-Somm et. al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizer. Zivilprozessordnung, 2.A. 2013, N 9 f. zu Art. 209 ZPO; In-fanger, BS-Kommentar, 2.A. 2013, N 22 zu Art. 209 ZPO; Alvarez/Peter, BE-Kommentar, 2012, N 9 zu Art. 209 ZPO; Bohnet, in: Code de procédure civile commenté, N 14 zu Art. 209 ZPO), äussern sich andere Kommentatoren klar für einen Fristbeginn ab schriftlicher Aushändigung bzw. Zustellung (Gloor/Umbricht, in: Oberhammer [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, 2.A. 2013, N 8 zu Art. 209 ZPO [noch anders – Fristbeginn mit dem Datum der Klagebewilligung – in der Erstauflage]; Wyss, in: Baker&McKenzie [Hrsg.], Schweizer. Zivilprozessordnung, N 5 zu Art. 209 ZPO; Egli, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], ZPO-Kommentar, N 17 zu Art. 209 ZPO). Auch das Bundesgericht hat entschieden, die Frist beginne mit der "notification" (BGE 140 III 227 Erw. 3.1 mit Verweis auf BGE 138 III 615 Erw. 2.3), d.h. mit der Zustellung zu laufen. Vor diesem Zeitpunkt, d.h. vor Erhalt der Klagebewilligung, hat die klagende Partei tatsächlich auch gar keine Möglichkeit, die Klage innert Frist beim Gericht einzureichen.

5. a) Dass die Klagebewilligung der Klägerin am 4. Juli 2014 zugestellt wurde, ist nicht umstritten und belegt (Urk. 18/6). Die Klägerin hat diesen Empfangsbeleg zwar erst im Berufungsverfahren eingereicht, vor Vorinstanz hatte sie aber keine Veranlassung zur Einreichung, denn sie hatte nicht damit rechnen müssen, dass dieser Zeitpunkt umstritten sein würde (ohne Bestreitung durch den Beklagten war dies eigentlich auch nicht umstritten).

b) Nach dem Gesetz begann die Frist zur Einreichung der Klagebewilligung damit am Folgetag, d.h. am 5. Juli 2014 zu laufen (Art. 142 Abs. 1 ZPO) und endete drei Monate später am gleichen Monatsdatum, d.h. am 5. Oktober 2014 (Art. 142 Abs. 2 ZPO). Da diese Frist in der Zeit vom 15. Juli 2014 bis 15. August

2014 still stand (Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO; BGE 138 III 615), verlängerte sie sich um diese 32 Tage und endete somit am 6. November 2014.

6. a) Nun gibt es allerdings einzelne Lehrmeinungen, welche postulieren, dass Monatsfristen am selben Monatstag, der dem Tag des fristauslösenden Ereignisses (Eröffnung) entspreche, enden sollen (Hoffmann, in: Oberhammer [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2.A. 2013, N 6 f. zu Art. 142 ZPO; Weber, Monatsfristen nach ZPO, in: Jusletter 19.3.2012 ). Wenn dem so wäre, hätte vorliegend die Dreimonatsfrist grundsätzlich am 4. Oktober 2014 bzw. verlängert um die 32 Tage am 5. November 2014 geendet. Da diesfalls die Einreichung der Klagebewilligung am 6. November 2014 verspätet wäre, ist dies nachfolgend zu prüfen.

b) Hoffmann (a.a.O.) beruft sich für seine Ansicht auf Entscheide des EVG (BGE 25 V 37 Erw. 4; BGE 131 V 314 Erw. 4.6). Diese datieren jedoch aus den Jahren 1999 (BGE 125 V 37) und 2005 (BGE 131 V 314); sie können daher schon aus diesem Grund kaum für die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene ZPO herangezogen werden. BGE 125 V 37 verweist sodann auf BGE 103 V 157 Erw. 2a (von 1977); in diesem war Art. 20 Abs. 1 VwVG auszulegen, der jedoch keine dem Art. 142 Abs. 2 ZPO entsprechende Bestimmung für Monatsfristen enthält. Keiner dieser Entscheide (die letztlich auf BGE 103 V 157 beruhen) hat gegen das Gesetz argumentiert. Und die Argumentation von BGE 103 V 157 (Fristbeginn sei zwar der Folgetag der Zustellung, i.c. der 24.11.1976, 00:00 Uhr, der Monat sei aber nach "Kalenderzeit" zu berechnen, weshalb die Frist am 23.5.1977; 24:00 Uhr ablaufe, weil sonst der 24. des Monats zweimal gezählt würde) ist aufgrund der klaren Regelung in Art. 142 Abs. 2 ZPO (Ablauf am gleichen Monatstag wie Fristbeginn) seit deren Inkrafttreten (1.1.2011) obsolet. Die genannten höchstrichterlichen Entscheide, die auf allgemeine Grundsätze verweisen, sind daher als von der seitherigen ausdrücklichen Regelung von Art. 142 Abs. 1 und 2 ZPO überholt anzusehen.

c) Weber (a.a.O.) hält dafür, Art. 142 Abs. 1 und 2 ZPO würden zwei unterschiedliche Bereiche regeln und seien daher als je eigenständige Regelungen zu betrachten. Dass Absatz 1 und 2 von Art. 142 ZPO unterschiedliche Bereiche

regeln, ist ohne weiteres korrekt (vgl. schon die Marginalie): So regelt Absatz 1 den Beginn des Fristenlaufs und Absatz 2 dessen Dauer (und Absatz 3 den Fall, dass eine so berechnete Frist auf ein Wochenende etc. fällt). Dass die Vorschrift über den Beginn von Fristen dann jedoch für Monatsfristen nicht anwendbar sein soll, ist nicht einsichtig.

d) Weber (a.a.O.) argumentiert sodann, eine Anwendung nach dem Wortlaut würde dazu führen, dass für die Handlung eine Frist von n Monaten plus 1 Tag zur Verfügung stehe. Dass bei einer Berechnung gemäss Art. 142 Abs. 1 und 2 ZPO dem Fristbelasteten im Normalfall ein Tag mehr als ein ganzer Monat zur Verfügung stehen würde, stellt keinen Grund dar, von der klaren gesetzlichen Regelung abzuweichen. Ohnehin stimmt nicht in jedem Fall, dass mehr als ein Monat zur Verfügung stehen würde (vgl. den letzten Satz von Art. 142 Abs. 2 ZPO [Bsp.: Zustellung am 28./29./30. Januar führt nach Gesetz bei einer Einmonatsfrist zu einem Fristende am 28. Februar]). Und schliesslich sind gerade Monatsfristen eben nicht 30-Tage-Fristen (so würden an 7 von 12 Monaten pro Jahr – nämlich denjenigen, welche 31 Kalendertage enthalten – auch bei einer Berechnung nach Weber 31 Tage zur Verfügung stehen).

e) Weber (a.a.O.) und Hoffmann (a.a.O.) sind der Ansicht, eine Anwendung nach dem Wortlaut würde dem Europäischen Übereinkommen über die Berechnung von Fristen (EuFrÜb; SR 0.221.122.3) widersprechen. Gemäss Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 EuFrÜb endet eine Frist am gleichen Montagstag, wie sie zu laufen beginnt; dies ist exakt auch die Regelung von Art. 142 Abs. 2 ZPO. Das EuFrÜb definiert nach eigenem Bekunden (Ingress und Art. 1) die Berechnung von Fristen, definiert jedoch nicht, wann (am Zustellungstag oder am Tag danach) eine Frist zu laufen beginnt. Ein Widerspruch besteht somit nicht.

f) Weber (a.a.O.) argumentiert schliesslich, eine Anwendung nach dem Wortlaut würde dem materiellen Recht von Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR widersprechen. Dass die Regelungen nicht kongruent sind, ist korrekt. Allerdings rechtfertigt dies kein Abweichen vom klaren Wortlaut von Art. 142 Abs. 1 und 2 ZPO. Ob gemäss dem Grundsatz, dass späteres Recht früherem vorgeht, allenfalls die Aus-

legung von Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR zu überdenken wäre, braucht im vorliegenden Verfahren nicht geprüft zu werden.

g) Zusammenfassend gibt es keine triftigen Gründe, um vom klaren Gesetzeswortlaut von Art. 142 Abs. 1 und 2 ZPO abzuweichen (dass Wortlaut und Systematik an sich klar seien, wird auch von Weber und Oberhammer [je a.a.O.] eingeräumt), weshalb das Gesetz gemäss seinem Wortlaut anzuwenden ist. Dies entspricht im Übrigen auch der Mehrheit der Lehre (StaeHELIN, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizer. Zivilprozessordnung, 2.A. 2013, N 11 zu Art. 142 ZPO; Benn, BS-Kommentar, 2.A. 2013, N 17 zu Art. 142 ZPO; Frei, BE-Kommentar, 2012, N 12 zu Art. 142 ZPO; Merz, in: Brunner/Gasser/ Schwander [Hrsg.], ZPO-Kommentar, 2011, N 20 zu Art. 142 ZPO).

7. Bezogen auf den vorliegenden Fall bleibt es damit beim Fristende am 6. November 2014 für die Einreichung der Klagebewilligung vom 1. Juli 2014 (oben Erw. 5.b). Die Klägerin hat diese Frist durch Einreichung an ebendiesem 6. November 2014 gewahrt. Der vom Gegenteil ausgehende angefochtene Beschluss der Vorinstanz ist somit aufzuheben. Da der Prozess noch nicht spruchreif ist, kann die Berufungsinstanz keine Entscheidung in der Sache fällen, sondern ist die Sache zur Fortführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO).

### III.

1. Für das Berufungsverfahren beträgt der Streitwert Fr. 82'080.--. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 9 Abs. 2 und § 12 GebV OG auf Fr. 2'000.-- festzusetzen.

2. Bei einer Rückweisung kann die Verteilung der Prozesskosten der Vorinstanz überlassen werden (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Hierzu besteht vorliegend jedoch kein Anlass, denn die Frage der Fristwahrung wird im Berufungsverfahren abschliessend beurteilt (vgl. Jenny, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], a.a.O., N 11 zu Art. 104 ZPO). Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind daher aus-

gangsgemäss dem unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie sind allerdings vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO).

3. Demgemäss ist der Beklagte zu verpflichten, die Klägerin für die Kosten ihrer Rechtsvertretung im Berufungsverfahren zu entschädigen (Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO). Diese Entschädigung ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 10 Abs. 1 und 2 und § 13 AnwGebV auf Fr. 1'200.-- festzusetzen (ohne Mehrwertsteuer, da nicht verlangt; Urk. 14 S. 2).

### **Es wird beschlossen:**

1. Der Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 21. November 2014 wird aufgehoben und die Sache zur Fortführung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den geleisteten Vorschuss von Fr. 2'000.-- zu ersetzen.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.-- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von Urk. 22, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.  
Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die vorinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.
6. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 82'080.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 17. Februar 2015

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:  
mc