

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB180057-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichterin lic. iur. M. Stamm-  
bach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

## Urteil vom 19. Februar 2019

in Sachen

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

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X1. \_\_\_\_\_,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2. \_\_\_\_\_

gegen

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

Kläger und Berufungsbeklagter

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

betreffend **Forderung (Teilentscheid betr. Verjährung)**

**Berufung gegen ein Urteil der I. Abteilung des Bezirksgerichtes Bülach vom  
3. Oktober 2018; Proz. CG180005**

### Rechtsbegehren:

(act. 2)

"1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 50'000.00 zu bezahlen.

2. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 3. Oktober 2018:**

(act. 5 S. 5)

- "1. Die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
4. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen."

**Berufungsanträge:**

**der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 2 S. 2):**

- "1. Das vorinstanzliche Urteil sei vollumfänglich aufzuheben und die Sache zur Entscheidung über die Erfüllung der Prozessvoraussetzungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventualiter sei das vorinstanzliche Urteil vollumfänglich aufzuheben und die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
3. Subeventualiter sei das vorinstanzliche Urteil vollumfänglich aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung der Verjährungsfrage an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Klägers und/oder der Staatskasse."

**des Klägers und Berufungsbeklagten (act. 13):**

- "1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 03.10.2018 (Geschäfts-Nr.: CG180005-C/Z4) sei zu bestätigen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsklägerin."

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Mit Eingabe vom 13. März 2018 erhob der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) gegen die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) eine Forderungsklage über CH 50'000.00. Die Forderung steht im Zusammenhang mit einem Verkehrsunfall, den der Kläger am 10. Februar 2005 erlitten hat. Gleichzeitig ersuchte der Kläger um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 4/2). Mit Beschluss vom 21. März 2018 wurde die Prozessleitung delegiert und der Beklagten Frist zur Klageantwort angesetzt (act. 4/5). Von der Erhebung eines Kostenvorschusses gemäss Art. 98 ZPO wurde unter Berücksichtigung des nicht aussichtslos erscheinenden Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege einstweilen abgesehen (act. 4/5). Mit der Klageantwort vom 16. Mai 2018 beantragte die Beklagte, es sei auf die Klage nicht einzutreten, eventualiter sei diese abzuweisen. Sie erhob die Verjährungseinrede und verlangte, es sei der Kläger zu verpflichten, eine Sicherheit für die Parteientschädigung von einstweilen CHF 7'000.00 zu bezahlen und es sei das Verfahren vorerst auf die Frage der Verjährung zu beschränken (act. 4/12). Mit Verfügung vom 17. Mai 2018 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um zur Frage der Verjährungseinrede Stellung zu nehmen (act. 4/15). Dies tat er mit Eingabe vom 15. Juni 2018 (act. 4/17). Mit Verfügung vom 20. Juni 2018 wurde dem Kläger eine Frist zur Nachreichung der erforderlichen Unterlagen über seine persönlichen und finanziellen Verhältnisse in Serbien angesetzt. Mit der Begründung, dass im Falle der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege die klagende Partei von der Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung befreit sei, wurde dem Antrag der Beklagten auf Leistung einer Sicherheit vorläufig nicht entsprochen und der Beklagten wurde eine Frist zur freigestellten Replik zur Eingabe des Klägers vom 15. Juni 2018 (Stellungnahme zur Verjährungseinrede) angesetzt (act. 4/21). Die Replik erging mit Eingabe vom 2. August 2018 (act. 4/24 und 4/25) und wurde dem Kläger zugestellt (act. 4/26). Mit Eingabe vom 27. August 2018 nahm der klägerische Rechtsvertreter zur unentgeltlichen Rechtspflege Stellung (act. 4/28).

Am 3. Oktober 2018 erging der nunmehr angefochtene Teilentscheid der Vorinstanz, mit welchem die Verjährungseinrede der Beklagten abgewiesen wurde (act. 4/30 = act. 5). Der Entscheid wurde den Parteien am 10. Oktober 2018 zugestellt (act. 4/31).

2. Am 5. November 2018 erhob die Beklagte Berufung (act. 2). Sie stellt die eingangs erwähnten Rechtsbegehren. Mit Präsidialverfügung vom 13. November 2018 wurde der Beklagten Frist angesetzt zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses und es wurde die Prozessleitung delegiert (act. 6). Der Vorschuss ging fristgerecht ein (act. 10).

Mit einer Noveneingabe vom 15. November 2018 reichte die Beklagte alsdann die Verfügung der Vorinstanz vom 8. November 2018 nach, gemäss welcher das klägerische Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen und dem Kläger Frist zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses für das erstinstanzliche Verfahren angesetzt worden war (act. 8 und 9). Mit Verfügung vom 4. Dezember 2018 wurde dem Kläger Frist angesetzt zur Erstattung der Berufungsantwort (act. 11). Diese erging am 21. Januar 2019 (act. 14).

Mit einer Noveneingabe vom 28. Januar 2019 reichte die Beklagte den verfahrensabschliessenden Beschluss der Vorinstanz vom 16. Januar 2019 ein (act. 15). Demnach trat die Vorinstanz auf die Klage nicht ein, nachdem der Kläger auch innert Nachfrist den ihm auferlegten Prozesskostenvorschuss nicht bezahlt hatte (act. 16). Die Noveneingabe der Beklagten mit Beilage wurde dem Kläger am 30. Januar 2019 zugestellt (act. 17 und 18). Das Verfahren ist spruchreif. Ein Doppel der Berufungsantwort (act. 14) ist der Beklagten mit dem Endentscheid zuzustellen.

1. Der Entscheid des Bezirksgerichts Bülach vom 3. Oktober 2018 ist als Teilentscheid mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). Die Berufung erging rechtzeitig (act. 2 i.V.m. act. 31). Sie ist begründet und mit Anträgen versehen und wurde von der durch den Teilentscheid beschwerten Beklagten erhoben. Damit sind die Rechtsmittelvoraussetzungen erfüllt, dem Eintreten steht nichts entgegen.

2. Mit ihrer Eingabe vom 15. November 2018 (act. 8) reichte die Beklagte eine Verfügung der Vorinstanz vom 8. November 2018 ein, mit welcher das klägerische Begehren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen und der klagenden Partei eine Frist von 14 Tagen zur Zahlung eines Kostenvorschusses angesetzt worden war (act. 8 und 9). Diese Verfügung ging der Beklagten gemäss Eingangsstempel (act. 9) am 12. November 2018 zu. Die Eingabe ist im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO als Novum ohne weiteres zuzulassen. Gleiches gilt für die Noveneingabe vom 28. Januar 2019, mit welcher auf den vorinstanzlichen Verfahrensabschluss hingewiesen wird (act. 15 und 16).

3.1 Die Beklagte rügt in erster Linie, dass die Vorinstanz vor ihrem Entscheid über die etwaige Pflicht des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses und zur Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung über die materielle Frage der Verjährung entschieden hat. Sie habe damit Art. 59 Abs. 1 i.V.m. Art. 59 Abs. 2 lit. f und Art. 60 ZPO verletzt, und – da sie infolge des fehlenden Entscheides die Voraussetzungen für Art. 101 Abs. 3 ZPO nicht geschaffen habe – auch gegen diese Norm. Auch habe die Vorinstanz entgegen ihrer Ankündigung gemäss Beschluss vom 21. März 2018 gehandelt und damit gegen Art. 52 ZPO verstossen. Die Beklagte verlangt die Aufhebung des Entscheides und die Rückweisung der Sache zum Entscheid darüber, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt seien, was offensichtlich nicht der Fall sei. Die Berufungsinstanz könne darüber nicht entscheiden, weil schon der Umfang der Prozessvoraussetzungen von der Beurteilung des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege abhängt. Wenn das Gesuch ganz oder teilweise abgelehnt werde, müsste zunächst Frist für die Vorschuss- und die Sicherheitsleistung angesetzt werden (act. 2 S. 4 - 9). Der

Kläger geht davon aus, dass im Zeitpunkt des Urteils die Prozessvoraussetzungen gegeben waren (act. 14 S. 3).

3.2 Nach Eingang einer Klage prüft das Gericht von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind (Art. 60 ZPO). Zu den Prozessvoraussetzungen gehört auch die Leistung des Vorschusses und der Sicherheit für die Prozesskosten (Art. 59 Abs. 2 ZPO). Deren Bevorschussung und Sicherstellung ist in Art. 98 ZPO geregelt. Diese Bestimmung wiederum ist ausdrücklich als Kann-Vorschrift konzipiert. Die Vorschusspflicht ist damit nicht zwingend vorgeschrieben, sondern ins pflichtgemässe Ermessen des Gerichts gelegt, wobei die Erhebung des vollen Vorschusses die Regel und die Verfügung eines geringeren oder gar keines Kostenvorschusses die Ausnahme bildet (BGE 140 III 159 E. 4.2 mit zahlreichen Hinweisen auf das Schrifttum). Als Prozessvoraussetzung kommt die Vorschuss- wie auch die Sicherheitsleistungspflicht somit nur in Betracht, wenn eine solche Vorschuss- und Sicherheitsleistungspflicht gerichtlich angeordnet ist. Ebendies war vorliegend im Zeitpunkt des angefochtenen Teilurteils (noch) nicht der Fall: Nach Eingang der Klage wurde im Beschluss vom 21. März 2018 einstweilen auf die Erhebung eines Vorschusses verzichtet. Dies, nachdem der Kläger ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt hatte (act. 5). In der Verfügung vom 20. Juni 2018 entschied die Vorinstanz sodann, dass dem von der Beklagten mit der Klageantwort gestellten Antrag auf Sicherstellung der Parteientschädigung mit Blick auf eben dieses Gesuch vorläufig nicht entsprochen werde (act. 21 Dispositiv Ziff. 2). Im Zeitpunkt des Teilurteils, am 3. Oktober 2018, bestand somit keine Vorschusspflicht des Klägers und der Antrag auf Sicherstellung der Parteientschädigung war vorläufig abgewiesen. Die Vorinstanz hat hierüber zwar nicht endgültig, aber jedenfalls vorläufig entschieden und durfte somit in jenem Zeitpunkt die materielle Beurteilung weder von der Leistung eines Vorschusses noch von der Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung abhängig machen. Eine Verletzung von Art. 59, 60 oder 101 ZPO ist nicht ersichtlich. Selbst wenn ein Vorschuss erhoben worden wäre, hätte im Übrigen keine bundesrechtliche Verpflichtung des Gerichts bestanden, mit der Fortsetzung des Verfahrens zuzuwarten. Vielmehr steht es auch dann im pflichtge-

mässen Ermessen des Gerichts zu entscheiden, ob im Sinne der Verfahrensbeschleunigung Frist zur Klageantwort anzusetzen ist (BGE 140 III 159 E. 4.2).

4.1 Die Beklagte macht weiter eine Verletzung von Art. 52 ZPO geltend und geht davon aus, die Vorinstanz habe gegen Treu und Glauben gehandelt, weil sie entgegen den Erwägungen im Beschluss vom 21. März 2018, wonach über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nach Eingang der Klageantwort zu befinden sei (act. 5 S. 2), eben nicht nach Eingang der Klageantwort entschieden habe.

4.2 Dass die Beurteilung des Gesuchs als nächster Prozessschritt nach Eingang der Klageantwort folgen müsse, kann zwar aus dem besagten Beschluss so nicht abgeleitet werden. Die Beklagte könnte einen solchen Anspruch auch nicht ohne weiteres erheben, da die Prozessleitung im Laufe des Verfahrens durchaus Veränderungen unterliegen kann und im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts steht.

Auch der Entscheid über ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist ein prozessleitender Entscheid. Er ergeht in aller Regel bevor das Gericht über die Klage urteilt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Beurteilung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege zusammen mit dem Endentscheid bzw. im Rahmen der Kostenregelung in denjenigen Fällen nicht zu beanstanden, in denen keine weiteren Vorkehren des Rechtsvertreters erforderlich sind. Wenn der Rechtsvertreter nach Einreichung des Gesuchs gehalten ist, weitere Verfahrensschritte zu unternehmen, ist es aber unabdingbar, dass die Behörden über das Gesuch umgehend entscheiden, damit Klient und Rechtsvertreter sich über das finanzielle Verfahrensrisiko Klarheit verschaffen können. Im Hinblick auf das aus Art. 29 Abs. 1 BV abgeleitete Fairnessgebot folgt daher aus dem verfassungsrechtlichen Rechtspflegeanspruch nach Art. 29 Abs. 3 BV, dass über ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege entschieden wird, bevor der Gesuchsteller weitere, Kosten verursachende prozessuale Schritte unternimmt (BGer 4A\_20/2011 vom 11. April 2011, E. 7.2.2; BGer 1P.345/2004 vom 1. Oktober 2004, E. 4.3; EMMEL, ZK ZPO, 3.A., Art. 119 N 14).

4.3 Vorliegend steht fest, dass am gleichen Tag, als die Klageantwort bei der Vorinstanz einging, dem Kläger Frist angesetzt wurde, um zur Verjährungseinrede der Beklagten Stellung zu nehmen (act. 15). Der Kläger beanstandete die Fristansetzung nicht. Obwohl über sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege noch nicht entschieden war, nahm er weitere Aufwendungen in Kauf und erstattete die Stellungnahme am 15. Juni 2018 (act. 17). Die Beklagte ihrerseits verlangte in der Folge bei der Vorinstanz eine Fristansetzung für den Fall, dass das Gericht ihre Ansicht bezüglich der Verjährung nicht teile (act. 20). Diese Frist wurde ihr mit Verfügung vom 20. Juni 2018 alsdann angesetzt (act. 21). Nachdem die Beklagte zuvor mit der Klageantwort ein Gesuch um Sicherstellung der Parteientschädigung gestellt und damit ihrer Befürchtung Ausdruck gegeben hatte, bei Obsiegen eine Parteientschädigung beim Kläger nicht erhältlich machen zu können, durfte auch sie grundsätzlich erwarten, dass über die unentgeltliche Rechtspflege und als Folge davon auch über die Frage der Sicherheitsleistungspflicht entschieden werde, bevor auch nur ein Teilentscheid in der Sache erging. Mit ihrem prozessualen Antrag in der Klageantwort hätte sie überdies zum Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege angehört werden müssen (Art. 119 Abs. 3 ZPO), so wie auch der Kläger sich zum Gesuch um Sicherstellung im Rahmen des rechtlichen Gehörs äussern können muss.

Die Beklagte durfte aufgrund ihres Antrages auf Sicherheitsleistung Anspruch darauf erheben, dass über die unentgeltliche Rechtspflege und gegebenenfalls über die Sicherheitsleistung entschieden würde, *bevor* ein materieller (Teil-)Entscheid in der Sache erging. Dies ist nicht erfolgt. Die Berufung erweist sich in ihrem Hauptantrag deshalb als begründet; das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 3. Oktober 2018 ist daher aufzuheben. Da die Vorinstanz zwischenzeitlich über das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen entschieden hat und auf die Klage nicht eingetreten ist, hat es damit sein Bewenden.

### III.

Ausgangsgemäss wird der Kläger, der ausdrücklich die Abweisung der Berufung beantragt, für das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Der Streitwert in der Hauptsache beträgt Fr. 50'000.--. Sowohl der vorinstanz-

liche Teilentscheid wie auch das Berufungsverfahren hatten nur Teilfragen, insbesondere formeller Natur, zum Gegenstand. Es rechtfertigt sich daher die Entscheidunggebühr auf Fr. 1'000.-- und die Parteientschädigung auf Fr. 2'000.-- festzusetzen (§ 4 und § 12 Abs. 1 und 2 der Gerichtsgebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 sowie § 4 und § 13 Abs. 1 und 4 der Anwaltsgebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010). Die Entscheidunggebühr ist aus dem von der Beklagten geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen und der Kläger ist zu verpflichten, ihr diesen zu erstatten.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Bezirksgericht Bülach (I. Abteilung) vom 3. Oktober 2018 aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 1'000.-- festgesetzt und aus dem von der Beklagten und Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger und Berufungsbeklagten auferlegt. Er wird verpflichtet, der Beklagten und Berufungsklägerin den von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu erstatten.
4. Der Kläger und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Beklagten und Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.-- zuzüglich 7,7% Mehrwertsteuer von Fr. 154.--, total Fr. 2'154.-- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte und Berufungsklägerin unter Beilage eines Doppels von act. 14, sowie an das Bezirksgericht Bülach (I. Abteilung) und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 50'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende::

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: