

Art. 101 Abs. 3 ZPO, Nachfrist; Art. 144 Abs. 2 ZPO, Erstreckung einer Frist.
Wenn erst im Laufe der Nachfrist zur Zahlung des Kostenvorschusses ein Gesuch um uP (oder ein Gesuch um Wiedererwägung, oder um Ratenzahlung) gestellt und dieses nach Ablauf der Frist abgewiesen wird, gewährt das Gericht eine sehr kurze letzte Erstreckung.

Der Beklagte wurde vom Einzelrichter zur Räumung und zum Verlassen seiner Wohnung verurteilt.

(Erwägungen des Obergerichts:)

1. Mit Eingabe vom 3. März 2011 (Poststempel) reichte der Berufungskläger bei der II. Zivilkammer rechtzeitig Berufung gegen die Verfügung des Audienzrichteramtes des Bezirkes Zürich vom 28. Januar 2011 ein (act. 40a und act. 44).

2. Mit Verfügung vom 18. März 2011 setzte die II. Zivilkammer dem Berufungskläger eine Frist von 10 Tagen an, um für die Gerichtskosten einen Vorschuss von Fr. 5'600.– zu leisten (act. 46). Die Frist von 10 Tagen wurde am 1. April 2011 auf Ersuchen des Berufungsklägers bis zum 11. April 2011 letztmals erstreckt (act. 48).

3. Mit Eingabe vom 7. April 2011 (Poststempel) stellten die Berufungsbeklagten folgenden prozessualen Antrag (act. 50):

- "1. Es sei der Berufungskläger zu verpflichten, eine Sicherheit für Parteientschädigung in der Höhe von CHF 14'260.– zu leisten;
2. Die Frist zur Leistung der Sicherheit für Parteientschädigung sei auf 5 Tage festzusetzen und die Nachfrist (Art. 101 Abs. 3 ZPO) sei auf 5 Tage zu beschränken."

4. Am Tage des Ablaufs der Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses stellte der Berufungskläger folgendes Gesuch (act. 52):

- "1. Es sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Rechtspflege im umfassenden Sinne gemäss Art. 118 Abs. 1 lit. a-c ZPO zu gewähren; eventualiter sei die

unentgeltliche Rechtspflege lediglich im Sinne von Art. 118 Abs. 1 lit. a ZPO (Befreiung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen) zu gewähren.

2. Sollte dem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht stattgegeben werden, so sei dem Berufungskläger die Möglichkeit zu gewähren, den Vorschuss von insgesamt CHF 5'600.00 in 6 monatlichen Raten, beginnend ab 01.05.2011 (4 x CHF 900 und 2x CHF 1'000.00) zu bezahlen.
3. Die Frist zur Leistung der Prozesskaution von CHF 5'600.00 sei bis zum Entscheid über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auszusetzen; eventualiter noch einmal um 20 Tage zu verlängern."

5. Mit Beschluss vom 25. Mai 2011 wurde das Gesuch des Berufungsklägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit des Rechtsmittels abgewiesen. Dem Berufungskläger wurde ausserdem eine einmalige Nachfrist von 5 Tagen angesetzt, um den Kostenvorschuss zu leisten, sowie eine Frist von 10 Tagen, um zum Gesuch der Berufungsbeklagten um Sicherheitsleistung Stellung zu nehmen (act. 55).

6. Der Berufungskläger bezahlte den Kostenvorschuss innert der ihm angesetzten Nachfrist (act. 61). Die Frist von 10 Tagen für die Stellungnahme zum Gesuch um Sicherheitsleistung wurde auf Ersuchen des Berufungsklägers bis zum 27. Juni 2011 letztmals erstreckt (act. 59). Innert Frist reichte der Berufungskläger die Stellungnahme ein (act. 64).

7. Mit Beschluss vom 1. Juli 2011 wurde dem Berufungskläger eine Frist von 10 Tagen angesetzt, um eine Sicherheit für die Entschädigung der Gegenpartei in der Höhe von Fr. 14'260.– zu leisten (act. 66).

8. Der Berufungskläger focht den Beschluss des Obergerichts vom 25. Mai 2011 (Ablehnung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege) beim Bundesgericht an (act. 68).

9. Auf Antrag wurde dem Berufungskläger die Frist zur Leistung der Sicherheit von Fr. 14'260.– mit Verfügung vom 11. Juli 2011 einmalig um 5 Tage erstreckt (act. 72).

10. Der Berufungskläger focht auch den Beschluss des Obergerichts vom 1. Juli 2011 (Fristansetzung zur Leistung einer Sicherheit von Fr. 14'260.–) beim Bundesgericht an. Dieses erteilte der Beschwerde mit Verfügung vom 29. Juli 2011 die aufschiebende Wirkung (act. 76).

11. Mit Urteil vom 5. Oktober 2011 trat das Bundesgericht auf die gegen die Beschlüsse vom 25. Mai 2011 und vom 1. Juli 2011 erhobenen Beschwerden nicht ein (act. 83), womit die angefochtenen Beschlüsse des Obergerichts in Rechtskraft erwachsen und die vom Bundesgericht erteilte aufschiebende Wirkung entfiel.

12. In Anwendung von Art. 101 Abs. 3 ZPO wurde dem Berufungskläger mit Verfügung vom 13. Oktober 2011 eine Nachfrist von 5 Tagen zur Leistung der Sicherheit von Fr. 14'260.– angesetzt (act. 85).

13. Am letzten Tag dieser Nachfrist (act. 86 und act. 87) leistete der Berufungskläger einen Teilbetrag von Fr. 4'000.– für die ihm auferlegte Sicherheit von Fr. 14'260.– (act. 88 und act. 89) und beantragte, es sei ihm nach Bezahlung dieser Fr. 4'000.– eine weitere Sicherheitsleistung zu erlassen, eventualiter sei ihm die Möglichkeit einzuräumen, mit monatlichen Ratenzahlungen von Fr. 4'000.– per Ende November 2011, weiteren Fr. 4'000.– bis Ende Dezember 2011 sowie Fr. 2'260.– per 20. Januar 2012 den Gesamtbetrag zu bezahlen, subeventualiter sei ihm eine letzte Notfrist bis zum 1. November 2011 zu gewähren zur Restzahlung der Sicherheitsleistung (act. 87).

14. a) Der Berufungskläger begründet seinen Antrag um Ratenzahlung bzw. Gewährung einer Notfrist damit, dass ihm mit Beschluss vom 1. Juli 2011 – in welchem er zur Zahlung einer Sicherheitsleistung verpflichtet worden war – nicht angedroht worden sei, dass bei Nichtzahlung nicht auf die Berufung eingetreten werde (act. 87 S. 2). Diesem Einwand ist zu entgegnen, dass die

Säumnisfolgen erst dann anzudrohen sind, wenn sie auch wirklich drohen (Art. 147 Abs. 3 ZPO). Einer ersten Fristansetzung gemäss Art. 101 Abs. 1 ZPO folgt zwingend eine Nachfristansetzung (Art. 101 Abs. 3 ZPO), weshalb mit jener noch keine Säumnisfolgen angedroht werden müssen. Erst wenn die Sicherheit auch innert der Nachfrist nicht geleistet wird, tritt das Gericht auf die Klage oder das Gesuch nicht ein (Art. 101 Abs. 3 ZPO). Damit werden auch die Säumnisfolgen gemäss ständiger Praxis der Kammer erst mit der Nachfristansetzung angedroht.

b) In seiner Begründung bringt der Berufungskläger (sinngemäss) Gründe vor, weshalb sein Rechtsmittel doch nicht aussichtslos sein soll. Das Obergericht habe in seinem Beschluss vom 25. Mai 2011 einen Mietzins von Fr. 13'800.– zugrunde gelegt, obwohl es sich bei Fr. 2'500.– von diesen insgesamt Fr. 13'800.– nicht um Mietzinsen, sondern um Nebenkosten gehandelt habe (act. 87 S. 2 f.). Darauf ist nicht einzugehen. Das Obergericht hat sich mit der Frage der Aussichtslosigkeit im Zusammenhang mit dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege bereits auseinander gesetzt (vgl. vorstehende Ziff. 11), und das Bundesgericht hat im Entscheid vom 5. Oktober 2011 (act. 83) namentlich zum Einwand des Berufungsklägers, es gehe nicht um Fr. 13'800.– monatliche Mietzinsen, sondern um Fr. 11'300.– Mietzinsen und um Fr. 2'500.– Nebenkosten, Stellung genommen und diesen Einwand als nicht nachvollziehbar verworfen (E. 4.2). Die Höhe der zu leistenden Sicherheit steht nach der erfolglosen Anrufung des Bundesgerichts nicht (mehr) zur Diskussion.

c) Für das Gesuch um Fristerstreckung ist die Aussichtslosigkeit bzw. der Erfolg eines Rechtsmittels sodann nicht von Belang. Erstreckungen sind davon abgesehen nur zurückhaltend zu gewähren (vgl. *OGer ZH*, NP110002 vom 27. September 2011 E. 3c). Der Berufungskläger wusste bereits seit Erhalt des Beschlusses vom 1. Juli 2011 – mithin seit mehr als drei Monaten –, dass er bei Unterliegen vor Bundesgericht definitiv zur Leistung einer Sicherheit in der Höhe von Fr. 14'260.– verpflichtet werden würde. Weshalb ihm während dieser langen Dauer nicht möglich war, das nötige Geld aufzutreiben, resp. weshalb ihm dies innert der neu verlangten Erstreckung (und eine Bewilligung für Ratenzahlungen

ist nichts Anderes als eine spezielle Art der Erstreckung) nun doch möglich sein solle, legt der Berufungskläger nicht dar.

15. a) Es ist demnach weder der Betrag der Sicherheit herabzusetzen noch besteht an sich Grund für eine Fristerstreckung. Die Nachfrist ist mittlerweile abgelaufen. In dieser Situation käme an sich das sofortige Nichteintreten auf die Berufung in Frage, denn der anwaltlich vertretene Berufungskläger durfte nicht damit rechnen, dass seinen Anträgen gefolgt werden würde. In langjähriger Praxis hat sich aber als feste Regel eingebürgert, dass in solchen Fällen eine ganz kurze (Not-)Frist angesetzt wird. Anders wäre es nur, wenn das Verhalten des Berufungsklägers und/oder seines Anwaltes offenbar rechtsmissbräuchlich wäre (Art. 52 ZPO, Art. 2 ZGB). Wenn ihr Verhalten auch in diese Richtung geht, kann das (noch) nicht angenommen werden.

b) In dieser Situation ist dem Berufungskläger eine kurze letzte Fristerstreckung einzuräumen. Unschön dabei ist, dass er damit insgesamt mehr Zeit zur Verfügung hat als subeventuell verlangt. Das lässt sich aber nicht vermeiden. Eine weitere Gewährung einer Notfrist, einer Fristerstreckung oder Ratenzahlung ist ausgeschlossen.

Es wird beschlossen:

1. Die Anträge des Berufungsklägers auf Herabsetzung der Sicherheit und auf Fristerstreckung werden im Sinne der Erwägungen abgewiesen.
2. Dem Berufungskläger wird die Frist zur Leistung der Sicherheit gemäss Verfügung vom 13. Oktober 2011 letztmals erstreckt bis 3 Tage nach Zustellung dieses Beschlusses. Die übrigen Bestimmungen der genannten Verfügung bleiben bestehen.
3. (...)

Obergericht, II. Zivilkammer
(Zwischen-)Beschluss vom 1. November 2011
Geschäfts-Nr.: LF110021-O/Z06.doc