

Art. 101 Abs. 3 ZPO, Voraussetzung für die Nachfrist. *Die Nachfrist darf erst angesetzt werden, wenn die Partei mit der ersten Frist säumig ist - und das ist sie nicht, wenn sie rechtzeitig und in guten Treuen eine Erstreckung verlangt hat.*

Das Mietgericht setzte dem Kläger eine zehntägige Frist zur Leistung eines Vorschusses für die mutmasslichen Gerichtskosten an. Die Frist wurde auf Gesuch hin erstreckt. Das am 19. November 2018 erneut gestellte Fristerstreckungsgesuch mit der Bitte um Erstreckung wies die Vorinstanz ab und setzte dem Kläger für die Leistung des Kostenvorschusses eine Nachfrist von fünf Tagen an, unter der Androhung des Nichteintretens auf die Klage bei Säumnis. Der Kläger leistete den Kostenvorschuss in der Folge nicht. Mit Beschluss vom 13. Dezember 2018 trat die Vorinstanz auf das Verfahren nicht ein. Dagegen erhebt der Kläger Berufung, welche gutgeheissen wird.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

4.1.1. Der von der Vorinstanz erlassene Beschluss vom 25. Oktober 2018 mit Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Kostenvorschusses sowie Festsetzung dessen Höhe blieb unangefochten. Nach einmalig gewährter Fristerstreckung bis zum 19. November 2018 zur Leistung des Vorschusses lehnte die Vorinstanz das zweite, am 19. November 2018 gestellte und am 20. November 2018 beim Gericht eingegangene Fristerstreckungsgesuch (...) ab. Dies mit der Begründung, die vorgebrachten Umstände, gestützt auf welche eine Vorschussleistung innert Frist nicht möglich sei (namentlich der schlechte Gesundheitszustand des Klägers und u.a. in diesem Zusammenhang anstehende Spitalaufenthalte etc.), seien zum einen nicht objektiv belegt, zum andern sei nicht nachvollziehbar, weshalb es dem Kläger gestützt darauf nicht möglich sein solle, den wenig arbeits- und zeitintensiven Aufwand, einen Kostenvorschuss zu leisten, zu erbringen. Die Vorinstanz sah eine zweite Fristerstreckung unter diesen Umständen als nicht gerechtfertigt an und setzte dem Kläger mit Verfügung vom 21. November 2018 eine Nachfrist im Sinne von Art. 101 Abs. 3 ZPO zur Leistung des Vorschusses an, unter dem Hinweis, bei Säumnis werde auf die Klage nicht eingetreten. Nach unbenutztem Ablauf der Nachfrist trat sie auf das Verfahren in Anwendung von Art. 101 Abs. 3 ZPO nicht ein.

4.1.2. Der Kläger stellt in seiner Berufung nicht in Abrede, den Kostenvorschuss nicht innert Frist geleistet zu haben. Er erklärt aber im Hinblick auf das vorinstanzliche Nichteintreten, sein Gesundheitszustand – er sei schwer an Krebs erkrankt und befinde sich im Endstadium der Krankheit – habe es ihm nicht erlaubt, den Kostenvorschuss rechtzeitig zu leisten. Die Vorinstanz sei über seinen Gesundheitszustand bestens informiert gewesen und habe nicht ohne eine weitere Fristerstreckung zu gewähren beschliessen dürfen, auf die Klage werde nicht eingetreten.

4.2. Bei der Frist um Leistung eines Kostenvorschusses handelt es sich um eine gerichtliche Frist, welche gestützt auf Art. 144 Abs. 2 ZPO aus zureichenden Gründen erstreckt werden kann, wenn das Gericht vor Fristablauf darum ersucht wird. Die ersuchende Partei darf davon ausgehen, dass ein innert Frist gestelltes Gesuch behandelt und selbst im Falle der Abweisung desselben eine kurze Nachfrist angesetzt wird, die Frist mithin nicht infolge des abgewiesenen Erstreckungsersuchens als unbenutzt abgelaufen gilt. Davon kann nur abgesehen werden, wenn das Gesuch trölerisch ist, konkrete Anzeichen dafür bestehen, dass die Nachfrist ohnehin nicht genutzt würde oder wenn das Gesuch um Fristerstreckung in dem Sinne nicht als ernsthaft betrachtet werden kann, weil die Fristerstreckung auf jeden Fall ausgeschlossen ist (vgl. BGer 5A_280/2018 vom 21. September 2018, E. 4.2.; BGer 5A_75/2011 vom 26. Mai 2011, E. 2; vgl. auch z.B. OGer ZH PF140019 vom 15. Juli 2014, E. 2.2; MERZ, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016; Art. 144 N 13 m.w.H.).

4.3. Hier wurde dem Kläger eine erste Fristerstreckung gewährt, und dies nicht unter dem Hinweis, die Frist werde "letztmals" erstreckt (wobei auch dies dem Ansetzen einer Nachfrist nicht entgegenstünde, vgl. BGer 1C_171/2012 vom 13. Juni 2012, E. 2). Der Kläger, welcher sein erneutes Gesuch am letzten Tag und daher noch innerhalb der erstreckten Frist zuhanden des Gerichts einreichte, durfte im Sinne des oben Dargelegten davon ausgehen, ihm würde im Falle einer Ablehnung eine kurze Nachfrist gewährt, weshalb er die Prozesshandlung nicht vorzunehmen hatte. Dies hätte die Vorinstanz im Rahmen der Abweisung des Fristerstreckungsgesuchs denn auch tun müssen. So war zum Zeitpunkt des

Fristerstreckungsgesuchs weder ersichtlich, der Kläger werde eine Nachfrist nicht nutzen, noch erschien das Gesuch des Klägers um erneute Fristerstreckung trölerisch oder von Anfang an aussichtslos.

Zu betonen ist an dieser Stelle, dass diese Form der Nachfrist nicht gleichzusetzen ist mit der in Art. 101 Abs. 3 ZPO normierten Nachfrist. Eine solche kommt erst zum Zug, wenn die Frist zur Leistung des Vorschusses effektiv verpasst worden ist (vgl. auch BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, 3. Aufl. 2017, Art. 101 N 2; URWYLER/GRÜTTER, DIKE-Komm-ZPO, a.a.O., Art. 101 N 5), was hier wie gezeigt nicht der Fall war. Die Nachfrist im Sinne von Art. 101 Abs. 3 ZPO wäre von der Vorinstanz erst nach unbenutztem Ablauf einer (kurzen) Nachfrist anzusetzen gewesen, und nicht schon im Rahmen der Abweisung des zweiten Fristerstreckungsgesuchs. Dass die gesetzlich zwingende Nachfrist die Verfahren oft verkompliziert und verlängert, geht auf die Entscheidung des Gesetzgebers zurück und darf von den Gerichten nicht "korrigiert" werden.

Entsprechend schrieb die Vorinstanz das Verfahren infolge Nichtbezahlung des Kostenvorschusses zu Unrecht ab. Statt nach Abweisung des zweiten Fristerstreckungsgesuchs gleich eine Nachfrist im Sinne von Art. 101 Abs. 3 ZPO unter Hinweis auf die Säumnisfolgen anzusetzen, hätte die Vorinstanz eine kurze weitere (Nach-)Frist anzusetzen gehabt unter Hinweis, dass bei unbenutztem Ablauf derselben die Ansetzung einer Nachfrist im Sinne von Art. 101 Abs. 3 ZPO mit Säumnisfolgen erfolge. Und statt das Verfahren nach unbenutztem Ablauf der Frist abzuschreiben, hätte die Vorinstanz die Nachfrist (...) anzusetzen gehabt.

4.4. Die vorinstanzlich mit Präsidialverfügung vom 21. November 2018 angesetzte Nachfrist ist nach dem Gesagten in eine infolge des Fristerstreckungsgesuchs nach guten Treuen gebotene weitere kurze (Nach-)Frist ohne Säumnisfolgen umzudeuten. Nachdem diese Frist unbenutzt verstrichen ist, wird die Vorinstanz dem Kläger eine Nachfrist im Sinne von Art. 101 Abs. 3 ZPO anzusetzen haben, unter Hinweis auf die Säumnisfolgen, namentlich das Nichteintreten auf die Klage bei Nichtleistung innert Frist. Der vorinstanzliche Entscheid ist in diesem Sinne aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur weiteren Durchführung des Verfahrens zurückzuweisen.

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 5. März 2019
Geschäfts-Nr.: NG190005 -O/U