

**Art. 101 Abs. 3 ZPO, Nachfrist für den Vorschuss. Art. 144 Abs. 2 ZPO, Fristerstreckung/Ratenzahlung.**

*Eine Fristerstreckung oder Bewilligung von Ratenzahlungen hebt den Anspruch des Säumigen auf Ansetzen der Nachfrist nicht auf. Zweckmässige Formulierung der Bewilligung von Ratenzahlungen (Erw. 3c).*

Der Kläger wird von Staat und Stadt Zürich (den Beklagten) für ausstehende Steuern von rund Fr. 11'500.-- betrieben. Mit Klage vom 17. April 2011 beantragte er die Feststellung im Sinne von Art. 85a SchKG, dass die betriebene Schuld nicht bestehe.

Der zuständige Einzelrichter setzte dem Kläger Frist an zur Leistung des Kostenvorschusses im Sinne von Art. 98 ZPO. Auf Begehren des Klägers bewilligte er diesem die Zahlung des Vorschusses in Raten. Mit Verfügung vom 30. Juni 2011 trat er auf die Klage nicht ein mit der Begründung, der Kläger sei mit der ersten Rate säumig geblieben. Dagegen richtet sich die Berufung.

(aus den Erwägungen:)

2. Die Berufungsschrift wurde zu Händen des Obergerichts am 17. August 2011 der Post übergeben. Ob das rechtzeitig war - also innert der dreissig Tage von Art. 311 ZPO -, bestimmt sich in erster Linie danach, wann der angefochtene Entscheid dem Kläger zugestellt wurde.

Die Kanzlei des Einzelrichters gab das Urteil, adressiert an die vom Kläger angegebene Zustelladresse, am Freitag 1. Juli 2011 zur Post. Die Sendung wurde von der Bestimmungspoststelle am Montag 4. Juli 2011 zur Abholung gemeldet. Nachdem sie innert sieben Tagen nicht abgeholt worden war, ging sie ans Bezirksgericht zurück. Der Kläger wusste selbstredend vom Verfahren und musste daher mit einer Zustellung durch das Gericht rechnen. Damit gilt die Sendung als am siebten Tag nach der Avisierung, also am Montag 11. Juli 2011, dem Kläger zugestellt (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Die dreissig Tage von Art. 311 ZPO verlängerten sich um die Gerichtsferien, welche im Sommer vom 15. Juli bis und mit 15. August dauern (Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO), und liefen daher bis zum 12. September 2011. Die Berufung wurde also auf jeden Fall rechtzeitig eingereicht.

Es bleibt in dieser Situation ohne Bedeutung, dass die Kanzlei des Einzelrichters, offenbar noch gefangen in alten Mustern, das Urteil ein zweites Mal per Gerichtsurkunde spedierte, nachdem die erste Sendung als "nicht abgeholt" retourniert worden war. Das wäre nach altem Verfahrensrecht richtig gewesen (§ 187 Abs. 1 in Verbindung mit § 179 Abs. 1 GVG/ZH - wenn nicht anzunehmen gewesen wäre, der Kläger habe die Zustellung schuldhaft verhindert im Sinne von § 179 Abs. 2 GVG/ZH). Nach neuem Recht sind solche zweiten Versuche nicht mehr vorgesehen, wenn der Adressat um das Verfahren wusste. Sie sind nicht nur unnötig, sondern unrichtig: Wenn nämlich einer Partei - wie hier - eine (zweite) Zustellung zugeht, welche einen Entscheid mit Rechtsmittelbelehrung enthält, wonach die Frist für das Rechtsmittel "ab Zustellung" laufe, darf sie sich nach Treu und Glauben auf diese verlassen, obschon die Rechtsmittelfrist richtigerweise wie vorstehend dargestellt ab dem siebten Tag nach dem erfolglosen (ersten!) Zustellversuch zu rechnen wäre.

Auf die Berufung ist also unter dem Aspekt der Frist jedenfalls einzutreten.

Der Kläger ersucht um eine Erstreckung der Frist, um seine Berufung ergänzend zu begründen, da er kurz vor den Ferien keinen Anwalt finden können. Das ist gesetzlich ausgeschlossen, da die Frist zum Erheben und Begründen eines Rechtsmittels eine gesetzliche ist (Art. 311 und 321 ZPO), welche nicht erstreckt werden darf (Art. 144 Abs. 1 ZPO).

Auf einen Kostenvorschuss für das Berufungsverfahren wurde umständehalber verzichtet.

Die Berufung wurde den Berufungsbeklagten zur Beantwortung zugestellt; ihre Bemerkungen datieren vom 19. September 2011.

3. In der Sache geht es darum, ob der Einzelrichter wegen Säumnis des Klägers mit der Leistung des Kostenvorschusses einen Nichteintretens-Entscheid fällen durfte.

Das Gericht "kann" einen Vorschuss für seine Kosten verlangen (Art. 98 ZPO), was impliziert, dass es auch darauf verzichten darf. Entscheidet es sich

aber dafür, bildet die fristgerechte Leistung des Vorschusses eine so genannte Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO). Wird die verlangte Zahlung nicht fristgerecht geleistet, tritt das Gericht auf die Klage nicht ein (Art. 101 Abs. 3 ZPO). Der Kläger stellt diese grundlegende Bestimmung mit Recht nicht in Frage.

3a) Der Kläger bestreitet, dass er überhaupt säumig war, indem er die Zustellung der Fristansetzung kritisiert. Damit hat es folgende Bewandtnis: Mit Verfügung vom 2. Mai 2011 setzte der Einzelrichter dem Kläger Frist zur Zahlung eines Vorschusses von Fr. 1'954.-- an. Die Verfügung ging dem Adressaten am 13. Mai 2011 zu, und am 23. Mai 2011 ersuchte dieser um die Bewilligung von Ratenzahlungen. Der Einzelrichter bewilligte das mit Verfügung vom 3. Juni 2011; er setzte drei Zahlungstermine fest, davon als ersten den 20. Juni 2011, schloss Erstreckungen aus und kündigte an, dass er bei Säumnis auch nur mit einer der Raten auf die Klage nicht eintreten würde. Die Verfügung wurde dem Kläger von der Post am Dienstag 7. Juni 2011 avisiert. Bis zum Dienstag 14. Juni 2011 wurde sie nicht abgeholt.

Der Einzelrichter geht zutreffend davon aus, dass damit die Zustellfiktion von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO wirksam wurde. Der Kläger setzt sich in der Berufung mit dieser Bestimmung nicht auseinander; der alte § 187 [gemeint wohl eher 179] GVG/ZH, auf den er sich beruft, ist nicht mehr in Kraft. Ob die gesetzliche Lösung "sinnvoll" ist (was der Kläger in Zweifel zieht), steht dem Gericht zu beurteilen nicht zu.

Nachdem der Kläger selber um Ratenzahlungen für den Kostenvorschuss ersucht hatte, musste er offenkundig mit einer Zustellung des Gerichtes rechnen. Der Einzelrichter hat daher richtig Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO angewendet und die Zustellung am 14. Juni 2011 angenommen. Dass der Kläger die Verfügung tatsächlich (erst) am 20. Juni 2011 entgegennahm, spielt damit keine Rolle.

3b) Jedenfalls sinngemäss beantragt der Kläger eine Wiederherstellung der Frist. Dafür wäre erforderlich, dass er das rechtzeitige Zahlen der ersten Rate unverschuldet oder nur aus leichtem Verschulden versäumte (Art. 148 Abs. 1 ZPO). Das kann ihm nicht zugestanden werden, nachdem er die Zustellung der

entsprechenden Verfügung schuldhaft verhinderte. Ob er, wie er geltend macht, vom 6. bis zum 19. Juni 2011 mit einer Grippe im Bett lag und nicht Taxi fahren konnte, kann offenbleiben. Er sagt selber, er habe seinen Kollegen Walter Koch - dessen Adresse er als Zustelladresse nutzt - gebeten, seine Post zurückbehalten zu lassen. Somit war er trotz seiner Krankheit in der Lage, die nötigen administrativen Anordnungen zu treffen.

Ein Gesuch um Wiederherstellung müsste zudem innert zehn Tagen ab Wegfall des Säumnisgrundes gestellt werden (Art. 148 Abs. 2 ZPO). Der Kläger behauptet, er sei bis und mit 19. Juni 2011 krank gewesen. Am 20. Juni 2011 holte er die Verfügung mit den Zahlungsterminen auf der Post ab. Mit der Berufung vom 16. August 2011 ist ein Wiederherstellungsgesuch somit jedenfalls verspätet.

3c) Damit bleibt zu prüfen, ob der Einzelrichter zu Recht annahm, mit der Bewilligung von Ratenzahlungen gehe der Anspruch der Partei auf Ansetzen einer Nachfrist im Sinne von Art. 101 Abs. 3 ZPO unter. Der Kläger beruft sich nicht ausdrücklich, aber sinngemäss auch darauf, dass ihm eine solche Nachfrist anzusetzen sei. Die Berufungsbeklagten schliessen sich ohne weitere eigenen Ausführungen dem angefochtenen Entscheid an und tragen auf Abweisung der Berufung an.

Für die Zahlung des Kostenvorschusses sind zwei Fristansetzungen vorgesehen - die erste in Art. 101 Abs. 1 ZPO, die zweite, als Nachfrist bezeichnet, in Art. 101 Abs. 3 ZPO. Da das Gesetz die Dauer dieser Fristen nicht festlegt, sind sie nach Art. 144 Abs. 2 ZPO grundsätzlich beide erstreckbar. In der Praxis wird die Nachfrist kürzer bemessen, und sie wird regelmässig als "nicht erstreckbar" bezeichnet. Das ist im Interesse einer beförderlichen Führung des Verfahrens angezeigt, schliesst aber eine Erstreckung um ganz kurze Zeit aus sehr schwer wiegenden Gründen nicht absolut aus (KUKO ZPO-Hoffmann-Nowotny, Art. 144 N. 10; gleich ZK ZPO-Staehelin, Art. 144 N. 7 ["nur in Notfällen"], entgegen den [zu] apodiktischen ZK ZPO-Suter/von Holzen, Art. 101 N. 9 und Urwyler, DIKE- Komm-ZPO, Art. 101 N. 5). Jedenfalls lässt die Gewährung einer Fristerstreckung für die erste Frist den gesetzlichen Anspruch

der Partei auf die Nachfrist nicht untergehen - eine andere Auffassung lässt sich weder mit dem Wortlaut des Gesetzes noch mit seinem Sinn vereinbaren. Dass der Fortgang des Verfahrens mit den Fristansetzungen für Vorschuss und (möglicherweise erst später, nach einem entsprechenden Antrag: Art. 99 Abs. 1 ZPO) Sicherheit empfindlich verzögert werden kann, ist eine unvermeidbare Folge der gesetzlichen Regelung. Die Gerichte können und sollen die Verzögerung in Grenzen halten, indem sie relativ kurze Fristen ansetzen und Erstreckungen nur zurückhaltend und um nicht zu lange Dauer gewähren.

Die Bewilligung von Ratenzahlungen ist nichts anderes als eine gestaffelte Fristerstreckung (Suter/von Holzen a.a.O. N. 7). Entgegen der Auffassung des Einzelrichters schliesst daher die Bewilligung von Ratenzahlungen den Anspruch der Partei auf eine Nachfrist im Sinne von Art. 101 Abs. 3 ZPO nicht aus.

Der Einzelrichter weist darauf hin, wenn für jede einzelne der bewilligten Raten eine Nachfrist angesetzt werden müsste, würde das Verfahren ungebührlich verzögert. Dem ist ohne Weiteres beizupflichten. Es empfiehlt sich daher, bei der Bewilligung von Ratenzahlungen ausdrücklich festzulegen, bei Säumnis auch nur mit einer Rate falle die Bewilligung der Ratenzahlungen dahin und es werde für den ganzen dannzumal offenen Restbetrag eine kurze Nachfrist im Sinne von Art. 101 Abs. 3 ZPO angesetzt.

3d) Zusammengefasst ergibt sich, dass der Einzelrichter zwar zutreffend angenommen hat, der Kläger sei mit der ersten Rate säumig geblieben (und möglicherweise mit den weiteren Raten, die bis heute alle verfallen sind), dass er aber hätte eine Nachfrist ansetzen müssen.

Das führt zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides und zur Rückweisung an den Einzelrichter. Dieser wird sein Verfahren damit fortführen, dass er für den ausstehenden Betrag des Vorschusses die Nachfrist im Sinne von Art. 101 Abs. 3 ZPO ansetzt.