

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PD160003-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Beschluss und Urteil vom 1. April 2016

in Sachen

A. _____ GmbH,

Aberkennungsklägerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ AG,

Aberkennungsbeklagte und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Aberkennung**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Mietgerichtes Zürich vom 15. Februar 2016 (MG150052)

Erwägungen:

I.

1. Die Aberkennungsbeklagte und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Beklagte) betrieb die Aberkennungsklägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Klägerin) beim Betreibungsamt Zürich 4 für einen Betrag von Fr. 10'940.00 zuzüglich Zinsen und Kosten (Betreibungs-Nr. ..., Zahlungsbefehl vom 24. Juli 2015; act. 5/2). Nachdem die Klägerin am 13. August 2015 Rechtsvorschlag erhoben hatte (act. 5/2), ersuchte die Beklagte vor dem Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich um provisorische Rechtsöffnung, welche ihr am 3. November 2015 gewährt wurde. Die geltend gemachte Forderung der Beklagten betrifft Mietzinsausstände aus der Miete von Wohnräumen (vgl. act. 5/6 = act. 3/2).

2. Mit Eingabe vom 14. Dezember 2015 erhob die Klägerin vor dem Mietgericht Zürich (Vorinstanz) Aberkennungsklage gegen den erwähnten Rechtsöffnungsentscheid vom 3. November 2015. Sie beantragte, es sei festzustellen, dass die Forderung, für die provisorische Rechtsöffnung erteilt worden sei, nicht bestehe (act. 1).

3. Die Vorinstanz setzte der Klägerin mit Verfügung vom 21. Dezember 2015 eine 10tägige Frist an, um für die Kosten des Verfahrens über die Aberkennungsklage einen Vorschuss von Fr. 1'882.00 zu leisten (act. 6). Am 8. Januar 2016 ersuchte die Klägerin um angemessene Fristerstreckung. Die Vorinstanz erstreckte die Frist sodann mit dem Vermerk "letztmals" bis 22. Januar 2016 (act. 9, 10). Der Entscheid über die Fristerstreckung konnte der Klägerin nicht zugestellt werden. Die eingeschriebene Sendung wurde der Vorinstanz von der Post nach Ablauf der 7tägigen Abholfrist am 19. Januar 2016 mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert (Eingang bei der Vorinstanz: 21. Januar 2016; vgl. act. 13).

4. Mit Verfügung vom 26. Januar 2016 erwog die Vorinstanz, die Klägerin habe den Kostenvorschuss innert Frist nicht geleistet, und setzte ihr unter Hinweis

auf Art. 101 Abs. 3 ZPO eine letzte Frist von 7 Tagen an, um den Vorschuss zu bezahlen (act. 14). Die Sendung an die Klägerin, die gemäss den Sendungsinformationen der Post am 27. Januar 2016 (unter Hinweis auf die Abholfrist bis 3. Februar 2016) zur Abholung gemeldet wurde, wurde der Klägerin am 4. Februar 2016 am Postschalter zugestellt (act. 15).

5. Mit Eingabe vom 11. Februar 2016 ersuchte die Klägerin die Vorinstanz um eine erneute Erstreckung der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses. Die Klägerin beantragte dabei eine Erstreckung "in Form von Teilzahlungen" nach einem bis 31. Juli 2016 laufenden Zahlungsplan (vgl. act. 17).

6. Am 15. Februar 2016 erliess die Vorinstanz die folgende Verfügung (act. 20 = act. 26 = act. 28):

- "1. Das Gesuch der Aberkennungsklägerin vom 11. Februar 2016 wird abgewiesen.
2. Der Aberkennungsklägerin wird eine Notfrist von 3 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um für die sie allenfalls treffenden Gerichtskosten bei der Bezirksgerichtskasse Zürich einen Kostenvorschuss von Fr. 1'882.– zu leisten.

Die Zahlung ist rechtzeitig erfolgt, wenn der Betrag spätestens am letzten Tag der Frist der Post zur Einzahlung zugunsten des Gerichts übergeben oder einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet wird.

3. Bei Säumnis wird auf die Klage nicht eingetreten.

[4.-5. Mitteilung, Rechtsmittel]"

Die Verfügung vom 15. Februar 2016 wurde der Klägerin am 19. Februar 2016 zugestellt (zweiter Zustellversuch, nachdem die erste Sendung aufgrund "Auftrag postlagernd" retourniert wurde, vgl. act. 21, 23 f.).

7. Mit Eingabe vom 29. Februar 2016 erhob die Klägerin Beschwerde gegen die Verfügung vom 15. Februar 2016. Sie stellt die folgenden Beschwerdeanträge (act. 27 S. 1, sinngemäss):

1. Es sei die Verfügung vom 15. Februar 2016 aufzuheben.

2. Es sei der A._____ GmbH aufgrund des Gesuches vom 11. Februar 2016 die Erbringung des Kostenvorschusses in 5 Quoten à Fr. 300.00 und Schlusszahlung von Fr. 382.00 zu ermöglichen. Die Fälligkeit der ersten Quote sei neu zu bestimmen und diejenige der übrigen Quoten jeweils auf den letzten Tag des darauffolgenden Monats festzulegen.
3. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
8. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-24). Es wurde davon abgesehen, einen Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren zu verlangen (Art. 98 ZPO), und es wurde keine Beschwerdeantwort eingeholt (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif. Der Beklagten ist indes noch ein Doppel von act. 27 zuzustellen.

II.

1. Entscheide über die Leistung von Vorschüssen sind mit Beschwerde anfechtbar (Art. 103 ZPO). Auch die Abweisung eines Gesuchs um Bewilligung von Ratenzahlungen für die Vorschussleistung ist mit Beschwerde anfechtbar (vgl. OGer ZH PC110055 vom 11. Januar 2012, E. II./1.).

Die Beschwerde gegen prozessleitende Verfügungen ist innert 10 Tagen ab der Zustellung zu erheben (Art. 321 Abs. 2 ZPO). Ausgehend von der Zustellung der Verfügung vom 15. Februar 2016 am 19. Februar 2016 wurde die Beschwerde am 29. Februar 2016 rechtzeitig erhoben (vgl. vorne I./6.-7.). Dass es sich dabei um eine zweite Zustellung handelte, schadet nicht, da die Zustellungsfiktion nach dem erfolglosen ersten Zustellversuch (die Klägerin hatte mit gerichtlichen Zustellungen zu rechnen) erst am 7. Tag nach dem Eingang bei der Empfangspoststelle eintreten konnte und somit jedenfalls nicht vor dem 23. Februar 2016 (vgl. ZR 112/2013 Nr. 34 sowie Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Die Beschwerde erfolgte daher auch von der Fiktion der (ersten) Zustellung an gerechnet rechtzeitig. Der Fall verdeutlicht aber nebenbei bemerkt die Problematik der sofortigen Retournerung eingeschriebener Sendungen durch die Post im Falle von Rückbehaltungsaufträgen, da dem Empfänger verunmöglicht wird, die Sendung allenfalls trotz Rückbehaltungsauftrag in der 7tägigen Abholfrist entgegen zu nehmen.

Auf die schriftlich mit Stellung und Begründung von Rechtsmittelanträgen (vgl. Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO) erhobene Beschwerde ist somit einzutreten.

2. Ein weiteres (Zustellungs-)problem besteht im Zusammenhang mit der Zustellung der Verfügung vom 26. Januar 2016, mit welcher die Vorinstanz der Klägerin eine 7tägige Nachfrist zur Leistung des Vorschusses ansetzte (act. 14): die Post händigte der Klägerin diese Verfügung trotz Ablaufs der Abholfrist am 3. Februar 2016 einen Tag danach, am 4. Februar 2016, noch aus (vgl. act. 15 und vorne I./4.). An sich wäre die Nachfrist bereits am 3. Februar 2016 aufgrund der Zustellungsfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. ZPO ausgelöst worden, so dass das erneute Fristerstreckungsgesuch vom 11. Februar 2016 (act. 17) als verspätet zu betrachten gewesen wäre. Nach Treu und Glauben gilt aber in solchen Fällen (wenn die Post eine Sendung nach Ablauf der Abholfrist noch herausgibt) jedenfalls gegenüber juristischen Laien die tatsächliche Übergabe als fristauslösend (vgl. BGer 5A_211/2012 vom 25. Juni 2012; ZR 112/2013 Nr. 22). Nur anwaltlich vertretenen Parteien wird (wenn die Abholfrist auf der Sendung vermerkt ist) die Kenntnis davon angerechnet, dass eine tatsächliche Zustellung später als am 7. Tag der Abholfrist nichts an der mit dem Ablauf der Abholfrist verbundenen Zustellungsfiktion ändert (vgl. BGer 2C_990/2015 vom 19. Februar 2016, E. 3.2-4).

Die Vorinstanz hat das Fristerstreckungs- bzw. Ratenzahlungsgesuch der nicht anwaltlich vertretenen Klägerin vom 11. Februar 2016 daher zu Recht als rechtzeitig entgegen genommen.

3. Zu prüfen bleibt, ob die Vorinstanz das Gesuch zu Recht abwies:

3.1 Die Nachfrist zur Bezahlung des Kostenvorschusses gestützt auf Art. 101 Abs. 3 ZPO ist wie die erstmalige Frist nach Art. 98 ZPO eine gerichtliche Frist, die an sich aus zureichenden Gründen nach Art. 144 Abs. 2 ZPO erstreckt werden kann (vgl. KUKO ZPO-SCHMID, 2. Auflage 2014, Art. 101 ZPO N 4). Ein Gesuch um Ratenzahlung des Vorschusses ist nichts anderes als ein Gesuch um eine gestaffelte Fristerstreckung. Der Zeitraum der beantragten Ratenzahlungen hat sich dabei in einem angemessenen Rahmen zu bewegen. Dieser beurteilt sich insbesondere auch im Verhältnis zur Höhe des Vorschusses und zu den fi-

nanziellen Verhältnissen der das Gesuch stellenden Partei (vgl. ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, 3. Auflage 2016, Art. 101 N 7; OGer ZH PC110055 vom 11. Januar 2012, E. II./2., II./4.3).

Eine Erstreckung der Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses muss allerdings aus Gründen der Prozessbeschleunigung und zur Vermeidung von Verzögerungen Ausnahmecharakter haben. Das gilt verstärkt, wenn bereits die erste Frist zur Bezahlung des Vorschusses erstreckt wurde. Die Nachfrist ist daher nur noch in eigentlichen Notfällen zu erstrecken (vgl. BSK ZPO-RÜEGG, 2. Auflage 2013, Art. 101 ZPO N 2; BK ZPO-STERCHI, Art. 101 ZPO N 4; MERZ, DIKE-Komm-ZPO, online-Stand 21. November 2012, Art. 144 ZPO N 21).

Mit Blick auf Ratenzahlungsgesuche wird zur Vermeidung von Verzögerungen gar verlangt, dass das Gesuch bereits vor Ablauf der ursprünglichen Frist und nicht erst nach Ansetzung der Nachfrist gestellt wird (vgl. ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, 3. Auflage 2016, Art. 101 N 7).

3.2 Die Klägerin hat ihr Ratenzahlungsgesuch vom 11. Februar 2016 (act. 17) erst nach Ablauf der erstreckten ersten Frist zur Vorschussleistung und am letzten Tag der Nachfrist gestellt, insgesamt über 40 Tage nach Erhalt der ersten Aufforderung zur Leistung des Kostenvorschusses (29. Dezember 2015, act. 7). Ein solches Vorgehen bringt eine erhebliche Verzögerung mit sich, und nach den soeben angeführten Meinungsäusserungen im Schrifttum wäre es durchaus vertretbar, das so spät gestellte Ratenzahlungsgesuch von vornherein als unzulässig zu betrachten. Wird zugunsten der Klägerin von dieser strengen Betrachtungsweise abgesehen, so sind an die Begründung des Gesuchs jedenfalls hohe Anforderungen zu stellen.

3.3 Die Vorinstanz erwog, die Klägerin habe ihr Ratenzahlungsgesuch nicht begründet (act. 26 S. 2). Die Klägerin hält diesem Hinweis beschwerdeweise entgegen, in den beantragten Teilzahlungen sei die Begründung des Gesuchs enthalten, denn damit werde auf die zurzeit zur freien Verfügung stehenden finanziellen Möglichkeiten hingewiesen (act. 27 S. 2). Dem kann nicht gefolgt werden. Den beantragten Ratenzahlungen kann einzig entnommen werden, was die Klä-

gerin zu zahlen gewillt ist. Dass sie tatsächlich nicht zu mehr in der Lage ist bzw. dass die Bezahlung des Totalbetrags sie in eine Notlage brächte oder dass ihr dann auch nur ernstliche Nachteile drohten, folgt daraus nicht. Die Klägerin machte vor der Vorinstanz keinerlei Ausführungen zu ihrer wirtschaftlichen Lage (vgl. act. 17). Auch vor zweiter Instanz (wo Noven allerdings nach Art. 326 Abs. 1 ZPO ohnehin nicht zulässig wären) bringt die Klägerin dazu nichts weiter vor. Der Hinweis auf weitere Kosten (Kosten des Beweisverfahrens und Kosten einer allfällig noch zu bestellenden anwaltlichen Vertretung), mit welchen die Klägerin noch rechnen müsse (act. 27 S. 3), ist unbehelflich. Ohne konkrete und stichhaltige Angaben zu den wirtschaftlichen Verhältnissen kann – mit oder ohne Berücksichtigung allfälliger Rückstellungen für weitere Kosten – nicht beurteilt werden, wie es sich mit den Möglichkeiten der Klägerin verhält, den Vorschuss zu bezahlen.

Mit anderen Worten ausgedrückt, lässt sich nach dem Vorbringen der Klägerin nicht beurteilen, ob die beantragten Ratenzahlungen in einem angemessenen Verhältnis zu den finanziellen Möglichkeiten der Klägerin stehen. Das Gesuch genügt daher bereits den aufgezeigten (geringeren) Anforderungen an die Begründung eines sofort gestellten Ratenzahlungsgesuchs nicht (vgl. vorne II./3.1). Umso weniger lässt sich dem Gesuch entnehmen, dass der Klägerin im Fall der Bezahlung des Totalbetrags eine eigentliche Notlage drohen würde. Somit ist nichts ersichtlich, was unter den konkreten Umständen der spät im Verfahren erfolgten Gesuchstellung noch als zureichender Grund im Sinne von Art. 144 Abs. 2 ZPO genügen könnte.

Die Vorinstanz hat das Gesuch um Gewährung von Ratenzahlungen daher zu Recht abgewiesen. Das führt zur Abweisung der Beschwerde.

4. Nach Treu und Glauben ist jedenfalls bei juristischen Laien, welche die Abweisung eines Gesuchs um Ratenzahlungen anfechten, von einem stillschweigend gestellten Gesuch um eventuelle (einfache) Fristerstreckung auszugehen. Es verhält sich gleich wie bei Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege, die während laufender Frist zur Bevorschussung gestellt werden, und beim Weiterzug abschlägiger Entscheide über solche Gesuche (OGer ZH PC150007 vom 1. April 2015, E. II./5.2; vgl. auch BGE 138 III 163). Infolge der Anfechtung der Verfügung

vom 15. Februar 2016 konnte die Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses somit nicht säumniswirksam ablaufen.

Nach Abweisung des erst am Ende der Nachfrist gestellten Ratenzahlungs-gesuchs ist nur noch eine einmalige kurze Nachfrist anzusetzen (vgl. OGer ZH LF110021/Z06 vom 1. November 2011, E. 15b).

5. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung wird aufgrund des heute er-gehenden Entscheids über die Beschwerde gegenstandslos. Es ist abzuschrei-ben. Dem zugrundeliegenden Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin wird im Übri-gen mit der Ansetzung einer letzten kurzen Nachfrist Rechnung getragen.

III.

Beim vorliegenden Streitwert von Fr. 10'940.00 ist die zweitinstanzliche Ent-scheidgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG festzusetzen, wobei zu berücksichtigen ist, dass mit der Bevorschussung und der Gewährung von Ratenzahlungen nur ein Teilaspekt zu beurteilen war (vgl. DIG-GELMANN, DIKE-Komm-ZPO, online-Stand 20. Oktober 2013, Art. 91 ZPO N 7).

Ausgangsgemäss sind die Kosten der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Beklagten ist mangels Aufwendungen im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Mitteilung und Rechtsmittel richten sich nach dem nachfolgenden Erkennt-nis.

und erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Der Aberkennungsklägerin und Beschwerdeführerin wird eine **einmalige letzte Nachfrist von 3 Tagen** ab Zustellung des vorliegenden Entscheides angesetzt, um den mit Verfügung des Mietgerichts Zürich vom 21. Dezember 2015 auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 1'882.00 zu leisten, und zwar mittels Zahlung an die Kasse des Bezirksgerichts Zürich (80-4713-0).

Die Zahlung ist rechtzeitig erfolgt, wenn der Betrag spätestens am letzten Tag der Frist der Post zur Einzahlung zugunsten des Gerichts übergeben oder einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet wird.

3. Bei Säumnis wird das Mietgericht auf die Aberkennungsklage nicht eintreten.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 700.00 festgesetzt.
5. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Aberkennungsklägerin und Beschwerdeführerin auferlegt.
6. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Aberkennungsbeklagte und Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 27, sowie an das Mietgericht Zürich, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

8. 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 mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 10'940.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: