

Art. 143 Abs. 3 ZPO. Fristwahrung mit einer Zahlung ans Gericht. *Es ist recht- und treuwidrig, die Parteien zu belehren, das Geld müsse am letzten Tag der Frist dem Konto des Gerichts gutgeschrieben sein (E. 3.4).* **Art. 404 ZPO, Übergangsphase.** *Es wäre wünschbar und hülfe klarzustellen, in welchem Verfahrensgesetz man sich gerade bewegt, wenn sich die Gerichte der jeweils korrekten Terminologie bedienen - etwa "Kautio" vs. "Vorschuss/Sicherheit" (E. 3.4 am Ende).* **Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO, Parteientschädigung.** *Zu ersetzen sind nur notwendige Auslagen. Die Antwort auf ein klarerweise begründetes Rechtsmittel mit dem Antrag, dieses gutzuheissen, ist nicht notwendig (E. 4).*

(Erwägungen des Obergerichts:)

1. Die Parteien stehen vor dem Bezirksgericht Zürich in einem Forderungsprozess. Der Kläger verlangt von der Beklagten aus einem Mandat rund Fr. 17'000.--. Dagegen macht die Beklagte widerklageweise eine Forderung von ursprünglich Fr. 3'140.50, später erhöht auf Fr. 6'281.-- geltend, je unter Vorbehalt der weiteren Erhöhung auf zuerst Fr. 12'500.--, dann Fr. 250'000.--, und sie klagt auf Herausgabe von Akten. Die Einzelrichterin verlangte von der Beklagten für die Widerklage zunächst einen Kostenvorschuss von Fr. 400.--, der bezahlt wurde.

Mit Verfügung vom 4. Oktober 2013 eröffnete die Einzelrichterin das Beweisverfahren: sie formulierte die Beweissätze und nannte die abzunehmenden Beweismittel unter Angabe der jeweils beweispflichtigen Partei. Dem Kläger auferlegte sie einen Vorschuss für die zu erwartenden Kosten der Beweisabnahmen, der Beklagten (aufgrund der Erweiterung der Widerklage und in der Annahme, das Herausgabebegehren habe einen Wert von Fr. 10'000.--) einen weiteren allgemeinen Kostenvorschuss von Fr. 2'200.--. Sie gab das Postkonto des Gerichtes an und erteilte ausführliche fett gedruckte Anweisungen für die Zahlung, die mit dem Satz enden "Bei einem Zahlungsauftrag an eine Bank ist dafür zu sorgen, dass diese den Auftrag frühzeitig ausführt, damit die Zahlung innert Frist dem Postkonto gutgeschrieben wird". Diese Verfügung wurde der Beklagten am 15. Oktober 2013 zugestellt. Ohne auf die Fristansetzung zur Zahlung einzugehen, liess sich die Beklagte am 23. Oktober 2013 gegenüber dem Gericht vernehmen und stellte diverse Anträge zu den Beweisabnahmen. Die Einzelrichterin erwog am 15. November 2013, über die Anträge auf Wiedererwägung der Beweisverfügung werde separat entschieden werden; da der Vorschuss nicht bezahlt wurde, sei einstweilen dafür die gesetzliche und auf zehn Tage zu bemessende Nachfrist anzusetzen. Diese Verfügung wurde der Beklagten am 22. November 2013 zugestellt, damit lief die Frist bis zum Montag, 2. Dezember 2013 (Art. 142 Abs. 1 ZPO).

Am 28. November 2013 teilte die Beklagte mit, sie habe den Vorschuss einbezahlt. Vom 3. Dezember 2013 datiert ein Ausdruck aus dem Computersystem des Gerichts, wonach der Vorschuss (erst) am 3. Dezember 2013 einbezahlt und gebucht wurde. Gestützt auf das Papier nahm die Einzelrichterin an, der Vorschuss sei verspätet geleistet worden und trat mit Verfügung vom 20. Dezember 2013 ohne Weiterungen auf die Widerklage nicht ein. Sie auferlegte der Beklag-

ten Kosten von Fr. 1'700.-- und verpflichtete sie zur Zahlung einer Parteientschädigung von Fr. 3'600.-- an den Kläger. Der Entscheid ging der Beklagten am 6. Januar 2014 zu.

2. Am 16. Januar 2014 gab die Beklagte die Berufung gegen den Entscheid vom 20. Dezember 2013 zur Post. Sie verlangt Aufhebung des Nichteintretens-Entscheides, Annullierung der Kosten- und Entschädigungsfolgen, es sei "auch die Abweisung der beantragten Beweissätze 5 infolge Nichteintretens auf die Widerklage aufzuheben ... und vollumfänglich ins Recht zu nehmen", es sei ihr eine Parteientschädigung von Fr. 3'600.-- zu bezahlen, und alle weiteren Kosten seien dem Kläger aufzuerlegen. Sie beanstandet die Annahme, der Vorschuss sei nicht fristgerecht bezahlt worden und weist nach, dass sie am 30. November 2013 die Fr. 2'200.-- mit einem vorgedruckten Einzahlungsschein "Bezirksgericht Zürich, Rechnungswesen" bei der Post Fraumünster auf das Postkonto des Gerichts einzahlte.

Auf einen Kostenvorschuss für die Berufung wurde verzichtet, da das Rechtsmittel offenkundig begründet war.

Der Kläger beantwortet die Berufung mit einem komplizierten und ausführlichen Schriftsatz. Er stellt den Hauptantrag, die angefochtene Verfügung aufzuheben (wobei er die Ziffern mit der Mitteilung und der Rechtsmittelbelehrung stehen lassen will), eventuell die Widerklage abzuweisen, die Prozesskosten für das Verfahren in erster Instanz durch die Einzelrichterin festlegen zu lassen, für die Berufung keine Kosten zu erheben, eventuell diese Kosten durch die Einzelrichterin verteilen zu lassen und subeventuell zu teilen, ihm eine Entschädigung zuzusprechen - zu Lasten des Kantons Zürich, eventuell zu Lasten der Kasse der Einzelrichterin, und der Berufungsklägerin keine Parteientschädigung zuzusprechen, eventuell das der Einzelrichterin zu überlassen, subeventuell die Entschädigungen wettzuschlagen. Die Begründung erschliesst sich nicht leicht. Es ist im Folgenden so weit erforderlich darauf einzugehen.

3.1 Die Beklagte äussert in der Berufung zwar Bedenken gegen die Unparteilichkeit der Einzelrichterin, schreibt aber auch gleichzeitig, das sei "kein Teilantrag in dieser Berufung". Es bestand unter diesen Umständen weder Anlass noch Notwendigkeit, dass sich der Kläger damit befasste.

Die Beklagte ist darauf hinzuweisen, dass das Ablehnungsverfahren in den Art. 47 ff. ZPO geregelt ist und das Obergericht nicht von sich aus tätig werden kann. Weiterungen erübrigen sich.

3.2 Der Kläger überlegt, ob die Beklagte vom Obergericht nicht statt der Aufhebung des Nichteintretens und Rückweisung allenfalls eine direkte Gutheissung seiner Klage verlange, und für diesen Fall beantragt er, die Klage abzuweisen. Auch diese Frage stellt sich nicht. Die Beklagte gibt auf der ersten Seite der Berufung ihre Rechtsbegehren wieder, unter der Überschrift "betreffend ... Widerklage ..." und fährt dann fort: "...reicht die Widerklägerin ...Berufung ein, mit fol-

genden Rechtsbegehren: 1. Die Verfügung ... sei aufzuheben, ... die Widerklage ... sei mit Beweisantritten ins Recht zu nehmen ...".

Was daran unklar sein könnte, ist nicht zu sehen.

3.3 Der Kläger glaubt, die Beklagte wolle dem Bezirksgericht durch das Obergericht vorschreiben lassen, auch die offerierten untauglichen Beweismittel in die Beweisverfügung aufzunehmen. Dafür gebe es aber keine Veranlassung noch eine rechtliche Grundlage.

Die (einzig) angefochtene Verfügung vom 20. Dezember 2013 FV120169/L/Z8 spricht sich zu abzunehmenden Beweismitteln nicht aus. Die Beklagte formuliert in ihren Anträgen dann allerdings, es sei "als Folge der Abweisung" [gemeint offenbar: Aufhebung] "der Verfügung ...Z8 sinngemäss auch die Abweisung der beantragten Beweissätze 5 ... aufzuheben (gemäss Verfügung ...Z9) und vollumfänglich ins Recht zu nehmen". - In der Tat hat die Einzelrichterin mit dem Nichteintreten auf die Widerklage gleichentags ihre Beweisverfügung zur Hauptklage korrigiert, und dabei "im Übrigen" gewisse Anträge der Beklagten abgewiesen. Dagegen ist die Berufung gar nicht möglich. Auf eine Beschwerde wäre mangels eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO nicht einzutreten. Die Beklagte will aber nach Treu und Glauben verstanden vom Obergericht keine Änderung dieser Ergänzung zur Beweisverfügung, sondern sie will klarstellen, dass sie an ihren Beweisanträgen zu Haupt- und Widerklage festhält, und dass sie sich vorbehält, mit der Berufung gegen das dereinst zu fällende Urteil geltend zu machen, diesen Anträgen sei zu Unrecht nicht entsprochen worden. Das wird sich dannzumal weisen; heute erübrigen sich Weiterungen.

3.4 Es bleibt der Kern der Sache: dass die Einzelrichterin auf die Widerklage nicht eintrat, obgleich der Vorschuss rechtzeitig bezahlt worden war. Das wird gerügt, und zu Recht.

Vorweg muss festgehalten werden, dass die Beklagte dem Gericht am 28. November 2013 schrieb, der Vorschuss sei bezahlt. Laut ihrem eigenen, in der Berufung eingereichten Beleg erfolgte die Zahlung erst am 30. November 2013 um 10 Uhr.

Die Zahlung erfolgte aber auf jeden Fall rechtzeitig: Wenn das Gericht der Partei einen vorgedruckten Einzahlungsschein für ein Postkonto zustellt und der verlangte Betrag mittels dieses Einzahlungsscheins an einer schweizerischen Poststelle vor dem oder auch am letzten Tag der Frist einbezahlt wird, kann es nicht darauf ankommen, wann die vom Gericht angegebene Zahlstelle (die Post) die Zahlung dem Kontoinhaber (dem Gericht) mitteilt, und/oder wann dessen internen Dienste das der zuständigen Abteilung oder dem zuständigen Einzelgericht melden.

Dazu kommt, dass seit der Revision des Prozessrechts durch Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011 eine neue Ordnung gilt. Fristwährend ist neu die Belastung irgendeines Bank- oder Postkontos in der

Schweiz, also insbesondere auch in der Konstellation, dass eine Partei das von ihr Verlangte mit einem Auftrag zum Belasten ihres Postkontos ausführt, das Gericht aber ein Bankkonto angegeben hat, auf welches das Geld dann erst noch transferiert werden muss (Art. 143 Abs. 3 ZPO; Barbara Merz, Dike-Komm. ZPO [online-Stand 21. November 2012], Art. 143 N. 23 und 24; BK ZPO-Frei, Art. 143 N. 20; KZ ZPO-Staehelin 2. Aufl. 2013, Art. 143 N. 7). Am 26. Juli 2013 entschied das Bundesgericht, wenn eine Zahlung knapp nach Fristablauf beim Gericht eingehe, müsse dieses dem Einzahler die Möglichkeit geben, die Rechtzeitigkeit im Sinne der erwähnten neuen gesetzlichen Regelung nachzuweisen (BGE 139 III 364 E. 3.2.2). Das hat die Einzelrichterin hier unterlassen. Es scheint, dass sie die schweizerische Zivilprozessordnung in diesem Punkt nicht in der ganzen Tragweite zur Kenntnis genommen hat. Wenn sie in der Fristansetzung schreibt, "Bei einem Zahlungsauftrag an eine Bank ist dafür zu sorgen, dass diese den Auftrag frühzeitig ausführt, damit die Zahlung innert Frist dem Postkonto gutgeschrieben wird", ist das falsch, und es verstösst auch gegen Treu und Glauben: der Partei wird die vom Gesetz zur Verfügung gestellte Frist so faktisch verkürzt angegeben.

Der angefochtene Entscheid ist daher wie beantragt aufzuheben. Damit wird das Verfahren in den Stand zurückversetzt, den es vor dem Nichteintreten auf die Widerklage hatte.

Eine weitere Bemerkung drängt sich auf: In dem nach dem 1. Januar 2011 anhängig gemachten und damit der schweizerischen Zivilprozessrecht unterstehenden Verfahren ist immer wieder von einer "Kautio" die Rede (Aktenverzeichnis Nr. 15, 18, 32 und 39). Die "Kautio" gab es im alten, aufgehobenen Zürcher Prozessrecht (§ 73 ff. ZPO/ZH), aber sie bezeichnete etwas Anderes als "Vorschuss" (Art. 98 ZPO) und "Sicherheit" (Art. 99 ZPO) im neuen Recht. Solche Benennungen sind gewiss immer mehr oder weniger arbiträr. Beim Übergang zum neuen Gesetz ist es aber gerade darum nützlich, konsequent die richtigen Termini des jeweiligen Gesetzes zu verwenden - das hilft Fehler vermeiden.

4. Für das Verfahren der Berufung sind entsprechend dem Hauptantrag des Klägers zu diesem Punkt keine Kosten zu erheben. Es ist auch der Beklagten nicht zu folgen, welchem offenbar eine Kostenaufgabe zu Lasten des Klägers vorschwebt.

Für das erstinstanzliche Verfahren wird über eine allfällige Parteientschädigung im Endentscheid zu befinden sein. Die Beklagte liess sich für ihren Antrag, der Kläger solle sie mit Fr. 3'600.-- entschädigen, offenbar von der Regelung im aufzuhebenden Entscheid inspirieren, der sich als Endentscheid verstand - da das Verfahren der Einzelrichterin nun weiter geht, gibt es aber hier noch nichts festzulegen. Für eine Entschädigung im Berufungsverfahren fehlen die Grundlagen. Damit eine Partei der anderen etwas zu zahlen hätte, müsste sie unterlegen sein (Art. 106 in Verbindung mit Art. 95 ZPO). Da beide Seiten den Fehler der Einzelrichterin erkannten und Aufhebung der fehlerhaften Verfügung beantragten, ist keine von ihnen unterlegen, und an dieser Voraussetzung fehlt es. Für eine Entschädigung aus der Staatskasse fehlt es nach ständiger Praxis an einer gesetzlichen Grundlage. In einem krassen Fall käme die Haftung des Staates nach

dem kantonalen Haftungsgesetz in Frage (allerdings ist einzuräumen, dass das bei gerichtlichen Entscheiden sehr schwierig ist). Mitunter wird es als unbillig empfunden, dass Private Kosten tragen müssen, die der Staat verursacht oder verschuldet hat. Möglicherweise wird die Praxis in diesem Punkt auch einmal gelockert. Gerade im vorliegenden Fall bestünde aber kein Anlass dazu. Die Beklagte musste sich gegen den fehlerhaften Entscheid zur Wehr setzen, hat aber selber keine Anwaltskosten zu tragen. Der Kläger liess zwar durch seinen Anwalt eine ausführliche Rechtsschrift ausarbeiten. Mit der Verfügung vom 21. Januar 2014 war ihm aber bereits deutlich signalisiert worden, die Berufung sei aussichtsreich. Zu ersetzen sind nun in jedem Fall nur notwendige Aufwendungen, und die Rechtsschrift des Klägers war in der gegebenen Situation und mit dem jedenfalls im Hauptantrag der Berufung folgenden Inhalt nicht notwendig.

Obergericht, II. Zivilkammer
Beschluss vom 4. März 2014
Geschäfts-Nr.: NP140002-O/U