



---

Geschäfts-Nr. NE090032/U

**II. Zivilkammer**

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. O. Kramis, Vorsitzender, und lic. iur. P. Diggelmann, Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie die juristische Sekretärin lic. iur. D. Tolic

**Beschluss vom 12. März 2010**

in Sachen

A.\_\_\_\_\_,  
Beklagte und Appellantin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

B.\_\_\_\_\_,  
Klägerin und Appellatin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelrichters für Zivil- und Strafsachen des Bezirkes Zürich vom 9. November 2009; Proz. FO090240**

**Das Gericht zieht in Betracht:**

1. Die Klägerin hat die Geschichte ihrer Familie und ihres eigenen Lebens verfasst, das Werk liegt nach ihrer Darstellung in einem umfangreichen Manuskript von etwa 1300 Seiten vor. Sie habe mit der Beklagten vereinbart, dass diese das Werk lektoriere, angemessen kürze und zur Druckreife bringe.

Die Klägerin gelangte zur Auffassung, die Beklagte habe die übernommenen Arbeiten weder termin- noch auftragsgerecht erfüllt. Sie liess daher über ihren Vertreter den Auftrag kündigen und der Beklagten Frist zur Rückzahlung der Anzahlung von Fr. 20'000.-- ansetzen.

Anlässlich der Sühnverhandlung vom 3. April 2009 konnten sich die Parteien nicht einigen. Die Beklagte erklärte, sie habe in richtiger Erfüllung der ihr übertragenen Arbeit bereits mehr geleistet, als durch die Anzahlung abgedeckt sei, und sie behalte sich vor, das Fehlende widerklageweise einzufordern (act. 1).

Am 7. Juli 2009 ging die Weisung beim Einzelrichter ein. Zur mündlichen Verhandlung vom 4. November 2009 erschien die Beklagte nicht. Der Einzelrichter verhandelte mit dem Vertreter der Klägerin über eine Modifizierung des Rechtsbegehrens (Prot. I S. 8). Einem schriftlichen Gesuch um Wiederholung der Hauptverhandlung gab der Einzelrichter am 9. November 2009 nicht statt, die leicht reduzierte Klage hiess er gleichentags gut (act. 7 und 8).

2. Die Beklagte liess rechtzeitig Berufung erklären (act. 10 und 11). Sie stellt in der Sache den Antrag, die Klage abzuweisen. Formell verlangt sie Aufhebung des angefochtenen Urteils, in erster Linie wegen sachlicher Unzuständigkeit des Einzelrichters (act. 28).

Das Verfahren des Obergerichtes wurde einstweilen auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit des Einzelrichters beschränkt (act. 30). Die Klägerin widerspricht der Einrede der Unzuständigkeit. Sie habe dem Einzelrichter gegenüber die Unsicherheit über den Streitwert offen gelegt und auf seinen Rat hin ihr Begehren so reduziert, dass die Streitwertgrenze von Fr. 20'000.-- gewahrt war. Damit habe es für den Einzelrichter keinen Grund mehr gegeben, die Sache dem Kollegium zu überweisen (act. 39).

3. Im Kanton Zürich entscheidet heute der Einzelrichter vermögensrechtliche Streitigkeiten, deren Streitwert Fr. 20'000.-- nicht übersteigt (§ 21 Abs. 1 GVG). Für höhere Streitwerte ist das Bezirksgericht als Kollegium zuständig (§ 31 Ziff. 1 GVG). In Zukunft wird die Grenze bei Fr. 30'000.-- liegen (§ 22 lit. a E-GOG in Verbindung mit Art. 243 Abs. 1 CH-ZPO, resp. § 17 E-GOG). Der Streitwert richtet sich nach den Rechtsbegehren des Klägers zur Zeit des Eintrittes der Rechtshängigkeit (§ 18 Abs. 1 ZPO); für die Zulässigkeit von Rechtsmitteln kommt es auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheides an (§ 18 Abs. 2 ZPO). Die Fixierung der Zuständigkeit auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit hat zur Folge, dass spätere Veränderungen unerheblich bleiben. Insbesondere entfällt etwa die Zuständigkeit des Kollegialgerichtes nicht, wenn als Folge eines Teil-Urteils, einer teilweisen Anerkennung, eines teilweisen Klagerückzugs oder eines Teil-Vergleiches das noch Streitige einen Wert von nur noch Fr. 20'000.-- oder weniger hat. Ebenso bleibt es ohne Bedeutung, wenn die Streitsache etwa konjunkturbedingt an Wert verliert. Umgekehrt geht die Zuständigkeit des Einzelrichters nicht verloren, wenn die Streitsache im Wert steigt. Die Fortdauer der einmal bestehenden Zuständigkeit wird als *perpetuatio fori* bezeichnet und kann als allgemein anerkannter Grundsatz gelten (Guldener, schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 234 Abschnitt III; Frank/Sträuli/Messmer, ZPO 3. Aufl. 1997, N 2 zu § 18 ZPO). Sie ergibt sich für das neue Recht aus Art. 227 Abs. 3 CH-ZPO, und die bisher erschienene Literatur geht ebenfalls davon aus (Stahelin/ Stahelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, § 11 N 7 am Ende; Isaak Meier, schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 104 [im Zusammenhang mit der örtlichen Zuständigkeit]). Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin das selbstverständliche Recht hat, jederzeit ihre Klage zu reduzieren (so in ihrer Stel-

lungnahme act. 39 S. 2). Diese Recht wird ihr weder abgesprochen noch beschnitten, wenn für die Zuständigkeit der angerufenen Instanz (nur) auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit abgestellt wird (anders wäre es mit einer Klageerweiterung, wenn damit die zunächst gegebene Zuständigkeit des Einzelrichters gesprengt würde: § 61 Abs. 1 ZPO). Mit einer Reduktion der Klage könnte sie die Zulässigkeit einer Berufung verhindern (nach dem erwähnten § 18 Abs. 2 ZPO). Das setzte aber voraus, dass im Urteilszeitpunkt nur noch weniger als Fr. 8'000.-- streitig wären, und das steht heute nicht zur Diskussion.

Damit stellt sich die Frage, ob im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit (das war nach § 102 Abs. 1 ZPO beim Eingang der Weisung am Gericht) der Streitwert Fr. 20'000.-- überstieg oder nicht. Da die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von Fr. 20'000.-- und zur Herausgabe bestimmter Sachen verlangte, kommt es auf den Wert dieser Sachen an. Es geht um "- das gesamte schriftlich ausgefertigte Manuskript, einschliesslich Nachträge - 1 CD (Inhalt Manuskript) - Plastikmappe mit Notizen der Klägerin - Verlagsverzeichnis in Buchform" (act. 1). Das hatte der Einzelrichter in erster Linie danach zu bewerten, was die Parteien übereinstimmend als Streitwert bezeichneten (§ 22 Abs. 1 ZPO); wegen der Säumnis der Beklagten, die sich vor Friedensrichter nicht zum Streitwert geäußert hatte, gab es aber dazu keine übereinstimmenden Angaben. Mangels jeder Äusserung der Beklagten entfiel auch die Regel, bei Uneinigkeit der Parteien auf den höheren der vorgeschlagenen Beträge abzustellen, sondern der Einzelrichter hatte den Wert der Herausgabe-Begehren nach Ermessen zu schätzen (§ 22 Abs. 2 ZPO; ähnlich wird es nach neuem Recht sein: Art. 91 Abs. 2 CH-ZPO).

Die Klägerin erkannte das Problem, und mit der Klageeinleitung schlug sie dem Einzelrichter daher vor, die Sache an das Kollegium zu überweisen, falls er den Herausgabebegehren einen wirtschaftlichen Wert beimesse (act. 2 S. 3). Zu Recht hat der Einzelrichter aber angenommen, das noch nicht (oder nicht vollständig) überarbeitete Manuskript habe wohl keinen grossen wirtschaftlichen Wert (Prot. I S. 8). Allerdings plante die Klägerin die Herausgabe als gedrucktes Werk, das einem breiteren Leserkreis zugänglich gemacht werden sollte (act. 2 S. 3 unten). Wenn auch in der Fülle der belletristischen Editionen nur wenige wirklich

kommerziell erfolgreich werden, kann doch das Manuskript nicht als völlig wertlos betrachtet werden. Die CD mit dem elektronisch gespeicherten Text mag tatsächlich überhaupt keinen Geldwert haben, ebenso die separaten Notizen der Klägerin. Ein Verlagsverzeichnis in Buchform dürfte hingegen wiederum etwas Weniger wert sein. Auf Details kommt es nicht an. Da sich die Klägerin entschieden hat, das absolute Maximum der einzelrichterlichen Kompetenz mit der Klage auf Geldzahlung auszuschöpfen, fehlt es an der Zuständigkeit des Einzelrichters, wenn die herauszugebenden Dinge nur *einen* Franken wert sind. Das ist der Fall, und die Klägerin bestreitet es auch nicht - gegenteils hat sie stillschweigend einer Bewertung mit Fr. 200.-- zugestimmt (Prot. I S. 8). Ob das richtig ist, braucht heute nicht entschieden zu werden. Es würde aktuell, wenn die Klägerin das heutige Nichteintreten auf sich beruhen liesse und neu, nach einem erneuten Sühnverfahren, den Einzelrichter anriefe (der teilweise Rückzug der Klage ist verbindlich, auch wenn ihn die Klägerin einem unzuständigen Richter gegenüber abgegeben hat). Das ist aber zur Zeit rein spekulativ. Für die Frage des Weiterzuges an das Bundesgericht sind Fr. 20'000.-- keine kritische Schwelle (Art. 74 BGG).

Damit war der Einzelrichter von Anfang an nicht zuständig. Sein in Abwesenheit der Beklagten mindestens diskutables Manöver zum Herstellen seiner Zuständigkeit war aus rechtlichen Gründen wirkungslos. Auf die Klage ist vielmehr nicht einzutreten.

Was der Einzelrichter hätte tun müssen, hat nun das Obergericht nachzuholen: der Klägerin im Sinne von § 112 ZPO Frist anzusetzen, um Antrag auf Überweisung an die nach ihrer Ansicht nach zuständige Instanz zu stellen (nach neuem Recht wird das so nicht mehr nötig sein, Art. 63 CH-ZPO).

4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Klägerin aufzuerlegen, allerdings ist die Gerichtsgebühr unter dem Titel "Erledigung ohne Anspruchsprüfung" (§ 10 Abs. 1 GG-VO) für beide Instanzen angemessen zu reduzieren. Entsprechend hat die Beklagte eine Prozessentschädigung zu gut; ein Mehrwertsteuerzusatz ist nicht beantragt (Kreisschreiben vom 17. Mai 2006, publiziert unter [www.gerichte-zh.ch/Obergericht/ Kreisschreiben/ab 2000](http://www.gerichte-zh.ch/Obergericht/Kreisschreiben/ab_2000)).

Damit ist das Gesuch der Beklagten um unentgeltliche Prozessführung gegenstandslos.

Hingegen ist der Beklagten die unentgeltliche Verbeiständung durch ihre Anwältin zu bewilligen: ihre Bedürftigkeit im Sinne des Prozessrechts ist ausgewiesen, und für das Berufungsverfahren bedurfte sie rechtlichen Beistandes. Die Bewilligung ist allerdings ausdrücklich auf die zweite Instanz zu beschränken. Ob die Bestreitung der Klage Aussicht auf Erfolg hat (§ 87 in Verbindung mit 84 Abs. 1 ZPO), wird die allenfalls nach einer Überweisung mit der Sache befasste Instanz zu prüfen haben.

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Das angefochtene Urteil wird aufgehoben, und auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Verfahren des Einzelrichters wird auf Fr. 1'600.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 2'400.-- festgesetzt.
4. Die Kosten beider Instanzen werden der Klägerin auferlegt.
5. Auf das Gesuch der Beklagten um unentgeltliche Prozessführung wird nicht eingetreten.
6. Der Beklagten wird Rechtsanwältin X. \_\_\_\_\_ als unentgeltliche Vertreterin bestellt, beschränkt auf das Verfahren der Berufung und ein allfälliges gegen den heutigen Beschluss erhobenes kantonales Rechtsmittel.
7. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das bisherige Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'600.-- zu bezahlen.
8. Der Klägerin läuft eine nicht erstreckbare Frist von 20 Tagen ab Zustellung dieses Beschlusses, um dem Obergericht die Überweisung des Dossiers an

die ihrer Ansicht nach zuständige Instanz zur Weiterbearbeitung zu beantragen. Das Obergericht wird dem folgen, sofern die genannte Instanz nicht offensichtlich unzuständig ist. Andernfalls oder wenn sich die Klägerin nicht äussert, hat es mit dem heutigen Entscheid auf Nichteintreten sein Bewenden.

9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage einer Kopie der Eingabe der Klägerin act. 39, je gegen Empfangsschein.
10. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von § 281 ff. ZPO erhoben werden.

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).

Wird kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, so läuft die Frist für die Beschwerde an das Bundesgericht erst ab Zustellung des Entscheids des Kassationsgerichts (Art. 100 Abs. 6 BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt noch rund Fr. 20'000.--.

Die Beschwerden an das Kassationsgericht und an das Bundesgericht haben keine aufschiebende Wirkung. Die entsprechenden Fristen sind nicht erstreckbar.

---

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Zivilkammer

Die juristische Sekretärin:

lic. iur. D. Tolic

versandt am: