

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP120004-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Beschluss vom 4. September 2012

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ GmbH,

Beklagte und Berufungsbeklagte

betreffend **Forderung (Nichteintreten)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich,
10. Abteilung - Einzelgericht, vom 13. Dezember 2011 (FV110181)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 2 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 19'057.50 nebst Zins zu 5% p.a. seit dem 3. Juli 2008, zuzüglich Verzugschaden von CHF 1'375.00 und die Kosten der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ von CHF 114.00 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____, Zahlungsbefehl vom 9. März 2010, sei in diesem Umfange aufzuheben.
3. Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Verfügung des Einzelgerichts, 10. Abteilung, am Bezirksgericht Zürich vom

13. Dezember 2011

(Urk. 32)

- "1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die reduzierte Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'100.– angesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen der Klägerin verrechnet. Der Überschuss wird der klagenden Partei zurückerstattet.
4. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine reduzierte Entschädigung von Fr. 400.– zu bezahlen.
5. (Schriftliche Mitteilung).
6. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, 30 Tage)."

Berufungsanträge:

(Urk. 31 S. 2)

"Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung – Einzelgericht, vom 13. Dezember 2011 aufzuheben und die Sache zur Fortsetzung der Hauptverhandlung im Verfahren FV110181-L zurückzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten und Appellatin."

Erwägungen:

I.

1. Am 17. August 2011 ging die Klage der Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich sowie einer von D._____ unterzeichneten Vollmacht mit vorgängig genanntem Rechtsbegehren ein (Urk. 1; Urk. 2; Urk. 3).

2. In der Folge wurde die Klägerin mit vorinstanzlicher Verfügung vom 25. August 2011 zur Leistung eines Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 3'200.00 aufgefordert (Urk. 5). Der Kostenvorschuss ging innert erstreckter Frist rechtzeitig ein (Urk. 6-9). Schliesslich wurden die Parteien am 29. September 2011 auf den 26. Oktober 2011 zur Verhandlung vorgeladen, welche indes infolge Krankheit des klägerischen Rechtsvertreters auf den 7. Dezember 2011 verschoben wurde (Urk. 10-13). Diese wurde nach Erstellen der Klagebegründung und -antwort abgebrochen (Prot. I S. 8). Schliesslich trat die Vorinstanz mit unbegründeter Verfügung vom 13. Dezember 2011 auf die vorliegende Klage nicht ein (Urk. 16). Auf das vom klägerischen Rechtsvertreter mit Schreiben vom 22. Dezember 2011 gestellte Gesuch um Begründung des Entscheides wurde mit Verfügung vom 12. Januar 2012 nicht eingetreten (Urk. 19-23). Diese Verfügung wurde der Klägerin direkt zugestellt, welche in der Folge mit Eingabe vom 26. Januar 2012 und unter Beilage einer neuen Vollmacht um Begründung des Entscheides ersuchte (Urk. 25-26). Hierauf erfolgte die Begründung des Entscheides (Urk. 27 = Urk. 32).

3. Die Klägerin erhob mit Schreiben vom 8. März 2012 innert Frist rechtzeitig Berufung mit eingangs erwähntem Antrag (Urk. 31). Nach rechtzeitigem Eingang des mit Präsidialverfügung vom 4. April 2012 festgesetzten Kostenvorschusses (Urk. 37-38) wurde der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte) mit Präsidialverfügung vom 23. April 2012 Frist zur Beantwortung der Be-

rufung angesetzt (Urk. 39). Die Beklagte liess sich innert Frist (bis 4. Juni 2012) nicht vernehmen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Die Vorinstanz begründete ihren Nichteintretensentscheid damit, dass die von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ eingereichte Anwaltsvollmacht (Urk. 3) nicht von einer zeichnungsberechtigten Person unterzeichnet worden sei. Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ sei bereits am 25. Oktober 2011 durch das Gericht auf diesen Mangel hingewiesen worden (Prot. I S. 5). Damit sei Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ eine Nachfrist im Sinn von Art. 132 Abs. 1 ZPO angesetzt worden, um den Mangel der fehlenden Vollmacht bis zu der auf den 7. Dezember 2011 verschobenen Hauptverhandlung zu verbessern. Da Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ trotz einer Nachfrist von über eineinhalb Monaten keine rechtsgültige Vollmacht zur Hauptverhandlung vom 7. Dezember 2012 beigebracht habe, sei auf die Klage nicht einzutreten (Urk. 32 S. 4 f.).

2. In ihrer Beschwerde räumt die Klägerin ein, dass die im erstinstanzlichen Verfahren eingereichte Vollmacht nicht rechtsgültig unterzeichnet war. Durch die Bezahlung des Kostenvorschusses seien die bisherigen Prozesshandlungen jedoch konkludent genehmigt worden, so dass von einer gültigen Bevollmächtigung auszugehen sei (Urk. 31 S. 4 Rz. 9 und 10).

- a) Gemäss Art. 68 Abs. 3 ZPO hat sich die Vertreterin oder der Vertreter durch eine Vollmacht auszuweisen. Dabei kann es sich um eine schriftliche - oder mündlich zu Protokoll erklärte - Vollmacht handeln (Stephanie Hrubesch-Millauer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 68 Rz. 11; Staehelin/Schweizer, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm, Art. 68 Rz. 27). Jedenfalls ist aber eine ausdrückliche Vollmacht erforderlich.
- b) Nicht überzeugend ist die Auffassung der Klägerin, dass bei Fehlen einer ausdrücklichen Vollmacht durch Bezahlung des Kostenvorschusses von einer konkludenten Genehmigung der bisherigen Prozesshandlungen auszu-

gehen sei. In der Literatur wird diese Meinung zwar unter Hinweis auf einen unpublizierten Entscheid des Bundesgerichtes vertreten (Stahelin/Schweizer, a.a.O., Art. 68 Rz. 28 mit Hinweis auf Urteil 4P.184/2003 E. 2.1). Allerdings ist zu beachten, dass sich dieser Entscheid damals auf kantonales Prozessrecht bezog, während heute Art. 132 Abs. 1 ZPO massgebend ist, welche Bestimmung vorschreibt, dass der betreffenden Partei unter Androhung der Säumnisfolgen eine Frist zur Nachreichung einer gültigen Vollmacht anzusetzen sei. Überdies erging der genannte Entscheid lediglich im Rahmen einer Willkürprüfung, wobei keineswegs gesagt wurde, dass die damals noch auf kantonalem Prozessrecht basierende Annahme zutreffend sei.

- c) Aus diesen Gründen kann nicht davon ausgegangen werden, dass durch die Bezahlung des Kostenvorschusses trotz fehlender Vollmacht die bisherigen Prozesshandlungen konkludent genehmigt wurden.

3. Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob das Einzelgericht im Zusammenhang mit der fehlenden gültigen Vollmacht korrekt nach Art. 132 ZPO vorgegangen ist. In diesem Zusammenhang wirft die Klägerin der Vorinstanz vor, zur Beibringung einer gültigen Vollmacht keine klar bemessene Nachfrist mit schriftlicher Verfügung und unter Androhung der Säumnisfolgen angesetzt zu haben (Urk. 31 S. 4 f. insbes. Rz. 8 und 11).

- a) Gemäss Art. 132 Abs. 1 ZPO sind Mängel wie fehlende Vollmacht innert einer gerichtlichen Nachfrist zu verbessern (Satz 1); andernfalls gilt die Eingabe als nicht erfolgt (Satz 2).
- b) Im vorliegenden Fall telefonierte der Gerichtsschreiber am 25. Oktober 2011 mit Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ und verfasste über das Telefongespräch eine Telefonnotiz, die in der entscheidenden Passage wie folgt lautet (Prot. I S. 5):

"Ich kontaktiere RA Y._____ und weise ihn darauf hin, dass die uns vorliegende Vollmacht nicht gültig sei, da keine zeichnungsberechtigte Person der Klägerin diese unterschrieben habe".

c) Zu Recht macht die Klägerin geltend, dass diese Telefonnotiz nicht als Nachfristansetzung im Sinn von Art. 132 ZPO gelten kann. Erstens hätte die Nachfristansetzung in Form einer prozessleitenden Verfügung (Art. 124 Abs. 1 ZPO) schriftlich zugestellt (Art. 136 lit. b ZPO) oder im Rahmen einer Verhandlung zu Protokoll genommen werden müssen (Art. 235 Abs. 1 lit. e ZPO [welche Bestimmung nach Art. 219 ZPO sinngemäss auch für das vorliegende vereinfachte Verfahren gilt]). Eine Telefonnotiz reicht für eine Nachfristansetzung nach Art. 132 Abs. 1 ZPO nicht aus. Zweitens hätte für die Behebung des Mangels eine nach Tagen bemessene oder durch einen Endtermin bestimmte Frist angesetzt werden müssen (Art. 132 Abs. 1 Satz 1 ZPO), was hier unterblieben ist. Insbesondere ist die Auffassung der Vorinstanz nicht überzeugend, Rechtsanwalt lic.iur. Y._____ sei aufgegeben worden, bis zur auf den 7. Dezember 2011 verschobenen Hauptverhandlung eine gültige Vollmacht nachzureichen (Urk. 32 S. 4). Der Telefonnotiz vom 25. Oktober 2011 ist kein solcher Termin zu entnehmen (Prot. I S. 5). Vielmehr wurde die Klägerin erst etwa zwei Wochen später am 7. November 2011 zur Hauptverhandlung vom 7. Dezember 2011 vorgeladen (Urk. 13). Und drittens hätten die Säumnisfolgen angedroht werden müssen (Art. 132 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Auch eine solche Androhung kann der Telefonnotiz nicht entnommen werden. Schliesslich war der Gerichtsschreiber zur Ansetzung einer Nachfrist nicht befugt.

4. Wenn das Einzelgericht jedoch nicht nach Art. 132 ZPO vorgegangen ist, war es auch nicht berechtigt, das Verfahren durch Nichteintreten zu erledigen. Der Nichteintretensentscheid ist aufzuheben und das Verfahren ist an die Vorinstanz zurückzuweisen.

III.

1. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden grundsätzlich den Parteien ausgangsgemäss auferlegt (Art. 106 ZPO). Vorliegend hat die Klägerin obsiegt. Indes hat sich die Beklagte nicht mit dem vorinstanzlichen Entscheid identi-

fiziert, weshalb sie auch nicht als unterliegende Partei bezeichnet werden kann. Da die Berufung gutzuheissen ist, sind die Kosten des Verfahrens in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 ZPO auf die Staatskasse zu nehmen.

2. Die schweizerische Zivilprozessordnung bietet hingegen keine Grundlage dafür, einen Kanton zur Tragung einer Parteientschädigung zu verpflichten. Damit ist vorliegend keiner der Parteien eine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. In Gutheissung der Berufung wird die Verfügung des Einzelgerichts, 10. Abteilung am Bezirksgericht Zürich, vom 13. Dezember 2011 aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Für das Berufungsverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden im Berufungsverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht, 10. Abteilung am Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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 Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 20'432.50.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 4. September 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
mc