

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RU120015-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-  
Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic.

## Urteil vom 22. März 2012

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Beschwerdeführer,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Beschwerdegegner,

betreffend

**Forderung / Kostenvorschuss**

Beschwerde gegen die Verfügungen des Friedensrichteramtes Zollikon vom  
5. Januar 2012 und 1. Februar 2012 (GV.2011.00054)

### **Erwägungen:**

1. Mit Eingaben je vom 17. August 2011 und (nach mehreren Fristersterkungen) mit präzisiertem Schlichtungsgesuch vom 31. Dezember 2011 leitete der Kläger das Schlichtungsverfahren mit einem Streitwert von Fr. 3,8 Mio. ein (act. 1 -7). Nachdem der dem Kläger mit Verfügung des Friedensrichteramtes Zollikon vom 5. Januar 2012 auferlegte Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 1'200.– nicht geleistet wurde (act. 8), wurde dem Kläger mit Verfügung vom 1. Februar 2012 zu dessen Leistung eine Nachfrist von 10 Tagen ab Zustellung der Verfügung angesetzt. Damit verbunden wurde die Androhung, dass bei Säumnis auf die Klage nicht eingetreten werde (act. 9 = act. 17).

2. Mit Eingabe vom 20. Februar 2012 (Poststempel) erhob der Kläger gegen die Verfügungen vom 5. Januar und 1. Februar 2012 Beschwerde (act. 14 = act. 19). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1 -15). Von der Einholung einer Beschwerdeantwort wurde abgesehen (Art. 322 Abs. 1 ZPO; vgl. nachstehend Ziff. 6) und auf das Einholen eines Kostenvorschusses (Art. 98 ZPO) umständehalber verzichtet.

3. In seiner handschriftlich verfassten, nicht leicht leserlichen und verständlichen Rechtsmittelschrift macht der Kläger zunächst geltend, die Verfügung des Friedensrichteramtes Zollikon vom 5. Januar 2012 nie erhalten und erst mit der nachfolgenden Verfügung vom 1. Februar 2012 von dieser erfahren zu haben, aus welchem Grunde er beantragt, es sei ihm die Verfügung vom 5. Januar 2012 unter erneuter Fristansetzung mit eingeschriebener Post nochmals zuzustellen. Zudem beantragt er, es sei der verlangte Kostenvorschuss auf Fr. 100.– zu reduzieren bzw. es sei von diesem abzusehen, was auch für die Beschwerde gegen die Verfügung des Friedensrichteramtes Zollikon vom 1. Februar 2012, welche aufzuheben sei, gelte. Wegen Unfallfolgen bzw. sehr schlimmen Schmerzen inkl. Erbrechen habe er die zweite Verfügung erst am 20. Februar 2012 erhalten. Schliesslich beantragt der Kläger die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren und zumindest sinngemäss auch für das Rechtsmittelverfahren (act. 19).

4.1 Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt eine eingeschriebene Sendung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste. Die siebentägige Abholfrist ist als Grundsatz in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Post vorgesehen und damit allgemein bekannt. Ein Zurückbehaltungsauftrag des Adressaten an die Post oder andere Abmachungen mit der Post können den Eintritt der Zustellfiktion nicht hinausschieben. Gewährt die Post dem Adressaten eine Abholfrist von über sieben Tagen und holt dieser die Sendung am letzten Tag der verlängerten Abholfrist ab, tritt gemäss BGE 127 I 34 Erw. 2.a)aa) dennoch die Zustellfiktion am siebten Tag als ungeschriebener, von den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Post unabhängiger Rechtsgrundsatz ein und beginnt damit auch der Fristenlauf (BGE 130 III 396 Erw. 1.2.3; ZK ZPO-Staehelin, N 8 zu Art. 138 ZPO).

4.2 Der Kläger, als das Schlichtungsverfahren einleitende Partei, hatte Kenntnis vom bestehenden Prozessrechtsverhältnis und hat somit mit der Zustellung von behördlichen Akten rechnen müssen. Die Verfügung vom 1. Februar 2012 wurde mit eingeschriebener Post versandt und die Sendung am 3. Februar 2012 avisiert (act. 11 und 21). Gestützt auf Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO ist daher von einer fiktiven Zustellung am letzten Tag der Abholfrist, d.h. am 10. Februar 2012 auszugehen. Die zehntägige Rechtsmittelfrist begann somit am Folgetag der fiktiven Zustellung, d.h. am 11. Februar 2012 zu laufen und wurde durch die Postaufgabe der Beschwerdeschrift am 20. Februar 2012 gewahrt (act. 19).

5.1 Prozessleitende Verfügungen über die Leistung von Vorschüssen sind mit Beschwerde anfechtbar (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO i.V.m. Art. 103 ZPO). Der Kläger rügt betreffend die Verfügung vom 5. Februar 2012 zunächst die Höhe des Kostenvorschusses und verlangt eine Reduktion auf Fr. 100.–. Zugleich beantragt er gestützt auf das in der Rechtsmittelschrift gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren eine gänzliche Befreiung zur Leistung des ihm vom Friedensrichteramt Zollikon auferlegten Vorschusses (act. 19).

5.2 Die Schlichtungsbehörde kann von der klagenden Partei die Leistung eines Kostenvorschusses bis zur Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten ver-

langen. Die Kosten des Schlichtungsverfahrens haben die Form von Pauschalen (Art. 95 Abs. 2 lit. a ZPO). Die Festsetzung der Pauschale wird insbesondere nach Massgabe des Streitwertes und des Aufwandes bestimmt (ZK ZPO-Honegger, N 3 f. zu Art. 207 ZPO), wobei sich der Streitwert gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO nach dem Rechtsbegehren bestimmt. Bei einem Streitwert von Fr. 3,8 Mio. kann die Gebühr für das Schlichtungsverfahren gemäss § 3 Abs. 1 GebV OG bis Fr. 1'240.– betragen. Die Höhe des festgesetzten Kostenvorschusses ist folglich nicht zu beanstanden und die Beschwerde gegen die Verfügung vom 1. Februar 2012 in diesem Punkt abzuweisen.

5.3 Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sind jeweils bei der mit der Hauptsache befassten Instanz und somit für das Schlichtungsverfahren beim Friedensrichteramt Zollikon zu stellen, weshalb auf die Beschwerde in diesem Punkt nicht einzutreten ist.

5.4 Mit dem Entscheid in der Sache wird das Gesuch des Klägers um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

6. Die vorinstanzlichen Akten enthalten keinen Hinweis, dass die Verfügung vom 5. Januar 2012 dem Kläger (in welcher Form auch immer) zugestellt wurde, weshalb diesbezüglich auf seine Darstellung abgestellt werden muss. Durch die nicht gehörig erfolgte Zustellung zeitigt die Verfügung vom 5. Januar 2012 keine Rechtswirkungen (was grundsätzlich jederzeit geltend gemacht werden kann) und muss wiederholt werden. Dass der Kläger mit Zustellung der Verfügung vom 1. Februar 2012 Kenntnis vom Inhalt der Verfügung vom 5. Januar 2012 erlangt hatte, vermag den Mangel nicht zu heilen. Der Gesetzgeber hat bei der Frist zur Bezahlung des auferlegten Kostenvorschusses zwingend eine Nachfrist (mit Säumnisfolgen) und somit eine zweimalige Fristansetzung vorgesehen (Adrian Urwyler, DIKE-Komm ZPO, N 5 zu Art. 101 ZPO). Nach dem Gesagten hat die dem Kläger zugestellte Verfügung vom 1. Februar 2012 trotz Nachfristansetzung und Androhung von Säumnisfolgen als erstmalige Fristansetzung zur Leistung des verlangten Kostenvorschusses im Sinne von Art. 101 Abs. 1 ZPO zu gelten und ist dem Kläger in der Form nach Art. 138 ZPO (vgl. ZK ZPO-Honegger, N 14 zu Art. 202 ZPO; [noch einmal]) eine angemessene Nachfrist zur Leistung

des Kostenvorschusses anzusetzen, verbunden mit der ausdrücklichen Androhung der Säumnisfolge gemäss Art. 101 Abs. 3 ZPO bei Nichtleistung. Durch diese Anordnung ist der Beklagte nicht beschwert, weshalb trotz teilweiser Gutheissung der Beschwerde von der Einholung einer Beschwerdeantwort abgesehen werden konnte.

7. Es rechtfertigt sich, bei diesem Ausgang des Verfahrens keine Kosten zu erheben (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Damit ist das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren gegenstandslos. Dem Beklagten ist mangels notwendiger Auslagen keine Parteientschädigung zuzusprechen. Überdies fehlt es ohnehin an einer gesetzlichen Grundlage für eine durch den Kanton zu entrichtende Parteientschädigung (ZK ZPO-Jenny, N 26 zu Art. 107 ZPO).

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde gegen die Verfügung des Friedensrichteramtes Zollikon vom 1. Februar 2012 wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Beschwerde gegen die Verfügung des Friedensrichteramtes Zollikon vom 5. Januar 2012 wird gutgeheissen und das Friedensrichteramt Zollikon im Sinne der Erwägungen gemäss Ziff. 6 vorstehend angewiesen, dem Kläger eine nochmalige Nachfrist für den Kostenvorschuss unter Androhung der gesetzlichen Säumnisfolgen anzusetzen.
3. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage eines Doppels von act. 19, sowie - nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist - an das Friedensrichteramt Zollikon, je gegen Empfangsschein.

6. 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. 1'200.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Tolic

versandt am: