

Art. 111 ZPO, Bezug der Kosten (nur) aus einem Vorschuss des obsiegenden Klägers. *Die kantonale ZPO ist wirklich aufgehoben, und ein an das alte Recht angelehnter Kostenbezug vom obsiegenden Kläger, vom dem man keinen Vorschuss verlangt hat, ist rechtswidrig.*

Ein Einzelgericht wendet im achten Jahr nach Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung noch die alte Zürcher ZPO an. Das Obergericht heisst eine dagegen erhobene Beschwerde gut.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

(II) 2. Die Beschwerdeführer machen eine unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz geltend. So habe die Vorinstanz trotz Verzichts auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu Beginn des Verfahrens die im Endentscheid der Beschwerdegegnerin auferlegten Kosten unter solidarischer Haftung von ihnen bezogen und so das Inkassorisiko auf sie übergewälzt. Für eine solche Kostenliquidation bestehe indes keine Rechtsgrundlage, weshalb die Kosten direkt von der unterliegenden Beschwerdegegnerin zu beziehen seien.

3. Das Gericht kann von der gesuchstellenden Partei einen Kostenvorschuss verlangen (Art. 98 ZPO). Hinsichtlich der Liquidation der Prozesskosten hält Art. 111 Abs. 1 ZPO fest, dass die Gerichtskosten mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet werden, wobei ein Fehlbetrag von der kostenpflichtigen Partei nachgefordert wird. Gemäss Abs. 2 der genannten Bestimmung hat die kostenpflichtige Partei der anderen Partei die geleisteten Vorschüsse zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Die obsiegende Partei trägt dementsprechend im Umfang der von ihr verlangten bzw. geleisteten Kostenvorschüsse das Inkassorisiko. Das ist vom Gesetzgeber bewusst gewollt: So hält die Botschaft zur schweizerischen Zivilprozessordnung fest, dass die obsiegende Partei das grössere Inkassorisiko trage als der Kanton. Indes erscheine dies im Zivilprozess, in welchem rein private Streitigkeiten ausgetragen würden, gerechtfertigt (Botschaft ZPO vom 28. Juni 2006, BBl. 2006 7221, S. 7299). Wurde zu Beginn des Verfahrens kein Kostenvorschuss erhoben, kann das Gericht bis zur Entscheideröffnung von der klagenden Partei einen Kostenvorschuss erheben, denn das Gesetz schreibt keinen spätestmöglichen Zeitpunkt vor (vgl. FRANCESCA PESENTI, Gerichtskosten [insbesondere Festsetzung und Verteilung] nach der Schweizeri-

schen Zivilprozessordnung, Basel 2017, S. 106). Wurden jedoch, wie vorliegend, keinerlei Kostenvorschüsse bzw. Kautionen verlangt, sind die Gerichtskosten von der kostenpflichtigen Partei zu beziehen. Dies lässt sich aus der Regelung betreffend Nachforderung eines allfälligen Fehlbetrages von der kostenpflichtigen Partei (Art. 111 Abs. 1 Satz 2 ZPO) ableiten, sodass beim Absehen von der Erhebung eines Kostenvorschusses die Kosten jeweils von der kostenpflichtigen Partei zu fordern sind und nicht etwa auf den Kreis vorschusspflichtiger Personen abzustellen ist (DHEDEN C. ZOTSANG, Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2015, S. 237 f.). Der "Fehlbetrag" im Sinne von Art. 111 Abs. 1 Satz 2 ZPO umfasst in diesem Fall die gesamten Prozesskosten.

Die von diesem Grundsatz abweichende Praxis, mit welcher die Vorinstanz ihren von der Prozesskostenliquidation gemäss Art. 111 ZPO abweichenden Entscheid begründen will, gründet auf § 67 Abs. 4 ZPO/ZH, wonach im summarischen Verfahren die Kosten der ersten Instanz in der Regel vom Kläger bezogen werden, unter Einräumung des Rückgriffs auf den unterliegenden Beklagten. Wie bereits in einem Entscheid der I. Zivilkammer vom 4. Juni 2018 festgehalten wurde, lässt sich diese Regelung unter der eidgenössischen ZPO jedoch nicht weiterführen (vgl. dazu *OGerZH* RV180007-O vom 4. Juni 2018, E. 6.1 = ZR 117/2018 Nr. 49). Ohne Kostenvorschuss besteht im Endentscheid für eine Haftung der obsiegenden Partei kein Raum mehr. Indem die Vorinstanz die Kosten von den obsiegenden Beschwerdeführern (unter Erstattungspflicht der Beschwerdegegnerin) bezog, wandte sie das Recht unrichtig an (vgl. Art. 320 lit. a ZPO), was zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Kostendispositivs führt. In Anwendung von Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO ist deshalb Dispositiv-Ziffer 2 des vorinstanzlichen Entscheides aufzuheben, und die Kosten sind der unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen, ohne dass sie von den Beschwerdeführern zu beziehen wären.

III. (Weil die Praxis des Einzelgerichts qualifiziert rechtswidrig ist, wird die obsiegende Partei für die Beschwerde aus der Staatskasse entschädigt)

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 27. Juni 2019
Geschäfts-Nr.: PF190023-O/U