



Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller, Vizepräsident, und Roland Schmid, die Handelsrichter Dr. h.c. Stephan Weber, Dr. Samuel Gernet und Daniel Marinello sowie die Gerichtsschreiberin Helene Lampel

Beschluss vom 19. November 2013

in Sachen

A. _____,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. C. _____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. D. _____

gegen

B. _____,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. E. _____, E. _____ & F. _____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. G. _____, E. _____ & F. _____

betreffend **Forderung**

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Ausgangslage

1.1. Mit Klageschrift vom 27. März 2013 machte die Klägerin beim Handelsgericht eine Klage über CHF 548'097.45 anhängig (act. 1). Nachdem die Klägerin den ihr auferlegten Kostenvorschuss geleistet hatte, wurde der Beklagten mit Verfügung vom 12. April 2013 eine einmalige Frist bis zum 17. Juni 2013 für die Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 7).

1.2. Mit Schreiben vom 17. Juni 2013 (act. 9) legte Rechtsanwalt E._____ die Prozessvollmacht der Beklagten (act. 10) vor und ersuchte um Fristerstreckung "um mindestens 20 Tage". Mit der Begründung, dass keine zureichenden Gründe für eine Fristerstreckung geltend gemacht worden seien (vgl. Art. 144 Abs. 2 ZPO), wurde das Fristerstreckungsgesuch mit Verfügung vom 18. Juni 2013 abgewiesen. Gleichzeitig wurde der Beklagten im Sinne von Art. 223 Abs. 1 ZPO eine *Nachfrist bis zum 10. Juli 2013* angesetzt, um die Klageantwort zu erstatten (act. 12).

1.3. Die vom Mittwoch, dem 10. Juli 2013, datierte Klageantwort (act. 14) gelangte hier am 15. Juli 2013 ein, wobei entgegen Art. 131 ZPO die Beilagen zur Klageantwort nur in einfacher Ausfertigung eingereicht wurden. Die Klageantwort wurde nun namens eines andern Anwaltes der Kanzlei "E._____ & F._____" eingereicht, nämlich namens des Rechtsanwalts G._____, für den damals noch keine Prozessvollmacht vorlag. Unterzeichnet wurde die Rechtsschrift indessen weder von Rechtsanwalt G._____ noch von Rechtsanwalt E._____, sondern von MLaw H._____, der auf dem Briefkopf der Kanzlei als "juristischer Mitarbeiter" figuriert. Abgestempelt wurde die Briefsendung am Donnerstag, dem 11. Juli 2013, 21.00 Uhr (act. 15). Auf der Rückseite des Briefumschlages findet sich der folgende handschriftliche Vermerk:

"Die Unterzeichneten bestätigen den Einwurf dieses Briefes am 10. Juli 2013, um 23.13 Uhr, in den Briefkasten Tramhaltestelle Stauffacher.

H. _____

...weg 2

...

sig. H. _____

I. _____

...strasse 60

...

sig. I. _____ "

2. Verfahren betreffend fristgemässe Erstattung der Klageantwort

2.1. Mit Verfügung vom 15. Juli 2013 wurden die Parteien auf die Umstände der Postaufgabe hingewiesen, soweit sie aus den Akten ersichtlich sind (act. 16).

Rechtsanwalt E. _____, für den damals allein eine Prozessvollmacht bei den Akten lag (act. 10), wurde aufgefordert bis zum 29. Juli 2013 eine Substitutionsvollmacht für MLaw H. _____ einzureichen, und zwar "ungeachtet des Fristenstillstandes". Ferner wurde angeordnet, dass H. _____ und I. _____ über die Umstände und die Rechtzeitigkeit der Postaufgabe der Klageantwort als Zeugen vernommen würden.

2.2. Am 31. Juli 2013 wurde erneut eine vom 10. Juli 2013 datierte Klageantwortschrift zur Post gegeben (act. 18). Gleichzeitig wurde eine von der Beklagten am 8. Juli 2013 unterzeichnete Prozessvollmacht zugunsten von Rechtsanwalt E. _____ und Rechtsanwalt G. _____ eingereicht (act. 19). Die am 5. August 2013 hier eingegangene Klageantwort (act. 18) ist wie jene, die bereits am 15. Juli 2013 hier eingegangen ist (act. 14), vom 10. Juli 2013 datiert. Die spätere Klageantwort (act. 18) enthält im Gegensatz zur ersten Rechtsschrift ein Beweismittelverzeichnis, das auf Seite 9 bei den Beilagen erwähnt und als Seite 10 angefügt ist. Im Übrigen ist die zweite Rechtsschrift act. 18 nicht mehr "i.V." von H. _____ unterzeichnet, sondern von Rechtsanwalt G. _____, der von der Beklagten bevollmächtigt wurde.

2.3. Mit Verfügung vom 5. August 2013 wurde festgehalten, dass noch immer nicht geklärt sei, ob H. _____ zur Prozessführung im Sinne des Anwaltsgesetzes befugt gewesen sei, weshalb eine Verzeigung im Sinne von § 40 AnwG ernsthaft in Betracht gezogen werden müsse. Die Rechtsanwälte E. _____ und G. _____ wurden daher aufgefordert darzulegen, wie es zur Unterzeichnung der ersten, von

H._____ unterzeichneten Rechtsschrift kam (act. 22). In der Folge nahm Rechtsanwalt G._____ mit Schreiben vom 14. August 2013 Stellung (act. 24). Im Wesentlichen trug er Folgendes vor:

- Kanzleiintern sei das Mandat von Rechtsanwalt E._____ auf Rechtsanwalt G._____ übertragen worden. Dieser habe wiederum den Substituten H._____ zugezogen.
- Anfang Juli 2013 sei die Klageantwort in "wesentlichen Teilen" fertiggestellt gewesen. Der 4. Juli 2013 (Donnerstag) sei der letzte Arbeitstag von Rechtsanwalt G._____ vor seinen Ferien gewesen. Vorgängig habe er mit H._____ die "Ergänzungen und Anpassungen im Text" der Klageantwort besprochen. "Im Hinblick auf die Einreichung" habe Rechtsanwalt G._____ fünf Exemplare der letzten Seite "vorerst ohne Seitenzahl" unterzeichnet, weil H._____ zur Prozessführung im Kanton Zürich nicht befugt sei.
- Der Ersatz der bisherigen EDV-Anlage in der Kanzlei "E._____ & F._____" sei am Wochenende vom 6./7. Juli 2013 erfolgt. An diesem Wochenende habe H._____ an der Klageantwort gearbeitet. Indessen habe er am Montag, 8. Juli 2013 auf seinem neuen Rechner "den entsprechenden Dateiodner" nicht mehr auffinden können.
- Die Datei habe in der Folge weder am Montag, dem 8. Juli, noch am Dienstag, dem 9. Juli, aufgefunden werden können. In dieser Notlage habe H._____ sich dazu entschlossen, "die wesentlichen Punkte des beklagischen Standpunktes in einer neuen, kurzen Klageantwort zusammenzufassen, um auf jeden Fall die Frist zur Klageantwort einzuhalten".
- Da diese Version der Klageantwort von Rechtsanwalt G._____ nicht "abgesegnet" worden sei, habe sich Substitut H._____ dazu entschlossen, "nicht die vorhandenen Unterschriften" von Rechtsanwalt G._____ hinzuzufügen und statt dessen selber zu unterzeichnen, "damit wenigstens eine Unterschrift vorhanden war, welche jedoch ebenso erkennbar nicht

von einem Rechtsanwalt stammen sollte". Dass er sich damit in einen Konflikt mit dem Anwaltsgesetz bringen könne, habe H._____ "schlichtweg nicht bedacht".

- Schliesslich sei H._____ am 10. Juli 2013, um 22.30 Uhr, als er den Brief am Schalter der Sihlpost habe aufgeben wollen, der Zutritt zur Sihlpost vom Sicherheitsdienstmann verwehrt worden, weil der Schalter seit einer Minute geschlossen worden sei. H._____ habe sich daher dazu entschlossen, den Umschlag vor Fristablauf unter Beizug eines Zeugen in den bei der Tramhaltestelle Stauffacher befindlichen Briefkasten zu legen.

2.4. Am 24. Oktober 2013 wurden I._____ und H._____ als Zeugen vernommen (act. 26 und 27). Im Anschluss an die Zeugenbefragungen nahmen die Parteien zum Beweisergebnis Stellung sowie zur Frage, ob die Einreichung der Klageantwort als rechtzeitig anzusehen sei. Die Klägerin stufte die Zeugenaussagen als nicht glaubwürdig ein und stellte den Antrag, dass die Beklagte mit ihrer Klageantwort demgemäss als säumig anzusehen sei. Nach dem Verursacherprinzip sei die Beklagte ferner zu verpflichten, "die Prozesskosten für den heutigen Nachmittag" zu bezahlen (Prot. S. 13 ff.). Die Beklagte stellte sich demgegenüber auf den gegenteiligen Standpunkt und hielt dafür, dass die Klageantwort als rechtzeitig entgegenzunehmen sei. In der Folge replizierten und duplizierten die Parteien und verzichteten auf weitere Vorträge (Prot. S. 17-19).

3. Frage der fristgemässen Erstattung der Klageantwort

3.1. Am 24. Oktober 2013 wurden die beiden Zeugen I._____ und H._____ separat vernommen.

3.1.1. Zuerst wurde I._____ angehört. Der Zeuge arbeitet zur Zeit als Jurist am Bezirksgericht J._____. Zuvor war er wie H._____ als Jurist in der Kanzlei "E._____ & F._____" tätig. Der Zeuge schildert, dass er eines Abends um ca. 22.30 Uhr von seinem früheren Arbeitskollegen H._____ einen Telefonanruf auf sein Handy erhalten habe und von ihm gefragt wurde, ob er bezeugen würde, dass er, H._____, ein Couvert in den Briefkasten legen werde. Er habe es näm-

lich nicht mehr geschafft, einen Brief zur Sihlpost zu bringen. Etwa 15 Minuten später habe H._____ bei ihm geläutet. In der Folge habe der Zeuge die von H._____ vorbereitete Erklärung auf dem Briefumschlag unterzeichnet. Alsdann sei der Brief in den Briefkasten geworfen worden (act. 26).

3.1.2. Der Zeuge H._____ schilderte zunächst im Wesentlichen die Vorgänge betreffend Vorbereitung der Klageantwort, Ersatz der EDV-Anlage und Verlust der Datei so, wie das bereits mit der Eingabe der Beklagten vom 14. August 2013 (act. 24) dargestellt wurde (vgl. oben E. 2.3.). Eine frühere Version der gesuchten Datei sei vom Informatiker am 9. Juli 2013 um 19.00 Uhr gefunden worden. Am Mittwoch habe er dann an der Rekonstruktion der Rechtsschrift gearbeitet, aber die Zeit sei knapp geworden. Er habe gewusst, dass die Sihlpost um 22.30 Uhr schliessen werde. Um zur Post zu gelangen, habe er die Kanzlei sechs bis sieben Minuten vor diesem Zeitpunkt verlassen, sei aber um 22.30 Uhr vom Security-Beamten nicht mehr zur Schalterhalle zugelassen worden. Er habe sich dann an die Zivilprozess-Vorlesung Prof. Spühlers erinnert: Prof. Spühler habe nämlich dort ausgeführt, "dass die Postsendung vor Mitternacht im Briefkasten sein müsse und dass man dies durch zwei Zeugen bestätigen lassen müsse". Daher habe er I._____ angerufen. Er habe das getan, weil I._____ früher in der gleichen Kanzlei gearbeitet habe und weil er in der Nähe wohne. Er habe sich notiert, dass er I._____ um 22.46 Uhr angerufen habe. Er sei zur Wohnung von I._____ gegangen und habe geläutet. Auf dem Briefumschlag habe er die Bestätigung gemäss act. 15 vorbereitet. Zusammen mit I._____ habe er sich zum Briefkasten am "Stauffacher" begeben, "welcher sich um die Ecke befindet" (act. 27).

3.1.3. Die beiden Zeugen schildern den hier interessierenden Vorfall sehr lebensnah und im Kern übereinstimmend. Die Differenzen betreffend die Zeitangabe (Anruf um ca. 22.30 Uhr oder um 22.46 Uhr) sind minim; Gleiches gilt für die Frage, ob der Text auf dem Briefumschlag bereits vorgängig von H._____ angebracht worden war oder ob dies erst in der Anwesenheit von I._____ geschah. Es sind dies vielmehr Hinweise darauf, dass sich die Zeugen nicht abgesprochen haben. Beide Zeugen haben dem vernehmenden Richter einen sehr glaubwürdigen Eindruck gemacht. Hinweise darauf, dass sie bewusst die Unwahrheit gesagt

bzw. sich geirrt hätten, gibt es nicht. Auf ihre Aussagen ist mithin abzustellen. Entsprechend der Bestätigung auf dem Briefumschlag act. 15 ist demnach davon auszugehen, dass die Klageantwort gemäss act. 14 am 10. Juli 2013 der Post übergeben wurde, indem der entsprechende Briefumschlag mit der Klageantwort gemäss act. 14 nach 23.00 Uhr und deutlich vor 24.00 Uhr in den Briefkasten am "Stauffacher" in Zürich geworfen wurde.

3.2. Damit steht aber noch nicht fest, ob die Klageantwort als rechtzeitig entgegengenommen werden kann, denn act. 14 wurde nicht von einem bevollmächtigten Anwalt unterzeichnet, sondern von einem nicht bevollmächtigten Angestellten der Kanzlei, nämlich H._____, der überdies über keine Prozessführungsbewilligung verfügte. Der vorliegende Mangel war gemäss Verfügung vom 15. Juli 2013 (act. 16) innerhalb einer Nachfrist gemäss Art. 132 Abs. 1 ZPO zu beheben. Beheben wurde der Mangel dadurch, dass die mit act. 14 im Wesentlichen übereinstimmende Rechtsschrift mit act. 18 von einem bevollmächtigten Anwalt noch einmal unterzeichnet eingereicht wurde. Dadurch wurde die frühere Einreichung von H._____ am 10. Juli 2013 durch einen bevollmächtigten und zur Prozessführung zugelassenen Vertreter genehmigt (vgl. Art. 38 Abs. 1 OR).

3.2.1. Allerdings bestreitet die Klägerin, dass diese Genehmigung ordnungsgemäss erfolgt sei. Die Beklagte habe nämlich die ihr mit Verfügung vom 15. Juli 2013 (act. 16) angesetzte Nachfrist nicht eingehalten: Die Nachfrist sei ihr bis zum 29. Juli 2013 gesetzt worden, während dessen die verbesserte Rechtsschrift erst am 31. Juli 2013 eingereicht worden sei. Gemäss dem Entscheid BGer 5A_461/2012 vom 1. Februar 2013 sei damit die Frist endgültig versäumt (act. 28 S. 4).

Gemäss Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO sind zur berufsmässigen Vertretung nur Anwältinnen und Anwälte befugt, die nach dem BGFA berechtigt sind, Parteien vor schweizerischen Gerichten zu vertreten. Aus dem Vorbehalt von Art. 3 Abs. 2 BGFA zugunsten des kantonalen Rechts ergibt sich, dass die Kantone Inhaberinnen und Inhabern ihres kantonalen Anwaltspatentes erlauben können, auch ohne Registereintrag Parteien zu vertreten (BGer 5A_461/2012, E. 3.2). Mit dem BGFA nicht von vornherein unvereinbar ist es wohl, wenn eine Rechtsschrift von einem

Anwaltssubstituten mit einstweiliger Bewilligung gemäss § 5 AnwG unterzeichnet wird, denn Einzelheiten über die Stellung des Praktikanten bestimmt das kantonale Recht (Fellmann, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., N. 15 zu Art. 7 BGFA). Fest steht aber, dass H._____ über keine einstweilige Bewilligung ("Venia") des Obergerichts zur Tätigkeit im Monopolbereich im Sinne von § 5 AnwG verfügt. Seine Vertretungshandlungen sind daher ungültig. Indessen ist es nicht so, dass bei einem derartigen Mangel nicht eine Nachfristansetzung im Sinne von Art. 132 Abs. 1 ZPO erfolgen kann, wie das mit der Verfügung vom 15. Juli 2013 (act. 16) geschehen ist, wobei die Fristansetzung an den Anwalt zu erfolgen hat, der im Monopolbereich tätig werden darf (BGer 5A_461/2012, E. 4.2). Das ist hier geschehen.

3.2.2. Der Beklagten wurde mit Verfügung vom 15. Juli 2013 "ungeachtet des Fristenstillstandes" Frist angesetzt, um bis zum 29. Juli 2013 eine verbesserte Rechtsschrift einzureichen. Da die verbesserte Rechtsschrift act. 18 erst am 31. Juli 2013 zur Post gegeben worden ist (act. 18 und 21), ist an und für sich auch diese Frist versäumt.

Die Beklagte wendet allerdings ein, die Frist hätte nicht "ungeachtet des Fristenstillstandes", der gemäss Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO vom 15. Juli bis zum 15. August dauerte, angesetzt werden dürfen (Prot. S. 17). Es ist ihr zuzustimmen: Gemäss Art. 145 Abs. 2 ZPO ist nur das Schlichtungsverfahren und das summarische Verfahren vom Fristenstillstand ausgenommen; vorbehalten sind sodann gemäss Art. 145 Abs. 4 ZPO die Bestimmungen des SchKG. Damit gab es keine Grundlage, mit der Verfügung vom 15. Juli 2013 die Nachfrist "ungeachtet des Fristenstillstandes" anzusetzen. Nur vorsorgliche Massnahmen und Armenrechtsgesuche sind im Rahmen eines an und für sich ordentlichen Verfahrens nach den Regeln des summarischen Verfahrens zu beurteilen (Art. 119 Abs. 3 und Art. 261 ff. ZPO). Diese Voraussetzung sind hier nicht gegeben. Der Hinweis in der Verfügung vom 15. Juli 2013, dass die Nachfrist "ungeachtet des Fristenstillstandes" laufe, ist daher unbeachtlich. Damit lief die Frist gemäss Art. 146 Abs. 1 ZPO "am ersten Tag nach Ende des Stillstandes" ab, d.h. am 16. August 2013. Die Beklagte hat sich zwar mit ihrer Eingabe act. 18, mit der die frühere

Klageantwort bestätigt wurde, nicht an die Fristansetzung gemäss Verfügung vom 15. Juli 2013 gehalten; im Ergebnis erfolgte die Eingabe im Sinne von Art. 146 Abs. 1 ZPO dennoch innerhalb der Nachfrist. Mit andern Worten: Die am 10. Juli 2013 zur Post gegebene Klageantwort erfolgte rechtzeitig. Sie ist als rechtzeitig entgegenzunehmen, weil sie innert gesetzter Frist im Sinne von Art. 132 Abs. 1 ZPO von einem bevollmächtigten Anwalt genehmigt wurde.

4. Frage der Anzeige gemäss § 40 AnwG

4.1. Gemäss § 40 AnwG wird mit Busse bis 20 000 Franken bestraft, wer im Bereich des Anwaltsmonopols tätig ist, ohne dazu berechtigt zu sein. Und gemäss § 167 GOG ist das Gericht verpflichtet, Strafanzeige zu erheben, wenn es bei Ausübung seiner Tätigkeit strafbare Handlungen wahrgenommen hat.

4.2. Es fragt sich, ob H. _____ im Sinne der genannten Bestimmungen zu verzeihen ist, weil er berufsmässig im Monopolbereich tätig geworden ist, ohne über die Bewilligung des Obergerichts gemäss § 5 AnwG zu verfügen. Nach Auffassung des Gerichts liegt lediglich ein Grenzfall einer strafbaren Handlung vor. Immerhin lässt sich sagen, dass H. _____ im Auftrage des ihn betreuenden Anwaltes in einer Notsituation gehandelt hat und ihm – ganz auf sich alleine gestellt – die Situation über den Kopf gewachsen ist. Im Sinne einer Ausnahme kann im vorliegenden Fall auf eine Strafanzeige verzichtet werden, weil aus den erwähnten Gründen wohl auch keine Strafe ausgefällt würde.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Die Klägerin verlangt, dass nach dem Verursacherprinzip die Kosten- und Entschädigungsfolgen sofort zu regeln seien (Prot. S. 15). Die Beklagte verlangt die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen mit dem Endentscheid (Prot. S. 17).

5.2. Nach klarer Praxis muss ein Anwalt, der eine fristgebundene Eingabe nicht eingeschrieben spedierte, die Kosten für das erforderliche Beweisverfahren zur rechtzeitigen Postaufgabe persönlich tragen, und zwar ungeachtet des Ausgangs des Prozesses in der Hauptsache (Kassationsgericht in ZR 108/2009 Nr. 51).

Unter der schweizerischen ZPO verhält es sich nicht anders: Unnötige Prozesskosten hat gemäss Art. 108 ZPO zu tragen, wer sie verursacht hat. Demgemäss sind die Prozesskosten Rechtsanwalt G._____ und H._____ unter Solidarhaft aufzuerlegen. Die Gerichtskosten sind aus dem Vorschuss der Klägerin zu beziehen. Ferner sind Rechtsanwalt G._____ und MLaw H._____ zu verpflichten, der Klägerin eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Klageantwort vom 10. Juli 2013 (act. 14) wird als rechtzeitig erstattet entgegengenommen.
2. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf CHF 2'000.00.
Die Zeugenentschädigung beträgt CHF 50.00.
3. Die Kosten gemäss Ziff. 2 hiavor werden Rechtsanwalt G._____ und MLaw H._____ unter Solidarhaft auferlegt. Sie werden aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss bezogen. Der Klägerin wird der Rückgriff auf Rechtsanwalt G._____ und MLaw H._____ eingeräumt (unter solidarischer Haftung).
4. Rechtsanwalt G._____ und MLaw H._____ werden verpflichtet, der Klägerin im Zusammenhang mit dem heutigen Entscheid eine Parteientschädigung von CHF 2'000.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an Rechtsanwalt G._____ und MLaw H._____ sowie an die Obergerichtskasse.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und

90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 548'097.45.

Zürich, 19. November 2013

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Helene Lampel