

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB120064-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und Dr. G. Pfister,
Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur.
Ch. Bas-Baumann

Beschluss vom 13. August 2012

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom
2. Mai 2012 (CG110003)**

Rechtsbegehren:

- "2. Es sei Beklagter zu verpflichten, dem Kläger CHF 50'000.– nebst Zinse zu 5% pa seit dem 06.01.2007 zuzüglich Kapitalkosten, Umtrieben und Spesen zu bezahlen.
3. Es sei das Recht auf umfassende Nachklage zu gewähren.
4. Alles unter kostendeckenden Entschädigungs- & angemessenen Genugtuungsfolgen zu Gunsten des Klägers."

Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 2. Mai 2012:

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtskosten werden auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei auferlegt.
4. Von der Leistung einer Prozessentschädigung an die Beklagte wird abgesehen.
5. [Schriftliche Mitteilung].
6. [Rechtsmittelbelehrung].

Berufungsanträge:

- "1. Es sei der Beschluss Geschäfts-Nr.: RB110014-O/U.doc vom 29.04.2011, OG, I. ZK, mitwirkend OR Dr. R. Klopfenstein [recte: Dr. R. Klopfer], Vorsitzender, lic. iur. M. Spahn, Ersatzoberrichter Dr. St. Mazan & GSin lic. iur. S. Anderhalden, eingegangen am 07.06.2011, kostenpflichtig ex tunc nichtig zu erklären und schadenersatz- & kostenpflichtig vollständig aufzuheben.
2. Es sei auch der **Beschluss** Geschäfts-Nr.: CG110003-L/U vom 02.05./**12.06.**2012, 3. Abtlg. BGZ, mitwirkend BRin lic. iur. Kathrin Bretschger Bitterli, SP, als Vorsitzende, lic. iur. M. Schurr, BR lic. iur. Th. Kläusli & GSin lic. iur. O. Canal, kostenpflichtig CHF 3'000.– und alle damit adäquat in

Zusammenhang stehenden Entscheide, Beschlüsse, Urteile etc. ex tunc nichtig zu erklären und schadenersatz- & genugtuungspflichtig zu Gunsten des Klägers vollständig aufzuheben.

3. Es sei auch der **Beschluss** Geschäfts-Nr.: CG110003-L/Z04 vom 02.04.2012, 3. Abtlg. BGZ, mitwirkend BRin lic. iur. Kathrin Bretschger Bitterli, SP, als Vorsitzende, lic. iur. M. Schurr, BR lic. iur. Th. Kläusli & GSin lic. iur. O. Canal, kostenlos ex tunc nichtig zu erklären und schadenersatz- & kostenpflichtig vollständig aufzuheben.
4. Es sei der auch das Urteil Geschäfts-Nr.: RB110041-O/U.doc vom 16.11.2011, I. ZK, OG, mitwirkend OR Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, ORin Dr. D. Scherrer, OR lic. iur. M. Spahn & GSin lic. iur. K. Montani Schmidt, kostenpflichtig CHF 800 kostenpflichtig ex tunc nichtig zu erklären und schadenersatz- & kostenpflichtig vollständig aufzuheben;
5. Es sei aufschiebende Wirkung, unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Prozessvertretung zu gewähren; [...]
6. Sämtliche Eingaben, Beweismittel und Akten des IBFs sind von Amtes wegen als integrierender Bestandteil auch vorliegender Eingabe vollständig und lückenlos beizuziehen.
7. Auch der Beschluss Geschäfts-Nr.: CG110003-L/Z03 vom 13.09./21.10.2011, 3. Abtlg. BGZ, mitwirkend BRin lic. iur. Kathrin Bretschger Bitterli, SP, als Vorsitzende, lic. iur. M. Schurr, BR lic. iur. Th. Kläusli & GSin lic. iur. O. Canal, ohne Begründung, ohne Rechtsmittelbelehrung, kostenlos ex tunc nichtig zu erklären und schadenersatz- & kostenpflichtig vollständig aufzuheben."

Erwägungen:

1. a) Am 5. Januar 2011 ging eine Schadenersatz- und Genugtuungsklage des Klägers und Berufungsklägers (fortan Kläger) zusammen mit einem

Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege samt der Weisung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich vom 6. Oktober 2010 bei der Vorinstanz ein (Urk. 1; Urk. 2 S. 1). Mit Verfügung der Vorinstanz vom 13. Januar 2011 wurde der Kläger in der Folge aufgefordert, dieses Begehren zu begründen und zu dokumentieren (Urk. 5). Diese Frist liess der Kläger ungenutzt verstreichen, worauf die Vorinstanz sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Beschluss vom 17. Februar 2011 abwies (Urk. 8). Gegen den Beschluss der Vorinstanz vom 17. Februar 2011 erhob der Kläger mit Eingabe vom 1. April 2011 Beschwerde (Urk. 11), nachdem er am 10. März 2011 bei der Vorinstanz Urkunden zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen verspätet eingereicht hatte. Da der angefochtene Beschluss dem Kläger am 21. März 2011 zugestellt worden war, wurde auf die Beschwerde infolge verpasster Beschwerdefrist mit Beschluss der angerufenen Kammer vom 29. April 2011 nicht eingetreten. Das gleichzeitig gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Verfahren vor Zweitinstanz wurde zufolge Aussichtslosigkeit abgewiesen (Urk. 14). Dieser Beschluss konnte dem Kläger am 7. Juni 2011 mittels eingeschriebenem Brief zugestellt werden (Urk. 8 Geschäft Nr. RB110014). Gegen den Beschluss der angerufenen Kammer vom 29. April 2011 erhob der Kläger mit Eingabe vom 7. Juli 2011 Beschwerde beim Bundesgericht. Dieses trat auf die Beschwerde mit Urteil vom 19. August 2011 nicht ein (Urk. 9 Geschäft Nr. RB110014).

b) In der Folge wurde der Kläger von der Vorinstanz mit Beschluss vom 13. September 2011 zur Leistung eines Kostenvorschusses im Sinne von Art. 98 ZPO i.V.m. Art. 101 ZPO aufgefordert unter Androhung, dass bei Säumnis auf die Klage nicht eingetreten werden würde (Urk. 15). Dieser Beschluss wurde dem Kläger am 21. Oktober 2011 zugestellt (Urk. 16-17). Mit Eingabe vom 31. Oktober 2011 erhob der Kläger Beschwerde, welche sich gegen den Beschluss der Vorinstanz vom 13. September 2011, den Beschluss der angerufenen Kammer vom 29. April 2011 (Geschäft RB110014) und die Verfügung der Vorinstanz vom 13. Januar 2011 richtete. Diese wurde mit Urteil vom 16. November 2011 abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde (Urk. 19; Urk. 20/1). Auf die dagegen er-

hobene Beschwerde ans Bundesgericht trat dieses mit Urteil vom 12. März 2012 nicht ein (Urk. 20/2).

c) Mit Beschluss vom 2. April 2012 wurde dem Kläger eine letzte Nachfrist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt, dies unter Hinweis, dass bei Säumnis auf die Klage nicht eingetreten werde (Urk. 21). Nachdem die Zustellung mittels Gerichtsurkunde mit dem Vermerk "GU dürfen nicht an eine Postlagernd Adresse nachgesandt werden" an die Vorinstanz retourniert wurde (Urk. 22), wurde der Beschluss der Vorinstanz vom 2. April 2012 per Einschreiben an die Adresse "C. _____-Strasse ..., ... Zürich" gesandt (Urk. 23).

d) Auf die gegen diesen Beschluss erhobene Beschwerde vom 24. Mai 2012 wurde von der angerufenen Kammer mit Beschluss vom 9. Juli 2012 nicht eingetreten (Urk. 35, Geschäft Nr. RB120025).

e) Mit Beschluss vom 2. Mai 2012 trat die Vorinstanz auf die diesem Verfahren zu Grunde liegende Forderungsklage nicht ein (Urk. 30). Die Kosten von Fr. 3'000.- wurden dem Kläger auferlegt (Urk. 30 S. 4). Nachdem auch dieser als Gerichtsurkunde versandte Entscheid von der Post retourniert wurde, wurde eine erneute Zustellung via eingeschriebener Postsendung vorgenommen (Urk. 25-26).

f) Mit Datum vom 12. Juli 2012 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 17. Juli 2012) erhob der Kläger Berufung mit vorgenannten Anträgen (Urk. 29).

2.1 Da sich die Berufung sogleich als offensichtlich unbegründet bzw. unzulässig erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort der Gegenpartei verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Auf die Ausführungen des Klägers ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als sich dies für die Entscheidungsfindung notwendig erweist.

2.2 Die zur Behandlung des vorliegenden Verfahrens notwendigen Akten (CG110003, RB110014, RB110041 und RB120025) wurden beigezogen. Damit ist Antrag 6 erfüllt.

3.1 Die 30-tägige Frist zur Erhebung der Berufung gegen den Beschluss der Vorinstanz vom 2. Mai 2012 hat der Kläger verpasst. Wie erwähnt, stellte die Vorinstanz dem Kläger diesen Beschluss zunächst per Gerichtsurkunde zu. Da Gerichtsurkunden nicht an eine Postlagernd-Adresse nachgesandt werden dürfen, retournierte die Post diese Sendung (Urk. 25). In der Folge wurde der Beschluss am 8. Mai 2012 mit eingeschriebener Sendung bei der Post aufgegeben (Urk. 26). Diese Sendung erreichte die "Ankunft Abhol-/ Zustellstelle, ... Zürich ... Zustellung" am 10. Mai 2012. Dort werden die Briefe für die jeweiligen Quartiere vorsortiert und bei Postlagernd-Adressen an die jeweilige Poststelle nachgesandt. Dabei handelt es sich nicht um einen Nachsendeauftrag des Klägers. Damit erreichte die Sendung die Poststelle "... Zürich D. _____", bei welcher der Kläger jeweils seine Post abholt (s. auch Sendungsverfolgungen vom 3. Februar 2011 [Urk. 7], vom 13. April 2011 [Urk. 13 S. 2], vom 21. Oktober 2011 [Urk. 17 S. 2] und am 12. April 2012 [Urk. 23]), am 11. Mai 2012 (Urk. 26). Ab diesem Zeitpunkt war es dem Kläger möglich, seine Post in Empfang zu nehmen. Weiter wird unter dem 11. Mai 2012 vermerkt, dass die Aufbewahrungsfrist durch den Empfänger verlängert worden sei. Schliesslich wird unter dem 12. Juni 2012 vermerkt, dass die Sendung dem Kläger am Schalter "... Zürich D. _____" zugestellt worden sei (Urk. 34).

3.2 Gemäss Art. 138 Abs. 1 ZPO erfolgt die Zustellung von Entscheiden durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung. Damit besteht die förmliche Zustellung stets in einer Übergabe der gerichtlichen Sendung gegen Empfangsbestätigung (BBI 2006 7307). Auf welche Weise das Gericht dies bewerkstelligt, ist gleichgültig. Das Gericht kann sich daher der Post, einer Weibelin, eines Stadt- oder Gemeindeammanns und soweit nötig auch der Polizei bedienen (Art. 128 Abs. 2 ZPO). Vorliegend hat sich die Vorinstanz für die Zustellung der Post bedient. Da der Kläger seine Post lagern lässt, war die Zustellung per Gerichtsurkunde nicht die Zustellungsweise, welche ihn erreichen konnte. Die Vorinstanz hat denn auch zutreffend eine zweite Zustellung per eingeschriebenem Brief vorgenommen.

3.3 a) In der Regel wird bei einer eingeschriebenen Postsendung bei Nichtantreffen des Empfängers demselben eine Abholungseinladung in den Briefkasten oder ins Postfach gelegt. Holt der Empfänger diese Sendung nicht bei der Poststelle ab, gilt die Sendung als am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch als zugestellt, sofern der Empfänger mit der Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Als erfolgloser Zustellungsversuch gilt der Zeitpunkt, an welchem die Abholungseinladung in den Briefkasten oder ins Postfach gelegt wird. Es obliegt damit dem Zustellungsempfänger, welcher Kenntnis vom Verfahren hat, bei Abwesenheit für die Abholung der Postsendung besorgt zu sein. Die siebentägige Frist gilt auch bei Zurückbehaltungsaufträgen des Empfängers (KU-KO ZPO-Weber, Basel 2010, N 7 zu Art. 138 ZPO mit Verweis auf BGE 123 III 492 E. 1; BGE 134 V 49; BSK BGG-Amstutz/Arnold, N 36 zu Art. 44 BGG). Dies gilt auch, wenn die Post dem Empfänger eine Abholfrist von über sieben Tagen gewährt und dieser die Sendung am letzten Tag der verlängerten Frist abholt (A. Staehelin in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Zürich/Basel/Genf 2010, N 8 zu Art. 138 ZPO mit Verweis auf BGE 127 I 31, 34 f.).

b) Zwar wird bei der hier vom Kläger eingerichteten 'Postlagernd Adresse' keine Abholungseinladung von Seiten der Post dem Empfänger zugestellt. Verlangt aber der Kläger eine postlagernde Zustellung der gerichtlichen Sendungen und holt er dann die Sendung, mit der er angesichts des laufenden Verfahrens rechnen musste, nicht ab, beträgt die Frist für die Zustellungsfiktion – gleich wie bei der Postfach- bzw. Briefkastenzustellung – sieben Tage von der Zustellung an, wobei die Sendung als im Zeitpunkt ihres Einganges beim Postamt am Wohnsitz des Adressaten (und damit Empfängers) zugestellt (d.h. angezeigt bzw. mitgeteilt [s. BGer 7B.164/2005]) gilt (BSK ZPO-Bornatico, Basel 2010, N 19 f. zu Art. 138 ZPO). Damit ist der Zeitpunkt des Eingangs der Sendung bei der Poststelle, bei welcher der Adressat und Empfänger seine Post lagern lässt, dem Zeitpunkt der Mitteilung mittels Abholungseinladung gleichzustellen. Entsprechend galt die Sendung am 11. Mai 2012 als mitgeteilt und am 18. Mai 2012 als zugestellt. Dem prozesserfahrenen Kläger musste denn auch bekannt sein, dass bei postlagernden Einschreibebriefen keine Abholungseinladung erfolgt. Nachdem er die Art des Erhalts seiner Postsendungen trotz Kenntnis dieses Umstandes nicht

ändert, hat er selber dafür besorgt zu sein, in jeweils regelmässigen Abständen seine Post abzuholen und diese rechtzeitig in Empfang zu nehmen, zumal er vorliegend Kenntnis vom Verfahren hatte, war er es doch, welcher Klage erhoben hatte. Daran vermag auch die Verlängerung der Aufbewahrungsfrist durch den Kläger selber bei der Post nichts zu ändern (BGE 127 I 33 f.), wusste er doch im Zeitpunkt der Verlängerung der Aufbewahrungsfrist, dass eine eingeschriebene Sendung für ihn eingegangen war. Nimmt er sie dennoch nicht entgegen, kommt dies einem Nichtöffnen seiner Post gleich, wofür er allein die Verantwortung trägt.

3.3 Entsprechend ist Antrag 2 der unter dem 12. Juli 2012 eingereichten Berufung selbst unter Berücksichtigung einer siebentägigen Frist verspätet, weshalb diesbezüglich auf die Berufung nicht einzutreten ist. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass die Vorinstanz ihm die Post an die Adresse "C._____ - Strasse ..., ... Zürich" und nicht wie vom Kläger an die Adresse "C._____ - Strasse ..., ... Zürich" gesandt hat: der Adresszusatz PR (für Poste restante) ist nicht zwingend anzufügen. Die Frage, ob die Post per Postfach oder Briefkasten zugestellt oder eben postlagernd aufbewahrt wird, bis der Adressat diese abholt, betrifft vorliegend nur das Verhältnis zwischen dem Adressaten und der Post und wird unabhängig davon ausgeführt, ob dies auf der Adresse vermerkt ist.

3.4 Im Übrigen hilft dem Kläger nicht weiter, dass er seine Berufung mit dem Zusatz "Rechtsverzögerungs-/Rechtsverweigerungs-Self-Executing-Völkerrecht-Beschwerde" versehen hat. Zwar könnte wegen Rechtsverzögerung oder -verweigerung jederzeit Beschwerde geführt werden, da ein Anfechtungsobjekt regelmässig fehlt (Art. 321 Abs. 4 ZPO). Die vorliegende Berufung des Klägers stellt aber inhaltlich weder das eine noch das andere dar (Urk. 29 passim). Sie richtet sich vielmehr gegen den vorinstanzlichen Entscheid vom 2. Mai 2012 (der Kläger beantragt dessen Aufhebung, vgl. oben), weshalb sie innert 30 Tagen zu erheben gewesen wäre.

4. Betreffend die Beschlüsse der angerufenen Kammer vom 29. April 2011, vom 16. November 2011 und vom 9. Juli 2012, mit welchen die gegen die Beschlüsse der Erstinstanz vom 17. Februar 2011, vom 13. September 2011 und vom 2. April 2012 erhobenen Beschwerden entschieden worden waren, ist der

Kläger auf folgendes hinzuweisen: Nachdem er diese Beschlüsse teilweise beim Bundesgericht angefochten und letzteres mit Urteil vom 19. August 2011 bzw. 12. März 2012 darauf nicht eingetreten ist, sind die Entscheide vom 29. April 2011 und 16. November 2011 in Rechtskraft erwachsen. Einer allfälligen Beschwerde an das Bundesgericht gegen den Beschluss vom 9. Juli 2012 kommt keine aufschiebende Wirkung zu, weshalb auch dieser Entscheid vollstreckbar ist. Damit sind weder die Beschlüsse der Vorinstanz vom 17. Februar 2011, vom 13. September 2011 und vom 2. April 2012 noch diejenigen der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. April 2011, vom 16. November 2011 und vom 9. Juli 2012 aufzuheben. Entsprechend ist eine nochmalige Beschwerde dagegen bei der angerufenen Kammer ohnehin nicht möglich. Im Übrigen unterscheiden sich die Rechtsmittelschriften des vorliegenden Verfahrens und der Verfahren RB110041 und RB120025 lediglich in den Anträgen, sind ansonsten hinsichtlich der Begründung fast identisch. Die im Urteil der angerufenen Kammer vom 16. November 2011 hierzu festgehaltenen Erwägungen sind nach wie vor zutreffend. Eine Wiederholung dieser Erwägungen zur Begründung, warum die Berufung ohnehin abzuweisen gewesen wäre, selbst wenn auf sie eingetreten worden wäre, erübrigt sich damit ohnehin. Auf die Anträge 1, 3, 4 und 7 ist nicht einzutreten.

5. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung (Antrag 5) wird mit dem vorliegenden Entscheid gegenstandslos. Im Übrigen wäre es ohnehin abzuweisen gewesen, sind beim Entscheid über den Vollstreckungsaufschub auch die Erfolgchancen des Rechtsmittels zu berücksichtigen (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 6 zu Art. 325 ZPO).

6.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten dem Kläger aufzuerlegen (Art. 103 ZPO i.V.m. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 10 Abs. 1 und § 12 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

6.2 Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren ist aufgrund der offensichtlichen Aussichtslosigkeit abzuweisen. Ebenso ist das Gesuch um Bewilligung einer unentgeltlichen

Rechtsvertretung abzuweisen, setzt die Bewilligung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes doch ebenso Mittellosigkeit und fehlende Aussichtslosigkeit voraus (Art. 117 f. ZPO), was vorliegend hinsichtlich der fehlenden Aussichtslosigkeit gerade nicht gegeben ist.

6.3 Mangels Umtrieben ist der Beklagten für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Auf die Berufungsklage wird nicht eingetreten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von Urk. 29, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 50'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 13. August 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Ch. Bas-Baumann

versandt am:
mc