

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP110004-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. F. Gohl Zschokke

Urteil vom 24. Oktober 2011

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

betreffend **Forderung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren des Bezirkes Hinwil vom 12. September 2011; Proz. FV110028

Rechtsbegehren:

"Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger zu bezahlen:

1. Fr. 12'409.– (Re vom 07.02.2011, Fr. 8'747.90, Re vom 07.02.2011, Fr. 3'661.10) zuzüglich Zins 5 % ab 07.02.2011.
2. Fr. 109.– Betreuungskosten zuzüglich Zins 5 % ab 17.02.2011.
3. Fr. 500.– Friedensrichterkosten zuzüglich Zins 5 % ab 24.04.2011.
4. Sämtliche Gerichts- und Folgekosten zu Lasten des Beklagten."

Verfügung des Bezirksgerichtes Hinwil vom 12. September 2011:

1. Das Verfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt und aus dem geleisteten Vorschuss bezogen.
3. Die Entscheidgebühr sowie die Kosten des Schlichtungsverfahrens in der Höhe von Fr. 500.– werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der Beklagte wird somit verpflichtet, dem Kläger die Hälfte der Entscheidgebühr sowie die Hälfte der Kosten des Schlichtungsverfahrens zu ersetzen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie nach Eintritt der Rechtskraft an die Bezirksgerichtskasse Hinwil.
5. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei sowie unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (act. 11):

- "1. Der Prozess sei an das Bezirksgericht Hinwil zurückzuweisen mit der Anweisung, die Parteien seien erneut zur Verhandlung vorzuladen."

des Beklagten und Berufungsbeklagten:

Keine

Erwägungen:

1. Verfahrensgang

1.1. Der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) machte bei der Vorinstanz am 27. Juni 2011 (Datum Poststempel) eine Klage mit eingangs genanntem Rechtsbegehren anhängig (act. 1 und 2). Nachdem der vom Kläger einverlangte Kostenvorschuss (act. 4) fristgerecht geleistet worden war, wurden die Parteien auf den 12. September 2011 zur Hauptverhandlung vorgeladen, u.a. mit dem Hinweis, dass bei nicht genügend entschuldigtem Ausbleiben beider Parteien das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben würde, und die Kosten den Parteien je zur Hälfte auferlegt würden (act. 6). Dem Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagter) wurde die Vorladung am 10. August 2011 zugestellt (act. 7). Für den Kläger ging die Vorinstanz von einer Zustellung am 17. August 2011 aus. Zwei Zustellversuche an den Kläger seien gescheitert, da die Sendungen jeweils nicht innert der siebentägigen Frist auf der Poststelle abgeholt worden seien (act. 7). Bei einer eingeschriebenen Postsendung, die nicht abgeholt werde, gelte eine Zustellung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern die Person mit der Zustellung habe rechnen müssen. Bereits das Nichtabholen der ersten Zustellung durch den Kläger habe die Fiktion der Zustellung zur Folge: Der Kläger habe das vorliegende Verfahren selbst anhängig gemacht und habe aufgrund des entstandenen Prozessrechtsverhältnisses gerichtliche Zustellungen erwarten müssen. Insbesondere habe der Kläger die Verfügung betreffend Prozesskostenvorschuss erhalten und diesen in der Folge auch geleistet. Da beide Parteien unentschuldig nicht zur Hauptverhandlung erschienen (Prot. I S. 5), schrieb die Vorinstanz das Verfahren mit Verfügung vom 12. September 2011 androhungsgemäss als gegenstandslos geworden ab und auferlegte die Entscheidgebühr sowie die Kosten des Schlichtungsverfahrens den Parteien je zur Hälfte (unter Bezug der Entscheidgebühr aus dem geleisteten Vorschuss und Verpflichtung des Beklagten, dem Kläger die Hälfte der Entscheidgebühr sowie die Hälfte der Kosten des Schlichtungsverfahrens zu ersetzen) (act. 8 = act. 12 = act. 15). Diese Verfügung wurde vom Beklagten am 16. September und vom Kläger am 21. September 2011 in Empfang genommen (act. 9).

1.2. Gegen die Verfügung vom 12. September 2011 hat der Kläger mit Eingabe vom 24. September 2011 fristgemäss Berufung erhoben und beantragt, der Prozess sei an das Bezirksgericht Hinwil zurückzuweisen mit der Anweisung, die Parteien seien erneut zur Verhandlung vorzuladen (act. 11 S. 2). Die Akten wurden formlos beigezogen (act. 13, act. 1-9, act. 15). Der vom Kläger mit Verfügung vom 4. Oktober 2011 einverlangte Kostenvorschuss für das Berufungsverfahren wurde innert Frist geleistet (act. 16-18). Da sich die Berufung - wie nachfolgend zu zeigen ist - als offensichtlich unbegründet erweist, ist auf die Einholung einer Berufungsantwort zu verzichten (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. Materielles

2.1. Die Vorinstanz ist mit zutreffender Begründung, auf die verwiesen werden kann (act. 15 S. 2), davon ausgegangen, dass der Kläger gehörig vorgeladen wurde und an der Hauptverhandlung unentschuldigt nicht erschienen ist.

2.2. Gemäss Art. 138 Abs. 1 ZPO erfolgt die Zustellung von Vorladungen durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung. Bei einer eingeschriebenen Postsendung, die nicht abgeholt wurde, gilt die Zustellung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO).

2.3. Die Vorladung zur Hauptverhandlung auf den 12. September 2011 (act. 6) wurde ein erstes Mal am 9. August 2011 zur Post gegeben und dem Kläger am 10. August 2011 zur Abholung gemeldet (act. 7). Die siebentägige Abholfrist lief damit am 17. August 2011 ab. Mit Ablauf der siebentägigen Frist tritt die Zustellfiktion und treten damit die mit der Zustellung zusammenhängenden prozessualen Folgen ein. Der Empfänger wird behandelt, wie wenn er die Sendung am letzten Tag der Frist abgeholt hätte. Diese Rechtsfolge tritt schon mit dem ersten erfolglosen Zustellversuch ein. Als Zustelldatum gilt das Datum des Zustellversuchs plus sieben Tage, vorliegend mithin der 17. August 2011. Die siebentägige Frist gilt auch bei Zurückbehaltungsaufträgen des Empfängers (KUKO ZPO-Weber, Art. 138 N 7; Lukas Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 138 N 56 ff.). Vorausgesetzt ist

immerhin, dass der Empfänger mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit einer Zustellung hatte rechnen müssen. Dies ist der Fall, wenn der Adressat an einem Verfahren beteiligt ist, mithin ein Prozessrechtsverhältnis besteht. Ein solches entsteht mit der Rechtshängigkeit und verpflichtet die Parteien, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d.h. unter anderem dafür zu sorgen, dass ihnen Entschiede, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden können. Diese Pflicht gilt insoweit, als mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss. Dies ist während eines laufenden Verfahrens immer der Fall (Lukas Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 138 N 52 f.; ZK ZPO-Staehelin, Art. 138 N 8). Der Kläger, der selber eine Klage beim Gericht anhängig gemacht und auch den einverlangten Kostenvorschuss geleistet hatte, musste mit weiteren Zustellungen des Bezirksgerichtes Hinwil rechnen.

2.4. Der Kläger hält dem entgegen, die Argumentation der Vorinstanz sei absurd, weil dies bedingen würde, dass er ab dem 26. Juli 2011, als er den Kostenvorschuss geleistet habe, zu Hause hinter dem "Ofen" hätte sitzen müssen, um die Korrespondenz entgegennehmen zu können. Er sei seit sechs Jahren pensioniert und könne daher seine Ferien wählen, wie er wolle und solange er Lust habe (act. 11 S. 2). Der Kläger verkennt, dass die Argumentation der Vorinstanz der gesetzlichen Regelung von Art. 138 ZPO entspricht. Wohl kann er Ferien machen, wann und solange er will. Ist ein Verfahren hängig, kann aber von der betreffenden Person verlangt werden, dass sie allenfalls längere Abwesenheiten mitteilt oder während diesen einen zur Entgegennahme allfälliger gerichtlicher Sendungen ermächtigten Stellvertreter ernennt (BSK ZPO-Bornatico, Art. 138 N 18). Greift die Zustellfiktion, ist das Gericht auch nicht verpflichtet, eine Zustellung zu wiederholen oder auf andere Weise vorzunehmen, z.B. über das Betreibungsamt, wie der Kläger erwägt (act. 11 S. 2). Vorliegend hat die Vorinstanz immerhin am 19. August 2011 einen zweiten Zustellversuch unternommen (act. 7), der ebenfalls erfolglos blieb. Eine Zustellung durch A-Post, wie der Kläger ebenfalls erwägt (act. 11 S. 2), war nicht angezeigt, da die Zustellung von Vorladungen, wie ausgeführt, gegen Empfangsbestätigung zu erfolgen hat.

2.5. Zusammenfassend ist der angefochtene Entscheid nicht zu beanstanden. Demgemäss ist die Berufung abzuweisen und die angefochtene Verfügung zu bestätigen. Immerhin ist der Kläger darauf hinzuweisen, dass der Abschreibung des Verfahrens zufolge Gegenstandslosigkeit aufgrund des Ausbleibens beider Parteien an der Hauptverhandlung (Art. 234 Abs. 2 ZPO) keine materielle Rechtskraft zukommt, und es den Parteien offen steht, ein neues Verfahren in derselben Sache anzuheben (KUKO ZPO-Naegeli, Art. 234 N 15; Eric Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 234 N 11).

3. Wiederherstellungsgesuch

Fragen könnte man sich, ob die Berufung des Klägers nicht eigentlich als Wiederherstellungsgesuch interpretiert werden müsste. So entschuldigt er sich zunächst für seine Säumnis in aller Form, und er stellt einzig das Begehren, der Prozess sei an das Bezirksgericht Hinwil zurückzuweisen mit der Anweisung, die Parteien seien erneut zur Verhandlung vorzuladen. Die Wiederherstellung bezweckt, der Partei doch noch zu ermöglichen, die versäumten Prozesshandlungen vorzunehmen. Allerdings wäre die Rechtsmittelinstanz für die Behandlung eines solchen Gesuches nicht zuständig, weshalb darauf nicht eingetreten werden könnte. Sachlich dafür zuständig wäre jene Instanz, die über die nachzuholende Prozesshandlung zu befinden hätte, wenn die Frist oder der Termin nicht versäumt worden wäre (Barbara Merz, DIKE-Komm-ZPO, Art. 148 N 27), vorliegend mithin das Bezirksgericht Hinwil. Dieses hätte alsdann zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Wiederherstellung (kein oder nur ein leichtes Verschulden der Partei, Frist von 10 Tagen seit Wegfall des Säumnisgrundes) gemäss Art. 148 ZPO gegeben sind. Da der Kläger offenbar nicht einmal daran dachte, für eine Stellvertretung gegenüber der Post zu sorgen, erscheinen die Aussichten eines Wiederherstellungsgesuches eher unsicher. Eine gerichtliche Prozessüberweisung an die zuständige Instanz ist unter der neuen ZPO nicht mehr vorgesehen (Art. 63 Abs. 1 ZPO).

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Entscheidgebühr des zweitinstanzlichen Verfahrens ist dem unterliegenden Kläger aufzuerlegen und mit seinem Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 106 Abs. 1 und Art. 111 Abs. 1 ZPO). Mangels Auslagen und Umtrieben ist dem Beklagten keine Prozessentschädigung zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und die Verfügung des Bezirksgerichts Hinwil, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, vom 12. September 2011 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'050.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger und Berufungskläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten und Berufungsbe-
klagten unter Beilage des Doppels von act. 11, sowie an das Bezirksgericht
Hinwil, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 12'409.--.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. F. Gohl Zschokke

versandt am: