

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP130009-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. P. Hodel und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. V. Seiler.

Beschluss vom 26. April 2013

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes (6. Abteilung) des
Bezirksgerichtes Zürich vom 19. Dezember 2012; Proz. FV110292**

Erwägungen:

1.1 Mit Schriftsatz vom 20. März 2013 samt Beilagen (act. 40 f.) erhob der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) Berufung gegen das Urteil des Einzelgerichtes (6. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. Dezember 2012, mit dem seine Klage grösstenteils abgewiesen wurde (act. 42). Am 19. April 2013 reichte er weitere Beilagen ein und ersuchte um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bzw. Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands (act. 43 f.). Beide Eingaben des Klägers sind nicht unterzeichnet.

1.2 Das angefochtene Urteil wurde am 8. Januar 2013 versandt (act. 34). Die Sendung ging unter Berücksichtigung eines Nachsendeauftrages bei der Abhol-/Zustellstelle am 11. Januar 2013 ein und wurde gleichentags zur Abholung gemeldet. Am 17. Januar 2013 verlängerte der Kläger die postalische Aufbewahrungsfrist um 30 Tage. Am 18. Februar 2013 erfolgte die Zustellung am Schalter (act. 35).

2.1 Der Kläger entschuldigt sich in der Berufungsschrift dafür, dass er das Urteil erst so spät habe abholen können. Aufgrund eines ad hoc Praktikums in C._____ und eines darauf folgenden Wohnungswechsels habe er bei der Post eine Fristverlängerung von 30 Tagen einleiten müssen. Er habe auch nicht gewusst, dass es sich um das Urteil handeln würde, sondern gedacht, es sei vielleicht der Bescheid des Bezirksrats, der über den Antrag des Klägers noch nicht entschieden habe (act. 40 S. 44).

2.2 Mit der Rechtshängigkeit eines Verfahrens entsteht ein Prozessrechtsverhältnis, welches die Parteien verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d.h. unter anderem dafür zu sorgen, dass ihnen Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden können (BGE 97 III 7 E. 1, S. 10; BGE 123 III 492 E. 1 S. 493; BGE 130 III 396 E. 1.2.3, S. 399). Diese Pflicht gilt insoweit, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes

gerechnet werden muss (BGE 119 V 89 E. 4b/aa, S. 94; BGE 130 III 396 E. 1.2.3, S. 399).

Wird der Adressat anlässlich einer versuchten Zustellung nicht angetroffen und daher eine Abholeinladung in seinen Briefkasten oder sein Postfach gelegt, so gilt die Sendung in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie auf der Post abgeholt wird. Geschieht das nicht innert der Abholfrist, die sieben Tage beträgt, so gilt die Sendung als am letzten Tag dieser Frist zugestellt, sofern der Adressat mit der Zustellung hatte rechnen müssen (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO; vgl. BGE 123 III 492 E. 1 S. 493; BGE 127 I 31 E. 2a/aa S. 34; BGE 130 III 396 E. 1.2.3, S. 399).

Das Nämliche gilt, wenn Sendungen postlagernd oder aufgrund eines Zurückbehaltungsauftrags bei der Post aufbewahrt werden. Die Frage, wie lange eine Sendung bei der Post abgeholt werden kann, hat grundsätzlich keinen Einfluss auf den Zeitpunkt des Eintritts der gesetzlichen Zustellfiktion. Das gilt nach Treu und Glauben nur dann nicht, wenn auf der Abholungseinladung (fälschlicherweise) eine andere als die siebentägige Frist vermerkt ist, da von einem Laien nicht verlangt werden kann, die Unterscheidung zwischen dem Ende der postalischen Abholfrist und dem Ende der Legalfrist betreffend Zustellungsfiktion zu kennen. Wenn hingegen der Adressat, der mit der Zustellung rechnen muss, einen Rückhalteauftrag gegeben hat, wird die siebentägige Frist durch den Eingang der Sendung bei der Empfangspoststelle ausgelöst. Ändert eine Partei während eines Verfahrens ihren Wohnort, so hat sie nach Treu und Glauben überdies eine Adressänderung dem Gericht mitzuteilen (vgl. BGer 5A_211/2012 vom 25. Juni 2012, E. 1.3; BGer 1C_85/2010 vom 4. Juni 2010 E. 1.4.3; BGE 127 I 31 E. 2, S. 34 f.; OG ZH LC130004 vom 9. April 2013, E. 2.2; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 138 N 50 ff.; ZK ZPO-Staehelin, 2. A. Zürich 2013, Art. 138 N 8 ff.).

2.3. Vorliegend haben die Parteien mit dem vorinstanzlichen Verfahren ein Prozessrechtsverhältnis begründet, weshalb der Kläger mit der Zustellung von gerichtlichen Sendungen rechnen musste. Er war damit verpflichtet, eine allfällige Adressänderung mitzuteilen und dafür besorgt zu sein, dass ihm gerichtliche

Entscheide zugestellt werden konnten. Dass der Kläger nachträglich die postalische Abholfrist um 30 Tage verlängerte, konnte die Frist von sieben Tagen bis zum Eintritt der (gesetzlichen) Zustellungsfiktion nicht verlängern. Der Kläger behauptet ja nicht, dass es ihm nicht möglich gewesen sei, auf die Poststelle zu gehen. Dass er mit der Zustellung des Urteils tatsächlich nicht rechnete bzw. nicht wusste, dass es sich um das Urteil handelte, ist ohne Belang. Entscheidend ist, dass er nach Treu und Glauben damit rechnen musste, und weiter, dass er die postalische Abholfrist selbst verlängert hat und somit nicht etwa auf einer Abholungseinladung eine andere als die siebentägige Frist vermerkt war (vgl. BGer 5A_211/2012 vom 25. Juni 2012, E. 1.3; vgl. auch BGer 1C_85/2010 vom 4. Juni 2010 E. 1.4.3). Für die Zustellung des angefochtenen Urteils kommt daher die siebentägige Abholfrist zur Anwendung.

Die siebentägige Frist begann ab dem Eintreffen der Sendung bei der Abholstelle am 11. Januar 2013 bzw. der gleichentags erfolgten Meldung (act. 35) zu laufen und endete am 18. Januar 2013. Ab dem 19. Januar 2013 begann die 30-tägige Frist zur Einreichung der Berufung zu laufen. Diese Frist endete am 18. Februar 2013.

2.4 Die Berufungsschrift vom 20. März 2013 wurde am gleichen Tag aufgegeben, und erfolgte daher nicht innert Frist. Auf die Berufung ist daher nicht einzutreten, und es erübrigt sich, dem Kläger die Eingabe (in Anwendung von Art. 132 Abs. 1 ZPO) zur Verbesserung bzw. Unterzeichnung zurückzusenden.

3.1 Der Kläger stellt (auch) für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bzw. Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands (act. 43). Da die Berufung wie gesehen verspätet und mithin aussichtslos ist, sind die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nach Art. 117 ZPO nicht gegeben. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist daher abzuweisen. Eine Rückweisung zur Verbesserung ist auch diesbezüglich nicht angezeigt.

3.2 Für das Rechtsmittelverfahren ist nach dem Rechtsbegehren des Klägers (vgl. act. 1) und in Übereinstimmung mit der Vorinstanz von einem Streitwert im Betrag von Fr. 24'939.-- auszugehen. Die Entscheidgebühr ist gestützt auf § 4 Abs. 1 und 2 und § 12 GebV OG sowie unter Berücksichtigung des geringen Aufwandes im Berufungsverfahren auf Fr. 1'500.-- festzusetzen.

3.3 Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren sind nicht zuzusprechen. Der Kläger dringt mit seinen Anträgen nicht durch; der Beklagte wurde nicht begrüsst und hatte keine zu einer Entschädigung berechtigenden Aufwendungen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Das Gesuch des Klägers um Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.-- festgesetzt und dem Kläger auferlegt.
4. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage eines Doppels von act. 40, sowie an das Einzelgericht (6. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt

Fr. 24'939.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. V. Seiler

versandt am: