

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PP140015-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Urteil vom 18. März 2014

in Sachen

A._____,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Forderung (Fristwiederherstellung)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 11. Februar 2014 (FV130042-I)

Erwägungen:

1. a) Am 27. August 2013 hatte die Klägerin beim Bezirksgericht Uster (Vorinstanz) eine Forderungsklage über Fr. 7'037.30 nebst Zins und Betreibungskosten eingereicht (Urk. 1). Mit Verfügung vom 2. September 2013 wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses angesetzt (Urk. 5), der in der Folge einging (Urk. 7). Am 23. September 2013 wurden die Parteien zur Hauptverhandlung am 31. Oktober 2013 vorgeladen (Urk. 8). Zu dieser ist der Beklagte nicht erschienen (Vi-Prot. S. 4). Mit Urteil vom 12. November 2013 hiess die Vorinstanz im Wesentlichen die Klage gut (Urk. 14).

b) Am 25. November 2013 stellte der Beklagte ein Gesuch um Wiederherstellung der Frist bzw. Wiedereinsetzung in den früheren Stand (Urk. 20). Nach Eingang der Stellungnahme der Klägerin dazu (Urk. 26) wies die Vorinstanz dieses Gesuch mit Verfügung vom 11. Februar 2014 ab (Urk. 29 = Urk. 2).

c) Hiergegen hat der Beklagte am 24. Februar 2014 fristgerecht (Urk. 30) Beschwerde erhoben und stellt die Beschwerdeanträge (Urk. 1 S. 2):

- "1. Die angefochtene Verfügung vom 11. Februar 2014 des Einzelrichters des Bezirksgerichts Uster sei aufzuheben.
2. Das Gesuch um Wiederherstellung und Wiedereinsetzung in den früheren Stand des Beschwerdeführers vom 25. November 2013 sei gutzuheissen und das Bezirksgericht Uster anzuweisen, das Hauptverfahren in der Forderungsstreitigkeit mit Geschäfts-Nr.: FV130042 wieder aufzunehmen.
3. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen.
4. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. MWST und Auslagen zu Lasten der Gesuchsgegnerin/Klägerin."

d) Mit Verfügung vom 27. Februar 2014 wurde das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen und dem Beklagten Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses von Fr. 500.-- angesetzt (Urk. 7). Dieser ging fristgerecht ein (Urk. 8). Da sich die Beschwerde sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Beschwerdeantwort der Gegenpartei verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

2. a) Die Vorinstanz erwog, die Verfügung vom 2. September 2013 habe dem Beklagten zugestellt werden können. Somit sei ein Prozessrechtsverhältnis zustande gekommen, weshalb der Beklagte mit weiteren Zustellungen habe rechnen müssen. Hinsichtlich der Vorladung zur Hauptverhandlung greife folglich die Zustellfiktion, womit die Vorladung als zugestellt gelte, sofern ein effektiver Zustellversuch erfolgt sei. Die Beweislast für die Zustellung liege bei der Behörde. Bei eingeschriebenen Sendungen gelte allerdings eine widerlegbare Vermutung, dass der Avis ordnungsgemäss in den Briefkasten gelegt und das Zustelldatum korrekt erfasst worden sei; insofern finde eine Umkehr der Beweislast statt. Die Vermutung gelte so lange, als nicht der Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung erbracht werde; die immer bestehende theoretische Möglichkeit eines Fehlers bei der Post genüge aber nicht, solange nicht konkrete Anzeichen für einen derartigen Fehler vorhanden seien. Der Beklagte mache geltend, nie eine entsprechende Abholungseinladung erhalten zu haben; als Beweismittel lege er eine diesbezügliche eidesstattliche Erklärung von ihm selber vor. Ein Fehler bei der Postzustellung sei damit nicht dargetan; es sei auch denkbar, dass der Beklagte den Avis übersehen haben könnte. Es gebe keine konkreten Anzeichen, dass es beim Beklagten zu Unregelmässigkeiten beim Empfang von Postsendungen gekommen sei; vielmehr sei schon die Verfügung vom 2. September 2013 per Abholungseinladung zugestellt worden. Zusammenfassend sei davon auszugehen, dass die Abholungseinladung ordnungsgemäss in den Briefkasten gelegt worden sei, womit kein unverschuldeter Hinderungsgrund bestanden habe, welcher kausal für die prozessuale Säumnis gewesen wäre (Urk. 2 S. 3-7).

b) Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei gilt das Rügeprinzip, d.h. in der Beschwerde muss im Einzelnen dargelegt werden, was genau am angefochtenen Entscheid unrichtig sein soll (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2.A. 2013, N 15 zu Art. 321 ZPO; Sterchi, BE-Kommentar, N 17 ff. zu Art. 321 ZPO); was nicht gerügt wird, hat grundsätzlich Be-

stand. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

c) Der Beklagte bringt in seiner Beschwerde vor, es werde nicht bestritten, dass ein Zustellversuch durch die Post erfolgt sei; bestritten werde nur, aber immerhin, dass er von einem Zustellversuch Kenntnis erhalten habe. Das sei denkbar, indem etwa der Postbote gar keine Abholungseinladung in den Briefkasten gelegt habe, oder nicht in den Briefkasten des Beklagten, oder weil diese abhanden gekommen, bei der Herausnahme heruntergefallen, zwischen Werbebriefen untergegangen oder von einem Unbefugten entfernt worden sei etc. Die Vermutung, dass der Avis ordnungsgemäss in den Briefkasten gelegt worden sei, könne umgestossen werden. Der Beklagte habe keine andere Möglichkeit, als durch die eidesstattliche Erklärung den Nachweis für seine Nichtkenntnisnahme und somit für seinen guten Glauben zu erbringen; die Vorinstanz habe dies nicht gewürdigt. Auch der übrige Verfahrensgang sowie die Interessenlage (als nicht passivlegitimierte Partei) würden seine Beteuerung, keine Abholungseinladung im Briefkasten vorgefunden zu haben, stützen. Bei der Frage der Zustellung des Avis gehe es nicht nur um die Frage des Zuganges, sondern auch um die Kenntnisnahme. Es wäre auch zu beurteilen, ob es ein mehr als leichtes Verschulden darstelle, trotz des Zugangs nicht vom Avis Kenntnis genommen zu haben. Schliesslich sei der Entscheid der Vorinstanz auch im Ergebnis stossend und sei die Praxis fragwürdig, bei Nichtzustellung keinen zweiten Zustellungsversuch per A-Post vorzunehmen; der Entscheid sei damit überspitzt formalistisch (Urk. 1 S. 4-6).

d) Vorliegend ist nicht umstritten, dass der Beklagte im Zeitpunkt des Versands der Vorladung zur Hauptverhandlung (23. September 2013) aufgrund des bestehenden Prozessrechtsverhältnisses mit einer Zustellung hat rechnen müssen. Damit greift grundsätzlich die Zustellfiktion von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO. Die vorinstanzlichen Erwägungen zur Beweislastverteilung (Urk. 2 Erwägung 2.5) entsprechen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Bundesgerichtsurteil 2C_128/2012 vom 29. Mai 2012 Erwägung 2.2 zur gleichen Problematik bei Art. 20 Abs. 2^{bis} VwVG) und sind zu Recht nicht gerügt worden. Bei eingeschriebenen Sendungen besteht demnach eine widerlegbare Vermutung für die ordnungsgemässe Einwer-

fung der Abholungseinladung in den Briefkasten des Empfängers. Diese Vermutung kann (nur) dadurch umgestossen werden, dass der Empfänger den Nachweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung erbringt. Dabei genügt die immer bestehende theoretische Möglichkeit eines Fehlers bei der Post nicht, sondern es müssten konkrete Anzeichen für einen derartigen Fehler vorhanden sein.

e) Der vorinstanzliche Schluss, dass der Beklagte einen Fehler bei der Zustellung nicht dargetan habe, und dass es keine konkreten Anzeichen dafür gebe, dass es beim Beklagten zu Unregelmässigkeiten beim Empfang von Postsendungen gekommen sein solle (Urk. 2 Erwägung 2.7 bis 2.9), stellt eine Beweiswürdigung und damit eine Sachverhaltsfeststellung dar. Diese kann im Beschwerdeverfahren nur beanstandet werden, wenn sie *offensichtlich* unrichtig ist (Art. 320 lit. b ZPO). Solches wird jedoch genaugenommen in der Beschwerde gar nicht geltend gemacht; das Vorbringen, es könnte sein, dass gar keine Abholungseinladung in den Briefkasten oder nicht in den Briefkasten des Beklagten gelegt worden sei, ist jedenfalls keine genügende Rüge einer offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsfeststellung, sondern blosser Darlegung von theoretisch immer möglichen, aber irrelevanten Möglichkeiten von Fehlern.

f) Der Beklagte macht in dieser Hinsicht geltend, er habe von der Abholungseinladung tatsächlich keine Kenntnis erhalten. Dass er die Abholungseinladung tatsächlich nicht zur Kenntnis genommen hat, mag sein, ist jedoch nicht entscheidend und hilft ihm damit nicht. Denn wenn die Abholungseinladung tatsächlich in seinen Briefkasten gelegt wurde, liegt es an ihm, diese auch zur Kenntnis zu nehmen; tut er dies nicht, gereicht ihm dies zum Verschulden. Die Vermutung, dass die Abholungseinladung tatsächlich in seinen Briefkasten gelegt wurde, hat der Beklagte, wie erwähnt, nicht umstossen können.

g) Soweit der Beklagte geltend macht, es sei fragwürdig, bei Nichtzustellung keinen zweiten Zustellungsversuch per A-Post vorzunehmen, ist ihm entgegenzuhalten, dass das Gesetz solches nicht vorsieht (vgl. Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Dies stellt keinen überspitzten Formalismus dar (Bundesgericht, a.a.O., Erwägung 2.4).

h) Nach dem Gesagten ist die Beschwerde des Beklagten als unbegründet abzuweisen.

3. a) Für das Beschwerdeverfahren beträgt der Streitwert der Hauptforderung Fr. 7'037.30. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 9 in Verbindung mit § 12 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 500.– festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss dem unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Für das Beschwerdeverfahren hat der Beklagte zufolge seines Unterliegens keinen Anspruch auf eine Entschädigung; der Klägerin erwuchs kein erheblicher Aufwand. Demgemäss sind für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage eines Doppels von Urk. 1, sowie an das Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit. Der Streitwert der Hauptforderung beträgt Fr. 7'037.30.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 18. März 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
mc