

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS200160-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Ersatzrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Lakic

Beschluss vom 26. August 2020

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller (Schuldner) und Beschwerdeführer,

gegen

Politische Gemeinde B. _____,

Gesuchsgegnerin (Gläubigerin) und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Politische Gemeinde B. _____, Finanzverwaltung,

betreffend

Bewilligung Rechtsvorschlag (Feststellung neuen Vermögens)

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 3. April 2020 (EB190732)

Erwägungen:

I.

1.1. Die Politische Gemeinde B._____ (Gesuchsgegnerin, Gläubigerin und Beschwerdegegnerin; fortan Beschwerdegegnerin) leitete gegen A._____ (Gesuchsteller, Schuldner und Beschwerdeführer; fortan Beschwerdeführer) beim Betreibungsamt Embrachertal die Betreibung für eine Forderung von gesamthaft Fr. 26'808.70 ein (Betreibung Nr. 1, "Verlustschein-Nr. ... vom 14.06.2010, Steuern 2006, Fr. 8469.10" und "Verlustschein-Nr. ... vom 15.10.2010, Steuern 2007, Fr. 18339.60", act. 2).

Am 13. November 2019 wurde dem Beschwerdeführer der Zahlungsbefehl zugestellt, worauf er Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens erhob (act. 2). Da die Beschwerdegegnerin die Betreibung innert 10 Tagen nicht zurückgezogen hatte, übermittelte das Betreibungsamt Embrachertal dem Bezirksgericht Bülach mit Schreiben vom 3. Dezember 2019 den Rechtsvorschlag gestützt auf Art. 265a Abs. 1 SchKG (act. 1).

1.2. Nachdem der Beschwerdeführer den ihm mit Verfügung vom 12. Dezember 2019 auferlegten Kostenvorschuss innert Nachfrist am 10. Februar 2020 geleistet hatte (act. 3, 5 und 7), lud das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach (fortan Vorinstanz) die Parteien am 20. Februar 2020 zur Hauptverhandlung auf den 2. März 2020 vor (act. 8). Mit Eingabe vom 26. Februar 2020 erklärte die Beschwerdegegnerin, an der Verhandlung nicht teilzunehmen, und bat um einen Entscheid aufgrund der Akten (act. 9). Zur Verhandlung vom 2. März 2020 sind weder die Beschwerdegegnerin noch der Beschwerdeführer erschienen (VI Prot. S. 5).

1.3. Mit unbegründeter Verfügung vom 3. April 2020 trat die Vorinstanz auf das Gesuch um Bewilligung des Rechtsvorschlags wegen fehlenden neuen Vermögens in der Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Embrachertal (Zahlungsbefehl vom 11. November 2019) nicht ein. Es wurde darauf hingewiesen, dass die

Einrede des fehlenden neuen Vermögens dahingefallen sei (act. 11 Dispositiv Ziffern 1-2). Die Spruchgebühr von Fr. 50.– wurde dem Beschwerdeführer auferlegt und es wurden keine Parteientschädigungen zugesprochen (act. 11 Dispositiv Ziffern 3-4).

Mit Eingabe vom 4. Mai 2020 verlangte der Beschwerdeführer fristgerecht die Begründung der Verfügung vom 3. April 2020 (act. 12 und 13). Die begründete Ausfertigung wurde dem Beschwerdeführer am 16. Juli 2020 zugestellt (act. 14 und 15).

2. Mit Eingabe vom 21. Juli 2020 erhob der Beschwerdeführer gegen die Verfügung vom 3. April 2020 rechtzeitig Beschwerde bei der Kammer (act. 18). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-15). Es wurde davon abgesehen, einen Kostenvorschuss einzuholen (Art. 98 ZPO) und der Beschwerdegegnerin eine Frist anzusetzen, um die Beschwerde zu beantworten (Art. 322 Abs.1 ZPO).

Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Auf die Ausführungen des Beschwerdeführers ist nur insoweit einzugehen, als sie für den Beschwerdeentscheid relevant sind.

II.

1. Im Beschwerdeverfahren können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist innerhalb der Rechtsmittelfrist schriftlich, begründet und mit Rechtsmittelanträgen versehen einzureichen (Art. 321 ZPO). Bei Rechtsmitteleingaben von Laien genügt als Antrag eine Formulierung, aus der sich mit gutem Willen herauslesen lässt, wie das Obergericht entscheiden soll. Zur Begründung reicht aus, wenn auch nur ganz rudimentär zum Ausdruck kommt, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet bzw. weshalb der angefochtene Entscheid nach Auffassung der die Beschwerde führenden Partei unrichtig sein soll. Sind auch diese Voraussetzungen nicht gegeben, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und

neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

2. Der Beschwerdeführer beantragt die ersatzlose Aufhebung der Verfügung vom 3. April 2020 und eine erneute Vorladung zur Verhandlung vor der Vorinstanz (act. 18 Rechtsbegehren 1 und 2 i.V.m. Rz. 7).

Zusammengefasst macht er geltend, er habe am 10. Februar 2020 der Post den Auftrag gegeben, seine Post vom 21. Februar 2020 bis 7. März 2020 zurückzubehalten. Die Postrückhaltung sei erfolgt, weil er und seine Ehefrau vom 24. Februar 2020 bis 6. März 2020 eine Schiffsreise gemacht hätten. Die Reise sei dabei bereits vom Herbst 2018 bis anfangs 2019 organisiert und im März 2019 schliesslich gebucht worden. Nach der Rückkehr von der Reise habe er am 9. März 2020 die zurückbehaltene Post am Postschalter in ... [Ort] abgeholt und dabei zur Kenntnis genommen, dass die Vorinstanz am 20. Februar 2020 eine Vorladung versandt habe, mit welcher zur Hauptverhandlung auf den 2. März 2020 – und damit sehr kurzfristig – vorgeladen worden sei (act. 18 Rz. 1 ff.).

Wenn man die Erwägungen der Vorinstanz betreffend Zustellfiktion lese, komme man nicht um den Anschein herum, dass sie diese Details erst nach der eigentlichen Verhandlung [recte wohl: Verfügung] vom 3. April 2020 verfasst habe. Der Beschwerdeführer erklärt abschliessend, er habe im März 2019 nicht damit rechnen müssen, dass genau während seiner Abwesenheit im März 2020 eine Gerichtsverhandlung angesetzt werde. Entsprechend könne nicht gesagt werden, es sei sein Verschulden gewesen, dass er anlässlich der Verhandlung vom 2. März 2020 nicht teilgenommen habe. Damit er seine Begründung betreffend fehlendem neuen Vermögen vorbringen könne, sei eine neue Verhandlung vor Vorinstanz anzusetzen (act. 18 Rz. 6 f.).

3.1. Der Beschwerdeführer beantragt in seinem ersten Beschwerdeantrag die ersatzlose Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Aus den Vorbringen des Beschwerdeführers lässt sich ableiten, dass er sein Begehren sinngemäss damit begründet, die Zustellfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 ZPO könne nicht greifen, da

er im März 2019 nicht damit habe rechnen müssen, dass während seiner Abwesenheit im März 2020 eine Gerichtsverhandlung angesetzt werde.

Wie in der nachstehenden Erwägung Ziffer 4 ausführlich dargelegt, gilt der vorinstanzliche Entscheid als endgültig; dagegen ist grundsätzlich kein Rechtsmittel zulässig (vgl. Art. 265a Abs. 1 ZPO letzter Halbsatz). Lediglich für den Fall, dass eine Partei *einzig* den vorinstanzlichen Entscheid betreffend Kosten- und Entschädigungsfolgen anfechtet, ist die Beschwerde ans Obergericht des Kantons Zürich als zweite kantonale Instanz möglich. Darauf hat die Vorinstanz in ihrer begründeten Verfügung korrekt hingewiesen (act. 14 Dispositiv Ziffer 7; siehe zum Ganzen OGerZH PS170031 vom 22. März 2017 mit Präzisierung der Kammerpraxis, u.a. mit Hinweis auf BGE 134 III 524 und BGE 138 III 130). Der Beschwerdeführer beantragt die ersatzlose Aufhebung der gesamten Verfügung und ficht damit nicht (nur) die vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen an. Entsprechend ist auf den Beschwerdeantrag Ziffer 1 nicht einzutreten.

3.2. Aufgrund seines zweiten Beschwerdeantrags und insbesondere seiner Begründung ist indes davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer mit seiner Eingabe an die Beschwerdekammer (primär) die Wiederherstellung des Verhandlungstermins im Sinne von Art. 148 ZPO verlangt. Einem Wiederherstellungsgesuch kann entsprochen werden, wenn die säumige Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden an der Säumnis trifft. Das Gesuch ist innert zehn Tagen seit Wegfall des Säumnisgrundes einzureichen. Ist der Entscheid bereits eröffnet worden, kann eine neue Vorladung nur während eines Zeitraumes von sechs Monaten seit Eintritt der Rechtskraft verlangt werden (Art. 148 Abs. 1-3 ZPO). Das Wiederherstellungsgesuch ist an jene Instanz zu richten, die über die nachzuholende Prozesshandlung zu befinden hätte, wenn die Frist oder der Termin nicht versäumt worden wäre (MERZ, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 148 N 35 und 37; KUKO ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 149 N 3; vgl. auch OGer ZH RU120046 vom 15. Oktober 2012 E. 2). Bei Nichterscheinen zu einem Termin vor erster Instanz ist die Wiederherstellung folglich bei dieser zu beantragen. Die Beschwer-

deinstanz ist dafür nicht zuständig. Auf den Beschwerdeantrag Ziffer 2 des Beschwerdeführers ist daher nicht einzutreten.

Es gilt allerdings anzufügen, dass dem Wiederherstellungsgesuch auch bei inhaltlicher Prüfung kein Erfolg beschieden wäre. Im vorinstanzlichen Verfahren wurde die Vorladung für die Verhandlung vom 2. März 2020 unbestrittenermassen am 20. Februar 2020 per Einschreiben versendet. Auch wenn es sich um eine vergleichsweise kurzfristige Terminierung handelt, ist die Vorladung unter Einhaltung der 10-tägigen Frist gemäss Art. 134 ZPO erfolgt und damit rechtzeitig. Die Vorladung wurde denn auch unter Einhaltung der Form per eingeschriebener Postsendung dem Beschwerdeführer zugesandt (vgl. Art. 138 Abs. 1 ZPO). Wie die Vorinstanz korrekt erwog, gilt die Vorladung am 28. Februar 2020 als zugestellt (act. 17 E. 2.3.). Die entsprechenden rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz betreffend die Zustellfiktion sind nicht zu beanstanden. Aus Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO und dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) lässt sich die Maxime ableiten, dass eine Partei, die Kenntnis von einem hängigen Verfahren hat, dafür zu sorgen hat, dass ihr gerichtliche Sendungen zugestellt werden können (BGE 130 III 396 E. 1.2.3.; BSK ZPO-GSCHWEND, 3. Auflage, Basel 2017, Art. 138 N 3). Weiter muss eine Partei, die Kenntnis von einem hängigen Verfahren hat, im Falle ihrer Abwesenheit die geeigneten Massnahmen treffen, damit ihr gerichtliche Mitteilungen zukommen, oder zumindest die Behörde über ihre Abwesenheit informieren. Ein Postrückbehaltungsauftrag stellt dabei keine genügende Massnahme dar (BGE 141 II 429 E. 3.1 und 3.2). Die zurückbehalten eingeschriebene Sendung bzw. Gerichtsurkunde gilt in einem solchen Fall nach Ablauf von sieben Tagen ab Eingang bei der Poststelle am Ort des Empfängers als zugestellt (HUBER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 138 N 60; vgl. zum Ganzen auch OGer ZH PS130124 vom 7. August 2013).

Der Beschwerdeführer verkennt in dieser Hinsicht die Bedeutung der Erwägungen der Vorinstanz und dem darin zitierten Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO. Relevant ist nicht, ob der Beschwerdeführer bereits im März 2019 – zum Zeitpunkt der Buchung der Reise und Monate vor Rechtshängigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens – mit einer Zustellung der Vorladung für die Hauptverhandlung vom

2. März 2020 hätte rechnen müssen (das hätte er im Übrigen denn auch nicht). Vielmehr musste er spätestens ab der Zustellung der Verfügung vom 12. Dezember 2019 mit weiteren Zustellungen der Vorinstanz rechnen (act. 3). So hat er denn auch noch am 7. Februar 2020 – und damit nur wenige Tage vor Beginn des Postrückbehaltungsauftrags – den Entscheid der Vorinstanz entgegengenommen, mit welchem eine Nachfrist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt wurde (act. 5 und 6). Er musste damit zwangsläufig mit weiteren Zustellungen rechnen. Entsprechend wäre es am Beschwerdeführer gelegen, spätestens zu diesem Zeitpunkt die Vorinstanz über seine Monate zuvor geplante Abwesenheit zu informieren, dies zu belegen und bspw. einen Zustellungsbevollmächtigten zu bezeichnen. Weshalb er dies nicht getan hat, bleibt unbekannt.

Die Vorinstanz nahm in der Folge zu Recht an, dass der Beschwerdeführer der Verhandlung unentschuldigt fernblieb, und entschied korrekterweise androhungsgemäss aufgrund der Akten (vgl. act. 8 S. 2). Der Beschwerdeführer unterliess es, die Vorinstanz auf seine Abwesenheit hinzuweisen und geeignete Massnahmen zu treffen, damit ihm gerichtliche Mitteilungen hätten zugestellt werden können. Zudem wäre es an ihm gelegen, sich sofort bei der Vorinstanz zu melden, nachdem er am 9. März 2020 vom Verhandlungstermin erfahren hatte, und nicht erst, nachdem die Vorinstanz knapp einen Monat später den Endentscheid erlassen hat. Ein Wiederherstellungsgesuch hätte er unmittelbar resp. innert zehn Tagen nach seiner Rückkehr von der Reise stellen müssen, als er erkannt hat, dass er den Verhandlungstermin versäumt hat. Zusammenfassend wäre das Wiederherstellungsgesuch verspätet und demnach abzuweisen.

4. Anzumerken bleibt Folgendes: Erhebt ein Schuldner Rechtsvorschlag mit der Begründung, er sei nicht zu neuem Vermögen gekommen, so legt das Betreibungsamt den Rechtsvorschlag dem Richter des Betreibungsortes vor, welcher die Parteien anhört und endgültig entscheidet (Art. 265a Abs. 1 SchKG). In diesem gerichtlichen Verfahren wird summarisch geprüft, ob neues Vermögen vorliegt oder nicht. Gegen den Entscheid in der Sache ist kein Rechtsmittel zulässig (vgl. Art. 265a Abs. 1 SchKG). Ist der Schuldner mit dem Entscheid nicht einverstanden, kann er innert 20 Tagen beim Gericht des Betreibungsortes Klage auf

Bestreitung des neuen Vermögens einreichen (Art. 265a Abs. 4 SchKG). Diese Klage dient als Rechtsbehelf zur Überprüfung des Entscheides über die Bewilligung bzw. Nichtbewilligung des Rechtsvorschlages; davon mitumfasst ist auch die (Neu-)Beurteilung der Frage des Vorliegens eines Konkurses und der Frage, ob die betriebene Forderung vor der Konkurseröffnung entstanden ist. Sie erfüllt im Verhältnis zum vorausgegangenen summarischen Entscheid über den Rechtsvorschlag die Funktion eines Rechtsmittels (vgl. zum Ganzen OGer ZH PS170031 vom 22. März 2017 mit Präzisierung der Kammerpraxis, u.a. mit Hinweis auf BGE 134 III 524 und BGE 138 III 130). Dies gilt unabhängig davon, ob das Einzelgericht auf das Gesuch (mit Verfügung) nicht eingetreten ist oder ob es die Bewilligung des Rechtsvorschlages (mit Urteil) abgewiesen hat (vgl. OGerZH PS190113 vom 2. August 2019 E. 5; OGerZH PS180013 vom 19. März 2018 E. 3; OGerZH PS170031 vom 22. März 2017 E. 3). In diesem Sinn ist die Bemerkung der Vorinstanz in Dispositiv Ziffer 2 nicht präzise, "die Einrede des fehlenden neuen Vermögens" (sei) "damit dahingefallen" (act. 17). Vielmehr wäre in geeigneter Weise der Vorbehalt eines anders lautenden Entscheides im Verfahren nach Art. 265a Abs. 4 SchKG anzubringen, ansonsten das "dahingefallen" missverständlich ist. In Anlehnung an ZR 116 (2017) Nr. 56 würde sich folgende Formulierung anbieten: "Die Einrede des fehlenden neuen Vermögens stellt somit in diesem Betreibungsverfahren unter Vorbehalt einer Klage nach Art. 265a Abs. 4 SchKG kein Hindernis mehr dar."

Der Beschwerdeführer hätte somit seine Einwände in der Sache innert der 20-tägigen Frist im ordentlichen Verfahren vorbringen können. Die Vorinstanz hätte den Beschwerdeführer dafür auf die Möglichkeit der Klage auf Bestreitung neuen Vermögens im Sinne vorstehender Erwägung aufmerksam machen müssen. Der Vertrauensschutz gebietet, dass dem Beschwerdeführer aus dem missverständlichen Hinweis der Vorinstanz in Dispositiv Ziffer 2 kein Nachteil erwächst. Er ist entsprechend so zu stellen, wie wenn ihn die Vorinstanz auf die Klage gemäss Art. 265a Abs. 4 SchKG aufmerksam gemacht hätte. **Der Beschwerdeführer kann somit eine Klage auf Feststellung neuen Vermögens beim zuständigen Einzelgericht am Betreibungsort (vorliegend das Bezirks-**

gericht Bülach) innert 20 Tagen von der Zustellung dieses Entscheids an schriftlich im Doppel und unter Beilage dieses Entscheides einreichen.

III.

Umstände halber sind für das Beschwerdeverfahren keine Kosten zu erheben. Entschädigungen sind keine zuzusprechen. Dem Beschwerdeführer nicht, weil er unterliegt, und der Beschwerdegegnerin sind im Zusammenhang mit dem Beschwerdeverfahren keine Umtriebe entstanden, die es zu entschädigen gälte (Art. 106 Abs. 1 und Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 18, an das Bezirksgericht Bülach sowie an das Betreibungsamt Embrachertal, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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. 26'912.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw B. Lacic

versandt am:
27. August 2020