

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RU120025-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic.

## Urteil vom 27. Juni 2012

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger (Vermieter) und Beschwerdeführer,

gegen

1. **B.** \_\_\_\_\_,

2. **C.** \_\_\_\_\_,

Beklagte (Mieter) und Beschwerdegegner,

betreffend

### **Forderung (Beendigung Mietverhältnis) / Fristwiederherstellung**

Beschwerde gegen einen Beschluss der Schlichtungsbehörde des Bezirksgerichtes Uster vom 2. April 2012 berichtigt mit Beschluss der Schlichtungsbehörde des Bezirksgerichtes Uster vom 23. April 2012 (MK110187)

## Erwägungen:

### I.

1.1 Mit Eingabe vom 5. Dezember 2011 beantragte der Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend: Kläger) bei der Schlichtungsbehörde des Bezirksamtes Uster, es seien die Beklagten und Beschwerdegegner (nachfolgend: Beklagte) in solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten, dem Kläger Fr. 2'910.-- nebst Zins zu 5% seit dem 1. September 2010 zu bezahlen (act. 1).

1.2 Nachdem die Beklagten mit Schreiben vom 16. Mai 2010 den Mietvertrag mit dem Kläger für die 5 ½-Maisonette-Attika-Wohnung an der ...strasse ... in ... zunächst ausserterminlich per 31. August 2010 und hernach vertragsgemäss per 30. September 2010 gekündigt hatten, war zwischen den Parteien strittig, ob die Beklagten, welche das Mietobjekt vorzeitig am 31. August 2010 zurückgegeben hatten, dem Kläger einen zumutbaren Ersatzmieter ab dem 1. September 2010 vorgeschlagen hatten und daher ab diesem Zeitpunkt von ihren Verpflichtungen gegenüber dem Kläger befreit waren.

2. Nach Durchführung der Schlichtungsverhandlung, anlässlich welcher es zu keiner Einigung kam (Prot. I S. 3), wurde den Parteien der begründete Urteilsvorschlag vom 23. Januar 2012 zugesandt. Gemäss diesem wurde die Klage abgewiesen, es wurden keine Kosten erhoben und keine Entschädigungen zugesprochen. Sodann wurden die Parteien darauf hingewiesen, dass der Urteilsvorschlag als angenommen gelte und die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides entfalte, sofern er innert 20 Tagen seit schriftlicher Eröffnung gegenüber der Schlichtungsbehörde Uster nicht abgelehnt werde (act. 16). Der Urteilsvorschlag wurde am 27. Januar 2012 mit eingeschriebener Post versandt (act. 16 S. 8; act. 17). Gemäss Vermerk der Post wurde die an den Kläger adressierte Sendung „Nicht abgeholt“ (act. 17 Couvert) und am 7. Februar 2012 an die Absenderin retourniert (act. 17).

3.1 Nachdem der Kläger am 6. März 2012 bei der Kanzlei der Vorinstanz angerufen hatte, wurde ihm auf entsprechendes Ersuchen der Urteilsvorschlag

vom 23. Januar 2012 mit A-Post zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 17; act. 18). Mit Schreiben vom 15. März 2012 erklärte der Kläger, er lehne den Urteilsvorschlag innert zwanzigtägiger Frist seit Erhalt am 9. März 2012 ab bzw. ersuchte darum, es sei ihm die Möglichkeit zu geben, diesen abzulehnen (act. 18). Die Vorinstanz hielt in ihrer Verfügung vom 21. März 2012 fest, dass die Ablehnungsfrist in Anwendung von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO am 27. Februar 2012 verstrichen sei und nahm die Eingabe des Klägers als Wiederherstellungsgesuch betreffend Frist zur Ablehnung des Urteilsvorschlages vom 23. Januar 2012 entgegen (act. 19). Nach Wahrung des rechtlichen Gehörs der Beklagten, welche sich gegen eine Wiederherstellung der Frist ausgesprochen haben (act. 21), wurde das Gesuch des Klägers mit Beschluss vom 2. April 2012 abgewiesen, wobei in Dispositiv-Ziffer 5 festgehalten wurde, dass der Entscheid rechtskräftig sei (act. 23).

3.2 Diesen Beschluss beanstandete der Kläger mit an die Vorinstanz adressiertem Schreiben vom 13. April 2012 (act. 25). Am 23. April 2012 erging ein (Berichtigungs-)Beschluss. In diesem hielt die Vorinstanz fest, dass die Ablehnung eines Wiederherstellungsgesuches nach dem Endentscheid hinsichtlich der Zulässigkeit eines Rechtsmittels wie ein Endentscheid in der Sache zu behandeln sei. Gegen den Beschluss vom 2. April 2012 sei das Rechtsmittel der Beschwerde gegeben, was zu formulieren vergessen gegangen und Dispositiv-Ziffer 5 des besagten Beschlusses in Anwendung von Art. 149 ZPO entsprechend zu berichtigen sei. Des Weiteren wurde darauf hingewiesen, dass die Rechtsmittelfrist des berichtigten Beschlusses erst mit Zustellung des Beschlusses vom 23. April 2012 zu laufen beginne. Das Schreiben des Klägers vom 13. April 2012 wurde als Rechtsmittel gegen den Beschluss vom 2. April 2012 entgegen genommen und der Kammer zusammen mit den Akten (act. 1 - 28) zur Behandlung überwiesen (act. 27).

4. Die klägerische Eingabe vom 13. April 2012 enthält zwar keine Anträge, doch lässt sich dieser ohne Weiteres entnehmen, dass in Aufhebung des angefochtenen Entscheides dem Fristwiederherstellungsgesuch vom 15. März 2012 stattzugeben sei. Eine Ergänzung dieser Eingabe erfolgte innert Rechtsmittelfrist nicht. Der dem Kläger mit Verfügung vom 2. Mai 2012 auferlegte Kostenvor-

schluss für das Rechtsmittelverfahren in Höhe von Fr. 630.-- wurde innert Frist geleistet (act. 33 - 35). Von der Einholung einer Beschwerdeantwort wurde abgesehen (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

## II.

1.1 Mit Schreiben vom 15. März 2012 hatte der Kläger sinngemäss geltend gemacht, er habe unverschuldeterweise keine Kenntnis vom Urteilsvorschlag vom 23. Januar 2012 erhalten und daher nicht fristgerecht darauf reagieren können. Zur Begründung führte er aus, die Post habe bei der Zustellung – Ausfertigung des Abholscheins und Übergabe bei der Post – einen Fehler gemacht. So seien ihm zur gleichen Zeit zwei Briefe geschickt worden und beide hätten den gleichen Absender „Bezirksgericht“ und „8610 Uster“ gehabt. Auf der Abholungseinladung sei nur ein Brief aufgelistet gewesen, weshalb er unmöglich habe wissen können, dass er zwei Briefe bekommen würde. Warum die Post seiner Frau nur einen Brief mitgegeben habe, sei ihm ein Rätsel. Demzufolge erwarte er, dass ihm die Frist von 20 Tagen gegeben werde (act. 18).

1.2 Die Vorinstanz gelangte nach internen Abklärungen zum Schluss, dass der Kläger zum Zeitpunkt der Zustellung des Urteilsvorschlags in kein anderes am Bezirksgericht Uster bzw. an der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirksgerichtes Uster hängiges Verfahren involviert gewesen sei, weshalb seine Begründung nicht glaubhaft und das Wiederherstellungsgesuch daher abzuweisen sei. Weiter wurde ausgeführt, es sei davon auszugehen, dass die Zustellung, insbesondere die Ausstellung des Abholscheins, seitens der Post korrekt erfolgt sei und seitens des Klägers zufolge Unterlassung der Abholung seiner Post grobes Verschulden vorliege, weshalb das Gesuch auch aus diesem Grunde abzuweisen sei (act. 23 S. 5).

2. Demgegenüber machte der Kläger mit von der Vorinstanz als Rechtsmittelschrift entgegengenommener Eingabe vom 13. April 2012 geltend, der Beschluss vom 2. April 2012 entspreche nicht der Wahrheit. Er habe die Wiederherstellungsgründe glaubhaft gemacht. Neu machte er geltend, beim zweiten ihm

vom Bezirksgericht Uster zugestellten Brief handle es sich um seine im letzten Jahr eingereichten und ihm mit grosser Verspätung am 1. Februar 2012 retournierten Akten. Dies habe er bereits Frau D. \_\_\_\_\_ anlässlich des Telefonates vom 6. März 2012 mitgeteilt. Somit sei es schlicht nicht wahr, dass eine Zustellung des Bezirksgerichtes Uster in einem anderen Verfahren ausgeschlossen werden könne (act. 25). Zum Beweis seiner Darstellung reichte er einen Empfangsschein des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Uster vom 30. Januar 2012 ein, mit welchem der Empfang der vom Kläger im Verfahren EB110345 (Rechtsöffnung) eingereichten Akten bescheinigt wurde (act. 26).

3.1 Aktenkundig und unbestritten ist, dass der Urteilsvorschlag vom 23. Januar 2012 am 27. Januar 2012 mit eingeschriebener Post an den Kläger versandt wurde, diesem nicht direkt an seinem Wohnort hat zugestellt werden können und auch innert der siebentägigen Abholfrist bei der zuständigen Poststelle nicht abgeholt wurde (act. 16 S. 8; act. 17; 23 S. 2). Die Vorinstanz hat in ihrer Verfügung vom 21. März 2012 den Grundsatz, wonach die Zustellung einer eingeschriebenen Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch als erfolgt gilt, sofern die Person mit einer Zustellung hat rechnen müssen (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO), zutreffend wiedergegeben (act. 19 S. 2) und ging im angefochtenen Entscheid davon aus, dass die Frist zur Ablehnung des Urteilsvorschlags ungenutzt verstrichen und der vom Kläger angeführte Säumnisgrund nicht glaubhaft sei (act. 19 S. 2 und act. 23 S. 4). Die Zustellfiktion gemäss Art. 138 ZPO setzt voraus, dass eine postalische Abholungseinladung ordnungsgemäss in den Briefkasten (gegebenenfalls in das Postfach) des Adressaten gelegt wurde (BGE 116 III 61). Dies bestritt der Kläger und machte Zustellfehler seitens der Post geltend.

3.2 Die Behörde hat nachzuweisen, dass und wann ihre Entscheide dem Adressanten zugestellt wurde. Bedient sie sich dabei der Post und ist infolge Unmöglichkeit der direkten Übergabe an den Adressaten oder eine empfangsberechtigte Person eine Abholungseinladung auszustellen, gilt nach der Rechtsprechung eine – widerlegbare – Vermutung, dass der oder die Postangestellte den Avis ordnungsgemäss in den Briefkasten oder ins Postfach des Empfängers ge-

legt hat und das Zustelldatum korrekt registriert worden ist. Mit andern Worten findet bezüglich der Ausstellung der Abholungseinladung eine Umkehr der Beweislast in dem Sinne statt, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheidung zu Ungunsten des Empfängers ausfällt, der den Erhalt der Abholungseinladung – aus welchen Gründen auch immer – bestreitet. Zur Widerlegung der Vermutung bedarf es keines strikten Beweises, vielmehr genügt der Nachweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung (vgl. BGE 2C\_38/2009 vom 5. Juni 2009 E. 3.2 und 4.1).

3.3 Gemäss Art. 148 Abs. 1 ZPO kann das Gericht auf Gesuch einer säumigen Partei eine Nachfrist gewähren, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Glaubhaftmachen heisst Erbringen des Wahrscheinlichkeitsbeweises, d.h. darlegen, welche Elemente konkret für das Vorhandensein der behaupteten Tatsachen sprechen.

3.4 Der Kläger hatte im Schreiben vom 15. März 2012 weder erklärt, in welchem Zusammenhang und wann er den zweiten Brief des Bezirksgerichtes Uster erhalten haben soll, noch reichte er irgendein Dokument zum Beleg seiner Darstellung ein. Es ist nicht Sache des Gerichts, in sämtlichen auch bereits abgeschlossenen Verfahren, in welchen der Kläger Partei war, nach Umständen zu forschen, welche seine Sachdarstellung stützen könnten. Für das Glaubhaftmachen der nicht verschuldeten Unkenntnis des Urteilsvorschlags vom 23. Januar 2012 genügt es jedenfalls nicht, pauschal zu behaupten, es seien zur gleichen Zeit zwei Briefe vom Bezirksgericht Uster geschickt worden, wobei auf der Abholungseinladung nur ein Brief aufgeführt worden und auch nur dieser bei der Post ausgehändigt worden sei. Der Kläger vermochte mit seiner Sachdarstellung den Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der (rechtssprechungsgemäss vermuteten korrekten) Zustellung der Abholungseinladung nicht zu erbringen und hat die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Es ist daher im Ergebnis der Vorinstanz zu folgen und die Beschwerde abzuweisen.

4.1 Nach Art. 326 ZPO sind im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (Noven) nicht zulässig. Als ausserordentliches Rechtsmittel beschränkt sich die Beschwerde auf die Rechts-

Kontrolle des vorinstanzlichen Entscheides und soll nicht den erstinstanzlichen Prozess fortsetzen. Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte als auch für unechte Noven (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Zürich 2010, N 3 f. zu Art. 326 ZPO). Somit sind die erstmals mit Eingabe vom 13. April 2012 behauptete Rücksendung der vom Kläger eingereichten Akten in einem älteren und bereits abgeschlossenen Verfahren am Bezirksgericht Uster, welche er am 1. Februar 2012 erhalten habe, sowie der eingereichte Empfangsschein (act. 26) zum Beleg dieser Darstellung als im Beschwerdeverfahren unzulässige Noven (Art. 326 Abs. 1 ZPO) unbeachtlich.

4.2 Doch selbst wenn man diese berücksichtigen wollte, wäre die Beschwerde abzuweisen. So behauptete der Kläger für zwei Briefe des Bezirksgerichtes Uster nur eine Abholungseinladung erhalten zu haben bzw. auf dieser sei nur ein Brief aufgeführt gewesen und die Post habe seiner Frau auch „nur einen Brief mitgegeben“, bei welchem es sich aktenkundig nicht um den Urteilsvorschlag vom 23. Januar 2012 gehandelt hat. Die dem Kläger retournierten Akten aus dem Rechtsöffnungsverfahren am Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Uster mit der Prozess-Nummer EB110345 wurden mit eingeschriebener Post versandt und der Empfang gemäss Empfangsschein, welcher die Sendungsnummer ... trägt, am 1. Februar 2012 unterschriftlich bescheinigt (act. 26). Die Sendungsnummer, die jeder eingeschriebenen Postsendung zugeordnet wird, ermöglicht auf der Homepage der Post eine Sendungsverfolgung mittels Track & Trace. Dieser kann entnommen werden, wie und wann die entsprechende Sendung zugestellt wurde. So ist dem Ausdruck von Track & Trace zu entnehmen, dass für die Sendung mit den retournierten Akten des Klägers gar keine Abholungseinladung ausgestellt wurde, da der Brief am *31. Januar 2012, 10.01 Uhr, direkt* hat übergeben werden können (act. 36). Somit erhellt, dass es sich bei dem unbestrittenermassen ausgestellten Avis nur um die Einladung zur Abholung der Gerichtsurkunde mit dem Urteilsvorschlag vom 23. Januar 2012 handeln können. Wäre die Frau des Klägers wie behauptet mit dem am *30. Januar 2012 um 09:26 Uhr* hinterlassenen Avis (vgl. act. 17) zur Post gegangen, wäre ihr die avisierte Sendung (sofern bevollmächtigt) auch ausgehändigt worden, machte doch der Kläger selbst nicht geltend, dass ein dritter Brief des Bezirksge-

richtes Uster in Frage stehe. Zutreffend erwog daher die Vorinstanz, dass den Kläger durch die Unterlassung der Abholung seiner Post bzw. der avisierten Sendung ein grobes Verschulden treffe, was zur Abweisung des Fristwiederherstellungsgesuches führe.

5. Zur Erwägung der Vorinstanz, die Parteien seien *anlässlich* der Schlichtungsverhandlung darauf hingewiesen worden, dass bis Ende Januar 2012 der Urteilsvorschlag zugestellt werde, machte der Kläger geltend, dass dies *nach* der Verhandlung kommuniziert worden sei (act. 25). So oder anders hatte der Kläger somit Kenntnis, dass Ende Januar 2012 mit der Zusendung des Urteilsvorschlages zu rechnen ist, weshalb ihm zumutbar war, sich früher und nicht erst am 6. März 2012 nach dessen Verbleib zu erkundigen. Ob das Wiederherstellungsgesuch des Klägers vom 15. März 2012 im Sinne von Art. 148 Abs. 2 ZPO fristgemäss gestellt wurde, kann vorliegend jedoch offen bleiben.

### III.

Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 470.-- festzusetzen. Sie ist dem Ausgang des Rechtsmittelverfahrens entsprechend dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und vom geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen. Mangels ihnen entstandener Umtriebe wird den Beklagten keine Parteientschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren zugesprochen.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 470.-- festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagten unter Beilage einer Kopie von act. 31, sowie an die Schlichtungsbehörde des Bezirksgerichtes Uster und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmit-  
telfrist 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 Be-  
schwerde 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 mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt  
Fr. 2'910.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic

versandt am: