

ZH_OBERGERICHT LB210004 vom 2. März 2021

ZH Obergericht, 2021-03-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB210004

FR: ZH_OBERGERICHT LB210004 du 2 mars 2021

IT: ZH_OBERGERICHT LB210004 del 2 marzo 2021

Erwägungen

E. 1

Der Beklagte und Berufungskläger (nachfolgend Beklagter) ist ein ...- Influencer und Youtuber, der per Ende 2017 seinen offiziellen Wohnsitz aus der Schweiz nach C._____ verlegt hat. Der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend Kläger) war offenbar ein ehemaliger Geschäftspartner des Beklagten. Er reichte beim Bezirksgericht Uster (nachfolgend Vorinstanz) am 31. Oktober 2019 eine Forderungsklage über Fr. 100'000.– gegen den Beklagten ein. Diese Forderungsklage wurde von der Vorinstanz in einem Säumnisverfahren mit Urteil vom 12. November 2020 gutgeheissen. Der Beklagte setzt sich gegen das Säumnisurteil zur Wehr.

E. 1.1

Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um ein gemäss Art. 239 Abs. 1 ZPO unbegründet erlassenes Urteil. Die Möglichkeit, ein Urteil vorerst unbegründet zu erlassen, steht lediglich den erstinstanzlichen Zivilgerichten offen (vgl. demgegenüber Art. 318 Abs. 2 und Art. 327 Abs. 5 ZPO für die Rechtsmittelinstanzen und dazu BSK ZPO-STECK/BRUNNER, 3. Aufl. 2017, Art. 239 N 12). Möchte eine Partei den unbegründet erlassenen erstinstanzlichen Entscheid mit Berufung oder Beschwerde anfechten, muss sie zwingend eine schriftliche Begründung verlangen (BSK ZPO STECK/BRUNNER, Art. 239 N 13; BK ZPO-KILLIAS, Art. 239 N 2), greift doch ansonsten die gesetzliche Fiktion des Verzichts auf Anfechtung mittels Berufung oder Beschwerde (Art. 239 Abs. 2 ZPO). Aus diesem Grund kann der Entscheid gemäss Art. 239 Abs. 1 ZPO nicht bei der Rechtsmittelinstanz angefochten werden – wie das vorliegend der Beklagte tut –, ohne vorgängig eine Begründung verlangt zu haben. Ist die zehntägige Frist, innert der gemäss Art. 239 Abs. 2 ZPO die Begründung verlangt werden kann, schon abgelaufen, so hat die Partei, welche sich gegen das unbegründet erlassene Urteil zur Wehr setzen möchte, die Wiederherstellung der Frist zu verlangen. Sie muss dies gemäss Art. 148 Abs. 3 ZPO innerhalb von sechs Monaten seit Eintritt der Rechtskraft (d.h. seit Ablauf der Frist, innert der gemäss Art. 239 Abs. 2 ZPO die Begründung verlangt werden kann) tun. Sachlich zuständig für das Wiederherstellungsgesuch ist das erstinstanzliche Gericht, das den Entscheid gemäss Art. 239 Abs. 1 ZPO unbegründet erlassen hat (DIKE-Komm-ZPO-MERZ, 2. Aufl. 2016, Art. 148 N 37; KUKO ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY, 2. Aufl. 2014, Art. 149 N 3). Wird die Wiederherstellung nach Erlass eines Endentscheids abgelehnt, so steht dagegen je nach Streitwert die Berufung oder die Beschwerde offen (ZR 110 [2011] Nr. 91 E. 7; ZR 111 [2012] Nr. 105 E. III.; OFK ZPO-SCHMID, 2. Aufl. 2015, Art. 149 N 2; KUKO-ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY, Art. 149 N 5; DIKE-Komm-ZPO-MERZ, Art. 149 N 8 f.). 1.2.1. Der Beklagte hat direkt bei der Rechtsmittelinstanz das unbegründete Urteil angefochten, ohne zuerst bei der Vorinstanz die Wiederherstellung der Frist zur

Beantragung einer Begründung zu verlangen. Wie soeben dargestellt ist dies

- 7 - unzulässig. Auf seinen Hauptantrag ist daher mangels zulässigen Anfechtungsobjekts nicht einzutreten. 1.2.2. Im Eventualantrag verlangt der Beklagte die Wiederherstellung der Frist zur Beantragung einer Begründung. Darauf ist mangels sachlicher Zuständigkeit nicht einzutreten, wäre doch hierfür wie gesehen das erstinstanzliche Gericht zuständig, welches den Entscheid erlassen hat.

E. 1.3

Auf die Berufung ist daher nicht einzutreten. 2. Die Berufung wäre indes auch abzuweisen, wenn darauf eingetreten werden könnte. Gemäss Art. 140 ZPO kann das Gericht Parteien mit Wohnsitz im Ausland anweisen, ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen. Entsprechend hat die Vorinstanz den Beklagten mit Beschluss vom 15. November 2019 hierzu aufgefordert (oben, Ziff. I.2.). Gegenüber der Schweizer Botschaft in D._____, welcher im Rahmen der rechtshilfeweisen Zustellung dieses Beschlusses gewissermassen die Rolle des Briefträgers zukam, erklärte der Beklagte, sich derzeit in der Schweiz aufzuhalten und gab dieser offenbar die Kontaktadresse seiner Mutter weiter, welche ihn gegebenenfalls über die Dokumente informieren würde, welche das Gericht an diese Adresse schicken möchte, wie der Botschafts-Mitarbeiter an die Vorinstanz in seiner Mail vom 30. April 2020 schrieb: "Ich leite Ihnen daher die uns von ihm angegebene Kontaktadresse seiner Mutter weiter, sie würde ihn ggf. über die Dokumente informieren, wenn Sie sie an diese Adresse schicken möchten. – A._____, c/o G._____, H._____ ..., I._____." (act. 9, zweitletzte Seite, vgl. ausführlicher oben, Ziff. I.2.). Der Beklagte geht in seiner Berufungsschrift auf diese Mail ein; er bestreitet, dass in C._____ ein Zustellversuch unternommen worden sei, macht aber nicht geltend, dass er sich bezüglich einer Zustellung an die Adresse seiner Mutter nicht so geäussert hätte. Wohl hat der Beklagte damit nicht (direkt) dem Gericht gegenüber einen Zustellungsempfänger bezeichnet, indes der Schweizer Botschaft gegenüber klar zum Ausdruck gebracht, dass die Mutter ihn gegebenenfalls über Dokumente informieren würde, wenn das Gericht solche an diese Adresse schicken möchte. Darauf muss sich

- 8 - der Beklagte behaftet lassen. Die Vorinstanz hat daraufhin an diese Adresse insgesamt drei Zustellungsversuche unternommen, sowohl postalisch als auch über die Gemeindepolizei sowie über die Einwohnergemeinde, welche alle scheiterten (vgl. im Einzelnen oben, Ziff. I.2.). Damit erwies sich die Zustellung als im Sinne von Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO unmöglich, woraufhin die Zustellung durch Publikation im kantonalen Amtsblatt (Ediktalzustellung) erfolgte. Das ist nicht zu bemängeln (Art. 141 Abs. 1 Ingress ZPO). Entgegen dem Beklagten hat die Vorinstanz mit dem von ihr gewählten Vorgehen weder eine ungültige bzw. unwirksame Zustellung vorgenommen noch sein rechtliches Gehör verletzt. Die Berufung wäre demnach auch abzuweisen, wenn darauf einzutreten wäre. III. 1. Die Prozesskosten sind dem Ausgang des Berufungsverfahrens entsprechend zu verlegen. Der Beklagte unterliegt mit der Berufung vollumfänglich. Das führt zur entsprechenden Kostenaufgabe (Art. 106 Abs. 1 ZPO). 2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist ausgehend vom Streitwert gestützt auf § 12 Abs. 1-2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 8'700.– festzusetzen und sodann gemäss § 4 Abs. 2 i.V.m. § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'500.– zu ermässigen. Mit dem sofortigen Entscheid in der Sache wird das Gesuch des Klägers um Sicherstellung der Parteientschädigung gegenstandslos und ist entsprechend abzuschreiben. Parteientschädigungen sind für das Berufungsverfahren demnach keine zuzusprechen. Dem

Beklagten nicht, weil er unterliegt, dem Kläger nicht, weil ihm im Rechtsmittelverfahren keine zu entschädigenden Aufwendungen entstanden sind. Es wird beschlossen: 1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten. 2. Das Gesuch des Berufungsbeklagten um Sicherstellung der Parteientschädigung wird abgeschrieben.

- 9 -

E. 2

Das angefochtene Urteil erging unbegründet (Art. 239 Abs. 1 lit. b ZPO), die Prozessgeschichte ist daher anhand der vorinstanzlichen Akten wiederzugeben. Wie soeben erwähnt erhob der Kläger am 31. Oktober 2019 seine Klage bei der Vorinstanz (act. 1). Mit Beschluss vom 15. November 2019 wurde der Beklagte aufgefordert, eine Zustelladresse in der Schweiz zu bezeichnen, verbunden mit der Androhung, dass ohne Bezeichnung einer Zustelladresse oder im Fall, dass sich die Zustellung an die Zustelladresse als unmöglich erweisen sollte, Zustellungen an den Beklagten durch Publikation im Amtsblatt erfolgen würden; Mitteilung auf dem Rechtshilfeweg (act. 4). Der Beschluss wurde anschliessend auf Spanisch übersetzt (act. 7) und am 3. Dezember 2019 in deutscher und spanischer Sprache ausgefertigt zur rechtshilfeweisen Zustellung übergeben (act. 8). Am 30. April 2020 ging bei der Vorinstanz eine Mail eines Mitarbeiters der Schweizer Botschaft für D._____, E._____, F._____ und C._____ ein, welche darüber informierte, dass die an den Beklagten zuzustellenden Dokumente am 9. März 2020 an die Adresse des Beklagten in C._____ geschickt worden seien. Der Beklagte habe allerdings kürzlich einen Antrag auf Erneuerung seines Passes ge-

- 4 - stellt, woraufhin habe festgestellt werden müssen, dass dieser sich z.Z. in der Schweiz aufhalte. Man habe sich daraufhin mit ihm in Verbindung gesetzt und erfahren, dass er nicht plane, in nächster Zeit nach C._____ zu reisen, sondern eher in andere Länder. Seinen "Wohnsitz" in C._____ wolle er jedoch beibehalten. Und weiter lautet die Mail: "Ich leite Ihnen daher die uns von ihm angegebene Kontaktadresse seiner Mutter weiter, sie würde ihn ggf. über die Dokumente informieren, wenn Sie sie an diese Adresse schicken möchten. – A._____, c/o G._____, H._____ [Strasse] ..., I._____." (act. 9, zweitletzte Seite). Eine Zustellung an diese Adresse wurde nach Ablauf der Abholfrist am 26. Mai 2020 als "nicht abgeholt" an die Vorinstanz retourniert (act. 10, Umschlag). Die Vorinstanz veranlasste daraufhin am 29. Mai 2020 eine zweite Zustellung via Gemeindepolizei I._____ mit der Bitte, den Beschluss vom 15. November 2019 samt Beilagen an den Beklagten, c/o G._____, H._____ ..., I._____, zuzustellen (act. 9, erste Seite). Der entsprechende Empfangsschein wurde von der Einwohnergemeinde I._____ retourniert mit der handschriftlichen Anmerkung, Herr A._____ halte sich nicht bei der Mutter in I._____ auf; ein Aufenthaltsort sei der Mutter nicht bekannt (act. 9, zweite Seite). Auf dem ebenfalls retournierten Zustellungsgesuch selbst war handschriftlich durch die Einwohnerkontrolle I._____ vermerkt, die Person sei nicht mehr in I._____ angemeldet, sondern neu in J._____ wohnhaft (act. 10 S. 2). Nach Adressauskunft der Einwohnerdienste der Stadt J._____ war der Beklagte von dort per 1. Dezember 2014 offiziell nach K._____ (SZ) gezogen (act. 9, letzte Seite). Die Vorinstanz unternahm schliesslich einen dritten Zustellungsversuch an die Adresse der Mutter des Beklagten via die Einwohnergemeinde I._____, wobei die Sendung durch die Einwohnergemeinde I._____ am 3. Juli 2020 (Datum Poststempel) retourniert wurde (act. 10 S. 1 sowie act. 9, Umschlag). Daraufhin publizierte die Vorinstanz den Beschluss vom 15. November 2019 im kantonalen Amtsblatt vom 2. September 2020 (act. 12). Nachdem sich der Beklagte innert Frist daraufhin nicht

vernehmen liess, wurde ihm mit Verfügung vom 28. September 2020 Frist zur Klageantwort gesetzt (act. 14) und diese Verfügung im Amtsblatt vom 30. September 2020 publiziert (act. 16). Nachdem die Frist zur Klageantwort unbenutzt abgelaufen war, wurde dem Beklagten in Anwendung von

- 5 - Art. 223 Abs. 1 ZPO mit Verfügung vom 23. Oktober 2020 eine Nachfrist für die Klageantwort gesetzt und diese Verfügung wiederum im Amtsblatt publiziert (act. 17, act. 19). Nach ungenutztem Ablauf der Nachfrist zur Erstattung der Klageantwort erging am 12. November 2020 das angefochtene Urteil als unbegründetes Urteil, in welchem (gemäss Art. 239 Abs. 2 ZPO) darauf hingewiesen wurde, dass innert zehn Tagen seit der Eröffnung eine Begründung verlangt werden könne, ansonsten dieser Entscheid in Rechtskraft erwachse (act. 20 = act. 33/2 = act. 34, nachfolgend zitiert als act. 34).

E. 3

Die zweitinstanzliche Entscheidgebür wird auf Fr. 3'500.– festgesetzt.

E. 4

Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Berufungskläger auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Im Mehrumfang wird der Kostenvorschuss zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruches.

E. 5

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

E. 6

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 31 sowie act. 33/2-5, an den Berufungskläger unter Beilage eines Doppels von act. 37 sowie act. 39/2-5 und an das Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 7

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. 100'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. S. Kröger versandt am:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.