

# **ZH\_OBERGERICHT NP140023 vom 4. März 2015**

ZH Obergericht, 2015-03-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NP140023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NP140023)

FR: ZH\_OBERGERICHT NP140023 du 4 mars 2015

IT: ZH\_OBERGERICHT NP140023 del 4 marzo 2015

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Die Spruchgebühr von Fr. 300.– wird der klagenden Partei auferlegt.

#### **E. 2.1**

Die Vorinstanz hielt folgendes fest: Der Kläger habe das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren vom 27. Mai 2014 nicht abgeholt, obschon er an der diesbezüglichen Hauptverhandlung am 22. Mai 2014 anwesend gewesen sei. Entsprechend habe er aber mit der Zustellung eines Urteils rechnen müssen, weshalb das Urteil am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch vom 10. Juni 2014, mithin am 17. Juni 2014, als zugestellt gelte. Entsprechend habe die 20-tägige Frist zum Einreichen der Klage auf Bestreitung neuen Vermögens im Sinne von Art. 265a Abs. 4 SchKG am 7. Juli 2014 geendet. Unabhängig davon, ob den Kläger ein Verschulden an der Säumnis getroffen habe, sei der Säumnisgrund mit der am 5. September 2014 erneut erfolgten Zustellung des Urteils vom 27. Mai 2014 definitiv dahingefallen. Da der Kläger die Kopie des Urteils am 6. September 2014 – wie vom Kläger selber bestätigt – erhalten habe, habe die 10-tägige Frist zum Einreichen eines Gesuchs um Fristwiederherstellung in Anwendung von Art. 148 Abs. 2 ZPO am 16. September 2014 geendet. Das Gesuch um Fristwiederherstellung habe der Kläger erst am 26. September 2014 und damit nach Ablauf der Frist von Art. 148 Abs. 2 ZPO gestellt, weshalb dieses verspätet erfolgt sei. Die Vorinstanz wies in der Folge das Gesuch ab und trat auf die Klage nicht ein (Urk. 14 S. 3 f.).

#### **E. 2.2**

Der Kläger wendet ein, dass die Vorinstanz fälschlicherweise Art. 148 Abs. 2 ZPO angewandt habe. Seiner Ansicht nach sei auf die Frage der Fristwiederherstellung Art. 33 SchKG anzuwenden, so dass er das Gesuch innert 20 Tagen nach Wegfall des Hindernisses einreichen müssen. Diese Frist habe er mit Einreichen seines Gesuchs am 26. September 2014 eingehalten. Somit sei sein Gesuch zu Unrecht abgewiesen worden, weshalb auf die Klage einzutreten sei (Urk. 13).

### **E. 3**

Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteientschädigung von Fr. 700.– zu bezahlen.

#### **E. 3.1**

Bei der Klage auf Bestreitung neuen Vermögens nach Art. 265a Abs. 4 SchKG handelt es sich um eine rein betreibungsrechtliche Klage (Ammon/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 9. Auflage, Bern 2013, § 4 Rz. 51 ff.). Entsprechend gelten in Bezug auf die Fristen die Bestimmungen des Schuldbetreibungs- und

Konkursgesetzes (SchKG). Art. 31 SchKG hält fest, dass für die Berechnung, die Einhaltung und den Lauf der Fristen die Bestimmungen der Zivilprozessordnung gelten, sofern dieses Gesetz (SchKG) nichts anderes

- 5 - bestimmt. Art. 33 Abs. 4 SchKG lautet – in Abweichung von Art. 148 Abs. 2 ZPO, wonach ein Wiederherstellungsgesuch innert 10 Tagen seit Wegfall des Säumnisgrundes einzureichen ist – wie folgt: "Wer durch ein unverschuldetes Hindernis davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln, kann die Aufsichtsbehörde oder die in der Sache zuständige richterliche Behörde um Wiederherstellung der Frist ersuchen. Er muss, vom Wegfall des Hindernisses an, in der gleichen Frist wie der versäumten ein begründetes Gesuch einreichen und die versäumte Rechtshandlung bei der zuständigen Behörde nachholen". Nach dem Gesagten ist dem Kläger zuzustimmen: Entgegen der Vorinstanz ist hinsichtlich der Frist zur Stellung des Wiederherstellungsgesuchs Art. 33 Abs. 4 SchKG anzuwenden und nicht Art. 148 Abs. 2 ZPO. Damit betrug die Frist zum Einreichen des Wiederherstellungsgesuchs mit Blick auf Art. 265a Abs. 4 SchKG 20 Tage. Entsprechend aber war das Wiederherstellungsgesuch – gerechnet vom 6. September 2014 an – innert Frist am 26. September 2014 gestellt worden und auf das Gesuch ist eingetreten. Dies ist indes nicht gleichbedeutend damit, dass die Vorinstanz gleichzeitig auch auf die Klage hätte eintreten müssen. Als weitere Voraussetzung verlangt Art. 33 Abs. 4 SchKG nämlich das Vorhandensein eines absolut unverschuldeten Hindernisses. Demzufolge ist ein Restitutionsgesuch nur bei objektiver Unmöglichkeit, höherer Gewalt, unverschuldeter persönlicher Unmöglichkeit oder entschuldbarem Fristversäumnis gutzuheissen (BGer 7B.171/2005, Entscheid vom 26. Oktober 2005, Erw. 3.2.3; OG ZH PS140038, Entscheid vom 8. Mai 2014, Erw. II/5.; Kren/Kostiewicz/Walder, OFK-SchKG, Art. 33 N 10 ff.). Damit ist vorab zu prüfen, inwiefern den Kläger am Verpassen der Frist zum Einreichen der Klage auf Bestreitung neuen Vermögens ein Verschulden trifft. Diese Prüfung kann durch die Berufungsinstanz erfolgen, da sie die gleiche Überprüfungsbefugnis hat wie die Vorinstanz.

### **E. 3.2**

Sein Wiederherstellungsgesuch begründete der Kläger vor Vorinstanz damit, dass folgende Umstände Grund für das Nichterhalten des Abholscheins von der Post sein könnten (Urk. 3): - der Briefkasten sei nicht abgeschlossen, da der Vermieter keine Schlüssel mehr für die nostalgische Briefkastenanlage habe,

- 6 - - seine Frau habe auch schon einen Abholschein nach Tagen in der Wiese gefunden, - sie hätten schon vermehrt falsche Post (falsche Strassenbezeichnung und Name) erhalten und der Postbote habe den Abholschein vielleicht auch an einem anderen Ort eingeworfen, - vielleicht seien die Postboten in der heutigen Zeit auch nicht mehr so zuverlässig wie früher. 3.3.1 Das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren vom 27. Mai 2014 wurde dem Kläger an die Adresse "C. \_\_\_\_\_-Strasse ..., D. \_\_\_\_\_" gesandt (Urk. 5/9/2). Diese Adresse ist korrekt, hat der Kläger doch seine Personalien anlässlich der Verhandlung vom 22. Mai 2014 bestätigt (Urk. 5/Prot. S. 2 mit Verweis auf S. 1). Nun aber macht der Kläger geltend, keine Abholungseinladung seitens der Post erhalten zu haben (Urk. 3). Diesbezüglich gilt folgendes: Zwar obliegt es dem Gericht nachzuweisen, dass ein Urteil einer Partei zugestellt werden konnte. Indes gilt entgegen dieser allgemeinen Beweislastverteilung bei eingeschriebenen Sendungen eine widerlegbare Vermutung, dass der oder die Postangestellte den Avis ordnungsgemäss in den Briefkasten des Empfängers gelegt hat und das Zustellungsdatum korrekt registriert wurde. Es findet also in diesem Fall

hinsichtlich der Ausstellung der Abholungseinladung insofern eine Umkehr der Beweislast in dem Sinne statt, als im Fall der Beweislosigkeit zuungunsten des Empfängers zu entscheiden ist, der den Erhalt der Abholungseinladung bestreitet (BGer 2C\_780/2010 vom 21. März 2011, Erw. 2.4, mit Verweis auf BGer 2C\_38/2009 vom 5. Juni 2009, Erw. 3.2). Diese Vermutung gilt so lange, als der Empfänger nicht den Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung erbringt (BGer 2C\_780/2010 vom 21. März 2011, Erw. 2.4). 3.3.2 Vorliegend kann dem "Track&Trace"-Auszug der Post (betr. Sendungsnummer ..., Urk. 5/14) entnommen werden, dass die Sendung mit dem Urteil vom 27. Mai 2014 am 6. Juni 2014 der Schweizerischen Post übergeben worden ist. Unter dem 10. Juni 2014 findet sich der Vermerk "zur Abholung gemeldet" (Urk. 5/14). Entsprechend ist nach der vorangehend zitierten Rechtsprechung, welche auch für das seit dem 1. Januar 2011 geltende Schweizerische Zivilpro-

- 7 - zessrecht Gültigkeit beansprucht (BGE 138 III 225 Erw. 3.1), davon auszugehen, dass der Kläger die Abholungseinladung tatsächlich am 10. Juni 2014 erhalten hat. Die vom Kläger lediglich in rudimentärer Weise und als Vermutungen vorgebrachten Einwendungen lassen nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf Fehler bei der Zustellung schliessen. Der Umstand, dass seine Ehefrau einmal eine Abholungseinladung auf einer Wiese gefunden hat, kann durchaus ganz andere Gründe als eine fehlerhafte Zustellung haben. So mutet es vielmehr unwahrscheinlich an, dass Postangestellte Abholungseinladungen auf einer Wiese verlieren oder sie gar absichtlich wegwerfen. Ebenso ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen ein nicht abgeschlossener Briefkasten einen Postangestellten zum fehlerhaften Abgeben/Einwerfen des Abholscheins animieren sollte. Schliesslich bringt der Kläger in nicht ausreichend konkreter Form vor, wie oft eine fehlerhafte Zustellung ("falsche" Post im eigenen Briefkasten) bereits vorgekommen sein soll. Die blossе Vermutung der abnehmenden Zuverlässigkeit von Postangestellten ist ebenso unbehelflich. Damit aber ist nach wie vor davon auszugehen, dass der Avis ordnungsgemäss in den Briefkasten des Empfängers gelegt worden ist und das Zustellungsdatum korrekt registriert wurde. Demgemäss ist von einer ordnungsgemässen Zustellung auszugehen. 3.3.3 Damit aber kann nicht von einem unverschuldeten Hindernis an der Entgegennahme der Zustellung gesprochen werden, weshalb das Wiederherstellungsgesuch abzuweisen ist, auch wenn es in Anwendung von Art. 33 Abs. 4 SchKG in Verbindung mit Art. 31 SchKG rechtzeitig gestellt worden ist. So griff in Bezug auf die Zustellung des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren vom 27. Mai 2014 die Zustellungsfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO Platz, wonach die Postsendung als am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch als zugestellt gilt, wenn die eingeschriebene Postsendung – wie vorliegend – nicht abgeholt wird und der Adressat mit einer solchen rechnen musste. Letzteres ist bei einem hängigen Verfahren, also während des bestehenden Prozessrechtsverhältnisses, in der Regel anzunehmen (A. Staehelin in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 138 N 8 f.). Der Kläger musste nach Durchführung der Hauptverhandlung am 22. Mai 2014 mit der Zustellung des Entscheides durch die erste Instanz rechnen (vgl. Urk. 5/Prot. S. 2 ff.). Wie er-

- 8 - wähnt, erfolgte der Zustellversuch am 10. Juni 2014, so dass die Sendung als am 17. Juni 2014 zugestellt gilt. Entsprechend aber endete die 20-tägige Frist zum Erheben der

Klage auf Bestreitung neuen Vermögens am 7. Juli 2014 (Art. 142 Abs. 1 ZPO). Da der Kläger eine überwiegende Wahrscheinlichkeit nicht darzulegen vermochte, mit welcher auf Fehler bei der Zustellung des Urteils geschlossen werden könnte, und bei Beweislosigkeit zu seinen Ungunsten von der korrekten Abgabe des Abholscheins auszugehen ist, verpasste er die Frist nicht unverschuldet. Damit aber bleibt es bei der vorinstanzlichen Abweisung des Wiederherstellungsgesuchs und auf die Klage ist infolge verpasster Frist zu Recht nicht eingetreten worden.

#### **E. 3.4**

Entsprechend erweist sich die Berufung als offensichtlich unbegründet, weshalb auf das Einholen einer Berufungsantwort der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Berufung ist abzuweisen.

#### **E. 4**

(Schriftliche Mitteilung).

#### **E. 4.1**

Die Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

#### **E. 4.2**

Der Beklagten ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO). Es wird erkannt: 1. Das Gesuch um Wiederherstellung der Frist zur Klageerhebung wird abgewiesen. 2. Auf die Klage auf Bestreitung neuen Vermögens wird nicht eingetreten und der Prozess als dadurch erledigt abgeschlossen. 3. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositiv-Ziffer 3-5) wird bestätigt. 4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.

#### **E. 5**

Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.

- 9 -

#### **E. 6**

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

#### **E. 7**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage je eines Doppels von Urk. 13, Urk. 16/1-6 und Urk. 17 sowie einer Kopie von Urk. 23 und 24, und an das Einzelgericht im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

#### **E. 8**

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. 13'532.30. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 4. März 2015 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. K. Montani Schmidt versandt am: mc

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