

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF180041-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter
Dr. S. Mazan und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Beschluss vom 21. August 2018

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger,

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

betreffend **Rechtsschutz in klaren Fällen**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des
Bezirksgerichtes Winterthur vom 13. Juli 2018 (ER180022)

Erwägungen:

1. a) Mit Urteil vom 13. Juli 2018 stellte das Einzelgericht summarisches Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur in Sachen B. _____ gegen A. _____ fest, dass die vom Beklagten in Betreuung gesetzten Forderungen von Fr. 37'739.75 nebst Zins zu 3 % seit 5. April 2018 und Fr. 11'379.50 nebst Zins zu 3 % seit 2. September 2016 (Betreibung Nr. ... des Betreibungsamts Elgg, Zahlungsbefehl vom 10. April 2018) gegenüber der Klägerin nicht bestünden. Ferner hob die Vorinstanz die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Elgg (Zahlungsbefehl vom 10. April 2018) auf (act. 16 Dispositiv Ziffer 1).

b) Mit Eingabe vom 19. Juli 2018, eingegangen beim Obergericht mittels DHL-Zustellung am 23. Juli 2018 (act. 20/A-B), beantragte der Berufungskläger (act. 20/A S. 1):

"A1 Die Fristen für die Einreichung eines Rekurses (Berufung) sind ab dem verfassungsmässigen Ende der Gerichtsferien, dem Datum vom Montag 20. August 2018 um 30 Tage bis zum 20. September 2018 erstmalig zu verlängern. (u.a. Art. 140 Gerichtsverfassungsgesetz)

Ich gehe rechtsverbindlich von der verfassungsmässig erforderlichen Zustimmung zur angebehrten Fristverlängerung aus.

A2 Alles unter Kostenfolge zulasten des Bezirksgerichtes Winterthur sowie unter Entschädigungsfolge zugunsten von C. _____."

2. a) Diese Eingabe hatte der Berufungskläger dem Obergericht bereits vorgängig, am 17. Juli 2018 um 22:44 Uhr, per Email (ohne entsprechende Zertifizierung) zugestellt (act. 18 i.V.m. act. 17). In Anbetracht des ausländischen Wohnsitzes des Berufungsklägers (D. _____, [Staat] vgl. act. 17 S. 1) und der Dringlichkeit der Angelegenheit teilte ihm das Gericht per Email informationshalber, ohne dass dieser Mitteilung Verfügungscharakter zukäme (vgl. dazu die Ausführungen des Berufungskläger, act. 25 S. 1), u.a. mit, dass seine Email-Eingabe den gesetzlichen Erfordernissen nicht entspreche,

die Berufung innert 10 Tagen erhoben werden müsse und der Fristenstillstand (15. Juli bis 15. August) für das summarische Verfahren nicht gelte. Ferner wurde er darauf hingewiesen, dass es sich bei der 10tägigen Frist um eine nicht erstreckbare Frist handle (vgl. act. 19). Nachdem das Fristerstreckungsgesuch dem Gericht durch den DHL-Dienst zugestellt worden war (act. 20/A-B), wurde dem Berufungskläger mit Verfügung vom 23. Juli 2018 die Frist zur Einreichung der Berufung nicht erstreckt (act. 21). Der Berufungskläger wurde nochmals darauf hingewiesen, dass es sich bei der Berufungsfrist von 10 Tagen um eine gesetzliche und somit nicht erstreckbare Frist handle (Art. 314 Abs. 1 ZPO, Art. 144 Abs. 1 ZPO) und der Fristenstillstand vom 15. Juli bis und mit dem 15. August (Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO) für das summarische Verfahren nicht gelte (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO). Er wurde ferner darauf aufmerksam gemacht, dass er seine begründete und mit Anträgen versehene Berufung bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist, am 27. Juli 2018 (Schweizerischer Poststempel) dem Gericht einreichen könne. Diesbezüglich erfolgte der Hinweis, dass DHL-Sendungen in der Regel keinen Schweizerischen Poststempel tragen und in einem solchen Fall am Tag des Fristablaufs beim Obergericht eintreffen müssen (act. 21).

b) Am 31. Juli 2018 ging eine weitere Eingabe des Berufungsklägers datiert mit 24. Juli 2018 beim Obergericht ein, mit welcher er Rekurs/Beschwerde/Einsprache gegen das Urteil vom 13. Juli 2018 des Bezirksgerichtes Winterthur und Rekurs/Beschwerde/Einsprache gegen die am 24. Juli 2018 erhaltene obergerichtliche Verfügung vom 23. Juli 2018 erhob (act. 25 S. 8). Auch diese Eingabe erfolgte mit einer DHL-Sendung (act. 26). Vorgängig wurde dem Gericht das Rechtsmittel wiederum mit einem nicht zertifizierten Email zugestellt (act. 24 i.V.m. act. 23).

3. a) Der Berufungskläger erachtet zwar das Obergericht wegen seiner Befangenheit als nicht zuständig zur Behandlung seiner Eingabe und sandte sie deshalb auch an die Direktion der Justiz und des Innern (z.Hd. ... [Stellung] E._____) sowie an das EJPD (z.Hd. Frau F._____) (vgl. act. 25 S. 1 und S. 8), jedoch stellt er die Eingabe trotzdem dem Obergericht zu. Er wünscht

also, auch wenn er das nicht so formuliert, dass die Berufungsinstanz die Sache zwar nicht behandle, aber doch immerhin den Entscheid fälle, sie nicht zu behandeln.

b) Bevor die Rechtzeitigkeit der Rechtsmitteleingabe zu prüfen ist, ist deshalb kurz auf die gestellten Ausstandsgesuche gegen Oberrichter G. _____ und gegen das gesamte Obergericht einzugehen (vgl. act. 25 S. 8-13 und S. 25).

4. a) Ist über ein Ausstandsgesuch zu entscheiden, so verlangt Art. 50 ZPO grundsätzlich einen Entscheid der betreffenden Instanz in anderer Besetzung. Davon kann jedoch abgewichen werden, namentlich wenn das Ablehnungsbegehren offensichtlich missbräuchlich oder unbegründet ist. In diesen Fällen darf die betreffende Besetzung selbst über das Nichteintreten entscheiden (Wullschleger/Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3 Auflage, Art. 50 N 2 mit weiteren Hinweisen). Sodann ist ein Entscheid durch Abgelehnte bei der von der ZPO gewählten Lösung gar nicht zu umgehen, wenn sämtliche Richter eines Gerichts, wie vorliegend, abgelehnt werden (anders bei der StPO, die jeweils die obere Instanz für die Beurteilung von Ausstandsgesuchen für zuständig erklärt, vgl. Art. 59 StPO). Mangels einer Regelung in der ZPO für das Vorgehen bei Ablehnung einer ganzen Instanz, ist es unvermeidlich, dass – an sich systemwidrig – Abgelehnte über ihre Ablehnung richten (vgl. hierzu OGer ZH, RU110052 vom 3. Januar 2012, Erw. 2.2).

b) Das gestellte Ausstandsbegehren ist offensichtlich nicht fundiert. So wurden gegenüber Oberrichter G. _____ keine relevanten Gründe vorgebracht. Soweit das Gesuch damit begründet wird, dass der Berufungskläger mit dem Inhalt der Verfügung vom 23. Juli 2018 nicht einverstanden ist bzw. mit früheren abgeschlossenen Verfahren, stellt dies keinen Ausstandsgrund dar. Bezüglich des verlangten Ausstandes des gesamten Obergerichtes stützt sich der Berufungskläger auch hier auf die Ausstandsgründe gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. f. ZPO. Er verweist auf frühere Verfahren, die ihn betreffen und bei denen er sich von der Gerichtsbesetzung ungerecht behandelt fühlt. Damit

lässt sich aber, wie bereits erwähnt, kein Ausstandsgrund begründen. Der Umstand, wonach eine Gerichtsperson in einem anderen Prozess, der nicht die gleiche Sache betraf, bereits mitgewirkt hat, vermag für sich alleine noch keinen Anschein von Befangenheit zu bewirken. Die weiteren Vorbringen, weshalb das ganze Obergericht in den Ausstand zu treten habe, sind sehr allgemein gehalten und vor allem polemische Ausführungen zu Verfahren, in denen der Berufungskläger nicht Partei war. Der Berufungskläger macht keine nach Massgabe des Gesetzes geeignete Ausstandsgründe geltend, weshalb von vornherein die Eintretensvoraussetzung für ein Ausstandsverfahren wegen Befangenheit fehlt. In der Sache ist das Ausstandsbegehren offensichtlich unbegründet und rechtsmissbräuchlich. Auf das Gesuch ist nicht weiter einzugehen und insbesondere keine formelle Entscheidung zu fällen.

5. a) Nach dem Eingang einer Klage bzw. eines Rechtsmittels hat das Gericht von Amtes wegen zu prüfen, ob die Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzungen erfüllt sind (vgl. Art. 60 ZPO). Zu diesen Voraussetzungen gehört die Wahrung der gesetzlichen Rechtsmittelfrist (vgl. etwa: BK ZPO II-STERCHI, Art. 321 N 22). Deren unbenützter Ablauf führt zum Untergang des Anspruchs auf Beurteilung der Streitsache durch die Rechtsmittelinstanz und zu einem Nichteintreten.

Ob gegen einen vorinstanzlichen Entscheid Berufung oder Beschwerde zu erheben ist, richtet sich in vermögensrechtlichen Angelegenheiten nach dem Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren. Beträgt dieser mindestens Fr. 10'000.– ist die Berufung zu ergreifen. Vorliegend liegt der Streitwert bei Fr. 49'119.25, weshalb die Eingabe als Berufung entgegen zu nehmen ist.

b) Die Berufung richtet sich nach den Bestimmungen der eidgenössischen Zivilprozessordnung (Art. 308 ff. ZPO). Dem Berufungskläger wurde der vorinstanzliche Entscheid am 17. Juli 2018 an seine von ihm dem Gericht bekannt gegebene Zustelladresse in H. _____ zugestellt (act. 14 i.V.m. act. 1). Fristen, die durch eine Mitteilung ausgelöst werden, beginnen am folgenden Tag zu laufen (Art. 142 Abs. 1 ZPO). Für die Rechtsmitteleingabe wirkt die

Zustellung des vorinstanzlichen Entscheides fristauslösend und nicht die Verfügung der Kammer vom 23. Juli 2018, wovon der Berufungskläger ausgeht (act. 25 S. 2). Wie bereits in der Verfügung vom 23. Juli 2018 ausgeführt wurde, handelt es sich um eine gesetzliche und somit nicht erstreckbare Frist (Art. 314 Abs. 1 ZPO, Art. 144 Abs. 1 ZPO). Der Fristenstillstand vom 15. Juli bis und mit dem 15. August (Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO) gilt für summarische Verfahren wie zum Beispiel Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 248 lit. b ZPO) nicht (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO). Vorausgesetzt wird allerdings, dass das Gericht die Parteien auf diese Ausnahme aufmerksam macht (Art. 145 Abs. 3). Die Vorinstanz wies in Dispositiv Ziffer 6 darauf hin, dass innert 10 Tagen von der Zustellung an gegen diesen Entscheid beim Obergericht Berufung erklärt werden könne und die gesetzlichen Fristenstillstände nicht gälten (act. 16). Wie bereits erwähnt, wurde der vorinstanzliche Entscheid A._____ (Beklagter und Berufungskläger, nachfolgend Berufungskläger) am 17. Juli 2018 zugestellt (act. 14). Die Rechtsmittelfrist lief demnach am Freitag, 27. Juli 2018 ab.

Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist beim Gericht eingereicht oder zu dessen Handen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden (Art. 143 Abs. 1 ZPO). Die dem Gericht per DHL zugesandte Rechtsschrift vom 24. Juli 2018 ging am 31. Juli 2018 beim Gericht ein (act. 25). Da diese Sendung weder der Schweizerischen Post noch einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben wurde, ist auf den Eingang beim Obergericht abzustellen. Der Zustelldienst handelt nämlich als Vertreter der fristgebundenen Partei (vgl. dazu BK ZPO II-Frei, Art. 143 N 7). Mit der DHL-Zustellung wurde somit die Berufungsfrist nicht gewahrt, da die Übergabe der Sendung durch den Zustelldienst an das Gericht erst nach Fristablauf erfolgte.

6. a) Der Berufungskläger brachte vor, in I._____ existiere keine Post mehr. Die Eingabe in Papierform sei deshalb nur mittels DHL-Zustellung möglich (act. 25 S. 2).

b) Die Frist ist auch eingehalten, wenn die Rechtsmitteleingabe einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben wird (Art. 143 Abs. 1 ZPO). Darunter fällt die persönliche Übergabe an das Personal oder der Einwurf in den Briefkasten der Institution (KUKO ZPO-Hoffmann-Nowotny, 2. Auflage, Art. 143 N 8). Damit wird die Schaffung von gleich langen Fristen für in- und ausländische Parteien bezweckt (BK ZPO II-Frei, Art. 143 N 10). Auf diese Zustellmöglichkeit wurde der Berufungskläger im Email vom 17. Juli 2018 hingewiesen (act. 19) und vorgängig auch in der vorinstanzlichen Verfügung vom 15. Juni 2018 (act. 8). Der Berufungskläger behauptet zwar, er habe dieses Email nicht erhalten (act. 25 S. 1), jedoch widerspricht dies dem nachfolgenden Emailverkehr. So sandte der Berufungskläger sein Fristerstreckungsgesuch an die auf der homepage des Obergerichtes erwähnte Adresse, info.obergericht@gerichte-zh.ch (act. 18). Seine zweites Email, in welchem er im Anhang u.a. Bezug nahm auf die Verfügung vom 23. Juli 2018, sandte er an die Adresse "... Obergericht Zürich" (act. 23). Diesem Adressat ist die Email-Adresse "...@gerichte-zh.ch" hinterlegt, welche auf der homepage des Obergerichtes nicht aufgeführt wird. Nur nach dem Öffnen des Gerichtsmails vom 18. Juli 2018 und dem Anklicken des im Emailprogramm vorgesehenen Befehls "Antwort" konnte er somit die 2. Zivilkammer unter dieser Email-Adresse erreichen. Folglich hat der Berufungskläger das Email erhalten. Es war dem Berufungskläger unbenommen, seine Eingabe an die Schweizerische Botschaft in I1.____ [Stadt] zu richten (vgl. act. 27). Das Gericht ging davon aus, dass sich der Berufungskläger in D.____ aufhalte (act. 21), gab er doch in seinem Fristerstreckungsgesuch eine Adresse in D.____ an (act. 20A). Selbst wenn er sich in D.____ aufhielte, wäre ihm eine Zustellung auf diesem Weg möglich gewesen. Auch in D1.____ [Stadt] gibt es ein Generalkonsulat (act. 28). Mit der vom Gesetz vorgesehenen Möglichkeit, ein Zustellung an eine schweizerische diplomatische oder konsularische Vertretung vorzunehmen, wird u.a. den Bedürfnissen von Auslandschweizern entsprochen. Ein Verstoss gegen die Bundesverfassung (Art. 2 Abs. 1, Art. 5 Abs. 3, Art. 8 Abs. 1-2, Art. 9 und Art. 29)

bzw. die EMRK (Art. 6), wie der Berufungskläger behauptet (vgl. act. 25 S. 2), liegt nicht vor.

Der Berufungskläger verlor kein Wort darüber, weshalb er nicht diesen Zustellweg wahrnahm. Er begründete auch nicht, weshalb es ihm erst am 27. Juli 2018 möglich war, das Schriftstück vom 24. Juli 2018 dem DHL-Dienst zu übergeben (vgl. act. 26). Es wurden somit keine Gründe vorgebracht, die eine Fristwiederherstellung erlauben würden (Art. 148 Abs. 1 ZPO).

7. a) Seit dem 1. Januar 2011 besteht die Möglichkeit den Gerichten Eingaben elektronisch zuzustellen. Bei elektronischer Übermittlung muss das Dokument, das die Eingabe und die Beilagen enthält, mit einer anerkannten elektronischen Signatur der Absenderin oder des Absenders versehen sein. Der Bundesrat bestimmt das Format der Übermittlung (Art. 130 Abs. 2 ZPO). Die Modalitäten des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten wird in der Übermittlungsverordnung (Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren vom 18.6.2010, SR 272.1) geregelt. Vorausgesetzt wird u.a. eine elektronische Signatur, die auf einem qualifizierten Zertifikat einer Anbieterin von Zertifizierungsdiensten beruht, die im Sinne ZertES anerkannt ist (Art. 6 dieser Verordnung).

b) Die mit der Email Eingabe vom 26. Juli 2018 20:50 Uhr im Anhang dem Gericht vorgängig zugestellte Rechtsmitteleingabe vom 24. Juli 2018 genügt diesen Anforderungen nicht (act. 24 i.V.m. act. 23). Bereits im Email vom 18. Juli 2018 wurde der Berufungskläger auf die fehlende anerkannte elektronische Signatur hingewiesen (act. 19). Er wusste also gestützt auf dieses Email vom 18. Juli 2018 und die Verfügung vom 23. Juli 2018 zum vornherein, dass seine am 26. Juli 2018 per Email versandte Rechtsschrift vom 24. Juli 2018 (act. 24 i.V.m. act. 23) die Voraussetzungen der elektronischen Rechtsmitteleingabe nicht erfüllen wird.

Mangels rechtzeitiger Rechtsmittelerhebung ist demnach auf die Berufung nicht einzutreten.

8. a) Selbst wenn die Berufung rechtzeitig eingereicht worden wäre, hätte diese abgewiesen werden müssen.

Der Berufungskläger hatte mit vier weiteren Geschwistern als Nachkommen der J._____ eine Liegenschaft in K._____ geerbt. Im Zusammenhang mit deren Veräusserung veranlagte das Steueramt K._____ eine Grundstücksgewinnsteuer. Bezüglich dieses Veranlagungsverfahrens wirft der Berufungskläger der Berufungsbeklagten, die damals Präsidentin des Gemeinderates gewesen ist, und der zuständigen Steuersekretärin, L._____, das Begehen von Verfahrensfehlern vor, wodurch ihm ein Schaden entstanden sein soll. In der Folge betrieb er die Berufungsbeklagte für zwei Schadenersatzforderungen (act. 2/1-2).

b) Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, kann der Berufungskläger nicht persönlich gegen die Berufungsbeklagte Klage erheben für angebliche Fehler, welche sie bei Ausübung ihrer amtlichen Funktion gemacht hat (act. 25 Erw. 3.3). Gemäss Art. 46 Abs. 1 KV haften der Kanton, die Gemeinden und die Organisationen des öffentlichen Rechts kausal für den Schaden, den Behörden oder Personen in ihrem Dienst durch rechtswidrige amtliche Tätigkeit oder Unterlassung verursacht haben. Das kantonale Haftungsgesetz (LS170.1) ist auch auf Behördenmitgliedern von Gemeinden anwendbar (Art. 2 Abs. 1 HG). Der Kanton haftet für den Schaden, den ein Angestellter in Ausübung amtlicher Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügt (§ 6 Abs. 1 HG). Dem Geschädigten steht keine Anspruch gegenüber dem Angestellten bzw. dem Behördenmitglied zu (§ 6 Abs. 4 i.V.m. § 4 HG). Daher sind die in Betreibung gesetzten Schadenersatzforderungen des Berufungsklägers von der Berufungsbeklagten nicht geschuldet und die Vorinstanz hat zu Recht das Gesuch der Berufungsbeklagten gutgeheissen. Es war, entgegen den Ausführungen des Berufungsklägers, nicht Aufgabe der Vorinstanz für den Berufungskläger ein neues Verfahren mit einer Haftungsklage gegen den Staat aufzugleisen. Nach einem vorgängig durchge-

fürten Vorverfahren durch die gemäss § 22 HG zuständige Stelle – bei Ansprüchen gegen die Gemeinde ist dies die Gemeindevorsteherchaft (§ 22 Abs. 1 lit. b HG) – hätte der Berufungskläger die Klage direkt beim zuständigen Gericht einzureichen (§ 23 HG, § 24 Abs. 2 HG).

9. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens dem Berufungskläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Da er unterliegt, ist ihm keine Entschädigung zuzusprechen. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 49'119.25 ist die Gerichtsgebühr gestützt auf § 12 Abs. 1 i.V.m. §§ 4 Abs. 1 und Abs. 2, 8 Abs. 1 und 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 700.– festzusetzen. Der Berufungsbeklagten ist mangels Umtrieben, die in diesem Verfahren zu entschädigen wären, keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 700.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Berufungskläger auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 20A und act. 25, sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur und an die Obergerichtskasse, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 49'119.25.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: