

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT190104-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Ersatzoberrichter Dr. M. Niet-
lispach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Beschluss vom 13. August 2019

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegnerin und Fristwiederherstellungsgesuchstellerin

gegen

Kanton Zürich,

Gesuchsteller und Fristwiederherstellungsgesuchsgegner

vertreten durch Zentrale Inkassostelle der Gerichte,

betreffend **Rechtsöffnung**

**Gesuch um Wiederherstellung der Beschwerdefrist gemäss Entscheid des
Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 2. Mai 2019
(EB190293-L)**

Erwägungen:

1.1 Nach Eingang des Rechtsöffnungsgesuchs des Gesuchstellers und Fristwiederherstellungsgesuchsgegners (fortan Gesuchsteller) setzte die Vorinstanz der Gesuchsgegnerin und Fristwiederherstellungsgesuchstellerin (fortan Gesuchsgegnerin) mit Verfügung vom 12. März 2019 Frist an, um zum Rechtsöffnungsbegehren Stellung zu nehmen (Urk. 1 bis Urk. 5a). Da die Gesuchsgegnerin diese Verfügung nicht abholte, erfolgte eine zweite Zustellung per A-Post-Plus (Urk. 5b). Demnach wurde die Sendung der Gesuchsgegnerin am 29. März 2019 zugestellt ("Track & Trace"-Auszug Nr. 1, Urk. 5b Anhang). Diese Zustellung wurde von der Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 8. April 2019 bestätigt (Urk. 6). Mit Verfügung vom 11. April 2019 wurden die Parteien auf den 2. Mai 2019 zur Verhandlung vorgeladen (Urk. 8a). Diese Verfügung holte die Gesuchsgegnerin wiederum nicht ab (Urk. 8b; Urk. 9), weshalb erneut eine Zustellung per A-Post-Plus erfolgte (Urk. 9). Die Vorladung wurde der Gesuchsgegnerin in der Folge am 26. April 2019 zugestellt ("Track & Trace"-Auszug Nr. 2; Urk. 9 Anhang), was diese mit Schreiben vom 29. April 2019 bestätigte (Urk. 10). Darin stellte sie zudem ein Gesuch um Verschiebung der Verhandlung (Urk. 10 S. 1). Zur Verhandlung vom 2. Mai 2019 ist keine der Parteien erschienen (vgl. Handprotokoll). In der Folge erging gleichentags der Entscheid der Vorinstanz. Darin wies diese das Gesuch der Gesuchsgegnerin um Verschiebung der Verhandlung ab (vgl. Urk. 12 S. 4). Sodann erteilte sie dem Gesuchsteller in der Betreuung Nr. 3 des Betreibungsamtes Zürich 12 (Zahlungsbefehl vom 11. Juli 2018) gestützt auf diverse, in Rechtskraft erwachsene Entscheide des Obergerichts des Kantons Zürich und der Staatsanwaltschaft See/Oberland für ausstehende Verfahrenskosten definitive Rechtsöffnung für Fr. 8'150.–. Die Kosten wurden zu Lasten der Gesuchsgegnerin geregelt; der Antrag des Gesuchstellers auf Zusprechung einer Parteientschädigung wurde abgewiesen (Urk. 12 S. 8 f.). Diesen vorinstanzlichen Entscheid vom 2. Mai 2019 holte die Gesuchsgegnerin erneut nicht ab (Urk. 14). Eine zweite Zustellung erfolgte nicht mehr.

1.2 Am 17. Juli 2019 überbrachte die Gesuchsgegnerin der Vorinstanz ein Gesuch um Wiederherstellung der Beschwerdefrist, welches diese der beschliessenden Kammer weiterleitete (Urk. 16).

2.1 Gestützt auf Art. 148 Abs. 1 ZPO kann das Gericht auf Gesuch einer säumigen Partei eine Nachfrist gewähren oder zu einem Termin erneut vorladen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Das Gesuch ist innert 10 Tagen seit Wegfall des Säumnisgrundes einzureichen (Art. 148 Abs. 2 ZPO). Dabei muss die Partei die versäumte Rechtshandlung nicht gleichzeitig mit der Einreichung des Gesuchs um Wiederherstellung nachholen. Vielmehr hat das Gericht zuerst über das Wiederherstellungsgesuch zu entscheiden und setzt im Fall von dessen Gutheissung der Partei eine den Umständen angemessene Nachfrist zur Vornahme der versäumten Handlung an (A. Staehelin in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. A., Art. 148 N 13). Der Entscheid obliegt demjenigen Gericht, vor welchem die versäumte Frist zu wahren bzw. der Termin einzuhalten gewesen wäre (BSK ZPO-Gozzi, Art. 149 N 2; KUKO ZPO-Hoffmann-Nowotny, Art. 148 N 12, Art. 149 N 3).

2.2 Nach dem Gesagten ist die beschliessende Kammer zur Behandlung des Wiederherstellungsgesuchs sachlich zuständig. Aufgrund der gesetzlichen Vorgabe, dass die säumige Partei *glaubhaft* zu machen habe, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft (Art. 148 Abs. 1 ZPO), ist vorliegend das summarische Verfahren die zweckmässige Verfahrensart (A. Staehelin, a.a.O., Art. 149 N 5; *OGer ZH RT150147 vom 22.09.2015, E. 2.2, S. 3 f.*).

2.3 Des Weiteren ist der Gegenpartei grundsätzlich Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (Art. 149 ZPO). Analog zu Art. 253 ZPO kann allerdings auf die Einholung einer Stellungnahme verzichtet werden, wenn das Fristwiederherstellungsgesuch offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist. Dies ist vorliegend der Fall.

3.1 Die Gesuchsgegnerin wendet ein, der Abholzettel der Post sei offenbar fälschlicherweise bei ihrer Nachbarin B. _____ in den Briefkasten gelegt worden, da sie selber jeweils mit A. _____ angeschrieben werde. Sie habe erst am 17. Juli 2019 auf dem Betreibungsamt vom vorinstanzlichen Entscheid Kenntnis erhalten, weshalb die Frist erst ab dann laufe (Urk. 16).

3.2 Da die Gesuchsgegnerin den vorinstanzlichen Entscheid vom 2. Mai 2019 nicht in Empfang nahm (vgl. Erw. 1.1 hiavor; Urk. 14), ist davon auszugehen, dass sie diesen tatsächlich erst anlässlich des Termins vom 17. Juli 2019 auf

dem Betreibungsamt zur Kenntnis nahm. Damit erhielt sie auch erst zu diesem Zeitpunkt Kenntnis von ihrer Säumnis. Entsprechend ist das Wiederherstellungsgesuch unter Hinweis auf Art. 148 Abs. 2 ZPO rechtzeitig erfolgt. Auf das Gesuch ist einzutreten.

3.3.1 Vorliegend greift die Zustellfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO, wonach die Postsendung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch als zugestellt gilt, wenn die eingeschriebene Postsendung – wie vorliegend (Urk. 14 Anhang) – nicht abgeholt wird und der Adressat mit einer solchen rechnen musste (A. Staehelin, a.a.O., Art. 138 N 8 f.). Die Parteien sind verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d.h. unter anderem dafür zu sorgen, dass ihnen Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden können. Diese Pflicht gilt insoweit, als mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss. Dies ist während eines laufenden Verfahrens immer der Fall, wobei das Bundesgericht es sogar als vertretbar erachtet, die Zustellfiktion bis ein Jahr nach der letzten verfahrensbezogenen Handlung eintreten zu lassen (BK ZPO-Frei, Art. 138 N 25 mit Verweis auf BGer 5P.120/2005 vom 23. März 2006, E. 4.2; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 138 N 53 mit Verweis auf BGE 130 III 396 E. 1.2.3).

3.3.2 Die Gesuchsgegnerin musste mit der Zustellung eines Entscheides rechnen: Sie hatte Kenntnis vom Verfahren, hatte sie doch sowohl die Verfügung vom 12. März 2019 als auch die Vorladung vom 11. April 2019 erhalten und sich zweimal schriftlich dazu vernehmen lassen (Urk. 5a; Urk. 5b; Urk. 6; Urk. 8a; Urk. 9; Urk. 10). Da über ihr mit Schreiben vom 29. April 2019 gestelltes Verschiebungsgesuch bis zum Verhandlungszeitpunkt nicht entschieden worden war, musste die Gesuchsgegnerin mit hoher Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung weiterer Entscheide rechnen.

3.3.3 Daran ändert auch der Einwand der fehlenden Abholungseinladung nichts: 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 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, E. 2.4; BGE 142 IV 201 E. 2.3). Die immer bestehende Möglichkeit von Fehlern bei der Poststelle genügt nicht, um die Vermutung zu widerlegen. Vielmehr müssen konkrete Anzeichen für einen Fehler vorhanden sein (BGE 142 IV 201 E. 2.3 m.w.H.).

3.3.4 Vorliegend kann dem "Track & Trace"-Auszug der Schweizerischen Post (Sendungsnummer 4; Urk. 14 Anhang) entnommen werden, dass die Sendung mit dem Entscheid vom 2. Mai 2019 am 15. Mai 2019 der Schweizerischen Post übergeben worden ist. Unter dem 16. Mai 2019 findet sich der Vermerk "Zur Abholung gemeldet" (Urk. 14 Anhang). Dies bedeutet, dass ein Zustellversuch stattgefunden hat, der Empfänger der Sendung nicht vor Ort war und die Sendung per Abholungseinladung dem Empfänger gemeldet wurde (vgl. Begriffserklärung der Post). Entsprechend ist nach der vorangehend zitierten Rechtsprechung, welche auch für das seit dem 1. Januar 2011 geltende Schweizerische Zivilprozessrecht Gültigkeit beansprucht (BGE 138 III 225 E. 3.1) und im Entscheid BGE 142 IV 201 bestätigt wurde, davon auszugehen, dass die Gesuchsgegnerin die Abholungseinladung tatsächlich am 16. Mai 2019 erhalten hat, zumal sie nichts vorbringt, woraus mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf Fehler bei der Zustellung geschlossen werden kann. Insbesondere überzeugt der Einwand nicht, aufgrund der Ähnlichkeit der Namen habe eine Verwechslung der Briefkästen stattgefunden, nachdem der Gesuchsgegnerin auch die Verfügungen vom 12. März 2019 und 11. April 2019 zugestellt wurden, welche ebenso an den Namen "A._____" adressiert waren (vgl. Urk. 5b; Urk. 9). Demnach ist von einer ordnungsgemässen und gültigen Zustellung auszugehen. Damit gilt der Entscheid vom 2. Mai 2019 am 23. Mai 2019 als zugestellt (Urk. 14 Anhang) und die 10-tägige Frist zum Erheben einer Beschwerde lief am 3. Juni 2019 ab (Art. 142 Abs. 1 und 3 ZPO i.V.m. Art. 143 Abs. 1 ZPO, Art. 144 Abs. 1 ZPO, Art. 145

Abs. 2 lit. b ZPO und Art. 321 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO). Entsprechend wäre eine jetzige Beschwerde verspätet.

3.4 Wie erwähnt, ist zur Wiederherstellung einer verpassten Frist vorausgesetzt, dass die säumige Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Gleichzeitig hat die säumige Partei nach der hier geltenden Verhandlungsmaxime die für die Glaubhaftmachung erforderlichen Beweismittel einzureichen (A. Staehelin, a.a.O., Art. 148 N 11). Vorliegend besteht kein Grund zur Fristwiederherstellung: Wie ausgeführt, hat die Gesuchsgegnerin nicht glaubhaft dargelegt, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden am Fristversäumnis trifft. Ihre Vorbringen gehen über eine blosser Behauptung nicht hinaus. So nennt die Gesuchsgegnerin weder Hinweise, welche mit hoher Wahrscheinlichkeit auf eine fehlerhafte Zustellung hinweisen würden, noch legt sie entsprechende Beweismittel vor. Diesbezüglich kann auf das vorangehend Ausgeführte bezüglich Zustellung verwiesen werden (vgl. Erw. 3.3.4 hiervoor). Entsprechend ist ein rechtfertigender Wiederherstellungsgrund zu verneinen. Das Gesuch um Wiederherstellung der Beschwerdefrist vom 17. Juli 2019 ist abzuweisen.

4.1 Die Gerichtskosten des vorliegenden Verfahrens sind ausgangsgemäss der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie sind auf Fr. 300.– festzusetzen.

4.2 Dem Gesuchsteller ist mangels relevanter Umtriebe für das vorliegende Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch um Wiederherstellung der Beschwerdefrist vom 17. Juli 2019 wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Gesuchsgegnerin auferlegt.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsteller unter Beilage einer Kopie der Urk. 16, sowie an die Vorinstanz, 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 der Hauptsache beträgt Fr. 8'150.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 13. August 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
bz