

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NP210001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

## Urteil vom 14. April 2021

in Sachen

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

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Klägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Feststellung des Nichtbestehens einer Schuld (Art. 85a SchKG)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes für SchKG-Klagen des Bezirksgerichtes Zürich vom 20. Oktober 2020; Proz. FV200101**

**Rechtsbegehren:**

(act. 10 sinngemäss; Prot. VI S. 3 ff.)

"Es sei festzustellen, dass die von der Beklagten in Betreuung gesetzten Forderungen von CHF 6'549.78 nebst Zins zu 9% seit 20.10.2018, CHF 6'549.78 nebst Zins zu 9% seit 17.01.2019 sowie CHF 1'137.31 nicht bestehen, und es sei die gegen die Klägerin beim Betreibungsamt Zürich ... eingeleitete Betreuung Nr. 1 einzustellen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

**Urteil des Einzelgerichtes:**

(act. 36)

1. In Gutheissung der Klage wird in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich ... gegen die Schuldnerin B.\_\_\_\_\_ GmbH, C.\_\_\_\_\_strasse ..., ... Zürich, festgestellt, dass die von der Beklagten in Betreuung gesetzten Forderungen von CHF 6'549.78 nebst Zins zu 9% seit 20.10.2018, CHF 6'549.78 nebst Zins zu 9% seit 17.01.2019 sowie CHF 1'137.31 nicht bestehen.  
Demzufolge wird das gegen die Klägerin beim Betreibungsamt Zürich ... eingeleitete Betreibungsverfahren Nr. 1 aufgehoben.
2. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf CHF 1'200.– und der Beklagten auferlegt. Sie wird vollumfänglich aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss bezogen, ist der Klägerin jedoch von der Beklagten zu ersetzen.
3. Der Klägerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
- 4./5. [Mitteilungen / Rechtsmittel]

**Berufungsanträge:**

(act. 33 S. 2)

"Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht für SchKG-Klagen, vom 20. Oktober 2020 betreffend Feststellung des Nichtbestehens einer Schuld (Art. 85a SchKG) aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin und Berufungsbeklagten."

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend Beklagte) ist eine juristische Person mit Sitz in D.\_\_\_\_\_ [Land in Europa]. Sie hatte die Klägerin und Berufungsbeklagte, eine juristische Person mit Sitz in Zürich (nachfolgend Klägerin), im Betreibungsverfahren Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich ... bis zur Konkursandrohung betrieben. Die Betriebene liess mit Eingabe vom 31. Juli 2020 eine Klage auf Feststellung des Nichtbestehens einer Schuld (Art. 85a SchKG) erheben (act. 1). Mit Verfügung vom 6. August 2020 wurde die Beklagte angewiesen, ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen, die Mitteilung an die Beklagte erfolgte auf dem Rechtshilfeweg (act. 5). Davon unabhängig gelangte die Vorinstanz mit Schreiben vom 25. September 2020 an die E.\_\_\_\_\_ SA, welche im Betreibungsverfahren Nr. 1 als Gläubiger-Vertreterin wirkte, und stellte dieser die Vorladung für die auf den 20. Oktober 2020 angesetzte Verhandlung zu (act. 14). Zur Verhandlung erschien seitens der Beklagten unentschuldigt niemand (Prot. VI S. 5). Die Vorinstanz hiess die Klage nach Durchführung der Verhandlung mit unbegründetem (Säumnis-)Urteil vom 20. Oktober 2020 gut (act. 16). Die Beklagte liess durch ihren neu mandatierten Vertreter daraufhin innert Frist ein begründetes Urteil verlangen (act. 20), woraufhin die Vorinstanz ein begründetes Urteil zustellte (act. 24 = act. 35/2 = act. 36 [Aktenexemplar], nachfolgend zitiert als act. 36).

2. Gegen dieses Urteil erhob die Beklagte rechtzeitig (act. 27 i.V.m. act. 33 S. 1) die vorliegend zu beurteilende Berufung mit den oben wiedergegebenen Anträgen. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-31). Nachdem die Beklagte den Prozesskostenvorschuss für das Berufungsverfahren fristgerecht bezahlt hatte (act. 38, 40), wurde der Klägerin mit Verfügung vom 8. Februar 2021 Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 41). Die Klägerin erhielt die Abholungseinladung am 10. Februar 2021 und holte die Sendung nicht ab, so dass diese am 18. Februar 2021 an die Kammer retourniert wurde (act. 42). Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt die Sendung demnach am 17. Februar 2021 als zu-

gestellt. Die 30-tägige Frist zur Erstattung der Berufungsantwort begann am 18. Februar 2021 zu laufen und ist am 19. März 2021 unbenutzt abgelaufen. Das Verfahren ist androhungsgemäss ohne die Berufungsantwort fortzusetzen (Art. 147 ZPO) und erweist sich als spruchreif.

3. Die nach Eingang der Berufung zu prüfenden Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben und mit Anträgen und Begründung versehen. Der mit Verfügung vom 16. Januar 2021 auferlegte Prozesskostenvorschuss (act. 38) wurde geleistet. Dem Eintreten steht nichts entgegen.

4. Es kann mit Berufung sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz kann sämtliche Mängel (in Tat- und Rechtsfragen) frei und uneingeschränkt prüfen (sog. volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen), vorausgesetzt, dass sich die Berufung erhebende Partei mit den Entscheidungsgründen der ersten Instanz auseinandersetzt und konkret aufzeigt, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch gewesen sein soll (vgl. ZR 110 [2011] Nr. 80; BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4).

Die volle Kognition der Berufungsinstanz in Rechtsfragen bedeutet aber nicht, dass sie gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn der Berufungskläger diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt; vielmehr hat sie sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 ff., E. 2.2.4; BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A\_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3). Insofern gibt die Berufungsschrift durch die ausreichend begründet vorgetragenen Beanstandungen das Prüfprogramm vor, mit welchem sich die Berufungsinstanz zu befassen hat. Innerhalb dieser Beanstandungen ist sie indes weder an die Begründung des Berufungsklägers noch an jene der Vorinstanz gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Deshalb kann die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutgeheissen oder mit einer von der Argumentation der Vor-

instanz abweichenden Begründung abgewiesen werden (vgl. BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A\_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1). Entsprechend muss ein Berufungskläger zwar darlegen, *dass* und *inwiefern* die Vorinstanz das Recht aus seiner Sicht unrichtig angewendet hat, *zutreffen* muss diese Begründung – um eine freie Überprüfung durch die Berufungsinstanz zu erwirken – aber nicht (vgl. zur ebenfalls vollen Kognition der Beschwerdeinstanz in Rechtsfragen OGer ZH PS180131 vom 3. September 2018, E. III./3). Mit anderen Worten muss die Rechtsschrift eine minimale rechtliche Begründung enthalten, wenn eine unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht wird (vgl. etwa OGer ZH LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1a; LB160044 vom 23. Dezember 2016, E. I./4).

5. Die Beklagte bringt zur Begründung ihrer Berufung vor, sie sei ursprünglich von der Vorinstanz in Anwendung von Art. 140 ZPO aufgefordert worden, in der Schweiz ein Zustellungsdomizil zu bezeichnen, doch habe die Vorinstanz in der Folge nicht abgewartet, bis ihr die entsprechende Verfügung auf dem Rechtshilfeweg habe zugestellt werden können – die Zustellung sei am 8. Dezember 2020 erfolgt –, sondern habe von sich aus die E.\_\_\_\_\_ SA in F.\_\_\_\_\_ [Stadt in der Schweiz] (nachfolgend E.\_\_\_\_\_) angeschrieben, welche auf der Konkursandrohung als Vertreterin des Gläubigers bzw. der Beklagten aufgeführt gewesen sei. Die Vorinstanz habe unterstellt und fingiert, dass die E.\_\_\_\_\_, welche im Sinne von Art. 27 und Art. 67 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG als Vertreterin der Beklagten in der Betreuung fungiert habe, nun als Zustellungsempfängerin im Sinne von Art. 140 ZPO bezeichnet worden sei. Die Beklagte habe vom gegen sie in der Schweiz angestregten Zivilprozess und insbesondere vom Verhandlungstermin vom 20. Oktober 2020 keine Kenntnis gehabt, wodurch im Ergebnis ihr rechtliches Gehör verletzt worden sei, habe sie doch keine Möglichkeit gehabt, sich vor Erlass des angefochtenen Urteils überhaupt zur Sache zu äussern, Beweise vorzubringen, in die Akten Einsicht zu nehmen, mit Beweisanträgen gehört zu werden und an der Beweiserhebung mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern. Diese schwere Verletzung des rechtlichen Gehörs sei einer Heilung im Berufungsverfahren nicht zugänglich, weshalb das angefochtene Urteil aufzuheben

und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen sei (act. 33 Rz 8 ff.).

6. Die Vorinstanz erwähnt im angefochtenen Urteil lediglich, die Parteien seien zur Verhandlung vorgeladen worden, ohne hierzu Näheres auszuführen (act. 36 S. 3 oben). Welche Überlegungen die Vorinstanz zu ihrer Vorladung machte, ergibt sich indes aus dem Schreiben vom 25. September 2020 an die E.\_\_\_\_\_, wie die Beklagte in der Berufung zu Recht geltend macht (act. 33 Rz 9). Die Vorinstanz hielt dort einleitend fest, der Beklagten sei auf dem Rechtshilfeweg Frist angesetzt worden, um einen Zustellungsempfänger zu bezeichnen und es entziehe sich der Kenntnis des Gerichts, ob die entsprechende Verfügung bereits habe zugestellt werden können. Sie fuhr sodann weiter: "Im genannten Betreibungsverfahren Nr. 1 sind Sie als Vertreterin der Gläubigerin aufgeführt. Da das vorliegende Verfahren ein gerichtliches Verfahren im Rahmen des laufenden Betreibungsverfahrens[s] darstellt, geht das Gericht davon aus, dass Sie im vorliegenden Verfahren ebenfalls als Zustellungsempfängerin der Gläubigerin (der Beklagten im vorliegenden Verfahren) agieren können" (act. 14).

7. Die E.\_\_\_\_\_ ist auf der im Recht liegenden Konkursandrohung (act. 3, act. 11/1, act. 15/4) als Vertreterin der Gläubigerin (die im Verfahren nach Art. 85a SchKG Beklagte) aufgeführt, worauf auch die Beklagte verweist (act. 33 Rz 9). Die Beklagte als Gläubigerin hat ihren Sitz im Ausland und ist daher bei einer Betreuung in der Schweiz gehalten, im Betreibungsbegehren nebst ihrem eigenen Namen und ihrem Sitz das von ihr in der Schweiz gewählte Domizil anzugeben (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 1 Satz 1 SchKG). Unter diesem Domizil ist der für die Entgegennahme von Zustellungen bevollmächtigte Vertreter zu verstehen (FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 3. Aufl. 1984, Bd. I., § 16 Rz 4). Unterlässt dies ein Gläubiger, so wird angenommen, dieses Domizil befinde sich im Lokal des Betreibungsamtes (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 1 Satz 2 SchKG). Die Post wird ihm vom Betreibungsamt nicht ins Ausland gesandt (AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 16 Rz 8), vielmehr unterbleiben Zustellungen an eine im Ausland ansässige Gläubigerin, falls diese keinen Zustellungsempfänger bezeichnet. Die

Bezeichnung eines Zustellungsdomizils oder eben eines Gläubiger-Vertreters nach Art. 67 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG ist dabei nur für die Betreuung von Bedeutung (BSK SchKG I-KOFMEL EHRENZELLER, 2. Aufl. 2011, Art. 67 N 26 unter Hinweis auf Fritzsche/Walder).

Entgegen der Vorinstanz ist das Verfahren nach Art. 85a SchKG nicht in diesem Sinne Teil des Betreibungsverfahrens. Die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens einer Schuld gemäss Art. 85a SchKG hat zwar durchaus auch eine betreibungsrechtliche Seite (indem sie, jedenfalls soweit kein Rechtsvor-schlag erhoben wurde, die Einstellung der Betreuung bewirkt). Indes keineswegs nur, führt sie doch auch zu einem materiell-rechtlichen Entscheid über Bestand oder Nichtbestand der Forderung; es kommt dieser Klage eine betreibungs- und materiellrechtliche Doppelnatur zu, und wie die Kammer unlängst festgestellt hat, lässt sich seit der Revision von Art. 85a SchKG auch nicht mehr vertreten, die Klage verfolge hauptsächlich einen betreibungsrechtlichen Zweck (ZR 120/2021 Nr. 15). Die Gläubiger-Vertreterin im Betreibungsverfahren ist entgegen der Vorinstanz nicht auch Vertreterin der Gläubigerin im Verfahren nach Art. 85a SchKG, in welchem zugleich über den materiellen Bestand der Forderung entschieden wird. Im Übrigen wäre im Verfahren nach Art. 85a SchKG die in der Konkursandrohung aufgeführte Gläubiger-Vertreterin E.\_\_\_\_\_ auch nicht zur Vertretung gemäss Art. 68 Abs. 2 ZPO befugt. Wenn die Vorinstanz aus der Tatsache, dass die E.\_\_\_\_\_ im Betreibungsverfahren als Gläubiger-Vertreterin gemäss Art. 67 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG fungierte, geschlossen hat, diese sei damit ebenfalls Zustellungsempfängerin im (auch materiell-rechtlichen) Verfahren gemäss Art. 85a SchKG, hat sie eine Rechtsverletzung begangen, wie die Beklagte zu Recht geltend macht.

Damit ist die Beklagte nicht ordentlich zur Verhandlung vom 20. Oktober 2020 vorgeladen worden und hat an jener Verhandlung nicht unentschuldigt gefehlt. Indem die Verhandlung ohne die Beklagte durchgeführt wurde und das Urteil alleine gestützt auf die Vorbringen der Klägerin erging, wurde das rechtliche Gehör der Beklagten in einer Art und Weise verletzt, welche der Heilung im Rechtsmittelverfahren nicht zugänglich ist. Dies führt wie von der Beklagten bean-

trägt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Durchführung des Verfahrens.

8. Zusammenfassend ist die Berufung demnach gutzuheissen und die Streitsache zur Durchführung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## II.

1. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen im erstinstanzlichen Verfahren wird die Vorinstanz neu zu entscheiden haben.
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist gemäss § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen und aus dem von der Beklagten geleisteten Vorschuss zu beziehen. Infolge der Rückweisung ist die Verteilung der Gerichtskosten des Berufungsverfahrens (gegebenenfalls in Form eines Rückgriffs) und der Entscheid über die Parteientschädigungen dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO; KUKO-SCHMID, 2. Aufl. 2013, Art. 104 ZPO N 7).

### **Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht für SchKG-Klagen, vom 20. Oktober 2020 aufgehoben und die Sache zur Durchführung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt und aus dem von der Berufungsklägerin geleisteten Vorschuss bezogen.
3. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Einzelgerichtes vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.

5. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 14'236.85.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

lic. iur. A. Götschi

versandt am: