

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PE160002-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Kunz Bucheli

## Beschluss vom 15. Juni 2016

in Sachen

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

Aberkennungsbeklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ **AG**,

Aberkennungsklägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin Prof. Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

sowie

1. **C.** \_\_\_\_\_ **AG**,

2. **D.** \_\_\_\_\_,

Streitberufene

betreffend **Aberkennung**

**Beschwerde gegen eine Verfügung und Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 16. Juli 2014 (FO070187-L).**

### **Erwägungen:**

1. Die Aberkennungsklägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Aberkennungsklägerin) erhob am 21. März 2007 vor Vorinstanz eine Aberkennungsklage gegen die Aberkennungsbeklagte und Beschwerdeführerin (fortan Aberkennungsbeklagte) mit folgendem Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 2 die Forderung der Aberkennungsbeklagten über CHF 9'036.00 nebst Zins zu 5% seit dem 29. Juli 2005 sowie CHF 70.00 Betreuungskosten abzuerkennen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Aberkennungsbeklagten."

2. Kurz vor Abschluss des Beweisverfahrens legten am 30. Januar 2014 die bisherigen Rechtsvertreter der Aberkennungsbeklagten mit sofortiger Wirkung ihr Mandat nieder, da sie vom Rechtsvertreter der Aberkennungsklägerin in den USA für den Fall der Weiterführung des Mandates massive Drohungen erhalten hätten (Urk. 152/1-2). In der Folge setzte der Vorderrichter der Aberkennungsbeklagten mit Verfügung vom 7. März 2014 einerseits Frist zur Bezeichnung eines Zustellungsempfängers in der Schweiz an (Urk. 157 S. 3, Dispositiv-Ziffer 1) sowie andererseits, um dem Gericht schriftlich zu bestätigen, dass sie vom Verfahren tatsächlich Kenntnis gehabt habe und sie mit sämtlichen bislang in ihrem Namen vorgenommenen Rechtshandlungen einverstanden sei (Urk. 157 S. 3, Dispositiv-Ziffer 2). Am 5. Juni 2014 wurde das Rechtshilfeverfahren betreffend Zustellung der Verfügung vom 7. März 2014 abgeschlossen und der Vorinstanz mitgeteilt, dass die Unterlagen der Aberkennungsbeklagten nicht hätten zugestellt werden können, da deren Adresse fehlerhaft zu sein scheine (Urk. 163 S. 2). Am 16. Juli 2014 erliess der Vorderrichter sodann androhungsgemäss (vgl. Urk. 157 S. 3, Dispositiv-Ziffer 1 und 2) folgenden Entscheid (Urk. 172 S. 4f.):

### **[Es] wird verfügt:**

1. Es wird festgestellt, dass die Verfügung vom 7. März 2014 als der beklagten Partei am 8. Mai 2014 zugestellt gilt.
2. Sämtliche weiteren Entscheide gelten auch ohne Zustellung an die beklagte Partei als zugestellt.

3. Sämtliche Handlungen der bisherigen Rechtsvertreter der beklagten Partei gelten als nicht erfolgt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die mit Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Zürich 2 Nr. ... vom 30. November 2006 betriebene Forderung von Fr. 9'036.– wird mit Zins zu 5% seit 29. Juli 2005 sowie Betreuungskosten von Fr. 70.– aberkannt.
2. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:  
Fr. 3'200.00 die Barauslagen betragen:  
Fr. 467.30 Übersetzungskosten

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten. Verlangt keine der Parteien eine schriftliche Begründung des Urteils, so ermässigt sich die Gerichtsgebühr auf zwei Drittel.

3. Die Gerichtskosten werden der beklagten Partei auferlegt.
4. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei wird eine Prozessentschädigung von Fr. 4'300.– (inkl. Mehrwertsteuer und Kosten des Schlichtungsverfahrens) zu bezahlen.
5. Die von der klagenden Partei gestützt auf § 76 ZPO ZH geleistete Kautions von Fr. 3'000.– wird für die Gerichtskosten verwendet. Ein allfälliger Überschuss wird der klagenden Partei zurückerstattet. Ein allfälliger Fehlbetrag wird von der beklagten Partei nachgefordert. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei den für die Gerichtskosten verwendeten Anteil der Kautions zurückzuerstatten.
6. Der von der klagenden Partei gestützt auf § 83 ZPO ZH geleistete Vorschuss von Fr. 1'500.– wird der klagenden Partei zurückerstattet.
7. Schriftliche Mitteilung:
  - an die klagende Partei als Gerichtsurkunde
  - die beklagte Partei durch Ablage eines Entscheids in den Aktensowie nach Eintritt der Rechtskraft
  - im Dispositivauszug gemäss Ziffer 1 an das Betreibungsamt Zürich 2
8. Dieser Entscheid erwächst durch Zustellung des Dispositivs im Sinne von Dispositiv-Ziffer 7 vorstehend in Rechtskraft. Die Parteien können innert 10 Tagen ab Zustellung des Dispositivs resp. Ablage in den Akten schriftlich beim Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, Wengistr. 28, Postfach, 8026 Zürich, eine Begründung verlangen (Art. 239 ZPO). Wird eine Begründung verlangt, so läuft den Parteien die Frist zur Erklärung einer Beschwerde ab Zustellung des begründeten Entscheids.

3. Gegen diese Entscheide erhob die Aberkennungsbeklagte mit Eingabe vom 11. April 2016 Beschwerde mit folgenden Rechtsbegehren (Urk. 171 S. 2):

1. Es sei das Urteil vom 16. Juli 2014 aufzuheben und es sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen;
2. eventualiter seien die prozessleitende Verfügung vom 16. Juli 2014 und das Urteil vom 16. Juli 2014 aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen;
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin."
4. Mit Verfügung vom 6. Juni 2016 wurde der Aberkennungsbeklagten Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (Urk. 178), welcher innert Frist geleistet worden ist (Urk. 178).
  5. a) Die Aberkennungsbeklagte führt aus, das Urteil und die Verfügung vom 16. Juli 2014 seien ihr am 30. März 2016 zugestellt worden. Damit sei mit der am 11. April 2016 erhobenen (und gleichentags zur Post gegebenen) Beschwerde die Beschwerdefrist gewahrt worden (Urk. 171 S. 3).
    - b) Die Vorinstanz erliess ihr Urteil am 16. Juli 2014 und stellte es der Aberkennungsbeklagten gemäss Mitteilungssatz im angefochtenen Urteil durch Ablage eines Entscheids in den Akten zu (Urk. 172). Mit Eingabe vom 9. März 2016, zur Post gegeben am 10. März 2016, wies sich Rechtsanwalt Dr. X.\_\_\_\_\_ bei der Vorinstanz mit einer undatierten Vollmacht als (neuer) Rechtsvertreter der Aberkennungsbeklagten aus (vgl. nicht akturierte Eingabe in den Restakten der vorinstanzlichen Prozessakten) und ersuchte um Zustellung des Verfahrensprotokolls und des Aktenverzeichnisses, um sich über den Stand des Verfahrens in Kenntnis zu setzen.
      - c) Da - wie zu zeigen sein wird - auf die Beschwerde ohnehin nicht eingetreten werden kann, kann offen bleiben, ob das Rechtsmittel rechtzeitig erhoben worden ist. Aus dem gleichen Grund kann dahingestellt bleiben, ob die bei der Vorinstanz eingereichte Vollmacht ohne Datumsangabe wirklich von A.\_\_\_\_\_ stammt (der Vorname in der Unterschrift deutet jedenfalls nicht darauf hin) und den Nachweis der Bevollmächtigung von Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ zu erbringen vermag.
6. a) Die Aberkennungsbeklagte erhebt Beschwerde gegen das unbegründete Urteil der Vorinstanz vom 16. Juli 2014. Sie macht geltend, aus der glei-

chentags zusammen mit dem Urteil ergangenen Verfügung ergebe sich, dass ab sofort alles als zugestellt gelte. Überdies gälten sämtliche bisher für sie von ihren bisherigen Rechtsvertretern gemachten Handlungen aufgrund der fehlenden Bestätigung als nicht erfolgt. Es sei daher schon klar, wie das nachfolgende Erkenntnis habe lauten müssen und auch laute (Urk. 171 S. 16). Obwohl das Urteil selbst formell nicht begründet sei, ergebe sich dessen Begründung unmittelbar aus der Begründung der prozessleitenden Entscheidung des gleichen Tages. Deshalb sei das Urteil das richtige Anfechtungsobjekt (Urk. 171 S. 18).

b) Ein unbegründetes Urteil stellt entgegen der Ansicht der Aberkennungsbeklagten kein taugliches Anfechtungsobjekt dar (vgl. Art. 239 Abs. 2 ZPO). Daran ändert auch nichts, wenn zulasten der Aberkennungsbeklagten – wie von ihr geltend gemacht (Urk. 171 S. 7ff.) – möglicherweise zu Unrecht von einer Zustellungsfiktion und von der fehlenden Genehmigung der bisherigen Handlungen ihrer Rechtsvertreter ausgegangen wurde und damit das vorinstanzliche Urteil zu Unrecht als Säumnisurteil ergangen ist. Auch dass das unbegründete Urteil allenfalls nicht korrekt in die Akten zugestellt worden ist (Urk. 171 S. 18), ändert nichts daran, dass auf eine Begründung des Urteils nicht verzichtet werden kann; es ist zunächst beim erstinstanzlichen Gericht um Begründung des Urteils zu ersuchen. Dies gilt auch dann, wenn sich die Begründung schon aus vorangehenden Entscheidungen im Verfahren ableiten lässt, denn ein nicht begründeter Entscheid kann von der oberen Instanz nicht beurteilt werden. Erst nach Zustellung des schriftlich begründeten Urteils beginnt die Rechtsmittelfrist zum Erheben einer Berufung oder einer Beschwerde zu laufen. Die Aberkennungsbeklagte ist darauf hinzuweisen, dass sie die Beschwerde nach Erhalt des begründeten Urteils innert der gesetzlichen Rechtsmittelfrist von 30 Tagen (Art. 321 ZPO) erneut einzureichen hat. Sollte die Vorinstanz zum Schluss gelangen, dass das Gesuch um Begründung verspätet gestellt worden ist, hätte sie dies in einem begründeten, prozessleitenden Entscheid festzustellen, in welchem sie sich dann mit der Zustellung und der allenfalls angenommenen Zustellungsfiktion auseinanderzusetzen hätte. Gegen diesen Entscheid stünde der Aberkennungsbeklagten in der Folge die Beschwerde gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO offen (BSK ZPO-Steck, Art. 239 N 25; ZK ZPO-D. Staehelin, Art. 239 N 30 ff.; BK ZPO-Killias, Bd. II, Art. 239 N 17 ff.). Erst

zu diesem Zeitpunkt hätte schliesslich die angerufene Kammer darüber zu entscheiden, ob die Vorinstanz zu Recht von einer Zustellungsfiktion bezüglich Endentscheid ausgehen durfte.

7. a) Schliesslich ficht die Aberkennungsbeklagte eventualiter die zusammen mit dem Urteil erlassene prozessleitende Verfügung der Vorinstanz an (Urk. 171 S. 2, Beschwerdeantrag Ziffer 2).

b) Rechtsmittel sind bedingungsfeindlich (BGE 134 III 332 E. 2.2). Es ist insbesondere unzulässig, die Ergreifung bzw. die Behandlung eines Rechtsmittels von der vorgängigen Beantwortung einer Frage abhängig zu machen, die gerade erst Gegenstand des Entscheides der Rechtsmittelinstanz sein wird. Die Erhebung eines Rechtsmittels darf folglich auch nicht von seinem Erfolg abhängig gemacht werden. Ergibt die Prüfung, dass ein Rechtsmittel unzulässig ist, hat ein Nichteintretensentscheid zu erfolgen (ZK ZPO-Reetz, Vorbemerkungen zu den Art. 308-318, N 49 f.).

c) Die anwaltlich vertretene Aberkennungsbeklagte erhebt die Beschwerde gegen die prozessleitende Verfügung ausdrücklich nur eventualiter, das heisst für den Fall, dass die Kammer das Urteil der Vorinstanz vom 16. Juli 2014 gemäss ihrem Beschwerdeantrag Ziffer 1 nicht aufhebt (vgl. Urk. 171 S. 2, Beschwerdeantrag Ziffer 2 sowie nachfolgende Begründung unten auf S. 2). Dabei verlangt sie von der Rechtsmittelinstanz, zunächst zu prüfen, ob ihre Beschwerde gegen das Urteil vom 16. Juli 2014 gutgeheissen werden könne um sodann für den Fall, dass dies nicht möglich sein sollte, auch die prozessleitende Verfügung anzufechten, und dies, obwohl gemäss ihrer Begründung ausdrücklich das Urteil das richtige Anfechtungsobjekt sei (Urk. 171 S. 18). Es musste ihr bzw. ihrem Rechtsvertreter daher klar sein, dass sie die Beschwerde gegen die Verfügung vom 16. Juli 2014 nur bedingt erhebt. Eine Umdeutung in ein unbedingt erhobenes Rechtsmittel oder eine Fristansetzung an die Aberkennungsbeklagte, ob sie das Rechtsmittel vorbehaltlos aufrecht erhalten will oder vorbehaltlos darauf verzichten will (Reetz, a.a.O., Vorbemerkungen zu den Art. 308-318, N 49), kommt angesichts der anwaltlichen Vertretung sowie der ausdrücklichen Formulierung des Antrags sowie der Beschwerdebegründung nicht in Betracht. Daran ändert auch nichts,

dass die Aberkennungsbeklagte auch im Eventualantrag die Aufhebung des Urteils (zusätzlich zur prozessleitenden Verfügung) verlangt (Urk. 171 S. 2, Beschwerdeantrag Ziffer 2). Die bedingte Beschwerde gegen die Verfügung vom 16. Juli 2014 ist daher unzulässig, weshalb auch diesbezüglich auf die Beschwerde der Aberkennungsbeklagten nicht einzutreten ist.

8. a) Selbst wenn indessen davon ausgegangen würde, dass die Aberkennungsbeklagte die Beschwerde unbedingt erhoben hätte, wäre darauf nicht einzutreten: Gegen prozessleitende Verfügungen ist die Beschwerde – von den hier nicht einschlägigen, im Gesetz explizit vorgesehenen Fällen (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) abgesehen – nur zulässig, wenn durch sie der Beschwerde führenden Partei ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Ein solcher Nachteil ist ohne Weiteres anzunehmen, wenn er auch durch einen für den Ansprecher günstigen Endentscheid nicht mehr beseitigt werden kann. Indes ist bei der Annahme eines drohenden, nicht leicht wiedergutmachenden Nachteils grundsätzlich Zurückhaltung angebracht. Der Gesetzgeber hat die selbstständige Anfechtung gewöhnlicher Inzidenzentscheide absichtlich erschwert, denn der Gang des Prozesses sollte nicht unnötig verzögert werden (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7377).

Das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen (Zulässigkeitsvoraussetzungen des Rechtsmittels) ist von Amtes wegen zu prüfen, doch, wie allgemein bei der Prüfung von Prozessvoraussetzungen, nur auf Basis des dem Gericht vorgelegten Tatsachenmaterials (Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 60 N 1). Entsprechend muss die betroffene Partei den nicht leicht wiedergutmachenden Nachteil dartun, d.h. sie ist beweispflichtig, sofern die Gefahr nicht von vornherein offenkundig ist (BK ZPO-Sterchi, Band II, Art. 319 N 15 m.w.H.). Zudem muss sie darlegen, warum sich der von ihr geltend gemachte Nachteil später nicht mehr leicht wiedergutmachen lassen soll. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, von Amtes wegen darüber Nachforschungen anzustellen. Fehlt die Rechtsmittelvoraussetzung des drohenden, nicht leicht wiedergutmachenden Nachteils, so ist auf die

Beschwerde nicht einzutreten. Die entsprechende prozessleitende Verfügung kann in diesem Fall erst zusammen mit dem Endentscheid angefochten werden.

b) Angesichts des Umstands, dass vorliegend zusammen mit der prozessleitenden Verfügung vom 16. Juli 2014 gerade auch der Endentscheid ergangen ist, ist nicht ersichtlich, inwieweit der Aberkennungsbeklagten ein nicht leicht wieder-gutzumachender Nachteil droht, welcher nicht zusammen mit der Anfechtung des Endentscheids gerügt werden könnte. Auf die Beschwerde betreffend die prozessleitende Verfügung vom 16. Juli 2014 wäre daher auch aus diesem Grund nicht einzutreten.

9. Zusammengefasst ist auf die Beschwerde der Aberkennungsbeklagten nicht einzutreten; soweit sie sich gegen das Urteil der Vorinstanz vom 16. Juli 2014 richtet mangels Anfechtungsobjekt und soweit sie sich gegen die Verfügung vom 16. Juli 2014 richtet, mangels unbedingter Rechtsmittelerhebung. Beide Beschwerden erweisen sich daher als unzulässig. Bei dieser Sachlage kann von der Einholung einer Beschwerdeantwort der Aberkennungsklägerin verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

10. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Aberkennungsbeklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 10 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 2 GebVO OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen. Parteientschädigungen sind für das Beschwerdeverfahren keine zuzusprechen, der Aberkennungsbeklagten infolge ihres Unterliegens, der Aberkennungsklägerin mangels erheblicher Umtriebe im Beschwerdeverfahren (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

**Es wird beschlossen:**

1. Auf die Beschwerde der Aberkennungsbeklagten wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden der Aberkennungsbeklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Aberkennungsklägerin unter Beilage eines Doppels von Urk. 171, 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 beträgt Fr. 9'036.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 15. Juni 2016

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Kunz Bucheli

versandt am:  
mc