

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT130010-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. M. Kriech und Ersatzoberrichterin lic. iur. R. Blesi Keller sowie Gerichtsschreiber lic. iur. G. Kenny

Beschluss vom 14. Mai 2013

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

gegen

B._____ AG,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 14. Dezember 2012 (EB120316)

Erwägungen:

I.

1. Mit Urteil vom 14. Dezember 2012 erteilte die Vorinstanz der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchstellerin) in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ (Zahlungsbefehl vom 27. April 2012) provisorische Rechtsöffnung für Fr. 20'783.75, für die Betreuungskosten im Betrag von Fr. 117.– und für die Kosten und Entschädigung gemäss Ziff. 2 bis 4 dieses Urteils; die Kosten und Entschädigungsfolgen wurden zu Lasten des Gesuchsgegners und Beschwerdeführers (fortan Gesuchsgegner) geregelt (Urk. 14 S. 6 f.).

2. Gegen dieses Urteil erhob der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 25. Januar 2013 form- und fristgerecht Beschwerde. Er beantragt, das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben und seiner Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Urk. 13 S. 1).

3. Mit Verfügung vom 29. Januar 2013 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt. Weiter wurde der Gesuchsgegner verpflichtet, einen Vorschuss in der Höhe von Fr. 500.– innerhalb von 10 Tagen ab Erhalt der Verfügung an die Obergerichtskasse zu leisten (Urk. 16 S. 4).

4. Diese Verfügung wurde als Gerichtsurkunde am 30. Januar 2013 versandt. Sie gelangte am 12. Februar 2013 zurück an die Kammer, da der Gesuchsgegner sie bei der Post nicht abgeholt hatte (Urk. 17 und Urk. 18 S. 2).

5. Mit Verfügung vom 12. Februar 2013 wurde dem Gesuchsgegner daher eine Nachfrist im Sinne von Art. 101 Abs. 3 ZPO von 10 Tagen ab Erhalt der betreffenden Verfügung zur Leistung des Vorschusses angesetzt (Urk. 18 S. 2).

Die Post teilte in der Folge mit, der Gesuchsgegner lasse seine Post bis zum 28. Februar 2013 zurückbehalten. Der Sendungsinformation zur betreffenden Ge-

richtsurkunde lässt sich sodann entnehmen, dass der Gesuchsgegner diese am 27. Februar 2013 entgegengenommen hat (Urk. 18 letzte zwei Blätter).

1.6. Am 8. März 2013 wurde der Gerichtskasse der Vorschuss in der Höhe von Fr. 500.– gutgeschrieben und am selben Tag verbucht (Urk. 19 f.).

1.7. Da die Nachfrist zur Leistung des Vorschusses am Montag, 4. März 2013 endete, war der Kostenvorschuss am 8. März 2013 nach Ablauf der Frist bei der Gerichtskasse eingegangen (Urk. 21 S. 3 Ziff. 3.1.). Der Gesuchsgegner wurde daher mit Verfügung vom 27. März 2013 aufgefordert nachzuweisen, dass der Vorschuss rechtzeitig im Sinne von Art. 143 Abs. 3 ZPO seinem Konto belastet oder der Schweizer Post zu Händen des Gerichts übergeben worden war (Urk. 21 S. 4 Dispositiv-Ziff. 1).

1.8. Der Gesuchsgegner liess sich mit Eingabe vom 27. April 2013 innert Frist vernehmen. Er äusserte sich zum Zeitpunkt, in welchem der Vorschuss seinem Konto belastet oder der Post übergeben worden war, nicht, kritisierte aber die Fristberechnung und das Vorgehen der Kammer als unrechtmässig (Urk. 22).

II.

1. In der Verfügung vom 27. März 2013 wurde die Berechnung der Nachfrist zur Leistung des Vorschusses ausführlich dargelegt. Der Präsident der Kammer stützte sich bei der Fristberechnung auf die ganz herrschende Lehre und ständige höchstrichterliche Rechtsprechung. Zusammengefasst wurde festgehalten, dass ein Rückbehaltungsauftrag bei der Post den Fristenlauf nicht zu hemmen vermag, sondern die Zustellung der Gerichtsurkunde am letzten Tag der siebentägigen Frist ab Eingang bei der Poststelle als erfolgt gilt, weshalb ab diesem Datum eine allfällige Frist zu laufen beginnt (Urk. 21 S. 3 Ziff. 2.1.).

2.1. Der Einwand des Gesuchsgegners, Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO sei nicht einschlägig, da es schliesslich zu einer erfolgreichen Zustellung gekommen sei, verfährt nicht. Die Anwendung dieses Artikels hängt nicht davon ab, ob der Empfänger einer gerichtlichen Sendung diese jemals erhält. Seine Anwendbarkeit ent-

fällt nicht sozusagen rückwirkend, wenn der Empfänger zu einem späteren Zeitpunkt im Verlauf des Verfahrens oder gar nach dessen Abschluss die betreffende Sendung doch noch erhält (vgl. auch BGE 127 I 31 Regeste zur damals geltenden Rechtslage, welche mit der heutigen vergleichbar ist). An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass der Einwand, der zitierte Bundesgerichtsentscheid BGE 127 I 31 sei nicht einschlägig, nicht zutrifft: Dem betreffenden Entscheid lag gerade der Sachverhalt zu Grunde, dass eine Gerichtsurkunde dem Empfänger – gleich wie im vorliegenden Verfahren – nach Ablauf der erwähnten siebentägigen Frist ausgehändigt wurde (BGE 127 I 31 Regeste).

2.2. Der Wortlaut von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO ist aber in einem anderen Punkt nicht ganz einschlägig; so setzt der Artikel voraus, dass ein Zustellungsversuch erfolglos geblieben ist ("*... nach dem erfolglosen Zustellungsversuch ...*"). Wenn ein Rückbehaltungsauftrag vorliegt, unternimmt die Post keinen Zustellungsversuch, da ihr ja bekannt ist, dass dieser nicht erfolgreich sein kann. Diesbezüglich entschied das Bundesgericht aber, dass *analog* zum Fall, in dem eine eingeschriebene Sendung nicht abgeholt wird, vorzugehen ist und die eingeschriebene Sendung somit am letzten Tag einer Frist von sieben Tagen ab Eingang bei der Poststelle am Ort des Empfängers als zugestellt gilt. Dies mit der überzeugenden Begründung, dass es den Parteien eines Verfahrens nicht möglich sein dürfe, durch einen Rückbehaltungsauftrag das Verfahren zu verzögern. Ausserdem verlange der Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung, dass die Regeln der Zustellung gerichtlicher Sendungen durch die Post möglichst klar, einfach und vor allem einheitlich gehandhabt werden müssen. Diese Rechtsprechung wurde in der Folge in der massgeblichen Literatur aufgenommen (BGE 123 III 492 Regeste und S. 493 f.; vgl. auch A. Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 138 N 8 mit Verweis auf BGE 127 I 31, 34 f. und BGE 123 II 492 ff.; BSK ZPO-Bornatico, Art. 138 N 22 mit Verweis auf BGE 132 [recte 123] III 492 und BGE 134 V 49 E.2; KUKO ZPO-Weber Art. 138 N 7; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 138 N 60; Strobel, Stämpfli's Handkommentar, ZPO, Art. 138 N 25, etc.).

2.3. Im Ergebnis erweist sich der in der Verfügung vom 27. März 2013 angewendete Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO als einschlägig, die betreffende Kritik des Gesuchsgegners mithin als unbegründet.

3.1. Der Gesuchsgegner rügt weiter, dass die Kammer in Punkt 1.5 der Verfügung vom 27. März 2013 unterstellt habe, die streitgegenständliche Frist von 7 Tagen habe am 15. Februar 2013 zu laufen begonnen. Da er die Abholungseinladung am 20. Februar 2017 erhalten habe, habe die Zahlungsfrist erst am 27. Februar 2013 zu laufen begonnen und entsprechend am 9. März 2013 geendet, seine Zahlung vom 8. März 2013 sei daher rechtzeitig erfolgt. Indem die Kammer dennoch von einem Fristbeginn am 15. Februar 2013 ausgegangen sei, sei sie daher in Willkür verfallen (Urk. 22 S. 1).

3.2. Es scheint, dass eine Verwechslung vorliegt; so wurde in Ziff. 1.5. der Verfügung vom 27. März 2013 der 15. Februar 2013 nicht erwähnt und auch keine Fristberechnung erläutert. Es muss davon ausgegangen werden, dass sich der Gesuchsgegner auf die Ziff. 2.3. der Verfügung vom 27. März 2013 bezieht (Urk. 20 S. 2 f.).

3.3. Der Sendungsverfolgung der Post kann entnommen werden, dass der Gesuchsgegner seine Post nicht am 20. Februar 2013 abgeholt, sondern vielmehr den Rückbehaltungsauftrag am 22. Februar 2013 bis zum 28. Februar 2013 verlängert und in der Folge die Post am 27. Februar 2013 abgeholt hatte (Urk. 18 letzte Seite). Das Vorbringen des Gesuchsgegners erweist sich somit als aktenwidrig. Aber selbst wenn das Vorbringen nicht aktenwidrig wäre, würde die Argumentation nicht durchdringen, da zur Fristberechnung nicht auf das Datum des Erhalts der Abholungseinladung abzustellen ist, sondern auf das Eintreffen der Sendung bei der Post (vgl. Ziff. II. 2.2. hiervor).

4.1. Der Gesuchsgegner kritisiert sodann, dass die Kammer, da sie eine Nachfrist ansetzen musste, wusste, dass es ihm nicht immer gelang oder möglich war, die Post rechtzeitig abzuholen. Die Kammer hätte daher damit rechnen müssen, dass er auch die Nachfristansetzung nicht rechtzeitig abholen werde. Sie hätte ihn als Laien auf die spitzfindige und für einen juristischen Laien absolut

fremde und kaum nachvollziehbare Fristberechnung aufmerksam machen müssen. Indem sie dies nicht tat, habe sie sich dem Vorwurf der willkürlichen Rechtsverweigerung und gar der Arglist ausgesetzt. Dies insbesondere da es ihm möglich gewesen wäre, die Zahlung innert Frist vorzunehmen (Urk. 22 S. 2).

4.2. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es dem Gericht grundsätzlich – vorliegend nicht gegebene besondere Situationen ausgenommen – verboten ist, eine Partei bezüglich ihres Vorgehens zu beraten, da dies ein Verstoss gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien wäre. Weiter ist es ganz grundsätzlich die Pflicht der Parteien, wenn sie von einem laufenden Verfahren Kenntnis haben, insbesondere wenn sie wie vorliegend dieses gar eingeleitet haben, dafür zu sorgen, dass sie oder ein geeigneter Vertreter Sendungen des Gerichts *umgehend* erhalten. Dass es einer Partei nicht möglich sein darf, einen Prozess durch Verweigerung der Annahme, durch das Nichtabholen von gerichtlichen Sendungen oder eben durch einen Rückbehaltungsauftrag zu verzögern, muss auch einem juristischen Laien klar sein. Vor diesem Hintergrund kann die Fristberechnung im Falle eines Rückbehaltungsauftrages weder als spitzfindig noch als nicht nachvollziehbar qualifiziert werden.

Dabei ist auch zu beachten, dass die Verfügung vom 29. Januar 2013, mit der dem Gesuchsgegner eine Frist zur Leistung eines Vorschusses angesetzt worden war (Urk. 16 S. 4), nicht aufgrund eines Rückbehaltungsauftrages nicht zugestellt werden konnte, sondern diese vielmehr vom Gesuchsgegner schlicht nicht abgeholt wurde (Urk. 17). Die Kammer hatte daher keine Veranlassung, auf das Vorgehen zur Fristberechnung im Falle eines Rückbehaltungsauftrages hinzuweisen, ihr kann daher weder Willkür noch Arglist vorgeworfen werden.

4.3. Im Ergebnis erweisen sich auch diese Einwendungen als nicht stichhaltig.

5. Zusammenfassend kann somit bezüglich der Berechnung der Frist zur mit Verfügung vom 12. Februar 2013 angesetzten Nachfrist zur Bezahlung des Vorschusses für die Gerichtskosten vollumfänglich auf die entsprechenden Ausführungen in der Verfügung vom 23. März 2013 verwiesen werden (Urk. 21 S. 3

Ziff. 2.1. bis 3.1.). Da der Gesuchsgegner weder behauptet noch belegt, den Vorschuss vor dem 8. März 2013 geleistet zu haben, ist auf seine Beschwerde in Anwendung von Art. 101 Abs. 3 ZPO nicht einzutreten.

III.

1. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 750.– festzulegen. Die Kosten sind gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO entsprechend dem Ausgang des Verfahrens dem Gesuchsgegner aufzuerlegen.

2. Der Gesuchstellerin ist mangels Aufwand keine Entschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner und Beschwerdeführer auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung.
4. Der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von Urk. 13, sowie an das Bezirksgericht Horgen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, 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. 20'783.75. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 14. Mai 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. G. Kenny

versandt am:js