

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT130029-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister
und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. K. Montani Schmidt

Urteil vom 24. April 2013

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

vertreten je einzeln durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ und

Rechtsanwalt MLaw Y. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 4. Juli 2011 (EB110121-G)

Erwägungen:

1.1 Mit Urteil vom 4. Juli 2011 (unbegründet) erteilte die Vorinstanz der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchstellerin) in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ (Zahlungsbefehl vom 21. Februar 2011) provisorische Rechtsöffnung für Fr. 200'000.– nebst 5 % Zins seit 1. Januar 2011 und für die Arrestkosten von Fr. 6'500.–; die Kosten- und Entschädigungsfolgen wurden zu Lasten des Gesuchsgegners und Beschwerdeführers (fortan Gesuchsgegner) geregelt (Urk. 12).

1.2 Mit Begehren vom 3. August 2012 stellte der Gesuchsgegner bei der Vorinstanz ein Gesuch um Begründung des vorerwähnten Urteils vom 4. Juli 2012 (Urk. 19). Die Vorinstanz trat mit Verfügung vom 22. August 2012 auf dieses Begehren infolge Verspätung des Gesuchs um Begründung nicht ein (Urk. 25).

1.3 Die vom Gesuchsgegner am 10. September 2012 (Poststempel 7. September 2012) fristgerecht erhobene Beschwerde wurde mit Beschluss der angerufenen Kammer vom 23. November 2012 gutgeheissen und die Sache wurde zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen (Urk. 30). In der Folge begründete die Vorinstanz ihr Urteil vom 4. Juli 2011 (Urk. 33 = Urk. 36).

2.1 Hiergegen erhob der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 4. Februar 2013 (Datum Poststempel) innert Frist Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 35 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 4. Juli 2011 (Geschäfts Nr. EB110121) aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen;
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin zzgl. 8.0 % MwSt.
Aufschiebende Wirkung / Vorsorgliche Massnahme:
3. Es sei die Vollstreckung des Rechtsöffnungsentscheids der Vorinstanz vom 4. Juli 2011 aufzuschieben (Gewährung der aufschiebenden Wirkung) und das Betreibungsamt C._____ anzuweisen, die Betreuung Nr. ... vorläufig einzustellen und keine weiteren Vollstreckungshandlungen vorzunehmen bzw. von der Verwertung/Versteigerung der gemäss Pfändungsurkunde vom 13. Januar 2012 gepfändeten Vermögenswerte des Beschwerdeführers abzusehen."

2.2 Mit Verfügung vom 8. Februar 2013 wurde die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils vom 4. Juli 2011 aufgeschoben und auf das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen bzw. um Anweisung an das Betreibungsamt C._____ nicht eingetreten. Gleichzeitig wurde der Gesuchstellerin Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (Urk. 40 S. 3 f.).

2.3 Mit Eingabe vom 20. Februar 2013 (Datum Poststempel) verzichtete die Gesuchstellerin auf eine Stellungnahme und ersuchte das Gericht, ihr weder Kosten- noch Entschädigungen aufzuerlegen (Urk. 41 S. 2).

3.1 Das Urteil vom 4. Juli 2011 erging ohne Stellungnahme des Gesuchsgegners und damit als Säumnisurteil. Die Vorinstanz ging davon aus, dass dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 21. April 2011 (Urk. 8) Frist zur Erstattung einer schriftlichen Stellungnahme zum Rechtsöffnungsbegehren der Gesuchstellerin angesetzt worden sei. Nachdem dem Gesuchsgegner die Verfügung vom 11. April 2011 auf postalischem Weg nicht habe zugestellt werden können (vgl. Urk. 6/2), sei die Zustellung der Verfügung vom 21. April 2011 durch das Gemeindeammannamt C._____ an die ...strasse ..., ... C._____, veranlasst worden (Urk. 9). Das Gemeindeammannamt habe dem Gericht mit Schreiben vom 23. Juni 2011 mitgeteilt, dass mehrere Zustellungsversuche (nämlich vom 11. Mai 2011 und 20. Mai 2011) erfolglos geblieben seien, habe jedoch erwähnt, dass der Gesuchsgegner mit E-Mail-Nachricht vom 15. Juni 2011 mitgeteilt habe, bis Ende August 2011 landesabwesend zu sein (Urk. 11 S. 2). Aufgrund dieser E-Mail-Nachricht habe sie die Zustellung gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO fingiert. Entsprechend ging sie von einer Säumnis des Gesuchsgegners aus und erteilte der Gesuchstellerin in der Folge mit unbegründetem Urteil vom 4. Juli 2011 die provisorische Rechtsöffnung gemäss dem von ihr gestellten Gesuch (Urk. 36 S. 2 f.).

3.2 Zusammengefasst rügt der Gesuchsgegner, dass der Sachverhalt bezüglich Zustellung der verfahrenseinleitenden Verfügungen vom 11. April 2011 und vom 21. April 2011 und damit die Kenntnis hängigen Verfahrens von der Vorinstanz aktenwidrig festgestellt worden sei. Der Gesuchsgegner habe auch auf anderem Wege zu keinem Zeitpunkt Kenntnis vom hängigen Rechtsöffnungsverfahren gehabt. In der Folge habe diese zu Unrecht eine Zustellungsfiktion ange-

nommen. Dadurch habe sie das Recht unrichtig angewandt. Folglich habe das Gericht die Bestimmungen über die Zustellung von Urkunden (Art. 136 ff. ZPO) und den Anspruch des Gesuchsgegners auf rechtliches Gehör verletzt, habe er doch keine Möglichkeit gehabt, in diesem Verfahren seine Rechte zu wahren (Urk. 35 S. 4 ff.).

3.3 Nachdem der Gesuchsgegner beschwerdeweise in Bezug auf die vorinstanzliche Verfügung vom 22. August 2012 bestritten hatte, vom Rechtsöffnungsverfahren Kenntnis gehabt zu haben, weshalb fälschlicherweise von einer an ihn erfolgten Zustellung ausgegangen worden sei, erwog die angerufene Kammer was folgt (Urk. 32 S. 5 ff.):

...4. a) Nach Art. 136 lit. b ZPO hat das Gericht Urkunden wie Verfügungen und Entscheide den betroffenen Personen zuzustellen. Unterbleiben die in lit. b vorgesehenen Zustellungen, entfalten die Verfügungen und Entscheide keine Rechtswirkungen. Das bedeutet insbesondere, dass die Verfügungen die darin angesetzten Fristen nicht auslösen und die Entscheide nicht im Sinne von Art. 239 ZPO eröffnet sind, mit der Folge dass die Rechtsmittelfristen nicht zu laufen beginnen (Art. 311 und Art. 321 Abs. 1 ZPO; BSK ZPO-Bornatico, Basel 2010, Art. 136 N 12). Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Als erfolgt gilt eine Zustellung, wenn die Verfügung entweder an den Adressaten persönlich oder an eine im selben Haushalt lebende Person übergeben wird (Art. 138 Abs. 2 ZPO). Wie der Gesuchsgegner zutreffend vorbringt (und wie von der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid richtig ausgeführt), sind sämtliche Zustellungsversuche der Vorinstanz auf diese Weise im dieser Beschwerde zugrunde liegenden Rechtsöffnungsverfahren erfolglos geblieben.

Mangels Zustellung gemäss Art. 138 Abs. 1 ZPO stellt sich demnach die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht eine Zustellfiktion im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO annehmen durfte.

b) Stellt das Gericht eine Vorladung, eine Verfügung oder einen Entscheid durch eingeschriebene Postsendung zu und wird die Postsendung nicht abgeholt, so gilt die Zustellung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO; sog. Zustell- oder Zustellungsfiktion). Gemäss der bundesrätlichen Bot-

schaft zur ZPO entspricht diese Vorschrift bewährter Rechtsprechung (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], BBl 2006 7307 Ziff. 5.9.2). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Zustellungsfiktion lässt sich deshalb auf die ZPO übertragen. Wie Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO ausdrücklich festhält, kann die Zustellung eines behördlichen Aktes nur dann fingiert werden, wenn der Empfänger mit der Zustellung rechnen musste. Nach der Rechtsprechung entsteht indessen erst mit der Rechtshängigkeit ein Prozessrechtsverhältnis, das die Parteien verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d.h. unter anderem dafür zu sorgen, dass ihnen behördliche Akte zugestellt werden können, die das Verfahren betreffen. Diese prozessuale Pflicht entsteht folglich mit der Begründung eines Verfahrensverhältnisses und gilt insoweit, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss. In der Lehre zur Schweizerischen ZPO wird allerdings vertreten, dass eine Partei mitunter auch vorprozessual mit einer Zustellung rechnen müsse. Das Bestehen eines Prozessrechtsverhältnisses ist nach dieser Ansicht bloss ein Beispiel für einen Fall, in welchem mit Zustellungen zu rechnen ist.

Im Gebiet des Schuldbetreibungsrechts hat das Bundesgericht entschieden, dass das Rechtsöffnungsverfahren, das auf ein durch Rechtsvorschlag eingestelltes Betreibungsverfahren folgt, ein neues Verfahren darstellt. Der Schuldner muss allein aufgrund der Zustellung eines Zahlungsbefehls und des von ihm dagegen erhobenen Rechtsvorschlags noch nicht mit einem Rechtsöffnungsverfahren bzw. mit der Zustellung damit zusammenhängender Verfügungen rechnen. Die Zustellungsfiktion greift deshalb für das erste Schriftstück nicht, das dem Schuldner im Rahmen der Rechtsöffnung zugestellt werden soll. Keine Rolle spielt, ob die Rechtsöffnung durch die Gläubigerin selber verfügt werden kann (wie im Fall der Krankenkassen und der Billag AG) oder ob dazu ein Gericht angerufen werden muss. Die erwähnte Rechtsprechung wurde zwar für Krankenkassen entwickelt. Erst recht gilt aber für die gerichtliche Rechtsöffnung, dass es sich um ein neues Verfahren handelt. Die entwickelte Rechtsprechung ist in diesem Sinne allgemeingültig. Das Bundesgericht hat sie denn auch kürzlich auf ein gerichtliches Rechtsöffnungsverfahren übertragen, und zwar im Anwendungsbereich von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO. Rechtsmissbräuchliche Berufung des Schuldners auf das noch nicht begründete Prozessrechtsverhältnis findet allerdings keinen Schutz (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts vom 6. März 2012 5A_895/2011, E. 3.1 mit weiteren Hinweisen).

c) Hinsichtlich des Verfahrens betreffend Rechtsöffnung vor Vorinstanz erweist es sich aufgrund der Akten als zutreffend, dass einziger Behördenkontakt die E-Mail-Korrespondenz des Gemeindeammann- und Betreibungsamtes C._____ mit dem Gesuchsgegner bildet. Dieser Kontakt bestand lediglich in einer Nachricht und einer Antwort. Eine weitergehende Korrespondenz geht aus den Akten nicht hervor.

Die offensichtlich an die Geschäfts-E-Mail-Adresse des Gesuchsgegners gesendete E-Mail-Nachricht des Gemeindeammann- und Betreibungsamtes enthält neben der Anrede, der Grussformel sowie der Signatur der entsprechenden Mitarbeiterin des Gemeindeammann- und Betreibungsamtes den Betreff "Dringend vorbeikommen" und im weiteren Inhalt den Hinweis, dass der Gesuchsgegner "dringend auf der Amtsstelle zwecks Abholungen erscheinen" müsse (Urk. 11 S. 2 = Urk. 39/16). Die gleichentags erfolgte und ebenso kurz gehaltene E-Mail-Antwort des Gesuchsgegners erschöpft sich neben der Anrede und der Grussformel inhaltlich einerseits in der Frage, ob die E-Mail-Nachricht die D._____ AG oder den Gesuchsgegner persönlich betreffe, und andererseits in der Information, dass der Gesuchsgegner wegen eines heftigen Sturmschadens in E._____ bis Ende August 2011 blockiert sei (Urk. 11 S. 2 = Urk. 39/17).

d) Der E-Mail-Nachricht des Gemeindeammann- und Betreibungsamtes C._____ kann demnach weder konkret noch ansatzweise entnommen werden, was bzw. welche Art von Schreiben/Dokumenten der Gesuchsgegner auf der Amtsstelle in Empfang zu nehmen hat oder um welche Angelegenheit es sich handelt. Dies erhellt denn auch die berechtigte Frage in der spontanen E-Mail-Antwort des Gesuchsgegners nach dem genauen Adressaten der E-Mail-Nachricht. Dem Gesuchsgegner ist darin zuzustimmen, dass das Gemeindeammann- und Betreibungsamt für verschiedenste Zustellungen zuständig ist, sei es für amtliche, gerichtliche oder auch betreibungsrechtliche Zustellungen (vgl. Urk. 35 S. 13; vgl. § 121 und § 144 GOG, Art. 34, Art. 64 ff. und 72 SchKG). Aufgrund der im Recht liegenden E-Mail-Korrespondenz zwischen dem Gemeindeammann- und Betreibungsamt und dem Gesuchsgegner lassen sich keine Rückschlüsse auf das Rechtsöffnungsverfahren ziehen, die Korrespondenz enthält keine entsprechende Informationen. Die Korrespondenz vermag für sich allein entgegen der Ansicht der Vorinstanz kein konkretes Prozessrechts- bzw. Verfahrensverhältnis zu begründen.

Nach dem oben Gesagten musste der Gesuchsgegner allein aufgrund der Zustellung eines Zahlungsbefehls und des von ihm dagegen erhobenen Rechtsvorschlags noch nicht mit einem Rechtsöffnungsverfahren bzw. mit der Zustellung damit zusammenhängender Verfügungen rechnen (vgl. lit. b hievor).

Sodann ergibt sich auch nicht aus den übrigen Verfahrensakten, dass der Gesuchsgegner anderweitig vom besagten Rechtsöffnungsverfahren verlässlich Kenntnis erhalten hat, auch nicht vorprozessual. Eine vorprozessuale Kenntnis des Gesuchsgegners ergibt sich auch weder aus den Ausführungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid noch wird eine solche von der Gesuchstellerin geltend gemacht.

Insgesamt ist an dieser Stelle festzuhalten, dass dem Gesuchsgegner keine Kenntnis über das Rechtsöffnungsverfahren unterstellt werden kann. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz musste er damit nicht mit Zustellungen aus diesem Verfahren rechnen. Eine Obliegenheit, dafür zu sorgen, dass ihm generell gerichtliche Entscheide hätten zugestellt werden können, bestand nicht. Der Gesuchsgegner hat sich nachgewiesenermassen seit dem 1. Januar 2000 an der ... in ... [recte: ...] C._____ abgemeldet und lebt seither im Ausland (vgl. Urk. 39/3). Auf seine E-Mail-Antwort hat er seitens des Gemeindeammann- und Betreibungsamtes keine Reaktion mehr erhalten. Indem die Korrespondenz keinen Fortgang genommen hat, kann ihm auch nicht unterstellt werden, dass er mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der rechtsgültigen Zustellung eines behördlichen Aktes während seiner Landesabwesenheit bis Ende August 2011 hat rechnen müssen. Auch wurde er nicht darüber aufgeklärt, was ihm bei unterlassener Abholung bei seiner Rückkehr zu besagtem Zeitpunkt drohen kann (vgl. Urk. 35 S. 13). Des Weiteren wurde er weder im Sinne von Art. 140 ZPO angewiesen, ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen, noch wurde er auf etwelche Säumnisfolgen hingewiesen. Auch eine alternative öffentliche Bekanntmachung im Sinne von Art. 141 Abs. 1 lit. a und lit. b ZPO ist unterblieben.

Den voranstehenden Erwägungen zufolge vermag die sog. Zustell- oder Zustellungsfiktion im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO mangels Begründung eines konkreten Prozessrechtsverhältnisses mit dem Gesuchsgegner sowie aufgrund dessen, dass diesem keine vorprozessuale Kenntnis unterstellt werden kann, nicht zu greifen. ...

3.3 Diese Erwägungen geltend selbstredend auch für das vorliegende Beschwerdeverfahren. Indem die Vorinstanz am 4. Juli 2011 über das Rechtsöffnungsbegehren der Gesuchstellerin unter Annahme der Säumnis des Gesuchsgegners und damit ohne dessen Stellungnahme entschieden hat, hat sie dessen Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs verletzt. Dies stellt einen schwerwiegenden Verfahrensmangel dar, weshalb eine Rückweisung an die erste Instanz geboten ist, zumal das vorliegende Verfahren nicht spruchreif ist. Der Mangel kann nicht im Rechtsmittelverfahren geheilt werden.

3.4 Dementsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen. Das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 4. Juli 2011 (Geschäfts Nr. EB110121) ist antragsgemäss aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung nach Anhörung des Gesuchsgegners an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4.1 Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind gemäss Art. 107 Abs. 2 ZPO auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Gesuchstellerin hat sich weder mit dem angefochtenen Entscheid identifiziert (Urk. 41) noch das prozessuale Versehen der Vorinstanz veranlasst. Sie ist auch nicht als unterliegende Partei zu betrachten und kann deshalb, entgegen dem Antrag des Gesuchsgegners, nicht entschädigungspflichtig werden (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO; Jenny in: Sutter/Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Kommentar, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 107 N 22 und Art. 106 N 8).

4.2 Eine Entschädigungspflicht des Staates zugunsten der obsiegenden Partei besteht in solchen Fällen nicht (Art. 107 Abs. 2 ZPO, Art. 116 ZPO, § 200 GOG; Adrian Urwyler in: DIKE-Komm-ZPO, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 107 N 12).

Es wird erkannt:

1. Das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 4. Juli 2011 (Geschäfts Nr. EB110121) wird aufgehoben und die

Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage des Doppels von Urk. 41, sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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. 92 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 200'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 24. April 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am: js