

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RT130034-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister  
und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiber  
lic. iur. A. Baumgartner

## Beschluss vom 30. April 2013

in Sachen

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

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

gegen

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

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 16. November 2012 (EB120366-D)**

### **Erwägungen:**

1. Mit Urteil vom 16. November 2012 erteilte die Vorinstanz der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchstellerin) in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C.\_\_\_\_\_ (Zahlungsbefehl vom 13. August 2012) gestützt auf ihre Verfügung vom 19. Juli 2010 betreffend Eheschutz (Urk. 4) für die Unterhaltszahlungen der Monate Juli und August 2012 definitive Rechtsöffnung für Fr. 2'550.– nebst Zins zu 3 % seit 1. Juli 2012 und für Fr. 2'550.– nebst Zins zu 3 % seit 1. August 2012 (Urk. 15 S. 5 Dispositivziffer 1).

2. a) Mit fristgerechter Eingabe vom 11. Februar 2013 erhob der Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsgegner) nach Zustellung des begründeten Entscheides Beschwerde gegen das vorgenannte Urteil mit folgenden Anträgen (Urk. 14 S. 2):

- " 1. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren.
2. Es sei das Urteil vom Bezirksgericht Dielsdorf vom 16. November 2012 vollumfänglich aufzuheben.
3. Es sei die Sache an die Vorinstanz zur gehörigen Überprüfung zurückzuweisen.
4. Es sei eine öffentliche Verhandlung mit Parteianhörung durchzuführen.
5. Es sei der Beschwerdeführer angemessen zu entschädigen."

b) Mit Verfügung vom 5. März 2013 wurde der prozessuale Antrag des Gesuchsgegners, es sei seiner Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren, gutgeheissen. Zudem wurde ihm Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von Fr. 450.– zu leisten (Urk. 17). Nachdem der Vorschuss innert Frist vom Gesuchsgegner geleistet wurde (vgl. Urk. 18), wurde der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 27. März 2013 Frist angesetzt, um die Beschwerde schriftlich zu beantworten (Urk. 19). Innert Frist verzichtete die Gesuchstellerin auf eine Stellungnahme (Urk. 20).

3. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

4. a) Der Gesuchsgegner machte in seiner Beschwerdeschrift geltend, dass die Vorinstanz zur Hauptverhandlung am 9. November 2012 vorgeladen habe. Leider sei er an Grippe erkrankt und habe dies frühzeitig dem Gericht mitgeteilt. Auf Verlangen sei am 8. November 2012 ein Arztzeugnis eingereicht worden, in dem die Verhandlungsunfähigkeit attestiert worden sei. Dem Verschiebungsgesuch entsprechend sei die Hauptverhandlung neu auf den 16. November 2012 angesetzt worden. Die Verschiebungsanzeige der Vorinstanz sei am 9. November 2012 zum Versand aufgegeben worden. Er habe am 12. November 2012 von der Post eine Abholungsmeldung erhalten. Infolge Krankheit sei die Verschiebungsanzeige innert Frist am 19. November 2012 bei der Post abgeholt worden. Am 19. November 2012 sei der angesetzte Verschiebungstermin vom 16. November 2012 schon verstrichen gewesen. Er habe den Termin gar nicht mehr wahrnehmen können (Urk. 14 S. 2 f. Ziff. 6 bis 8). Fristen für Rechtshandlungen würden der Rechtssicherheit dienen. Dazu zähle auch die Zustellung der Post mit genügender Zeit einem Gerichtstermin Folge zu leisten. Wieso die Vorinstanz in Kenntnis seiner Grippeerkrankung den Termin so zeitnah angesetzt habe, sei ein Geheimnis. Auf Anraten des Arztes habe er die Wohnung wegen Ansteckungsgefahr nicht verlassen. Er sei im Bett geblieben, bis das Fieber nachgelassen habe. Die ihm gewährte Frist zur Abholung der Post sei eingehalten worden. Indem er sich zum ersten Termin der Hauptverhandlung vom 9. November 2012 rechtzeitig abgemeldet habe und auf Verlangen ein ärztliches Zeugnis eingereicht habe, habe er unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass er vom Recht auf Durchführung einer "Parteianhörung in Anwendung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK" Gebrauch machen wolle. In formeller Hinsicht rüge er eine Verletzung seines von Art. 6 Ziff. 1 EMRK garantierten Anspruchs auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung mit Parteianhörung, damit er sich auch persönlich zur Sachlage äussern könne. Dass die Vorinstanz eine Hauptverhandlung angesetzt habe, sei so auszulegen, dass eben nicht ohne weiteres aufgrund der Akten entschieden werden könne. Er habe keine Möglichkeit gehabt, seine Nichtigkeitsgründe zur Verfügung

des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 19. Juli 2010 rechtsgenügend darzulegen, da der neue Termin vom 16. November 2012 mit der Zustellung der Vorladung am 19. November 2012 gar nicht hätte wahrgenommen werden können. Dementsprechend sei das Versäumte nachzuholen. Er stelle hiermit ausdrücklich den Antrag einer Parteienanhörung in Anwendung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK (Urk. 14 S. 3 Ziff. 1 bis 5).

b) Mit Vorladung vom 18. Oktober 2012 wurde der Gesuchsgegner zur mündlichen Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch auf den 9. November 2012 vorgeladen (Urk. 7). Am 8. November 2012 ist bei der Vorinstanz ein Arztzeugnis eingegangen, aus welchem hervorgeht, dass der Gesuchsgegner zwischen dem 5. und 10. November 2012 krank und zu 100 % arbeitsunfähig sei (Urk. 8). Gemäss telefonischer Auskunft des behandelnden Arztes vom gleichen Tag war der Gesuchsgegner bis zum 10. November 2012 auch nicht verhandlungsfähig, da er die nächsten zwei Tage nicht ausser Haus gehen und am besten im Bett bleiben sollte. Er sei zwar mobil, aber auch aufgrund des möglichen Stresses einer Gerichtsverhandlung gemäss seiner medizinischen Untersuchung verhandlungsunfähig (Urk. 9). Mit Anzeige vom 9. November 2012 (gleichentags zur Post gegeben; Urk. 16) wurde die Verhandlung auf den 16. November 2012 verschoben (Urk. 10). Nachdem die Verschiebungsanzeige dem Gesuchsgegner durch die Post am 12. November 2012 zur Abholung gemeldet wurde, nahm er diese am letzten Tag der Abholfrist am 19. November 2012 in Empfang (vgl. Urk. 16 und daran angehefteter Briefumschlag).

c) ca) Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO hat eine Partei bis sieben Tage nach dem erfolglosen Zustellungsversuch die Möglichkeit, eine eingeschriebene Postsendung des Gerichts rechtsgültig bei der Post abzuholen. Der ordnungsgemässe Ablauf von Zivilprozessen verlangt eine formgerechte Zustellung von Vorladungen. So ist eine ordnungsgemäss zugestellte Vorladung Voraussetzung für das Eintreten von Säumnisfolgen (Huber, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 136 N 4 [Online-Stand 12.09.2011]). Die Zustellung der Vorladung, welche nicht gehörig erfolgt, zeitigt keine Rechtswirkungen und muss wiederholt werden (Huber, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 138 N 71 [Online-Stand 16.04.2012]).

cb) Der Gesuchsgegner durfte aufgrund von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO bis am 19. November 2012 mit dem Abholen der Anzeige der Vorinstanz für die verschobene Verhandlung zuwarten. Er wurde daher von der Vorinstanz nicht rechtsgültig für die Verhandlung vom 16. November 2012 vorgeladen. Die Verschiebungsanzeige der Vorinstanz vom 9. November 2012 zeitigte somit keine Wirkungen.

cc) Aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) folgt das Recht einer Partei, sich im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu den Eingaben der anderen Verfahrensparteien zu äussern (BGE 133 I 98). Da der Gesuchsgegner nicht ordnungsgemäss zur Verhandlung vom 16. November 2012 vorgeladen wurde, konnte er keine Stellung nehmen. Dies stellt eine gravierende Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör dar, wie er in Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie Art. 53 Abs. 1 ZPO festgehalten ist (vgl. statt vieler: Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 53 N 4). Wird eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz festgestellt, so leidet der Entscheid an einem schweren Mangel und wird aufgrund der sogenannten formellen Natur des Gehörsanspruch, unabhängig davon, ob der Entscheid ohne die Verletzung anders ausgefallen wäre, aufgehoben (Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 53 N 26 m.w.H.). Ausnahmsweise kann die Verletzung von der Rechtsmittelinstanz geheilt werden. Die Heilung ist nur zulässig, wenn die Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht gravierend ist und die Rechtsmittelinstanz die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat wie die Vorinstanz (Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 53 N 27 m.w.H.). Da die Verletzung vorliegend gravierend ist und die Beschwerdeinstanz in Tatsachenfragen nicht über die gleiche Kognition verfügt wie die Vorinstanz, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und das Verfahren zur Wahrung des rechtlichen Gehörs des Gesuchsgegners an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5. Aufgrund der Verletzung des rechtlichen Gehörs des Gesuchsgegners durch die Vorinstanz und des Verzichts der Gesuchstellerin auf die Erstattung einer Beschwerdeantwort sind in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 ZPO die Gerichtskosten dem Kanton aufzuerlegen, d.h. es sind keine Kosten zu erheben. Der vom Gesuchsgegner geleistete Vorschuss ist zurückzuerstatten. Es besteht vorliegend keine Rechtsgrundlage für die Zusprechung einer Parteientschädigung an die Parteien (Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 107 N 26 m.w.H.; Sterchi, in: Berner Kommentar zur ZPO, Band I, Bern 2012, Art. 107 N 25).

**Es wird beschlossen:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 16. November 2012 aufgehoben. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen zur erneuten Durchführung einer Verhandlung sowie zur erneuten Urteilsfällung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage einer Kopie von Urk. 20, sowie an das Bezirksgericht Dielsdorf, Einzelgericht im summarischen Verfahren, 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. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 5'100.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 30. April 2013

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am: js