

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT130091-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzende, lic. iur. M. Spahn und
Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Leitende Gerichtsschreiberin
lic. iur. E. Ferreño

Urteil vom 24. Juli 2013

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin

gegen

B._____ AG,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch B._____ AG

betreffend **Rechtsöffnung (Begründung / Wiederherstellung)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 16. Mai 2013 (EB120330-I)**

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 28. Februar 2013 erteilte die Vorinstanz der Gesuchstellerin in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ (Zahlungsbefehl vom 23. März 2012) provisorische Rechtsöffnung für Fr. 10'000'000.– und für das Pfandrecht lastend auf Grundbuch Blatt C._____ ..., Liegenschaft, Kataster Nr. ..., D._____, und auf Grundbuch Blatt C._____ ..., Liegenschaft, Kataster Nr. ..., D._____, für Betreuungskosten sowie für Kosten und Entschädigung (Urk. 47). Das am 6. März 2013 in unbegründeter Fassung versandte Urteil konnte der Gesuchsgegnerin nicht innert der siebentägigen Abholfrist zugestellt werden, weshalb die Sendung mit dem Postklebervermerk "nicht abgeholt" der Vorinstanz zurückgesandt wurde (Urk. 33). Die Gesuchsgegnerin ersuchte mit Schreiben vom 22. März 2013 um keine fristauslösenden Zustellungen während ihrer Abwesenheit bis zum 18. April 2013 (Urk. 34). Am 27. März 2013 orientierte die Vorinstanz die Gesuchsgegnerin über das ergangene Urteil (Urk. 35). Nach dem Telefonat vom 18. April 2013 wurde der Gesuchsgegnerin das Urteil vom 28. Februar 2013 erneut am 22. April 2013 zugestellt (Urk. 37 und 38). Mit Schreiben vom 1. Mai 2013 machte die Gesuchsgegnerin geltend, sie habe keine Abholungseinladung der Post für die Zustellung des Urteils erhalten, und ersuchte um Übermittlung des Zustellnachweises (Urk. 39). Dem kam die Vorinstanz mit Schreiben vom 7. Mai 2013 nach (Urk. 40). Auf das am 13. Mai 2013 von der Gesuchsgegnerin gestellte Begehren um Begründung des Urteils und die Gesuche um Wiederherstellung der Fristen zur Erhebung der Aberkennungsklage und die Begründung des Urteils (Urk. 41) trat die Vorinstanz mit Verfügung vom 16. Mai 2013 nicht ein (Urk. 46).

2. Hiergegen erhob die Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchsgegnerin) mit Eingabe vom 30. Mai 2013 fristgerecht Beschwerde mit den folgenden Anträgen (Urk. 45 S. 2):

"Die Verfügung vom 16. Mai 2013 sei so zu berichtigen, dass uns die Wiederherstellung aller Fristen gewährt wird, so wie nichts geschehen wäre.

Der vorinstanzliche Entscheid vom 28. Februar 2013 sei aufzuheben und wie neu zu fassen.

Es sei die Frist von 10 Tagen, innert der die vollständige Begründung des Entscheides vom 28. Februar 2013 verlangt werden kann, wiederherzustellen.

Es sei die Frist von 20 Tagen, innert der die Aberkennungsklage gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG eingereicht werden kann, wiederherzustellen.

Die Beschwerdeinstanz habe die Vollstreckung des vorinstanzlichen Entscheides vom 28. Februar 2013 gemäss Art. 325 Abs. 2 ZPO umgehend und ohne Anhörung der Gegenpartei aufzuschieben.

Unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin (zuzüglich Mehrwertsteuer)."

3. a) Die angefochtene Verfügung belehrt die Beschwerde gegen das Nichteintreten auf das Begehren um Begründung des Urteils (Urk. 46 S. 7). In Bezug auf die Wiederherstellungsgesuche ging die Vorinstanz von der Endgültigkeit ihres Entscheids im Sinne von Art. 149 ZPO aus (Urk. 46 S. 6). Diese Rechtsmittelbelehrung ist nicht korrekt. Art. 149 ZPO schliesst nur ein Rechtsmittel gegen den selbständigen Wiederherstellungsentscheid während des Verfahrens aus. Die Endgültigkeit des Entscheids gilt demgegenüber nicht für Gesuche, die nach Ergehen des Endentscheids eingereicht werden, können doch allfällige Fehler im Zusammenhang mit der Prüfung des Wiederherstellungsgesuchs nicht mehr im Rahmen der Anfechtung des Endentscheids gerügt werden (ZR 110 Nr. 91). Somit ist die von der Gesuchsgegnerin erhobene Beschwerde gegen das Nichteintreten der Vorinstanz auf die Wiederherstellungsgesuche zulässig (siehe Urk. 46 S. 7 Dispositiv-Ziffer 2) und es ist darauf einzutreten.

b) Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, N 15 zu Art. 321 ZPO), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Was nicht gerügt wird, hat grundsätzlich Bestand.

4. a) Die Vorinstanz erwog hinsichtlich des Gesuches um Begründung des Urteils vom 28. Februar 2013, die Gesuchsgegnerin sei mit Schreiben vom 27. März 2013 auf das bereits versandte Urteil und die als erfolgt geltende Zustellung hingewiesen worden (Urk. 46 S. 3). Selbst wenn – zugunsten der Gesuchsgegnerin – davon ausgegangen werde, dass sie tatsächlich von der Post nicht

ordnungsgemäss über die Möglichkeit die gerichtliche Sendung vom 6. März 2013 abzuholen, informiert worden sei, habe sie spätestens am 22. April 2013 Kenntnis über den vollständigen Inhalt des Urteils erhalten. Die zehntätige Frist, um die Begründung des Urteils zu verlangen, sei am 2. Mai 2013 abgelaufen. Damit erfolge das am 13. Mai 2013 gestellte Gesuch um Begründung des Urteils verspätet, weshalb darauf nicht einzutreten sei (Urk. 46 S. 3 f.).

b) Die von der Gesuchsgegnerin im Beschwerdeverfahren vertretene Ansicht, sie habe mit ihrem Schreiben vom 22. März 2013 das begründete Urteil verlangt (Urk. 45 S. 4, 5 und 9), lässt sich nach Durchsicht ebendieses Schreibens nicht untermauern. Vielmehr ersuchte sie die Vorinstanz darin, ihr keine fristauslösende Zustellungen bis 18. April 2013 zukommen zu lassen, da es ihr in dieser Zeit nicht möglich sein werde, das Urteil ausführlich zu studieren (Urk. 34). Selbst bei wohlwollender Auslegung lässt sich daraus kein sinngemäßes Gesuch um Begründung des Urteils ableiten. Ein Gesuch um Begründung des vorinstanzlichen Urteils wurde somit erst mit Eingabe vom 13. Mai 2013 gestellt (Urk. 41).

c) Die Gesuchsgegnerin moniert, die Vorinstanz sei ihrer richterlichen Fragepflicht im Sinne von Art. 56 ZPO nach Erhalt der Schreiben vom 22. März 2013 und 1. Mai 2013 und nach dem Telefonat vom 18. April 2013 nicht nachgekommen (Urk. 45 S. 5, 8, 9 und 10). Laut Art. 56 ZPO gibt das Gericht einer Partei durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und Ergänzung, wenn ihr Vorbringen unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig ist. Die Vorbringen der Gesuchsgegnerin vom 22. März 2012, 18. April 2013 und 1. Mai 2013 erweisen sich nicht im vorgenannten Sinne als mangelhaft (Urk. 34, 37 und 39). Indes gab das Schreiben vom 22. März 2013 und der Telefonanruf vom 18. April 2013 Anlass zu Information von Seiten der Vorinstanz. Dem kam sie mit dem Schreiben vom 27. März 2013 und den fernmündlichen Auskünften vom 18. April 2013 nach (Urk. 35 und 37). Zudem übermittelte sie die von der Gesuchsgegnerin beanspruchten Zustellnachweise mit Schreiben vom 7. Mai 2013 und wies erneut auf Art. 138 ZPO hin (Urk. 40). Sämtliche Vorbringen der Gesuchsgegnerin wurden behandelt und mit den notwendigen Informationen und Erklärungen versehen. Es ist daher nicht einsichtig, inwiefern die Vorinstanz

die gerichtliche Fragepflicht verletzt haben soll. Auch war die Vorinstanz nicht gehalten, sich bei der Gesuchsgegnerin zu erkundigen, ob sie mit ihren Schreiben Gesuche um Begründung des Urteils und Wiederherstellung der Fristen für die Aberkennungsklage und Begründung des Urteils stellen wollte (vgl. Urk. 45 S. 9). Die Schreiben der Gesuchsgegnerin bringen dies in keiner Weise zum Ausdruck. Schliesslich ist es auch nicht Sache des Gerichts, prozessuale Nachlässigkeiten der Parteien auszugleichen (BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 4.5.2). Überdies verletzte das Verhalten der Vorinstanz Art. 247 Abs. 1 ZPO nicht, wie dies von der Gesuchsgegnerin moniert wird (Urk. 45 S. 9), kommt doch die darin festgehaltene sog. "soziale Untersuchungsmaxime" im vorliegenden Summarverfahren nicht zur Anwendung.

5. a) Unter Hinweis auf die zwischen den Parteien für Klagen der Gesuchsgegnerin abgeschlossene Gerichtsstandsvereinbarung trat die Vorinstanz auf das Gesuch um Wiederherstellung der Frist für die Erhebung der Aberkennungsklage mangels Zuständigkeit nicht ein (Urk. 46 S. 5). Aus diesem Grund liess sie offen, ob die von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten Fehler der Post bei der Erstzustellung des Urteils vom 28. Februar 2013 überhaupt einen Säumnis- bzw. Hinderungsgrund darstellen (vgl. Urk. 46 S. 4). Das Gesuch um Wiederherstellung der Frist für die Begründung des Urteils erachtete die Vorinstanz als verspätet und trat ebenfalls nicht darauf ein (Urk. 46 S. 5).

b) Die Auffassung der Gesuchsgegnerin, sie habe die Gesuche um Wiederherstellung der Fristen bereits anlässlich des Telefongesprächs vom 18. April 2013 und mit Schreiben vom 1. Mai 2013 gestellt (Urk. 45 S. 6), ist verfehlt. Weder aus der Aktennotiz des Telefonats vom 18. April 2013 noch aus dem Schreiben vom 1. Mai 2013 lässt sich, auch nicht sinngemäss (vgl. Urk. 45 S. 7), ein Gesuch um Wiederherstellung der Fristen entnehmen (Urk. 37 und 39). Es kann auf das Gesagte in Erw. 4. c) und auf die zutreffenden Erwägungen in der angefochtenen Verfügung verwiesen werden (Urk. 46 S. 6). Nichts zu ihren Gunsten kann die Gesuchsgegnerin auch aus ihrem Hinweis auf den Kommentar zum früheren zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz von Hauser/Schweri ableiten (Urk. 45 S. 7). Dieser Kommentar (N 79 zu § 199 GVG/ZH) befasst sich mit der Abhängigkeit der Wiederherstellung einer Frist von der Einwilligung der Gegen-

partei, wenn die gesuchstellende Partei ein grobes Verschulden für die Fristversäumnis trifft. Da die Vorinstanz auf die Wiederherstellungsgesuche nicht eintrat, hatte sie die Gesuche nicht materiell zu prüfen, weshalb auch keine Einwilligung der Gegenpartei eingeholt werden musste.

c) Die Auskünfte der Vorinstanz mit den Erwägungen in der angefochtenen Verfügung vergleichend, kommt die Gesuchsgegnerin zum Schluss, sie sei getäuscht, in die Irre geführt und daher mangelhaft über ihre Rechtsmittelmöglichkeiten belehrt worden (Urk. 45 S. 6 und 8). Anlässlich des Telefongesprächs vom 18. April 2013 wurde ihr u.a. mitgeteilt, das Verfahren sei rechtskräftig abgeschlossen und innert Frist sei keine Aberkennungsklage eingereicht worden (Urk. 37). Diese Auskunft steht nicht im Widerspruch zur angefochtenen Verfügung. Die Gesuchsgegnerin übersieht, dass es sich bei den Erwägungen über die nochmalige Zustellung des Urteils um eine Eventualbegründung handelt (Urk. 46 S. 3 Ziffer 2.2.). Die Vorinstanz geht in ihrer Hauptbegründung weiterhin davon aus, dass die (Erst-)Zustellung des Urteils als erfolgt gilt (Urk. 45 S. 3 Ziffer 2.1.). Die anlässlich des Telefonats erteilte Auskunft der Vorinstanz war – entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin (Urk. 45 S. 8) – daher korrekt und ist nicht zu beanstanden.

d) Weiter wendet die Gesuchsgegnerin ein, sie habe nie eine Abholungseinladung erhalten (Urk. 45 S. 4). Sie treffe kein Verschulden daran (Urk. 45 S. 7). Gemäss Art. 138 Abs. 1 ZPO erfolgt die Zustellung von Entscheiden durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsschein. Wird die Sendung nicht bei der Poststelle abgeholt, so gilt die Zustellung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch als erfolgt, sofern der Empfänger mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO; BGE 130 III 396 E. 1.2.3 m.H.; sog. Zustellfiktion). Besteht ein Prozessrechtsverhältnis, muss die betreffende Partei mit gerichtlichen Zustellungen rechnen und hat gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben dafür besorgt zu sein, dass gerichtliche Zustellungen ungeachtet ihrer Abwesenheit erfolgen können (BGE 138 III 225 E. 3.1; N. J. Frei in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Bern 2012, N 24 ff. zu Art. 138 ZPO). Unbestrittenermassen hatte die Gesuchsgegnerin Kenntnis vom vorinstanzlichen Verfahren (vgl. Urk. 3 und 4) und musste mit der

Zustellung des Urteils vom 28. Februar 2013 rechnen (vgl. Urk. 41 S. 4). Im Übrigen wurden die Parteien mit Verfügung vom 6. Juli 2012 von der Vorinstanz ausdrücklich auf Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO hingewiesen (Urk. 3).

Hinsichtlich der von der Gesuchsgegnerin gerügten fehlenden Abholungseinladung der Post ist der Vollständigkeit halber Folgendes zu bemerken: Bei eingeschriebenen Sendungen gilt die widerlegbare Vermutung, dass der Postangestellte die Abholungseinladung ordnungsgemäss in den Briefkasten (bzw. Postfach) des Empfängers gelegt hat und das Zustelldatum korrekt registriert wurde (BGer 2C_780/2010 vom 21. März 2011, E. 2.4 m.H. auf BGer 2C_38/2009 vom 5. Juni 2009 E. 3.2). Der Postauszug "Track & Trace" bescheinigt, dass das Urteil vom 28. Februar 2013 am 6. März 2013 bei der Post aufgegeben wurde (Urk. 33). Der Vermerk "zur Abholung gemeldet" ist unter dem 7. März 2013 zu entnehmen (Urk. 33). Gemäss "Begriffserklärung der Ereignisse" der Post zu "Track & Trace" bedeutet der Vermerk "zur Abholung gemeldet", dass ein Zustellversuch stattgefunden habe und der Empfänger der Sendung nicht vor Ort gewesen sei; die Sendung sei per Abholungseinladung dem Empfänger gemeldet worden (www.post.ch). Fehlt ein entsprechender Vermerk, liegt es laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung nahe, dass für eine Sendung keine Abholungseinladung in den Briefkasten (oder Postfach) gelegt worden sei (BGer 2C_780/2010 vom 21. März 2011 E. 2.7). Die Gesuchsgegnerin nennt keine Umstände oder Beweismittel, welche die Vermutung der ordnungsgemässen Deposition der Abholungseinladung zu erschüttern vermögen. Dementsprechend ist vorliegend davon auszugehen, dass die Gesuchsgegnerin die Abholungseinladung am 7. März 2013 erhalten hat und somit das Urteil als am 14. März 2013 zugestellt gilt.

e) Fehl geht die Gesuchsgegnerin mit ihrer Argumentation, sie habe erst ab dem 8. Mai 2013 die Gesuche verfassen können, weshalb sie mit ihrer Eingabe vom 13. Mai 2013 die zehntätige Frist gewahrt habe (Urk. 45 S. 6). Sie lässt dabei unbeachtet, dass die Vorinstanz auf das Gesuch um Wiederherstellung der Frist für die Aberkennungsklage nicht eintrat, weil sie für die Behandlung des Gesuches nicht zuständig war (vgl. Urk. 2/1 S. 4, 2/2 S. 7 und 2/3 S. 3). Den

zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 46 S. 5) setzt die Gesuchsgegnerin denn auch im Beschwerdeverfahren nichts entgegen.

Ebenso ist nicht einleuchtend, weshalb sie das Gesuch um Begründung des Urteils erst ab dem 8. Mai 2013, d.h. nach Erhalt des Schreibens der Vorinstanz samt Zustellnachweise (Urk. 40), verfassen konnte. Geht man in Übereinstimmung mit der Vorinstanz (Urk. 46 S. 4 und 5) zu Gunsten der Gesuchsgegnerin davon aus, dass sie spätestens mit der zweiten Zustellung am 22. April 2013 vollständige Kenntnis über den Inhalt des Urteils vom 28. Februar 2013 erlangte, wäre es ihr durchaus möglich gewesen, ein Gesuch um Begründung des Urteils bis am 2. Mai 2013 zu stellen. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend ausführte, machte die Gesuchsgegnerin keine weiteren Hinderungsgründe hierzu geltend (Urk. 46 S. 5 f.). Ergänzend ist schliesslich die Gesuchsgegnerin darauf hinzuweisen, dass der von ihr zitierte Art. 32 Abs. 2 SchKG nicht auf das gerichtliche Verfahren anwendbar ist (vgl. dazu BGE 130 III 515 E. 4). Ebenso ist vorliegend Art. 50 BGG nicht massgebend (Urk. 45 S. 6).

6. Resümierend erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet. Es kann daher davon abgesehen werden, eine Beschwerdeantwort der Gesuchstellerin einzuholen (Art. 322 ZPO). Die Beschwerde ist abzuweisen. Dementsprechend wird auch der prozessuale Antrag der Gesuchsgegnerin betreffend Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Vollstreckung des Urteils vom 28. Februar 2013 hinfällig (Urk. 45 S. 2 und 10).

7. a) Die zweitinstanzliche Spruchgebühr ist ausgangsgemäss der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Spruchgebühr ist gestützt auf Art. 48 GebV SchKG und Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 2'000.– festzusetzen.

b) Mangels wesentlicher Umtriebe ist der Gesuchstellerin für das Beschwerdeverfahren keine Entschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchsgegnerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage eines Doppels von Urk. 45, sowie an das Bezirksgericht Uster, 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 10'000'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 24. Juli 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Leitende Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Ferreño

versandt am: js