

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT160021-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. G. Ramer Jenny

Urteil vom 15. Juni 2016

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

gegen

Stockwerkeigentümer-Gemeinschaft B. _____-Strasse ... in ...

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil und eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 27. Januar 2016 (EB150440-G)

Erwägungen:

1.a) Mit Urteil vom 27. Januar 2016 erteilte die Vorinstanz der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchstellerin) in der Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon, für der Gesuchstellerin zu ersetzende Gerichts- und Betreuungskosten sowie für eine Parteientschädigung definitive Rechtsöffnung für insgesamt Fr. 9'157.– zuzüglich Zins und Kosten (Urk. 10 S. 9 = Urk. 15 S. 9).

b) Dagegen erhob der Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsgegner) am 10. Februar 2016 innert Frist (Urk. 12/1, vgl. Briefumschlag zu Urk. 14) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 14 S. 1):

"Aufhebung aller Urteile und Verfügungen, insbesondere auch der mir bis heute nie zugestellten Urteile und Verfügungen.

Die definitive Rechtsöffnung ist ausser Kraft zu setzen.

Alles unter Kosten und Entschädigungsfolge zu Lasten der klagenden Stockwerkeigentümer B. _____-Strasse ..., Gesuchsgegner."

Nach fristgerechtem Eingang des Kostenvorschusses (Urk. 20, Urk. 21) erstattete die Gesuchstellerin am 6. Juni 2016 ihre Beschwerdeantwort, mit welcher sie auf Abweisung der Beschwerde schloss, soweit überhaupt darauf einzutreten sei (Urk. 23 S. 2).

2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 321 N 15), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen dazulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

3. Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid, die in Betreuung gesetzten Beträge seien im Rechtsöffnungstitel, dem rechtskräftigen Urteil des Ein-

zelgerichts im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichts Meilen vom 19. Dezember 2012 (Urk. 3/2), ausgewiesen (Urk. 15 S. 4 f.). Nichtigkeit des Titels sei entgegen der Einwendung des Gesuchsgegners nicht gegeben, da die Zustellung des Rechtsöffnungstitels rechtsgenügend erfolgt sei (Urk. 15 S. 5 f.). Auch die übrigen Einwendungen des Gesuchsgegners hielt die Vorinstanz für nicht stichhaltig, weshalb sie der Gesuchstellerin definitive Rechtsöffnung im beantragten Umfang erteilte (Urk. 15 S. 6 ff.).

4.a) Der Gesuchsgegner bringt mit seiner Beschwerde erneut vor, er habe den Rechtsöffnungstitel, das Urteil vom 19. Dezember 2012 (Prozess-Nr. FV120099-G; Urk. 3/2), nie erhalten (Urk. 14 S. 4). Dem Bezirksgericht sei seine Zustelladresse an der B.____-Strasse ... in ... bekannt gewesen und es sei unerfindlich, weshalb es ein Zustellungsverfahren eingeleitet habe. Sodann habe es auch um seine Zustelladresse in den USA gewusst, weshalb ihm das Urteil auf dem Rechtshilfeweg hätte zugestellt werden müssen. Ferner hätte ihm - wiederum nach seinem Dafürhalten - eine Email mit der Beilage des Urteils an die dem Gericht bekannte Adresse "...@....com" geschickt werden können mit der Aufforderung, er könne das Urteil am Bezirksgericht Meilen abholen (Urk. 14 S. 4). Mit dem Gemeindeammann habe er nie telefoniert (Urk. 14 S. 3). Eine öffentliche Bekanntmachung im Schweizerischen Handelsamtsblatt [recte: Amtsblatt des Kantons Zürich] sei missbräuchlich und kreditschädigend (Urk. 14 S. 4).

b) Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, ist die Nichtigkeit des Rechtsöffnungstitels von Amtes wegen zu prüfen. Sie liegt insbesondere dann vor, wenn der Betroffene von einer Entscheidung - dem Rechtsöffnungstitel - mangels rechtsgültiger Eröffnung keine Kenntnis erhalten hat.

Das Gericht hat Vorladungen, Verfügungen und Entscheide sowie Eingaben der Gegenpartei den betroffenen Personen zuzustellen (Art. 136 ZPO). Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Im Kanton Zürich fallen nebst der eingeschriebenen Postsendung insbesondere die Zustellung durch Angehörige des Gerichts, den Gemeindeammann oder die Polizei in Betracht (§ 121 Abs. 1 GOG). Ist die Zustel-

lung unmöglich oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden, so erfolgt die Zustellung durch Publikation im kantonalen Amtsblatt (Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO und § 121 Abs. 2 GOG). Dabei darf in der Regel erst von einer Unmöglichkeit ausgegangen werden, wenn entsprechende Versuche des Gerichts tatsächlich gescheitert sind (KUKO ZPO-Weber, Art. 141 N 2; Lukas Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 141 N 16 f.; BSK ZPO-Gschwend/Bornatico, Art. 141 N 3). Daraus erhellt, dass die Wahl der ordentlichen Zustellungsart durchaus im Ermessen des Gerichts liegt. Die Publikation gestützt auf den Auffangtatbestand gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO darf hingegen als ultima ratio nur zur Anwendung gelangen, wenn die genannten Voraussetzungen dafür erfüllt sind.

c) Vorliegend wurde versucht, dem Gesuchsgegner das verfahrenseinleitende Schriftstück im Prozess FV120099-G, die Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 24. September 2012 (Urk. 19/4), durch das Gemeindeammannamt ... zuzustellen. Dessen sämtliche Zustellungs-bemühungen, namentlich die Kontaktaufnahme per A-Post mit Abholungsaufforderung sowie per Telefon, schlugen fehl (Urk. 19/7). Eine Nachfrage bei der Einwohnerkontrolle ... ergab den gemeldeten Wegzug des Gesuchsgegners an die C.____-Strasse ... in ... (Urk. 19/7), worauf das Stadtammannamt Zürich 10 erfolglos versuchte, die Verfügung dem Gesuchsgegner an diese Adresse zuzustellen. Die Abklärung bei der Einwohnerkontrolle ergab, dass der Gesuchsgegner seit 1978 nach ... [Ortschaft in den Vereinigten Staaten] abgemeldet sei (Urk. 19/9). In der Folge liess die Vorinstanz die Verfügung vom 24. September 2016 unter dem 26. Oktober 2016 im Amtsblatt des Kantons Zürich publizieren (Urk. 19/12/1+2). Die weiteren Verfügungen im fraglichen Verfahren wie auch das Urteil vom 19. Dezember 2012 wurden an die C.____-Strasse ... in ..., verschickt und mit dem Vermerk "Weggezogen. Nachsendefrist abgelaufen" resp. "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" durch die Post an die Vorinstanz retourniert (Urk. 19/15, Urk. 19/17/1+2, Urk. 19/19/2).

d)aa) Wie vorstehend gezeigt, hat das Gericht im Verfahren FV120099-G umfangreiche Abklärungen zur Ermittlung des Aufenthaltsorts des Gesuchsgegners unternommen. Dabei hat es im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben die Zu-

stellung auch auf andere Weise als der herkömmlichen eingeschriebenen Postsendung angestrebt, namentlich durch den Gemeinde- resp. Stadtmann (Urk. 19/7+9, § 138 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 121 Abs. 1 GOG). Entgegen den Angaben des Gesuchsgegners (Urk. 14 S. 3) liegt sodann durchaus eine E-Mail an die Vollzugsbeamtin des Gemeindeammannts ... vom 29. September 2012, unterschrieben mit "D._____ AG", im Recht, welche von der Adresse des Gesuchsgegners "...@....com" versandt worden war. Darin wird mitgeteilt, dass der Gesuchsgegner keinen Wohnsitz in der Schweiz habe und an die Adresse der D._____ AG an der B._____ -Strasse in ... keine rechtsgültige Zustellung an ihn erfolgen könne (Urk. 19/7). Obwohl Identität zwischen Gesuchsgegner und Aktiengesellschaft mangels weiterer Hinweise nicht ohne Weiteres anzunehmen ist (Urk. 23 S. 8), zumal seine Stellung als Verwaltungsratspräsident hierfür nicht ausreicht, mussten angesichts der bereits erfolgten erfolglosen Zustellungsversuche des Gemeindeammannts im fraglichen Verfahren keine weiteren Zustellungsversuche an jene Adresse mehr erfolgen. Der Gesuchsgegner widerspricht sich in diesem Zusammenhang denn auch selbst, wenn er einerseits behauptet, die Post werde an der B._____ -Strasse in ..., immer angenommen, andererseits geltend macht, in der Schweiz könnten ihm rechtsgültig keine eingeschriebenen Schriftstücke zugestellt werden (Urk. 14 S. 3, Ziff. 2 und 3). Weitere Abklärungen bei den Einwohnerbehörden ergaben, dass der Gesuchsgegner über keinen aktuellen Wohnsitz in der Schweiz verfüge (Urk. 19/7, Urk. 19/9). Dass dem Gericht dessen (behaupteter) Aufenthaltsort im Ausland bekannt gewesen sei, wie er weiter vorbringt (Urk. 14 S. 4), wird aus den Prozessakten FV120099-G nicht ersichtlich (Urk. 19). Ohne Kenntnis eines solchen fällt eine rechtshilfweise Zustellung ins Ausland von vornherein ausser Betracht. Eine elektronische Zustellung (Urk. 14 S. 4) sieht das Gesetz sodann nur nach den Modalitäten der entsprechenden Verordnung des Bundesrates (VEÜ; Art. 139 ZPO) vor, welche unter anderem eine Verschlüsselung der Mitteilung vorsehen. Eine Zustellung über eine ungeschützte E-Mail-Adresse vermag den Anforderungen an eine förmliche Zustellung nicht zu genügen. Nach dem Gesagten steht fest, dass der Aufenthaltsort des Gesuchsgegners trotz erheblicher Abklärungen des Gerichts im Verfahren FV120099-G nicht ermittelt werden konnte. Weitere Nachforschungen waren ihm

nicht zumutbar. Insbesondere war es nicht gehalten, den Gesuchsgegner über seine E-Mail-Adresse zu kontaktieren (Urk. 14 S. 4 und 5), umso mehr, als diese aus den einschlägigen Gerichtsakten nicht hervorgeht. Ob in anderen Verfahren mit dem Gesuchsgegner über die fragliche E-Mail-Adresse korrespondiert worden war, kann dahingestellt bleiben, sind doch jeweils nur die im jeweiligen Verfahren bekannten Tatsachen für dieses prozessrelevant. Derlei Daten sind dem Gericht denn auch nicht prozessübergreifend zugänglich. Folglich sind vorliegend die Voraussetzungen für die öffentliche Bekanntmachung der Entscheide im fraglichen Verfahren erfüllt (Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO). Zu Recht liess das Gericht die verfahrenseinleitende Verfügung vom 24. September 2012 im Amtsblatt des Kantons Zürich vom Freitag, 26. Oktober 2012, publizieren. Sie gilt damit als rechtsgenügend zugestellt (Art. 141 Abs. 2 ZPO). Anders verhält es sich jedoch mit dem Endentscheid, dem Urteil vom 19. Dezember 2012 (Urk. 3/2), welchen das Gericht dem Gesuchsgegner (erfolglos) an die C.____-Strasse ... in ... zustellte, wo er nachweislich nicht gemeldet war (Urk. 19/18, Urk. 19/19/2). Eine Publikation des Urteils im Amtsblatt des Kantons Zürich erfolgte nicht.

bb) Die Gesuchstellerin bringt nun vor, der Gesuchsgegner habe die Zustellung des Urteils vom 19. Dezember 2012 schuldhaft verhindert (Urk. 23 S. 7 ff.), und beruft sich damit sinngemäss auf die Zustellfiktion im Sinne einer Annahmeverweigerung gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. b ZPO. Dieser Einwand geht fehl. Sämtliche dem Gesuchsgegner vorgeworfenen Handlungen, namentlich die von der Gesuchstellerin als rechtsmissbräuchlich bezeichnete Mitteilung der D.____ AG, wonach an den Gesuchsgegner keine rechtsgültige Zustellung an die B.____-Strasse ... gemacht werden könne (Urk. 23 S. 8; Urk. 19/7 Blatt 2), sowie die erfolglosen Zustellungsversuche des Gemeindeammannamts (Urk. 23 S. 9; Urk. 19/7) erfolgten im Zusammenhang mit der Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks. Eine absichtliche Vereitelung der Zustellung des Rechtsöffnungstitels aber lässt sich daraus nicht herleiten. Ob dem Gesuchsgegner überhaupt die Handlungen der D.____ AG, namentlich die Email vom 29. September 2012 (Urk. 13/7 Blatt 2), ohne Weiteres angerechnet werden können (Urk. 23 S. 8), kann somit dahingestellt bleiben. Die Zustellung des Rechtsöffnungstitels an eine nachweislich unzutreffende Adresse, an die C.____-Strasse ... in ...,

kann jedenfalls keine Zustellfiktion begründen, auch keine solche nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO. Im Übrigen kann der in diesem Zusammenhang angestellten Überlegung der Gesuchstellerin, der Gesuchsgegner hätte aus dem vorangehenden Verfahren betreffend Eintragung des provisorischen Pfandrechts (ES120055-G, LF120035-O) mit einer Zustellung des Gerichts rechnen müssen (Urk. 23 S. 7), ohnehin nicht gefolgt werden. Beim Verfahren betreffend definitive Eintragung des Pfandrechts handelt es sich um ein neues Prozessrechtsverhältnis. Diesfalls greift die Zustellfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO nicht (vgl. BGE 138 III 225 E. 3.1). Wie vorstehend ausgeführt, hätte die Eröffnung des Urteils vom 19. Dezember 2012 (Urk. 3/2) mittels Publikation erfolgen müssen. Es fehlt somit diesbezüglich an einer formell korrekten Zustellung.

cc) Schliesslich behauptet die Gesuchstellerin, der Gesuchsgegner habe nachträglich vom Urteil vom 19. Dezember 2012 (Urk. 3/2) Kenntnis erhalten (Urk. 23 S. 3). Damit macht sie sinngemäss ein nachträgliches Akzept des Gesuchsgegners geltend, mit welchem sich die nicht korrekt erfolgte Zustellung des Rechtsöffnungstitels heilen liesse.

Dieser Einwand der Gesuchstellerin ist neu und somit unter Hinweis auf das Novenverbot im Beschwerdeverfahren unbeachtlich (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Selbst wenn jedoch das Schreiben vom 22. April 2015 (Urk. 25/1) vorliegend berücksichtigt werden könnte, ist dadurch der tatsächliche Erhalt des behaupteterweise als Beilage mitgeschickten Urteils durch den Vertreter des Gesuchsgegners nicht belegt (Urk. 25/1 S. 3/2). Gemäss angehängtem Sendebericht der Faxesendung wurden jedenfalls lediglich 4 Seiten übermittelt (Urk. 25/1). Überdies ist nicht ersichtlich, inwiefern der Gesuchsgegner die Verbindlichkeiten aus dem Urteil vom 19. Dezember 2012 erfüllt haben soll (Urk. 23 S. 3 f.), nachdem es sich um definitive Eintragungen von Pfandrechten in das Grundbuch handelte, zu deren Vornahme das Grundbuchamt angewiesen worden war (Urk. 3/2 S. 3). Folglich kann nicht mit Fug behauptet werden, der Gesuchsgegner habe vor Einleitung des Rechtsöffnungsverfahrens vom Urteil Kenntnis erhalten, weshalb dessen Untätigbleiben als Akzept zu werten sei. Mangels erstellter nachträglicher Kenntnismah-

me ist ferner dem Einwand der Gesuchstellerin, der Gesuchsgegner hätte gegen das Urteil Revision verlangen müssen (Urk. 23 S. 3), der Boden entzogen.

dd) Es fehlt demnach an einer rechtsgenügenden Eröffnung des Urteils vom 19. Dezember 2012 (Urk. 3/2) an den Gesuchsgegner. Entscheide, die der betroffenen Person nicht eröffnet worden sind, entfalten grundsätzlich keine Rechtswirkungen; sie erwachsen nicht in Rechtskraft und können somit nicht vollstreckt werden. Daran ändert auch die Rechtskraftbescheinigung nichts (Urk. 23 S. 3), zumal sie die nicht gehörige Eröffnung nicht zu heilen vermag (vgl. BGE 141 I 97 E. 7.1 mit weiteren Hinweisen). Nicht gehörig eröffnete Entscheide können daher nicht als Rechtsöffnungstitel dienen (BGE 129 I 361 E. 2.3).

ee) Indem die Vorinstanz der Gesuchstellerin für die betriebene Forderung ohne vollstreckbaren Titel definitive Rechtsöffnung erteilte, hat sie das Recht unrichtig angewendet. Die Beschwerde ist in diesem Umfang gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben. Vor diesem Hintergrund erübrigt es sich, auf die weiteren Rügen des Gesuchsgegners einzugehen.

e) Der Gesuchsgegner beantragt überdies die "Aufhebung aller Urteile und Verfügungen, insbesondere auch der mir bis heute nie zugestellten Urteile und Verfügungen" (Urk. 14 S. 1). Anfechtungsobjekt dieses Beschwerdeverfahrens ist einzig das Urteil der Vorinstanz vom 27. Januar 2016, weshalb die darüber hinausgehenden Anträge des Gesuchsgegners vorliegend nicht beurteilt werden können. Insofern ist auf die Beschwerde des Gesuchsgegners nicht einzutreten.

f) Zusammengefasst sind in teilweiser Gutheissung der Beschwerde die Dispositivziffern 1 und 4 bis 6 des Urteils der Vorinstanz vom 27. Januar 2016 aufzuheben und das Rechtsöffnungsbegehren der Gesuchstellerin ist abzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO).

5. Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens beträgt Fr. 9'230.30. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von Art. 48 in Verbindung mit Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 450.– festzusetzen und zusammen mit der unangefochten gebliebenen erstinstanzlichen Entscheidgebühr von Fr. 300.–

ausgangsgemäss der nahezu vollumfänglich unterliegenden Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 3 ZPO). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, der Gesuchstellerin zufolge ihres Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO), dem Gesuchsgegner mangels Antrags bzw. Begründung (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO).

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositiv-Ziffern 1 und 4 bis 6 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 27. Januar 2016 aufgehoben.
2. Im Übrigen wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.
3. Das Rechtsöffnungsbegehren der Gesuchstellerin wird abgewiesen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 450.– festgesetzt.
5. Die Kosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit den geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner den geleisteten Vorschuss von Fr. 450.– zu ersetzen.
6. Für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage der Doppel von Urk. 23, Urk. 24 und Urk. 25/1+2, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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. 9'230.30.

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. G. Ramer Jenny

versandt am:
gs