

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT160177-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Beschluss vom 10. Januar 2017

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

gegen

B._____ Limited,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ und / oder

Rechtsanwalt Dr. iur., LL.M. X2._____

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 31. August 2016 (EB160133-L)

Erwägungen:

1.1 Mit Urteil vom 31. August 2016 erteilte die Vorinstanz der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchstellerin) in der Betreuung auf Grundpfandverwertung, Nr. 1, des Betreibungsamtes Zürich 11 (Zahlungsbefehl vom 4. August 2015) gestützt auf den Inhaber-Schuldbrief vom 2. Oktober 2002 für eine ausstehende Darlehensforderung provisorische Rechtsöffnung für Fr. 5'819'400.– nebst 7.28 % Zins seit 1. April 2014; die Kosten- und Entschädigungsfolgen wurden zu Lasten des Gesuchsgegners und Beschwerdeführers (fortan Gesuchsgegner) geregelt (Urk. 28 S. 10 f.).

1.2 Hiergegen erhob der Gesuchsgegner A._____, ... [Adresse 1], mit Schreiben vom 12. Oktober 2016 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 13. Oktober 2016) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 37 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil Nr. EB160133-L vom 31. August 2016 des Einzelgerichts Audienz, Bezirksgericht Zürich, aufzuheben und das Gesuch vom 27. Januar 2016 abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegnerin."

Des Weiteren stellte der Gesuchsgegner folgenden prozessualen Antrag (Urk. 37 S. 2):

"Es sei der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es seien die Vorakten zu verlangen."

1.3 In der Folge wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen. Sodann wurde am 30. November 2016 eine telefonische Auskunft beim Stadtammannamt Zürich 11 eingeholt (Urk. 41), deren Inhalt den Parteien mit Verfügung vom 7. Dezember 2016 zur Kenntnisnahme zugestellt worden ist. Gleichzeitig wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen (Urk. 42). Mit Schreiben vom 14. Dezember 2016 liess die Gesuchstellerin mitteilen, einstweilen auf die Stellungnahme zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu verzichten (Urk. 43). Der Gesuchsgegner liess sich nicht vernehmen.

2.1 Die Wahrung der Rechtmittelfrist ist Prozessvoraussetzung. Damit ist zunächst zu prüfen, ob der Gesuchsgegner die Rechtmittelfrist gemäss Art. 321 Abs. 2 ZPO (10 Tage) eingehalten hat.

2.2.1 Am 27. Januar 2016 ging bei der Vorinstanz das Gesuch der Gesuchstellerin um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung in der Betreuung auf Verwertung des Grundpfandes, Nr. 1, des Betreibungsamtes Zürich 11 (Zahlungsbefehl vom 4. August 2015) ein (Urk. 1). Mit Verfügung vom 15. Februar 2016 wurde der Gesuchstellerin eine Frist von 10 Tagen angesetzt, um dem Gericht das Original des Inhaberschuldbriefs vom 2. Oktober 2002 einzureichen. Diese Verfügung wurde dem Gesuchsgegner mit gewöhnlicher A-Post an seinen Wohnort ... [Adresse 1] geschickt (Urk. 7).

2.2.2 Mit Verfügung vom 24. Februar 2016 wurde dem Gesuchsgegner eine Frist von 10 Tagen angesetzt, um zum Gesuch um Erteilung der Rechtsöffnung Stellung zu nehmen (Urk. 12). Diese Sendung wurde wiederum an den offiziellen Wohnort des Gesuchsgegners ... [Adresse 1] geschickt, jedoch von der Post mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert (Urk. 15). In der Folge ersuchte die Vorinstanz das Stadtammannamt Zürich 11 mit Schreiben vom 8. März 2016, dem Gesuchsgegner die genannte Sendung an ... [Adresse 1] zu überbringen (Urk. 16). Mit Schreiben vom 9. März 2016 teilte das Stadtammannamt Zürich 11 mit, dass eine Zustellung an den Gesuchsgegner an der Adresse "... [Adresse 1]" eher unwahrscheinlich sei, da sich der Gesuchsgegner nur selten dort aufhalte, und ersuchte um Zustellung an den Gesuchsgegner an die Adresse "c/o C._____, ... [Adresse 2]". Gleichzeitig sandte das Stadtammannamt Zürich 11 die Unterlagen unerledigt zurück (Urk. 17). Am 10. März 2016 wurde die Sendung an die letztgenannte Adresse verschickt; auch diese wurde mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert (Urk. 19). Mit Schreiben vom 23. März 2016 ersuchte die Vorinstanz das Gemeindeammannamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon um entsprechende Überbringung der Sendung (Urk. 20). Mit Schreiben vom 15. April 2016 teilte das Gemeindeammannamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon mit, dass zweimal eine Abholungseinladung, adressiert an den Gesuchsgegner, in den Briefkasten von C._____, gelegt worden sei. Am 11. April 2016 sei ein Schreiben des Gesuchs-

gegners eingegangen mit der Mitteilung, dass C._____ nicht sein Vertreter sei (Urk. 22). In der Folge wurde die Verfügung vom 24. Februar 2016 am tt.mm.2016 im Amtsblatt des Kantons Zürich publiziert (Urk. 24). Eine Stellungnahme des Gesuchsgegners zum Begehren um Erteilung der Rechtsöffnung unterblieb.

2.2.3 Am 31. August 2016 erging das vorinstanzliche Urteil in begründeter Form (Urk. 28). Mit Schreiben vom 2. September 2016 ersuchte die Vorinstanz das Stadttammannamt Zürich 11 um entsprechende Zustellung an den Gesuchsgegner an [Adresse 1] (Urk. 29). Dieses teilte mit Schreiben vom 28. September 2016 mit, dass die Zustellung an den Gesuchsgegner trotz mehrerer Versuche zu unterschiedlichen Zeiten nicht habe erfolgen können. Der Gesuchsgegner habe nicht angetroffen werden können. Eventuell halte er sich in ... [Adresse 3] oder in seiner Wohnung ... [Adresse 4] auf (Urk. 30). Aus diesem Schreiben geht zudem hervor, dass Zustellversuche am 6. und 9. September 2016, 15. September 2016 sowie am 23. September 2016 erfolgt sind und jeweils eine Aufforderung zum Abholen der Sendung hinterlegt worden ist (Urk. 30 Blatt 2; Urk. 41).

2.2.4 Ebenso am 28. September 2016 rief Rechtsanwalt lic. iur. D._____ bei der Vorinstanz an und erkundigte sich nach dem Verfahrensstand im Geschäft Nr. EB160133-L. Er teilte mit, dass der Gesuchsgegner bei ihm im Büro sitze. Dieser habe in der genannten Sache eine Verfügung vom 15. Februar 2016 empfangen und seither von keinen weiteren Verfahrensschritten Kenntnis erhalten (Urk. 31). Auf entsprechende Aufforderung des Gerichts hin übermittelte Rechtsanwalt lic. iur. D._____ für die telefonische Auskunft über den Verfahrensstand mit E-Mail vom 29. September 2016, 10:42 Uhr, eine vom Gesuchsgegner unterzeichnete Anwaltsvollmacht (Urk. 31, Anhang 1). Circa eine Stunde später, um 11:52 Uhr, teilte Rechtsanwalt lic. iur. D._____ mit einer weiteren E-Mail mit, dass sich der Gesuchsgegner das Urteil nun zustellen lasse, indem er es am 4. Oktober 2016 abholen werde. Weiter teilte Rechtsanwalt lic. iur. D._____ mit, dass er das Mandat noch nicht übernommen habe (Urk. 31, Anhang 2). Am 4. Oktober 2016 bescheinigte der Gesuchsgegner, nebst der Verfügung vom 24. Februar 2016 und dem Gesuchsdoppel auch das Urteil vom 31. August 2016 persönlich erhalten zu haben (Urk. 36).

2.3.1 Die Zustellung von qualifizierten Prozessurkunden wie Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt gegen Empfangsbestätigung; diese Gerichtsurkunden haben alle gemeinsam, dass sie für die Parteien direkt rechtsverbindliche Wirkungen haben, als sie Erscheinungstermine festlegen oder Fristen ansetzen. Das Gericht muss daher nachweisen können, wann eine Verfügung mit einer Fristansetzung resp. einem Erscheinungstermin einer Partei zugestellt werden konnte. Es existiert keine Vermutung, dass eine nicht eingeschriebene Sendung den Adressaten tatsächlich erreicht (BK ZPO-Frei, Art. 138 N 3). Eine solche Verfügung kann auch auf andere Weise als per eingeschriebener Postsendung (z.B. durch die Polizei oder das Gemeindeammannamt, etc.) erfolgen (Art. 138 Abs. 1 ZPO), wobei es dem Gericht überlassen bleibt, zu entscheiden, von welcher Zustellungsart resp. Empfangsbestätigung es Gebrauch machen will (BK ZPO-Frei, Art. 138 N 4; BSK ZPO-Gschwend/Bornatico, Art. 138 N 8).

Nach dem Gesagten ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das Stadtmannamt Zürich 11 bzw. das Gemeindeammannamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon mit der Zustellung der Verfügung vom 24. Februar 2016 beauftragt hat, nachdem sie (a) zu diesem Zeitpunkt noch nicht wissen konnte, dass der Gesuchsgegner die ihm per A-Post zugestellte Verfügung vom 15. Februar 2016 erhalten und damit Kenntnis vom laufenden Verfahren hatte, und (b) der Zustellversuch per Gerichtsurkunde gescheitert war.

2.3.2 Ebenso wenig ist die darauffolgend vorgenommene Publikation der Verfügung vom 24. Februar 2016 im Amtsblatt des Kantons Zürich zu beanstanden. So kann die Zustellung durch Publikation im kantonalen Amtsblatt oder Schweizerischen Handelsamtsblatt erfolgen, wenn (a) der Aufenthaltsort der Adressatin oder des Adressaten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann, (b) eine Zustellung unmöglich ist oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden wäre und (c) eine Partei mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland entgegen der Anweisung des Gerichts kein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet hat. Dabei gilt die Zustellung am Tag der Publikation als erfolgt (Art. 141 Abs. 2 ZPO). Zu beachten ist, dass nur die rechtmässig angeordnete öffentliche Bekanntmachung – d.h. das Vorliegen eines unter lit. a bis c auf-

gezählten Falles – die Fiktion des Erhalts der Gerichtsurkunde herbeizuführen vermag (BK ZPO-Frei, Art. 141 N 2; BSK ZPO-Gschwend/Bornatico, Art. 141 N 9; Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. A., Art. 141 N 2).

Unter den Tatbestand der Unmöglichkeit der Zustellung zu subsumieren ist, wenn ein Adressat zwar eine bekannte Adresse hat, indes nie zu Hause ist oder avisierte Sendungen schlichtweg nicht abholt. Dabei kann nach mehreren Zustellungsversuchen von der (faktischen) Unmöglichkeit der Zustellung ausgegangen werden (Strobel, Stämpflis Handkommentar, ZPO 141 N 18). Nachdem dem Gesuchsgegner die Verfügung vom 24. Februar 2016 weder an seinem Wohnort ... [Adresse 1] mittels Einschreiben und via Stadttammannamt Zürich 11 noch an der dem Stadttammannamt Zürich 11 weiter bekannten Adresse "c/o C._____, ... [Adresse 2]" über diese zwei Arten zugestellt werden konnte, durfte die Vorinstanz von der Unmöglichkeit der Zustellung ausgehen und in Anwendung von Art 141 Abs. 1 lit. b ZPO zum Mittel der Publikation greifen. Entsprechend aber ist die Zustellung der Verfügung vom 24. Februar 2016 gehörig erfolgt und erzeugte die entsprechenden rechtlichen Wirkungen.

2.4 Da vorliegend der Wohnort des Gesuchsgegners bekannt war, damit nicht Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO zur Anwendung gelangt ist, wonach die Publikation dann zu erfolgen hat, wenn der Aufenthaltsort des Adressaten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann, konnte die Vorinstanz bei der weiteren Zustellung nicht von vornherein erneut auf das Mittel der Publikation greifen. Dementsprechend ist nicht zu beanstanden, dass versucht wurde, die Zustellung des vorinstanzlichen Urteils vom 31. August 2016 erneut via Stadttammannamt Zürich 11 vorzunehmen.

2.5 Hat eine Partei Kenntnis von einem laufenden Verfahren, so ist sie nach Treu und Glauben verpflichtet, für eine Nachsendung von Gerichtsurkunden zu sorgen oder einen Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen (BGE 101 Ia 7 E. 2, wobei die unter dem kantonalen Prozessrecht entwickelte Rechtsprechung auch für das seit dem 1. Januar 2011 geltende Schweizerische Zivilprozessrecht Gültigkeit beansprucht, BGE 138 III 225 E. 3.1 und Botschaft ZPO BBI 2006 7307

mit Verweis auf bisherige diesbezügliche bundesgerichtliche Urteile). Infolgedessen, dass der Gesuchsgegner nun einerseits durch den Erhalt der Verfügung vom 15. Februar 2016 (Urk. 31) sowie andererseits durch die am tt.mm.2016 publizierte Verfügung vom 24. Februar 2016 (Urk. 24) Kenntnis vom Verfahren hatte, traf ihn die vorerwähnte prozessuale Pflicht. Indem er längere Zeit von dem der Behörde mitgeteilten Wohnort abwesend war und dabei weder eine Nachsendadresse eingerichtet noch eine Drittperson mit der Besorgung seiner Post beauftragt hatte, hat er diese Pflicht verletzt. So hat er sich noch nicht einmal beim Gemeindeammannamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon erkundigt, welche Sendung ihm hätte zugestellt werden sollen, obschon er wusste, dass ein Rechtsöffnungsverfahren gegen ihn hängig war. Vielmehr begnügte er sich damit mitzuteilen, dass C._____ nicht sein Vertreter sei (Urk. 22 Blatt 3). Dabei aber liegt keine Unmöglichkeit im Sinne von Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO vor; diesfalls ist vielmehr von einer Vereitelung der Zustellung im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. b ZPO auszugehen. Entsprechend greift die Zustellungsfiktion und eine öffentliche Bekanntmachung kann unterbleiben (BK ZPO-Frei, Art. 141 N 13; BSK ZPO-Gschwend/Bornatico, Art. 141 N 4; Jenny/Jenny, OFK-ZPO, ZPO 138 N 11; Huber, DIK-E-Komm-ZPO, 2. A., Art. 138 N 67; BGE 82 II 165, S. 167). Mit seinem Verhalten hat sich der Gesuchsgegner einer Zustellung entzogen; ein solches Verhalten verdient keinen Schutz. Entsprechend gilt das Urteil infolge Zustellungsvereitelung am Tag der Weigerung als zugestellt (Art. 138 Abs. 3 lit. b ZPO).

2.6 Das Stadtammannamt Zürich 11 versuchte dem Gesuchsgegner das vorinstanzliche Urteil vom 31. August 2016 an verschiedenen Tagen über einen Zeitraum von drei Wochen zuzustellen, nämlich am 6. und 9. September 2016 (Woche 36), am 15. September 2016 (Woche 37) sowie am 23. September 2016 (Woche 38), wobei jeweils eine Aufforderung zum Abholen der Sendung hinterlegt worden ist (Urk. 30). Da – wie erwähnt – von einer Zustellungsvereitelung auszugehen ist, gilt die Sendung spätestens am 28. September 2016, an welchem Tag das Stadtammannamt Zürich 11 die Unmöglichkeit der Zustellung schriftlich festgehalten hat, als zugestellt. Damit aber lief die 10-tägige Frist zur Beschwerdeerhebung am 10. Oktober 2016 ab. Entsprechend ist die am 12. Oktober 2016 der Schweizerischen Post zuhanden des Gerichts übergebene Sendung verspätet

(Art. 142 Abs. 1 ZPO, Art. 143 Abs. 1 ZPO und Art. 144 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 321 Abs. 2 ZPO).

2.7 Damit erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unzulässig, weshalb auf das Einholen einer Beschwerdeantwort der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Auf die Beschwerde ist nicht einzutreten. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung hinfällig und demgemäss zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben (Art. 242 ZPO).

3.1 Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG (vgl. ZR 110/2011 Nr. 28) auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

3.2 Der Gesuchstellerin ist mangels relevanter Umtriebe im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage je eines Doppels von Urk. 37 und Urk. 40/2-5, an den Gesuchsgegner unter Beilage eines Doppels von Urk. 43, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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. 5'819'400.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 10. Januar 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am: jo