

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT180189-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. G. Ramer Jenny

Beschluss vom 31. Januar 2019

in Sachen

A._____,

Beklagter und Beschwerdeführer

gegen

B._____ AG,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch C._____ AG

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 4. September 2018 (EB180209-F)**

Erwägungen:

1.1. Mit zunächst unbegründetem (Urk. 15), hernach begründetem Urteil vom 4. September 2018 erteilte das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen (Vorinstanz) der Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin) in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg (Zahlungsbefehl vom 6. Juli 2018) provisorische Rechtsöffnung für einen Bruttomietzins der Monate Februar 2018 bis Juli 2018 von Fr. 13'560.– und von Fr. 4'159.50 sowie Betreibungs- und Prozesskosten, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten und Beschwerdeführers (fortan Beklagter; Urk. 27 S. 6 f. = Urk. 30 S. 6 f.).

1.2. Dagegen erhob der Beklagte mit Eingabe vom 25. Oktober 2018 innert Frist (Urk. 28/1) Beschwerde mit folgenden sinngemässen Anträgen (Urk. 29 S. 1 f.):

1. Es sei das Urteil der Vorinstanz vom 4. September 2018 aufzuheben und das Gesuch der Klägerin um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung abzuweisen.
2. Das vorliegende Verfahren sei mit dem Verfahren betreffend Aufsichtsbeschwerde an die Verwaltungskommission des Obergerichts und dem Verfahren am Mietgericht Horgen zu koordinieren.
3. Die Klägerin sei zu verpflichten, dem Beklagten ein Entschädigung von Fr. 1'000.– zu bezahlen.

Eine Beschwerdeantwort wurde innert der mit Verfügung vom 30. November 2018 angesetzten Frist (Urk. 33) nicht eingereicht.

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen.

2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei hat die beschwerdeführende Partei in der Beschwerdebegründung (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden, es sei denn, ein Mangel springe geradezu ins Auge. Abgesehen von dieser Relativie-

zung gilt auch im Beschwerdeverfahren der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO). Die Beschwerdeinstanz ist deshalb weder an die in den Parteieingaben vorgetragene Argumente noch an die Erwägungen der Erstinstanz gebunden. Sie kann die Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der Argumentation der Erstinstanz abweichenden Begründung abweisen (sog. Motivsubstitution; vgl. BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21, N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 m.w.Hinw.). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind sodann im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Novenverbot, Art. 326 Abs. 1 ZPO).

3.1. Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Urteil im Wesentlichen, mit Verfügung vom 15. August 2018 sei dem Beklagten das (teilweise nachgebesserte) Rechtsöffnungsgesuch samt Beilagen (Urk. 1, Urk. 11; Urk. 2-4, Urk. 12/1+2) zugestellt und Frist zur schriftlichen Stellungnahme angesetzt worden (Urk. 13). Der Beklagte habe die Verfügung nicht entgegen genommen, obwohl er mit einem Beschreiten des Rechtswegs durch die Klägerin und damit mit einer Zustellung habe rechnen müssen, nachdem er gegen den Zahlungsbefehl am 9. Juli 2018 Rechtsvorschlag erhoben habe (Urk. 2 S. 2). Entsprechend sei die Zustellungsfiktion (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO) eingetreten. Innert Frist habe der Beklagte keine Stellungnahme zum Rechtsöffnungsbegehren eingereicht (Urk. 30 S. 2, 5), weshalb die Vorinstanz gestützt auf die von beiden Parteien unterzeichnete Vertragsüberschreibung (Zession) vom 29. März 2017 (Urk. 4/3), bei der es sich um eine durch Unterschrift bekräftigte Schuldanerkennung handle, und der eingetretenen Fälligkeit der Forderung sowie mangels Einwendungen des Beklagten (Art. 82 Abs. 1 SchKG) provisorische Rechtsöffnung erteilte (Urk. 30 S. 5).

Das zunächst in unbegründeter Form ergangene Urteil vom 4. September 2018 konnte dem Beklagten wiederum nicht zugestellt (Urk. 21/2), jedoch seinem Geschäftsführer, D._____, persönlich am Gericht ausgehändigt werden (Urk. 18; Urk. 20). Die daraufhin als "Beschwerde" betitelte Eingabe des Beklagten vom 17. September 2018 samt Beilagen (Urk. 23; Urk. 24/1-7) wurde von der Vorin-

stanz als fristgerechtes, sinngemässes Begehren um Begründung des Urteils entgegengenommen (Urk. 30 S. 3).

3.2. In seiner Beschwerde an die beschliessende Kammer verweist der Beklagte zunächst auf seine Aufsichtsbeschwerde an die Verwaltungskommission des Obergerichts, mit der er die fehlerhaften Zustellungen der Vorinstanz sowie die durch die unvollständige Adressierung hervorgerufene verspätete Abholung gerügt habe. Jenes und ein weiteres, am Mietgericht hängiges, Verfahren seien mit diesem Beschwerdeverfahren zu koordinieren. Gegenstand dieser Beschwerde sei die inhaltliche Überprüfung der Rechtsöffnung. Der Beklagte bringt Einwendungen gegen den provisorischen Rechtsöffnungstitel vor und behauptet im Wesentlichen, es bestehe kein Vertragsverhältnis mit der Klägerin, da er den Zessionsvertrag (bereits vor Mietantritt) "mit sofortiger Wirkung gekündigt" habe (Urk. 24/4). Man sei sich einig gewesen, dass "die Miete" unter den gegebenen Umständen nicht anzugehen sei. Der Beklagte habe eine Ersatzmieterin vermittelt, welche anfänglich den Mietzins übernommen habe (Urk. 29 S. 2).

Eine Koordination der vom Beklagten angeführten Verfahren mit diesem Beschwerdeverfahren fällt angesichts der unterschiedlichen Zuständigkeiten (Verwaltungskommission des Obergerichts, Mietgericht Horgen) ausser Betracht. Sodann bringt der Beklagte die materiellen Einwendungen gegen die Schuldanerkennung und die entsprechenden Belege erstmals nach ergangenen erstinstanzlichen Urteil vor Vorinstanz resp. im Beschwerdeverfahren vor (vgl. Urk. 23; Urk. 24/3-7; Urk. 29; Urk. 31). Es handelt sich daher ausnahmslos um Noven, welche – wie ausgeführt (vgl. vorstehend Ziff. 2) – aufgrund des im Beschwerdeverfahren herrschenden umfassenden Novenverbots unzulässig sind (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Sowohl die neuen Behauptungen (Urk. 23; Urk. 29 S. 2) als auch die neu eingereichten Urkunden (Urk. 24/3-7; Urk. 31) finden vorliegend somit keine Berücksichtigung.

3.3. Anders verhält es sich mit der Zustellung der erstinstanzlichen prozessleitenden Verfügung vom 15. August 2018 (Urk. 13). Die Vorinstanz erwog dazu, die fragliche Verfügung sei am 17. August 2018 an der Zustelladresse des Beklagten zur Abholung gemeldet, von diesem jedoch nicht abgeholt worden (Urk. 14). Da

der Beklagte in der streitgegenständlichen Betreuung am 9. Juli 2018 Rechtsvorschlag erhoben habe (Urk. 2 S. 2), habe er grundsätzlich damit rechnen müssen, dass die Klägerin den Rechtsweg beschreiten werde. Am siebten Tag nach erfolglosem Zustellungsversuch, mithin am 24. August 2018, sei gestützt auf Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO die Zustellungsfiktion eingetreten und somit die Frist zur Einreichung einer Stellungnahme am 31. August 2018 abgelaufen (Urk. 30 S. 5). Entsprechend liess der Vorderrichter nach Ablauf der angesetzten Frist die Säumnisfolgen gemäss Art. 147 ZPO eintreten und ging davon aus, es seien keine Einwendungen gegen den provisorischen Rechtsöffnungstitel erhoben worden (Urk. 30 S. 5).

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. Zustellungsfiktion). Letzteres trifft nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu, wenn die Zustellung eines behördlichen Aktes mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erwartet werden musste (BGE 130 III 396 E. 1.2.3). Im Rahmen von gerichtlichen SchKG-Verfahren hat sich das Bundesgericht bereits mehrfach zur Zustellungsfiktion geäussert und dazu eine ständige Praxis entwickelt. Danach entsteht 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, das Verfahren betreffende Akten zugestellt werden können. Diese prozessuale Pflicht entsteht folglich mit der Begründung eines Verfahrensverhältnisses. Auf dem Gebiet des Schuldbetriebsrechts stellt nach Ansicht des Bundesgerichts der Rechtsöffnungsprozess, der auf ein durch Rechtsvorschlag eingestelltes Betreibungsverfahren folgt, ein neues Verfahren dar. Der Schuldner müsse daher 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 greife deshalb nicht für das erste Schriftstück, das dem Schuldner im Rahmen der Rechtsöffnung zugestellt werden solle (BGE 138 III 225 E. 3.1; BGE 130 III 396 E. 1.2.3;

BGer 5D_130/2011 vom 22. September 2011; BGer 5A_710/2010 vom 28. Januar 2011 E. 3.2). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung in diesem Punkt ist klar. Selbst wenn die von Erstinstanzen daran geübte Kritik (vgl. ZR 117 (2018) Nr. 15 E. 2.2) und die in der Lehre vertretene Meinung, eine Partei müsse auch vorprozessual mit einer Zustellung rechnen (vgl. KUKO ZPO-Roger Weber, Art. 138 N 7), als vertretbar erscheint, ist auf die konstante und unmissverständliche Bundesgerichtspraxis abzustellen. Lediglich eine rechtsmissbräuchliche Berufung auf das noch nicht begründete Prozessrechtsverhältnis findet keinen Schutz (BGE 138 III 225, E. 3.1).

Vor diesem Hintergrund verfängt die Argumentation im angefochtenen Entscheid nicht, wonach der Beklagte aufgrund des von ihm erhobenen Rechtsvorschlags damit rechnen müssen, dass die Klägerin den Rechtsweg beschreiten werde (Urk. 30 S. 5) und damit unterstellt, der Beklagte habe eine behördliche Zustellung erwarten müssen. Da im Zeitpunkt des Rechtsvorschlags noch keine Rechtshängigkeit bestand, trat die Zustellungsfiktion für das erste Schriftstück im erstinstanzlichen Rechtsöffnungsverfahren, mithin für die Verfügung vom 15. August 2018 (Urk. 13), nicht ein. Mangels korrekter Zustellung der Erstverfügung konnte auch die nachfolgende Zustellung des unbegründeten Urteils vom 4. September 2018 (Urk. 15) nicht fingiert werden. Der angefochtene Entscheid widerspricht damit ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung. Indem die Vorinstanz nach der erfolglosen einmaligen Zustellung der ersten prozessleitenden Verfügung deren Zustellung fingierte, wendete sie das Recht (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO) unrichtig an (Art. 320 lit. a ZPO).

Mangels rechtsgenügender Zustellung der Verfügung vom 15. August 2018 wurde dem Beklagten vor Fällung des Urteils weder das klägerische Rechtsöffnungsbegehren zur Kenntnis gebracht noch Gelegenheit zur Stellungnahme dazu gegeben (Urk. 13). Darin liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO; Art. 253 ZPO) bzw. des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 6 Ziff. 1 EMRK), welche umso schwerer wiegt, als der Gegenpartei vorab zweimal Gelegenheit zur Verbesserung ihres Gesuch gegeben worden war (Urk. 5+6; Urk. 9).

Dieser offensichtliche und als solcher auch ohne ausdrückliche Rüge in der Beschwerdeschrift beachtliche Mangel (vgl. vorstehend Ziff. 2.) führt zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids.

3.4. Die Vervollständigung des Sachverhalts kann aufgrund des umfassenden Novenverbots im Beschwerdeverfahren nicht nachgeholt werden (Art. 326 Abs. 1 ZPO; vgl. vorstehend E. 2 und 3.2.). Eine Heilung der Gehörsverletzung fällt damit ausser Betracht, weshalb das Verfahren nicht zur Spruchreife geführt werden kann. Es wird Aufgabe der Vorinstanz sein, die rechtsgenügende Zustellung des klägerischen Rechtsöffnungsgesuchs an den Beklagten mit Fristansetzung zur Stellungnahme nachzuholen und hernach über das Rechtsöffnungsgesuch gestützt auf die tatsächlichen Vorbringen der Parteien neu zu entscheiden. Die Sache ist deshalb zur Fortsetzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

4.1. Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens beträgt Fr. 17'719.50. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 750.– festzusetzen.

4.2. Die Verteilung der zweitinstanzlichen Gerichtskosten sowie der Entscheid über eine allfällige Parteientschädigung bleibt dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO; KUKO ZPO-Schmid, Art. 104 N 7; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 104 N 7; BK ZPO I-Sterchi, Art. 104 N 16). Dies gilt auch für die Verteilung der Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens, welche nach Massgabe des Verfahrensausgangs von der Vorinstanz neu zu verlegen sind.

Es wird beschlossen:

1. Das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 4. September 2018 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt.
3. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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. 17'719.50.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 31. Januar 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. G. Ramer Jenny

versandt am:
mc