

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT180190-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 eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 4. Oktober 2018 (EB180194-F)

Erwägungen:

1.1. Mit unbegründetem Urteil vom 16. August 2018 erteilte das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen (Vorinstanz) der Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin) in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg (Zahlungsbefehl vom 23. Januar 2018) provisorische Rechtsöffnung für einen Bruttomietzins der Monate November 2017 bis Januar 2018 von Fr. 6'780.– und von Fr. 2'079.75 sowie Betreibungs- und Prozesskosten, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten und Beschwerdeführers (fortan Beklagter; Urk. 9 S. 2 f.). Mit Eingabe vom 17. September 2018 (der Vorinstanz überbracht am 18. September 2018) erhob der Beklagte "Beschwerde" gegen dieses Urteil, welche von der Vorinstanz als Gesuch um Begründung entgegen genommen wurde (Urk. 17; Urk. 18/1-5). Mit Verfügung vom 4. Oktober 2018 stellte die Vorinstanz die Verspätung des entsprechenden Gesuchs fest (Urk. 21 S. 6 = Urk. 24 S. 6 f.).

1.2. Dagegen erhob der Beklagte mit Eingabe vom 25. Oktober 2018 innert Frist (Urk. 22/1) Beschwerde mit folgenden sinn gemässen Anträgen (Urk. 23 S. 1 f.):

1. Es seien die Verfügung der Vorinstanz vom 4. Oktober 2018 sowie das Urteil vom 16. August 2018 aufzuheben und das Gesuch der Klägerin um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung sei 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. 27) 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 Relativierung gilt auch im Beschwerdeverfahren der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO). Die Beschwerdeinstanz ist deshalb weder an die in den Parteieingaben vorgetragenen 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 in der angefochtenen Verfügung im Wesentlichen, der Beklagte habe weder die Verfügung vom 11. Juli 2018, mit welcher sie ihm das klägerische Rechtsöffnungsbegehren zur Stellungnahme habe zustellen wollen (Urk. 5; Urk. 6), noch das unbegründete Urteil vom 16. August 2018 (Urk. 9; Urk. 11) entgegen genommen. Da er gegen den Zahlungsbefehl am 5. Februar 2018 Rechtsvorschlag erhoben habe (Urk. 2 S. 2), habe er mit einem Beschreiten des Rechtswegs durch die Klägerin rechnen müssen, weshalb die Zustellungsfiktion für das unbegründete Urteil am 28. August 2018 eingetreten sei (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Am 14. (recte: 10.) September 2018 sei das Urteil dem Geschäftsführer des Beklagten, D._____, persönlich vom Gericht ausgehändigt worden (Urk. 14). Gegen die Zustellungsfiktion spreche auch nicht die vom Beklagten monierte Zustelladresse. Diese stimme sowohl mit der auf dem Zahlungsbefehl angegebenen (Urk. 2 S. 1) als auch mit der auf der Schuldanererkennung (Vertragsüberschreibung [Zession]) aufgeführten Anschrift (Urk. 4/3) überein. Die prozessleitende Verfügung vom 11. Juli 2018 und das Urteil vom 16. August 2018 hätten daher an die genannte Adresse verschickt werden dürfen und es sei Sache

des Beklagten gewesen, eine allfällige Adressänderung den zuständigen Stellen anzuzeigen. Entsprechend gelte das Urteil als am 28. August 2018 zugestellt. Das Begehren um Urteilsbegründung vom 17. September 2018 sei somit verspätet erfolgt (Urk. 24 S. 5).

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 Verfahren sei mit diesem Beschwerdeverfahren zu koordinieren. Gegenstand der vorliegenden Beschwerde sei die inhaltliche Überprüfung der erteilten Rechtsöffnung. In der Folge bringt der Beklagte 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. 23 S. 2; Urk. 25).

Eine Koordination der vom Beklagten angeführten Verfahren mit diesem Beschwerdeverfahren fällt bereits angesichts der unterschiedlichen Zuständigkeiten (Verwaltungskommission des Obergerichts, Mietgericht Horgen) ausser Betracht. Sodann bringt der Beklagte materielle Einwendungen gegen die Schuldanerkennung und damit gegen die erteilte Rechtsöffnung vor. Vorliegend ist indes der Entscheid der Vorinstanz betreffend die verweigte Urteilsbegründung Anfechtungsobjekt. Die materiellen Rügen des Beklagten gegen die erteilte Rechtsöffnung gehen somit an der Sache vorbei. Das Urteil vom 16. August 2018, welches als unbegründetes Urteil ohnehin kein taugliches Anfechtungsobjekt für die Beschwerde ist, kann in diesem Beschwerdeverfahren nicht überprüft werden.

3.3. Anders verhält es sich mit der Eröffnung des fraglichen Urteils (Urk. 9; Urk. 11). Die Vorinstanz erwog dazu, mit Verfügung vom 11. Juli 2018 sei dem Beklagten Frist zur Stellungnahme zum klägerischen Rechtsöffnungsbegehren angesetzt worden (Urk. 5). Diese Verfügung sei vom Beklagten nicht entgegengenommen und von der Post retourniert worden (Urk. 6). Nachdem der Beklagte innert Frist keine Stellungnahme eingereicht habe, habe die Vorinstanz der Klägerin mit unbegründetem Urteil vom 16. August 2018 provisorische Rechtsöffnung

erteilt (Urk. 24 S. 2). Gemäss der Sendungsverfolgung der Schweizerischen Post sei dieses Urteil am 21. August 2018 an der Zustelladresse des Beklagten zur Abholung gemeldet, von diesem aber ebenfalls nicht entgegen genommen worden (Urk. 11). Da der Beklagte in der streitgegenständlichen Betreuung am 5. Februar 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 28. August 2018, sei daher gestützt auf Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO die Zustellungsfiktion eingetreten und somit die Frist zur Stellung eines Begehrens um Urteilsbegründung am 7. September 2018 abgelaufen (Art. 143 Abs. 1 ZPO). Entsprechend sei das am 18. September 2018 dem Gericht überbrachte Gesuch um Urteilsbegründung verspätet erfolgt (Urk. 24 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 die 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. 24 S. 4) 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 11. Juli 2018 (Urk. 5), nicht ein. Mangels korrekter Zustellung der Erstverfügung konnte auch die nachfolgende Zustellung des unbegründeten Urteils vom 16. August 2018 (Urk. 9) nicht fingiert werden. Der angefochtene Entscheid widerspricht damit ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung. Indem die Vorinstanz das unbegründete Urteil nach erfolgloser einmaliger Zustellung als am 28. August 2018 zugestellt erachtete und das am 18. September 2018 eingegangene Gesuch um Urteilsbegründung als verspätet qualifizierte, wendete sie das Recht (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO) unrichtig an (Art. 320 lit. a ZPO).

3.4. Dieser offensichtliche und als solcher auch ohne ausdrückliche Rüge in der Beschwerdeschrift beachtliche Mangel (vgl. vorstehend Ziff. 2.) führt zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Der Beklagte hat das unbegründete Urteil am 10. September 2018 in Empfang genommen (Urk. 14) und sein Gesuch um Urteilsbegründung am 18. September 2018 der Vorinstanz überbracht (Urk. 17).

Es ist somit rechtzeitig erfolgt. Die angefochtene Verfügung ist demnach aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Begründung des Urteils vom 16. August 2018 zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

4.1. Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens beträgt Fr. 8'859.75. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 450.– 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. Die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 4. Oktober 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. 450.– 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. 8'859.75.

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