



Geschäfts-Nr. PN040083/U/Wi

III. Zivilkammer

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. iur. E. Mazurczak, Vorsitzender,
lic. iur. Th. Seeger und Dr. iur. R. Wyler
sowie der juristische Sekretär lic. iur. M. Nägeli

Zirkular-Erledigungsbeschluss vom 22. Juni 2004

in Sachen

Sp.

Beklagter und Beschwerdeführer

gegen

Sp.-M.

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. P.

betreffend **Rechtsöffnung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Verfügung der Einzelrichterin im
summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich (ERin lic. iur. A. Meier)
vom 11. Februar 2004 (EB04...)**

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Mit Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 11. Februar 2004 wurde der Klägerin in der Betreuung Nr. (...) des Betreibungsamtes Z. für insgesamt Fr. 28'349.90 nebst Zinsen und Kosten definitive Rechtsöffnung erteilt. Bei diesem Betrag handelt es sich um anfangs November 2003 offene Unterhaltsbeiträge gemäss Scheidungsurteil vom 18. Dezember 1998. Gegen den im Säumnisverfahren ergangenen Rechtsöffnungsentscheid erhob der Beklagte mit Eingabe vom 11. April 2004 rechtzeitig Nichtigkeitsbeschwerde, sinngemäss mit dem Antrag, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, wobei diese mit der Neuurteilung abzuwarten habe, bis die 7. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich über die Klage betreffend Abänderung des Scheidungsurteils entschieden habe. Die Einzelrichterin und die Klägerin haben auf eine Stellungnahme zur Beschwerde verzichtet.
2. Zur Begründung der Beschwerde macht der Beklagte sinngemäss geltend, er sei zur Rechtsöffnungsverhandlung vom 11. Februar 2004 nicht gehörig vorgeladen worden. Die Vorladung vom 21. Januar 2004 sei ihm weder am 26. Januar noch am 20. Februar 2004 ausgehändigt worden, als er kurz vor bzw. nach seiner Reise nach Sao Paolo bei der Post "*vorgesprochen*" habe, sondern vielmehr erst am 4. März 2004.

Die Einzelrichterin begründete ihre Annahme, es liege eine Zustellungsverteilung im Sinne von § 179 Abs. 2 GVG vor, damit, dass der Beklagte der Post einen Zurückbehaltungsauftrag erteilt habe, obschon er nach Erhebung des Rechtsvorschlages mit einer gerichtlichen Vorladung habe rechnen müssen.

Dem kann nicht beigespflichtet werden. Wohl ist grundsätzlich der Versuch einer Zustellung, welche aus vom Adressaten zu vertretenden Gründen ergebnislos blieb, der erfolgten gleichzusetzen, da sonst der Empfänger es in der Hand hätte, die Zustellung willkürlich zu verzögern oder zu verhindern.

Berücksichtigt man aber einerseits, dass nicht jeder Gläubiger, dessen Betreuung durch Erhebung des Rechtsvorschlages gehemmt wird, den Rechtsöffnungsrichter anruft, sowie andererseits, dass ein Zahlungsbefehl seine Gültigkeit laut Art. 88 Abs. 2 SchKG erst ein Jahr nach seiner Zustellung verliert, was zur Folge hat, dass bis zur Einleitung des Rechtsöffnungsverfahrens unter Umständen Monate vergehen können, kann an der in ZR 76 Nr. 9 vertretenen Auffassung, dass ein Schuldner nach Erhebung des Rechtsvorschlages dafür zu sorgen hat, dass ihm Post des Rechtsöffnungsrichters ohne Verzug zugestellt werden kann, nicht festgehalten werden. Die blossе Wahrscheinlichkeit, dass allenfalls mit einem Rechtsöffnungsverfahren zu rechnen ist, verpflichtet eine Partei noch nicht, dafür zu sorgen, dass ihr gerichtliche Mitteilungen jederzeit zugestellt werden können. Die sogenannte *Empfangspflicht* entsteht vielmehr erst im Zeitpunkt, da die Partei davon Kenntnis erhält, dass das Rechtsöffnungsverfahren eingeleitet worden ist. Die blossе Tatsache, dass der Beklagte für die Dauer seines Brasilien-Aufenthaltes einen Zurückbehaltungsauftrag gegeben hatte, genügt folglich zur Annahme, es liege Vereitelung der Zustellung vor, nicht. Eine solche Annahme wäre nur zulässig, wenn weitere Anhaltspunkte vorlägen, dass es dem Beklagten einzig darum geht, den Zeitpunkt der Zahlung des in Betreuung gesetzten Betrages zu verzögern.

Der angefochtene Entscheid beruht somit zum Nachteil des Beklagten auf der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (§ 281 Ziff. 1 ZPO), was zur Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde und zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur gehörigen Vorladung der Parteien und zur Ausfällung eines neuen Entscheides führt. Beizufügen ist, dass der bei der 7. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich heute noch hängige Prozess betreffend Abänderung des Scheidungsverfahrens nicht dazu geeignet wäre, eine Sistierung des Rechtsöffnungsverfahrens zu rechtfertigen.

3. Die Einzelrichterin ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass sie die Eingabe vom 11. März 2004, in welcher der Beklagte unter Beilage von zwei Boarding Passes u.a. geltend gemacht hatte, die Vorladung wegen Landesabwe-

senheit erst am 4. März 2004 erhalten zu haben, angesichts des damals bereits gefällten Entscheides als Gesuch um Neuansetzung der Rechtsöffnungsverhandlung im Sinne von § 199 GVG hätte behandeln müssen.

4. Die Kosten des Kassationsverfahrens sind gemäss § 66 Abs.2 ZPO auf die Gerichtskasse zu nehmen. Eine Entschädigungspflicht des Staates besteht mangels gesetzlicher Grundlage nicht (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, N. 14a zu § 68 ZPO).

Demgemäss beschliesst das Gericht:

1. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wird die Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 11. Februar 2004 aufgehoben und die Sache zur erneuten Vorladung der Parteien und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Klägerin wird ersucht, dem Zürcher Audienzrichteramt baldmöglichst wieder die vier Beilagen zu ihrem Rechtsöffnungsbegehren vom 7. Januar 2004 sowie die am 11. Februar 2004 eingereichte Rechtskraftbescheinigung zukommen zu lassen.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Für das Kassationsverfahren wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung gegen Empfangsschein an:
 - den Beschwerdeführer (mit Doppel von act. 14),
 - den Vertreter der Beschwerdegegnerin,
 - das Betreibungsamt Zürich 11 (Betr. Nr. ...),
 - die Vorinstanz (unter Rücksendung der Akten).

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

III. Zivilkammer

Der juristische Sekretär:

lic. iur. M. Nägeli

versandt am: