

Geschäfts-Nr. PN040151/U/Wi

III. Zivilkammer

Mitwirkend: die Obergerichte lic. iur. P. Helm, Vorsitzender, und
Dr. iur. J. Zürcher, Ersatzrichterin Dr. iur. F. Grob
sowie der juristische Sekretär lic. iur. M. Nägeli

Zirkular-Erledigungsbeschluss vom 27. Juli 2004

in Sachen

K.

Beklagter und Beschwerdeführer

gegen

K.-K.

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt S.

betreffend **Rechtsöffnung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Verfügung der Einzelrichterin im
summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich (ERin lic. iur. A. Meier)
vom 6. Mai 2004 (EB...)**

Das Gericht zieht in Erwägung:

Mit Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 6. Mai 2004 wurde der Klägerin in der Betreuung Nr. (...) des Betreibungsamtes Z. für einen Betrag von Fr. 2'984.-- nebst Zinsen und Kosten definitive Rechtsöffnung erteilt; im Mehrbetrag wurde das Verfahren als durch Rückzug des Begehrens erledigt abgeschrieben. Gegen diesen Entscheid erhob der Beklagte mit Eingabe vom 28. Juni 2004 rechtzeitig Nichtigkeitsbeschwerde, sinngemäss mit dem Antrag, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und das Rechtsöffnungsbegehren abzuweisen. (...)

Der als Gerichtsurkunde versandte Beschluss konnte dem Beklagten innert nützlicher Frist nicht zugestellt werden. Das Postamt Z. teilte dem Obergericht am 6. Juli 2004 mit, dass die fragliche Sendung einstweilen nicht zugestellt werden könne und aufgrund eines Auftrages des Empfängers bis voraussichtlich am 31. August 2004 lagern werde. Bereits bei Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde hatte der Beklagte der Kassationsinstanz mitgeteilt, dass er *"in den Sommermonaten abwesend [sei] - voraussichtlich bis Anfang September 2004"* bzw. dass er *"voraussichtlich bis Ende August abwesend [sei]"*. Weil damit feststand, dass eine Zustellungsvereitelung vorlag, wurde das Postamt nach unbenütztem Ablauf der ordentlichen Abholungsfrist von sieben Tagen (vgl. dazu Ziffer 2.3.7b der Allgemeinen Geschäftsbedingungen «Postdienstleistungen») telefonisch ersucht, die Gerichtsurkunde an den Absender zurückzusenden.

Nach der Rechtsprechung liegt eine Zustellungsvereitelung nicht nur dann vor, wenn der Adressat die Annahme einer ordnungsgemässen Zustellung ausdrücklich verweigert oder einer Zustellung absichtlich ausweicht, sondern auch dann, wenn er während eines hängigen Verfahrens längere Zeit abwesend ist und für diese Zeit weder dafür sorgt, dass ihm behördliche Sendungen nachgereicht werden, noch einen Zustellungsbevollmächtigten bezeichnet (BGE 82 II 167 und 78 I 129). Dies beruht darauf, dass mit der Rechtshängigkeit ein Prozessrechtsverhältnis entsteht, welches die Parteien zu einem Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet, dafür zu sorgen, dass ihnen Verfügungen und

Entscheide, welche das Verfahren betreffen, innert nützlicher Frist zugestellt werden können (BGE 116 Ia 92 E. 2 und 115 Ia 15 E. 3a mit Hinweisen).

Bei Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde musste der Beklagte mit einer baldigen Reaktion des Gerichtes rechnen. Er war deshalb verpflichtet, für diesen Fall die notwendigen Vorkehrungen zu treffen. Der von ihm erteilte Auftrag, die Post zurückzubehalten, vermag keine Abweichung von den allgemeinen Zustellungsgrundsätzen zu bewirken. Die Zurückbehaltung der Korrespondenz auf Weisung des Empfängers ist nämlich keine vom Postdienst vorgesehene besondere Verteilungsart und kann keinen Einfluss auf die Zustellung eines rechtserheblichen Aktes haben. Ein solcher Auftrag hängt einzig von den Interessen des Empfängers ab, der aus irgend einem Grund für eine gewisse Zeit nicht in der Lage ist, die Post entgegenzunehmen, und der daher die Zustellung an seine Adresse für die von ihm gewählte Dauer verhindert (BGE 113 Ib 89). Dadurch wird die Bestimmung prozessualer Fristen vom Verhalten einer Prozesspartei beeinflusst, was indessen schon aus Gründen der Rechtssicherheit nicht gebilligt werden kann. Mit einem Rückbehaltungsauftrag wird deshalb der Empfangspflicht im Rahmen eines hängigen Verfahrens nicht genügt. Auch hilft dem Beklagten nicht, dass er dem Gericht bei Erhebung der Beschwerde seine "*voraussichtliche*" Abwesenheit von zwei Monaten angekündigt hat.

Eine Prozesspartei, die während eines hängigen Verfahrens sieben Tage oder länger abwesend ist und keine genügenden Vorkehrungen zur Erfüllung der Empfangspflicht trifft, muss sich eine fiktive Zustellung entgegenhalten lassen (BGE 97 III 10). Im vorliegenden Fall gilt daher die Zustellung des Beschlusses vom 5. Juli 2004 am 13. Juli 2004, d.h. nach unbenütztem Ablauf der siebentägigen Abholungsfrist, als erfolgt. (...)