

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PC190037-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende,  
Oberrichter Dr. M. Kriech und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N. Gerber

## Urteil vom 18. März 2020

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Beschwerdeführer

gegen

**Bezirksgericht Zürich,**

Beschwerdegegner

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil (Rechtsverweigerung)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen  
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, vom 15. Oktober 2019  
(FP190059-L)**

### **Erwägungen:**

1.1. Der Kläger und Beschwerdeführer (fortan Kläger) reichte mit Eingabe vom 26. Juni 2019 vor Vorinstanz eine Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils des Bezirksgerichts March ein (Urk. 1). Nach zweimaligem erfolglosem Zustellversuch der Verfügung vom 8. Juli 2019, mit der dem Kläger Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses angesetzt wurde (Urk. 3 und Urk. 7 f.), stellte der Kläger innert der ihm mit Verfügung vom 5. September 2019 angesetzten Nachfrist (Urk. 9) ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 11). In der Folge wurde er mit Verfügung vom 23. September 2019 von der Vorinstanz aufgefordert, eine aktuelle Wohnadresse bekannt zu geben, andernfalls die Klage im Sinne von Art. 221 Abs. 1 lit. a ZPO in Verbindung mit Art. 132 ZPO als nicht erfolgt gelte. Sodann wurde er aufgefordert, sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu ergänzen und seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzulegen (Urk. 13). Nachdem dem Kläger die vorgenannte Verfügung vom 23. September 2019 an die von ihm neu bezeichnete Zustelladresse nicht zugestellt werden konnte (Urk. 15 f.), erliess die Vorinstanz die angefochtene Verfügung vom 15. Oktober 2019 und schrieb das Verfahren infolge Gegenstandslosigkeit ab (Urk. 17 = Urk. 23).

1.2. Innert Frist erhob der Kläger am 12. November 2019 Beschwerde (Art. 319 lit. c ZPO; Dike-Komm-ZPO, Kramer/Erk, Art. 132 N 5; BK ZPO I - Frei, Art. 132 N 25) mit dem Antrag, es sei der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben (Urk. 22).

2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Gemäss Art. 321 Abs. 1 ZPO ist die Beschwerde bei der Rechtsmittelinstanz schriftlich und begründet einzureichen. Begründet im Sinne von Art. 321 Abs. 1 ZPO bedeutet, dass der Beschwerdeführer aufzuzeigen hat, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein. Dies setzt voraus, dass der Beschwerdeführer im Einzelnen die erstinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht (BGer 5A\_387/2016 vom 7. September 2016, E. 3.1.). Der Beschwerdeführer hat dabei im Einzelnen darzulegen,

an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid seiner Ansicht nach leidet (ZK ZPO - Freiburghaus/Afheldt, Art. 321 N 15). Erfüllt die Beschwerde grundlegende Inhaltsanforderungen nicht, fehlt es an einer Eintretensvoraussetzung und die Rechtsmittelinstanz hat darauf nicht einzutreten. Eine inhaltliche Nachbesserung der Begründung ist nach Ablauf der Beschwerdefrist nicht zulässig (BGer 5D\_215/2015 vom 16. März 2016, E. 3.1.).

3.1. Der Kläger macht mit seiner Beschwerde geltend, Erwägung Ziffer 5 der Vorinstanz sei unzutreffend. Ihm sei keine eingeschriebene Sendung zur Abholung avisiert worden (Urk. 22).

3.2. Die Vorinstanz hielt diesbezüglich fest, der Kläger habe die ihm per Gerichtsurkunde an die neu angegebene Zustelladresse (Postfach ..., ... B.\_\_\_\_\_) gesendete Verfügung vom 23. September 2019 nicht abgeholt. Eine Zustellfiktion trete bei einer eingeschriebenen Postsendung, die nicht abgeholt worden sei, am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch ein, sofern die Person mit einer Zustellung habe rechnen müssen. Da der Kläger das Verfahren auf Abänderung des Scheidungsurteils eingeleitet habe und dem Gericht zudem eine neue Zustelladresse angegeben habe, habe er mit der Zustellung an diese Adresse rechnen müssen. Die Verfügung sei am 25. September 2019 zur Abholung gemeldet worden. Damit sei die 10-tägige Frist des Klägers zur Angabe seiner korrekten Wohnadresse am 14. Oktober 2019 ungenutzt abgelaufen. Androhungsgemäss habe daher die Klage als nicht erfolgt zu gelten und das Verfahren auf Abänderung des Scheidungsurteils sei infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben (Urk. 23 S. 3).

3.3.1. In teilweiser Wiederholung der erstinstanzlichen Erwägungen ist festzuhalten, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung behördliche Sendungen in Prozessverfahren nicht erst dann als zugestellt gelten, wenn der Adressat sie tatsächlich in Empfang nimmt. Es genügt, wenn die Sendung in den Machtbereich des Adressaten gelangt, sodass er sie zur Kenntnis nehmen kann. Wird der Empfänger einer eingeschriebenen Briefpostsendung oder Gerichtsurkunde nicht angetroffen und wird daher eine Abholungseinladung in seinen Briefkasten oder in sein Postfach gelegt, so gilt die Sendung in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in dem

sie auf der Poststelle abgeholt wird. Geschieht dies nicht innert der Abholfrist, die sieben Tage beträgt, wird die Sendung am letzten Tag dieser Frist als eröffnet vermutet (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Diese sogenannte "Zustellfiktion" rechtfertigt sich, weil für die an einem Verfahren Beteiligten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben die Pflicht besteht, dafür zu sorgen, dass ihnen behördliche Akte eröffnet werden können. Die Rechtsprechung gilt während eines hängigen Verfahrens, wenn die Verfahrensbeteiligten mit der Zustellung eines behördlichen oder gerichtlichen Entscheides oder einer Verfügung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit rechnen müssen (BGer 2C\_35/2016 vom 18. Juli 2016, E. 3.1.).

3.3.2. Die Beweislast für die Zustellung von Verfügungen und Entscheiden trägt die Behörde. Sie hat auf geeignete Art den Beweis dafür zu erbringen, dass und wann die Zustellung erfolgt ist bzw. dass der erste – erfolglose – Zustellungsversuch tatsächlich stattgefunden hat. Entgegen dieser allgemeinen Beweislastverteilung gilt bei eingeschriebenen Sendungen eine widerlegbare Vermutung, dass der oder die Postangestellte den Avis ordnungsgemäss in den Briefkasten des Empfängers gelegt hat und das Zustellungsdatum korrekt registriert wurde. Dies gilt namentlich auch dann, wenn die Sendung im elektronischen Suchsystem "Track & Trace" der Post erfasst ist, mit welchem es möglich ist, die Sendung bis zum Empfangsbereich des Empfängers zu verfolgen. Es findet also in diesem Fall hinsichtlich der Ausstellung der Abholungseinladung insofern eine Umkehr der Beweislast in dem Sinne statt, als im Fall der Beweislosigkeit zuungunsten des Empfängers zu entscheiden ist, der den Erhalt der Abholungseinladung bestreitet. Diese Vermutung kann durch den Gegenbeweis umgestossen werden. Sie gilt so lange, als der Empfänger nicht den Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung erbringt. Da der Nichtzugang einer Abholungseinladung eine negative Tatsache ist, kann dafür naturgemäss kaum je der volle Beweis erbracht werden. Die immer bestehende theoretische Möglichkeit eines Fehlers bei der Poststelle genügt aber nicht, um die Vermutung zu widerlegen, solange nicht konkrete Anzeichen für einen derartigen Fehler vorhanden sind (BGer 2C\_713/2015 vom 13. Dezember 2015, E. 3.3.; BGer 4A\_84/2019 vom 22. Februar 2019).

3.3.3. Bis 180 Tage nach dem Versand kann über die öffentliche Suche der Schweizerischen Post im Internet eine Sendung verfolgt werden (sogenanntes "Track & Trace"). Die Verfügung vom 23. September 2019 wurde von der Vorinstanz mit der Sendungsnummer ... der Schweizerischen Post übergeben (Urk. 15). Gemäss diesbezüglichem "Track & Trace"-Auszug (vgl. Urk. 16 und Urk. 26) wurde die eingeschriebene Sendung am 24. September 2019 von der Vorinstanz angemeldet und aufgegeben. Am 25. September 2019 wurde gemäss der Sendungsverfolgung die Sendung ins Postfach zur Abholung am Schalter avisiert, und zwar mit einer Frist bis 2. Oktober 2019. Am 3. Oktober 2019 wurde die Sendung von der Post an die Vorinstanz zurückgesandt, da sie vom Kläger nicht abgeholt worden war (Urk. 16). Wie ausgeführt (vgl. vorstehend E. 3.3.2.) gilt bei eingeschriebenen Sendungen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine widerlegbare Vermutung, dass der Postangestellte die Abholungseinladung ordnungsgemäss in den Briefkasten des Empfängers oder dessen Postfach gelegt hat und das Zustellungsdatum korrekt registriert wurde. Es ist somit vorliegend am Kläger, diese Vermutung durch den Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung umzustossen, wobei er konkrete Anzeichen für einen derartigen Fehler darzutun hat. Lediglich zu behaupten, ihm sei keine eingeschriebene Sendung zur Abholung avisiert worden (Urk. 22), genügt nicht, um einen Fehler der Zustellung durch die Post darzutun. Dem Kläger gelingt es daher nicht, die Vermutung einer korrekten Zustellung der vorinstanzlichen Verfügung vom 23. September 2019 umzustossen. Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO wird die Sendung somit am letzten Tag dieser Frist, also am 2. Oktober 2019 dem Kläger als eröffnet vermutet.

3.4. Im Übrigen setzt sich der Kläger im Beschwerdeverfahren mit den Erwägungen des vorinstanzlichen Urteils inhaltlich nicht konkret auseinander. Damit erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet. Es kann auf weitere Prozesshandlungen verzichtet werden (Art. 322 ZPO). Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

4. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr ist ausgangsgemäss dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Spruchgebühr ist gestützt § 5 Abs. 1

GebV OG in Verbindung mit § 6 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 600.– festzusetzen. Mangels wesentlicher Umtriebe ist dem Beschwerdegegner für das Beschwerdeverfahren keine Entschädigung zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Spruchgebühr des Beschwerdeverfahrens wird auf Fr. 600.– festgesetzt.
3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Kläger auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von Urk. 22, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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 nicht um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 18. März 2020

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N. Gerber

versandt am:  
sf