

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RT220049-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,  
Oberrichter Dr. M. Kriech und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos  
Würgler sowie Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

## Urteil und Beschluss vom 4. August 2022

in Sachen

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

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

gegen

1. **B.** \_\_\_\_\_,

2. **C.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt

M.A. HSG in Law and Economics X. \_\_\_\_\_,

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht  
Zürich vom 1. Februar 2022 (EB211368-L)**

### **Erwägungen:**

1. a) Mit Urteil vom 1. Februar 2022 erteilte die Vorinstanz den Gesuchstellern und Beschwerdegegnern (fortan Gesuchstellern) in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 8 (Zahlungsbefehl vom 19. Oktober 2021) gestützt auf den vollstreckbaren Rechtsmittelentscheid des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 6. Mai 2021 (Geschäfts-Nr. PD210005-O; Urk. 5/5) definitive Rechtsöffnung für Fr. 6'000.– nebst Verzugszins zu 5 % seit 8. November 2021 (Urk. 15 = Urk. 18).

b) Mit Eingabe vom 22. Februar 2022 erhob der Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsgegner) innert Frist (Art. 321 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO; Urk. 15 und Urk. 16b) Beschwerde mit dem sinngemässen Antrag, das vorinstanzliche Urteil vom 1. Februar 2022 sei aufzuheben und die Rechtsöffnung nicht zu erteilen. Sodann beantragte der Gesuchsgegner die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (Urk. 17).

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-16b). Da sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet erweist, kann vom Einholen einer Beschwerdeantwort abgesehen werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

Auf die Ausführungen des Gesuchsgegners in seiner Beschwerdeschrift ist nachfolgend nur insoweit näher einzugehen, als sich dies für die Entscheidungsfindung als notwendig erweist.

2. a) Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Urteil unter anderem, sie habe dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 3. Januar 2022 eine Nachfrist zur Vervollständigung seiner Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch angesetzt (unter Hinweis auf Urk. 13), nachdem die Gesuchsteller mit Eingabe vom 9. Dezember 2021 innert Frist eine rechtsgenügende Prozessvollmacht nachgereicht hätten (unter Hinweis auf Urk. 11 f.). Die Sendung sei in der Folge mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" zurückgekommen (unter Hinweis auf Urk. 14). Innert der dem Gesuchsgegner angesetzten Frist habe sich dieser nicht vernehmen lassen. Deshalb sei androhungsgemäss gestützt auf die Akten zu entscheiden (unter

Hinweis auf Art. 147 Abs. 2 ZPO; Urk. 18 S. 2 E. 1). Die erwähnte Verfügung vom 3. Januar 2022 habe das Gericht als Gerichtsurkunde gesandt, mithin in einer nach Art. 138 Abs. 1 ZPO vorgesehenen Form, doch sei sie – wie ausgeführt – mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" zurückgekommen (unter Hinweis auf Urk. 14 Blatt 1). Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gelte eine solche Sendung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, wenn der Adressat mit einer Zustellung habe rechnen müssen. Der Adressat müsse mit einer Zustellung rechnen, wenn ein Prozessrechtsverhältnis bereits entstanden sei und der Empfänger Kenntnis davon habe, dass er am konkreten Verfahren beteiligt sei (unter Hinweis auf KUKO ZPO-Weber, Art. 138 N 7b). Der Gesuchsgegner habe seit Erhalt der Verfügung vom 16. November 2021 Kenntnis vom vorliegenden Verfahren. Er habe deshalb mit Zustellungen des Gerichts rechnen müssen. Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO sei die Zustellung somit zu fingieren. Die Zustellfiktion habe per 12. Januar 2022 gegriffen, die Frist (fünf Tage) habe am Montag, 17. Januar 2022 geendet (unter Hinweis auf Urk. 14). Nach ungenutztem Ablauf der Frist zur Stellungnahme sei androhungsgemäss gestützt auf die Akten zu entscheiden (unter Hinweis auf Art. 147 Abs. 2 ZPO; Urk. 18 S. 3 E. 2).

b) Der Gesuchsgegner macht hierzu in der Beschwerdeschrift geltend, es werde sämtliche Post, die an ihn gehe (unabhängig davon, ob mit Privat- oder Postfachanschrift) im Postfach abgelegt, da er über ein solches verfüge (Postfach 1 in ... Zürich). Dieses werde mindestens einmal wöchentlich geleert. Bei Einschreiben werde ein Zettel ins Postfach gelegt ("Avisierung") und das Einschreiben sei dann bei der Poststelle Zürich D.\_\_\_\_\_ abholbereit. Der gesamte Sendungsverlauf sei in seinem Post-Online-Portal einsehbar und abrufbar. Zudem erhalte er eine E-Mail-Nachricht, dass ein Einschreiben abholbereit sei. Als Beispiel eines anderen Einschreibens verweise er auf Urk. 19/1, wobei insbesondere der Hinweis "Avisiert zur Abholung" zu beachten sei. Er sei im fraglichen Zeitraum nicht verreist gewesen und habe sämtliche Post und Einschreiben, die ihm im Postfach 1 – wie bereits beschrieben – avisiert worden seien, abgeholt (unter Hinweis auf Urk. 19/2). Für das fragliche Einschreiben der Vorinstanz, welches gemäss Urteilsbegründung irgendwann nach dem 3. Januar versandt worden sein soll, habe er keinerlei Nachricht zur Abholung erhalten. Weder habe sich ein Ab-

holschein im Postfach befunden noch sei eine E-Mail-Benachrichtigung erfolgt. Auch erscheine zwischen dem 3. Januar 2022 und 15. Februar 2022 überhaupt kein Einschreiben im Online-Portal, in welchem auch zurückgesandte Einschreiben erwähnt würden (unter Hinweis auf Urk. 19/2). Hierfür gebe es nur zwei plausible Erklärungen: Entweder habe die Vorinstanz ein falsch adressiertes Einschreiben versandt, was konsequenterweise dann auch nicht habe zugestellt bzw. abgeholt werden können, oder es sei ein massiver Fehler bei der Postzustellung passiert. Beispielsweise könnte der für die Postfächer zuständige Mitarbeiter vergessen haben, den Abholschein auszustellen bzw. ins richtige Postfach zu legen. Unregelmässigkeiten in dieser Postfachanlage habe es leider schon mehrfach gegeben und seien auch der Abholstelle Zürich D. \_\_\_\_\_ (Papeterie E. \_\_\_\_\_) bekannt, die er hiermit als Zeuge benenne. Ein Indiz für die fehlende Avisierung wäre, wenn im Online-Tracking dieser Sendung der Hinweis ("Avisiert zur Abholung im Postfach") fehlen würde. Dies müsste gerichtlich geklärt werden. Aber selbst wenn die Avisierung vorhanden wäre, könne noch der Fehler passiert sein, dass der Zettel in ein anderes Postfach gelegt worden sei. In jedem Falle sei es sehr eigentümlich, dass der gesamte Vorgang überhaupt nicht in seinem Online-Portal abgebildet sei. Dies spreche dafür, dass schon beim Versand ein Fehler passiert sei. Für Fehler beim Versand oder bei der Post aber dürften ihm keine Nachteile entstehen. Unabhängig davon aber wäre es Pflicht gewesen, ihm die retournierte Sendung ebenso wie die Eingabe der Gegenseite zur Stellungnahme zuzusenden, notfalls auch mit normaler Post. Selbst bei Annahme der Zustellfiktion und bei fünftägiger Frist wäre dazu noch Zeit gewesen. Dies sei ein weiteres Versäumnis der Vorinstanz. Sodann hätte die Vorinstanz in der Begründung explizit darlegen müssen, wann genau die Sendung das Bezirksgericht Zürich verlassen habe, wann diese in seinem Postfach niedergelegt und wann genau sie retourniert worden sei. Dies sei unterblieben, weswegen das Urteil auch aufgrund der mangelhaften Nachvollziehbarkeit aufzuheben sei. Da die Vorinstanz die Nummer des Einschreibens nicht mitgeteilt habe, seien ihm zudem die Hände gebunden, selbst bei der Post mit einer Beschwerde aktiv zu werden (Urk. 17).

c) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten behördliche Sendungen in Prozessverfahren nicht erst dann als zugestellt, 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\_364/2021 vom 5. August 2021, E. 3.3.2 m.w.H.; BGer 2C\_35/2016 vom 18. Juli 2016, E. 3.1 m.w.H.).

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 – 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" bzw. "Sendungsverfolgung" 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 Sinn 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 na-

turgemäss 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 4A\_84/2019 vom 22. Februar 2019; BGer 2C\_713/2015 vom 13. Dezember 2015, E. 3.3 m.w.H.).

d) Über die öffentliche Suche der Schweizerischen Post im Internet besteht die Möglichkeit, eine Sendung zu verfolgen (<https://service.post.ch/ekp-web/ui/list>). Die an den Gesuchsgegner adressierte Sendung (c/o F.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_-str. ..., ... Zürich; vgl. Urk. 14 S. 1) mit der vorinstanzlichen Verfügung vom 3. Januar 2022 (Urk. 13) wurde von der Vorinstanz mit der Sendungsnummer 98.1 der Schweizerischen Post übergeben (vgl. Urk. 14 S. 1). Gemäss diesbezüglichem Internetauszug (abgerufen am 28. Juli 2022) wurde die Gerichtsurkunde am 3. Januar 2022 von der Vorinstanz aufgegeben. Am 5. Januar 2022 wurde die Gerichtsurkunde gemäss der Sendungsverfolgung ins Postfach zur Abholung am Schalter (... Zürich ... H.\_\_\_\_\_-str.) avisiert, und zwar mit einer Frist bis 12. Januar 2022 (vgl. zur Frist Urk. 14 S. 1). Am 14. Januar 2022 wurde sie von der Post an die Vorinstanz zurückgesandt, da sie vom Gesuchsgegner nicht abgeholt worden war.

e) Wie ausgeführt gilt bei eingeschriebenen Sendungen und Gerichtsurkunden 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 Gesuchsgegner, diese Vermutung durch den Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung umzustossen, wobei er konkrete Anzeichen für einen derartigen Fehler darzutun hat.

Aufgrund der im Internet zugänglichen Sendungsverfolgung ist vorliegend davon auszugehen, dass der oder die Postangestellte den Avis ordnungsgemäss in das Postfach des Gesuchsgegners gelegt hat. Der Gesuchsgegner reicht im Beschwerdeverfahren als Anlage 2 eine Aufstellung ein (Urk. 19/2), die gemäss seinen Ausführungen eine Übersicht aller an ihn gerichteten eingeschriebenen

Sendungen zwischen dem 3. Januar 2022 und 15. Februar 2022 auflistet. Es ist davon auszugehen, dass diese Auflistung den Gesuchsgegner betrifft, da es sich bei der darauf aufgeführten und am 15. Februar 2022 zugestellten Gerichtsurkunde mit der Sendungsnummer 98.2 um die Zustellung des angefochtenen Urteils handelt (vgl. Urk. 16b und Urk. 19/2). Entgegen den Behauptungen des Gesuchsgegners geht hingegen aus der Aufstellung nicht hervor, ob auch die lediglich avisierten und schliesslich nicht entgegengenommenen eingeschriebenen Sendungen darauf aufgeführt sind, da alle vier in der Urkunde 19/2 genannten Gerichtsurkunden mit "Zugestellt" bezeichnet sind. Dies genügt somit nicht, um die Vermutung der ordnungsgemässen Ablage der Abholungseinladung ins Postfach des Gesuchsgegners zu widerlegen. Als konkretes Anzeichen für einen Fehler bei der Poststelle genügt auch die Behauptung des Gesuchsgegners nicht, Unregelmässigkeiten bei der ihn betreffenden Postfachanlage habe es schon mehrfach gegeben und seien auch der Abholstelle Zürich D.\_\_\_\_\_ (Papeterie E.\_\_\_\_\_) bekannt, da er diese Unregelmässigkeiten nicht substantiiert. Eine Zeugeneinvernahme der – namentlich nicht genannten – Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der Papeterie E.\_\_\_\_\_ erübrigt sich deshalb. Wie bereits ausgeführt genügt die immer bestehende theoretische Möglichkeit eines Fehlers nicht, um die Vermutung der korrekten Ablage der Abholungseinladung zu widerlegen.

Dem Gesuchsgegner gelingt es demnach vorliegend nicht, die Vermutung einer korrekten Zustellung der vorinstanzlichen Urkunden 11-13 umzustossen. Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO wird die Sendung demnach am 12. Januar 2022 dem Gesuchsgegner als eröffnet vermutet.

f) Entgegen den Behauptungen des Gesuchsgegners hatte die Vorinstanz ihm die retournierte Sendung und die darin enthaltene Eingabe der Gesuchsteller nicht ein zweites Mal zur Stellungnahme zuzustellen. Die Zustellfiktion tritt bereits mit dem ersten erfolglosen Zustellungsversuch ein. Greift – wie vorliegend – die Zustellfiktion, ist das Gericht nicht zu einem zweiten Zustellversuch verpflichtet (BGer 4A\_53/2019 vom 14. Mai 2019, E. 4.2 m.w.H.)

Schliesslich hatte die Vorinstanz in der Begründung des angefochtenen Urteils auch nicht explizit darzulegen, wann genau die Sendung das Bezirksgericht

Zürich verlassen hat, wann diese im Postfach des Gesuchsgegners niedergelegt und wann genau sie retourniert worden war. Die Schweizerische Post hat auf der an die Vorinstanz retournierten Sendung unmissverständlich notiert, dass diese Sendung nicht abgeholt worden war (Urk. 14 S. 1). Es bestand demnach für die Vorinstanz kein Anlass, mehr dazu auszuführen, als sie im angefochtenen Urteil in ihren Erwägungen 1 und 2 bereits getan hatte.

g) Im Übrigen setzt sich der Gesuchsgegner mit den vorinstanzlichen Erwägungen des angefochtenen Urteils nicht auseinander. Damit erweist sich die Beschwerde des Gesuchsgegners als unbegründet, weshalb diese abzuweisen ist.

3. Der Gesuchsgegner hat ein Begehren um unentgeltliche Rechtspflege gestellt. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege setzt neben der Mittellosigkeit auch voraus, dass die Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen (Art. 117 lit. b ZPO). Die Beschwerde war jedoch von vornherein als aussichtslos anzusehen (vgl. vorstehende Erwägungen), weshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen ist.

4. Für das Beschwerdeverfahren beträgt der Streitwert Fr. 6'000.–. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr ist in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 300.– festzusetzen. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Für das Beschwerdeverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Gesuchsgegner zufolge seines Unterliegens (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), den Gesuchstellern mangels wesentlicher Umtriebe (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

#### **Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**und erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Spruchgebühr des Beschwerdeverfahrens wird auf Fr. 300.– festgesetzt.
3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsteller unter Beilage von Kopien der Urk. 17 und 19/1-2, sowie an das Betreibungsamt Zürich 8 und die Vorinstanz, 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 um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 6'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 4. August 2022

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:  
ya