

Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO, Zustellfiktion. *Die Fiktion greift nicht, wenn die Post dem Empfänger die Sendung nach Ablauf der sieben Tage doch noch aushändigt. Mögliche Gegenmassnahme des Gerichts.*

2.1 Die Berufung ist innert dreissig Tagen seit Zustellung des angefochtenen Entscheides resp. der begründeten Ausfertigung der Rechtsmittelinstanz einzureichen, wobei die Postaufgabe genügt (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Frist wird im Normalfall ausgelöst, wenn der Empfänger die Sendung des Gerichts von der Post in Empfang nimmt. Wenn er mit der Zustellung rechnen musste, beginnt die Frist mit Ablauf des siebten Tages seit der Avisierung durch die Post zu laufen, gleichgültig, ob und wann er die Sendung dann später noch entgegennimmt (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Zu dieser Ausnahme gibt es allerdings eine weitere Ausnahme: Die Post gewährt Adressaten gerichtlicher Sendungen auf Wunsch Verlängerungen der sieben-tägigen Abholfrist. Das wurde von den Gerichten schon mehrmals erfolglos beanstandet. Nach Gesetz wird die [im betreffenden gerichtlichen Entscheid genannte] Frist zwar mit dem siebten Tag nach Avisierung [der Sendung] ausgelöst. Der Empfänger erhält aber von der Post zu einem späteren Zeitpunkt eine Sendung, welche in der Rechtsmittelbelehrung erklärt, "ab Zustellung dieses Entscheides" laufe eine Frist. Nach Treu und Glauben kann in diesen Fällen die Zustellfiktion des Art. 138 ZPO nicht greifen (*BGer 5A_211/2012* vom 25. Juni 2012). Die Kammer ist daher dazu übergegangen, bei Sendungen mit fristauslösenden Entscheiden auf dem Briefumschlag einen Stempel anzubringen "keine Fristverlängerung, nach 7 Tagen bitte sofort zurück". Das funktioniert bisher gut.

Im heute zu beurteilenden Fall hat der Beklagte den Rückhaltungsauftrag am Tag nach Ablauf der Abholfrist erteilt. Der Verdacht liegt nahe, er habe damit die Zustellung des Urteils bewusst verzögern wollen. Das wäre im Licht der prozessualen Bestimmungen missbräuchlich. Allerdings hat er die Sendung dann innert weniger Tage doch abgeholt. Und es bleibt dabei, dass ihm die Post ein Urteil aushändigte, welches ohne Vorbehalt die Belehrung enthielt, er könne innert dreissig Tagen Berufung führen. Der Konflikt zwischen Post und Gerichten über die Rückhalteaufträge bei gerichtlichen Sendungen darf nicht zu Lasten von

daran unbeteiligten Parteien gehen. Es ist daher davon auszugehen, dass die Berufungsfrist erst mit der effektiven Zustellung des Urteils am 6. Mai 2013 ausgelöst wurde. Mit Postaufgabe am 29. Mai 2013 ist die Frist gewahrt; sie wäre es übrigens auch, wenn man auf den Ablauf der Abholfrist abstellte (29. April 2013) – der fristauslösende Tag zählt noch nicht (Art. 142 Abs. 1 ZPO), und der April hat nur dreissig Tage.

Obergericht, II. Zivilkammer
Beschluss vom 11. Juni 2013
Geschäfts-Nr.: NP130014-O/U