

Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO, Zustellfiktion bei Rückhalteauftrag. *Wenn eine gerichtliche Sendung nicht zugestellt werden kann, weil der Empfänger der Post einen Rückhalteauftrag erteilt hat, wird die 7-tägige Frist durch den Eingang der Sendung bei der Poststelle des Empfängers ausgelöst. Gleiches gilt, wenn er eine Adressänderung dem Gericht nicht mitgeteilt hat (und das Gericht nicht auf anderem Weg von der neuen Adresse Kenntnis erlangt).*

Am 19. Dezember 2012 entschied die Einzelrichterin am Bezirksgericht über das Scheidungsbegehren der Parteien, und der Entscheid wurde beiden Parteien zugestellt. Die Ehefrau erhob fristgerecht Berufung. Mit Verfügung vom 7. Februar 2013 wurde dem Ehemann Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt. Am 9. Februar 2013 ging diese Verfügung der zuständigen Poststelle zu, welche am 11. Februar 2013 mitteilte, dass die Gerichtsurkunde nicht habe zugestellt werden können und aufgrund eines Auftrages des Empfängers vielleicht noch längere Zeit (höchstens 2 Monate) bei der Post lagere.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

(II) 2.2. Mit der Rechtshängigkeit eines Verfahrens entsteht ein Prozessrechtsverhältnis, welches die Parteien verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d.h. unter anderem dafür zu sorgen, dass ihnen Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden können (BGE 97 III 7 E. 1 S. 10; 107 V 187 E. 2 S. 189; 113 Ib 297 E. 2a S. 298; 115 Ia 12 E. 3a S. 15; 119 V 89 E. 4b/aa S. 94; 123 III 492 E. 1 S. 493; 130 III 396 E. 1.2.3 S. 399). Diese Pflicht gilt insofern, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss (BGE 119 V 89 E. 4b/aa S. 94; 120 III 3 E. 1d S. 4; 123 III 492 E. 1 S. 493; 130 III 396 E. 1.2.3 S. 399).

Wird der Adressat anlässlich einer versuchten Zustellung nicht angetroffen und daher eine Abholeinladung in seinen Briefkasten oder sein Postfach gelegt, so gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Sendung in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie auf der Post abgeholt wird. Geschieht das nicht innert der Abholfrist, die sieben Tage beträgt, so gilt die Sendung als am letzten Tag dieser Frist zugestellt, sofern der Adressat mit der Zustellung hatte rechnen müssen (BGE 123 III 492 E. 1 S. 493; 127 I 31 E. 2a/aa S. 34; 130 III 396 E. 1.2.3 S. 399; vgl. auch BGE 115 Ia 12 E. 3a S. 15; 119 V 89 E. 4b/aa S. 94, je mit Hinweisen). Werden Sendungen "postlagernd" oder – wie vorliegend – aufgrund eines Zurückbehaltungsauftrags bei der Post aufbewahrt, so kann aufgrund des Gesetzeswortlautes von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO nichts ande-

res gelten. Muss mit einer Zustellung gerechnet werden, gilt mithin die Sendung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch als zugestellt (Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 138 N 50 - 60; Staehelin, ZK ZPO, 2. Aufl., Art. 138 N 8). Ändert eine Partei während eines Verfahrens ihren Wohnort, so hat sie nach der Begründung des Prozessrechtsverhältnisses nach Treu und Glauben auch die Adressänderung dem Gericht mitzuteilen. Auch eine erfolglose Zustellung an die letztbekannte Adresse erscheint daher jedenfalls dann als Anwendungsfall von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO, wenn mit einer Zustellung gerechnet werden muss (Huber, a.a.O., N 69 unter Hinweis auch auf VerwGer ZH VB.2011.00803 vom 10. Februar 2012, E. 2.2.4.; Staehelin, a.a.O., Art. 138 N 11 a.E.).

2.3. Vorliegend haben die Parteien mit dem vorinstanzlichen Verfahren ein Prozessrechtsverhältnis begründet. Nach der Zustellung des erstinstanzlichen Entscheides, welcher den Parteien die Möglichkeit eines Weiterzugs einräumte, blieb dieses weiterhin bestehen, weshalb der Berufungsbeklagte auch weiterhin mit der Zustellung von behördlichen Akten rechnen musste. Er war damit verpflichtet, eine allfällige Adressänderung mitzuteilen und dafür besorgt zu sein, dass ihm gerichtliche Akten zugestellt werden konnten. Für erfolglos zugestellte Sendungen hat daher die siebentägige Frist nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO zu gelten. Diese begann für die Verfügung vom 7. Februar 2013 ab dem 9. Februar 2013 zu laufen und endete am 16. Februar 2013. Ab dem 17. Februar 2013 begann die 30-tägige Frist zur Erstattung der Berufungsantwort zu laufen. Die Frist endete am 18. März 2013. Innert Frist hat der Berufungsbeklagte keine Berufungsantwort schrift eingereicht und auch keine Anschlussberufung erhoben. Es ist androhungsgemäss das Verfahren ohne Berufungsantwort weiterzuführen (Art. 147 ZPO).

Obergericht, II. Zivilkammer

Urteil vom 9. April 2013

Geschäfts-Nr.: LC130004-O/U