

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde  
über Schuldbetreibung und Konkurs



---

Geschäfts-Nr.: PS140194-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur.  
P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiber  
lic. iur. T. Engler.

## Urteil vom 25. August 2014

in Sachen

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

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Beschwerdegegnerin,

vertreten durch C.\_\_\_\_\_ AG,

betreffend

**Rechtsvorschlag Betreibung Nr. ...**  
(Beschwerde über das Betreibungsamt Kloten)

Beschwerde gegen einen Beschluss der II. Abteilung des Bezirksgerichtes Bülach  
vom 18. Juli 2014 (CB140009)

### **Erwägungen:**

1. Die B.\_\_\_\_\_ GmbH (im Folgenden: Gläubigerin) betreibt die A.\_\_\_\_\_ AG (im Folgenden: Schuldnerin) für eine Forderung von rund Fr. 65'000.-- (act. 3/2). Nach der Zustellung des Zahlungsbefehls erhob die Schuldnerin mit schriftlicher Mitteilung an das Betreibungsamt Rechtsvorschlag. Das Betreibungsamt betrachtete diesen als verspätet, was es in einer Verfügung vom 13. Januar 2014 festhielt (act. 3/13).

Gegen die Verfügung des Betreibungsamtes richtete die Schuldnerin eine Beschwerde an das Bezirksgericht Bülach als untere Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen, mit dem sinngemässen Antrag, es sei die Rechtzeitigkeit des Rechtsvorschlages festzustellen (act. 1).

Das Bezirksgericht trat mit Beschluss vom 18. Juli 2014 auf die Beschwerde nicht ein. Es erwog, die angefochtene Verfügung sei der Schuldnerin zwar erst am 17. Februar 2014 durch die Post ausgehändigt worden (danach wäre die beim Gericht am 27. Februar 2014 eingegangene Beschwerde rechtzeitig). Die Sendung mit der angefochtenen Verfügung sei der Schuldnerin aber von der Post avisiert und die siebentägige Abholfrist auf den 21. Januar 2014 terminiert worden. Da die Adressatin mit der Sendung habe rechnen müssen, werde die Zustellung auf diesen Tag fingiert, und die Beschwerdefrist sei daher versäumt (act. 19).

2. Die Schuldnerin führt Beschwerde gegen den Entscheid des Bezirksgerichts. Sie beantragt, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben, weil die Zustellfiktion aus rechtlichen Gründen nicht greife, und die Sache sei an das Bezirksgericht zurückzuweisen, damit dieses die bei ihm eingereichte Beschwerde behandle (act. 24).

Es wurden die Akten beigezogen.

Innert ihr angesetzter Frist lässt die Gläubigerin eine Beschwerdeantwort erstaten mit dem Antrag, die Beschwerde abzuweisen (act. 31).

3.1 Der Sachverhalt ist nicht umstritten und wird durch die Akten belegt: die Abholungseinladung der Post datiert vom 14. Januar 2014. Am 21. Januar 2014 verlängerte die Post die Abholfrist auf Wunsch des Adressaten bis zum 14. oder 15. März 2014 [hier stimmen die Angaben der Post und der Schuldnerin nicht überein, es kommt aber darauf nicht an], und die tatsächliche Zustellung erfolgte am 17. Februar 2014 (act. 7/8 und act. 13/13). Falls der Ablauf der sieben-tägigen Abholfrist massgebend ist, war die Frist für die Beschwerde abgelaufen, als diese beim Bezirksgericht erhoben wurde. Das ist aber nicht der Fall:

Zum Beurteilen der Folgen der Vorgänge um die verzögerte Zustellung der Sendung mit dem angefochtenen Entscheid stützt sich das Bezirksgericht auf Art. 138 ZPO. Die Zivilprozessordnung ist anwendbar auf die gerichtlichen Verfahren des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts (Art. 1 lit. c ZPO), und dazu gehören weder das Erheben des Rechtsvorschlages noch der Entscheid des Betreibungsamtes über die Wahrung der diesbezüglichen Frist. Das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht enthält vielmehr eigene Bestimmungen zur Zustellung (Art. 64 ff. und Art. 34 SchKG). Nun wäre eine Harmonisierung von ZPO und SchKG durchaus wünschbar. Es leuchtet (abgesehen von historischen Gründen) nicht recht ein, weshalb die Vollstreckung eines Urteils grundsätzlich nach dem Zivilprozessrecht (Art. 335 ff. ZPO) erfolgt, aber im Fall, dass es um eine Zahlung von Geld in schweizerischer Währung geht, das SchKG gilt. Gewisse Anpassungen wurden denn auch vorgenommen, oder doch wenigstens versucht. Sie blieben allerdings weit gehend auf blosse Formulierungen beschränkt (Bundesgesetz vom 19. Dezember 2008 zur Einführung einer schweizerischen Zivilprozessordnung, Anhang 17). Schon beim Anpassen der Betreibungs- an die Gerichtsferien verhinderte die Intervention interessierter Kreise beim Bundesrat das Inkraftsetzen der neuen Fassung von Art. 56 SchKG (was staatsrechtlich beunruhigend ist, im Interesse der Rechtssicherheit gleichwohl wird hingenommen werden müssen: BSK SchKG II-Bauer, 2. Aufl. 2010 Art. 56 N. 7a). Vieles blieb ohne jede Not unharmonisiert, so nur beispielhaft die Bestimmungen zum Ausstand (Art. 47 ZPO vs. Art. 10 SchKG) oder zum Rechtsmittelzug (Art. 307 ff. ZPO vs. Art. 17 und Art. 20a Abs. 3 SchKG). Es wäre einfach gewesen, die wesentlichen Inhalte von Art. 138 ZPO wörtlich ins SchKG zu übernehmen oder darauf zu verweisen. Dass es das Par-

lament nicht getan hat, muss gerade angesichts der eigenen Bestimmungen des SchKG zur Zustellung von Betreibungsurkunden und anderen Sendungen als qualifiziertes Schweigen verstanden werden, welches von den Gerichten nicht missachtet werden darf. Im SchKG findet sich eine dem Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO entsprechende Bestimmung nicht. Das Bezirksgericht hat im heute zu beurteilenden Fall daher zu Unrecht gegenüber der Schuldnerin eine Zustellfiktion angenommen.

Nur beiläufig sei erwähnt, dass die Fiktion der Zustellung auch bei Anwendung der ZPO nicht angezeigt gewesen wäre. Dem Bezirksgericht ist zwar darin durchaus Recht zu geben, dass der Schuldner, dem ein Zahlungsbefehl zugestellt wurde und der den Rechtsvorschlag bewusst an der Grenze zur Verspätung per Post einreicht, im Sinne von Art. 138 ZPO mit einer Reaktion des Betreibungsamtes rechnen muss. Hingegen verlangt die Rechtsprechung, dass der Adressat erkennen muss, was für eine Sendung für ihn auf der Post bereit liegt (*BGer* 5A\_895/2011 vom 6. März 2012, E. 3.2 am Ende). Hier war das nicht der Fall: der Abholungseinladung war nur zu entnehmen, dass ein in Kloten aufgegebener eingeschriebener Brief abzuholen sei, und das genügt nicht, um dem Adressaten das Nichtabholen einer gerichtlichen Sendung oder einer solchen des Betreibungsamtes zum Vorwurf zu machen.

Die Beschwerde erweist sich demnach als begründet. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben. Da die Sache nicht spruchreif ist, muss sie zurückgewiesen werden, zur neuen Beurteilung unter der Prämisse, dass die (erste) Beschwerde innert der gesetzlichen zehn Tage erhoben wurde.

3.2 Der Sachverhalt zeigt die Problematik, wenn gerichtliche oder betreibungsamtliche Sendungen per Post spediert werden. Im vorliegenden Fall erhielt die Adressatin eine Abholeinladung, auf welcher prominent vermerkt war: "Sie können Ihre Sendung nicht abholen? Sie haben die Wahl unter verschiedenen Möglichkeiten, zum Beispiel - Abholfrist verlängern - Zweite Zustellung -..." (act. 13/13). Die Gerichte haben das schon früh als Problem erkannt und bei der Post interveniert, welche sich einer Änderung zunächst widersetzte mit dem Hinweis darauf, dass "ihre Kunden" den Service der Fristverlängerung wünschten

(beim Versenden einer teuren Gerichtsurkunde betrachten sich zwar die zahlenden Gerichte als primäre "Kunden"). Das führte dazu, dass die Zustellfiktion nach Treu und Glauben nicht angewendet werden durfte (*BGer* 5A\_211/2012 vom 25. Juni 2012; *OGerZH* NP130014 vom 11. Juni 2013 E. 2.1). Erst nachdem sich das Bundesgericht einschaltete, gab die Post ihren Widerstand auf. Seit dem 1. April 2014 "wird die Dienstleistung der Verlängerung der Abholfrist für GU [Gerichtsurkunden] und BU [Betreibungsurkunden] nicht mehr angeboten". Der heute zu beurteilende Fall sollte sich also nicht mehr ereignen können.

Leider hat die Post mit der verlangten Verbesserung eine gravierende Verschlechterung eingeführt. Wenn ein Rückhalteauftrag bereits aktiv ist und eine gerichtliche oder betreibungsamtliche Sendung eintrifft, wird diese ohne Mitteilung an den Adressaten sofort der absendenden Stelle retourniert. Damit kann die Abholfrist nicht beginnen und nicht ablaufen, und so werden Gerichts- und Betreibungsverfahren aufgrund der Disposition einer Partei faktisch sistiert. Die Post weigert sich noch, diesem Missstand abzuhelpen. Wohl hat sie nach Art. 29 Abs. 4 lit. c PostV den Auftrag, die Dienstleistung "Post zurück behalten" anzubieten. Das muss sich aber in den Rahmen des übrigen Bundesrechts einfügen, und die Zivilprozessordnung gilt für die Post so gut wie für alle Personen, die in der Schweiz am Rechtsverkehr teilnehmen. Die Post würde ihren Auftrag nicht verfehlen, wenn sie auch bei einem laufenden Rückhalteauftrag eine neu eingehende Gerichtsurkunde avisierte und nach sieben Tagen retournierte. Ob dann eine Zustellfiktion nach Art. 138 ZPO greift, haben die Gerichte zu entscheiden, und nicht die Post. - Nachdem diese zahlreiche Interventionen verschiedener Stellen (mehrere obere Gerichte, Schweizer Anwaltsverband) mit offenkundig ausweichenden Argumenten beantwortet hat, besteht einstweilen keine Hoffnung auf eine Praxisänderung. Den Gerichten wird nichts anderes übrig bleiben, als Zustellungen notfalls mit Weibel oder mit privaten Kurierdiensten zu versuchen (diese Dienste werden Abholscheine hinterlassen müssen, welche die Konsequenzen von Art. 138 ZPO nennen). Ob die daraus entstehenden Mehrkosten der Post im Sinne von Art. 108 ZPO auferlegt werden können, wird sich weisen - jedenfalls dürfen sie nicht zu Lasten der Parteien gehen.

4. Das Beschwerdeverfahren ist auch in der zweiten Instanz kostenlos, und es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der angefochtene Beschluss vom 18. Juli 2014 (CB140009) wird aufgehoben, und die Sache wird zur weiteren Behandlung und neuem Entscheid an das Bezirksgericht zurückgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben, und es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdeführerin unter Beilage des Doppels von act. 31, und – unter Beilage der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Bülach sowie an das Betreibungsamt Kloten, je gegen Empfangsschein.
4. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 10 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 einen Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: