

**Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO, Fiktion der Zustellung.** *(Nicht-)Anwendung der Bestimmung im Betreibungsverfahren (Erw. 3.1). Probleme mit der Post beim Zustellen von Gerichts- und Betreibungsurkunden (Erw. 3.2).*

(aus einem Entscheid des Obergerichts:)

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. Falls der Ablauf der siebentägigen 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 weitgehend auf blosser 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 Parlament 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 Klotten aufgebener 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 spedierte 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 -...".* 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 abzuhelpfen. 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.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 25. August 2014  
Geschäfts-Nr.: PS140194-O/U