

KR-Nr. 310/2024

Parlamentdienste Kantonsrat Zürich  
z.H. Kantonsratspräsident/in  
Hirschengraben 40  
Postfach  
8090 Zürich

Herrliberg, 16. September 2024

**Einzelinitiative von Felix Stutz, lic.oec.publ., 8704 Herrliberg**

**für die Einreichung einer Standesinitiative durch den Kanton Zürich beim Bund**

Sehr geehrte Damen und Herren

mit der nachfolgenden Einzelinitiative möchte ich mein Anliegen in den Kantonsrat bringen. Mir ist bekannt, dass eine solche Initiative mindestens 60 Befürwortende im Kantonsrat benötigt, ansonsten sie gescheitert ist.

Findet die Initiative die nötige Unterstützung, wird sie an den Regierungsrat überwiesen. Dieser legt dem Parlament entsprechend Bericht und Antrag vor. Der Kantonsrat stimmt anschliessend über die Initiative ab.

Die vorliegende Einzelinitiative bezweckt die Einreichung einer Standesinitiative durch den Kanton Zürich beim Bund. Das Anliegen betrifft eine Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung.

- a. Gem. Art. 138 Abs. 3 ZPO gelten eingeschriebene Postsendungen, die nicht abgeholt worden sind, am siebenten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch als zugestellt, sofern die Adressatin/der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste.
- b. Diese als «Zustellfiktion» bekannte Regelung ist insofern unbefriedigend, ja stossend, als betroffene Adressaten, die in ihrem Briefkasten in Wirklichkeit gar nie eine "Abholungseinladung der Post" für eine bestimmte eingeschriebene Postsendung vorfinden konnten, ohne eigenes Verschulden u.U. schwere Rechtsnachteile in Kauf zu nehmen haben (vgl. z.B. Beilage 1).
- c. Die heutige Regelung vermag leider nicht zu verhindern, dass eben auch tatsächliche gravierende Fehler beim Hinterlassen der Abholungseinladungen möglich sind.

d. Die Post bestätigte nämlich nicht, wann wer unter welchen Umständen die fragliche Sendung angeblich avisiert haben soll, sondern stützte sich offenkundig nur auf eigene, anonyme elektronische Aufzeichnungen über den angeblichen Zustellversuch.

Damit vermag die Post allerdings nicht glaubhaft darzulegen, dass

- für die betreffende eingeschriebene Postsendung überhaupt je ein Zustellungsversuch an der richtigen Bestimmungsadresse vorgenommen wurde;
- die (aus arbeitstechnischen Gründen schon früher) vorbereitete Abholungseinladung überhaupt je an die richtige Bestimmungsadresse gelangt ist;
- geschweige denn, dass die Abholungseinladung überhaupt je in den richtigen Briefkasten gelegt wurde (dieses Problem stellt sich v.a. bei Briefkastenanlagen).

Auch bei dieser Sachlage soll der Post – ebenso wenig wie den Adressaten, die geltend machen, keine Abholeinladung erhalten zu haben – keinesfalls unlautere Absicht unterstellt werden.

e. Mit der Änderung von Art. 138 Abs. 3 ZPO wird bezweckt, dass angeblich erfolglose Zustellversuche schon vor Ablauf der Abholfrist einer zusätzlichen Nachforschung unterliegen, beispielsweise ab dem 3. Werktag der Nichtabholung.

Diese zusätzliche Überprüfung ist beispielsweise zunächst von der zuständigen Poststelle in die Wege zu leiten, sei es, dass der Postbote die persönliche Zustellung erneut versucht oder durch telefonisch versuchte Kontaktnahme mit dem Adressaten.

Bei Erfolglosigkeit benachrichtigt die Post beispielsweise die Wohngemeinde/das Quartierbüro zwecks amtlicher Zustellung der Abholungseinladung in den Briefkasten des Adressaten, etwa durch den Weibel, Gemeindeammann, evtl. auch durch die lokale Polizei. Ob die ursprüngliche Abholfrist unter diesen Umständen automatische verlängert werden kann, ist durch den Gesetzgeber entsprechend abzuklären.

Die Post ist sodann anzuhalten, sämtliche - beispielsweise ab dem 3. Werktag der Nichtabholung – in die Wege geleiteten zusätzlichen Nachforschungen bzw. deren Ergebnis zu protokollieren und der Wohngemeinde/dem Quartierbüro auf Verlangen bekanntzugeben. Im Falle der Häufung solcher Probleme obliegt es der Post, geeignete interne Massnahmen zu treffen oder direkt an die jeweiligen Eigentümer der Briefkästen/der Briefkastenanlagen zu gelangen. In begründeten Fällen können Gemeinde- und/oder Post für ihren zusätzlichen Aufwand Gebühren erheben.

Freundliche Grüsse

Felix Stutz

Beilage 1: Auszug aus dem Urteil vom 6. Februar 2017 des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, Geschäfts-Nr.: NP160032-O/U  
[https://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user\\_upload/entscheide/oeffentlich/NP160032.pdf](https://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/NP160032.pdf)  
besucht am 15.09.2024



**Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO, Zugang der Abholungseinladung.** *Dass die Abholungseinladung richtig hinterlassen worden sei, ist eine nur schwache Vermutung, die in Würdigung aller Umstände erschüttert werden kann; dann geht die Beweislosigkeit zulasten des Gerichts, welches die Zustellung beweisen muss.*

Die Beklagte stand in einem Prozess, der mit Urteil abgeschlossen wurde. Das an den Anwalt der Beklagten per Post versandte Urteil kam ans Gericht zurück mit dem Vermerk "nicht abgeholt". Der Anwalt wurde stutzig, als er die eingelegten Akten zurück erhielt und erkundigte sich sofort am Gericht, was es damit auf sich habe. Dort hiess es, die Sache sei längst rechtskräftig entschieden. Er führt Berufung.

aus den Erwägungen des Obergerichts:

2. Zunächst ist zu prüfen, ob die Berufung rechtzeitig erhoben wurde, was eine Prozessvoraussetzung darstellt. Wenn die gescheiterte Zustellung an den Anwalt der Beklagten massgebend ist, hat sie die Frist versäumt; rechnet sie zulässigerweise ab dem tatsächlichen Erhalt des Urteils, ist die Berufung unter Berücksichtigung der Gerichtsferien rechtzeitig.

2.1 Die Beklagte argumentiert, sie habe das Urteil des Einzelrichters nicht erhalten, insbesondere sei ihr von der Post keine Einladung zugegangen, die entsprechende Sendung abzuholen. Die beiden Assistentinnen des Anwaltsbüros R. (welcher die Beklagte vertrat und vertritt) bestätigten, dass sie keine Abholungseinladung für das heute angefochtene Urteil gesehen hätten, und dass ihnen insbesondere auch für eine andere Sendung, welche das Büro in jenen Tagen erwartete, keine Abholungseinladung zugegangen sei. Die Assistentinnen hätten festgestellt, dass gerade in der fraglichen Zeit auf der betreffenden Poststelle ein personeller Wechsel erfolgte. Aus diesen Gründen werde eine allfällige Vermutung für die einwandfreie Geschäftsabwicklung bei der Post so weit erschüttert, dass der Zugang der Abholungseinladung für die Sendung mit dem angefochtenen Urteil nicht mehr unterstellt werden dürfe. Nach Zustellung des angefochtenen Urteils am 20. Juni 2016 sei die Berufung innert Frist erhoben worden.

Dem gegenüber geht der Kläger davon aus, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge sei die Sendung mit dem angefochtenen Urteil am Tag nach der Aufgabe durch die Kanzlei des Einzelrichters für die Beklagte zur Abholung auf der

Post bereit gelegen. Diese bestätige, dass der Kanzlei des Vertreters der Beklagten am 1. April 2016 eine Abholungseinladung ins Postfach gelegt worden sei. Dabei müsse es sich um die Sendung mit dem angefochtenen Urteil handeln, denn die Beklagte behaupte nicht, sie habe an dem Tag noch etwas anderes erhalten. Da die Beklagte mit der Zusendung einer gerichtlichen Sendung rechnen musste, gelte diese mit Ablauf der siebentägigen Abholfrist als zugestellt, und die Berufung sei verspätet. Die Bestätigung der beiden Assistentinnen seien nicht geeignet, den Standpunkt der Beklagten zu stützen, da man nicht auf der Post kontrolliere, was man erhalten habe, sondern erst zurück im Büro, und ein Abholschein gut auf diesem Weg verloren gehen könne. Ob schon früher dem Büro R. eine Sendung nicht zugestellt werden konnte, sei für den hier vorliegenden Fall ohne Bedeutung. Der behauptete Personalwechsel sei unbewiesen, und es stimme nicht, dass Personalwechsel bei der Post der Dienstleistungsqualität abträglich seien. In dem von der Beklagten angeführten Fall der Fehlleitung eines Abholscheines habe der versehentliche Empfänger ausfindig gemacht werden können, wie die Beklagte selber konzedere. Mit Nichtwissen bestreitet der Beklagte, dass R. Rechtsanwälte schon Briefe erhielt, welche nicht dieses Büro betrafen. Die Post habe auch keine Veranlassung, Missstände zu vertuschen, und daher sei ihre Bestätigung beweiskräftig, dass die Abholungseinladung ins Postfach von R. Rechtsanwälte gelegt worden sei. - Zudem habe der Anwalt der Beklagten am 18. Mai 2016 die Einlegerakten zurück erhalten. Dass er das Urteil erst am 20. Juni 2016 erhielt, bedeute mangelnde Bemühung um die nachträgliche Zustellung. Damit sei die Berufungsfrist ebenfalls abgelaufen.

2.2 Die Beklagte stand in einem Prozess, und sie und ihr Anwalt mussten mit Zustellungen in dieser Sache rechnen. Wenn das Büro R. Rechtsanwälte die Abholungseinladung für die Sendung mit dem Urteil erhalten hat, trat mit Ablauf der siebentägigen Abholfrist die Zustellfiktion ein (Art. 139 Abs. 3 lit. a ZPO). Das ist nicht streitig. Umstritten ist, ob der Zugang der Abholungseinladung erstellt sei. Nach einer allgemeinen Regel muss das Gericht den Beweis für seine Zustellungen sicherstellen. Das geschieht, indem es seine Sendungen eingeschrieben verschickt, denn dann muss der Empfänger unterschriftlich quittieren. Früher geschah das im Zustellbüchlein des Postboten, heute wird die Unterschrift auf einem

elektronischen Kästchen angebracht, von wo die Quittung auf Papier ausgedruckt oder aber auch elektronisch übermittelt werden kann. Der wichtigste Schwachpunkt dieses Vorgehens ist der Zugang der Abholungseinladung, wenn der Empfänger vom Zustellboten nicht angetroffen wird, oder wenn der Empfänger ein Postfach unterhält. Aus praktischen Gründen wird das richtige Hinterlassen dieses Papiers vermutet (*BGer 5A\_98/2011* vom 3. März 2011), allerdings kann diese Vermutung erschüttert werden, worüber in Würdigung aller Umstände zu entscheiden ist. Wenn der Einwand, man habe keine Abholungseinladung erhalten, von vorneherein als "Ausrede" qualifiziert wird (*KuKo ZPO-Weber*, 2. Aufl., Art. 138 N 9 S. 696 oben), ist das doch sehr pragmatisch und eher am Ergebnis orientiert. Es kann der Eindruck entstehen, der Einwand werde nicht ernst genommen, und das wäre verfehlt. Die Überlegung des Bundesgerichts, der irrtümliche Empfänger einer Abholungseinladung gebe diese dem richtigen Adressaten weiter oder sende sie gar der Post zurück, kann zutreffen, muss es aber nicht. Sie wird denn auch kritisiert (*BSK ZPO-Gschwend/Bornatico*, 2. Aufl., Art. 138 N 18; *BK ZPO-Frei*, Art. 138 N 29). Diese Kritik ist berechtigt, und zwar auch ohne dass man der Post grundsätzlich schlechte Arbeit unterstellen muss. Es ist eine Erfahrungstatsache, dass die Mitarbeitenden der Post zunehmend unter Zeit- und Effizienz-Druck arbeiten müssen, was - nicht weiter erstaunlich - immer wieder zu Fehlern führt. Die Gerichte erfahren das etwa in ihrer alltäglichen Praxis, wenn Sendungen retourniert werden: nicht selten finden sich auf solchen Umschlägen offenkundig falsche Aufkleber; immer wieder wird die den Empfang quittierende Person mit einer unrichtigen Bezeichnung angegeben (etwa "Empfänger persönlich" statt "Vertreter" und umgekehrt), und auch in den privaten Briefkästen finden sich mitunter Irrläufer. Wie häufig Irrtümer vorkommen, ist statistisch wohl nicht erfasst. Diese Möglichkeit als "rein theoretisch" abzutun und dem Privaten damit von vorneherein faktisch die Einwendung abzuschneiden, in seinem Fall müsse ein Versehen passiert sein, wäre aber jedenfalls zu streng. Es bleibt daher nur, im Einzelfall die Bestreitung des Adressaten zu würdigen und auf ihre Plausibilität hin zu prüfen (*OGerZH NP150016* vom 29. Juli 2015). Dabei ist wesentlich, dass dem Adressaten wenn auch nicht das Beweisen, so doch das Plausibel-Machen eines

negativen Umstandes zugemutet wird, was streng genommen gar nicht möglich ist.

Die Assistentin E. des Büros R. Rechtsanwälte schildert den üblichen Ablauf so: sie leere das Postfach und prüfe die Papiere auf Abholungseinladungen; wenn sie eine solche vorfinde, werde die Sendung umgehend am Schalter abgeholt. Am Freitag 1. April 2016, als sie statt ihrer Kollegin B. den Postdienst versah, habe sie keinen solchen Zettel vorgefunden. Der 1. April 2016 ist der Tag, an welchem gemäss Bestätigung der Post die Sendung mit dem angefochtenen Urteil avisiert wurde. Ob das Anwaltsbüro R. auch am 22. März 2016 eine Abholungseinladung nicht erhielt und ob mitunter Sendungen für andere Adressaten irrtümlich in sein Postfach gelangen, muss und kann offen bleiben. Ebenso ist nicht näher zu prüfen, ob um die in diesem Verfahren fragliche Zeit auf der Post Zürich... personelle Wechsel erfolgten. Dem Kläger ist auch darin Recht zu geben, als eine Abholungseinladung zwischen anderen Sendungen liegend übersehen werden und dann verloren gehen kann. Das ändert allerdings nichts daran, dass eben auch Fehler beim Hinterlassen der Abholungseinladungen möglich sind. Die Post bestätigte nicht, wann wer unter welchen Umständen die fragliche Sendung avisiert hat, sondern sie stützte sich offenkundig auf die elektronischen Aufzeichnungen über den Ablauf der Zustellung resp. des Zustellversuches. Damit muss ihr keineswegs eine bewusste Unwahrheit unterstellt werden, wie der Kläger argumentiert. Ebenso wenig darf allerdings dem Vertreter der Beklagten und seiner Assistentin unlautere Absicht unterstellt werden. Der Kläger behauptet nicht und es ist keineswegs gerichtsnotorisch, dass das Anwaltsbüro R. aufgrund früherer Vorfälle im Verdacht stehe, den Zugang von Gerichtsurkunden resp. die Abholungseinladungen dafür wider besseres Wissen zu bestreiten. Am Ende bleibt nur die Feststellung, dass im vorliegenden konkreten Fall ein Irrtum der Post beim Ablegen der Abholungseinladung mindestens möglich ist (was der Kläger indirekt auch einräumt). Das genügt, um die Vermutung der einwandfreien Zustellung zu erschüttern.

Die Fiktion der Zustellung des angefochtenen Urteils durch Ablauf der sieben-tägigen Abholfrist greift daher nicht.

## 2.3 ...

2.4 Eine andere Frage ist, ob die Beklagte die Berufung durch langes Zuwarten verwirkt hat. Der Kläger verweist richtig darauf, dass eine Partei nicht beliebige lange warten darf, wenn sie Kenntnis von einem Urteil erhält, auch wenn ihr dieses nicht korrekt zugestellt worden ist (...). Grundsatz bleibt aber, dass die Berufungsfrist nur durch eine korrekte Zustellung ausgelöst wird; die Verwirkung ist eine Ausnahme und bedarf besonderer Umstände, aufgrund welcher der Partei ein Verhalten gegen Treu und Glauben vorgeworfen werden kann.

Am 18. Mai 2016 quittierte die Kanzlei des Anwaltsbüros R. für die Rücksendung der im Verfahren des Einzelrichters eingelegten Akten. Der Anwalt hielt sich beruflich im Ausland auf. Am folgenden Tag erkundigte er sich beim zuständigen Gerichtsschreiber, was es damit auf sich habe, erfuhr, dass ein Urteil gefällt und an ihn versandt worden sei und liess sich die Nummer der Postsendung geben, mit welcher diese nachverfolgt werden kann (act. 43/32, im Dossier des Einzelrichters nicht aktenkundig gemacht). In der Folge liess er bei der Post nachforschen, was es mit der Sendung auf sich habe. Am 17. Juni 2016 gab der Einzelrichter das Urteil noch einmal zur Post, und der Anwalt der Beklagten nahm es am 20. Juni 2016 entgegen (act. 40/8, zwei Blätter; im Dossier des Einzelrichters ist auch das nicht aktenkundig gemacht).

Am Tag nach Empfang der zurückgesandten Akten telefonierte der Anwalt also dem Bezirksgericht und erkundigte sich, was es mit der Sendung auf sich habe. Als Erstes versuchte er dann, den Weg der Sendung nachzuverfolgen, was seitens der Post mit einer ersten Antwort sehr knapp beantwortet wurde, und auf ergänzende Nachfrage am 26. Mai 2016 wurde ihm beschieden, "Ihr Anliegen werden wir gerne erneut überprüfen. Bitte beachten Sie, dass diese einige Zeit in Anspruch nimmt". Wann und wie insistent der Anwalt der Beklagten vom Einzelrichter eine erneute Zustellung des Urteils verlangte, ergibt sich aus den Akten nicht. Es kommt aber darauf nicht an. Der Anwalt kümmerte sich umgehend um das Problem, als er es erkannte. Zwar verlangte er nicht als Erstes erneute Zustellung des Urteils, sondern suchte den Ablauf des gescheiterten Zustellversuches zu rekonstruieren. Sein erster Schritt - am Tag nach Zustellung der retour-

nierten Akten - war aber das Telefon mit dem Gericht. Dieses hätte in der Situation Anlass gehabt, das Urteil noch einmal zur Post zu geben. In analogen Situationen pflegt das die Kammer von sich aus zu tun, wobei im Begleitbrief vermerkt wird, diese (zweite) Zustellung sei nicht mehr fristauslösend für das Rechtsmittel, diese Mitteilung wird selbstverständlich in Kopie zu den Akten gelegt. Sei dem wie ihm wolle: der Beklagten resp. ihrem Anwalt ist kein treuwidriges Verhalten vorzuwerfen, wenn sie nicht darauf drangen, das verloren gegangene Urteil *sofort* zugestellt zu erhalten und abwarteten, bis es ihnen mit Postaufgabe am 17. Juni 2016 zugestellt wurde. Es ist noch einmal daran zu erinnern, dass mangels korrekter Zustellung resp. mangels Eintritt der Zustellfiktion von Art. 138 ZPO die Rechtsmittelfrist gar nie zu laufen begonnen hatte - und als der Einzelrichter der Beklagten die Akten retournierte, womit das Problem erkannt wurde, war die Berufungsfrist unter Annahme der Zustellfiktion längst verstrichen, besondere Eile also eigentlich nicht (mehr) geboten. Wie vorstehend erwogen, löste erst die tatsächlich erfolgte (zweite) Zustellung die Frist aus. Die Beklagte resp. ihr Anwalt blieben im Übrigen auch bis zum 20. Juni 2016 (der tatsächlichen Zustellung) nicht untätig, sondern suchten das Problem mit der Eingabe an die Kammer und den dort gestellten Anträgen zu lösen, welche die Kammer im Verfahren NP160024 behandelte. Wenn sich die Beklagte nun für den Fristbeginn auf die zweite Zustellung des Urteils am 20. Juni 2016 stützt, ist das jedenfalls nicht klar missbräuchlich. Massgebend ist diese zweite Zustellung, und die Berufung ist damit rechtzeitig.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 6. Februar 2017  
Geschäfts-Nr.: NP160032-O/U