

# **BGer 5D\_88/2011 vom 14. September 2011**

Bundesgericht, 2011-09-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5D\\_88\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5D_88_2011)

FR: TF 5D\_88/2011 du 14 septembre 2011

IT: TF 5D\_88/2011 del 14 settembre 2011

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Vorinstanz hat den Streitwert mit Fr. 20'000.-- beziffert. Die Beschwerdeführerin widerspricht dem nicht und macht auch keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung geltend ( Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG ). Ihre Eingabe ist deshalb wie verlangt als subsidiäre Verfassungsbeschwerde ( Art. 113 ff. BGG ) zu behandeln. Die Beschwerde richtet sich gegen den Entscheid eines oberen Gerichts, das auf Rechtsmittel hin und kantonal letztinstanzlich geurteilt hat (Art. 114 i.V.m. Art. 75 BGG ). Die Beschwerdeführerin hat ein rechtlich geschütztes Interesse an der - vorliegend umstrittenen - Anwendung der Regeln über die Zustellung gerichtlicher Schriftstücke ( Art. 115 lit. b BGG ). Die Beschwerde ist rechtzeitig erhoben worden (Art. 117 i.V.m. Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. a BGG ).

### **E. 2.1**

Einzig umstritten ist vor Bundesgericht wie bereits vor Obergericht, ob die Kostenvorschussverfügung der Beschwerdeführerin zugestellt worden ist.

Die Vorinstanz hat diesbezüglich festgestellt, dass gemäss einer schriftlichen Auskunft der Post die Zustellung der Verfügung am 8. Juni 2010 durch die Poststelle B.\_\_\_\_\_ erfolgt sei. Die Empfangsperson werde durch die Post mit X.\_\_\_\_\_ bezeichnet. Aus einem Unterschriftenvergleich ergebe sich jedoch, dass nicht S.X.\_\_\_\_\_ die eingeschriebene Briefsendung entgegengenommen habe. In B.\_\_\_\_\_ gebe es einen Autohandel, der durch T.X.\_\_\_\_\_ geführt werde. Die Garage heisse "T.\_\_\_\_\_ 's Garage" und liege an der Strasse C.\_\_\_\_\_. Es bestehe also theoretisch die Möglichkeit, dass die Verfügung T.X.\_\_\_\_\_ zugegangen sei. Dies sei jedoch unwahrscheinlich. Die eingeschriebene Sendung sei nämlich korrekt adressiert gewesen. Der Postangestellte hätte daher nicht nur die Anschriften, sondern sogar die Ortschaften verwechseln müssen. Weder die Ortschafts- noch die Strassennamen wiesen eine Ähnlichkeit auf und schliesslich komme der Name X.\_\_\_\_\_ in der Firma in B.\_\_\_\_\_ gar nicht vor. Zudem sei davon auszugehen, dass T.X.\_\_\_\_\_ die fälschlich erfolgte Zustellung nicht ignoriert, sondern den Irrtum aufgedeckt hätte. Es sei deshalb davon auszugehen, dass die Kostenvorschussverfügung einer empfangsberechtigten Person ausgehändigt worden sei. Dabei müsse es sich nicht um S.X.\_\_\_\_\_ als einzigen Gesellschafter und Geschäftsführer der Beschwerdeführerin handeln, sondern es könne auch ein Angestellter oder eine Hilfsperson die Sendung entgegennehmen. Da das Kantonsgericht die Sendung korrekt adressiert und der Post übergeben habe, habe es die Beweislosigkeit nicht verursacht und die Beweislast liege nicht bei ihm.

### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin rügt eine willkürliche Beweiswürdigung ( Art. 9 BV ). Es sei unbestritten, dass nicht S.X.\_\_\_\_\_ die Postsendung entgegengenommen habe. Die Vorinstanz gehe davon aus, dass eine andere empfangsberechtigte Person das Schreiben entgegengenommen habe, lege aber nicht dar, wer diese Person sein soll. Für die Beschwerdeführerin sei einzig S.X.\_\_\_\_\_ unterschriftsberechtigt und sie habe keine anderen Angestellten. Die Zustellung an erwachsene Familienangehörige entfalle ebenso, da es sich um einen Geschäftsbetrieb handle und S.X.\_\_\_\_\_ weder verheiratet sei noch erwachsene Kinder habe. Die Zustellung an einen Empfänger am selben Domizil komme auch nicht in Betracht, weil die Beschwerdeführerin einen von den übrigen Mietern und Unternehmen an derselben Adresse getrennten Eingang aufweise. Es liege somit auf der Hand, dass der Zustellbeamte die Zustellung fehlerhaft vorgenommen habe und dem Empfänger dies nicht aufgefallen sei oder er sich nicht darum gekümmert habe.

### **E. 3**

Als zugestellt gilt eine Sendung, wenn sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist ( BGE 122 III 316 E. 4b S. 320 mit Hinweisen). Dass dieser sie tatsächlich in Empfang oder zur Kenntnis nimmt, ist nicht erforderlich ( BGE 122 I 139 E. 1 S. 143 mit Hinweis). Als zugestellt gilt die Sendung insbesondere dann, wenn sie einem vom Adressaten zur Entgegennahme der Postsendung ermächtigten Dritten zugegangen ist (Urteil 2C\_82/2011 vom 28. April 2011 E. 2.3, in: StR 66/2011 S. 698). Aus einer fehlerhaften Zustellung dürfen den Parteien keine Nachteile erwachsen ( BGE 122 I 97 E. 3a/aa S. 99 ; 129 I 361 E. 2.1 S. 364 ; 132 I 249 E. 6 S. 253 f.; Urteil 5A\_555/2008 vom 10. Dezember 2008 E. 3.1; vgl. auch Art. 49 BGG ). Die Beweislast für die korrekte Zustellung einer Verfügung obliegt grundsätzlich der Behörde, welche daraus rechtliche Konsequenzen ableiten will ( BGE 129 I 8 E. 2.2 S. 10 mit Hinweisen). Werden die Zustellung oder ihr Datum bestritten und bestehen darüber tatsächlich Zweifel, muss auf die Darstellung des Empfängers abgestellt werden ( BGE 103 V 63 E. 2a S. 66; Urteil 6A.100/2006 vom 28. März 2007 E. 2.2.1). Bei Einschreiben ist der Beweis der Zustellung durch die unterschriebene Empfangsbestätigung im Regelfall einfach zu erbringen.

### **E. 4**

Vorliegend ist unbestritten, dass S.X.\_\_\_\_\_ die Kostenvorschussverfügung nicht selber in Empfang genommen hat. Die Identität der Person, die stattdessen unterschrieben und die Sendung entgegengenommen hat, ist nie geklärt worden. Bereits im kantonalen Verfahren hatte S.X.\_\_\_\_\_ vorgebracht, er sei die einzige Person, die für die Beschwerdeführerin Sendungen entgegennehmen dürfe. Auch wenn die in der Beschwerde vorgetragene Behauptung, die Beschwerdeführerin habe keine Angestellten und Familienmitglieder würden sich auch nicht am Geschäftssitz aufhalten, in dieser Detailliertheit neu ist, so hätte die ursprüngliche Bestreitung dennoch genügend Anlass gegeben, abzuklären, ob tatsächlich eine empfangsberechtigte Person die Sendung entgegengenommen hat. Dies hat das beweisbelastete Kantonsgericht jedoch nicht getan. Unter diesen Umständen dennoch darauf zu schliessen, dass irgendeine empfangsberechtigte Person die Verfügung entgegengenommen haben werde, ohne abzuklären, ob es solche Personen überhaupt gibt, um wen es sich handeln könnte und ob diese Person tatsächlich der Beschwerdeführerin zugerechnet werden kann, ist unhaltbar. Der Nachweis der Zustellung ist offensichtlich nicht geglückt. Ob das Kantonsgericht die Beweislosigkeit verursacht hat, ist demgegenüber unerheblich. Es hat sich jedenfalls das Verhalten der Post zuzurechnen, die es zum Versand seiner Verfügung beigezogen hat. Die Beweislastverteilung muss sich

demnach zum Nachteil der beweispflichtigen Behörde auswirken. Der angefochtene Entscheid ist folglich aufzuheben und die Angelegenheit an das mit der Widerspruchsklage befasste Kantonsgericht zur Neuansetzung einer Zahlungsfrist zurückzuweisen.

#### **E. 5**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdegegnerin kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 66 Abs. 1, Art. 68 Abs. 1 BGG ). Zur Neufestsetzung der kantonalen Kosten und Entschädigungen wird die Sache an das Obergericht zurückgewiesen ( Art. 67, Art. 68 Abs. 5 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.