

**Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO, bestrittene Zustellung der Abholungseinladung.**

*Die Bestätigung der Post, sie habe dem Adressaten eine Abholungseinladung hinterlassen, kann durch einen Gegenbeweis erschüttert werden. Ob dieser Gegenbeweis gelingt, ist durch Würdigung aller Umstände im Einzelfall zu entscheiden.*

Der Einzelrichter fingierte die Zustellung einer prozessleitenden Verfügung an die Beklagte, weil diese die Sendung nicht innert Frist abholte. Gestützt darauf fällte er ein Urteil zu Ungunsten der Beklagten. In der Berufung macht diese geltend, sie habe nie eine Abholungseinladung erhalten.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

2.1 Der Einzelrichter nimmt an, seine Verfügung vom 15. August 2014 gelte als der Beklagten zugestellt, weil diese mit einer Zustellung habe rechnen müssen und die Sendung gleichwohl auf der Post nicht abgeholt habe. Es ist richtig, dass die Zustellung einer gerichtlichen Sendung fingiert wird, wenn sie der Adressat, welcher mit der Zustellung rechnen musste, innert der siebentägigen Abholfrist nicht in Empfang nimmt. Das Verfahren nimmt dann seinen Lauf, wie wenn die Zustellung am letzten Tage der Frist erfolgreich gewesen wäre (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO).

Die Beklagte hatte Kenntnis vom Verfahren, insbesondere hatte ihr Vertreter an der mündlichen Verhandlung teilgenommen, und sie musste von da her mit einer (weiteren) Zustellung des Gerichts rechnen. Diese Voraussetzung der Zustellungsfiktion ist erfüllt.

Kritisch ist, ob die Abholungs-Einladung (der "gelbe Zettel") der Beklagten zugegangen war - sie bestreitet das. Dabei ist vorweg klar zu stellen, dass es nicht um die in der Praxis und Literatur besprochene Situation geht, dass ein Abholschein zwischen anderen Briefen oder insbesondere in un-adressierten Werbesendungen verloren geht: dann ist er in den Machtbereich des Adressaten gelangt, die Abholfrist läuft ab, und es bleibt allenfalls die Möglichkeit der Wiederherstellung (Art. 148 ZPO).

Hier ist zu diskutieren, ob der Abholschein überhaupt in den Briefkasten des Adressaten gelangte. Der Beweis dafür obliegt dem Gericht, allenfalls - wenn sie

für sich etwas daraus ableitet - der Gegenpartei. Nach allgemeinem Grundsatz steht der Partei der Gegenbeweis offen, welcher entgegen dem, was man aus dem Wort ableiten könnte, nicht verlangt, dass das Gericht von der Darstellung des Beweisgegners überzeugt ist (das wäre der Beweis des Gegenteils), sondern bereits dann erfolgreich ist, wenn die Überzeugungskraft der dem Gericht vorliegenden Beweismittel erschüttert wird. Wie weit dabei die begrüssenswerten Bemühungen der Post, einen guten Service zu bieten, bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden dürfen und sollen, ist kontrovers. Das Bundesgericht hat entschieden, die Post dürfe als zuverlässig betrachtet werden und es entspreche daher einer natürlichen Vermutung, dass der Zustellbote die Abholungseinladung korrekt in den Briefkasten des nicht angetroffenen Adressaten gelegt habe (*BGer 5A\_729/2007* vom 29. Januar 2008, *BGer 5D\_20/2008* vom 25. März 2008 E. 3.1 am Ende). Daran ist wohl festzuhalten, so lange das aktuelle System der Avisierung der Zustellung von Gerichtsurkunden besteht, weil sonst praktisch keine gültigen Zustellungen an nicht kooperative Parteien möglich wären. Allerdings betrachtet die Praxis die korrekte Zustellung der Abholungseinladung nicht als Fiktion, sondern als widerlegbare Vermutung. Die Diskussion verlagert sich also darauf, welche Anforderungen an die Einwendung eines Adressaten gestellt werden dürfen, er habe keine Abholungseinladung erhalten. Wenn dieser Einwand von vorneherein als "Ausrede" qualifiziert wird (KuKo ZPO-Weber, 2. Aufl., Art. 138 N. 9 S. 696 oben), ist das doch 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 Effizienzdruck arbeiten müssen, was - nicht weiter erstaunlich - immer wieder zu Fehlern führt. Die Gerichte erfahren das etwa, 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 immer wieder 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.

2.2 Die Beklagte legt eine Fotografie ihres Briefkastens (act. 25/6) und der ganzen Briefkastenanlage (act. 25/5) ins Recht. Die einzelnen Fächer sind sauber angeschrieben, aber sie sind doch sehr ähnlich, so dass eine in der Eile erfolgte Verwechslung nicht unmöglich scheint. Dass der Bote oder die Botin in Eile oder auf andere Weise abgelenkt war, wird durch den Umstand indiziert, dass die Abholfrist auf dem internen Kleber der Post zuerst offenbar unrichtig ausgerechnet wurde und korrigiert werden musste (act. 12/2). Die Vorladung zur Schlichtungsverhandlung hatte der Beklagten zugestellt werden können (act. 1), ebenso die Sendung mit einer Kopie der Klageschrift (act. 5/2), die Vorladung zur mündlichen Verhandlung (act. 8/2) und am Ende das Urteil (act. 14/1). Die Beklagte hat sich also bei Zustellung nicht grundsätzlich unkooperativ gezeigt, was diesfalls zu ihren Lasten gewichtet werden müsste. Unter den gegebenen Umständen ist ein Irrtum oder eine Unsorgfalt des zustellenden Boten ausreichend plausibel, dass die Vermutung des richtigen Hinterlassens einer Abholungseinladung auch für die Verfügung vom 15. August 2014 erschüttert ist. Es muss davon ausgegangen werden, dass diese Verfügung die Beklagte ohne deren Verschulden nicht erreichte. Damit war es objektiv unrichtig, die Zustellung zu fingieren. Weder konnte angenommen werden, die Beklagte verzichte auf die Einvernahme des benannten Zeugen, noch durfte sie mit dem Barvorschuss säumig betrachtet werden, noch war sie mit dem Einreichen der als Beweismittel angebotenen Buchhaltung säumig.

2.3 Damit ist die Berufung begründet und das angefochtene Urteil aufzuheben.

Die Sache ist noch nicht spruchreif. Das Beweisverfahren wird gemäss der Verfügung vom 15. August 2014 fortzuführen und insbesondere wird dann die in diesem Fall delikate Beweiswürdigung vorzunehmen sein: sowohl der Zeuge P. (nach eigenem Bekunden: Prot. I S. 13) als auch der von der Beklagten angerufene A. haben Interessen als sozusagen materielle Partei in der Auseinandersetzung unter den formellen Parteien des Verfahrens: der Unternehmung P.s entginge bei der Abweisung der Klage fürs Erste das Honorar für die erbrachte Leih-Arbeit, und sie müsste der Klägerin als der Factoring-Unternehmung wohl deren Aufwendungen und die Verfahrenskosten bezahlen, auch wenn sie später vielleicht in einem zweiten Prozess gegen einen anderen Besteller obsiegt - A. oder seine Firma haben andererseits alles Interesse daran, dass das Beweisverfahren in diesem Prozess ergibt, die Beklagte habe die Leistungen bestellt. Unter diesen Umständen hat nicht das Obergericht das Verfahren weiter zu führen, sondern ist die Sache an den Einzelrichter zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 ZPO).

Obergericht, II. Zivilkammer  
Beschluss vom 29. Juli 2015  
Geschäfts-Nr.: NP150016-O/U