

# ZH\_GERICHTE LC110035 vom 27. September 2011

Zh Gerichte, 2011-09-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_gerichte\\_LC110035](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_gerichte_LC110035)

FR: ZH\_GERICHTE LC110035 du 27 septembre 2011

IT: ZH\_GERICHTE LC110035 del 27 settembre 2011

## Regeste

Prozessvoraussetzungen, Einhaltung einer Frist, unnötige Kosten

## Erwägungen

### E. 1

Namen verfremdet

#### E. 1.1

Das Urteil vom 15. April 2011 wurde dem Kläger bzw. seiner Rechtsvertreterin am 10. Mai 2011 zugestellt. Die im Urteil richtig belehrte Berufungsfrist von 30 Tagen gemäss Art. 311 ZPO endete daher gemäss den Berechnungsgrundsätzen des Art. 142 Abs. 1 ZPO mit dem Donnerstag, 9. Juni 2011.

Der Schriftsatz des Klägers ging bei der Kammer am 14. Juni 2011 in einem unfrankierten Couvert ein, welches als eingeschriebene Postsendung von der Poststelle 8034, Zürich-Riesbach, mit Stempel vom 10. Juni 2011 (-18.00 Uhr) behandelt worden war. (...).

#### E. 1.2

Auf der Rückseite des Couverts ist handschriftlich als Absender die Rechtsvertreterin des Klägers aufgeführt. Ferner findet sich auf der Rückseite ein handschriftlich angebrachter Vermerk, gemäss dem das Couvert "durch Rita G.1 am 9. Juni 2011 um 23.55 Uhr in den Briefkasten der Poststelle Höschgasse, Zürich eingeworfen" worden sei. Erwähnt wird ferner handschriftlich eine "Zeugenbestätigung" durch eine Maria F. (...). Neben der Bestätigung findet sich eine unleserliche Unterschrift.

### E. 2

Nach dem Eingang einer Klage bzw. eines Rechtsmittels hat das Gericht von Amtes wegen zu prüfen, ob die Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO). Zu diesen Voraussetzungen gehört u.a. die Wahrung der gesetzlichen Berufungsfrist. Denn der unbenützte Ablauf der Berufungsfrist führt zum Untergang des Anspruchs auf Beurteilung der Streitsache durch die Rechtsmittelinstanz (vgl. etwa: ZK-ZPO, REETZ/THEILER, Art. 311 N 14). Auf eine verspätet eingereichte Berufung ist demzufolge nicht einzutreten.

#### E. 2.1

Die Berufungsfrist ist dort, wo der Berufungsschriftsatz dem Gericht – wie vorliegendenfalls – in Papierform eingereicht wird (vgl. Art. 130 Abs. 1 ZPO), laut den Grundsätzen des Art. 143 Abs. 1 ZPO nur dann gewahrt, wenn der Schriftsatz am letzten Tag der Frist entweder beim Gericht selbst eingereicht oder zuhanden des Gerichts als Sendung der Schweizerischen Post übergeben worden ist. Der Nachweis der Fristwahrung obliegt der Partei, welche das Rechtsmittel eingereicht hat und behauptet, es sei das

rechtzeitig erfolgt (vgl. statt vieler: MERZ, DIKE-Komm-ZPO, Art. 143 N 4). Der Beweis rechtzeitiger Postaufgabe wird in der Regel durch die postalische Behandlung der Sendung erbracht (Datum des Poststempels; Aufgabedatum gemäss Track & Trace; vgl. MERZ, a.a.O., N 11).

Der Schriftsatz, mit dem der Kläger Berufung führen will, wurde dem Gericht von der Post in einem Couvert als eingeschriebene Sendung übermittelt. Die Sendung wurde – wie vorhin vermerkt – erst am 10. Juni 2011 postalisch behandelt und an das Gericht weiter geleitet, also einen Tag nach Ablauf der Berufungsfrist und damit verspätet. Entgegen diesem an sich Beweis bildenden Anschein der Aufgabe der Sendung erst am 10. Juni 2011 liess der Kläger bereits mit dem handschriftlichen Vermerk auf dem Couvert die noch rechtzeitige Übergabe der Sendung an die Post am 9. Juni 2011 (Einwurf in den Briefkasten um 23.55 Uhr) geltend machen. Für diese Prozessvoraussetzung bildende rechtzeitige Übergabe hat der Kläger den Nachweis zu erbringen. Mangels anderslautender gesetzlicher Vorschrift hat der Nachweis dabei dem Regelbeweismass des strikten Beweises zu genügen.

## **E. 2.2**

Mit Beschluss vom 23. Juni 2011 wurde daher zwecks Abklärung der Prozessvoraussetzung rechtzeitiger Berufung die Durchführung eines Beweisverfahrens von Amtes wegen (vgl. Art. 153 ZPO) angeordnet, unter Bekanntgabe des Beweisthemas und der Beweislastverteilung (der Hauptbeweis obliegt dem Kläger). Zudem wurde im Einklang mit dem Art. 154 ZPO die Abnahme folgender Beweismittel zum Hauptbeweis des Klägers angeordnet: Schriftliche Auskunft der Schweizerischen Post zur postalischen Behandlung der Sendung, Einvernahme der Zeuginnen Rita G. und Maria F. Die Abnahme des Zeugnisses von G. und F. stützte sich dabei auf die Erklärung auf der Rückseite des Couverts, gemäss der diese zwei Personen bei der Übergabe der Sendung bzw. dem Einwurf in den Briefkasten zugegen gewesen sein sollen. Weitere taugliche Beweismittel (vgl. auch Art. 152 Abs. 2 ZPO) zum Beweisthema als diese drei waren bei der Beschlussfassung nicht ersichtlich.

Der Beklagten, Widerklägerin und Berufungsbeklagten (nachfolgend: die Beklagte) wurde zudem Gelegenheit eingeräumt, allenfalls Gegenbeweismittel zu bezeichnen. Die weitere Prozessleitung wurde an den Referenten delegiert. Daher wurden die Parteien zugleich aufgefordert, innert 10 Tagen zu erklären, ob sie aus wichtigen Gründen die Beweisabnahme durch das Kollegium verlangen (vgl. Art. 155 Abs. 2 ZPO).

In der Folge reichte die Beklagte einen Track & Trace-Auszug als Gegenbeweismittel ein, gemäss dem der 10. Juni 2011 als Aufgabetag der Sendung verzeichnet ist, und bestritt die rechtzeitige Aufgabe der Berufungsschrift. Mit Beschluss vom 21. Juli 2011 wurde die Abnahme [dieses Auszuges] als Beweismittel zum Gegenbeweis der Beklagten angeordnet. Am 18. und 19. August 2011 ergingen die Vorladungen zur Beweisverhandlung auf den 5. September 2011 und wurde die schriftliche Auskunft der Schweizerischen Post eingeholt. Die Auskunft wurde mit Schreiben vom 20. August 2011 erteilt.

## **E. 2.3**

Die Beweisabnahme (Befragung der Zeugen) an der Verhandlung vom

## **E. 5**

September 2011 erfolgte durch den Referenten, da keine Partei eine Beweisabnahme durch das Kollegium verlangt hatte. Es wurden die Zeuginnen Rita G. sowie Maria F. befragt. Für Einzelheiten dazu kann auf das Verhandlungsprotokoll und die Befragungsprotokolle verwiesen werden.

Anlässlich der Verhandlung vom 5. September 2011 wurden den Parteien zudem je Doppel [der erhobenen Unterlagen] übergeben und es wurde ihnen Frist zu einer allfälligen Stellungnahme zu den Beweiserhebung bis 19. September 2011 angesetzt, unter Hinweis auf die Säumnisfolgen gemäss Art. 147 Abs. 2 ZPO.

Die Beklagte reichte dem Gericht eine Stellungnahme ein. Ein Doppel der Stellungnahme wurde hernach dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt. Nachdem das Beweisverfahren keine Hinweise auf weitere sog. taugliche Beweismittel zum Thema der Rechtzeitigkeit der Berufung ergab, die ergänzend zu berücksichtigen wären, erweist sich das Verfahren insofern als spruchreif. 3. Der Kläger liess auf dem Couvert, in dem sich seine Berufungsschrift befand, durch seine Rechtsvertreterin behaupten, eben diese Rechtsvertreterin habe im Beisein der Zeugin Maria F. die Berufungsschrift am 9. Juni 2011 um 23.55 Uhr in den Briefkasten der Poststelle 8034 Zürich-Riesbach an der Höschgasse in Zürich eingeworfen.

Den ihm für diese Behauptung obliegenden strikten Beweis (vgl. vorn Ziff. 2.1) hat er dann erbracht, wenn für das Gericht aufgrund der verfügbaren Beweismittel, des übrigen unstrittigen Sachverhaltes, seiner weiteren Sachdarstellungen der Parteien usw. keine vernünftigen Zweifel daran bestehen, dass es sich tatsächlich genau so verhalten hat, wie es behauptet wurde (vgl. z.B. BGE 130 III 321 E. 3.1), das Gericht also im Ergebnis der Wertungen der Beweismittel zu einer entsprechenden Überzeugung gelangt (vgl., statt vieler: BSK ZGB I-SCHMID, Art. 8 N 17, mit zahlreichen Verweisen). Umgekehrt ist der Beweis dann gescheitert, wenn sich vernünftige (also insoweit sog. erhebliche) Zweifel an der Richtigkeit der behaupteten Sachdarstellung aufgrund der verfügbaren Beweismittel, des daraus folgenden erstellten Sachverhaltes sowie der übrigen unstrittigen Sachverhalte und den eigenen Parteibehauptungen des Klägers usw. nicht ausräumen lassen.

Zu den abgenommenen Beweismitteln, mit denen der sog. strikte Beweis zu erbringen ist, sowie zu deren Wertung/Würdigung im Einzelnen was folgt.

3.1 Die von der Schweizerischen Post eingeholte schriftliche Auskunft hat ergeben, dass die Sendung mit der Berufungsschrift des Klägers am Morgen des

## **E. 10**

Juni 2011 übergeben wurde. Die Berufung erweist sich daher als verspätet und es ist auf sie nicht einzutreten. 5. Bei diesem Ergebnis erweist sich das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren von vornherein als aussichtslos: Auf die Berufung ist gar nicht einzutreten. Das Gesuch ist daher abzuweisen. 6. Dem Ausgang des Verfahrens gemäss sind die Kosten grundsätzlich dem Kläger aufzuerlegen. Ferner ist der Kläger ebenso zu verpflichten, der Beklagten eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen. 6.1 Die (pauschale) Gerichtsgebühr ist gestützt auf § 12 Abs. 1 GebV OG in Verbindung mit den §§ 6 und 5. Abs. 1 sowie 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'000.-

festzusetzen. Die Parteientschädigung ist wegen der anwaltlichen Vertretung der Beklagten gestützt auf § 13 Abs. 2 AnwGebV in Verbindung mit den §§ 6 Abs. 1 und 5 Abs. 1

AnwGebV auf Fr. 1'500.- festzusetzen. 6.2 Die ZPO stellt bei der Kostenverteilung auf den Grundsatz des Verursacherprinzips ab. Die im Rahmen des ordnungsgemässen Prozessablaufes anfallenden Kosten werden dabei – wie eben erwähnt – der unterliegenden Partei als (letztllicher) Verursacherin auferlegt bzw. nach Massgabe von Obsiegen und Unterliegen verteilt (vgl. Art. 106 ZPO). Kosten, die aus dem Rahmen des ordnungsgemässen Prozessablaufes fallen, daher an sich vermeidbar sind und insoweit unnötig, hat nach dem gleichen Prinzip allerdings derjenige zu tragen, der sie veranlasst hat (Art. 108 ZPO), unbeschadet des Prozessausganges und dessen, ob es sich bei ihm um eine Partei oder einen Dritten handelt (vgl. etwa URWYLER, Dike-Komm-ZPO, Art. 108 N 1, FISCHER, Handkommentar ZPO, Art. 108 N 3). Auch ein Verschulden an der Entstehung dieser Kosten spielt keine Rolle (statt vieler: GASSER/RICKLI, Schweizerische ZPO, Art. 108 N 2).

Nach konstanter Praxis bewegt sich ausserhalb des ordnungsgemässen Ganges und verursacht insoweit unnötige, an sich vermeidbare Kosten im Sinne des Art. 108 ZPO, wer eine unfrankierte Postsendung an das Gericht veranlasst (und zwar in Bezug auf die Strafportokosten) und/oder die fristwahrende Übergabe einer Rechtsschrift an die Post mittels Zeugen beweisen will bzw. beweist (und zwar in Bezug auf die Beweisverfahrenskosten; vgl. auch ZK ZPO- JENNY Art. 108 N 8, mit Verweis).

Das vorliegende Verfahren dreht sich seit Eingang der Berufungsschrift des Klägers vor allem um Sachverhalte der eben dargelegten Art. Die Ursache dafür liegt ausschliesslich im Verhalten der klägerischen Rechtsvertreterin. Es sind ihr daher als Verursacherin der Strafportokosten, welche das Gericht zu zahlen hatte, wie auch der Kosten des Beweisverfahrens über die Rechtzeitigkeit der Berufung gestützt auf Art. 108 ZPO die damit verbundenen Kosten aufzuerlegen, unbeschadet dessen, dass auf die Berufung nicht einzutreten ist. Das verlangt es, eine Kostenausscheidung vorzunehmen, wobei der Aufwand für das Zusatzverfahren (Beweisverfahren) und die damit verbundenen Bemühungen des Gerichts und der Beklagten mit 2/3 der gesamten Kosten zu veranschlagen ist.

6.3 Das führt zu einer Auflage der Gerichtskosten (pauschale Gerichtsgebühr) an den Kläger im Umfang von Fr. 333.-- und an die Rechtsvertreterin des Klägers im Umfang von Fr. 667.--; hinzu kommt das Porto von Fr. 6.--, welches das Gericht bei der Entgegennahme der unfrankierten Sendung an Stelle der klägerischen Rechtsvertreterin zu zahlen hatte.

Analog dieser Verteilung ist der Beklagte zu verpflichten, der Beklagten 1/3 der Prozessentschädigung zu bezahlen, also Fr. 500.--. Auf eine Entschädigung für ihre Aufwendungen im Beweisverfahren hat die Beklagte verzichtet. Demgemäss fehlt es an einer Grundlage dafür, die Rechtsvertreterin des Klägers zur Entschädigung der Beklagten für den mit dem Beweisverfahren einhergehenden (Zusatz-)Aufwand zu verpflichten.

Obergericht, II. Zivilkammer Beschlüsse vom 27. September 2011 Geschäfts-Nr.: LC110035-O/U

Hinweis: das Bundesgericht hat einen gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde abgewiesen: 5A\_774/2011

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