

Art. 60 ZPO, Prozessvoraussetzungen. Auch die Wahrung der Frist für das Rechtsmittel ist eine Prozessvoraussetzung und von Amtes wegen zu prüfen (E. 2).

Art. 143 ZPO Einhaltung einer Frist. Der Rechtsmittelkläger hat den strikten Beweis für die Fristwahrung zu leisten (E. 2.1). Würdigung der Beweise im Falle einer uneingeschrieben aufgegebenen Postsendung (E. 3 und 4).

Art. 108 ZPO, unnötige Kosten. Kosten der Beweiserhebungen gehen zu Lasten der Vertreterin, welche das Rechtsmittel uneingeschrieben zur Post gab (E. 6).

(Erwägungen des Obergerichts:)

1. Mit einem Schriftsatz, der auf den 9. Juni 2011 datiert ist, liess der Kläger (...) gegen ein Urteil des Einzelgerichts (3. Abteilung) des Bezirksgerichts Zürich vom 15. April 2011 die Berufung erheben. Zugleich wurde das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und der Bestellung einer Rechtsbeiständin für das Berufungsverfahren gestellt.

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. (...).

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.

¹ Namen verfremdet

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.

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 zuhänden 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.

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.

2.3 Die Beweisabnahme (Befragung der Zeugen) an der Verhandlung vom 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 10. Juni 2011 von Mitarbeitenden der Poststelle Riesbach im Briefkasten der Poststelle Riesbach gefunden worden war. Danach wurde die Sendung von einer Mitarbeiterin der Poststelle mit dem für Einschreibesendungen erforderlichen Barcode (auf Klebeetikette) versehen und abgeleitet bzw. auf der Poststelle gelagert. Den Usanzen der Poststelle gemäss wurde der Barcode der Sendung nämlich erst abends nach dem Schalterschluss um 18.00 Uhr eingescannt, was zu einem elektronisch erfassten Aufgabzeitpunkt auf der Poststelle von 18.13 Uhr führte, wie es durch Track & Trace ausgewiesen ist. Die Beförderung der Sendung von der Poststelle weg erfolgte gemäss der schriftlichen Auskunft am 10. Juni 2011 um 18.30 Uhr.

3.2 Aufgrund der schriftlichen Auskunft der Schweizerischen Post (vorn Ziff. 3.1) sowie aufgrund der postalischen Behandlung von act. 46 (Couvert mit Barcodeetikette und Poststempel der Poststelle Riesbach) kann erstens ohne Weiteres als erstellt gelten, dass die Sendung mit der Berufungsschrift irgendwann nach der letzten Leerung des Briefkastens am 9. Juni 2011 (die nach [dem Bericht der Post] vermutlich stets mit dem Schalterschluss um 18.00 Uhr erfolgt) sowie vor der nächsten Leerung des Briefkastens am Morgen des 10. Juni 2011 in den Briefkasten der Poststelle Riesbach an der Höschgasse eingeworfen worden ist. Zum genauen Zeitpunkt des Einwurfes während dieses Zeitraumes, insbesondere zum Beweisthema, dass der Einwurf gemäss Vermerk auf dem Couvert bereits am 9. Juni 2011 um 23.55 Uhr erfolgte, wie der Kläger behauptet, lässt sich aus der Auskunft demgegenüber zwangsläufig gerade nichts herleiten.

Zweitens darf aufgrund der Auskunft der Schweizerischen Post als erstellt gelten, dass das durch act. 57A (Track & Trace) festgehaltene Aufgabedatum des 10. Juni 2011, 18.13 Uhr, nicht den tatsächlichen Zeitpunkt der Übergabe der Sendung an die Post (durch Einwurf in den Briefkasten) ausweist. Der von der Beklagten mit act. 57A geführte Gegenbeweis ist daher insoweit gescheitert.

Immerhin erlaubt drittens die Wertung der schriftliche Auskunft der Schweizerischen Post zusammen mit der klägerischen Behauptung gemäss Vermerk auf act. 46, die Sendung sei am 9. Juni 2011 um 23.55 Uhr in den

Briefkasten eingeworfen worden, ein Zwischenergebnis zum Zeitraum, innerhalb dessen die Sendung mit der Berufungsfrist eingeworfen wurde: Dieser liegt zwischen dem 9. Juni 2011, 23.55 Uhr, gemäss klägerischer Darstellung, und der ersten Leerung des Briefkastens am Morgen des 10. Juni 2011.

3.3 Die Sendung mit der Berufungsschrift wurde laut Vermerk auf der Rückseite des Couverts (act. 46) durch Rita G. in den Briefkasten der Poststelle Riesbach eingeworfen.

3.3.1 Als Rechtsvertreterin des Klägers ist Rita G. Drittperson im Sinne des Gesetzes. Daher wurde sie als Zeugin vorgeladen, vom Gericht am 5. September 2011 zur Wahrheit gemäss Art. 307 StGB ermahnt und im Einklang mit Art. 161 Abs. 1 ZPO vorab auf ihre Verweigerungsrechte gemäss Art. 166 Abs. 1 lit. b ZPO (Berufsgeheimnis) und Art. 166 Abs. 1 lit. a ZPO (Gefahr zivilrechtlicher Verantwortlichkeit) hingewiesen. Daraufhin erklärte G., sie sei vom Berufsgeheimnis entbunden worden und bereit, auszusagen.

3.3.2 In der anschliessenden weiteren Befragung gab G. zum Beweisthema im Wesentlichen Folgendes zu Protokoll. Den handschriftlichen Vermerk (Text) auf der Rückseite von act. 46 (dazu siehe vorn Ziff. 1.2) habe sie angebracht, ausgenommen die Unterschrift, welche daneben platziert ist. Die Unterschrift stamme von Maria F., einer ihr seit 2003 bekannten Berufskollegin/Juristin, mit der sie eine kollegiale Freundschaft verbinde. F. sei von ihr am 9. Juni 2011 mit einem Telefonat um 19.30 Uhr um Hilfe gebeten worden, weil sie – die Zeugin G. – an diesem Tag sehr unter Druck gewesen sei, gegen Abend gemerkt habe, dass sie eine Migräne bekommen würde und dann auch gesehen habe, dass die Zeit knapp werde. F. sei ca. eine Stunde später zu ihr gekommen. Zusammen hätten sie dann diese Berufung fertig gestellt, das heisse, sie habe den Rest diktiert und F. habe es getippt.

Angebracht hat die Zeugin G. den Vermerk bzw. Text auf der Rückseite von act. 46 nach eigenem Bekunden in ihrem Büro an der Florastrasse 41 in Zürich, und zwar bevor die Berufungsschrift ins Couvert eingepackt worden sei. Darüber, wo F. die Unterschrift auf das Couvert neben den Text gesetzt hatte, ob das in ihrem Büro war oder in ihrem Auto, war sich G. nicht mehr sicher. Das Couvert

hat G. unfrankiert in den Briefkasten der Poststelle an der Höschgasse eingeworfen, weil sie in der Eile vergessen habe zu frankieren. Der Einwurf sei zwischen 23.50 Uhr und 23.55 Uhr erfolgt. Das wisse sie, erklärte G. auf entsprechende Nachfrage, so genau, weil sie auf die Uhr geschaut habe. Ebenso erklärte G. auf entsprechende Nachfragen, als sie den Brief eingeworfen habe, sei F. im Fahrzeug auf dem Parkplatz direkt vor der Post bzw. vor dem Briefkasten gewesen.

3.4 Maria F. erklärte eingangs ihrer Befragung als Zeugin auf die Frage, ob sie den Kläger kenne, sie habe als Hilfsperson von Rita G. gearbeitet. Sie berief sich damit auf das Verweigerungsrecht gemäss Art. 166 Abs. 1 lit. b ZPO. Nachdem Rita G. erklärt hatte, sie und damit auch die Zeugin seien vom Anwaltsgeheimnis entbunden worden, erstattete sie von sich aus sogleich ihre Aussage, beginnend mit den Worten: "Demnach sage ich aus".

3.4.1 Einleitend zum Beweisthema äusserte F. sich im Wesentlichen folgendermassen: An den 9. Juni 2011 erinnere sie sich sehr gut. Es sei ein anstrengender Tag für sie gewesen. Sie sei für ihre Klienten unterwegs gewesen, in Zug und in Baar, wo sie mittags notfallmässig an einen Termin bei einer Klientin habe gehen müssen. Zu Abend habe sie nicht gegessen, weil der nächste Notfall hier gewesen sein, nämlich Rita G.. G. habe sie angerufen und gesagt, es gehe ihr nicht gut, sie habe dieses Frist, ob sie ihr nicht helfen könne. G. habe einmal sicher gegen Mittag angerufen und ihr allgemein angekündigt, sie habe eine Frist, sowie am Abend, zwischen sieben acht oder neun Uhr, wobei es neun Uhr nicht gewesen sein könne, weil sie da schon bei G. gewesen sei. Auf dem Weg habe sie noch etwas zum Essen gekauft, weil G. auch nichts gegessen habe. G. habe sie etwa um neun Uhr in deren Büro getroffen. Es sei um die Sihlpost gegangen. Sie habe nach Zürich fahren müssen, sie denke, sie sei vor neun dort gewesen. Die Sihlpost habe um 22.30 Uhr geschlossen. Sie habe schauen müssen, dass G. nicht umfalle und gefragt, wie sie helfen könne. Sie habe dann sicher kopiert, für Beilagen und dann auch geschrieben, weil G. die Buchstaben nicht mehr gesehen und ihr dann diktiert habe. Wie sie sich zu erinnern glaube, habe sie Beilagen kopiert, Beilagenverzeichnis, es sei eigentliche alles da gewesen. G. habe ihr

Passagen – löscht das, schreibt das – diktiert. Sie habe gedacht, die Sihlpost würde reichen. Sie hätten (also) das Ganze gemacht und irgendeinmal sei es zum Abschluss gekommen, so wie G. es gewollt habe.

3.4.2 Die Unterschrift auf der Rückseite des Couverts, in dem die Berufungsschrift versandt worden war (act. 46), erkannte die Zeugin F. als ihre. Zu den Fragen, wie, wo und wann der Text und die Unterschrift auf dem Couvert angebracht worden waren, äusserte die Zeugin im Wesentlichen Nachstehendes: Der übrige Text sei auf dem Couvert von G. schon angebracht worden, bevor sie ihre Unterschrift angebracht habe. Sie unterschreibe nichts, was sie nicht gelesen habe. Den Text habe G. im Büro vorbereitet. Auf Nachfrage präzisierte F.: "Aufs Couvert geschrieben".

Weiter erläuterte die Zeugin, weil sie langsam nervös geworden sei, habe sie um 23.30 Uhr gesagt, sie wolle jetzt zur Post, weil sie nicht gewusst habe, wo diese sich befindet. Ihre Unterschrift aufs Couvert gesetzt habe sie im Büro. Auf die Frage, wann das gewesen sei, antwortete F.: "Irgendwann zwischen ...". Sie sei nervös gewesen, weil ihr Tag intensiv gewesen sei. Sie habe gesagt, komm wir müssen gehen, dann habe sie – G. – den Text auf das Couvert geschrieben. Für sie, fügte F. an, sei klar gewesen, dass es auf die Sihlpost nicht mehr reiche. G. habe aber eine andere Post in der Nähe ihres Büros gemeint. Auf nochmalige Nachfrage, wann das gewesen sei, rekapitulierte die Zeugin: "Halb zwölf weiss ich, dann hat sie geschrieben, das muss um 23.40 bis 23.45 Uhr gewesen sein".

3.4.3 Zum anschliessenden Geschehen schilderte F. im Wesentlichen Folgendes: Sie habe dann G. gefahren. Sie habe wirklich gedrängt, dass sie gingen. Sie sei gefahren und G. habe das Couvert eingeworfen. Natürlich habe sie vor der Post angehalten. Das sei ihr genau erinnerlich, sie habe G. ja noch nach Hause gefahren, sie wieder mitgenommen. Auf die Frage, wann das mit dem Einwurf gewesen sei, fügte F. endlich an, so wie es dort draufstehe. Kurz vor zwölf, fünf oder zehn Minuten vorher, sie hätten "etwa fünf Minuten dorthin ... oder so ...". Ihr sei wichtig gewesen, dass G. es einwerfe, bevor es Mitternacht sei. Bei ihrem Auto leuchte die Uhr.

3.5 Bei der Würdigung von Beweismitteln sind – wie vorhin bereits angesprochen (vgl. Ziff. 3, vor Ziff. 3.1) – auch die anderweitig bereits erstellten Sachverhalte, die übrigen unstrittigen Sachverhalte sowie die Parteibehauptungen in die Wertung einzubeziehen. Anzuknüpfen ist daher die Würdigung der Zeugnisse von Rita G. und Maria F. an das unter Ziff. 3.2 (a.E.) bereits dargelegte Zwischenergebnis, wonach die Briefsendung zwischen 23.55 Uhr des 9. Juni 2011 und dem Zeitpunkt der ersten Leerung des Briefkastens am Morgen des 10. Juni 2011 eingeworfen wurde. Dieses Zwischenergebnis knüpft an die klägerischen Parteibehauptung im Text auf der Rückseite von act. 46 an, die Briefsendung mit der Berufungsschrift sei am 9. Juni 2011 um 23.55 Uhr in den Briefkasten eingeworfen und damit der Post übergeben worden.

3.5.1 Aus den Aussagen der Zeuginnen G. und F. geht inhaltlich deckend hervor, dass G. den Text auf der Rückseite von act. 46 nicht unmittelbar vor dem Einwurf der Sendung vor dem Briefkasten der Poststelle Riesbach auf das Couvert schrieb. G. schrieb den Text und die damit verbundene Parteibehauptung zuhanden des Gerichts vielmehr nach übereinstimmendem Bekunden der Zeuginnen in ihrem Büro auf die Rückseite des act. 46, und das laut Zeugin G. überdies in einem Zeitpunkt, in dem sich die Berufungsschrift noch gar nicht im Couvert befand. Die Schrift hat sie nämlich erst anschliessend ins Couvert gepackt (vgl. vorn Ziff. 3.3.2, mit Verweis auf act. 66 S. 2). Dass G. die Berufungsschrift in act. 46 erst verpackte, nachdem sie den Text darauf angebracht hatte, hielt die Zeugin sodann zweimal fest, nämlich zuerst spontan und danach auf Nachfrage hin. F. wiederum führte aus, die Unterschrift auf dem Couvert, mit der sie sich dem Gericht als Zeugin offerierte, habe sie ebenfalls nicht vor dem Briefkasten auf act. 46 angebracht, sondern im Büro von G. (vgl. vorn Ziff. 3.4.2 und act. 67 S. 7: "Im Büro").

Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, welche es nahelegen könnten, die Aussagen der beiden Zeuginnen dazu, wo und wie der Text auf der Rückseite von act. 46 angebracht wurde, als unzuverlässig zu bezweifeln. Demnach kann auf diese Aussagen abgestellt werden und es ist erstellt, dass der Text auf der Rückseite von act. 46 im Büro von Rita G. auf das Couvert geschrieben wurde. Erstellt ist damit auch, dass der Text, soweit er einen Briefeinwurf um 23.55 Uhr

behauptet, eine Falschaussage enthält: Denn in dem Zeitpunkt, in dem der Text verfasst worden war, hatte der Briefeinwurf gemäss den Aussagen beider Zeuginnen noch gar nicht stattfinden können und auch nicht stattgefunden.

Aufgrund dieses Ergebnisses erweist sich der Text auf act. 46, der einen Briefeinwurf um 23.55 Uhr behauptet, als falsch und für die klägerischen Beweisführung untauglich.

3.5.2 Die Zeuginnen G. und F. haben gemäss ihren insoweit übereinstimmenden Aussagen den Zeitpunkt des Briefeinwurfes auf der Rückseite von act. 46 fingiert. Als sie den Text auf act. 46 anbrachten bzw. unterschrieben, hat der Briefeinwurf noch gar nicht stattgefunden. Stattgefunden hat er – auch hier stimmen die Aussagen der Zeuginnen überein – erst einige Zeit später. Wann genau das war, kann den Aussagen der Zeuginnen indessen nicht genau entnommen werden. Beide legten sich auf keine Minute fest, obwohl sie erwähnen, sie hätten eine Uhr bei sich gehabt. Das macht ihre Aussagen schon für sich unzuverlässig, erst Recht aber mit Blick darauf, dass sie auf act. 46 einen fingierten Zeitpunkt angegeben hatten. Demnach lässt sich auch aus den Aussagen der Zeuginnen nicht schlüssig, geschweige denn überzeugend herleiten, der Einwurf sei um 23.55 Uhr erfolgt. Dem Kläger ist der Beweis für diese Behauptung deshalb misslungen.

Unter Ziff. 3.2 (a.E.) wurde als Zwischenergebnis der Beweiswürdigung festgehalten, der Zeitraum, in dem der Brief mit der Berufungsschrift in den Briefkasten geworfen worden sei, liege zwischen dem 9. Juni 2011, 23.55 Uhr, und der ersten Leerung des Briefkastens am Morgen des 10. Juni 2011. Dass der Briefeinwurf um 23.55 Uhr erfolgte, ist unbewiesen geblieben. Das führt folgerichtig zum weiteren Ergebnis, dass der Einwurf nicht um 23.55 Uhr erfolgte, sondern erst danach, wobei es gleichermassen möglich ist, dass der Einwurf beispielsweise um 23.56 Uhr oder 23.59 Uhr erfolgte oder erst um 00:01 oder noch später, letztlich irgendwann bis vor der ersten Leerung am Morgen des 10. Juni 2011. Mit diesem Ergebnis ist allerdings weder schlüssig geschweige denn überzeugend dargetan, die Berufungsschrift sei noch am 9. Juni 2011 in den Briefkasten geworfen und damit der Post übergeben worden.

3.5.3 Um nichts zu versäumen, ist dem noch nachzuschicken, dass die Aussagen der Zeuginnen G. und F. die vorhin festgehaltene Unzuverlässigkeit und fehlende Überzeugungskraft der klägerischen Beweisführung zum Zeitpunkt des Briefeinwurfes noch in diversen Facetten erhellen. G. z.B. erwähnte, sie habe auf die Uhr geschaut, benannte im Anschluss daran aber nicht, was sie beim Blick auf die Uhr festgestellt hatte. Jedenfalls hat sie, weil Uhren bekanntlich die Zeit wenigstens minutengenau angeben und nicht bloss ungefähr in Minuten umfassenden Zeiträumen, beim Blick auf die Uhr nicht das feststellen können, was sie zuvor behauptet hatte, nämlich es sei zwischen 23.50 und 23.55 Uhr gewesen, als sie den Brief eingeworfen habe. Dass G. damit zugleich den Zeitpunkt des Briefeinwurfes entgegen der klägerischen Behauptung 23.55 Uhr in einen Zeitraum davor verlegte, kommt noch hinzu. Es ist daher fast müssig darauf hinzuweisen, dass ein Eintreffen G.s vor dem Briefkasten z.B. um 23.53 Uhr es ihr ermöglicht hätte, den von ihr auf act. 46 fingiert bezeichneten Zeitpunkt abzuwarten und so tätig zu bekräftigen. Und es ist ebenso fast müssig anzumerken, dass auch ein Einwurf um 23.59 Uhr noch ausgereicht hätte. Ein Grund, solches nicht zu Protokoll zu geben, was mit einem Blick auf die Uhr festzustellen war, nachdem der auf act. 46 erwähnte Zeitpunkt 23.55 Uhr eingestandenermassen fingiert war, ist nicht ersichtlich. Überzeugend und verlässlich wirkt die Aussage von G. daher nicht.

F. führte auf die Frage, wann das mit dem Einwurf gewesen sei, Folgendes aus: "So wie es dort drauf steht. Kurz vor zwölf, fünf oder zehn Minuten vorher, wir hatten etwa fünf Minuten dorthin ... oder so ... Mir war wichtig, dass sie es einwirft, bevor Mitternacht ist. Bei meinem Auto leuchtet die Uhr" (act. 67 S. 9). Was diese leuchtende Uhr ihr zeigte, als G. das Auto verliess um den Brief einzuwerfen, erwähnte F. aber nicht. Es ist daher ebenfalls fast müssig darauf hinzuweisen, dass F. sich in ihrer Aussage insoweit widerspricht, wie sie behauptet, der Briefeinwurf sei zu dem Zeitpunkt erfolgt, der auf act. 46 fingiert mit 23.55 Uhr angegeben ist, um dann beizufügen, es sei kurz vor zwölf gewesen, fünf oder zehn Minuten vorher. Soweit F. in dieser vagen Form den Zeitpunkt des Einwurfes auf eine Zeit gar vor 23.55 Uhr vorverlegt, kann auf das verwiesen werden, was im Zusammenhang mit der Aussage von G. bereits angemerkt

wurde. Ob dieses Vorverlegen des Einwurfes die Folge dessen ist, dass die Zeuginnen laut G. unmittelbar vor der Befragung gemeinsam die Erinnerung aufgefrischt haben, kann offen gelassen werden. Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist hingegen, dass F. auf die Fragen nach Kontakten mit G. vor der Befragung eine solche Auffrischung gemeinsamer Erinnerung nicht ansprach. Wie auch immer – überzeugend und verlässlich wirkt ebenso das nicht.

Weitere Beweismittel, namentlich etwa das Zeugnis eines unbefangenen Dritten, der den Einwurf der Postsendung vor Ort beobachtet hätte, gibt es nicht. Weiterungen erübrigen sich daher.

4. Als Ergebnis der Beweiserhebungen bleibt somit festzuhalten, dass dem Kläger der strikte Beweis für seine Behauptung misslungen ist, die Berufungsschrift sei von G., wie auf act. 46 festgehalten, am 9. Juni 2011 um 23.55 Uhr in den Briefkasten geworfen worden. Misslungen ist ihm auch der strikte, nämlich überzeugende Beweis dafür, dass die Berufungsschrift wenigstens noch am 9. Juni 2011 von G. in den Briefkasten geworfen wurde. Es bleibt daher bei dem, was durch die schriftliche Auskunft der Post und den Poststempel auf act. 46 belegt bzw. bewiesen ist: Eine postalische Behandlung der Sendung mit der Berufungsschrift erst am 10. Juni 2011.

Demgemäss gilt als erstellt, dass die Berufungsschrift der Post erst am 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 (letztlicher) 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