

**GVG 199, Wiederherstellung, Beweislast.** Der das Gesuch stellenden Partei obliegt der Nachweis eines Ablaufes, welcher die Wiederherstellung erlaubt. Eingeschriebene (Gerichts-)Post, Werbesendungen, Zeitungen und alle übrige Post dem Empfänger von einer Hilfskraft unsortiert in einem Stapel aufs Pult legen zu lassen, ist ein grober organisatorischer Mangel.

Das Obergericht setzte der Klägerin im Sinne von § 264 ZPO Frist zum Stellen und Begründen von Berufungsanträgen an. Die Verfügung wurde mit Gerichtsurkunde versandt, und der Empfangsschein kam ordentlich zurück. Nach unbenutztem Ablauf der Frist trat das Obergericht auf die Berufung nicht ein. Daraufhin ersuchte die Klägerin um Wiederherstellung der versäumten Frist. Die Beklagte beantragt, das Gesuch abzuweisen.

Aus den Erwägungen des Obergerichts:

2. Auf Antrag des Säumigen kann das Gericht eine Frist wieder herstellen, bei grobem Verschulden der Partei oder ihres Vertreters aber nur mit Einwilligung der Gegenpartei. Grobes Verschulden einer Hilfsperson der Partei oder ihres Vertreters wird der Partei zugerechnet, wenn nicht gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion der Hilfsperson nachgewiesen wird. Das Gesuch um Wiederherstellung ist innert zehn Tagen nach dem Wegfall des Hindernisses zu stellen (§ 199 GVG).

Die Unterscheidung in leichtes und grobes Verschulden kann sich daran orientieren, ob die betreffende Person es (lediglich) an der Sorgfalt fehlen liess, welche ein sorgfältiger oder sogar sehr sorgfältiger Mensch angewendet haben würde, oder aber ob er eine Sorgfaltspflicht verletzte, deren Beachtung unter den gegebenen Umständen auch einem nur durchschnittlich Sorgfältigen zuzumuten war (ZR 99/2000 Nr. 21; ähnlich das Kassationsgericht in einem jüngsten [elektronisch veröffentlichten] Entscheid AA070003 vom 14. August 2007). Eingeschriebene Post und solche von Gerichten muss im Büro eines Anwaltes mit grösster Aufmerksamkeit behandelt werden. Das gilt noch besonders, wenn wie hier vom Obergericht schon auf dem Empfangsschein auf eine Frist hingewiesen wird („Präsidialverfügung vom 27.08.07 / Frist: 20 Tage“). Leichtes Verschulden einer

Hilfsperson hat der Anwalt nicht zu vertreten; grobes nur dann, wenn ihm selbst ein Verschulden in Form von mangelhafter Auswahl, Instruktion und Überwachung zur Last fällt (Hauser/Schweri, a.a.O., § 199 N. 66).

3. Was mit der Sendung geschah, lässt sich aufgrund der Akten, der Stellungnahmen der Parteien und der vom Obergericht von Amtes wegen angeordneten Einvernahme einer Sekretärin nicht zuverlässig rekonstruieren; sie ist verschollen.

Die Verfügung mit der Fristansetzung wurde als Gerichtsurkunde versandt. Eine solche besteht aus einem gelben Briefumschlag, auf dessen Vorderseite eine Etikette mit der Adresse geklebt wird. Darüber liegt ein Vorsatzblatt, ebenfalls mit einem Adressblatt beklebt, welches an einer (Längs-)Seite mit dem Umschlag fest verbunden ist und an einer durchgehenden Perforierung abgetrennt werden kann. Übergibt die Post die Sendung dem Empfänger, hat dieser dafür nicht nur im Empfangsbuch zu quittieren, sondern zudem auf dem mit „Empfangsbestätigung“ überschriebenen Vorsatzblatt. Dieses geht abgetrennt vom Umschlag an den Absender zurück. So verhielt es sich hier. Die Unterschrift der Sekretärin K. findet sich sowohl in der Kopie des Zustellbuches als auch auf dem Empfangschein, der ordentlich ans Obergericht als Absender zurückging.

Die Klägerin macht zur Begründung des Gesuches um Wiederherstellung geltend, die Anwaltssekretärin könne sich an die Sendung nicht erinnern. Ihr Vertreter, Rechtsanwalt S., sei an dem Morgen wegen einer Augenoperation im Spital gewesen. Die Sendung habe sich trotz gewissenhafter Suche nirgends finden lassen. Generell nehme die Sekretärin K. die Post entgegen und sortiere sie nach Sendungen für die beiden Partner-Anwälte und anderem. Post für den Partner P. und dessen Mitarbeiter E. werde diesen ungeöffnet weiter gegeben. Die juristische Mitarbeiterin W. öffne die andere Post und versehe sie mit dem Eingangsdatum; das für Rechtsanwalt S. lege sie diesem an den immer selben Platz, Sendungen aus von ihr betreuten Mandaten bearbeite sie selber weiter. Da alle Dossiers durchsucht wurden, könne die Sendung nicht falsch abgelegt worden sein. Wäre sie irrtümlich an die Herren P. oder E. gelangt, hätten diese den Irrtum bemerkt und gemeldet. Weder Rechtsanwalt S. noch die Mitarbeiterin W. hätten die

Fristansetzung zu Gesicht bekommen, denn der Fall habe sie beschäftigt und darum wäre ihnen eine Verfügung des Obergerichtes aufgefallen. Die Klägerin mutmasst, dass die Sekretärin K. die Sendung zwar entgegen nahm, dass der Postbote diese aber irrtümlich wieder mitnahm, oder aber dass das Briefcouvert im Altpapier landete, bevor die Mitarbeiterin W. seinen Inhalt zur Kenntnis nahm.

Die Vermutungen der Klägerin laufen auf schwere Vorwürfe an die Sekretärin hinaus. Für eine eingeschriebene Sendung zwar zu unterschreiben, sie aber dem Boten wieder mitzugeben, oder aber sie auf dem Weg von der Haustüre ins Büro zwei Stockwerke höher zu verlegen (oder gar wegzuwerfen), wäre eine grobe Nachlässigkeit. Es würde sich um so krasse Fehlleistungen handeln, dass man im Normalfall wohl sagen müsste, dagegen sei auch mit den besten Instruktionen nicht aufzukommen. Die Verhältnisse liegen insofern speziell, als die Sekretärin gerade 17-jährig war und wenige Tage zuvor überhaupt erst ihre KV-Lehre im Anwaltsbüro S. und P. angefangen hatte; dass sie „regelmässig kontrolliert“ werde und „stets zur vollsten Zufriedenheit“ arbeitete (so die Klägerin), sagt in dieser Lage nicht viel aus. Ob die Sekretärin einen Fehler gemacht hat, der durch bessere Instruktion oder Überwachung hätte vermieden werden können, kann freilich offen bleiben, denn die Mutmassungen der Klägerin haben sich nicht erhärten lassen: die Post konnte die Sendung im Rahmen einer Nachforschung nicht finden. Dass der Bote die Sendung wieder mitgenommen haben sollte, wäre ein sehr ungewöhnlicher Vorgang, für den es keine Anhaltspunkte gibt. Die Sekretärin sagte zudem als Zeugin aus, sie sei vom Mitarbeiter E. über die Behandlung der Post instruiert worden: sie müsse für die eingeschriebenen Sendungen unterschreiben (E. sei mit ihr zur Haustüre [„nach unten“] gegangen und habe ihr gezeigt, wie sie da unterschreiben müsse). Dabei müsse sie zählen, wie viele Sendungen es seien, und kontrollieren, ob sie auch so viele erhalte. Das mache sie seit Anfang so. Da die Zeugin am 2. August 2007 ihre Arbeit aufgenommen hat, nur an drei Tagen in der Woche auf dem Büro arbeitet und mindestens einmal vom Mitarbeiter E. begleitet wurde, war der fragliche 29. August 2007 höchstens der elfte, an welchem sie die Post selbständig in Empfang nahm. Nach der Darstellung der Klägerin arbeitet sie zuverlässig, und als Zeugin hinterliess sie einen guten Eindruck. Es kann also mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit

ausgeschlossen werden, dass sie als Folge eines in Routinearbeiten mitunter zu beobachtenden Schlendrians entgegen der Instruktion und entgegen ihrer Angabe als Zeugin an jenem Tag sich nicht durch Zählen vergewisserte, wie viele eingeschriebene Sendungen sie erhalten sollte und ob sie wirklich so viele erhielt. Die Hypothese, dass der Bote die Sendung wieder mitnahm, kann daher ausgeschlossen werden. Die Zeugin erklärte auf eine entsprechende Frage, sie nehme kein Behältnis mit zur Haustüre, wenn der Postbote klinge; zwar werde unterschiedlich viel Post geliefert, es sei aber jeweils in der Höhe nicht mehr als eine kleine Handspanne, und sie könne das gut tragen. Auch für die Mutmassung der Klägerin, die Sekretärin könnte die fragliche Gerichtsurkunde auf dem Weg ins Büro verloren oder weggeworfen haben, gibt es daher keinen vernünftigen Anhaltspunkt. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die Sendung den Weg ins Büro fand, welches die Sekretärin mit der Mitarbeiterin W. teilt, und dass sie erst anschliessend verloren ging.

Andererseits erklären sowohl Rechtsanwalt S. als auch die juristische Mitarbeiterin W., dass sie die fragliche Verfügung nie zu Gesicht bekommen haben. Die Beklagte lässt das nicht bestreiten, und es ist plausibel: Rechtsanwalt S. schildert glaubhaft, dass er die Sache mit seiner Mitarbeiterin besprochen hatte, und aktenkundig sind Bemühungen um die Leistung der Kautionsleistung, was für die Klägerin wegen angespannter Liquidität ein Problem darstellte und eine Fristerstreckung erforderte. Unter diesen Umständen wäre die Ansetzung der Frist zum Stellen und Begründen der Berufungsanträge gewiss sowohl Rechtsanwalt S. als auch seiner juristischen Mitarbeiterin aufgefallen. Damit fällt die Variante ausser Betracht, dass die Verfügung zur Kenntnis genommen, dann aber nachlässig behandelt wurde, insbesondere der Eintrag der Frist unterblieb. Geht es nicht um einen nachlässigen Umgang Rechtsanwalt S.s mit der fraglichen Sendung, spielt es keine Rolle, dass er an jenem Vormittag krankheitshalber nicht im Büro war.

Es bleibt die Frage, was mit der Sendung geschah, nachdem die Zeugin K. sie ins gemeinsame Büro von ihr und der juristischen Mitarbeiterin W. getragen hatte. Die Zeugin gibt an, dass sie die Post auf drei Stapel legt: die an Rechtsanwalt S. adressierte auf den einen, die für Rechtsanwalt P. oder den juristischen

Mitarbeiter E. auf einen zweiten, die für die juristische Mitarbeiterin W., die nicht eindeutig zuzuordnende und die generell ans Büro S. & P. adressierte auf einen dritten. Dabei hat sie die Post nicht zu öffnen; das besorgen die Adressaten resp. Frau W.

In diesem Zusammenhang ist die Besonderheit zu erörtern, dass die verlorene Sendung adressiert war an „Frau lic. iur. R. F. / [Adresse des Anwaltsbüros]“. Frau F. figuriert zusammen mit den Herren S., P. und E. auf der Vollmacht vom 26. August 2005. Die Klageschrift sagt, die Klägerin werde „vertreten durch RA lic. iur. S., substituiert durch lic. iur. R. F. ...“. Zwar unterschrieb Rechtsanwalt S. die Rechtsschrift. Das Bezirksgericht nahm gleichwohl R. F. als Vertreterin ans Rubrum, und dagegen wurde nicht widersprochen. An der mündlichen Hauptverhandlung traten Rechtsanwalt S. und R. F. gemeinsam für die Klägerin auf, die Plädoyernotizen waren von R. F. unterzeichnet. Das Urteil des Bezirksgerichtes wurde an R. F. adressiert, am 24. April 2007 quittierte dafür allerdings Frau W. Obschon diese bereits anfangs 2007 R. F. als juristische Mitarbeiterin abgelöst hatte, wurde das den Gerichten nicht mitgeteilt. So ging auch die heute fragliche Sendung noch an „Frau lic. iur. R. F. / [Adresse des Anwaltsbüros]“. Es ist als grobe Nachlässigkeit zu werten, dass Rechtsanwalt S. diesen personellen Wechsel den Gerichten nie mitgeteilt hat - wenn dieser Umstand den Verlust der Sendung begünstigte, steht das einer Wiederherstellung entgegen. Es ist allerdings von keiner Seite behauptet, dass Sendungen an R. F. dieser nachgesandt wurden, und die Adressierung „R. F. / S. & P. ...“ legt nicht nahe, dass die Sendung als R. F. persönlich betreffend angesehen worden wäre. Die Zeugin K. hat dafür keine speziellen Instruktionen und legt Sendungen mit dieser Adressierung auf den Stapel für die Mitarbeiterin W.

Somit dürfte die Sendung höchstwahrscheinlich zwar auf den von Mitarbeiterin Frau W. zu bearbeitenden Stapel der Post gelangt, aber weder zu ihrer noch zur Kenntnis von Rechtsanwalt S. gelangt sein. Dafür gibt es im Grunde nur eine plausible, aber auch nahe liegende Erklärung: dass die Sendung zwischen andere, aber unwichtige Papiere geriet und zusammen mit diesen abgelegt oder fortgeworfen wurde. Die Zeugin K. erklärte in ihrer von der Klägerin vorgelegten

schriftlichen Stellungnahme: „Werbung und Zeitungen, die nicht adressiert, sondern unpersönlich ankommen, kann ich auch direkt wegwerfen. Persönliche Werbung bzw. Zeitungen gehen an den jeweiligen Empfänger“, das muss also heissen: auf den jeweiligen Stapel. Und dabei ist weder behauptet noch hat es die Befragung der Zeugin ergeben, dass eingeschriebene Sendungen, gewöhnliche Post, adressierte Werbung und Zeitungen getrennt abgelegt werden. Auch wenn die ganze Post eines Tages in der Höhe nur eine kleine Handspanne der Zeugin misst und der Stapel für Mitarbeiterin W. nur einen Teil davon ausmacht, begünstigt diese unterschiedslose Behandlung der Sendungen einschliesslich sogar der Werbesendungen und der Zeitungen, dass eine eingeschriebene Sendung oder eben eine gerichtliche Fristansetzung untergehen kann, weil sie zusammen mit Unwichtigem aus Versehen weggeworfen wird. Das ist ein organisatorischer Mangel, den Rechtsanwalt S. als Chef persönlich zu vertreten hat und der angesichts der Bedeutung, die eingeschriebene Sendungen für ein Anwaltsbüro haben, nicht mehr als nur leicht zu beurteilen ist. Einfache Arbeiten muss der Anwalt einer Hilfskraft überlassen dürfen, damit er sich auf seine eigentliche Tätigkeit als qualifizierter Spezialist konzentrieren kann (Hauser/Schweri, a.a.O., § 199 N. 66). Dass weder der Vertreter der Klägerin noch seine juristische Mitarbeiterin persönlich die Post entgegen nimmt, ist selbstverständlich. Dann müssen aber die nötigen organisatorischen Vorkehren getroffen sein dafür, dass wichtige Sendungen als solche erkannt und entsprechend behandelt werden. Daran fehlte es hier. Die Zeugin K. hat angegeben, dass sie als Folge des zu diskutierenden Missgeschickes wohl die Weisung erhalten werde, eine Liste der eingegangenen eingeschriebenen Sendungen zu machen. Das darf nicht ohne Weiteres als Beleg für einen organisatorischen Mangel herangezogen werden - nach einem Unglück Verbesserungen vorzukehren, ist kein Beweis dafür, dass diese Verbesserungen notwendig waren und schon früher (unbedingt) hätten angeordnet werden müssen. Es hätte aber nicht einmal einer eigenen Liste bedurft, was in einem kleinen Anwaltsbüro als unverhältnismässig erscheinen könnte. Es hätte genügt, die eingeschriebenen Sendungen separat zur weiteren Verarbeitung hinzulegen.

Wie es letztlich zu dem Missgeschick kam, und wie die Sendung am Ende verloren ging, bleibt damit offen. Es steht nicht fest, ob die Sendung wirklich auf

die Weise abhanden kam, wie es nach dem vorstehend Ausgeführten am wahrscheinlichsten ist: durch die Ablage in einem Stapel zusammen mit uneingeschriebenen Briefen, mit Unwichtigem und gar Unerwünschtem. Entscheidend ist aber, dass die Klägerin nicht einen Ablauf positiv nachweisen oder mindestens als überwiegend wahrscheinlich darstellen kann, bei welchem ihren Vertreter nur ein leichtes Verschulden trifft. Damit kann die Wiederherstellung gegen den Willen der Gegenpartei nicht gewährt werden.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Beschluss vom 22. November 2007  
LB070049