

APH 08 520, publiziert November 2008

Entscheid der 1. Zivilkammer des Appellationshofs des Kantons Bern,
unter Mitwirkung von Oberrichterin Pfister Hadorn (Referentin), Oberrichterin Lüthy-Colomb und Oberrichter Kunz sowie Kammerschreiberin Zbinden

vom 17. Oktober 2008

in der Streitsache zwischen

A

vertreten durch Fürsprecher B

Beschwerdeführerin

und

C

Beschwerdegegner



Regeste:

288 Abs. 1 Ziffer 2 ZPO; 374 Ziff. 1 ZPO: Wiederherstellung einer richterlichen Frist bei Krankheit

Das Wiedereinsetzungsgesuch, abgeschickt am Tag nach Ablauf der Frist, war verspätet.

Der Anwalt der Beschwerdeführerin bemerkte 3 Tage vor Ablauf der Frist, dass sich eine Grippe manifestiert. Die Krankheit am letzten Tag der Frist war somit nicht unvorhersehbar. Auch wenn es sich bei ihm um einen 1-Mann-Betrieb handelt und sich seine Klientin im Ausland befindet, hätte er in diesem zwei Tagen (ein Wochenende) vor der Krankheit zumindest ein Fristverlängerungsgesuch aufsetzen und zur Post bringen oder bringen lassen können. Gerade beim 1-Mann-Betrieb muss er sich so organisieren, dass ein solches Vorgehen möglich ist.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Keine

Auszug aus den Erwägungen:

I.

(...)

II.

1. (...)

Die Verfügung betreffend Einreichung einer schriftlichen Klageantwort und Leistung eines Gerichtskostenvorschusses innert 21 Tagen sei am 4. August 2008 zugestellt worden. Die Frist sei demnach am 25. August 2008 abgelaufen.

Am Wochenende des 23./24. August 2008 habe sich beim Anwalt ein grippaler Infekt begonnen zu manifestieren. Der Anwalt sei bis am Abend des 24. August 2008 davon ausgegangen, am folgenden Tag zumindest teilweise in seinem Büro arbeiten zu können. Dies sei jedoch nicht der Fall gewesen. Der Infekt habe sich verschlimmert, und am 25. August 2008 sei der Anwalt mit hohem Fieber und starkem Durchfall im Bett gelegen und habe sich während des ganzen Tages und der anschliessenden Nacht mehrmals erbrechen müssen. Er sei an diesem Tag zu 100% arbeitsunfähig gewesen und habe seine Büroräumlichkeiten nicht aufsuchen können.

Am 26. August 2008 sei der Anwalt gesundheitlich zwar immer noch stark angeschlagen gewesen, habe aber während zwei bis drei Stunden im Büro arbeiten können. An diesem Tag habe er auch das Gesuch um Wiedereinsetzung nach Art. 288 ff. ZPO gestellt. Er habe im Gesuch auf den Umstand aufmerksam gemacht, dass er sein Büro alleine betreibe und das Arztzeugnis beigelegt, welches ihm für den 25. August 2008 eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit attestiere.

(...)

Am 24. August 2008 sei trotz sich manifestierender Grippe nicht absehbar gewesen, dass der Anwalt am darauf folgenden Tag derart stark eingeschränkt sein würde. In seiner ganzen Zeit als selbständiger Anwalt habe er mindestens teilweise gearbeitet, selbst wenn er erkrankt gewesen sei. Im vorliegenden Fall sei aufgrund der sich unmittelbar verschlimmernden Situation tatsächlich eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit eingetreten.

(...)

2. (...)

Die Beschwerde nach Art. 374 ZPO ist ein subsidiäre Rechtsbehelf (im Falle von Art. 374 Ziff. 2 ZPO) resp. ein subsidiäres „Notrechtsmittel“ (in den Fällen von Art. 374 Ziff. 1 und 3 ZPO). Unzulässig ist die Beschwerde in der Regel jedoch gegenüber prozessleitenden Verfügungen. Ausnahmen gelten hinsichtlich Einstellungsverfügungen, der Abschreibung des Verfahrens und des e in Gesuch um Wiedereinsetzung ablehnenden Entscheids (vgl. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/

STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Auflage, Bern 2000, N 2c zu Bem. vor Art. 374 ZPO). Rechtsverweigerung liegt vor, wenn eine Gerichtsperson untätig bleibt, obwohl ihr ein ordnungsgemässes Begehren um Vornahme einer in den Bereich ihrer Zuständigkeit fallenden Handlung vorliegt oder eine Verpflichtung zum Handeln von Amtes wegen besteht (LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/ STERCHI, a.a.O., N 2 zu Art. 374 ZPO). Lehnt der Richter eine beantragte Handlung mit unzutreffender Begründung ab oder verfügt oder entscheidet er falsch, liegt darin an sich weder eine Rechtsverweigerung noch ein Missbrauch der Amtsgewalt noch eine ungebührliche Behandlung der betroffenen Partei. Nur die qualifizierte Unrichtigkeit rechtfertigt das Einschreiten der Aufsichtsbehörde. Diese liegt dann vor, wenn sich der Richter von unsachlichen oder solchen Gründen leiten lässt, deren Unstichhaltigkeit er bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen können. Die Kognition wird somit auf eine Willkürprüfung eingeschränkt (LEUCH/MARBACH/ KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 2d zu Bem. vor Art. 374 ZPO). Das Willkürverbot ist zudem in Art. 9 BV niedergeschrieben, dieses geht aber nicht über die Vorgaben von Art. 3 74 Ziff. 1 ZPO hinaus.

3. Gemäss Art. 288 Abs. 1 Ziffer 2 ZPO kann sich eine säumige Partei unter anderem gegen einen aufgrund Versäumung einer durch den Richter anberaumten Frist entstandenen Prozessnachteil in den vorigen Stand einsetzen lassen, wenn sie glaubhaft machen kann, dass sie, ihr Bevollmächtigter oder Anwalt durch erhebliche Hindernisse wie Krankheit (...) an der Rechtsbesorgung gehindert und die Vertretung durch einen Substituten ausgeschlossen oder nicht tunlich war.

Die Beurteilung der erheblichen Hindernisse hat nach pflichtgemässem Ermessen zu erfolgen, wobei eine eher strenge Handhabung angezeigt ist. Insbesondere Anwälte trifft eine über das im Verkehr sonst übliche Mass hinausgehende Sorgfaltspflicht. Andererseits sind alle Umstände in fairer Weise zu würdigen und es sind nicht übermässige Anforderungen zu stellen. Bei plötzlicher Erkrankung des Anwalts ist die Wiedereinsetzung genauso am Platz wie bei nicht oder nicht rechtzeitigem Erreichen des Gerichtsortes wegen nicht vorhersehbarer Verkehrsstörung (zum Ganzen: LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 6a zu Art. 288 ZPO).

Das Bundesgericht führt in BGE 112 V 255, E. 2a, zu dieser Frage folgendes aus: Krankheit kann ein unverschuldetes, zur Wiederherstellung führendes Hindernis sein. Doch muss die Erkrankung derart sein, dass der Rechtsuchende durch sie davon abgehalten wird, selber innert Frist zu handeln oder doch eine Drittperson mit der Vornahme der Prozesshandlung zu betrauen. So hat das Eidgenössische Versicherungsgericht die Wiederherstellung gewährt: einem an einer schweren Lungenentzündung leidenden, hospitalisierten 60jährigen Versicherten (in BGE 102 V 140 nicht veröffentlichte Erw. 1 des Urteils Poltera vom 14. September 1976), ebenso einem Versicherten, der wegen schwerer nachoperativer Blutungen massive zerebrale Veränderungen aufwies, intellektuell stark beeinträchtigt und daher während der gesamten Rechtsmittelfrist weder fähig war, selber Beschwerde zu erheben, noch sich bewusst werden konnte, dass er jemanden mit der Interessenwahrung hätte betrauen sollen (ZAK 1981 S. 523 Erw. 2b). Nicht gewährt hat das Gericht die Wiederherstellung dagegen in Fällen eines immobilisierten rechten Armes bzw. einer schweren Grippe, wo keine objektiven Anhaltspunkte dafür bestanden und dies auch nicht weiter belegt wurde, dass der Rechtsuchende nicht imstande gewesen wäre,

trotz der Behinderung fristgerecht zu handeln oder nötigenfalls einen Vertreter mit der Interessenwahrung zu beauftragen (unveröffentlichte Urteile van Driesten vom 21. Februar 1984 und Reichlin vom 29. Juni 1977). Hindert die Krankheit den Rechtsuchen-den zwar daran, selber zu handeln, könnte er aber in nach den Umständen zumutbarer Weise einen Dritten mit der Interessenwahrung beauftragen, so kann die Wiederherstellung nach dem Gesagten ebenfalls nicht gewährt werden, wenn die Partei den Beizug eines Vertreters versäumt (unveröffentlichtes Urteil Lanni vom 26. Juni 1984).

Bedeutsam für die Frage, ob Krankheit im Sinne eines unverschuldeten Hindernisses die Partei von eigenem fristgerechten Handeln oder der Beauftragung eines Dritten abgehalten hat, ist vor allem die letzte Zeit der Rechtsmittelfrist, weil die gesetzliche Regelung jedermann dazu berechtigt, die notwendige Rechtsschrift erst gegen das Ende der Frist auszuarbeiten und einzureichen (EVGE 1969 S. 149 f. mit Hinweisen; unveröffentlichte Urteile Gianotti vom 6. Dezember 1984 und Egloff vom 3. April 1973). Erkrankt die Partei eine gewisse Zeit vor Fristablauf, so ist es ihr in aller Regel möglich und zumutbar, ihre Interessen selber zu verteidigen oder die Dienste eines Dritten in Anspruch zu nehmen; erkrankt die Partei dagegen ernsthaft gegen das Ende der Frist, so wird sie im Allgemeinen nicht in der Lage sein, selber zu handeln oder einen Dritten zu beauftragen, weshalb in solchen Fällen die Wiederherstellung zu gewähren ist (zum Ganzen: BGE 112 V 255, E.2a).

In BGE 119 II 86, E. 2 (m.w.H.), hat das Bundesgericht ausgeführt, für die Frage des unverschuldeten Hindernisses macht es grundsätzlich keinen Unterschied, ob die Verhinderung den Anwalt oder den Klienten betrifft, hat sich doch der Anwalt so zu organisieren, dass die Fristen im Falle seiner Verhinderung trotzdem gewahrt bleiben. Die Wiederherstellung beurteilt sich nach Massgabe der Gesuchsbegründung.

Wie der Anwalt selber ausführt, begann sich bei ihm am Wochenende des 23./24. August 2008 ein grippaler Infekt zu manifestieren, was aber noch nicht zu einer Arbeitsunfähigkeit geführt hat. Am 25. August 2008 (letzter Tag der Frist) war er unbestrittenermassen eben dieser Grippe zu 100% wegen arbeitsunfähig (vgl. das Arztzeugnis vom 26. August 2008).

Dem Anwalt ist beizupflichten, dass es nicht zumutbar ist, in der fraglichen Zeit seine offenbar im Ausland weilende Klientin zu informieren, zu instruieren und sie ein entsprechendes Gesuch bei einer schweizerischen konsularischen oder diplomatischen Vertretung deponieren zu lassen.

Dass der Anwalt aufgrund seines 1-Mann-Büros nicht in der Lage war, die nötigen Vorkehrungen an einen anderen Substituten zu delegieren, hat der Beschwerdegegner erkannt.

Es ist jedoch zu beachten, dass die Krankheit des Anwaltes vom 25. August 2008 nicht plötzlich aufgetreten ist, sondern sich bereits mindestens zwei Tage vorher manifestiert hat, während deren er unbestrittenermassen arbeitsfähig gewesen ist. Auch wenn der Anwalt während des fraglichen Wochenendes gehofft hat, am Montag wieder gesund zu sein, musste er doch damit rechnen, an diesem Tag mit einer schweren Grippe im Bett zu liegen. Im Wissen um diese Möglichkeit hatte sich der

Anwalt somit so zu organisieren, damit er die fragliche Frist wahren kann. Entgegen den oberinstanzlichen Ausführungen des Anwaltes hat der Beschwerdegegner denn auch eine entsprechende Möglichkeit aufgezeigt: Der Anwalt hätte ohne Weiteres am Wochenende, als er noch arbeitsfähig gewesen war, ein Fristverlängerungsgesuch, welches lediglich rund 3 Zeilen beinhaltet, aufsetzen und zur Post bzw. notfalls zum Postbriefkasten bringen können. Er hätte das vorbereitete Gesuch zudem am Montag, als der Anwalt krank war, durch einen Bekannten zur Post bringen lassen können. Gerade in Anbetracht der Umstände, dass es sich beim Büro des Anwalts um einen 1-Mann-Betrieb handelt, muss er sich im Hinblick auf die erhöhte Sorgfaltspflicht so organisieren, dass ein solches Vorgehen möglich ist. Inwieweit dies nicht tunlich sein sollte, ist nicht ersichtlich, zumal der Anwalt nicht vorbringt, er habe die Klageantwort am Montag, 25. August 2008 noch schreiben wollen. Ein Fristverlängerungsgesuch war somit offenbar geplant. Auch wenn es einer Partei unbenommen ist, die notwendigen Rechtsschriften erst gegen Ende der Frist auszuarbeiten und abzuschicken, so hat sie dies eben auch in den letzten Tagen der Frist zu machen und insbesondere nicht den allerletzten Tag der Frist abzuwarten, wenn, wie vorliegend, eine Krankheit absehbar ist.

4. Auch wenn die eigentliche Begründung in der angefochtenen Verfügung umfangmässig etwas kurz ausgefallen ist, so hat sich der Beschwerdegegner doch mit den im Gesuch vorgebrachten Argumenten, insbesondere desjenigen des 1-Mann-Büros und der kurzfristigen Krankheit auseinandergesetzt und sie entsprechend der umfangreichen zitierten Rechtsprechung gewürdigt. Dem Anwalt wurde denn auch nicht zugemutet, einen Arbeitskollegen mit seiner Vertretung zu beauftragen. Im Weiteren wurden Alternativen aufgezeigt, wie der Anwalt die Frist hätte wahren können, nämlich indem er am Wochenende vor Fristablauf ein Fristverlängerungsgesuch, dessen Verfassung fast keinen Aufwand generiert, hätte vorbereiten und zur Post bringen (lassen) können. Die Ausführungen des Beschwerdegegners, dass die Beschwerdeführerin mit der Sache beauftragt werden könnte, kann nur auf ein Versehen zurückzuführen sein, welches aber am grundsätzlichen Entscheid nichts ändert. Ob der Anwalt bereits am 26. August 2008 wieder in der Lage war, ein Wiedereinsatzgesuch zu schreiben, kann vorliegend ausser Betracht bleiben.

Es ist weiter nicht ersichtlich, inwiefern sich der Beschwerdegegner mit der Rechtsprechung oder den eigenen Erwägungen in Widerspruch gesetzt hätte. Der Beschwerdegegner hat sich auch nicht von unsachlichen oder solchen Gründen leiten lässt, deren Unstichhaltigkeit er bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen können. Eine qualifizierte Unrichtigkeit liegt nicht vor. Der angefochtene Entscheid ist somit weder im Sinne von Art. 374 Ziff. 1 ZPO noch im Sinne von Art. 9 BV willkürlich.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

III.

(...)

Hinweis:

Rechtsmittel: Subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) bzw. Beschwerde in Zivilsachen (Art. 95 ff. BGG) bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung. Entscheid ist in Rechtskraft erwachsen.