



<b>Fall-Nr.:</b>	BO.2012.34
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	07.08.2012
<b>Entscheiddatum:</b>	07.08.2012

### **Entscheid Kantonsgericht, 07.08.2012**

**Art. 52, Art. 145 und Art. 148 ZPO (SR 272). Wiederherstellung der Berufungsfrist nach Einlegen des falschen Rechtsmittels aufgrund falscher Rechtsmittelbelehrung. Insbesondere Wahrung der absoluten Wiederherstellungsfrist nach Rechtskraft eines Entscheides (Art. 148 Abs. 3 ZPO). Anwendbarkeit des Fristenstillstandes gemäss Art. 145 ZPO auf nach Monaten bemessene Fristen. Treu und Glauben im Zivilprozess. Anwendung von Art. 63 ZPO bei falscher funktionaler Zuständigkeit resp. falschem Rechtsmittel offengelassen. Kostenfolgen bei Wiederherstellung nach falscher Rechtsmittelbelehrung (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 7. August 2012, BO.2012.34).**

Erwägungen

I.

1. X (Beklagter) verunfallte am 6. September 2007 mit seinem Fahrzeug A. Ein Polizeirapport zu diesem Unfall liegt nicht vor (aber eine private Bestätigung: kläg.act. 1, bekl.act. 8). Das Fahrzeug erlitt bei einem Kilometerstand von rund 41'457 rechnerischen Totalschaden (kläg.act. 17; bekl.act. 10 ff.).

Das Fahrzeug hatte der Beklagte nach eigenen Angaben im Sommer 2005 von Z gekauft, welcher es seinerseits am 4. Juni 2004 von der Y AG (Klägerin) erworben hatte (bekl.act. 1). Der Beklagte hatte das Fahrzeug im Sommer 2006 in die Werkstatt der Klägerin verbracht, und zwar ursprünglich für Karosserie-Arbeiten; am 10. November



## St.Galler Gerichte

2006 führte die Klägerin am Fahrzeug einen Service aus. Der Beklagte nahm es am 13. April 2007 (mit einem Kilometerstand von 39'452) wieder entgegen (bekl.act. 4 f., kläg.act. 17).

Im Zuge der vorprozessualen Korrespondenz machte der Beklagte geltend, die Klägerin hafte ihm aus Produkthaftpflicht, wegen der Verletzung aus werkvertraglicher Nebenpflichten und aus ausservertraglicher Haftpflicht für den Sachschaden aus dem Unfall, welchen er auf Fr. 10'000.- bezifferte. Die Klägerin leistete mehrere Verjährungsverzichtserklärungen; sie tat dies letztmals am 29. Juni 2009 bis zum 31. Dezember 2009, und stellte gleichzeitig klar, in aussergerichtlichen Verhandlungen keinen Sinn zu sehen (kläg.act. 7 ff., insb. 20).

Der Beklagte setzte am 28. Dezember 2009 den Betrag von Fr. 9'900.- in Betreuung (kläg.act. 21); gegen den Zahlungsbefehl wurde kein Rechtsvorschlag erhoben. Die Klägerin überwies den geforderten Betrag inkl. Betreuungskosten (Total Fr. 10'019.85) an das Betreibungsamt (kläg.act. 22 f.). Sie teilte dem Beklagten am Folgetag mit, den Rechtsvorschlag irrtümlich unterlassen zu haben, und forderte die bezahlte Summe zurück (kläg.act. 24). Gegen den ihm am 13. April 2010 zugestellten Zahlungsbefehl erhob der Beklagte Rechtsvorschlag.

2.a) Der Vermittlungsvorstand vom 3. November 2010 blieb unvermittelt (vi-act. 1); die Klägerin erhob am 28. Dezember 2010 Rückforderungsklage i.S.v. Art. 86 SchKG mit eingangs gestelltem Rechtsbegehren (vi-act. 2). Nach doppeltem Schriftenwechsel (vi-act. 7, 14, 19) fand am 21. September 2011 die Hauptverhandlung statt (vi-act. 24 ff.). Die an diesem Termin geschlossene Vereinbarung wurde durch den Beklagten widerrufen (vi-act. 29 f.). Die Vorinstanz erliess schliesslich am 11. Oktober 2011 den angefochtenen Entscheid (vi-act. 32, "vi-Entscheid"); dieser wurde dem Beklagten am 21. Oktober 2011 zugestellt (vi-act. 33).

Der vorinstanzliche Richter erwog u.a., es seien bei der Rückforderungsklage i.S.v. Art. 86 SchKG die geforderten Betreuungskosten bei der Berechnung des Streitwertes nicht zu berücksichtigen, so dass dieser auf Fr. 9'900.- festzusetzen sei; folgerichtig versah er den Entscheid mit der Rechtsmittelbelehrung, wonach dieser mittels der Beschwerde i.S.v. Art. 319 ff. ZPO anfechtbar sei (vi-Entscheid, S. 3, 14).



b) Der Beklagte erhob gegen diesen Entscheid mit Eingabe vom 13. November 2011 (Postaufgabe 14. November 2011) Beschwerde (BE/1). Die Beschwerdeantwort der Klägerin datiert vom 16. Januar 2012 (BE/15). Ein vorsorglich gestelltes Protokollberichtigungsbegehren betreffend eine Zeugeneinvernahme vor erster Instanz (9. Januar 2012, BE/13) erklärte der Beklagte nach Einsicht in das Protokoll am 30. Januar 2012 als gegenstandslos; gleichzeitig beantragte er die Sistierung des Verfahrens bis zum Entscheid über eine gleichentags erhobene Strafanzeige gegen den betreffenden Zeugen wegen angeblicher Falschaussage (BE/19). Das betreffende Strafverfahren wurde am 15. Februar 2012 nicht anhand genommen (BE/25; kläg.act. 25).

Der Einzelrichter eröffnete den Parteien am 22. Februar 2012, er gehe nach einer vorläufigen Prüfung der Sachlage von einem Streitwert von Fr. 10'019.85 aus und erwäge, auf die Beschwerde nicht einzutreten. Den Parteien wurde eine Frist zur Stellungnahme gesetzt (BE/28).

Der Beklagte teilte am 25. Februar 2012 mit, es könne nicht sein, dass ihm eine von der Vorinstanz erteilte Rechtsmittelbelehrung zum Nachteil gereiche - die Berufungsfrist sei ja abgelaufen. Er sehe die beiden Möglichkeiten, dass entweder die 30-tägige Frist "wieder angesetzt" und ihm die korrekte Rechtsmittelbelehrung erteilt werde, damit er sich gegen das Urteil "auf dem richtigen Weg wehren könne", oder es sei seine Beschwerde an das für die Behandlung der Berufung zuständige Gericht weiterzureichen (B/29). Die Klägerin führte ihrerseits am 5. März 2012 aus, das Rechtsmittel sei auch in der Form der Berufung abzuweisen (B/30).

Der Einzelrichter sistierte am 21. März 2012 das Verfahren unter Hinweis auf ein Urteil der III. Zivilkammer des Kantonsgerichts zu einer ähnlich gelagerten Ausgangslage, dessen Rechtskraft zur Verhinderung widersprechender Urteile abzuwarten sei (BE/35).

Mit Entscheid vom 24. Mai 2012 trat der Einzelrichter nicht auf die Beschwerde ein (BE/37). Er führte im Rahmen der Erwägungen aus, dem Beklagten bleibe die Möglichkeit, beim Kantonsgericht bzw. dessen III. Zivilkammer ein Wiederherstellungsgesuch i.S.v. Art. 148 Abs. 1 ZPO zu stellen; allenfalls sei auch eine analoge Anwendung von Art. 63



ZPO zu prüfen (BE/37; S. 9 f.). Der Entscheid ging dem Beklagten am 25. Mai 2012 zu (BE/38).

3. Der Beklagte stellte am 26. Mai 2012 (Pfungstsamstag; Postaufgabe Dienstag, 29. Mai 2012) ein "Gesuch um Wiederherstellung der Frist zur Einreichung der Berufung" mit den eingangs zitierten Rechtsbegehren. Die Klägerin führte in ihrer Stellungnahme vom 25. Juni 2012 aus, auf das Gesuch sei nicht einzutreten, da die anwendbare absolute Frist für ein Wiederherstellungsgesuch von sechs Monaten nicht eingehalten sei; eine Anwendung von Art. 63 ZPO stehe ebenfalls wegen Fristversäumnisses ausser Frage, und in jedem Fall seien die Kosten dem Beklagten aufzuerlegen (B/8).

II.

1. Gemäss Art. 148 ZPO kann das Gericht auf Antrag einer säumigen Partei eine Nachfrist gewähren, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder ein nur leichtes Verschulden trifft (Abs. 1); das Gesuch ist innert 10 Tagen nach Wegfall des Säumnisgrundes einzureichen (Abs. 2), wobei dann, wenn ein Entscheid eröffnet worden ist, die Wiederherstellung nur innerhalb von sechs Monaten seit Eintritt der Rechtskraft verlangt werden kann (Abs. 3).

2. Der Wiederherstellungsfall ist gegeben, wenn eine Partei eine Frist gegen ihren Willen nicht einhielt (BSK ZPO-Gozzi, N 7 zu Art. 148 ZPO).

Der angefochtene Entscheid ging dem Beklagten am 21. Oktober 2011 zu. Eine Berufung war innert 30 Tagen, bis zum Montag, den 21. November 2011, zu erheben. Innert dieser Frist wurde keine Berufung erklärt. Gleichzeitig steht mit der Einreichung einer Beschwerde, der seitherigen Äusserungen des Beklagten und dem nunmehrigen Wiederherstellungsgesuch aber fest, dass der Beklagte den vorinstanzlichen Entscheid nicht akzeptieren will und dessen Anfechtung aktiv betreiben möchte. Der Wiederherstellungsfall liegt vor.



## St.Galler Gerichte

3. Die Wiederherstellung ist nur möglich, wenn die Wahrung einer Frist aufgrund von Hinderungsgründen nicht möglich war, für welche die betreffende Partei kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Auszugehen ist von einem objektivierten Sorgfaltsmassstab, zu klären ist also, ob die Säumnis auch bei der von der säumigen Partei zu erwartenden Sorgfalt unter den gegebenen Umständen nicht hätte abgewendet werden können. Der Hinderungsgrund muss kausal für die Säumnis sein (BSK-Gozzi, N 9 ff. zu Art. 148 ZPO).

a) Der Beklagte beruft sich darauf, er habe sich auf die Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz verlassen.

aa) Einer Partei, die sich auf eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung verlassen hat, darf grundsätzlich kein Nachteil erwachsen. Diesen Schutz kann eine Prozesspartei nur beanspruchen, wenn sie sich nach Treu und Glauben auf die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung verlassen durfte. Wer die Unrichtigkeit erkannte oder bei gebührender Aufmerksamkeit hätte erkennen können, verdient keinen Schutz, wobei aber nur eine grobe prozessuale Unsorgfalt der betroffenen Partei eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung aufzuwiegen vermag. Der Vertrauensschutz versagt zudem nur dann, wenn der Mangel in der Rechtsmittelbelehrung für den Rechtsuchenden (bzw. seinen Rechtsvertreter) allein schon durch Konsultierung der massgebenden Verfahrensbestimmung ersichtlich gewesen wäre. Zu bedenken ist schliesslich, dass mit der in Art. 238 lit. f ZPO verankerten Pflicht der Gerichte, ihre Entscheide mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen, den Beteiligten - namentlich den nicht rechtskundig vertretenen Prozessparteien - die Ergreifung des korrekten Rechtsmittels erleichtert werden soll. Wann der Prozesspartei, die sich auf eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung verlassen hat, eine als grob zu wertende Unsorgfalt vorzuwerfen ist, beurteilt sich nach den konkreten Umständen und nach ihren Rechtskenntnissen. Ist sie rechtsunkundig und auch nicht rechtskundig vertreten, darf sie nicht der anwaltlich vertretenen Partei gleichgestellt werden, es sei denn, sie verfüge namentlich aus früheren Verfahren über einschlägige Erfahrungen. Eine Überprüfung der in der Rechtsmittelbelehrung enthaltenen Angaben kann von einer Prozesspartei im Übrigen nur dann verlangt werden, wenn diese über die Kenntnisse verfügt, die es ihr überhaupt ermöglichen, die massgebende Gesetzesbestimmung ausfindig zu machen und



gegebenenfalls auszulegen (BGE 135 III 374 E. 1.2.2.2 f. m.w.H.; Staehelin, in: Sutter-Somm/ Hasenböhler/ Leuenberger, ZPO Komm., N 27 zu Art. 238 ZPO).

bb) Der Beklagte ist juristischer Laie. Er war nur im vorprozessualen Stadium durch einen Rechtsanwalt vertreten und agierte ab dem Betreibungsbegehren ohne rechtskundige Vertretung. Er verliess sich auf eine Rechtsmittelbelehrung, welche durch blosses Konsultieren der einschlägigen Gesetzesbestimmungen nicht offenkundig als falsch erkannt werden konnte. Dies gilt umso mehr, als der vorinstanzliche Richter die Rechtsmittelbelehrung nicht leichthin verfasste, sondern diese mit Ausführungen zur Berechnung des Streitwertes untermauerte. Es kann vom juristischen Laien nicht erwartet werden, dass er diese Rechtsmittelbelehrung als falsch zu identifizieren vermochte. Es trifft den Beklagten kein Verschulden daran, das falsche Rechtsmittel gewählt zu haben.

b) Offenkundig gegeben und mithin keiner weiteren Diskussion bedürftig ist die Frage der Kausalität: Indem der Beklagte das vermeintlich zutreffende Rechtsmittel der Beschwerde ergriff und seine Argumente in diesem Verfahren vorbrachte, sah er sich nicht gehalten, gleichzeitig Berufung zu erklären. Er war mithin aufgrund der falschen Rechtsmittelbelehrung, auf die er sich verlassen durfte, subjektiv an der Ergreifung des Rechtsmittels gehindert (vgl. auch BSK ZPO-Gozzi, N 29 zu Art. 148 ZPO).

4. Mit Bezug auf die zu wahrenen Fristen fällt in Betracht:

a) Das Gesuch um Wiederherstellung ist innert 10 Tagen ab dem Wegfall des Hinderungsgrundes zu stellen (Art. 148 Abs. 2 ZPO). Das Wiederherstellungsgesuch wurde am 29. Mai 2012 der Post übergeben, nachdem dem Beklagten der Nichteintretensentscheid im Beschwerdeverfahren am 25. Mai 2012 zugegangen war. Erst mit Letzterem wusste der Beklagte mit Sicherheit, das falsche Rechtsmittel gewählt und damit die korrekte Rechtsmittelfrist versäumt zu haben. Die Frist von 10 Tagen ist offenkundig gewahrt.

Der Vollständigkeit halber - aber auch mit Blick auf die folgende E. b - sei zu Ziff. 5 der klägerischen Stellungnahme (B/8) festgehalten, dass dem Beklagten ein früheres Kennenmüssen nicht schaden würde; bereits auf die Ankündigung des Einzelrichters



## St.Galler Gerichte

vom 22. Februar 2012, ein Nichteintreten zu erwägen, reagierte er umgehend mit dem Begehren, es sei die Frist neu anzusetzen oder eine Prozessüberweisung vorzunehmen (B/29).

b) Ist in der Sache bereits ein Entscheid ergangen, so kann die Wiederherstellung nur innert sechs Monaten nach Rechtskraft des Entscheides verlangt werden (Art. 148 Abs. 3 ZPO). Diese Frist dient der Rechtssicherheit (Stahelin, ZPO Komm., N 14 zu Art. 148 ZPO; BSK ZPO-Gozzi, N 44 zu Art. 148 ZPO).

Die Klägerin beruft sich auf diese Bestimmung und macht geltend, der erstinstanzliche Entscheid, gegen den der Beklagte Berufung erheben wolle, sei am 22. November 2011 rechtskräftig geworden, weshalb die sechsmonatige Frist am 22. Mai 2012 abgelaufen und das am 29. Mai 2012 gestellte Wiederherstellungsbegehren verspätet sei.

aa) Ausgehend von der Anwendbarkeit der sechsmonatigen Frist in der vorliegenden Konstellation (so CPC-Tappy, N 8 zu Art. 148 ZPO; Reetz, ZPO Komm., N 31 zu Art. 311 ZPO) stellt sich vorab die Frage nach der Anwendbarkeit des Fristenstillstandes gemäss Art. 145 ZPO. Ist diese zu bejahen, so stand die Sechsmonatsfrist im zu beurteilenden Zeitraum während insgesamt 30 Tagen still (Art. 145 Abs. 1 lit. a und c ZPO).

Während das Bundesgesetz über das Bundesgericht (SR 173.110.131; BGG) die Anwendbarkeit des Fristenstillstandes explizit auf gesetzliche und gerichtlich angesetzte, nach Tagen bestimmte Fristen (Art. 46 Abs. 1 a.A. BGG) und dasjenige über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1; ATSG) auf nach Tagen und Monaten bestimmte Fristen (Art. 38 Abs. 4 ATSG) einschränkt, enthält Art. 145 ZPO weder in der Umschreibung des Fristenstillstandes (Abs. 1) noch in der Aufzählung der Ausnahmen (Abs. 2 und 4) eine entsprechende Bestimmung. Der insofern klare Gesetzeswortlaut gibt weiten Teilen des Schrifttums zu keinen Bemerkungen Anlass (Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 406 f.; Leuenberger/ Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, N 8.59 ff.; Stahelin, ZPO Komm., N 3 zu Art. 145 ZPO; BSK ZPO-Benn, N 1 ff. zu Art. 145 ZPO). Reetz (ZPO Komm., N 31 zu Art. 311 ZPO) befürwortet die Anwendbarkeit des



Fristenstillstandes für die vorliegende Konstellation explizit. Hoffmann-Nowotny (KUKO ZPO, N 2 und 5 zu Art. 145 ZPO) hält dafür, dass jedenfalls nach Monaten bestimmte Fristen infolge des Fehlens einer Art. 46 BGG entsprechenden Einschränkung vom Fristenstillstand betroffen sind. Tappy sodann hält dafür, es könne kaum die Intention des Gesetzgebers gewesen sein, eine Anwendbarkeit des Fristenstillstandes auf nach Monaten oder gar Jahren bemessene Fristen gewollt zu haben; nachdem sich den Materialien keine direkten Anhaltspunkte auf den Willen des Gesetzgebers entnehmen liessen und die Bundesgesetzgebung mit Art. 38 Abs. 4 ATSG eine von Art. 46 BGG abweichende Regelungsart kenne, drängt Tappy auf eine raschestmögliche Klärung durch die Rechtsprechung, und zwar in dem Sinn, dass der Fristenstillstand auf nach Monaten bemessene Fristen nicht zur Anwendung komme (CPC-Tappy, N 21 zu Art. 142 ZPO und N 9 zu Art. 145; abweichend zur drei Monate dauernden Frist des Art. 209 Abs. 3 ZPO im selben Kommentar allerdings CPC-Bohnet, N 15 zu Art. 209 ZPO). Marbacher schliesslich führt aus, "sinnvollerweise" könne Art. 145 ZPO nur analog Art. 46 BGG gelesen werden, denn sonst finde der Fristenstillstand auch auf nach Monaten und Jahren bemessenen Fristen Anwendung; dieser sich aus dem klaren Wortlaut ergebende Schluss widerstrebt dem Autor nicht nur aufgrund des Extrembeispiels der Zehnjahresfrist von Art. 329 Abs. 2 ZPO, auch die mögliche Erstreckung der vorliegenden Frist führe zu "ungerechtfertigten Verzögerungen" (Marbacher, Stämpflis Handkommentar ZPO, N 3 zu Art. 145 ZPO).

Eine allgemeine Regel, nach der sich der Fristenstillstand nur auf nach Tagen bemessene Fristen auswirken solle, gibt es nicht. So regeln zwar die Art. 46 Abs. 1 BGG und Art. 22a VwVG (und, durch Verweis auf diesen Artikel, auch Art. 37 VGG) in diesem Sinn, nicht aber Art. 38 Abs. 4 ATSG. Die StPO schliesst die Wirkung von Gerichtsferien schlicht aus (Art. 89 Abs. 2 StPO), der BZP kennt keine Regelung der Frage. Ob es im Sinn des Gesetzgebers war, den Fristenstillstand auf nach Jahren bemessene Fristen anzuwenden und so eine Zehnjahresfrist wie diejenige des Art. 329 Abs. 1 ZPO um ca. 500 Tage stillstehen zu lassen (wie Tappy und Marbacher - je a.a.O. - dartun), kann an dieser Stelle dahinstehen - diesem Fall wäre mit derselben Berechtigung mit dem Analogon von Art. 38 Abs. 4 ATSG hinreichend Rechnung zu tragen. Im vorliegenden Fall steht die Verlängerung einer Sechsmonatsfrist um 30 Tage, also rund 1/6, zu Debatte. Zumal die ZPO eine Verlängerung der Frist im Einzelfall um bis zu 100% zulässt (z.B. im Zusammenspiel von Art. 311 Abs. 1 ZPO mit



Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO), ist nicht erkennbar, weshalb darin eine "ungerechtfertigte Verzögerung" liegen könnte, welcher "sinnvollerweise" einzig mit der Einführung einer im Gesetz klarerweise nicht vorgesehenen Einschränkung analog Art. 46 Abs. 1 BGG zu begegnen sein soll. Dies gilt hier um so mehr, als Aspekte der Rechtssicherheit zu vernachlässigen sind, da die Klägerin seit Erheben der Beschwerde nicht davon ausgehen konnte, der vorinstanzliche Entscheid werde unangefochten bleiben. Offen bleiben kann damit auch, ob dem rechtssuchenden Laien zugemutet werden kann, sich in einem Fall, in dem sich das von der Lehre teilweise gewünschte Exempel zu statuieren gerade nicht aufdrängt, mit der Einführung einer im Gesetz nicht vorgesehenen Einschränkung konfrontiert zu sehen (siehe dazu auch folgende E. bb). Diese Überlegungen führen zur Annahme der Anwendbarkeit des Fristenstillstands auf die Sechsmonatsfrist nach Art. 148 Abs. 3 ZPO.

Zusammengefasst wurde der angefochtene Entscheid am 22. November 2011 rechtskräftig. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die Frist von sechs Monaten nicht am 22. Mai 2012 abgelaufen; denn diese stand im zu beurteilenden Zeitraum während insgesamt 30 Tagen still (Art. 145 Abs. 1 lit. a und c ZPO). Mit der Postaufgabe am 29. Mai 2012 ist die Frist offenkundig gewahrt.

bb) Selbst wenn dem nicht so wäre und die Bestimmungen über den Fristenstillstand nicht anwendbar wären, wäre nicht anders zu entscheiden. Auszugehen ist dabei davon, dass sich der Beklagte, wie ausgeführt, unmittelbar nach der Mitteilung, es werde ein Nichteintreten erwogen, am 25. Februar 2012 mit dem sinngemässen Begehren an den Einzelrichter wandte, es sei ihm die Frist neu anzusetzen, eventualiter eine Prozessüberweisung vorzunehmen. Dem Beklagten war sodann angekündigt worden, das weitere Vorgehen werde im allfälligen Nichteintretensentscheid erläutert werden (BE/32). Das Verfahren wurde ferner am 21. März 2012 sistiert, um die Rechtskraft eines Entscheides in einem ähnlichen Verfahren abzuwarten, das sich der Frage der Konversion der Rechtsmittel (welche im Resultat der vom Kläger auch beantragten Prozessüberweisung entspricht) widmete (BE/35). Am 24. Mai 2012 erging schliesslich der Entscheid. Die Verzögerung, welche das vom Kläger gegen den Zeugen C eingeleitete Strafverfahren mit sich brachte, war demgegenüber marginal.



Entgegen der Auffassung der Klägerin wäre eine Nichtbewilligung der Fristwiederherstellung vor diesem Hintergrund als offensichtlich unbillig zu taxieren. Der Beklagte hatte sich unmittelbar nach Eröffnung der Möglichkeit eines Nichteintretensentscheids mit einem sinngemässen Wiederherstellungsgesuch an den Einzelrichter gewandt. Dieser versicherte ihm, ihm das korrekte Vorgehen zur Wahrung dieses Anliegens im Nichteintretensentscheid darzulegen, worauf sich der Beklagte verlassen durfte. Die zeitlich ins Gewicht fallende Verfahrenssistierung schliesslich wurde nicht auf Gesuch des Beklagten, sondern von Amtes wegen angeordnet. Es käme einem untragbaren Verstoss gegen Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB; Art. 52 ZPO) gleich, würde die III. Zivilkammer dem Beklagten die Wiederherstellung nun unter Verweis auf die (in der Berechnung der Klägerin) um wenige Tage versäumte Frist verwehren. Die Unbilligkeit wäre umso mehr anzunehmen, als sich die Aspekte der Rechtssicherheit - welche der Frist von Art. 148 Abs. 3 ZPO zu Gevatter stehen - auch aus der Sicht der Klägerin nicht zu Ungunsten des Beklagten auswirken können, da sie infolge der Anfechtung mittels Beschwerde von Anfang an davon ausgehen musste, der vorinstanzliche Entscheid stehe unter dem Vorbehalt der Aufhebung, und mithin keine Schlechterstellung erfährt.

5. Offen bleiben kann die im Nichteintretensentscheid und der Stellungnahme der Klägerin angesprochene Frage, ob eine Neueinreichung der Berufung gestützt auf Art. 63 ZPO möglich wäre, denn der Beklagte beruft sich auf eine solche gerade nicht.

Unter Verweis auf einen Entscheid des Handelsgerichts Zürich vom 30. März 2012 (ZR 2012 Nr. 36) kann im Vorgriff auf die in der folgenden E. III zu klärenden Kostenfrage festgehalten werden, dass die Frist zur Neueinreichung mit dem Nichteintretensentscheid zu laufen beginnt und die Frage, ob sich der Geltungsbereich von Art. 63 ZPO auf Problemlagen nur der örtlichen Zuständigkeit bezieht, keineswegs zwingend so apodiktisch zu handhaben ist, wie es die von der Klägerin zitierte Lehrmeinung darstellt. Hätte der Beklagte die Berufung unter Anrufung des Art. 63 ZPO eingereicht, so wäre eine Zulassung der Berufung ernsthaft zu prüfen gewesen wäre und hätte durchaus im Bereich des Möglichen gelegen.

6. Im Resultat ist das Gesuch des Beklagten gutzuheissen. Dem Beklagten ist eine Nachfrist zur Einreichung einer formgültigen Berufung einzuräumen. Es ergibt sich aus



dem Gesetz nicht, wie lange diese sein soll. Zweck des Instituts der Wiederherstellung ist, den Gesuchsteller in denselben Stand zu versetzen, wie er bei fristgemässer Vornahme der versäumten Handlung gewesen wäre. In sinngemässer Anwendung von Ziff. 4.1 der Richtlinien zu den Fristen und zur Feststellung des Ausbleibens an der Verhandlung des Kantonsgerichts vom 9. Dezember 2012 wird eine Nachfrist von 10 Tagen angesetzt. Dies erscheint als ausreichend, denn dem Beklagten ist der angefochtene Entscheid seit dem Oktober 2011 bekannt und er konnte sich bereits im Rahmen der Verfassung der Beschwerdeschrift die Argumentation, die gegen den Entscheid spricht, überlegen. Schliesslich erfolgt der Entscheid über die Wiederherstellung während des Fristenstillstandes gemäss Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO. Die Ansetzung einer Frist von wiederum 30 Tagen - wie beantragt - käme nicht einer Wiedereinsetzung, sondern einer Besserstellung des Beklagten gleich.

Der Beklagte wird darauf hingewiesen, dass unbenütztes Verstreichenlassen der Frist als Säumnis angesehen wird, insofern als das Gericht vom Nichterheben der Berufung auszugehen hätte (Art. 147 Abs. 2 1. Halbsatz ZPO i.V.m. Art. 311 ZPO).

### III.

1. Nur unter der Voraussetzung, dass der Beklagte innert der angesetzten Nachfrist eine Berufungsschrift einreicht, über welche in einem Endentscheid geurteilt werden kann, liegt mit diesem Entscheid ein Zwischenentscheid vor. Dass es zu einem formellen Berufungsverfahren kommt, ist zwar sehr wahrscheinlich, nicht aber sicher. Es rechtfertigt sich deshalb, über die Kosten des Wiederherstellungsverfahrens bereits mit vorliegendem Entscheid zu befinden (Art. 104 Abs. 2 ZPO).

2. Der Beklagte stellt den Antrag, die Kosten seien jedenfalls nicht ihm aufzuerlegen (B/1, S. 2), die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, sie seien unabhängig vom Prozessausgang dem Beklagten aufzuerlegen (B/8, Ziff. 6).

Die Lehre befürwortet eine Kostenverlegung an den Gesuchsteller unter Hinweis auf das Verursacherprinzip; der Säumige soll - insbesondere, wenn ihn ein Verschulden trifft - als Verursacher unnötiger Kosten für diese gerade stehen und nicht die



Gegenpartei (BSK ZPO-Gozzi, N 9 zu Art. 149 ZPO; Staehelin, ZPO Komm., N 5 a.E. zu Art. 149 ZPO; CPC-Tappy, N 10 f. zu Art. 149 ZPO).

Das mag für den Fall zutreffen, in dem den Säumigen ein Verschulden trifft, kollidiert indessen in Fällen wie dem vorliegenden mit dem Grundsatz, dass einer Partei aus einer fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung keine Nachteile erwachsen sollen. Die Auferlegung von Prozesskosten für ein Wiederherstellungsverfahren, welches zur Korrektur der Folgen des Vertrauens in die unrichtige Rechtsmittelbelehrung notwendig ist, stellt selbstredend einen Nachteil dar; diesen dem Gesuchsteller aufzuerlegen, rechtfertigt sich ohne Nachweis eines Verschuldens nicht. Dies ist auch nicht angezeigt, wenn man bedenkt, dass der Beklagte das nun behandelte Gesuch auch als formelle Frage im Rahmen einer Neueinreichung einer Berufung i.S.v. Art. 63 ZPO hätte stellen können. Diesfalls wäre hierüber als Eintretensvoraussetzung entschieden worden, ohne dass ein unabhängiger Kostenspruch ausgefällt worden wäre.

Aus Billigkeitsgründen sind die Gerichtskosten des Wiederherstellungsverfahrens (Entscheidgebühr Fr. 800.-) mithin dem Staat aufzuerlegen (Art. 107 Abs. 2 ZPO).

3. Die Zusprechung von Parteikosten ist von keiner Seite beantragt. Hierüber ist mithin nicht zu befinden. Im Übrigen sei auf die diesbezüglichen Ausführungen im Nichteintretensentscheid vom 24. Mai 2012 (BE/37, S. 11) verwiesen.