

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB120055-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und
lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Beschluss vom 3. September 2012

in Sachen

A. _____,

Aberkennungsklägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch MLaw X. _____

gegen

B. _____,

Aberkennungsbeklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Aberkennung**

**Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich,
10. Abteilung, vom 16. Mai 2012 (CG110151)**

Erwägungen:

1. a) Mit Entscheid vom 8. Juli 2011 erteilte das Gerichtspräsidium Baden AG dem Aberkennungsbeklagten – gestützt auf eine Solidarbürgschaftserklärung der Aberkennungsklägerin (Urk. 3/2) – provisorische Rechtsöffnung für Fr. 60'000.-- nebst 5 % Zins seit 1. August 2010 und für die Betreuungskosten sowie für Kosten und Entschädigung gemäss diesem Entscheid (Urk. 9/3). Die dagegen von der Aberkennungsklägerin erhobene Beschwerde wurde vom Obergericht des Kantons Aargau mit Entscheid vom 24. Oktober 2011 abgewiesen (Urk. 3/3).

b) Am 22. November 2011 erhob die Aberkennungsklägerin bei der Vorinstanz die Aberkennungsklage (Urk. 1). Mit Beschluss vom 16. Mai 2012 (Urk. 21 = Urk. 27) trat die Vorinstanz auf die Klage nicht ein (Disp.-Ziff. 1) und regelte die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Aberkennungsklägerin (Disp.-Ziff. 2-4).

c) Hiergegen hat die Aberkennungsklägerin am 8. Juni 2012 fristgerecht (Urk. 23) ein als "Beschwerde" bezeichnetes Rechtsmittel erhoben und stellt die Rechtsmittelanträge (Urk. 26 S. 6):

- "1. In Gutheissung der Beschwerde seien Ziff. 1 bis 4 des angefochtenen Beschlusses vom 16.5.12 aufzuheben.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

d) Mit Verfügung vom 22. Juni 2012 wurde der Aberkennungsklägerin (u.a.) eine Frist von 10 Tagen zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses von Fr. 6'350.-- angesetzt (Urk. 32). Nachdem innert Frist keine Reaktion erfolgte, wurde der Aberkennungsklägerin mit Verfügung vom 13. Juli 2012 eine Nachfrist von 5 Tagen zur Leistung des Gerichtskostenvorschusses angesetzt (Urk. 33). Das von der Klägerin am 18. Juli 2012 gestellte Ratenzahlungsgesuch (Urk. 34) wurde mit Verfügung vom 19. Juli 2012 abgewiesen, unter Hinweis darauf, dass die Nachfrist zufolge der Gerichtsferien bis 20. August 2012 laufe (Urk. 35).

e) Mit Eingabe vom 23. August 2012 teilte die Aberkennungsklägerin mit, dass sie den Gerichtskostenvorschuss valuta 22. August 2012 geleistet habe, und ersuchte um Wiederherstellung der verpassten Nachfrist für die Vorschussleistung (Urk. 36).

2. Die Vorinstanz hatte als Rechtsmittel die Beschwerde mit einer Frist von 10 Tagen belehrt (Urk. 27 S. 6). Beim vorinstanzlichen Nichteintretentscheid handelt es sich jedoch um einen Endentscheid in einem im ordentlichen Verfahren zu führenden Prozess – was sowohl für die Aberkennungsklage wie für die negative Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG gilt (vgl. Randtitel zu Art. 85a SchKG) –, weshalb dagegen die Berufung mit einer Frist von 30 Tagen offen steht (Art. 308 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 2, Art. 311 ZPO). Die Rechtsmittelschrift vom 8. Juni 2012 ist daher als Berufung entgegenzunehmen, was den Parteien mitgeteilt wurde (Urk. 30, Urk. 32 S. 2).

3. a) Die mit Verfügung vom 13. Juli 2012 in Anwendung von Art. 103 Abs. 3 ZPO angesetzte Nachfrist zur Leistung des Vorschusses für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens ist am 20. August 2012 abgelaufen (Art. 142, Art. 145 ZPO). Die Aberkennungsklägerin hat den ihr auferlegten Vorschuss erst am 22. August 2012 (Urk. 39) und damit verspätet geleistet.

b) Die Aberkennungsklägerin hat um Wiederherstellung der Nachfrist zur Leistung des Gerichtskostenvorschusses ersucht. Sie begründet dies damit, dass ihr Rechtsvertreter ihr korrekt den Fristablauf per 20. August 2012 mitgeteilt habe, weshalb nicht der strenge Sorgfaltsmassstab für Rechtsanwälte zu greifen habe, sondern derjenige für juristische Laien. Gegen sie laufe die Pfändung. Ihre finanziellen Verhältnisse sowie ein Versehen hätten zu einer um 2 Tage verspäteten Leistung des Vorschusses geführt. Eine Nicht-Wiederherstellung wäre als überspitzter Formalismus anzusehen (Urk. 36).

c) Analog Art. 312 Abs. 1 und Art. 322 Abs. 1 ZPO kann auf die Einholung einer Stellungnahme des Aberkennungsbeklagten verzichtet werden, da sich das Fristwiederherstellungsgesuch als offensichtlich unbegründet erweist.

d) Gemäss Art. 148 Abs. 1 ZPO kann das Gericht eine Nachfrist gewähren, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der Aberkennungsklägerin vorliegend bereits eine Nachfrist angesetzt wurde; ob bei einer solchen eine Wiederherstellung generell ausgeschlossen oder nur unter ganz besonderen Umständen zu gewähren ist, kann jedoch vorliegend offen gelassen werden. Das Verpassen einer Frist ohne besondere Umstände bildet regelmässig ein schweres Verschulden, das eine Wiederherstellung ausschliesst (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, N 8 zu Art. 148 ZPO). Dies gilt auch für juristische Laien, denn auch bei normalen Bürgern darf die Wichtigkeit einer Frist und die Bedeutung von deren Verpassen als bekannt vorausgesetzt werden. Vorliegend gilt dies noch in besonderem Masse, wurde doch schon auf die Aberkennungsklage wegen Fristversäumnis nicht eingetreten, weshalb der Aberkennungsklägerin die Bedeutung von Fristen bewusst sein musste; ebenso wurde die Aberkennungsklägerin in den Verfügungen vom 22. Juni 2012 und vom 13. Juli 2012 in unmissverständlicher Weise auf die Folgen der Nichtleistung innert Nachfrist – Nichteintreten auf die Berufung – hingewiesen (Urk. 32 und 33) und wurde in der Verfügung vom 19. Juli 2012 noch das konkrete Fristende aufgezeigt (Urk. 35). Von überspitztem Formalismus kann keine Rede sein. Das Fristwiederherstellungsgesuch ist unter diesen Umständen abzuweisen.

e) Dieser Entscheid über die Fristwiederherstellung ist endgültig, d.h. dagegen steht kein Rechtsmittel offen (Art. 149 ZPO).

4. Zufolge des Verpassens von Frist und Nachfrist zur Leistung des Vorschusses für die Gerichtskosten ist androhungsgemäss auf die Berufung nicht einzutreten (Art. 101 Abs. 3 ZPO).

5. a) Für das Berufungsverfahren beträgt der Streitwert Fr. 60'000.--. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 10 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'600.– festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss der Aberkennungsklägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Dem Aberkennungsbeklagten ist mangels relevanter, von der Aberkennungsklägerin verursachter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen, der Aberkennungsklägerin nicht, weil sie unterliegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Fristwiederherstellungsgesuch der Aberkennungsklägerin vom 23. August 2012 wird abgewiesen.
2. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'600.-- festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Aberkennungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss (Beleg-Nr. 9782) verrechnet.
5. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Aberkennungsbeklagten unter Beilage der Doppel von Urk. 26, 36, 37 und 38/1-3, sowie an das Bezirksgericht Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.
7. Eine Beschwerde gegen Ziffern 2 bis 5 dieses Entscheids an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsa-

chen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 60'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 3. September 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
mc