

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB150018-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Kunz Bucheli

Beschluss vom 17. März 2015

in Sachen

1. **A.**_____,
2. **B.**_____,

Beklagte und Gesuchsteller

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

1. **C.**_____,
2. **D.**_____,

Kläger und Gesuchsgegner

1, 2 vertreten durch Fürsprecher lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Gesuch um Wiederherstellung der Berufungsfrist gemäss Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 21. Januar 2015 (CG130051-L)

Erwägungen:

1. Die Parteien stehen sich seit dem 20. Juni 2013 in einem Forderungsprozess aus Kaufvertrag gegenüber (Urk. 1). Am 21. Januar 2015 erliess die Vorinstanz folgendes Urteil (Urk. 38 S. 13):

"1. Die Beklagten werden solidarisch verpflichtet, den Klägern Fr. 194'505.40 nebst Zins zu 5 % seit 31. März 2010, Fr. 25'000.– nebst Zins zu 5% seit 18. Juni 2013 sowie Fr. 5'134.25 nebst Zins zu 5% seit 31. März 2010 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Die Entscheidunggebühr wird auf Fr. 7'000.– festgesetzt. Allfällige Auslagen bleiben vorbehalten.

3. Die Gerichtskosten werden zu 4/100 unter solidarischer Haftbarkeit den Klägern und zu 96/100 unter solidarischer Haftbarkeit den Beklagten auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen der Kläger verrechnet. Den Klägern wird in diesem Umfang der Rückgriff auf die Beklagten eingeräumt. Der nicht beanspruchte Teil des Kostenvorschusses wird den Klägern nach Eintritt der Rechtskraft zurückerstattet.

4. Die Beklagten werden solidarisch verpflichtet, den Klägern eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 17'835.– (inkl. Mehrwertsteuer und Kosten des Schlichtungsverfahrens) zu bezahlen.

5. (Schriftliche Mitteilung)

6. (Berufung)"

2. Das Urteil wurde Rechtsanwalt lic. iur. V._____, dem damaligen Rechtsvertreter der Beklagten und Gesuchsteller (fortan Beklagte), am 2. Februar 2015 zugestellt (Urk. 35). Die Berufungsfrist von 30 Tagen lief demzufolge am 4. März 2015 ab. Mit Eingabe vom 6. März 2015, gleichentags zur Post gegeben, stellte der heutige Vertreter der Beklagten folgendes Gesuch (Urk. 37 S. 2):

"Es sei die am 4. März 2015 abgelaufene Frist zur Einreichung einer Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts Zürich G.-Nr. CG130051 vom 21. Januar 2015 wieder herzustellen und den Gesuchstellern eine angemessene, mindestens 10 tägige Frist zur Einreichung der Berufung anzusetzen."

3.a) Unter bestimmten Voraussetzungen kann eine versäumte Frist vom Gericht wiederhergestellt werden (Art. 148 ZPO). Die ZPO enthält dazu keine Bestimmungen, welches Gericht in welchem Verfahren den entsprechenden Entscheid trifft (vgl. Art. 149 ZPO).

b) Damit wäre für die sachliche Zuständigkeit an sich das kantonale Recht massgebend. Das GOG enthält hierzu jedoch auch keine Regelungen. Unter der Herrschaft des alten GVG/ZH war jenes Gericht zum Entscheid berufen, welches über die nachzuholende Prozesshandlung, d.h. über die Einhaltung der versäumten Frist zu befinden gehabt hätte (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, N 95 zu § 199 GVG/ZH); im Falle einer Rechtsmittelfrist daher die obere Instanz (Hauser/Schweri, a.a.O., N 2 zu § 200 GVG/ZH). Dies erscheint auch unter dem neuen Recht zweckmässig ((ZR 111 [2012] Nr. 105 E. I/2) so auch Oberhammer [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, N 3 zu Art. 149 ZPO; BSK ZPO I - Gozzi, N 3 zu Art. 149 ZPO). Demnach ist für die Beurteilung des vorliegenden Gesuchs um Wiederherstellung der Frist für die Erhebung einer Berufung an das Obergericht die beschliessende Kammer sachlich zuständig.

c) Aufgrund der gesetzlichen Vorgabe, dass die säumige Partei *glaubhaft* zu machen habe, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft (Art. 148 Abs. 1 ZPO), ist sodann das summarische Verfahren die zweckmässige Verfahrensart (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2.A. 2013, N 5 zu Art. 149 ZPO).

d) Grundsätzlich ist der Gegenpartei Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (Art. 149 ZPO). Analog zu Art. 253 ZPO kann allerdings auf die Einholung einer Stellungnahme verzichtet werden, wenn das Fristwiederherstellungsgesuch offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist. Dies ist vorliegend der Fall.

5. Die Beklagten machen geltend, dass sie mit den Leistungen ihres Rechtsvertreters im erstinstanzlichen Verfahren nicht zufrieden gewesen seien, weshalb sie die Angelegenheit für das Rechtsmittelverfahren einem neuen Rechtsvertreter hätten übergeben wollen. Die Suchbemühungen hätten sich

schwierig gestaltet, da die kontaktierten Anwälte entweder gar nicht abkömmlich gewesen seien oder das Mandat wegen angeblich fehlenden Erfolgsaussichten einer Berufung nicht hätten übernehmen wollen. Erst am Freitag, 27. Februar 2015 seien die Beklagten auf einen Anwalt gestossen, welcher die Bereitschaft gezeigt habe, sich der Angelegenheit anzunehmen. Nach einer ersten Instruktion am 27. Februar sowie am 2. und 3. März 2015 hätten sie - die Beklagten - am 4. März 2015 Rechtsanwalt W._____ in St. Gallen verschiedene Unterlagen überreicht, gleichzeitig eine Anwaltsvollmacht unterzeichnet und ihn beauftragt, in ihrem Namen Berufung gegen das Urteil einzureichen (Urk. 37 S. 3).

Am gleichen Tag, am 4. März 2015, - so die Beklagten weiter - habe Rechtsanwalt W._____ ihnen um 20.17 Uhr per E-Mail mitgeteilt, dass er "heute keine Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich einreichen" könne, mit der Begründung, dass eine Berufung unter den gegebenen Umständen "geradezu aussichtslos" sei (Urk. 37 S. 3). Der Beklagte 2 habe die E-Mail von Rechtsanwalt W._____ erst am darauf folgenden Tag, also am 5. März 2015, um 8.00 Uhr in seinem Büro zur Kenntnis genommen. Zu jenem Zeitpunkt sei die Berufungsfrist bereits abgelaufen gewesen (Urk. 37 S. 3).

b) Was demnach die Frist für das Wiederherstellungsgesuch anbelangt, so ist diese angesichts des Umstands, dass die Berufungsfrist bis am 4. März 2015 lief (Urk. 35), in Anwendung von Art. 148 Abs. 2 ZPO ohne weiteres eingehalten.

c) Die Beklagten machen geltend, es sei ihnen nach Kenntnisnahme der E-Mail vom 4. März 2015 nicht mehr möglich gewesen, gegen die unerwartete Mitteilung von Rechtsanwalt W._____, wonach er die Berufung nicht einreichen werde, rechtzeitig zu protestieren, ihn zur fristwahrenden Einreichung der Berufung anzuhalten, einen anderen Rechtsanwalt zu beauftragen oder die Berufungsschrift selber zu verfassen (Urk. 37 S. 3).

d) Wie die Beklagten selber darlegen, gestaltete sich die Suche nach einem neuen Rechtsvertreter schwierig; sie bekamen verschiedene Absagen, einerseits wegen mangelnder Kapazität der kontaktierten Rechtsanwälte, ander-

seits aber auch, weil die Berufung von Anwälten als aussichtslos angesehen und die Übernahme des Mandats aus diesem Grund abgelehnt wurde (Urk. 37 S. 3). Erst kurz vor Ablauf der 30-tägigen Berufungsfrist fanden die Beklagten in Rechtsanwalt W._____ eine Person, die sich - wie aus der eingereichten E-Mail ersichtlich ist (Urk. 40) - mindestens zu Instruktionsgesprächen bereit erklärte. Die Anwaltsvollmacht wurde gar erst am 4. März 2015 und damit am letzten Tag der Berufungsfrist unterzeichnet (Urk. 40). Die Vollmacht oder eine Kopie davon, aus welcher ein genauer Auftrag an Rechtsanwalt W._____ hervorgehen würde, wurde von den Beklagten nicht eingereicht. Aus der E-Mail von Rechtsanwalt W._____ vom 4. März 2015 ist nicht ersichtlich, dass Letzterer den Auftrag hatte, die Berufung ohne weitere Rücksprache mit den Beklagten und unabhängig von allfälligen Erfolgsaussichten einzureichen. Selbst wenn dies jedoch der Fall gewesen wäre, ist dies eine Frage, welche nicht im Rahmen des Fristwiederherstellungsgesuch zu prüfen wäre, sondern in einem allfälligen Haftpflichtprozess gegen den mandatierten Rechtsanwalt, ebenso wie erst in einem solchen Verfahren zu prüfen wäre, ob es sich um eine Mandatsniederlegung zur Unzeit handelte, wie dies die Beklagten vorbringen (Urk. 37 S. 4).

Entscheidend ist vorliegend vielmehr, dass Rechtsanwalt W._____ offenbar erst am 4. März 2015, um 15.00 Uhr, im Besitz von Unterlagen und einer Sachverhaltsdarstellung der Beklagten gewesen ist - so jedenfalls die unwidersprochene Darstellung von Rechtsanwalt W._____ in seiner E-Mail vom 4. März 2015 (Urk. 40). Den Beklagten war bekannt, dass dies der letzte Tag der Berufungsfrist war und dass Rechtsanwalt W._____ nur wenige Stunden blieben, um fristgerecht eine Berufung zu erheben. Unter diesen Umständen durften sie nicht einfach darauf vertrauen, dass ihr Rechtsvertreter innert Frist die Berufung erheben würde, umso mehr, als sie gemäss eigenen Aussagen von mindestens einem anderen Rechtsanwalt die Auskunft bekommen hatten, dass eine Berufung (seines Erachtens) aussichtslos sei. Hinzu kommt, dass - wie sich aus den vorinstanzlichen Akten ergibt (Urk. 5/2 und Urk. 5/4) - die Beklagten ein Architektur- und Ingenieurbüro betreiben und daher in geschäftlichen und rechtlichen Belangen nicht als gänzlich unbedarft gelten können. Es musste den Beklagten nach den ersten Absagen von Rechtsanwälten klar sein, dass es allenfalls schwierig sein dürfte, innert der

laufenden Berufungsfrist einen Rechtsvertreter zu finden, der das Mandat übernehmen würde. Sie hätten daher selber eine Berufungsschrift verfassen und diese zur Wahrung der Frist einreichen müssen oder sich angesichts der knappen Zeit nochmals bei Rechtsanwalt W._____ vergewissern müssen, dass er die Berufungsschrift innert Frist tatsächlich einreicht.

Überdies geht aus dem Text der eingereichten E-Mail, welcher im Grundsatz nicht bestritten wird, hervor, dass Rechtsanwalt W._____ den Beklagten die Anforderungen an eine Berufungsschrift ausführlich und mehrfach erläutert und die Beklagten offensichtlich darauf hingewiesen hat, dass ihre bisherigen Behauptungen und Ausführungen für die erfolgreiche Erhebung einer Berufung nicht genügten (Urk. 40 5. Absatz). Auch vor diesem Hintergrund durften die geschäftserfahrenen Beklagten nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass Rechtsanwalt W._____ die Berufung rechtzeitig einreichen werde.

e) Der vor Vorinstanz eingereichten Klagebewilligung vom 20. März 2013 lässt sich ferner entnehmen, dass sich die Beklagten für die Schlichtungsverhandlung telefonisch entschuldigt, die Klage aber bestritten haben (Urk. 1 S. 2). Im Laufe des vorinstanzlichen Verfahrens wurde den damals noch unvertretenen Beklagten sodann zweimal Frist zur Erstattung einer schriftlichen Klageantwort angesetzt, zunächst mit Referentenverfügung vom 11. Juli 2013 eine solche von 20 Tagen (Urk. 10) und nach Säumnis mit Referentenverfügung vom 28. Oktober 2013 eine letztmalige 10-tägige Frist mit der Androhung, dass sie bei Säumnis mit einer schriftlichen Klageantwort ausgeschlossen seien (Urk. 18). Diese Verfügung wurde für beide Beklagten von der Beklagten 1 am 4. November 2013 entgegen genommen (Urk. 19/1 und 19/2). Dennoch datiert die Vollmacht an Rechtsanwalt lic. iur. V._____, welcher die Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren vertreten hat, erst vom 27. November 2013 (Urk. 21). Sie wurde damit erst weit nach Ablauf der zweiten Frist für die Klageantwort ausgestellt. Aus diesem Verhalten ist ersichtlich, dass sich die Beklagten bisher nicht am Forderungsprozess gegen sie beteiligt haben, haben sie sich doch weder selber zu den Vorbringen der Kläger geäußert noch rechtzeitig einen Rechtsvertreter mandatiert.

f) Auf die Ausführungen zu den Aussichten der Beklagten im Berufungsverfahren ist sodann nicht weiter einzugehen. Für die Wiederherstellung der Berufungsfrist ist es unwesentlich, ob die Beklagten mit einer rechtzeitig erhobenen Berufung voraussichtlich Erfolg gehabt hätten oder nicht.

g) Zusammengefasst trifft die Beklagten nicht nur ein leichtes oder gar kein Verschulden an der Fristversäumnis. Aus diesem Grund kann die Berufungsfrist nicht wieder hergestellt werden (Art. 148 Abs. 1 ZPO). Das Fristwiederherstellungsgesuch der Beklagten vom 6. März 2015 ist daher abzuweisen.

6. a) Die Gerichtskosten des vorliegenden Verfahrens sind ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

b) Für das vorliegende Verfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, den Klägern und Gesuchsgegnern (fortan Kläger) mangels relevanten Aufwandes, den Beklagten zufolge ihres Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Fristwiederherstellungsgesuch der Beklagten vom 6. März 2015 wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden den Beklagten je zur Hälfte unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kläger unter Beilage eines Doppels von Urk. 37 und einer Kopie von Urk. 39 sowie an das Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid 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 Zivilsachen) 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. 224'639.65.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 17. März 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Kunz Bucheli

versandt am:
mc