

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB150036-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

Urteil vom 25. August 2015

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt M.A. HSG in Law X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der 3. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom
1. Juni 2015; Proz. CG130109**

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 2)

" Es sei die Beklagte zur Bezahlung von CHF 59'900.– zuzüglich Zins von 5% seit 24. Mai 2013 unter ausdrücklichem Nachklagevorbehalt an die Klägerin zu verpflichten;

unter Kosten und Entschädigungsfolge."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich (3. Abt.) vom 1. Juni 2015:

(act. 42 S. 12/13)

1. Die Klage wird vollumfänglich abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'350.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss verrechnet.
4. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteient-schädigung in der Höhe von Fr. 13'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung
6. Rechtsmittel

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (act. 40 S. 3):

- "1. Es sei das Urteil der Vorinstanz vom 1. Juni 2015 im Verfahren CG130109-L/U aufzuheben;
2. es sei in der Sache neu zu entscheiden und die Beklagte und Berufungsbe-klagte zur Bezahlung von CHF 59'900.- zuzüglich Zins von 5% seit 24. Mai 2013 unter ausdrücklichem Nachklagevorbehalt an die Klägerin und Beru-fungsklägerin zu verpflichten;

3. eventualiter sei die Sache zu neuerlicher Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Erwägungen:

I.

1. Die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagte) hat die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin) im Scheidungsprozess anwaltlich vertreten. Mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 11. Februar 2011 war die Ehe der Klägerin geschieden und der geschiedene Ehemann verpflichtet worden, der Klägerin nacheheliche Unterhaltsbeiträge von monatlich CHF 2'520.-- bis zum Eintritt der Klägerin ins ordentliche Pensionsalter zu bezahlen. Auf Berufung des geschiedenen Ehemannes hin erkannte das Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, mit Urteil vom 8. November 2011, dass keiner Partei nachehelicher Unterhalt zugesprochen werde (act. 5/13). Die Beklagte hatte im Berufungsverfahren die Berufungsantwort verspätet eingereicht; ein Fristwiederherstellungsgesuch war vom Obergericht abgewiesen worden (act. 5/20).

Die Klägerin wirft der Beklagten vertragswidriges Verhalten vor und macht geltend, es sei ihr dadurch ein Schaden in der Höhe der ihr von der ersten Instanz zugesprochenen nachehelichen Unterhaltsbeiträge entstanden. Diese will sie im vorliegenden Verfahren im Umfang von CHF 59'900.-- zuzüglich Zins teilweise ersetzt haben.

2. Am 8. November 2013 erhob die Klägerin vor Vorinstanz Klage mit dem eingangs erwähnten Rechtsbegehren. Nach Eingang des Prozesskostenvorschusses und der Klageantwort wurden in einer Instruktionsverhandlung am 14. Oktober 2014 sowie anlässlich der Hauptverhandlung vom 3. März 2015 Vergleichsverhandlungen durchgeführt, welche indes zu keiner gütlichen Einigung führten. Am 1. Juni 2015 erging das erstinstanzliche Urteil, mit welchem das Bezirksgericht Zürich die Klage abwies (act. 42).

Am 8. Juli 2015 erhob die Klägerin Berufung gegen das Urteil (act. 40). Nach Eingang des Prozesskostenvorschusses für das Berufungsverfahren (act. 43 und 45) erweist sich das Verfahren als spruchreif. Von der Einholung einer Berufungsantwort kann in Anwendung von Art. 312 Abs. 1 ZPO abgesehen werden.

II.

1. Die Berufung wurde schriftlich, begründet und mit Anträgen versehen rechtzeitig (act. 40 i.V.m. act. 36) erhoben (Art. 311 ZPO). Die Klägerin ist durch das erstinstanzliche Urteil formell und materiell beschwert und zur Berufungserhebung legitimiert. Auf die Berufung ist einzutreten.

2. Die Berufung führende Partei hat die Mängel, welche der erstinstanzliche Entscheid ihrer Meinung nach aufweist, gestützt auf die zugelassenen Berufungsgründe geltend zu machen. Die Kognition der Berufungsinstanz ist umfassend (Art. 310 ZPO), was bedeutet, dass die Berufungsinstanz sämtliche gerügten Mängel frei und unbeschränkt überprüfen kann: sowohl die unrichtige Rechtsanwendung wie auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes und auch die Angemessenheit des erstinstanzlichen Entscheides. Die Angemessenheitsüberprüfung übt die Rechtsmittelinstanz in aller Regel mit einer gewissen Zurückhaltung aus (vgl. dazu: REETZ/THEILER, ZK ZPO, 2. Aufl., Art. 310 N 5/6 und N 34 ff.). In der Berufungsbegründung hat sich die Berufung führende Partei mit den Entscheidgründen des angefochtenen Entscheides im Einzelnen auseinanderzusetzen. Verlangt ist eine sachbezogene Auseinandersetzung, eine nur pauschale Kritik oder der Verweis auf die Vorbringen im vorinstanzlichen Verfahren genügen nicht (REETZ/THEILER, a.a.O., N 36).

3. Die Klägerin macht in der Berufung geltend, die Vorinstanz sei bei der Beantwortung der Frage, ob eine rechtzeitige Berufungsantwort zum Erfolg geführt hätte, zu Unrecht dem Prüfmuster des Obergerichts für den nahehelichen Unterhalt gefolgt; sie habe damit genau jenes Prüfmuster angewendet, welches in der zu spät eingereichten Berufungsantwort bestritten worden sei, da der Klägerin kein hypothetisches Einkommen anzurechnen gewesen sei, was die Berech-

nungsweise des Bezirksgerichts bestätigt hätte. Damit habe die Vorinstanz das Recht unrichtig angewendet (act. 40 S. 10/11 Rz 25).

Weiter macht die Klägerin geltend, die Vorinstanz habe den prozessualen Sachverhalt falsch festgestellt, was zu einer unrichtigen Rechtsanwendung geführt habe: Es treffe nämlich nicht zu, dass die Klägerin nicht dargetan habe, dass die in der Berufungsantwort als Beweis offerierten Suchbemühungen/Absagen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu einer andern Einschätzung des Obergerichts geführt hätten, wie die Vorinstanz ausführe. Zur Begründung verweist die Klägerin auf einen in die Berufungsschrift hineinkopierten Auszug aus ihren Vorbringen vor Vorinstanz, wo sie darlegte, dass sie in der (verspäteten) Berufungsantwort sämtliche Argumente des Exmannes substantiiert bestritten hätte, das Obergericht sich bei Rechtzeitigkeit der Eingabe mit ihren Vorbringen auseinandergesetzt hätte und die Berücksichtigung der Vorbringen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch zu einem andern Urteil geführt hätten. Da die Klägerin ein Einkommen nachweislich nicht realisieren konnte, sei ihr auch kein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Damit sei nachgewiesen, dass die rechtzeitige Einreichung der Berufungsantwort die Abweisung der Berufung zur Folge gehabt hätte (act. 40 S. 11 - 13, Rz 26 und 27)

4. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid zunächst die Haftungs Voraussetzungen zutreffend dargelegt. Es kann darauf verwiesen werden. Mit Bezug auf die Kausalität hat sie ebenfalls zutreffend festgehalten, es gehe um die Prüfung des hypothetischen Kausalverlaufes, wenn – wie vorliegend – ein Schaden aufgrund einer sorgfaltswidrig nicht innert Frist eingereichten Rechtsschrift, mithin einer Unterlassung in Frage stehe. Der Kausalzusammenhang zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und Schaden sei in diesem Fall dann zu bejahen, wenn die unterlassene Rechtsvorkehr mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zum Erfolg geführt hätte (act. 42 S. 5 Erw. III.2.2 mit Hinweisen auf Literatur und insbesondere BGE 124 III 155 E. 3d). Davon geht auch die Berufungsklägerin aus. Sie hält zutreffend fest, es sei danach zu fragen, was passiert wäre, wenn die unterlassene Handlung vorgenommen worden wäre (act. 40 S. 9 oben).

Ebendies hat nun aber die Vorinstanz im Einzelnen getan:

4.1 Die Vorinstanz hielt zunächst fest – und insoweit stimmt die Berufungsklägerin mit ihr überein –, dass die verspätet eingereichte Rechtsschrift als Vertragsverletzung zu qualifizieren und eine verspätet eingereichte Berufungsantwort durchaus geeignet sei, um im Rechtsmittelverfahren zu unterliegen, wenn die entsprechenden Vorbringen aufgrund der Säumnis nicht berücksichtigt werden; dies vor allem wenn es wie vorliegend um nahehelichen Unterhalt gehe und die Verhandlungsmaxime gelte (act. 42 S. 6 E. III.4.2 und S. 7 E. III.5.2).

Die Vorinstanz erörterte alsdann im Einzelnen die von der Klägerin vor Vorinstanz erhobenen Einwände, von denen die Klägerin geltend machte, sie wären bei Rechtzeitigkeit der Berufungsantwort von der Berufungsinstanz berücksichtigt worden und hätten mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu einem andern Urteil geführt. Dabei wies sie zunächst darauf hin, das Obergericht habe entsprechend der Rechtsprechung die Bestimmung des nahehelichen Unterhalts des unterhaltsberechtigten Ehegatten in drei Schritten bestimmt, d.h. zunächst den gebührenden Unterhalt der Klägerin berechnet und alsdann ihre Eigenversorgungskapazität. Da das Obergericht zum Schluss gekommen sei, die Klägerin sei in der Lage ihren gebührenden Unterhalt selber zu decken, habe es darauf verzichtet, die Leistungsfähigkeit ihres damaligen Ehemannes zu ermitteln (act. 42 S. 9 unter Hinweis auf act. 5/13 S. 13f. und S. 24).

Die Klägerin macht im Berufungsverfahren weiter geltend, die Vorinstanz habe dieser Prüfungsreihenfolge nicht folgen dürfen, sondern hätte der Berechnungsweise des Bezirksgericht Winterthur folgen müssen. Zutreffend ist, dass das Obergericht seinem Entscheid vom 8. November 2011 für die naheheliche Unterhaltspflicht eine andere Berechnungsweise zugrundegelegt hat als das Bezirksgericht, was die Klägerin für unzutreffend zu halten scheint. Dass und weshalb die Berücksichtigung der verspäteten Berufungsantwort hätte dazu führen sollen, dass das Obergericht der Berechnungsweise des Bezirksgerichts folgt und dies zur Bestätigung der nahehelichen Unterhaltspflicht im Berufungsentscheid geführt hätte, hat die Klägerin vor Vorinstanz nicht dargelegt oder auch nur behauptet; dies war deshalb von der Vorinstanz auch nicht zu prüfen. Es ist im Gegenteil nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die Auswirkungen der materiel-

len Einwände der Klägerin in der verspäteten Berufungsantwort im Rahmen der Berechnungsweise des Obergerichts prüfte. Die Berufung erweist sich insoweit als unbegründet, sofern die Einwendung überhaupt gehört werden kann.

4.2 Mit Bezug auf den Bedarf der Klägerin erwog die Vorinstanz, das Obergericht habe diesen exakt auf den gleichen Betrag veranschlagt wie das Bezirksgericht und damit so hoch wie die Klägerin verlangt habe. Es sei sodann nicht dargetan worden, welche Vorbringen in der Berufungsantwort zum Bedarf der Klägerin einen Einfluss auf den Entscheid des Obergerichts gehabt hätten. Die Vorinstanz ergänzte sodann, das Obergericht habe die Position der Altersvorsorge entgegen der Position des Berufungsklägers in deren Bedarf belassen. Überdies seien von der Klägerin in der verspäteten Berufungsantwort neu Positionen zum Bedarf geltend gemacht worden, welche im Berufungsverfahren nicht hätten berücksichtigt werden können (act. 42 S. 9/10 Erw. III. 5.3.3.1).

Die Klägerin setzt sich mit diesen Erwägungen in der Berufung in keiner Weise auseinander und geht auf die Bedarfsberechnung gar nicht ein. Einzig in dem in die Berufungsschrift kopierten Auszug aus den Vorbringen vor Vorinstanz ist ein Hinweis auf ihre Auffassung zum Bedarf zu entnehmen. Dass und was sie daraus ableiten will, lässt sich der Berufungsschrift nicht entnehmen. Damit genügt sie ihrer Begründungspflicht nicht.

4.3 Zum Einkommen der Klägerin erwog die Vorinstanz, es sei im Berufungsentscheid des Obergerichts vom 8. November 2011 auf die erstinstanzlichen klägerischen Argumente zur Realisierbarkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit sowie zur Zumutbarkeit der Erwerbsaufnahme und zum letztgelebten Standard Bezug genommen worden. Die Argumente stimmten weitgehend mit denjenigen der Berufungsantwort überein; entsprechend hätten die Argumente auch Eingang in die obergerichtlichen Erwägungen gefunden, trotz versäumter Rechtshandlung. Im obergerichtlichen Entscheid sei darauf hingewiesen worden, dass die zahlreichen von der Klägerin ins Recht gelegten Bewerbungsunterlagen sowie die Absagen nicht belegen würden, dass es ihr aufgrund ihres Alters und ihrer Fähigkeiten sowie der Arbeitsmarktlage nicht möglich gewesen wäre, seit der Trennung eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Dass die in der Berufungsantwort als Beweis

offerierten Suchbemühungen/Absagen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu einer anderen Einschätzung des Obergerichts geführt hätten, sei nicht dargetan. Auch die weiteren Argumente der Klägerin, die sie in der Berufungsantwort angeführt hatte (kein Einkommen vom Sohn oder aus Kapitalzinsen) seien berücksichtigt worden. Es sei insgesamt nicht dargetan, dass eine rechtzeitig eingereichte Berufungsantwort zu einer andern Tatsachenfeststellung betreffend Bedarf und Einkommenssituation und in der Folge zur Zusprechung von Unterhalt zugunsten der Klägerin geführt hätte (act. 42 S. 10 und 11 Erw. III 5.3.3.2 und 6).

Auch mit diesen Erwägungen setzt sich die Klägerin in der Berufungsschrift in keiner Weise auseinander. Wenn sie ausführt, es stimme nicht, wenn die Vorinstanz ausführe, dass nicht dargetan sei, dass "die in der Berufungsantwort als Beweis offerierten Suchbemühungen/Absagen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu einer andern Einschätzung des Obergericht geführt hätten" und sie dabei einzig auf ihre vorinstanzlichen Rechtsschriften hinweist bzw. diese im Auszug in die Berufungsschrift kopiert (act. 40 S. 11 und 12), genügt die Klägerin ihrer Begründungspflicht nicht und die Berufung ist auch insoweit abzuweisen.

5. Soweit sich die Klägerin schliesslich in der Berufungsbegründung zum Schaden, Zins und zum Verschulden der Beklagten äussert, kann auf die Berufung nicht eingetreten werden. Diese Fragen waren nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Urteils, weil die Klage bereits wegen der fehlenden Kausalität abzuweisen war.

III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin auch für das Berufungsverfahren kostenpflichtig. Parteienschädigungen für das Berufungsverfahren sind keine zuzusprechen, der Klägerin nicht weil sie unterliegt, der Beklagten nicht, weil ihr im Berufungsverfahren keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen soweit darauf eingetreten werden kann. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich (3. Abt.) vom 1. Juni 2015 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 6'300.--.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Prozesskostenvorschuss bezogen.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Entschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage von act. 40, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zürich (3. Abt.), je gegen Empfangsschein.
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. 59'900.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. M. Hinden

versandt am: