

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PD190020-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Urteil vom 11. März 2020

in Sachen

1. **A.**_____,
 2. **B.**____ **GmbH**,
- Klägerinnen,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____,

gegen

C.____ **GmbH**,

Beklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend
Kündigungsschutz / Anfechtung

Wiederherstellung der Berufungsfrist im Urteil des Einzelgerichtes des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 24. Oktober 2019 (MB180022)

Erwägungen:

1. Die Parteien standen sich vor dem Mietgericht Zürich in einem Verfahren über Kündigungsschutz / Anfechtung gegenüber. Mit Urteil vom 24. Oktober 2019 erklärte das Mietgericht die Kündigung der Beklagten an die Klägerin 1 unter Bezugnahme auf ein "faktisches / mietvertragsähnliches etc. Vertragsverhältnis" vom 9. Februar 2018 per 30. September 2018 für gültig. Sodann stellte sie fest, dass weitere Kündigungen an die Klägerinnen 1 und 2 bzw. nur an die Klägerin 2 gestützt auf andere Vertragsgrundlagen nichtig sind. Die Eventualbegehren der Klägerinnen 1 und 2 betreffend Erstreckung wies sie ab und auferlegte die Kosten den Parteien zu je 1/3 (act. 47).

2. Mit Eingabe vom 27. November 2019 lassen die Klägerinnen durch ihren nach Zustellung des Urteils neu mandatierten Rechtsvertreter lic. iur. X1._____, dieser substituiert durch Rechtsanwalt lic. iur. X2._____, bei der Kammer ein Gesuch um Wiederherstellung der Berufungsfrist stellen. Weiter sei ihnen eine angemessene Frist von mindestens 10 Tagen anzusetzen, um die Berufungsschrift gegen das Urteil vom 24. Oktober 2019 einzureichen (act. 43 und 48).

Mit Verfügung vom 4. Dezember 2019 wurde der Beklagten Frist zur Stellungnahme zum Wiederherstellungsgesuch angesetzt. Sodann wurde den Klägerinnen Frist angesetzt, um für das Verfahren vor Obergericht einen Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– zu leisten (act. 52). Seitens der Beklagten ging keine Stellungnahme ein. Die Klägerinnen leisteten den Vorschuss innert Frist (act. 54).

3. Zur Begründung des Gesuchs wird angeführt, Rechtsanwalt X2._____ habe am Morgen des 27. November 2019, dem letzten Tag der Berufungsfrist, von der Ehefrau seines Büropartners Rechtsanwalt X1._____ die telefonische Nachricht erhalten, dass dieser erkrankt sei und weder in der Kanzlei erscheinen noch irgendwelche Arbeiten erledigen könne. Er habe das Aktenstudium und die Vorbereitungsarbeiten für die Einreichung der Berufungsschrift im Wesentlichen abgeschlossen, habe jedoch mit der Redaktion der Berufungsbegründung noch nicht begonnen und sich dafür jenen Tag reserviert. Rechtsanwalt X2._____ müsse nach Diktat dieser Eingabe die Kanzlei wegen eines unverschiebbaren Ter-

mins verlassen und sei gänzlich ausserstande, eine Berufungsschrift im Sinne von Art. 311 ZPO auszuarbeiten. Wegen ferienbedingter Abwesenheiten und nicht aufschiebbarer Verpflichtungen sei auch niemand anders in der Kanzlei in der Lage, sich in das Dossier einzuarbeiten und die Berufung schriftlich zu begründen. Da die genannten Umstände eine Einreichung der Berufung innert Frist verunmöglichen würden, werde bereits heute um Wiederherstellung im Sinne von Art. 148 Abs. 1 ZPO ersucht. Wie dargelegt treffe die Klägerinnen bzw. ihren Rechtsvertreter keinerlei Verschulden an der Säumnis (act. 48).

4.a) Das vorinstanzliche Urteil ging den Klägerinnen am 28. Oktober 2019 zu (act. 41). Die 30-tägige Berufungsfrist lief somit am 27. November 2019 ab (Art. 142 ZPO). Das Wiederherstellungsgesuch wurde am 27. November 2019 zur Post gegeben. Da es noch innerhalb der Rechtsmittelfrist erfolgte und die Säumnis noch nicht eingetreten war, handelt es sich an sich um ein Gesuch um Fristerstreckung. Es wurde aber am letzten Tag der Frist gestellt und ging erst nach Fristablauf bei der Kammer ein. Die Klägerinnen hätten demnach auch bei umgehender Abweisung der Fristerstreckung – eine solche fällt bei gesetzlichen Frist von vornherein ausser Betracht (Art. 144 Abs. 1 ZPO) – nicht mehr rechtzeitig handeln können. Die Eingabe ist deshalb als Wiederherstellungsgesuch entgegenzunehmen und zu behandeln.

b) Nach Art. 148 ZPO kann die Frist wiederhergestellt werden, wenn die säumige Partei innert zehn Tagen nach Wegfall des Säumnisgrundes darum ersucht und glaubhaft macht, dass die Säumnis auf keinem oder einem nur leichten Verschulden beruhte. Sinn und Zweck des Instituts ist die Milderung der formalen Strenge des Prozessrechts im Interesse der Durchsetzung des materiellen Rechts. Das Verschulden an der Säumnis kann vorweg die Partei selbst treffen. Die Klägerinnen haben indes unmittelbar nach Erhalt des vorinstanzlichen Urteils neu Rechtsanwalt X1. _____ mandatiert (act. 43-45). Sie konnten sich demnach darauf verlassen, dass ihr Vertreter rechtzeitig das Nötige unternimmt. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, wonach sie noch vor Fristablauf erfahren hätten, dass Rechtsanwalt X1. _____ die Berufungsfrist nicht wahren können. Aber selbst wenn sie davon Kenntnis erhalten hätten, wäre es ihnen als juristischen

Laien kaum möglich gewesen, in zeitlicher und fachlicher Hinsicht die erforderlichen Massnahmen innert Frist zu treffen. Letztlich kann aber offen bleiben, was den Klägerinnen im konkreten Fall an eigenen Vorkehren möglich und zumutbar war bzw. ob das Unterlassen solcher Vorkehren ein leichtes oder schweres Verschulden darstellt.

Liegt das Verschulden beim Vertreter, wird es der Partei angerechnet und schliesst bei Fehlen der Voraussetzungen von Art. 148 ZPO die Wiederherstellung ebenfalls aus (ZK ZPO-Staehelin, 3. A., Art. 148 N 7; KuKo ZPO-Hoffmann-Nowotny, 2. A., Art. 148 N 8). Die Berufungsfrist lief wie gesehen am 27. November 2019 ab. Rechtsanwalt X1._____ war gemäss dem eingereichten Arztzeugnis vom 27. bis und mit 29. November 2019 zu 100 % arbeitsunfähig (act. 51/4). Neben ihm und Rechtsanwalt X2._____ arbeiten in der Kanzlei drei weitere Rechtsanwälte, die sich aber gemäss den Angaben von Rechtsanwalt X2._____ wegen Ferienabwesenheiten bzw. aus zeitlichen Gründen der Sache nicht annehmen konnten. Das Arztzeugnis bescheinigt Rechtsanwalt X1._____ eine dreitägige Arbeitsunfähigkeit "Gemäss Angaben des Patienten". Bei dieser Formulierung bleibt offen, ob sich Rechtsanwalt X1._____ tatsächlich in die Arztpraxis begab, um sich untersuchen zu lassen, oder ob ihm das Zeugnis bloss auf telefonische Kontaktaufnahme hin ausgestellt wurde. Auch lassen sich dem Zeugnis keine Angaben zur Schwere der Erkrankung entnehmen. Dennoch macht Rechtsanwalt X1._____ mit dem Zeugnis sowohl seine Krankheit als auch die damit verbundene Arbeitsunfähigkeit für drei Tage glaubhaft. Zwar müssen sich Anwälte so organisieren, dass sie im Fall ihrer Verhinderung Fristen trotzdem wahren können. Da der mehrtägige Ausfall von Rechtsanwalt X1._____ aber nicht voraussehbar war, erscheint die Möglichkeit, innert des verbleibenden Tages umgehend einen mit der Sache nicht vertrauten Bürokollegen mit der Ausarbeitung der Berufungsschrift zu betrauen oder die Klägerinnen selber zum Handeln anzuhalten, eher theoretischer Natur. Wie dargelegt, waren nach Angaben im Wiederherstellungsgesuch die anderen in der Kanzlei tätigen Anwälte abwesend oder ausgelastet. Die Klägerinnen ihrerseits hätten wohl keine Berufungsschrift verfassen oder noch einen anderen Anwalt damit beauftragen können. Es kommt hinzu, dass das ärztliche Zeugnis ohne Einschränkung eine krankheitsbedingte vollständige Arbeitsunfä-

higkeit Rechtsanwalt X1. _____s bescheinigt. Selbst wenn es diesem trotz seiner Erkrankung objektiv möglich und zumutbar gewesen wäre, die Klägerinnen zum eigenen Tätigwerden aufzufordern, könnte das Unterlassen dieser Massnahme nicht als schweres Verschulden gelten. Gegen eine Wiederherstellung liesse sich schliesslich nicht einwenden, es empfehle sich, wichtige und fristgebundene Arbeiten frühzeitig in Angriff zu nehmen. Praktisch lässt sich das nicht immer realisieren, und gerade bei Anwälten ist das Ausschöpfen der Fristen und damit das Arbeiten im letzten Moment sehr verbreitet. Dass Rechtsanwalt X1. _____ – ob schon er erst für das Berufungsverfahren beigezogen wurde (act. 43) – die Redaktion der Berufungsbegründung auf den letzten Tag der Frist terminierte, ist ihm demnach nicht entgegenzuhalten und stellt gestützt auf die Akten jedenfalls kein schweres Verschulden dar.

c) Wie gesehen, wurde das Wiederherstellungsgesuch am ersten Tag der Erkrankung von Rechtsanwalt X1. _____ (als dieser nicht arbeitsfähig war) zur Post gegeben. Somit wurde die zehntägige Frist von Art. 148 Abs. 2 ZPO auf jeden Fall eingehalten.

5. Demzufolge ist das Gesuch gutzuheissen und die Wiederherstellung ist zu bewilligen. Den Klägerinnen ist eine angemessene Nachfrist von 10 Tagen zur Begründung der Berufung anzusetzen (Art. 148 Abs. 1 ZPO).

6. Die Entscheidgebühr ist auf Fr. 1'500.– festzusetzen (§ 9 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 GebVO; vgl. act. 52) und aus dem von den Klägerinnen geleisteten Vorschuss zu beziehen. Die endgültige Verlegung der Prozesskosten bleibt dem Entscheid über die Berufung vorbehalten. Für den Fall, dass die Klägerinnen innert 10 Tagen keine Berufungsschrift einreichen, sind ihnen die Gerichtskosten definitiv aufzuerlegen und ist ihnen keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Das Gesuch wird gutgeheissen, und die Frist zur Berufung gegen das Urteil des Einzelgerichtes des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 24. Oktober 2019 wird wieder hergestellt.

2. Den Klägerinnen wird eine einmalige Nachfrist von 10 Tagen ab Zustellung dieses Entscheides angesetzt, um die Berufungsschrift im Doppel einzureichen.
3. Die Entscheidgebühr für dieses Verfahren wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt und aus dem von den Klägerinnen bezogenen Kostenvorschuss bezogen.

Die endgültige Verlegung der Prozesskosten wird dem Entscheid über die Berufung vorbehalten. Für den Fall, dass die Klägerinnen innert Frist keine Berufungsschrift einreichen, wird ihnen die Entscheidgebühr definitiv auferlegt und wird ihnen keine Prozessentschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Mietgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.
5. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 357'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: