

**Art. 149 ZPO. Stellungnahme des Gegners, Endgültigkeit des Entscheides.** *Die Anhörung der Gegenseite ist nur zwingend, wenn sie mit dem Entscheid beschwert würde (E. I/4). "Endgültig" heisst nicht, dass die Frage nicht mit dem Endentscheid oder gleich wie dieser angefochten werden könnte (E. III).*

(Erwägungen des Obergerichts:)

## I.

1. Nachdem die Kammer mit Beschluss vom 31. August 2012 auf die von der Berufungsklägerin verspätet eingereichte Berufung nicht eintrat, ist diese mittels eines als "BESCHWERDE" bezeichneten Schreibens vom 16. September 2012 an die Kammer gelangt. Aus dem Inhalt des Schreibens ergab sich für die Kammer das Begehren der Berufungsklägerin nicht schlüssig. Mit Schreiben vom 5. Oktober 2012 hat sich die Berufungsklägerin nun erneut zu Wort gemeldet und beantragt: "Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand und den Beschluss vom 31.8.12 damit Frist zum Weiterzug an das Bundesgericht bis zum Entscheid hierüber aufzuheben." Zudem hat sie der Kammer am 9. Oktober 2010 ein als "BESCHWERDE" bezeichnetes Schreiben vom 5. Oktober 2012 überbracht bzw. überbringen lassen (act. 45), welches (abgesehen vom Datum und der fehlenden Unterschrift) mit act. 41 identisch ist.

2. Insofern die Berufungsklägerin mit Ihren Schreiben sinngemäss zum Ausdruck bringen will, ihre Eingabe vom 5. Oktober 2012 bzw. diejenige vom 16. September 2012 bezwecke die Wiederherstellung der Berufungsfrist i.S.v. Art. 148 ZPO, gilt folgendes:

Ein begründetes Fristwiederherstellungsgesuch ist innert 10 Tagen nach Wegfall des Hinderungsgrundes bei dem Gericht einzureichen, vor dem die Säumnis stattgefunden hat (Art. 148 ZPO, vgl. Marbacher in: Stämpfli Handkommentar ZPO, N 2 zu Art. 149). Für ein Begehren um Wiederherstellung einer verpassten Rechtsmittelfrist ist dies die Rechtsmittelinstanz (vgl. Merz, DIKE-Komm-ZPO, Art. 148 N 37), und zwar auch dann, wenn – wie vorliegend – bereits ein Endentscheid derselben ergangen ist (vgl. zum Ganzen *OGerZH* NG110010 vom 7. Oktober 2011 E. 7 = ZR 110/2011 Nr. 91), wobei diesfalls gemäss Art. 148 Abs. 3 ZPO zusätzlich eine Sechs-Monats-Frist ab Rechtskraft des Endentscheids einzuhalten ist. Inhaltlich hat die säumige Partei glaubhaft zu machen, dass sie kein oder lediglich ein leichtes Verschulden an der Säumnis trifft (Art. 148 Abs. 1 ZPO).

3. Die Berufungsfrist lief vorliegend (unter Berücksichtigung der Gerichtsferien, Art. 145 Abs. 1 ZPO) am 16. August 2012 ab. Die Berufungsklägerin hat ihre Berufungsschrift vom 17. August 2012 erst am 20. August 2012 und damit verspätet zur Post gegeben. Die Sechs-Monats-Frist ab Rechtskraft des Berufungsentscheids gemäss Art. 148 Abs. 3 ZPO wäre vorliegend noch nicht abgelaufen. Für die Frage der Rechtzeitigkeit des Fristwiederherstellungs-gesuches ist hingegen auch der Zeitpunkt des Wegfalls des Säumnisgrundes massgebend.

Soweit die Berufungsklägerin (und dies erst mit Schreiben vom 5. Oktober 2012) geltend macht, sie sei aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage gewesen, rechtzeitig Berufung zu erheben, ergibt sich aus der (verspäteten) Einreichung der Berufungsschrift, dass die Berufungsklägerin bereits ab dem 17. August 2012 (Datum der Berufungsschrift) bzw. allerspätestens ab dem 20. August 2012 (Datum der Postaufgabe) nicht mehr Opfer eines gesundheitlichen Säumnisgrundes hat sein können, denn ansonsten wäre ihr das Abfassen und Einreichen der Berufungsschrift nicht möglich gewesen. Einen späteren medizinischen Hinderungsgrund behauptet die Berufungsklägerin nicht, sondern erklärt lediglich, rekonvaleszent zu sein. Auch erfasst das undatierte (und von wem auch immer unterzeichnete) Arztzeugnis der PUK den Zeitpunkt des Fristablaufs bereits nicht mehr, äussert sich nicht zur von der Berufungsklägerin behaupteten Arbeitsunfähigkeit und hält lediglich fest, dass die Berufungsklägerin – in welchem Umfang auch immer – in der PUK in Behandlung gewesen sein soll.

Die Berufungsklägerin bringt hingegen neben ihren gesundheitlichen Vorbehalten vor, sie habe sich bezüglich der Gerichtsferien geirrt bzw. den seit 1. Januar 2011 geltenden Art. 145 Abs. 1 ZPO nicht gekannt. Wenn dem so war, war ihr Irrtum bzw. ihre Unkenntnis betreffend die Gerichtsferien spätestens mit der persönlichen Entgegennahme des Beschlusses der Kammer vom 31. August 2012 am 6. September 2012 beseitigt. Demnach lief die zehntägige Frist für ein Wiederherstellungsgesuch spätestens am 17. September 2012 aus. Die Berufungsklägerin hat das mutmassliche Fristwiederherstellungsgesuch vom 16. September 2012 jedoch erst am 18. September 2012 zur Post gegeben, weshalb es sich als verspätet erweist und darauf nicht einzutreten ist.

4. Ob die Gegenpartei nach Art. 149 ZPO zwingend und in jedem Fall anzuhören ist, erscheint vorliegend – mit Blick auf verwandte Konstellationen – fraglich (vgl. Art. 253, 312, 322 und 330 ZPO, wo die Gegenpartei in Fällen offensichtlicher Unzulässigkeit oder offensichtlicher Unbegründetheit nicht anzuhören ist). Eine Anhörung der nicht beschwerten Gegenpartei ist,

wenn wegen Verspätung Unzulässigkeit ein Nichteintretensentscheid zu fällen ist, weder aufgrund des Anspruchs auf rechtliches Gehör angezeigt noch mit Blick auf die Prozessökonomie sinnvoll. Deshalb und in Analogie zur Regelung im summarischen und in den Rechtsmittelverfahren sowie mangels gegenteiliger Anhaltspunkte in den Materialien ist vorliegend von der Einholung einer Stellungnahme der Gegenpartei nach Art. 149 ZPO abzusehen.

5. Im Übrigen bleibt anzumerken, dass der Irrtum bzw. die Rechtsunkenntnis der Berufungsklägerin, selbst wenn sie rechtzeitig eine Fristwiederherstellung beantragt hätte, nach gängiger Praxis unerheblich wäre (vgl. Merz, DIKE-Komm-ZPO, Art. 148 N 18 m.w.H.), da in der Regel nicht mehr von einem leichten Verschulden auszugehen ist, wenn ein Blick ins Gesetz den Irrtum geklärt bzw. die Unkenntnis behoben hätte. Zudem weist der von der Berufungsklägerin als Ursprung ihres Irrtums bezeichnete Ausdruck von der Homepage einer Zürcher Anwaltskanzlei noch ausdrücklich darauf hin, dass die dort angeführte Gerichtsferienregelung für altrechtliche Verfahren gelte.

6. Das Begehren der Berufungsklägerin ist damit als Fristwiederherstellungs-gesuch entgegenzunehmen, doch ist nach dem Gesagten nicht darauf einzutreten. Eine allfällige Beschwerde gegen den Beschluss der Kammer vom 31. August 2012 wäre hingegen (gemäss Dispositiv-Ziffer 5 des besagten Beschlusses) ans Bundesgericht zu richten gewesen, worauf die Berufungsklägerin mit Schreiben vom 19. September 2012 nochmals ausdrücklich hingewiesen worden ist.

## II.

(...)

## III.

Die in Art. 149 ZPO festgehaltene Endgültigkeit des Entscheids über die Wiederherstellung kann bei Gesuchseinreichung nach Ergehen des End-entscheids nicht gelten, da allfällige Fehler im Zusammenhang mit der Prüfung des Wiederherstellungsgesuchs diesfalls (...) nicht mehr im Rahmen der Anfechtung des (bereits zuvor ergangenen) Endentscheids gerügt werden können

(vgl. auch *OGerZH* NG110010 vom 7. Oktober 2011 E. 7 = ZR 110/2011 Nr. 91). Somit muss vorliegend die Beschwerde ans Bundesgericht möglich sein.

Obergericht, II. Zivilkammer

Beschluss vom 15. Oktober 2012

Geschäfts-Nr.: RU120046-O/U1