

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

5A 888/2017

Urteil vom 8. Januar 2018

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, Herrmann,
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Hanspeter Kümin,
Beschwerdeführer,

gegen

B._____,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Fristwiederherstellung; Eintreten auf die Berufung (Abänderung des Kindesunterhaltes),

Beschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 2. Oktober 2017 (LZ170016-O/U).

Sachverhalt:

Vor dem Bezirksgericht Bülach verlangte A._____ die Abänderung des Kindesunterhaltes, wobei er für das betreffende Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege verlangte.

Das Bezirksgericht wies das Massnahmebegehren wie auch das diesbezügliche Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege mit zwei Entscheiden vom 25. April 2017 ab. Diese wurden dem Anwalt von A._____ am 4. September 2017 zugestellt.

Am 17. September 2017 reichte dieser gegen beide Entscheide eine Beschwerde sowie ein Gesuch um Fristwiederherstellung ein. Weil nur der Entscheid betreffend unentgeltliche Rechtspflege der Beschwerde, jedoch der Massnahmeentscheid der Berufung unterlag, legte das Obergericht des Kantons Zürich zwei Dossiers an (RZ17008-O/U betreffend unentgeltliche Rechtspflege; LZ170016-O/U betreffend Abänderung des Kindesunterhaltes). In beiden Dossiers wies das Obergericht mit Beschlüssen vom 2. Oktober 2017 das Gesuch um Fristwiederherstellung ab und trat auf die Beschwerde bzw. auf die Berufung nicht ein. Ferner wies es auch die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege für das Rechtsmittelverfahren ab.

In Bezug auf den Berufungsentscheid hat der Anwalt von A._____ am 6. November 2017 Beschwerde in Zivilsachen eingereicht mit den Begehren um dessen Aufhebung und Wiederherstellung der obergerichtlichen Berufungsfrist sowie um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren. Weil er jedoch im Rubrum der Beschwerdeschrift den Kanton Zürich, vertreten durch das Bezirksgericht Bülach, als Gegenpartei aufführte und den obergerichtlichen Beschluss betreffend die unentgeltliche Rechtspflege beilegte, ging das Bundesgericht davon aus, dass dieser Beschluss und nicht derjenige betreffend den Kindesunterhalt angefochten sei, und eröffnete das vorliegende Dossier 5A 888/2017 entsprechend. Mit Schreiben vom 10. Dezember 2017 hielt der Anwalt von A._____ jedoch fest, dass der Beschluss betreffend den Massnahmeentscheid angefochten sei. Das Rubrum des vorliegenden Entscheides ist entsprechend angepasst.

Erwägungen:

1.

Angefochten ist der mit Abweisung des Fristwiederherstellungsgesuches verbundene kantonal

letztinstanzliche Nichteintretensentscheid in einer Zivilsache mit Fr. 30'000.-- übersteigendem Streitwert; die Beschwerde in Zivilsachen steht offen (Art. 72 Abs. 1, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG).

Weil es um eine vorsorgliche Massnahme geht, kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte angerufen werden (Art. 98 BGG). Obwohl sogar die Rechtsmittelbelehrung des angefochtenen Entscheides auf die soeben genannte Kognitionsbeschränkung hinweist, besteht der grösste Teil der Beschwerde in appellatorischen Ausführungen, worauf im Bereich der Verfassungsverletzungen, für welche das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG gilt, nicht eingetreten werden kann (vgl. BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246; 136 II 489 E. 2.8 S. 494). Was spezifisch den für das Bundesgericht verbindlich festgestellten (Art. 105 Abs. 1 BGG) Sachverhalt anbelangt, ist mit klar und detailliert erhobenen und soweit möglich belegten Rügen eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung und ausserdem aufzuzeigen, inwiefern die Behebung der betreffenden Mängel für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (vgl. BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266).

2.

Es wird nicht in Frage gestellt, dass die zehntägige Berufungsfrist gemäss Art. 314 Abs. 1 ZPO am 14. September 2017 ablief und somit die erst am 17. September 2017 der Post übergebene Berufungsschrift verspätet war; der Beschwerdeführer hat denn auch gleichzeitig mit seiner Berufung ein Gesuch um Fristwiederherstellung gemäss Art. 148 Abs. 1 ZPO eingereicht, in welchem eine zeitliche Überlastung des Rechtsvertreters geltend gemacht wurde.

Das Obergericht hielt unter Verweisung auf die einschlägige Lehre und Rechtsprechung fest, dass Arbeitsüberlastung und Zeitmangel unter Vorbehalt ganz aussergewöhnlicher Umstände kein genügender Wiederherstellungsgrund sei und ein Rechtsanwalt sich im Übrigen so zu organisieren habe, dass Fristen allenfalls auch durch Bestellung einer Substitution, was vorliegend aufgrund der diese zulassenden Anwaltsvollmacht auch möglich gewesen wäre, eingehalten werden könnten. Konkret werde nicht geltend gemacht, dass die Arbeitsüberlastung plötzlich und unvorhersehbar eingetreten wäre; im Gegenteil datierten die angeführten Belege für die geltend gemachten Vorladungen bzw. Verhandlungsanzeigen vom Mai, Juni, Juli und August, womit hinreichend Zeit für eine entsprechende Organisation verblieben sei. Sodann sei beispielsweise für Dienstag, 12. September 2017, überhaupt nichts eingetragen gewesen. Im Übrigen werde lediglich für die Woche vom 11. bis 15. September 2017 eine Überlastung geltend gemacht, nicht aber für die Woche davor, d.h. für den 4. bis 8. September 2017. Schliesslich falle auf, dass in der eingereichten Monatsübersicht am 4., 7., 14., 18. und 25. September 2017 jeweils ein Fristablauf eingetragen sei, die am 14. September 2017

endende Frist für das vorliegende Verfahren jedoch fehle; dies lasse für die Säumnis auch andere Interpretationen als eine Arbeitsüberlastung zu. Insgesamt sei diese nicht glaubhaft gemacht.

Der Kern der obergerichtlichen Erwägungen geht dahin, dass die Termine in der Woche vom 11. bis 15. September 2017 voraussehbar waren und deshalb die Berufungsschrift bereits in der Vorwoche hätte verfasst werden müssen. Diesbezüglich werden in der Beschwerdeschrift primär appellatorische Ausführungen gemacht, nämlich dass - wie bereits vor Obergericht dargelegt - am 5. September 2017 eine Einvernahme mit einer Privatklägerin stattgefunden habe und am 6. September 2017 eine Akteneinsicht vorgenommen worden sei, so dass es in der betreffenden Woche lediglich gereicht habe, ein Grundgerüst für die Berufung aufzustellen. Indes ist damit - abgesehen davon, dass keine willkürliche Sachverhaltsfeststellung geltend gemacht wird - nicht darzutun, dass dem Obergericht angesichts der verbleibenden drei Tage in der betreffenden Woche und im Übrigen auch dem terminfreien 12. September 2017 eine sich auf die gesamte Rechtsmittelfrist erstreckende Arbeitsüberlastung glaubhaft gemacht worden wäre bzw. die betreffende Verneinung durch das Obergericht einen verfassungsmässigen Anspruch des Beschwerdeführers verletzen würde. Mit dem blossen Hinweis, es sei notorisch, dass an den anderen Tagen allerlei Arbeiten angefallen seien, wie dies in einer

Anwaltskanzlei üblich sei, ist vor dem Hintergrund, dass der Beschwerdeführer selbst nicht geltend macht, irgendwelche konkreten Nachweise erbracht zu haben, keine Verfassungsverletzung substantiiert.

Scheitert die vorliegende Beschwerde bereits am Gesagten, sind die weiteren (ebenfalls fast ausschliesslich in appellatorischer und damit unzulässiger Weise vorgetragenen) Ausführungen betreffend Unmöglichkeit einer Substitution und Verwahrung gegenüber der obergerichtlichen Mutmassung, den Fristablauf mangels Eintrages in der Agenda einfach verpasst zu haben, gegenstandslos.

3.

Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet, weshalb sie im Verfahren nach Art. 109 Abs. 1 lit. a BGG abzuweisen ist, soweit überhaupt auf sie eingetreten

werden kann.

Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, muss die Beschwerde im Übrigen als von Anfang an aussichtslos angesehen werden, weshalb es an den materiellen Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege fehlt (Art. 64 Abs. 1 BGG) und das betreffende Gesuch für das bundesgerichtliche Verfahren abzuweisen ist.

Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'500.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 8. Januar 2018

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: Möckli