



Kass.-Nr. AA040135/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Alfred Keller, Karl Spühler und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 04. Oktober 2004

in Sachen

A. GmbH in Liquidation,

Klägerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin
vertreten durch den Liquidator, B.,
dieser vertreten durch C.

gegen

D.,

Beklagter, Rekursgegner und Beschwerdegegner

betreffend **Forderung aus Mietverhältnis**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. September 2004 (NM040014/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Am 26. Mai 2003 ging beim Einzelrichter in Mietsachen des Bezirkes E. die Klage der A. GmbH, vertreten durch C., ein, wonach der Beklagte zu verpflichten sei, der Klägerin den Betrag von total Fr. 9'933.-- (Fr. 6'933.-- ausstehende Mietzinsen, Fr. 2'000.-- für Wohnungsinstandstellung und Ersatz von Gegenständen, Fr. 1'000.-- Umtriebsentschädigung) zu bezahlen (ER act. 1), nachdem die Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirkes E. am 12. Mai 2003 die Nichteinigung der Parteien festgestellt hatte (ER act. 2/1). Nach durchgeführter Hauptverhandlung und Erlass des Beweisauflege- sowie Beweisabnahmebeschlusses zog der (damalige) Liquidator der Klägerin, F., die Klage mit Schreiben vom 6. März 2004 zurück (ER act. 44). Mit Verfügung vom 11. März 2004 schrieb der Einzelrichter das Verfahren als durch Rückzug erledigt ab (ER act. 51).

2. Mit Schreiben vom 26. Juli 2004 gelangte C. an das Bezirksgericht E. und verlangte die Wiederherstellung einer Frist (ER act. 66); das Gesuch wurde im Sinne von § 200 GVG vom Bezirksgericht an das Obergericht weiter geleitet (OG act. 1) und von diesem als Gesuch um Wiederherstellung der Rechtsmittelfrist entgegen genommen. Mit Beschluss vom 3. September 2004 wies die II. Zivilkammer des Obergerichts das Gesuch um Wiederherstellung einer Frist von C. ab und auferlegte diesem persönlich die Kosten (OG act. 4 = KG act. 2).

3. Am 10. September 2004 ging beim Kassationsgericht eine von C. unterzeichnete Nichtigkeitsbeschwerde ein, mit welcher die Aufhebung des Beschlusses des Obergerichts vom 3. September 2004 sowie die Rückweisung der Sache zur Urteilsfällung an das Bezirksgericht E., unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten verlangt wird (KG act. 1, S. 1). Da sich die Beschwerde sofort als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Vernehmung der Vorinstanz sowie einer Beschwerdeantwort des Beschwerdegegners verzichtet werden (§ 289 ZPO).

4. Vorerst ist zu prüfen, ob C. die Nichtigkeitsbeschwerde namens der Klägerin und Beschwerdeführerin A. GmbH in Liquidation erhob und ob er dazu be-

rechtigt ist, oder ob er die Beschwerde in eigenem Namen erhob. Auszugehen ist von der Beschwerdeschrift vom 8. September 2004 (KG act. 1), in welcher auf der ersten Seite (zweimal) die A. GmbH in Liquidation ausdrücklich als "Beschwerdeführer" bezeichnet wird. Allerdings wird in der Begründung weiter wörtlich ausgeführt: "Dadurch [gemeint ist durch die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe] ist der Beschwerdeführer C. benachteiligt und dieser hat das Recht, ein Urteil zu verlangen oder eine Neudurchführung des Prozesses" (KG act. 1, S. 2) und die Beschwerdeschrift ist mit "C." unterzeichnet. Aber aus dem Inhalt der Begründung geht hervor, dass sich die Beanstandungen allesamt auf den Verlauf des Prozesses, welchen die A. GmbH in Liquidation gegen den Beschwerdegegner [D.] führt, richten und in keiner Weise gegen allenfalls C. persönlich betreffende Punkte. C. wäre hinsichtlich des vorinstanzlichen Entscheides auch höchstens durch die Kostenaufgabe an ihn persönlich (KG act. 2, Disp.-Ziff. 3) beschwert. Bezüglich dieser Kostenaufgabe werden jedoch keinerlei Nichtigkeitsgründe geltend gemacht. Es ist daher davon auszugehen, dass C. die Beschwerde namens der A. GmbH in Liquidation erhoben hat. Gemäss Internet-Vollauszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich vom 10. September 2004 [Stand vom 9. September 2004] ist C. lediglich als Gesellschafter ohne Zeichnungsberechtigung eingetragen. Zeichnungsberechtigung kommt gemäss jenem Auszug einzig dem Geschäftsführer und Liquidator B. zu (KG act. 7 entspricht ER act. 64). In den erstinstanzlichen Akten befindet sich allerdings eine im Juni 2004 von B. auf C. ausgestellte Spezialvollmacht mit Bezug auf das vorliegende Verfahren (ER act. 60), womit C. als bevollmächtigt erscheint, die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde namens der Beschwerdeführerin zu erheben.

5.1 Die Vorinstanz ging davon aus, C. ersuche um die Wiederherstellung der Rechtsmittelfrist gegen die Abschreibungsverfügung des Einzelrichters am Mietgericht des Bezirkes E. vom 11. März 2004. Sie wies dieses Gesuch ab mit der Begründung, die Beschwerdeführerin (A. GmbH in Liquidation) habe die Klage durch ihren damaligen einzeln zeichnungsberechtigten Liquidator F. mit Schreiben vom 6. März 2004 zurückgezogen, worauf der erstinstanzliche Richter das Verfahren mit Verfügung vom 11. März 2004 als durch Rückzug erledigt abschrieb. Dieser Entscheid sei dem Liquidator am 18. März 2004 zugestellt wor-

den. Ein Wiederherstellungsfall liege nur dann vor, wenn eine Frist wider den Willen der Partei (hier der A. GmbH in Liquidation) verpasst worden sei. Die A. GmbH in Liquidation habe vorliegend die Rekursfrist jedoch nicht im geschilderten Sinn versäumt, sondern im Gegenteil die Klage durch ihren Liquidator und Vertreter zurückgezogen und anschliessend die Rekursfrist absichtlich verstreichen lassen. Dass ihre Willensbildung nicht fehlerfrei zustande gekommen sei, werde nicht geltend gemacht und wäre auch nicht ersichtlich, nachdem der erstinstanzliche Richter die genauen Umstände des Klagerückzuges abgeklärt habe (unter Hinweis auf ER act. 45 - 48). Da es vorliegend nur um eine Versäumnis der A. GmbH in Liquidation gehen könne, eine solche jedoch gerade nicht vorliege, sei das Gesuch von C. um Wiederherstellung der Rekursfrist abzuweisen (KG act. 2, S. 3).

5.2 Mit dieser Begründung der Vorinstanz betreffend Abweisung der Fristwiederherstellung setzt sich die Beschwerdeführerin überhaupt nicht auseinander. In der Beschwerdeschrift führt C. einzig aus, nach Erlass des Beweisabnahmebeschlusses am 17. Dezember 2003 sei der seit 22. Mai 2003 anhängige Forderungsprozess spruchreif gewesen; das Verfahren sei von strafbaren und unerlaubten Handlungen des Beschwerdegegners gekennzeichnet gewesen, gegen welche er mit verschiedenen Eingaben beim Bezirksgericht E. interveniert habe. Mit Eingabe vom 26. Juli 2004 habe er entweder die Urteilsfällung oder die Neudurchführung des Prozesses oder die Wiederherstellung einer Frist verlangt, jedoch habe er nie das Obergericht angerufen und auch nicht um einen Teilscheid ersucht. Das bisherige Verfahren erfülle daher die Nichtigkeitsgründe gemäss § 281 Ziff.1 bis 3 ZPO zu seinem Nachteil als Nichtigkeitskläger und der Beschwerdeführer C. werde dadurch benachteiligt; er habe das Recht, ein Urteil zu verlangen oder die Neudurchführung des Prozesses (KG act. 1, S. 2) (zu der Frage, wer Beschwerdeführer/in ist vgl. vorn Erw. 4).

5.3 Soweit die Beschwerdeführerin mit ihren Ausführungen allenfalls eine Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze geltend machen will, indem der erstinstanzliche Richter ihr Schreiben vom 26. Juli 2004 (ER act. 66) als Gesuch um Wiederherstellung der Rechtsmittelfrist an das Obergericht weiterleitete, geht

die Rüge gänzlich fehl. In jenem Schreiben wurde ausdrücklich die "Wiederherstellung einer Frist [...] nach Zustellung des Erledigungsbescheides" verlangt (ER act. 66, S. 1). Dieser Erledigungsbeschluss des erstinstanzlichen Richters vom 11. März 2004 war C. zuvor nicht zugestellt worden, da der vormalige Liquidator der Beschwerdeführerin, F., diesem die Spezialvollmacht zur Vertretung der Beschwerdeführerin entzogen hatte (vgl. ER act. 48 und 53) und C. erst im Juni eine neue Spezialvollmacht des am 18. Juni 2004 neu im Handelsregister eingetragenen Liquidators B. vorlegte (vgl. ER act. 60 und 64). Mit Schreiben des Einzelrichters in Mietsachen des Bezirkes E. vom 16. Juli 2004 an C. wurde auf die Erledigung der Sache hingewiesen (ER act. 65). Unter diesen Umständen musste das Gesuch vom 26. Juli 2004 um "Wiederherstellung einer Frist" als ein Gesuch um Wiederherstellung der Rechtsmittelfrist bezüglich der Abschreibungsverfügung vom 11. März 2004 angesehen werden. Geht es um die Frage, ob die im Anschluss an den Endentscheid laufende Rechtsmittelfrist gewahrt oder wiederherzustellen sei, ist nicht das urteilende Gericht, sondern die obere Instanz zuständig, denn bei der Wiederherstellung einer Rechtsmittelfrist geht es letztlich um die Frage der Rechtzeitigkeit des Rechtsmittels. Ob dieses rechtzeitig oder verspätet sei, hat im Sinne einer Zulässigkeitsvoraussetzung regelmässig die Rechtsmittelinstanz zu prüfen (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 2 zu § 200 GVG). Der erstinstanzliche Richter hat somit das Gesuch zu Recht an das Obergericht als Rekursinstanz weitergeleitet. Bezüglich der Verweigerung der Fristwiederherstellung zur Erhebung des Rekurses gegen die Verfügung vom 11. März 2004 macht die Beschwerdeführerin keine Nichtigkeitsgründe geltend. Es bleibt somit bei der rechtskräftigen Abschreibungsverfügung vom 11. März 2004 und auf die von der Beschwerdeführerin bezüglich des erstinstanzlichen Verfahrens geltend gemachten Nichtigkeitsgründe kann nicht eingetreten werden. Die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde ist daher abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

6. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO). Mangels erheblicher Umtriebe im Beschwerdeverfahren ist dem Beschwerdegegner keine Umtriebsentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 200.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 132.-- Schreibgebühren,
Fr. 76.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren werden keine Umtriebsentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, sowie den Einzelrichter in Mietsachen des Bezirkes E. (MD030001), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: