

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB110031-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Ferreño

Beschluss vom 26. September 2011

in Sachen

A. _____ AG,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Fürsprecher Y. _____

substituiert durch lic. iur. Z. _____

betreffend **Wiederherstellung Frist**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich,
3. Abteilung, vom 2. August 2011 (CG100109)**

Erwägungen:

1. a) Mit Beschluss vom 2. August 2011 wies die Vorinstanz den Antrag der Beklagten auf Wiederherstellung der Frist zur Einreichung der Duplik ab (Urk. 2 Dispositiv-Ziffer 1).

b) Hiergegen erhob die Beklagte und Beschwerdeführerin (fortan Beklagte) am 25. August 2011, eingegangen am 26. August 2011, fristgerecht Beschwerde mit den folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei in Gutheissung der Beschwerde der Beklagten die mit Referentenverfügung vom 29. April 2011 angesetzte, dem Rechtsvertreter der Beklagten zugestellt am 5 Mai 2011, und mithin am 25. Mai 2011 abgelaufene Frist zur Erstattung der Duplik wiederherzustellen;
2. es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen;
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin."

c) Die Klägerin hat am 15. September 2011 für den Fall der Rückweisung der Sache an die Vorinstanz auf die Erstattung einer Beschwerdeantwort verzichtet (Urk. 4).

2. a) Für das vorliegende Verfahren kommt die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 404 f. ZPO). Das vorinstanzliche Verfahren untersteht jedoch noch dem kantonalen Zivilprozessrecht, weshalb auch im Beschwerdeverfahren für Rügen betreffend unrichtige Rechtsanwendung das alte Zürcher Prozessrecht heranzuziehen ist.

b) Die Beklagte rügt unter anderem die Verletzung des rechtlichen Gehörs. Es sei ihr die Stellungnahme der Klägerin zum Fristwiederherstellungsgesuch vor dem Erlass des angefochtenen Entscheides weder durch das Gericht noch durch den Rechtsvertreter der Klägerin zur Kenntnis gebracht worden. Die Vorinstanz habe über weite Strecken auf die Einwendungen der Klägerin abgestellt, weshalb es ihr möglich sein müsse, im Beschwerdeverfahren dazu Stellung zu nehmen. Sei dies aus formellen Gründen nicht möglich, da grundsätzlich neue Tatsachenbehauptungen im Beschwerdeverfahren unzulässig seien, sei die Sache zur Wahrung des rechtlichen Gehörs mit Bezug auf die Eingabe der Klägerin

an die Vorinstanz zurückzuweisen (Urk. 1 S. 7). Damit macht die Beklagte eine unrichtige Rechtsanwendung im Sinne von Art. 320 lit. a ZPO geltend.

c) Aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV folgt u.a. das Recht einer Partei, von sämtlichen dem Gericht eingereichten Eingaben oder Vernehmlassungen Kenntnis zu erhalten und zu diesen Stellung zu nehmen. Die Partei ist vom Gericht über den Eingang solcher Eingaben zu orientieren und es muss ihr die Möglichkeit zur Replik eingeräumt werden (BGE 133 I 98 E. 2.1). Allerdings ist ein weiterer Schriftenwechsel nicht zwingend anzuordnen, genügt es doch laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Gegenpartei die neu eingegangenen Eingaben zur Kenntnisnahme zuzustellen. Wünscht die Gegenpartei sich dazu zu äussern, hat sie es ohne Verzug zu tun oder zumindest umgehend um die Ansetzung einer entsprechenden Frist nachzusuchen; unterlässt sie dies, ist davon auszugehen, sie verzichte auf weitere Äusserungen (BGE 133 I 98 E. 2.2).

In den vorinstanzlichen Akten findet sich kein Empfangsschein der Beklagten bzw. ihres Rechtsvertreters. Es ist auch sonst kein Hinweis ersichtlich, dass ihr die Stellungnahme der Klägerin zum beklagtischen Fristwiederherstellungsgesuch vom 16. Juni 2011 (Urk. 3/36) zugestellt wurde. Die Stellungnahme der Klägerin wurde im Doppel eingereicht (Urk. 3/36 S. 5) und liegt noch im Doppel bei den Akten. Mit Eingabe vom 1. Juli 2011 wies die Beklagte die Vorinstanz noch vor Erlass des angefochtenen Beschlusses darauf hin, dass sie seit der Fristansetzung an die Klägerin zur Stellungnahme zum Fristwiederherstellungsgesuch vom Gericht nichts vernommen habe und ihr seitens des klägerischen Rechtsvertreters keine Eingabe – und sei es nur betreffend der Erstreckung der angesetzten Frist zur Stellungnahme – zugestellt worden sei (Urk. 3/38 S. 1). Die versäumte Orientierung der Beklagten über die Stellungnahme der Klägerin zum Fristwiederherstellungsgesuch, ein prozessuales Versehen, stellt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar. Die Beschwerde der Beklagten ist in diesem Punkt gutzuheissen. Da, wie die Beklagte zutreffend geltend macht (Urk. 1 S. 7), neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen sind (Art. 326 Abs. 1 ZPO), können die neuen Vorbringen der

Beklagten zu den Einwendungen der Klägerin nicht berücksichtigt werden, weshalb der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache in Anwendung von Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO an die Vorinstanz zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zur Neuurteilung zurückzuweisen ist. Damit wird der Antrag der Beklagten um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind gemäss Art. 107 Abs. 2 ZPO auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Klägerin hat sich weder mit dem angefochtenen Entscheid identifiziert noch das prozessuale Versehen der Vorinstanz veranlasst. Sie ist auch nicht als unterliegende Partei zu betrachten und kann deshalb, entgegen dem Antrag der Beklagten (Urk. 1 S. 2), nicht entschädigungspflichtig werden (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, N 22 zu Art. 107 ZPO und N 8 zu Art. 106 ZPO). Eine Entschädigungspflicht des Staates zugunsten der obsiegenden Partei besteht in solchen Fällen nicht (Art. 107 Abs. 2 ZPO, Art. 116 ZPO, § 200 GOG; Adrian Urwyler, in DIKE-Komm-ZPO, N 12 zu Art. 107 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Der Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 2. August 2011 wird aufgehoben und zur neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von Urk. 1, sowie – unter Beilage der erst- und zweitinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 67'520.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 26. September 2011

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Ferreño

versandt am:
mc