

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB120001-O/U

Mitwirkend: die Obergerichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und
Dr. H.A. Müller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Urteil vom 22. Mai 2012

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 5. Dezember 2011 (CG100109)**

Erwägungen:

1. Mit Beschluss vom 2. August 2011 wies die Erstinstanz das Gesuch der Beklagten um Wiederherstellung der Frist zur Erstattung der Duplik ab. Die Beklagte erhob dagegen Beschwerde, welche die I. Zivilkammer am 26. September 2011 wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs guthiess, den angefochtenen Beschluss aufhob und das Verfahren an die Vorinstanz zurückwies (Urk. 3/41 S. 4). Am 5. Dezember 2011 wies die Vorinstanz das Gesuch um Wiederherstellung der Frist zur Erstattung der Duplik erneut ab (Urk. 2 S. 8). Am 3. Januar 2012 erhob die Beklagte und Beschwerdeführerin (fortan Beklagte) Beschwerde und stellte die folgenden Anträge (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 wieder herzustellen;
2. es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen;
3. unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.

2. Mit Verfügung des Präsidenten vom 11. Januar 2012 wurde die Vollstreckung des angefochtenen Beschlusses aufgeschoben (Urk. 4 S. 2). Ebenfalls am 11. Januar 2012 verfügte der Präsident, dass die Beklagte einen Kostenvorschuss von Fr. 3'400.– zu leisten habe (Urk. 5 S. 2), welcher innert Nachfrist einbezahlt wurde (Urk. 8). Da auf die Beschwerde nicht einzutreten sein wird, kann auf das Einholen einer Beschwerdeantwort verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

3. Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten der Zivilprozessordnung rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Der im Juni 2010 anhängig gemachte Forderungsprozess, in dessen Rahmen der angefochtene Entscheid erging, untersteht somit erstinstanzlich weiterhin dem bisherigen (kantonalen) Prozessrecht, d.h. den Bestimmungen der auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen zürcheri-

schen ZPO und des GVG/ZH. In solchen Verfahren sind die erforderlichen prozessleitenden Anordnungen und Zwischenentscheide daher nach Massgabe des bisherigen (kantonalen) Rechts zu fällen.

4. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Gemäss heutiger Praxis der beiden Zivilkammern des Zürcher Obergerichts sind auf nach dem 1. Januar 2011 eröffnete Zwischenentscheide in altrechtlichen Verfahren die Rechtsmittel des neuen Rechts anzuwenden (ZR 110 Nr. 32). Auch das Bundesgericht vertritt in einem Entscheid vom 6. Mai 2011 die Auffassung, dass auf einen am 11. Januar 2011 ergangenen Zwischenentscheid mit Bezug auf die gegen diesen Entscheid zur Verfügung stehenden Rechtsmittel die (neue) ZPO zur Anwendung komme (BGer. 4A_116/2011 Erw. 1), was in BGE 137 III 424 bestätigt wurde.

5. Gestützt auf diese Rechtsprechung richten sich die gegen den angefochtenen Entscheid zur Verfügung stehenden Rechtsmittel nach neuem eidgenössischem Prozessrecht. Dieses allerdings sieht in Art. 149 ZPO vor, dass im Verfahren der Wiederherstellung nach Anhörung der Gegenpartei das Gericht endgültig entscheidet. Die Bestimmung dient der Verfahrensökonomie; eine Prozessverschleppung soll damit vermieden werden (Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, NG110010-O/U vom 7. Oktober 2011). Der prozessleitende Entscheid ist somit weder mit Beschwerde nach Art. 319 lit. b ZPO noch mittels einer Beschwerde an das Bundesgericht anfechtbar. Der Endentscheid kann aber immer angefochten werden, und dabei kann auch eine im Laufe des Verfahrens verweigerter Wiederherstellung als Verfahrensfehler gerügt werden (vgl. Barbara Merz, DIKE-Komm-ZPO, Art. 149 N 6).

6. Nach dem Gesagten steht die im angefochtenen Beschluss belehrte Beschwerde nicht zur Verfügung und das eidgenössische Prozessrecht sieht auch kein anderes Rechtsmittel vor, in welches die vorliegende Beschwerde allenfalls konvertiert werden könnte. Damit erweist sich die Beschwerde als unzulässig. Folglich fehlt es an einer von Amtes wegen zu prüfenden Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzung, weshalb auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann.

7. Die Parteien haben die nicht korrekte Rechtsmittelbelehrung nicht zu vertreten. In Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO ist daher vom Grundsatz der Kostenverteilung nach Verfahrensausgang abzuweichen und es sind in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 ZPO keine Kosten zu erheben. Der von der Beklagten bei der Obergerichtskasse geleistete Vorschuss im Betrag von Fr. 3'400.– (Bel. Nr 1442; Urk. 8) zur Sicherstellung der mutmasslichen Gerichtskosten ist der Beklagten freizugeben. 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 erkannt:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Der von der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren bezahlte Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 3'400.– wird freigegeben.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. 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. 67'250.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 22. Mai 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. S. Notz

versandt am:

ss