

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB180030-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Kunz Bucheli

Beschluss vom 1. Oktober 2018

in Sachen

A._____,

Beklagte, Widerklägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____, **Architekturbüro ... AG,**

Klägerin, Widerbeklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. Y._____,

betreffend **Forderung (Nachfristansetzung)**

**Beschwerde gegen zwei Verfügungen des Bezirksgerichts Bülach vom
5. September 2018 und 14. September 2018 (CG150020-C)**

Erwägungen:

1. a) Am 10. Juli 2015 reichte die Klägerin, Widerbeklagte und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin) beim Bezirksgericht Bülach (Vorinstanz) eine Forderungsklage über Fr. 285'627.50 nebst Zins und Kosten ein (Urk. 6/2). Mit Klageantwort vom 30. Oktober 2015 erhob die Beklagte, Widerklägerin und Beschwerdeführerin (fortan Beklagte) Widerklage auf Zahlung von total Fr. 1'502'733.95 nebst Zins und Kosten (Urk. 6/11). Nach Durchführung der weiteren Schriftenwechsel setzte die Vorinstanz der Beklagten Frist zur Stellungnahme zu den Noven der Widerklageduplik an (Urk. 6/53). Diese Stellungnahme erfolgte innert zweimal erstreckter Frist am 3. August 2018 (Urk. 6/58). Mit Verfügung vom 10. August 2018 setzte die Vorinstanz der Beklagten eine Frist bis zum 23. August 2018 an, um die Eingabe vom 3. August 2018 im Sinne der Erwägungen zu verbessern (Bezeichnung der Noven, zu denen Stellung genommen wird, generelle Kürzung der Eingabe, Begründung der Zulässigkeit eigener Noven etc.; Urk. 6/60). Gegen diese Verfügung sowie eine im Anschluss daran ergangene Briefverfügung vom 24. August 2018 erhob die Beklagte mit Eingaben vom 23. August 2018 und vom 25. August 2018 Beschwerde bei der Kammer, welche mit Beschluss vom 3. September 2018 auf die Beschwerden nicht eintrat, da kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil vorliege (vgl. Geschäftsnummer RB180027-O, Urk. 9).

b) Mit Briefverfügung vom 5. September 2018 teilte die Vorinstanz dem Rechtsvertreter der Beklagten mit, dass die gesetzliche Nachfrist zur Verbesserung der Eingabe vom 3. August 2018 mit Verfügung vom 10. August 2018 angesetzt worden sei und mit Schreiben vom 24. August 2018 der Antrag auf Abnahme dieser bis 23. August 2018 laufenden Nachfrist abgewiesen worden sei. Auf die parallel eingebrachte Beschwerde sei die Kammer mit Beschluss vom 3. September 2018 nicht eingetreten. Es gebe keinen sachlichen Grund für eine neuerliche Nachfristansetzung (Urk. 6/65A = Urk. 2).

2. a) Gegen die Verfügung vom 5. September 2018 erhob die Beklagte mit Eingabe vom 12. September 2018 innert Frist (vgl. Urk. 6/65B) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- "1. Die angefochtene Brief-Verfügung der Vorinstanz vom 05.09.2018 sei aufzuheben und das Bezirksgericht Bülach sei anzuweisen
 - (a) die Nachfrist zur Einreichung der nach ZPO 132 verlangten verbesserten Eingabe neu anzusetzen,
 - (b) die heute an die Vorinstanz abgesandte verbesserte Eingabe als fristgemäss erfolgt zu den Akten CG150020-C zu nehmen.
2. Es sei Vormerk zu nehmen vom heutigen Wiedererwägungsgesuch an die Vorinstanz sowie davon, dass bei Gutheissung dieses Gesuchs die vorliegende Beschwerde zurückgezogen werde.
3. Der vorliegenden Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu gewähren.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegnerin."

b) Am 14. September 2018 wies die Vorinstanz sodann - ebenfalls in Briefform - das Gesuch der Beklagten um Wiedererwägung und um Annahme der am 12. September 2018 eingereichten verbesserten Rechtsschrift vom 3. August 2018 als fristgemäss ab (Urk. 6/63 = Urk. 8). Hiergegen erhob die Beklagte mit als Beschwerdeergänzung bezeichneter Eingabe vom 17. September 2018 ebenfalls Beschwerde und stellte folgende zusätzlichen Anträge (Urk. 7 S. 2):

- "5. Es sei Vormerk davon zu nehmen, dass zufolge vorinstanzlicher Ablehnung des Wiedererwägungsgesuchs durch Brief-Verfügung vom 14.09.2018 die Hauptbeschwerde vom 12.09.2018 aus ihrer zunächst vorsorglichen Einreichung in vollumfänglich erhobene Beschwerde mutiert, dass der obsolet gewordene damalige Antrag 2. dahinfällt, dass die damaligen Anträge 1./3./4. ausdrücklich aufrechterhalten werden und dass der nachstehende Antrag 6. zusätzlich gestellt wird.
6. Auch die Vorinstanz-Brief-Verfügung vom 14.09.2018 (Ablehnung des Wiedererwägungsgesuchs, BEILAGE D) sei aufzuheben, und das Bezirksgericht sei anzuweisen,
 - (a) die Nachfrist zur Einreichung der nach ZPO 132 verlangten verbesserten Eingabe neu anzusetzen,
 - (b) die am 12.09.2018 zu Post gegebene und am 14.09.2018 bei der Vorinstanz eingelangte verbesserte Eingabe als fristgemäss erfolgt zu den Akten CG150020-C zu nehmen."

c) Da die Beklagte selber angibt, die Verfügung vom 14. September 2018 nicht mit separater Beschwerde, sondern mit Beschwerdeergänzung (welche innerhalb der Frist für die Beschwerde gegen die Verfügung vom 5. September

2018 erfolgte) anzufechten, wurde auf die Anlegung eines separaten, zweiten Beschwerdeverfahrens verzichtet.

d) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Beschwerden sogleich als unzulässig erweisen, kann auf weitere Prozesshandlungen verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Auf die Ausführungen der Beklagten ist nur insoweit einzugehen, als diese für die Entscheidungsfindung relevant sind.

3. Mit dem heutigen Endentscheid des Beschwerdeverfahrens wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung obsolet. Der Vollständigkeit halber sei aber darauf hingewiesen, dass es vorliegend in Bezug auf die angefochtenen Verfügungen nichts zu vollstrecken gibt, da die Anträge der Beklagten (um Nachfristansetzung zur Verbesserung der Rechtschrift vom 3. August 2018) abgewiesen worden sind. Der prozessuale Antrag um Gewährung der aufschiebenden Wirkung wäre daher ohnehin abzuweisen gewesen.

4. a) Die angefochtenen vorinstanzlichen Verfügungen sind prozessleitender Natur. Gegen solche ist die Beschwerde – neben hier nicht zutreffenden, vom Gesetz speziell vorgesehenen Fällen (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) – (nur) dann zulässig, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Ein solcher Nachteil ist in der Beschwerde geltend zu machen, d.h. zu behaupten und nachzuweisen, soweit er nicht offensichtlich ist (BK ZPO II-Sterchi, Art. 321 N 17, Art. 319 N 15).

b) Die Beklagte macht geltend, die Kammer habe mit Beschluss vom 3. September 2018 die Vorinstanz ausdrücklich angewiesen, ihr für die Nachreichung der verbesserten Stellungnahme zu den Noven in der Widerklageduplik eine kurze Nachfrist anzusetzen. Durch die Weigerung der Vorinstanz, dem ausdrücklichen obergerichtlichen Hinweis zu folgen, habe sich für sie die Belastung massiv verschärft. Es sei nämlich die Verneinung des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils im Beschluss vom 3. September 2018 mit der Folge des Nichteintretens im Gesamtzusammenhang mit dem Hinweis an die Vorinstanz für eine Neuansetzung der Nachfrist zu sehen (Urk. 1 S. 4). Die von vorinstanzlicher Nichtberücksichtigung bedrohte Novenstellungnahme sei für ihre Rechtsposition

von zentralster Bedeutung, so die Beklagte weiter. Da im Berufungsverfahren neue Tatsachen und neue Beweismittel gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO nur dann geltend gemacht werden könnten, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können, könne diese Novenbeschränkung bei enger Auslegung dazu führen, dass die jetzt vor Vorinstanz vorgebrachten, nicht berücksichtigten Vorbringen in der Novenstellungnahme in einer allfälligen Berufung gegen den erstinstanzlichen Endentscheid nicht zugelassen würden, weil sie klar schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können. Sie seien ja auch tatsächlich vorgebracht worden, aber eben aus dem Recht gewiesen worden (Urk. 1 S. 5).

c) Wie bereits im Beschluss vom 3. September 2018 im Verfahren RB180027-O ausgeführt, ist das Vorliegen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO dann zu bejahen, wenn ein solcher auch durch einen für den Ansprecher günstigen (Zwischen- oder) Endentscheid nicht mehr beseitigt werden kann. Im Übrigen aber hat der Gesetzgeber die selbständige Anfechtung gewöhnlicher prozessleitender Verfügungen absichtlich erschwert, denn der Gang des Prozesses sollte nicht unnötig verzögert werden (vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006 S. 7221 ff., S. 7377). Daher ist bei der Annahme eines solchen Nachteils Zurückhaltung angebracht. Bei prozessleitenden Verfügungen betreffend Vorladungen (Art. 133/134 ZPO), Terminverschiebungen (Art. 135 ZPO), Fristansetzungen und -erstreckungen (Art. 144 ZPO) oder Beweisanordnungen (Art. 231 ZPO) ist daher ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil grundsätzlich zu verneinen (BK ZPO II-Sterchi, Art. 319 N 14) und können somit die entsprechenden prozessleitenden Anordnungen erst im Rahmen des Rechtsmittels gegen den Endentscheid beanstandet werden.

Ebenfalls bereits im erwähnten Beschluss vom 3. September 2018 wurde erwogen, dass die Parteien vorliegend gegen den Erledigungsentscheid des vorinstanzlichen Verfahrens werden Berufung erheben können (Art. 308 f. ZPO). Mit dieser kann sowohl unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Damit steht ein vollkommenes Rechtsmittel zur Verfügung, mit welchem sowohl materielle als auch

verfahrensrechtliche (prozessuale) Fehler gerügt werden können und mit welchem die rechtlichen Konsequenzen der angefochtenen Verfügungen – sofern notwendig – korrigiert werden können. Damit drohen der Beklagten insbesondere auch durch die von der Vorinstanz am 14. September 2018 verfügte Nichtbeachtung der verbesserten Stellungnahme zu den Noven in der Widerklageduplik vom 12. September 2018 einstweilen noch keine nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteile. Vielmehr kann die Nichtbeachtung der ursprünglichen Rechtschrift vom 3. August 2018 bzw. der verbesserten Eingabe vom 12. September 2018 im Falle eines für die Beklagte nachteiligen Endentscheides mit Berufung gerügt werden. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, inwiefern die Prozesssituation der Beklagten durch die angefochtenen Verfügungen erheblich erschwert sein soll, wie dies die Beklagte geltend macht (Urk. 1 S. 4).

d) Daran ändert entgegen der Auffassung der Beklagten (Urk. 7 S. 3) auch nichts, dass die Kammer die Vorinstanz mit Beschluss vom 3. September 2018 darauf hingewiesen hat, dass sie aufgrund des mit Einreichen der Beschwerde gestellten Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung - welches aufgrund des sogleich gefällten Beschwerdeentscheids hinfällig sei - eine kurze Nachfrist zur Verbesserung der Eingabe vom 3. August 2018 anzusetzen habe (vgl. Beschluss der Kammer vom 3. September 2018, E. 4). Eine Rechtsverweigerung liegt durch das Vorgehen der Vorinstanz entgegen der Auffassung der Beklagten (Urk. 7 S. 3) nicht vor, da die Auswirkungen der Verfügungen wie bereits ausgeführt mit einer allfälligen Berufung gegen den Endentscheid gerügt werden können. Die Vorinstanz sei indessen darauf hingewiesen, dass der Entscheid über den Aufschub der Vollstreckbarkeit eines mit einem Rechtsmittel angefochtenen Entscheids gestützt auf Art. 325 Abs. 2 ZPO ausschliesslich der Rechtsmittelinstanz vorbehalten bleibt und von der Erstinstanz auch nicht durch einen allfälligen früheren Entscheid beeinflusst werden kann. Insofern verfängt das Argument der Vorinstanz, die Frage einer allfälligen Nachfrist sei bereits vor dem angerufenen Beschluss des Obergerichts vom 3. September 2018 "abschliessend geklärt" gewesen, nicht (Urk. 8 = Urk. 6/68).

e) Nach dem Gesagten kann auf die Beschwerden der Beklagten mangels Erfüllung der Zulässigkeitsvoraussetzung von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO nicht eingetreten werden.

5. a) Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 9 Abs. 1 und § 12 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 1'500.– festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Für das Beschwerdeverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Beklagten zufolge ihres Unterliegens, der Klägerin mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beklagten, es sei ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, wird abgeschrieben.
2. Auf die Beschwerden der Beklagten gegen die Verfügungen vom 5. September 2018 und vom 14. September 2018 wird nicht eingetreten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden der Beklagten auferlegt.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage je eines Doppels von Urk. 1 und 7, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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. 1'502'733.95.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 1. Oktober 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Kunz Bucheli

versandt am:
mc