



Kass.-Nr. AA110009

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Paul Baumgartner und Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 28. März 2011

in Sachen

X.

Klägerin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Z. AG,

Beklagte und Beschwerdegegnerin
vertreten durch die Rechtsanwälte

betreffend

vorsorgliche Massnahmen (Kartell)

Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Handelsgericht des Kantons Zürich vom 30. Dezember 2010 (HE100008)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Eingabe vom 29. Juli 2010 stellte die Beschwerdeführerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein (vorprozessuales) Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen. Mit ihrer Replik modifizierte sie das Rechtsbegehren und beantragte, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, den (...) -Servicepartnervertrag vom 8. Dezember 2004 mit der Beschwerdeführerin bis auf Weiteres zu erfüllen (KG act. 2 [= angefochtene Verfügung] S. 2 f.).

2. Mit Verfügung vom 30. Dezember 2010 wies der Einzelrichter im summarischen Verfahren am Handelsgericht das Massnahmebegehren ab. In der Rechtsmittelbelehrung führte er neben der Beschwerdemöglichkeit ans Bundesgericht i.S. von Art. 72 ff. BGG die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht im Sinne von §§ 281 ff. ZPO ZH an (KG act. 2 S. 8 f.).

Diese Verfügung wurde am 31. Dezember 2010 versandt und der Beschwerdeführerin am 4. Januar 2011, der Beschwerdegegnerin am 5. Januar 2011 zugestellt (OG act. 29A und 29B).

3. Mit Eingabe vom 3. Februar 2011 reichte die Beschwerdeführerin beim Kassationsgericht gegen die einzelrichterliche Verfügung vom 30. Dezember 2010 eine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ein mit dem Antrag, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben (KG act. 1).

4. Mit Schreiben vom 4. Februar 2011 zeigte das Kassationsgericht den Parteien und der Vorinstanz den Eingang der Nichtigkeitsbeschwerde an (KG act. 5). Da sich diese sofort als unzulässig erweist (vgl. nachfolgend Erw. II), kann nach erfolgtem Beizug der vorinstanzlichen Akten (KG act. 8/1-2) von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO ZH abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, der Vorinstanz Gelegenheit zur Vernehmlassung und der Beschwerdegegnerin zur

Beschwerdeantwort zu geben (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 2 zu § 289).

5. Die Beschwerdeführerin reichte gegen die handelsgerichtliche Verfügung vom 30. Dezember 2011 auch eine Beschwerde beim Bundesgericht ein. Das Bundesgericht sistierte mit Verfügung vom 7. Februar 2011 das bundesgerichtliche Verfahren bis zum Entscheid des Kassationsgerichts über die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde und forderte das Kassationsgericht auf, dem Bundesgericht ein Exemplar seines Entscheides zukommen zu lassen (KG act. 6).

II.

1. Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft. Gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO gilt bezüglich Rechtsmittel das Recht, das im Zeitpunkt der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist. Die angefochtene handelsgerichtliche Verfügung wurde den Parteien im Januar 2011 eröffnet (OG act. 29A und 29B). In diesem Zeitpunkt stand bereits die schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft. Diese gilt demnach auch für Rechtsmittel gegen die angefochtene handelsgerichtliche Verfügung. Die bisherige zürcherische Zivilprozessordnung und damit auch die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ist darauf nicht mehr anwendbar. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde vom 3. Februar 2011 kann mithin nicht eingetreten werden.

2. Die Beschwerdeführerin beruft sich demgegenüber auf die vorinstanzliche Rechtsmittelbelehrung und den Basler Kommentar, gemäss welchem in einem Fall, in welchem sich eine Partei auf eine altrechtliche Rechtsmittelbelehrung habe verlassen dürfen, (für die Frage der zeitlichen Geltung der neuen schweizerischen bzw. der bisherigen [hier: zürcherischen] ZPO) ausnahmsweise nicht an den Zeitpunkt der Eröffnung, sondern an das Urteilsdatum anzuknüpfen sei, sodass sich das Rechtsmittel nach bisherigem Recht bestimme (KG act. 1 S. 6 f.). Auch gemäss einem Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. Juli 2010 gelte als Eröffnungsdatum das Postaufgabe-Datum (vorliegend der [recte:] 31. Dezember 2010) (KG act. 1 S. 7).

a) Im Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts an die Kammern und angegliederten Gerichte des Obergerichts und an die Bezirksgerichte zur Handhabung der übergangsrechtlichen Bestimmungen des Art. 450 StPO und des Art. 405 Abs. 1 ZPO vom 7. Juli 2010 wird ausgeführt, könne ein Entscheid beiden Parteien noch im Jahre 2010 zugestellt werden, seien die bisherigen Rechtsmittel zu ergreifen. Umgekehrt würden grundsätzlich die neuen Rechtsmittel gelten, wenn keine Partei den Entscheid im alten Jahr erhalte. Problematisch werde es, wenn der Zeitpunkt der Eröffnung des Entscheides für verschiedene Parteien unterschiedlich sei, das heisse eine Partei den Entscheid im alten Jahr, die andere Partei erst im neuen Jahr erhalte. Bei dieser Konstellation würden auf Grund des Wortlautes im gleichen Verfahren sowohl altrechtliche wie neurechtliche Rechtsmittel gelten. Die "Eröffnung" erweise sich in diesen Fällen als ungeeignetes Kriterium für den Wechsel der Prozessordnungen. Es erscheine daher sachlich zwingend, ein Datum zu finden, das für alle Beteiligten gleich sei und die gleichen Rechtsmittelfolgen nach sich ziehe. Sachgerecht sei wohl einzig, unter der "Eröffnung" des Entscheides den Tag der Postaufgabe zu verstehen (zit. Kreisschreiben S. 3).

b) Es ist nicht klar, ob die obergerichtliche Verwaltungskommission diese letzterwähnte Auffassung nur dann so sieht, wenn eine Partei einen Entscheid im Jahre 2010, die andere Partei aber im Jahre 2011 erhält, oder auch, wenn beide Parteien den (im Jahr 2010 erlassenen) Entscheid im Jahre 2011 erhalten. Der gleiche Begriff "Eröffnung" in Art. 405 Abs. 1 ZPO kann wohl kaum in einem Fall so, im andern Fall anders verstanden werden.

c) Vorliegend ist indes der Fall nicht zu prüfen, in welchem eine Partei einen Entscheid im Jahre 2010, die andere im Jahre 2011 erhalten hat. Vorliegend haben beide Parteien den angefochtenen Entscheid im Jahre 2011 erhalten. Klarerweise gilt für Rechtsmittel dagegen die schweizerische ZPO. Daran änderte nichts, wenn die Verwaltungskommission des Obergerichts in einem Kreisschreiben eine andere Auffassung zum Ausdruck brächte. Die schweizerische ZPO ist klar und eindeutig (Art. 405 Abs. 1 ZPO) und kann nicht durch ein Kreisschreiben eines kantonalen Gerichts geändert werden.

d) Auch der Begriff "Eröffnung des Entscheides" ist eindeutig. Damit ist - so auch gemäss Kreisschreiben des Obergerichts für die Fälle, in denen beide Parteien den Entscheid im gleichen Jahr erhalten - bei einer schriftlichen Eröffnung die ordnungsgemässe Zustellung an die Parteien gemeint (Art. 239 Abs. 1 lit. b ZPO). Die ordnungsgemässe Zustellung hat durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung zu erfolgen (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Sie ist erfolgt, wenn die Sendung entgegengenommen wurde (Art. 138 Abs. 2 ZPO) oder der Fall einer Zustellungsfiktion vorliegt (Art. 138 Abs. 3 ZPO). Für die Annahme eines anderen Zeitpunkts der Eröffnung im Sinne von Art. 405 Abs. 1 ZPO wie beispielsweise die Postaufgabe (erwähntes Kreisschreiben) oder das Urteilsdatum (Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 4 zu Art. 405) lässt die ZPO keinen Raum.

e) Man könnte sich fragen, ob für die Frage der Eröffnung eines noch im Jahre 2010 gefällten und zur Post gegebenen Entscheides (statt der ZPO, wenn der Entscheid den Parteien erst im Jahre 2011 zugestellt wird) noch das dann-zumal geltende kantonale Prozessrecht zur Anwendung gelangt. Das führte indes vorliegend zu keinem anderen Ergebnis. Nach GVG sind nicht mündlich eröffnete Entscheide schriftlich mitzuteilen (§ 184 GVG), d.h. zuzustellen. Diese Zustellung hat gegen Empfangsschein oder amtliche Bescheinigung zu erfolgen (§ 180 i.V. mit § 187 Abs. 1 GVG). Die Zustellung ist der formelle Akt der Gerichtsbarkeit, durch den einer Partei oder einem Dritten Gelegenheit geboten wird, von einem Schriftstück Kenntnis zu nehmen. Bei der tatsächlichen Zustellung wird das Schriftstück dem Empfänger persönlich ausgehändigt. Bei der fiktiven Zustellung erfolgt keine wirkliche Übergabe, sondern es wird aus einem bestimmten Vorgang abgeleitet, die Sendung sei zur Kenntnis des Adressaten gelangt. Der ordnungsgemässe Empfang ist Voraussetzung für den Beginn des Fristenlaufs (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 1, 2 und 5 zu § 177). Die Zustellung und damit die Eröffnung des Entscheides ist demnach auch nach (bisherigem) kantonalen Recht erst dann erfolgt, wenn die Partei Kenntnis vom Entscheid erlangt oder erlangen kann, nicht aber bereits mit der Postaufgabe oder dem Urteilsdatum.

Im Übrigen gilt eine gerichtliche Sendung nach einem in der Schweiz allgemein anerkannten Grundsatz (erst) als zugestellt (und damit bei schriftlicher Zustellung als eröffnet; vgl. BGE 122 III 316), wenn sie auf ordentlichem Weg in den Machtbereich des Adressaten gelangt ist, so dass dieser sie zur Kenntnis nehmen kann (Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, N 10 zu Art. 44 mit Verweisung auf BGE 122 III 316, 320 Erw. 4.b mit zahlreichen weiteren Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung). Weder das Entscheiddatum noch die Postaufgabe gelten als Eröffnung eines Entscheides.

f) Die Vorinstanz zeigte den Parteien in der Rechtsmittelbelehrung die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht an. Gemäss Basler Kommentar zur ZPO, auf den sich die Beschwerdeführerin beruft, müsse "die zeitliche Kollisionsnorm korrigiert werden", wenn sich die Partei auf eine altrechtliche Rechtsmittelbelehrung verlassen durfte und sich das neurechtliche Rechtsmittel unter irgendeinem Aspekt für sie als nachteilig erweise. In diesem Fall sei ausnahmsweise nicht an den Zeitpunkt der Eröffnung, sondern an das Urteilsdatum anzuknüpfen, so dass sich das Rechtsmittel nach bisherigem kantonalen Recht bestimme (Basler Kommentar ZPO a.a.O. N 4 zu Art. 405).

Richtig ist, dass einer Partei aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung kein Rechtsnachteil erwachsen darf (BGE 135 III 374 Erw. 1.2.2.1 mit Bezug auf Art. 49 BGG; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 12a zu § 50; Hauser/Schweri, a.a.O., N 20 zu § 188; Häner/Rüssli/Schwarzenbach, Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich 2007, N 23 zu Art. 18 mit weiteren Hinweisen). Das heisst insbesondere, dass einer Partei, welche gestützt auf eine solche Rechtsmittelbelehrung das darin angegebene Rechtsmittel einreicht, die Kosten des Rechtsmittelverfahrens bzw. des gerichtlichen Entscheides nicht auferlegt werden dürfen, wenn die Rechtsmittelinstanz auf das Rechtsmittel nicht eintritt (Hauser/Schweri, a.a.O., N 18 zu § 188; Kass.-Nr. AA050198 vom 23.65.2006 Erw. IV.), und dass der betroffenen Partei das zulässige Rechtsmittel, das sie zufolge der unzutreffenden oder diesbezüglich unterlassenen Rechtsmittelbelehrung nicht oder zu spät ergriffen hat, offenstehen muss (vgl. z.B. BGE 135 III 374; Hauser/Schweri, a.a.O., N 21 zu § 188). Eine unzutreffende Rechtsmittelbelehrung kann

indes einer Partei nicht ein prozessual nicht (mehr) vorgesehenes Rechtsmittel verleihen bzw. kann nicht ein unzulässiges Rechtsmittel zu einem zulässigen machen (vgl. eingehend Kass.-Nr. AA050198 vom 23.5.2006 Erw. II. 4.b mit verschiedenen weiteren Hinweisen; Hauser/Schweri, a.a.O., N zu 18 zu § 188). Ist gegen einen Entscheid gemäss der Zivilprozessordnung eine Nichtigkeitsbeschwerde nicht möglich, kann eine solche nicht doch möglich sein, weil eine untere Instanz eine entsprechende Rechtsmittelbelehrung zugestellt hat. Eine richterliche Korrektur der ZPO (der zeitlichen Kollisionsnorm laut Basler Kommentar) fällt ebenso ausser Betracht wie die Anknüpfung der Kollisionsregel an einen anderen Zeitpunkt als von der ZPO vorgegeben. Gemäss ZPO gilt für die Rechtsmittel das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist. Die angefochtene Verfügung wurde den Parteien im Januar 2011 eröffnet. Zu diesem Zeitpunkt war die schweizerische ZPO in Kraft. Die Rechtsmittel gegen die angefochtene Verfügung richten sich nach der ZPO. Diese sieht keine Nichtigkeitsbeschwerde ans Kassationsgericht vor. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde der Beschwerdeführerin vom 3. Februar 2011 kann demnach nicht eingetreten werden, auch wenn die Vorinstanz den Parteien diese Möglichkeit vorgegeben hat. Konsequenz der unrichtigen Rechtsmittelbelehrung ist jedoch einerseits, dass der Beschwerdeführerin die Kosten des vorliegenden Verfahrens nicht aufzuerlegen sind. Diese sind vielmehr auf die Gerichtskasse zu nehmen. Darüber, ob der Beschwerdeführerin andererseits das zulässige Rechtsmittel nach ZPO und BGG offensteht, hätte ggfs. das Bundesgericht zu befinden. Die Frage scheint sich indes nicht zu stellen, da die Beschwerdeführerin bereits innert Frist auch direkt eine Beschwerde beim Bundesgericht eingereicht hat (vgl. KG act. 6).

III.

Die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sind, wie erwähnt, auf die Gerichtskasse zu nehmen. Der Beschwerdegegnerin ist mangels erheblicher Aufwendungen im Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

IV.

Gegen diesen Beschluss ist eine Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht gemäss Art. 72 ff. BGG zulässig. Es handelt sich um einen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Demnach kann mit der Beschwerde ans Bundesgericht nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Für das Beschwerdeverfahren wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
4. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 122'400.--.

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

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vorinstanz sowie an das Bundesgericht (ad 4A_101/2011) je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

juristischer Sekretär