

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RB230017-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. M. Sarbach, Vorsitzender, Oberrichterin lic. iur.  
A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiberin  
lic. iur. A. Götschi

## Beschluss vom 15. Juni 2023

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_\_ **AG Winterthur,**

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht und Forderung**

**Beschwerde gegen eine Referentenverfügung des Bezirksgerichtes Winterthur vom 19. Mai 2023; Proz. CG210020**

### **Erwägungen:**

#### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Die Parteien stehen sich in einem (ordentlichen) Verfahren betreffend Bauhandwerkerpfandrecht und Forderung am Bezirksgericht Winterthur (nachfolgend: Vorinstanz) gegenüber.

1.2 Nach Eingang der Klage des anwaltlich vertretenen Klägers und Beschwerdeführers (nachfolgend: Beschwerdeführer) vom 6. Dezember 2021 (act. 6/1) und nach Eingang des Kostenvorschusses (vgl. act. 6/5 und 6/7) setzte die Vorinstanz der Beklagten und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) mit Verfügung vom 11. Januar 2022 (act. 6/8) Frist zur Erstattung der Klageantwort an, welche diese mit Eingabe vom 4. Mai 2022 (act. 6/16) einreichte. Am 20. Dezember 2022 fand eine Instruktionsverhandlung statt. Die Vergleichsgespräche scheiterten (vgl. Prot. Vi. S. 7 ff.). Mit Verfügung vom 9. Februar 2023 (act. 6/26) ordnete die Vorinstanz einen zweiten Schriftenwechsel an (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 1) und setzte dem Beschwerdeführer Frist zur Erstattung der Replik an. Dies mit dem Hinweis, dass er seine Tatsachenbehauptungen und Beweismittel abschliessend zu nennen habe, diese später grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden könnten, und dass verfügbare Urkunden, welche als Beweismittel dienen sollten, zusammen mit der Replik einzureichen seien. Bei Säumnis sei er mit einer schriftlichen Replik ausgeschlossen (vgl. a.a.O., Dispositiv-Ziffer 2). In-ner erstreckter Frist (vgl. act. 6/32, 6/39, 6/43) reichte der Beschwerdeführer der Vorinstanz eine 119-seitige Replik im Doppel (act. 6/46) ein und ersuchte gleichzeitig um eine Nachfrist von 10 Tagen gestützt auf Art. 132 Abs. 1 ZPO für das Nachreichen der "270 neuen Akten" (Replikbeilagen) im Doppel. Es sei infolge des Zeitdrucks nicht möglich gewesen, bereits auch die 270 neuen Akten im Doppel zu nummerieren und zu kopieren (vgl. act. 6/45).

1.3 Mit Verfügung vom 19. Mai 2023 (act. 6/47 = act. 4/A = act. 5 [Aktensexemplar]) wies die Vorinstanz das Gesuch des Beschwerdeführers um Ansetzung einer Nachfrist im Sinne von Art. 132 Abs. 1 ZPO ab (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 1). Mit

Eingabe vom 24. Mai 2023 (act. 6/53) reichte der Beschwerdeführer der Vorinstanz die Replikbeilagen (act. 6/54/76-352) ein.

1.4 Mit Eingabe vom 1. Juni 2023 (Datum des Poststempels, act. 2) erhebt der Beschwerdeführer Beschwerde gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 19. Mai 2023. Dies mit folgenden Anträgen:

- "1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Winterthur vom 19. Mai 2023 betreffend Nachfrist aufzuheben.
2. Es sei die mit Schreiben vom 15. Mai 2023 beantragte Fristerstreckung gutzuheissen und die eingereichten kläg. act. 76 bis 352 im Verfahren zuzulassen; eventuell sei die Frist für die Einreichung der Akten wiederherzustellen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt.) zu Lasten des Beklagten."

Verfahrensanträge:

- "1. Es seien die Akten des Verfahrens Geschäfts-Nr. CG210020-K/Z06 im vorliegenden Beschwerdeverfahren beizuziehen.
2. Es sei der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen."

1.5 Mit Verfügung vom 6. Juni 2023 (act. 6/58) nahm die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin die Frist zur Einreichung der Duplik antragsgemäss (vgl. act. 6/55) ab.

1.6 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (vgl. act. 6/1-58). Auf das Einholen einer Beschwerdeantwort kann verzichtet werden (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO). Mit dem vorliegenden Entscheid wird der Antrag auf aufschiebende Wirkung gegenstandslos und ist abzuschreiben. Der Beschwerdegegnerin ist ein Doppel der Beschwerde noch zuzustellen.

## 2. Prozessuales

2.1 Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz ist prozessleitender Natur. Gegen prozessleitende Verfügungen ist die Beschwerde – von den hier nicht einschlägigen, im Gesetz explizit vorgesehenen Fällen (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) abgesehen – nur zulässig, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Dabei handelt es sich um eine Prozessvoraussetzung für das Rechtsmittelverfahren, die von Amtes wegen zu prüfen ist

(vgl. Art. 60 ZPO). Fehlt es an einem drohenden nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (vgl. statt vieler OGer ZH PC130056 vom 6. Februar 2014, E. 8.1; PE110026 vom 6. Februar 2012, E. II./1). Die prozessleitende Verfügung kann dann immer noch zusammen mit dem Endentscheid angefochten werden (vgl. OGer ZH PP120005 vom 14. März 2012 = ZR 111 [2012] Nr. 28).

2.2 Die Beschwerde führende Partei hat das Drohen des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils zu behaupten und trägt dafür die Beweislast, soweit die Gefahr nicht von vornherein offenkundig ist (vgl. ZR 112 [2013] Nr. 52 und BK ZPO-STERCHI, Bern 2012, Art. 319 N 15 und Art. 321 N 17). Der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil setzt (anders als im Geltungsbereich von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG) nach der Praxis der Kammer und der herrschenden Auffassung keinen rechtlichen Nachteil voraus (d.h. einen Nachteil, der sich auch mit einem späteren günstigen Endentscheid nicht oder nicht gänzlich beseitigen lässt, vgl. BGE 137 III 380, E. 1.2.1), sondern es genügt auch ein bloss tatsächlicher Nachteil. Dieser muss aber erheblich sein bzw. eine gewisse Intensität aufweisen. Das Eintreten auf die Beschwerde ist dabei unter dem Aspekt der Interessen des Beschwerdeführers abzuwägen gegen die Verzögerung des Verfahrens, welche mit der Beschwerde verbunden ist (vgl. OGer ZH PP200003 vom 14. Februar 2020 E. 3.3.1 = ZR 119 [2020] Nr. 10 m.w.H.). Der Gesetzgeber hat die selbstständige Anfechtung von gewöhnlichen prozessleitenden Verfügungen absichtlich erschwert, denn der Gang des Prozesses soll nicht unnötig verzögert werden (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7377). Verlangt wird, dass die prozessuale Situation der Beschwerde führenden Partei durch die angefochtene Verfügung wesentlich erschwert und verschlechtert wird. Dass das Verfahren in der Hauptsache unter Umständen länger dauert und mehr Kosten anfallen, wenn erst der Endentscheid angefochten werden kann, genügt deshalb in aller Regel nicht (vgl. OGer ZH PP200003 vom 14. Februar 2020, E. 3.3 = ZR 119 [2020] Nr. 10; PC210043 vom 24. Januar 2022, E. II./4.2; RB200006 vom 6. März 2020, E. 2.3; PF190024 vom 21. Juni 2019 E. III./2 und 4 je m.w.H.; vgl. auch BGer 5A\_85/2014 vom 24. Februar 2014, E. 2.2.2). Der Entscheid, ob unter den konkreten Umständen ein nicht leicht wie-

dergutzumachender Nachteil droht oder nicht, liegt im (pflichtgemässen) Ermessen des Gerichts (vgl. ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDT, 3. Aufl. 2016, Art. 319 N 13).

2.3 Der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer äussert sich in seiner Beschwerde nicht konkret zu einem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil. Sofern er diesen darin erblicken wollte, dass die Gegenpartei keine Klarheit darüber habe, ob die umfangreichen Akten als Beilage zur Replik zu beachten seien oder nicht (vgl. act. 2 Rz. 5 f.), würde dies keinen solchen Nachteil begründen, zumal jedenfalls die prozessuale Situation des Beschwerdeführers dadurch nicht wesentlich erschwert und verschlechtert wird.

Die Frage, ob die Vorinstanz die vom anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer sinngemäss beantragte Notfrist zu Unrecht abgewiesen hat, kann hier offen gelassen werden. Sollte dies der Fall sein, so könnte dies ohne Weiteres im Rahmen eines Rechtsmittels gegen den Endentscheid geltend gemacht werden. Die Nachteile, die mit einer allfälligen Aufhebung des Endentscheids und einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz einhergehen würden, wären vorwiegend finanzieller Art (unnötige Kosten); hinzu käme ein entsprechender Zeitverlust. Dies alleine reicht aber – wie gesehen – noch nicht aus, um einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne des Gesetzes zu begründen. Aus prozessökonomischen Gründen wird die Vorinstanz jedoch vor der Ansetzung der Duplikfrist von Amtes wegen (Art. 57 ZPO) zu prüfen haben, ob sich eine Notfrist zur Einreichung der Replikbeilagen rechtfertigt.

2.4 Nach dem Gesagten ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

### 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1 Ausgangsgemäss unterliegt der Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde und wird kostenpflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (vgl. Art. 91 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert von Zwischenentscheiden folgt jenem der Hauptsache (vgl. BGer 4A\_377/2014 vom 25. November 2014, E. 2.1). Beim Streit um ein Pfandrecht gilt als Streitwert der

Betrag der Forderung (vgl. DIGGELMANN, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 91 N 35). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 75'899.09 (Fr. 53'399.09 + Fr. 22'500.–, vgl. act. 6/1) und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass ein prozessleitender Entscheid angefochten ist, ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühre aufgrund des geringen Aufwandes auf Fr. 300.– festzusetzen (vgl. § 12 i.V.m. § 4 i.V.m. § 10 Abs. 1 GebV OG) und dem Beschwerdeführer aufzuerlegen.

3.2 Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: dem Beschwerdeführer nicht, weil er mit seiner Beschwerde unterliegt, und der Beschwerdegegnerin nicht, weil ihr keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

### **Es wird beschlossen:**

1. Der Antrag auf aufschiebende Wirkung wird abgeschrieben.
2. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühre wird auf Fr. 300.– festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels der Beschwerdeschrift (act. 2), sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.
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. 75'899.09.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am: