



Kass.-Nr. AA100118/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig,
die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Matthias
Brunner und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Markus
Nietlispach

Zirkulationsbeschluss vom 16. November 2010

in Sachen

X.,

....,

Beklagte, Appellantin und Beschwerdeführerin

gegen

Y. AG,

....,

Klägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

betreffend

Forderung (Prozesskaution)

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. September 2010 (LB100065/Z01)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1.a) Mit Urteil des Bezirksgerichts Q. (Erstinstanz) vom 20. Mai 2010 wurde die Beschwerdeführerin (Beklagte und Appellantin) in teilweiser Gutheissung der am 10. März 2010 gegen sie anhängig gemachten Forderungklage (BG act. 1 und 2) verpflichtet, der Beschwerdegegnerin (Klägerin und Appellatin) Fr. 79'746.90 nebst Zins und Zahlungsbefehlskosten zu bezahlen; ferner hob die Erstinstanz den von der Beschwerdeführerin in der Betreuung Nr. 20902336 des Betreibungsamts A. (Zahlungsbefehl vom 8. Januar 2010) erhobenen Rechtsvorschlag in diesem Betrag auf. Im Mehrbetrag (Verzugszins) wurde die Klage abgewiesen (BG act. 20 = OG act. 23).

b) Hiegegen erklärte die Beschwerdeführerin unter dem 9. September 2010 sinngemäss Berufung (OG act. 24). Da sie aus erledigten und nicht mehr weiterziehbaren Verfahren vor einem zürcherischen Gericht noch Kosten schuldet (vgl. OG act. 26), setzte ihr die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) mit Beschluss vom 23. September 2010 eine zehntägige Frist an, um für das Berufungsverfahren eine Prozesskaution von Fr. 9'000.-- zu leisten (OG act. 27 = KG act. 2).

c) Gegen diesen obergerichtlichen (Zwischen-)Beschluss, dessen selbstständige Beschwerdefähigkeit im Sinne von § 282 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO zu bejahen ist (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 5b zu § 282 ZPO; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 6; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 64), richtet sich die vorliegende, fristgerecht (vgl. § 287 ZPO und OG act. 28) eingegangene Nichtigkeitsbeschwerde vom 13. Oktober 2010 (KG act. 1).

d) Mit Schreiben vom 15. Oktober 2010 wurde den Parteien und der Vorinstanz vom Eingang der Beschwerde Kenntnis gegeben (KG act. 5). Zudem wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (vgl. KG act. 4 und 6). Weitere pro-

zessuale Anordnungen sind bisher nicht ergangen. Solche sind auch nicht erforderlich. Denn wie die nachstehenden Erwägungen zeigen, erweist sich die Beschwerde sofort als den formellen Anforderungen an die Begründung einer solchen nicht genügend und insofern unzulässig (vgl. hinten, Erw. 3-4). Es kann deshalb darauf verzichtet werden, der Beschwerdegegnerin Gelegenheit zur Beantwortung der Beschwerde und der Vorinstanz zur Vernehmlassung zu geben (§ 289 ZPO e contrario; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 289 ZPO).

2. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Beschluss vom 23. September 2010 begründet, weshalb der Beschwerdeführerin für das Berufungsverfahren eine Prozesskaution in der Höhe von Fr. 9'000.-- aufzuerlegen sei (KG act. 2 S. 2).

3. Angesichts der Ausgestaltung ihrer hiegegen erhobenen Beschwerde ist die Beschwerdeführerin auf die besondere Natur des Beschwerdeverfahrens nach §§ 281 ff. ZPO hinzuweisen. Dieses stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Insbesondere hat die Kassationsinstanz keine umfassende Prüfungsbefugnis und -pflicht bezüglich des gesamten Prozessstoffes sowohl in rechtlicher wie auch tatsächlicher Hinsicht. Sie hat vielmehr nur zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid aufgrund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem besonderen Mangel, nämlich einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 ZPO leidet, d.h. auf der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, auf einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme oder auf einer Verletzung klaren materiellen Rechts beruhe. Dabei muss die Nichtigkeitsklägerin, die anzugeben hat, inwieweit sie den vorinstanzlichen Entscheid anfechtet und welche Änderungen (in dessen Dispositiv, d.h. Entscheidformel) sie beantragt (§ 288 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO), den Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO). Gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft (sog. Rügeprinzip).

Um diesen Nachweis zu erbringen, hat sich die Nichtigkeitsklägerin konkret mit dem angefochtenen Entscheid und den ihn tragenden Erwägungen auseinanderzusetzen und hierbei darzulegen, inwiefern diese mit einem Mangel im Sinne von § 281 ZPO behaftet seien. Die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen hierfür nicht. Ebenso wenig lässt sich

ein Nichtigkeitsgrund rechtsgenügend dartun, indem in appellatorischer Weise bloss die Richtigkeit der vorinstanzlichen Auffassung in Abrede gestellt und dieser (allenfalls) die eigene, abweichende Ansicht entgegengestellt oder allgemeine Kritik am Verfahren oder Entscheid der Vorinstanz geübt wird. Sodann sind in der Beschwerdebegründung die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheids genau zu bezeichnen und diejenigen Stellen in den vorinstanzlichen Akten, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist mithin nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten (oder gar eines anderen möglichen) Nichtigkeitsgrundes zu suchen (einlässlich zu den formellen Anforderungen an eine Beschwerdebegründung von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.; Spühler/Vock, a.a.O., S. 56 f., 72 f.; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO).

Erfüllt die Beschwerde (als Ganzes) oder einzelne der darin erhobenen Rügen diese (als Rechtsmittelvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfenden) Begründungsanforderungen nicht, kann auf die Beschwerde oder die entsprechenden Vorbringen nicht eingetreten werden.

4. Die vorliegende Eingabe (KG act. 1) vermag den eben skizzierten, zumindest in ihren wesentlichen Grundzügen auch von einer rechtsunkundigen Partei zu beachtenden gesetzlichen Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde in keiner Weise zu genügen: Einerseits werden darin keine Rechtsmittelanträge gestellt, und auch konkrete Hinweise auf bestimmte Stellen in den vorinstanzlichen Akten oder im angefochtenen Entscheid fehlen vollends. Andererseits lassen die Ausführungen in der Beschwerdeschrift auch in inhaltlicher Hinsicht jedwelche Bezugnahme auf die entscheiderelevanten Erwägungen der Vorinstanz vermissen; von einer eigentlichen Auseinandersetzung mit der von der Vorinstanz gegebenen Entscheidbegründung kann erst recht keine Rede sein. Ebenso wenig wird in der Beschwerde auch nur ansatzweise geltend gemacht, dass und inwiefern der angefochtene vorinstanzliche Beschluss zum Nachteil der Beschwerdeführerin an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 ZPO leiden sollte, d.h. dass und inwiefern der Entscheid, ihr eine Kautionsleistung von Fr. 9'000.-- aufzuerlegen, auf einer Verletzung (welcher) wesentlicher Verfah-

rensgrundsätze oder klaren materiellen Rechts oder auf (welchen) aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahmen beruhe. Dazu verliert die Beschwerdeführerin kein Wort. Mangels rechtsgenügender Begründung kann daher nicht auf die Beschwerde eingetreten werden (§ 288 ZPO). Zudem ist die vorinstanzlich angesetzte Kautionsfrist praxisgemäss neu zu eröffnen (von Rechenberg, a.a.O., S. 22; Spühler/Vock, a.a.O., S. 78; von Castelberg, Zur aufschiebenden Wirkung bei der Zürcher Kassationsbeschwerde, in: Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, S. 295/296; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2a zu § 292 ZPO).

5.a) Gemäss der allgemeinen Regel von § 64 Abs. 2 ZPO, die auch im Rechtsmittelverfahren gilt, werden die Gerichtskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Sie bestehen in einer sämtliche Kosten abdeckenden Gerichtsgebühr (§ 2 Abs. 3 GGebV), welche – ausgehend von einem (Verfahrens-)Streitwert von Fr. 9'000.-- (vgl. RB 2009 Nr. 41) – nach § 4 Abs. 1 GGebV zu bemessen und gemäss § 4 Abs. 2 und § 10 Abs. 1 GGebV (analog) erheblich zu reduzieren ist (s.a. § 13 Abs. 1 und 2 GGebV). Als unterliegende Partei ist auch der (Rechtsmittel-)Kläger zu behandeln, auf dessen Klage (resp. Rechtsmittel) nicht eingetreten wird (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 406, Anm. 6/a; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 18 zu § 64 ZPO). Da die Beschwerdeführerin mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde in diesem Sinne unterliegt, hat sie die Kosten des Kassationsverfahrens zu tragen.

b) Nachdem keine Beschwerdeantwort eingeholt wurde, sind der Beschwerdegegnerin vor Kassationsgericht keine entschädigungspflichtigen Kosten und Umtriebe im Sinne von § 68 Abs. 1 ZPO entstanden. Es ist ihr deshalb keine Prozess- oder Umtriebsentschädigung zuzusprechen.

6. Beim vorliegenden Beschluss, der den Prozess (als solchen) nicht abschliesst, handelt es sich (in der Terminologie des BGG) um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG in einer vermögensrechtlichen Zivilsache, deren (Rechtsmittel-)Streitwert Fr. 79'746.90 beträgt (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. c BGG und BGE 133 III 648, Erw. 2.3; KG act. 2 S. 2 und 3). Damit – und weil der (bundesrechtliche) Rechtsweg gegen Zwischenentscheide dem in der Hauptsache zuläs-

sigen Rechtsmittel folgt (vgl. statt vieler BGer 5A_85/2007 vom 17.4.2007, Erw. 1.2; 5A_55/2008 vom 22.4.2008, Erw. 1) – unterliegt der kassationsgerichtliche Beschluss aus den in Art. 95 ff. BGG genannten (Rüge-)Gründen der Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht (s.a. Art. 74 Abs. 1 BGG). Seine selbstständige Anfechtbarkeit setzt jedoch voraus, dass er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG), was die höchstrichterliche Praxis in Fällen der vorliegenden Art (Kautonierung mit der Androhung, im Säumnisfall auf die Rechtsvorkehr nicht einzutreten) zwar regelmässig bejaht (vgl. BGer 5A_55/2008 vom 22.4.2008, Erw. 1; 4A_270/2009 vom 14.7.2009, Erw. 1.1; 5A_430/2009 vom 2.11.2009, Erw. 1.1; s.a. BGE 133 V 403, Erw. 1.2), letztlich aber vom Bundesgericht zu entscheiden wäre.

Ferner beginnt mit der Zustellung des Beschlusses des Kassationsgerichts (als ausserordentlicher Rechtsmittelinstanz) auch die dreissigtägige Frist zur allfälligen (direkten) Anfechtung des obergerichtlichen Beschlusses vom 23. September 2010 mittels (ordentlicher) Beschwerde ans Bundesgericht (neu) zu laufen (Art. 100 Abs. 6 BGG; s.a. KG act. 2 S. 3, Disp.-Ziff. 3 Abs. 3), soweit eine solche im vorliegenden Fall unter dem Aspekt des Erfordernisses der (kantonalen) Letztinstanzlichkeit (Art. 75 Abs. 1 BGG) überhaupt möglich ist (vgl. BGer 4A_58/2009 vom 14.4.2009, Erw. 1.1).

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
2. Der Beschwerdeführerin wird eine Frist von **10 Tagen** ab Zustellung dieses Beschlusses angesetzt, um für die Gerichtskosten und eine allfällige Umtriebsentschädigung an die Gegenpartei im Berufungsverfahren bei der Obergerichtskasse eine Prozesskaution von **Fr. 9'000.--** zu leisten.
Im Einzelnen gelten die Modalitäten und Androhungen gemäss Dispositiv-Ziffer 1 des obergerichtlichen Beschlusses vom 23. September 2010.

3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 200.--.
4. Die Gerichtsgebühr wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
5. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozess- oder Umtriebsentschädigungen zugesprochen.
6. 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. 79'746.90.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichts vom 23. September 2010 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheids (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: