



Kass.-Nr. AA040009/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Alfred Keller, Karl Spühler und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie die Sekretärin Rosmarie Peter

Zirkulationsbeschluss vom 24. Februar 2004

in Sachen

J.-B.,

Aberkennungsklägerin, Widerbeklagte, Rekurrentin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt _____

gegen

J.,

Aberkennungsbeklagte, Widerklägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwältin _____

betreffend **Verfahrenserledigung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. Dezember 2003 (LN030069/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Am 9. April 2003 machte die Beschwerdeführerin beim Bezirksgericht Zürich eine Aberkennungsklage gegen die Beschwerdegegnerin anhängig (BG act. 1). Mit Beschluss vom 29. August 2003 merkte die 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich den Rückzug der Aberkennungsklage vor, und erklärte die in der Beteibung Nr. 87240 des Beteibungsamtes Zürich 10 erteilte provisorische Rechtsöffnung als definitiv. Die Widerklage wurde als durch Klageanerkennung bzw. (zu einem kleineren Teil) als durch Klagerückzug erledigt abgeschrieben. Die Kosten wurden der Beschwerdeführerin auferlegt. Die Beschwerdeführerin wurde verpflichtet, der Beschwerdegegnerin eine Prozessentschädigung von Fr. 7'100.-- zu bezahlen (OG act. 3).

2. a) Gegen diesen bezirksgerichtlichen Beschluss erhob die Beschwerdeführerin Rekurs. Mit Verfügung vom 25. September 2003 setzte der Präsident der I. Zivilkammer des Obergerichts der Beschwerdeführerin eine Frist von 10 Tagen an, um eine Prozesskaution von Fr. 3'000.-- zu leisten (OG act. 5). Hiegegen erhob die Beschwerdeführerin Einsprache (OG act. 6). Mit Beschluss vom 27. Oktober 2003 wies die I. Zivilkammer des Obergerichts die Einsprache ab. Der Beschwerdeführerin wurde erneut eine Frist von 10 Tagen angesetzt, um eine Prozesskaution von Fr. 3'000.-- zu leisten (OG act. 7). Am 10. November 2003 leistete die Beschwerdeführerin die Kautioin in bar (OG act. 9). Mit Beschluss vom 1. Dezember 2003 trat die I. Zivilkammer des Obergerichts infolge verspäteter Leistung der Kautioin nicht auf den Rekurs ein. Die Kosten wurden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der Beschwerdegegnerin wurde keine Prozessentschädigung zugesprochen (KG act. 2).

b) Mit Eingabe vom 12. Dezember 2003 stellte die Beschwerdeführerin einen Antrag auf Wiederherstellung der Frist für die Stellung eines Fristwiederherstellungsgesuchs betreffend die Wiederherstellung der Zahlungsfrist (OG act. 12). Auf dieses Gesuch trat die I. Zivilkammer des Obergerichts mit Beschluss vom

8. Januar 2004 nicht ein. Die Kosten wurden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der Beschwerdegegnerin wurde keine Prozessentschädigung zugesprochen (OG act. 14).

3. Die vorliegende, rechtzeitig eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde richtet sich gegen den obergerichtlichen Nichteintretensbeschluss vom 1. Dezember 2003. Der obergerichtliche Beschluss vom 8. Januar 2004 wird dagegen von der Beschwerdeführerin nicht angefochten (KG act. 1 S. 1, 2-3; vgl. unten II.2.b). Die Beschwerdeführerin beantragt Aufhebung des vorinstanzlichen Beschlusses und Rückweisung zur Entscheidung in der Hauptsache. Antragsgemäss wurde der Beschwerde mit Präsidialverfügung vom 15. Januar 2004 die aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 6). Die Vorinstanz verzichtet auf Vernehmlassung (KG act. 8). Die Beschwerdegegnerin beantragt Abweisung der Beschwerde sowie den sofortigen Entzug der aufschiebenden Wirkung, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin (KG act. 10).

4. Da die Sache bereits spruchreif ist, erübrigt sich ein vorgängiger Entscheid über den Entzug der aufschiebenden Wirkung.

II.

1. a) Die in der Schweiz wohnhafte Beschwerdeführerin erhob Rekurs gegen die in Deutschland ansässige Beschwerdegegnerin. Die Vorinstanz auferlegte ihr deshalb mit Zwischenbeschluss vom 27. Oktober 2003 eine Kautions gemäss § 76 ZPO (OG act. 7). Die Beschwerdeführerin macht mit ihrer Beschwerde gegen den Nichteintretensbeschluss vom 1. Dezember 2003 (KG act. 2) hauptsächlich geltend, es hätte ihr keine Kautions auferlegt werden dürfen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin (KG act. 10 S. 4) kann der vorinstanzliche Zwischenentscheid über die Leistung einer Kautions auch noch mit dem Endentscheid angefochten werden (§ 282 Abs. 2 ZPO). Auf die entsprechende Rüge ist damit grundsätzlich einzutreten. Allerdings unterliegt der prozessleitende Entscheid nur einer inhaltlichen Überprüfung, ohne selber Anfechtungsobjekt zu sein.

Daher ist im Falle einer Abweisung der Beschwerde keine neue Frist für die Leistung der Kautions anzusetzen (RB 1993 Nr. 50).

b) aa) Die Beschwerdeführerin rügt in diesem Zusammenhang, § 76 ZPO sei jedenfalls für Verfahren, die der Haager Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht (SR 0.274.12) unterstünden, generell rechtswidrig. Zwar bestehe grundsätzlich eine Kongruenz zwischen § 73 Ziff. 1 ZPO und § 76 ZPO: Sowohl die Partei mit Auslandswohnsitz, welche gegen eine beklagte Partei im Inland klagt, als auch die inländische Partei, welche gegen eine beklagte Partei mit Auslandswohnsitz klagt, würden kautionspflichtig. Komme jedoch Art. 17 der Haager Übereinkunft zur Anwendung, so dürfe dem Kläger mit Auslandswohnsitz keine Kautions auferlegt werden. Dies stelle eine Privilegierung des Klägers mit Auslandswohnsitz bzw. eine Diskriminierung des inländischen Klägers (typischerweise Schweizer) dar. Die Vorinstanz berufe sich in ihrem Zwischenbeschluss vom 27. Oktober 2003 (OG act. 7) diesbezüglich auf ZR 84 Nr. 13, wonach einem ausländischen Beklagten, welcher in zweiter Instanz als Rechtsmittelkläger auftrete, ebenfalls nach § 76 ZPO eine Kautions auferlegt werden könne, da er nicht besser gestellt werden solle als der inländische Rechtsmittelkläger. Dem hält die Beschwerdeführerin entgegen, das Gleichheitsgebot gelte tatsächlich, aber in umgekehrtem Sinne, d.h. dass der inländische Rechtsmittelkläger besser gestellt werden müsse. Zudem sei der zitierte Entscheid auch aus sprachlichen Gründen inkonsistent; ein ausländischer Rechtsmittelkläger könne nur unter § 73 Ziff. 1 ZPO fallen. Weiter sieht die Beschwerdeführerin eine Diskriminierung darin, dass Parteien mit Auslandswohnsitz in ihrer Zahlungsmoral und Zahlungsfähigkeit abweichend gesehen würden. Solche Parteien seien nicht a priori schlechtere Schuldner, und der Vollstreckungsweg sei nicht anders oder schlechter. Diese Diskriminierung aufgrund des Wohnsitzes habe Art. 17 der Haager Übereinkunft denn auch unterbunden. Damit könne sich auch der Schweizer, welcher wegen des Wohnsitzes des Beklagten diskriminiert werde, auf Art. 17 der Haager Übereinkunft berufen, wie wenn es um seinen eigenen Wohnsitz ginge. Diese Norm spreche zwar direkt nur Kläger an, da Beklagte nach internationalen Standards gar nie kautionspflichtig seien. Materiell seien aber auch Beklagte bzw. "Schutzbefohlene" der Beklagten, die Kautionspflichten zu erfüllen hätten, unter diesem

Schutz. Wer Auslands-Kläger befreie, schaffe einen kautionsfreien Rechtsraum. Dieser sei unteilbar: Er gelte für Kläger und Beklagte. Es gebe keinen Grundsatz, dass das Ausfallrisiko bei gebietsfremden Beklagten höher sei als bei gebietsfremden Klägern (KG act. 1 S. 4-7).

bb) Das Bundesgericht kann im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde eine geltend gemachte Verletzung der Haager Übereinkunft in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht frei prüfen (BGE 93 I 281). Auf die Rüge, die Beschwerdeführerin hätte aufgrund von Art. 17 der Haager Übereinkunft von der Kautionsleistung befreit werden müssen, kann daher im Kassationsverfahren nicht eingetreten werden (§ 285 Abs. 2 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 17b zu § 285). Eintreten ist dagegen auf die Rüge der Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots bzw. des Diskriminierungsverbots im Sinne von Art. 8 BV (§ 285 Abs. 2 ZPO).

cc) Zusammengefasst rügt die Beschwerdeführerin, es sei diskriminierend, bei der Auflage einer Kautionsleistung an den ausländischen Wohnsitz einer Partei anzuknüpfen. Weiter sei es auch diskriminierend, wenn die inländische klagende Partei schlechter gestellt werde als eine auslandsansässige klagende Partei, die aufgrund von Art. 17 der Haager Übereinkunft von der Kautionspflicht befreit werde.

Art. 8 Abs. 2 BV kommt unter anderem dann zur Anwendung, wenn eine Person wegen ihrer Herkunft diskriminiert wird. Die Herkunft ist national, regional oder ethnisch geprägt; sie ist verknüpft mit sprachlichen, kulturellen, sozialen und historischen Gegebenheiten. Sie ist Teil der Identität einer Person, die nicht veränderbar ist (Schweizer, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Basel/Genf/Lachen SZ 2002, N 65 zu Art. 8). Eine Differenzierung aufgrund des Wohnsitzes, welcher veränderbar ist, tangiert damit nicht das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV, sondern das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV. Sodann fällt auch eine allfällige Schlechterstellung einer inländischen Partei gegenüber einer auslandsansässigen Partei unter Art. 8 Abs. 1 BV.

Vorliegend geht es um die Frage, ob die gesetzliche und staatsvertragliche Regelung der Kautionspflicht bei Verfahren mit ausländischen Parteien gegen Art. 8 BV verstosse. Ein Erlass verletzt den Grundsatz der Rechtsgleichheit, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger oder sachlicher Grund in den zu regelnden Verhältnissen nach dem Regelungszweck nicht ersichtlich ist oder wenn er Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen (Schweizer, a.a.O., N 38 zu Art. 8; Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Auflage, Zürich 2001, Rz. 753).

dd) Die Kautionspflicht bei Verfahren mit auslandsansässigen Parteien wird einzig damit begründet, dass die Vollstreckung im Ausland schwieriger ist, und nicht damit, dass auslandsansässige Schuldner generell eine schlechtere Zahlungsmoral hätten oder nicht zahlungsfähig seien (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 76; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Auflage, Bern 2001, 11. Kap. Rz. 44; Walder, Einführung in das Internationale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1989, § 14 Rz. 4). Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass die Vollstreckung im Ausland schwieriger ist, begründet ihre Ansicht jedoch nicht. Zwar ist durch das Lugano-Übereinkommen die Vollstreckung von Geldschulden in vielen Staaten einfacher geworden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 78; Vogel/Spühler, a.a.O., 15. Kap. Rz. 24a). Sie ist jedoch nach wie vor aufwendiger und damit auch kostenintensiver als im Inland, da den Gläubigern regelmässig die Kenntnisse über das ausländische Vollstreckungsrecht, über die Behörden- und Gerichtsorganisation sowie allenfalls Sprachkenntnisse fehlen. Sodann hat der Antragsteller im Bezirk des angerufenen Gerichts ein Wahlmizil zu begründen oder einen Zustellungsbevollmächtigten zu bestimmen (Art. 33 Abs. 2 LugÜ). Nach dem Gesagten besteht ein sachlicher Grund dafür, in Verfahren mit auslandsansässigen Parteien eine Kautionspflicht anzusetzen. Ein Verstoß gegen Art. 8 Abs. 1 BV kann darin nicht gesehen werden.

ee) Gemäss Art. 17 der Haager Übereinkunft darf Angehörigen eines der Vertragsstaaten, welche in einem anderen Vertragsstaat als Kläger oder Intervenienten vor Gericht auftreten, wegen ihrer Eigenschaft als Ausländer oder deswegen, weil sie keinen Wohnsitz oder Aufenthalt im Inland haben, keine Si-

cherheitsleistung oder Hinterlegung auferlegt werden. Dementsprechend wird in § 73 Ziff. 1 ZPO, welcher grundsätzlich auslandsansässige Kläger, Widerkläger oder Rechtsmittelkläger als kautionspflichtig erklärt, ein Vorbehalt zugunsten entsprechender Staatsverträge angebracht. Demgegenüber enthält § 76, welcher inländische Kläger, Widerkläger und Rechtsmittelkläger in Prozessen gegen eine Person im Ausland als kautionspflichtig erklärt, keinen solchen Vorbehalt. Die Vorinstanz erwog denn auch, Art. 17 der Haager Übereinkunft gelte für den Kautionsgrund nach § 76 ZPO nicht (OG act. 7 S. 3). Ob dies zutrifft, kann - wie bereits erwähnt (oben 1.b.bb) - im Kassationsverfahren nicht überprüft werden. Geprüft werden kann nur, ob eine unzulässige Ungleichbehandlung vorliege, wenn auslandsansässige Kläger aufgrund von § 17 der Haager Übereinkunft von der Kautionspflicht befreit werden, während inländische Kläger in Prozessen gegen auslandsansässige Parteien kautioniert werden.

Die Vorinstanz scheint diesbezüglich davon auszugehen, dass gar keine Ungleichbehandlung vorliege, weil beispielsweise ein auslandsansässiger Beklagter, der in zweiter Instanz als Rechtsmittelkläger auftrete, ebenfalls nach § 76 ZPO kautioniert werden könne, so dass ein inländischer Rechtsmittelkläger, welcher nach § 76 ZPO kautioniert werde, nicht benachteiligt sei (OG act. 7 S. 3 mit Verweis auf ZR 84 Nr. 13). Ob dies zutrifft, kann jedoch offen bleiben, denn es liegt auch dann kein Verstoss gegen Art. 8 BV vor, wenn davon ausgegangen wird, dass auslandsansässige Rechtsmittelkläger gemäss Art. 17 der Haager Übereinkunft immer von der Kautionspflicht befreit würden, und inländische Rechtsmittelkläger regelmässig nicht von der Kautionspflicht befreit würden. Dies deshalb, weil Art. 18 der Haager Übereinkunft als Ausgleich für die Befreiung von der Kaution die Vollstreckung - auch verglichen mit der Regelung im Lugano-Übereinkommen - weiter vereinfacht, indem die Entscheidung über die Prozesskosten im anderen Vertragsstaat kostenfrei vollstreckbar erklärt wird (vgl. auch Walder, a.a.O., § 14 Rz. 14). Es besteht somit ein sachlicher Grund für die ungleiche Behandlung der inländischen Rechtsmittelkläger. Nach dem Gesagten ist die Rüge der Verletzung von Art. 8 Abs. 1 BV abzuweisen.

c) aa) Weiter rügt die Beschwerdeführerin, dass dem Richter in § 76 ZPO eingeräumte Ermessen sei überhaupt nicht ausgeübt worden. Die Beschwerdegegnerin sei die eigentliche Klägerin. Es handle sich um vertauschte Parteirollen. Die Beschwerdegegnerin aber wäre für ihre Leistungs- oder Feststellungsklage kautionsfrei. Sodann sei der Inlandsbezug überdeutlich. Der streitgegenständliche Nachlass sei in der Schweiz bei einer einheimischen Grossbank blockiert. Das Gericht könne dorthin mühelos vollstrecken. Zudem habe sie Rückweisung an die Erstinstanz verlangt, so dass ein sofortiger Abzug der Gelder ohnehin unwahrscheinlich sei. Schliesslich bestehe ja bei der ersten Instanz bereits ein Depot, dessen widerrechtliche Einforderung erst recht zugunsten der Klage hätte gewertet werden müssen (KG act. 1 S. 7-8).

bb) Wie die Beschwerdeführerin richtig bemerkt, handelt es sich bei § 76 ZPO um eine "Kann-Vorschrift", welche den Richter auf sein Ermessen verweist (Kass.-Nr. 99/409 vom 08.05.2000 i.S. A., Erw. II.2.; Häfelin/Müller, allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2002, Rz. 431). Solche Vorschriften enthalten insoweit keine wesentlichen Verfahrensgrundsätze im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO. Ein Nichtigkeitsgrund kann höchstens bei einem qualifizierten Ermessensfehler, d.h. einer Unterschreitung, einem Missbrauch oder einer Überschreitung des Ermessens vorliegen (Kass.-Nr. 164/79 vom 16.08.1979 i.S. B., Erw. 2.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 42 zu § 281).

Es trifft nicht zu, dass die Vorinstanz ihr Ermessen unterschritten habe, indem sie es überhaupt nicht ausgeübt habe (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 470). In ihrem Zwischenbeschluss vom 27. Oktober 2003 bemerkte sie selber, dass es in ihrem Ermessen liege, eine Kautionsauflegung. In der Folge begründete sie die Auflegung der Kautionsauflegung damit, dass nicht der Staat die Einbringlichkeit der Gerichtskosten zu tragen habe (OG act. 7 S. 2-3). In dieser Hinsicht ist somit die Rüge abzuweisen.

Ein Ermessensmissbrauch zeichnet sich dadurch aus, dass der Entscheid nicht nur unangemessen, sondern unhaltbar bzw. willkürlich ist (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 464; Kass.-Nr. 99/409 vom 08.05.2000 i.S. A., Erw. II.2). Wie bereits ausgeführt, ist der Zweck der Kautionsauflegung nach § 76 ZPO, dass der

Staat die Gerichtskosten nicht im Ausland vollstrecken muss (vgl. oben 1.b.dd). In diesem Zusammenhang sind die Argumente der Beschwerdeführerin, wonach sie in die Klägerrolle gedrängt worden sei, sie nicht gleich behandelt werde wie die Beschwerdegegnerin, und der Inlandbezug deutlich sei, nicht von Bedeutung. Inwiefern die angeblich widerrechtliche Einforderung einer Kautions durch die Erstinstanz eine Bedeutung haben soll, erklärt die Beschwerdeführerin nicht und ist auch nicht ersichtlich. Schliesslich kann auch nicht gesagt werden, dass mühelos in den streitgegenständlichen Nachlass vollstreckt werden kann. Die dem vorliegenden Verfahren zugrunde liegende Aberkennungsklage der Beschwerdeführerin richtet sich gegen den betreffenden Erbteilungsvertrag (BG act. 1). Damit ist heute noch unklar, wem diese Vermögenswerte zustehen, zumal gemäss Angaben der Beschwerdeführerin in derselben Sache auch noch ein Verfahren gegen den Bruder der Beschwerdegegnerin hängig ist (KG act. 1 S. 2). Unbekannt ist weiter, in welcher Höhe sich das Guthaben bei der [Bank] bewegt; die Beschwerdegegnerin bezeichnet das Nachlasskonto lediglich als "Nachlassbestandteil" (KG act. 10 S. 4). Zudem sind die Gelder bei der Bank blockiert. Unter diesen Umständen war es nicht willkürlich, der Beschwerdeführerin eine Kautions aufzuerlegen. Ein Ermessensmissbrauch ist damit nicht ersichtlich, so dass die Rüge abzuweisen ist.

2. a) Weiter führt die Beschwerdeführerin aus, zu ergänzen sei, dass sie mit Schriftsatz vom 12. Dezember 2003, der jedoch von der Post erst am 13. Dezember 2003 abgestempelt worden sei, Fristwiederherstellung beantragt habe, welche von der Vorinstanz am 8. Januar 2004 abgelehnt worden sei. Dieses "Nachverfahren" interessiere für die vorliegende Beschwerde nur indirekt. Sie wolle mehr der Vollständigkeit halber daraus zwei Aspekte aufgreifen: Zum einen sei § 199 GVG ihrer Ansicht nach nicht der richtige prozessuale Weg für alle Formen von Säumnis. Dort werde generell ein Verschulden des Säumigen akzeptiert. Die innert Frist verlangte Handlung sei jeweils Hauptpflicht. Wer hierbei zurechenbar säumig werde, falle aufgrund der Ablehnungsandrohung (d.h. der Androhung der Säumnisfolgen) aus. Das widerspreche § 199 GVG. Diese Bestimmung betreffe lediglich Nebenpflichten, weshalb auch ein Verschulden verträglich sei. Wer nun die Hauptpflicht schuldlos versäume, werde nicht durch § 199 GVG ent-

lassen, sondern müsse die Handlung nach einem ungeschriebenen Grundsatz unverzüglich nachholen. Wer beispielsweise das Postamt mit dem fertigen Couvert nicht mehr erreiche, solle die Schriftsatzfrist nicht wochenlang erstrecken, sondern dasselbe Couvert sofort nach Beseitigung des Hindernisses einwerfen. Im konkreten Fall hätte das Gericht aufgrund seiner Aufklärungspflicht die Frage der Schuldhaftigkeit der Verspätung prüfen müssen. Das sei unterblieben. Die Beschwerdeführerin habe den Auftrag zur Kautionszahlung mehr als rechtzeitig bei der [Bank] (aus dem Nachlassvermögen, das derzeit blockiert sei) gestellt. Es sei dort auch akzeptiert worden. Am 10. November 2003 habe sie ein Schreiben der [Bank] erhalten, worin ihr erklärt worden sei, man habe ihr am 6. November 2003 telefonisch mitgeteilt, dass die Kautionszahlung nicht ausbezahlt werden könne. Diese nachträgliche Weigerung beruhe auf einer Intervention der Gegenanwältin bei der [Bank]. Die Beschwerdeführerin sei Opfer einer Intrige (KG act. 1 S. 3-4).

b) Mit diesen Ausführungen wendet sich die Beschwerdeführerin ausdrücklich nicht gegen den nachträglichen Beschluss der Vorinstanz vom 8. Januar 2004, mit welchem auf ihr Wiederherstellungsgesuch nicht eingetreten wurde (vgl. OG act. 14). Möglicherweise will sie aber damit rügen, § 199 GVG komme vorliegend nicht zur Anwendung, sondern die Vorinstanz hätte schon vor ihrem Nichteintretensbeschluss vom 1. Dezember 2003 (KG act. 2) überprüfen sollen, ob die verspätete Einzahlung der Kautionszahlung durch die Beschwerdeführerin (vgl. oben I.2.a) schuldhaft gewesen sei.

c) Die Beschwerdeführerin macht zunächst sinngemäss geltend, wenn eine Frist verpasst werde, könne diese auch im Falle geringen Verschuldens nicht wiederhergestellt werden, sondern nur bei völliger Schuldlosigkeit. Eine Wiederherstellung trotz leichten Verschuldens komme nur bei Nebenpflichten in Frage. Dabei erklärt die Beschwerdeführerin jedoch nicht, was als Nebenpflicht im Sinne von § 199 GVG in Frage komme, und inwiefern sich eine solche von einer Hauptpflicht unterscheide. Vielmehr ergibt sich schon aus dem Wortlaut von § 199 GVG, dass es in dieser Bestimmung um verpasste Fristen geht. So wird denn auch in Rechtsprechung und Literatur das Verpassen einer Kautionsfrist regelmässig als Fall von § 199 GVG betrachtet (vgl. z.B. Hauser/Schweri, Kommentar

zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 45, 90 zu § 199; RB 1999 Nr. 58). Sodann ist die Regel, dass eine verpasste Handlung unverzüglich nachgeholt werden solle, kein ungeschriebener Grundsatz, sondern findet sich beispielsweise in Art. 35 OG, welcher die Wiederherstellung von Fristen auf Bundesebene regelt, sowie in einzelnen kantonalen Bestimmungen betreffend Wiederherstellung (Vogel/Spühler, a.a.O., 9. Kap. Rz. 104). Insofern hängt die Frage einer Wiederherstellung nicht davon ab, ob die Ansetzung einer längeren Nachfrist notwendig ist oder nicht. Die Argumente der Beschwerdeführerin gehen damit fehl.

Nach dem Gesagten kam vorliegend höchstens eine Wiederherstellung nach § 199 GVG in Frage. Sie wird nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Antrag hin erteilt. Der Antrag muss indessen nicht ausdrücklich gestellt werden. Es genügt, wenn der Wille erklärt wird, die betreffende Prozesshandlung möge wegen der vorgebrachten Tatsachen als rechtzeitig angesehen werden (Hauser/Schweri, a.a.O., N 84 zu § 199). Aus der Beschwerdeschrift geht nicht hervor, dass die Beschwerdeführerin vor dem Nichteintretensbeschluss vom 1. Dezember 2003 (KG act. 2) bereits einen auch nur sinngemässen Antrag auf Wiederherstellung der Kautionsfrist gestellt hätte. Insofern ist dieser Frage nicht weiter nachzugehen (§ 288 ZPO). Insgesamt ist damit die Rüge abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

3. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin keine Nichtigkeitsgründe nachweist. Damit ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Wie bereits erwähnt, ist keine neue Frist für die Leistung der Kautions anzusetzen (oben 1.a).

III.

1. Ausgangsgemäss sind der Beschwerdeführerin die Kosten des Kassationsverfahrens aufzuerlegen, und sie ist zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen (§§ 66 Abs. 2, 68 Abs. 1 ZPO).

2. Die Beschwerdegegnerin wirft die Frage auf, ob die unsachliche und ehrverletzende Art des Prozessierens durch die Beschwerdeführerin bzw. deren Anwalt zu einer Ordnungsbusse oder einer Verzeigung an die Strafverfolgungsbehörden führen solle. Zusätzlich stelle sich die Frage, ob angesichts des hartnäckigen Einlegens von sinnlosen Rechtsmitteln die Gerichtskosten und die Prozessentschädigung nicht dem Anwalt der Beschwerdeführerin auferlegt werden sollten (KG act. 10 S. 3).

Im Kassationsverfahren ist eine durchwegs unsachliche Prozessführung nicht ersichtlich. Soweit die Rechtsvertreterin die Behauptung in der Beschwerdeschrift, wonach sie mit der [Bank] gegen die Beschwerdeführerin intrigiert haben solle (vgl. KG act. 1 S. 4) als ehrverletzend ansehen sollte, hätte sie selber als Geschädigte bei den Strafverfolgungsbehörden einen Strafantrag zu stellen (vgl. Art. 173 ff. StGB; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 19b zu § 50). Zwar könnte aufgrund der Prozessgeschichte der Verdacht aufkommen, dass die von der Beschwerdeführerin eingelegten Rechtsmittel und Rechtsbehelfe nur der Verfahrensverschleppung dienen sollen. Andererseits kann zumindest die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde nicht als von vornherein aussichtslos betrachtet werden, wie insbesondere die Erwägungen zur Rechtsgleichheit zeigen (vgl. oben II.1.b). Eine mutwillige Prozessführung, welche zu einer Kostenaufgabe zulasten des Anwalts der Beschwerdeführerin führen müsste, liegt somit nicht vor.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 800.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 307.-- Schreibgebühren,
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'200.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts sowie die 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: