

# Kassationsgericht des Kantons Zürich



---

Kass.-Nr. AA050029/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Robert Karrer, Hans Michael Riemer, Alfred Keller und Reinhard Oertli sowie die Sekretärin Daniela Brüscheiler

## **Zirkulationsbeschluss vom 02. November 2005**

in Sachen

**X.**

Klägerin, Appellantin und Beschwerdeführerin  
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. \_\_\_\_\_

gegen

**Y. Versicherungs-Gesellschaft,**

Beklagte, Appellatin und Beschwerdegegnerin  
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Januar 2005 (LB040067/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. a) X. (nachfolgend Beschwerdeführerin) wurde am Morgen des 22. Februar 1995 beim Überqueren der Zürcherstrasse in Dietikon von dem von A. gelenkten Personenwagen angefahren und dabei verletzt. Mit Eingabe vom 6. September 2001 (BG act. 2) reichte die Beschwerdeführerin unter Beilage der Weisung (BG act. 1) sowie weiterer Unterlagen Klage beim Bezirksgericht Zürich gegen die Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung des beteiligten Autolenkers, W. Versicherungs-Gesellschaft, ein. Die Beschwerdeführerin beantragte, die Beklagte sei zur Bezahlung von Fr. 640'000.-- nebst Zins zu 5 % ab 4. Mai 2001 zu verpflichten.

b) Mit Urteil vom 14. Oktober 2002 wies das Bezirksgericht Zürich (7. Abteilung) die Klage ab (BG act. 40), wobei die Y. Versicherungs-Gesellschaft als Rechtsnachfolgerin der W. Versicherungs-Gesellschaft als Beklagte (nachfolgend Beschwerdegegnerin) in das Verfahren eingetreten war (vgl. BG act. 36 S. 1). Auf Berufung der Beschwerdeführerin hin hob die II. Zivilkammer des Obergerichts das Urteil des Bezirksgerichts mit Beschluss vom 16. Juli 2003 auf und wies die Sache an das Bezirksgericht zurück (BG act. 68). Mit Urteil vom 23. Juni 2004 wies die 7. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich (Erstinstanz) die Klage erneut ab (BG act. 98). Gegen diesen Entscheid liess die Beschwerdeführerin wiederum Berufung erklären (OG act. 103). Mit Urteil vom 28. Januar 2005 wies die II. Zivilkammer des Obergerichts (Vorinstanz) die Klage ebenfalls ab (OG act. 121 bzw. KG act. 2).

2. a) Gegen das Urteil des Obergerichts richtet sich die vorliegende, rechtzeitig eingereichte (vgl. OG act. 122/1; § 287 ZPO und § 192 GVG) Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1). Die Beschwerdeführerin beantragt, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Sache sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2).

b) Mit Präsidialverfügung vom 9. März 2005 wurde die Beschwerdeführerin zur Leistung einer Kautions nach § 75 ZPO in der Höhe von Fr. 15'000.-- verpflichtet. Zudem wurde der Beschwerde hinsichtlich der Dispositiv-Ziffern 2 bis 5 des angefochtenen Entscheides aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 6). Mit Eingabe vom 20. April 2005 stellte die Beschwerdeführerin ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung (KG act. 12). Aus diesem Grund wurde der Beschwerdeführerin die Frist zur Leistung der Prozesskaution einstweilen abgenommen und der Beschwerdegegnerin Gelegenheit zur Stellungnahme zum Gesuch eingeräumt (KG act. 14). Die Beschwerdegegnerin liess mit Eingabe vom 9. Mai 2005 die Abweisung des Gesuches zufolge Aussichtslosigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde beantragen (KG act. 16). Mit Zwischenbeschluss vom 14. Juni 2005 wurde der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung gewährt, womit die Kautionspflicht entfiel (KG act. 17).

c) Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 8). Die Beschwerdegegnerin beantragt die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde unter Verweis auf ihre Ausführungen in der Stellungnahme zum beschwerdeführerischen Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (KG act. 19).

## II.

1. Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz zunächst vor, ihre Annahme, die Beschwerdeführerin habe vor dem Betreten der Fahrbahn nicht nach links geschaut, beruhe auf einer willkürlichen Beweiswürdigung, weshalb der angefochtene Entscheid mit einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO behaftet sei (KG act. 1 S. 8).

1.1 a) Die Beschwerdeführerin argumentiert, das Obergericht stütze sich bei seiner Annahme, die Beschwerdeführerin habe nicht nach links (in Richtung des herannahenden Personenwagens) geblickt, bevor sie unvermittelt auf die Strasse gesprungen sei, ausschliesslich auf die Aussagen der Beschwerdeführerin selbst sowie die "allgemeine Erfahrung im Verkehr". Dies erachtet die Beschwerdeführe-

rin als unhaltbar. Die Vorinstanz zitiere die im Polizeirapport aufgeführten und gegenüber dem Bezirksanwalt angegebenen Aussagen der Beschwerdeführerin, aus denen sich ergebe, dass sie vorgängig auf die Strasse geschaut, jedoch kein Fahrzeug vermerkt und auch keines gehört habe. Ferner verweise die Vorinstanz auch auf die Aussage der Beschwerdeführerin, wonach sie seit dem Unfall zerstreut und vergesslich sei, und halte dazu fest, die Beschwerdeführerin habe gleichwohl zum Unfallgeschehen und zu den Abläufen an jenem Tag detaillierte Angaben machen können. Daher habe die Erstinstanz sie zu Recht bei ihren Aussagen behaftet und angenommen, sie habe sich entweder vor dem Betreten der Strasse überhaupt nicht umgeschaut oder dann nur so flüchtig, dass sie das von links herannahende Auto nicht wahrgenommen habe. Die Vorinstanz habe dies auch deshalb für plausibel erachtet, weil die Beschwerdeführerin gesagt habe, dass sie noch den Bus habe erreichen wollen. Sie (die Vorinstanz) habe es in Anbetracht der Geräusche des Busses und des aus der Gegenrichtung herannahenden Fahrzeuges der Zeugin B. auch für möglich gehalten, dass die Beschwerdeführerin das Auto des Zeugen nicht habe kommen hören, und wenn sie so unaufmerksam gewesen sei, wie sie selber angebe, könne sie daher das Auto des Zeugen A. sehr wohl überhört habe. Es sei unerfindlich, wendet die Beschwerdeführerin ein, worauf die Vorinstanz ihre Annahme stütze, die Beschwerdeführerin habe selber angegeben, unaufmerksam gewesen zu sein. Den von der Vorinstanz angeführten Aussagen der Beschwerdeführerin sei nichts dergleichen zu entnehmen. Im Gegenteil habe die Beschwerdeführerin explizit erklärt, vor dem Betreten der Strasse geschaut zu haben. Soweit der angefochtene Entscheid auf ein eigenes Zugeständnis der Beschwerdeführerin gestützt werden solle, sei die Würdigung der Vorinstanz unhaltbar (KG act. 1 S. 4 f.).

b) Die Vorinstanz führte zu den Aussagen der Beschwerdeführerin an, sie habe dem Polizisten Folgendes erklärt: "Ich kann mich nur noch erinnern, wie ich den stehenden Bus auf der anderen Strassenseite sah. Ich musste diesen noch erreichen, deshalb überquerte ich rennend die Strasse (...) Vorgängig habe ich schon auf die Strasse geschaut, bemerkte aber kein Fahrzeug, sodass ich halt einfach losrannte". Als Auskunftsperson befragt, habe sie ein Jahr später zu Protokoll gegeben: "Ich habe beide Strassenseiten nach links und rechts geschaut

(...) Ich habe keine Auto gesehen (...) Ich habe nichts gehört (...) Ich weiss nicht aus welcher Richtung der Pw kam. Ich weiss nur, dass wir miteinander kollidierten" [Haben Sie auf der linken Strassenseite Fahrzeuge, die Richtung Zürich fahren, gesehen] "Nein" (KG act. 2 S. 8). Diese Angaben würdigt die Vorinstanz - in Übereinstimmung mit der Erstinstanz - dahingehend, dass die Beschwerdeführerin sich entweder vor dem Betreten der Strasse überhaupt nicht umgeschaut habe oder dann nur so flüchtig, dass sie das von links herannahende Auto nicht wahrgenommen habe (KG act. 2 S. 9). Auf diese Einschätzung bezieht sich sodann die weitere - im Zusammenhang mit dem Nichtthören des herannahenden kollisionsbeteiligten Fahrzeuges stehende - Erwägung der Vorinstanz, nur schon diese beiden Motorfahrzeuge hätten Geräusche erzeugt, und wenn die Beschwerdeführerin so un aufmerksam gewesen sei, wie sie selber angebe, könne sie daher das Auto des Zeugen A. sehr wohl überhört haben (KG act. 2 S. 9). Damit brachte die Vorinstanz, entgegen dem Verständnis der Beschwerdeführerin, nicht zum Ausdruck, die Beschwerdeführerin habe selber gesagt, dass sie un aufmerksam gewesen sei. Vielmehr beinhaltet die obergerichtliche Erwägung bereits eine Würdigung, nämlich dass aufgrund der Aussagen der Beschwerdeführerin von einer Un aufmerksamkeit auszugehen sei. Der Rüge ist damit aber der Boden entzogen.

1.2 a) Das Obergericht erwog in Bezug auf den beschwerdeführerischen Antrag, es sei ein Gutachten einzuholen zur Frage, ob sie sich darum nicht an das herannahende Auto erinnern könne, weil sie es nicht als Gefahr erkannt und ihr Gehirn es darum nicht gespeichert habe, es gebe für diese Hypothese keine substantiellen Anhaltspunkte. Der erstinstanzlichen Auffassung, die Beschwerdeführerin müsse das schon lebensgefährlich nahe gekommene Auto bei einem Blick nach links als unmittelbare Bedrohung wahrgenommen haben und diesen Schreck hätte sie nicht vergessen, sei beizupflichten. Aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin zugegebenermassen über die Strasse gerannt und vom Auto erfasst worden sei, ergebe sich auch ohne komplizierte Rechnungen, dass das Auto schon nahe herangekommen sei, als die Beschwerdeführerin auf die Fahrbahn sprang. Das Auto habe für sie eine konkrete Lebensgefahr dargestellt. Damit sei die Überlegung des Bezirksgerichts überzeugend, wenn die Beschwerdeführerin nach links geblickt hätte, hätte sie das herannahende Auto als unmittelba-

re Gefahr wahrnehmen müssen - und dass sie einen solchen Eindruck vergessen hätte, sei sehr unwahrscheinlich. Die Basis des Beweisantrages, dass man als unerheblich empfundene Sinneseindrücke leicht vergesse, sei Bestandteil der Lebenserfahrung und nicht beweisbedürftig. Dies treffe auch für den Strassenverkehr zu. Wer sich im Verkehr bewege, sei es als Autofahrer oder als Fussgänger, nehme die anderen Verkehrsteilnehmer nur absolut oberflächlich wahr, falls überhaupt: nach einigen hundert Metern im Stadtverkehr könne man praktisch unmöglich rekonstruieren, wie viele und was für Autos einem entgegen gekommen seien - weil sich diese in aller Regel an ihre Fahrstreifen hielten und nicht als Gefahr wahrgenommen würden. Anders aber sei es mit ungewöhnlichen, gefährlichen Situationen. Und hier widerlege die Beschwerdeführerin mit der Begründung des Beweisantrages diesen selbst: wenn sie tatsächlich nur so flüchtig nach links geblickt habe, dass sie das herannahende Auto nicht als Gefahr wahrgenommen habe, dann sei dieser Blick eben so wenig sorgfältig gewesen, dass ihr ein grobes Verschulden zur Last falle. Nochmals sei zudem darauf hinzuweisen, was die allgemeine Erfahrung im Verkehr lehre: dass Personen, die sich auf ein bestimmtes Ereignis oder Ziel konzentrierten, sehr rasch die sonst geübte Vorsicht vermissen liessen, und dass daher die Darstellung der Beschwerdeführerin durchaus nahe liege, sie habe unbedingt den Bus erreichen wollen und vor dem Betreten der Strasse nicht auf herannahende Fahrzeuge geachtet. Unter diesen Umständen sei das beantragte Gutachten nicht einzuholen (KG act. 2 S. 11 f.).

b) Die Beschwerdeführerin gesteht zwar zu, dass es der Lebenserfahrung entsprechen möge, dass lebensgefährliche Situationen besonders gut im Gedächtnis haften blieben. Die Anwendung dieses Satzes, wendet die Beschwerdeführerin ein, lasse im zu beurteilenden Fall jedoch die tatsächlichen Verhältnisse unberücksichtigt. Die Beschwerdeführerin sei mit der vorderen linken Ecke des unfallbeteiligten Fahrzeuges kollidiert, und es sei gestützt auf die Feststellungen des Wissenschaftlichen Dienstes der Stadtpolizei Zürich im Strafverfahren dargelegt worden, dass die Beschwerdeführerin nur wenige Zentimeter gebraucht hätte, um aus der Gefahrenzone zu gelangen und sie sich daher höchstens um Sekundenbruchteile verschätzt habe. Mit anderen Worten habe die Beschwerdeführerin einen grösseren Teil der Fahrbahnhälfte überschritten und den grössten

Teil der Fahrzeugfront passiert gehabt, als es zur Kollision gekommen sei. Dementsprechend müsse - auch dies lege die Lebenserfahrung nahe - das Fahrzeug A.s noch in einiger Entfernung gewesen sein, als die Beschwerdeführerin die Strasse betreten habe, ansonsten sie nicht einige Meter hätte zurücklegen können, bis sie mit dem Auto kollidiert sei. Es stehe daher nicht zweifelsfrei fest, dass die Situation auf die Beschwerdeführerin schon lebensbedrohlich gewirkt haben müsse, als sie auf die Strasse geschaut habe, um sie danach zu betreten. Hinzu komme, dass die Beschwerdeführerin selbst kein Fahrzeug lenken könne und daher in entsprechenden Einschätzungen nicht geübt sei. Es entspreche ebenso der Lebenserfahrung, dass Menschen, die selbst kein Fahrzeug lenkten, grössere Mühe hätten, Geschwindigkeiten und Verkehrssituationen einzuschätzen, als routinierte Fahrzeuglenker. Die Annahme der Vorinstanz, die Situation habe vor dem Betreten der Strasse für die Beschwerdeführerin schon so lebensbedrohlich wirken müssen, dass sie sich an das Fahrzeug erinnern müsste, wenn sie dorthin geblickt hätte, sei daher nicht haltbar.

Zudem sei nach neuerer wissenschaftlicher Studie des Institute of Cognitive Neuroscience in London festgestellt worden, dass sich Menschen gerade an Vorkommnisse, die sich direkt vor einem negativen Erlebnis abspielten, nur sehr schlecht oder gar nicht erinnern könnten. Dieser Effekt sei bei Frauen deutlich stärker ausgeprägt als bei Männern. Im zu beurteilenden Fall lägen solche Verhältnisse vor. Für die Beschwerdeführerin, die es nachgewiesenermassen nur um wenige Zentimeter bzw. Sekundenbruchteile nicht geschafft habe, vor dem Fahrzeug durchzukommen, habe sich die Lebensgefahr bei der Kollision manifestiert. Dieses Trauma sei nach den zitierten wissenschaftlichen Erkenntnissen geeignet, das unmittelbar vorausgehende Geschehen in der Erinnerung auszulöschen. Es widerspreche diesen wissenschaftlichen Erkenntnissen und sei deshalb unvertretbar, die Beschwerdeführerin bei ihren Aussagen über das Geschehen unmittelbar vor der Kollision zu behaften (KG act. 1 S. 6 ff).

c) Die vorinstanzlichen Erwägungen zeigen, dass der Vorwurf, die tatsächlichen Verhältnisse der zu beurteilenden Situation seien unberücksichtigt geblieben, nicht zutrifft. Vielmehr hielt das Obergericht fest, die genaue Distanz zwi-

schen Auto und Fussgängerin im Moment eines allfälligen Blickkontaktes spiele keine Rolle, da das Fahrzeug aufgrund der konkreten Umstände - die Beschwerdeführerin sei über die Strasse gerannt und tatsächlich, wenn auch im Bereich des linken Kotflügels, vom Fahrzeug noch erfasst worden - sich jedenfalls schon so nahe befunden habe, dass es als Lebensgefahr habe erscheinen müssen. Die Frage, welche Situationen im Strassenverkehr als lebensbedrohlich einzuschätzen sind, lässt sich nur, wie dies die Vorinstanz getan hat, aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung beantworten. Werden aber Schlussfolgerungen an sich tatsächlicher Art ausschliesslich aufgrund von Erfahrungssätzen, welche die entscheidende Instanz aus der allgemeinen Lebenserfahrung ableitet, gezogen, so sieht sich das Bundesgericht daran nicht gebunden. Insofern werden Erfahrungssätze wegen ihrer allgemeinen, über den Einzelfall hinausreichenden Bedeutung eigentlichen Normen gleichgestellt. Mit eidgenössischer Berufung kann demzufolge geltend gemacht werden, aus der allgemeinen Lebenserfahrung ergäben sich nicht die vom kantonalen Gericht gezogenen, sondern andere Schlüsse, womit diesbezüglich die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen ist (§ 285 ZPO). Da der Beschwerdeführerin vorliegend die Berufung an das Bundesgericht offen stand (Art. 43 ff. OG; KG act. 2 S. 14), ist auf die Rüge demzufolge nicht einzutreten. Dasselbe gilt für die Behauptung der Beschwerdeführerin, es entspreche allgemeiner Lebenserfahrung, dass Menschen, die selbst kein Fahrzeug lenkten, grössere Mühe hätten, Geschwindigkeiten und Verkehrssituationen einzuschätzen, als routinierte Fahrzeuglenker.

d) Nicht durchzudringen vermag die Beschwerdeführerin sodann auch mit ihrem weiteren Einwand, aufgrund einer neueren wissenschaftlichen Studie könnten sich Menschen an Vorkommnisse, die sich direkt vor einem negativen Erlebnis abgespielt hätten, nur sehr schlecht oder gar nicht erinnern, weshalb nicht auf ihre Aussagen abgestellt werden könne. Aus der Beschwerdeschrift ist nicht ersichtlich, dass und an welcher Stelle die Beschwerdeführerin sich vor Vorinstanz(en) auf diese wissenschaftlichen Erkenntnisse berufen oder die entsprechende Publikation eingereicht hätte. Ebenso wenig legt die Beschwerdeführerin dar, dass und weshalb sie keine Veranlassung gehabt hätte, diese Kenntnisse bereits vor Vorinstanz(en) einzubringen. Das Kassationsgericht hat aber zu prüfen,



ob der angefochtene Entscheid auf Grund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO leidet. Daher sind neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren nicht zulässig (vgl. Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 67; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 16 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 4a zu § 288 ZPO mit Hinweisen; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56f., 75).

Selbst wenn das Vorbringen der Beschwerdeführerin jedoch nicht als Novum zu qualifizieren wäre, vermöchte die Beschwerdeführerin der Substanziierungspflicht im Kassationsverfahren nicht nachzukommen. Es genügt nicht, wissenschaftliche Erkenntnisse nur zu behaupten, ohne entsprechende Belege einzureichen. Es kann - jedenfalls in Fällen wie dem vorliegenden, bei denen es nicht um juristische Literatur/Periodika geht - nicht Aufgabe des Kassationsgerichtes sein, die Grundlagen für eine Parteibehauptung zu beschaffen.

Die Beschwerdeführerin vermag damit keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen, soweit auf die Vorbringen überhaupt einzutreten ist.

2. a) Im zweiten Teil der Beschwerde kritisiert die Beschwerdeführerin die obergerichtliche Kosten- und Entschädigungsregelung (KG act. 1 S. 8-12). Nach Ansicht der Beschwerdeführerin hat das Obergericht in Verletzung materiellen Rechts entschieden, dass sie auch die Kosten des ersten Berufungsverfahrens zu tragen und der Beschwerdegegnerin diesbezüglich eine Prozessentschädigung zu bezahlen habe. Die Beschwerdeführerin argumentiert, aufgrund der Ausführungen im Rückweisungsentscheid sei davon auszugehen, dass die Erstinstanz zu Unrecht bestimmte Verfahrensvorschriften nicht angewendet, mithin sich der bezirksgerichtliche Entscheid als fehlerhaft erwiesen habe. Während bei einem fehlerhaften Entscheid, der von keiner Partei beantragt worden sei, und mit dem sich der Rechtsmittelbeklagte nicht identifiziert habe, die Kosten des Rechtsmit-

telverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen seien, sei es nicht willkürlich, die Kosten eines Rechtsmittelverfahrens, welches durch fehlerhaftes Vorgehen der ersten Instanz veranlasst worden sei, dem Rechtsmittelbeklagten aufzuerlegen, wenn er am Rechtsmittelverfahren teilgenommen und Abweisung des Rechtsmittels beantragt habe. Vorliegend stehe fest, dass die Beschwerdegegnerin wiederholt die Abweisung der (ersten) Berufung beantragt und sie sich dadurch mit dem (fehlerhaften) erstinstanzlichen Verfahren identifiziert habe. Unter diesen Umständen sei es unhaltbar, die durch das erste Berufungsverfahren entstandenen Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und sie überdies zur Bezahlung einer Prozessentschädigung an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten. Jene Kosten hätten in Anwendung von § 66 Abs. 2 ZPO vielmehr der Beschwerdegegnerin auferlegt und in Konsequenz dazu gemäss § 68 ZPO diese zur Bezahlung einer Prozessentschädigung an die Beschwerdeführerin verpflichtet werden müssen.

b) Die Vorinstanz erwog, es rechtfertige sich nicht, das erste Berufungsverfahren vorliegend (in Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen) gesondert zu behandeln. Anders als die Nichtigkeitsbeschwerde seien Berufung und Rekurs eine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens, und auch kostenmässig so zu behandeln, gleich etwa wie ein Massnahmeverfahren im Hauptprozess, oder wie Beweiserhebungen zu einem Hauptstandpunkt, wenn dieser zwar nicht erhärtet werden könne, der Kläger aber dann mit einer Eventualbegründung gleichwohl durchdringe. Eine Ausnahme gelte nach § 66 ZPO nur dann, wenn eine Partei unnötige Kosten verursacht, oder wenn keine Partei die Kosten verursacht habe; dies treffe im zu beurteilenden Fall nicht zu. Alle anderen Kosten gehörten zum allgemeinen Prozessrisiko der Parteien, und sie würden diesen im vollen Umfang nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (KG act. 2 S. 13).

c) Die Kosten- und Entschädigungsregeln der Zivilprozessordnung (§§ 64 ff. ZPO) stellen materielles Recht dar (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 16 zu § 64 und N 47a zu § 281; vgl. schon Guldener, a.a.O., S. 144). Bei der Beurteilung von Entscheidungen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen steht der Kassationsinstanz daher nach § 281 Ziff. 3 ZPO lediglich eine beschränkte Überprü-

fungsbefugnis zu (von Rechenberg, a.a.O., S. 28). Der Kassationsgrund der Verletzung klaren materiellen Rechts ist somit nur dann gegeben, wenn die Rechtsauffassung der Vorinstanz direkt unvertretbar ist und ein grober Verstoss oder Irrtum bei der Anwendung des materiellen Rechts vorliegt. Die Kassationsinstanz kann nicht in das dem Sachrichter durch §§ 64 ff. ZPO eingeräumte Ermessen eingreifen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 52 f. zu § 281 ZPO). Eine Aufhebung des angefochtenen Entscheids kann deshalb nur erfolgen, wenn über die Auslegung einer Rechtsregel insoweit kein begründeter Zweifel bestehen kann (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 51 zu § 281 ZPO; von Rechenberg, a.a.O., S. 28; Spühler/Vock, a.a.O., S. 69f.).

d) aa) Hinzuweisen ist zunächst darauf, dass es sich beim Rückweisungsentscheid um einen Zwischenentscheid, mithin der Sache nach um einen prozessleitenden Entscheid handelt (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 7 zu § 270 ZPO; Kass.-Nr. 2001/302 Z, Entscheid vom 21. April 2002 i.S. E., Erw. II.1; Kass.-Nr. 292/87, Entscheid vom 22. Juni 1988 i.S. D., Erw. 5.). Daran vermag der Einwand der Beschwerdeführerin, ein Vergleich mit einem Massnahmeverfahren im Hauptprozess oder mit Beweiserhebungen sei nicht nachvollziehbar (KG act. 1 S. 10), nichts zu ändern.

bb) Wie vom Obergericht ausgeführt - und von der Beschwerdeführerin auch nicht gerügt - werden die Kosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (§ 64 Abs. 2 ZPO), wobei die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Endentscheid festgesetzt werden (§ 71 Satz 1 ZPO). Aufgrund dieser beiden Bestimmungen ist vom Grundsatz auszugehen, dass sich die Kosten- und Entschädigungsregelung nach dem Verfahrensausgang zu richten hat und entsprechend im Endentscheid zu treffen ist. Dass bei diesem Kostenentscheid grundsätzlich das Obsiegen und Unterliegen einzelner prozessleitenden - insbesondere solcher in einem Rechtsmittelverfahren ergangenen - Entscheide gesondert betrachtet werden müssten, findet in den gesetzlichen Bestimmungen keine Grundlage. Die Zivilprozessordnung hält zu den Kostenfolgen prozessleitender Entscheide lediglich – aber immerhin – in Bezug auf den Zeitpunkt der Kostenfestsetzung ausdrücklich fest, dass aus zureichenden Gründen auch in prozessleitenden Entscheiden Kosten

und Entschädigungen auferlegt werden könnten (§ 71 Satz 3 ZPO). Eine Verletzung dieser Bestimmung wird von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht. Von einer Verletzung klaren materiellen Rechts durch die Vorinstanz kann demzufolge nicht gesprochen werden, wenn die Kosten- und Entschädigungsfolgen einzelner Teile des Verfahrens sich nach dem Ausgang des ganzen Prozesses richteten.

Soweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung von § 66 Abs. 2 ZPO rügt, ist zunächst zu erwähnen, dass zumindest fraglich erscheint, ob in Konstellationen wie der vorliegenden, in der die Rechtsmittelinstanz eine andere Auffassung vertritt als die Vorinstanz, überhaupt davon gesprochen werden kann, keine Partei habe die Kosten veranlasst. Von einem offensichtlichen Fehler der Erstinstanz wie beispielsweise einer unzutreffenden Rechtsmittelbelehrung (vgl. dazu Kass.-Nr. AA040037, Entscheid vom 24. März 2004 i.S. Z., Erw. 3) kann hier nicht ausgegangen werden. Die Frage kann jedoch offen bleiben. Die Beschwerdeführerin lässt nämlich einerseits unerwähnt, dass sie insoweit mit ihren Vorbringen (auch) im (ersten) Berufungsverfahren unterlag, als sie Befangenheit der am erstinstanzlichen Entscheid mitwirkenden Gerichtspersonen geltend machte (BG act. 68 S. 7 ff.). Zum zweiten übersieht die Beschwerdeführerin bei ihrem Hinweis, das Obergericht habe der Erstinstanz eine Verletzung von § 55 ZPO vorgeworfen, dass § 55 ZPO (erst) dann zum Tragen kommt, wenn das Vorbringen einer Partei unklar, unvollständig oder unbestimmt geblieben ist. Damit hat aber letztlich die Beschwerdeführerin mit ihrem Verhalten - nämlich mit ihren unklaren, unvollständigen oder unbestimmten Vorbringen - diesen Mangel verursacht (vgl. betreffend Substanziierung ZR 60 Nr. 64). Auch vor diesem Hintergrund kann nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe mit der getroffenen Kosten- und Entschädigungsregelung klares materielles Recht verletzt. Insgesamt ist somit festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin in Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsregelung keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen vermag.

3. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

### III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO), zufolge der ihr gewährten unentgeltlichen Prozessführung (KG act. 14) indes einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO bleibt vorbehalten.

Da die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung nicht von der Pflicht zur Leistung einer Prozessentschädigung an die Gegenpartei befreit (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 84 ZPO und N 1 zu § 85 ZPO), ist die Beschwerdeführerin überdies zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine sich nach den Bestimmungen der Anwaltsgebührenverordnung (§§ 2 ff. AnwGebV) zu berechnende Prozessentschädigung zu entrichten (§ 68 Abs. 1 ZPO). Angesichts des Streitwertes (Fr. 640'000.--) und des Aufwandes der Beschwerdegegnerin - sie liess eine kurze Stellungnahme zum Gesuch um unentgeltliche Prozessführung (5 Seiten; KG act. 16) einreichen und verwies als Beschwerdeantwort (2 Seiten) beinahe ausschliesslich auf diese Stellungnahme (KG act. 19) - ist die Prozessentschädigung in Anwendung von § 14 Abs. 2 AnwGebV angemessen zu reduzieren. Anzumerken bleibt, dass bei der Festsetzung der Prozessentschädigung gemäss neuer Praxis des Kassationsgerichts zufolge Mehrwertsteuerpflicht der Beschwerdegegnerin kein Zuschlag für Mehrwertsteuer berücksichtigt wird (Kass.-Nr. AA040176, Entscheid vom 19. Juli 2005 i.S. H., Erw. III.2).

#### **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. 5'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 455.-- Schreibgebühren,  
Fr. 266.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt, jedoch zufolge der ihr bewilligten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 4'000.-- zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie an das Bezirksgericht Zürich (7. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: