



Kass.-Nr. AA060096/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Dieter Zobl, Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 29. März 2007

in Sachen

1. X. Versicherungs-Gesellschaft,

2. Y.,

Beklagte, Appellaten und Beschwerdeführer

1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Z.,

Klägerin, Appellantin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend **Genugtuung etc.**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Mai 2006 (LB060020/Z02)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Am 5. Juli 2000 kam es zu einer Kollision zwischen dem Auto des Beschwerdeführers 2 und der Beschwerdegegnerin als Fussgängerin. Die Beschwerdegegnerin erlitt schwere Kopfverletzungen (Urteil des Bezirksgerichts ____ vom 20. Dezember 2005 OG act. 45 S. 4 Erw. 2.1). Die Beschwerdeführerin 1 als Motorfahrzeughaftpflichtversicherung des Beschwerdeführers 2 und dieser machen geltend, die Beschwerdegegnerin sei auf die Strasse gerannt, ohne auf den Verkehr zu achten, und vom Fahrzeug des Beschwerdeführers 2 erfasst worden, ohne dass diesem ein Fehlverhalten vorgeworfen werden könne (OG act. 45 S. 14 Erw. 5.3.2 und S. 19 f. Erw. 5.4.2). Ihre Haftpflicht sei deshalb auszuschliessen (OG act. 45 S. 5 Erw. 2.3, S. 13 Erw. 5.2). Die Beschwerdegegnerin macht demgegenüber geltend, es treffe sie kein grobes Verschulden am Unfall (OG act. 45 S. 6 Erw. 3.1). Der Beschwerdeführer 2 habe seine Geschwindigkeit nicht den Verhältnissen angepasst gehabt, weshalb ihn ein Verschulden an der Kollision treffe (OG act. 45 S. 18). Deshalb hafteten die Beschwerdeführer für die Unfallfolgen (OG act. 45 S. 5 Erw. 2.3, S. 13 Erw. 5.2).

2. Mit Eingabe vom 16./18. Dezember 2004 reichte die Beschwerdegegnerin (zusammen mit ihren Eltern, welche mittlerweile aus dem Prozess ausgeschieden sind) beim Bezirksgericht ____ eine (Teil-)Klage gegen die Beschwerdeführer ein. Damit beantragte sie (unter Vorbehalt eines Nachklagerechts), die Beschwerdeführer seien zu verpflichten, ihr eine Genugtuung von Fr. 80'000.-- und Schadenersatzbeträge von Fr. 9'131.60 und Fr. 2'177.50, je zuzüglich Zins, zu bezahlen und die Friedensrichterkosten zu ersetzen (BG act. 2 S. 2). Die Beschwerdeführer beantragten mit ihrer Klageantwort die Abweisung der Klage (BG act. 11 S. 2). Darauf beschloss das Bezirksgericht, Akten der Bezirksanwaltschaft ____ und der Sicherheitskommission ____ beizuziehen und anlässlich der mündlichen Replik/Duplik zwei Zeugen einzuvernehmen (BG act. 13). An der Fortsetzung der Hauptverhandlung wurden diese beiden Zeugen einvernommen (BG Prot. S. 4 - 25) und die Beschwerdegegnerin und der Beschwerdeführer 2 persönlich befragt (BG Prot. S. 25 - 32). Im Anschluss an diese Einvernahmen erstattete der Vertreter

der Beschwerdegegnerin die Replik (BG Prot. S. 32 f. und BG act. 26), während den Beschwerdeführern Frist zur schriftlichen Duplik angesetzt wurde (BG Prot. S. 33). Nach Eingang derselben (BG act. 36) wies das Bezirksgericht ohne Durchführung eines weiteren Beweisverfahrens, insbesondere ohne Beweisauftragbeschluss, die Klage mit Urteil vom 20. Dezember 2005 ab (BG act. 38 = OG act. 45).

3. Gegen dieses erstinstanzliche Urteil erklärte die Beschwerdegegnerin Berufung und beantragte damit, das bezirksgerichtliche Urteil sei aufzuheben und die Sache an das Bezirksgericht zurückzuweisen (BG act. 40 = OG act. 46). Mit Schreiben vom 22. Februar 2006 wies der Referent der Vorinstanz - II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich - die Parteien darauf hin, dass die Rückweisung der Sache an die Erstinstanz wohl voraussehbar sei, da diese Beweiswürdigung "betrieben" habe, ohne zuvor einen Beweisauftragbeschluss erlassen zu haben. Er präsentierte den Parteien die Möglichkeit, der Berufungsinstanz den übereinstimmenden Antrag zu stellen, die Sache ohne Durchführung eines Schriftenwechsel vor Vorinstanz unter Aufhebung des Urteils vom 20. Dezember 2005 an die Erstinstanz zurückzuweisen zwecks Eröffnung eines förmlichen Beweisverfahrens im Sinne von § 136 ZPO sowie zu neuem Entscheid. Bei Vorliegen einer solchen Erklärung könnte - so der vorinstanzliche Referent - der Rückweisungsentscheid sofort ergehen, und das erstinstanzliche Verfahren könnte wenigstens sogleich seinen Fortgang nehmen (OG act. 48). Am 9. März 2006 teilte die Beschwerdegegnerin der Vorinstanz ihr Einverständnis mit dieser Möglichkeit mit (OG act. 52 S. 3 Ziff. 3). Am 13. März 2006 teilten die Beschwerdeführer ihre Zustimmung zu einem entsprechenden Antrag der Beschwerdegegnerin mit (OG act. 54). Die Vorinstanz führte am 15. Mai 2006 eine Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung durch (OG Prot. S. 5). Anlässlich derselben einigten sich die Parteien auf eine "Basis-Genugtuung" von Fr. 120'000.-- nebst Zins zu 5 % seit 5. Juli 2000 für den Fall einer Haftung der Beschwerdeführer. In den übrigen Punkten kam es zu keinem Vergleich zwischen den Parteien des Beschwerdeverfahrens (OG Prot. S. 6).

4. Am 22. Mai 2006 erliess die Vorinstanz einen Beweisaufgabebeschluss (OG act. 59 = KG act. 2). In der Begründung dazu erwog sie, entgegen dem ursprünglichen Plan des obergerichtlichen Referenten rechtfertige es sich, auf eine Rückweisung der Sache an die Erstinstanz zu verzichten und das von dieser unterlassene förmliche Beweisverfahren vor zweiter Instanz nachzuholen. Sobald die Akten in diesem Sinne vervollständigt sein würden, werde der Beschwerdegegnerin Frist zur förmlichen Begründung ihrer Berufung anzusetzen sein (KG act. 2 S. 3 Ziff. III).

5. Gegen diesen Beschluss erhoben die Beschwerdeführer innert 30 Tagen (OG act. 60/1, KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde. Mit dieser beantragen sie die Aufhebung dieses Beschlusses, soweit er eine Beweisaufgabe beinhaltet (Dispositiv-Ziffern 2 - 5; Beschwerde KG act. 1 S. 2). Mit Präsidialverfügung vom 28. Juni 2006 wurde den Beschwerdeführern nach § 75 ZPO eine Prozesskaution von Fr. 6'000.-- auferlegt. Ferner wurde der Beschwerde hinsichtlich Dispositiv-Ziffern 2 - 5 des angefochtenen Entscheids aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 7). Innert Frist (KG act. 7, 8/1, 10) leisteten die Beschwerdeführer die Prozesskaution (KG act. 10). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 9). Die Beschwerdegegnerin beantragt mit ihrer ebenfalls rechtzeitigen (KG act. 7, 8/2, 11) Beschwerdeantwort, auf die Nichtigkeitsbeschwerde sei nicht einzutreten; eventualiter sei sie abzuweisen (KG act. 11 S. 2). Die Beschwerdeführer nahmen dazu Stellung (KG act. 14), zu dieser Stellungnahme die Beschwerdegegnerin (KG act. 17). Weitere Stellungnahmen erfolgten nicht.

II.

1. Beim angefochtenen Beweisaufgabebeschluss handelt es sich um einen prozessleitenden Beschluss. Solche dürfen nur selbständig (und nicht erst zusammen mit dem Endentscheid) angefochten werden, wenn ein schwer wiedergutzumachender Nachteil droht oder wenn damit ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Verfahren erspart werden kann (§ 282 Abs. 1 ZPO). Dass die zweitgenannte Voraussetzung (Ersparnis von Zeit oder

Kosten) erfüllt wäre, machen die Beschwerdeführer zu Recht nicht geltend. Auch die erstgenannte Voraussetzung liegt aber nicht vor:

2. Gemäss der Praxis des Kassationsgerichts ist die Anfechtung von Beweisbeschlüssen mit der Nichtigkeitsbeschwerde nur beschränkt zulässig, so etwa wenn durch den Beweisbeschluss das Privat- oder Geschäftsgeheimnis des Nichtigkeitsklägers verletzt oder über eine bestrittene Editionsspflicht entschieden wird oder wenn der Beweisbeschluss an bestimmten formellen Mängeln leidet, namentlich bei vorschriftswidriger Besetzung des Gerichts. Dagegen wird im Nichtigkeitsverfahren die materielle Begründetheit eines Beweisbeschlusses nicht selbständig überprüft. Dies ist in der Regel schon darum nicht möglich, weil Beweisbeschlüsse nicht begründet werden müssen. Dazu kommt, dass ein Beweisbeschluss bis zum Erlass des Endentscheides abgeändert werden kann; das Gericht kann auf die demselben zu Grunde liegende Auffassung zurückkommen. Erst im Endentscheid steht somit fest, welche Bedeutung dem Beweisbeschluss endgültig zukommt (ZR 95 [1996] Nr. 62 Erw. 1 mit Verweisungen, vgl. auch ZR 83 [1984] Nr. 100, RB 1982 Nr. 24, Kass.-Nr. 145/81 vom 6.7.1981 Erw. 2, Kass.-Nr. 119/82 vom 5.7.82 Erw. 2 und 3, Kass.-Nr. 94/279 vom 5.11.94 Erw. II.2 und Kass.-Nr. 96/370 vom 12.1.98 Erw. II.1).

a) Mit den Rügen, dass der rechtserhebliche Sachverhalt durch die Beweissätze nicht hinreichend erfasst worden sei (Beschwerde KG act. 1 S. 10 Ziff. 18), wenden sich die Beschwerdeführer gegen die materielle Begründetheit des angefochtenen Beweisbeschlusses. Darauf kann nach dem Gesagten nicht eingetreten werden.

b) Im Weiteren machen die Beschwerdeführer geltend, mit dem Beweisaufgabebeschluss habe die Vorinstanz die Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil bereits grundsätzlich gutgeheissen und entschieden, den Prozess nicht zur Ergänzung des Verfahrens an die Erstinstanz zurückzuweisen, sondern diese selber vorzunehmen (Beschwerde KG act. 1 S. 4 unten). Die Vorinstanz habe dadurch wesentliche Verfahrensgrundsätze im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO verletzt. Da die Erstinstanz kein förmliches Beweisverfahren durchgeführt habe, sei eine Rückweisung des Prozesses an die Erstinstanz zur Behebung des Mangels

zwingend geboten. Wenn die Vorinstanz aber den Prozess nicht an die Erstinstanz habe zurückweisen wollen, hätte sie das Berufungsverfahren in Befolgung der §§ 264 bis 268 ZPO durchführen müssen. Es sei nicht angängig, allein gestützt auf den vorläufigen Rückweisungsantrag in der Berufungserklärung über das weitere Verfahren zu entscheiden und den Beweisaufgabebeschluss zu erlassen. Wenn das Verfahren gemäss dem angefochtenen Beschluss seinen Fortgang nehme, liessen sich die beanstandeten Verfahrensmängel nicht mehr beheben. Wenn das Beweisverfahren einmal durchgeführt sei, sei eine Rückweisung an das Bezirksgericht nicht mehr denkbar. Durch die nicht korrekte Durchführung des Beweisverfahrens und durch den Verlust des Anspruchs auf Beurteilung durch zwei kantonale Instanzen mit voller Kognition drohe ein schwer wiedergutzumachender Nachteil. Auch die Missachtung der grundlegenden Bestimmungen des Berufungsverfahrens bedeute einen schwer wiedergutzumachenden Nachteil (Beschwerde KG act. 1 S. 5 f.).

aa) Zwar machen die Beschwerdeführer damit formelle Mängel geltend. Die Beschwerde richtet sich diesbezüglich gegen das prozessuale Vorgehen der Vorinstanz. Insoweit kann eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Beweisbeschluss ausnahmsweise zulässig sein (ZR 95 Nr. 62 Erw. 1, RB 1982 Nr. 24, Kass.-Nr. 119/82 vom 5.7.1982 Erw. 3).

bb) Die Rügen vermögen jedoch keinen schwer wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von § 282 ZPO Abs. 1 Ziff. 1 darzutun. Dass die Vorinstanz mit dem angefochtenen Beweisaufgabebeschluss die Berufung bereits grundsätzlich gutgeheissen und entschieden hätte, den Prozess zur Ergänzung des Verfahrens nicht ans Bezirksgericht zurückzuweisen, trifft nicht zu. Ebenso wenig ist eine Rückweisung an das Bezirksgericht nicht mehr denkbar, wenn das Beweisverfahren durchgeführt ist. Sowohl der vorinstanzliche Entscheid über die Berufung als auch derjenige über eine allfällige Rückweisung des Verfahrens an die Erstinstanz sind noch völlig offen. Insbesondere wird es den Beschwerdeführern möglich sein, im Rahmen ihrer Berufungsvorträge zu beantragen, die Sache an die Erstinstanz zurückzuweisen, und die Gründe dafür vorzutragen, welche sie in ihrer Nichtigkeitsbeschwerde darlegten. Der Entscheid der Vor-

instanz darüber ist offen. Es ist möglich, dass die Vorinstanz den Prozess nach durchgeführtem Berufungsverfahren an die Erstinstanz zurückweist, statt einen eigenen neuen Entscheid zu fällen (§ 270 ZPO). Dass die Vorinstanz bereits vor Eingang der Berufungsbegründung einen Beweisauflagebeschluss erliess und (anstelle der Erstinstanz; vgl. angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 3 Erw. III) ein Beweisverfahren durchführen möchte, erscheint zwar tatsächlich als sehr ungewöhnlich und verletzt eventuell tatsächlich Grundsätze des Berufungsverfahrens (wie die Beschwerdeführer auf S. 6 - 9 der Beschwerde ausführen), schliesst aber eine spätere Rückweisung des Prozesses an die Erstinstanz nicht aus und bedeutet deshalb keinen schwer wiedergutzumachenden Nachteil der Beschwerdeführer; zumal die Vorinstanz bereits vor ihrem Endentscheid jederzeit auf diesen prozessleitenden Entscheid zurückkommen und ihn abändern oder aufheben kann (vgl. ZR 95 Nr. 62 Erw. 1; § 143 ZPO).

cc) An der nach wie vor bestehenden Möglichkeit der Rückweisung des Prozesses an die Erstinstanz durch die Vorinstanz vorbei geht auch der von den Beschwerdeführern angerufene Nachteil eines Instanzenverlustes.

dd) Nicht nachvollziehbar ist die Rüge, die Verweigerung der Möglichkeit zur Stellungnahme vor dem Erlass des Beweisauflagebeschlusses bedeute einen schwer wiedergutzumachenden Nachteil (Beschwerde KG act. 1 S. 9 unten). Der angefochtene Beweisauflagebeschluss schliesst an die von den Parteien vor Erstinstanz vorgebrachten Sachdarstellungen an. Vor Erstinstanz - also vor Erlass des angefochtenen Beweisauflagebeschlusses - hatten auch die Beschwerdeführer genügend Gelegenheit zur Stellungnahme (Klageantwort, Duplik). Auch insoweit ist schon deshalb kein schwer wiedergutzumachender Nachteil durch den angefochtenen Beweisauflagebeschluss ersichtlich.

ee) Auch die Rüge, keine Gelegenheit gehabt zu haben, sich vor Erlass des angefochtenen Beschlusses zum Verfahren - Rückweisung des Prozesses oder Fortsetzung im Berufungsverfahren - zu äussern (Beschwerde KG act. 1 S. 9 unten), betrifft das Vorhandensein eines allfälligen Verfahrensmangels (Verletzung des Gehörsanspruchs), legt aber auch nicht einen schwer wiedergutzumachenden Nachteil durch den angefochtenen Beweisauflagebeschluss

dar. Die Beschwerdeführer werden im Berufungsverfahren noch Gelegenheit zur diesbezüglichen Äusserung haben, womit der behauptete Nachteil ohne weiteres wieder gutgemacht werden kann. Zwar wird, bleibt die Vorinstanz beim angefochtenen Beschluss und führt sie das damit eingeleitete Beweisverfahren weiter, zum Zeitpunkt der Äusserungsmöglichkeit der Beschwerdeführer zum Verfahren - mit ihrer Berufungsantwort - ein Teil des Prozesses, nämlich das Beweisverfahren, bereits durch die Vorinstanz durchgeführt worden sein und nicht dafür an die Erstinstanz zurückgewiesen werden können. Einerseits ist aber auch unter diesen Umständen noch eine Rückweisung (evtl. zur Vervollständigung des Beweisverfahrens, evtl. zur umfassenden Würdigung der abgenommenen Beweise und zu neuem Entscheid unter Wahrung des Instanzenzuges, wie die Beschwerdeführer geltend machen) möglich. Andererseits liegt auch darin allein noch kein Nachteil der Beschwerdeführer. Schliesslich können sie ihren diesbezüglichen angerufenen Gehörsanspruch selber wahren, beispielsweise im Rahmen eines Wiedererwägungsgesuchs.

c) Die Verletzung grundlegender Verfahrensbestimmungen, welche die Beschwerdeführer geltend machen, impliziert noch keinen schwer wiedergutzumachenden Nachteil. Dieser liegt nach den Ausführungen in der Beschwerde im Wesentlichen in der unterlassenen Rückweisung des Prozesses an die Erstinstanz. Da dies indes keineswegs definitiv, sondern offen ist, droht durch den angefochtenen Beweisaufgabebeschluss kein schwer wiedergutzumachender Nachteil. Auf die Beschwerde kann deshalb nicht eingetreten werden. Dies zeigt sich auch deutlich aus der Rüge der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe das ihr im Rahmen von § 270 ZPO zustehende Ermessen überschritten und willkürlich gehandhabt (Beschwerde KG act. 1 S. 8). Demgegenüber hat die Vorinstanz § 270 ZPO noch bei weitem nicht angewandt, sondern wird dies erst mit ihrem Berufungsentscheid tun. Erst dann wird sich herausstellen, ob sich der angefochtene Beweisbeschluss in irgendeiner Weise zum Nachteil der Beschwerdeführer auswirkt.

3. Mit dem Entscheid, dass auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht eingetreten wird, entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung. Betrifft diese

wie vorliegend eine den Parteien mit dem angefochtenen vorinstanzlichen Beschluss angesetzte Frist, setzt das Kassationsgericht den Parteien diese Frist üblicherweise neu an, wenn es die Beschwerde abweist oder darauf nicht eintritt. Im vorliegenden Fall verzichtet das Kassationsgericht jedoch ausnahmsweise darauf. Die Zulässigkeit des vorinstanzlichen Beweisauflagebeschlusses zu diesem Verfahrenszeitpunkt (in welchem noch nicht einmal der Appellantin Frist zur Stellung ihrer Berufungsanträge und deren Begründung angesetzt worden ist) erscheint als so zweifelhaft, dass es der Vorinstanz obliegt, entweder ihrerseits die Frist neu anzusetzen oder den Beschluss in Wiedererwägung zu ziehen und ggfs. vorläufig (vor Eingang der Rechtsschriften der Parteien im Berufungsverfahren) auf eine Beweisauflage zu verzichten oder den Prozess an die Erstinstanz zurückzuweisen, womit sich beide Parteien auf entsprechende vorinstanzliche Anfrage einverstanden erklärt hatten.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens den Beschwerdeführern je zur Hälfte, unter solidarischer Haftbarkeit für den gesamten Betrag, aufzuerlegen. Ferner sind die Beschwerdeführer zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen, und zwar ebenfalls je zur Hälfte unter solidarischer Haftbarkeit für den gesamten Betrag. Bei der Bemessung der Gerichtsgebühr und der Prozessentschädigung wie auch zur notwendigen Angabe in der Rechtsmittelbelehrung nach BGG ist entsprechend dem nach wie vor vollumfänglich streitigen Rechtsbegehren der Beschwerdegegnerin mit ihrer Klage (BG act. 2 S. 2 Ziff. 1) von einem Streitwert von Fr. 91'309.-- auszugehen.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 304.-- Schreibgebühren,
Fr. 247.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den Beschwerdeführern je zur Hälfte auferlegt, unter solidarischer Haftbarkeit für den gesamten Betrag.
4. Die Beschwerdeführer werden verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren je zur Hälfte eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 2'500.-- zu bezahlen, unter solidarischer Haftbarkeit für den gesamten Betrag von Fr. 2'500.--
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Obergericht des Kantons Zürich (II. Zivilkammer) und an das Bezirksgericht ____, je gegen Empfangsschein.
6. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 93 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. 91'309.--.

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

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: