



---

Kass.-Nr. AA070164/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie die juristische Sekretärin Daniela Brüscheiler

## Zirkulationsbeschluss vom 13. Februar 2008

in Sachen

**X. AG,**

Beklagte, Appellantin und Beschwerdeführerin

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

gegen

1. **E.Y.,**

2. **I.Y.,**

Kläger, Appellaten und Beschwerdegegner

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. \_\_\_\_\_

betreffend

**Grundbuchberichtigung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Oktober 2007 (LB070077/Z01)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildende (ordentliche) Grundbuchberichtigungsklage wurde im Dezember 2001 beim Bezirksgericht \_\_\_\_ (Erstinstanz) anhängig gemacht. Mit Urteil vom 4. August 2005 gelangte das Bezirksgericht zu einer teilweisen Gutheissung der Klage. Gegen dieses Urteil erhob die X. AG (Beklagte, Appellantin und Beschwerdeführerin; nachfolgend Beschwerdeführerin) Berufung. Mit Urteil vom 28. Juli 2006 kam die II. Zivilkammer des Obergerichts (Vorinstanz) zum selben Ergebnis wie zuvor die Erstinstanz. Auch sie stellte fest, dass der Kaufvertrag vom 27. Januar 1997 zwischen W. und der Beschwerdeführerin unverbindlich und demzufolge die Erbengemeinschaft W. rechtmässige Eigentümerin am Gebäude Nr. 704 mit 263 m<sup>2</sup> Gebäudegrundfläche, Hofraum und Garten sei. Weiter wurde das Grundbuchamt \_\_\_\_ angewiesen, den Vollzug der Mutation Nr. 427 gemäss Grundbuchanmeldung vom 27. Januar 1997 rückgängig zu machen (OG act. 102).

2. Die gegen das Urteil der II. Zivilkammer erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde mit Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts vom 4. September 2007 gutgeheissen, das Urteil vom 28. Juli 2006 wurde aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen. Zudem wurde vom Parteiwechsel auf Seiten des Klägers und Beschwerdegegners (Z.) Vormerk genommen und im Rubrum an dessen Stelle E.Y. und I.Y. aufgenommen (OG act. 103 S. 16 f.). Das hiesige Gericht begründete seinen Entscheid damit, dass das vorinstanzliche Vorgehen nicht mit den §§ 133 und 136 ZPO vereinbar sei, wonach über erhebliche streitige Tatsachen Beweis zu erheben und ein förmliches Beweisverfahren zu eröffnen sei (OG act. 103 S. 14 f.).

3. Am 10. Oktober 2007 fasste die II. Zivilkammer des Obergerichts einen Beweisaufgabebeschluss (OG act. 104 bzw. KG act. 2). Gegen diesen Beschluss erhob die Beschwerdeführerin rechtzeitig (§ 287 ZPO) kantonale Nichtigkeitsbe-

schwerde mit dem Antrag, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben (KG act. 1 S. 2).

Die der Beschwerdeführerin mit Präsidialverfügung vom 26. Oktober 2007 auferlegte Prozesskaution wurde fristgemäss geleistet (KG act. 10). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung, die Beschwerdegegner haben auf Beantwortung der Beschwerde verzichtet (KG act. 9 und 11).

## 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).

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).

3. a) Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, die Vorinstanz habe sich nicht an den Rückweisungsentscheid des Kassationsgerichts gehalten und verkenne entsprechend, dass und welche Behauptungen bereits genügend substantiiert in den Prozess eingebracht worden seien (KG act. 1 S. 6 ff.), wendet sie sich gegen den Inhalt des Beweisauflagebeschlusses und damit gegen dessen materielle Begründetheit. Darauf kann nach dem Gesagten nicht eingetreten werden. Daran ändert nichts, dass die Beschwerdeführerin darlegt, der Grundsatz, dass die untere Instanz bei Rückweisungen an die Rechtsauffassung gebunden sei, welche dem Rückweisungsentscheid zugrunde liege, sei formeller Natur (KG act. 1 S. 3). Der Begriff des formellen Mangels ist, wie durch das vorerwähnte Beispiel der vorschriftswidrigen Besetzung des Gerichts deutlich gemacht wird, eng auszulegen. Gemeint ist damit nicht jede Verletzung des formellen Rechts, mithin des Verfahrensrechts, sondern der für den entsprechenden Entscheid vorgesehenen Formalien, wie eben beispielsweise die Besetzung des Gerichts. Hinzu kommt im Übrigen, dass beim derzeitigen Verfahrensstand noch gar nicht feststeht, ob es beim angefochtenen Beweisauflagebeschluss bleiben wird. Eine Ergänzung ist jedenfalls nicht ausgeschlossen.

b) Im Weiteren macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe angesichts des verfassungsmässig verankerten Prinzips der doppelten Instanz das Recht, mit ihrer Sache bereits vor dem zuständigen Bezirksgericht vollständig gehört zu werden, mithin hätte das Obergericht das Verfahren zur Durchführung des Beweisverfahrens an das Bezirksgericht zurückweisen müssen (KG act. 1 S. 4).

Ob auf dieses Vorbringen der Beschwerdeführerin eingetreten werden kann, erscheint angesichts der bereits aufgeführten Eintretensvoraussetzungen äusserst fraglich, kann jedoch vorliegend letztlich offen gelassen werden, da sich der Einwand - wie nachfolgend aufgezeigt wird - als unbegründet erweist.

Hebt das Kassationsgericht den angefochtenen Entscheid auf, wird der Prozess in die Lage zurückversetzt, in welcher er sich vor der (aufgehobenen) Ent-

scheidung befand (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., S. 527). Entsprechend hat sich das Vorgehen der Vorinstanz - nach erfolgter Rückweisung ebenso wie wenn die Vorinstanz von sich aus die Durchführung oder Ergänzung eines Beweisverfahrens für notwendig erachtet - nach den Bestimmungen über die Berufung zu richten. Nach § 270 ZPO fällt die Berufungsinstanz im Rahmen der Berufungsanträge einen neuen Endentscheid. Statt dessen kann sie das erstinstanzliche Urteil aufheben und den Prozess zur Durchführung eines Beweisverfahrens, nötigenfalls auch zur Wiederholung und Ergänzung des Hauptverfahrens, und zur Neubeurteilung an die erste Instanz zurückweisen. Aus dieser Bestimmung ist ohne Weiteres abzuleiten, dass es - auch in Fällen wie dem vorliegenden - im Ermessen der Berufungsinstanz liegt, ob sie selbst allfällige Mängel eines erstinstanzlichen Beweisverfahrens im Berufungsverfahren beseitigen will, um danach einen Sachentscheid zu fällen oder ob sie das erstinstanzliche Urteil aufhebt und den Prozess an die Vorinstanz zurückweist (vgl. auch Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 3 zu § 270 ZPO). Ein unbedingter Anspruch auf Wahrung des Instanzenzuges besteht dabei - entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin - nach der geltenden Prozessordnung nicht (vgl. Kass.-Nr. 95/465 Z, Entscheid vom 30. Dezember 1996 i.S. Sch., Erw. II.1.b; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 270 ZPO). Inwiefern der Verzicht auf die Rückweisung gegen übergeordnetes Recht verstossen würde, wird von der Beschwerdeführerin nicht dargetan und ist auch nicht ersichtlich. Soweit demnach die Beschwerdeführerin der Meinung ist, sie habe beim derzeitigen Verfahrensstand einen Anspruch auf Rückweisung der Sache an die Erstinstanz, trifft dies nicht zu.

Ob die Vorinstanz § 270 ZPO schliesslich zutreffend anwenden wird, kann erst beurteilt werden, wenn der Berufungsentscheid des Obergerichts vorliegt. Erst dann wird sich auch herausstellen, ob sich der angefochtene Beweisbeschluss in irgendeiner Weise zum Nachteil der Beschwerdeführerin auswirkt.

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

4. Im Hinblick auf das Gebot der Klarheit der Rechtslage und den Grundsatz der Prozessbeschleunigung ist den Parteien die von der Vorinstanz eröffnete (und erstreckte; KG act. 3) und durch die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung des erhobenen Rechtsmittels gehemmte Frist zur Nennung von Haupt- und Gegenbeweismitteln neu anzusetzen, unter der Androhung, dass bei Säumnis die Beweisabnahme zum Nachteil der säumigen Partei unterbleibt.

### III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Da die Beschwerdegegner auf Einreichung einer Beschwerdeantwort verzichteten (KG act. 11) und damit praxisgemäss nicht als obsiegende Partei zu betrachten sind, sind keine Prozessentschädigungen zuzusprechen. Bei der Bemessung der Gerichtsgebühr wie auch zur notwendigen Angabe in der Rechtsmittelbelehrung nach BGG ist von einem Streitwert von Fr. 80'750.-- auszugehen (vgl. OG act. 102 S. 23).

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. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
  2. Den Parteien wird eine einmal erstreckbare Frist von 10 Tagen ab Zustellung dieses Beschlusses angesetzt, um ihre Haupt- und Gegenbeweismittel zu nennen, unter den in Dispositiv-Ziffer III. des Beschlusses der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Oktober 2007 aufgeführten Bedingungen und Androhungen.
  3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird auf Fr. 5'300.-- festgesetzt.
  4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
  5. Prozessentschädigungen werden keine 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. 80'750.--.
- Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 10. Oktober 2007 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).
- Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie das Bezirksgericht \_\_\_\_ (Proz.-Nr. CG010038), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: