



---

Kass.-Nr. AA080064/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

**Zirkulationsbeschluss vom 8. Mai 2008**

in Sachen

**X. AG,**

Klägerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin

gegen

**Z,**

Beklagte, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend

**Lastenbereinigung / unentgeltliche Prozessführung usw.**

(in der Betreibung auf Grundpfandverwertung der X. AG)

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Februar 2008 (NK080003/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

1. Am 16. November 2007 erstellte das Stadtammann- und Betreibungsamt Zürich 4 in der Betreuung Nr. 141220 eine Mitteilung des Lastenverzeichnisses betreffend das Grundstück \_\_\_\_\_strasse in Zürich mit der Beschwerdeführerin als Schuldnerin und Pfand Eigentümerin und der Beschwerdegegnerin als Gläubigerin. An 1. und 2. Pfandstelle unter der Sparte "B. Grundpfandgesicherte Forderungen" waren Forderungen der Beschwerdegegnerin über insgesamt Fr. 1'377'480.19 zuzüglich Betreibungs- und Prozesskosten aufgeführt, an 3. Pfandstelle eine Forderung von Y. über Fr. 102'637.75 (KG act. 7/2/3/2). Dated mit 5. November 2007 (offenkundig recte 5. Dezember 2007) erklärte die Beschwerdeführerin, diese Forderungen zu bestreiten. Die bei Stellung des Verwertungsbegehrens am 17. April 2007 verfallenen Jahreszinsen seien bei jedem einzelnen Schuldbrief zu hoch und nicht separat nachgewiesen. Das Gleiche gelte für die aufgeführte Kapitalschuld, bei der die Amortisationszahlungen nicht ausgewiesen seien. Bezüglich dritter Pfandstelle sei der Schuldbrief nur mit Fr. 69'156.-- belastet, da Y. Fr. 18'344.-- bereits über einkassierte Mietzinsen behalten habe. Somit sei auch der angefallene Zins nicht richtig ausgewiesen (KG act. 7/2/3/7). Am 6. Dezember 2007 setzte das Betreibungsamt der Beschwerdeführerin Frist an, um beim Gericht der gelegenen Sache (Bezirksgericht Zürich) Klage auf Aberkennung des Anspruchs im Lastenverzeichnis "gegen den/die erwähnte/-n Forderungsgläubiger/-in" einzureichen. Als Forderungsgläubigerin war ausschliesslich die Beschwerdegegnerin aufgeführt (KG act. 7/2/3/6). Am 24. Dezember 2007 reichte die Beschwerdeführerin beim Bezirksgericht Zürich eine Klage betreffend Aberkennung eines Anspruchs im Lastenverzeichnis gegen die Beschwerdegegnerin ein. In der Begründung wiederholte sie die bereits in der Eingabe vom (recte) 5. Dezember 2007 aufgeführten Behauptungen. Zudem sei "das durch die dritte Pfandstelle gedeckte Darlehen nie abgemahnt noch gekündigt" worden, weshalb eine Verwertung zum heutigen Zeitpunkt nicht möglich sei. Der Streitwert betrage Fr. 481'346.-- (KG act. 7/2/2).

2. Mit Beschluss vom 8. Januar 2008 überwies das Bezirksgericht Zürich die "Aberkennungsklage" zuständigkeitshalber an den Einzelrichter im beschleunig-

ten Verfahren am Bezirksgericht Zürich (KG act. 7/2/1 S. 3 Erw. 3 und S. 4 Dispositiv Ziffer 2). Der Einzelrichter stellte fest, dass die Beschwerdeführerin der Bezirksgerichtskasse aus einem früheren Verfahren noch Kosten schulde, und setzte ihr mit Verfügung vom 15. Januar 2008 Frist zur Leistung einer gemäss § 73 Ziff. 4 ZPO auferlegten Prozesskaution von Fr. 25'000.-- an (KG act. 7/2/4). Gegen diese Verfügung reichte die Beschwerdeführerin einen Rekurs an das Obergericht des Kantons Zürich ein und beantragte, die einzelrichterliche Verfügung sei aufzuheben. In der Begründung machte sie im Wesentlichen geltend, sie erfülle die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (KG act. 7/1/1). Mit Beschluss vom 28. Februar 2008 wies das Obergericht (II. Zivilkammer) den Rekurs und das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Verfahren in der Sache ab und setzte ihr die Frist zur Leistung der Kautionsauflage von Fr. 25'000.-- neu an (KG act. 2).

3. Innert Frist (KG act. 7/1/13/1, KG act. 1) reichte die Beschwerdeführerin eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 28. Februar 2008 ein. Sie beantragt die Aufhebung dieses Beschlusses und der Kautionsauflage. In prozessualer Hinsicht ersucht sie um Gewährung der aufschiebenden Wirkung (Beschwerde KG act. 1 S. 2). Mit Schreiben vom 15. April 2008 wurde den Parteien und den Vorinstanzen Kenntnis von der Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde gegeben (KG act. 5). Da sich diese sofort als unbegründet erweist (nachfolgend Erw. 6 - 8), kann - nach bereits erfolgtem Beizug der vorinstanzlichen Akten - von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, der Beschwerdegegnerin Gelegenheit zur Beantwortung und der Vorinstanz zur Vernehmlassung zu geben (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 2 zu § 289).

4. Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin schulde unbestrittenerweise der Gerichtskasse Kosten (KG act. 2 S. 3 unten). Der Rekurs sei abzuweisen, soweit mit ihm der Grund der Kautionsauflage in Frage gestellt werde (KG act. 2 S. 4 zweiter Absatz). Die mit dem Rekurs beantragte unentgeltliche Prozess-

führung würde die Beschwerdeführerin von der Pflicht zur Leistung der Kautionsbefreiung. Juristischen Personen dürfe die unentgeltliche Prozessführung aber nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift (§ 84 Abs. 3 ZPO) nicht bewilligt werden. Es komme dazu, dass die unentgeltliche Prozessführung hinreichend günstige Aussichten für den Standpunkt der zu unterstützenden Partei voraussetze. Auch daran fehle es im Fall der Beschwerdeführerin, soweit sie die Forderung der betreibenden Gläubigerin in Frage stelle. Diese Forderung sei im Einleitungsverfahren bereinigt worden und könne nicht mehr Thema der Lastenbereinigung sein (KG act. 2 S. 4 Erw. 4).

5. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe nicht in Betracht gezogen, dass auch juristischen Personen unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden müsse, wenn wie im vorliegenden Fall ihr einziges Aktivum im Streit liege und die neben ihr und hinter ihr stehenden wirtschaftlich Beteiligten mittellos seien. Unter den wirtschaftlich Beteiligten seien die Gesellschafter, Organe und allfällige interessierte Gläubiger zu verstehen. Im vorliegenden Fall komme allein die X. AG als wirtschaftlich Beteiligte in Betracht. Diese sei mittellos. Gestützt auf Art. 29 Abs. 3 BV sei ihr die unentgeltliche Prozessführung grundsätzlich zu gewähren und dürfe § 84 Abs. 3 ZPO nicht angewendet werden. Die Verweigerung der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung durch die Vorinstanz sei willkürlich (Beschwerde KG act. 1 S. 3 f.).

6. Die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung setzt kumulativ zur Mittellosigkeit des Gesuchstellers voraus, dass der Prozess nicht als aussichtslos erscheint (§ 84 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz erachtete auch diese Voraussetzung als nicht erfüllt (KG act. 2 S. 4 letzter Absatz). Damit setzt sich die Beschwerdeführerin überhaupt nicht auseinander und weist somit keinen Nichtigkeitsgrund nach. Zwar behauptet sie, der Prozess sei keineswegs aussichtslos (Beschwerde KG act. 1 S. 4). Diese Behauptung bedeutet indes keine Auseinandersetzung mit der vorinstanzlichen Begründung, weshalb es dem Standpunkt der Beschwerdeführerin an genügenden Prozessaussichten fehle, und schon gar keinen Nachweis, dass und weshalb die vorinstanzliche Erwägung falsch sei.

7. Ist damit nach der vorinstanzlichen Feststellung, bezüglich welcher kein Nichtigkeitsgrund nachgewiesen wurde, bereits die eine kumulative Voraussetzung für die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung nicht erfüllt, kommt es nicht darauf an, ob die vorinstanzliche Feststellung bezüglich der anderen kumulativen Voraussetzung (grundsätzliche Unzulässigkeit der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung bei juristischen Personen) mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet ist. Denn auch wenn dies der Fall wäre, bliebe es zufolge Nichterfüllung der anderen kumulativen Voraussetzung beim vorinstanzlichen Ergebnis und wirkte sich deshalb ein solcher Nichtigkeitsgrund nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin aus.

8. Einen anderen Nichtigkeitsgrund (als bezüglich Unzulässigkeit der unentgeltlichen Prozessführung für juristische Personen) machte die Beschwerdeführerin nicht geltend. Ihre Beschwerde ist deshalb abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

9. Mit dem vorliegenden Entscheid ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung obsolet.

10. Ist mangels Erteilung der aufschiebenden Wirkung die in einer angefochtenen prozessleitenden Entscheidung angesetzte Frist inzwischen abgelaufen, wird der betreffenden Partei bei der Abweisung ihrer Beschwerde eine neue Frist angesetzt (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2a zu § 291). Der Beschwerdeführerin ist deshalb die Frist zur Leistung der Prozesskaution von Fr. 25'000.-- neu anzusetzen.

11. Ausgangsgemäss sind die Kosten dieses Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Dabei ist in Fällen der vorliegenden Art als Streitwert im Kassationsverfahren praxisgemäss nicht der Gesamtverfahrensstreitwert, sondern der strittige Kautionsbetrag, i.c. Fr. 25'000.--, zu veranschlagen (vgl. Kass.-Nr. AA070041 vom 11.5.2007 Erw. III). Mangels erheblichen Aufwandes ist der Beschwerdegegnerin keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

12. 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. Dabei dürfte das Bundesgericht beim Streitwert i.S. von Art. 51 Abs. 1 lit. c BGG vom Gesamtstreitwert von Fr. 481'346.-- ausgehen (KG act. 2 S. 6 Ziff. 9.b; KG act. 7/2/4 S. 2 vierter Absatz).

### **Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Der Beschwerdeführerin wird eine neue **Frist von 10 Tagen** ab Mitteilung dieses Beschlusses angesetzt, um die Prozesskaution von Fr. 25'000.-- gemäss Verfügung des Einzelrichters im beschleunigten Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 15. Januar 2008 (insbesondere auch unter der dort genannten Säumnisandrohung) zu leisten.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'500.-- und der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozess- bzw. Umtriebsentschädigungen zugesprochen.
5. 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. 481'346.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 28. Februar 2008 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.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, an den Einzelrichter im beschleunigten Verfahren am Bezirksgericht Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 4, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: