



Kass.-Nr. AA080196/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 20. April 2009

in Sachen

B,

....,

Beklagter, Appellant und Beschwerdeführer

gegen

R,

....,

Kläger, Appellat und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

Forderung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen zwei Beschlüsse der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. November 2008 (LB080082/Z02) und 15. Dezember 2008 (LB080082/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Urteil vom 22. September 2008 verpflichtete das Bezirksgericht Zürich (6. Abteilung) den Beklagten, dem Kläger Fr. 31'500.-- zuzüglich Betreuungskosten und Zins sowie Fr. 1'000.-- zuzüglich Zins zu bezahlen. Im Mehrbetrag wies es die Klage ab (BG act. 66 = OG act. 71). Gegen dieses Urteil erhob der Beklagte Berufung an das Obergericht und stellte zugleich ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung für das Berufungsverfahren (OG act. 72).

Der Präsident der II. Zivilkammer des Obergerichts setzte dem Beklagten mit Verfügung vom 30. Oktober 2008 eine Frist von 14 Tagen ab Zustellung der Verfügung an, um verschiedene in der Verfügung angeführte Unterlagen zu seiner finanziellen Lage einzureichen und sich zu seinen Prozesschancen zu äussern, insbesondere seine Angriffs- und Verteidigungsmittel zu nennen (OG act. 75). Diese Verfügung wurde dem Beklagten am 7. November 2008 zugestellt (Empfangsschein, OG act. 76/1), so dass die angesetzte Frist bis Freitag, 21. November 2008 lief.

Mit vom 21. November 2008 datierter Eingabe begründete der Beklagte sein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und reichte in Beilage verschiedene Unterlagen ein (OG act. 77 und 78/1 - 31). Der (schwer lesbare) Poststempel auf dem die Zusendung enthaltenden Briefumschlag lautet auf den 22. November 2008 (OG act. 79). Mit Beschluss vom 24. November 2008 wies das Obergericht das Gesuch des Beklagten um unentgeltliche Prozessführung ab, da dieses infolge der verspätet erfolgten Eingabe nicht ausreichend begründet und belegt sei. Mit gleichem Beschluss setzte das Obergericht dem Beklagten eine Frist von zehn Tagen ab Zustellung des Beschlusses an, um im Sinne von § 73 Ziff. 4 ZPO (weil der Beklagte aus erledigten und nicht mehr weiterziehbaren Verfahren Kosten schuldet) eine Prozesskaution von Fr. 10'000.-- zu leisten (OG act. 80 = KG act. 2/1). Dieser Beschluss wurde dem Beschwerdeführer am 28. November 2008

zugestellt (Empfangsschein, OG act. 81), so dass die angesetzte Frist bis Montag, 8. Dezember 2008 lief.

Mit Eingabe vom 8. Dezember 2008 an das Obergericht äusserte sich der Beklagte zur Frage der Rechtzeitigkeit seiner Eingabe vom 21. November 2008 und kündigte für den Fall, dass das Obergericht nicht auf seinen Entscheid betreffend unentgeltliche Prozessführung und Kautionsauflage zurückkomme, eine Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht an (OG act. 83). Das Obergericht trat mit Beschluss vom 15. Dezember 2008 wegen Nichtbezahlung der Kaution auf die Berufung nicht ein (OG act. 85 = KG act. 2/2).

2. Mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde beantragt der Beklagte die Aufhebung der beiden genannten Beschlüsse des Obergerichts vom 24. November 2008 und vom 15. Dezember 2008 (KG act. 1). Der Kläger und das Obergericht verzichten auf eine Beschwerdeantwort bzw. Vernehmlassung (KG act. 8 und 9).

II.

1. Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen wor-

den sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

2. Soweit der Beschwerdeführer seine Eingaben vom 21. November 2008 und vom 8. Dezember 2008 zu integrierenden Bestandteilen der Beschwerdebegründung erklärt, ist darauf nicht einzugehen, da die Nichtigkeitsgründe in der Beschwerdeschrift selbst nachzuweisen sind und das Kassationsgericht nicht zu prüfen hat, welche Ausführungen in Eingaben an die Vorinstanz allenfalls geeignet sein könnten, einen Nichtigkeitsgrund aufzuzeigen. Die Eingabe vom 21. November 2008 erfolgte im Übrigen vor Erlass der beiden angefochtenen Beschlüsse und kann deshalb schon in zeitlicher Hinsicht keine Auseinandersetzung mit den Erwägungen des Obergerichts darstellen. Dasselbe gilt für die Eingabe vom 8. Dezember 2008 im Hinblick auf den obergerichtlichen Beschluss vom 15. Dezember 2008.

3. Der Beschwerdeführer wies in seiner Eingabe vom 8. Dezember 2008 an das Obergericht auf die schlechte Lesbarkeit des Poststempels auf dem die vom 21. November 2008 datierte Eingabe enthaltenden Briefumschlag hin. Selbst mit einer Lupe sei das Datum des 22. November 2008 niemals sonnenklar zu erkennen. Er habe seine Eingabe am 21. November 2008 zwischen 17.00 und 18.00 Uhr bei der Sihlpost in den Briefkasten eingeworfen. Weiter forderte er das Obergericht auf, "sich einen Ruck" zu geben und die Adventszeit zu bedenken (OG act. 83 S. 1 und 2).

Das Obergericht hält in seinem Beschluss vom 15. Dezember 2008 fest, der Beschwerdeführer nenne keine Beweismittel für seine Behauptung, er habe seine Eingabe vom 21. November 2008 an diesem Tag zwischen 17.00 und 18.00 Uhr bei der Sihlpost in den Briefkasten eingeworfen, weshalb keine Weiterungen angezeigt seien. Für eine Sistierung oder Wiedererwägung des fraglichen Beschlusses

ses bestehe keine Grundlage, zumal der Beschwerdeführer hierfür selbst keine Gründe vorbringe, sondern lediglich auf die Adventszeit hinweise, während welcher gute Taten vor das Recht gestellt würden, ohne dieses zu torpedieren (KG act. 2/2 S. 2).

Der Beschwerdeführer weist darauf hin, dass ihm das Obergericht im Beschluss vom 24. November 2008 die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht als zulässiges Rechtsmittel eröffnet habe. Wenn der Beschwerdeführer von diesem Rechtsmittel Gebrauch mache, so müsse zwingend zuerst ein Entscheid des Kassationsgerichts betreffend Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung vorliegen, bevor das Obergericht beschliessen könne, dass auf die Berufung nicht eingetreten werde. Es sei willkürlich und rechtswidrig, wenn das Obergericht darauf hinweise, dass die Kautionsleistung nicht geleistet worden sei. Diese müsse noch nicht geleistet sein, zumal das Kassationsgericht in der Angelegenheit noch keinen Entscheid gefällt habe und auch nicht gefällt haben könne (KG act. 1 S. 3).

Mit der Zustellung des Beschlusses vom 24. November 2008 begann die angesetzte Frist von zehn Tagen zur Leistung der Prozesskaution zu laufen. Eine Nichtigkeitsbeschwerde hemmt die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit nicht, sofern die Kassationsinstanz nichts anderes anordnet (§ 286 Abs. 1 ZPO). Am 8. Dezember 2008, dem letzten Tag der Frist zur Leistung der Prozesskaution, war beim Kassationsgericht keine Beschwerde gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 24. November 2008 hängig, so dass sich die Frage einer solchen Erteilung der aufschiebenden Wirkung gar nicht stellte. Damit lief die Frist zur Leistung der Prozesskaution am besagten Tag ab. Soweit ist nicht zu beanstanden, dass das Obergericht mit Beschluss vom 15. Dezember 2008 wegen Nichtbezahlung der Kautionsleistung auf die Berufung nicht eintrat. Dies ist die gesetzliche Säumnisfolge gemäss § 8 Abs. 1 ZPO, wie sie auch im Beschluss vom 24. November 2008 angedroht wurde (KG act. 2/1, Dispositiv Ziff. 2 Abs. 2).

Praxisgemäss kann zusammen mit dem Beschluss (vom 15. Dezember 2008) betreffend Nichteintreten wegen Nichtbezahlen der Kautionsleistung auch noch der frühere

Beschluss (vom 24. November 2008) betreffend Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Prozessführung mit angefochten werden.

4. Der Beschwerdeführer rügt, das Obergericht sei nicht auf das Argument der Unleserlichkeit des Poststempels eingegangen, sondern habe zynisch auf den Nebensatz (in der Eingabe des Beschwerdeführers vom 8. Dezember 2008) bezüglich der Adventszeit hingewiesen resp. mit diesem argumentiert. Moralisch-christlich betrachtet sei eine solche Vorgehensweise nicht in Einklang mit dem Rechtsstaat zu bringen. Hingegen werde die Gesinnung gegenüber dem Beschwerdeführer in klarer Weise aufgezeigt, nämlich ihn nicht ernst zu nehmen und auf seine stichhaltigen Argumente nicht einzugehen. Der Beschwerdeführer stellt in der Folge die Unvorgenommenheit der mitwirkenden Obergerichter in Frage (KG act. 1 S. 3).

Der fragliche Poststempel ist in der Tat schwer zu lesen. Doch weist die zweite Ziffer im Datum klar eine waagrechte Unterlänge auf (OG act. 79). Unter den Ziffern 0 bis 9 des gebräuchlichen und hier zur Anwendung gelangten "arabischen" Zahlensystems findet sich nur eine mit waagrechtener Unterlänge: die 2. Die erste Ziffer ist ebenfalls eine 2. Somit ist erwiesen, dass der Poststempel ein Datum mit Tagesangabe 22 aufweist. Die Sendung trägt klar nicht einen auf den 21. November 2008 lautenden Poststempel. Die Annahme des Obergerichts in seinem Beschluss vom 25. November 2008, die Postsendung sei am 22. November 2008 aufgegeben worden, ist demnach nicht zu beanstanden. Zwar stellt der Beschwerdeführer in seiner Eingabe vom 8. Dezember 2008 die Behauptung auf, er habe seine Eingabe am 21. November 2008 zwischen 17.00 und 18.00 Uhr bei der Sihlpost in den Briefkasten eingeworfen (OG act. 83 S. 2, 3. Absatz). Doch nennt er, wie das Obergericht in seinem Beschluss vom 15. Dezember 2008 zutreffend feststellt, keine Beweismittel für diese Darstellung (OG act. 2/2 S. 2). Die Folgen dieser Beweislosigkeit treffen den Beschwerdeführer. Eine prozessuale Bestimmung, wonach gerichtliche Fristen in der Adventszeit nicht ebenso strikte einzuhalten seien wie während der übrigen Jahreszeiten, besteht nicht.

Entsprechend ging das Obergericht in seinem Beschluss vom 24. November zu Recht davon aus, die mit Präsidialverfügung vom 30. Oktober 2008 einverlangten

Ausführungen zur Begründung des Gesuchs um unentgeltliche Prozessführung samt Einreichung entsprechender Unterlagen seien nicht fristgerecht erfolgt. Dies führte zur Abweisung des entsprechenden Gesuchs. Dass der Beschwerdeführer dem Kanton Zürich aus früheren, nicht mehr weiterziehbaren Verfahren Kosten schuldet und damit der vom Obergericht genannte Kautionsgrund von § 73 Ziff. 4 ZPO gegeben ist, bestreitet der Beschwerdeführer nicht. Die Kautionsauflage mit obergerichtlichem Beschluss vom 24. November 2008 ist somit ebenfalls nicht zu beanstanden.

Entsprechend beruht der Nichteintretensentscheid des Obergerichts vom 15. Dezember 2008 nicht auf einem fehlerhaften prozessleitenden Beschluss.

5. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet und ist sie abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich mit Bezug auf den obergerichtlichen Beschluss vom 24. November 2008 um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist diesbezüglich 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. Mit Bezug auf den obergerichtlichen Beschluss vom 15. Dezember 2008 handelt es sich um einen Endentscheid gemäss Art. 90 BGG.

III.

Ausgangsgemäss hat der Beschwerdeführer die Kosten des Kassationsverfahrens zu tragen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Dem Beschwerdegegner ist mangels erheblichen Umtrieben keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Dem Beschwerdegegner wird für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigung 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. 32'500.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung der Beschlüsse des Obergerichtes vom 24. November 2008 und vom 15. Dezember 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, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Bezirksgericht Zürich (6. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär:

