



Kass.-Nr. AA100029/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Matthias Brunner und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 22. April 2010

in Sachen

W,

....,

Aberkennungsklägerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin

gegen

G AG,

....,

Aberkennungsbeklagte, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend

Nichteintreten

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Januar 2010 (LN090092/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Mit Verfügung vom 27. April 2009 erteilte der Audienzrichter am Bezirksgericht Y der Beschwerdegegnerin in einer Betreuung gegen die Beschwerdeführerin provisorische Rechtsöffnung für Fr. 24'114.-- und Fr. 34'764.-- jeweils zuzüglich Zins (BG act. 2). Die Beschwerdeführerin erhob mit Eingabe vom 2. Juni 2009 beim Bezirksgericht Y Klage auf Aberkennung dieser Forderungen (BG act. 1). Mit Beschluss vom 17. Juni 2009, gestützt auf § 73 Ziff. 4 ZPO, da die Beschwerdeführerin Kosten aus früheren Verfahren schulde, auferlegte das Bezirksgericht (1. Abteilung) der Beschwerdeführerin eine Prozesskaution von Fr. 7'500.- (BG act. 4). Mit Eingabe vom 3. Juli 2009 erhob die Beschwerdeführerin "Einsprache", brachte zur Begründung vor, es sei ihr nicht möglich, innerhalb von zehn Tagen Fr. 7'500.-- zu überweisen, und beantragte eine Reduktion der Kautions (BG act. 6). Das Bezirksgericht nahm der Beschwerdeführerin mit Beschluss vom 10. Juli 2009 die Frist zur Leistung der Kautions einstweilen ab und setzte ihr Frist an, um mitzuteilen, ob es sich bei ihrer "Einsprache" um ein Gesuch um Ratenzahlung der Prozesskaution oder um ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege handle. In den Erwägungen dieses Beschlusses stellte das Bezirksgericht der Beschwerdeführerin in Aussicht, dass es im Fall der Bewilligung von Ratenzahlungen angesichts des Streitwert von Fr. 60'000.-- bei der auferlegten Prozesskaution von Fr. 7'500.-- bleiben werde und die Beschwerdeführerin diese in drei Monatsraten à Fr. 2'500.-- zu bezahlen haben werde (BG act. 7 S. 2 Erw. 3). Die Beschwerdeführerin beantragte hierauf, mit Eingabe vom 14. August 2009 "die Variante Ratenzahlung" (BG act. 9). Das Bezirksgericht verpflichtete in der Folge, mit Beschluss vom 18. August 2009, die Beschwerdeführerin zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 7'500.-- zahlbar in drei Raten à Fr. 2'500.-- bis 30. September 2009, 31. Oktober 2009 und 30. November 2009. Es bestimmte weiter, gerate die Beschwerdeführerin mit einer Rate in Verzug, werde auf das Ende des Folgemonats der gesamte Kautionsbetrag fällig, unter der Androhung, dass bei Säumnis auf die Klage nicht eingetreten werde (BG act. 10).

Nachdem die Beschwerdeführerin keine Kautionsleistungen erbracht hatte (vgl. Aktennotiz vom 23. November 2009, BG act. 21), trat das Bezirksgericht auf die

Aberkennungsklage nicht ein und erklärte die vom Audienzrichter erteilte provisorische Rechtsöffnung als definitiv (BG act. 13 = OG act. 3). Gegen diesen Beschluss erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 23. Dezember 2009 Rekurs beim Obergericht (OG act. 2).

Das Obergericht (I. Zivilkammer) wies mit Beschluss vom 28. Januar 2010 den Rekurs der Beschwerdeführerin ab (OG act. 7 = KG act. 2). Dieser Beschluss wurde der Beschwerdeführerin am 3. Februar 2010 zugestellt (OG act. 8/1). Mit Eingabe vom 3. März 2010 an das Kassationsgericht erhob die Beschwerdeführerin fristgerecht Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1).

2. Das Obergericht hält im angefochtenen Beschluss fest, nichts zu ihren Gunsten ableiten könne die Beschwerdeführerin, wenn sie die Nichtbezahlung der Prozesskaution mit ihrem wiederholten Kranksein (Grippe) im Jahr 2009, zuletzt im August, im November und im Dezember, begründe (OG act. 2 S. 1). Aus ihren Ausführungen könne nicht annähernd entnommen werden, wie lange die Beschwerdeführerin jeweils krank gewesen sei. Auch reiche sie keine sachdienlichen Unterlagen wie z.B. Arztzeugnisse ins Recht, welche ihre Behauptung untermauern würden. Ferner sei sie darauf hinzuweisen, dass sie die Ratenzahlungen bis 30. September 2009 bzw. bis 31. Oktober 2009 und damit in einem Zeitraum, indem sie nach eigenen Aussagen nicht krank gewesen sei, hätte leisten müssen. Zudem wäre ihr geltend gemachter Hinderungsgrund - selbst wenn er belegt wäre - nicht geeignet, ihr Versäumen der Bezahlung der Prozesskaution zu rechtfertigen, mache sie doch selbst nicht geltend, sie sei während jeweils einem Monat oder gar von August bis und mit Ende Dezember 2009 krank gewesen. Im Übrigen wäre es ihr darüber hinaus möglich und zumutbar gewesen, einen Vertreter zu ermächtigen, welcher die Kautionspflicht für sie mittels Fristerstreckungsgesuch an das Bezirksgericht (samt Arztzeugnis) hätte wahren können. Das Bezirksgericht habe entsprechend der im Beschluss vom 18. August 2009 enthaltenen und vom Gesetz so vorgesehenen (§ 80 Abs. 1 ZPO) Androhung richtig entschieden. Der Rekurs sei daher abzuweisen und der angefochtene Beschluss des Bezirksgerichts vom 4. Dezember 2009 zu bestätigen (KG act. 2 S. 4 f. Erw. II/3).

Die Beschwerdeführerin hält diesen Erwägungen entgegen, wenn sie in der Lage gewesen wäre, einen Stellvertreter zu "briefen" und in das Thema einzuführen, hätte sie dies auch getan. Mit einer Lungenentzündung und 39,7 Grad Fieber habe sie nichts tun können. Das Obergericht berücksichtige auch nicht, dass die Krankheit dazu geführt habe, dass sie keine Einnahmen erzielt und somit über keine Mittel verfüge. Sie sei nicht Lohnempfängerin, sondern müsse zuerst Leistungen erbringen, damit der Kunde eine Rechnung erhalte, die er dann eines Tages bezahlen werde. Es fehle also nicht an der Zeit, sondern an der Anwesenheit im Sinne von Arbeiten sowie an den Einnahmen, die verzögert gewesen seien wegen der Krankheit. Zum Arzt habe sie nicht gehen können, weil sie ihre Krankenkasse nicht habe bezahlen können. Der Entscheid des Obergerichts sei nichtig, weil auf ihre Begründungen von vornherein negativ eingegangen worden sei (KG act. 1).

3. In der Rekursbegründung vom 23. Dezember 2009 führte die Beschwerdeführerin aus, sie sei wiederholt krank gewesen, zuletzt im August, im November und im Dezember. Aktuell habe sie sich von der Grippe, bei der es bereits zwei Rückfälle gegeben habe, etwas erholt (OG act. 2 S. 1). Eine Lungenentzündung sowie 39,7 Grad Fieber erwähnte die Beschwerdeführerin nicht.

Die erste Rate wäre gemäss bezirksgerichtlichem Beschluss vom 18. August 2009 am 30. September 2009 fällig gewesen, die zweite Rate am 31. Oktober 2009 (BG act. 10, Dispositiv Ziffer 1). Das Obergericht weist darauf hin, dass die Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben zu diesen Zeitpunkten nicht krank gewesen sei (KG act. 2 S. 4 unten). Darauf geht die Beschwerdeführerin nicht ein. Selbst wenn sie wegen des krankheitsbedingtem Arbeitsausfalls im August 2009 nicht über die nötigen Einnahmen zur Bezahlung der Kautionsraten Ende September und Ende Oktober 2009 verfügt haben sollte, wäre es ihr möglich gewesen, sich zu diesen Zeitpunkten an das Bezirksgericht zu wenden und um eine Fristerstreckung zu ersuchen. Dies tat die Beschwerdeführerin nicht, oder es sind zumindest solche Bemühungen nicht aktenkundig. Um stellvertretend für eine kranke Person ein Fristerstreckungsgesuch zu stellen, bedarf es im übrigen keines grossen "Briefings" und keiner vertieften Einführung in das Thema des

Rechtsstreits. Die Begründung der Beschwerdeführerin, weshalb sie nicht zur Einreichung eines Fristerstreckungsgesuchs einen Stellvertreter bevollmächtigt habe, vermag somit nicht zu überzeugen. Letztlich ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin ihre Krankheit erst im Rekursverfahren behauptete und dabei nicht begründete, weshalb es ihr nicht möglich gewesen wäre, bereits vor Bezirksgericht, innerhalb der jeweiligen Zahlungsfristen und jedenfalls vor Erlass des Nichteintretensentscheids, ihre krankheitsbedingte Verhinderung an der Leistung der Kauti- on geltend zu machen.

Die gerügten Erwägungen des Obergerichts sind unter den aktenkundig gegebenen Umständen nicht zu beanstanden. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist abzuweisen.

4. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Mangels erheblicher Umtriebe ist der Beschwerdegegnerin keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'500.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auf-erlegt.
4. Der Beschwerdegegnerin wird für das Kassationsverfahren keine Prozess-entschädigung 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. 58'878.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des
Obergerichtes vom 28. Januar 2010 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 I. Zivilkammer des Obergerichts
des Kantons Zürich und das Bezirksgericht Y (1. Abteilung), je gegen Emp-
fangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: