



Kass.-Nr. AA060039/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Karl Spühler, Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der juristische Sekretär Christoph Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 14. Februar 2007

in Sachen

X.,

Klägerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Z.,

Beklagte, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwältin

betreffend

Sicherstellung etc.

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. Februar 2006 (NL050128/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Beschwerdeführerin ist die Tochter der Beschwerdegegnerin und Eigentümerin der Liegenschaft A. in Winterthur, einem Mehrfamilienhaus mit vier Mietwohnungen. Die Beschwerdegegnerin hat ein lebenslängliches Nutzungsrecht an dieser Liegenschaft (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 2 Erw. 1.1).

2. Mit Eingabe vom 12. Juli 2005 stellte die Beschwerdeführerin beim Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Winterthur das Begehren (neben dem Antrag auf Erlass superprovisorischer Massnahmen), die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, innert 30 Tagen seit Erlass einer entsprechenden Verfügung eine Sicherstellung in richterlich zu bestimmender Höhe, mindestens aber von Fr. 125'000.-- zu leisten. Eventualiter sei die Beschwerdeführerin zu ermächtigen, Unterhaltsarbeiten im genannten Betrag auf Kosten der Beschwerdegegnerin in Auftrag zu geben. Für den Fall der Nicht-Leistung der Sicherheit sei der Beschwerdegegnerin bis auf weiteres der Besitz an der Liegenschaft zu entziehen und eine Beistandschaft im Sinne von Art. 762 ZGB anzuordnen (ER act. 1 S. 2).

3. Mit Verfügung vom 8. September 2005 wies der Einzelrichter das Begehren vollumfänglich ab (ER act. 13). Gegen diese Verfügung reichte die Beschwerdeführerin beim Obergericht des Kantons Zürich einen Rekurs ein mit den Anträgen (neben dem Antrag auf Erlass eines Verbotes an den Bruder der Beschwerdeführerin), die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, innert dreissig Tagen seit Erlass des entsprechenden Entscheides eine Sicherstellung in richterlich zu bestimmender Höhe, mindestens aber von Fr. 125'000.-- zu leisten. Für den Fall, dass die angeordnete Sicherheit nicht innert der richterlich angeordneten Frist geleistet werde, sei der Beschwerdegegnerin bis auf weiteres der Besitz an der Liegenschaft zu entziehen und eine Beistandschaft im Sinne von Art. 762 ZGB anzuordnen (OG act. 1 S. 2).

4. Mit Beschluss vom 18. Februar 2006 wies das Obergericht, II. Zivilkammer, den Rekurs ab und bestätigte die einzelrichterliche Verfügung vom 8. September 2005 (KG act. 2). Gegen diesen Beschluss reichte die Beschwerdeführerin innert der dreissigtägigen Frist gemäss der vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 10 Ziff. 6) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein (OG act. 13/1, KG act. 1). Mit dieser beantragt sie die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung (KG act. 1 S. 2). Antragsgemäss (Beschwerde KG act. 1 S. 2) wurde der Beschwerde hinsichtlich der erst- und zweitinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 7). Die ihr nach § 75 ZPO auferlegte Prozesskaution von Fr. 5'000.-- (KG act. 7) leistete die Beschwerdeführerin innert Frist (KG act. 8/1, act. 10). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 9), die Beschwerdegegnerin auf eine Beschwerdeantwort (KG act. 11).

II.

1. Beim angefochtenen Beschluss handelt es sich um einen Rekursentscheid über ein Sicherstellungsbegehren im Sinne von Art. 760 ZGB. Gemäss § 284 Ziff. 7 ZPO ist die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Rekursentscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen nicht zulässig. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde überhaupt zulässig ist. Das Kassationsgericht hat am 22. Februar 2006 entschieden, dass unter § 284 Ziff. 7 ZPO nicht nur "klassische" vorsorgliche Massnahmen des Zivilprozessrechts zu subsumieren sind, sondern allgemein der einstweilige (provisorische) Rechtsschutz, d.h. vorsorgliche Massnahmen im (weiten) materiellen Sinne, mithin vorläufige, bloss vorübergehend geltende Anordnungen zur Sicherung und zum Schutz gefährdeter Ansprüche und Gegenstände (ZR 105 [2006] Nr. 18). Damit sind beispielsweise auch Massregeln zur Sicherung des Erbganges im Sinne von Art. 551 ff. ZGB gemeint (ZR 105 Nr. 18 S. 90 re. Sp.). Es spricht einiges dafür, dass es sich auch bei einer Sicherheit im Sinne von Art. 760 ZGB um eine solche vorsorgliche Massnahme im (weiten) materiellen Sinne handelt. Die Nichtigkeits-

beschwerde gegen den vorinstanzlichen Rekursentscheid wäre damit nicht zulässig, und auf die Beschwerde wäre nicht einzutreten.

Diese Frage braucht indes im vorliegenden Fall nicht entschieden zu werden, weil die Beschwerde ohnehin abzuweisen ist, wenn auf sie eingetreten werden kann:

2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe die richterliche Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO verletzt. Sie, die Beschwerdeführerin, habe mit ihrem Rekursantrag für den Fall der Nichtleistung der Sicherheit im Sinne von Art. 760 Abs. 1 ZGB verlangt, der Beschwerdegegnerin sei der Besitz am Nutzniessungsobjekt zu entziehen und eine Beistandschaft anzuordnen. Auf den Seiten 5 und 6 der Rekurschrift habe sie sich eingehend mit dem Einspruch im Sinne von Art. 762 ZGB auseinandergesetzt, der nur bei nicht geleisteter Sicherheit eine Rolle spiele. Damit sei zumindest unklar gewesen, ob sie nicht auch eben gerade für den Fall, dass die Rekursinstanz eine Schenkung annehme (welche nach Art. 761 ZGB einen Anspruch auf Sicherstellung ausschliesst), gewollt habe, dass dann der Beschwerdegegnerin der Besitz entzogen und eine Beistandschaft errichtet werde. Bei dieser Unklarheit hätte - so die Beschwerdeführerin - die richterliche Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO einsetzen müssen. Indem die Vorinstanz diese Bestimmung nicht angewandt (und sich deshalb gar nicht mit der Problematik des Entzuges des Besitzes und der Errichtung einer Beistandschaft auseinandergesetzt) habe, habe sie einen Nichtigkeitsgrund gesetzt (Beschwerde KG act. 1 S. 3 - 5).

a) Die richterliche Fragepflicht setzt dort ein, wo das Vorbringen einer Partei unklar, unvollständig oder unbestimmt bleibt (§ 55 ZPO). Nicht Sache des Richters - und nicht Bestandteil der richterlichen Fragepflicht - ist es aber, die Parteien danach zu fragen, ob sie andere Anträge bzw. Rechtsbegehren stellen bzw. erheben wollen (Viktor Lieber, Zur richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 der zürcherischen Zivilprozessordnung, in: Rechtsschutz, Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 161 ff., 167, mit Hinweis). Genau das postuliert aber die Beschwerdeführerin (demnach zu

Unrecht) mit ihrer Rüge. Ihre Anträge in ihrer Rekurschrift waren klar. Sie boten keinen Anlass für eine richterliche Fragepflicht. Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin beantragte die Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zu einer Sicherstellung im Sinne von Art. 760 Abs. 1 ZGB und stellte explizit einen weiterführenden Antrag "für den Fall, dass die angeordnete Sicherheit nicht innert der richterlich angeordneten Frist geleistet wird" (OG act. 1 S. 2). Für den Fall, dass ihr Antrag auf Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zur Sicherheitsleistung abgewiesen würde, stellte sie klarerweise keinen Antrag. Es bestand keine Pflicht der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin zu fragen, ob sie für diesen Fall einen anderen Antrag stellen wolle.

b) Daran ändert nichts, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Rekursbegründung vor Vorinstanz darlegte, weshalb ihrer Auffassung nach die Übertragung des Eigentums an der Liegenschaft A. in Winterthur auf sie keine Schenkung im Sinne von Art. 761 Abs. 1 ZGB gewesen sei, und dass sie sich daran anschliessend mit der Problematik eines Einspruches im Sinne von Art. 762 ZGB auseinandersetzte, worauf sie in ihrer Beschwerde verweist (Beschwerde KG act. 1 S. 3 und S. 4). Auf den Seiten 3 - 5 ihrer Rekursbegründung wandte sich die Beschwerdeführerin gegen die erstinstanzliche Erwägung, die Beschwerdegegnerin habe der Beschwerdeführerin die Liegenschaft schenkungshalber übertragen, womit die Voraussetzungen von Art. 761 Abs. 1 ZGB erfüllt seien, weshalb der Beschwerdeführerin kein Anspruch auf Sicherstellung zustehe (OG act. 1 S. 3 Ziff. II.2.1 mit Bezugnahme auf ER act. 13 S. 12 Erw. III.3). Mit ihren Ausführungen zum Einspruch des Eigentümers auf den S. 5 f. ihrer Rekursbegründung wandte sich die Beschwerdeführerin gegen die erstinstanzliche Feststellung, dass nicht geltend gemacht worden sei, es sei jemals Einspruch gegen die Art und Weise der Verwaltung der Nutzniessungssache durch die Beschwerdegegnerin erhoben worden (OG act. 1 S. 6 vor Ziff. 2.3 mit Bezugnahme auf ER act. 13 S. 15). Aus diesen Ausführungen folgt kein Widerspruch (vgl. dazu Lieber, a.a.O., S. 178) zu den Rekursanträgen (OG act. 1 S. 2) oder eine Unklarheit, wie dieselben gemeint wären. Im Gegenteil: Die Erstinstanz hielt im Zusammenhang mit der (von der Beschwerdeführerin im Rekurs beanstandeten) Feststellung des fehlenden Einspruches explizit zudem fest, dass das Begehren der Beschwerde-

führerin so formuliert sei, dass der Beschwerdegegnerin der Besitz bei Nichtleistung der Sicherheit entzogen werden solle. Da keine Sicherheit geschuldet sei, könne der Besitzesentzug auch nicht verlangt werden (ER act. 13 S. 15 Erw. V.2. a.E.). Dagegen wandte die Beschwerdeführerin in ihrer Rekursbegründung nichts ein. Insbesondere machte sie nicht geltend, ihr Begehren - das diesbezüglich vor Vorinstanz gleich formuliert wurde wie vor Erstinstanz (vgl. OG act. 1 S. 2 mit ER act. 1 S. 2) - sei im Gegensatz zur erstinstanzlichen Erwägung (und im Gegensatz zur Formulierung ihres Rechtsbegehrens: "... für den Fall der Nicht-Leistung der Sicherheit"; ER act. 1 S. 2, OG act. 1 S. 2) so zu verstehen, dass der Beschwerdegegnerin der Besitz nicht nur bei Nichtleistung der Sicherheit, sondern auch unabhängig von einer Sicherheitsleistung (deswegen, weil die Beschwerdegegnerin im Sinne von Art. 762 zweiter Teil ZGB trotz Einspruchs nicht von einem widerrechtlichen Gebrauch der Sache ablasse) entzogen werden solle. Umso weniger hatte die Vorinstanz Anlass zur Frage, ob die Beschwerdeführerin trotz ihrer klaren Formulierung der Rekursanträge und entgegen dem expliziten erstinstanzlichen Verständnis des Rechtsbegehrens vielleicht doch auch so etwas gemeint haben könnte. Hatte die Vorinstanz keinen Anlass zu einer solchen Frage, hatte sie keine entsprechende Fragepflicht.

c) Schliesslich müsste die durch Ausübung der Fragepflicht zu vervollständigende Behauptung (bzw. ein zu vervollständigender Antrag) *prozessrechtskonform* erfolgt sein (Lieber, a.a.O., S. 167 lit. b). Vor Erstinstanz stellte die Beschwerdeführerin keinen Antrag, der Beschwerdegegnerin sei unabhängig von der Nicht-Leistung der beantragten Sicherheit bzw. auch im Fall, dass der Antrag auf Verpflichtung zur Leistung einer Sicherstellung abgewiesen werden sollte, der Besitz zu entziehen und eine Beistandschaft anzuordnen. Gegen die entsprechende erstinstanzliche Feststellung (ER act. 13 S. 15 Erw. V.2) wandte die Beschwerdeführerin nichts ein. Ein solcher Antrag vor Vorinstanz wäre deshalb neu gewesen. Neue Rechtsbegehren sind aber im Rekursverfahren (von einer vorliegend nicht relevanten Ausnahme [§ 200 ZPO] abgesehen) ausgeschlossen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 2 zu § 276 mit Verweisungen). Ein solcher Antrag der Beschwerdeführerin im Rekursverfahren wäre mithin nicht prozessrechtskonform

gewesen. Auch deshalb hatte die Vorinstanz nicht nachzufragen, ob die Beschwerdeführerin allenfalls einen solchen Antrag stellen wollte.

3. Die Rüge der Verletzung der richterlichen Fragepflicht geht somit fehl. Einen anderen Nichtigkeitsgrund macht die Beschwerdeführerin nicht geltend. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist abzuweisen, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die ihr verliehene aufschiebende Wirkung.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten der Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Der Beschwerdegegnerin, die auf eine Beschwerdeantwort verzichtete, ist mangels erheblichen Aufwandes im Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'800.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 197.-- Schreibgebühren,
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen 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 erhoben werden. Der Streitwert beträgt 125'000.--.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Obergericht des Kantons Zürich (II. Zivilkammer) und an das Bezirksgericht Winterthur (Einzelrichter im summarischen Verfahren), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: