



Kass.-Nr. AA070017/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Karl Spühler, Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 6. März 2007

in Sachen

S,

...,

Aberkennungsklägerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin

gegen

G AG,

...,

Aberkennungsbeklagte, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch RA ...

betreffend

Aberkennung (Kautions)

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. Januar 2007 (NK060026/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Der Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich erteilte der Beschwerdegegnerin (Beklagten) mit Verfügung vom 30. Mai 2006 in der Betreuung Nr. 0 des Betreibungsamtes Zürich 8 definitive Rechtsöffnung für Fr. 1'000.-- sowie provisorische Rechtsöffnung für Fr. 14'632.45 nebst Arrest- und Betreuungskosten (BG act. 2/1). Die Beschwerdeführerin (Klägerin) erhob mit Eingabe vom 26. Juli 2006 beim Einzelrichter in Zivilsachen am Bezirksgericht Aberkennungsklage im Umfang der provisorischen Rechtsöffnung (ER act. 1).

Anlässlich der Hauptverhandlung vom 26. September 2006 beantragte die Beschwerdegegnerin, es sei die Beschwerdeführerin zu verpflichten, für die Gerichts- und Prozessentschädigung eine Kautions nach richterlichem Ermessen zu leisten. Sie begründete das Begehren damit, dass über die Beschwerdeführerin ein Pfändungsverlustschein bestehe. Weiter sei die Beschwerdeführerin beim Personenmeldeamt der Stadt Zürich und vermutlich überhaupt in der ganzen Schweiz nicht angemeldet und verfüge somit über keinen Wohnsitz in der Schweiz bzw. verweigere die Angabe ihres tatsächlichen Wohnsitzes (ER Prot. S. 3 und 4).

Der Einzelrichter verpflichtete in der Folge, mit Verfügung vom 29. September 2006, die Beschwerdeführerin gestützt auf § 73 Ziffern 1 und 3 ZPO (kein Wohnsitz in der Schweiz sowie Vorliegen eines Verlustscheins) und § 74 ZPO (Verheimlichter Wohnsitz), eine Prozesskaution von Fr. 5'100.-- zu leisten (ER act. 8 = OG act. 2).

Dagegen erhob die Beschwerdeführerin Rekurs beim Obergericht (OG act. 1). Dessen II. Zivilkammer wies den Rekurs mit Beschluss vom 3. Januar 2007, ohne vorgängige Einholung einer Rekursantwort, ab und setzte der Beschwerdeführerin erneut Frist an, um die Kautions zu leisten (OG act. 14 = KG act. 2).

Mit Eingabe vom 8. Februar 2007 erhob die Beschwerdeführerin Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, es sei der genannte Beschluss des Obergerichts aufzuheben und es sei durch die zuständige Instanz auf die Vorbringen des Rekurs-

ses einzugehen (KG act. 1 S. 2). Der Eingang dieser Nichtigkeitsbeschwerde wurde den Parteien, dem Obergericht und dem Einzelrichter angezeigt (KG act. 4), jedoch wurden keine Beschwerdeantwort und keine Vernehmlassung des Obergerichts eingeholt.

2. Die Beschwerdeführerin rügt, das Obergericht sei auf ihren Rekurs nicht eingetreten, denn dieser betreffe nicht die Frage der Kautionspflicht und des Wohnsitzes. Deshalb könne er sich auch nicht als unbegründet erweisen und abgewiesen werden, und es sei auch keine neue Frist zur Leistung der Kaution für das erstinstanzliche Verfahren anzusetzen. Da auf das Rekursverfahren bislang nicht eingetreten worden sei, sei die Beschwerdeführerin für dieses nicht kostenpflichtig. Ein weiterer Sachvortrag erfolge in der mündlichen Verhandlung (KG act. 1 S. 2 f.).

Das Kassationsverfahren ist schriftlich, d.h. die Nichtigkeitsbeschwerde ist schriftlich einzureichen und hat die Begründung der Anträge unter Nachweis der Nichtigkeitsgründe zu enthalten (§ 288 Ziffer 3 ZPO). Es findet somit keine mündliche Verhandlung statt und die Verweisung auf den weiteren Sachvortrag geht fehl. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist auf Grund der vorliegenden Beschwerdebegründung zu beurteilen.

Die Beschwerdeführerin beantragte in ihrer Rekurschrift unter Ziffer 1 des Rechtsbegehrens die Feststellung, dass die vom Einzelrichter im summarischen Verfahren erteilte provisorische Rechtsöffnung aufzuheben und die entsprechende Forderung abzuerkennen sei (OG act. 1 S. 1). Das Obergericht hält hierzu fest, über die Aberkennungsklage selbst habe zunächst die Vorinstanz (der Einzelrichter in Zivilsachen) zu entscheiden, bevor sich das Obergericht allenfalls damit zu befassen habe. Diesbezüglich sei auf den Rekurs nicht einzutreten (KG act. 2 S. 4 unten Erw. 5). Anfechtungsgegenstand des Rekurses ist die einzelrichterliche Verfügung vom 29. September 2006, mit welcher der Beschwerdeführerin eine Prozesskaution auferlegt wurde. Der Einzelrichter äusserte sich in der angefochtenen Verfügung nicht zum Hauptgegenstand des Verfahrens, zur Frage, ob die streitige Forderung abzuerkennen sei. Zu Recht befasst sich deshalb das Obergericht im angefochtenen Beschluss ebenfalls nicht materiell mit der Aberkennungs-

klage und tritt diesbezüglich auf den Rekurs nicht ein. Damit setzt es keinen Nichtigkeitsgrund.

Einzig Auseinandersetzung der Beschwerdeführerin mit den Erwägungen des Obergerichts zur Frage der Kautionspflicht ist die Bemerkung, als Wohnsitz gelte nach Art. 24 ZGB auch der Aufenthaltsort (KG act. 1 S. 2 unten). Gemäss § 74 ZPO besteht Kautionspflicht bei Weigerung einer Partei, dem Gericht ihren Wohnsitz oder Aufenthaltsort bekanntzugeben. Diese Bestimmung unterscheidet somit, was die Rechtsfolgen anbelangt, nicht zwischen Wohnsitz und Aufenthaltsort, weshalb die Verweisung auf Art. 24 ZGB ins Leere zielt. Das Obergericht hält im angefochtenen Beschluss fest, die Beschwerdeführerin habe selbst auf entsprechende Nachfrage des Einzelrichters keine Angaben zu ihrem privaten Wohnsitz gemacht. Insbesondere gebe sie auch keinen Wohnsitz in einem anderen Vertragsstaat (der Haager Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht) an. Gemäss den Angaben der Betreibungsämter Zürich 7 und 8 habe sie trotz mehreren Versuchen an keiner bekannten Adresse angetroffen werden können. Nach Auskunft des Personenmeldeamtes sei sie in der Stadt Zürich nicht angemeldet. Bei dieser Sachlage habe der Einzelrichter den Kautionsgrund von § 74 ZPO (verheimlichter Wohnsitz) zu Recht als erfüllt erachtet (KG act. 2 S. 3 f.). Auch wenn das Obergericht nicht ausdrücklich vom verheimlichten Aufenthaltsort spricht, ist dieser durch die Feststellung, gemäss Angaben der Betreibungsämter habe die Beschwerdeführerin an keiner bekannten Adresse angetroffen werden können, mitbetroffen. Ein Nichtigkeitsgrund ist in diesem Zusammenhang weder nachgewiesen noch ersichtlich.

Das Obergericht weist den Rekurs der Beschwerdeführerin ab, soweit es auf diesen eintritt. Damit unterliegt die Beschwerdeführerin im Rekursverfahren, weshalb das Obergericht ihr zu Recht die Kosten auferlegt (§ 64 Abs. 2 ZPO). Die dagegen erhobene Rüge ist unbegründet.

3. Aus den genannten Gründen ist die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann. Die Frist zur Leistung der Prozesskaution für das einzelrichterliche Verfahren ist erneut anzusetzen.

Ausgangsgemäss hat die Beschwerdeführerin die Kosten des Kassationsverfahrens zu tragen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Mangels erheblicher Umtriebe ist der Beschwerdegegnerin keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Der Klägerin wird eine Frist von 10 Tagen an Zustellung dieses Beschlusses angesetzt, um bei der Bezirksgerichtskasse Zürich für die sie allenfalls treffenden Gerichtskosten und eine allfällige Prozessentschädigung an die Gegenpartei im erstinstanzlichen Verfahren eine Prozesskaution von Fr. 5'100.- zu leisten, ansonsten auf die Klage nicht eingetreten wird.
Hinsichtlich der Modalitäten zur Leistung der Kaution gilt Dispositiv Ziffer 2 der Verfügung des Einzelrichters in Zivilsachen des Bezirkes Zürich vom 29. September 2006.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 132.-- Schreibgebühren,
Fr. 76.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
5. Der Beschwerdegegnerin wird für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigung 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 subsidiäre Verfassungsbeschwerde

gemäss Art. 113 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Ferner ist nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung) allenfalls die ordentliche Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig. Werden beide Beschwerden erhoben, sind sie in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und den Einzelrichter in Zivilsachen des Bezirkes Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: