



---

Kass.-Nr. AA080147/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie die juristische Sekretärin Michaela Sauer

## Zirkulationsbeschluss vom 24. Juli 2009

in Sachen

X. AG,

...

Klägerin, Appellantin und Beschwerdeführerin  
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Y.,

...

Beklagter, Appellat und Beschwerdegegner  
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

**Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Juli 2008 (LB070019/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Y. (Beklagter) schloss am 22. Oktober 2003 einen Leasingvertrag über einen fabrikneuen Porsche Boxster S 260 PS, Jahrgang 2003, ab. Die Laufzeit des Vertrages wurde mit 48 Monaten vereinbart und die monatlichen Leasingraten betragen Fr. 1'709.75. Lieferantin des Fahrzeuges war die A. AG in \_\_\_\_\_, Leasinggeberin die B. AG in \_\_\_\_\_ (BG act. 4/2). Mit undatiertem Schreiben hat die B. AG der X. AG (Klägerin) sämtliche Forderungen aus dem Leasingvertrag abgetreten (BG act. 12/17). Am 22. September 2004 kündigte der Beklagte den Leasingvertrag auf den nächstmöglichen Zeitpunkt (BG act. 4/4). Mit Schreiben vom 11. November 2004 stellte die X. AG dem Beklagten gestützt auf Art. 3.3 der Allgemeinen Leasingbestimmungen Auflösungskosten in Höhe von insgesamt Fr. 38'470.40 in Rechnung (BG act. 4/7).

2. Sowohl das Bezirksgericht \_\_\_\_\_ (vgl. Urteil der II. Abteilung vom 31. Januar 2007; BG act. 37) als auch das Obergericht des Kantons Zürich (vgl. Berufungsentscheid der II. Zivilkammer vom 8. Juli 2008; OG act. 73 = KG act. 2) wiesen die Klage ab.

3. a) Gegen das Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) vom 8. Juli 2008 richtet sich die vorliegende, vom 19. September 2008 datierte, gleichentags zur Post gegebene und damit rechtzeitig (vgl. § 287 ZPO und §§ 191 - 193 GVG) erhobene Nichtigkeitsbeschwerde mit folgendem Antrag (KG act. 1 S. 2):

"Das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Juli 2008 (LB070019) sei aufzuheben und das Obergericht sei anzuweisen, (1) die Berufung gutzuheissen, (2) dem Beklagten die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen, (3) der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Entschädigung zuzusprechen und (4) das Verfahren im Sinne der obergerichtlichen Erwägungen zu Art. 7 KKG und Art. 8 KKG zur Beurteilung an das Bezirksgericht \_\_\_\_\_ zurückzuweisen. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten".

b) Mit Präsidialverfügung vom 24. September 2008 wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (KG act. 5). Die der Klägerin (fortan Beschwerdeführerin) auferlegte Prozesskaution von Fr. 8'200.– ging fristgerecht ein (KG act. 11). Die Vorinstanz verzichtete ausdrücklich auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 10). Mit seiner Beschwerdeantwort vom 27. Oktober 2008 beantragt der Beklagte (fortan Beschwerdegegner) die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 14 S. 1). Diese Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zugestellt (KG act. 15).

## II.

1. a) Bevor im Einzelnen auf die in der Beschwerdeschrift erhobenen Rügen eingegangen wird, ist auf die besondere Natur des Beschwerdeverfahrens hinzuweisen. Dieses stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter (mit umfassender Prüfungsbefugnis und Prüfungspflicht der Rechtsmittelinstanz bezüglich des gesamten Prozessstoffes sowohl in rechtlicher wie auch tatsächlicher Hinsicht) dar. Zu prüfen ist vielmehr (allein), ob der mit der Beschwerde angefochtene Entscheid aufgrund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 - 3 ZPO leidet. Dabei muss der Nichtigkeitskläger den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO), wobei neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren (selbst bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 115 ZPO) nicht zulässig sind (sog. Novenverbot; vgl. Frank/ Sträuli/ Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4a zu § 288 [und N 7b zu § 115]); gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft (sog. Rügeprinzip).

b) Im hängigen Nichtigkeitsverfahren reichte die Beschwerdeführerin zusammen mit ihrer Beschwerdeschrift verschiedene Beilagen ein (KG act. 3/2-8), die sich mit Ausnahme von Beilage 4 und 5 (KG act. 3/5 und 3/6) bereits in den (beigezogenen) Akten der Erst- und Vorinstanz befinden. Soweit die Beschwerde-

führerin mit den neu eingereichten Dokumenten eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken will, ist sie darauf hinzuweisen, dass die eingereichten Dokumente als unzulässige neue Vorbringen zu gelten haben (Novenverbot). Auf solche neu mit der Beschwerdeschrift eingereichten Belege kann folglich im Kassationsverfahren nicht weiter eingegangen werden.

2. Um den ihm obliegenden Nachweis zu erbringen, hat sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid und den darin enthaltenen, den Entscheid tragenden Erwägungen auseinander zu setzen und hierbei darzulegen, inwiefern diese mit einem Mangel im Sinne von § 281 ZPO behaftet seien. Die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen hiefür nicht. Ebenso wenig lässt sich ein Nichtigkeitsgrund rechtsgenügend dartun, indem bloss die Richtigkeit der vorinstanzlichen Auffassung in Abrede gestellt (und dieser allenfalls die eigene, abweichende Ansicht entgegengesetzt) wird. Vielmehr sind in der Beschwerdebegründung insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheids genau zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. In diesem Sinne muss beispielsweise, wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher (präzis zu nennenden) Aktenstellen willkürlich sein sollen, wobei es hiefür insbesondere nicht ausreicht, tatsächliche Annahmen der Vorinstanz bloss zu bestreiten oder der vorinstanzlichen Beweiswürdigung einfach die eigene Meinung gegenüberzustellen. Es ist mithin nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten (oder gar eines anderen möglichen) Nichtigkeitsgrundes zu suchen (einlässlich zum Ganzen von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.; Spühler/ Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f. und S. 72 f.; s.a. Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288). Soweit die Beschwerde oder einzelne der darin erhobenen Rügen diese Begründungsanforderungen nicht erfüllen, kann auf die entsprechenden Vorbringen nicht eingetreten werden.

3. Die Subsumtion unter den zutreffenden Nichtigkeitsgrund von § 281 ZPO ist Aufgabe des Gerichts; die Anrufung eines unrichtigen Nichtigkeitsgrundes schadet dem Nichtigkeitskläger daher nicht (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288).

4. Im Hinblick auf die nachfolgend zu behandelnden Rügen ist vorab auf die heute geltende Regelung der Abgrenzung der Zuständigkeiten hinzuweisen. Gemäss § 285 Abs. 1 und 2 ZPO ist die Nichtigkeitsbeschwerde nur insoweit zulässig, als nicht das Bundesgericht frei überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliegt. Der angefochtene Entscheid kann mittels Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 72 Abs. 1 BGG; vgl. auch unten Ziff. VII) und das Bundesgericht kann dabei frei prüfen, ob Bundesrecht verletzt wurde (Art. 95 lit. a BGG). Somit kann im vorliegenden Verfahren auf die Rüge der Verletzung von (formellem oder materiellem) Bundesrecht, zu welchem insbesondere auch die Vorschrift von Art. 8 ZGB (vgl. unten Ziff. V.3.b und Ziff. V.4.b) gehört, nicht eingetreten werden. Zulässig ist hingegen die Rüge der Verletzung wesentlicher (kantonalrechtlicher) Verfahrensgrundsätze (§ 281 Ziff. 1 ZPO) sowie die Rüge der willkürlichen tatsächlichen Annahme (§ 281 Ziff. 2 ZPO).

### III.

1. Bezüglich der ersten, vorliegend zu behandelnden Rüge der Beschwerdeführerin führte die Vorinstanz in ihrem Entscheid vom 8. Juli 2008 (unter anderem) aus, bei Gutheissung der Berufung sei es weitgehend dem Ermessen der Berufungsinstanz überlassen, ob sie selbst einen neuen Entscheid fälle oder das angefochtene Urteil aufhebe und den Prozess ganz oder teilweise zur Ergänzung an die Erstinstanz zurückweise (§ 270 ZPO). Eine Rückweisung sei in der Regel angezeigt, wenn die Erstinstanz auf die Klage überhaupt nicht eingetreten sei oder die Klage ohne materielle Prüfung des Anspruchs abgewiesen habe (KG act. 2 S. 9 Ziff. 5).

2. Der Beschwerdeführer rügt, dass – obwohl eigentlich aller Anlass bestanden hätte, die Problematik rund um Art. 266k OR an das Bezirksgericht \_\_\_\_\_ zurückzuweisen – das Obergericht des Kantons Zürich gemeint habe, diese Frage selbst entscheiden zu können. Trotz des gegenteiligen Antrages der Beschwerdeführerin habe sich die Vorinstanz für eine eigene Beurteilung entschieden. Gestützt auf diesen Entscheid werde die höchst schwierige, in Literatur und Praxis jahrelang umstrittene und von den Parteien auf rund 100 Seiten beleuchtete Problematik rund um Art. 266k OR von der Vorinstanz in einer Art Schnellschuss auf eineinhalb Seiten Erwägungen und somit nicht angemessen abgehandelt (KG act. 1 S. 4 Ziff. 5).

Wenn sich das Obergericht an die Regeln über die Rückweisung bzw. Einhaltung des Instanzenzuges gehalten und die Sache nach Gutheissung der Berufung zurückgewiesen hätte, wäre es zu den Bundesrechtsverletzungen gar nie gekommen; das Bezirksgericht \_\_\_\_\_ hätte die Problematik rund um Art. 266k OR sowohl in rechtlicher wie in tatsächlicher Hinsicht von Grund auf behandeln können. Wenn ein solches (neues) bezirksgerichtliches Urteil zu Art. 266k OR dann erneut weitergezogen worden wäre, hätte das Obergericht wenigstens eine Basis gehabt, gestützt auf welche es seine reformatorische Tätigkeit hätte ausüben können. Die vom Gesetzgeber mit dem doppelten Instanzenzug vorgesehene Qualitätssteigerung hätte spielen und die Rechtsfrage im Interesse aller Beteiligten einer qualitativ ansprechenden Klärung zugeführt werden könne. Mit dem "Schnellschuss" vom 8. Juli 2008 der Vorinstanz seien diese, sich aus der funktionellen Zuständigkeit ergebenden Abläufe aber nicht eingehalten worden (KG act. 1 S. 5 Ziff. 7).

Das Justizsystem im Kanton Zürich beruhe darauf, dass für Streitigkeiten über Fr. 8'000.– grundsätzlich zwei Instanzen mit voller Kognition zur Verfügung stünden. Dies sei einer raschen Prozesserledigung zwar nicht immer dienlich und koste den Steuerzahler einiges. Es habe aber die wichtige Funktion, die Qualität und Akzeptanz der Rechtsprechung zu erhöhen. Der grossen Bedeutung wegen sei die Pflicht zur Einhaltung des doppelten Instanzenzuges ursprünglich sogar ausdrücklich in der Kantonsverfassung vorgeschrieben gewesen und bei

Erlass des Gerichtsverfassungsgesetzes auf Gesetzesstufe übernommen worden (§ 124 aGVG). Die Einhaltung des Instanzenzuges werde denn in der Dissertation eines langjährigen Obergerichtssekretärs auch als "Garant einer richtigen Rechtsprechung" bezeichnet (KG act. 1 S. 5 f. Ziff. 8). Die Pflicht zur Einhaltung des Instanzenzuges bringe es mit sich, dass wichtige Sach- und Rechtsfragen (im Falle eines Weiterzuges) sowohl vom Bezirks- wie vom Obergericht zu behandeln seien. Das Obergericht habe den Streit dort, wo eine wichtige Tat- oder Rechtsfrage in erster Instanz zu Unrecht nicht behandelt worden sei, zwecks Einhaltung des Instanzenzuges an das Bezirksgericht zur Neuurteilung bzw. Durchführung eines Beweisverfahrens zurückzuweisen (KG act. 1 S. 6 Ziff. 9).

Gestützt auf diese klare Ordnung des Instanzenzuges könne es kein freies Ermessen für oder wider eine Rückweisung geben. Habe das Bezirksgericht eine Tat- oder Rechtsfrage zu Unrecht nicht behandelt, fehle dem Obergericht die Grundlage für seine reformatorische Tätigkeit. Das Obergericht habe sich mit seinem Urteil vom 8. Juli 2008 ein Ermessen angemasst, das so gar nicht bestanden habe. Beide Parteien hätten das Verfahren als Pilotverfahren verstanden, um die Rechtsunsicherheit rund um Art. 266k OR gerichtlich geklärt zu bekommen. Sowohl im erst- als auch im vorinstanzlichen Verfahren hätten sie sich denn auch die Zeit genommen, um ihre Argumente umfassend darzulegen. Das Obergericht habe sich in Verkennung der Interessenlage eine gar nicht bestehende Befugnis angemasst, die noch nicht behandelte Problematik rund um Art. 266k OR an Stelle der Vorinstanz zu beurteilen. Wäre dem nicht so, hätte das Bezirksgericht \_\_\_\_\_ auf der Grundlage dieser Argumente und allfällig notwendig werdender Beweisabnahmen ein fundiertes Urteil fällen und die angestrebte Klärung herbeiführen können (KG act. 1 S. 6 f. Ziff. 10 und 11).

Zusammengefasst könne festgehalten werden, dass das zuständige Bezirksgericht wegen fehlerhafter Auslegung des Konsumkreditgesetzes hinsichtlich des Anwendungsbereiches das eigentlich Prozessthema nicht beurteilt habe; nicht einmal in einer Eventualerwägung. Dennoch habe das Obergericht den Prozess nicht an die Erstinstanz zurückgewiesen. Damit habe die Vorinstanz das Recht der Parteien auf Einhaltung des Instanzenzuges verletzt, weshalb das Ur-

teil vom 8. Juli 2008 wegen Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze bzw. Anmassung eines gar nicht bestehenden Ermessens aufzuheben sei (§ 281 Ziff. 1 ZPO).

3. a) Bei Gutheissung der Berufung ist es – entgegen der obigen Auffassung der Beschwerdeführerin und unabhängig davon, ob eine Partei einen Antrag über den Prozessgang (z.B. eben auf Rückweisung) gestellt hat oder nicht – weitgehend dem Ermessen der Berufungsinstanz überlassen, ob sie selbst einen neuen Entscheid fällt oder das angefochtene Urteil aufhebt und den Prozess ganz oder teilweise zur Ergänzung an die Vorinstanz zurückweist. Einen Prozess zurückweisen wird die Berufungsinstanz namentlich dann, wenn sich die Durchführung eines Beweisverfahrens als notwendig erweist. Aus Gründen der raschen Prozesserledigung (§ 53 ZPO) und der Kostenersparnis ist im allgemeinen von einer Rückweisung eher abzusehen, wenn der Prozess ohne wesentliche Weiterungen von der Berufungsinstanz erledigt werden kann. Ein grundsätzlicher Anspruch der Parteien auf Wahrung des Instanzenzuges besteht nach Streichung von § 124 a GVG nicht. Eine Rückweisung zur Wiederholung oder Ergänzung der Hauptverhandlung ist in der Regel angezeigt, wenn die Vorinstanz auf die Klage überhaupt nicht eingetreten ist oder die Klage ohne materielle Prüfung des Anspruchs abgewiesen hat (z.B. wegen Klageverwirkung, fehlender Sachlegitimation, usw.) oder versehentlich nicht über sämtliche Ansprüche geurteilt hat (Frank/Sträuli/ Messmer, a.a.O. N 3 ff. zu § 270; Kass.-Nr. AA070164 vom 13. Februar 2008 i.S. G., Erw. II.3.b; Kass.-Nr. 95/465, Entscheid vom 30. Dezember 1996 i.S. Sch., Erw. II.1.b, Kass.-Nr. 95/388 vom 9. April 1996 i.S. P., Erw. III.1.b).

b) Die Beschwerdeführerin rügt wie gesagt, der vom Gesetzgeber vorgesehene doppelte Instanzenzug habe nicht spielen können, obwohl das Justizsystem im Kanton Zürich darauf beruhe, dass für Streitigkeiten über Fr. 8'000.– grundsätzlich zwei Instanzen mit voller Kognition zur Verfügung stehen müssten.

Die Frage nach der von Art. 76 KV (Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005) verlangten Existenz zweier Instanzen beantwortet sich nach rein formalen Gesichtspunkten. Danach verlangt der Grundsatz der "double instance" nur, dass gegen einen erstinstanzlichen Entscheid ein (ordentliches)

Rechtsmittel zur Verfügung steht. Mit der (von der Beschwerdeführerin in casu ergriffenen) Möglichkeit, gegen einen bezirksgerichtlichen Entscheid Berufung zu erheben, ist diesem verfassungsmässigen (oder allenfalls auch bundesrechtlichen) Gebot Genüge getan. Der obergerichtliche Berufungsentscheid, der wegen der devolutiven und reformatorischen Natur der Berufung (vgl. § 270 Satz 1 ZPO) den erstinstanzlichen Massnahmeentscheid bezüglich der angefochtenen Punkte ersetzt, stellt somit in jedem Fall einen zweitinstanzlichen Entscheid dar (vgl. dazu Kass.-Nr. AA090008 vom 23. Februar 2009 i.S. P., Erw. 2.c). Demgegenüber spielt es keine Rolle, dass die Erstinstanz den Sachverhalt rechtlich anders würdigte und somit die Zweitinstanz den Sachverhalt erstmals (nicht aber als erste Instanz) unter dem Blickwinkel von Art. 266k OR abhandelte. Inwiefern dies zu einem Qualitätsverlust führte und weshalb die "Rechtsfrage im Interesse aller Beteiligten" auf diese Weise "nicht einer ansprechenden Klärung zugefügt [rechte: zugeführt] werden" konnte (KG act. 1 S. 5 Ziff. 7), ist nicht nachvollziehbar. Ebenso wenig leuchtet ein, dass der Vorinstanz dadurch, dass die Erstinstanz den Sachverhalt rechtlich anders würdigte, die Grundlage für ihre reformatorische Tätigkeit entzogen worden sei (KG act. 1 S. 6 Ziff. 10).

c) Einen Prozess zurückweisen wird die Berufungsinstanz wie gesagt namentlich dann, wenn sich die Durchführung eines Beweisverfahrens als notwendig erweist. Vorliegend war dies jedoch nicht nötig, war doch der Sachverhalt nicht (bzw. zum allergrössten Teil, vgl. aber unten Ziff. V.3 betreffend Instandstellungskosten) umstritten. Somit ist unklar, welche Beweisabnahmen das Bezirksgericht \_\_\_\_\_ nach Ansicht der Beschwerdeführerin diesbezüglich hätte vornehmen sollen [KG act. 1 S. 7 Ziff. 11]. Sodann ist hierzu anzumerken, dass auch die Berufungsinstanz neue Beweise abnehmen oder, wenn besondere Umstände es rechtfertigen, von der Vorinstanz abgenommene Beweise nochmals erheben kann (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 3 zu § 270).

d) Die Beschwerdeführerin beruft sich zur Abstützung ihrer Argumentation unter anderem auf die Seiten 11, 17, 18, 20 - 21 und 27 einer Dissertation von Ernst Hasler (Hasler, Die Rückweisung im Zivilprozess nach zürcherischem Recht, Diss. Zürich 1971). Dieser bezeichne die Einhaltung des Instanzenzuges

als Garant einer richtigen Rechtsprechung. Habe die erste Instanz eine Tat- oder Rechtsfrage zu Unrecht nicht behandelt, habe das Obergericht den Streit zwecks Einhaltung des Instanzenzuges an das Bezirksgericht zur Neuurteilung bzw. Durchführung des Beweisverfahrens zurückzuweisen (KG act. 1 S. 6 Ziff. 8 und 9).

Die genannte Dissertation datiert von 1971, mithin aus einer Zeit, in welcher das Gerichtsverfassungsgesetz vom 29. Januar 1911 (aGVG) noch in Kraft war. Gemäss dessen § 124 aGVG solle der Instanzenzug immer eingehalten werden und daher solle keine Oberbehörde auf ein Rechtsbegehren eintreten, über welches die untere Instanz noch nicht entschieden habe. Nach der Streichung von § 124 aGVG macht es keinen Sinn, sich auf die genannte Dissertation zu berufen. Allerdings führte bereits Hasler damals Folgendes aus: Es gebe Fälle, wo über die Höhe eines Schadenersatzbetrages nicht geurteilt werde, weil die Schadenersatzpflicht als solche grundsätzlich verneint werde, bzw. überhaupt gebe es jene Fälle, wo das Quantitativ nicht abgeklärt werde, weil die Forderung dem Grunde nach verneint werde. Gemäss (bzw. trotz) § 124 aGVG sei in diesen Fällen eine Rückweisung nicht möglich. Die Oberbehörde dürfe nur auf solche Rechtsbegehren nicht eintreten, in Bezug auf welche noch kein Entscheid der unteren Instanz vorliege. Bei den genannten Fällen aber liege bezüglich des Rechtsbegehrens durchaus ein Entscheid vor, da die Erstinstanz die Klage ja abgewiesen habe. Die Nichtbeurteilung lediglich einzelner Rechtsstandpunkte mache aber die Rückweisung nach § 124 aGVG nicht notwendig (Hasler, a.a.O., S. 19). Somit wäre im konkreten Fall die Rückweisung selbst unter der Herrschaft von § 124 aGVG zu verneinen gewesen. Dies ist jedoch insofern irrelevant, als ein grundsätzlicher Anspruch der Parteien auf Wahrung des Instanzenzuges unter der Herrschaft der geltenden Prozessordnung wie ausgeführt (vgl. oben lit. a) so oder so nicht mehr besteht.

4. Abschliessend ist Folgendes festzuhalten: Ob eine Rückweisung an die Vorinstanz angezeigt ist, ist eine Zweckmässigkeitsfrage (Kass.-Nr. 330/82, Entscheid vom 11. November 1983 i.S. S., Erw. 4). Wenn die zweite Instanz aufgrund der vorhandenen Unterlagen in der Sache ohne grössere Weiterungen sel-

ber entscheiden kann, wird sie dieselbe nicht an die Erstinstanz zurückweisen. Das war hier der Fall. Ein Nichtigkeitsgrund kann in diesem Vorgehen nicht gesehen werden.

#### IV.

1. Ausgangsgemäss (d.h. aufgrund der Abweisung der Klage) bestätigte die Vorinstanz die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (KG act. 2 S. 12).

2. Die Beschwerdeführerin macht eventualiter geltend, dass – wenn man ihrer Beschwerdeargumentation in der Hauptsache (vgl. oben Rüge unter Ziff. III.2) nicht folgen sollte und der Entscheid des Obergerichts vom 8. Juli 2008 (KG act. 2) nicht als Ganzes aufgehoben würde – wenigstens dessen Dispositivziffer 2 betreffend Bestätigung der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben sei. Zwar sei die Beschwerdegegnerin nicht für die unsinnige Rechtsauffassung verantwortlich, mit welcher das Bezirksgericht \_\_\_\_\_ dem eigentlichen Prozessthema rund um Art. 266k OR auszuweichen meinte. Der Beschwerdegegner habe jedoch vor Bezirksgericht noch für die Nichtanwendung des Konsumkreditgesetzes plädiert. Als die Beschwerdeführerin gegen das erstinstanzliche Urteil Berufung erhoben habe, habe der Beschwerdegegner aus vermutlich opportunistischen Gründen aber die Rechtsauffassung des Bezirksgerichts übernommen [Anmerkung des Kassationsgerichts: Dieses ging von der Anwendbarkeit des Konsumkreditgesetzes aus; vgl. BG act. 37 = OG act. 40 S. 3] und gestützt darauf auf Abweisung der Berufung plädiert. Mit der obergerichtlichen Klarstellung über die Unhaltbarkeit der bezirksgerichtlichen Rechtsauffassung sei der Beschwerdegegner demnach zusammen mit dem Bezirksgericht unterlegen.

Dadurch, dass das Obergericht trotz "inhaltlicher Gutheissung" der Berufung ohne nähere Begründung die erstinstanzlichen Kosten der Beschwerdeführerin auferlegte und diese zu einer Entschädigung an den Beschwerdegegner verpflichtet habe, habe sie das in § 64 Abs. 2 ZPO und § 68 Abs. 1 ZPO festge-

legte Prinzip der Kosten-/ Entschädigungsverteilung nach Obsiegen und Unterliegen verletzt. Dies stelle einen weiteren Nichtigkeitsgrund dar (§ 281 Ziff. 1 ZPO; KG act. 1 S. 8 Ziff. 13).

3. a) Die Beschwerdeführerin beruft sich hinsichtlich der vorinstanzlichen Bestätigung des erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsdispositivs auf den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO. Die Bestimmungen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen (§§ 64 ff. ZPO) sind jedoch nach einhelliger Ansicht und gefestigter Praxis nicht den wesentlichen Verfahrensgrundsätzen im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO, sondern dem materiellen Recht zuzuordnen (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 16 zu § 64 und N 47a zu § 281). Da die Subsumtion unter den zutreffenden Nichtigkeitsgrund von § 281 ZPO Aufgabe des Gerichts ist (vgl. oben Ziff. II.3), schadet die Anrufung eines unrichtigen Nichtigkeitsgrundes der Nichtigkeitsklägerin aber nicht.

b) Die Zuordnung der genannten Bestimmungen zum materiellen Recht hat zur Folge, dass nur unter dem beschränkten Gesichtswinkel von § 281 Ziff. 3 ZPO geprüft werden kann, ob sie missachtet wurden. Somit vermögen gerichtliche Anordnungen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen einer kassationsgerichtlichen Überprüfung nur dann nicht standzuhalten, wenn sie *klares* Recht verletzen. Dies wiederum trifft (nur) dann zu, wenn sie direkt unvertretbar erscheinen bzw. ein grober Verstoss oder Irrtum bei der Anwendung der betreffenden Vorschriften, über deren Auslegung insoweit kein begründeter Zweifel bestehen kann, vorliegt (von Rechenberg, a.a.O., S. 28; Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 51 zu § 281).

4. Davon kann in casu jedoch keine Rede sein. Der Umstand, dass die Vorinstanz die Klage aus einem anderen Grund als die Erstinstanz abwies, bedeutet entgegen der Argumentation der Beschwerdeführerin nicht, dass der Beschwerdegegner "mit der obergerichtlichen Klarstellung über die Unhaltbarkeit der bezirksgerichtlichen Rechtsauffassung zusammen mit dem Bezirksgericht unterlegen" sei. Die Berufung ist ein sogenannt vollkommenes Rechtsmittel, bei welchem die Rechtsmittelinstanz das angefochtene Urteil (im Rahmen der Rechtsmittelanträge) insgesamt, d.h. allenfalls sowohl auf richtige Tatsachenfeststellung als

auch auf richtige Rechtsanwendung zu überprüfen hat, und zwar unabhängig von Einzelrügen der Parteien und von Amtes wegen. Das heisst, die Rechtsmittelinstanz hat – wiederum im Rahmen der Berufungsanträge – den Streit einer unabhängigen neuen eigenen Beurteilung zu unterziehen (Vogel/ Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Auflage, Bern 2006, 13. Kapitel, N 32 - 34 und N 82). Die Vorinstanz hatte also als Berufungsinstanz die ihr im Rahmen der Berufung unterbreiteten Fragen aufgrund des gesamten Prozessstoffes mit umfassender Kognition zu prüfen (§§ 279 f. ZPO; vgl. Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 1 zu § 279 sowie N 1 f. zu § 280) und einen eigenen Entscheid darüber zu fällen. Sie hatte grundsätzlich nicht – wie im vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren bezüglich des vorinstanzlichen Entscheides – den erstinstanzlichen Entscheid auf Mängel zu prüfen, sondern sie hatte wie erwähnt umfassend zu prüfen, ob die Klage gutzuheissen oder abzuweisen sei. Gelangte sie dabei (wie bereits die Erstinstanz, aber aus einem andern Grund) zur Auffassung, dass die Klage abzuweisen sei, durfte sie aufgrund der Abweisung der Berufung das erstinstanzliche Urteil in dessen Ergebnis, d.h. in dessen Dispositiv, vorliegend also auch in dessen Dispositivziffern 2 - 4 (Kosten- und Entschädigungsdispositiv) bestätigen.

Die vorinstanzliche Bestätigung des erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsdispositivs entspricht somit den allgemeinen Regeln von § 64 Abs. 2 ZPO und § 68 Abs. 1 ZPO (wonach die Kosten des Verfahrens der unterliegenden Partei aufzuerlegen sind und jede Partei die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe zu entschädigen hat, wie ihr Kosten auferlegt werden). Es bestand unter den gegebenen Umständen jedenfalls kein zwingender Anlass, davon abzuweichen. Es lässt sich somit nicht ernsthaft behaupten, die Vorinstanz habe "trotz inhaltlicher Gutheissung der Berufung und ohne nähere Begründung die erstinstanzlichen Kosten der Beschwerdeführerin auferlegt und diese zu einer Entschädigung an den Beschwerdegegner verpflichtet, womit sie das in § 64 Abs. 2 ZPO und § 68 Abs. 1 ZPO festgelegte Prinzip der Kosten-/ Entschädigungsverteilung nach Obsiegen und Unterliegen verletzt habe". Die von der Vorinstanz getroffene Bestätigung des erstinstanzlichen Kosten-/ Entschädigungsdispositivs ergab sich aus der Abweisung der Berufung

und verletzt mithin kein klares materielles Recht. Damit geht die Rüge der Beschwerdeführerin fehl.

## V.

1. a) Die Beschwerdeführerin hatte vom Beschwerdegegner mit ihrem Rechtsbegehren nebst der Auflösungskosten in Form nachträglich erhöhter Leasinggebühren auch Ersatz für Instandstellungs- respektive Servicekosten (in der Höhe von Fr. 800.– bzw. Fr. 400.–) verlangt. Diesbezüglich verwies die Vorinstanz in ihrem Urteil vom 8. Juli 2008 auf die ihrer Meinung nach zutreffenden Ausführungen der Erstinstanz (KG act. 2 S. 11).

b) Die Erstinstanz ihrerseits hatte im Urteil vom 31. Januar 2007 Folgendes ausgeführt: Der Beschwerdegegner habe die Ansprüche aus der obligatorischen Vollkaskoversicherung im Leasingvertrag an die Leasinggeberin zediert. Es sei davon auszugehen, dass die geltend gemachten Instandstellungskosten von der Versicherungsdeckung erfasst würden. Die Beschwerdeführerin sei nicht zu hören mit der Behauptung, dass die Versicherung diese Kosten nicht übernommen habe. Sollte dies der Fall sein, sei sie ihrer Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen und sie könne diese Kosten nicht auf den Beschwerdegegner überwälzen. Die unbestritten gebliebenen Kosten für den Service von Fr. 400.– könnten wiederum mit der vertraglichen Kautions von Fr. 1'000.– verrechnet werden. Demnach habe die Beschwerdeführerin keine Forderung für Instandstellungs- und Servicekosten, die Klage sei auch in diesem Umfang abzuweisen (BG act. 37 = OG act. 40 S. 7).

2. Die Begründung der Vorinstanzen betreffend Servicekosten ist im vorliegenden Verfahren nicht von Interesse, denn die Beschwerdeführerin bemängelt lediglich den (ersten) Teil der Begründung, welcher die Instandstellungskosten betrifft (KG act. 1 S. 8 Ziff. 14). Die Beschwerdeführerin beanstandet die (von der Vorinstanz übernommene) erstinstanzliche Annahme, es sei davon auszugehen, dass die geltend gemachten Instandstellungskosten von der Versicherungsdeckung erfasst würden (OG act. 40 S. 7) bzw. die vorinstanzliche Annahme, dass

die Instandstellungskosten von der Vollkaskoversicherung gedeckt sein sollten (KG act. 2 S. 11).

3. a) Die Beschwerdeführerin macht unter dem Titel "Verletzung des Rechtes auf Beweis" geltend, in der Berufungsbegründung aufgezeigt zu haben, dass die bezirksgerichtlichen Annahmen über die Versicherungsdeckung völlig aus der Luft gegriffen seien. Das Bezirksgericht \_\_\_\_\_ – bzw. die hier interessierende Vorinstanz, welche die "bezirksgerichtlichen Spekulationen" übernommen habe – habe sich mit der Problematik rund um die Übernahme der Instandstellungskosten durch die Versicherung nicht auseinandergesetzt und sei einfach davon ausgegangen, dass die Instandstellungskosten von der Versicherungsdeckung erfasst würden. Es sei jedoch von Seiten des Beschwerdegegners kein Hinweis oder Beleg für die Versicherungsdeckung oder Leistungsbereitschaft der Versicherung eingereicht worden. Somit hätte darüber zuerst einmal Beweis geführt werden müssen (KG act. 1 S. 8 Ziff. 14).

b) Soweit die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe Behauptungen des Beschwerdegegners unbekümmert darum, dass sie von der Beschwerdeführerin bestritten worden sind, als richtig hingenommen oder über rechtserhebliche Tatsachen ("Übernahme der Instandstellungskosten durch die Vollkaskoversicherung") überhaupt nicht Beweis führen lassen, rügt sie eine Verletzung der allgemeinen Beweisvorschrift von Art. 8 ZGB. Mit dieser Rüge ist der grundsätzliche Anspruch auf Beweis angesprochen, welcher materiellrechtlicher Natur ist. Die Verletzung von Art. 8 ZGB ist jedoch mit dem bundesrechtlichen Rechtsmittel vor Bundesgericht zu rügen, folglich ist darauf im kantonalen Beschwerdeverfahren mit Blick auf § 285 ZPO (vgl. oben Ziff. II.4) nicht einzutreten.

4. a) Die Beschwerdeführerin rügt unter dem Titel "korrekte Beweislastverteilung" weiter, die Vorinstanz verkenne, dass es am Beschwerdegegner und nicht an der Beschwerdeführerin gelegen wäre, die Tilgung der vom Beschwerdegegner verursachten Instandstellungskosten zu beweisen (was diesem als Versicherungsnehmer dank der Police und den Zahlungsanzeigen der Versicherung ja auch leicht möglich gewesen wäre). Hinsichtlich der Versicherungsdeckung und

der fehlenden Durchsetzbarkeit wäre die entsprechende Beweislast dem Beschwerdeführer zugekommen (KG act. 1 S. 8 Ziff. 14).

b) Was diese Rüge betrifft, so ist die Beschwerdeführerin darauf hinzuweisen, dass es auch diesbezüglich Art. 8 ZGB ist, der die Beweislastverteilung regelt, und dessen Verletzung wie gesagt mit dem bundesrechtlichen Rechtsmittel vor Bundesgericht zu rügen wäre. Insoweit ist auch hier im kantonalen Beschwerdeverfahren mit Blick auf § 285 ZPO (vgl. ebenfalls oben Ziff. II.4) auf die Rüge der Beschwerdeführerin nicht einzutreten.

5. a) Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich, mit ihrer antizipierten Beweiswürdigung zu Lasten desjenigen, der nicht einmal beweisbelastet sei, habe die Vorinstanz (wie schon das Bezirksgericht) die prozessualen Grundsätze über die Abklärung strittiger Tatsachen verletzt (§ 133 ZPO, § 136 ZPO, § 140 ZPO, § 147 ZPO).

b) Zum Verhältnis von Art. 8 ZGB zu § 133 ZPO ist Folgendes auszuführen:

Das Recht der beweispflichtigen Partei, für erhebliche Behauptungen Beweis zu führen, folgt, soweit es um die Beurteilung bundesrechtlicher Ansprüche und Rechtsverhältnisse geht, aus Art. 8 ZGB. Art. 8 ZGB regelt für das Bundeszivilrecht einerseits die Beweislastverteilung und gibt andererseits der beweisbelasteten Partei einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden. Art. 8 ZGB ist daher insbesondere verletzt, wenn der kantonale Richter über rechtserhebliche Tatsachen überhaupt nicht Beweis führen lässt, obgleich er die diesbezüglichen Sachvorbringen weder als erstellt noch als widerlegt erachtet (BSK ZGB I-Schmid, Zivilgesetzbuch I, Art. 1 - 456 ZGB, 3. Auflage, Basel 2006, N 6 ff. zu Art. 8).

Auf kantonalrechtlicher Ebene wird nach § 133 ZPO (unter anderem) über erhebliche streitige Tatsachen Beweis erhoben. Das damit angesprochene Recht auf Beweisführung stellt einen Ausfluss des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) dar (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 3 zu § 56). Es

gibt der beweisbelasteten Partei ebenfalls einen Anspruch auf Abnahme (form- und fristgerecht) anerbotener Beweise zu rechtlich erheblichen, strittigen Behauptungen.

Was das Verhältnis von Art. 8 ZGB zu § 133 ZPO betrifft, ist festzuhalten, dass Art. 8 ZGB immer dann verletzt ist (und in diesem Kontext nur dann), wenn der kantonale Richter über eine für seinen Entscheid massgebliche und bestrittene Parteibehauptung überhaupt keinen Beweis führen lässt, während die Abnahme einzelner (aber nicht aller angerufenen) Beweismittel, d.h. die blosser Verkürzung der prozessualen Rechte, nicht unter Art. 8 ZGB fällt, sondern kantonales Recht bzw. Verfassungsrecht (Art. 29 Abs. 2 BV) betrifft (BSK ZGB I-Schmid, a.a.O., N 12 zu Art. 8). Soweit sich die Bestimmung von § 133 ZPO mit dem Gehalt von Art. 8 ZGB deckt, kommt ihr keine selbständige Bedeutung zu; die Verletzung des Beweisführungsanspruchs ist in diesem Fall als Verletzung von Art. 8 ZGB mit dem bundesrechtlichen Rechtsmittel vor Bundesgericht zu rügen und auf die Rüge der Verletzung von § 133 ZPO ist insoweit gemäss ständiger Rechtsprechung im kantonalen Beschwerdeverfahren mit Blick auf § 285 ZPO nicht einzutreten (ZR 95 Nr. 73, Erw. b; Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 1 vor §§ 133 ff.; zum Ganzen: Lieber, Die neuere kassationsgerichtliche Rechtsprechung zum Beweisrecht im Zivilverfahren, S. 221 ff., in: Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht, Zürich 2000, S. 224 m.H.).

c) Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe bezüglich der Frage der Deckung der Instandstellungskosten durch die Vollkaskoversicherung zu Unrecht keinen Beweis geführt und dadurch § 133 ZPO verletzt, kann nach dem Gesagten nicht Gegenstand des vorliegenden Kassationsverfahrens sein, weshalb darauf nicht eingetreten werden kann (§ 285 ZPO; vgl. auch oben Ziff. 3.b).

d) Im Übrigen könnte auf das beschwerdeführerische Vorbringen unter dem kantonalrechtlichen Aspekt von § 133 ZPO auch deshalb nicht eingetreten werden, weil die Beschwerdeführerin in der Beschwerde nicht darlegt, hinsichtlich welcher, dem angefochtenen Entscheid nicht zugrunde gelegter tatsächlicher Vorbringen (dahingehend, ob die Vollkaskoversicherung die Instandstellungskosten

ten bezahle oder eben nicht) es die Vorinstanz zu Unrecht unterlassen haben soll, ein Beweisverfahren durchzuführen, und wo (präzis zu nennende Aktenstelle) sie sich auf diese Vorbringen/ Behauptungen berufen hatte.

e) Das zusätzliche beschwerdeführerische Vorbringen der "aus der Luft gegriffenen antizipierten Beweiswürdigung" erschöpft sich überdies im Vorbringen, die Vorinstanz habe es im Zusammenhang mit der Frage der Deckung der Instandstellungskosten durch die Vollkaskoversicherung zu Unrecht unterlassen, darüber Beweis zu erheben. Denn wird der Vorinstanz vorgeworfen, überhaupt keinen Beweis geführt zu haben, kann ihr nicht gleichzeitig vorgehalten werden, nur einzelne Beweismittel abgenommen und diese antizipiert gewürdigt zu haben. Den vorstehenden Erwägungen ist deshalb nichts hinzuzufügen.

6. Abschliessend ist festzuhalten, dass auch auf die Rüge der Beschwerdeführerin betreffend Verletzung des Rechts zum Beweis bzw. Beweislastverteilung nicht einzutreten ist.

## VI.

1. Die Beschwerdeführerin dringt mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde nicht durch, soweit überhaupt darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind ihr die Kosten des Kassationsverfahrens aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO).

2. Die Beschwerdeführerin ist zu verpflichten, den Beschwerdegegner für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO). Mangels eines entsprechenden Antrags (vgl. KG act. 14 S. 1: "Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin") ist zur Prozessentschädigung kein Mehrwertsteuerzusatz hinzuzuschlagen (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006).

## VII.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Endentscheid (im Sinne von Art. 90 BGG) in einer vermögensrechtlichen Zivilsache, deren (Rechtsmittel-)Streitwert mit Fr. 43'196.30 über Fr. 30'000.– liegt (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG und Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Folglich steht gegen ihn aus den in Art. 95 ff. BGG genannten Gründen die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht offen. Ausserdem beginnt mit der Zustellung des kassationsgerichtlichen Entscheids die dreissigtägige Frist zur allfälligen Anfechtung des obergerichtlichen Berufungsurteils mittels Beschwerde ans Bundesgericht (neu) zu laufen (Art. 100 Abs. 6 BGG; siehe auch KG act. 2 S. 13, Dispositivziffer 7).

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 5'000.–.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 3'200.– zu entrichten.
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. 43'196.30.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Juli 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 sowie an die II. Abteilung des Bezirksgerichts \_\_\_\_\_ (ad CG050073), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: