



Kass.-Nr. AA080162/U/Np

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig,
die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Matthias
Brunner und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Markus
Nietlispach

Zirkulationsbeschluss vom 5. Dezember 2008

in Sachen

X. AG,

...,

Beklagte, Appellantin und Beschwerdeführerin
vertreten durch _____

gegen

Y.,

...,

Kläger, Appellat und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

betreffend

Forderung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Zivilkammer des Ober-
gerichts des Kantons Zürich vom 18. September 2008 (LA080009/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1.a) Mit Urteil vom 28. Februar 2008 verpflichtete die 4. Abteilung des Arbeitsgerichts Zürich (Erstinstanz) die Beschwerdeführerin (Beklagte und Appellantin) in teilweiser Gutheissung der am 13. März 2006 erhobenen Klage (vgl. AG act. 1), dem Beschwerdegegner (Kläger und Appellat) Fr. 78'882.60 (zuzüglich Zins) aus Vertrag zu bezahlen; zugleich beschloss sie, von der Erledigung des Prozesses hinsichtlich Ziffer 1 des klägerischen Rechtsbegehrens (betreffend berufliche Vorsorge) durch Rückzug unter Vorbehalt der Wiedereinbringung und von der Überweisung an das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Vormerk zu nehmen (AG act. 62 = OG act. 71). Gegen das erstinstanzliche Erkenntnis erklärte die Beschwerdeführerin Berufung (OG act. 72), worauf die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich am 18. September 2008 ein gleichlautendes Urteil fällte (OG act. 85 = KG act. 2).

b) Gegen dieses den Parteien am 25. September 2008 zugestellte (vgl. OG act. 86/1-2) Berufungsurteil richtet sich die vorliegende, vom 27. Oktober 2008 datierte, gleichentags zur Post gegebene und damit fristwährend eingereichte (vgl. § 287 ZPO und §§ 191-193 GVG) Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids und Abweisung der Klage (KG act. 1, insbes. S. 2, Antrag 1).

Mit Präsidialverfügung vom 28. Oktober 2008 wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (s.a. KG act. 3 und 5), der Beschwerde antragsgemäss (vgl. KG act. 1 S. 2, Antrag 2) aufschiebende Wirkung verliehen und der Beschwerdeführerin gestützt auf § 75 ZPO eine zehntägige Frist zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 9'000.-- angesetzt; letzteres unter der Androhung, dass bei Säumnis auf die Beschwerde nicht eingetreten würde (KG act. 6).

Währenddem die Vorinstanz ausdrücklich auf Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet hat (KG act. 8), wurde dem Beschwerdegegner die am 28. Oktober 2008 angesetzte Frist zur Beantwortung der Beschwerde (zufolge Nichtleistung der Kautions) mit Präsidialverfügung vom 17. November 2008 wieder

abgenommen (KG act. 10). Mit fristwahrender Eingabe vom 18. November 2008 legte der Beschwerdegegner alsdann seine durch das Kassationsverfahren verursachten Aufwendungen dar (KG act. 12 und 13).

2. Gemäss Empfangsbescheinigung (KG act. 7/1) wurde der Beschwerdeführerin die (fristansetzende) Verfügung vom 28. Oktober 2008 am 31. Oktober 2008 zugestellt. Unter Beachtung der für die Berechnung von Fristen einschlägigen Vorschriften (§§ 191-193 GVG) lief die der Beschwerdeführerin eröffnete (zehntägige) Kautionsfrist demnach am Montag, 10. November 2008 (um Mitternacht), ab. Bis zu diesem Zeitpunkt (und darüber hinaus bis zum heutigen Tag) ist die einverlangte Kautionsleistung nicht geleistet worden (vgl. KG act. 9). Da die rechtzeitige Kautionsleistung eine von Amtes wegen zu prüfende Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzung darstellt (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 4 zu § 73 ZPO), ist androhungsgemäss (vgl. KG act. 6 S. 2, Ziff. 4; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 80 ZPO) auf die Beschwerde nicht einzutreten (§ 80 Abs. 1 ZPO; s.a. Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 79; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 vor §§ 259 ff. ZPO; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 491, 496 und 504). Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

3.a) Angesichts des über Fr. 30'000.-- liegenden Streitwerts ist das vorliegende Verfahren (unabhängig von der zwischen den Parteien strittigen Rechtsnatur des anspruchsbegründenden Vertrags als Arbeitsvertrag oder Auftrag) nicht kostenlos (vgl. Art. 343 Abs. 3 OR). Vielmehr sind (auch) für das Beschwerdeverfahren Kosten zu erheben, die sich nach der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen (revidierten) GGebV vom 4. April 2007 richten (vgl. § 19 GGebV) und in einer sämtliche Kosten abdeckenden (§ 2 Abs. 3 GGebV), nach § 4 GGebV in Verbindung mit § 13 Abs. 1 und 2 GGebV zu bemessenden und gemäss § 10 Abs. 1 GGebV (analog) erheblich zu reduzierenden Gerichtsgebühr bestehen. Diese ist in Anwendung der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel (§ 64 Abs. 2 ZPO) der mit ihrem Rechtsmittelantrag unterliegenden Be-

schwerdeführerin aufzuerlegen (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 18 zu § 64 ZPO; Guldener, a.a.O., S. 406, Anm. 6/a).

b) Mit Bezug auf die Entschädigungsfrage lässt der anwaltlich vertretene Beschwerdegegner in seiner Eingabe vom 18. November 2008 (KG act. 12 und 13) geltend machen, dass ihm im Zusammenhang mit dem vorliegenden Beschwerdeverfahren Kosten (Anwaltshonorar sowie Kopier- und Portokosten) entstanden seien. Diese (glaubhaften) Aufwendungen hat die (kostenpflichtige) Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner (dem keine Kosten auferlegt werden) gemäss § 68 Abs. 1 ZPO zu ersetzen, auch wenn (zufolge Abnahme der Frist zur Beantwortung der Beschwerde) schliesslich keine Beschwerdeantwort eingereicht (und damit auch kein Antrag gestellt) wurde. Insbesondere lässt sich nicht behaupten, sie seien ohne begründete Veranlassung entstanden, nachdem dem Beschwerdegegner am 28. Oktober 2008 zunächst Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt wurde (vgl. KG act. 6) und es ihm selbstverständlich nicht zum Nachteil gereichen darf, dass die Instruktion bezüglich der Beschwerdeantwort offenbar frühzeitig in Angriff genommen wurde, so dass ihm bis zum Zeitpunkt der Fristabnahme bereits Kosten und Umtriebe erwachsen sind (s.a. ZR 87 Nr. 37). Die Beschwerdeführerin ist deshalb zu verpflichten, dem Beschwerdegegner eine unter Berücksichtigung der dargelegten Bemühungen nach Ermessen festzusetzende Prozessentschädigung auszurichten (§ 69 ZPO; s.a. Kass.-Nr. AA040188 vom 17.1.2008 i.S. G.c.M., Erw. 3/b).

4. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG in einer vermögensrechtlichen Zivilsache, deren (Rechtsmittel-)Streitwert Fr. 78'882.60 beträgt (Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG). Demzufolge steht gegen den kassationsgerichtlichen Erledigungsentscheid aus den in Art. 95 ff. BGG genannten (Rüge-)Gründen die (ordentliche) Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht offen (vgl. Art. 74 Abs. 1 BGG). Zudem beginnt nach Art. 100 Abs. 6 BGG in Fällen der vorliegenden Art mit der Zustellung des ausserordentlichen Rechtsmittelentscheids (d.h. des kassationsgerichtlichen Beschlusses) grundsätzlich auch die dreissigtägige Frist zur Anfechtung des obergerichtlichen Urteils mit Beschwerde ans Bundesgericht

(neu) zu laufen (s.a. KG act. 2 S. 22, Disp.-Ziff. 7 Abs. 2 a.E.). Ob diese Vorschrift auch dann Anwendung findet, wenn – wie hier – auf das ausserordentliche Rechtsmittel mangels Leistung der eingeforderten Prozesskaution nicht eingetreten wird, ist jedoch fraglich (vgl. BGer 4A_216/2008 vom 20.8.2008, Erw. 1.2; s.a. BGE 134 III 92 ff., Erw. 1.2 und 1.4, und dazu Rüetschi, Wann gilt Art. 100 Abs. 6 BGG?, AnwRev 2008, S. 158 ff.; Jent-Sørensen/Reiser, Kantonal-zürcherische Nichtigkeitsbeschwerde und Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht, SJZ 2008, S. 367/368) und wäre gegebenenfalls vom Bundesgericht zu entscheiden. Die den Parteien zu erteilende Rechtsmittelbelehrung steht unter diesem Vorbehalt.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 3'000.--.
3. Die Gerichtsgebühr wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 600.-- 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. 78'882.60.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichts vom 18. September 2008 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheids (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an die Beschwerdeführerin unter Beilage von KG act. 12 und 13), die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Arbeitsgericht Zürich, 4. Abteilung (Proz.-Nr. AN060226), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: