



---

Kass.-Nr. AA090010/U/Np

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Matthias Brunner und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Markus Nietlispach

## Zirkulationsbeschluss vom 17. April 2009

in Sachen

**X. AG,**

...,

Klägerin und Beschwerdeführerin

gegen

**Y. AG,**

...,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. \_\_\_\_\_

betreffend

**Forderung (Prozesskaution)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 17. Dezember 2008 (HG080218/Z04)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

1.a) Mit Einreichung der friedensrichteramtlichen Weisung vom 19. Mai 2008 (HG act. 2) und Klageschrift vom 24. September 2008 (HG act. 1) machte die X. AG als Klägerin (nachfolgend Beschwerdeführerin) gegen die Y. AG als Beklagte (im Folgenden Beschwerdegegnerin) beim Handelsgericht des Kantons Zürich (Vorinstanz) eine Forderungsklage anhängig, mit der sie von dieser die Bezahlung von Fr. 250'000.-- nebst Zins und weiteren Kosten verlangte; zugleich stellte sie das prozessuale Gesuch um Gewährung der (umfassenden) unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von §§ 84/87 ZPO bzw. Art. 29 Abs. 3 BV, welches von der Vorinstanz mit (unangefochten gebliebenem) Beschluss vom 7. Oktober 2008 unter Hinweis auf § 84 Abs. 3 ZPO abgewiesen wurde (HG act. 5). Anlässlich ihrer Eingabe vom 30. Oktober 2008 stellte die Beschwerdegegnerin den Antrag, die Beschwerdeführerin gestützt auf § 73 ZPO zu kautionsieren. Nachdem die Beschwerdeführerin hiezumit Eingabe vom 12. Dezember 2008 Stellung genommen hatte (HG act. 17), wurde ihr mit handelsgerichtlichem Beschluss vom 17. Dezember 2008 in Anwendung von § 73 Ziff. 3 ZPO eine (unter ausdrücklichem Erhöhungsvorbehalt stehende) Prozesskaution von Fr. 46'100.-- auferlegt (HG act. 20 = KG act. 2).

b) Gegen diesen ihr am 22. Dezember 2008 zugestellten (HG act. 21/1) vorinstanzlichen Beschluss erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 13. Januar 2009 rechtzeitig (vgl. § 287 ZPO und § 140 Abs. 1 GVG) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1), die sie mit ebenfalls innert laufender Beschwerdefrist eingereichter Eingabe vom 5. Februar 2009 ergänzend begründete (KG act. 11; s.a. KG act. 10). Damit verlangt sie die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und – sinngemäss – die Anweisung an die Vorinstanz, das Verfahren ohne Kautionsierung fortzusetzen (KG act. 1 S. 2).

c) Mit Präsidialverfügung vom 14. Januar 2009 wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (s.a. KG act. 5 und 9) und der Beschwerde (von Amtes wegen) aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 6). Nach Eingang der ergänzenden Beschwerdebegründung wurde der Beschwerdeführerin mit Präsidialverfügung

vom 6. Februar 2009 gestützt auf § 75 Abs. 1 ZPO eine zehntägige Frist zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 8'500.-- angesetzt (KG act. 12); dies unter der Androhung, dass bei Säumnis auf die Beschwerde nicht eingetreten würde. Zugleich wurde die Beschwerdeführerin ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ihr – als juristische Person – gemäss § 84 Abs. 3 ZPO die unentgeltliche Prozessführung nicht bewilligt werden könne, was ihr im Übrigen bereits im vorinstanzlichen Zwischenbeschluss vom 7. Oktober 2008 (HG act. 5) erörtert worden war (auf welchen in der fristansetzenden Verfügung ebenfalls hingewiesen wurde). In der Folge reichte die Beschwerdeführerin unter dem 20. Februar 2009 eine Eingabe ein, in der sie Kritik an der Kautionsauflage übt und im Wesentlichen geltend macht, dass "eigentlicher" Kläger (und damit wohl auch Beschwerdeführer) im vorliegenden Prozess nicht die X. AG, sondern ihr Alleinaktionär und Geschäftsführer Z. sei. Dieser könne aber ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung stellen und dieses müsse gutgeheissen werden (KG act. 14).

d) Da sich das Kassationsverfahren als spruchreif und die Beschwerde wegen Nichtleistung der Kautionsauflage als unzulässig erweist (vgl. nachstehende Erw. 2-3), kann von zusätzlichen prozessualen Anordnungen, insbesondere von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, der Beschwerdegegnerin Gelegenheit zur Beantwortung der Beschwerde und der Vorinstanz zur Vernehmlassung zu geben (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 2 zu § 289 ZPO).

2. Gemäss Empfangsbescheinigung wurde der Beschwerdeführerin die (fristansetzende) Verfügung vom 6. Februar 2009 am 16. Februar 2009 zugestellt (KG act. 13/1). Unter Beachtung der für die Berechnung von Fristen einschlägigen Vorschriften (§§ 191-193 GVG) lief die der Beschwerdeführerin eröffnete (zehntägige) Kautionsfrist demnach am Donnerstag, 26. Februar 2009 (um Mitternacht), ab. Bis zu diesem Zeitpunkt (und darüber hinaus bis zum heutigen Tag) ist die einverlangte Kautionsleistung nicht geleistet worden (vgl. KG act. 16), und die Beschwerdeführerin hat innert laufender Frist auch kein Gesuch um Erstreckung der Kautionsfrist oder um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gestellt. (Letzteres hätte – wie der Beschwerdeführerin bereits erörtert worden war – auch nicht

bewilligt werden können; vgl. § 84 Abs. 3 ZPO und ZR 100 Nr. 29; 101 Nr. 93, Erw. 3; BGE 131 II 326 f., Erw. 5.2; BGer 2C\_69/2007 vom 17.8.2007, Erw. 4.2). Da die rechtzeitige Kautionsleistung eine von Amtes wegen zu prüfende Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzung darstellt (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 73 ZPO), ist androhungsgemäss (vgl. KG act. 12 S. 3, Disp.-Ziff. 1 Abs. 1 a.E.; 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, und der Beschwerdeführerin ist die von der Vorinstanz angesetzte, durch den Suspensiveffekt jedoch in ihrem Lauf gehemmte Frist zur Bezahlung der Prozesskaution für das handelsgerichtliche Verfahren neu zu eröffnen (vgl. von Castelberg, Zur aufschiebenden Wirkung bei der Zürcher Kassationsbeschwerde, in: Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, S. 295/296; s.a. von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 22; Spühler/Vock, a.a.O., S. 78; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2a zu § 291 ZPO).

3.a) Am Entscheid, mangels Kautionsleistung auf die Beschwerde nicht einzutreten, vermögen auch die Vorbringen in der Eingabe vom 20. Februar 2009 (KG act. 14) nichts zu ändern. Dort führt die Beschwerdeführerin aus, dass ihr Alleinaktionär und Geschäftsführer Z. sich aufgrund seiner körperlichen Behinderung gezwungen gesehen habe, zur Bestreitung seines Lebensunterhalts sowie zur Risikoabsicherung und zur Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten eine Aktiengesellschaft zu gründen, über welche seine geschäftlichen Tätigkeiten abgewickelt würden. Infolge der "erhöhten Forderungssumme" habe diese AG die Klage vor Vorinstanz einreichen müssen. Indessen habe die Geschäftsleitung der Beschwerdegegnerin im Vorfeld der zum vorliegenden Rechtsstreit führenden Zusammenarbeit klar zu verstehen gegeben, dass ein persönliches Mandat des Alleinaktionärs zur Debatte stehe, welches dessen Rückkehr ins Berufsleben als Mitarbeiter der Beschwerdegegnerin zum Ziel gehabt habe. Dementsprechend sei

nicht die Beschwerdeführerin (als AG), sondern ihr Alleinaktionär persönlich der eigentliche Auftragnehmer der Beschwerdegegnerin gewesen. Unter diesen besonderen Umständen sei auch nicht die Beschwerdeführerin (als AG), sondern ihr Alleinaktionär "eigentlicher Kläger" im vorliegenden Forderungsprozess und – so wohl die implizite Folgerung – "eigentlicher" Beschwerdeführer im Kassationsverfahren. Dieser könne aber durchaus die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung beantragen, und ihm müsse das prozessuale Armenrecht auch bewilligt werden. Was zähle, sei somit nicht die Aktiengesellschaft, sondern alleine und nur die Person Z.

b) Diese Argumentation verkennt Wesen und Rechtsnatur der juristischen Personen, zu denen auch die Aktiengesellschaft gehört. Eine solche zeichnet sich dadurch aus, dass ihr (gemäss der ihrer gesetzlichen Konzeption zugrunde liegenden Realitätstheorie) eine eigene, von den an ihr berechtigten resp. beteiligten Personen losgelöste Rechtspersönlichkeit zukommt (Art. 52 Abs. 1 ZGB). Damit nimmt sie unabhängig von ihren Mitgliedern oder Teilhabern als rechtlich eigenständiges Handlungssubjekt am Rechtsverkehr teil. Sie bildet mit anderen Worten ein selbstständiges Rechtssubjekt, das als solches (selbst) Träger von (eigenen) Rechten und Pflichten ist (Art. 53 ZGB), welche durch das (zumal rechtsgeschäftliche) Handeln ihrer Organe erworben oder begründet werden (vgl. Art. 54 und 55 ZGB). Die ihr zustehenden Rechte kann und muss die juristische Person im Streitfall im eigenen Namen gerichtlich durchsetzen, und für ihre Pflichten ist (grundsätzlich nur) sie (allein) ins Recht zu fassen. Ferner unterliegt sie – im Wesentlichen ohne Einschränkungen – den für sie (und ihre besondere Organisationsform) einschlägigen Rechtsnormen, zu denen unter anderem auch die Vorschrift von § 84 Abs. 3 ZPO gehört. Diese (gesetzlich begründete) formalrechtliche Selbstständigkeit der juristischen Person (mit all ihren rechtlichen Konsequenzen) ist in aller Regel zu beachten (BGE 113 II 36; Hausheer/Aebi-Müller, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. A., Bern 2008, Rz 17.101; Schmid, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Zürich 2001, Rz 1182). Das gilt grundsätzlich auch für die von der Praxis schon unter altem Recht (Art. 625 aOR) tolerierte und durch Art. 625 OR (in der seit 1. Januar 2008 in Kraft stehenden Fassung) ausdrücklich zugelassene sog. "Ein-Personen-AG". Insbe-

sondere ist die hier zumeist gegebene Identität der wirtschaftlichen Interessen der juristischen Person einerseits und ihres Alleinaktionärs andererseits für sich allein noch kein Grund, deren rechtliche Selbstständigkeit zu ignorieren; ebenso wenig genügt hiefür Identität von Verwaltung und Aktionär (Pedrazzini/Oberholzer, Grundriss des Personenrechts, 4. A., Bern 1993, S. 224).

Zwar kennen (auch) die schweizerische Lehre und Praxis die Rechtsfigur des sog. (direkten oder indirekten) Durchgriffs auf die hinter einer juristischen Person stehende bzw. mit ihr wirtschaftlich identische natürliche Person. Ein solcher ist allerdings nur in Ausnahmefällen zulässig und setzt voraus, dass die Berufung auf die formelle Selbstständigkeit bzw. die eigenständige Rechtspersönlichkeit der juristischen Person als gegen Treu und Glauben verstossend resp. als missbräuchlich erscheint, weil diese zur Erreichung widerrechtlicher Zwecke oder in offensichtlicher Verletzung legitimer Drittinteressen benützt und insofern bloss vorgeschoben wird (vgl. Pedrazzini/Oberholzer, a.a.O., S. 223 f.; Hausheer/Aebi-Müller, a.a.O., Rz 17.101 ff.; Brückner, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, Rz 1127 ff.; Schmid, a.a.O., Rz 1183 ff.; von Büren/Stoffel/Weber, Grundriss des Aktienrechts, 2. A., Zürich 2007, Rz 76 ff.; einlässlich ferner Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. A., Bern 2007, § 1 N 11, § 2 N 43 ff. und § 16 N 36 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 62 N 47 ff.; Riemer, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I, 3. Abt., 1. Teilbd., Systematischer Teil zu Art. 52-59 ZGB, N 24 ff.; Weber, Juristische Personen, Schweizerisches Privatrecht, Bd. II/4, Basel 1998, S. 102 ff.). Die Folge des Durchgriffs besteht darin, dass die rechtliche Selbstständigkeit bzw. die eigene Rechtspersönlichkeit einer juristischen Person nicht beachtet, die Trennung zwischen der juristischen Person und der sie beherrschenden natürlichen Person aufgehoben, jene mit dieser gleichgestellt und das unter dem Namen der juristischen Person abgeschlossene Rechtsgeschäft (oder deren sonstiges rechtsrelevantes Handeln) nicht der juristischen, sondern direkt der dahinter stehenden natürlichen Person zugerechnet wird (von Büren/Stoffel/Weber, a.a.O., Rz 76; Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O., § 2 N 44; Riemer, a.a.O., N 24). "Dazu bedarf es [indessen] eines eigentlichen Rechtsmissbrauchs, einer offenbar zweckwidrigen, missbräuchlichen Verwendung der juristischen

Person durch die beherrschende Person. Diesfalls kann es sich im konkreten Einzelfall rechtfertigen, vom beherrschten auf das beherrschende Subjekt oder umgekehrt 'durchzugreifen'" (BGE 132 III 493, Erw. 3.2 m.w.Hinw.; s.a. BGE 113 II 36).

Ein derartiger Durchgriff erfolgt jedoch regelmässig nur zulasten der Beteiligten; *zugunsten* der juristischen Person oder zugunsten der Gesellschafter wird ein solcher nach herrschender Auffassung grundsätzlich nicht zugelassen, und es existieren – soweit ersichtlich – auch keine dahingehende Gerichtsentscheide. Auf den Durchgriff können sich mit anderen Worten nur die im Einzelfall durch die missbräuchliche Verwendung einer juristischen Person (insbesondere einer AG) geschädigten Personen berufen. Hingegen können sich weder die juristische Person selbst noch ihr Aktionär auf diese Rechtsfigur stützen; sie müssen die von ihnen geschaffene Selbstständigkeit der juristischen Person (mit all ihren Vor- und Nachteilen) hinnehmen und sich bei der von ihnen gewählten Rechtsform behaften lassen; sie haben mithin kein "Recht auf Durchgriff" (BGE 121 III 321 f.; 97 II 293, Erw. 3; Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O., § 2 N 45; Riemer, a.a.O., N 34 [je m.w.Hinw.]; Schmid, a.a.O., Rz 1184; von Büren/Stoffel/Weber, a.a.O., Rz 78; s.a. Weber, a.a.O., S. 106).

c) Im Lichte dieser eben dargelegten Grundsätze ist es der Beschwerdeführerin verwehrt, sich zu ihren Gunsten (nämlich zur Vermeidung der sie treffenden Kautionspflicht, von der sie sich [als juristische Person] wegen der Ausschlussvorschrift von § 84 Abs. 3 ZPO nicht durch Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung befreien kann) auf ihre wirtschaftliche Identität mit ihrem Alleinaktionär und Geschäftsführer zu berufen. Vielmehr ist ihre rechtliche Selbstständigkeit bzw. ihre eigene Rechtspersönlichkeit – der nur in besonders gelagerten Einzel- und Missbrauchsfällen zu durchbrechenden Regel folgend – auch im vorliegenden Prozess zu beachten. Ihre Ausführungen zur "eigentlichen" Klägerschaft, mit denen sie sinngemäss ein Recht auf Durchgriff geltend macht, gehen deshalb fehl. Im Übrigen bestehen auch keine (für jeden Durchgriff unabdingbare) Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführerin bloss vorgeschoben ist für die

Verfolgung widerrechtlicher Zwecke oder für die offensichtliche Verletzung legitimer Drittinteressen durch ihren Alleinaktionär und Geschäftsführer.

Für die hier zur Diskussion stehende Frage der Kautionspflicht und eines allfälligen Anspruchs auf unentgeltliche Prozessführung (bzw. der Fähigkeit, im vorliegenden Verfahren Träger des prozessualen Armenrechts sein zu können) ist somit einzig entscheidend, in wessen Namen die Klage und die Beschwerde erhoben wurden. Nachdem beides (eindeutig und ohne jeden Zweifel) im Namen der Beschwerdeführerin geschah (vgl. HG act. 1 S. 1; KG act. 1 S. 1), kommt *ihr* (allein) Parteistellung zu. Damit ist auch *sie* (allein) Trägerin der damit verbundenen prozessualen Rechte und Pflichten, zu denen insbesondere auch die Kautionspflicht nach § 75 Abs. 1 ZPO und die Unmöglichkeit gehören, in den Genuss der unentgeltlichen Prozessführung zu kommen (§ 84 Abs. 3 ZPO). Insoweit haben die Beschwerdeführerin und ihr Alleinaktionär sich deren Rechtsnatur (als AG) entgegenhalten zu lassen und (auch) die damit einhergehenden prozessualen Nachteile zu tragen. Folglich bleibt es dabei, dass eine unentgeltliche Prozessführung (auch über einen Durchgriff) ausser Betracht fällt, und zwar ungeachtet der wirtschaftlichen Identität der Beschwerdeführerin mit ihrem Alleinaktionär und Geschäftsführer und dessen finanzieller Situation. Zu Recht hat die Beschwerdeführerin (selbst) denn auch kein entsprechendes Gesuch gestellt.

Sollte hingegen die Äusserung, der Alleinaktionär und Geschäftsführer der Beschwerdeführerin könne die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung beantragen und ihm müsse das prozessuale Armenrecht auch bewilligt werden (KG act. 12 S. 2), sinngemäss als in dessen Namen erhobenes Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung zu verstehen sein, wäre darauf nicht einzutreten. Aufgrund der rechtlichen Selbstständigkeit der Beschwerdeführerin (vgl. vorstehende lit. b) kommt diesem aus prozessualer Sicht nämlich die Stellung eines nicht als Partei am vorliegenden Verfahren beteiligten Dritten zu. Als solchem (und da ihm im Kassationsverfahren auch keine Kosten auferlegt werden) würde es ihm aber an einem rechtlich geschützten Interesse an der Beurteilung eines (allfälligen) Armenrechtsgesuchs fehlen.

d) Für den kassationsgerichtlichen Entscheid ohne Belang ist schliesslich auch der Einwand, wonach nicht die Beschwerdeführerin selbst, sondern Z. persönlich der eigentliche Vertragspartner der Beschwerdegegnerin sei (vgl. KG act. 14 S. 2 und 3). Denn die damit angesprochene Frage, wer (als Vertragspartei) Gläubiger der eingeklagten Forderung sei, hat keinen Einfluss auf die vorliegend zur Debatte stehende Frage der Kautionspflicht (und der unentgeltlichen Rechtspflege), welche sich allein nach der (formellen) Parteistellung im Verfahren und somit einzig danach richtet, in wessen Namen die Klage erhoben wurde. Sie betrifft vielmehr die Aktivlegitimation, d.h. die materiellrechtliche Berechtigung am eingeklagten Anspruch, über welche notwendigenfalls im Rahmen des Entscheids in der Sache selbst (durch Urteil der Vorinstanz) zu entscheiden sein wird.

e) Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass auch die (für das vorliegende Beschwerdeverfahren erfolgte) Kautionsleistung als solche nicht zu beanstanden ist. So verpflichtet – wie der Beschwerdeführerin bereits in der Präsidialverfügung vom 6. Februar 2009 dargelegt wurde (KG act. 12 S. 2) – § 75 Abs. 1 ZPO jede Partei, die Nichtigkeitsbeschwerde erhebt (und somit auch die Beschwerdeführerin, in deren Namen die vorliegende Beschwerde geführt wird), für die Kosten des Beschwerdeverfahrens und eine allfällige Prozessentschädigung Kautionsleistung zu leisten. Sollte sich die gegenteilige Auffassung der Beschwerdeführerin (KG act. 14 S. 3) auch auf die Kautionsleistung für das Kassationsverfahren beziehen, wäre sie daher unbegründet.

4. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens in Anwendung der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel (§ 64 Abs. 2 ZPO) der mit ihren (Rechtsmittel-)Anträgen unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Guldener, a.a.O., S. 406, Anm. 6/a). Sie richten sich nach der Verordnung über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) und bestehen in einer sämtliche Kosten abdeckenden Gerichtsgebühr (§ 2 Abs. 3 GGebV). Diese wiederum ist – ausgehend von einem dem Kassationsverfahren zugrunde zu legenden (Verfahrens-)Streitwert von Fr. 46'100.-- (vgl. KG act. 12 S. 2) – nach § 4 Abs. 1 GGebV zu bemessen (vgl. § 13 Abs. 1 und 2 GGebV) und gemäss § 4 Abs. 2 GGebV und § 10 Abs. 1 GGebV (analog) erheblich zu reduzieren. Da der

Beschwerdegegnerin vor Kassationsgericht keine entschädigungspflichtigen Kosten und Umtriebe (im Sinne von § 68 Abs. 1 ZPO) entstanden sind, fällt die Zuspreehung einer Prozessentschädigung ausser Betracht.

5. Beim vorliegenden Beschluss, der das Verfahren als Gesamtes (d.h. den Forderungsprozess) nicht abschliesst, handelt es sich (in der Terminologie des BGG) um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG über eine vermögensrechtliche Zivilsache, deren (Rechtsmittel-)Streitwert Fr. 250'000.-- beträgt (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. c BGG und BGE 133 III 648, Erw. 2.3). Folglich – und weil der (bundesrechtliche) Rechtsweg gegen Zwischenentscheide dem in der Hauptsache zulässigen Rechtsmittel folgt (vgl. BGer 5A\_85/2007 vom 17.4.2007, Erw. 1.2; 5A\_531/2007 vom 9.11.2007, Erw. 1.2; s.a. BGE 133 III 647 f., Erw. 2.2) – steht gegen den kassationsgerichtlichen Entscheid 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 lit. b BGG). Immerhin setzt seine selbstständige Anfechtbarkeit voraus, dass er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG), was die höchstgerichtliche Praxis in Fällen der vorliegenden Art (Kautonierung mit der Androhung, im Säumnisfall nicht auf die Klage einzutreten) regelmässig bejaht (vgl. BGer 5A\_55/2008 vom 22.4.2008, Erw. 1; 2C\_247/2008 vom 21.4.2008, Erw. 1.3; 9C\_35/2008 vom 14.2.2008; 2C\_69/2007 vom 17.8.2007, Erw. 2.2; 9C\_487/2007 und 9C\_488/2007 vom 27.7.2007).

Schliesslich beginnt gemäss Art. 100 Abs. 6 BGG mit der Zustellung des Entscheids des Kassationsgerichts (als ausserordentlicher Rechtsmittelinstanz) grundsätzlich auch die dreissigtägige Frist zur allfälligen Anfechtung des handelsgerichtlichen Zwischenentscheids mittels Beschwerde ans Bundesgericht (neu) zu laufen, soweit eine solche im vorliegenden Fall unter dem Aspekt von Art. 75 Abs. 1 BGG (Erfordernis der kantonalen Letztinstanzlichkeit) überhaupt möglich ist. Ob die Vorschrift von Art. 100 Abs. 6 BGG 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.; ders., Aufforderung zur extensiven Auslegung von Art. 100 Abs. 6 BGG, AnwRev 2009, S. 28 f.; 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. Der Beschwerdeführerin wird eine einmal erstreckbare Frist von **10 Tagen** ab Zustellung dieses Beschlusses angesetzt, um für die Gerichtskosten und die Prozessentschädigung im handelsgerichtlichen Verfahren bei der Obergerichtskasse eine Prozesskaution von **Fr. 46'100.--** zu leisten, ansonsten auf die Klage nicht eingetreten würde.  
Hinsichtlich der Modalitäten der Kautionsleistung gilt Dispositiv-Ziffer 2 des handelsgerichtlichen Beschlusses vom 17. Dezember 2008.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 1'000.--.
4. Die Gerichtsgebühr wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
5. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
6. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG (insbes. Art. 93 BGG) innert **30 Tagen** nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde ge-

mäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 250'000.--.

Sodann läuft (möglicherweise) die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Handelsgerichtes vom 17. Dezember 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.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, das Handelsgericht des Kantons Zürich und die Kasse des Obergerichts, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: