



Kass.-Nr. AA090028/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig,
die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Paul
Baumgartner und Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär
Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 7. April 2009

in Sachen

X. AG,

Klägerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin

gegen

Y. Bank,

Beklagte, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend

Bereinigung des Lastenverzeichnisses (Prozesskaution)

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Januar 2009 (NK080031/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. In einer Betreuung auf Grundpfandverwertung gegen die Beschwerdeführerin mit der Y. Bank (...) als Gläubigerin erstellte das Betreibungsamt Z. am 29. September 2008 ein Lastenverzeichnis betreffend ein Grundstück der Beschwerdeführerin. Darin führte es eine Grundpfandbelastung von total Fr. 278'512.-- auf, nämlich ein Kapital von Fr. 200'000.-- und Zinsen (OG act. 9/6/4 S. 4). Mit Eingabe vom 10. Oktober 2008 bestritt die Beschwerdeführerin dieses Verzeichnis und beantragte, es sei lediglich ein Guthaben der Y. Bank von insgesamt Fr. 136'000.-- aufzunehmen, nämlich ein Kapital von Fr. 127'500.-- sowie Zinsen von Fr. 8'500.-- (OG act. 9/6/1). Auf Fristansetzung reichte die Beschwerdeführerin am 14. November 2008 beim Bezirksgericht A. eine entsprechende Lastenbereinigungsklage ein (OG act. 9/1). Mit Verfügung vom 21. November 2008 setzte der Einzelrichter des Bezirkes A. der Beschwerdeführerin eine Frist von 10 Tagen an, um eine Prozesskaution von Fr. 30'000.-- zu leisten, unter der Androhung, dass sonst auf die Klage nicht eingetreten werde (OG act. 9/9). Gegen diese Verfügung reichte die Beschwerdeführerin beim Obergericht des Kantons Zürich einen Rekurs ein mit dem Antrag auf Aufhebung der Kautionsauflage (OG act. 1). Das Obergericht (dessen II. Zivilkammer) wies den Rekurs mit Beschluss vom 8. Januar 2009 ab und setzte der Beschwerdeführerin eine letztmalige Frist von zehn Tagen zur Leistung der Prozesskaution an (KG act. 2). Gegen diesen Beschluss reichte die Beschwerdeführerin beim Kassationsgericht am 13. Februar 2009 eine Nichtigkeitsbeschwerde ein mit dem Antrag, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben (KG act. 1). Mit Verfügung vom 16. Februar 2009 wurde der Beschwerdeführerin Frist zur Leistung einer Prozesskaution nach § 75 ZPO von Fr. 3'000.-- angesetzt unter der Androhung, dass sonst auf die Beschwerde nicht eingetreten würde. Ferner wurde der Beschwerde antragsgemäss (KG act. 1) aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 4). Auf entsprechendes Ersuchen (KG act. 9) wurde der Beschwerdeführerin die Frist zur Leistung der Prozesskaution letztmals erstreckt bis zum 16. März 2009 (KG act. 10, act. 11/1). Der Beschwerdegegnerin wurde die Frist zur

Beschwerdeantwort antragsgemäss (KG act. 12) abgenommen (KG act. 14). Bis heute bezahlte die Beschwerdeführerin die Prozesskaution nicht.

2. Die Beschwerdeführerin leistete innert (erstreckter) Frist die Prozesskaution nicht. Androhungsgemäss ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (§ 80 Abs. 1 ZPO). Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung. Der Beschwerdeführerin ist die von den Vorinstanzen angesetzte Frist zur Leistung der von den Vorinstanzen festgesetzten Prozesskaution von Fr. 30'000.-- neu anzusetzen.

3. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Dabei ist in Fällen der vorliegenden Art als Streitwert im Kassationsverfahren nicht der Gesamtverfahrensstreitwert, sondern der strittige Kautionsbetrag, i.c. Fr. 30'000.--, zu veranschlagen (vgl. Kass.-Nr. AA080027 vom 24.12.2008 Erw. III mit Verweisung auf Kass.-Nr. AA080064 vom 8.5.2008 Erw. 11 und Kass.-Nr. AA070041 vom 11.5.2007 Erw. III). Die Gerichtsgebühr ist beim vorliegenden Ausgang des Verfahrens ohne Anspruchsprüfung in Anwendung von § 10 Abs. 1 der Verordnung über die Gerichtsgebühren auf die Hälfte herabzusetzen. Der Beschwerdegegnerin ist für das Kassationsverfahren mangels erheblichen Aufwandes keine Prozess- bzw. Umtriebsentschädigung zuzusprechen.

4. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

5. Die Vorinstanz wies in ihrer Rechtsmittelbelehrung darauf hin, dass die Frist für eine bundesrechtliche Beschwerde gegen den vorinstanzlichen Entscheid erst ab Zustellung des Entscheids des Kassationsgerichts läuft, wenn kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben wird (KG act. 2 S. 5 unten mit Hinweis auf Art. 100 Abs. 6 BGG [Bundesgerichtsgesetz]). Ob diese Vorschrift auch dann Anwendung findet, wenn - wie hier - auf das ausserordentliche Rechtsmittel

mangels Leistung der eingeforderten Prozesskaution nicht eingetreten wird, ist im Lichte der bundesgerichtlichen Praxis jedoch fraglich (vgl. BGE 134 III 92 ff. Erw. 1.2 und 1.4) und wäre gegebenenfalls vom Bundesgericht zu entscheiden.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Der Klägerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin wird eine **letztmalige Frist von 10 Tagen** ab Zustellung dieses Beschlusses angesetzt, um die Prozesskaution von Fr. 30'000.-- gemäss Dispositiv Ziffer 2 des Beschlusses der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Januar 2009 unter der dort genannten Säumnisandrohung (dass sonst auf die Klage nicht eingetreten wird) zu leisten.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'000.--.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
5. Für das Kassationsverfahren werden keine Umtriebs- bzw. Prozessentschädigungen 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 Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt mindestens Fr. 30'000.--.

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

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und an den Einzelrichter im beschleunigten Verfahren des Bezirkes A. (Proz.-Nr. FB080003), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: