

# ZH\_KASSATIONSGERICHT AA070096 vom 9. Mai 2008

Zh Kassationsgericht, 2008-05-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_kassationsgericht\\_AA070096](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA070096)

FR: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA070096 du 9 mai 2008

IT: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA070096 del 9 maggio 2008

## Erwägungen

### E. 4

Dezember 2006 nicht angefochten); vielmehr hat auch sie selbst ihren Stand- punkt in ihren bisherigen Rechtsschriften (offenbar bewusst; vgl. OG II act. 2 S. 4 Mitte) ausschliesslich und vorbehaltlos auf der Grundlage der schweizerischen Rechtsnormen begründet (vgl. insbes. BG act. 2 S. 10; OG I act. 2 S. 3 ff.; s.a. BG act. 21; OG II act. 2). Im Lichte dieses prozessualen Verhaltens dürfte das Zuwarten mit dem Einwand der Anwendbarkeit deutschen Rechts bzw. die Be- streitung der (bis anhin auch von ihr selbst vertretenen) Massgeblichkeit des schweizerischen Rechts erst im vorliegenden Kassationsverfahren wohl als (pro- zessual) treuwidrig zu betrachten sein. Ebenso erscheint mehr als fraglich, ob die Rüge, der Forderungsstreit und damit auch die Erfolgsaussichten der Klage beurteilten sich nicht nach schweize- rischem, sondern nach deutschem Recht, im vorliegenden Kontext (wiedererwä- gungsweise Beurteilung des klägerischen Gesuchs um Gewährung der unentgelt- lichen Rechtspflege für das Verfahren vor Erstinstanz) überhaupt noch zulässig sei, nachdem die Vorinstanz die nunmehr bemängelte Rechtsauffassung bereits in ihrem (ersten) Rekursentscheid vom 4. Dezember 2006 (OG I act. 30) vertre- ten, die Beschwerdeführerin denselben seinerzeit nicht (mit Nichtigkeitsbeschwer- de) angefochten und die Vorinstanz ihre unbestritten gebliebene Auffassung be- züglich des anwendbaren Rechts im Beschluss vom 22. Mai 2007 gar nicht mehr (materiell) geprüft, sondern aus dem (formell rechtskräftig gewordenen) ursprüng- lichen Rekursentscheid übernommen hat (vgl. KG act. 2 S. 3 unten; s.a. von Re- chenbergs, a.a.O., S. 5).

- 14 - Da in diesem Punkt aus anderen, sogleich darzulegenden Gründen ohnehin nicht auf die Beschwerde eingetreten werden kann, braucht deren Zulässigkeit unter diesen beiden Aspekten indessen nicht abschliessend geklärt zu werden. Die Beschwerdeführerin stützt ihre neu vertretene (Rechts-)Auffassung hin- sichtlich des anwendbaren Rechts auf entsprechende Erwägungen in zwei zwi- schen den Parteien ergangenen (Arrest-)Entscheiden der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. Mai 2007, die sie als Beilagen zur Be- schwerde ins Recht reicht (KG act. 4/6 und 4/7). Nachdem diese Entscheide erst nach Fällung des angefochtenen Beschlusses (vom 22. Mai 2007) ergangen sind, stellen sie offenkundig den Prozessstoff erweiternde neue Beweismittel dar, wel- che im Kassationsverfahren grundsätzlich keine Berücksichtigung finden können (vgl. vorstehende Erw. 5.2/b). Zu beachten ist allerdings, dass mit besagten Ent- scheiden der Sache nach nicht eine Tatsachen-, sondern eine neue Rechtsbe- hauptung belegt werden will. Sollten sie aus dieser Optik nicht unter das Noven- verbot fallen, liesse sich aus den darin getroffenen Folgerungen hinsichtlich des anwendbaren Rechts für das vorliegende Verfahren dennoch nichts zu Gunsten des beschwerdeführerischen Standpunktes ableiten, nachdem die Beschwerde- führerin mit keinem Wort darlegt und somit jeden auch nur ansatzweisen Nach- weis schuldig bleibt, dass es sich bei den dort

beurteilten (Arrest-)Forderungen um dieselben oder mit Bezug auf die anknüpfungsrelevanten Kriterien zumindest gleich gelagerte Forderungen handelt wie im vorliegenden Forderungsprozess. Auch sonst entbehrt die Beschwerde jedwelcher Hinweise auf aktenkundige Umstände oder Vorbringen, aufgrund derer von der Massgeblichkeit deutschen Rechts auszugehen sei. Ebenso unterlässt es die Beschwerdeführerin mit ihrer blossen Behauptung, die eingeklagten Ansprüche beurteilten sich nach deutschem Recht, irgendwelche Anhaltspunkte dafür zu nennen, dass und inwiefern (d.h. aufgrund welcher ausländischen Rechtsnormen sowie allenfalls einschlägigen Praxis und/oder Doktrin) die Anwendbarkeit des deutschen Rechts auf den vorliegenden Forderungsstreit – sollte sie tatsächlich zu bejahen sein – für den von ihr vertretenen Rechtsstandpunkt günstiger sei bzw. ihre Prozessaussichten in der Weise verbessere, dass

- 15 - die Klage – anders, als wenn sie nach schweizerischem Recht beurteilt wird – nicht als aussichtslos im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO bzw. Art. 29 Abs. 3 BV, sondern als für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hinreichend erfolgversprechend erscheine. Eine (zumindest rudimentäre) dahingehende Substantiierung der Rechtslage nach deutschem Recht wäre im Lichte der Praxis zu rügen, mit denen (im Zusammenhang mit dem Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 3 ZPO) die Anwendung ausländischen Rechts zur Prüfung gestellt wird (vgl. ZR 106 Nr. 32, Erw. 5.3/b; RB 2002 Nr. 104; Jagmetti, Zur Anwendung ausländischen Rechts von Amtes wegen, in: Rechtsschutz, Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 114; s.a. von Rechenberg, a.a.O., S. 18), aber auch im vorliegenden Kontext unabdingbar. Mangels diesbezüglicher Ausführungen ist ferner auch nicht ohne weiteres ersichtlich, dass und inwiefern sich der gerügte Umstand, dass die Vorinstanz die Erfolgsaussichten der Klage nach Massgabe des schweizerischen statt des deutschen Rechts geprüft hat, im Ergebnis zum Nachteil der Beschwerdeführerin ausgewirkt hat (vgl. § 281 ZPO). Beim damit angesprochenen Erfordernis der nachteiligen Auswirkungen bzw. der Erheblichkeit des gerügten Mangels (sog. Beschwer; vgl. dazu Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 13 zu § 281 ZPO; von Rechenberg, a.a.O., S. 23 ff.) handelt es sich aber um eine Rechtsmittelvoraussetzung, deren Vorliegen im Zusammenhang mit der Eintretensfrage von Amtes wegen zu prüfen und bei deren Fehlen auf die Beschwerde bzw. die fragliche Rüge mangels eines genügenden Rechtsschutzinteresses an deren Beurteilung nicht einzutreten ist (ZR 84 Nr. 138; s.a. § 51 Abs. 2 ZPO). Dabei obliegt es dem Rechtsmittelkläger (hier: der Beschwerdeführerin), seine Beschwer in den Rechtsmittelanträgen geltend zu machen und im Zweifelsfall hinreichend schlüssig darzutun und nötigenfalls auch nachzuweisen, dass sich der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund zu seinem Nachteil ausgewirkt hat (vgl. zum Ganzen ZR 103 Nr. 24, Erw. 2.1/b/aa; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 8 und 21 zu § 51 ZPO, N 16 und 22 zu § 108 ZPO; s.a. Walder-Richli, a.a.O., § 39 Rz 17; Haegi, Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung im schweizerischen und im deutschen Zivilprozessrecht, Zürich 1975, S. 83 ff., 86 ff. und 99 ff.). Nachdem in casu indessen weder geltend gemacht und schlüssig dargelegt noch anderweitig evident ist, dass sich

- 16 - die vorinstanzliche Anknüpfung an das schweizerische (statt das deutsche) Recht zur Beurteilung der Prozessaussichten im Ergebnis zum Nachteil der Beschwerdeführerin ausgewirkt hat, kann insofern auch unter diesem Gesichtspunkt nicht auf die Beschwerde eingetreten werden. Auch mit Bezug auf die Rüge, die Vorinstanz sei zu Unrecht von der Massgeblichkeit des schweizerischen (statt des deutschen) Rechtes ausgegangen, vermag die Beschwerde somit nicht durchzudringen. 5.3. Schliesslich ist auch hinsichtlich der

(formell ebenfalls angefochtenen; vgl. KG act. 1 S. 2, Antrag 1) Verweigerung des prozessualen Armenrechts und der Festsetzung der Nebenfolgen des vorinstanzlichen (Revisions- bzw. Wieder- erwägungs-)Verfahrens kein Nichtigkeitsgrund darzulegen, nachdem in der Be- schwerdeschrift jedwede inhaltliche Bezugnahme auf die entsprechenden vorin- stanzlichen Erwägungen (KG act. 2 S. 5, Erw. 6) fehlt.

#### **E. 6**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin nicht rechts- genügend nachweist, dass die Vorinstanz ihre Klage zu Unrecht als aussichtslos betrachtet, die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege zu Unrecht bestä- tigt hat und der angefochtene vorinstanzliche Entscheid insofern zu ihrem Nach- teil an einem Nichtigkeitsgrund leide. Demzufolge ist die Beschwerde abzuwei- sen, soweit überhaupt auf sie eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Be- schwerde verliehene aufschiebende Wirkung, welche im Übrigen den Fortgang des erstinstanzlichen Verfahrens nicht hemmen konnte, sondern lediglich Auswir- kungen auf die Vollstreckbarkeit der im angefochtenen Beschluss vom 22. Mai 2007 (KG act. 2) festgesetzten Kostenfolgen hatte; dies deshalb, weil – im Unter- schied zum (am 4. Dezember 2006 erledigten) Rekurs (vgl. § 275 Abs. 1 ZPO) – weder einem Revisions- noch einem Wiedererwägungsgesuch von Gesetzes we- gen Suspensiveffekt (bezüglich des zu revidierenden oder in Wiedererwägung zu ziehenden Entscheids) zukommt und die Vorinstanz auch keine dahingehenden Anordnungen getroffen hat. Auch besteht bei diesem Ausgang kein Raum für die von der Beschwerdeführerin beantragte Anweisung an die Erstinstanz, von einer Kautonierung abzusehen (vgl. KG act. 8), setzt die Befreiung einer Partei von der

- 17 - an sich bestehenden Kautionspflicht doch die (vorliegend erfolglos beantragte) Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung voraus (vgl. § 85 ZPO).

#### **E. 7**

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens gemäss der auch im Rechtsmittelverfahren anwendbaren Vorschrift von § 64 Abs. 2 ZPO der mit ihren (Rechtsmittel-)Anträgen unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerle- gen, wobei sich die Festsetzung der Gerichtskosten nach den Ansätzen der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen revidierten Verordnung über die Gerichtsge- bühren vom 4. April 2007 richtet (vgl. Art. 19 revGGebV, OS 62 S. 535 ff.). Da dem Beschwerdegegner vor Kassationsgericht keine entschädigungspflichtigen Kosten und Umtriebe (im Sinne von § 68 Abs. 1 ZPO) entstanden sind, fällt die Zusprechung einer Prozessentschädigung ausser Betracht.

#### **E. 8**

Beim vorliegenden Beschluss (betreffend Gewährung des prozessualen Armenrechts im Ausgangsverfahren) handelt es sich (in der Terminologie des BGG) um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Folglich ist er nur dann selbständig anfechtbar, wenn er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG), was die höchstrichterliche Pra- xis bei Zwischenentscheiden betreffend Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege zwar regelmässig bejaht (vgl. statt vieler BGer 5A\_464/2007 vom 25.10.2007, Erw. 1.1; 5A\_40/2007 vom 23.5.2007, Erw. 2; 5A\_468/2007 vom 15.11.2007, Erw. 2), gegebenenfalls aber vom Bundesgericht zu entscheiden wä- re. Zudem handelt es sich um eine vermögensrechtliche Zivilsache, deren (Rechtsmittel-) Streitwert rund Fr. 3'870'000.-- beträgt (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. c BGG und

BGE 133 III 648, Erw. 2.3; BGer 5A\_85/2007 vom 17.4.2007, Erw. 1.2) und damit weit über Fr. 30'000.-- liegt. Deshalb (und weil der Rechtsweg gegen Zwischenentscheide dem in der Hauptsache zulässigen Rechtsmittel folgt; vgl. BGE 133 III 647 f., Erw. 2.2; BGer 5A\_85/2007 vom 17.4.2007, Erw. 1.2; 5A\_531/2007 vom 9.11.2007, Erw. 1.2) steht gegen den kassationsgerichtlichen Entscheid (unter dem vorge- nannten Vorbehalt) die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht offen (vgl. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Ausserdem beginnt mit der Zustellung des vorliegenden Beschlusses grundsätzlich auch die dreissigtägige

- 18 - Frist zur Anfechtung des obergerichtlichen Beschlusses vom 22. Mai 2007 mittels Beschwerde ans Bundesgericht (neu) zu laufen (Art. 100 Abs. 6 BGG; s.a. KG act. 2 S. 6, Disp.-Ziff. 7 a.E.), soweit eine solche im vorliegenden Fall unter dem Aspekt von Art. 75 Abs. 1 BGG überhaupt möglich ist (vgl. BGer 5A\_708/2007 vom 7.2.2008, Erw. 1). Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.