



---

Kass.-Nr. AA090145/U/mum

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

## Zirkulationsbeschluss vom 1. Dezember 2009

in Sachen

**X. GmbH,**

Klägerin und Beschwerdeführerin

gegen

**Z. GmbH,**

Beklagte und Beschwerdegegnerin  
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

**Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 17. September 2009 (HG090174/U/ei)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

1. Mit Eingabe vom 23. Juli 2009 reichte die Beschwerdeführerin dem Handelsgericht des Kantons Zürich eine Weisung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich, Kreise 3 + 9, vom 6. April 2009 (HG act. 3) sowie eine Klagebegründung betreffend eine Forderung gegen die Beschwerdegegnerin von Fr. 108'960.50 (HG act. 2) ein (HG act. 1). Mit Beschluss vom 17. September 2009 trat das Handelsgericht auf die Klage nicht ein, da die friedensrichterliche Weisung zum Zeitpunkt der Klageeinreichung verfallen war und die Beschwerdeführerin innert angesetzter Frist keine gültige friedensrichterliche Weisung eingereicht hatte (KG act. 2). Dagegen reichte die Beschwerdeführerin dem Kassationsgericht mit Eingabe vom 14. Oktober 2009 eine Nichtigkeitsbeschwerde ein (KG act. 1). Mit Schreiben vom 19. Oktober 2009 wies das Kassationsgericht die Beschwerdeführerin auf die formellen Anforderungen an eine Nichtigkeitsbeschwerde sowie darauf hin, dass die Beschwerdefrist noch bis zum 26. Oktober 2009 laufe und die Beschwerdeführerin bis dahin Gelegenheit habe, die Beschwerde in Berücksichtigung der genannten formellen Anforderungen zu ergänzen (KG act. 4/1. In diesem Schreiben wurde versehentlich erwähnt, dass der handelsgerichtliche Beschluss gemäss Auskunft des Handelsgerichts der Z. GmbH am 25. September 2009 zugestellt worden sei und die Beschwerdefrist demnach noch bis zum 26. Oktober 2009 laufe. Dabei wurden die Parteienamen verwechselt. Richtig ist, dass der handelsgerichtliche Beschluss gemäss [zutreffender] Auskunft des Handelsgerichts der X. GmbH und damit der Beschwerdeführerin am 25. September 2009 zugestellt worden ist [HG act. 12A]. Deshalb lief der Beschwerdeführerin die Beschwerdefrist noch bis zum Montag, 26. Oktober 2009). Dated mit 24. Oktober 2009 (Poststempel 26.10.2009) reichte die Beschwerdeführerin eine Ergänzung der Beschwerdebegründung ein (KG act. 7).

2. Da sich die Nichtigkeitsbeschwerde sofort als unbegründet erweist (vgl. die nachfolgende Erwägung), kann von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, der Vorinstanz Gelegenheit zur Vernehmlassung und der Beschwerdegegnerin zur Beschwerdeantwort zu geben

(Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Auflage, Zürich 1997, N 2 zu § 289).

3. Die Vorinstanz trat deshalb auf die Klage der Beschwerdeführerin nicht ein, weil diese trotz entsprechender Fristansetzung keine gültige friedensrichterliche Weisung eingereicht hatte (KG act. 2 S. 2). Die Beschwerdeführerin wurde mit Schreiben vom 19. Oktober 2009 auf die Anforderungen an eine Nichtigkeitsbeschwerde hingewiesen, insbesondere darauf, dass sich eine Nichtigkeitsbeschwerde mit dem angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen und darzutun habe, welche Erwägungen des angefochtenen Entscheides aus welchem Grund auf einem Nichtigkeitsgrund beruhten. Ferner wurde die Beschwerdeführerin auf den Grund hingewiesen, aus welchem die Vorinstanz nicht auf die Klage eingetreten ist (KG act. 4/1). Unbesehen darum setzt sich die Beschwerdeführerin auch in ihrer Eingabe vom 24. Oktober 2009 - wie bereits in derjenigen vom 14. Oktober 2009 - in keiner Weise mit dieser Begründung des angefochtenen Beschlusses auseinander und kann deshalb auch keinen Nichtigkeitsgrund nachweisen. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist schon deshalb abzuweisen, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann.

4. Die Beschwerdeführerin kann überdies auf Folgendes hingewiesen werden: Macht der Kläger den Rechtsstreit nicht innert drei Monaten seit Ausstellung der Weisung (dazu vgl. § 98 Abs. 2 und § 100 ZPO) beim Gericht rechtshängig, gilt die Klage als einstweilen zurückgezogen (§ 101 ZPO; so auch die zutreffende Rechtsmittelbelehrung auf der Weisung HG act. 3 S. 2). Eine Weisung verliert ihre Gültigkeit, wenn sie nicht innert dieser Frist von drei Monaten seit Ausstellung dem Gericht eingereicht wird. Die Weisung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich, Kreise 3 + 9, wurde am 6. April 2009 ausgestellt (KG act. 3). Sie wurde nicht innert 3 Monaten beim Gericht eingereicht. Sie verlor damit insoweit ihre Gültigkeit. Eine gültige Weisung ist aber eine Prozessvoraussetzung im Sinne von § 108 ZPO. Trotz entsprechender Gelegenheit zur Verbesserung dieses Mangels (HG Prot. S. 2, act. 5/1) reichte die Beschwerdeführerin dem Handelsgesicht keine neue Weisung ein. Damit mangelte es ihrer Klage an einer Prozessvoraussetzung. Die Vorinstanz durfte gar nicht auf die Klage eintreten und tat das

zu Recht auch nicht. Darauf, ob die Klage der Beschwerdeführerin begründet war bzw. ist, kommt es bei dieser prozessualen Sachlage gar nicht an.

5. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Der Beschwerdegegnerin ist mangels erheblicher Aufwendungen für das Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

### **Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 3'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
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. 108'960.50.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Handelsgerichtes vom 17. September 2009 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 und das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: