



---

Kass.-Nr. AA100143-P/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

## Zirkulationsbeschluss vom 22. Juli 2011

in Sachen

**M**,

...,

Beklagter, Rekursgegner und Beschwerdeführer  
vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

**G**,

...,

Klägerin, Rekurrentin und Beschwerdegegnerin

betreffend

**Prozesskaution**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. Dezember 2010 (LN100048/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. Am Bezirksgericht R ist seit dem 17. Juli 2009 ein Zivilprozess zwischen den Parteien betreffend Forderung bzw. Übertragung von Eigentum an einer Liegenschaft hängig. Die Bezirksgerichtskasse vermerkte auf der eingereichten Weisung mittels Stempel, dass die Klägerin (Beschwerdeführerin) keine Gerichtskosten schulde (BG act. 1). Mit Eingabe vom 31. August 2010 wies der Beklagte 1 (Beschwerdeführer) darauf hin, dass der Klägerin in einem anderen Verfahren eine Prozesskaution gestützt auf § 73 Ziff. 4 ZPO ZH auferlegt worden sei und ersuchte das Bezirksgericht, die Kautionspflicht der Klägerin zu prüfen (BG act. 31). Gemäss Bericht der Bezirksgerichtskasse R vom 31. August / 1. September 2010 schuldete die Klägerin der Bezirksgerichtskasse am 17. Juli 2009 aus zwei Verfahren Kosten in Höhe von Fr. 1'600.-- und Fr. 140.--, total also Fr. 1'740.--, jedoch im Zeitpunkt der Berichterstattung keine Kosten mehr (BG act. 32).

Das Bezirksgericht stellte in seinem Beschluss vom 8. September 2010 auf den Stand bei Klageeinleitung ab, bejahte die Kautionspflicht der Klägerin, da diese aus einem erledigten und nicht mehr weiterziehbaren Verfahren Kosten schuldete (§ 73 Ziff. 4 ZPO ZH) und auferlegte ihr eine Prozesskaution von Fr. 33'000.-- (BG act. 35 = OG act. 3). Dagegen erhob die Klägerin mit Eingabe vom 12. Oktober 2010 „Einsprache“ beim Obergericht (OG act. 2). Das Obergericht (I. Zivilkammer) nahm diese Eingabe als Rekurs entgegen, hiess diesen mit Beschluss vom 9. Dezember 2010 gut und hob den Beschluss des Bezirksgerichts vom 8. September 2010 und damit die Kautionsauflage auf (OG act. 10 = KG act. 2).

2. Fristgerecht erhob der Beklagte 1 gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 9. Dezember 2010 Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Begehren, dieser sei aufzuheben und es sei der Klägerin eine nicht erstreckbare Frist von 20 Tagen anzusetzen, um für das Verfahren vor Bezirksgericht eine Prozesskaution von Fr. 33'000.-- zu leisten (KG act. 1). Die Klägerin beantragt, es seien die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen und der angefochtene Entscheid des Obergerichts zu

bestätigen (KG act. 12 S. 3). Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 10). Der Beklagte 1 leistete die ihm mit Präsidialverfügung vom 22. Dezember 2010 für das Kassationsverfahren auferlegte Prozesskaution fristgerecht (KG act. 11).

3. Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft. Für Verfahren, die bei deren Inkrafttreten bereits rechtshängig sind, gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz weiter. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 281 ZPO ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war. Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des Beschwerdeverfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] vom 8. September 2010).

## II.

1. Das Obergericht hält fest, dass die Beschwerdegegnerin bei Anhängigmachung der Klage im Sinne von § 73 Ziff. 4 ZPO Gerichtskosten geschuldet habe, diese aber am 4. Mai 2010 vollständig abbezahlt habe und dass seither keine neuen Gerichtskostenschulden mehr entstanden seien, womit am 8. September 2010, als das Bezirksgericht über die Kautonierung entschieden habe, keine Ausstände mehr bestanden hätten (KG act. 2 S. 10 unten Erw. III/2.7).

Weiter führt das Obergericht unter Hinweis auf die betreffende Feststellung des Bezirksgerichts aus, es bestehe eine uneinheitliche Praxis zur Frage, auf welchen Zeitpunkt es beim Kautionsgrund von § 73 Ziff. 4 ZPO ZH ankomme. Nach der Praxis des Kassationsgerichts beseitige die Tilgung von Gerichtskostenschulden den im Zeitpunkt der Klageeinleitung bestehenden Kautionsgrund nicht, selbst dann nicht, wenn die Tilgung noch vor dem Kautionsentscheid erfolgt sei (Kass.-Nr. AA070117 vom 16. Juli 2008 mit Hinweis auf den unveröffentlichten Entscheid Kass.-Nr. 99/181 vom 1. November 1999). Im Ergebnis die gleiche Ansicht sei auch schon vom Handelsgericht in ZR 98 [1999] Nr. 41 vertreten worden (anders noch ZR 91 [1992] Nr. 36). Demgegenüber bestehe an der I. Zivilkammer des Obergerichts seit langer Zeit die feste Praxis, bei dieser Frage einzig und allein auf die Rechtslage abzustellen, welche im Zeitpunkt des Kautionsentscheids bestanden habe (ZR 28 [1929] Nr. 169, ZR 40 [1941] Nr. 128, ZR 49 [1950] Nr. 14, ZR 81 [1982] Nr. 41 sowie diverse unveröffentlichte neuere Entscheide wie etwa Nr. LN070029 vom 20. November 2007). Diese Praxis stütze sich auf den im Kanton Zürich herrschenden Grundsatz, wonach das Gericht seinem Entscheid den Sachverhalt zugrunde lege, wie er im Entscheidzeitpunkt bestehe. Dieser Grundsatz gelte nicht nur für den Endentscheid, sondern auch für alle Zwischenentscheide. Wenn nun aber im Entscheidzeitpunkt der Kautionsgrund nicht mehr bestehe, weil keine Gerichtskosten mehr geschuldet seien, fehle es an einer Rechtsgrundlage für eine Kautionsauflage (KG act. 2 S. 11 Erw. III/3.1).

Das Obergericht fährt fort, der vorliegende Fall sei insofern speziell, als das Bezirksgericht einräume, dass einzig deshalb nicht schon bei Prozessbeginn eine Kaution auferlegt worden sei, weil der Gerichtskasse ein Versehen unterlaufen sei, indem übersehen worden sei, dass effektiv Gerichtskosten geschuldet gewesen seien. Gewiss sei es bedauerlich, so das Obergericht, wenn der Gerichtskasse ein Versehen unterlaufe und die Beklagten nun Gefahr liefen, am Ende eines gewonnenen Prozesses die Prozessentschädigung nur mit Mühe eintreiben zu können. Dies rechtfertige aber nicht, die ständige, jahrzehntelang angewandte Praxis umzustossen. Mit Blick auf die Begründung für die obergerichtliche Praxis würde ein Abweichen davon bedeuten, dass das Gericht eine Kaution auferlege, obschon es dafür an einer Rechtsgrundlage fehle. Hinzu komme, dass der be-

zirksgerichtliche Entscheid wohl auch deshalb in Frage zu stellen wäre, weil das Bezirksgericht die Beschwerdegegnerin zur Frage der Kautionsleistung (und zur Eingabe des Beschwerdeführers vom 31. August 2010, BG act. 31) nicht angehört habe (KG act. 2 S. 12 f. Erw., III/3.2).

2. Der Beschwerdeführer hält die im angefochtenen Entscheid aufgezeigte Praxis des Obergerichts für gegen das Gesetz verstossend und verweist auf die einschlägige Praxis des Kassationsgerichts. Er hält weiter dafür, dass die Kautionspflicht und nicht die Kautionsauflage Prozessvoraussetzung sei (unter Hinweis auf ZR 85 [1986] Nr. 64). Ein allfälliges Urteil des Bezirksgerichts würde unter einem Nichtigkeitsgrund leiden, da bei Nichterfüllung der Kautionspflicht eine Prozessvoraussetzung nicht gegeben wäre. Allerdings sei die Missachtung der Kautionspflicht ein heilbarer Mangel. Zur Vermeidung eines weiteren Nichtigkeitsgrundes sei dabei auf die Verhältnisse und Tatsachen abzustellen, wie sie bei Einleitung der Klage bestanden hätten (unter Hinweis auf Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 18 zu § 108 ZPO ZH). Die im Zeitpunkt der Klageeinleitung festgestellte Schuld von Fr. 1'740.- sei nicht unbedeutend und die Auflage einer Prozesskaution sei verhältnismässig. Das ratenweise „Abstottern“ der Gerichtskostenschuld durch die Beschwerdegegnerin (vgl. BG act. 32) bestätige vielmehr die Zweifel an deren Zahlungsfähigkeit. Aus diesen Gründen verletze der angefochtene Beschluss einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz (KG act. 1 S. 3 - 5 Ziff. II/1 - 5).

3. Gemäss ständiger Praxis des Kassationsgerichts kommt es für das Bestehen der Kautionspflicht gemäss § 73 Ziff. 4 ZPO ZH auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Eingangs der Klage (oder im Rechtsmittelverfahren des Rechtsmittels) an. Eine spätere Tilgung der Gerichtsschulden beseitigt den Kautionsgrund selbst dann nicht, wenn sie noch vor Erlass der Kautionsauflage erfolgt (Rechenschaftsbericht Kassationsgericht 1986 Nr. 48; bestätigt mit Entscheiden vom 8. September 1995 [Kass.-Nr. 95/129, Erw. II/2c], 26. August 1996 [Kass.-Nr. 96/264, Erw. III/2], 1. November 1999 [Kass.-Nr. 99/181, Erw. II/2] und 16. Juli 2008 [Kass.-Nr. AA070117, Erw. II/5.4]).

Gleich entschied das Handelsgericht mit Bezug auf die nachträgliche Erhöhung einer Prozesskaution. Es erachtete diese als zulässig, selbst wenn die kautionspflichtige Partei in der Zeit zwischen der ursprünglichen Kautonierung und dem Entscheid über die Erhöhung die geschuldeten Gerichtskosten beglichen habe. Das Handelsgericht hielt fest, der Zweck der Norm spreche dafür, dass es genüge, wenn der Kläger bei Eintritt der Rechtshängigkeit Kosten schulde. Sei der Kläger bei Rechtshängigkeit der Klage nicht gewillt bzw. nicht fähig, die Kosten eines anderen Verfahrens rechtzeitig zu bezahlen, dränge sich eine Sicherstellung auf. Am Umstand der schlechten Zahlungsmoral habe sich nichts geändert. Schuld der Kläger bei Klageerhebung Kosten, sei ausgewiesen, dass der Säumige nicht genügend Gewähr für die anstandslose und fristgerechte Tilgung weiterer Prozess- und Parteikosten biete. Die Kaution habe nicht nur sicherzustellen, dass überhaupt gezahlt werde, sondern ebenso, dass rechtzeitig und ohne Mahnungen und Betreibungen die Forderung beglichen werde. Dem Gericht und der Gegenpartei sei es nach dem Zweck der Norm nicht zuzumuten, ohne entsprechende Sicherheitsleistung den Prozess an die Hand zu nehmen (ZR 98 [1999] Nr. 41 S. 183).

Es besteht kein Grund, von der bisherigen Praxis des Kassationsgerichts abzuweichen. Mit der Klageeinleitung ist die Kautionspflicht der Beschwerdeführerin entstanden. Die Kautionsauflage ist eine Folge der Kautionspflicht. Aus dem Umstand, dass das Bezirksgericht auf Grund eines Irrtums oder aus welchen Gründen auch immer mit der entsprechenden Kautionsauflage zuwartete und die Beschwerdegegnerin in der Zwischenzeit die die Kautionspflicht ursprünglich begründende Schuld tilgte, kann die Beschwerdegegnerin nichts zu ihren Gunsten mit Bezug auf den Bestand der Kautionspflicht ableiten.

Es trifft zu, dass es das Bezirksgericht versäumte, die Beschwerdegegnerin zum Schreiben des Beschwerdeführers vom 30. August 2010, womit dieser um Prüfung der Kautionspflicht der Beschwerdegegnerin ersuchte (BG act. 31), Stellung nehmen zu lassen. Dieser Mangel wurde jedoch durch die Rekurschrift der Beschwerdegegnerin (OG act. 2) geheilt, so dass das Obergericht ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdegegnerin die Kautionsauflage des Be-

zirksgerichts hätte bestätigen können. Indem das Obergericht mit dem angefochtenen Entscheid die Kautionsauflage aufhebt, obwohl ein Kautionsgrund vorliegt, verletzt es einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO ZH. Dies führt zur Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses.

4. Das Rekursverfahren ist spruchreif, weshalb von einer Rückweisung der Sache an das Obergericht abzusehen und durch das Kassationsgericht direkt ein Entscheid in der Sache zu treffen ist (§ 291 Satz 2 ZPO ZH).

Der Rekurs ist abzuweisen. Es ist der Beschwerdegegnerin erneut Frist zur Leistung der Prozesskaution für das bezirksgerichtliche Verfahren anzusetzen. Dabei ist zu beachten, dass das Bezirksgericht die Prozesskaution lediglich zur Deckung der die Beschwerdegegnerin allenfalls treffenden Prozessentschädigungen, nicht aber der Gerichtskosten ansetzte (OG act. 3 Dispositiv Ziffer 1 mit entsprechender Begründung S. 4 Erw. 9). Gemäss der massgeblichen Erwägung des bezirksgerichtlichen Beschlusses verteilt sich die Prozesskaution von Fr. 33'000.-- wie folgt: Fr. 30'000.-- zugunsten des anwaltlich vertretenen Beklagten 1 (Beschwerdeführers) und Fr. 3'000.-- zugunsten des anwaltlich nicht vertretenen Beklagten 2 (OG act. 3 S. 4 Erw. 10). Lediglich der Beklagte 1 erhob gegen den angefochtenen Beschluss Nichtigkeitsbeschwerde, so dass der Beschluss mit Bezug auf den Beklagten 2 unangefochten blieb. Es ist deshalb der Beschwerdegegnerin lediglich Frist zur Leistung einer Prozesskaution in Höhe von Fr. 30'000.-- zur Deckung einer allenfalls dem Beschwerdeführer geschuldeten Prozessentschädigung anzusetzen. Entgegen dem Antrag des Beschwerdeführers hat diese Fristansetzung nicht unerstreckbar zu erfolgen. Es kann dem Ermessen des Bezirksgerichts überlassen werden, ob es auf ein allfälliges begründetes Gesuch der Beschwerdegegnerin eine ein- oder auch mehrmalige Erstreckung der Frist bewilligen will.

Dem Ausgang des Rekursverfahrens entsprechend sind dessen Kosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO ZH). Der Beschwerdeführer beantwortete den Rekurs mit einer kurzen Eingabe (OG act. 8). Die Beschwerdegegnerin hat ihm für das Rekursverfahren eine Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO ZH).

### III.

Da die Beschwerdegegnerin im Kassationsverfahren unterliegt, wird sie für dieses kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO ZH, § 68 Abs. 1 ZPO ZH).

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.

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde werden die Dispositiv-Ziffern 1, 3 und 4 des Beschlusses der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. Dezember 2010 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
  1. Der Rekurs der Klägerin wird abgewiesen.  
Der Klägerin wird eine Frist von 20 Tagen ab Zustellung dieses Beschlusses angesetzt, um bei der Bezirksgerichtskasse R für die sie allenfalls treffende Prozessentschädigung an den Beklagten 1 eine Prozesskaution von Fr. 30'000.-- zu leisten, unter der Androhung, dass bei Säumnis auf die Klage gegen den Beklagten 1 nicht eingetreten würde. Für die Modalitäten der Kautionsleistung gelten die Bestimmungen von Dispositiv-Ziffer 2 des Beschlusses des Bezirksgerichts R vom 8. September 2010.
  2. ...
  3. Die Kosten des Rekursverfahrens werden der Klägerin auferlegt.
  4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten 1 für das Rekursverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 400.-- zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 1'900.--.

3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'000.-- zuzüglich 7,6 % Mehrwertsteuer (Fr. 76.--) 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. 30'000.--.

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Bezirksgericht R, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: