

Sachverhalt:

Nachdem der Konkurs über die beklagte GmbH mangels Aktiven eingestellt und das Konkursverfahren, da kein Gläubiger die Durchführung verlangt und eine Kostengutsprache geleistet hatte, endgültig geschlossen worden war, schrieb die Vorinstanz den Prozess als gegenstandslos geworden ab. Der Praxis in derartigen Fällen entsprechend, auferlegte die Vorinstanz die Verfahrenskosten dem Kläger und sprach keine Prozessentschädigungen zu. Der Kläger erhob Rekurs und anschliessend Nichtigkeitsbeschwerde. Sowohl das Ober- als auch das Kassationsgericht halten an der erwähnten Praxis fest.

Aus den Erwägungen des Obergerichts:

«II.2. Der Kläger verweist zur Begründung des Rekurses zunächst auf § 65 Abs. 1 ZPO, wonach die Kosten eines gegenstandslos gewordenen Prozesses nach freiem Ermessen zu verlegen sind. Für diesen Entscheid sei insbesondere zu berücksichtigen, wer die Gegenstandslosigkeit veranlasst habe, wer im Prozess voraussichtlich obsiegt hätte und welche Partei den Prozess veranlasst habe. Darauf bezugnehmend führt der Kläger aus, dass einerseits die Beklagte die Gegenstandslosigkeit veranlasst habe und andererseits die Aktenlage erdrückend für die klägerische Rechtsposition spreche. Die vorinstanzliche Argumentation, es seien die Kosten dem Kläger aufzuerlegen, weil dieser den Prozess veranlasst habe, kritisiert der Kläger unter verschiedenen Aspekten: Zunächst sei es falsch, sich auf den formalen Akt der Klage zu beschränken, wenn man die Frage der Veranlassung prüfe. Der Prozess sei vielmehr durch den unbegründeten Zahlungsunwillen der Beklagten veranlasst, d.h. durch diese provoziert worden. Die Kostenaufgabe an den Kläger widerspreche zudem der Rechtsgleichheit, weil einem Beklagten die Kosten auch nicht auferlegt würden, wenn der über den Kläger eröffnete Konkurs mangels Aktiven eingestellt werde. Es sei sodann nicht einzu- sehen, warum der Staat besser gestellt sein solle als die anderen Gläubiger im mangels Aktiven eingestellten Konkurs der Beklagten, indem er sich bei einem Ersatzschuldner - dem Kläger - gütlich tun könne. Schliesslich ist der Kläger der Ansicht, die von der Vorinstanz angewandte Praxis widerspreche der Logik von

§ 81 ZPO, welcher den Staat gegenüber der Gegenpartei benachteilige, wenn sich eine Kautionsleistung als zu niedrig erweise.

3. a) Die klägerischen Argumente gehen letztlich alle an der Sache vorbei. Es ist zwar durchaus richtig, dass die Beklagte die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens veranlasst hat, und es mag sein, dass der Kläger - wenn denn der Prozess durchgeführt worden wäre - obsiegt hätte. Diese Argumente wären aber nur dann brauchbar, wenn die Verfahrenskosten der Beklagten auferlegt werden könnten (vgl. dazu die auch vom Kläger zitierten Kommentatoren Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N. 1 ff. zu § 65 ZPO). Gerade das - eine Kostenaufgabe an die Beklagte - ist aber bei der vorliegenden Konstellation eben gerade nicht möglich (und wird vom Kläger auch nicht beantragt). Nach der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven ist bei der Beklagten kein Haftungssubstrat mehr vorhanden und wird diese nächstens (vgl. dazu Art. 66 Abs. 2 HRegV) im Handelsregister gelöscht.

b) Der Kläger bleibt eine Erklärung schuldig, wieso angesichts dieser Umstände der Staat den Kostenausfall tragen solle. Diese Frage beurteilt sich nicht nach § 65 Abs. 1 ZPO, sondern nach § 66 Abs. 2 ZPO, demgemäss die Kosten (nur) dann auf die Gerichtskasse genommen werden können, wenn sie von keiner Partei veranlasst worden sind. Dies ist etwa dann der Fall, wenn eine Rechtsmittelinstanz einen fehlerhaften, von keiner Partei beantragten Entscheid der Vorinstanz aufhebt oder wenn ein Rechtsmittelverfahren durch eine unzutreffende Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz veranlasst wird (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N. 5 f. zu § 66 ZPO). Ein Anwendungsfall dieser Grundsätze kann durchaus auch im vom Kläger angeführten § 81 ZPO erblickt werden: Wenn ein Gericht eine zu tiefe Kautionsleistung verlangt, hat dieses letztlich zu vertreten, dass die Kautionsleistung sich als unzureichend erweist, und deshalb ist es auch gerechtfertigt, dass ein allfälliger Ausfall in erster Linie die Gerichtskasse trifft.

c) Vorliegend präsentiert sich die Sachlage indessen grundlegend anders; das Gericht hat die zur Diskussion stehenden Prozesskosten in keiner Weise veranlasst. Der Kläger hat den Prozess angehoben und Vorkehren des Gerichts notwendig gemacht; er hat die Justiz in Anspruch genommen, um zu seinem be-

haupteten Recht zu kommen. Damit muss auch er die Folgen davon tragen, wenn er aus irgend einem Grund nicht an das von ihm anvisierte Ziel gelangt. Dass in einem solchen Fall der Staat die Kosten übernehmen müsste, liesse sich weder sachlich rechtfertigen noch bestünde dafür eine gesetzliche Grundlage. Die Kostenaufgabe hat denn auch keine Straffunktion und setzt entsprechend auch kein Verschulden dessen voraus, dem sie aufzuerlegen sind. Die Kosten sind immer dem Kläger als Veranlasser des Prozesses aufzuerlegen, wenn sie nicht dem Beklagten auferlegt werden können (§§ 64, 65 und 66 Abs. 1 ZPO) oder auf die Gerichtskasse zu nehmen sind (§ 66 Abs. 2 ZPO). Das gehört zum Prozessrisiko eines Klägers.

4. An der langjährigen, von der Vorinstanz herangezogenen und vom Kläger kritisierten Rechtsprechung ist deshalb festzuhalten. Die Vorinstanz hat die Kosten des nach der mangels Aktiven erfolgten Einstellung des Konkurses über die Beklagte als gegenstandslos geworden abgeschriebenen Prozesses zurecht dem Kläger auferlegt (ZR 76 Nr. 125; 75 Nr. 89; 50 Nr. 2 S. 8; 40 Nr. 23). Der Rekurs ist deshalb abzuweisen.»

Das Kassationsgericht schützte die obergerichtlichen Erwägungen und stellte zusätzlich die folgenden Überlegungen an:

«II.4.1. Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, die Vorinstanz habe klares materielles Recht sowie einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt, indem sie dem Beschwerdeführer vorhalte, er sei eine Erklärung dafür schuldig geblieben, weshalb der Staat und nicht der Beschwerdeführer die Kosten des Prozesses tragen solle, nachdem er in mehrfacher Hinsicht das Gleichheitsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 BV ins Feld geführt habe und die Vorinstanz einfach darüber hinweg gegangen sei. So habe er ausgeführt, dass bei umgekehrter Konstellation, also bei Konkurs des Klägers eine Kostenaufgabe an den Beklagten nicht möglich sei, da dieser offensichtlich kein Prozessrisiko zu tragen habe. Der Kläger und der Beklagte würden durch diese Kostenaufgabe somit ungleich behandelt, obwohl deren Rolle im Prozess gleichgewichtig sei. Das Gleichheitsgebot lasse somit die Auslegung von § 65 Abs. 1 ZPO gemäss der zürcherischen Rechtsprechung nicht

zu. Im selben Zusammenhang macht der Beschwerdeführer ferner geltend, die Kostenaufgabe an den Kläger als potenterer Partei (und damit einzig aus Gründen der Eintreibbarkeit) verletze den Grundsatz, dass Bundesrecht kantonales Recht breche, nachdem das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht die Durchsetzung und Eintreibung von Geldschulden abschliessend regle. Mit der vorliegenden Regelung sei der Staat besser gestellt als andere Gläubiger im Konkurs des Beklagten, welcher mangels Aktiven eingestellt werde, indem er sich bei einem Ersatzschuldner (dem Kläger) gütlich tun könne. Diese Besserstellung sei willkürlich im Sinne von Art. 9 BV und der Richter überschreite sein Ermessen. Sodann hätten

- wenn der Konkurs der Beklagten nicht mangels Aktiven eingestellt worden wäre - die Kosten des Verfahrens (bei Anerkennung der Forderung) der Konkursmasse auferlegt werden müssen und der Kanton Zürich wäre dann gegenüber andern Gläubiger nicht bevorzugt worden, obwohl ein Totalausfall möglich wäre. Schliesslich führt der Beschwerdeführer noch an, die vorliegende Kostenaufgabe sei krass ungerecht, wenn man bedenke, wer alles die Justiz in Anspruch nehme und deren Leistungen nicht bezahle (Straftäter, unentgeltliche Prozessführung etc.). Wer zu Recht die Hilfe des Staates in Anspruch nehme, dürfe nicht auf den Kosten des Prozesses sitzen bleiben. In diesem Zusammenhang habe die Vorinstanz die Begründungspflicht verletzt, indem sie nicht auf diese Rüge der Verletzung von Art. 9 BV eingegangen sei.

4.2. Der Gleichheitsgrundsatz gemäss Art. 8 BV gebietet, Gleiches gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Verschiedenheit ungleich zu behandeln, wobei sich die Ungleich- bzw. Gleichbehandlung auf wesentliche Tatsachen beziehen muss. Ungleichbehandlungen sind erlaubt, wenn diese mit ernsthaften sachlichen Gründen gerechtfertigt werden können, d.h. wenn die Situationen, in denen sich zwei oder mehrere Personen oder Gruppen befinden, in wichtigen Aspekten derart verschieden sind, dass sich im Hinblick auf den Regelungszweck eine unterschiedliche Behandlung aufdrängt (vgl. zum Ganzen etwa R.J. Schweizer, Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Hrsg. Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Zürich/Basel/Genf 2002, N 12 ff. und N 21 ff. zu Art. 8 BV). Aus der Begründung der Vorinstanz geht sodann klar hervor, dass die-

se das Unterscheidungskriterium darin sah, dass der Kläger - im Gegensatz zum Beklagten und zum Staat - das allgemeine Prozessrisiko trägt und diesem als Veranlasser des Prozesses die Kosten immer dann aufzuerlegen sind, wenn sie nicht dem Beklagten auferlegt werden können (§§ 64,65 und 66 Abs. 1 ZPO) oder auf die Gerichtskasse zu nehmen sind (§ 66 Abs. 2 ZPO). Dass der Beklagte grundsätzlich nicht im gleichen Umfang als Veranlasser eines Prozesses verstanden werden kann, ergibt sich zwangsläufig daraus, dass er die Justiz nicht von sich aus in Anspruch genommen hat. Dies gilt auch dann, wenn er allenfalls durch sein Verhalten (z.B. fehlender Zahlungswillen) der Auslöser dafür gewesen sein mag, dass der Kläger den Prozess überhaupt anhob. Insofern kann entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers die Rolle von Kläger und Beklagten im Prozess nicht als gleichgewichtig angesehen werden.

Sodann geht auch die weitere Argumentation des Beschwerdeführers fehl, wonach die Vorinstanz gemäss der Prozessordnung die Prozesskosten einzig aus Gründen der Eintreibbarkeit als einziges Kriterium dem Kläger als finanziell potenteren Partei auferlegt habe. Von der Vorinstanz wurde - wie dargelegt - ausgeführt, dass der Beschwerdeführer als Kläger der Veranlasser des Prozesses war und das allgemeine Prozessrisiko zu tragen hatte. Zudem wurden nicht einfach dem Kläger als potenteren Partei die Kosten auferlegt, sondern es wurde erwogen, dass dem Beklagten und Beschwerdegegnerin keine Kosten auferlegt werden könnten, da zufolge der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven eben gar kein Haftungssubstrat mehr vorhanden sei bzw. die Beschwerdegegnerin nächstens im Handelsregister gelöscht werde. Diese Konstellation rechtfertigt sodann auch eine andere Behandlung als der Fall, da der Konkurs durchgeführt wird. Bei Durchführung des Konkurses gibt es eben (zumeist) genügend Aktiven, um eine Dividende zu erzielen, d.h. es ist noch Haftungssubstrat vorhanden. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich auch der Beschwerdeführer (als Gläubiger) selbst in der Hand gehabt hätte, durch Bezahlung des Kostenvorschusses die Durchführung des Konkurses (Art. 230 SchKG) auszulösen (was er allerdings vernünftigerweise zufolge des grossen Kostenrisikos unterlässt, wenn er die Einschätzung des Konkursamtes bezüglich fehlender Aktiven teilt bzw. nicht besser beurteilen kann). Damit ist auch gesagt, dass der Kläger und Beschwerdeführer

nicht einfach als "Ersatzschuldner" der Gerichtskosten herangezogen wurde, wie der Beschwerdeführer dies geltend macht, sondern als Veranlasser des Prozesses. Eine willkürliche Rechtsanwendung bzw. eine Ermessensüberschreitung kann in der vorinstanzlichen Begründung nicht gesehen werden. Zudem hat die Vorinstanz klar begründet, weshalb vorliegend die Unterscheidung vorgenommen wurde, und dass der Kläger und Beschwerdeführer als Träger des allgemeinen Prozessrisikos kostenpflichtig wurde. Implizit ging sie damit auch davon aus, dass diese Vorgehensweise sachlich begründet und gerechtfertigt und somit nicht willkürlich sei. Eine Verletzung der Begründungspflicht (indem die Vorinstanz nicht auf den Vorwurf der Verletzung von Art. 9 BV eingegangen sei) liegt damit ebenfalls nicht vor.»

Beschluss des Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 21. Mai 2003 und Beschluss des Kassationsgericht des Kantons Zürich vom 4. Dezember 2003