

### **Art. 327 ZPO. Heilung eines Mangels im Beschwerdeverfahren.**

*Heilung von Verfahrensmängeln (wie die Verletzung des rechtlichen Gehörs) im Beschwerdeverfahren ist bei gleicher Kognition zulässig.*

Der Klägerin wurde von der Vorinstanz – auf Antrag der Beklagten – gestützt auf Art. 73 ZPO/ZH ein Kostenvorschuss auferlegt, ohne ihr hierzu vorab Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen. Damit hatte die Vorinstanz das Recht der Klägerin auf Gewährung des rechtlichen Gehörs verletzt, was von dieser im Beschwerdeverfahren gerügt wurde. Das Obergericht hiess die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde gut, sah indes von einer Rückweisung aufgrund eines schweren Verfahrensfehlers ab und entschied neu in der Sache.

Aus den Erwägungen:

(...)

3.1.2 a) Die Kautionsauflage ist keine Zwangsvollstreckungsmassnahme, sondern begründet eine Prozessvoraussetzung (§ 108 ZPO/ZH). Daher ist sie von Amtes wegen zu prüfen und gegebenenfalls anzuordnen. Die dafür erheblichen Tatsachen sind von Amtes wegen festzustellen (§ 80 ZPO/ZH, ZR 70 Nr. 26). Dabei sind die Verhältnisse im Zeitpunkt massgebend, in welchem über die Kautionsauflage entschieden wird, wobei dies auch während des Prozesses geschehen kann. Ist aber die Kautionspflicht eine Prozessvoraussetzung, ist der Mangel ihrer Missachtung selbst noch im Rechtsmittelverfahren heilbar (ZR 85 Nr. 64, Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 f. zu § 73 ZPO/ZH). Letzteres muss umso mehr für denjenigen Fall gelten, bei welchem die Vorinstanz eine Kautionspflicht auferlegt hat, wo – wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird – keine besteht. Vorliegend ist sodann zu beachten, dass die Frage der Kautionspflicht nicht das Prozessrechtsverhältnis zwischen den Parteien, sondern dasjenige zwischen einer Partei und dem Staat beschlägt. Damit hätte die Vorinstanz diese Frage der Kautionspflicht unabhängig davon, ob die Beklagten eine solche beantragen oder nicht und ob sich die Klägerin hierzu äussert oder nicht, von sich aus und von Amtes wegen zu klären gehabt.

Nachdem vorliegend aber die Beklagten den Antrag gestellt und zu dessen Begründung Behauptungen aufgestellt haben, wäre die Vorinstanz einerseits verpflichtet gewesen, diesen der Klägerin vorab zur Stellungnahme zuzustellen, andererseits von sich aus die notwendigen Abklärung vorzunehmen. Inwiefern die Vorinstanz letzteres getan hat, geht aus den Akten nicht hervor. Indem sie aber der Klägerin keine Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat, hat sie deren Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs verletzt.

ba) Dennoch aber kann von einer Rückweisung an die Vorinstanz abgesehen werden: Entgegen der Ansicht der Beklagten kann die Beschwerdeinstanz anstelle einer Rückweisung die Sache gleich selber entscheiden, sofern sie spruchreif ist (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO). Spruchreif ist die Sache, wenn die Beschwerdeinstanz über alle für einen Sachentscheid notwendigen Grundlagen verfügt und kein weiteres Beweisverfahren notwendig ist. Spruchreife wird in der Praxis sodann regelmässig dann vorliegen, wenn die Beschwerdeinstanz ausschliesslich Rechtsfragen zu entscheiden hat (Freiburghaus/Afheldt in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 11 zu Art. 327 ZPO).

Zwar ist eine Rückweisung an die erste Instanz bei schwerwiegenden Verfahrensmängeln geboten (was bei der Verletzung des rechtlichen Gehörs durchaus der Fall ist). Dies gilt unabhängig von der Frage, ob ein Fall spruchreif ist, es sei denn, der Mangel könne ausnahmsweise im Rechtsmittelverfahren geheilt werden (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 11 zu Art. 327 ZPO mit Verweis auf A. Staehelin/D.Staehelin/P. Grolimund, Zivilprozessrecht nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen, Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 57 zu § 10 Prozessgrundsätze). Der Mangel kann in der Regel dann durch nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs geheilt werden, wenn die Kognition der Rechtsmittelinstanz gegenüber derjenigen der Vorinstanz nicht eingeschränkt ist und der betroffenen Partei kein Nachteil erwächst (A. Staehelin/D.Staehelin/P. Grolimund, a.a.O., Rz 57 zu § 10).

bb) Dies ist vorliegend der Fall. Zwar hat die Beschwerdeinstanz an sich nicht volle Kognition, doch hat sie ebenso wie die Vorinstanz das Recht von Amtes wegen anzuwenden (Art. 57 ZPO), weshalb sie ebenso wenig an eine unvoll-

ständige oder irrige rechtliche Begründung der Parteien gebunden ist wie die Vorinstanz. Da vorliegend lediglich eine Rechtsfrage zu beurteilen ist, nämlich ob gemäss dem Schweizerisch-britischen Abkommen über Zivilprozessrecht Kautionsleistung zu leisten ist oder nicht, hat die Beschwerdeinstanz dieselbe Kognition wie die Vorinstanz. Sodann haben sich vorliegend beide Parteien zur Sache geäußert (Beide Parteien sind sich darin einig, dass die Klägerin Schweizerin und keine Doppelbürgerin ist. Sodann ist auch die Anwendbarkeit des Schweizerisch-britischen Abkommens über Zivilprozessrecht vom 3. Dezember 1937 zwischen den Parteien unbestritten.) und es liegen alle für einen Sachentscheid notwendigen Grundlagen vor. Schliesslich ist vorliegend insbesondere zu beachten, dass die betroffene Partei einen Antrag auf Entscheidung durch die Rechtmittelinstanz stellte und sie durch einen solchen direkten Entscheid auch keinen Nachteil erleidet. Es ist denn auch im Sinne der Prozessökonomie und im Lichte des verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgrundsatzes, welcher einen zügigen Verfahrensablauf gewährleisten soll, zulässig, dass die Beschwerdeinstanz einen neuen Entscheid trifft, auch wenn dadurch das Gebot der Wahrung des (vollen) Instanzenzugs nicht eingehalten wird. Schliesslich liegt es im Ermessen der Beschwerdeinstanz, ob sie in der Sache neu entscheidet oder die Sache an die erste Instanz zurückweist. Entscheidet sie neu, tritt sie an die Stelle der Vorinstanz und urteilt mit voller Kognition (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 11 f. zu Art. 327 ZPO).

3.1.3 Damit erübrigt sich vorliegend entgegen der Ansicht der Beklagten eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, zumal es sich um eine rein rechtliche Frage handelt.

(...)

Obergericht, I. Zivilkammer

Urteil vom 4. Mai 2012 (Geschäfts Nr. RB11047)