

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RB200022-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur.  
R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

## **Beschluss und Urteil vom 8. Februar 2023**

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_ AG,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Forderung, Architekturvertrag und Rückforderung (Kosten und Entschädigung)**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 8. Juli 2020;  
Proz. CG130041**

**Urteil und Beschluss des Bezirksgerichtes Meilen:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr des erstinstanzlichen Verfahrens wird festgesetzt auf  
CHF 65'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:  
CHF 440.00 Kosten des Beweisverfahrens (Zeugenentschädigung)  

---

**CHF 65'440.00 Gerichtskosten total.**
3. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden der Klägerin auferlegt.  
  
Es wird davon Vormerk genommen, dass von den Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens CHF 45'000.– bereits getilgt sind. Darüber hinaus und soweit ausreichend werden sie aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen für das Beweisverfahren von insgesamt CHF 6'300.– bezogen.  
  
Demgemäss wird die Klägerin verpflichtet, der Gerichtskasse noch einen Betrag von CHF 14'140.– zu bezahlen.
4. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens in der Höhe von CHF 20'000.– werden der Klägerin auferlegt.  
  
Es wird davon Vormerk genommen, dass die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens vollständig getilgt sind.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von CHF 85'000.– (zzgl. 7.6 % MwSt. auf CHF 45'600.–, 8 % MwSt. auf CHF 19'700.– und 7.7 % MwSt. auf CHF 19'700.–) zu bezahlen.  
  
Es wird davon Vormerk genommen, dass von der Prozessentschädigung für das erstinstanzliche Verfahren CHF 57'000.– bereits getilgt sind.
6. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten (für das zweitinstanzliche Verfahren) eine Prozessentschädigung von CHF 16'000.– (zzgl. 8 % MwSt.) zu bezahlen.
7. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten den von ihr geleisteten Kostenvorschuss für das Beweisverfahren von CHF 1'500.– zurückzuerstatten.
- 8./9. Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung.

### **Beschwerdeanträge:**

der Beklagten und Beschwerdeführerin (act. 252 S. 2):

- "1. Es sei Dispositiv Ziff. 3 Abs. 2 [des Entscheids des Bezirksgerichts Meilen vom 8. Juli 2020] aufzuheben.
2. Es sei Dispositiv Ziff. 5 mit einem dritten Absatz wie folgt zu ergänzen:  
*Die Gerichtskasse wird angewiesen, der Beklagten die Prozessentschädigung gemäss Abs. 1 und 2 aus den von der Klägerin geleisteten Kostenvorschüssen zu bezahlen.*
3. Es sei Dispositiv Ziff. 6 mit einem zweiten Absatz wie folgt zu ergänzen:  
*Die Gerichtskasse wird angewiesen, der Beklagten die Prozessentschädigung gemäss Abs. 1 aus den von der Klägerin geleisteten Kostenvorschüssen zu bezahlen.*
4. Es sei Dispositiv Ziff. 7 aufzuheben und wie folgt neu zu fassen:  
*Die Gerichtskasse wird angewiesen, der Beklagten den von ihr geleisteten Kostenvorschuss für das Beweisverfahren von CHF 1'500.- zurückzuerstatten.*
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zzgl. MwSt., zu lasten der Beschwerdegegnerin."

### **Erwägungen:**

#### **I.**

1. Im Zentrum des vorliegenden Beschwerdeverfahrens steht die Frage, ob das Bezirksgericht Meilen im Entscheid vom 8. Juli 2020 im Rahmen der Liquidation der Prozesskosten (Gerichtskosten und Prozessentschädigungen) die von der Klägerin geleisteten Kautionen und Vorschüsse richtig verwendet hat.

2. Im Jahr 2008 erhob die Klägerin und Beschwerdegegnerin des vorliegenden Verfahrens (fortan Klägerin) beim Bezirksgericht Meilen eine Forderungsklage gegen die Beklagte und Beschwerdeführerin (fortan Beklagte; vgl. act. 1, 4 und 9, Prozess-Nr. CG080021). Mit Urteil vom 22. November 2011 wies das Bezirksgericht Meilen (fortan Vorinstanz) die Klage ab, soweit sie nicht als durch

Rückzug erledigt abgeschrieben wurde (act. 111). Die dagegen erhobene Berufung der Klägerin wies die Kammer mit Entscheid vom 27. August 2012 ab und bestätigte das angefochtene Urteil der Vorinstanz (act. 124/125, Prozess-Nr. LB120002). Das Bundesgericht hiess die von der Klägerin gegen das Urteil der Kammer erhobene Beschwerde mit Urteil vom 20. Februar 2013 (BGer 4A\_591/2012) teilweise gut, hob das angefochtene Urteil auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung an die Kammer zurück (act. 124/136). In Nachachtung des bundesgerichtlichen Entscheids hiess die Kammer mit Beschluss vom 27. Mai 2013 die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der Vorinstanz vom 22. November 2011 gut, hob dieses auf (mit Ausnahme der bereits in Rechtskraft erwachsenen teilweisen Abschreibung des Verfahrens), und wies die Sache zur Ergänzung des Verfahrens, insbesondere zur Durchführung eines Beweisverfahrens, und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück (act. 125/140 Prozess-Nr. LB130021). Diese führte das Verfahren (neu) unter der Geschäfts-Nr. CG130041 weiter. Nach durchgeführtem Beweisverfahren wies die Vorinstanz die Klage mit Entscheid vom 8. Juli 2020 ab und regelte die Kosten- und Entschädigungsfolgen im vorstehend wiedergegebenen Sinne (vgl. act. 243 = act. 254). Gegen diesen Entscheid haben beide Parteien ein Rechtsmittel ergriffen.

3. Mit Eingabe vom 28. August 2020 (Poststempel) erhob die Beklagte unter Berücksichtigung des Fristenstillstands vom 15. Juli bis 15. August 2020 (Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO) innert Frist (Kosten-)Beschwerde bei der Kammer (act. 252; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 244/1). Der Eingang der Beschwerde wurde den Parteien angezeigt (act. 256/1-2). Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1-250).

4. Die Klägerin hatte ihrerseits bei der Kammer Berufung gegen das Urteil der Vorinstanz vom 8. Juli 2020 erheben lassen. Das Berufungsverfahren wurde unter der Geschäfts-Nr. LB200030 geführt.

5. Nachdem sich ein länger dauerndes Berufungsverfahren abzeichnete, wurde den Parteien mit Verfügung vom 1. Februar 2021 Frist angesetzt, um zur gerichtlichen Sistierung des Beschwerdeverfahrens eine freigestellte Stellungnahme einzureichen. Sodann wurde die Prozessleitung delegiert (act. 257). B.\_\_\_\_\_,

einziges Mitglied des Verwaltungsrates der Klägerin mit Einzelunterschrift (vgl. act. 255), wandte sich in der Folge mit diversen Eingaben (vom 13. Februar 2021 act. 259 und Beilagen act. 260/A-B, vom 19. Februar 2021 act. 261 und Beilage act. 262/A-B sowie 1. März 2021 act. 264) an die Kammer. Er beanstandete die Prozessführung, machte unaufgefordert Ausführungen zur Sache, lehnte eine Sistierung ab und beantragte die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Die Beklagte liess die Frist zur Stellungnahme ungenutzt verstreichen. Mit Verfügung vom 23. März 2021 wurde u.a. das vorliegende Beschwerdeverfahren bis zur Erledigung des obergerichtlichen Berufungsverfahrens LB200030 sistiert (act. 265, zur detaillierten Prozessgeschichte s. S. 3 f.). Das Gesuch der Beklagten vom 30. März 2021 um Wiedererwägung der Sistierungsverfügung (der Klägerin sei zunächst Frist für die Beschwerdeantwort anzusetzen und das Verfahren erst hernach bis zur Erledigung des Berufungsverfahrens zu sistieren, vgl. act. 267 S. 3) wies die Kammer mit Verfügung vom 6. April 2021 ab (act. 268).

6. Von der Forderung nach einem Prozesskostenvorschuss wurde ebenso abgesehen wie von der Einholung einer Beschwerdeantwort (Art. 322 Abs. 1 ZPO); letzteres, weil die Klägerin durch den vorliegenden Entscheid insofern nicht beschwert ist, als die Höhe der von ihr zu tragenden Prozesskosten gemäss angefochtenem Entscheid und damit die Höhe ihrer Nachzahlungspflicht im Ergebnis unverändert bleibt (vgl. nachstehend Ziff. II.1.4.1 letzter Absatz und Ziff. II.4.2.2-3). Ein Doppel der Beschwerdeschrift (act. 252) wurde der Klägerin ausgehändigt (act. 263).

7. Mit Urteil vom 8. Februar 2023 wurde die Berufung im Verfahren LB200030 abgewiesen und das Urteil der Vorinstanz vom 8. Juli 2020 bestätigt. Ebenfalls bestätigt wurde das vorinstanzliche Kostendispositiv gemäss den Ziffern 2, 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 und 2, 5 Abs. 1 und 2 sowie 6 (von act. 254; vgl. act. 270). Das vorliegende Verfahren ist spruchreif.

## II.

1.1 Im erstinstanzlichen Verfahren CG080021 (vgl. vorstehend Ziff. I.2) hatte die Klägerin gestützt auf § 73 Ziff. 3 und 4 ZPO/ZH Prozesskautionen im Umfang von Fr. 75'000.– und Fr. 37'400.– (total Fr. 112'400.–) zu leisten (vgl. act. 30 und act. 88A). Die Vorinstanz regelte mit Klageabweisung vom 22. November 2011 die Kosten- und Entschädigungsfolgen dahingehend, dass die Gerichtskosten soweit ausreichend aus den von der Klägerin geleisteten Prozesskautionen bezogen werden und die der Beklagten zugesprochene Prozessentschädigung von Fr. 57'000.– (zzgl. Mehrwertsteuer) aus den klägerischen Prozesskautionen ausgerichtet wird (vgl. act. 111 S. 31 f.).

1.2 Von der klägerischen Prozesskaution (total Fr. 112'400.–) überwies die Zentrale Inkassostelle der Gerichte am 22. April 2013 Fr. 57'000.– (ohne Mehrwertsteuerzuschläge) an die Beklagte und bezog Fr. 45'000.– für die Gerichtskosten. Dies wurde der Klägerin mit Schreiben vom 13. Mai 2013 angezeigt und ihr bzw. ihrem damaligen Rechtsvertreter hernach der verbleibende Kautionsbetrag von Fr. 10'400.– retourniert (act. 242/1-2).

1.3 Nach erfolgreicher Anfechtung des vorerwähnten Urteils vom 22. November 2011 und Rückweisung der Sache (zunächst durch das Bundesgericht an die Kammer und) von der Kammer an die Vorinstanz mit Rückweisungsbeschluss vom 27. Mai 2013 (vgl. vorstehend Ziff. I.2) wurde die Entscheidegebühr für das Berufungsverfahren LB130021 auf Fr. 20'000.– festgesetzt und mit dem von der Klägerin im Berufungsverfahren geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Prozessentschädigung für das Berufungsverfahren wurde auf Fr. 16'000.– zzgl. 8% MwSt, total Fr. 17'280.–, festgesetzt. Der Entscheid über die Verteilung der Prozesskosten wurde dem neuem Entscheid der Vorinstanz vorbehalten (act. 125/140 S. 13).

1.4.1 In der Folge wies die Vorinstanz die Forderungsklage der Klägerin mit Entscheid vom 8. Juli 2020 ab (Prozess-Nr. CG130041). Die Kosten- und Entschädigungsfolgen des *erstinstanzlichen Verfahrens* regelte die Vorinstanz wie eingangs dargelegt. Die von der Klägerin zu zahlenden Gerichtskosten wurden

auf total Fr. 65'440.– festgesetzt, davon Vormerk genommen, dass die Kosten im Umfang von Fr. 45'000.– bereits getilgt sind (bezogen aus der klägerischen Prozesskaution, vgl. Ziff. II.1.2) und darüber hinaus aus den von den Parteien geleisteten Vorschüssen für das Beweisverfahren von total Fr. 6'300.– bezogen werden (zwecks Sicherstellung der Kosten des Beweisverfahrens [Zeugeneinvernahmen] hatte die Klägerin gestützt auf § 83 Abs. 1 ZPO/ZH einen Kostenvorschuss von Fr. 4'800.– und die Beklagte einen solchen von Fr. 1'500.– zu leisten [vgl. act. 174 S. 135, act. 180 und act. 184]). Die Klägerin wurde verpflichtet, der Gerichtskasse noch den Restbetrag von Fr. 14'140.– zu bezahlen (act. 254 Dispositivziffern 2 und 3 Abs. 1 - 3).

Des Weiteren wurde die Klägerin verpflichtet, der Beklagten für das *erstinstanzliche Verfahren* eine Prozessentschädigung von Fr. 85'000.– (zzgl. 7.6 % MwSt auf Fr. 45'600.–, 8 % MwSt auf Fr. 19'700.– und 7.7 % MwSt auf Fr. 19'700.–) zu bezahlen, wobei vorgemerkt wurde, dass Fr. 57'000.– bereits getilgt sind (bezogen aus der klägerischen Prozesskaution, vgl. Ziff. II.1.2; act. 254 Dispositivziffer 5 Abs. 1 und 2).

Sodann wurde die Klägerin verpflichtet, der Beklagten den von ihr geleisteten Vorschuss für das Beweisverfahren von Fr. 1'500.– zurückzuerstatten (act. 254 Dispositivziffer 7).

Damit wurden für das *erstinstanzliche Verfahren* von den Kauttionen und Vorschüssen der Klägerin total Fr. 106'800.– (Fr. 45'000.– + Fr. 57'000.– + Fr. 4'800.–) für die Prozesskosten (Gerichtskosten und Prozessentschädigung) bezogen und hatte die Klägerin noch eine Nachzahlungspflicht im Umfang von total **Fr. 50'198.50** (Fr. 14'140.– [nicht gedeckte Gerichtskosten] + Fr. 28'000.– zzgl. Fr. 6'558.50 MwSt [nicht gedeckte Prozessentschädigung] + Fr. 1'500.– [zurückzuerstattender beklagtischer Barvorschuss]).

1.4.2 Die Gerichtskosten für das *zweitinstanzliche Verfahren* mit der Prozess-Nr. LB130021 (Rückweisungsentscheid der Kammer vom 27. Mai 2013, vgl. vorstehend Ziff. II.1.3) im Betrag von Fr. 20'000.– wurden der Klägerin auferlegt und es wurde vorgemerkt, dass diese Kosten vollständig getilgt sind (bezogen

aus dem klägerischen Vorschuss im Berufungsverfahren LB130021). Sodann wurde die Klägerin verpflichtet, der Beklagten für das *zweitinstanzliche Verfahren* mit der Prozess-Nr. LB130021 eine Prozessentschädigung in Höhe von Fr. 16'000.– zzgl. 8 % MwSt zu bezahlen (act. 254 Dispositivziffern 4 Abs. 1 und 2 sowie 6).

2. Die Höhe der von der Vorinstanz im Urteil vom 8. Juli 2020 zugesprochenen Prozessentschädigungen für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren wurde von der Beklagten nicht beanstandet (act. 252 S. 3). Sie rügt einzig die Liquidation der Prozesskosten und macht unrichtige Rechtsanwendung geltend (Art. 320 lit. a ZPO; § 81 und § 83 ZPO/ZH). Im Kern bringt sie vor, die von der Klägerin im Prozess geleisteten Kautionen und Vorschüsse hätten primär für die Deckung der ihr zugesprochenen Prozessentschädigungen verwendet werden müssen und erst hernach für die Deckung der Gerichtskosten. Sodann habe der von ihr geleistete Barvorschuss für das erstinstanzliche Beweisverfahren nicht zur Deckung der der Klägerin auferlegten Gerichtskosten verwendet werden dürfen (act. 252 S. 2 ff.).

2.1 Die Beklagte lässt zusammenfassend vorbringen, aufgrund der Einleitung des Prozesses im Jahre 2008 habe für das erstinstanzliche Verfahren – auch nach erfolgter Rückweisung durch das Bundes- und Obergericht – in verfahrensmässiger Hinsicht die Zivilprozessordnung des Kantons Zürich Geltung gehabt. Aufgrund zweier Anträge der Beklagten, mit welchen sie die Sicherstellung ihrer Prozessentschädigung verlangt habe, sei die Klägerin mit Beschlüssen der Vorinstanz vom 17. Dezember 2008 und 12. Januar 2011 gestützt auf § 73 Ziff. 3 und 4 ZPO/ZH verpflichtet worden, eine Prozesskaution von total Fr. 112'400.– zu leisten. Zumindest im letzten Beschluss habe die Vorinstanz die Kautionshöhe – niedriger als von der Beklagten beantragt – mit Verweis auf die aAnwGebV berechnet. Es sei stossend und widerspreche auch dem für das Gericht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben gemäss § 50 Abs. 1 ZPO/ZH und Art. 5 Abs. 3 BV, wenn das Gericht am Ende des Prozesses mit der von der Klägerin geleisteten Kautionshöhe zuerst die Gerichtskosten decke, obschon sich die Kautionshöhe als unzureichend erweise, weil das Gericht während der Prozessdauer entgegen den beklagten

Anträgen zu tiefe Kautionen festgesetzt habe. Damit werde das Inkassorisiko der Beklagten zugeschoben, obschon das Gericht dieses Risiko durch seine ungenügenden Kautionsbeschlüsse und das weitere Eintreten auf die Klage überhaupt geschaffen habe. Das Inkassorisiko sei evident. Die Klägerin sei schon im erstinstanzlichen Verfahren als zahlungsunfähig erschienen, sie sei inaktiv und habe im Februar 2020 vor Obergericht und im Mai 2020 vor Bundesgericht wegen geltend gemachter Mittellosigkeit die unentgeltliche Prozessführung beantragt. Die Prozesskostenfolgen gemäss Urteil vom 8. Juli 2020 dürften ihre finanzielle Situation nochmals erheblich verschlechtert haben (act. 252 S. 3). § 81 ZPO/ZH sehe ausdrücklich vor, dass eine unzureichende Kaution zunächst für die Prozessentschädigung und hernach für die Gerichtskosten verwendet werde. Die Folgen einer vom Gericht zu tief angesetzten Kaution habe zuerst der Staat vor der Gegenpartei zu tragen. Es könne der Beklagten auch nicht zum Nachteil gereichen, dass die Vorinstanz vor rechtskräftiger Erledigung des Verfahrens bereits Fr. 45'000.– zur Tilgung ihrer Gerichtskosten vom Kautionsbetrag herangezogen und der Klägerin gar Fr. 10'400.– retourniert habe. Umso mehr, als die Vorinstanz diese Geldflüsse der Beklagten weder mitgeteilt noch nach dem kassierenden Rückweisungsbeschluss des Obergerichts vom 27. Mai 2013 korrigiert habe. Das angefochtene Urteil vom 8. Juli 2020 sei daher wie beantragt insofern abzuändern, als zuerst die der Beklagten zulasten der Klägerin zugesprochene Prozessentschädigung für das erstinstanzliche Verfahren aus der insgesamt geleisteten Kaution zu bezahlen sei. Dementsprechend sei die Gerichtskasse anzuweisen, der Beklagten aus dem Kautionsbetrag für das erstinstanzliche Verfahren die Prozessentschädigung von Fr. 85'000.– zzgl. Fr. 6'558.50 MwSt (= 7.6 % MwSt auf Fr. 45'600.–, 8 % MwSt auf Fr. 19'700.– und 7.7 % MwSt auf Fr. 19'700.–) zu bezahlen, wovon Fr. 57'000.– ohne MwSt bereits getilgt seien (act. 252 S. 4).

Des Weiteren sei auch die der Beklagten zulasten der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren (LB130021) zugesprochene Prozessentschädigung von Fr. 16'000.– zzgl. 8 % MwSt aus der insgesamt geleisteten Kaution zu bezahlen, so wie ein Überschuss auch für Gerichtskosten aus früheren Verfahren verwendet werden könne (act. 252 S. 4).

2.2 Ebenfalls unrichtig im Sinne von Art. 320 lit. a ZPO sei die Verwendung des von der Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren geleisteten Vorschusses für Barauslagen im Betrag von Fr. 1'500.–. Die Beklagte habe diese für Barauslagen, konkret für Zeugeneinvernahmen, leisten müssen. Der Vorschuss beruhe auf § 81 Abs. 1 ZPO/ZH und diene der Deckung von Barauslagen des Gerichts und nicht zur Deckung allgemeiner Kosten oder Gebühren des Gerichts. Die Gerichtskosten seien vollumfänglich der Klägerin auferlegt worden, richtigerweise inkl. der Kosten des Beweisverfahrens bzw. der Zeugenentschädigungen, weshalb der obsiegenden Beklagten der von ihr bezahlte Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– zurückzuerstatten sei, zumal die Zeugeneinvernahmen bloss Fr. 193.– an Barauslagen verursacht hätten. Der Entscheid der Vorinstanz verletzte § 83 Abs. 1 und § 64 Abs. 2 ZPO/ZH, indem die Beklagte die der Klägerin auferlegten Kosten vorfinanzieren müsse, ganz unabhängig vom bestehenden Inkassorisiko (act. 252 S. 4 f.).

3. Die Forderungsklage wurde im Jahre 2008 und damit vor dem Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung ZPO am 1. Januar 2011 vor Vorinstanz anhängig gemacht. Das Verfahren unterstand somit der zürcherischen Zivilprozessordnung ZPO/ZH. Der Forderungsprozess vor dem Bezirksgericht Meilen war zufolge der Rückweisungsentscheide des Bundes- und des Obergerichts (vgl. vorstehend Ziff. I.2) nicht abgeschlossen, sondern wurde weitergeführt. Demnach war gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO insoweit weiterhin das bisherige kantonale Verfahrensrecht anwendbar (vgl. OGerZH LB130021 vom 27. Mai 2013, E. II.7.2; BGer 4A\_471/2011 vom 17. Januar 2012, E. 3.3). Davon ging auch die Vorinstanz aus (vgl. act. 254 S. 8). Soweit sich im Rahmen der Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheids Fragen der Anwendung von Verfahrensregeln stellen, wird somit zu prüfen sein, ob die Vorinstanz die Normen der zürcherischen Zivilprozessordnung richtig angewendet hat. Auf das vorliegende Beschwerdeverfahren ist indes die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) anwendbar (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

4.1 Die Klägerin hatte im *erstinstanzlichen Verfahren* auf Antrag der Beklagten Kautionen gestützt auf § 73 Abs. 3 und 4 ZPO/ZH zu leisten (act. 30 und act. 88A; vgl. vorstehend Ziff. II.1.1). Die Kautions gemäss § 73 ZPO/ZH dient der

Sicherstellung der Gerichtskosten und der Prozessentschädigung. Erweist sich die Kautionsleistung als unzureichend, wird sie zunächst für die Prozessentschädigung und sodann für die Gerichtskosten verwendet (§ 81 ZPO/ZH). Die Beklagte rügt somit zu Recht, dass die Vorinstanz gemäss § 81 ZPO/ZH die von der Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren geleisteten Kautionsleistungen von total Fr. 112'400.– (vgl. Ziff. II.1) zunächst zur Deckung der ihr (der Beklagten) zugesprochenen Prozessentschädigung für das erstinstanzliche Verfahren von Fr. 85'000.– zzgl. MwSt und erst danach zur Deckung der Gerichtskosten von Fr. 65'440.– hätte verwenden dürfen. Dass das Zentrale Inkasso noch bevor das Verfahren rechtskräftig erledigt wurde und damit entgegen § 17 Abs. 2 der Verordnung über die Verwaltung von Depositen, Kautionsleistungen und Effekten vom 23. November 1960 (LS 211.13) die von der Klägerin geleisteten Kautionsleistungen im Umfang von Fr. 45'000.– für die Gerichtskosten bezogen und der Klägerin Fr. 10'400.– sogar rückerstattet hatte (act. 242/1-2; vgl. Ziff. II.1.2), darf der Beklagten nicht zum Nachteil gereichen.

4.2.1 Die Beschwerde ist nach dem Gesagten gutzuheissen und das vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv in Bezug auf die Liquidation der *erstinstanzlichen Prozesskosten* wie folgt zu ergänzen bzw. abzuändern: Dispositivziffer 5 des angefochtenen Entscheids ist dahingehend zu ergänzen, dass die der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren zugesprochene Prozessentschädigung gemäss Abs. 1 von Dispositivziffer 5 vollumfänglich aus den von der Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren geleisteten Kautionsleistungen auszurichten ist (neu Abs. 3 von Dispositivziffer 5). Die Gerichtskasse ist entsprechend anzuweisen, aus den von der Klägerin geleisteten Kautionsleistungen der Beklagten (unter Berücksichtigung von Dispositivziffer 5 Abs. 2) noch den Betrag von Fr. 28'000.– (zzgl. 7.6 % MwSt auf Fr. 45'600.–, 8 % MwSt auf Fr. 19'700.– und 7.7 % MwSt auf Fr. 19'700.–), total Fr. 34'558.50, auszurichten (neu Abs. 4 von Dispositivziffer 5).

4.2.2 In diesem Sinne wird der zwecks Deckung der Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens von total Fr. 65'440.– zu Unrecht herangezogene Kautionsbetrag von Fr. 45'000.– (act. 242/1) umverteilt, indem davon Fr. 34'558.50 als Prozessentschädigung an die Beklagte zu zahlen sind und (nur) der Restbetrag von Fr. 10'441.50 zur Deckung der Gerichtskosten herangezogen

werden kann. Entsprechend sind die Absätze 2 und 3 von Dispositivziffer 3 des angefochtenen Entscheids aufzuheben und wie folgt abzuändern: Die Gerichtskosten sind im Umfang von Fr. 4'800.– aus dem von der Klägerin geleisteten Voranschuss für das Beweisverfahren und im Umfang von Fr. 10'441.50 aus den von der Klägerin geleisteten Kautionen zu beziehen. Demgemäss ist die Klägerin zu verpflichten, der Gerichtskasse noch einen Betrag von CHF 50'198.50 zu bezahlen.

4.2.3 Bei diesem Ergebnis bleibt die Höhe der von der Klägerin zu tragenden erstinstanzlichen Prozesskosten und damit im Ergebnis die Höhe ihrer Nachzahlungspflicht wie eingangs erwähnt (vgl. Ziff. I.6) unverändert.

5. Dem Antrag der Beklagten, die Prozessentschädigung des Berufungsverfahrens LB130021 in Höhe von Fr. 16'000.– zzgl. 8% MwSt sei aus den von der Klägerin geleisteten Kostenvorschüssen zu tilgen, kann nicht entsprochen werden. Das Berufungsverfahren LB130021 unterlag der schweizerischen Zivilprozessordnung (act. 125/140 S. 8). Auch wenn im Rückweisungsbeschluss der Kammer vom 27. Mai 2013 der Entscheid über die Verteilung der betragsmässig festgesetzten Prozesskosten (Gerichtskosten und Prozessentschädigung) des Berufungsverfahrens der Vorinstanz vorbehalten wurde (act. 125/140 S. 12 f.; vgl. Ziff. II.1.3), gibt es in der schweizerischen Zivilprozessordnung – im Gegensatz zu § 81 ZPO/ZH – keine Bestimmung, wonach der für das Berufungsverfahren bezahlte Kostenvorschuss zunächst zur Deckung der Parteientschädigung zu verwenden ist. Andernfalls würde Art. 99 ZPO umgangen. Nach dieser Bestimmung hatte die Beklagte die Möglichkeit, im Berufungsverfahren LB130021 Antrag auf Sicherstellung ihrer Parteientschädigung zu stellen. Dies ist nicht erfolgt. Auch kann ein allfälliger Überschuss aus Prozesskautionen eines (der zürcherischen Zivilprozessordnung unterliegenden) erstinstanzlichen Verfahrens nicht zur Deckung von Prozesskosten späterer (der schweizerischen Zivilprozessordnung unterliegender) Rechtsmittelverfahren herangezogen werden. Die Beschwerde ist somit in diesem Punkt abzuweisen.

6. Der Barvorschuss in Höhe von Fr. 1'500.–, den die Beklagte gestützt auf § 83 ZPO/ZH zu leisten hatte, war bestimmt zur Deckung von Barauslagen

des Gerichts (im Zusammenhang mit Zeugeneinvernahmen) und nicht zur Deckung von Gebühren im Sinne von § 201 GVG. Obsiegt die vorschusspflichtige Partei, wie im vorliegenden Fall die Beklagte gemäss angefochtenem Urteil, ist ihr der Vorschuss zurück zu erstatten (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, N 2a und 6 zu § 83). Dieser wurde somit von der Vorinstanz zu Unrecht für die Deckung der Gerichtskosten herangezogen. In Gutheissung der Beschwerde ist Dispositivziffer 7 des angefochtenen Urteils aufzuheben und die Gerichtskasse anzuweisen, der Beklagten den von ihr im erstinstanzlichen Verfahren geleisteten Kostenvorschuss für das Beweisverfahren in Höhe von Fr. 1'500.– zurückzuerstatten.

7. Das vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv gemäss den Dispositivziffern 2, 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 und 2, 5 Abs. 1 und 2 sowie 6 wurde im Berufungsverfahren LB200030 bestätigt. Davon ist Vormerk zu nehmen.

### III.

1. Anlass für das vorliegende Verfahren bot kein prozessuales Verhalten einer der Parteien im Verfahren vor Vorinstanz, sondern das fehlerhafte Vorgehen der Vorinstanz hinsichtlich der Liquidation der Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens. Das Unterliegen der Beklagten mit dem Antrag bezüglich der Liquidation der zweitinstanzlichen Prozesskosten (vgl. Ziff. II.5) ist vernachlässigbar. Für das Rechtsmittelverfahren sind daher keine Kosten zu erheben (vgl. Art. 107 Abs. 2 ZPO).

2. Damit ist der Antrag der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 259 und act. 261) gegenstandslos und ist abzuschreiben.

3. Mangels gesetzlicher Grundlage für eine Entschädigung durch den Staat entfällt die Zusprechung von Entschädigungen für das Rechtsmittelverfahren.

**Es wird beschlossen:**

1. Der Antrag der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
2. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositivziffer 3 Abs. 2 und 3 sowie die Dispositivziffer 7 des Urteils und Beschlusses des Bezirksgerichtes Meilen vom 8. Juli 2020 aufgehoben und durch die nachfolgende Fassung ersetzt sowie die Dispositivziffer 5 des nämlichen Entscheids neu durch Abs. 3 und 4 wie folgt ergänzt:

"3. [...].

Die Gerichtskosten werden im Umfang von CHF 4'800.– aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss für das Beweisverfahren und im Umfang von CHF 10'441.50 aus den von der Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren geleisteten Kautionen bezogen.

Demgemäss wird die Klägerin verpflichtet, der Gerichtskasse noch einen Betrag von CHF 50'198.50 zu bezahlen."

"5. [...].

[...].

Die der Beklagten zugesprochene Prozessentschädigung wird vollumfänglich aus den von der Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren geleisteten Kautionen gedeckt.

Die Gerichtskasse wird angewiesen, aus den von der Klägerin geleisteten Kautionen der Beklagten unter Berücksichtigung von Dispositiv-Ziffer 5 Abs. 3 CHF 28'000.– (zzgl. 7.6 % MwSt. auf CHF 45'600.–, 8 % MwSt. auf CHF 19'700.– und 7.7 % MwSt. auf CHF 19'700.–), total CHF 34'558.50, auszurichten."

- "7. Die Gerichtskasse wird angewiesen, der Beklagten den von ihr geleisteten Kostenvorschuss für das Beweisverfahren von CHF 1'500.– zurückzuerstatten."

2. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
3. Es wird vorgemerkt, dass das Kosten- und Entschädigungsdispositiv des Urteils und Beschlusses des Bezirksgerichtes Meilen vom 8. Juli 2020 gemäss den Ziffern 2, 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 und 2, 5 Abs. 1 und 2 sowie 6 im Berufungsverfahren LB200030 bestätigt wurde.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Bezirksgericht Meilen und die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein, sowie in das Verfahren LB200030.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am:.