



---

Geschäfts-Nr. VB010039/U

**Verwaltungskommission**

Mitwirkend: Obergerichtspräsident lic. iur. R. Bornatico, die Oberrichter Dr. H.A. Müller, lic. iur. P. Diggelmann, lic. iur. Annegret Katzenstein und Dr. A. Brunner sowie Obergerichtssekretärin lic. iur. V. Girsberger

**Beschluss vom 5. August 2002**

in Sachen

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

2. **B.** \_\_\_\_\_ **Versicherungen,**

Beschwerdeführer

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

gegen

**Obergericht des Kantons Zürich, Zentrales Inkasso,**

Beschwerdegegner

betreffend **Beschwerde wegen Verrechnung der Kautions**

**Die Verwaltungskommission zieht in Erwägung:**

1. Im Berufungsverfahren der C.\_\_\_\_\_ (Klägerin und Appellatin) gegen den Beschwerdeführer 1, die Erbgemeinschaft D.\_\_\_\_\_ und die Baugenossenschaft E.\_\_\_\_\_ (Beklagte und Appellanten) betreffend Forderung aus Nachbarrecht auferlegte die II. Zivilkammer des Obergerichts dem Beschwerdeführer 1 mit zwei Beschlüssen vom 24. September 1997 und 4. August 1998 gestützt auf § 73 Ziff. 2 ZPO Prozesskautionen von insgesamt Fr. 63'000.-- (act. 2/2/1+2). Am 15. August 2001, nach rechtskräftiger Erledigung des Prozesses, stellte der Beschwerdegegner dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers 1, Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_, die Saldoabrechnung im Betrag von Fr. 54'475.25 zugunsten seines Klienten zu. Zur Begründung wurde angeführt, der Beschwerdeführer schulde der Gerichtskasse gemäss Pfändungsverlustschein vom 11. Oktober 2000 den Betrag von Fr. 36'394.65. Das Restguthaben von Fr. 18'060.60 würde nach Zustellung eines Einzahlungsscheins überwiesen (act. 2/2/1). Dagegen erhoben die Beschwerdeführer 1 und 2 rechtzeitig Beschwerde mit dem Antrag: *"Es sei auf die mit Schreiben vom 15. August 2001 erklärte Verrechnung zu verzichten und dem Unterzeichnenden zuhanden der Beschwerdeführerin 2 von der geleisteten Kautions der Teilbetrag von Fr. 54'475.25 herauszugeben"* (act. 1). Am 28. August 2001 wurden beim Beschwerdegegner die Akten beigezogen (act. 4). Der Beschwerdegegner reichte innert angesetzter Frist keine Beschwerdeantwort ein. Am 8. Juli 2002 reichte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer die Prozessvollmacht der "B.\_\_\_\_\_" Versicherungen (act. 6 und 7) und mit Eingabe vom 17. Juli 2002 Unterlagen zur Haftpflichtversicherung für Bauherren vom 17. Juni 1982 sowie die Versicherungspolice Nr. ... nach (act. 9 und 10/1-5).
2. Gemäss § 108 Abs. 1 Satz 1 GVG kann wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung der Gerichtsbehörden sowie wegen anderer Verletzungen von Amtspflichten bei der nächst übergeordneten Aufsichtsbehörde Beschwerde geführt werden. Aufsichtsbehörde des Zentralen Inkassos ist das Obergericht (§ 106 GVG), das diese Aufgabe in seiner Organisationsverord-

nung vom 8. Dezember 1999 der Verwaltungskommission übertragen hat. Nach § 109 Abs. 1 GVG ist die Beschwerde innert zehn Tagen seit der Mitteilung oder Kenntnisnahme einzureichen, wenn sie sich gegen einen bestimmten Entscheid oder eine bestimmte Handlung richtet (Satz 1). In andern Fällen ist sie so lange zulässig, als ein rechtliches Interesse des Beschwerdeführers besteht (Satz 2).

3. Mit der Beschwerde wird vorgebracht, die Prozesskautionen seien von der Beschwerdeführerin 2 geleistet worden (act. 2/2/3-6). Die Einzahlungen seien nur deshalb nicht direkt, sondern über den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers 1 der Obergerichtskasse zugeleitet worden, weil dieser - als für die Prozessführung für A.\_\_\_\_\_ Verantwortlicher - die Einhaltung der Frist zur Leistung der jeweiligen Kautionsbeträge zu überwachen gehabt habe. Die vorgelegten Urkunden zur Zahlungsüberweisung würden belegen, dass der Anspruch auf Rückerstattung des nicht durch Kosten oder Entschädigungen beanspruchten Kautionsbetrags in Höhe von Fr. 54'475.25 der Beschwerdeführerin 2 und nicht dem am Prozessbeteiligten Beklagten und Appellanten, A.\_\_\_\_\_, zustehe. Damit fehle es an der entscheidenden Voraussetzung für die Verrechenbarkeit einer Forderung der Obergerichtskasse, nämlich an der Gegenseitigkeit der entsprechenden Forderungen (act. 1).
4. Zur Beschwerde berechtigt ist, wer durch die angefochtene Anordnung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung hat (§ 21 lit. a Verwaltungsrechtspflegegesetz [175.2]). Die Beschwerdelegitimation ist als rein prozessuale Voraussetzung von Amtes wegen zu prüfen; ob der angefochtene Akt auch tatsächlich rechtswidrig ist und deshalb aufgehoben werden muss, ist eine Frage der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels und in einem zweiten Schritt gesondert zu prüfen (Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A. Zürich 1999, N 7 zu § 21). Die Legitimation des Beschwerdeführers 1, primärer Adressat des Schreibens des Zentralen Inkassos vom 15. August 2001, ist ohne weiteres gegeben (Kölz/Häner, Verwal-

tungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. A. Zürich 1998, S. 196 N 545). Die Beschwerdeführerin 2 ist als Drittbetroffene ebenfalls zur Beschwerde befugt, weil sie bei Obsiegen einen unmittelbaren persönlichen Nutzen aus dem Verfahrensausgang ziehen könnte (Kölz/Häner, a.a.O., S. 147 N 239), hat sie doch die Prozesskautionen für den Beschwerdeführer 1 geleistet (act. 2/5 und 2/6; vgl. a.a.O., N 242). Durch die Auszahlung des Betrags von Fr. 18'060.60 direkt an den Beschwerdeführer 1 wird ihr das Inkassorisiko für ihre Rückforderung gegenüber ihrem Versicherten nicht nur für diesen Betrag, sondern auch für die vom Versicherungsvertrag nicht gedeckte Verrechnungsforderung des Zentralen Inkassos in Höhe von Fr. 36'394.65 überbunden. Sie ist daher durch den angefochtenen Verwaltungsakt in ihren finanziellen Interessen berührt, die auch als schutzwürdig zu werten sind, da die Beschwerdeführerin 2 die Prozesskautionen unter dem Vorbehalt der Rückerstattung bei Obsiegen des Versicherten leistete. Auf die Beschwerden ist einzutreten.

5. Mit den Beschwerden wird geltend gemacht, der Anspruch auf Rückerstattung des Kautionsbetrags von Fr. 54'475.75 stehe der Beschwerdeführerin 2 zu, weil sie die dem Beschwerdeführer 1 auferlegte Kautionsleistung habe. Damit wird der Rechtsstandpunkt vertreten, die Beschwerdeführerin 2 sei *Gläubigerin* der Rückforderung, und nicht der Beschwerdeführer 1. Letzteres ist aber Voraussetzung für die Zulässigkeit der für den Verlustscheinsbetrag von Fr. 36'394.65 erklärten Verrechnung des Zentralen Inkassos. Denn wer verrechnen will, muss Gläubiger des Verrechnungsgenners und dieser wiederum muss Gläubiger des Verrechnenden sein (Art. 120 Abs. 1 OR; Gauch/Schluop, Schweiz. Obligationenrecht, Bd. II, 7. A. Zürich 1998, N 3333 f., S. 252). Gläubiger der Rückforderung ist indessen nicht, wer die Kautionsleistung *tatsächlich* geleistet hat, sondern wer die Kautionsleistung schuldet. Denn Kautions- und Rückerstattungspflicht haben das Prozessrechtsverhältnis zwischen der kautionspflichtigen Partei und dem Staat zur Grundlage. Die Erfüllung der gesetzlichen Kautionspflicht i.S.v. § 73 ZPO kann auch durch einen Dritten erfolgen, da keine Pflicht zur persönlichen Leistung besteht (Art. 68 OR). Die blosser Erfüllung einer Obligation durch

einen Dritten vermag aber nicht den Übergang der an die Kautionsschuld geknüpften, suspensiv bedingten Rückforderung von der kautionspflichtigen Prozesspartei auf den zahlenden Dritten zu bewirken. Eine *Zession* der Rückforderung an die Beschwerdeführerin 2 i.S.v. Art. 164 Abs. 1 OR ist nicht behauptet; dazu geben auch die Akten keinerlei Hinweise. Die eingereichten "*Allgemeinen Vertragsbestimmungen (AVB) / Ausgabe 12.81*" enthalten denn auch keine Regelung, wonach der Versicherte verpflichtet wäre, dem kautionsleistenden Versicherer Rückforderungsansprüche abzutreten (vgl. act. 10/4). Eine Legalzession i.S.v. Art. 166 OR i.V.m. Art. 72 Abs. 1 VVG ist auszuschliessen, da keine haftpflichtrechtlichen Regressansprüche des Beschwerdeführers 1 gegen Dritte "*aus unerlaubter Handlung*" zur Diskussion stehen (VVG-Graber, Art. 72 N 11, 12 und 26). Art. 72 Abs. 1 VVG ist zwingendes Recht, indem die Subrogation zugunsten des Versicherers durch Versicherungsvertrag nicht auf andere Personen als die genannten Dritten ausdehnbar ist (a.a.O. N 69). Damit bleibt zu prüfen, ob bezüglich der Kautionsschuld ein *Schuldnerwechsel* i.S.v. Art. 176 OR stattfand, indem die Beschwerdeführerin 2 in das Schuldverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer 1 und dem Staat mit Befreiung des bisherigen Schuldners eintrat und damit auch zur Gläubigerin der allfälligen Rückforderung der Prozesskaution wurde. Die Beschwerdeführerin 2 war gemäss Versicherungsvertrag mit dem Beschwerdeführer 1 anerkanntermassen zur Zahlung der Prozesskaution verpflichtet (act. 9 S. 3, Ziff. 2; act. 10/4 [AVB Art. 3 Abs. 1 Satz 2]). Es handelt sich um ein Befreiungsversprechen i.S.v. Art. 175 Abs. 1 OR als Wesensmerkmal der Rechtsschutzversicherung (Poltera, Der Rechtsschutzversicherungsvertrag, Diss. St. Gallen 1999, S. 69 ff.; Gauch/Aeppli/Stöckli, Präjudizienbuch zum OR, Zürich 2002, N 1 zu Art. 175 Abs. 1 OR); eine sog. passive Rechtsschutzversicherung ist auch in die hier ins Recht gelegte Haftpflichtversicherung integriert (act. 10/3, Art. 3 Abs. 1; Süsskind, Die Rechtsschutzversicherung, in: Plädoyer Nr. 3 [1992] S. 35). Das Zentrale Inkasso musste als Gläubigerin die Zahlung der Schuld zwar annehmen (vgl. vorne zu Art. 68 OR), jedoch nicht einem Schuldnerwechsel zustimmen (Gauch/Schluep, a.a.O., N 3701, S. 328). Eine ausdrückliche Annahmeer-

klärung seitens des Zentralen Inkassos wird zu Recht nicht geltend gemacht. Eine stillschweigende Annahmeerklärung eines Antrags der Beschwerdeführerin 2 zum Abschluss eines Schuldübernahmevertrags durch vorbehaltlose Entgegennahme der Kautionszahlungen von Fr. 63'000.-- ist nicht zu vermuten (Art. 176 Abs. 3 OR), weil für das Zentrale Inkasso nicht erkennbar war, dass die Kautionszahlungen von der Beschwerdeführerin 2 ausgingen, erfolgten die Banküberweisungen doch durch den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers 1 (vorne E. 3); ein wirksamer Antrag lag mithin nicht vor (Gauch/Schluep, a.a.O., N 3710, S. 330; act. 2/2/4+6). Ein stillschweigender Akzept ist auch nicht aus den "Umständen" abzuleiten (vgl. Art. 176 Abs. 3 OR), hatte das Zentrale Inkasso doch keinerlei Interesse an einem Schuldnerwechsel, der zum Ausschluss der Verrechenbarkeit der ausstehenden Verlustscheinsforderung in Höhe von Fr. 36'394.65 mit der Rückforderung des "neuen" Kautionsschuldners geführt hätte. Diese Verrechnung bildet jahrzehntelange Inkassopraxis des Beschwerdegegners und ist mit Art. 125 Ziff. 3 OR vereinbar (ZR 75 Nr. 6; Gauch/Aeppli/Stöckli, a.a.O., N 8 zu Art. 125 OR m. Hinw. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Ein Schuldnerwechsel *ohne* Zustimmung des Gläubigers ist nicht rechtswirksam, andernfalls der Verlustscheinsschuldner sich durch die Beauftragung eines Dritten zur Zahlung der Schuld zum Schaden des Gläubigers der drohenden Verrechnung jederzeit mit Erfolg entziehen könnte. Die Beschwerdeführerin 2 hat als Rechtsschutzversicherer selbst die erforderlichen Vorkehren zu treffen, um zu verhindern, dass sie zufolge Versicherungsleistung zu Schaden kommt. Dazu steht ihr insbesondere das Institut der Zession nach Art. 164 ff. OR zur Verfügung.

6. Die Beschwerde ist aus den dargelegten Gründen abzuweisen. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss den Beschwerdeführern in solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen.

**Demnach beschliesst die Verwaltungskommission:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Staatsgebühr wird festgesetzt auf  
Fr. 800.– ; die weiteren Kosten betragen  
Fr. 236.– Schreibgebühren  
Fr. 95.– Zustellgebühren und Porti
3. Die Kosten werden den Beschwerdeführern in solidarischer Haftbarkeit auferlegt.
4. Dieser Beschluss wird den Parteien des Beschwerdeverfahrens schriftlich gegen Empfangsschein mitgeteilt; unter Rücksendung der Akten an den Beschwerdegegner.

---

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Verwaltungskommission

Die Obergerichtssekretärin:

lic. iur. V. Girsberger

versandt am: