



Kass.-Nr. AA050025/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 30. Juni 2005

in Sachen

1.
2. **A.B.**,
geboren ..., von ..., whft. in D.,
Kläger, Rekurrent und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. E.F. in G.

gegen

C.
Zweigniederlassung: C. in G.,
Beklagte, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. H.I. in G.

betreffend **Prozesskaution**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 04. Februar 2005 (LN050005/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Klägerin 1 ist Eigentümerin der drei Liegenschaften K.-weg 8, 10 und 10a in D. bei L. (Wohnhaus inkl. gemischte Objekte mit Gewerbeanteil bis 20%), GBBI XXXX, YYYY und ZZZZ im Grundbuch L. Im Jahr 2000 unterzeichneten sie und ihr Ehemann (Kläger 2) einen Rahmenvertrag für Grundpfandkredit sowie eine Vereinbarung (Sicherungsabrede) mit der Beklagten über einen Kreditbetrag von Fr. 1'300'000.-- gegen Übergabe eines Namensschuldbriefes im 1. Rang über den Betrag von Fr. 600'000.-- und eines Inhaberschuldbriefes im 2. Rang über den Betrag von Fr. 2'350'000.-- (BG act. 2/2/6 und 2/2/9). Nach der Kündigung eines Teils des Hypothekendarlehens leitete die Beklagte die Betreuung gegen die Kläger ein.

2. Am 27. November 2003 machten die Aberkennungskläger beim Bezirksgericht G. eine Aberkennungsklage anhängig und beantragten, der Aberkennungsbeklagten sei die mit Betreibungs-Nr. XXXXX des Betreibungsamtes L. in Betreuung gesetzte Forderung von Fr. 590'000.-- zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Juli 2003 nebst Kosten und Entschädigungsfolgen abzuerkennen (BG act. 2/1), nachdem der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes N. mit Verfügungen vom 27. Oktober 2003 der Aberkennungsbeklagten in der oben erwähnten Betreuung provisorische Rechtsöffnung erteilt hatte (BG act. 2/2/2 und 2/2/3). Der Beschluss des Bezirksgerichts G. vom 2. Dezember 2003, mit welchem dieses mangels örtlicher Zuständigkeit auf die Aberkennungsklage nicht eintrat (BG act. 2/5), wurde vom Obergericht des Kantons Zürich mit Beschluss vom 22. März 2004 wieder aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung an das Bezirksgericht G. zurückgewiesen (BG act. 1). Die Aberkennungsbeklagte liess sich daraufhin auf das Verfahren vor Bezirksgericht G. vorbehaltlos ein (BG act. 6). Mit Beschluss vom 3. August 2004 wies das Bezirksgericht G. das Gesuch der Aberkennungskläger um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und um unentgeltliche Rechtsvertretung ab (BG act. 11); die I. Zivilkammer des Obergerichts

des Kantons Zürich bestätigte diesen Beschluss mit Beschluss vom 21. September 2004 (BG act. 14). Mit Beschluss vom 16. Dezember 2004 setzte das Bezirksgericht Winterthur sodann dem Kläger 2 eine Frist von 20 Tagen an, um gemäss § 73 Ziff. 4 ZPO eine Prozesskaution in der Höhe von Fr. 40'000.-- zu leisten, unter der Androhung, dass ansonsten auf die Klage nicht eingetreten werde (BG act. 21).

3. Gegen diesen Beschluss vom 16. Dezember 2004 erhoben beide Kläger beim Obergericht des Kantons Zürich Rekurs (OG act. 2). Mit Beschluss vom 4. Februar 2005 trat die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich auf den Rekurs der Klägerin 1 nicht ein (Disp.-Ziff. 1), wies den Rekurs des Klägers 2 ab, bestätigte den Beschluss des Bezirksgerichts G. vom 16. Dezember 2004 (Disp.-Ziff. 2) und setzte dem Kläger 2 eine letzte Frist von 20 Tagen an, um die Prozesskaution in der Höhe von Fr. 40'000.-- an das Bezirksgericht G. zu leisten, unter der Androhung, dass sonst auf seine Klage nicht eingetreten werde (Disp.-Ziff. 3; OG act. 6 = KG act. 2).

4. Gegen den Beschluss des Obergerichts vom 4. Februar 2005 erhob der Kläger 2 und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, der angefochtene Beschluss vom 4. Februar 2005 sei mit Ausnahme von Disp.-Ziff. 1 aufzuheben und die Sache zur Durchführung des Rekursverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die vom Beschwerdeführer ebenfalls beantragte aufschiebende Wirkung wurde der Beschwerde mit Verfügung des Vizepräsidenten vom 24. Februar 2005 erteilt (KG act. 6). Die dem Beschwerdeführer auferlegte Prozesskaution im Sinne von § 75 ZPO in der Höhe von Fr. 2'500.-- ging innert Frist ein (KG act. 12). Sowohl die Vorinstanz wie auch die Beklagte und Beschwerdegegnerin haben auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 10 und 11).

II.

1. Der Beschwerdeführer macht mit seiner Beschwerde geltend, die Vorinstanz habe § 77 ZPO verletzt, indem sie ihn kautionspflichtig erkläre, obwohl zwi-

schen der Klägerin 1 (seiner Ehefrau) als Eigentümerin der Liegenschaften und ihm als ausführendes Organ der GmbH eine einfache Gesellschaft zum Zweck der Bewirtschaftung der Liegenschaften bestehe. Der Beitrag des Beschwerdeführers als einfacher Gesellschafter bestehe in der Mitübernahme der Haftung (im Kreditvertrag mit der Beschwerdegegnerin) für alle drei Liegenschaften, nicht nur für jene mit der ehelichen Wohnung, womit er sich über die miet- bzw. eherechtlichen Bestimmungen zum Schutz der Familienwohnung hinaus schuldrechtlich verpflichtet habe. Die einfache Gesellschaft als Gesamthandschaft bilde jedoch eine notwendige Streitgenossenschaft, weshalb die Kautionspflicht gemäss § 77 ZPO vorliegend nicht gegeben sei, da der Kautionsgrund der Kostenschulden aus erledigten und nicht weiterziehbaren Verfahren nur auf den Kläger 2 bzw. den Beschwerdeführer zutrefte. Zudem würde es einem "venire contra factum proprium" im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB gleichkommen, wenn einerseits das Armenrechtsgesuch der beiden Parteien (gemeint: Klägerin 1 und Kläger 2 [= Beschwerdeführer]) mit der Begründung der ehelichen Beistandspflicht (nachdem vor allem das Einkommen der Klägerin 1 zu einem massgeblichen Überschuss führe) abgewiesen werde und andererseits betreffend Kautionspflicht zwei unabhängige Parteien als einfache Streitgenossenschaft behauptet würden (KG act. 1, S. 4 f.).

2. Die Vorinstanz führte aus, der Streit der Parteien sei durch die vorzeitige Kündigung des Hypothekarkredites durch die Beklagte ausgelöst worden. Aus dem Rahmenvertrag ergebe sich, dass die Klägerin 1 Vertragspartnerin der Beklagten sei; der Kläger 2 [= Beschwerdeführer] habe den Kreditvertrag als Ehegatte der Klägerin 1 mitunterzeichnet, da es sich – zumindest bei einer der drei Liegenschaften – um die eheliche Wohnung handle. Er habe daher als mitbetrieber Ehegatte Parteistellung. In analoger Anwendung zum Mietrecht nütze ihm das Klagerecht nur etwas, wenn er dieses alleine und unabhängig vom Eigentümerehegatten ausüben könne, weshalb zwischen ihm und der Klägerin 1 keine notwendige, sondern eine einfache Streitgenossenschaft bestehe (KG act. 2, S. 3). Weiter führte die Vorinstanz aus, entgegen der Auffassung des Klägers 2 trete dieser im vorliegenden Verfahren nicht als blosser Nebenkläger, sondern als selbständiger, vollwertiger Kläger auf (KG act. 2, S. 3 unten).

3.1 Wie erwähnt führte die Vorinstanz in ihrem Entscheid unter Hinweis auf den Rahmenvertrag für den Grundpfandkredit (BG act. 2/2/6) aus, die Klägerin 1 sei Vertragspartnerin der Beschwerdegegnerin; der Beschwerdeführer habe indessen den Kreditvertrag als Ehegatte der Klägerin 1 mitunterzeichnet, da es sich zumindest bei einer der drei Liegenschaften um die eheliche Wohnung handle (KG act. 2, S. 3). Im entsprechenden Schriftstück (BG act. 2/2/6) wurde denn auch auf Seite 4 bei der Unterschrift des Beschwerdeführers explizit vermerkt: *"Unterschrift des zustimmenden Ehegatten gemäss Art. 169 ZGB"*. Für die Behauptung des Beschwerdeführers, er habe – als sein Beitrag als einfacher Gesellschafter – nicht nur die Kredithaftung für die eheliche Wohnung, sondern für alle drei Liegenschaften mitübernommen und sich über die miet- bzw. eherechtlichen Bestimmungen zum Schutz der Familienwohnung hinaus schuldrechtlich verpflichtet (KG act. 1, S. 4), verweist der Beschwerdeführer pauschal auf die Vorakten. Woraus diese Verpflichtung genau hervorgehen soll, wird nicht klar. Ein pauschaler Verweis auf "die Vorakten" im kantonalen Beschwerdeverfahren kann nicht genügen, sondern es sind die Aktenstellen genau anzugeben, aus welchen sich allfällige Nichtigkeitsgründe ergeben sollen. Mit der bloss anderslautenden Behauptung kann der Beschwerdeführer jedoch keinen Nichtigkeitsgrund bezüglich dem angefochtenen Entscheid nachweisen, sondern auf die Beanstandung ist mangels genügender Begründung nicht weiter einzugehen.

3.2. Die Begründung des Beschwerdeführers, wonach es sich bei den Klägern 1 und 2 um eine einfache Gesellschaft und damit um eine notwendige Streitgenossenschaft handle, deren Mitglieder gemäss § 77 ZPO nicht einzeln kautionsiert werden können, wenn der Kautionsgrund nicht für alle vorliege, erscheint sodann nicht nachvollziehbar. Selbst wenn es der gemeinsame Zweck der Klägerin 1 (= Ehefrau des Klägers 2) als Eigentümerin und der B. Haustechnik GmbH als Mieterin (vgl. BG act. 10/6: Mietvertrag ab 1. August 1998) sein sollte, die Liegenschaften am K.-weg 8, 10 und 10a zu bewirtschaften, ist nicht einzusehen, weshalb der Beschwerdeführer persönlich – angeblich als ausführendes Organ der GmbH – notwendiger Streitgenosse der Klägerin 1 sein sollte. In der vom Beschwerdeführer dargestellten Konstellation bestünde höchstens zwischen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung als selbständigem Rechtssubjekt (vgl. dazu

Baudenbacher, Basler Kommentar zum OR II, 2. Aufl., Basel 2002, N 5 zu Art. 772 OR) und der Klägerin 1 als Eigentümerin der Liegenschaften eine einfache Gesellschaft. Allerdings erscheint schon diese Annahme als sehr unwahrscheinlich, würde doch mit der Begründung, zwischen der Vermieterin und der Mieterin bestehe ein gemeinschaftlicher Zweck – nämlich jener der Bewirtschaftung der Grundstücke – jedes Mietverhältnis zu einer einfachen Gesellschaft werden. Diese Konstruktion erscheint zu gesucht, um sie ernsthaft in Betracht zu ziehen. Aus diesen Gründen kann nicht vom Bestehen einer einfachen Gesellschaft zwischen dem Beschwerdeführer und dessen Ehefrau (Klägerin 1) ausgegangen werden.

3.3 Mit der Verneinung des Vorliegens einer einfachen Gesellschaft zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Ehefrau, der Klägerin 1, kann sodann offen bleiben, ob es sich vorliegend überhaupt um einen Aktivprozess der Kläger als – behauptete – einfache Gesellschafter gehandelt hätte, in welchem sie nur gemeinsam (als notwendige Streitgenossen) hätten klagen können, oder ob bei der vorliegenden Aberkennungsklage nicht vielmehr im Grundsatz ein Passivprozess der Kläger 1 und 2 mit vertauschten Parteirollen vorliegen würde. In Passivprozessen über obligatorische Forderungen bilden die Gesellschafter der einfachen Gesellschaft nämlich keine notwendige Streitgenossenschaft, sondern es gilt das Prinzip der Solidarität (vgl. Pestalozzi/Wettenschwiler, Basler Kommentar, a.a.O., N 4 zu Art. 544 OR).

3.4 Schliesslich führt der Beschwerdeführer aus, es komme einem "venire contra factum proprium" im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB gleich, wenn einerseits beim Armenrechtsgesuch beide Parteien – wenngleich aus ehelicher Beistandspflicht – "in einen Topf geworfen" und zusammen veranschlagt würden und andererseits betreffend Kautionspflicht zwei unabhängige Parteien, vereint in einfacher Streitgenossenschaft behauptet würden (KG act. 1, S. 5).

Auch diese Beanstandung geht jedoch fehl. Einerseits ist der Entscheid der Vorinstanzen betreffend Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung und der unentgeltlichen Rechtsvertretung (Beschluss des Bezirksgerichts G. vom 3. August 2004: BG act. 11; Rekursentscheid der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. September 2004: BG act. 14) nicht Gegenstand des

vorangehenden Rekurs- und dieses Beschwerdeverfahrens; diese Entscheide wurden beim Kassationsgericht nicht rechtsgenügend angefochten (vgl. BG act. 18 und 19) und können auch im vorliegenden Verfahren nicht zum Gegenstand der Beanstandungen gemacht werden. Insofern ist nicht weiter auf die Schlussbemerkung des Beschwerdeführers einzugehen, wonach es offensichtlich sei, dass es der Klägerin 1 nicht möglich sei, dem Beschwerdeführer die auferlegte Kautions von Fr. 40'000.-- aus ehelicher Beistandspflicht vorzuschliessen, nachdem den Parteien gemeinsam zugemutet worden sei, die mutmasslichen Anwalts- und Gerichtskosten aus dem Einkommens-Überschuss von monatlich Fr. 3'600.-- und nicht aus Vermögen zu speisen (KG act. 1, S. 5). In diesem Zusammenhang ist weiter darauf hinzuweisen, dass im Rekursverfahren die Höhe der Kautions unan-gefochten geblieben ist (OG act. 2), weshalb auf diesbezügliche Rügen ebenfalls nicht eingetreten werden könnte. Andererseits erscheint es durchaus nicht zwin-gend, dass immer eine notwendige Streitgenossenschaft anzunehmen wäre, wenn Ehegatten miteinander prozessieren, nur weil in Bezug auf die allfällige Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung auf Grund der nach Art. 159 und Art. 163 ZGB bestehenden ehelichen Beistandspflicht jeweils bei der Leistungsfä-higkeit des einen Ehegatten auch jene des andern Gatten zu berücksichtigen ist. Eine notwendige Streitgenossenschaft besteht nämlich insbesondere dann, wenn mehrere Personen an einem Rechtsverhältnis beteiligt sind, über welches nach materiellem Recht gegenüber allen Beteiligten nur im gleichen Sinne entschieden werden kann (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilpro-zessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 2 und 3 zu § 39 ZPO); deshalb müssen in diesen Fällen auch allfällige Kautionsgründe bei allen Streitgenossen gegeben sein (§ 77 ZPO), damit nicht allenfalls unterschiedliche Entscheide in der Sache selbst ergehen. Davon unabhängig kann jedoch über die prozessuale Frage der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverbeiständung für die Mitglieder auch einer notwendigen Streitgenossenschaft je einzeln entschie-den werden.

4.1 Zusammenfassend konnte der Beschwerdeführer in Bezug auf die Kau-tionsauflage keinen Nichtigkeitsgrund nachweisen. Die Beschwerde ist daher ab-zuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

4.2 Mit dem abweisenden Entscheid entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung. Gemäss der ständigen Praxis des Kassationsgerichts und im Sinne einer klaren Prozessleitung ist dem Beschwerdeführer die von der Vorinstanz angesetzte Frist zur Leistung der Prozesskaution in der Höhe von Fr. 40'000.-- neu anzusetzen.

III.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO). Nachdem die Beschwerdegegnerin im Beschwerdeverfahren auf eine Stellungnahme verzichtet hat (KG act. 11), ist ihr keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Dem Beschwerdeführer und Kläger 2 wird eine **letzte Frist von 20 Tagen** ab Zustellung dieses Beschlusses angesetzt, um die ihm mit Beschluss des Bezirksgerichts G. vom 16. Dezember 2004 (Disp.-Ziff. 1 und 2) auferlegte Prozesskaution von Fr. 40'000.-- bei der Bezirksgerichtskasse G. zu leisten, unter den im vorerwähnten Beschluss angeführten Bedingungen und unter der Androhung, dass ansonsten auf seine Klage nicht eingetreten wird.

3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 800.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 219.-- Schreibgebühren,
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
5. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie das Bezirksgericht G. (ad CG040011), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: