



---

Kass.-Nr. AA050167/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, der Ersatzrichter Karl Schroeder und die Ersatzrichterin Doris Farner sowie der Sekretär Lukas Künzli

## **Zirkulationsbeschluss vom 20. Juli 2006**

in Sachen

**X.**

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

1. **A.**

2. **B.**

3. **C.**

4. **D.**

5. **E.**

1 - 5 Beklagte und Beschwerdegegnerinnen

1 vertreten durch die

betreffend **Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 18. Oktober 2005 (HG050278/Z02/ei)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

1. Die Klägerin bzw. Beschwerdeführerin machte am 12. September 2005 das vorliegende Verfahren anhängig (worum es bei den betreffenden Forderungen materiell im einzelnen geht, ergibt sich aus der Klageschrift vom 7. September 2005, HG act. 1 S. 5-9). Mit Präsidialverfügung vom 16. September 2005 wurde der Beschwerdeführerin gestützt auf § 76 ZPO (Kautionspflicht für Gerichtskosten gegen eine Person im Ausland) eine Prozesskaution von insgesamt Fr. 168'500.-- auferlegt, wovon Fr. 39'800.-- betr. die Beklagte 3 bzw. Beschwerdegegnerin 3, Fr. 55'700.-- betr. die Beklagte 4 bzw. Beschwerdegegnerin 4 und Fr. 73'000.-- betr. die Beklagte 5 bzw. Beschwerdegegnerin 5, unter der Androhung des Nichteintretens auf die Klage(n) im Säumnisfalle.

Aufgrund einer hiegegen von der Beschwerdeführerin erhobenen Einsprache reduzierte die Vorinstanz mit Beschluss vom 18. Oktober 2005 den Kautionsbetrag auf insgesamt Fr. 98'000.-- unter Neuansetzung der Zahlungsfrist und Wiederholung der Androhung der Säumnisfolgen.

2. Hiegegen richtet sich vorliegende, rechtzeitig erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher ersatzlose Aufhebung des vorinstanzlichen Beschlusses beantragt wird, wobei die Vorinstanz anzuhalten sei, die Klage an die Beschwerdegegner zuzustellen.

Mit Präsidialverfügung vom 1. November 2005 wurde der Nichtigkeitsbeschwerde die beantragte aufschiebende Wirkung verliehen. Die der Beschwerdeführerin gleichzeitig auferlegte Kautionspflicht für das Kassationsverfahren wurde rechtzeitig geleistet.

Beschwerdeantworten wurden im vorliegenden Falle mangels Beschwerde der Beschwerdegegnerinnen nicht eingeholt (vgl. Aktennotiz vom 6. Februar 2006, Kassationsgericht act. 11). Die Vorinstanz hat am 7. November 2005 auf Vernehmung verzichtet (KG act. 9).

3. Beschlüsse betr. die Anordnung von Kautionspflichten sind, wie allgemein anerkannt ist (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, ZPO, 3. Aufl., N 5b zu § 282 ZPO), prozessleitende Entscheide i.S.v. § 282 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO (schwer wiedergutmachender Nachteil). Auf die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde ist daher einzutreten.

4a. In ihrer Beschwerdeschrift vom 28. Oktober 2005 macht die Beschwerdeführerin vorab Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (§ 281 Ziff.1 ZPO) zufolge gesetzwidriger Besetzung des Gerichts (§ 95 GVG) geltend (S. 3f.). Im Einzelnen rügt sie, dass die gesetzliche Regelung über den Ausstand (§ 95 GVG) vollständig unterlaufen wurde, da der Handelsgerichtspräsident im Einspracheverfahren über seine eigene vorangegangene Entscheidung geurteilt habe (Vorbefassung); dabei habe er ein Übergewicht über die mitwirkenden Handelsrichter gehabt, zumal diese als Ingenieure sonst in der Kammer für Erfindungspatente tätig seien, während es vorliegend, um Verhältnisse und Usancen im internationalen Bankgewerbe gehe. Insgesamt sei dieses Einspracheverfahren ein Leerlauf.

Unbestritten ist vorliegend, dass § 95 GVG betr. den Ausstand bzw. Ausschluss von Justizbeamten nicht direkt verletzt wurde, insbesondere auch nicht sein Abs. 1 Ziff. 3 betr. Mitwirkung an einem Entscheid unterer Instanzen. Was die von der Beschwerdeführerin zunächst geltend gemachte, nicht näher spezifizierte Verletzung von Verfahrensgrundsätzen der BV und der EMRK betrifft, so hat das Bundesgericht gerade in dem von der Beschwerdeführerin erwähnten Urteil (BGE 131 I 113ff.) im Zusammenhang mit Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK darauf hingewiesen, dass die Frage der Vorbefassung in einem zivilprozessrechtlichen Verfahren jedenfalls weniger streng zu beurteilen sei als in einem Strafverfahren, weshalb gemäss bundesgerichtlicher Praxis selbst ein Richter, der im Massnahmeverfahren als Vermittler, oder bei der Prüfung der Voraussetzungen der unentgeltlichen Prozessführung (Frage der Aussichtslosigkeit) mitgewirkt hat, später als Sachrichter in derselben Sache tätig sein darf (BGE 131 I 118ff.). Unter diesen Umständen besteht vorliegend kein Anlass, das gesetzlich vorgesehene Einspracheverfahren (§ 122 Abs. 3 und 4 GVG) in Frage zu stellen (vgl. zuletzt

auch Kass.-Nr. AA050171, Beschluss vom 23.11.2005 i.S. M. Erw. 7 m.H. auf ZR 102 Nr. 21), zumal ja gerade in vorliegendem Fall die Einsprache der Beschwerdeführerin in erheblichem Umfange erfolgreich war. Auch die sodann gerügte Zusammensetzung des Spruchkörpers ist jedenfalls vorliegend nicht zu beanstanden, geht es doch ganz überwiegend um allgemeine prozessrechtliche Fragen. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist daher in diesem Punkt unbegründet.

b. Als aktenwidrige tatsächliche Annahme (§ 281 Ziff. 2 ZPO) rügt die Beschwerdeführerin sodann (S. 4f.), unter Hinweis auf HG act. 8/3 (KG act. 3/1), die vorinstanzlichen Feststellungen betr. die Beschwerdegegnerin 3 auf S. 3 Mitte des vorinstanzlichen Entscheides ("Gesellschaften mit ähnlichen Firmen", "Konzernverhältnis").

Entscheidend sind indessen die vorinstanzlichen Erwägungen und Folgerungen auf S. 3 unten betr. die Beschwerdegegnerinnen 3-5 als Zweigniederlassungen. Diese Feststellungen stehen mit HG act. 8/3 nicht in Widerspruch, sondern werden gegenteils durch diese Urkunde bestätigt ("Rechtsnatur Zweigniederlassung"). Damit setzt sich die Beschwerdeführerin in keiner Weise auseinander, so daß insofern auf ihre Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten ist.

c. Zudem rügt die Beschwerdeführerin als Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (§ 281 Ziff. 1 ZPO), dass die Vorinstanz trotz der blossen "Kann"-Vorschrift des § 76 ZPO bei Klagen gegen Personen im Ausland "regelmässig" eine Kautionsauflage anordne (S. 5).

Als "Kann"-Vorschrift verweist § 76 ZPO das Gericht auf sein pflichtgemäßes Ermessen. Gemäss ausdrücklicher Erwägung der Vorinstanz (S. 3 E. 3.1) wird von ihr in den Fällen von § 76 ZPO in "konstanter Praxis" "regelmässig" eine Kautonierung angeordnet. Wenn die Vorinstanz im Rahmen der fraglichen "Kann"-Vorschrift eine bestimmte Praxis (wobei "regelmässig" auch Ausnahmen zulässt) entwickelt hat, so ist das kein Widerspruch und im Lichte von § 281 Ziff. 1 ZPO nicht zu beanstanden, nicht zuletzt unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie (keine näheren Abklärungen in jedem einzelnen Fall). Die Nichtigkeitsbeschwerde ist daher auch in diesem Punkte unbegründet.

d. Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin als Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (§ 281 Ziff. 1 ZPO), dass die Vorinstanz von ihr eine Kautionsverlange, obwohl alle Beschwerdegegnerinnen internationale Grossbanken von erstklassigem Ruf seien, wobei mit diesem weder ein Nichtthonorieren eines rechtskräftigen Urteils eines Schweizerischen Gerichts noch Zwangsvollstreckungsmassnahmen vereinbar seien. Dank ihres Sitzes in Zürich seien alle 5 Banken auch berechtigt, Garantien zuhanden zahlreicher Gerichte für beliebige Drittpersonen zu leisten. Bei Mitwirkungen von Mitgliedern der richtigen Kammer der Vorinstanz wäre es denn auch nicht zum angefochtenen Beschluss gekommen (S. 6f.).

Die Vorinstanz (S. 3/4 ihres Beschlusses) weist darauf hin, dass es zweifelhaft sei, ob vorliegend der Ort der Zweigniederlassung als Betreibungsort (Art. 50 SchKG) für die Gerichtskosten in Anspruch genommen werden könnte, da dort nur für die auf Rechnung der Geschäftsniederlassung eingegangenen Verbindlichkeiten betrieben werden könne; und die Einleitung eines Arrestverfahrens (Art. 52 SchKG) könne vom Staat nicht verlangt werden. Eine Vollstreckung der Gerichtskosten in der Schweiz sei somit keineswegs gesichert, und die Eintreibung der Kosten im Ausland sei wesentlich aufwendiger und schwieriger. Ungeachtet des Zahlungswillens und des Rufs der Beschwerdegegnerinnen habe nicht der Staat das Risiko der Einbringlichkeit der Gerichtskosten zu tragen, sondern die das Gericht vorab beanspruchende Partei.

Diese Erwägungen sind im Lichte von § 281 Ziff. 1 ZPO nicht zu beanstanden. Die fragliche Kautionsverlange erleichtert in der Tat die Einbringlichkeit der Gerichtskosten für den Staat auf alle Fälle, indem er einfacher und rascher zu den geschuldeten Beträgen kommt. Sie entbindet ihn im Übrigen auch davon, in jedem einzelnen Fall Abklärungen über die Bonität sowie die Zahlungswilligkeit (samt Zeitpunkt) von Rechtssubjekten im Ausland treffen zu müssen und gibt ihm die Möglichkeit, alle entsprechenden Parteien grundsätzlich gleich zu behandeln. Dass die Zweigniederlassungen der Beschwerdegegnerinnen auch als Garantieverpflichtungen für Dritte anerkannt sind, ändert am Gesamten nichts, da solche Garantieverpflichtungen zweifelsfrei unter Art. 50 SchKG fallen. Ob die Mitwirkung ande-

rer Personen am angefochtenen Beschluss an dessen Inhalt etwas geändert hätte, ist eine blosser Mutmassung (vgl. auch E 4a hievor). Die Nichtigkeitsbeschwerde ist mithin auch in diesem Punkt unbegründet.

e. Insgesamt ist die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist. Damit entfällt die ihr erteilte aufschiebende Wirkung. Die Neuansetzung der Kautionsfrist hat vorliegend durch die Vorinstanz zu erfolgen.

5. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das kassationsgerichtliche Verfahren kostenpflichtig. Die Zusprechung einer Prozessentschädigung an die Beschwerdegegnerinnen entfällt mangels Einholung von Beschwerdeantworten.

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die ihr erteilte aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 3'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 171.-- Schreibgebühren,  
Fr. 171.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: