



Kass.-Nr. AA100021-P/U /mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Vizepräsident, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 14. Februar 2011

in Sachen

†X.,

Kläger, Rekurrent und Beschwerdeführer

gegen

Z.,

Beklagter, Rekursgegner und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

Kaution, unentgeltliche Prozessführung / unentgeltliche Rechtsvertretung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Januar 2010**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft. Für Verfahren, die bei deren Inkrafttreten bereits rechtshängig sind, gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz weiter. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung.

II.

1. Am 26. Oktober 2006 reichte X. beim Bezirksgericht Zürich eine Klage betreffend Persönlichkeitsverletzung gegen den Beschwerdegegner ein. Ferner beantragte er die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (BG act. 2). Mit Beschluss vom 23. April 2007 wies das Bezirksgericht das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab und setzte X. eine Frist zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 18'000.-- an (BG act. 17). Mit Beschluss vom 3. März 2008 wies das Obergericht des Kantons Zürich einen von X. gegen den bezirksgerichtlichen Beschluss vom 23. April 2007 eingereichten Rekurs ab und setzte ihm eine neue Frist zur Leistung der Prozesskaution von Fr. 18'000.-- an (Kass.-Nr. AA080065 act. 2). Das Kassationsgericht hiess mit Beschluss vom 6. Juli 2009 eine dagegen geführte Nichtigkeitsbeschwerde gut, hob den obergerichtlichen Beschluss vom 3. März 2008 auf und wies die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht zurück (Kass.-Nr. AA080065 act. 45). Mit Beschluss vom 12. Januar 2010 wies das Obergericht den Rekurs von X. wiederum ab, bestätigte den bezirksgerichtlichen Beschluss vom 23. April 2007 und setzte X. eine neue Frist von 20 Tagen zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 18'000.-- an (KG act. 2). Auch gegen diesen Beschluss reichte X. am

22. Februar 2010 eine Nichtigkeitsbeschwerde ein, mit welcher er die Aufhebung des obergerichtlichen Beschlusses vom 12. Januar 2010 beantragte (KG act. 1). Mit Präsidialverfügung vom 25. Februar 2010 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 7). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 9). Der Beschwerdegegner teilte am 5. März 2010 mit, dass er auf eine Beantwortung verzichte (KG act. 10).

2. Wie dem Kassationsgericht in einem anderen Verfahren (Kass.-Nr. AA100079) bekannt wurde, ist X. am 29. April 2010 gestorben und haben alle gesetzlichen Erben die Erbschaft innerhalb der dreimonatigen Ausschlagungsfrist ausgeschlagen. Die entsprechenden Dokumente (Todesurkunde vom 28.5.2010, Verfügung des Gerichtspräsidiums B. vom 22. Juli 2010) sind ins vorliegende Verfahren beizuziehen (als KG act. 15 und 16). Da dem Beschwerdegegner daraus kein Nachteil erwächst, kann darauf verzichtet werden, ihn vor Zustellung dieses Entscheides über diesen Beizug zu orientieren.

Am 22. Juli 2010 wurde über den Nachlass von +X. der Konkurs eröffnet. Es wurde ein summarisches Konkursverfahren angeordnet. Am 4. Oktober 2010 wurde die Auflage des Kollokationsplans publiziert (KG act. 11).

3. Mit Verfügung vom 10. Dezember 2010 wurde dem Konkursamt Aargau Kenntnis vom vorliegenden Verfahren gegeben, und es wurde um die Mitteilung ersucht, ob die Konkursmasse im Nachlass von +X. oder einzelne Gläubiger das Kassationsverfahren und den Prozess fortsetzen wollten (KG act. 12). Am 15. Dezember 2010 teilte das Konkursamt mit, dass die konkursamtliche Liquidation des Nachlasses von +X. am 9. Dezember 2010 abgeschlossen worden sei und das Konkursamt als Massenvertreter kein Interesse habe, in den Prozess einzutreten (KG act. 14).

III.

1. Mit Beschluss vom 23. April 2007 wies das Bezirksgericht Zürich das Gesuch von +X. um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab und auflegte ihm eine Prozesskaution gemäss § 73 Ziff. 4 ZPO ZH, weil er aus früheren

Verfahren Kosten schuldet (BG act. 17 S. 10 f.; S. 9 Erw. 5.2). Dagegen richtete sich der Rekurs von +X. an das Obergericht, und gegen den diesen Rekurs abweisenden obergerichtlichen Beschluss richtet sich die Nichtigkeitsbeschwerde. Thema derselben sind mithin die Fragen der unentgeltlichen Prozessführung für +X. und dessen Kautionspflicht gemäss § 73 Ziff. 4 ZPO ZH. Der Nichtigkeitsbeschwerde war aufschiebende Wirkung verliehen worden (KG act. 7). Damit lief die +X. mit dem angefochtenen obergerichtlichen Beschluss neu angesetzte Frist zur Leistung der Prozesskaution nicht ab. Die Fragen der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und der Kautonierung aufgrund von § 73 Ziff. 4 ZPO ZH hängen von der Person der einzelnen Partei ab, ihren eigenen finanziellen Verhältnissen und ihren eigenen Schulden aus Gerichtsverfahren. Bei einem Parteiwechsel sind diese Fragen ggfs. bezüglich der neuen Partei neu zu prüfen und gestützt auf die bei der neuen Partei vorhandenen Verhältnisse zu entscheiden. Mit dem Tod von +X. wurden die Fragen obsolet, ob ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (gewesen) wäre und ob er zu Recht gestützt auf § 73 Ziff. 4 ZPO ZH kautoniert worden war. Der Gegenstand des angefochtenen obergerichtlichen Beschlusses und damit auch des Beschwerdeverfahrens entfiel, dieses wurde gegenstandslos und ist deshalb als gegenstandslos geworden abzuschreiben, zumal die Vorinstanz +X. für das Rekursverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligte, ihm zwar die Kosten des Rekursverfahrens auferlegte, sie aber zufolge der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse nahm (KG act. -2 S. 19) und das Konkursverfahren bereits abgeschlossen ist (KG act. 14).

IV.

Wird der Prozess gegenstandslos, entscheidet das Gericht nach Ermessen über die Kostenfolge (§ 65 Abs. 1 ZPO ZH). Der Beschwerdegegner verzichtete explizit auf eine Beschwerdeantwort (KG act. 10). Das hatte er bereits im ersten Beschwerdeverfahren getan, weshalb ihm in jenem Verfahren trotz Gutheissung der Beschwerde die Kosten des Beschwerdeverfahrens nicht auferlegt worden waren (Kass.-Nr. AA080065 Beschluss vom 6. Juli 2009 Erw. IV.2). Umso weniger

sind ihm im vorliegenden Verfahren, das und dessen Gegenstandslosigkeit er nicht veranlasste und in welchem er schon mangels Anträgen nicht unterlegen wäre, die Kosten aufzuerlegen. Auch der beschwerdeführerischen Seite können die Kosten nicht auferlegt werden: Der Beschwerdeführer ist gestorben, seine gesetzlichen Erben haben die Erbschaft ausgeschlagen, die konkursamtliche Liquidation ist bereits abgeschlossen. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens sind unter diesen Umständen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Prozessentschädigungen sind keine zuzusprechen.

V.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

Das Gericht beschliesst:

1. Aus dem Verfahren Kass.-Nr. AA100079 werden die Todesurkunde betreffend X. vom 28.5.2010 und die Verfügung des Gerichtspräsidiums B. vom 22. Juli 2010 beigezogen.
2. Die Beschwerde wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Prozess- bzw. Umtriebsentschädigungen zugesprochen.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG

an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

6. Schriftliche Mitteilung an das Konkursamt Aargau, an den Beschwerdegegner, an das Obergericht des Kantons Zürich (I. Zivilkammer) sowie an das Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung (ad CG060196), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: