



---

Kass.-Nr. AA100079-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 12. April 2011**

in Sachen

†X.,

Kläger und Rekurrent  
vertreten gewesen durch Y.

gegen

**Z. AG,**

Beklagte und Rekursgegnerin  
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

**Nichteintreten, Prozesskaution**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. Mai 2010 (LN090082/U)**

**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. Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des Beschwerdeverfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] vom 8. September 2010).

**II.**

1. Mit Eingabe vom 14. Dezember 2003 erhob +X. beim Bezirksgericht Bülach Klage gegen die Beschwerdegegnerin. Damit verlangte er Schadenersatz in der Höhe von Fr. 72'000.--. Nach Zwischen- und Rechtsmittelverfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege setzte ihm das Bezirksgericht mit Beschluss vom 23. September 2009 Frist zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 15'000.- an. Nachdem er diese Kautionsinnert Frist nicht geleistet hatte, trat das Bezirksgericht mit Beschluss vom 4. November 2009 auf die Klage nicht ein. Gegen die bezirksgerichtlichen Beschlüsse vom 23. September 2009 und vom 4. November 2009 erhob Y. namens +X. Rekurs ans Obergericht des Kantons Zürich (angefochtener Beschluss vom 20. Mai 2010 = KG act. 2 S. 2 f.).

2. Am 29. April 2010 verstarb X. (KG act. 3/2).

3. Mit Beschluss vom 20. Mai 2010 trat die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich auf den Rekurs gegen den bezirksgerichtlichen Beschluss vom 23. September 2009 nicht ein, wies den Rekurs gegen den bezirksgerichtlichen Beschluss vom 4. November 2009 ab und bestätigte diesen Beschluss (KG act. 2).

4. Gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 20. Mai 2010 reichte Y. am 28. Juni 2010 "namens und im Auftrag" des als Beschwerdeführer bezeichneten +X. "bzw. den Erwerb seiner Rechte" beim Kassationsgericht eine Nichtigkeitsbeschwerde ein (KG act. 1).

5. Mit Verfügung vom 1. Juli 2010 wurde Y. Frist angesetzt, um dem Kassationsgericht die Personalien der Rechtsnachfolger von +X. zu nennen und eine Vollmacht einzureichen, mit welcher ihn die Rechtsnachfolger zu ihrer Vertretung im vorliegenden Beschwerdeverfahren bzw. zur Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde legitimierten (KG act. 5). Am 17. September 2010 reichte Y. eine Verfügung des Gerichtspräsidiums A. vom 22. Juli 2010 ein, gemäss welcher alle gesetzlichen Erben von +X. die Erbschaft innerhalb der dreimonatigen Ausschlagungsfrist ausgeschlagen haben und die konkursamtliche Nachlassliquidation nach Art. 573 ZGB angeordnet wurde (KG act. 12).

6. Am 22. Juli 2010 wurde über die Erbschaft von +X. der Konkurs eröffnet. Es wurde das summarische Konkursverfahren angeordnet (KG act. 17).

7. Mit Eingabe vom 17. September 2010 ersuchte Y. darum, ihm "die Frist zur Klärung der Rechtsnachfolge und eines Parteiwechsels" zu erstrecken (KG act. 11). Innert erstreckter Frist (KG act. 13) teilte Y. am 6. Dezember 2010 mit, er habe mit den gesetzlichen Rechtsnachfolgern von +X. vereinbart, dass er im vorliegenden Verfahren sowie in den nachfolgenden Verfahren die Rechte und Pflichten des Verstorbenen übernehmen werde, und ersuchte um eine weitere Fristerstreckung, "damit diese Übernahme" rechtlich korrekt und mit allen Erklärungen versehen vorgenommen werden könne (KG act. 15).

8. Mit Verfügung vom 10. Dezember 2010 wurde das Fristerstreckungsgesuch von Y. vom 6. Dezember 2010 abgewiesen, weil die gesetzlichen Erben von +X. nach der Ausschlagung der Erbschaft keine Rechtsnachfolger von +X. seien und sie Y. keine Rechte von +X. übertragen könnten. Ferner wurde das Konkursamt B. um die Mitteilung ersucht, ob die Konkursmasse im Nachlass von +X. die Nichtigkeitsbeschwerde vom 28. Juni 2010 als solche der Konkursmasse genehmige und das Verfahren fortsetzen wolle, widrigenfalls oder im Säumnisfall auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht eingetreten werde (KG act. 18).

9. Mit Schreiben vom 15. Dezember 2010 teilte das Konkursamt B. 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. 20).

10. Mit Eingabe vom 3. Januar 2011 erklärt Y., er bestehe darauf, dass die Nichtigkeitsbeschwerde behandelt und er als Beschwerdeführer eingesetzt werde (KG act. 21 S. 1). Er habe ein eigenes rechtliches Interesse, um gegen den Rekursentscheid des Obergerichts Nichtigkeitsbeschwerde zu führen. Er beantrage, für seinen verstorbenen Bruder als bisheriger unentgeltlicher Rechtsbeistand eingesetzt zu werden (KG act. 21 S. 2).

### III.

1. +X., der in der Beschwerde als Beschwerdeführer bezeichnet wurde (KG act. 1), ist vor Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde verstorben. Alle gesetzlichen Erben haben die Erbschaft innerhalb der dreimonatigen Ausschlagungsfrist ausgeschlagen (KG act. 12). Diejenigen Personen, die Y. als Erwerber der Rechte von +X. bezeichnete und in deren Namen (neben demjenigen von +X.) er die Nichtigkeitsbeschwerde einreichte, erwarben aufgrund des Todes von +X. keine Rechte und können weder Partei des vorliegenden Verfahrens sein noch Y. zur Einreichung einer solchen Nichtigkeitsbeschwerde bevollmächtigen noch diesem Rechte von +X. übertragen. Das Konkursamt als Massenvertreter genehmigte die Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde durch

Y. nicht, sondern teilte im Gegenteil mit, dass kein Interesse bestehe, in den Prozess einzutreten (KG act. 20). Sowohl mangels beschwerdeführerischer Partei als auch mangels Vertretungsbefugnis von Y. kann auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht eingetreten werden.

2. Entgegen seinem Antrag (KG act. 21) kann Y. im vorliegenden Verfahren nicht als Beschwerdeführer eingesetzt werden. Er macht nicht geltend, als Erbe oder als Abtretungsgläubiger in der konkursamtlichen Nachlassliquidation Rechtsnachfolger von +X. geworden zu sein. Rechtsgeschäftlich können ihm die Erben, welche die Erbschaft ausgeschlagen haben, keine Rechte von +X. übertragen (vorstehend Erw. 1). Es ist keine rechtliche Grundlage für einen solchen Parteiwechsel ersichtlich. Wenn Y. meint, zu einer Nichtigkeitsbeschwerde in eigenem Namen legitimiert zu sein (KG act. 21 S. 2), mag er eine Nichtigkeitsbeschwerde in eigenem Namen einreichen (allerdings ist keine Legitimation dafür ersichtlich, wurde er durch den obergerichtlichen Beschluss vom 20. Mai 2010 doch nicht persönlich belastet). Die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde vom 28. Juni 2010 (KG act. 1) wurde im Namen von +X. "bzw. den Erwerbem seiner Rechte" und nicht im Namen von Y. als Drittem eingereicht und kann nicht nachträglich zu einer solchen umgeändert werden. Der Antrag von Y., selber als Beschwerdeführer eingesetzt zu werden, ist abzuweisen.

3. Ebenso abzuweisen ist der Antrag von Y., als bisheriger unentgeltlicher Rechtsbeistand von +X. eingesetzt zu werden (KG act. 21 S. 2). Damit meint Y. wohl eine rückwirkende Bestellung für die Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde (eine Einsetzung als unentgeltlicher Rechtsbeistand von +X. nach dessen Tod fällt offensichtlich ausser Betracht). Abgesehen davon, dass mit Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes explizit nur "für den weiteren Verlauf des Beschwerdeverfahrens" beantragt wurde (KG act. 1 S. 5 Ziff. 1.2) und als solcher Vertreter gerade nicht Y. gewollt war (KG act. 1 S. 10 Ziff. 4) und dass eine Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters grundsätzlich nicht rückwirkend erfolgen kann (ZR 102 [2003] Nr. 37 lit. B Erw. 4.b), wird als unentgeltlicher Rechtsbeistand im Sinne von § 87 ZPO ZH nur ein im kantonalen Anwaltsregister eingetragener Rechtsanwalt eingesetzt, da

(von vorliegend nicht relevanten Ausnahmen abgesehen) nur ein solcher zur berufsmässigen Vertretung im Zivilprozess zugelassen ist (§ 29 Abs. 1 ZPO ZH, § 11 Abs. 1 lit. b Anwaltsgesetz; vgl. auch Stefan Meichssner, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege [Art. 93 Abs. 3 BV], Basel 2008, S. 187, mit weiterem Hinweis.). Y. ist kein solcher.

4. Die Gerichtskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (§ 64 Abs. 2 ZPO ZH). Vorliegend gibt es keine solche, da auf der unterliegenden beschwerdeführerischen Seite keine Partei vorhanden ist. Die Kosten können Dritten auferlegt werden, welche sie schuldhaft verursacht haben (§ 66 Abs. 3 ZPO ZH). Y. erhob die Nichtigkeitsbeschwerde als vollmachtloser Stellvertreter. Als solcher ist er Dritter im Sinne dieser Bestimmung (Kass.-Nr. AA070073 vom 29.4.2008 Erw. 4.4; Kass.-Nr. 99/083 vom 21.6.1999 Erw. III.3.b mit Verweisung auf RB 1997 Nr. 72). In ZR 85 (1986) Nr. 129 hatte das Kassationsgericht erwogen, ein Rechtsanwalt, der auf derart unsicherer Grundlage, wie sie in jenem Fall vorlag, einen ordentlichen Zivilprozess anhebe, ohne von der angeblichen Klägerin eine schriftliche Vollmacht einzufordern, handle schuldhaft im Sinne von § 66 Abs. 3 ZPO ZH. In Kass.-Nr. 99/083 vom 21.6.1999 hatte das Kassationsgericht erwogen, als Kaufmann habe dem als Vertreter einer gelöschten Aktiengesellschaft auftretenden Beschwerdeführer bewusst sein müssen, dass eine gelöschte Aktiengesellschaft nach aussen nicht mehr auftreten könne. Dass er dennoch für die gelöschte Aktiengesellschaft Klage und Rechtsmittel eingereicht habe, dürfe ihm als Verschulden (im Sinne von § 66 Abs. 3 ZPO ZH) angerechnet werden (Erw. III.3.b; vgl. dazu auch ZR 101 [2002] Nr. 41 und RB 1999 Nr. 73). In Kass.-Nr. AA060078 vom 31.8.2006 auferlegte das Kassationsgericht die Verfahrenskosten im Sinne von § 66 Abs. 3 ZPO ZH einem bewusst unzulässigerweise als Rechtsvertreter handelnden angeblichen Parteivertreter (Erw. 4).

2. Der angefochtene Beschluss vom 20. Mai 2010 ist vom Obergericht offensichtlich in Unkenntnis des Todes von +X. an Y. zugestellt worden (OG act. 11 [= KG act. 2] und act. 12/2), der von +X. "ausschliesslich für die vorsorgliche Anhebung des Rekurses beim Obergericht des Kantons Zürich und den darin enthaltenen Gesuchen um Wiederherstellung der Frist nach § 199 GVG i.V.m

§ 200 GVG sowie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege" bevollmächtigt worden war (OG act. 9, Vollmacht vom 10.12.2009). Zum Zeitpunkt des Erhalts des obergerichtlichen Beschlusses vom 20. Mai 2010 und zum Zeitpunkt der Einreichung seiner Nichtigkeitsbeschwerde war Y. von niemandem (ausser von sich selber; vgl. die von ihm selber am 28.6.2010 namens +X. unterzeichnete Vollmacht an ihn [KG act. 3/3]) dazu beauftragt worden (vgl. KG act. 9, 11, 12, 15).

3. Unter diesen Umständen hätte Y. den vorinstanzlichen Beschluss vom 20. Mai 2010 auf dessen Zustellung an ihn dem Obergericht mit der Information retournieren müssen, dass sein Bruder +X. gestorben ist und er, Y., kein Mandat zur Entgegennahme dieses Beschlusses hatte. Das vorliegende Beschwerdeverfahren wäre damit vermieden worden. Indem Y. aber den Beschluss nicht dem Obergericht retournierte, sondern stattdessen im Namen seines verstorbenen Bruders bzw. seiner Rechtsnachfolger, ohne von diesen einen solchen Auftrag zu haben, eine Nichtigkeitsbeschwerde einreichte, verursachte er unnötigerweise und im Sinne von § 66 Abs. 3 ZPO ZH und der vorstehend dazu erwähnten Rechtsprechung schuldhaft die Kosten dieses Beschwerdeverfahrens. Diese sind deshalb ihm aufzuerlegen. Das rechtfertigt sich überdies auch aufgrund seiner Eingabe vom 3. Januar 2011, in welcher er erklärt, die Prozessrisiken für seinen verstorbenen Bruder zu übernehmen (KG act. 21 S. 1).

4. Der Beschwerdegegnerin entstand im Beschwerdeverfahren kein wesentlicher Aufwand. Es ist ihr keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Anträge von Y. vom 3. Januar 2001, selber als Beschwerdeführer sowie als bisheriger unentgeltlicher Rechtsbeistand von +X. eingesetzt zu werden, werden abgewiesen.
2. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'450.--.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden Y. auferlegt.
5. Der Beschwerdegegnerin wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
6. 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. Der Streitwert beträgt Fr. 72'000.--.
7. Schriftliche Mitteilung an Y., an das Konkursamt B., an die Beschwerdegegnerin, an das Obergericht des Kantons Zürich (I. Zivilkammer) und an das Bezirksgericht Bülach (I. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär