

### Sachverhalt:

Die Parteien stehen sich vor Bezirksgericht in einem Verantwortlichkeitsprozess gegenüber, der Kläger als Nr. 36 von insgesamt 54 Klägern, der Beklagte als Nr. 1 von drei Beklagten. Der Kläger 36 hat seinen Wohnsitz in Australien. Unter Hinweis auf diesen Umstand beantragte der Beklagte 1, der Kläger 36 sei mit einer Prozesskaution gemäss § 73 Ziff. 1 ZPO zu belegen. Das Bezirksgericht wies diesen Antrag ab. Hiegegen rekurrierte der Beklagte 1 und möchte erreichen, dass der Kläger 36 in Aufhebung des angefochtenen Entscheides kautioniert wird.

### Aus den Erwägungen:

"2.4. 1. (...).

Wie der Beklagte 1 in seiner Rekurschrift zutreffend ausführt, bezweckt § 73 ZPO den Schutz der Ansprüche einer in einen Prozess involvierten Gegenpartei und des damit befassten Gerichts auf Erstattung von Gerichtskosten und Prozessentschädigung nach Abschluss eines Verfahrens. Die Kautionspflicht wird jedoch durch zahlreiche Gesetzesbestimmungen und staatsvertragliche Regelungen eingeschränkt. So sieht etwa § 77 ZPO vor, dass bei notwendiger Streitgenossenschaft nur dann eine Kautionsleistung zu leisten ist, wenn die Kautionsgründe bei allen Streitgenossen vorliegen.

2.4. 2. Mehrere Abtretungsgläubiger im Sinne von Art. 260 SchKG bilden insofern eine (unechte) notwendige Streitgenossenschaft, als deren sämtliche Klagen im selben Verfahren zu beurteilen sind und ein einheitliches Urteil ergehen muss. Im Vergleich zu den für eine (echte) notwendige Streitgenossenschaft geltenden prozessualen Besonderheiten, bestehen indes gewichtige Unterschiede. So kann von der Gläubigergemeinschaft namentlich eine einheitliche Prozessführung nicht verlangt werden; daher muss den einzelnen Gläubigern vorbehalten bleiben, unabhängig von den anderen Streitgenossen Tatsachenbehauptungen aufzustellen, ihren Rechtsstandpunkt zu vertreten und auf die Weiterführung des Prozesses zu verzichten, ohne dass dies den Rechtsverlust für die übrigen Gläu-

biger zur Folge hätte (BGE 121 III 494; Berti, SchKG III, Basel/Genf/München 1998, N 57 zu Art. 260 SchKG mit Hinweisen).

2.4. 3. Die Vorinstanz stützte sich bei ihrem Entscheid, dem Kläger 36 keine Kautionspflicht aufzuerlegen, auf diese neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung und schloss, dass es in diesem Licht und angesichts des klaren Wortlautes von § 77 ZPO im Interesse der Rechtssicherheit nicht angehe, bei der Anwendung der die Kautionspflicht bei notwendiger Streitgenossenschaft relativierenden Bestimmung dogmatische Unterschiede zu treffen. Immerhin habe das Bundesgericht im Entscheid 121 III 494 E. 2e auch ausdrücklich festgehalten, dass von den Abtretungsgläubigern wohl keine einheitliche Prozessführung verlangt werden könne, sie im Übrigen jedoch nach Massgabe des kantonalen Rechts die Verfahrensregeln der notwendigen Streitgenossenschaft zu beachten hätten.

2.4. 4. Ausschlaggebend für die in § 77 ZPO vorgesehenen Einschränkung der Kautionspflicht war der Gedanke, dass bei Vorliegen einer im materiellen Recht begründeten (echten) notwendigen Streitgenossenschaft von Gesetzes wegen Solidarhaftung der Mitglieder besteht. Durch die solidarische Haftbarkeit der Streitgenossen entfällt ein Schutzbedürfnis der Gegenpartei(en) und des Gerichts, wenn nur einer unter ihnen nicht kautionspflichtig ist, selbst wenn die Durchsetzung von Ansprüchen bei allen anderen im Sinne von § 73 ff. ZPO gefährdet erscheinen würde. Das Gericht und die Gegenpartei(en) könnten sich zur Durchsetzung ihrer gesamten aus der Prozessführung entstandenen Forderungen an den nicht kautionspflichtigen Streitgenossen halten.

Gemäss zürcherischer Zivilprozessordnung kann das Gericht bei Streitgenossenschaft durch Anordnung der Solidarhaft für die Einbringlichkeit von Kosten und Prozessentschädigung sorgen (§ 70 ZPO Abs. 1 ZPO). Dabei handelt es sich aber lediglich um eine Kann-Vorschrift, die sich überdies sowohl auf die einfache als auch auf die notwendige Streitgenossenschaft bezieht, weshalb sie die in § 77 ZPO vorgesehene Privilegierung einer als notwendiger Streitgenosse prozessierenden Partei nicht zu erklären vermag (a.A. offensichtlich Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 77 ZPO). Zwingend ergibt sich nach zürcherischem Recht die Solidarhaftung einer Streitgenossenschaft für Gerichtskosten und Pro-

zessentschädigung nur dort, wo sie durch das zwischen den Streitgenossen bestehende Rechtsverhältnis begründet wird und das Gericht nicht ausdrücklich eine andere Aufteilung der zu leistenden Kosten und Entschädigungen vornimmt (§ 70 Abs. 2 ZPO).

Ohne eine entsprechende Willenserklärung mehrerer Schuldner entsteht Solidarhaftung unter ihnen nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen (Art. 143 Abs. 2 OR). Eine Willenserklärung der Kläger in dieser Art wurde weder behauptet, noch geht solches aus den Akten hervor, und eine gesetzliche Bestimmung, aus welcher solidarische Haftbarkeit der Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG hergeleitet werden könnte, existiert nicht. Die Solidarhaftung der Abtretungsgläubiger steht damit unter dem Vorbehalt einer gerichtlichen Anordnung bei der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen im Endentscheid.

Der Einwand des Klägers 36, die Vorinstanz hätte auf Antrag des Beklagten jederzeit die Solidarhaftung aller Kläger anordnen können, geht fehl. Das Gesetz sieht in § 70 Abs. 1 ZPO die Anordnung der Solidarhaftung der Streitgenossen nur im Zusammenhang mit der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen vor, welche gemäss § 72 Satz 1 ZPO im Endentscheid festzusetzen sind. § 72 Satz 3 ZPO eröffnet wohl die Möglichkeit, aus zureichenden Gründen für einen prozessleitenden Entscheid Kosten und Entschädigungen aufzuerlegen. Eine Grundlage, um mit Blick auf die spätere Erledigung des Verfahrens verbindliche Anordnungen hinsichtlich Kosten- und Entschädigungsfolgen im Endentscheid zu treffen, bietet diese Bestimmung indes nicht.

Obwohl davon auszugehen ist, dass die Gerichte bei der Erledigung eines Prozesses gegen die kosten- und entschädigungspflichtige Abtretungsgläubigergemeinschaft regelmässig von § 70 Abs. 1 ZPO Gebrauch machen und die Solidarhaftung anordnen, bietet sie keine der während des Verfahrens auferlegten Prozesskaution oder der von Gesetzes wegen bestehenden solidarischen Haftbarkeit einer Streitgenossenschaft gleichwertige Absicherung der Gerichtskasse und der Gegenpartei. Namentlich letztere hat während eines laufenden Verfahrens keine Sicherheit, ob sie ihren allfälligen und unter Umständen erheblichen Anspruch auf Leistung einer Prozessentschädigung gegenüber einem kauti-

onspflichtigen Streitgenossen eintreiben können wird. Bereits diese Aspekte sprechen für die Nichtbeachtung von § 77 ZPO im Falle eines kautionspflichtigen, in einer Streitgenossenschaft prozessierenden Abtretungsgläubigers.

2.4. 5. Im Weiteren ist zu betonen, dass ein einzelner Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG ohne Rechtsverlust für seine Streitgenossen jederzeit auf die Weiterführung des Prozesses verzichten kann (BGE 121 III 494), was bei jeder anderen (echten) notwendigen Streitgenossenschaft ausgeschlossen ist. Dieser Aspekt kann eine zusätzliche Gefährdung des Anspruches des Gerichts und der Gegenpartei(en) auf Gerichtskosten bzw. Prozessentschädigung bedeuten. So wäre grundsätzlich denkbar, dass im Verlauf eines Verfahrens so viele Abtretungsgläubiger auf dessen Weiterführung verzichten, bis in einem sehr fortgeschrittenen Stadium nur noch kautionspflichtige Streitgenossen übrig wären. Würde erst in diesem Zeitpunkt eine Kautionsauferlegung und nicht Bezahlung, käme es zu einer Situation, die durch die Kautionsvorschriften gerade verhindert werden soll; die Gegenpartei hätte keine Möglichkeit, sich bei den übrig bleibenden Abtretungsgläubigern für ihre aufgelaufenen Kosten schadlos zu halten. Konsequenterweise müsste das Gericht in einem solchen Fall bei jedem Ausscheiden eines Abtretungsgläubigers die Kosten- und Entschädigungsfolgen unter Berücksichtigung der bislang aufgelaufenen Kosten zu dessen Lasten regeln. Um die Gegenpartei in gleicher Weise wie bei Vorliegen einer echten notwendigen Streitgenossenschaft abzusichern, müsste es dabei die solidarische Haftung zwischen den in diesem Zeitpunkt noch prozessführenden Streitgenossen anordnen. Dieses Vorgehen wäre jedoch insofern äusserst problematisch und im Ergebnis nicht praktikabel, als unter diesen Umständen eine ausgewogene Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen unmöglich wäre und auf diese Weise die das Verfahren weiterführenden Streitgenossen, die immer noch Aussichten hätten, den Prozess zu gewinnen, bereits während des Verfahrens mit Kosten und Entschädigungen belastet und entsprechend beschwert würden. Aus diesem Grund dürfte es kaum je zu einem derartigen Vorgehen kommen.

2.4. 6. Insgesamt ist angesichts der für die Streitgenossenschaft der Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG geltenden Besonderheiten festzuhalten,

dass kein adäquater Schutz der Gerichtskasse und der Gegenpartei(en) besteht, wenn einer der Streitgenossen kautionspflichtig ist. Daher kann trotz der Qualifikation dieser Gemeinschaft als notwendige Streitgenossenschaft und des Wortlautes von § 77 ZPO nicht darauf verzichtet werden, den kautionspflichtigen Abtretungsgläubiger zur Leistung eines Vorschusses zu verpflichten. Aus all diesen Gründen erscheint es auch im Lichte der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur besonderen Streitgenossenschaft von Abtretungsgläubigern nach Art. 260 SchKG richtig, an der publizierten Rechtsprechung festzuhalten, dass die Kautionsgründe bei den einzelnen Gläubigern gesondert zu prüfen und zu beachten sind (ZR 52 Nr. 149)."