

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RB110008-O/U.doc

Mitwirkend: die Obergerichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und  
Dr. H.A. Müller sowie Gerichtsschreiber lic. iur. Ch. Büchi

## Urteil vom 2. November 2011

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

substituiert durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ **AG**,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Z. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung (Kautonierung)**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich,  
5. Abteilung, vom 2. Februar 2011 (CG100122)**

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Am 12. Juli 2010 machte der Kläger und Beschwerdeführer (fortan Kläger) vor Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, einen Forderungsprozess anhängig, mit welchem er im Hauptpunkt die Bezahlung von Fr. 1'587'817.33 nebst Zins beantragte. (Urk. 7/1). Mit Einreichung der Klageantwort vom 19. Oktober 2010 beantragte die Beklagte und Beschwerdegegnerin (fortan Beklagte), der Kläger sei für die Gerichtskosten und die Prozessentschädigung im Verfahren vor Vorinstanz zu kautionsieren (Urk. 7/10 N 12). Mit Beschluss vom 2. Februar 2011 setzte die Vorinstanz dem Kläger gestützt auf § 73 Ziff. 3 ZPO/ZH eine Frist von 20 Tagen zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 86'000.– an, unter der Androhung, dass bei Säumnis auf die Klage nicht eingetreten werde (Urk. 2 S. 8, Dispositiv-Ziffer 1).

3. Gegen den Beschluss vom 2. Februar 2011 erhob der Kläger am 7. März 2011 fristgerecht Rekurs (recte: Beschwerde, vgl. hierzu nachstehende Ziffer II. 2.3) mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

"Ziff. 1 und 2 des Beschlusses des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung, Proz.-Nr. CG100122 vom 2. Februar 2011 seien vollumfänglich aufzuheben und es sei damit von der Auferlegung einer Prozesskaution in der Höhe von CHF 86'000.– zu Lasten des Rekurrenten (recte: Beschwerdeführers) vollumfänglich abzusehen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Rekursgegnerin (recte: Beschwerdegegnerin)."

4. Mit Eingabe vom 4. April 2011 erstattete die Beklagte und Beschwerdegegnerin (fortan Beklagte) innert Frist die Beschwerdeantwort mit folgenden Anträgen (Urk. 9 S. 2):

"Es sei auf den 'Rekurs' (Beschwerde) vom 7. März 2011 nicht einzutreten;

eventualiter sei der 'Rekurs' (Beschwerde) vom 7. März 2011 vollumfänglich abzuweisen und es sei der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 2. Februar 2011 zu bestätigen;

subeventualiter sei die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer von 8 %) zulasten des Klägers und Beschwerdeführers."

[Prozessual:]

"Es sei der Kläger und Beschwerdeführer zu verpflichten, für das Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss in der Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten zu bezahlen und der Beklagten und Beschwerdegegnerin Sicherheit für die Parteientschädigung in angemessener, vom Gericht festzusetzender Höhe zu leisten;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer von 8 %) zulasten des Klägers und Beschwerdeführers."

## II.

1.1 Das Rechtsmittelverfahren steht unter der Herrschaft der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272; Art. 405 Abs. 1 ZPO).

1.2 In Bezug auf das Verfahren vor Vorinstanz gilt es zu berücksichtigen, dass dieses vor Inkrafttreten der ZPO eingeleitet wurde, sodass bis zu dessen Abschluss das bisherige Verfahrensrecht gilt (Art. 404 Abs. 1 ZPO).

1.3 Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (Art. 327 Abs. 1 ZPO). Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

1.4 Auf die Parteivorbringen ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung notwendig ist.

2.1 Zu ihrem Nichteintretensantrag bringt die Beklagte in ihrer Beschwerdeantwort vor, der Kläger habe zum einen die Beschwerdefrist verpasst und zum anderen das falsche Rechtsmittel ergriffen. Des Weiteren sei das vom Kläger erhobene Rechtsmittel unbeachtlich, da seine diesbezügliche Eingabe als querulatorisch und rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren sei (Urk. 9 S. 9 ff.).

2.2. Wie eingangs erwähnt, gilt für das Verfahren vor Vorinstanz das bisherige Verfahrensrecht (Art. 404 Abs. 1 ZPO), mithin die zürcherische Prozessordnung (ZPO/ZH) sowie das zürcherische Gerichtverfassungsgesetz (GVG/ZH). Das anwendbare Verfahrensrecht gilt bis zum Abschluss des Verfahrens bzw. eines Verfahrensabschnittes, ergo bis zur Mitteilung respektive Eröffnung eines Entscheides. Vorliegend handelt es sich beim Entscheid über die Auferlegung einer Prozesskaution (§ 73 ff. ZPO/ZH) um einen prozessleitenden Entscheid in Zivilsachen. Diese werden den Parteien in jedem Falle schriftlich mitgeteilt (vgl. § 185 GVG/ZH). Kann ein Entscheid einer Partei nicht zugestellt werden, so ist die Zustellung zu wiederholen, es sei denn, der Adressat hat die Zustellung schuldhaft verhindert (§ 187 Abs. 1 und 2 i.V. mit § 179 Abs. 1 GVG/ZH).

Die Argumentation der Beklagten, wonach für die Zustellung des diesem Verfahren zugrunde liegenden vorinstanzlichen Entscheides die neue Schweizerische ZPO gilt und die Rechtsmittelfrist bereits mit dem Ablauf der Abholfrist des ersten durch die Vorinstanz vorgenommenen Zustellversuchs beginnt (Urk. 9 S. 9), schlägt demnach fehl. Eine schuldhafte Verhinderung der ersten Zustellung macht die Beklagte vorliegend nicht geltend. Sodann erweist sich die Vornahme einer zweiten Zustellung durch die Vorinstanz als korrekt. Daraus resultiert, dass der vorinstanzliche Entscheid dem Kläger mit dessen Entgegennahme am 24. Februar 2011 eröffnet wurde. Erst Letzteres vermag die Rechtsmittelfrist auszulösen. Hieraus ergibt sich, dass die Eingabe des Klägers vom 7. März 2011 und deren gleichentags erfolgte Übergabe an die Schweizerische Post innerhalb von zehn Tagen und damit, wie aufzuzeigen sein wird, rechtzeitig erfolgte (vgl. §§ 191 ff. GVG/ZH).

2.3 Das neurechtlich zulässige Rechtsmittel ist die Beschwerde im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO. Der Kläger hat mit seinem Rekurs somit nicht das zutreffende Rechtsmittel erhoben, weshalb sich die Frage stellt, ob das unzutreffende Rechtsmittel als das zulässige (andere) Rechtsmittel entgegen genommen werden kann.

Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass das Obergericht die mittlerweile konstante Praxis verfolgt, dass unrichtig bezeichnete Rechtsmittel ohne Weiteres mit dem

richtigen Namen bezeichnet und nach den richtigen Regeln behandelt werden (*OGer ZH PF110004* vom 9. März 2011, E. 5.2 am Ende, zu finden via [www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch) / Entscheide).

Die Beklagte verneint jedoch das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Konversion. Mit Hinweis auf die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 135 III 374 E. 1.2.2) bringt sie vor, die unrichtige Rechtsmittelbelehrung vermöge per se nicht für eine Konversion sprechen, gelte es doch zu berücksichtigen, dass die Beklagte anwaltlich vertreten sei, womit eine Auseinandersetzung mit dem einschlägigen Prozessrecht durch die Rechtsvertretung zu erwarten sei (Urk. 9 S. 11).

Unbestritten ist, dass die Rechtsmittelbelehrung im vorinstanzlichen Entscheid falsch ist. Die von der Beklagten angerufene Rechtsprechung erweist sich als einschlägig. Gemäss dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann eine Prozesspartei den Vertrauensschutz in eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung nur dann beanspruchen, wenn sie sich nach Treu und Glauben auf die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung verlassen durfte. Wer die Unrichtigkeit erkannte oder bei gebührender Aufmerksamkeit hätte erkennen können, kann sich nicht auf eine mangelhafte Eröffnung berufen, wobei allerdings nur eine grobe prozessuale Unsorgfalt der betroffenen Partei oder ihres Anwalts eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung aufzuwiegen vermag. Wann der Prozesspartei, die sich auf eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung verlassen hat, eine als grob zu wertende Unsorgfalt vorzuwerfen ist, beurteilt sich nach den konkreten Umständen und nach ihren Rechtskenntnissen (BGE 135 III 374 E. 1.2.2). Unter der Berücksichtigung, dass für das Verfahren vor Vorinstanz das altrechtliche Verfahrensrecht und für das Rechtsmittelverfahren das neurechtliche anwendbar ist sowie angesichts der im Zeitpunkt der Rechtsmittelerhebung durch den Kläger sehr jungen Praxis zur eidgenössischen Zivilprozessordnung kann dem Kläger - wenn auch anwaltlich vertreten - eine als grob zu wertende Unsorgfalt nicht vorgeworfen werden.

Die Beklagte bringt sodann selbst vor, dass eine Konversion insofern unschädlich sei, als dass die Rechtsmittelfristen des altrechtlichen Rekurses und der neurechtlichen Beschwerde zufällig übereinstimmen würden (Urk. 9 S. 11). Es ist darauf

hinzuweisen, dass sich im Übrigen angesichts der Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz ansonst die Frage der Wiederherstellung der Rechtsmittelfrist gestellt hätte.

Weiter führt die Beklagte aus, dass vorliegend die Rechte der Beklagten durch eine Konversion erheblich beeinträchtigt würden. Der Kläger habe nicht nur einfach das falsche Etikett gewählt, auch inhaltlich würde seine Eingabe nicht den gesetzlichen Vorgaben einer Beschwerdeschrift entsprechen. Währenddem die Stellungnahme des Klägers zur Frage der Kautonierung anlässlich der Replik gerade einmal knapp dreieinhalb Zeilen umfasst habe, habe sich die Beklagte nunmehr mit einer fast zwanzigseitigen Rechtsschrift und einer ebenso grossen Menge an neuen (unzulässigen) Behauptungen bzw. neuen (unzulässigen) Beweismitteln auseinanderzusetzen. Sie sehe sich damit gezwungen, innert einer sehr kurz bemessenen Frist von nur zehn Tagen eine umfassende Stellungnahme abzugeben, die weit über das hinausgehe, was in einem Beschwerdeverfahren normalerweise zu erwarten wäre (Urk. 9 S. 11).

Wie die Beklagte selbst ausführt, sind im Beschwerdeverfahren neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO) und demnach im Rechtsmittelverfahren unbeachtlich. Nach altem Recht waren auch im Rechtsmittelverfahren noch Noven in sehr beschränktem Umfang zulässig (§ 278 i. V. mit § 267 Abs. 1 i.V. mit § 115 ZPO/ZH). Die neu-rechtliche Beschwerde geht folglich weniger weit als der altrechtliche Rekurs. Im Beschwerdeverfahren besteht demzufolge nur eine beschränkte Stellungnahmepflicht. Indem die Beklagte offenbar erkannt hat, sich in einem Beschwerdeverfahren zu befinden, hätte sie nur auf die zulässigen Rügen Stellung nehmen müssen, anstatt zur Beschwerdeschrift des Klägers umfassend Stellung zu nehmen. Überdies kann eine Beschwer im Nachhinein ohnehin nicht mehr geltend gemacht werden (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO).

Der erforderliche Streitwert von mindestens Fr. 10'000.– (Art. 308 Abs. 2 ZPO) ist ohne Weiteres als gegeben zu betrachten (vgl. nachstehende Ziff. 3.1).

Insgesamt erscheint aus dem Gesagten auch in der vorliegenden Konstellation eine Konversion als zulässig und gerechtfertigt.

2.4 Die Beklagte bringt vor, dass, wer zuerst behaupte (aber nicht beweise), er sei mittellos und könne für die Prozesskosten nicht aufkommen, um dann im nächsten Atemzug geltend zu machen, er verfüge über Vermögenswerte in nahezu Millionenhöhe, handle krass rechtsmissbräuchlich. Deshalb sei das vom Kläger erhobene Rechtsmittel als querulatorische und rechtsmissbräuchliche Eingabe im Sinne von Art. 132 Abs. 3 ZPO nicht zu beachten (Urk. 9 S. 12). Entgegen der Ansicht der Beklagten ist dem Kläger dahingehend zuzustimmen, dass - wie von ihm in der vorinstanzlichen Replik ausgeführt - es einen Unterschied macht, ob bei einem Schuldner im Wege der Zwangsvollstreckung keine Befriedigung zu erlangen ist, oder ob jemand nicht in der Lage ist, aus flüssigen Mitteln einen Prozess zu finanzieren (Urk. 7/18 S. 3).

Die klägerische Eingabe ist deshalb weder als querulatorisch noch als rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 132 Abs. 3 ZPO zu qualifizieren.

3.1 Der Kläger beanstandet mit seiner Beschwerde die ihm durch die Vorinstanz auferlegte Verpflichtung zur Leistung einer Prozesskaution unter Berufung auf § 73 Ziff. 3 ZPO/ZH. Die Vorinstanz habe in ihren Erwägungen zu dieser Bestimmung festgehalten, dass bezüglich des Klägers ein Fall der durch § 73 Ziff. 3 ZPO/ZH geregelten "sonstigen Zahlungsunfähigkeit" vorliege, welche das Gericht zur Auferlegung einer Prozesskaution berechtige. Der auf dieser Schlussfolgerung beruhende Entscheid der Vorinstanz sei falsch. Eine Zahlungsunfähigkeit des Klägers im Sinne der besagten Bestimmung sei nicht gegeben (Urk. 1 S. 3 ff.). Damit rügt der Kläger sinngemäss eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz. Diese Rüge ist im Beschwerdeverfahren uneingeschränkt zulässig (Art. 320 lit. a ZPO).

3.2 Eine Partei, welche als Kläger auftritt, hat für die Gerichtskosten und die Parteientschädigung u.a. dann eine Kautionsleistung zu leisten, wenn auf sie (...) Verlustscheine oder Pfandausfallscheine bestehen oder wenn sie *sonst als zahlungsun-*

*fähig erscheint* (§ 73 Ziff. 3 ZPO/ZH). Umstritten ist vorliegend die Anwendbarkeit der Generalklausel der sonstigen Zahlungsunfähigkeit.

3.3.1 Der Kläger hält mit Hinweis auf die lang andauernde, ununterbrochene und unwidersprochene Praxis der Zürcher Gerichte und insbesondere des Obergerichts und des Kassationsgerichts des Kantons Zürich dafür, dass in restriktiver Auslegung der Generalklausel die sonstige Zahlungsunfähigkeit einer Partei nur dann vorliege, wenn sie sich aus betreibungsrechtlichen Akten ergebe (Urk. 1 S. 4 mit Verweis auf Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, § 73 N 30, S. 318 mit Verweis auf ZR 84 Nr. 65).

3.3.2 Die Vorinstanz will die besagte Generalklausel indessen - gerade im Lichte der eidgenössischen Zivilprozessordnung - in einem weiteren Sinn verstanden wissen. Diese sehe einen Kostenvorschuss für die mutmasslichen Gerichtskosten nun für jeden Fall, also bedingungslos (Art. 98 ZPO), sowie eine Sicherheit für die Parteienschädigung dann, wenn diese erheblich gefährdet erscheine (Art. 98 Abs. 1 lit. d ZPO), vor (Urk. 2 S. 4 E. 2.2). Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass es die Generalklausel der sonstigen Zahlungsunfähigkeit wohl ausulegen gelte, zum einen sich aber die Erwägungen und die diesbezügliche Auslegung der Vorinstanz als richtig erwiesen und zum anderen keine Gründe vorlägen, weshalb vom klaren Wortlaut von § 73 Ziff. 3 ZPO/ZH abgewichen werden sollte. Aus dem Wortlaut könnten keine Einschränkungen hinsichtlich des Nachweises der Zahlungsunfähigkeit abgeleitet werden (Urk. 9 S. 16 ff.)

3.3.3 Zutreffend ist, dass die umstrittene Generalklausel der sonstigen Zahlungsunfähigkeit einer Auslegung bedarf. Vorab gilt es jedoch darauf hinzuweisen, dass sich eine Auslegung mit Blick auf die eidgenössische Zivilprozessordnung als nicht richtig erweist. Die Beachtung der neurechtlichen Regelung der prozessualen Sicherheitsleistungen im altrechtlichen Verfahren würde eine ungerechtfertigte Vorwirkung des neuen Rechts bewirken. Wie bereits erwähnt, gilt für das Verfahren vor Vorinstanz das bisherige, mithin das zürcherische Verfahrensrecht (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Es ist dem Kläger darin zuzustimmen, dass beim Willen des Gesetzgebers in Bezug auf die prozessualen Sicherheitsleistungen die neurechtlichen Bestimmungen anzuwenden, er dies in Übergangsbestimmungen so gere-

gelt hätte (Urk. 1 S. 6). Indem der Gesetzgeber dies unterlassen hat, nicht aber die Regelung von Übergangsbestimmungen als solche, hat er unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass für all diejenigen Verfahren, auf die das alte Recht anwendbar ist, das neue Recht noch keine Wirkung zeitigt, auch nicht durch entsprechende Auslegung.

3.3.4 Ist eine Gesetzesbestimmung auszulegen, so kommt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dem Gesetzeswortlaut - und damit dem sogenannten grammatikalischen Element - eine besondere Bedeutung zu. Ausgangspunkt der Auslegung einer Norm bildet daher ihr Wortlaut. Ist der Text jedoch nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss unter der Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach der wahren Tragweite gesucht werden. Abzustellen ist namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm und ihren Zweck sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Insoweit wird vom historischen, teleologischen und systematischen Auslegungselement gesprochen. Bei der Auslegung einer Norm sind daher neben allenfalls unklarem Wortlaut diese herkömmlichen Auslegungselemente zu berücksichtigen (vgl. dazu BGE 135 II 416 ff. sowie BGE 133 III 265 je mit zahlreichen weiteren Verweisen).

3.3.5.1 Das Kassationsgericht hat in einem Entscheid vom 27. August 1979 festgehalten, dass der in § 73 Ziff. 3 ZPO/ZH enthaltene Zusatz "oder wenn sie sonst als zahlungsunfähig erscheint" nur diejenigen Fälle betreffe, in welchen sich die Zahlungsunfähigkeit aus betriebsrechtlichen Akten ergebe. Eine vom Betreibungsrecht unabhängige Generalklausel habe der Gesetzgeber nicht erlassen wollen (vgl. SJZ 77 [1981] Nr. 33 [S. 199, Erw. 2]). Diese restriktive Auslegung von § 73 Ziff. 3 ZPO/ZH wurde seither in konstanter Rechtsprechung bestätigt (vgl. etwa ZR 84 Nr. 65; ZR 85 Nr. 64; ZR 91/92 Nr. 33; Kass.-Nr. 89/103 i.S. N., Entscheid vom 28.6.1989, Erw. II.2.b.; Kass.-Nr. 93/353 i.S. H., Entscheid vom 29.11.1993, Erw. II.2; Kass.-Nr. 95/176 i.S. S., Entscheid vom 4.9.1995, Erw. II.3) und wird auch von der Lehre befürwortet (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 30 zu § 73 ZPO/ZH). Sie entsprach sodann auch der Praxis des Bundesgerichtes zu

Art. 150 Abs. 2 OG (vgl. BGE 111 II 206 [Erw. 1]). Es besteht im vorliegenden Fall kein Anlass, von dieser Praxis Abstand zu nehmen.

3.3.5.2 Es mag sein, dass der Anwendungsbereich von § 73 Ziff. 3 ZPO/ZH bzw. dessen Einschränkung präziser hätten umschrieben werden können. Angesichts des Umstandes, dass in § 73 Ziff. 3 ZPO/ZH zunächst von Verlust- und Pfandausfallscheinen die Rede ist, spricht der Wortlaut des Zusatzes ("oder sonst als zahlungsunfähig erscheint") aber keineswegs eindeutig für die Annahme einer vom Betreibungsrecht losgelösten Generalklausel. Vielmehr lässt sich der Wortlaut ebenso dahingehend interpretieren, dass mit dieser Formulierung *die übrigen betreibungsrechtlichen Tatbestände*, welche auf eine Zahlungsunfähigkeit hinweisen würden, abgedeckt werden sollen. Somit vermag eine semantische Auslegung von § 73 Ziff. 3 ZPO/ZH für sich alleine keine Praxisänderung zu rechtfertigen.

3.3.6 Den Materialien lässt sich zwar nicht entnehmen, welche Motive bei der Ergänzung von § 73 Ziff. 3 ZPO/ZH verfolgt wurden. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass Sträuli und Messmer, welche Mitglieder der damaligen Expertenkommission waren, in ihrem ZPO/ZH-Kommentar die Meinung dieser Kommission wiedergegeben haben. Wenn sie in ihrem Kommentar festgehalten haben, dieser Zusatz betreffe vor allem zwei betreibungsrechtliche Tatbestände, welche bis anhin zu Schwierigkeiten geführt hätten (Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1976, N 18 zu § 73 ZPO/ZH), so erscheint es unwahrscheinlich, dass mit dem Zusatz eine vom Betreibungsrecht losgelöste Generalklausel geschaffen werden sollte. In der zweiten Auflage ihres Kommentars haben Sträuli/Messmer unter Verweis auf den erwähnten Kassationsgerichtsentscheid sodann ausdrücklich festgehalten, die Zahlungsunfähigkeit gemäss § 73 Ziff. 3 ZPO/ZH müsse sich aus betreibungsrechtlichen Akten ergeben (Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 2.A., Zürich 1982, N 18 zu § 73 ZPO/ZH). Wenn die beiden Autoren der Ansicht gewesen wären, das Kassationsgericht habe ihre Ausführungen in der Erstauflage missverstanden, hätten sie dies an dieser Stelle wohl zum Ausdruck gegeben. Unter dem Aspekt einer historischen Auslegung erscheint ein Abweichen von der bisherigen Rechtsprechung somit nicht angebracht.

3.3.7 Die Kautionspflicht gemäss § 73 Ziff. 4 ZPO/ZH (offenstehende Schulden gegenüber Gerichten und Verwaltungsbehörden) setzt keine betreibungsrechtlichen Handlungen voraus, sondern wird bereits bejaht, wenn die Kosten nicht binnen der in der Rechnung gesetzten Frist bezahlt wurden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 31 zu § 73 ZPO/ZH). Daraus kann aber nicht geschlossen werden, eine Zahlungsunfähigkeit gemäss Ziff. 3 dieser Bestimmung liege - unabhängig von betreibungsrechtlichen Akten - bereits bei Bestehen offenstehender Rechnungen vor. Mit Blick auf die Gesetzessystematik erscheint eine Änderung der Rechtsprechung somit ebenfalls nicht angebracht.

3.3.8 Es ist zusammenfassend festzuhalten, dass die vom Obergericht vertretene Ansicht, wonach sich die Zahlungsunfähigkeit i.S.v. § 73 Ziff. 3 ZPO/ZH aus betreibungsrechtlichen Akten ergeben muss, der langjährigen Praxis des Kassationsgerichtes entspricht und an dieser Rechtsprechung festzuhalten ist.

4.1 Hinsichtlich der finanziellen Situation des Klägers hielt die Vorinstanz fest, dass er ohne Arbeitsstelle und Einkommen dastehe, jedoch familiäre Unterhaltspflichten aufweise. Über liquides Vermögen verfüge er gemäss eigenen Aussagen nicht. Eine beträchtliche Abfindungssumme habe er kürzlich in die Rentenvorsorge einbezahlt bzw. in die Sanierung des Eigenheims in C.\_\_\_\_\_ gesteckt. Der Kläger bezeichne sich deshalb auch selbst als mittellos. Stelle man die finanzielle Situation des Klägers den aufgrund des beträchtlichen Streitwerts in der Höhe von Fr. 2'009'817.- resultierenden Verfahrenskosten von zumindest Fr. 86'000.- gegenüber, sei der Kläger ohne weiteres als zahlungsunfähig zu bezeichnen. Es erscheine als ausgeschlossen, dass er, der sich selbst als mittellos bezeichne, bei allfälligem Unterliegen die entsprechenden Kosten zahlen könne und wolle. Eine Lohnpfändung würde von vornherein mangels Arbeitsstelle entfallen. Ersparnisse würden nur noch in Form der nicht pfändbaren gebundenen Vorsorge oder als Immobilieneigentum in C.\_\_\_\_\_ vorliegen. Es sei nicht auszuschliessen, dass der Kläger damit Teile seines Vermögens angesichts der ihm drohenden Schadenersatzklagen in Milliardenhöhe vor der Zwangsvollstreckung in Sicherheit bringen wolle: Dies gelte insbesondere für die gebundene Rentenvorsorge, die ohne Weiteres der Zwangsvollstreckung entzogen bleiben würde. Andererseits sei der Klä-

ger aber nach wie vor jeden Nachweis schuldig geblieben, dass das von ihm bewohnte Einfamilienhaus, in dessen Sanierung er viel Geld investiert haben wolle, immer noch in seinem Eigentum stehe. Es wäre ihm aber ohnehin ein Leichtes, dieses zu entäussern oder sogar mittels Schenkung auf eine Drittperson zu übertragen. Damit würde die Zwangsvollstreckung im Ausland illusorisch bzw. sehr erschwert, zumal bei der Verwertung noch zahlreiche andere Gläubiger, namentlich die Schadenersatzkläger, Forderungen anmelden könnten. Die Eintreibung der Gerichtskosten und der Prozessentschädigung erscheine daher - nicht zuletzt aufgrund der Vorkehrungen des Klägers - erheblich gefährdet. Stelle man diese aufwendigen Eintreibebemühungen, die die Gerichtskasse und die Beklagte im Ausland vornehmen müssten, dem Umstand gegenüber, dass der Kläger - z.B. mittels einer Erhöhung der Hypothek - die ihn allenfalls treffenden Kosten sicherstellen könnte, müsse das Pendel zugunsten ersterer ausfallen: Die Sicherstellung von Gerichtskosten und Prozessentschädigung sei dem in der Schweiz Rechtsschutz suchenden Kläger eher zuzumuten als der Gerichtskasse und der Beklagten die Durchsetzung ihrer allfälligen Ansprüche in einer aussichtslosen Zwangsvollstreckung. Der Kläger sei daher gesamthaft betrachtet als *zahlungsunfähig* im Sinne von § 73 Ziff. 3 ZPO/ZH zu bezeichnen und es sei ihm deshalb eine Prozesskaution (...) aufzuerlegen (Urk. 2 S. 4 ff. E. 3.1 und 3.2) Die Beklagte hielt sich in ihrer Beschwerdeantwort im Wesentlichen an die Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 9 S. 29).

4.2 Eine Kautonierung vermag die Beklagte möglicherweise vor Aufwand bewahren, welcher ihr vom Kläger nicht entschädigt werden könnte. Wollte man dem Sicherheitsbedürfnis der Beklagten möglichst weit nachkommen, müsste man den Kläger folglich nicht nur bei bestehender (betriebsrechtlich ausgewiesener), sondern auch bei drohender künftiger Zahlungsunfähigkeit oder gar generell kautonieren. Nach dem bisherigen zürcherischen Prozessrecht wird der Schutz des Beklagten (bzw. des Staates) vor solchen Kosten aber gerade nicht in jedem Fall über das Interesse des Klägers auf unbeschwertem Zugang zum Gericht gestellt. Soweit die Vorinstanz und die Beklagte die Ansicht vertreten, eine teleologische Auslegung von § 73 Ziff. 3 ZPO/ZH verlange die Kautonierung auch bei drohender künftiger Zahlungsunfähigkeit, verkennen sie, dass der Gesetzge-

ber mit dem abschliessenden Katalog von Kautionsstatbeständen eine Interessensabwägung vorgenommen hat. Vor diesem Hintergrund ist an der Auffassung, wonach ein hypothetischer künftiger Zustand keine Kautionspflicht zu begründen vermag (vgl. SJZ 77 [1981] Nr. 33 [S. 200, Erw. 4], festzuhalten.

5.1 Die Beklagte bringt des Weiteren vor, dass ein Nachweis der Zahlungsunfähigkeit allein gestützt auf betriebsrechtliche Akten bei im Ausland wohnhaften Schuldern von vornherein ausgeschlossen wäre, weil ein dem schweizerischen Zwangsvollstreckungsrecht entsprechendes Instrumentarium in der Regel im Ausland fehle. Dies würde Sinn und Zweck von § 73 Ziff. 3 ZPO/ZH diametral widersprechen und zu einer unhaltbaren Inländerdiskriminierung führen (Urk. 9 S. 18).

5.2 Der Beklagten ist insoweit zuzustimmen, als dass der Nachweis der Zahlungsunfähigkeit bei alleinigem Abstellen auf betriebsrechtliche Akten bei einem im Ausland wohnhaften Schuldner verunmöglicht würde, wenn es im Ausland bzw. im Wohnsitzland eines allenfalls Kautionspflichtigen kein Äquivalent zum Schweizer Zwangsvollstreckungsrecht gibt. Von daher gilt es für den Nachweis der Zahlungsunfähigkeit im Sinne von § 73 Ziff. 3 ZPO/ZH dem schweizerischen Zwangsvollstreckungsrecht analoge Akten zuzulassen.

5.3 Wie die Beklagte in ihrer Beschwerdeantwort ausführt, kennt auch das Wohnsitzland des Klägers, C.\_\_\_\_\_, ein Zwangsvollstreckungsrecht (vgl. Urk. 9 S. 21d und S. 31). In C.\_\_\_\_\_ ist die Zwangsvollstreckung in kodifizierter Form in den Art. ... des ... [Gesetz von C.\_\_\_\_\_] geregelt. Es ist davon auszugehen, dass eine erfolglose Zwangsvollstreckung auch in C.\_\_\_\_\_ mit einem Entscheid hoheitlicher Natur endet, wie dies hierorts der Fall ist. Im Unterschied zur Schweiz kennt C.\_\_\_\_\_ allerdings kein Insolvenzregister öffentlich-rechtlicher Natur. Die Einholung eines auf dem Zwangsvollstreckungsrecht beruhenden Insolvenzregisterauszuges ist von daher nicht möglich. Die Tatsache, dass es in C.\_\_\_\_\_ an einem Insolvenzregister mangelt, hat aber mitunter begünstigt, dass Insolvenzregister von zahlreichen Unternehmen privater Natur geführt werden. Forderungseintreibende Inkassounternehmen insbesondere erteilen auch Wirtschaftsauskünfte und betreiben diesbezügliche Nachforschungen (vgl. bspw. [http://\[Internetadresse\].com](http://[Internetadresse].com), besucht am 5. Oktober 2011). Inwiefern letztlich aber ausländische Akten als ana-

log zu den inländischen betriebsrechtlichen Akten zu beurteilen sind, kann vorliegend offen bleiben, da gar keine solche im Recht liegen. Was den Hinweis der Beklagten auf die gegen den Kläger gerichteten Zwangsvollstreckungsmassnahmen in den Jahren 2005/2006 und die diesbezüglich von ihr bestrittenen Schuldentilgungsvereinbarung anbelangt (Urk. 9 S. 21 und S. 31), ist darauf hinzuweisen, dass als massgebend die Verhältnisse im Zeitpunkt zu betrachten sind, in welchem über die Kautionsauflage entschieden wird (ZR 28 Nr. 169, 40 Nr. 128).

6. Bereits in der Klageantwort vor Vorinstanz brachte die Beklagte zu ihrem prozessualen Antrag auf Kautionierung mit Hinweis auf die Klageschrift des Klägers und sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vor, die Anerkennung der Mittellosigkeit durch den Kläger müsse der durch Urkunden bewiesenen Zahlungsunfähigkeit gleichgestellt werden (Urk. 7/10 S. 8). Die Ansicht der Beklagten würde im Ergebnis bedeuten, dass eine klägerische Partei, die innerhalb eines Verfahrens um unentgeltliche Rechtspflege begehrt und diesbezüglich unterliegt, generell zu kautionieren wäre. Das zürcherische Prozessrecht kennt keine solche Vorschusspflicht, sondern enthält in § 73 Ziff. 1-7 ZPO/ZH einen abschliessenden Katalog der Kautionsstatbestände (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 73 ZPO). Die Auffassung der Beklagten würde der Schaffung eines neuen Kautionsgrundes gleichkommen, was aber dem Gesetzgeber zu überlassen ist. Die Beklagte vermag mit ihrem Vorbringen deshalb nicht durchdringen.

7. Resultierend aus voranstehenden Erwägungen sowie in Nachachtung der gebotenen restriktiven Auslegung des Kautionsgrundes der "sonstigen Zahlungsunfähigkeit" rechtfertigt es sich nicht, die Klägerin als zahlungsunfähig im Sinne von § 73 Ziffer 3 ZPO zu bezeichnen. Im Ergebnis ist die Beschwerde gutzuheissen und der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung, vom 2. Februar 2011 betreffend Kautionierung (Dispositiv-Ziffern 1 und 2) aufzuheben.

8. Bei diesem Ausgang des Verfahrens erweisen sich die weiteren Anträge der Beklagten auf Leistung eines Kostenvorschusses im Sinne von Art. 98 ZPO sowie einer Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung im Sinne von Art. 99 Abs. 1 lit. b und d ZPO als obsolet.

9. Ausgangsgemäss wird die sich mit dem angefochtenen Beschluss identifizierende und unterliegende Beklagte für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten sind in Anwendung Art. 96 ZPO i.V. mit den §§ 4 Abs. 1 und 9 Abs. 1 der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 8. September 2010 auf Fr. 4'100.– festzusetzen und der Beklagten aufzuerlegen. Die Beklagte ist in Anwendung Art. 96 ZPO i.V. mit mit den §§ 4 Abs. 1 und 10 Abs. 1 lit. a der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 überdies zu verpflichten, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.– zu bezahlen. Mangels eines entsprechenden Antrages ist für die obsiegende Partei keine Mehrwertsteuer zu entschädigen (ZR 108/2009 Nr. 6 S. 18 ff.).

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 des Beschlusses des Bezirksgerichtes Zürich, 5. Abteilung, vom 2. Februar 2011 ersatzlos aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'100.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Be-

schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Zürich, 2. November 2011

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. Ch. Büchi

versandt am:  
mc