

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RB110035-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, lic. iur. M. Spahn und  
Dr. M. Kriech sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. K. Vogel

## **Beschluss vom 2. April 2012**

in Sachen

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

Beklagte und Beschwerdeführerin

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

gegen

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

Kläger und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **unentgeltliche Rechtspflege, Kostenvorschuss, Sicherheit**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich,**

**4. Abteilung, vom 22. September 2011 (CG110050-L)**

### **Erwägungen:**

1. Die Parteien stehen sich seit dem 14. April 2011 vor dem Bezirksgericht Zürich in einem Forderungsprozess gegenüber (Urk. 5/1). Im Zusammenhang mit einem nicht zustande gekommenen Kaufvertrag über eine Liegenschaft in C. \_\_\_\_\_ leistete der Kläger eine vertragliche Reservationszahlung von Fr. 20'000.– und eine weitere Zahlung von Fr. 180'000.–. Letztere wurde ihm von der Beklagten im Umfang von Fr. 130'000.– zurückerstattet (Urk. 5/2 S. 5, Rz. 13 f.; Urk. 5/15 S. 5 f., Rz. 24 f.); im Restbetrag widersetzt sie sich einer Rückzahlung unter Berufung auf eine Konventionalstrafenvereinbarung – der Kläger habe ihr einen Schaden von Fr. 51'102.78 verursacht (Urk. 5/15 S. 8 f.).

Mit Beschluss vom 22. September 2011 wurde dem Kläger auf dessen Gesuch hin die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person von Rechtsanwalt Dr. Y. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt (Urk. 2 = Urk. 5/19). Die Vorinstanz verwarf damit die Anträge der Beklagten, welche im Wesentlichen dahingehend lauteten, es sei das Armenrechtsgesuch des Klägers abzuweisen und er sei zu verpflichten, einen Kostenvorschuss für die Gerichtskosten und eine Sicherheit für die Parteientschädigung zu leisten (Urk. 5/14 S. 2 bzw. Urk. 5/15 S. 2).

Gegen den besagten Beschluss erhob die Beklagte mit Eingabe vom 7. Oktober 2011 rechtzeitig Beschwerde – mit folgenden Anträgen:

- « 1. Es sei der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 22. September 2011 aufzuheben und es sei dem Beschwerdegegner keine unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.
2. Es sei der Beschwerdegegner zu verpflichten, einen Kostenvorschuss für Gerichtskosten und eine Sicherheit für die Parteientschädigung zu leisten.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners.»

2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

Die Verfahrensakten der Vorinstanz wurden beigezogen; es kann aufgrund der Akten entschieden werden (Art. 327 Abs. 1 und 2 ZPO; vgl. ferner Urk. 1 S. 3, Rz. 4). Da sich die Beschwerde als offensichtlich unzulässig erweist, kann auf die Einholung einer Beschwerdeantwort der Gegenpartei verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

3. Auf eine Beschwerde kann nur eingetreten werden, wenn die beschwerdeführende Partei zur Beschwerde legitimiert ist und an der Aufhebung oder Abänderung des angefochtenen Entscheids ein schutzwürdiges Interesse hat (FREIBURGH/AU/AFHELDT, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 321 N 10 f.). Ob diese beiden Rechtsmittelvoraussetzungen gegeben sind, ist nachfolgend zu prüfen.

3.1. / 3.1.1. In Bezug auf die Legitimation macht die Beschwerdeführerin unter Verweis auf verschiedene Lehrmeinungen geltend, sie sei zur Beschwerde legitimiert, da mit der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zugleich ihr Kautionsgesuch abgewiesen worden sei (Urk. 1 S. 2, Rz. 3).

3.1.2. In der Tat wird mit der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege die unentgeltlich prozessierende Partei auch von der Pflicht befreit, Sicherheit für eine allfällige Parteientschädigung der Gegenpartei zu leisten (Art. 118 Abs. 1 lit. a ZPO in Verbindung mit Art. 99 Abs. 1 ZPO). Insofern greift in solchen Fällen der Entscheid über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege in die Rechtsstellung der Gegenpartei ein. Aus diesem Grund ist diese denn auch – wie hier geschehen (vgl. Urk. 5/7 und 5/14) – vor dem Armenrechtsentscheid zwingend anzuhören (Art. 119 Abs. 3 Satz 2 ZPO).

3.1.3. Nach der bundesrätlichen Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung soll in der beschriebenen Konstellation der Gegenpartei die Beschwerde gemäss Art. 103 ZPO (Rechtsmittel gegen Entscheide über die Leistung von Vorschüssen und Sicherheiten) offen stehen (Botschaft ZPO, S. 7303). Allerdings umfasst die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege die Befreiung von der Kautionspflicht, ohne dass dies separat angeordnet werden müsste (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2008,

§ 16 Rz. 68). Es ist darum fraglich, ob der Gegenpartei auch dann die Beschwerde nach Art. 103 ZPO offensteht, wenn wie hier das Kautionsgesuch (Art. 99 ZPO) nicht zugleich *explizit* abgewiesen wird. Positiv einem solchen «direkten» Beschwerderecht gegenüber stehen STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (a.a.O., § 16 Rz. 68), EMMEL (in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 121 N 2), RÜEGG (BSK ZPO, Art. 121 N 1), KÖCHLI (Stämpflis Handkommentar, ZPO, Art. 121 N 2), JENT-SØRENSEN (KUKO ZPO, Art. 121 N 2) und MOHS (Orell Füssli ZPO-Kommentar, Art. 121 N 2); während GASSER/RICKLI (ZPO Kurzkomentar, Art. 121 N 2) einen expliziten Kautionsentscheid vorauszusetzen scheinen. Eher ablehnend Stellung genommen wird auch von HUBER (DIKE-Komm-ZPO, Art. 121 N 7), der jedoch in der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit damit einhergehender Befreiung von der Kautionspflicht (u. U.) einen «nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil» für die Gegenpartei erkennt und demzufolge dafür plädiert, dass diese sich mit der Beschwerde gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO wehren kann.

Dass sich die Beschwerdelegitimation der Gegenpartei unmittelbar aus Art. 121 ZPO ergäbe, lässt sich aus dem Wortlaut dieser Bestimmung («Wird die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise *abgelehnt oder entzogen* [...]») nicht herauslesen und ist schon daher abzulehnen.

3.1.4. Der angefochtene Entscheid äussert sich nicht eindeutig zur Frage, ob die Vorinstanz beabsichtigt, über den Antrag der Beklagten auf Sicherheit für die Parteientschädigung (Art. 99 Abs. 1 ZPO; siehe Urk. 5/14 S. 2, 2. Teil von Antrag 2) noch einen separaten Entscheid zu fällen. In ihrer Erwägung 4 a. E. führt sie bloss aus: «Damit erübrigt es sich, auf das beklagtische Gesuch betreffend Kostenvorschuss näher einzugehen» (Urk. 2 S. 5 unten). Genau genommen bezieht sich der Begriff «Kostenvorschuss» bloss auf den Vorschuss für die Gerichtskosten (siehe Marginalie zu Art. 98 ZPO), wovon die «Sicherheit für die Parteientschädigung» (siehe Marginalie zu Art. 99 ZPO) zu unterscheiden ist. Trotzdem kann davon ausgegangen werden, dass sich die Äusserung der Vorinstanz auch auf das Gesuch um Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung bezog. Wird – wie im angefochtenen Entscheid – die unentgeltliche Rechtspflege

*ganz* gewährt (Art. 118 Abs. 2 ZPO), so ergibt sich als direkte gesetzliche Folge (*ipso iure*) daraus, dass die unentgeltlich prozessierende Partei (auch) von Vorschuss- *und* Sicherheitsleistungen befreit ist (Art. 118 Abs. 1 lit. a ZPO). Zu einem späteren Zeitpunkt, nachdem die unentgeltliche Rechtspflege bereits gewährt worden ist, noch einen selbstständigen Entscheid über das Kautionsgesuch zu fällen, würde keinen Sinn mehr machen, denn nach dem Gesagten besteht dann betreffend Sicherheitsleistung kein Beurteilungsspielraum mehr. Vorliegend ist also davon auszugehen, dass die Vorinstanz implizit auch über das Gesuch um Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung entschied – und zwar abschlägig, als Folge der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Zwar ist es nicht zwingend, dass in einer solchen Konstellation gleichzeitig *explizit* das Gesuch um Leistung von Vorschüssen und/oder Sicherheiten abgewiesen wird – zur Vermeidung von Unklarheiten wäre dies aber doch wünschenswert.

Ob nun explizit oder nur implizit darüber entschieden wurde, kann freilich nicht entscheidend sein für die Frage, ob die betroffene Gegenpartei eine Beschwerdemöglichkeit hat oder nicht. So oder anders ist ihre Rechtsposition durch den gutheissenden Armenrechtsentscheid belastet, riskiert sie doch in diesem Fall, die Parteientschädigung bei Obsiegen nicht erhältlich machen zu können, da diese von der unterliegenden klagenden Partei gemäss Art. 118 Abs. 3 und Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO selber zu leisten ist und nicht vom Staat übernommen wird (SUTER/VON HOLZEN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 99 N 10). Daher muss die beklagte Partei eine Beschwerdemöglichkeit haben, unabhängig davon, ob darin ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO gesehen wird oder nicht.

Es ist somit der (wohl) herrschenden Meinung zu folgen, wonach bei gestelltem Antrag um Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung die dies beantragende Partei legitimiert ist, gegen einen die unentgeltliche Rechtspflege gutheissenden Entscheid direkt, gestützt auf Art. 103 ZPO, Beschwerde zu erheben.

3.2. Demgemäss wäre die beklagte Partei über das Rechtsmittel der Beschwerde (Art. 103 ZPO) zu belehren gewesen (vgl. Art. 238 lit. f ZPO), was vor-

liegend unterblieb (vgl. Urk. 2 S. 6). Dies blieb jedoch ohne Folgen, hat doch die Beklagte rechtzeitig das richtige Rechtsmittel ergriffen.

3.3. / 3.3.1. Ein Rechtsmittel kann nur einlegen, wer ein schutzwürdiges Interesse (ein sog. Rechtsschutzinteresse) an der Aufhebung oder Abänderung des angefochtenen Entscheids hat (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO).

3.3.2. Die Beschwerdeführerin hat der Vorinstanz beantragt, es sei der Beschwerdegegner zur Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung zu verpflichten (Urk. 5/14 S. 2, Antrag 2, und Urk. 5/15 S. 2, Antrag 3).

Für eine solche Verpflichtung muss mindestens einer der in Art. 99 Abs. 1 ZPO abschliessend genannten Kautionsgründe vorliegen: in der Schweiz fehlender Wohnsitz/Sitz (lit. a), Zahlungsunfähigkeit (lit. b), geschuldete Prozesskosten aus früheren Verfahren (lit. c) oder «andere Gründe für eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung» (lit. d). Für das Vorliegen eines Kautionsgrunds trägt die antragstellende beklagte Partei die Behauptungs- und Beweislast (SUTER/VON HOLZEN, a.a.O., Art. 99 N 16 mit Hinweisen).

Die Beschwerdeführerin hat es gänzlich unterlassen, ihren diesbezüglichen Antrag im vorinstanzlichen Verfahren zu begründen. Nicht einmal andeutungsweise nennt sie einen Kautionsgrund, weder vor der Vorinstanz noch im vorliegenden Beschwerdeverfahren (vgl. Urk. 5/14, Urk. 5/15 und Urk. 1) – und es ist auch kein solcher ersichtlich.

Am ehesten wäre noch an den Kautionsgrund der Zahlungsunfähigkeit im Sinne von Art. 99 Abs. 1 lit. b zu denken, weist doch die von der Vorinstanz bejahte *Mittellosigkeit* des Beschwerdeführers an sich auch auf eine mögliche *Zahlungsunfähigkeit* hin (betr. die Unterschiede dieser beiden Begriffe vgl. SUTER/VON HOLZEN, a.a.O., Art. 99 N 25 mit Verweis u. a. auf H. STUTZER, Die Kautionspflicht im ordentlichen zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1980, S. 142 f.). In Bezug auf die Zahlungsfähigkeit des Beschwerdegegners hielt die (anwaltlich vertretene) Beschwerdeführerin aber gerade dafür, es sei davon auszugehen, der Kläger verfüge über die erforderlichen Mittel, um die *Prozesskosten* zu tragen (Urk. 5/14 S. 3, Rz. 7). Zu den Prozesskosten gehört auch die Parteientschädigung (Art. 95

Abs. 1 lit. b ZPO), weshalb es widersprüchlich erschiene, wenn sich die Beschwerdeführerin trotzdem auf diesen Kautionsgrund berufen wollte.

Da wie erwähnt ein Kautionsgrund weder geltend gemacht noch ersichtlich ist, wäre dem von der Beklagten gestellten Antrag auf Sicherheitsleistung unabhängig vom Entscheid über das Armenrechtsgesuch kein Erfolg beschieden gewesen. Demnach fehlt der Beschwerdeführerin das Rechtsschutzinteresse an einem Rechtsmittelentscheid über das Armenrechtsgesuch des Klägers. Folglich ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

4. Das Beschwerdeverfahren gegen einen Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege ist kostenpflichtig (BGE 137 III 470).

Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'200.– festzusetzen und ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Dem Beschwerdegegner ist mangels relevanter Umtriebe im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

#### **Es wird beschlossen:**

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage des Doppels von Urk. 1, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 4. 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 Beschwerde 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 beträgt Fr. 50'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 2. April 2012

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. K. Vogel

versandt am:  
mc