

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB130027-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Urteil vom 5. August 2013

in Sachen

A. _____,

Beklagter, Widerkläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin, Widerbeklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung (Kautions)**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich,
8. Abteilung, vom 17. Juni 2013 (CG090101-L)**

Erwägungen:

1.1 Am 4. Juni 2009 ging bei der Vorinstanz vorliegende Klage der Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin) ein, mit welcher sie vom Beklagten und Beschwerdeführer (fortan Beklagter) gestützt auf einen zwischen den Parteien abgeschlossenen Kauf-/Werkvertrag betreffend eine ehemals im Eigentum der Parteien stehenden Liegenschaft Fr. 769'600.– zuzüglich 5% Zins seit dem 24. Januar 2008 forderte (Urk. 6/2 S. 2). Die in diesem Verfahren vor dem Friedensrichteramt C._____, ..., seitens des Beklagten erhobene Widerklage in der Höhe von Fr. 999'566.10 liess dieser mit Schreiben vom 5. März 2012 zurückziehen (Urk. 6/1; Urk. 6/72; Urk. 6/74). In einem parallel dazu geführten Verfahren (CG100256) ging sodann am 24. Dezember 2010 eine weitere Klage derselben Klägerin bei der Vorinstanz ein, die ebenfalls im Zusammenhang mit der vorgeannten Liegenschaft steht (CG100256 Urk. 1, Urk. 13 S. 2). Zwischenzeitlich wurden in beiden Verfahren diverse Vergleichsbemühungen unternommen, welche indes allesamt scheiterten. Die Parteien befinden sich derzeit – ebenso in beiden Verfahren – im Beweisverfahren; die Beweisverhandlung ist auf den 28. August 2013 angesetzt (Urk. 6/130).

1.2 Mit vorinstanzlicher Verfügung vom 11. März 2013 im Verfahren CG100256 wurde der Beklagte aufgefordert, dem Gericht seinen Wohnsitz bekannt zu geben (CG100256 Urk. 76). Dieser Aufforderung entsprach der Beklagte mit Eingabe vom 3. April 2013 (CG100256 Urk. 83-84). Nachdem die Klägerin mit Eingabe vom 14. und 28. Mai 2013 unter Einreichen von diversen Unterlagen hierzu Stellung genommen, die Vorinstanz entsprechende Erkundigungen eingeholt und der Beklagte sich mit Eingabe vom 30. Mai 2013 erneut zu seinem Wohnsitz geäußert hatte (CG100256 Urk. 89-91, Urk. 94-97), wurde dem Beklagten mit Beschluss vom 17. Juni 2013 unter Androhung der entsprechenden Säumnisfolgen Frist zur Leistung einer Prozesskaution in der Höhe von Fr. 81'100.– angesetzt (Urk. 2 S. 4).

1.3 Mit Eingabe vom 1. Juli 2013 (Datum Poststempel 1. Juli 2013, eingegangen am 2. Juli 2013) erhob der Beklagte innert Frist Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- "1. Der Beschluss vom 17. Juni 2013 des Bezirksgerichts Zürich sei aufzuheben und der Beschwerdeführer sei von der Leistung einer Prozesskaution zu befreien.
2. Der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin, zzgl. MWST."

2. Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 in Kraft getreten (Zivilprozessordnung [ZPO]; SR 272). Das vorliegende Rechtsmittelverfahren wurde nachher eingeleitet, sodass diesbezüglich das neue Verfahrensrecht gilt (Art. 405 ZPO). Das vorinstanzliche Verfahren unterstand dem alten Recht (Art. 404 ZPO), weshalb der Entscheid materiell nach altem Verfahrensrecht (ZPO/ZH, GVG/ZH) zu prüfen ist.

3. Im Beschwerdeverfahren sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Dies wird mit dem Charakter der Beschwerde begründet, die sich als ausserordentliches Rechtsmittel im Wesentlichen auf die Rechtskontrolle beschränkt und nicht das erstinstanzliche Verfahren fortsetzen soll. Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für unechte wie auch für echte Noven (Freiburghaus/Afheldt in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 326 N 3 f.). Entsprechend ist das vom Beklagten im Beschwerdeverfahren neu eingereichte Schreiben vom 20. Juni 2013 an die Staatsanwaltschaft (Urk. 4/2) vorliegend unzulässig und damit unbeachtlich.

4.1 Die Vorinstanz kam unter Verweis auf die von der Klägerin mit Eingabe vom 28. Mai 2013 eingereichten Unterlagen (welche aus dem derzeit gegen den Beklagten geführten Strafverfahren betreffend Urkundenfälschung stammen) zum Schluss, dass sich daraus folgendes Bild ergebe: Gemäss polizeilichem Bericht vom 14. Januar 2013 habe der Beklagte telefonisch mitgeteilt, dass er in der

Schweiz keine gültige Adresse mehr habe. Er halte sich in D._____ [Staat in Ostasien] auf, um sich dort seinen Lebensunterhalt zu verdienen. Zu Angaben betreffend seinen Wohnort sei er nicht bereit gewesen, sondern habe das Telefongespräch abgebrochen (Urk. 2 S. 3 f. mit Verweis auf CG100256 Urk. 95/4). Nachdem der Beklagte auch weiterhin weder von der Polizei noch von der Staatsanwaltschaft zur Einvernahme habe vorgeladen werden können, sei er am 3. April 2013 im Ripol zur Verhaftung ausgeschrieben worden (Urk. 2 S. 3 mit Verweis auf CG100256 Urk. 95/1-2). Aufgrund der seitens des Beklagten unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Klägerin sowie der eingereichten Akten sei demnach davon auszugehen, dass die vom Beklagten dem Gericht gegenüber genannte Adresse "c/o F._____, G._____ ... [Strasse], H._____ [Ort]" nicht seinem Wohnsitz entspreche (Urk. 2 S. 3 f.).

4.2 Der Beklagte rügt, dass es nicht ersichtlich sei, warum die Vorinstanz die Angaben der Klägerin, wonach er aufgrund fehlender Möglichkeit zur Ermittlung seines Wohn- und Aufenthaltsortes zur Verhaftung ausgeschrieben sei, ohne weiteres übernehme. Es treffe nicht zu, dass er zur Verhaftung ausgeschrieben worden sei, da sein Wohn- und Aufenthaltsort nicht habe ermittelt werden können. Er stehe mit der Staatsanwältin betreffend des Vorwurfs der Urkundenfälschung, welches Strafverfahren im Übrigen auch durch die Beklagte initiiert worden sei, persönlich in schriftlichem und telefonischem Kontakt. Dabei habe er auch seinen momentanen Aufenthaltsort, welcher beispielsweise am 20. Juni 2013 in I._____-J._____ [Staat in Asien), ... [Adresse], gewesen sei, angegeben. Entgegen der vorinstanzlichen Annahme habe der Beklagte seinen Lebensmittelpunkt in H._____. Seine derzeitige Abwesenheit sei beruflich bedingt und keineswegs mit der Absicht dauernden Verbleibens erfolgt. Sobald die Projekte in J._____/D._____ erledigt seien, werde er nach H._____ zurückkehren. Dort sei er angemeldet, bezahle Steuern und befinde sich sein soziales Umfeld. Betreffend den polizeilichen Bericht vom 14. Juni 2013 sei anzumerken, dass es dem Beklagten anlässlich des Telefonats wohl nicht klar gewesen sei, was "Wohnsitz" im rechtlichen Sinne bedeute. So sei es denn zutreffend, dass der Beklagte *vorübergehend* zwecks Geschäftstätigkeit in D._____ und J._____ weile, um dort Geld zu verdienen. Falsch sei hingegen, dass er deshalb seinen Wohnsitz in H._____

aufgegeben habe, da ein lediglich vorübergehenden Auslandsaufenthalt ohne Absicht dauernden Verbleibens noch keine Aufgabe des Wohnsitzes bedeute. So bleibe der einmal erworbene Wohnsitz bestehen, solange nicht anderswo ein neuer begründet werde (Urk. 1 S. 4 mit Verweis auf Art. 24 ZGB). Entsprechend habe der Beklagte seinen Wohnsitz wahrheitsgemäss angegeben (Urk. 1 S. 3 f.).

5.1 Gemäss § 74 ZPO/ZH hat diejenige Partei Kautionsleistung zu leisten, welche sich weigert, dem Gericht ihren Wohnsitz oder ihren Aufenthaltsort bekannt zu geben. Sinn und Zweck der Bestimmung ist, dass eventuelle Kosten- und Entschädigungsforderungen gegen sie sonst nicht eingetrieben werden können. Massgebend dabei ist – entgegen der Ansicht des Beklagten (Urk. 1 S. 4) – der tatsächliche Wohnsitz; die gesetzliche Fiktion der Weiterdauer des einmal begründeten Wohnsitzes bis zum Erwerb eines neuen (Art. 24 Abs. 1 ZGB) fällt ausser Betracht (ZR 70 [1971] Nr. 26 mit weiteren Hinweisen; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 73 N 9). Damit ist vorliegend entgegen der Ansicht des Beklagten unerheblich, wo sich sein "offizieller" Wohnsitz befindet, kommt es doch wie erwähnt nicht auf den fiktiven Wohnsitz an.

5.2 Aus der vom Beklagten vor Vorinstanz eingereichten Wohnsitzbestätigung geht hervor, dass dieser bei "c/o F.____, G.____-Strasse ..., H.____" gemeldet ist (CG100256 Urk. 84). Indes datiert diese Wohnsitzbestätigung vom 23. Mai 2012, also von über einem Jahr vor Mitteilung an das Gericht. Zwar bestätigte die Einwohnerkontrolle H.____ gegenüber dem Vorderrichter, dass der Beklagte nach wie vor an dieser Adresse gemeldet sei (CG100256 Urk. 91), doch ergibt sich aus den weiteren Akten folgendes Bild:

- In einer vom Beklagten am Landesgericht K.____ am 12. März 2013 angehobenen Klage gab er als Adresse "L.____ ... [Strasse], M.____" an (CG100256 Urk. 90/1).
- Gemäss dem polizeilichen Bericht vom 14. Januar 2013 gab der Beklagte gegenüber dem Polizeibeamten N.____ an, dass die Adresse an der G.____ ... [Strasse] in H.____ nicht mehr gültig sei und er in

der Schweiz keine gültige Adresse mehr habe. Er halte sich in I. _____ auf, um sich dort seinen Lebensunterhalt zu verdienen. Es sei sodann unbekannt, wann er wieder einmal in die Schweiz reise (CG100256 Urk. 95/4).

- Der Aktennotiz der mit dem Strafverfahren betrauten Staatsanwältin der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 16. Januar 2013 kann entnommen werden, dass es gemäss Auskunft des zuständigen Polizisten in H. _____ trotz mehrfacher Versuche nicht möglich gewesen sei, beim Beklagten Zustellungen vorzunehmen (CG100256 Urk. 95/3).
- Einer weiteren Aktennotiz der zuständigen Staatsanwältin vom 28. März 2013 kann entnommen werden, dass der Beklagte – entgegen seiner Behauptung – am 3. April 2013 zur Verhaftung ausgeschrieben worden ist, nachdem er weder von der Polizei noch von der Staatsanwaltschaft hatte vorgeladen werden können und auch telefonisch nicht bereit gewesen war, konkrete Angaben zu seinem Wohn-/Aufenthaltort bekannt zu geben (CG100256 Urk. 95/2).
- Aus den vorinstanzlichen Akten zeigt sich, dass sich der Beklagte bereits seit längerer Zeit in I. _____ aufhält; bereits im Juni 2011 reichte er ein ärztliches Attest des dortigen Krankenhauses, I. _____ ... (Urk. 6/43) ins Recht. Ebenso wurde die Landesabwesenheit des Beklagten als Grund für die schwierige Terminsuche für eine Referentenaudienz ab Februar 2011 genannt (Urk. 6/31; Urk. 6/35-36).

5.3.1 Hieraus ergibt sich einerseits, dass der Beklagte aus der Tatsache, dass das Strafverfahren betreffend Urkundenfälschung von der Klägerin initiiert worden ist, nichts zu seinen Gunsten ableiten kann. Die Feststellungen, wonach der Beklagte in H. _____ trotz mehrfacher Versuche nicht angetroffen werden konnte, Zustellungen fehlschlügen und er zur Verhaftung ausgeschrieben wurde, sind keine blossen Behauptungen der Klägerin. Vielmehr stützen sich diese Angaben der Vorinstanz auf Aussagen von Polizei und Staatsanwaltschaft. Diese Urkunden wurden dem Beklagten sodann mit Verfügung der Vorinstanz vom

4. Juni 2013 und damit mehr als 10 Tage vor Erlass des vorliegend angefochtenen Beschlusses zugestellt (Urk. 6/127). Es wurde vom Beklagten denn auch zu Recht nicht gerügt, diese nicht erhalten zu haben (Urk. 6/128/2). Damit geht auch die Rüge fehl, die Vorinstanz habe irrtümlich angenommen, dass diese Sachdarstellung vom Beklagten unwidersprochen geblieben sei.

5.3.2 Andererseits vermag der Einwand des Beklagten hinsichtlich des polizeilichen Berichtes vom 14. Januar 2013 ebenso wenig zu überzeugen, wonach ihm anlässlich des damaligen Telefonats wohl nicht klar gewesen sei, was "Wohnsitz" im rechtlichen Sinne bedeute. Nachdem – wie erwähnt – Art. 24 ZGB vorliegend nicht massgebend ist, und der Beklagte klar äusserte, keinen gültigen Wohnsitz mehr in der Schweiz zu haben, ist vielmehr davon auszugehen, dass der Beklagte das bestätigte, was auch vorliegt, nämlich dass er keinen faktischen Wohnsitz mehr in der Schweiz hat. Damit kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Beklagte seinen faktischen Wohnsitz an der G. _____ ... in H. _____ hat, zumal er sich seit über zwei Jahren offensichtlich mehrheitlich im Ausland aufhält. Daran ändert auch nichts, dass es – wie vom Beklagten vorgebracht (CG100256 Urk. 96) – in O. _____ [Staat in Europa] möglich ist, einen Zweitwohnsitz zu haben.

5.3.3 Schliesslich folgt daraus, dass der Beklagte verschiedene Wohnsitzadressen angibt: einmal hat er Wohnsitz in H. _____, einmal hat er keinen Wohnsitz in H. _____, dann wiederum hat er einen Zweitwohnsitz in O. _____, weiter kann ihn an der von ihm angegebenen Adresse in H. _____ weder Polizei noch Staatsanwaltschaft antreffen, und schliesslich hält er sich doch immerhin seit weit über zwei Jahren mehrheitlich in I. _____ in J. _____ auf, um dort seinen Lebensunterhalt zu verdienen. Entsprechend ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass der Beklagte seinen faktischen Wohnsitz im Sinne von § 74 ZPO/ZH verheimlicht hat.

5.4 Da sich die Beschwerde als offensichtlich unzulässig bzw. unbegründet erweist, kann auf das Einholen einer Beschwerdeantwort der Gegenpartei verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Frist zur Bezahlung der Prozesskaution ist neu anzusetzen.

6. Mit dem vorliegenden Endentscheid wird das Gesuch um Aufschub der Vollstreckbarkeit der vorliegenden Beschwerde gegenstandslos.

7.1 Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten desselben dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

7.2 Der Klägerin ist mangels relevanter Umtriebe im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Dem Beklagten wird eine Frist von 10 Tagen ab Zustellung dieses Entscheides zur Leistung einer Prozesskaution von CHF 81'100.– angesetzt, unter der Androhung, dass bei Säumnis sein Vorbringen nur insoweit berücksichtigt werden könnte, als es unbestritten geblieben oder durch die Akten bewiesen ist.

Die Sicherheit kann bei der Bezirksgerichtskasse Zürich in bar (Postkonto ...) oder durch Garantie einer in der Schweiz niedergelassenen Bank oder eines zum Geschäftsbetrieb in der Schweiz zugelassenen Versicherungsunternehmens geleistet werden. Wird für die Zahlung die Post benützt, so ist spätestens am letzten Tag der Frist die Sendung bei der schweizerischen Post aufzugeben, der Betrag einzuzahlen oder der Giroauftrag zu erteilen. Bei Sammelaufträgen mit Datenträgern SAD ist die Frist gewahrt, wenn der Datenträger innerhalb der Frist der schweizerischen Post übergeben wird und darauf als Fälligkeitsdatum ein Tag bestimmt wird, der innerhalb der zweitägigen Bearbeitungszeit bei der Post liegt. Die Rechtzeitigkeit ist im Zweifelsfalle von der kautionspflichtigen Partei nachzuweisen. Bei Zahlungsauftrag an eine Bank ist dafür zu sorgen, dass diese den Auftrag frühzeitig ausführt.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.

5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage eines Doppels von Urk. 1 und Urk. 4/2, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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 in der Hauptsache übersteigt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 5. August 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
mc