

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RB160001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Kirchheimer

## Urteil vom 30. Mai 2016

in Sachen

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

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1.\_\_\_\_\_ und  
Rechtsanwalt lic. iur. X2.\_\_\_\_\_

gegen

† **B.\_\_\_\_\_,**

Kläger und Beschwerdegegner

ehemals vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung (Kosten- und Entschädigungsfolgen)**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich, 5. Abteilung, vom 24. November 2015 (CG100214-L)**

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Mit Einreichung der Weisung und der Klagebegründung machte der Kläger und Beschwerdegegner (fortan Kläger) am 26. November 2010 das vorliegende Verfahren vor Erstinstanz anhängig (Urk. 1 und 2). Mit Eingabe vom 10. Januar 2011 beantragte die Beklagte und Beschwerdeführerin (fortan Beklagte), es sei dem Kläger aufgrund seiner Zahlungsunfähigkeit für die Gerichtskosten sowie die Prozessentschädigung eine Kautionsaufzuerlegung (Urk. 7). Der Kläger liess sich innert der ihm mit Verfügung vom 12. Januar 2011 (Urk. 11) angesetzten Frist zum Kautionsantrag nicht vernehmen. Mit Beschluss vom 21. Februar 2011 verpflichtete die Vorinstanz den Kläger gestützt auf § 73 Ziff. 3 ZPO/ZH – bei einem Streitwert von rund Fr. 2.9 Mio. – zur Leistung einer Prozesskaution in der Höhe von insgesamt Fr. 118'000.– (Urk. 13). Innert erstreckter Frist bezahlte die damalige Rechtsvertreterin des Klägers, Rechtsanwältin Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_, am 20. April 2011 die einverlangte Prozesskaution (Urk. 25). Mit Beschluss vom 1. November 2011 sistierte die Vorinstanz das Verfahren in Anwendung von § 53a ZPO/ZH auf unbestimmte Zeit, um den Ausgang eines mit der streitgegenständlichen Forderungsklage zusammenhängenden Strafverfahrens im Kanton Zug abzuwarten (Urk. 32). Am tt.mm.2012 verstarb der Kläger, was der Vorderrichter jedoch erst anlässlich eines Telefonates mit der ehemaligen Rechtsvertreterin des Klägers am 12. Juni 2015 erfuhr (Urk. 34). Zu diesem Zeitpunkt war das in Österreich über den überschuldeten Nachlass des Klägers eröffnete Insolvenzverfahren mangels Kostendeckung bereits rechtskräftig erledigt, ohne dass an die Insolvenzgläubiger eine Quote ausgeschüttet werden konnte (Urk. 41 S. 2). In ihrem Schlussbericht vom 19. März 2015 hielt die österreichische Masseverwalterin fest, dass eine Fortsetzung des vorliegenden Verfahrens mangels Finanzierung des Prozesses nicht möglich sei und auch die Prozesschancen als nicht ausreichend anzusehen seien, was eine Weiterführung des Verfahrens verunmögliche (Urk. 47/5 S. 5). Entsprechend informierte die damalige Rechtsvertreterin des Klägers mit Stellungnahme vom 19. Oktober 2015 die Vorinstanz, dass die Verlassenschaft des Klägers nicht in den Prozess eintrete, und beantragte, das Verfahren sei – nach

Wiederaufnahme – zu "erledigen" (Urk. 44). Am 24. November 2015 nahm die Vorinstanz in einem ersten Beschluss das seit dem 1. November 2011 sistierte Verfahren wieder auf und fällte gleichen Datums den folgenden Zweitbeschluss (Urk. 48 = Urk. 57 S. 6 f.):

1. *Das Verfahren wird als durch Rückzug erledigt abgeschrieben.*
2. *Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 25'000.-- festgesetzt.*
3. *Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und mit der von ihm geleisteten Prozesskaution verrechnet. Im Mehrbetrag wird die Kautions-Rechtsanwältin Dr. Y.\_\_\_\_\_ zuhanden des oder der Berechtigten herausgegeben.*
4. *Der Beklagten wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.*
5. *[Mitteilungssatz]*
6. *[Rechtsmittelbelehrung]*

2. Am 20. Januar 2016 erhob die Beklagte gegen die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorgenannten Zweitbeschlusses fristgerecht Beschwerde und stellte die folgenden Anträge (Urk. 56 S. 2):

1. *Es seien Dispositiv-Ziff. 3 und 4 des Beschlusses des Bezirksgerichts Zürich vom 24. November 2015 (CG100214-L) aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:*
  - "3. *Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und mit der von ihm geleisteten Prozesskaution verrechnet.*
  4. *Der Beklagten wird eine Prozessentschädigung von CHF 68'040.00 zugesprochen. Der Beklagten wird von der Bezirksgerichtskasse die vom Kläger geleistete Kautions für die Parteientschädigung im entsprechenden Betrag überwiesen."*
2. *Eventuell sei die Sache an die Vorinstanz zur Neuentscheidung zurückzuweisen.*

*Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners.*

3. Mit Verfügung vom 5. Februar 2016 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren von Fr. 7'000.– zu leisten (Urk. 62), welcher fristgerecht eingegangen ist (Urk. 63). Mit Eingabe vom 15. März 2016 nahm Rechtsanwältin Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_ zur Beschwerde der Beklagten Stellung (Urk. 65). Die Stellungnahme wurde mit Verfügung vom 17. März 2016 der Gegenpartei zur Kenntnis gebracht (Urk. 68). Am 11. April 2016 ging ei-

ne weitere Eingabe der Beklagten ein (Urk. 70), welche gleichentags Rechtsanwältin Dr. Y.\_\_\_\_\_ zur Kenntnisnahme zugestellt wurde.

## II.

### 1. Prozessuales

1.1 Auf den 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten der Zivilprozessordnung rechtshängig waren, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Der vorinstanzliche Entscheid datiert vom 24. November 2015 und wurde den Parteien am 7. Dezember 2015 schriftlich eröffnet (Urk. 48, 49 und 50; BGE 137 III 130). Somit ist für das vorliegende Beschwerdeverfahren die Schweizerische Zivilprozessordnung anwendbar. Demgegenüber hatte die Vorinstanz in prozessualer Hinsicht die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH anzuwenden. Soweit sich im Rahmen der Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheids prozessrechtliche Fragen stellen, wird deshalb zu prüfen sein, ob die Vorinstanz die für ihr Verfahren massgeblichen (kantonalen) Normen richtig angewandt hat; eine Rückwirkung des neuen Rechts findet nicht statt (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO; ZR 110 (2011) Nr. 6 E. 3; BGE 138 I 1 E. 2.1; BGer 5A\_330/2013 vom 24. September 2013, E. 2.2).

1.2 Beim vorliegenden Rechtsmittel handelt es sich um eine Kostenbeschwerde im Sinne von Art. 110 ZPO. Die Beschwerdeinstanz hat zu prüfen, ob der vorinstanzliche Entscheid aufgrund des bei der Erstinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Mangel im Sinne von Art. 320 ZPO (unrichtige Rechtsanwendung oder offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) leidet. Die Beschwerde dient grundsätzlich nur der Rechtskontrolle und hat – anders als die Berufung – nicht den Zweck, das erstinstanzliche Verfahren fortzusetzen (Botschaft ZPO, BBl 2006 S. 7379; BK ZPO Band II-Sterchi, Art. 326 N 1). Entsprechend sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). Es herrscht ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A\_872/2012 vom

22. Februar 2013, E. 3; 5A\_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 mit weiteren Hinweisen). Dieses verbietet es der Rechtsmittelinstanz, bei der Entscheidungsfindung neue, erst(mals) im Beschwerdeverfahren vorgetragene Sachumstände zu berücksichtigen.

1.3 Die Dispositiv-Ziffern 1 (Abschreibung des Verfahrens aufgrund Klagerückzug) und 2 (Höhe der Entscheidgebühr) des vorinstanzlichen Entscheids blieben unangefochten, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

1.4 Auch die Ausführungen der Vorinstanz betreffend die Rechtsstellung von Rechtsanwältin Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_ (Urk. 57 E. II.2) wurden von den Parteien im Beschwerdeverfahren nicht bemängelt. Entsprechend ist sie im Rubrum weiterhin als ehemalige Vertreterin des Klägers aufzuführen.

## 2. Erwägungen der Vorinstanz und Vorbringen der Parteien

2.1 Die Vorinstanz berechnete die streitgegenständliche Prozesskaution basierend auf dem eingeklagten Streitwert in Höhe von Fr. 2'899'860.–. Bei diesem Streitwert ergab sich nach den massgeblichen Gebührenverordnungen des Obergerichts eine ordentliche Gerichtsgebühr von Fr. 49'750.– sowie eine mutmassliche Parteientschädigung (inkl. einem Zuschlag von  $\frac{1}{4}$  und Mehrwertsteuer) von Fr. 68'040.–. Demgemäss verpflichtete die Vorinstanz den Kläger zur Leistung einer Prozesskaution von (gerundet) Fr. 118'0000.– (Urk. 13). Mit Beschluss vom 24. November 2015 schrieb die Vorinstanz dann den Prozess als durch Klagerückzug erledigt ab (Urk. 57). Als Begründung für den Klagerückzug verwies sie auf die Rechtslage im Konkursverfahren: Finde sich kein Gläubiger, der einen Aktivprozess des Konkursschuldners übernehmen wolle und sei der Kläger selbst daran auch nicht mehr interessiert, so gelte die Klage als zurückgezogen. Gleiches sei für den vorliegenden Fall des Nachlasskonkurses des verstorbenen Klägers anzunehmen, zumal ohnehin ein erbenloser Nachlass vorliege (Urk 57 E. III). Ausgangsgemäss auferlegte die Vorinstanz die Gerichtskosten dem Kläger, da die Beklagte weder das Verfahren noch den Klagerückzug zu vertreten hatte. Da der Prozess ohne Anspruchsprüfung erledigt werden konnte, reduzierte die Vorinstanz die Entscheidgebühr in Anwendung von § 10 Abs. 1 der Verordnung des

Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 um die Hälfte auf Fr. 25'000.– und verrechnete diese mit der vom Kläger geleisteten Prozesskaution. Soweit die Kautionsleistung nicht durch die Entscheidgebühren verbraucht werde, sei diese Rechtsanwältin Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_ zuhanden des oder der Berechtigten herauszugeben – so die Vorinstanz weiter (Urk. 57 E. IV). Bezüglich der Parteientschädigung erwog die Erstinstanz, dass der Kläger bei diesem Prozessausgang eigentlich zu verpflichten wäre, der Beklagten eine Prozessentschädigung zu bezahlen. Nachdem der Kläger jedoch verstorben sei, kein Erbe den Nachlass angetreten habe und somit ein erbenloser Nachlass vorliege, der zudem bereits konkursamtlich liquidiert worden sei, sei kein Rechtssubjekt mehr vorhanden, das zur Erfüllung einer solchen Verpflichtung angehalten werden könnte. Demgemäss kam die Vorinstanz zum Schluss, dass der Beklagten keine Prozessentschädigung zuzusprechen sei (Urk. 57 E. IV S. 6).

2.2 Die Beklagte bringt vor Obergericht im Wesentlichen vor, eine Prozesskaution nach § 73 ZPO/ZH diene grundsätzlich der Sicherstellung der allfälligen Forderung des Prozessgegners auf Ersatz seiner Parteikosten. Der Beklagte solle vor Aufwand bewahrt werden, welcher ihm vom Kläger nicht entschädigt werden könne (Urk. 56 Rz. 13). Bei einer Barkautionsleistung werde die Gerichtskasse Eigentümerin des hinterlegten Betrages und sei von Gesetzes wegen ermächtigt, die dem Gegner zuerkannte Forderung auf Ersatz seiner Kosten zu tilgen. Mit anderen Worten sei bei einer Kautionsleistung mittels Geldhinterlage die Gerichtskasse zur Bezahlung der zugesprochenen Parteientschädigung bzw. zur Herausgabe des hinterlegten Betrags verpflichtet und nicht mehr der "Hinterlegende" (Urk. 70 Rz. 7). Vor diesem Hintergrund sei nicht nachvollziehbar, weshalb die zur Sicherung des Anspruchs auf Parteientschädigung vom Kläger geleistete Kautionsleistung vorliegend nicht beansprucht werden könne. Dies gelte umso mehr, als die Vorinstanz die Gerichtskosten sehr wohl dem Kläger auferlege und aus der hierfür geleisteten Kautionsleistung mithin davon ausgehe, dass ein Rechtssubjekt für die Erfüllung dieser Verpflichtung vorhanden sei. Überdies sei es irrelevant, von wem die finanziellen Mittel für die Kautionsleistung aufgebracht worden oder über wessen Konto sie dem Gericht zugeflossen seien. Eine allfällige Prozessfinanzierung durch einen Dritten ändere jedenfalls nichts an der Zweckbestimmung und somit an der möglichen

Verwendung einer vom Kläger geleisteten Kautions zugunsten der Beklagten (Urk. 56 Rz. 14 ff.). Zusammenfassend sei festzustellen, dass die Beklagte einen unbestrittenen Anspruch auf Zusprechung einer Parteientschädigung im vorinstanzlichen Verfahren habe, zu deren Deckung die vom Kläger hierfür geleistete Kautions von Fr. 68'040.– herangezogen werden könne. Angesichts des Aufwands der Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren (diverse Eingaben, 50-seitiger Entwurf der Klageantwort, Erkämpfen der Akteneinsicht im Zuger Strafverfahren) erscheine die Zusprechung einer Parteientschädigung in dieser Höhe als angemessen. Die Beklagte habe trotz Sistierung des Verfahrens an der Klageantwort weiterarbeiten müssen, um einem zeit- und personalfuktuationsbedingten Informationsverlust vorzubeugen (Urk. 56 Rz. 19 f.). Als Beleg für den geleisteten Zeitaufwand reichte die Beklagte vor Obergericht eine Stundenaufstellung ein, welche einen Honoraraufwand von insgesamt Fr. 85'525.– ausweist (Urk. 60/3).

2.3 Die ehemalige Vertreterin des Klägers, Rechtsanwältin Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_, verzichtete im Beschwerdeverfahren ausdrücklich darauf, einen Antrag zu stellen (Urk. 65 S. 2). Sie bringt vor Obergericht im Wesentlichen vor, die Begründung, mit welcher die Vorinstanz davon absehe, der Beklagten eine Prozessentschädigung zuzusprechen, sei stringent und entspreche dem Wortlaut und Sinn von § 68 ZPO/ZH. Diese Bestimmung regle in Übereinstimmung mit § 64 ZPO/ZH die Entschädigung so, dass die unterliegende Partei die Gegenpartei zu entschädigen habe. Es werde eine Verpflichtung der unterliegenden Partei statuiert und nicht ein Anspruch der Gegenpartei. Wenn kein Rechtssubjekt mehr vorhanden sei, das zur Bezahlung einer Parteientschädigung verpflichtet werden könne, gebe es auch keine Rechtsgrundlage, um eine noch vorhandene Kautions in Anspruch zu nehmen (Urk. 65 Rz. 1). Selbst wenn die Kautions zur Bezahlung einer Parteientschädigung an die Beklagte beansprucht werden dürfte, wäre der von dieser verlangte Betrag von Fr. 68'040.– keineswegs gerechtfertigt. So sei das Verfahren ohne Anspruchsprüfung als durch Klagerückzug erledigt abgeschlossen worden. Für eine Reduktion der Parteientschädigung um weniger als die Hälfte der Grundgebühr – analog zu den Gerichtskosten – bestehe kein Grund. Gemäss § 3 der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni

2006 betrage die einfache Grundgebühr bei vorliegendem Streitwert Fr. 50'958.60. Davon die Hälfte seien rund Fr. 26'000.– (Urk. 65 Rz. 2). Eine Erhöhung dieser hälftigen Grundgebühr sei nicht angebracht. Insbesondere den Aufwand für die Erarbeitung der Klageantwort habe die Beklagte selbst zu tragen. Wenn sie trotz des von ihr am 18. August 2011 selbst eingereichten Sistierungsgesuchs (Urk. 27) an der Klageantwort weiter gearbeitet habe, habe sie dies auf eigenes Risiko getan. Zwar sei es der Beklagten unbenommen gewesen, die Klageantwort schon vor der Zeit auszuarbeiten, um einem zeit- und personalbedingten Informationsverlust vorzubeugen. Das sei aber eine Frage der Organisation der betreffenden Anwaltskanzlei und sei für die Höhe der Parteientschädigung nicht relevant. Das Gleiche gelte für das Erkämpfen des Akteneinsichtsrechts im Zuger Strafverfahren sowie für das Aktenstudium und die Analyse des Urteils des Strafgerichts Zug, welches den Parteien am 6. Februar 2013 zugestellt worden sei (Urk. 65 Rz. 3). Die Beklagte habe seit der am 6. Dezember 2010 erfolgten Zustellung der Klageschrift im erstinstanzlichen Verfahren lediglich die folgenden vier Prozesshandlungen vorgenommen (Urk. 65 Rz. 4):

- Kautionsantrag vom 10. Januar 2011 (Urk. 7);
- Eingabe vom 17. März 2011 betreffend Einwendungen gegen die dem Kläger gewährte Fristerstreckung zur Leistung der Prozesskaution (Urk. 18);
- Antrag auf Sistierung des Verfahrens vom 18. August 2011 (Urk. 27);
- Eingabe vom 20. [recte: 16.] Oktober 2015 bezüglich Wiederaufnahme des sistierten Verfahrens (Urk. 46).

Überdies sei auch unter Berücksichtigung der Prozesschancen keine über die halbe Grundgebühr hinausgehende Parteientschädigung angebracht. Gemäss Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 8. Januar 2015 sei C.\_\_\_\_\_ des gewerbmässigen Betrugs schuldig gesprochen worden. Dies betreffe den Sachverhalt, wie er der eingeklagten Schadenersatzforderung zugrunde liege. In materieller Hinsicht decke sich das Strafurteil mit der Klagebegründung im vorliegenden Zivilprozess. Die Chancen auf eine Guttheissung der Klage seien also gut gestanden. Dass der Prozess mangels Interesse der Verlassenschaftsverwaltung des Klägers nicht fortgeführt werden könne, sei bedauerlich (Urk. 65 Rz. 5).

### 3. Rechtliche Würdigung

3.1 Das damalige zürcherische Prozessrecht kannte keine allgemeine Vorschusspflicht, sondern enthielt in § 73 Ziff. 1-7 ZPO/ZH einen abschliessenden Katalog der Kautionsstatbestände (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 73 N 1). Insbesondere bestand jeweils dann eine Kautionspflicht der klagenden Partei, wenn Gründe vorlagen, die das spätere Eintreiben der Prozesskosten zweifelhaft bzw. ungewiss erscheinen liessen. Diese Bestimmung sollte insbesondere die beklagte Partei davor bewahren, die ihr im Falle des Obsiegens zugesprochene Prozessentschädigung beim Kläger nicht erhältlich machen zu können. Der Beklagte – im Unterschied zum Kläger – geht in der Regel die Kostenrisiken eines Prozesses nicht freiwillig ein. Er soll daher vor der Gefahr geschützt werden, dass seine Parteikosten trotz Obsiegens an ihm hängen bleiben, weil sich die ihm zugesprochene Prozessentschädigung als uneinbringlich erweist (BGE 121 I 108 E. 2). Die Kautionsauflage im Sinne von § 73 ZPO/ZH begründete eine Prozessvoraussetzung und war daher von Amtes wegen anzuordnen, sobald die dafür erforderlichen Voraussetzungen erfüllt waren (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 73 N 4).

3.2 Vorliegend wurde die mit Beschluss vom 21. Februar 2011 (Urk. 13) dem Kläger auferlegte Kaution durch seine damalige Vertreterin, Rechtsanwältin Dr. Y.\_\_\_\_\_, geleistet (Urk. 25 S. 2). Diese erklärte anlässlich des Telefonates mit dem Vorderrichter vom 12. Juni 2015, die Kaution sei zwar von ihrem Konto überwiesen worden, ein Dritter habe jedoch den Prozess finanziert (Urk. 34). In ihrem Schreiben vom 5. Januar 2016 brachte Rechtsanwältin Dr. Y.\_\_\_\_\_ dann vor, dass Rechtsanwalt Dr. D.\_\_\_\_\_ den Prozess finanziert und auch die Kaution geleistet habe (Urk. 54). Einen Beleg für diese Prozessfinanzierung durch Rechtsanwalt Dr. D.\_\_\_\_\_ ist den Akten jedoch nicht zu entnehmen. Dessen ungeachtet spielt es auch keine Rolle, wer schlussendlich dem Kläger die finanziellen Mittel zur Leistung der Prozesskaution zur Verfügung gestellt hat bzw. von wessen Konto die Kaution überwiesen worden ist. Nach Art. 68 OR ist der Schuldner nur dann verpflichtet, persönlich zu erfüllen, wenn es bei der Leistung auf seine Persönlichkeit ankommt, was bei Geldleistungspflichten in der Regel nicht der Fall ist (ZK OR-Schraner, Art. 68 N 4 und 39). Zahlungspflichten braucht der

Schuldner somit im Allgemeinen nicht persönlich zu erfüllen, sondern darf dies durch einen Dritten besorgen lassen. Die ordnungsgemäss (nach Ort, Zeit, Inhalt und Umfang) erbrachte Leistung des Dritten tilgt die Schuld, wie wenn der Schuldner selbst geleistet hätte (ZK OR-Schraner, Art. 68 N 52 mit Verweis auf BGE 83 III 102). Nach dem Gesagten hatte die Überweisung durch Rechtsanwältin Dr. Y.\_\_\_\_\_ vom 20. April 2011 zur Folge, dass die von ihr überwiesene Kautio als vom Kläger geleistet gilt. Im Verhältnis zwischen den Prozessparteien und dem Gericht spielt es also keine Rolle, wer die Kautio geleistet hat (vgl. *OGer ZH NG140012 vom 17.03.2015*, abrufbar unter: <http://www.gerichte-zh.ch/entscheide/entscheide-neue-zpo.html>).

3.3 Was die Verteilung der erstinstanzlichen Prozesskosten anbelangt, hat die Vorinstanz aufgrund des Klagerückzugs die gesamten Gerichtskosten dem Kläger auferlegt. Zudem hat die Vorinstanz korrekterweise festgehalten, dass bei diesem Prozessausgang der Kläger zu verpflichten wäre, der Beklagten gestützt auf § 68 ZPO/ZH eine Prozessentschädigung zu bezahlen. Nachdem der Kläger jedoch verstorben und der erbenlose Nachlass bereits konkursamtlich liquidiert worden sei, sei kein Rechtssubjekt mehr vorhanden, das zur Erfüllung einer solchen Verpflichtung angehalten werden könnte, weshalb der Beklagten keine Prozessentschädigung zuzusprechen sei (Urk. 57 E. IV). Diesen Erwägungen der Vorinstanz kann aus folgenden Gründen nicht gefolgt werden:

3.3.1 Vorab ist festzuhalten, dass der angefochtene Zweitbeschluss vom 24. November 2015 in sich widersprüchlich ist. Einerseits verwehrt die Vorinstanz der Beklagten die ihr zustehende Prozessentschädigung mit der Begründung, es sei kein Rechtssubjekt mehr vorhanden, das zur Leistung einer solchen Entschädigung verpflichtet werden könne. Andererseits auferlegt sie dem (nicht mehr existierenden) Kläger die gesamten Gerichtskosten und verpflichtet ihn zur Bezahlung einer Entscheidgebühr von Fr. 25'000.–. Dabei verrechnet die Erstinstanz die vorgenannten Gerichtskosten mit der Prozesskautio des Klägers, hält aber zugleich fest, dass ebendiese Kautio zur Begleichung der Parteientschädigung nicht herangezogen werden könne. Eine Begründung für diese differenzierte Betrachtungsweise ist dem angefochtenen Entscheid nicht zu entnehmen und ist vorliegend auch nicht ersichtlich. So handelt es sich bei dem gemäss zürcheri-

schem Prozessrecht zu hinterlegenden Betrag im Sinne von § 73 ZPO/ZH sowohl für die Gerichtskosten als auch für die Prozessentschädigung um eine Kautio n im eigentlichen Sinne, welche terminologisch von einem Kostenvorschuss unterschieden werden muss. Der Vorschuss dient dazu, die im Zusammenhang mit einem Verfahren entstehenden Kosten laufend zu begleichen, im Gegensatz zur Kautio n, die erst in Anspruch genommen werden kann, wenn einer Partei definitiv Prozesskosten auferlegt worden sind (Zotsang, Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2015, S. 126 mit Verweis auf BGE 107 la 117 E. 2a). Der Kläger hat im vorliegenden Fall also sowohl für die Gerichtskosten als auch für die Parteientschädigung eine allgemeine Prozesskautio n geleistet und keinen Kostenvorschuss, wie dies beispielsweise für Barauslagen des Gerichts vorgesehen war (§ 83 ZPO/ZH). Weshalb somit lediglich die Gerichtskosten mit der Prozesskautio n des Klägers verrechnet werden können, nicht aber die Parteientschädigung der Beklagten, ist nicht ersichtlich. Für eine diesbezügliche Ungleichbehandlung gibt es im Gesetz keine Hinweise. An dieser Stelle sei nochmals auf den ursprünglichen und eigentlichen Sinn und Zweck einer Prozesskautio n hingewiesen: Die beklagte Partei soll vor der Gefahr geschützt werden, dass ihre Parteikosten trotz Obsiegens an ihr hängen bleiben, weil sich die ihr zugesprochene Prozessentschädigung nach Abschluss des Verfahrens als uneinbringlich erweist (vgl. vorstehend E. 3.1). Ein solcher Fall ist vorliegend eingetreten. Durch das Ableben des Klägers während des sistierten Verfahrens erweist sich die der Beklagten zustehende Parteientschädigung nunmehr als uneinbringlich. An der ursprünglichen Zweckbestimmung der Prozesskautio n hat sich durch diesen Umstand jedoch nichts geändert.

3.3.2 Durch die Kautionsleistung mittels Geldhinterlage wird die Gerichtskasse Eigentümerin des hinterlegten Betrages (*OGer ZH VB070036 vom 31.01.2008, E. II/7.1*; Stutzer, Die Kautionspflicht im ordentlichen zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1980, S. 133). Wird die Kautio n vom Kläger geleistet, so tilgt dieser damit für den Fall seines Unterliegens die aus dem Prozess erwachsenden Ersatzansprüche der Gegenpartei und des Gerichts. Diese Tilgung erfolgt jedoch lediglich bedingt und antizipiert, da der Prozessausgang zu diesem Zeitpunkt noch nicht voraussehbar ist (Stutzer, a.a.O., S. 3 mit Verweis auf ZR 72 (1973)

Nr. 14; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, 1979, S. 409 FN 22a). Mit der Leistung der Kautionsleistung befreit sich der Kläger also im Falle seiner Niederlage bedingt und antizipiert von allfälligen zukünftigen Ersatzansprüchen des Beklagten. Der Anspruch der Gegenpartei auf eine Prozessentschädigung wird, für den Fall des klägerischen Unterliegens und unter der Bedingung, dass eine solche Entschädigung vom zuständigen Gericht zugesprochen wird, schon im Moment der Hinterlegung getilgt (vgl. BGE 42 III 360 S. 364 f.). Sollte der kautionspflichtige Kläger schliesslich den Prozess verlieren und zur Leistung einer Parteientschädigung verpflichtet werden, so ist die (suspensiv-bedingt) geleistete Barkautionsleistung durch die Gerichtskasse direkt der berechtigten Partei auszurichten (OGer ZH VR120007 vom 04.10.2012). So sieht auch die Verordnung des Obergerichts über die Verwaltung von Depositen, Kautionen und Effekten (LS 211.13) in § 17 Abs. 2 vor, dass eine hinterlegte Kautionsleistung für die Prozessentschädigung von der Gerichtskasse nach rechtskräftiger Erledigung des Verfahrens der berechtigten (obsiegenden) Partei auszuhändigen ist. Überdies sei erwähnt, dass auch die Konkursöffnung über die kautionsleistende Partei in vergleichbaren Fällen nichts an der Verwendung der Kautionsleistung ändert. Gerät der kautionspflichtige Kläger nach Stellung der Kautionsleistung in Konkurs, so haftet diese ungeachtet der Konkursöffnung weiterhin für die inzwischen aufgelaufene Prozessentschädigung der Gegenpartei (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 81 N 1; ZR 64 (1965) Nr. 133 S. 176 a.E.). Nach dem Gesagten hat der Kläger zu Lebzeiten durch die Hinterlegung der Kautionsleistung den heutigen Anspruch der Beklagten auf Leistung einer Parteientschädigung bereits damals (bedingt und antizipiert) getilgt. Aus diesem Grund spielt es auch keine Rolle, ob die klagende Partei als Rechtssubjekt zum Zeitpunkt der Entscheidung noch "existiert" oder nicht. Zudem kann es auch nicht darauf ankommen, ob § 64 i.V.m § 68 ZPO/ZH bezüglich der Prozessentschädigung eine *Verpflichtung* der unterliegenden oder einen *Anspruch* der obsiegenden Partei statuiert, so wie dies Rechtsanwältin Dr. Y.\_\_\_\_\_ vorbringt (Urk. 65 Rz. 1). Durch die Leistung der Barkautionsleistung am 20. April 2011 wurde die Gerichtskasse Eigentümerin des hinterlegten Betrages und ist von Gesetzes wegen ermächtigt, die der Beklagten zustehende Forderung auf Ersatz ihrer Parteikosten direkt zu begleichen. Ein allfälliger Überschuss ist – wie die Vorinstanz bereits festgehalten hat – an Rechtsanwältin Dr. Y.\_\_\_\_\_ zuhanden des oder der Berechtigten her-

auszugeben. Diesbezüglich wird Rechtsanwältin Dr. Y. \_\_\_\_\_ möglicherweise erneut mit der österreichischen Verlassenschaftsverwaltung des Klägers Kontakt aufnehmen müssen. Zusammenfassend gibt es somit keinen Grund, die Prozesskaution des Klägers lediglich für die Gerichtskosten zu verwenden. Auch die der Beklagten zustehende Parteientschädigung kann ohne Weiteres aus der (zu diesem Zweck) hinterlegten Kautionssumme entnommen und direkt von der Gerichtskasse an die Beklagte ausbezahlt werden. In diesem Punkt ist die Beschwerde gutzuheissen.

3.3.3 Für die Festlegung der Höhe der Prozessentschädigung liegen sämtliche entscheidungsrelevanten Tatsachen bei den Akten. Das Verfahren erweist sich demnach als spruchreif, weshalb eine Rückweisung an die Vorinstanz unterbleiben kann (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO). Wie vorstehend unter E. II./1.2 ausgeführt, herrscht im Beschwerdeverfahren ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch für unechte Noven. Entsprechend sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). So sind insbesondere die Vorbringen der Beklagten vor Obergericht zu Art und Umfang ihrer Aufwendungen vor Vorinstanz (Urk. 56 Rz. 20; Urk. 70 S. 3 ff.) nicht mehr zu hören. Auch der erst(mals) im Beschwerdeverfahren eingereichte Stundennachweis (Urk. 60/3) ist als unzulässiges Novum nicht zu berücksichtigen. Vor Erstinstanz stellte die Beklagte am 16. Oktober 2015 einzig den Antrag, dass unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerschaft zu entscheiden sei (Urk. 46 S. 2). Diesen Antrag hat die Beklagte jedoch weder näher erörtert noch begründet. Nach § 69 ZPO/ZH hätte sie damals die Möglichkeit gehabt, der Vorinstanz bis zur Fällung des Entscheides ihre Rechnung vorzulegen. Dies hat die Beklagte jedoch unterlassen und kann dieses Versäumnis nach dem Gesagten im Beschwerdeverfahren nicht mehr nachholen. Entsprechend hat die Beschwerdeinstanz von Amtes wegen die Prozessentschädigung nach den Vorgaben von Gesetz und Verordnung festzulegen, wie das die Vorinstanz hätte tun müssen.

3.3.4 Ist eine Partei durch einen Anwalt vertreten, so ist die Prozessentschädigung im Rahmen der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren festzusetzen, welche im Grundsatz auf den Streitwert abstellt, aber auch die Be-

rücksichtigung besonderer Umstände zulässt (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 68 N 13). Vorliegend kommt die bisherige Anwaltsgebührenverordnung vom 21. Juni 2006 ("aAnwGebV") zur Anwendung (§ 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010). Nach § 3 Abs. 1 aAnwGebV richtet sich die Grundgebühr für die Führung eines Zivilprozesses nach dem Streitwert. Bei einem eingeklagten Streitwert von Fr. 2'899'860.– (vgl. Urk. 2 S. 2) beträgt die einfache Grundgebühr Fr. 50'398.60 (Fr. 31'400.– + 1% von Fr. 1'899'860.–). Die Grundgebühr ist verdient, sobald die Klagebegründung bzw. die Klageantwort erstattet wurde (§ 6 Abs. 1 aAnwGebV). Zur Grundgebühr kann sodann für jede weitere Rechtsschrift ein Zuschlag berechnet werden (§ 6 Abs. 1 lit. c aAnwGebV). Bei Prozesserledigung durch Vergleich, Rückzug oder Anerkennung ist die Grundgebühr grundsätzlich auf die Hälfte bis einen Viertel herabzusetzen. Erfolgt die Prozesserledigung jedoch erst nach der Erarbeitung der Rechtsschrift, so ist trotzdem die volle Grundgebühr zuzusprechen (§ 15 Abs. 1 und 2 aAnwGebV).

3.3.5 Im vorinstanzlichen Verfahren musste die Beklagte aufgrund des Klagerückzugs keine Klageantwort erstatten. Dennoch wurde ihr von der Vorinstanz zweimal eine Frist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt (Urk. 5 und Urk. 25), welche aber jeweils kurz darauf wieder abgenommen wurde. Die erste Fristansetzung vom 6. Dezember 2010 (Urk. 5) ist bei der Beklagten am 15. Dezember 2010 eingegangen (Urk. 6/3) und die Frist begann entsprechend am Tag darauf zu laufen. Diese erste Frist zur Einreichung der Klageantwort wurde anschliessend aufgrund des Kautionsantrages der Beklagten mit Präsidialverfügung vom 12. Januar 2011 wieder abgenommen (Urk. 11). Unter Berücksichtigung der Gerichtsferien vom 20. Dezember 2010 bis zum 8. Januar 2011 (§ 140 Abs. 1 GVG) ist diese Frist insgesamt rund acht Tage gelaufen. Nachdem der Kläger die eingeforderte Kautionsleistung geleistet hatte, wurde der Beklagten mit Präsidialverfügung vom 14. Juli 2011 erneut Frist angesetzt, um die Klageantwort zu erstatten (Urk. 25). Diese zweite Fristansetzung fiel abermals in die vom 10. Juli 2011 bis zum 20. August 2011 dauernden Gerichtsferien (§ 140 Abs. 1 GVG) und die Frist begann entsprechend erst am 21. August 2011 zu laufen. Bereits am 19. August 2011 stellte die Beklagte ein Sistierungsgesuch und beantragte, dass ihr die Frist zur Erstattung der Klageantwort umgehend abzunehmen sei (Urk. 27). Mit Refe-

rentenverfügung vom 26. August 2011 (Urk. 29) wurde der Beklagten daraufhin die laufende Frist einstweilen und hernach mit Beschluss vom 1. November 2011 definitiv abgenommen (Urk. 32). Entsprechend lief der Beklagten diese zweite Frist zur Einreichung der Klageantwort seit dem Ende der Gerichtsferien bis zur Fristabnahme am 26. August 2011 sechs Tage. Nach dem Gesagten ist die Frist zur Einreichung der Klageantwort im erstinstanzlichen Verfahren lediglich teilweise verstrichen, weshalb die Klageantwortschrift aufgrund der mehrmaligen Fristabnahmen bzw. der Sistierung des Verfahrens noch nicht erstattet werden musste (vgl. auch Urk. 60/2). Entsprechend ist der Beklagten auch keine volle Grundgebühr im Sinne von § 15 Abs. 2 aAnwGebV zuzusprechen. Selbstredend werden freiwillige Aufwendungen während dem sistierten Verfahren nicht entschädigt, so wie dies die Beklagte geltend macht (Urk. 56 Rz. 20). Es rechtfertigt sich, die Grundgebühr von Fr. 50'398.60 um  $\frac{1}{4}$  auf Fr. 37'800.– zu reduzieren. Aufgrund der übrigen (zum Teil sehr kurzen) Eingaben der Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren (Urk. 7, 18, 24, 27 und 46) erscheint ein Zuschlag im Sinne von § 6 Abs. 1 lit. c aAnwGebV von 5% pro Eingabe, d.h. insgesamt ein Zuschlag von 25% als angemessen. Somit ist der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 47'250.– zuzusprechen, welche aus der vom Kläger geleisteten Kautionsleistung zu entnehmen ist. Mangels eines entsprechenden Antrages ist kein Mehrwertsteuerzuschlag zu veranschlagen.

### III.

1. Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens zu befinden.
2. Der Streitwert der vorliegenden Beschwerde beträgt Fr. 68'040.–. Die Entscheidunggebühr für das obergerichtliche Verfahren ist in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 7'000.– festzusetzen. Die Beklagte hat einen Kostenvorschuss in nämlicher Höhe geleistet (Urk. 63), was vorzumerken ist. Die Beklagte obsiegt vor Obergericht im Umfang von  $\frac{7}{10}$ , weshalb es sich rechtfertigt, ihr  $\frac{3}{10}$  der Gerichtskosten aufzuerlegen. Im übrigen Um-

fang sind die Kosten im Sinne von Art. 107 Abs. 2 ZPO auf die Staatskasse zu nehmen.

3. Die Beklagte beantragt in ihrer Beschwerdeschrift die Zusprechung einer Parteientschädigung (Urk. 56 S. 2). Es gibt jedoch keine gesetzliche Grundlage, aufgrund welcher Rechtsanwältin Dr. Y. \_\_\_\_\_ als ehemalige Vertreterin des Klägers verpflichtet werden könnte, der Beklagten eine solche Parteientschädigung zu leisten. Insbesondere kann Rechtsanwältin Dr. Y. \_\_\_\_\_ nicht vorgeworfen werden, sie habe unnötige Prozesskosten im Sinne von Art. 108 ZPO verursacht. Als Drittpartei kann sie deshalb nicht zur Bezahlung einer Parteientschädigung verpflichtet werden. Zudem ist entgegen der Ansicht der Beklagten (Urk. 56 Rz. 21) die Verwendung einer vor Vorinstanz noch nach altem Recht geleisteten Prozesskaution für das anschliessende vom neuen Recht beherrschte Beschwerdeverfahren nicht zulässig (vgl. *OGer ZH LB120002 vom 27.08.2012*). Somit ist für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 des Zweitbeschlusses des Bezirksgerichtes Zürich, 5. Abteilung, vom 24. November 2015 (CG100214-L) werden aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
  - "3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und mit der von ihm geleisteten Prozesskaution verrechnet.
  4. Der Beklagten wird eine Prozessentschädigung von Fr. 47'250.– zugesprochen."
2. Die Zentrale Inkassostelle der Gerichte wird angewiesen, der Beklagten die ihr zugesprochene Prozessentschädigung von Fr. 47'250.– aus der vom Kläger geleisteten Kautions zu überweisen. Im Mehrbetrag (nach Verrechnung mit den Gerichtskosten und der Prozessentschädigung) ist die Kautions an Rechtsanwältin Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_ zuhanden des oder der Berechtigten herauszugeben.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühren wird auf Fr. 7'000.– festgesetzt.

4. Es wird vorgemerkt, dass die Beklagte für das Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 7'000.– geleistet hat.
5. Die Gerichtskosten werden zu  $\frac{3}{10}$  der Beklagten auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Im Umfang von  $\frac{7}{10}$  werden die Kosten auf die Staatskasse genommen.
6. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz sowie nach Eintritt der Rechtskraft an die Zentrale Inkassostelle der Gerichte, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

8. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

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

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 30. Mai 2016

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. M. Kirchheimer

versandt am: mc