



Kass.-Nr. AA050085/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Alfred Keller, Karl Spühler und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der Sekretär Roland Götte

Sitzungsbeschluss vom 05. Dezember 2005

in Sachen

X.,

Beklagter, Rekurrent und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. U.

gegen

1. A.Y.,

2. B.Y.,

Kläger, Rekursgegner und Beschwerdegegner

betreffend **Prozesskaution**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Mai 2005 (LN050027/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Im Rahmen des beim Bezirksgericht Zürich von A.Y. und B.Y. (künftig: Beschwerdegegner) eingeleiteten Forderungsprozesses beantragte der beklagte X. (künftig: Beschwerdeführer) die Kautonierung der Beschwerdegegner. Dieser Antrag wurde mit Beschluss vom 13. Juli 2004 abgewiesen (BG act. 116), wogegen nicht rekurriert wurde. Mit Eingabe vom 25. Januar 2005 wurde vom Beschwerdeführer erneut ein Kautonierungsgesuch gestellt; dieses wurde mit Beschluss vom 22. März 2005 abgewiesen (BG act. 199).

2. Den gegen diese neuerliche Abweisung des Kautonierungsantrages erhobenen Rekurs des Beschwerdeführers wies das Obergericht mit Beschluss vom 13. Mai 2005 ab (OG act. 5 = KG act. 2; künftig: KG act. 2).

3. Gegen diesen Rekursentscheid hat der Beschwerdeführer rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen. Er stellt den Antrag, es sei der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Sache mit der Auflage, die Beschwerdegegner im Hauptprozess angemessen zu kautonieren, an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2).

Die dem Beschwerdeführer mit Präsidialverfügung vom 16. Juni 2005 (KG act. 5) auferlegte Kauton von Fr. 3'000.-- wurde fristgerecht geleistet (vgl. KG act. 7, 11 und 12).

Während die Vorinstanz auf Vernehmlassung verzichtet hat (KG act. 10), beantragen die Beschwerdegegner sinngemäss die Abweisung der Beschwerde (KG act. 19 S. 2).

II.

1. Das Obergericht wies das Kautionsbegehren des Beschwerdeführers ab und hielt dazu vorab fest, dass eine Zahlungsunfähigkeit i.S.v. § 73 Ziff. 3

ZPO nur vorliege, wenn sich diese aus betriebsrechtlichen Akten ergebe (KG act. 2 S. 2-4 [Ziff. 3.c]). Sodann zog es in Erwägung, dass die vom Beschwerdeführer befürchtete Uneinbringlichkeit der allfälligen Prozessentschädigung kein Abweichen von dieser restriktiven Auslegung rechtfertige, weil sich die Zahlungsunfähigkeit einer Partei dadurch auszeichne, dass diese nicht über die Mittel verfüge, *fällige* Verbindlichkeiten zu erfüllen. Solches mache der Beschwerdeführer hinsichtlich der Beschwerdegegner gar nicht geltend (KG act. 2 S. 4 [Ziff. 3.d]). Wenn man - so das Obergericht abschliessend - die Kautionspflicht mit der Aussichtslosigkeit des Begehrens bzw. mit einer rechtsmissbräuchlichen Prozessführung begründen wollte, würde man einen gesetzlich nicht vorgesehenen Kautionsgrund einführen. Ein solches Vorgehen komme aufgrund der zwingenden Natur des Prozessrechts und des Umstandes, dass Bestimmungen, welche die Verfolgung materieller Rechtsansprüche erschweren würden, restriktiv auszulegen seien, nicht in Betracht (KG act. 2 S. 4/5 [Ziff. 3.e]).

2. Der Beschwerdeführer wirft dem Obergericht eine falsche Interpretation von § 73 Ziff. 3 ZPO vor und beruft sich auf den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO (KG act. 1 S. 4 [Ziff. 14]). Zur Begründung bringt er im Einzelnen Folgendes vor:

2.1 Das Obergericht nehme an, dass eine Zahlungsunfähigkeit i.S.v. § 73 Ziff. 3 ZPO nur dann zu bejahen sei, wenn sich eine solche aus betriebsrechtlichen Akten ergebe. Eine Beschränkung auf betriebsrechtliche Tatbestände lasse sich aber weder den Materialien noch dem Protokoll der Expertenkommission entnehmen. Soweit das Obergericht auf die Meinung von Sträuli/Messmer abstelle, welche Mitglieder der Expertenkommission gewesen seien, stehe gar nicht fest, dass deren Meinung auch die der Kommission gewesen sei. Die historische Betrachtung spreche somit gegen die Auffassung des Obergerichtes (KG act. 1 S. 5/6 [Ziff. 4.a]).

2.2 Im Weiteren rechtfertige auch eine semantische Auslegung von § 73 Ziff. 3 ZPO die restriktive Auslegung des Obergerichtes nicht. Wenn der Gesetzgeber die Anwendung der fraglichen Bestimmung auf zwei Tatbestände des

SchKG hätte beschränken wollen, so hätte er diese Beschränkung im Text eingebaut oder die Generalklausel nicht so offen formuliert (KG act. 1 S. 6 [Ziff. 4.b]).

2.3 Die systematische Auslegung - so der Beschwerdeführer sinngemäss - spreche ebenfalls gegen die Auffassung des Obergerichtes, denn beim Kautionsgrund von § 73 Ziff. 4 ZPO werde auch nicht verlangt, dass die Gerichts- oder Verwaltungsbehörden den Säumigen betrieben haben müssen (KG act. 1 S. 6/7 [Ziff. 4.c]).

2.4 Zudem sei die Interpretation des Obergerichtes auch unter dem Aspekt von Treu und Glauben abzulehnen, denn dieser in § 50 ZPO enthaltene Grundsatz habe Verfassungscharakter und sei höher zu gewichten als die Verwirklichung des materiellen Rechts. Angesichts des Umstandes, dass das Bundesgericht das Prozessverhalten der Beschwerdegegner bereits zweimal als rechtsmissbräuchlich bezeichnet habe, erscheine es ohnehin widersinnig, wenn der Staat einer rechtsmissbräuchlichen "Verwirklichung des materiellen Rechts" Gehilfenschaft leiste - das Recht könne nicht auf rechtsmissbräuchliche Art und Weise verwirklicht und die Gerichte dafür nicht instrumentalisiert werden (KG act. 1 S. 7/8).

2.5 Die Bestimmungen von § 73 ZPO hätten den Zweck, die Gerichtskosten und die Prozessentschädigung sicherzustellen bzw. den Beklagten vor Kosten zu bewahren, die ihm der zahlungsunfähige Kläger im Falle des Unterliegens nicht ersetzen könne. Vor diesem Hintergrund erscheine die Rechtsprechung, wonach Zahlungsunfähigkeit i.S.v. § 73 Ziff. 3 ZPO nur bejaht werde, wenn der Kläger bzw. Widerkläger *fällige* Schulden nicht bezahlt habe, nicht aber, wenn dessen künftige Zahlungsunfähigkeit bereits bei Einleitung des Prozesses mit Sicherheit feststehe, als nicht nachvollziehbar. Aufgrund des Schutzgedankens von § 73 ZPO könne nicht massgebend sein, ob sich die Zahlungsunfähigkeit bereits verwirklicht habe oder mit Sicherheit verwirklichen werde (KG act. 1 S. 8-10 [Ziff. 4.d]).

3.1 Die Vorschriften über die Kautionspflicht gehören zu den wesentlichen Verfahrensgrundsätzen i.S.v. § 281 Ziff. 1 ZPO (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 24 zu

§ 281 ZPO). Ob eine Verletzung der Kautionsbestimmungen der §§ 73 ff. vorliegt, prüft das Kassationsgericht folglich mit freier Kognition (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 15 zu § 281 ZPO).

3.2 Das Kassationsgericht hat in einem Entscheid vom 27. August 1979 festgehalten, dass der in § 73 Ziff. 3 ZPO enthaltene Zusatz "oder wenn sie sonst als zahlungsunfähig erscheint" nur diejenigen Fälle betreffe, in welchen sich die Zahlungsunfähigkeit aus betreibungsrechtlichen 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 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). Sie entspricht sodann auch der Praxis des Bundesgerichtes zu Art. 150 Abs. 2 OG (vgl. BGE 111 II 206 [Erw. 1]).

3.3 Es besteht im vorliegenden Fall kein Anlass, von dieser Praxis Abstand zu nehmen:

3.3.1 Den Materialien lässt sich zwar nicht entnehmen, welche Motive bei der Ergänzung von § 73 Ziff. 3 ZPO verfolgt wurden. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass die Herren Sträuli und Messmer, welche Mitglieder der damaligen Expertenkommission waren, in ihrem ZPO-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), 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 müsse sich aus betreibungsrechtli-

chen Akten ergeben (Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 1982, N 18 zu § 73 ZPO). 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.

3.3.2 Es mag sein, dass der Anwendungsbereich von § 73 Ziff. 3 ZPO bzw. dessen Einschränkung präziser hätten umschrieben werden können. Angesichts des Umstandes, dass in § 73 Ziff. 3 ZPO 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 auch eine semantische Auslegung von § 73 Ziff. 3 ZPO keine Praxisänderung zu rechtfertigen.

3.3.3 Dem Beschwerdeführer ist insofern zuzustimmen, als die Kautionspflicht gemäss § 73 Ziff. 4 ZPO (offenstehende Schulden gegenüber Gerichten und Verwaltungsbehörden) keine betreibungsrechtlichen Handlungen voraussetzt, sondern bereits bejaht wird, wenn die Kosten nicht binnen der in der Rechnung gesetzten Frist bezahlt wurden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 31 zu § 73 ZPO). Daraus kann aber nicht geschlossen werden, eine Zahlungsunfähigkeit gemäss Ziff. 3 liege - unabhängig von betreibungsrechtlichen Akten – bereits bei Bestehen offenstehender Rechnungen vor. Im Übrigen behauptet der Beschwerdeführer gar nicht, dass die Beschwerdegegner bislang Rechnungen nicht innert Frist beglichen hätten, weshalb sich ein allfälliger Rückschluss auf Ziff. 3 ohnehin nicht zu Gunsten des Beschwerdeführers auszuwirken vermöchte. Mit Blick auf die Gesetzessystematik erscheint eine Änderung der Rechtsprechung somit ebenfalls nicht angebracht.

3.3.4 Das zürcherische Prozessrecht kennt keine allgemeine Vorschusspflicht, sondern enthält in § 73 Ziff. 1-7 ZPO einen abschliessenden Kata-

log der Kautionsstatbestände (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 73 ZPO). Die Aussichtslosigkeit bzw. Rechtsmissbräuchlichkeit einer Klage wird in diesem Katalog nicht aufgeführt und kann auch nicht unter § 73 Ziff. 3 ZPO subsumiert werden, da die allfällige Rechtsmissbräuchlichkeit einer Klage nichts mit der finanziellen Situation einer Partei zu tun hat. Weil die Schaffung neuer Kautionsgründe dem Gesetzgeber zu überlassen ist, vermag der Beschwerdeführer mit dem Hinweis auf § 50 ZPO (Treu und Glauben) keinen Nichtigkeitsgrund darzutun.

3.3.5 Eine Kautonierung vermag den Beklagten möglicherweise vor Aufwand zu bewahren, welcher ihm vom Kläger nicht entschädigt werden könnte. Wollte man dem Sicherungsbedürfnis des Beklagten möglichst weit nachkommen, müsste man den Kläger folglich nicht nur bei bestehender (betreibungsrechtlich ausgewiesener), sondern auch bei drohender künftiger Zahlungsunfähigkeit oder gar generell kautonieren. Im Kanton Zürich wird der Schutz des Beklagten (bzw. des Staates) vor solchen Kosten aber gerade nicht in jedem Fall über das Interesse des Klägers auf unbeschwerten Zugang zum Gericht gestellt. Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, eine teleologische Auslegung von § 73 Ziff. 3 ZPO verlange die Kautonierung auch bei drohender künftiger Zahlungsunfähigkeit, verkennt er, dass der Gesetzgeber 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 vermöge (vgl. SJZ 77 [1981] Nr. 33 [S. 200, Erw. 4]), festzuhalten.

4. Es ist zusammenfassend festzuhalten, dass die vom Obergericht vertretene Ansicht, wonach sich die Zahlungsunfähigkeit i.S.v. § 73 Ziff. 3 ZPO aus betreibungsrechtlichen Akten ergeben müsse, der langjährigen Praxis des Kassationsgerichtes entspricht. Nachdem an dieser Rechtsprechung festzuhalten ist und eine betreibungsrechtlich nachgewiesene Zahlungsunfähigkeit der Beschwerdegegner nicht geltend gemacht wird, ist der angefochtene Verzicht auf Kautonierung der Beschwerdegegner nicht zu beanstanden.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des vorliegenden Verfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Sodann ist er zu verpflichten, den nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnern eine angemessene Umtriebsentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 205.-- Schreibgebühren,
Fr. 171.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, den Beschwerdegegnern für das Kassationsverfahren eine Umtriebsentschädigung von Fr. 200.-- zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Bezirksgericht Zürich (7. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär:

