



---

Kass.-Nr. AA050183/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

## **Zirkulationsbeschluss vom 13. April 2006**

in Sachen

**A.- Schweizerische Gesellschaft für ...**,

in ...,

Beklagte, Rekurrentin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Fürsprecher lic. iur. C.D. in ...

gegen

**F. G.** ,

geboren ..., von ..., whft. in ...,

Kläger, Rekursgegner und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. H. I., in ...

betreffend **Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Rechtsvertretung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Oktober 2005 (LN050072/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Der Kläger F. G. machte beim Bezirksgericht J., Y. Abteilung, am 2. Juni 2005 eine Forderungsklage anhängig. Die mit Beschluss vom 14. Juni 2005 auferlegte Prozesskaution im Sinne von § 73 Ziff. 4 ZPO wurde von der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich mit Beschluss vom 25. Juli 2005 auf Rekurs des Klägers hin aufgehoben, unter Hinweis auf das bei Prozessseinleitung gestellte und noch nicht behandelte Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung. Mit Beschluss vom 28. September 2005 gewährte das Bezirksgericht J., Y. Abteilung, dem Kläger die unentgeltliche Prozessführung (Disp.-Ziff. 1) und sah von einer Kautonierung des Klägers ab (Disp.-Ziff. 2). Als Rechtsmittel gegen Disp.-Ziff. 2 gab das Bezirksgericht J. den Rekurs an (OG act. 3).

2. Gegen diesen Beschluss vom 28. September 2005 erhob die Beklagte Rekurs und beantragte, der Kläger sei für die erste Instanz mit mindestens Fr. 5'430.-- zu kautonieren und die dem Kläger gewährte unentgeltliche Rechtspflege sei zu widerrufen (OG act. 2). Mit Beschluss vom 25. Oktober 2005 wies die I. Zivilkammer des Obergerichts den Rekurs ab, soweit darauf eingetreten werden konnte und bestätigte den Beschluss des Bezirksgerichts J. vom 28. September 2005 (OG act. 5 = KG act. 2).

3. Gegen den Beschluss des Obergerichts vom 25. Oktober 2005 erhob die Beklagte und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde und stellte folgende Anträge:

- "1. Es sei der Kläger im Verfahren vor der ersten Instanz (Bezirksgericht) für eine Prozessentschädigung mit mindestens CHF 5'430.-- zu kautonieren.
2. Es sei die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu widerrufen.
3. Es seien die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens auf die Staatskasse zu nehmen.

4. Prozessleitend sei das Bezirksgericht J. anzuweisen, der Beklagten bis zur Erledigung des vorliegenden Verfahrens keine Frist zur Beantwortung der Klage anzusetzen.

5. UKEF."

Mit Präsidialverfügung vom 1. Dezember 2005 wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 8). Die der Beschwerdeführerin gleichzeitig auferlegte Prozesskaution in der Höhe von Fr. 1'000.-- ging innert der gesetzten Frist ein (KG act. 10). Der Beschwerdegegner stellte mit Beschwerdeantwort vom 24. Januar 2006 den Antrag, es seien die Anträge der Beschwerdeführerin vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin (KG act. 11). Die Beschwerdeantwort wurde mit Verfügung vom 30. Januar 2006 in Nachachtung der bundesgerichtlichen Rechtssprechung der Beschwerdeführerin zugestellt (KG act. 13), welche ihrerseits mit Eingabe vom 6. Februar 2006 zur Beschwerdeantwort Stellung nahm (KG act. 15). Diese Eingabe wurde wiederum dem Beschwerdegegner zugestellt (KG act. 17).

## II.

1. Die Vorinstanz trat auf den Rekurs der Beklagten und Beschwerdeführerin nicht ein, soweit sich dieser gegen die dem Kläger und Beschwerdegegner von der ersten Instanz gewährte unentgeltliche Prozessführung wandte, mit der Begründung, gemäss § 271 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO seien einzig Entscheide rekurrabel, mit welchen die unentgeltliche Prozessführung verweigert werde. Entscheide betreffend die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung seien auch dann nicht (mit Rekurs) anfechtbar, wenn sie den Gesuchsteller von der Pflicht zur Leistung einer Prozesskaution befreien (unter Verweis auf Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 26 zu § 271 ZPO). Hingegen sei der Rekurs gegen Disp.-Ziff. 2 des angefochtenen erstinstanzlichen Entscheides (keine Kautionsauflage) grundsätzlich zulässig. Dieser sei jedoch abzuweisen, da gemäss § 85 ZPO die unentgeltliche Prozessführung

die betreffende Partei eben von der Pflicht zur Kautionsleistung befreie und deshalb kein Raum bestehe, dem Beschwerdegegner doch eine solche aufzuerlegen (KG act. 2, Ziff. 5 und 6, S. 2 f.).

2. Die Beschwerdeführerin macht mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde vorerst geltend, die Begründung der Vorinstanz sei zwar logisch richtig, münde jedoch in einen Zirkelschluss, weil die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege grundsätzlich nicht mit Rekurs anfechtbar sei, diese jedoch von der Prozesskaution befreie, weshalb die Anfechtung der Prozesskaution zwar prozessual zulässig, jedoch materiell stets abzuweisen sei. Demgemäss sei auch die Rechtsmittelbelehrung des bezirksgerichtlichen Beschlusses vom 28. September 2005 irreführend, weil Disp.-Ziff. 2 eine gesetzliche Folge von Disp.-Ziff. 1 sei und nur die Folge, nicht aber der Grund anfechtbar sei. Damit könne Disp.-Ziff. 2 nur scheinbar, d.h. nur prozessual, jedoch nie materiell angefochten werden und die Rechtsmittelbelehrung sei irreführend. Dies müsse zumindest dazu führen, dass die Verfahrenskosten vor Obergericht und Kassationsgericht – selbst bei Abweisung der Beschwerde – von der Staatskasse zu tragen seien (KG act. 1, Ziff. 2, S. 3). Nachfolgend führt die Beschwerdeführerin sodann aus, es werde die Nichtkautonierung des Beschwerdegegners für die Prozessentschädigung angefochten und sie macht geltend, durch die Nichtkautonierung den Anspruch auf eine allfällige Prozessentschädigung zu verlieren, da der Beschwerdegegner Sozialhilfeempfänger sei. Zudem sei die Prozessführung des Beschwerdegegners aussichtslos und somit durchaus mutwillig: es fehle ihm die Aktivlegitimation und die Zession sei simuliert und damit rechtsmissbräuchlich. Damit seien jedoch die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht gegeben und diese müsse von Amtes wegen widerrufen werden. Durch den Verzicht auf die Kautonierungspflicht werde sodann die Rechtsgleichheit verletzt und die Regelung der Zürcher ZPO sei nicht verfassungsmässig (KG act. 2, Ziff. 3 und 4, S. 3 ff.). Was die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme zur Beschwerdeantwort vorbringt (KG act. 15), ist entweder neu (Beschwerdegegner als Teilhaber eine Firma in Liquidation) oder hätte bereits mit der Beschwerdeschrift vorgebracht werden können und ist somit nunmehr verspätet. Darauf ist im Hinblick auf den Nachweis von allfälligen Nichtigkeitsgründen nicht weiter einzugehen.

3.1 Wie die Vorinstanz bereits ausführte, ist gegen den Entscheid des Bezirksgerichts bei Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung das Rechtsmittel des Rekurses nicht gegeben (§ 271 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO). Die Vorinstanz ist damit zu Recht auf den Rekurs nicht eingetreten, soweit sich dieser gegen die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung an den Beschwerdegegner wendete. Der Beschwerdeführerin hätte gegen den Beschluss des Bezirksgerichts J. allenfalls die Möglichkeit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde offengestanden, wenn sie durch die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung beschwert war (was sie vorliegend geltend macht) (vgl. dazu Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 und N 5b zu § 282 ZPO). Allerdings wäre diese Nichtigkeitsbeschwerde gegen den bezirksgerichtlichen Beschluss an das Obergericht (III. Zivilkammer) zu richten gewesen (§ 43 Abs. 1 GVG). Soweit sich die Vorbringen der Beschwerdeführerin vorliegend (zumindest sinngemäss) gegen die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung an den Beschwerdegegner richten, kann im Beschwerdeverfahren vor Kassationsgericht darauf nicht eingetreten werden.

3.2 Aber auch auf die Beschwerdegründe, welche sich gegen die Nichtkautionsierung richten, kann vorliegend nicht weiter eingegangen werden. Die Vorinstanz hat grundsätzlich zu Recht auf die Bestimmung von § 85 ZPO verwiesen, wonach bei Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung die Kautionspflicht entfällt. Ob die Vorinstanz zu Recht auf den Rekurs überhaupt eintrat, soweit sich dieser gegen die Nichtkautionsierung gemäss Disp.-Ziff. 2 des bezirksgerichtlichen Beschlusses richtete (vgl. dazu unten, Erw. 4), kann hier offen bleiben. Die Beschwerde gegen die Nichtkautionsierung richtet sich in der Sache, d.h. inhaltlich wiederum gegen die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung an den Beschwerdegegner. Da die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung – wie gesehen zu Recht – nicht Gegenstand des angefochtenen Rekursentscheides war, kann diese Frage auch nicht vorfrageweise zum Gegenstand der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde gemacht werden. Die vorgebrachten Rügen wären allenfalls mit kantonalen Nichtigkeitsbeschwerden beim Obergericht zu erheben gewesen (vgl. oben Erw. 3.1). Auf die Nichtigkeitsbeschwerde kann daher in der Hauptsache nicht eingetreten werden.

4.1 Die Beschwerdeführerin rügt jedoch auch, die Rechtsmittelbelehrung des bezirksgerichtlichen Beschlusses vom 28. September 2005 sei irreführend, weil Disp.-Ziff. 2 eine gesetzliche Folge von Disp.-Ziff. 1, und nur die Folge, nicht aber der Grund, anfechtbar sei. Damit könne Disp.-Ziff. 2 nur scheinbar, d.h. nur prozessual, jedoch nie materiell angefochten werden. Dies müsse zumindest dazu führen, dass die Verfahrenskosten vor Obergericht und Kassationsgericht – selbst bei Abweisung der Beschwerde – von der Staatskasse zu tragen seien (KG act. 1, Ziff. 2, S. 3).

4.2 Diese Rüge des Beschwerdeführers erscheint gerechtfertigt. Bereits die Vorinstanz hat in einem (älteren) Entscheid (ZR 84 Nr. 39) darauf hingewiesen, dass zwar gemäss § 271 Ziff. 5 aZPO (entspricht dem heutigen § 271 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO) der Rekurs im ordentlichen Verfahren zulässig sei gegen prozessleitende Entscheide, die Prozess- und Arrestkationen zum Gegenstand hätten. Zwar könnte daraus geschlossen werden, Gegenstand eines Rekurses könne jeder Entscheid sein, der auf irgendeine Weise eine Prozesskaution (oder Arrestkaution) betreffe. Es sei denn auch unumstritten, dass sowohl die Auflage wie auch die Nichtauflage einer Kautionspflicht mit dem Rekurs anfechtbar sei. Dies könne jedoch nicht für die Befreiung von der Kautionspflicht gelten. Während nämlich die Entscheide über Auflage oder Nichtauflage einer Kautionspflicht selbstständige Entscheide seien, welche aufgrund richterlicher Prüfung der Kautionsgründe ergingen, sei die Befreiung von der Kautionspflicht lediglich gesetzliche Wirkung der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (§ 85 ZPO). Um die Wirkung beseitigen zu können, müsste die unentgeltliche Prozessführung aufgehoben werden, was im Rekursverfahren jedoch nicht möglich sei, da der Rekurs dagegen nicht offen stehe (ZR 84 Nr. 39, Erw. 3.b). Gemäss dieser Rechtsprechung wäre demnach der Rekurs auch gegen die Befreiung von der Kautionspflicht gemäss Disp.-Ziff. 2 des bezirksgerichtlichen Beschlusses nicht gegeben und die entsprechende Rechtsmittelbelehrung der ersten Instanz war irreführend. Da die Ursache für die Einreichung eines unrichtigen Rechtsmittels beim Gericht lag, und die Unrichtigkeit der Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerdeführerin – trotz anwaltlicher Vertretung – nicht ohne weiteres erkennbar war, hätten der Beschwerdeführerin die Kosten

des Rekursverfahrens nicht auferlegt werden dürfen und diesbezüglich ist die Nichtigkeitsbeschwerde gutzuheissen.

5. Zusammenfassend ist daher auf die Nichtigkeitsbeschwerde in der Hauptsache zwar nicht einzutreten, sie ist jedoch teilweise bezüglich der Kostenaufgabe im Rekursverfahren gutzuheissen.

### III.

Die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sind ebenfalls auf die Gerichtskasse zu nehmen, weil die Erhebung der Beschwerde darauf zurückzuführen ist, dass die Vorinstanz keine Angabe dazu machte, welches Rechtsmittel gegen den erstinstanzlichen Entscheid zu ergreifen sei und zu Unrecht auf den Rekurs gegen Disp.-Ziff. 2 des erstinstanzlichen Beschlusses vom 28. September 2005 eintrat (§ 66 Abs. 2 ZPO). Eine Entschädigung der obsiegenden Partei aus der Gerichtskasse kommt allerdings mangels gesetzlicher Grundlage nicht in Frage (ZR 77 Nr. 46 E. 6). Dass die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf die Gerichtskasse genommen werden, verhindert sodann nicht, dass die unterliegende Partei gegenüber der obsiegenden Partei entschädigungspflichtig erklärt wird (RB 1977 N. 16; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 66 ZPO). Vorliegend unterliegt die Beschwerdeführerin in der Hauptsache (Kautionsaufgabe an die Gegenpartei in der Höhe von Fr. 5'430.--), obsiegt jedoch in der Frage der Kostentragung im Rekursverfahren (Fr. 541.--), d.h. zu ca. 10%. Der Beschwerdegegner hat die (vollumfängliche) Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde beantragt (KG act. 11, S. 4). Es rechtfertigt sich daher, die Beschwerdeführerin zu verpflichten, dem Beschwerdegegner eine auf 4/5 reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 640.-- (inkl. Mehrwertsteuer) für das Beschwerdeverfahren zu entrichten.

**Das Gericht beschliesst:**

1. In teilweiser Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wird Disp.-Ziff. 3 des Beschlusses der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Oktober 2005 aufgehoben und es werden die Kosten des Rekursverfahrens auf die Gerichtskasse genommen.  
Im Übrigen wird auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht eingetreten.  
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz; die weiteren Kosten betragen:  
Fr.           239.--   Schreibgebühren,  
Fr.           228.--   Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 640.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie das Bezirksgericht J., Y. Abteilung, (ad CGXXXXXX), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: