



Kass.-Nr. AA090116/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner, Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 6. Oktober 2010

in Sachen

X.,

Beklagte, Widerklägerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Z.,

Kläger, Widerbeklagter, Rekursgegner und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

Prozesskaution

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Juni 2009 (LN080064/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Beschwerdegegner reichte am 29. Januar 2008 beim Bezirksgericht Horgen eine Klage gegen die Beschwerdeführerin ein. Damit stellte er das Rechtsbegehren, die Beschwerdeführerin sei zu verpflichten, ihm Fr. 64'476.-- und Fr. 3'816.10 zuzüglich Zinsen, Weisungs- und Zahlungsbefehlskosten zu bezahlen (BG act. 2). Mit Klageantwort vom 14. April 2008 erhob die Beschwerdeführerin Widerklage mit dem Rechtsbegehren, der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, ihr Fr. 175'430.-- zu bezahlen (BG act. 16). Mit Beschluss vom 3. November 2008 auferlegte das Bezirksgericht der Beschwerdeführerin eine Prozesskaution von Fr. 11'750.-- im Sinne von § 76 ZPO unter der Androhung, dass im Säumnisfall auf die Widerklage nicht eingetreten werde (BG act. 29). Gegen diesen Beschluss reichte die Beschwerdeführerin beim Obergericht des Kantons Zürich einen Rekurs ein (OG act. 2). Das Obergericht (dessen I. Zivilkammer) wies den Rekurs mit Beschluss vom 8. Juni 2009 ab, bestätigte die erstinstanzliche Kautionsauflage und setzte der Beschwerdeführerin eine neue Frist zur Leistung der Prozesskaution von Fr. 11'750.-- an (KG act. 2).

2. Gegen den ihr am 10. Juni 2009 zugestellten (OG act. 21/1) obergerichtlichen Beschluss reichte die Beschwerdeführerin am 20. August 2009 und damit (unter Berücksichtigung der Gerichtsferien) rechtzeitig eine Nichtigkeitsbeschwerde ein mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und Gutheissung ihres Rekurses (KG act. 1). Antragsgemäss (KG act. 1 S. 2) wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 21. August 2009 aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 4). Die ihr für das Beschwerdeverfahren nach § 75 ZPO auferlegte Prozesskaution von Fr. 3'500.-- (KG act. 4) leistete die Beschwerdeführerin innert Frist (KG act. 5/1, act. 10). Die Vorinstanz verzichtete explizit auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 9), der Beschwerdegegner auf eine Beschwerdeantwort (KG act. 8).

II.

1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, § 76 ZPO sei eine Kann-Vorschrift. Aufgrund eines obergerichtlichen Kreisschreibens vom 12. März 1997 werde diese Vorschrift aber rigoros ausgelegt und sei das richterliche Ermessen beseitigt worden (KG act. 1 S. 4). Es sei willkürlich, dass die strikte "Muss-Auslegung" von § 76 ZPO stets, unabhängig von den Umständen des konkreten Falles, zu einer Kautonierung des im Inland ansässigen Widerklägers führe (KG act. 1 S. 5).

Bereits in einem Entscheid vom 22. September 1997 (auszugsweise veröffentlicht in RB 1997 Nr. 74) hatte das Kassationsgericht erwogen, zwar wiesen die Beschwerdeführer zu Recht darauf hin, dass § 76 ZPO eine Kann-Vorschrift und keine Muss-Vorschrift enthalte. Das helfe ihnen aber nichts. Seien die Voraussetzungen von § 76 ZPO erfüllt, so sei die Kautionspflicht der Beschwerdeführer als Widerkläger und Rechtsmittelkläger in dem Sinne gegeben, als das Obergericht ihnen eine Kauton auferlegen könne (Kass.-Nr. 97/207 Z vom 22.9.1997 Erw. II.2.c; vgl. auch etwa ZR 77 [1978] Nr. 89 und RB 2006 Nr. 56). Das gilt auch im vorliegenden Fall, und zwar unabhängig vom erwähnten obergerichtlichen Kreisschreiben. Diese Rüge geht fehl. Zu prüfen bleibt - soweit gerügt -, ob die Vorinstanz zu Recht die Voraussetzungen von § 76 ZPO als erfüllt erachtete, wobei eine nur geringe Inlandbeziehung der Parteien und/oder der Streitsache (vgl. KG act. 1 S. 4) keine solche Voraussetzung ist (RB 1997 Nr. 74).

2. Die Beschwerdeführerin trägt weiter vor, es sei willkürlich im Sinne von Art. 9 BV, dass der Staat und Private anders behandelt würden. § 73 ZPO in Verbindung mit der Haager Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht von 1954 führe nämlich dazu, dass einem Privaten als Beklagtem eines Zivilverfahrens aufgrund des Staatsvertrages das Inkassorisiko seines Entschädigungsanspruchs im Falle seines Obsiegens ohne weiteres zugemutet werde. Demgegenüber führe die Kautonierung im Sinne von § 76 ZPO dazu, dass im Inland ansässige Private, welche als Widerkläger in einem Zivilverfahren aufträten, eine Kauton leisten müssten, welche den Staat vor dem Inkassorisiko bewahren solle. Es sei nicht

einzusehen, weshalb der Staat das Inkassorisiko, das ein Privater in der Situation von § 73 ZPO zu tragen habe, in der Situation von § 76 ZPO nicht ebenfalls tragen müsse, sondern besser gestellt werde (KG act. 1 S. 5 Ziff. 1.1.2).

a) Die von der Beschwerdeführerin als willkürlich gerügte Ungleichbehandlung von Staat und Privaten steckt in der Norm von § 76 ZPO selber und nicht in einer den Staat gegenüber Privaten bevorzugenden normwidrigen Auslegung und Anwendung dieser Norm durch die Vorinstanz. Die Willkürüge der Beschwerdeführerin betrifft die Norm von § 76 ZPO als solche.

b) Ein Erlass ist willkürlich im Sinne von Art. 9 BV, wenn er sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen lässt oder sinn- und zwecklos ist; er verletzt das Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 BV, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen, wenn also Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird (BGE 131 I 6 Erw. 4.2; 131 I 316 Erw. 3.2).

c) Im Rahmen der Gerichtsbarkeit handelt der Staat in Erfüllung öffentlicher hoheitlicher Aufgaben und nicht als Privater. In dieser Funktion sind Staat und Private nicht gleich und nach Massgabe von Art. 8 BV daher nicht gleich, sondern ungleich zu behandeln. Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, weshalb eine unterschiedliche Behandlung des Staates bei der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben einerseits und von Privaten andererseits willkürlich sein soll. Eine Verfassungswidrigkeit von § 76 ZPO ist nicht ersichtlich (vgl. auch - allerdings bezüglich einem Vergleich zwischen privaten Parteien - RB 2004 Nr. 53). Auch diese Rüge geht fehl.

3. Zur in § 76 ZPO genannten Voraussetzung eines Prozesses gegen eine Person im Ausland erwog die Vorinstanz, die Beschwerdeführerin habe in ihrer Rekurschrift geltend gemacht, der Wohnsitzbegriff nach §§ 73 ff. ZPO bestimme sich nach Art. 23 ZGB. Dazu hielt die Vorinstanz fest, Frank/Sträuli/Messmer (Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997)

führten denn auch in N 9 zu § 73 ZPO aus, der Wohnsitz bestimme sich nach Art. 23 ZGB. Massgebend sei der tatsächliche Wohnsitz (KG act. 2 S. 8 f.). Die Vorinstanz wies darauf hin, dass das Betreibungsamt A. ein von der Beschwerdeführerin am 8. November 2007 gestelltes Betreibungsbegehren am 14. November 2007 zurückgewiesen habe, da der Beschwerdegegner bereits am 1. Oktober 2007 nach _____, _____, Italien weggezogen sei. Die Beschwerdeführerin habe gegen diese Verfügung des Betreibungsamts A. keine Beschwerde erhoben. Implizit habe sie damit anerkannt, dass der Beschwerdegegner keinen Betreibungsort in der Schweiz habe, welcher sich gemäss Art. 46 Abs. 1 SchKG wiederum auf den zivilrechtlichen Wohnsitz beziehe (KG act. 2 S. 9 Erw. 7.2). Die Kautionspflicht bei Verfahren mit auslandansässigen Parteien gemäss § 76 ZPO werde einzig damit begründet, dass die Vollstreckung im Ausland schwieriger sei. Werde der Beschwerdegegner im angehobenen Prozess kostenpflichtig, stelle sich die Frage nach der Einbringlichkeit der Gerichtskosten, deren Risiko nicht der Staat zu tragen habe. Bereits in der Klageantwort vom 14. April 2008 habe die Beschwerdeführerin ausführen lassen, dass sich der Beschwerdegegner seinen Verbindlichkeiten entziehe, indem er ihr die Betreibung durch die Wohnsitzverlegung nach Italien verunmöglicht habe. Im Rekursverfahren habe sie noch einmal betont, dass sich der Beschwerdegegner missbräuchlich verhalte, indem er sich durch die Schriftenverlegung nach Italien der Belangung für die Gegenforderung entzogen habe; dank diesem simplen Trick habe sie ihn nicht mehr in der Schweiz betreiben können. Damit habe die Beschwerdeführerin mit aller Deutlichkeit gezeigt, dass eine Vollstreckung gegen den "(auslandansässigen)" Beschwerdegegner mit Schwierigkeiten verbunden sei. Entsprechend dem Regelungszweck der Bestimmung soll der Staat gerade nicht ein gegenüber einem im Inland wohnenden Schuldner aufwändigeres und damit auch kostenintensiveres Vollstreckungsverfahren durchzuführen haben. Mit Blick auf die ratio legis von § 76 ZPO seien die Voraussetzungen der Kautionspflicht daher erfüllt. Deshalb müsse auf die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin zum (behaupteten) Lebensmittelpunkt des Beschwerdegegners in der Schweiz nicht eingegangen werden. Die Erstinstanz habe die Beschwerdeführerin in Anwendung von § 76 ZPO zu Recht kautioniert (KG act. 2 S. 9 f.).

a) Die Beschwerdeführerin trägt dazu verschiedene Rügen vor. U.a. rügt sie eine Verletzung ihres Gehörsanspruchs, indem sich die Vorinstanz nicht mit ihren Vorbringen "zum effektiv bestehenden Wohnsitz des Klägers in der Schweiz" auseinandergesetzt habe (KG act. 1 S. 8). Willkürlich habe die Vorinstanz aus den beiden Umständen, dass sie aufgrund der Abmeldung des Beschwerdegegners aus der Schweiz ein eigenes, später zurückgezogenes Kautionsgesuch gestellt und dass sie keine Beschwerde gegen die Zurückweisung ihrer Betreuung durch das Betreibungsamt erhoben habe, darauf geschlossen, sie habe Kenntnis vom Auslandswohnsitz des Beschwerdegegners gehabt (KG act. 1 S.- 9). Durch eine grob unrichtige Anwendung von Art. 23 ZGB habe die Vorinstanz klares materielles Recht verletzt. Bei dessen Anwendung sei nämlich nicht massgebend, wo eine Person angemeldet sei und ihre Schriften hinterlegt habe. Ausser der Schriftenverlegung sprächen sämtliche gegen aussen manifestierenden Umstände, welche die Beschwerdeführerin im Rekursverfahren dargelegt habe, dafür, dass der Beschwerdegegner seinen Lebensmittelpunkt nach wie vor in A. habe. Ferner sei auch der vorinstanzliche Schluss von einem fehlenden Betreuungsort gemäss Art. 46 Abs. 1 SchKG auf einen zivilrechtlichen Wohnsitz des Beschwerdegegners im Ausland eine grob unrichtige Anwendung von Art. 23 ZGB (KG act. 1 S. 10 f.).

b) § 76 ZPO ist ein wesentlicher Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO (ZR 108 [2009] Nr. 22; ZR 91/92 [1992/93] Nr. 33; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 24 zu § 281). Bei der Prüfung, ob ein wesentlicher Verfahrensgrundsatz verletzt worden ist, kann das Kassationsgericht ohne Kognitionsbeschränkung als Vorfrage auch prüfen, ob materielles Bundesrecht verletzt worden ist (RB 1990 Nr. 65). Das gilt vorliegend insbesondere bezüglich Art. 23 ZGB.

c) Die beanstandeten vorinstanzlichen Erwägungen zur Voraussetzung des Auslandsbezuges im Sinne von § 76 ZPO vermögen die Kautionsierung der Beschwerdeführerin als Widerklägerin nicht zu begründen:

aa) Die Vorinstanz geht zutreffend davon aus, dass mit dem Begriff "eine Person im Ausland" in § 76 ZPO eine Person mit Wohnsitz (bzw. bei juristischen Personen Sitz) im Ausland gemeint ist (KG act. 2 S. 8 ["Auslandswohnsitz des

Klägers"], S. 9 ["zivilrechtlichen Wohnsitz"], S. 10 ["(auslandansässigen)", ["gegenüber einem im Inland wohnenden Schuldner"]; vgl. RB 2004 Nr. 53, "Kautionspflicht bei Prozessen gegen eine Person mit Wohnsitz im Ausland"; ZR 108 Nr. 22 Erw. 5.2.b.cc; ZR 84 [1985] Nr. 13). Ferner wies die Vorinstanz ohne Einwendung dagegen darauf hin, dass sich der Wohnsitz gemäss Frank/Sträuli/Messmer (a.a.O., N 9 zu § 73) nach Art. 23 ZGB bestimmt und der tatsächliche Wohnsitz massgebend ist (KG act. 2 S. 8 f.).

bb) Nach Art. 23 ZGB befindet sich der Wohnsitz einer Person an dem Orte, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält. Massgebend ist damit der Ort, wo sich der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen befindet (Honsell Vogt Geiser, Basler Kommentar ZGB I, 3. Auflage, Basel Genf München 2006, N 5 zu Art. 23; Riemer, Personenrecht des ZGB, 2. Auflage, Bern 2002, S. 102 Rz 184). Dabei kommt es nicht auf den inneren Willen, sondern darauf an, auf welche Absicht die erkennbaren Umstände objektiv schliessen lassen (Tuor/Schnyder/Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich Basel Genf 2009, S. 96 N 12). Die Tatsache, dass jemand seine Ausweisschriften an einem bestimmten Ort hinterlegt hat, ist zwar ein Indiz, lässt aber nicht zwingend auf einen Wohnsitz im Sinne des ZGB schliessen (Riemer, a.a.O., S. 102 Rz 186, Tour/Schnyder/Schmid, a.a.O., S. 97 N 14). Man kann den Wohnsitz auch bezeichnen als den Ort, an dem sich eine Person um ihrer selbst willen - gerade um dort zu sein und dort zu leben - aufhält. Das Verbleiben an diesem Ort ist gewissermassen Selbstzweck (Tuor/Schnyder/Schmid, a.a.O., S. 97 N 14).

cc) Voraussetzung einer Kautionsauflage nach § 76 ZPO ist demnach, dass "die Person im Ausland" ihren Lebensmittelpunkt an einem bestimmten Ort im Ausland hat. Hat sie ihre Schriften an einem bestimmten Ort im Ausland hinterlegt, ist dies zwar ein je nach Umständen mehr oder weniger gewichtiges Indiz für ihren dortigen Wohnsitz. Ohne gegenteilige Behauptungen und Anhaltspunkte mag dies - neben der eigenen Verwendung der entsprechenden Auslandadresse - für die Annahme des ausländischen Wohnsitzes genügen. Bestehen aber gegenteilige Behauptungen oder Anhaltspunkte, genügt die Schriftenhinterlegung

ohne Abklärungen nicht für die Annahme des ausländischen Wohnsitzes im Sinne von § 76 ZPO.

dd) Die Vorinstanz stellte nicht in nachvollziehbarer Weise fest, dass der Beschwerdegegner tatsächlich Wohnsitz im Sinne von § 76 ZPO in Italien hat:

aaa) Aus der Erwägung, das Betreibungsamt A. habe das von der Beschwerdeführerin am 8. November 2007 gestellte Betreibungsbegehren am 14. November 2007 zurückgewiesen, weil der Beschwerdegegner bereits am 1. Oktober 2007 nach _____, _____, Italien weggezogen sei, die Beschwerdeführerin habe dagegen keine Beschwerde erhoben und damit implizit anerkannt, dass der Beschwerdegegner keinen Betreibungsort in der Schweiz habe, welcher sich gemäss Art. 46 Abs.1 SchKG wiederum auf den zivilrechtlichen Wohnsitz beziehe (KG act. 2 S. 9 Erw. 7.2), folgt weder, dass der Beschwerdegegner seinen Lebensmittelpunkt noch dass er seinen Wohnsitz in Italien hätte noch dass die Beschwerdeführerin einen solchen Wohnsitz in Italien anerkannt hätte. Sodann könnte auch aus einer Unterlassung einer Beschwerde gegen eine betreibungsamtliche Verfügung nicht auf irgendeine Anerkennung geschlossen werden, weder dass der Beschwerdegegner keinen Betreibungsort in der Schweiz habe noch gar dass er Wohnsitz in Italien habe. Überdies könnte selbst aus einer solchen Anerkennung der Beschwerdeführerin in einem anderen Verfahren nicht eine für das vorliegende Verfahren verbindliche Anerkennung abgeleitet werden. Selbst wenn aber auch das noch angänglich wäre, hätte dies die Vorinstanz an betrachts der von ihr zitierten Einwendungen der Beschwerdeführerin zum ausländischen Wohnsitz des Beschwerdegegners (KG act. 2 S. 3 - 5), an betrachts seiner eigenen Adressangabe (in der Schweiz) in der Klage vom 29. Januar 2008 (also lange nach der vom Betreibungsamt A. erwähnten Abmeldung nach Italien) an die Erstinstanz (BG act. 2) und aufgrund des Umstandes, dass die Voraussetzungen einer Prozesskaution als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen festzustellen wären (KG act. 2 S. 8 Erw. 6), nicht davon entbinden dürfen, den Wohnsitz des Beschwerdegegners selber abzuklären. Zusammenfassend ergibt sich aus der vorinstanzlichen Erwägung 7.2 (KG act. 2 S. 9) nicht, dass der Beschwerdegegner einen Wohnsitz im Ausland im Sinne von § 76 ZPO hat.

bbb) Aus der Erwägung, die Beschwerdeführerin habe bereits in der Klageantwort vom 14. April 2008 ausführen lassen, dass sich der Beschwerdegegner seinen Verbindlichkeiten entziehe, indem er ihr die Betreuung durch die Wohnsitzverlegung nach Italien verunmöglicht habe, und sie habe im Rekursverfahren noch einmal betont, dass sich der Beschwerdegegner missbräuchlich verhalte, indem er sich durch die Schriftenverlegung nach Italien der Belangung für die Gegenforderung entzogen habe; dank diesem simplen Trick habe sie ihn nicht mehr in der Schweiz betreiben können (KG act. 2 S. 9 f.), zog die Vorinstanz nicht den Schluss (zumindest erklärte sie dies nicht und ergibt sich das auch nicht sinngemäss aus ihrer Erwägung), dass der Beschwerdegegner Wohnsitz in Italien habe. Zu Recht. Einerseits bedeuten auch diese Äusserungen der Beschwerdeführerin keine verbindliche Anerkennung eines Wohnsitzes des Beschwerdegegners in Italien. Insbesondere hat die Beschwerdeführerin gemäss den vorinstanzlichen Zitaten (KG act. 2 S. 3 - 5) in ihrer Rekursbegründung (also nach der Klageantwort im erstinstanzlichen Verfahren, wo sie gemäss der vorinstanzlichen Feststellung erwähnt hatte, der Beschwerdegegner habe ihr die Betreuung durch die Wohnsitzverlegung nach Italien verunmöglicht) einen Wohnsitz des Beschwerdegegners in Italien explizit bestritten und bedeutet die Behauptung einer missbräuchlichen Schriftenverlegung nach Italien keine Anerkennung eines Wohnsitzes in Italien. Andererseits entbände auch eine solche Anerkennung die Vorinstanz nicht von einer Untersuchung von Amtes wegen.

ccc) Ohne anderweitige Feststellungen zum Wohnsitz des Beschwerdegegners bezeichnet ihn die Vorinstanz plötzlich auf S. 10 ihres Beschlusses in Klammer als "(auslandansässig)". Nachdem sich aus den vorstehend behandelten vorinstanzlichen Erwägungen keine Feststellung eines Wohnsitzes des Beschwerdegegners in Italien ergibt und anderweitige Erwägungen dazu nicht vorhanden sind, fehlt eine Begründung für diese Annahme.

ddd) In diesem Zusammenhang scheint die Vorinstanz einem unzulässigen Kurz- oder Zirkelschluss verfallen zu sein. Sie erwog, mit Blick auf die ratio legis von § 76 ZPO seien die Voraussetzungen der Kautionspflicht erfüllt, weshalb auf die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin zum behaupteten Lebensmittel-

punkt des Beschwerdegegners in der Schweiz nicht eingegangen werden müsse (KG act. 2 S. 10). Eine Voraussetzung der Kautionspflicht ist der ausländische Wohnsitz des Beschwerdegegners. Diese Voraussetzung ist nur erfüllt, wenn der Beschwerdegegner seinen Lebensmittelpunkt im Ausland und nicht in der Schweiz hat. Ohne Auseinandersetzung mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin zum Lebensmittelpunkt des Beschwerdegegners in der Schweiz kann deshalb nicht festgestellt werden, dass die Voraussetzungen der Kautionspflicht erfüllt seien.

eee) Die Vorinstanz scheint deshalb angenommen zu haben, dass "mit Blick auf die ratio legis von § 76 ZPO" die Voraussetzungen der Kautionspflicht erfüllt seien, weil § 76 ZPO bezwecke, dass nicht der Staat das Risiko der Einbringlichkeit der Gerichtskosten zu tragen habe, und weil die Kautionspflicht bei Verfahren mit auslandansässigen Parteien einzig damit begründet werde, dass die Vollstreckung im Ausland schwieriger sei, dass aber aufgrund der Darlegungen der Beschwerdeführerin selber eine Vollstreckung gegen den Beschwerdegegner aufgrund seiner Schriftenverlegung nach Italien erschwert sei (KG act. 2 S. 9). Die Erfüllung der ratio legis ersetzt indes nicht die Voraussetzungen einer Gesetzesvorschrift. Auch wenn im vorliegenden Fall Sinn und Zweck der Kautionspflicht nach § 76 ZPO aufgrund einer erhöhten Schwierigkeit der Vollstreckung einer Geldforderung durch die Schriftenverlegung des Beschwerdegegners ins Ausland erfüllt sein mag, erübrigt dies nicht die Erfüllung der Voraussetzung des ausländischen Wohnsitzes. Diesen stellte die Vorinstanz nicht fest, zumindest nicht in begründeter, nachvollziehbarer Weise.

ee) Fehlt, wie vorstehend geprüft, eine genügende Feststellung zum Wohnsitz des Beschwerdegegners im Ausland, ist eine Voraussetzung von § 76 ZPO nicht erfüllt. Indem die Vorinstanz trotzdem die Beschwerdeführerin nach § 76 ZPO kautionierte, verletzte sie diese Vorschrift und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz. Diese Rüge ist begründet. Der darauf beruhende angefochtene Beschluss ist aufzuheben. Bei diesem Ausgang des Verfahrens brauchen die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin nicht mehr geprüft zu werden (vgl. auch nachfolgend Erw. 4).

4. Die Beschwerdeführerin beantragt die Gutheissung ihres Rekurses und damit einen Entscheid des Kassationsgerichts in der Sache (Rekursverfahren) selber. Dies wäre indes nur möglich, wenn die Sache spruchreif wäre (§ 291 ZPO). Das ist sie nicht. Der Wohnsitz des Beschwerdegegners ist nicht abgeklärt. Immerhin besteht durch die Schriftenverlegung des Beschwerdegegners nach Italien ein gewichtiges Indiz dafür, dass sich dieser Wohnsitz seither in Italien befindet. Andererseits sind vorab die Behauptungen der Beschwerdeführerin zu prüfen, dass sich der Lebensmittelpunkt des Beschwerdegegners nach wie vor in der Schweiz befinde. Die Sache ist dazu an die Vorinstanz zurückzuweisen.

III.

Der angefochtene Beschluss ist antragsgemäss aufzuheben. Die Beschwerdeführerin obsiegt mit ihrer Beschwerde. Die Kosten dieses Verfahrens sind deshalb nicht ihr aufzuerlegen. Der Beschwerdegegner verzichtete auf eine Beschwerdeantwort, stellte keine Anträge und identifizierte sich nicht ersichtlich mit dem fehlerbehafteten angefochtenen Beschluss (vgl. KG act. 8). Auch er ist deshalb nicht unterliegende Partei, und auch ihm sind deshalb die Kosten dieses Verfahrens nicht aufzuerlegen. Diese sind vielmehr auf die Gerichtskasse zu nehmen. Unter diesen Umständen sind keine Prozessentschädigungen zuzusprechen (§ 68 Abs. 1 ZPO).

IV.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Juni 2009 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
 2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
 3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
 4. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 175'430.--.
- Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Obergericht des Kantons Zürich (I. Zivilkammer) und an das Bezirksgericht Horgen (III. Abteilung, ad CG080005), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: