

# **BGer 4A\_437/2013 vom 17. März 2014**

Bundesgericht, 2014-03-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_437\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_437_2013)

FR: TF 4A\_437/2013 du 17 mars 2014

IT: TF 4A\_437/2013 del 17 marzo 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist ( BGE 139 III 133 E. 1; 137 III 417 E. 1; 135 III 212 E. 1).

#### **E. 1.1**

Mit dem angefochtenen Urteil des Obergerichts wurde die Verpflichtung zur Leistung einer Prozesskaution für die Gerichtskosten und die Prozessentschädigung im erstinstanzlichen Verfahren bestätigt. Dabei handelt es sich um einen Zwischenentscheid, da das Verfahren damit nicht abgeschlossen wurde.

#### **E. 1.2**

Bei Zwischenentscheiden folgt der Rechtsweg jenem der Hauptsache ( BGE 137 III 380 E. 1.1 S. 382; 133 III 645 E. 2.2). Diese betrifft eine vermögensrechtliche Zivilrechtsstreitigkeit mit einem Fr. 30'000.-- übersteigenden Streitwert (vgl. Art. 72 Abs. 1 und Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ). Damit ist grundsätzlich die Beschwerde in Zivilsachen gegeben, weshalb auf die ebenfalls erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht einzutreten ist ( Art. 113 BGG ).

#### **E. 1.3**

Gegen selbstständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide, die weder die Zuständigkeit noch den Ausstand betreffen, ist die Beschwerde zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können ( Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde ( Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG ). Die zweite Variante fällt hier ausser Betracht.

Gemäss der Rechtsprechung zu Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG kann die Aufforderung zur Leistung eines Kostenvorschusses oder einer Sicherheitsleistung verbunden mit der Androhung, dass im Säumnisfall auf die Klage bzw. das Rechtsmittel nicht eingetreten wird, einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken (Urteil 4A\_26/2013 vom 5. September 2013 E. 1.1 mit Hinweisen).

Vorliegend wurde - gestützt auf das noch anwendbare kantonale Recht (vgl. Erwägung 3.1) - der

beklagten Partei eine Prozesskaution auferlegt. Als Säumnisfolgen wurde demnach nicht das Nichteintreten auf die Klage angedroht, sondern, dass bei Säumnis das Vorbringen nur insoweit berücksichtigt werden könnte, als es unbestritten geblieben oder durch die Akten bewiesen ist (vgl. § 80 Abs. 2 aZPO/ZH). Ob auch in diesen Säumnisfolgen ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG zu erblicken ist,

kann offen bleiben, weil, wie nachfolgend aufzuzeigen ist, ohnehin nicht auf die Beschwerde eingetreten werden kann.

### **E. 2.1**

Soweit sich der vorinstanzliche Entscheid auf kantonales Recht stützt, kommt als Beschwerdegrund die Verletzung von Bundesrecht, insbesondere von verfassungsmässigen Rechten, in Frage (vgl. Art. 95 lit. a BGG). Das Bundesgericht prüft eine Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 136 I 49 E. 1.4.1; 134 III 379 E. 1.2). Wird eine Verletzung des Willkürverbots geltend gemacht, muss im Einzelnen dargelegt werden, inwiefern der angefochtene Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet ( BGE 137 V 57 E. 1.3).

### **E. 2.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" ( BGE 135 III 397 E. 1.5). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein ( Art. 97 Abs. 1 BGG ).

Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (vgl. BGE 136 II 508 E. 1.2 ; 135 I 19 E. 2.2.2; 133 II 249 E. 1.4.3; 133 III 393 E. 3 und 7.1, 462 E. 2.4). Auf eine Kritik an den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die diesen Anforderungen nicht genügt, ist nicht einzutreten ( BGE 133 II 249 E. 1.4.3).

### **E. 3.1**

Da das Verfahren bereits vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung beim Bezirksgericht Zürich rechtshängig war, gilt das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor dieser Instanz ( Art. 404 Abs. 1 ZPO ). Die Kautionspflicht war demnach durch das kantonale Prozessrecht geregelt. Entsprechend stützt sich die angefochtene Kautionspflicht auf § 74 aZPO/ZH. Dieser bestimmt unter dem Titel "bei verheimlichtem Wohnsitz": "Weigert sich eine Partei, ihren Wohnsitz oder ihren Aufenthaltsort dem Gericht bekannt zu geben, hat sie Kautionspflicht zu leisten."

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer erhebt zwei Rügen: Einerseits macht er eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung geltend, andererseits moniert er die willkürlich falsche Anwendung von § 74 aZPO/ZH. Bezüglich beider - an sich zulässiger - Rügen verfehlt er indessen die Begründungsanforderungen. Dabei ist vorab klarzustellen, dass die Ausführungen des Beschwerdeführers in der Replik keine Beachtung finden können, soweit diese verwendet werden, um die Beschwerde zu ergänzen oder zu verbessern (vgl. BGE 135 I 19 E. 2.2 ; 132 I 42 E. 3.3.4).

### **E. 3.3**

Die Sachverhaltsrüge begründet der Beschwerdeführer damit, dass es mit Blick auf die bei den Akten liegende Wohnsitzbestätigung aktenwidrig sei, wenn die Vorinstanz davon ausgehe, er habe seinen Wohnsitz in P.\_\_\_\_\_ aufgegeben bzw. verschleiert.

Eine aktenwidrige Sachverhaltsfeststellung wird damit nicht hinreichend begründet. Die Vorinstanz hat die Wohnsitzbestätigung vom 23. Mai 2012 durchaus gesehen und berücksichtigt. Doch hat sie in nachvollziehbarer Weise festgehalten, dass es nach dem kantonalen Recht auf den tatsächlichen und nicht einen fiktiven Wohnsitz im Sinne von Art. 24 Abs. 1 ZGB ankomme (siehe Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, N. 9 zu § 73 ZPO /ZH; vgl. ferner zu Art. 99 ZPO Urteil 5A\_733/2012 vom 16. November 2012 E. 2.1). Dazu genügt die Anmeldung bei einer Gemeinde nicht; sie ist bloss ein Indiz für das Vorliegen eines Lebensmittelpunktes (Urteil 5A\_733/2012 vom 16. November 2012 E. 2.2.2). Dementsprechend würdigte die Vorinstanz weitere Umstände und Angaben betreffend den Wohnsitz bzw. tatsächlichen Aufenthalt des Beschwerdeführers, namentlich die Akten der Polizei und der Staatsanwaltschaft. Sie schloss, es könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer an der Strasse S.\_\_\_\_\_ in P.\_\_\_\_\_ seinen faktischen Wohnsitz habe. Vielmehr habe er letzteren verheimlicht. Zu diesem Ergebnis gelangte sie demnach in Würdigung der aktenkundigen Indizien und Beweise und nicht etwa, weil sie die Wohnsitzbestätigung vom 23. Mai 2012 übersehen hätte. Der Beschwerdeführer setzt sich mit den eingehenden Erwägungen der Vorinstanz, wonach nicht vom tatsächlichen Wohnsitz in P.\_\_\_\_\_ auszugehen sei, nicht auseinander und zeigt in keiner Weise auf, inwiefern diese unhaltbar sein sollen. Seine Rüge geht somit an der Sache vorbei und erweist sich als unzulässig (vgl. Erwägung 2.2).

#### **E. 3.4**

Ebenso wenig wird die angeblich "willkürlich falsche" Anwendung von § 74 aZPO/ZH mit einer hinlänglich begründeten Willkürüge geltend gemacht: Der Beschwerdeführer beharrt lediglich darauf, er habe seinen Wohnsitz immer noch in P.\_\_\_\_\_, was er gegenüber dem Gericht weiterhin habe bestätigen können bzw. müssen. Er habe eine Wohnsitzmeldung nicht verweigert. Die Vorinstanz ging demgegenüber gestützt auf ihre tatsächlichen Feststellungen davon aus, der Beschwerdeführer habe seinen Wohnsitz verheimlicht und damit einen Kautionsgrund im Sinne von § 74 aZPO/ZH geschaffen. Inwiefern sie bei dieser Sachlage das kantonale Verfahrensrecht willkürlich angewendet hat, wenn sie dem Beschwerdeführer einen Prozesskostenvorschuss auferlegte, wird in der Beschwerde nicht dargetan (vgl. Erwägung 2.1).

#### **E. 3.5**

Auf die Beschwerde kann daher mangels rechtsgenügender Begründung nicht eingetreten werden.

#### **E. 4**

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und 68 Abs. 2 BGG). Dem geringen Aufwand für den Nichteintretensentscheid wird durch eine reduzierte Gerichtsgebühr Rechnung getragen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.