

# Voraussetzungen und Höhe von Kautionen

Von Prof. Dr. KARL SPÜHLER und Dr. PETER REETZ

## Inhalt

Einleitung .....	92
1. Rechtsnatur der Kaution und verfassungsrechtliche Anforderungen .....	92
a) Rechtsnatur .....	92
b) Verfassungsrechtliche Anforderungen .....	94
aa) Gesetzliche Grundlage .....	94
bb) Kostendeckungsprinzip .....	95
cc) Äquivalenzprinzip .....	96
2. Überblick über die unterschiedlichen Kautionssysteme .....	96
a) Kautionspflichtige Parteien .....	96
b) Zu sichernde Forderungen .....	98
c) Kautionsgründe .....	98
d) Verfahren ohne Kautionspflicht .....	99
3. Höhe von Kautionen .....	100
a) Streitwert .....	100
b) Umfang des Prozesses für die angerufene Instanz .....	101
aa) Rechtsbegehren bzw. Rechtsmittelantrag .....	101
bb) Zeitaufwand des Gerichts .....	102
cc) Schwierigkeit des Falles .....	103
dd) Begrenzung durch den Zweck der Kaution .....	103
c) Weitere Kriterien .....	103
d) Beispiele .....	104
Schluss .....	106

## Table des matières

Introduction .....	92
1. Nature juridique des sûretés (de la caution) et exigences constitutionnelles .....	92
a) Nature juridique .....	92
b) Exigences constitutionnelles .....	94
aa) Base légale .....	94
bb) Principe de la couverture des frais .....	95
cc) Principe de l'équivalence .....	96
2. Aperçu des différents systèmes de sûretés .....	96
a) Parties tenues de fournir des sûretés .....	96
b) Prétentions à garantir .....	98
c) Causes pouvant justifier la constitution de sûretés .....	98
d) Procédure sans obligation de fournir des sûretés .....	99

3.	Quotité des sûretés (de la caution).....	100
a)	Valeur litigieuse .....	100
b)	Importance du procès pour l'instance saisie.....	101
aa)	Griefs invoqués, respectivement nature des conclusions.....	101
bb)	Temps consacré à la cause par l'instance saisie .....	102
cc)	Difficulté de la cause.....	103
dd)	Limites à respecter .....	103
c)	Autres critères.....	103
d)	Exemples.....	104
	Conclusion.....	106

## Einleitung

Im Folgenden geht es darum, die Voraussetzungen und Höhe von Kautionen aufzuzeigen. In einem ersten Teil werden die Rechtsnatur der Kaution sowie die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Kautionsauflage erörtert. Im zweiten Teil wird ein Überblick über die in der Schweiz geltenden unterschiedlichen Kautionsysteme gegeben. Der dritte Teil befasst sich speziell mit der Höhe von Kautionen, wobei dort wieder auf das Beispiel zurückzukommen ist, das diesem Aufsatz einleitend vorangestellt wird und das sich tatsächlich zugetragen hat:

In einem Prozess vor dem Zürcher Handelsgericht, in dem der Streitwert CHF 143 Mio. betrug, stellte die Beklagte den prozessualen Antrag, das Verfahren sei vorerst auf das Vorliegen eines Schadens zu beschränken. Das Handelsgericht gab diesem Antrag nicht statt, worauf die Beklagte Nichtigkeitsbeschwerde an das Zürcher Kassationsgericht erhob. Daraufhin auferlegte der prozessleitende Kassationsrichter der Beklagten eine Kaution von CHF 300 000.–, *obwohl* das Kassationsgericht nur gerade über die Frage eines Nichtigkeitsgrundes bei der Beschränkung des Prozesses auf den Nachweis eines Schadens zu befinden hatte. Vorerst ist jedoch auf die Rechtsnatur und die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Kaution einzutreten.

## 1. Rechtsnatur der Kaution und verfassungsrechtliche Anforderungen

### a) Rechtsnatur

Durch die Leistung einer Kaution wird für allfällig *zukünftig*<sup>1</sup> entstehende Kosten Sicherheit geleistet. Diese Sicherheit dient dazu, eine *öffentlichrechtli-*

<sup>1</sup> Ob auch für in der Vergangenheit entstandene Kosten Kaution verlangt werden kann, hängt vom kantonalen Recht ab. Nach der Praxis des Kassationsgerichts Zürich kann nur für *zukünftig* entstehende Kosten Kaution verlangt werden.

*che*<sup>2</sup> oder eine *privatrechtliche*<sup>3</sup> Pflicht – in der Regel eine Geldleistungspflicht – zu erfüllen und *schützt* den potenziellen Gläubiger der Leistung *vor der Zahlungsunfähigkeit* der kautionspflichtigen Partei. Da die Kautionspflicht nur der *Sicherstellung* von Kosten dient und dem Staat damit durch die blosser Leistung einer Kautionspflicht keine Finanzmittel zufließen, handelt es sich bei der Kautionspflicht *nicht um eine öffentliche Abgabe*<sup>4</sup>. Aus dem reinen Sicherungszweck der Kautionspflicht ergibt sich, dass sie – im Gegensatz zu den Gerichtsgebühren – nicht zwingend in bar geleistet werden muss<sup>5</sup>. Die Kautionspflicht ist zu unterscheiden vom *Vorschuss für Barauslagen*, die durch Beweismassnahmen etc. veranlasst werden<sup>6</sup>. Zum Vornherein keine Kautionspflicht besteht dann, wenn ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung begründet ist<sup>7</sup>. – Von den Kautionspflichten zu unterscheiden sind auch die sog. *Einschreibengebühren* und dergleichen, die von Klägern, Widerklägern und Rechtsmittelklägern zu leisten sind. Sie sind in einigen Kantonen vorgesehen und sind auch Gegenstand der Beratungen für die eidgenössische Zivilprozessordnung.

Die Leistung der (vom Gericht angeordneten) Kautionspflicht stellt eine Prozessvoraussetzung dar und ist daher vom Gericht von Amtes wegen zu prü-

<sup>2</sup> So bei der Pflicht zur Zahlung von *Gerichtskosten*.

<sup>3</sup> So bei der Pflicht zum Ersatz der *Parteikosten* des Prozessgegners. Diese wird zwar vom Richter und damit von einer staatlichen Stelle angeordnet. Da sie aber nicht gegenüber dem Staat besteht und dieser auch nicht für deren Durchsetzung sorgt, handelt es sich um eine *privatrechtliche* Pflicht.

<sup>4</sup> Eine öffentliche Abgabe stellt dagegen die Gerichtsgebühr dar. Bei der Gerichtsgebühr – einer Verwaltungsgebühr – handelt es sich um eine Kausalabgabe, da diese als Entgelt für eine bestimmte staatliche Leistung – nämlich die Tätigkeit des Gerichts im konkreten Fall – geschuldet wird.

<sup>5</sup> Die Prozessgesetze sehen nebst Barzahlung verschiedene Möglichkeiten vor, wie eine Kautionspflicht geleistet werden kann. Zulässig sind etwa: Leistung (solider) Wertschriften (z.B. § 79 Abs. 2 ZPO ZH, § 106 Abs. 2 ZPO AG, § 127 Abs. 1 ZPO LU, § 99 Abs. 1 ZPO SH, § 71 ZPO SZ), Bankgarantie einer (evtl. ortsansässigen) Bank (z.B. § 79 Abs. 2 ZPO ZH, § 106 Abs. 2 ZPO AG, § 127 Abs. 1 ZPO LU, § 99 Abs. 1 ZPO SH, § 71 ZPO SZ), Bürgschaft (Art. 96 Abs. 2 ZPO AI), Solidarbürgschaft einer oder mehrerer zahlungsfähiger Personen mit Wohnsitz in der Schweiz (§ 78 Abs. 2 ZPO TG), gewöhnliche Garantie («Selbstzahlerschaft») (Art. 96 Abs. 2 ZPO AI). «In der Regel» Barzahlung sieht Art. 96 Abs. 2 ZPO AR vor; zwingende Barzahlung gilt nach Art. 75 ZPO BE. Nach § 70 Abs. 2 ZPO BL entscheidet der Gerichtspräsident über die (Art und) Annehmbarkeit der Sicherheit (sinngemäss gleich: § 44 Abs. 2 ZPO BS, Art. 41 ZPO GR, Art. 91 Abs. 1 ZPO OW, Art. 278 f. ZPO SG).

<sup>6</sup> Nach der zutreffenden Auffassung von VOGEL, Grundriss des Zivilprozessrechts, 6. Aufl., Bern 1999, Kap. 11 N 32, dürfen die Kantone die Beweisabnahme dann nicht von der Leistung von Kostenvorschüssen abhängig machen, wenn das Bundesrecht im konkreten Fall die Untersuchungsmaxime aufstellt (unrichtig daher BGE 109 II 195 ff.). Die Untersuchungsmaxime gilt z.B. im Scheidungsrecht, Art. 139 Abs. 2 ZGB und Art. 145 Abs. 1 ZGB, im Kindesrecht, Art. 254 Ziff. 1 ZGB und Art. 280 Abs. 2 ZGB, im Mietrecht, Art. 274d Abs. 3 OR, und im Arbeitsrecht bis zu einem Streitwert von CHF 20 000, Art. 343 Abs. 4 OR.

<sup>7</sup> Dies ergibt sich unmittelbar aus Art. 29 Abs. 3 BV.

fen<sup>8</sup>. Wird die Kautionsleistung nicht geleistet, darf sich das Gericht nicht materiell mit der Sache befassen und hat einen Nichteintretensentscheid (mit entsprechenden Gerichtskosten) zu fällen. In der Folge steht es der kautionspflichtigen Partei mangels materieller Rechtskraft des Nichteintretensentscheides allerdings offen, die Kautionsleistung zu leisten und die Sache dennoch zum gerichtlichen Austrag zu bringen.

## b) Verfassungsrechtliche Anforderungen

Bei der Kautionsleistung handelt es sich also – wie gesagt – nicht um eine öffentliche Abgabe. Erst die am Ende des Verfahrens auferlegte Gerichtsgebühr stellt eine öffentliche Abgabe (genauer: eine Verwaltungsgebühr) dar, auf welche demzufolge die für Kausalabgaben geltenden Grundsätze Anwendung finden. Zu beachten ist nun allerdings, dass die Kautionsleistung eng mit der Gerichtsgebühr zusammenhängt: So hat sich die Kautionsleistung nach zahlreichen kantonalen Gesetzen<sup>9</sup> an den mutmasslich anfallenden Kosten zu orientieren und darf deren (zu schätzende) Höhe nicht übersteigen. Solches würde sich auch vom Zweck der Kautionsleistung her betrachtet nicht rechtfertigen, will man doch mit einer Kautionsleistung nur – aber immerhin – die künftig zu erhebenden Kosten sicherstellen, darüber hinaus jedoch nichts mehr.

Aufgrund des geschilderten engen Zusammenhangs der Kautionsleistung mit der Kausalabgabe «Gerichtsgebühr» finden nach der hier vertretenen Auffassung auch auf Kautionsleistungen die für Kausalabgaben geltenden Grundsätze verfassungsrechtlicher Natur Anwendung. Es sind dies die Folgenden:

### aa) Gesetzliche Grundlage

Das Bundesgericht hat es bisher offen gelassen, ob die Pflicht zur Leistung einer Kautionsleistung eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage voraussetzt oder ob sich das richterliche Recht zur Kautionsleistung bereits aus der gesetzlich vorgesehenen Pflicht zur Erbringung der Gerichtsgebühren ableiten lässt (BGE 121 II 88 f.). Die Frage hat insofern keine praktische Relevanz, als praktisch alle kantonalen Zivilprozessordnungen eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die Kautionsleistung kennen<sup>10</sup>.

Geht man davon aus, dass eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage Voraussetzung für eine Kautionsleistung ist, so hat diese *formell-gesetzliche*

<sup>8</sup> Dennoch dürfen die Kantone die gerichtliche *Anordnung* einer Kautionsleistung von einem Begehren der Gegenpartei abhängig machen, was zahlreiche Kantone getan haben (z.B. § 105 ZPO AG, Art. 94 ZPO AI, Art. 93 ZPO AR, Art. 70 ZPO BE, Art. 262 Abs. 1 ZPO VS). Ob dann aber die – wenn auch erst auf Begehren der Gegenpartei – (gerichtlich) angeordnete Kautionsleistung tatsächlich geleistet wurde, unterliegt der amtswegigen Prüfung durch das erkennende Gericht.

<sup>9</sup> Vgl. z.B. § 73 ZPO ZH, § 123 Abs. 1 ZPO GR oder § 90 ZPO NW.

<sup>10</sup> Einzig in der ZPO Glarus sucht man vergeblich eine solche Bestimmung.

Grundlage lediglich die *kautionspflichtigen Personen* (d.h. in der Regel den Kläger, Widerkläger oder Rechtsmittelkläger) sowie den *kautionsbegründenden Tatbestand* (d.h. die Voraussetzungen, unter denen eine Kautionsleistung zu leisten ist) zu umschreiben. Die *Höhe der Kautionsleistung* kann dagegen ohne weiteres in einer Verordnung geregelt werden, da es dem Bürger möglich ist, die Kautionshöhe bereits aufgrund des *Kostendeckungs-* (vgl. sogleich bb) und des *Äquivalenzprinzips* (vgl. sogleich cc) auf ihre Rechtmässigkeit zu überprüfen (vgl. zum Ganzen: BGE 124 I 244; 123 I 248; 120 Ia 171; 114 Ia 8 sowie 106 Ia 250).

Das Legalitätsprinzip hat im Bereich des Abgaberechts<sup>11</sup> die Bedeutung eines verfassungsmässigen Rechts<sup>12</sup>. Die Frage, ob eine genügende gesetzliche Grundlage vorliegt, kann daher gestützt auf Art. 5 Abs. 1 BV, Art. 9 BV und das Gewaltentrennungsprinzip letztinstanzlich mit staatsrechtlicher Beschwerde dem Bundesgericht unterbreitet werden.

#### bb) *Kostendeckungsprinzip*

Zu unterscheiden sind das *Gesamtkostendeckungsprinzip* und das *Einzelkostendeckungsprinzip*.

Das *Gesamtkostendeckungsprinzip* besagt, dass die Einnahmen aus der gesamten gerichtlichen Gebührenerhebung die tatsächlich angefallenen Gerichtskosten nicht übersteigen dürfen. Dies bedeutet im Ergebnis, dass Gerichte keinen «Gewinn» erwirtschaften können – ja nicht einmal dürfen. Würden nämlich die tatsächlichen eingegangenen Gerichtsgebühren die angefallenen Gerichtskosten übersteigen, so hätte der Gesetz- bzw. Ordnungsgeber die Gebühren entsprechend zu senken.

Das *Einzelkostendeckungsprinzip* besagt demgegenüber, dass die im konkreten Einzelfall erhobenen Gebühren nicht höher sein dürfen als die in diesem Fall tatsächlich angefallenen Kosten.

Massgebend für die Rechtsprechung in Zivilsachen ist das *Gesamtkostendeckungsprinzip*, nicht das Einzelkostendeckungsprinzip. So ist es z.B. grundsätzlich – jedoch unter Vorbehalt von sich aus anderen Bemessungsgrundsätzen ergebenden Schranken – zulässig, in einem Prozess, in dem der Streitwert CHF 500 Mio. beträgt, eine Gebühr von 1 Promille (d.h. von CHF 500 000.–) zu erheben, auch wenn im konkreten Fall nach zehnminütigem Aktenstudium klar wird, dass die Klage infolge Verjährung abzuweisen ist<sup>13</sup>. Eine gewisse Schematisierung ist demnach erlaubt und auch sachlich gerechtfertigt, da die Justiz nirgends kostentragend ist und Parteien, die über grosse Beträge prozessieren, im Allgemeinen auch zahlungskräftiger sind als die übrigen Rechtsgenossen. – Schranke bzw. obere Grenze des Gesamtkostendeckungsprinzips ist

<sup>11</sup> Nicht jedoch in anderen Bereichen.

<sup>12</sup> SPÜHLER/REETZ/VOCK/GRAHAM, Neuerungen im Zivilprozessrecht, Zürich 2000, 5.

<sup>13</sup> Der Betrag von CHF 500 000.– wäre dann allerdings aufgrund des geringen Zeitaufwandes des Gerichtes weiter zu ermässigen (vgl. unten 3b bb).

jedoch das Äquivalenzprinzip, das sich einerseits aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV), andererseits aus dem Willkürverbot (Art. 9 BV) ergibt (vgl. sogleich cc).

### cc) Äquivalenzprinzip

Das Äquivalenzprinzip besagt, dass die Höhe der Gebühr im konkreten Einzelfall in einem vernünftigen Verhältnis zum Wert stehen muss, den die staatliche Tätigkeit (in diesem konkreten Einzelfall) für den rechtsuchenden Bürger hat. Bereits aus dem Begriff «Einzelfall» ergibt sich, dass keiner wie der andere ist. Deshalb ist es nach der hier vertretenen Auffassung unzulässig, wenn sich die Höhe der Gebühr *lediglich* nach einem Prozent- oder Promilletarif ergibt (vgl. BGE 120 Ia 177 ff.): Insbesondere bei hohen Streitwerten könnte es diesfalls nämlich leicht der Fall sein, dass die vom Gericht im konkreten Fall erbrachte Leistung in keinem vernünftigen Verhältnis mehr steht zum Nutzen<sup>14</sup>, den der Gebührenpflichtige aus der staatlichen Tätigkeit zieht.

Es folgt daher unmittelbar aus dem Äquivalenzprinzip selbst, dass sich die Höhe von Gebühren – und damit auch die Höhe einer Kaution<sup>15</sup> – einerseits zwar grundsätzlich am Streitwert orientieren darf, dass aber andererseits *zwingend* auch noch weitere Kriterien beachtet werden müssen. Von diesen weiteren Kriterien handelt der dritte Teil («Höhe der Kaution»).

## 2. Überblick über die unterschiedlichen Kautionssysteme

### a) Kautionspflichtige Parteien

Kautionspflichtig sind in der Regel der Kläger, der Widerkläger und der Rechtsmittelkläger<sup>16</sup>, teilweise auch der Intervenient<sup>17</sup>. Der Beklagte ist kautionspflichtig, wenn er während der Dauer des Prozesses aus der Schweiz wegzieht<sup>18</sup>, wenn er umfangreiche eigene Beweismittel beantragt oder den Kläger offensichtlich zur Anhebung der Klage genötigt hat<sup>19</sup> oder auch voraussetzungslos in jedem Fall<sup>20</sup>. In BGE 124 I 241 hat das Bundesgericht entschieden, dass die in Art. 57 Abs. 1 und 2 ZPO BE normierte Regelung, auch von der be-

<sup>14</sup> Dieser Nutzen muss nicht zwingend ein wirtschaftlicher sein. So erwächst z.B. in nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten der obsiegenden Partei oft «nur» ein immaterieller Vorteil. Reflexweise zeitigt dieser dann jedoch häufig auch materielle Vorteile.

<sup>15</sup> Vgl. oben b 2. Absatz.

<sup>16</sup> Z.B. § 73 ZPO ZH, § 101 Abs. 1 und 2 und § 105 ZPO AG, Art. 94 Abs. 1 ZPO AI, § 36 Abs. 1 und 2 ZPO ZG, § 76 Abs. 1 ZPO TG und die überwiegende Mehrzahl der Kantone.

<sup>17</sup> Vgl. z.B. § 43 ZPO ZG.

<sup>18</sup> Art. 95 ZPO AI, Art. 120 Ziff. 1 ZPO SH.

<sup>19</sup> Art. 84 ZPO OW, Art. 120 Ziff. 2 ZPO OW, § 77 Abs. 2 ZPO TG, § 43 Abs. 2 ZPO ZG.

<sup>20</sup> Art. 56 ZPO JU, Art. 109 ZPO FR, Art. 57 ZPO BE.

klagten Partei generell und unter Androhung der Säumnisfolgen einen Vorschuss für die mutmasslichen Gerichtskosten zu verlangen, mit Art. 4 aBV vereinbar sei. Als Begründung führte das Bundesgericht (vgl. BGE 124 I 245 f.) an, dass (1) auch die beklagte Partei staatlichen Rechtsschutz beanspruche und dass (2) erst der Endentscheid zeige, ob der Kläger mit materiell unbegründeten<sup>21</sup> Ansprüchen oder der Beklagte mit materiell unbegründeter Abwehr den Prozess verursache. Und schliesslich (3) vergleicht unser höchstes Gericht die Stellung der beklagten Partei mit derjenigen eines Rechtsmittelklägers, der sich gegen ein Urteil zu seinen Lasten wehrt.

Vorweg: Die Begründung des Bundesgerichts vermag nicht zu überzeugen. Es ist zwar (1) richtig, dass auch die beklagte Partei staatlichen Rechtsschutz beansprucht, wenn sie sich gegen materiell unbegründete Ansprüche des Klägers zur Wehr setzen muss. Sie tut dies aber nicht aus eigenem Antrieb, sondern bloss deshalb, weil sie aufgrund der Klageeinleitung durch den Kläger gar keine andere Wahl hat, als sich im Verfahren bestmöglich zu verteidigen<sup>22</sup>. Das Bundesgericht hat auch recht, wenn es (2) davon ausgeht, dass erst der Endentscheid zeige, ob der Anspruch des Klägers oder die Abwehr des Beklagten unbegründet war<sup>23</sup>. Zu Beginn des Prozesses aber – also im Moment, in dem über die Frage der Kautionspflicht zu entscheiden ist – verdient der Beklagte nach der hier vertretenen Auffassung *wertungsmässig* einen höheren Schutz als der Kläger, womit es nicht angeht, den Beklagten gleich wie den Kläger ohne besondere Voraussetzungen<sup>24</sup> ebenfalls als kautionspflichtig zu erklären. Diese Wertung hat z.B. auch der SchKG-Gesetzgeber vorgenommen. Dort ist lediglich der betreibende Gläubiger für den Zahlungsbefehl vorschuss- bzw. gebührenpflichtig, nicht aber der Schuldner für den Rechtsvorschlag. Dementsprechend sehen auch verschiedene kantonale Prozessordnungen zumindest für die *Parteikosten* – u.E. völlig zu Recht – nur eine Sicherstellungspflicht des Klägers, nicht aber des Beklagten vor<sup>25</sup>. Dieses Prinzip sollte auch für die *Gerichtskosten* gelten. Das Sicherstellungsbedürfnis des Staates kann durch die Kautionspflicht des Klägers allein absolut genügend abgedeckt werden. Schliesslich ist (3) darauf hinzuweisen, dass – entgegen der Ansicht des Bundesgerichts – die Stellung einer beklagten Partei

<sup>21</sup> Das Bundesgericht spricht von materiell *begründeten* Ansprüchen *oder* materiell *unbegründeter* Abwehr. Diese Formulierung ist offensichtlich falsch. Ist nämlich der Anspruch materiell *begründet*, ist die Abwehr (immer) materiell *unbegründet*. Die vom Bundesgericht gewählte Alternativität der Formulierung kann in Wirklichkeit nie zutreffen.

<sup>22</sup> Immerhin räumt auch das Bundesgericht weiter unten (BGE 124 I 245 f.) ein, dass der beklagten Partei die Herrschaft über die Einleitung des Verfahrens – und damit die Dispositionsbefugnis – abgehe.

<sup>23</sup> Diese Erkenntnis vermag allerdings zur Lösung der Frage der grundsätzlichen Kautionspflicht (auch) des Beklagten, über die zu Beginn des Prozesses und nicht erst am Ende desselben zu entscheiden ist, wenig beizutragen. Die Frage ist vielmehr *wertend* zu beantworten, s. sogleich im Text.

<sup>24</sup> Wie z.B. Wegzug aus der Schweiz während der Dauer des Prozesses.

<sup>25</sup> Vgl. statt vieler: § 105 ZPO AG.

durchaus *nicht* mit derjenigen eines Rechtsmittelklägers vergleichbar ist: Die Belastung eines Rechtsmittelklägers mit einer Kautionspflicht ist deshalb gerechtfertigt, da hier immerhin ein vom Volk bzw. vom Parlament gewähltes ordentliches Gericht nach Durchführung eines Verfahrens und nach Prüfung der Rechtslage zu seinen Ungunsten entschieden hat. Demgegenüber ist der «gewöhnliche» Beklagte ja nur gerade deshalb Beklagter, weil ihn irgendein Kläger – den er sich ja notabene nicht selbst aussuchen kann(!) – als Beklagten ins Recht fasst, ohne dass sich hier aber bereits eine staatliche Instanz zu seinen Ungunsten über die Streitsache geäußert hat. Der bundesgerichtliche Vergleich hinkt daher stark.

Im Ergebnis erscheint die voraussetzungslose Kautionspflichtigkeit des Beklagten als verfassungswidrig, da damit dessen rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) über Gebühr eingeschränkt wird. Die eidgenössische Zivilprozessordnung sollte von einer entsprechenden Regelung absehen.

Im Übrigen darf die Kautionspflicht nicht umgangen werden. Erfolgt eine Abtretung der Prozessführungsrechte im Bestreben, die Kautionspflicht zu umgehen, bleibt diese beim ursprünglich Pflichtigen bestehen (ZR 99 Nr. 109).

#### **b) Zu sichernde Forderungen**

Es sind dies die Gerichts- und die Parteikosten z.B. im Aargau<sup>26</sup>, in Appenzell I.Rh.<sup>27</sup>, in Zug<sup>28</sup> und in Zürich<sup>29</sup> oder nur die Parteikosten z.B. in Schwyz<sup>30</sup>. Je nach kantonaler Regelung ist ein entsprechendes Begehren der Gegenpartei erforderlich, oder die Kautionsauflage erfolgt von Amtes wegen.

#### **c) Kautionsgründe**

Es sind dies die Folgenden:

- ohne weitere Voraussetzungen und von Gesetzes wegen für Gerichtskosten z.B. im Aargau<sup>31</sup> oder vor Bundesgericht<sup>32</sup>;
- kein Wohnsitz in der Schweiz<sup>33</sup> (vorbehalten bleiben Staatsverträge wie die Haager Konventionen betreffend Zivilprozessrecht von 1905 und 1954,

<sup>26</sup> § 101 und § 105 ZPO AG.

<sup>27</sup> Art. 94 Abs. 1 ZPO AI.

<sup>28</sup> § 36 und § 43 ZPO ZG.

<sup>29</sup> § 73 ZPO ZH.

<sup>30</sup> § 68 ZPO SZ.

<sup>31</sup> § 101 Abs. 1 ZPO AG (allerdings nur für einen *angemessenen* Anteil der mutmasslichen Gerichtskosten).

<sup>32</sup> Art. 150 Abs. 1 OG.

<sup>33</sup> Z.B. § 105 lit. a ZPO AG und § 43 ZPO ZG für Parteikosten, wobei ein entsprechendes *Begehren* der Gegenpartei vorausgesetzt ist (in Zug evtl. auch von Amtes wegen), Art. 94 Abs. 1 ZPO AI, § 77 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO TG.

- Art. 17–19, und das Haager Übereinkommen über den internationalen Zugang zur Rechtspflege von 1980, Art. 14, wonach Gleichbehandlung mit Inländern, d.h. mit in der Schweiz wohnhaften Personen, verlangt wird);
- Zahlungsunfähigkeit (hängiges Konkursverfahren, Bestehen von Verlustscheinen oder anderweitige Zahlungsunfähigkeit)<sup>34</sup>;
  - Gerichtskostenschulden<sup>35</sup>;
  - juristische Person oder Handelsgesellschaft in Liquidation oder nach Bewilligung des Konkursaufschubes<sup>36</sup>;
  - Verein oder Stiftung, der/die nicht im Handelsregister eingetragen ist<sup>37</sup>;
  - klagende Konkurs- oder Nachlassmasse<sup>38</sup>;
  - Weigerung, dem Gericht den Wohnsitz oder den Aufenthaltsort bekannt zu geben<sup>39</sup>;
  - Einlegen einer Nichtigkeitsbeschwerde oder eines Revisionsgesuches<sup>40</sup>;
  - Wohnsitz des *Beklagten* im Ausland (hier besteht Kautionspflicht für den Kläger)<sup>41</sup>.

#### d) Verfahren ohne Kautionspflicht

Gewisse Verfahren bzw. Verfahrensarten sind von der Kautionspflicht ausgenommen. Es sind dies im Einzelnen:

- das summarische Verfahren<sup>42</sup>;
- das einfache und rasche Verfahren<sup>43</sup>;
- das Verfahren vor dem Friedensrichter<sup>44</sup>;
- arbeitsrechtliche Streitigkeiten<sup>45</sup>;
- eherechtliche Streitigkeiten<sup>46</sup>;
- Vaterschaftsstreitigkeiten<sup>47</sup>;
- vormundschaftsrechtliche Streitigkeiten<sup>48</sup>;

<sup>34</sup> § 105 lit. b ZPO AG und § 43 ZPO ZG für Parteikosten, wobei ebenfalls ein entsprechendes *Begehren* der Gegenpartei vorausgesetzt ist (in Zug evtl. auch von Amtes wegen), Art. 94 Abs. 1 ZPO AI, § 77 Abs. 1 Ziff. 2 und Ziff. 3 ZPO TG.

<sup>35</sup> § 43 ZPO ZG.

<sup>36</sup> § 73 Ziff. 5 ZPO ZH (§ 43 Abs. 3 ZPO ZG erfasst – ohne sachlichen Grund – lediglich Aktiengesellschaften und Genossenschaften), § 77 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO TG.

<sup>37</sup> § 77 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO TG, § 73 Ziff. 6 ZPO ZH. Dies aufgrund der Tatsache, dass durch den fehlenden Handelsregistereintrag die Konkursbetreibung (Art. 39 Abs. 1 Ziff. 11 und 12 SchKG) entfällt und damit die Vollstreckung erschwert wird.

<sup>38</sup> § 68 Ziff. 6 ZPO SZ, § 73 Ziff. 7 ZPO ZH.

<sup>39</sup> § 74 ZPO ZH.

<sup>40</sup> § 75 Abs. 1 ZPO ZH.

<sup>41</sup> § 76 ZPO ZH.

<sup>42</sup> Art. 94 Abs. 2 ZPO AI.

<sup>43</sup> § 78 Ziff. 2 ZPO ZH.

<sup>44</sup> § 78 Ziff. 3 ZPO ZH.

<sup>45</sup> Art. 94 Abs. 2 ZPO AI.

<sup>46</sup> Art. 94 Abs. 2 ZPO AI, § 77 ZPO TG.

<sup>47</sup> Art. 94 Abs. 2 ZPO AI, § 77 ZPO TG.

<sup>48</sup> Art. 94 Abs. 2 ZPO AI, § 77 ZPO TG.

- Prozesse über den Personenstand<sup>49</sup>;
- (generell) familienrechtliche Prozesse<sup>50</sup>;
- Gegendarstellungsprozesse<sup>51</sup>.

### 3. Höhe von Kautionen

Im Folgenden ist auf die einzelnen *Kriterien* einzugehen, nach denen sich die Höhe von Kautionen im Einzelfall zu richten hat:

Obere Grenze der Kautionshöhe bilden dabei von Verfassungs wegen – wie gesehen<sup>52</sup> – das (Gesamt-)Kostendeckungsprinzip und das Äquivalenzprinzip. Darüber hinaus ist jedoch selbstverständlich primär von der gesetzlichen Regelung des entsprechenden Kantons auszugehen. In den meisten Kantonen enthält das Gesetz<sup>53</sup> – auch wenn dies verfassungsrechtlich nicht zwingend erforderlich wäre<sup>54</sup> – denn auch verschiedene Kriterien, an denen sich der Richter bei der Bemessung der Kautionshöhe zu orientieren hat. Die Höhe der Kaution wird demzufolge in den *formell*-gesetzlichen Erlassen *nur in den Grundzügen* geregelt. In Erlassen auf *Verordnungsstufe* finden sich dagegen eigentliche Streitwerttarife<sup>55</sup>. Im Einzelnen sind folgende Kriterien von Bedeutung:

#### a) Streitwert

Massgebend ist zunächst der Streitwert<sup>56</sup>. Bei Leistungsklagen ist demzufolge auf den *objektiven* Wert der eingeklagten Leistung abzustellen (bei Realforderungen hat eine Umrechnung in Geld zu erfolgen). Bei Unterlassungsklagen bestimmt sich der Streitwert dagegen nicht nach dem objektiven Wert der Unterlassung (einen solchen gibt es in der Regel gar nicht), sondern nach dem Wert, der aus der Unterlassung für den Kläger resultiert. Bei einer Gestaltungsklage ist auf den Wert des Vermögensvorteils, welcher dem Kläger im Falle der Gutheissung der Klage zufällt, abzustellen. Bei einer Feststellungsklage ist der Wert des Rechtes oder Rechtsverhältnisses, dessen Bestand oder

<sup>49</sup> § 78 Ziff. 1 ZPO ZH.

<sup>50</sup> § 78 Ziff. 1 ZPO ZH.

<sup>51</sup> § 78 Ziff. 4 ZPO ZH.

<sup>52</sup> Vgl. oben 1b.

<sup>53</sup> D.h. die entsprechende Zivilprozessordnung.

<sup>54</sup> Vgl. oben 1b aa.

<sup>55</sup> Eine Ausnahme stellt dagegen z.B. Art. 153a OG dar. Nach dieser (Gesetzes-)Bestimmung dürfen die Gerichtsgebühren den Betrag von CHF 100 000 in keinem Fall übersteigen.

<sup>56</sup> Vgl. etwa § 79 Abs. 1 ZPO ZH oder Art. 153a Abs. 1 OG.

Nichtbestand durch das Urteil festgestellt werden soll, massgebend<sup>57</sup>. Die Gebühren – und damit auch die Kautions – betragen in der Folge (im Sinne eines Ausgangspunktes der Kautionsbemessung) ein paar Prozent oder Promille des Streitwertes.

In nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten gibt es per definitionem keinen Streitwert, da sie eben gerade nicht in Geld schätzbar sind. In diesen Fällen hat der Richter bei der Kautionsbemessung sein Ermessen pflichtgemäss auszuüben; er kann dabei von einem «*Interessenwert*»<sup>58</sup> ausgehen und die Kautionshöhe nach dem *objektivierten* Interesse, das der Kläger am Obsiegen im Prozess hat, festsetzen. Auch wenn einem solchen «*Interessenwert*» also kein Streitwert entspricht, ist es daher unter Umständen doch möglich, die Kautionshöhe einigermassen objektiviert festzusetzen<sup>59</sup>. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass es nach verschiedenen Gesetzen nicht nötig ist, in nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten einen «*Interessenwert*» festzulegen; dies nämlich dann, wenn die generell-abstrakten Erlasse auch für nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten explizite (in der Regel stark reduzierte) Tarife vorsehen (vgl. z.B. Art. 153a Abs. 2 lit. b OG in fine, wenn auch für Verwaltungsgerichtsbeschwerden, oder § 4 der Zürcher Verordnung über die Gerichtsgebühren, wonach die maximale Gerichtsgebühr in nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten CHF 9000.– beträgt).

## **b) Umfang des Prozesses für die angerufene Instanz<sup>60</sup>**

### *aa) Rechtsbegehren bzw. Rechtsmittelantrag*

Der den Umfang des Prozesses ausmachende Streitgegenstand wird (auch)<sup>61</sup> durch das Rechtsbegehren bestimmt, im Rechtsmittelverfahren durch den

<sup>57</sup> Vgl. zum Ganzen: VOGEL, Grundriss des Zivilprozessrechts, 6. Aufl., Bern 1999, Kap. 4 N 93 ff., mit weiterführenden Hinweisen zur Streitwertberechnung und Gesetzesbelegen. Zu beachten ist, dass in Kantonen, in denen der Streitwert der Hauptklage mit demjenigen der Widerklage zusammengezählt wird (z.B. § 19 Abs. 2 ZPO ZH), solches für die Kautionsierung *nicht zu gelten hat*, weil gegebenenfalls der Widerkläger nur für die Widerklage (und damit nur für den Widerklagestreitwert) kautionspflichtig ist (vgl. § 73 ZPO ZH und BGE 60 I 229 E. 6).

<sup>58</sup> Dieser Begriff ist in Lehre und Rechtsprechung, soweit ersichtlich, noch nicht gebraucht worden. Immerhin spricht der von den *Grundsätzen* der Gebührenfestlegung handelnde § 1 der Zürcher Verordnung über die Gerichtsgebühren ganz allgemein vom «*Streitinteresse*», das es bei der Festlegung von Gebühren zu berücksichtigen gilt. Was also liegt näher, als bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten von einem «*Streitwert*», bei nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten dagegen von einem «*Interessenwert*» auszugehen?

<sup>59</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung sind denn auch nicht alle nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten a priori gleich bedeutend bzw. gleich wichtig für die betroffenen Parteien; es gibt eben auch hier wichtigere und weniger wichtige Fälle. Bei den wichtigeren Fällen rechtfertigt es sich, höhere Kautionen aufzuerlegen.

<sup>60</sup> Vgl. § 79 Abs. 1 ZPO ZH sowie Art. 153a Abs. 1 OG.

<sup>61</sup> Nebst dem Rechtsbegehren ist bei der Bestimmung des Streitgegenstandes auch der Lebenssachverhalt von Bedeutung.

Rechtsmittelantrag (ein weiter gehendes Interesse ist irrelevant)<sup>62</sup>. Aufgrund der in Zivilprozessen geltenden Dispositionsmaxime hat das Gericht nur – aber immerhin – über das im Rechtsbegehren bzw. Rechtsmittelantrag Angebrachte zu entscheiden. Die Tätigkeit des Gerichtes hat sich also auf das zu beschränken, was zum Entscheid über das Rechtsbegehren bzw. den Rechtsmittelantrag unbedingt erforderlich ist und darf nicht darüber hinausgehen. Der Umfang des Prozesses ist dementsprechend regelmässig höher, wenn mit dem Rechtsbegehren bzw. dem Rechtsmittelantrag ein Urteil in der Sache verlangt wird, als wenn es bloss darum geht, einen prozessleitenden Entscheid zu überprüfen<sup>63</sup>. Bei der Überprüfung eines prozessleitenden Entscheides ist der *Hauptsachenstreitwert in der Regel kein massgebendes Kriterium*, da sich prozessuale Fragen in der Regel bei hohem Streitwert nicht anders als bei niedrigem Streitwert stellen.

Aus dem Gesagten (Massgeblichkeit des Rechtsbegehrens bzw. des Rechtsmittelantrages) ergibt sich auch, dass eine Kautions nur nach dem Umfang des Prozesses *für die angerufene Instanz*, nicht dagegen nach demjenigen allfälliger Vorinstanzen bemessen werden darf; denn nur die angerufene und mit der Sache befasste Instanz hat über das gestellte Rechtsbegehren bzw. den Rechtsmittelantrag zu entscheiden.

#### bb) Zeitaufwand des Gerichtes<sup>64</sup>

Der Umfang des Prozesses für die angerufene Instanz hängt sodann wesentlich vom Zeitaufwand des Gerichtes ab. Massgeblich ist dabei der effektive Zeitaufwand in Stunden bzw. Tagen, den die einzelnen Mitglieder des angerufenen Gerichtes für die Bearbeitung des Falles insgesamt aufwenden mussten<sup>65</sup>, wobei auch die Tätigkeit von juristischen Mitarbeitern wie Gerichtsschreibern, (juristischen) Sekretären oder Auditoren mit veranschlagt werden darf<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> Vgl. SCHNEIDER/HERGET, Streitwertkommentar für den Zivilprozess, 11. Aufl., Köln 1996, N 3701 f., N 3755.

<sup>63</sup> So auch § 6 Abs. 1 der Zürcher Verordnung über die Gerichtsgebühren. Auch wenn dort nur von prozessleitenden Entscheiden i.S.v. § 271 ZPO ZH die Rede ist, hat eine Ermässigung der Gebühren auch bei den dort nicht genannten übrigen prozessleitenden Entscheiden zu erfolgen, da auch bei diesen der Rechtsmittelantrag nicht auf ein – einen grösseren Prozessumfang bedingendes – Sachurteil geht, sondern lediglich auf die Überprüfung einer prozessualen Frage gerichtet ist.

<sup>64</sup> Vgl. § 1 der Zürcher Verordnung über die Gerichtsgebühren.

<sup>65</sup> Hier ist von einem objektiven Massstab auszugehen; Saumseligkeiten einzelner Mitglieder des Gerichtes oder unnötiger Aufwand rechtfertigen selbstverständlich keine höhere Kautions.

<sup>66</sup> Die Tätigkeit des Kanzleipersonals darf dagegen beim Zeitaufwand nicht berücksichtigt werden; diese Kosten werden (wie auch die übrigen Aufwendungen des Gerichtes, d.h. Ankauf von Büromaterialien, Miete von Räumlichkeiten etc.) – wenn auch nicht kostendeckend – bereits im Rahmen des streitwertabhängigen Grundtarifs (mit) berücksichtigt.

cc) *Schwierigkeit des Falles*<sup>67</sup>

Ein weiterer Indikator bei der Bemessung der Kautionshöhe ist die Schwierigkeit des Falles. Diese hängt meistens eng mit dem Zeitaufwand des Gerichtes zusammen: Ist der Fall schwierig, so wird der dafür erforderliche Zeitaufwand des Gerichtes automatisch grösser; ist er dagegen einfach, so wird er sich in kürzerer Zeit bewältigen lassen. Nach der hier vertretenen Auffassung sind denn auch Fälle, die zwar schwierig sind, sich aber ebenfalls in «kürzerer Zeit» erledigen lassen, nicht leicht vorstellbar. Der Zeitaufwand des Gerichts einerseits und die Schwierigkeit des Falles andererseits sind vielmehr als Einheit zu betrachten, welche *gemeinsam* (und nicht je separat) eine höhere Kautionspflicht rechtfertigen.

dd) *Begrenzung durch den Zweck der Kautionspflicht*

Die Kautionspflicht dient – wie gesehen<sup>68</sup> – zur *Sicherstellung* von Kosten. Aus diesem Zweck ergibt sich, dass die Kautionspflicht *nicht höher sein darf als die mutmasslichen Kosten* (der angerufenen Instanz), die durch die Kautionsaufgabe sichergestellt werden sollen<sup>69</sup>. Die mutmasslichen Kosten lassen sich in der Regel (zumindest in vermögensrechtlichen Streitigkeiten) bereits zu Beginn des Prozesses approximativ prognostizieren, da jedenfalls der Streitwert zu diesem Zeitpunkt bereits feststeht<sup>70</sup>.

c) **Weitere Kriterien**

Vor Bundesgericht (Art. 153a Abs. 1 OG) ist auch noch die *finanzielle Lage der Parteien* von Bedeutung. Diese kann es rechtfertigen, dass die nach den geschilderten Kriterien errechnete Kautionspflicht herabgesetzt oder erlassen wird<sup>71</sup>. Hiefür ist aber ein entsprechender Antrag der betroffenen Partei erforderlich, da es nicht Aufgabe des Bundesgerichtes sein kann, nach den Vermögensverhältnissen der Parteien zu forschen.

Demgegenüber spielt die in Art. 153a Abs. 1 OG ebenfalls erwähnte *Art der Prozessführung*<sup>72</sup> zwar für die Bemessung der Gerichtsgebühr eine (nicht

<sup>67</sup> Vgl. § 1 der Zürcher Verordnung über die Gerichtsgebühren.

<sup>68</sup> Vgl. oben 1a.

<sup>69</sup> Es kann sich hierbei nur um Gerichtskosten, nur um Parteikosten oder um Gerichts- und Parteikosten zusammen handeln (für Letzteres vgl. etwa § 73 ZPO ZH).

<sup>70</sup> Vorbehalten bleibt selbstverständlich eine Änderung des Streitwertes aus prozessualen Gründen, so z.B. eine Ermässigung durch teilweisen Klagerückzug oder teilweise Klageanerkennung oder eine Erhöhung durch (zugelassene) Klageänderung.

<sup>71</sup> Eine Erhöhung der Gebühr bzw. Kautionspflicht bei besonderem Reichtum einer Partei ist dagegen nach der hier vertretenen Auffassung unzulässig, da dies einer verdeckten Reichtumssteuer gleichkäme.

<sup>72</sup> So kann z.B. eine Partei, die 50 Zeugen anbietet, von denen aber nur 3 etwas Substantielles zu sagen haben, mit einer höheren Gerichtsgebühr als üblich belastet werden.

zu unterschätzende) Rolle, nicht dagegen für die Frage der Höhe der Kautions. Die Kautionsauflage wird eben zu Beginn des Prozesses verfügt, in einem Zeitpunkt also, in dem die *Art der Prozessführung* noch gar nicht feststeht.

#### d) Beispiele

Im Folgenden seien kurz einige Beispiele erwähnt, in denen zu hohe Gebühren veranschlagt wurden<sup>73</sup>:

- Eine Gebühr von CHF 91 000.– war zu hoch in einem Fall, in dem der Streitwert CHF 17 Mio. betrug, da nur drei kurze Sitzungen von je 5 Minuten abgehalten werden mussten und das Urteil nur gerade eine Seite lang war<sup>74</sup>.
- Übermässig war auch eine Gebühr von CHF 9000.– für einen Rekurs gegen einen prozessleitenden Entscheid, obwohl der (Hauptsachen-)Streitwert CHF 3 Mio. betrug. Hier fiel ins Gewicht, dass der rechtliche Teil des Urteils lediglich 15 Zeilen umfasste und sich mit der Wiedergabe der geltenden Rechtsprechung begnügte<sup>75</sup>.
- Unzulässig war auch eine Gebühr von CHF 120 000.– für einen Nichtigkeitsbeschwerdeentscheid gegen ein Schiedsgerichtsurteil, in dem der Streitwert CHF 40 Mio. betrug. Diese Gebühr wurde deshalb als zu hoch erachtet, da es im Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren nur einen Schriftenwechsel gab und der Nichtigkeitsbeschwerdeentscheid selbst nur sechzehn Seiten umfasste<sup>76</sup>.

In allen drei Beispielen war es der *Umfang des Prozesses für die angerufene Instanz* und dabei insbesondere der *niedrige Zeitaufwand des Gerichtes*, der die auferlegten Gebühren als zu hoch erscheinen liess. Hinzu kommt, dass in sämtlichen hier aufgeführten Beispielen auch eine offenkundige *Verletzung des Äquivalenzprinzips* vorlag. – Angemessen war dagegen eine Gerichtsgebühr von CHF 53 000.– sowie eine Parteientschädigung in derselben Höhe für einen Nichteintretensbeschluss wegen örtlicher Unzuständigkeit in einem Fall, in dem der Streitwert CHF 195 Mio. betrug<sup>77</sup>. Gerade dieses letzte Beispiel zeigt, dass die gesetzlichen bzw. ordnungsmässigen Gebühren – und damit auch

<sup>73</sup> Diese Beispiele entstammen einem Aufsatz von Bundesrichter Wurzbürger, der diese in verdankenswerter Weise gesammelt hat. Vgl. zum Ganzen: WURZBURGER, De la constitutionnalité des émoluments judiciaires en matière civile, in: Haldy/Rapp/Ferrari (Hrsg.), Études de procédures et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne 1999, 299 ff. (310 f.).

<sup>74</sup> Arrêt A. c/ Président du Tribunal de première instance de Genève du 6 juin 1996.

<sup>75</sup> Arrêt O. c/ F. du 21 décembre 1994.

<sup>76</sup> Arrêt C. c/ P. du 4 avril 1986.

<sup>77</sup> Diese Angaben stammen aus BGE 125 III 346 f. Das Bezirksgericht Meilen auferlegte dem «unterlegenen» Kläger sogar lediglich eine Gerichtsgebühr von CHF 15 000.– und eine Parteientschädigung an den Beklagten von CHF 27 000.–. Das Obergericht Zürich erhöhte dann jedoch die Gerichtsgebühr von Amtes wegen und die Parteientschädigung an den Beklagten auf Anschlussrekurs des Beklagten hin je auf den Betrag von CHF 53 000.–.

eine allfällige Kautio – erheblich *gesenkt werden müssen*, wenn der *Zeitaufwand des Gerichtes gering* und die sich stellenden *Rechtsfragen nicht schwierig* sind (in casu war lediglich über die richtige Auslegung von Art. 5 Nr. 3 LugÜ zu entscheiden).

Es gilt nun, wieder auf das an den Beginn dieses Aufsatzes gestellte Beispiel zurückzukommen. Es hat dort der prozessleitende Richter des Zürcher Kassationsgerichts in einem Fall, in dem der Streitwert CHF 143 Mio. betrug, eine Kautio von CHF 300 000.– verfügt, obwohl es nur um eine «einfache» prozessuale Frage ging.

Zunächst ist festzuhalten, dass eine gesetzliche Grundlage gegeben war<sup>78</sup>. Ein Verstoss gegen das (Gesamt-)Kostendeckungsprinzip lag ebenfalls nicht vor<sup>79</sup>. Anders verhielt es sich dagegen mit dem Äquivalenzprinzip: Da das Kassationsgericht nur gerade *über eine einfache prozessuale Frage* – nämlich die Beschränkung des Prozesses auf den Nachweis eines Schadens – zu entscheiden hatte, stand die Kautionsauflage in der Höhe von CHF 300 000.– in keinem vernünftigen Verhältnis mehr zum Wert, den der zu fällende Entscheid für die Beschwerdeführerin hatte. Die Kautionsauflage stellte daher eine Verletzung des Äquivalenzprinzips dar und war daher bereits von Verfassungs wegen unzulässig. Nicht berücksichtigt wurde bei der Kautionshöhe, dass

- der Rechtsmittelantrag lediglich darauf gerichtet war, eine Beschränkung des Prozessthemas herbeizuführen, nicht dagegen ein (unvergleichbar grösseren Aufwand erforderndes) Sachurteil bzw. die Kassation eines solchen anstrebte (vgl. oben 3b aa);
- der Zeitaufwand des (Gesamt-)Gerichtes sehr gering war (vgl. oben 3b bb). So benötigte der Referent zur Ausarbeitung seines Antrages an das Gesamtgericht etwa drei Tage. Rechnet man für die übrigen 4 Kassationsrichter je etwa  $\frac{1}{2}$  Tag dazu, so kommt man auf ein Gesamttotal von 5 Arbeitstagen. Die sich daraus ergebende Tagesentschädigung (CHF 300 000.– geteilt durch 5) von CHF 60 000.– erscheint als in ausserordentlich krassem Masse übersetzt, selbst wenn noch Gerichtsschreiberarbeiten von ca. CHF 2000.– berücksichtigt werden;
- der Fall nicht sonderlich schwierig war, galt es doch in rechtlicher Hinsicht lediglich über die richtige Anwendung von § 116 ZPO ZH zu befinden; eine Bestimmung, zu welcher weder ein ausgedehntes Schrifttum noch eine umfangreiche Rechtsprechung besteht (vgl. oben 3b cc);
- die nach Fällung des Nichtigkeitsbeschwerdeentscheides aufzuerlegenden Kosten viel geringer als CHF 300 000.– sein würden, womit die Kautionsauflage in der Höhe von CHF 300 000.– weit über ihren Zweck hinaus schoss (vgl. oben 3b dd). In der Tat waren in der Folge die auferlegten Kosten lediglich ca. CHF 50 000.–.

<sup>78</sup> So die Zürcher Verordnung über die Gerichtsgebühren einerseits und die Zürcher Verordnung über die Anwaltsgebühren andererseits.

<sup>79</sup> Weder das Zürcher Kassationsgericht noch die Zürcher Justiz insgesamt arbeiten kostendeckend.

## Schluss

Zum Schluss sei der Ausgang des geschilderten Falles nicht vorenthalten: Die Beschwerdeführerin hat gegen die Kautionsauflage des prozessleitenden Kassationsrichters Einsprache beim Gesamtgericht erhoben. Dieses hat in der Folge die prozessuale Frage der Beschränkung des Prozesses auf den Nachweis eines Schadens «materiell» entschieden und die (von der Beschwerdeführerin mit Einsprache angefochtene) Frage der Kautionsauflage als gegenstandslos erklärt; dies mit der Begründung, im vorliegenden Fall liege der rasche Fortgang des Verfahrens im Interesse der Beschwerdegegnerin, weshalb davon abgesehen werden könne, über die Frage der Kautionsauflage zu entscheiden!

Damit aber hat das Kassationsgericht einen weiteren Fehler begangen: Besteht – wie vorliegend – ein gesetzlicher Kautionsgrund<sup>80</sup>, so hat das mit der Sache befasste Gericht bzw. dessen Präsident immer auch die Leistung der entsprechenden Kaution zu verfügen, auf dem Eingang der Kaution zu beharren und bei Nichtleistung derselben Nichteintreten anzuordnen. Die Kautionierung dient nämlich dem Schutz beider Parteien:

- Der *Gegenpartei* der kautionspflichtigen Partei soll nicht zugemutet werden, ein Verfahren über sich ergehen zu lassen, obwohl die kautionspflichtige Partei die gesetzlich vorgesehene Kaution nicht geleistet hat. Findet nämlich das Verfahren statt, so erwachsen der Gegenpartei immer auch Kosten (namentlich Anwaltskosten), welche an ihr hängen bleiben, wenn die kautionspflichtige Partei zahlungsunfähig ist und keine Kautionierung angeordnet wurde.
- Für die *kautionspflichtige Partei* selbst ist die Kautionsauflage gewissermassen auch eine «Kostenprophetin». Dies deshalb, weil sie anhand der Kautionsauflage in etwa abschätzen kann, wie tief sie in die Tasche greifen muss, falls sie den Prozess verlieren sollte. Es kommt in der Praxis oft vor, dass die kautionspflichtige Partei nach der Kautionsverfügung von der Leistung der Kaution und damit auch von der Führung des Prozesses<sup>81</sup> absieht, da sie das Kostenrisiko scheut. Diese Möglichkeit des konkludenten «Absehens vom Prozess» durch blosser Nichtleistung der Kaution (die vom Klagerückzug mit materieller Rechtskraft zu trennen ist) darf der kautionspflichtigen Partei nicht dadurch genommen werden, dass das Gericht über die Frage der Kautionierung (bzw. der Kautionshöhe) gar nicht entschei-

<sup>80</sup> Gemäss § 75 Abs. 1 ZPO ZH hat jede Partei, die Nichtigkeitsbeschwerde erhebt, Kaution zu leisten.

<sup>81</sup> Wird die verfügte Kaution nicht geleistet, fehlt es – wie erwähnt (vgl. oben 1a) – an einer Prozessvoraussetzung und das Gericht hat einen Nichteintretensentscheid zu fällen. Die blosser Nichtleistung der verfügten Kaution hat damit für die kautionspflichtige Partei (mangels materieller Rechtskraft des Nichteintretensentscheides) keinen Rechtsverlust zur Folge. – Unklug handeln würde daher eine kautionspflichtige Partei, die nach der Kautionsverfügung *ihre Klage formell zurückzieht*. Ein Klagerückzug hat nämlich – sofern die Fortsetzungs- bzw. Fortführungslast bereits eingetreten ist – materielle Rechtskraft zur Folge, was die kautionspflichtige Partei am erneuten Einbringen ihrer Klage zu einem späteren Zeitpunkt hindert.

det, wenn ein gesetzlicher Kautionsgrund besteht. In einem solchen Fall läge auch eine Verletzung des verfassungsmässigen Vertrauensprinzipes (Art. 5 Abs. 3 BV) und des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) vor.

Indem das Kassationsgericht Zürich die Frage der Kautionierung (bzw. der Kautionshöhe) als gegenstandslos erklärt hat, hat es damit über etwas nicht entschieden, über das es hätte entscheiden *müssen* – es hat mithin eine *formelle Rechtsverweigerung* begangen, die ihrerseits mit staatsrechtlicher Beschwerde beim Bundesgericht hätte angefochten werden können (vgl. Art. 84 Abs. 1 lit. a OG i.V.m. Art. 29 Abs. 1 BV). Nun – soweit kam es hier indes dann doch nicht.