

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PP140046-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. J. Freiburghaus

Urteil vom 23. Dezember 2014

in Sachen

1. **A._____ AG,**

2. **B._____ AG,**

Klägerinnen und Beschwerdeführerinnen

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

C._____,

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Forderung (Sicherstellung Parteientschädigung)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 22. September 2014 (FV130009-A)

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerinnen und Beschwerdeführerinnen (nachfolgend Klägerinnen) sind zwei Aktiengesellschaften mit Sitz in St. Gallen. Sie erbringen beide Informationsdienstleistungen (Urk. 6/6/15+16). Der Beklagte und Beschwerdegegner (nachfolgend Beklagter) war Alleinaktionär und einziges Verwaltungsratsmitglied der D._____ AG, bis er sich mit Handelsregisteranmeldung vom 23. Mai 2012 als Verwaltungsrat im Handelsregister löschen liess (Urk. 6/6/21 S. 1 und 2). Ein neuer Verwaltungsrat wurde nicht bestellt. Dem Betriebsregisterauszug der D._____ AG vom 18. Oktober 2012 ist zu entnehmen, dass diese damals Schulden in der Höhe von Fr. 207'655.80 hatte (Urk. 6/6/75). Infolge des vorgenannten Organisationsmangels wurde die D._____ AG mit Urteil vom 3. Dezember 2012 des Einzelgerichts am Handelsgericht des Kantons Zürich aufgelöst (vgl. Geschäftsnummer HE120332) und am 22. August 2013 durch das Handelsregisteramt des Kantons Zürich im Handelsregister gelöscht (Urk. 6/6/18). Gemäss Darstellung der Klägerinnen verfügte die Klägerin 1 über eine Forderung gegenüber der D._____ AG aus einer Softwarelizenzierung in der Höhe von Fr. 3'229.20 und die Klägerin 2 über eine Forderung aus Softwarelieferung in der Höhe von Fr. 2'462.40 (Urk. 6/3 S. 6). Die Klägerinnen vertreten die Ansicht, der Beklagte habe die D._____ AG zur blossen Zahlungsverweigerung vorgeschoben, weshalb ein Durchgriffsfall vorliege (Urk. 6/7 S. 5). Entsprechend machen sie in der Forderungsstreitigkeit, welche dem vorliegenden Beschwerdeverfahren zugrunde liegt, die behaupteten Forderungen aus Softwarelieferung bzw. -lizenzierung sowie aufgelaufene Anwalts- und Verfahrenskosten gegen den Beklagten persönlich geltend.

2. Mit Verfügung vom 22. September 2014 verpflichtete die Vorinstanz die Klägerinnen in Gutheissung eines Begehrens des Beklagten vom 22. Januar 2014, die Klägerinnen seien gestützt auf Art. 99 c und d ZPO zu einer Sicherheit für die Parteientschädigung zu verpflichten, zur Sicherstellung einer allfälligen Parteient-

schädigung in der Höhe von Fr. 5'724.– (Urk. 6/44 = Urk. 2). Gegen diese Verfügung erhoben die Klägerinnen mit Eingabe vom 6. Oktober 2014 rechtzeitig Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Affoltern vom 22. September 2014 betreffend Genehmigung einer Sicherheit für Parteikosten (Geschäfts-Nr.: FV130009A-/Z08) sei aufzuheben;
2. Die Vorinstanz sei anzuweisen, den Prozess ohne Auferlegung einer Sicherheitsleistung durchzuführen;
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWSt. zu Lasten des Beschwerdegegners."

3. Mit Verfügung vom 22. Oktober 2014 (Urk. 7) wurde den Klägerinnen Frist zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses angesetzt, welchen diese innert Frist geleistet haben (Urk. 12). Mit Eingabe vom 23. Oktober 2014 beantragten die Klägerinnen, ihrer Beschwerde gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 22. September 2014 sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Urk. 8 S. 2). Dieses Gesuch wurde mit Verfügung vom 24. Oktober 2014 abgewiesen (Urk. 11). Der Beklagte reichte innert der ihm mit Verfügung vom 6. November 2014 angesetzten Frist (Urk. 13) keine Beschwerdeantwort ein.

II.

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Kommentar, Art. 321 N 15), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet.

2. Die Vorinstanz stützt ihren Entscheid betreffend Sicherheitsleistung einzig auf Art. 99 Abs. 1 lit. c ZPO. Sie führte dazu zusammengefasst aus, dass die Klä-

gerinnen im Zeitpunkt des Eingangs des Kautionsgesuchs des Beklagten Prozesskosten aus früheren Verfahren geschuldet hätten, welche sie erst nach Zwangsvollstreckungsmassnahmen und auf Druck des Kautionsgesuchs des Beklagten bezahlt hätten (Urk. 2 S. 3).

3. Die Klägerinnen bestreiten das Vorliegen eines Kautionsgrundes. Sie machen geltend, dass die in Art. 99 ZPO genannten Kautionsgründe im Zeitpunkt der Gesuchsbeurteilung vorliegen müssten. In diesem Zeitpunkt seien jedoch keine Prozesskosten aus früheren Verfahren mehr offen gewesen, weshalb der Kautionsgrund gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. c ZPO nicht erfüllt gewesen sei (Urk. 1 S. 7).

4. Gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. c ZPO hat die klagende Partei auf Antrag der beklagten Partei für deren Parteientschädigung Sicherheit zu leisten, wenn sie Prozesskosten aus früheren Verfahren schuldet, wobei als Beurteilungszeitpunkt der Zeitpunkt der Kautionsauflage massgebend ist (Kuster in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Stämpflis Handkommentar, Baker & McKenzie [Hrsg.], Bern 2010, Art. 99 N 24; BK-Sterchi, Art. 99 N 12; BSK ZPO-Rüegg, Art. 99 N 6).

5. Die Klägerinnen machten die Forderungsklage, welche dem vorliegenden Beschwerdeverfahren zugrunde liegt, zunächst am Bezirksgericht Dietikon anhängig (vgl. Urk. 6/6/7). Nachdem der Beklagte die Unzuständigkeitseinrede erhoben hatte (Urk. 6/6/8), zogen die Klägerinnen ihre Klage zurück, weshalb das Bezirksgericht Dietikon das Verfahren mit Verfügung vom 17. Juli 2013 als durch Rückzug erledigt abschrieb. Die Entscheidgebühr von Fr. 1'100.– wurde den Klägerinnen auferlegt. Ausserdem wurden sie zur Leistung einer Parteientschädigung von Fr. 3'240.– (inkl. MWSt.) an den Beklagten verpflichtet (Urk. 6/6/11). Am 19. August 2013 setzte der Beklagte den Betrag von Fr. 3'024.– (Urk. 6/30/7) und am 12. März 2014 den Betrag von Fr. 216.– in Betreuung (Urk. 6/35/4). Das erste Zwangsvollstreckungsverfahren fand erst seinen Abschluss, nachdem die Klägerinnen am 14. Februar 2014 – nach der Konkursandrohung vom 5. Februar 2014 (Urk. 6/30/11) – die aus dem ersten Zwangsvollstreckungsverfahren resultierenden Gerichts- und Parteikosten vollständig beglichen haben (6/30/12). Am 3. Juni 2014 bezahlten die Klägerinnen die ausstehende Parteientschädigung von Fr. 216.– sowie die durch das zweite Zwangsvollstreckungsverfahren entstandene-

nen Prozesskosten (Urk. 6/40). Damit waren über drei Monate vor Erlass der vorinstanzlichen Verfügung am 22. September 2014 sämtliche offenen Prozesskosten aus früheren Verfahren beglichen. Entsprechend war im Zeitpunkt der Beurteilung des Gesuchs um Sicherheitsleistung der Kautionsgrund gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. c ZPO nicht gegeben.

6. Zu prüfen bleibt, ob der Auffangtatbestand von Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO vorliegend erfüllt ist, auf welche Bestimmung sich der Beklagte vor Vorinstanz ebenfalls berufen hat. Danach soll eine Kautionsleistung dann auferlegt werden, wenn sich bei wirtschaftlicher Betrachtung eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung zeigt, ohne dass ein Tatbestand gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. a–c ZPO erfüllt ist (Sutter/von Holzen in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 99 N 35).

7. Zwar schuldeten die Klägerinnen im Zeitpunkt der Einleitung des Kautionsgesuchs Prozesskosten aus früheren Verfahren und haben diese erst nach Einleitung von Zwangsvollstreckungsverfahren beglichen. Doch dürfen die Zwangsvollstreckungsverfahren vorliegend nicht isoliert betrachtet werden, sondern sind im Gesamtkontext des Parteienverhältnisses zu sehen. Dieses ist sehr verhärtet. Die Klägerinnen stellen sich auf den Standpunkt, dass der Beklagte die D._____ AG zum alleinigen Zweck der Zahlungsverweigerung für persönliche Schulden vorgeschoben habe, weshalb ein Durchgriffsfall vorliege (Urk. 1 S. 3). Ohne näher auf diesen Vorwurf einzugehen, kann jedenfalls festgehalten werden, dass das Vorgehen des Beklagten, sich als einzigen Verwaltungsrat der D._____ AG im Handelsregister löschen zu lassen, ohne für eine Neubestellung bemüht zu sein, doch sehr stossend ist. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die D._____ AG bzw. letztlich der Beklagte als damaliger Alleinaktionär und alleiniger Verwaltungsrat die Klägerinnen am 15. Dezember 2011 grundlos auf je Fr. 500'000.– betrieben hat (Urk. 6/30/2+3). Erst nachdem die Klägerinnen am 23. April 2012 beim Kreisgericht St. Gallen betreibungsrechtliche Beschwerde erhoben hatten (Urk. 6/6/61), erklärte die D._____ AG mit Schreiben vom 30. April 2012 gegenüber dem Betreibungsamt St. Gallen, dass sie die zwei Betreibungen über Fr. 500'000.– zurückziehe und bat um Löschung der Betreibungen im Betreibungsregister (Urk. 6/6/64). Vor diesem Hintergrund ist nicht weiter erstaunlich, dass die Kläge-

rinnen dem Beklagten die ihm geschuldeten Parteientschädigungen erst nach Einleitung von entsprechenden Zwangsvollstreckungsverfahren bezahlt haben. Auch aufgrund der Akten muss nicht an der Zahlungsfähigkeit der Klägerinnen gezweifelt werden. So liegt insbesondere kein einschlägiger Betreibungsregisterauszug der Klägerinnen bei den Akten. Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass aufgrund der gegen die Klägerinnen erfolgten Zwangsvollstreckungsverfahren einzig für Forderungen des Beklagten keine Rückschlüsse betreffend die Solvenz der Klägerinnen gezogen werden können, weshalb der Kautionsgrund gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO nicht erfüllt ist.

8. Die Beschwerde ist damit gutzuheissen und das Gesuch des Beklagten um Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung von Fr. 5'724.– (inkl. MwSt.) abzuweisen.

III.

1. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist auf Fr. 800.– festzusetzen (§ 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG). Sie ist in Anwendung der allgemeinen Regel von Art. 106 Abs. 1 ZPO dem Beklagten aufzuerlegen, welcher ungeachtet dessen, dass er im Beschwerdeverfahren keine Anträge gestellt hat, als unterliegende Partei zu gelten hat. Denn nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bestimmt sich das Obsiegen bzw. Unterliegen im Rechtsmittelverfahren nach Massgabe der Anträge des Rechtsmittelklägers; auf die Anträge des Rechtsmittelbeklagten kommt es nicht an. Vielmehr gilt der Grundsatz, dass eine Gegenpartei ihre Parteistellung im Verfahren nicht dadurch verliert, dass sie sich der Vernehmlassung enthält, und dass sie bis zum Abschluss des Verfahrens das Prozess- und Kostenrisiko trägt. Eine Ausnahme rechtfertigt sich praxisgemäss nur dann, wenn ein gravierender, vom Rechtsmittelbeklagten nicht mitverschuldeter Verfahrensfehler (Justizpanne) zur Gutheissung des Rechtsmittels führt und der Rechtsmittelbeklagte entweder die Gutheissung des Rechtsmittels beantragt oder sich eines Antrages enthalten hat (BGer 5A_61/2012 vom 23.3.2012 E. 2.3 und 4 m.w.Hinw.; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 1564; BSK ZPO-Rüegg, Art. 106 N 5). Im vorliegenden Fall kann indessen nicht von einer

krass falschen Rechtsanwendung gesprochen werden, weshalb es bei der Kostenverteilung gemäss Prozessausgang bleibt.

2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind soweit möglich mit dem von den Klägerinnen geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Der Beklagte hat den Klägerinnen diesen Vorschuss zu ersetzen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO) und ihnen für das Beschwerdeverfahren überdies eine nach den Vorschriften der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) zu bemessende Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 105 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 1 ZPO). Deren Höhe ist auf Fr. 1'080.– (Fr. 1'000.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) festzusetzen (§ 13 Abs. 1 und 4 i.V.m. § 2 Abs. 1 lit. a und § 4 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositiv-Ziff. 1 und 2 der Verfügung vom 22. September 2014 des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Affoltern aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
 - "1. Das Gesuch des Beklagten um Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung von Fr. 5'724.– wird abgewiesen.
 2. Die Bezirksgerichtskasse Affoltern wird angewiesen, den Klägerinnen die von ihnen geleistete Sicherheit von Fr. 5'724.– zurückzuerstatten."
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit dem von den Klägerinnen geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägerinnen den geleisteten Vorschuss von Fr. 800.– zu ersetzen.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägerinnen für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'080.– zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht des Bezirks Affoltern, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert in der Hauptsache beträgt Fr. 19'284.25.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 23. Dezember 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. J. Freiburghaus

versandt am:
kt