

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RA180007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. S. Janssen sowie Gerichtsschreiber lic. iur. Ch. Büchi

## **Beschluss vom 15. November 2018**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Aberkennungsklägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_,**

Aberkennungsbeklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung (Sicherheitsleistung)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Arbeitsgerichtes Zürich,  
Einzelgericht, 3. Abteilung, vom 12. Juni 2018 (AF180006-L)**

### **Erwägungen:**

1.1 Mit Eingabe vom 28. März 2018 reichte die Aberkennungsklägerin und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) beim Bezirksgericht Zürich eine Aberkennungsklage ein (Urk. 6/2/1). Mit Verfügung vom 20. April 2018 überwies das Einzelgericht, 10. Abteilung, am Bezirksgericht Zürich das Verfahren zuständigkeits halber an die Präsidentin des Arbeitsgerichts, 3. Abteilung, und schrieb gleichzeitig das bei ihm unter der Geschäfts-Nr. FV180062-L hängige Verfahren als erledigt ab (Urk. 6/1 und 6/2/7).

1.2 Mit Eingabe vom 11. Mai 2018 stellte der Aberkennungsbeklagte und Beschwerdegegner (fortan Beklagter) einen Antrag auf Sicherstellung der Parteientschädigung durch die Klägerin in Höhe von Fr. 6'694.50 (Urk. 6/10-12/2). Mit Verfügung der Vorinstanz vom 14. Mai 2018 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um zu diesem Antrag Stellung zuzunehmen (Urk. 6/13). Mit Eingabe vom 4. Juni 2018 schloss die Klägerin nach einmaliger Fristerstreckung auf kostenfällige Abweisung des Antrags (Urk. 6/18). In der Folge setzte die Vorinstanz mit Verfügung vom 12. Juni 2018 der Klägerin eine Frist von zehn Tagen an, um für die Parteientschädigung des Beklagten eine Sicherheit von Fr. 4'500.– zu leisten (Urk. 6/23 = Urk. 2 Disp.-Ziff. 1).

1.3 Hiergegen erhob die Klägerin rechtzeitig mit Eingabe vom 25. Juni 2018 Beschwerde mit folgenden Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei die Verfügung des Arbeitsgerichts Zürich vom 12.6.2018 betreffend Sicherheitsleistung ersatzlos aufzuheben.
2. Evtl. sei die Sache zur Neubeurteilung i.S.d. Ausführungen in der vorliegenden Beschwerde zurückzuweisen.
3. Unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolgen."

1.4 Die fristgerechte Beschwerdeantwort datiert vom 16. Juli 2018 (Urk. 7 f.). Darin schloss der Beklagte auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde (Urk. 8 S. 2). Der Klägerin wurde die Beschwerdeantwort zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 11). Sie liess sich in der Folge nicht mehr vernehmen.

1.5 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Auf die Parteivorbringen ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als diese entscheidrelevant sind.

2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Es gilt das Rügeprinzip (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, 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. Was nicht in dieser Weise gerügt wird, hat Bestand. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

3.1 Die Klägerin moniert im vorliegenden Beschwerdeverfahren zunächst, dass der angefochtene Entscheid in Verletzung ihres rechtlichen Gehörs ergangen sei. Sie habe mit Eingabe vom 4. Juni 2018 zum beklagischen Antrag auf Sicherheitsleistung Stellung genommen. Mit Schreiben vom 8. Juni 2018 habe der Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren eine der Klägerin zugestellte Konkursandrohung vorgelegt (Urk. 6/21+22). Beide Dokumente seien ihr von der Vorinstanz weder zur Kenntnisnahme noch zur Stellungnahme offengelegt worden. Damit sei ihr rechtliches Gehör verletzt worden, zumal die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid in der besagten Konkursandrohung ein Indiz für ihre (der Klägerin) Zahlungsunfähigkeit erblickt habe (vgl. Urk. 2 S. 3, E. 4.). Weiter habe die Vorinstanz Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO unrichtig angewendet. So habe diese fälschlicherweise das Beweismass für das Vorliegen eines Grundes für die Sicherheitsleistung auf die Glaubhaftmachung herabgesetzt, obwohl die antragstellende Partei den von ihr geltend gemachten Grund zu beweisen habe. In der Folge habe die Vorinstanz ihre (der Klägerin) Zahlungsunfähigkeit zu Unrecht bejaht. Daher sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. Urk. 1 S. 3 ff.).

3.2 Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid zum Grund der Zahlungsunfähigkeit der Klägerin im Sinne von Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO in tatsächlicher Hinsicht, dass über die Klägerin unbestrittenermassen weder der Konkurs

noch ein Nachlassverfahren eröffnet worden sei. Auch Verlustscheine lägen nicht vor. Gemäss dem aktuellsten bei den Akten liegenden Betreibungsregisterauszug vom 6. Februar 2018 hätten zu dem Zeitpunkt elf Betreibungen bestanden, wobei in neun Fällen Rechtsvorschlag erhoben worden sei. Zwar sei der Beklagten (recte: Klägerin) dahingehend zu folgen, dass von den elf Betreibungen deren acht von ehemaligen Mitarbeitenden der Klägerin eingeleitet worden seien, fünf davon vom Beklagten selbst. Nichtsdestotrotz stehe fest, dass insgesamt sechs Personen eine oder mehrere Betreibungen gegen die Klägerin eingeleitet hätten. Rund die Hälfte der insgesamt rund Fr. 423'000.– seien nicht von (ehemaligen) Mitarbeitenden in Betreuung gesetzt worden. Zudem seien innerhalb kurzer Zeit (zwischen 18. Dezember 2017 und 6. Februar 2018) zwei Betreibungen mit einem verhältnismässig substantiellen Betrag von knapp einem Viertel hinzugekommen. Die Beklagte (recte: Klägerin) habe es denn auch unterlassen, dem Gericht einen aktuellen betreibungsrechtlichen Auszug (recte: Auszug aus dem Betreibungsregister) einzureichen. Auch dass die Beklagte (recte: Klägerin) den bestimmten, möglicherweise dringlich(st)en Verpflichtungen nachkomme, bedeute nicht, dass aufgrund der Umstände nicht von einer Zahlungsunfähigkeit im Sinne von Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO ausgegangen werden könne. Als weiteres Indiz komme hinzu, dass der Klägerin bezüglich der betragsmässig höchsten Betreuung unlängst der Konkurs angedroht worden sei. Zufolge der bestehenden Betreibungen sei die Klägerin kautionspflichtig (vgl. Urk. 2 S. 3, E. 4.).

3.3 Schon das ehemalige kantonalzürcherische Kassationsgericht hat in seinem Entscheid vom 12. Februar 2008 darauf hingewiesen, dass sich der Gehörsanspruch nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu Umfang und Tragweite des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV in Angleichung an diejenige des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK erweitert hat. Danach haben die Parteien das (unbedingte) Recht, von *jedem* Aktenstück und *jeder* dem Gericht eingereichten Stellungnahme (der Gegenpartei oder der Vorinstanz) Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äussern, sofern sie dies für erforderlich halten. Im Unterschied zur früheren und insoweit überholten Praxis (zu Art. 4 aBV) ist dabei unerheblich, ob eine Eingabe entscheidrelevante neue tatsächliche Behauptungen oder rechtliche Argumente ent-

hält und ob sie das Gericht tatsächlich zu beeinflussen vermag respektive konkret geeignet ist, Einfluss auf den Entscheid zu nehmen. Es ist allein Sache der Parteien (und nicht des Richters) zu beurteilen, ob ein Dokument einen Kommentar erfordert. Wird einer Partei die Möglichkeit abgeschnitten, zu den Bemerkungen anderer Verfahrensbeteiligter Stellung zu nehmen, ist nach der Rechtsprechung des EGMR auch das Prinzip der Waffengleichheit verletzt, welches Bestandteil des Rechts auf ein faires Gerichtsverfahren bildet. Diese allgemeinen Verfahrensgrundsätze des "fair trial" gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 BV gelten nach (konstanter) bundesgerichtlicher Rechtsprechung für alle gerichtlichen Verfahren. Zugleich bildet der Anspruch einer Partei, im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu replizieren, einen Teilgehalt des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV, welcher Vorschrift im Hinblick auf das Replikrecht in gerichtlichen Verfahren dieselbe Tragweite zukommt wie Art. 6 EMRK. Damit eine Partei ihr Recht auf Stellungnahme tatsächlich wahrnehmen kann, ist ihr nach mittlerweile gefestigter bundesgerichtlicher Praxis zunächst von jedem Aktenstück und insbesondere auch von jeder Eingabe der Gegenpartei Kenntnis zu geben. Mit der Zustellung des Aktenstücks kann das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel (Replik/Duplik) eröffnen oder den Parteien bzw. der Gegenpartei formell Frist zur freigestellten Stellungnahme ansetzen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts lässt es indessen auch genügen, den Parteien bzw. der Gegenpartei ohne formelle Fristansetzung und ohne ausdrücklichen Hinweis auf eine weitere Äusserungsmöglichkeit bloss ein Doppel des betreffenden Aktenstücks zur Kenntnisnahme zuzustellen und ihr dadurch die Möglichkeit zu bieten, sich von sich aus zu äussern. Dabei darf aber nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass keine weiteren Eingaben mehr erwünscht seien (z.B. durch den Hinweis, der Schriftenwechsel sei abgeschlossen). Will sich eine Partei diesfalls zum zugestellten Aktenstück vernehmen lassen, hat sie von sich aus umgehend ("sans délai", "sans retard") eine Stellungnahme zu erstatten oder – nach einem Teil der höchstrichterlichen Entscheide – zumindest unverzüglich um formelle Fristansetzung für die Einreichung einer solchen zu ersuchen. Innert welcher Frist eine derartige Eingabe einzureichen ist, damit sie noch als "umgehend" bzw. "unverzüglich" gelten kann, hängt insbesondere von der Art des

übermittelten Aktenstücks (und allenfalls von der Art des Verfahrens) ab (vgl. zum Ganzen ZR 110 Nr. 20 m.w.H.).

Seit seinem Entscheid vom 12. Februar 2008 ging das ehemalige kantonalzürcherische Kassationsgericht davon aus, dass sich (jedenfalls im Regelfall) unter "umgehend" bzw. "unverzüglich" zwangslos eine Zeitspanne von höchstens zehn Tagen verstehen lässt. In nämlichem Entscheid erwog das Kassationsgericht, dass künftig von einem Verzicht auf weitere Stellungnahmen auszugehen sei, wenn nicht innert der genannten Frist von zehn Tagen entweder eine Stellungnahme eingehen oder zumindest ein entsprechender Antrag vorliegen würde, wobei dann allerdings grundsätzlich nur mehr mit der Ansetzung einer kurzen Frist gerechnet werden können (ZR 107 Nr. 22). Dem folgt seither grundsätzlich auch die Rechtsprechung der I. Zivilkammer am Obergericht des Kantons Zürich. (vgl. ZR 110 Nr. 20 m.w.H.; *OGer RB110010 vom 12. September 2012, E. 3.3.2*). Dieser Wartefrist hat sich auch das Bundesgericht angeschlossen (vgl. statt vieler BGer 1B\_340/2018 vom 18. Oktober 2018 E. 2.3 m.w.H.).

3.4 Wie die Klägerin beschwerdeweise zutreffend festhält, hat es die Vorinstanz vor Erlass der angefochtenen Verfügung unterlassen, ihr (der Klägerin) die Eingabe des Beklagten vom 8. Juni 2018 mit Beilage (Konkursandrohung vom 3. Mai 2018) zur Kenntnisnahme zuzustellen (Urk. 6/21+22). Gleichwohl hat die Vorinstanz einen Tag nach Eingang der beklagtischen Eingabe am 12. Juni 2018 im angefochtenen Entscheid die besagte Konkursandrohung als Indiz für eine Zahlungsunfähigkeit der Beklagten im Sinne von Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO gewertet (vgl. Urk. 2 S. 3, E. 4.). Hierin ist nach dem zuvor Gesagten grundsätzlich eine Verletzung des klägerischen Anspruchs auf rechtliches Gehör zu erblicken, wie er in Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie Art. 53 Abs. 1 ZPO festgehalten ist.

Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die Konkursandrohung vom 3. Mai 2018, auf welche die Eingabe des Beklagten vom 8. Juni 2018 verweist (vgl. Urk. 6/21), der Klägerin als Schuldnerin in der betreffenden Betreuung durch das Betreibungsamt zugestellt worden ist, vermöchte dies die Verletzung des Gehörsanspruchs der Klägerin nicht zu heilen. Zwar ist der Klägerin als Schuldnerin in

der in Betreuung gesetzten Forderung die besagte Konkursandrohung am 6. Juni 2018 ordnungsgemäss zugestellt worden, wie sich aus dieser selbst ergibt (vgl. Urk. 6/22), womit von der Kenntnisnahme derselben durch die Klägerin zum nämlichen Zeitpunkt auszugehen ist. Gleichwohl hatte sie keine Kenntnis darüber, dass die Konkursandrohung im vorinstanzlichen Verfahren von der Gegenpartei eingereicht wurde und in der Folge von der Vorinstanz für die Beurteilung ihrer Zahlungsunfähigkeit im Sinne von Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO herangezogen werden könnte (vgl. Urk. 2 S. 3, E. 4.). Die Klägerin konnte sich also nicht darüber schlüssig werden, ob sie sich zur Eingabe des Beklagten vom 8. Juni 2018 mit Beilage (Konkursandrohung vom 3. Mai 2018) äussern will oder nicht (vgl. BGE 137 I 195 E. 2.3.1 m.w.H.). Es kann ihr denn auch nicht der Vorwurf gemacht werden, dass sie nach Kenntnisnahme der Konkursandrohung von sich aus hätte tätig werden müssen, weil sie damit habe rechnen müssen, dass die Vorinstanz unverzüglich über die Konkursandrohung orientiert werde. Zum einen ist dem entgegenzuhalten, dass die Konkursandrohung nicht vom Beklagten initiiert wurde, da er nicht als Gläubiger in der entsprechenden Betreuung fungierte (vgl. Urk. 6/22). Zum anderen wäre es der Klägerin mit dem tags darauf folgenden Entscheid ohnehin verunmöglicht gewesen, innert angemessener Frist entweder eine Stellungnahme einzureichen oder um Fristansetzung zu ersuchen.

Nach dem Gesagten ist von einer gravierenden Verletzung des klägerischen Anspruchs auf rechtliches Gehör im vorgenannten Sinne auszugehen. Wird eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz festgestellt, so leidet der Entscheid an einem schweren Mangel und wird aufgrund der sogenannten formellen Natur des Gehörsanspruchs, unabhängig davon, ob der Entscheid ohne die Verletzung anders ausgefallen wäre, aufgehoben (ZK ZPO-Sutter-Somm/Chevalier, Art. 53 N 26 m.w.H.).

3.5 Ausnahmsweise kann die Verletzung von der Rechtsmittelinstanz geheilt werden. Nach der Rechtsprechung kann die Heilung einer Gehörsverletzung erfolgen, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern. Voraussetzung ist indes, dass diese Sachverhalt wie Rechtslage frei überprüfen kann (vgl. statt vieler BGE 133 I 201 E. 2.2 m.w.H.).

Dies ist vorliegend hinsichtlich des Sachverhalts nicht der Fall (vgl. Ziff. 2 vorstehend). Es besteht sodann auch kein Raum für neue Tatsachenbehauptungen, was bei der Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO im umfassenden Novenverbot seinen Ausdruck findet (Art. 326 ZPO; vgl. ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 320 N 5 und Art. 326 N 4). Eine Heilung der Gehörsverletzung im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist somit ausgeschlossen.

3.6 Nach dem soeben Gesagten kann dem Beklagten auch nicht beigeplichtet werden, dass die Angelegenheit nicht zwingend eine Rückweisung an die Vorinstanz zur Folge haben müsse, nachdem sich insbesondere die Klägerin im vorliegenden Beschwerdeverfahren nunmehr ausführlich zur Eingabe des Beklagten vom 8. Juni 2008 mit Beilage (Konkursandrohung vom 3. Mai 2018; Urk. 6/21+22) habe äussern können (vgl. Urk. 8 S. 11). Wie oben ausgeführt, gilt im Beschwerdeverfahren ein umfassendes Novenverbot (vgl. Ziff. 2 vorstehend). Die Parteien sind im vorliegenden Rechtsmittelverfahren daher mit ihren nunmehrigen neuen Tatsachenbehauptungen und neuen Beweismitteln nicht zu hören, weshalb sie unberücksichtigt zu bleiben haben.

Sodann geht der Beklagte fehl, wenn er unter Hinweis auf Lehre und Praxis ausführt, dass wie vorliegend in klaren Fällen vor Anordnung der Sicherheitsleistung eine Anhörung der leistungspflichtigen Partei nicht zwingend notwendig sei (vgl. Urk. 8 S. 11). Wohl trifft zu, dass eine Anhörung nicht zwingend geboten sein muss. Dies gilt jedoch nur in Fällen, in denen der Grund für die beantragte Sicherheitsleistung als bewiesen gilt, und nicht wie hier lediglich als glaubhaft dargetan angesehen wurde (vgl. BGer 5A\_64/2014 vom 13. Mai 2014 E. 2.1; BK ZPO-Sterchi, Art. 99 N 11 und Art. 101 N 1).

3.7 Aufgrund der Verletzung des Anspruchs des Klägers auf rechtliches Gehör ist die Beschwerde gutzuheissen und das vorinstanzliche Urteil aufzuheben (vgl. Göksu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 53 N 29; KUKO ZPO-Oberhammer, Art. 53 N 13; ZK ZPO-Sutter-Somm/Chevalier, Art. 53 N 26; Schenker, Stämpflis Handkommentar, ZPO 53 N 22).



4. Heisst die Rechtsmittelinstanz die Beschwerde gut, hebt sie den angefochtenen Entscheid auf und weist die Sache an die Vorinstanz zurück (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO); ist die Sache spruchreif, entscheidet sie neu (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO). Im vorliegenden Fall kann die Sache nicht als spruchreif gelten. Demzufolge ist das Verfahren zur Ergänzung des entsprechenden Sachverhalts und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5. Im Falle eines Rückweisungsentscheides kann sich die Rechtsmittelinstanz damit begnügen, lediglich ihre Gerichtskosten festzusetzen und deren Verteilung sowie den Entscheid über die Parteientschädigung der Vorinstanz zu überlassen, d.h. vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO; KUKO ZPO-Schmid, Art. 104 N 7). Da der Streitwert in der vorliegenden arbeitsrechtlichen Streitigkeit in der Hauptsache mit rund Fr. 25'000.– (vgl. Urk. 6/2/1) unter Fr. 30'000.– liegt, sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 114 lit. c ZPO).

#### **Es wird beschlossen:**

1. Die Verfügung des Arbeitsgerichtes Zürich, Einzelgericht, 3. Abteilung, vom 12. Juni 2018 (AF180006-L) wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Der Entscheid über eine allfällige Parteientschädigung im Beschwerdeverfahren wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
5. 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 Be-

schwerde 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 liegt unter Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 15. November 2018

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer  
Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Ch. Büchi

versandt am:  
am