

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB150034-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Weil

Urteil vom 2. Dezember 2015

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Aberkennungsklage (Sicherstellung der Parteientschädigung)**

**Beschwerde gegen einen Beschluss der II. Abteilung des Bezirksgerichtes
Dielsdorf vom 28. Oktober 2015; Proz. CG150004**

Erwägungen:

1.

1.1. Nachdem in der Betreuung des Beklagten und Beschwerdegegners (fortan Beklagter) gegen den Kläger und Beschwerdeführer (fortan Kläger) vom Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf provisorische Rechtsöffnung erteilt worden war (act. 5/3/2), erhob der Kläger mit Eingabe vom 13. April 2015 beim (unter dem GOG so nicht mehr existierenden) "Einzelrichter o.V." am Bezirksgericht Dielsdorf Aberkennungsklage über die Forderung von Fr. 31'680.– nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2014. Die sachliche Zuständigkeit begründete der Kläger mit § 24 lit. b GOG (act. 5/1B). Mit Urteil vom 16. April 2015 erkannte das Einzelgericht im vereinfachten Verfahren seine Unzuständigkeit und leitete die Eingabe dem Kollegialgericht am Bezirksgericht Dielsdorf (fortan Vorinstanz) zur weiteren Behandlung weiter (act. 5/1A).

Das prozessuale Gesuch des Klägers um unentgeltliche Rechtspflege (act. 5/1B S. 3 und act. 5/4) wies die Vorinstanz mit Beschluss vom 2. Juli 2015 ab. Gleichzeitig setzte die Vorinstanz dem Beklagten Frist zur Klageantwort an (act. 5/8). Innert erstreckter Frist erstattete der Beklagte Klageantwort. Er beantragte die Abweisung der Klage. Prozessual beantragte er, der Kläger sei zu verpflichten, dem Beklagten für dessen Parteientschädigung Sicherheit zu leisten (act. 5/10). Mit Beschluss vom 21. September 2015 setzte die Vorinstanz dem Kläger eine Frist an, um zum prozessualen Antrag auf Sicherstellung der Parteientschädigung Stellung zu nehmen (act. 5/13). Mit Eingabe vom 5. Oktober 2015 nahm der Kläger Stellung (act. 5/14). Mit Beschluss vom 28. Oktober 2015 hiess die Vorinstanz den prozessualen Antrag des Beklagten gut, indem sie dem Kläger eine Frist ansetzte, um eine Sicherheit für die Parteientschädigung der Gegenpartei im Umfang von Fr. 5'600.– zu leisten (act. 3/1 = 4 = 5/15).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob der Kläger mit Eingabe vom 6. November 2015 rechtzeitig Beschwerde mit dem Antrag, der Beschluss der Vorinstanz vom 28. Oktober 2015 sei aufzuheben und das Sicherstellungsbegehren des Beschwerdegegners sei abzuweisen; eventualiter sei das Verfahren an die Vor-

instanz zurückzuweisen (act. 2 S. 2). Mit Präsidialverfügung vom 12. November 2015 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um den Kostenvorschuss zu bezahlen (act. 6). Diesen leistete der Kläger fristgerecht (act. 7 und 8). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5/1-15). Auf die Einholung einer Stellungnahme kann verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Mit der Beschwerde können (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 ZPO), weil es bei der Beschwerde nicht um die Fortführung des erstinstanzlichen Prozesses, sondern im Wesentlichen um eine Rechtskontrolle des vorinstanzlichen Entscheides geht (ZK ZPO-FREIBURGHAUS/AFHELDT, 2. Aufl., Art. 326 N 3).

2.2. Die Vorinstanz erwog, der Beklagte beziehe sich im Gesuch um Sicherstellung einer Parteientschädigung zwar auf Art. 99 Abs. 1 lit. b und d ZPO, in der Begründung mache er jedoch v.a. gelten, dass ihm der Kläger Parteientschädigung sowie Gerichtskosten aus dem Urteil im Ausweisungsverfahren des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 13. Oktober 2014 schulde, was dem Kautionsgrund von Art. 99 Abs. 1 lit. c ZPO entspreche. Das Gericht wende das Gesetz von Amtes wegen an, weshalb dem Beklagten der fehlende Hinweis auf lit. c von Art. 99 ZPO nicht schade, solange er entsprechende Behauptungen aufstelle. Dass der Kläger dem Beklagten diesen Betrag noch nicht bezahlt habe, sei vom Kläger nicht bestritten worden. Im Ergebnis liege damit einer der in Art. 99 ZPO genannten Gründe für eine Sicherstellungspflicht vor. Damit könne offen bleiben, ob allenfalls noch weitere Gründe für die Sicherstellung vorlägen (act. 5/15 S. 3 f.).

2.3. Der Kläger rügt, die Vorinstanz habe das Sicherstellungsbegehren zu unrecht gestützt auf Art. 99 lit. c ZPO bewilligt, nachdem der Beschwerdegegner sich nicht auf diesen Sicherstellungsgrund berufen habe. Der anwaltlich vertretene Beklagte habe sein Gesuch ausdrücklich auf lit. b und d von Art. 99 ZPO gestützt, nicht aber auf lit. c. Er (der Kläger) habe die angerufenen Sicherstellungs-

gründe in seiner Stellungnahme vom 5. Oktober 2015 ausführlich widerlegt. Er habe keine Veranlassung gehabt, sich zu nicht geltend gemachten Sicherstellungsgründen zu äussern. Die Vorinstanz wolle in freier Anwendung des Gesetzes von Amtes wegen den Sicherstellungsantrag deshalb gutheissen, weil der Beklagte unwidersprochen behauptet habe, der Kläger schulde ihm die im Ausweisungsverfahren auferlegten Kosten. Diese Suche nach Tatsachenbehauptungen sei unrichtig und willkürlich. Wenn das Gericht den Sicherstellungsentscheid auf nicht beantragte Gründe abstützen wolle, hätte es zumindest eine Stellungnahme des Beschwerdeführers einholen und ihm das rechtliche Gehör gewähren müssen. Tatsächlich sei der Kläger im Ausweisungsentscheid lediglich als zweite Partei solidarisch ausgewiesen und zur Kostentragung verpflichtet worden. Er sei aber nicht Mieter und deshalb von der Ausweisung auch nicht betroffen. Auch seien die Kosten der Ausweisung ihm gegenüber nie geltend gemacht worden. Dies habe er bereits in seiner Stellungnahme zum Sicherstellungsantrag vom 5. Oktober 2015 deutlich zum Ausdruck gebracht. Aus jener Begründung ergebe sich, dass er dem Beklagten nichts schulde, weil er die falsche Partei sei, und dass er auch bestreite, die Ausweisungskosten schuldig zu sein. Die davon abweichende Interpretation der Vorinstanz, er (der Kläger) bestreite dies nicht, sei aktenwidrig und willkürlich (act. 2 S. 3 ff.).

2.4. Gemäss Art. 57 ZPO wendet das Gericht das Recht von Amtes wegen an. Das bedeutet, dass die Parteien grundsätzlich nur das Tatsächliche vorzutragen haben. Möchte das Gericht seinen Entscheid auf Normen stützen, an welche die Parteien erkennbar nicht gedacht haben, so hat es die Parteien darauf hinzuweisen.

Die Vorinstanz hat den vom Beklagten vorgetragenen Sachverhalt, es seien noch die Parteientschädigung und der Ersatz der Gerichtskosten des Ausweisungsverfahrens offen, unter Art. 99 lit. c ZPO subsumiert. Dass der Beklagte konkret lit. c von Art. 99 ZPO nicht erwähnte, hat nicht zur Folge, dass dessen Anwendung ausgeschlossen wäre. Da selbst ohne Nennung der rechtlichen Grundlage gestützt auf Art. 99 lit. c ZPO das Gesuch hätte gutgeheissen werden können, kann die Nennung von anderen Untervarianten nicht dazu führen, dass nicht genannte

ausgeschlossen würden. Überwies erwähnt der Beklagte zwar in seinem Rechtsbegehren lediglich die lit. b und/oder d, im Rahmen der Begründung stützt er sich aber allgemein auf Art. 99 ZPO, ohne sich (abermals) auf die konkreten Untervarianten festzulegen. Auch musste die Vorinstanz dem Kläger vorliegend nicht nochmals explizit das rechtliche Gehör zur Anwendung einer nicht angerufenen Untervariante einräumen: Es geht um die Anwendung des gleichen Artikels, wobei die vom Beklagten angerufene lit. d einen Auffangtatbestand darstellt, den die von der Vorinstanz zur Anwendung gebrachte lit. c als Spezialbestimmung konkretisiert. Unter diesen Umständen bedeutete die Wahl dieser anstelle jener Bestimmung keine Überraschung im Sinne der erwähnten Rechtsprechung zu Art. 57 ZPO.

Der Beklagte hat im Tatsächlichen unter anderem behauptet, dass der Kläger die ihm im Ausweisungsverfahren auferlegten Kosten (Parteientschädigung sowie Ersatz der Gerichtskosten) bis heute nicht bezahlt habe (act. 5/10 S. 7). Auf diese Behauptung ging der Beklagte in seiner Stellungnahme vom 5. Oktober 2015 nicht ein (vgl. act. 5/14). Insbesondere lässt sich auch den in der Beschwerdeschrift wiederholten Ausführungen nicht entnehmen, dass diese sich auf die Kosten des Ausweisungsverfahrens beziehen. Soweit der Kläger nun vorbringt, er sei im Ausweisungsentscheid lediglich als zweite Partei solidarisch zur Ausweisung und Kostentragung verpflichtet worden, wobei er aber nicht Mieter und deshalb von der Ausweisung auch nicht betroffen sei, sowie dass die Kosten der Ausweisung ihm gegenüber nie geltend gemacht worden seien und er diese dem Beklagten nicht schulde, sind diese Behauptungen neu und damit im Beschwerdeverfahren unbeachtlich. Selbst wenn man darauf abstellen könnte, änderte dies nichts am Ausgang des Verfahrens: Die Forderung basiert auf einem rechtskräftigen Entscheid, entsprechend ist eine diesbezügliche inhaltliche Überprüfung ausgeschlossen. Zudem war gemäss der Eventualbegründung des Entscheids die Ausweisung gegenüber dem Kläger auch gutzuheissen, sollte er nicht Mieter sein. Was der Kläger sodann aus seiner Behauptung, er sei "lediglich als zweite Partei solidarisch [...] verpflichtet" zu seinen Gunsten ableiten will, ist nicht klar. Die Kosten wurden den beiden Gesuchsgegnern in jenem Verfahren je zur Hälfte auferlegt, unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag. Dass er seine Hälfte ge-

leistet hätte, behauptet der Kläger nicht. Überdies kommt es auf die Geltendmachung der Kosten durch den Beklagten nicht an, stellt doch Art. 99 lit. c ZPO auf die rechtskräftige und fällige Schuld ab (KUKO ZPO-SCHMID, 2. Aufl. Art. 99 N 7; BK ZPO-STERCHI, Art. 99 N 26). Folglich ist nicht erforderlich, dass der Beklagte die Forderung bereits abgemahnt oder die Zwangsvollstreckung eingeleitet hat.

2.5. Nach dem Gesagten vermag der Kläger mit seinen Vorbringen nicht durchzudringen. Entsprechend ist die Beschwerde abzuweisen. Die Höhe des sicherzustellenden Betrages beanstandet der Kläger nicht, weshalb diese nicht zu überprüfen ist.

2.6. Es bleibt der Vollständigkeit halber anzumerken, dass die Vorinstanz (Kollektialgericht) bisher keine Zuständigkeitsprüfung vorgenommen hat, sondern bloss das Einzelgericht im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf, welches sich aufgrund des Streitwertes als unzuständig erachtete (vgl. act. 5/1A). Zur Behandlung der Aberkennungsklage ist grundsätzlich dasjenige Gericht sachlich zuständig, welches für eine entsprechende normale materielle Klage zuständig wäre (BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 83 N 39). Der Beklagte stützt seine Forderung auf einen Mietvertrag. Für eine solche Forderung ist grundsätzlich das Mietgericht zuständig (§ 21 Abs. 1 GOG). Wenn im Rahmen einer Aberkennungsklage geltend gemacht wird, es bestehe zwischen den Parteien kein Mietverhältnis, ändert dies nichts an der sachlichen Zuständigkeit, werden doch mit der provisorischen Rechtsöffnung bloss die Parteirollen verteilt. Auch liegt keine schriftliche Vereinbarung zwischen den Parteien im Sinne von § 21 Abs. 2 GOG vor, wobei ohnehin fraglich ist, ob eine solche Vereinbarung in der vorliegenden Konstellation überhaupt zulässig wäre. Jedenfalls führte selbst die fehlende sachliche Zuständigkeit der Vorinstanz nicht zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung, da auch im Falle eines Nichteintretensentscheides eine Parteientschädigung geschuldet sein kann.

2.7. Es ist davon auszugehen, dass die Erstfrist mittlerweile ungenutzt verstrichen ist. Die Erhebung einer Beschwerde ist als sinngemässes Erstreckungsgesuch zu betrachten und die Frist ist dem Kläger deshalb mit diesem Entscheid neu anzusetzen (BGE 138 III 163).

3.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Rechtsmittelverfahrens dem Kläger aufzuerlegen. Eine Entschädigung ist dem Beklagten nicht zuzusprechen, da er sich nicht äussern musste. Der Streitwert beträgt Fr. 31'680.–. In Anwendung von §§ 4 und 9 GebV OG ist die Entscheidgebühr auf Fr. 900.– festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die dem Kläger mit Beschluss der Vorinstanz vom 28. Oktober 2015 ange-setzte Frist zur Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung der Gegenpartei im Betrag von Fr. 5'600.– wird um 10 Tage ab Zustellung die-ses Urteils erstreckt.
3. Die Entscheidgebühr für das Verfahren vor Obergericht wird auf Fr. 900.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das obergerichtliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Dem Beklagten wird für das obergerichtliche Verfahren keine Parteientschä-digung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage des Doppels von act. 2, an das Bezirksgericht Dielsdorf unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangs-schein.
7. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.
Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt
Fr. 31'680.–.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw D. Weil

versandt am: