

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RB160026-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hochuli

## Urteil vom 6. Februar 2017

in Sachen

1. **A.** \_\_\_\_\_,

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

Kläger und Beschwerdeführer

gegen

**Personalvorsorgestiftung der C.** \_\_\_\_\_ **AG,**

Beklagte und Beschwerdegegnerin

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

betreffend **Forderung (Sicherstellung Parteientschädigung)**

**Beschwerde gegen einen Zirkulationsbeschluss des Bezirksgerichtes Meilen vom 24. August 2016 (CG150034-G)**

### **Erwägungen:**

1.1. Mit Eingaben vom 21. August 2015 erhoben die Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend Kläger) je eine Aberkennungsklage gegen die Beklagte und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Beklagte; Urk. 5/1 und Urk. 5/54/1). Nachdem in beiden Verfahren ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet worden war (Urk. 5/28 und Urk. 5/54/24), beantragte die Beklagte mit Eingaben vom 4. Mai 2016, die Kläger seien je zu einer Sicherheitsleistung in Höhe von Fr. 62'100.– für die beklagte Parteientschädigung zu verpflichten (Urk. 5/31 und Urk. 5/54/27). Diesbezüglich erfolgten von beiden Parteien insgesamt sechs weitere Eingaben (vgl. dazu Urk. 2 S. 3 f.). Mit Zirkulationsbeschluss vom 24. August 2016 wurden beide Verfahren vereinigt (Urk. 5/53 und Urk. 5/54/48). Darauf wurden die Kläger am selben Tag mit separatem Zirkulationsbeschluss zur Sicherstellung einer allfälligen Parteientschädigung in Höhe von je Fr. 41'445.– verpflichtet (Urk. 2 S. 11 f.).

1.2. Gegen diesen Beschluss erhoben die Kläger mit Eingabe vom 8. September 2016 innert Frist (vgl. Urk. 5/57/1-2) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

"Es sei der Zirkulationsbeschluss des Bezirksgerichts Horgen [recte: Meilen] vom 24. August 2016 (Geschäfts-Nr. CG150034-G vereinigt mit CG150035-G) aufzuheben und es seien die Gesuche um Sicherheit für die Parteientschädigung der Beklagten (act. 31 und act. 54/27) vom 4. Mai 2016 abzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Aberkennungsbeklagten."

1.3. Die von den Klägern einverlangten Kostenvorschüsse von je Fr. 2'500.– gingen innert Nachfrist ein (Urk. 6-10). Die Beschwerdeantwort (Urk. 16) datiert vom 16. Januar 2017 und wurde den Klägern zur Kenntnis gebracht (Urk. 17). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

2. Vorliegend ist die Beschwerde ohne die Zulassungsvoraussetzung des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils gegeben (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 103 ZPO). Entsprechend ist auf die Beschwerde einzutreten.

3. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei hat sich die beschwerdeführende Partei (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) mit den Ausführungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3; BGer 5D\_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1). Pauschale Verweisungen auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften oder die blosser Wiederholung des bereits vor Vorinstanz vorgebrachten Standpunkts genügen hierfür grundsätzlich nicht und sind namentlich dann unzureichend, wenn sich die Vorinstanz mit den betreffenden Ausführungen des Rechtsmittelklägers auseinandergesetzt hat. Sodann sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Es herrscht ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A\_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; BGer 5A\_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3; ZK ZPO-Freiburg/Afheldt, Art. 326 N 4). Entsprechend sind folgende, von den Parteien erstmals im vorliegenden Beschwerdeverfahren vorgebrachten Tatsachenbehauptungen und Beweismittel unbeachtlich:

- Vermögenssituation der Beklagten im Jahr 2008 (Urk. 1 S. 3)
  - Jahresrechnung 2008 der Beklagten (Urk. 4/5)
  - Aberkennungsklage des Klägers 1 gegen die Beklagte vom 21. August 2015 (Urk. 4/6)
- Bezahlung der Staats- und Gemeindesteuern 2011 in Höhe von Fr. 388'113.95 im Jahr 2014 (Urk. 1 S. 15)
  - Zins-Abrechnung Staats- und Gemeindesteuern 2011 (Urk. 4/31c)
  - Auszug Kontoabschluss per 31. Dezember 2014 (Urk. 4/31d)
- Zahlungen von insgesamt Fr. 413'360.– in der Zeit ab 1. Januar 2016 bis 1. April 2016 (Urk. 1 S. 14)
  - Auszug Mietzinskonto bei der Credit Suisse vom 1. Juli 2016 (Urk. 4/31a)
- Konkurs der C.\_\_\_\_\_ AG und in der Folge Verlust sämtlicher Ansprüche der Kläger gegenüber der C.\_\_\_\_\_ AG (Urk. 12 S. 4 und S. 11)

- Beschluss und Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 31. Oktober 2016 (Urk. 14/5)
- SHAB-Publikation vom tt. Dezember 2016 (Urk. 14/6)
- ungenügende Pfändungen beim Kläger 1 für die Forderungen über Fr. 93'000.–, Fr. 715'707.40 und Fr. 174'325.50 (Urk. 12 S. 12) sowie nach dem 3. Mai 2016 gegen die Kläger angehobene Betreibungen (Urk. 12 S. 8, S. 9 und S. 12)
  - Betreibungsregisterauszüge der Kläger vom 15. September 2016 (Urk. 14/2 und Urk. 14/7)
  - Betreibungsbegehren der Personalfürsorge-Stiftung der C.\_\_\_\_\_ AG vom 18. Dezember 2015 (Urk. 14/3.1-2)
  - Zahlungsbefehle vom 31. Oktober 2016 (Urk. 14/4.1-2)

4.1. Die Vorinstanz erwog, der Betreibungsregisterauszug des Klägers 1 vom 3. Mai 2016 weise nebst zahlreichen Betreibungen im bis zu siebenstelligen Bereich, gegen die Rechtsvorschlag erhoben worden sei, eine ungedeckte Pfändung über Fr. 441'182.10 aus (Urk. 5/32). Bei der Klägerin 2 sei die Anzahl der offenen Betreibungen tiefer, es gebe jedoch ebenfalls offene Betreibungen im bis zu siebenstelligen Bereich, wobei eine davon bezahlt und bei den übrigen Rechtsvorschlag erhoben worden sei (Urk. 5/54/28). Des Weiteren hätten die Kläger in einem "Parallelprozess" am Bezirksgericht Zürich ihre Zahlungsunfähigkeit behauptet und deshalb unentgeltliche Rechtspflege beantragt (Urk. 5/33, Urk. 5/34/2, Urk. 5/39, Urk. 5/54/27). Nebst der ungedeckten Pfändung beim Kläger 1 über Steuerschulden, für welche auch die Klägerin 2 betrieben worden sei, reichten diese Indizien aus, um erhebliche Zweifel an der Zahlungsfähigkeit der Kläger zu wecken. Allfällige zukünftige Verbesserungen der finanziellen Verhältnisse, welche von den Klägern behauptet würden, seien unbeachtlich. Ausserdem sei keineswegs klar, dass bald Mittel aus Mietzinseinnahmen und/oder Guthaben bei der C.\_\_\_\_\_ AG zur Verfügung stünden. Eigentliche Nachweise über ihre Liquidität hätten die Kläger nicht erbracht. Vielmehr hätten sie durch ihre Ausführungen indirekt bestätigt, dass die Mittel aktuell gerade nicht verfügbar seien. Den Klägern gelinge es daher nicht, den von der Beklagten erfolgreich glaubhaft gemachten Anschein der Zahlungsunfähigkeit zu widerlegen. Der Nachweis der Mobilisierung von Fr. 3 Mio. ändere an dieser Einschätzung nichts, da diese Mittel nun ebenfalls nicht mehr zur Verfügung ständen und von den Klägern nicht dargelegt worden

sei, wie sie weitere Mittel mobilisieren könnten. Schliesslich könnten die Kläger aus allfälligen widersprüchlichen Behauptungen der Beklagten aus anderen Verfahren nichts für sich ableiten. Denn nachdem es der Beklagten gelungen sei, die Zahlungsunfähigkeit der Kläger glaubhaft zu machen, hätte es den Klägern obliegen, ihre Zahlungsfähigkeit unter Beweis zu stellen. Im Ergebnis riskiere die Beklagte, dass sie die ihr im Fall des Obsiegens zuzusprechende Parteientschädigung bei den Klägern nicht erhältlich machen könne. Die Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung erscheine daher als angemessen (Urk. 2 S. 6 ff.).

Bezüglich der Höhe der Sicherheitsleistung erwog die Vorinstanz, nach der Vereinigung der beiden Aberkennungsverfahren sei von einem Streitwert von Fr. 4 Mio. auszugehen. Die bei diesem Streitwert resultierende Grundgebühr von Fr. 61'400.– sei angesichts des angeordneten zweiten Schriftenwechsels um 25% zu erhöhen. Weiter sei der verlangte Mehrwertsteuerzuschlag zu berücksichtigen, weshalb die Sicherheitsleistung einstweilen auf Fr. 82'890.– festzusetzen und von den Klägern je zur Hälfte zu leisten sei (Urk. 2 S. 10 f.).

4.2. Die Kläger rügen, die Vorinstanz stütze ihre Annahme der Zahlungsunfähigkeit einzig auf die Betreibungsregisterauszüge der Kläger und insbesondere eine ungedeckte Pfändung beim Kläger 1 über Fr. 441'182.10 (Urk. 4/27a [= Urk. 5/32]). Sie unterschlage aber, dass – wie aus der Pfändungsankündigung des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon vom 10. Mai 2016 (Urk. 4/27c [= Urk. 5/45/2 S. 1]) ersichtlich und mit Eingaben vom 18. August 2016 (Urk. 5/51 S. 5 und Urk. 5/54/47 S. 5) vorgebracht – von diesem Betrag Fr. 200'000.– bezahlt worden seien. Des Weiteren verweise die Vorinstanz in ihrem Entscheid auf eine ungedeckte Betreibung im Betreibungsregisterauszug der Klägerin 2 (Urk. 5/4/27b [= Urk. 5/54/28]). Dabei könne es sich nur um die Betreibung Nr. 1 über Fr. 388'133.95 vom 7. August 2014 mit dem Code 102 (Zahlungsbefehl zugestellt) handeln. Bei der Klägerin 2 habe jedoch im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs um Sicherheit für die Parteientschädigung keine ungedeckte Betreibung ohne Rechtsvorschlag vorgelegen. Der Umfang der Betreibungen mit Rechtsvorschlag sei sodann angesichts eines von den Beklagten behaupteten Vermögens von Fr. 18'903'300.– nicht erheblich, zumal bezüglich der Betreibun-

gen von D.\_\_\_\_\_ in Höhe von jeweils Fr. 8.8 Mio. eine Einigung erzielt worden sei (Urk. 4/28-29 [= Urk. 5/52/1-3]). Die noch bestehenden Steuerschulden könnten sie nur deshalb nicht begleichen, weil die Mittel zwar in Form von Mietzinseinnahmen (Fr. 70'000.– pro Monat) vorhanden seien, sie darüber aber aufgrund der von der Beklagten verlangten Ausdehnung der Pfandhaft nach Art. 806 ZGB nicht verfügen könnten. Deshalb könne keine Rede davon sein, dass sie zahlungsunfähig seien. Schliesslich überstiegen die per Ende August 2016 sichergestellten Fr. 12'969'997.– die von der Beklagten geltend gemachte Forderung bei Weitem, weshalb sich eine weitere Sicherheitsleistung von Fr. 41'445.– nicht rechtfertigen lasse, zumal eine solche ihnen den Zugang zum Recht erheblich erschweren würde (Urk. 1 S. 12 ff.).

4.3. Die Beklagte bringt dagegen vor, die Kläger hätten im "Parallelprozess" am Bezirksgericht Zürich und in einem Verfahren am Bundesgericht selbst geltend gemacht, sie seien nicht zahlungsfähig und befänden sich in einer "finanziellen Notlage". Gleichermassen führten die Kläger in der Beschwerdeschrift aus, die zur Tilgung ihrer Schulden erforderlichen Mittel ständen nicht zur Verfügung, womit sie ihre Zahlungsunfähigkeit bestätigen würden. Entgegen ihren Ausführungen hätten sie sodann nach wie vor erhebliche Steuerschulden und sei nur eine der Betreibungen von D.\_\_\_\_\_ (den Kläger 1 betreffend) mittels Vergleich erledigt worden. Nichts zur ihren Gunsten ableiten könnten die Kläger schliesslich aus der früheren beklagtschen Behauptung, das Vermögen der Kläger habe sich per Ende 2012 auf Fr. 18.9 Mio. belaufen, da bei der Beurteilung ihrer Zahlungsfähigkeit auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Entscheids der Vorinstanz abzustellen sei (Urk. 12 S. 5 ff.).

5.1. Die Vorinstanz legte die Voraussetzungen für die Verpflichtung der klagenden Partei zur Sicherstellung der Parteientschädigung zutreffend dar. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, ist an dieser Stelle auf diese Erwägungen zu verweisen (vgl. Urk. 2 S. 5 f. E. 3.1-3.3).

5.2. Zur Rüge der Kläger, sie hätten bereits knapp Fr. 13 Mio. sichergestellt, weshalb sich eine weitere Sicherstellung im Umfang von Fr. 41'445.– (recte: Fr. 82'890.– [vgl. Urk. 2 S. 11]) erübrige (Urk. 1 S. 16), ist festzuhalten, dass ers-

tere aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung einzig Forderungen der Beklagten gegenüber der C.\_\_\_\_\_ AG sichert, nicht aber eine allenfalls von den Klägern an die Beklagte zu leistende Parteientschädigung. Für diese ist aufgrund des entsprechenden Antrags der Beklagten unabhängig von der erfolgten Sicherstellung und separat Sicherheit zu leisten, wenn die Kläger zahlungsunfähig erscheinen (Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO). Dementsprechend berücksichtigte die Vorinstanz bei der Beurteilung des Gesuchs um Verpflichtung zur Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung die erfolgte Sicherstellung der Ansprüche der Beklagten gegenüber der C.\_\_\_\_\_ AG zu Recht nicht. Die Rüge erweist sich als unbegründet.

5.3. Die Kläger rügen weiter, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unrichtig festgestellt, indem sie zwar festgehalten habe, der Betreibungsregisterauszug des Klägers 1 weise eine ungedeckte Pfändung über Fr. 441'182.10 aus, zugleich aber unterschlagen habe, dass davon Fr. 200'000.– bezahlt worden seien (Urk. 1 S. 15). Es trifft zu, dass aus dem Entscheid der Vorinstanz nicht hervorgeht, dass Fr. 200'000.– der beim Kläger 1 betriebenen Staats- und Gemeindesteuern 2012 von insgesamt Fr. 441'182.10 beglichen wurden (Urk. 5/34/1 = Urk. 5/45/2). Das ändert allerdings nichts am Umstand, dass beide Kläger ab Anhebung der entsprechenden Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon am 17. Juli 2015 (Urk. 5/4/27a = Urk. 5/32 S. 2) bis zur zweiten Pfändungsankündigung am 10. Mai 2016 (Urk. 5/4/27c = Urk. 5/45/2 S. 1; vgl. auch Urk. 5/34/1 und Urk. 5/45/3) und darüber hinaus (vgl. Urk. 5/52 S. 5 [Eingabe des Klägers 1 vom 18. August 2016]), das heisst mithin während mindestens zehn Monaten, nicht in der Lage waren, die Steuerschuld vollständig zu begleichen. Gemäss Darstellung der Kläger drohte deswegen gar die Verwertung ihres Hausrats (vgl. Urk. 5/45/1 S. 9). Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die ungenügende Pfändung für die Steuerschuld als Indiz für die Zahlungsunfähigkeit der Kläger wertete.

5.4. Die Rüge der Kläger, die Vorinstanz habe bei der Klägerin 2 zu Unrecht auf eine ungedeckte Betreuung verwiesen (Urk. 1 S. 15 Rz. 17.2), erweist sich als unbegründet, denn die Vorinstanz hielt im angefochtenen Entscheid lediglich fest, auch die Klägerin 2 sei für Steuerschulden der Kläger betrieben worden (Urk. 2

S. 6 E. 3.5). Das stimmt mit dem Betreibungsregisterauszug der Klägerin 2 überein, welchem sich zwei Betreibungen der Steuerbehörden (über Fr. 5'173.75 [mit dem Code 105: bezahlt] und Fr. 388'113.95 [mit dem Code 102: Zahlungsbefehl zugestellt]; vgl. Urk. 5/54/28) entnehmen lassen, und ist daher nicht zu beanstanden.

5.5. Wie die Kläger selbst ausführen, kann Zahlungsunfähigkeit auch bei einer Häufung von offenen Betreibungen in einem im Verhältnis zu den *verfügbaren Mitteln* des Schuldners erheblichen Umfang vorliegen (Urk. 1 S. 15 mit Verweis auf BK ZPO-Sterchi, Art. 99 N 23). Ungeachtet der Vermögensverhältnisse der Kläger ist gestützt auf ihre Ausführungen (Urk. 1 S. 16; Urk. 5/45/1 S. 6 ff.; Urk. 5/51 S. 3) sowie der trotz mehrmaliger Pfändung erst knapp zur Hälfte beglichenen Steuerschuld für das Jahr 2012 davon auszugehen, dass im Zeitpunkt des Entscheids der Vorinstanz weder Mietzinseinnahmen noch andere Vermögenswerte zur Verfügung standen, um Verbindlichkeiten zu begleichen. Dabei handelte es sich – entgegen der Darstellung der Kläger – auch nicht um einen bloss kurzfristigen Liquiditätsengpass. Vielmehr waren die Kläger während mindestens zehn Monaten nicht in der Lage, die Steuerschuld 2012 zu begleichen (vgl. dazu oben Ziff. 5.3). Die Kläger bringen zwar in der Beschwerde erneut vor, sie hätten im 1. Quartal 2016 Fr. 3 Mio. aufgebracht, weshalb nicht von Zahlungsunfähigkeit ausgegangen werden könne (Urk. 1 S. 14). Die Kläger setzen sich in ihrer Beschwerde jedoch mit der zutreffenden Erwägung der Vorinstanz, es sei weder dargelegt noch ersichtlich, inwiefern die Kläger in der Lage sein sollten, erneut flüssige Mittel zu mobilisieren (Urk. 2 S. 7 f. E. 3.8), nicht auseinander. Entsprechend hat es dabei sein Bewenden.

5.6. Schliesslich ging die Vorinstanz – entgegen der Darstellung der Kläger (Urk. 1 S. 15) – nicht einzig aufgrund der ungenügenden Pfändung beim Kläger 1 von der Zahlungsunfähigkeit beider Kläger aus. Vielmehr stützte sie ihre Beurteilung insbesondere auch auf den Umstand, dass die Kläger in einem Verfahren am Bezirksgericht Zürich (mit Eingabe vom 14. März 2016, vgl. Urk. 5/34/2 S. 2) um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ersucht und dabei naturgemäss behauptet hätten, nicht zahlungsfähig zu sein (Urk. 2 S. 6 E. 3.4 und E. 3.5). Diese

Sachverhaltsfeststellung rügen die Kläger indes nicht, weshalb es dabei sein Bewenden hat.

5.7. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde, die Vorinstanz sei zu Unrecht vom Anschein der Zahlungsunfähigkeit der Kläger und damit einem Kautionsgrund im Sinne von Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO ausgegangen, als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

6. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 in Verbindung mit § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen und ausgangsgemäss den Klägern je zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kläger sind sodann unter solidarischer Haftung zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.– (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen (§ 13 Abs. 1 und Abs. 4 in Verbindung mit §§ 4 Abs. 1 und 10 Abs. 1 lit. b AnwGebV).

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Klägern je zur Hälfte auferlegt und mit den von ihnen geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet.
4. Die Kläger werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Beklagten für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 3'780.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, 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. 4'000'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 6. Februar 2017

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hochuli

versandt am: jo