

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB170024-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 1. November 2017

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Beschwerdeführerin

gegen

B. _____,

Beschwerdegegner

betreffend **paulianische Anfechtung (Kostenfolgen)**

**Beschwerde gegen einen Beschluss der 4. Abteilung des Bezirksgerichtes
Zürich vom 27. April 2017; Proz. CG160074**

Erwägungen:

I.

Sachverhalt / Prozessgeschichte

1. Anlass zur Beschwerde gibt die vorinstanzliche Kostenverlegung. Die A._____, welcher die Prozesskosten des (zufolge Löschung der beklagten C._____ AG) gegenstandslos gewordenen Verfahrens auferlegt wurden, wirft der Vorinstanz vor, Art. 108 ZPO trotz Vorliegens entsprechender Gründe zu Unrecht nicht angewendet und die Prozesskosten nicht B._____ (am vorinstanzlichen Prozess nicht beteiligter Dritter) auferlegt zu haben.

2. Nachdem das Handelsgericht des Kantons Zürich auf die von der A._____ gegen die C._____ AG am 11. März 2014 erhobene Anfechtungsklage nach Art. 285 ff. SchKG mangels sachlicher Zuständigkeit nicht eingetreten war (act. 3/2; act. 4), erhob Erstere die entsprechende Klage mit Eingabe vom 15. August 2016 (act. 2) und Klagebewilligung des Friedensrichteramtes D._____ der Stadt Zürich vom 12. Mai 2016 (act. 1) beim Bezirksgericht Zürich (fortan Vorinstanz). Nach Eingang des ihr auferlegten Prozesskostenvorschusses in Höhe von Fr. 12'500.-- (act. 6 und act. 8) wurde das Verfahren mit Beschluss der Vorinstanz vom 29. September 2016 antragsgemäss (act. 2 S. 3; act. 11) sistiert bis zur rechtskräftigen Erledigung des vor Bundesgericht hängigen Verfahrens in Sachen A._____ gegen B._____ (vormals Präsident des Verwaltungsrates und Geschäftsführer der C._____ AG, act. 19/1 = act. 38) betreffend aktienrechtliche Verantwortlichkeit (act. 12). Auf Nachfrage der Vorinstanz (act. 14) teilte die A._____ (fortan Beschwerdeführerin) mit Schreiben vom 6. März 2017 mit, dass im vorerwähnten Verfahren noch kein rechtskräftiger Entscheid in der Sache vorliege (act. 15). Hierauf wurde den Parteien Frist zur Stellungnahme zur weiteren Sistierung des Verfahrens angesetzt (act. 16), worauf der damalige Vertreter der C._____ AG mit Eingabe vom 16. März 2017 mitteilte, dass er beim Versuch der Rücksprache mit der Mandantschaft erfahren habe, dass die C._____ AG am 25. Oktober 2016 in Anwendung von Art. 155 HRegV von Amtes wegen aus dem

Handelsregister gelöscht und die Massnahme am tt.mm 2016 im SHAB publiziert worden sei (act. 18; act. 19/1-2).

3. In der Folge wurde der Beschwerdeführerin mit Verfügung der Vorinstanz vom 20. März 2017 betreffend Fortgang des Verfahrens sowie Kosten- und Entschädigungsfolgen das rechtliche Gehör gewährt (act. 20). Mit Eingabe vom 28. März 2017 beantragte sie die Abschreibung des Verfahrens zufolge Gegenstandslosigkeit sowie die Auferlegung der Prozesskosten, bestehend aus der (festzusetzenden) Entscheidgebühr, den Kosten des Schlichtungsverfahrens in Höhe von Fr. 950.-- sowie der verlangten Parteientschädigung von Fr. 2'613.-- (exkl. MwSt) an B._____, welcher ihrer Ansicht nach die unnötigen Prozesskosten verursacht habe (act. 22 inkl. Beilagen act. 23).

4. Mit Beschluss der Vorinstanz vom 27. April 2017 wurde das Verfahren wieder aufgenommen und als gegenstandslos geworden abgeschrieben. Die Entscheidgebühr wurde auf Fr. 4'200.-- festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet. Parteientschädigungen wurden keine zugesprochen. Der Beschluss wurde der Beschwerdeführerin und B._____ zugestellt (act. 27 = act. 34).

5. Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 29. Mai 2017 (Poststempel) fristgerecht (vgl. act. 28) Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich (act. 32 inkl. Beilagen act. 33/1-5). Sie verlangt die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Auferlegung der Prozesskosten (vgl. Ziff. I.3) an B._____. Eventualiter beantragt sie die Rückweisung an die Vorinstanz (act. 32 S. 2).

6. Mit Verfügung der Kammer vom 11. August 2017 (act. 35) wurde das Rubrum angepasst; der vom Kostenentscheid betroffene B._____ wurde in das Rechtsmittelverfahren einbezogen und die C._____ AG, welche mit der Löschung aus dem Handelsregister (act. 38) ihrer Rechtspersönlichkeit und damit ihrer Parteifähigkeit verlustig ging, wurde aus dem Rubrum gestrichen. Der der Beschwerdeführerin mit selbiger Verfügung auferlegte Kostenvorschuss für das Rechtsmittelverfahren in Höhe von Fr. 1'440.-- wurde rechtzeitig geleistet (act. 36 und act.

37). Von der Einholung einer Beschwerdeantwort wurde abgesehen (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1 - 30). Die Sache ist spruchreif.

II. Prozessuales

Beim Eventualantrag, mit welchem die Beschwerdeführerin die Rückweisung an die Vorinstanz verlangt, weil ihre Stellungnahme vom 28. März 2017 inkl. Beilagen (vgl. Ziff. I.3) B._____ erst mit dem Endentscheid vom 27. April 2017 zugestellt worden war (act. 32 S. 6; act. 34 S. 7) und somit sinngemäss die Verletzung dessen Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend gemacht wird, fehlt es an einem Rechtsschutzinteresse seitens der Beschwerdeführerin, weshalb auf die Beschwerde in diesem Punkt nicht einzutreten ist.

III. Materielles

1.1 Die Prozesskosten sind immer der klagenden Partei, welche sie durch Inanspruchnahme des Gerichts veranlasst hat, aufzuerlegen, wenn die Kostenaufgabe an die beklagte Partei (wie im vorliegenden Fall zufolge Verlustes der Rechtspersönlichkeit) nicht in Betracht kommt, die Kosten nicht einem Dritten (Art. 108 ZPO) auferlegt werden können und auch kein Anlass zur Übernahme der Kosten auf die Staatskasse besteht (Art. 106 ff. ZPO). Das gehört zum Prozessrisiko der klagenden Partei (ZR 103/2004 Nr. 51 E. 3c und 4; ZR 75/1976 Nr. 89).

1.2 Nach Art. 108 ZPO hat unnötige Prozesskosten zu bezahlen, wer sie verursacht hat. Das Gesetz statuiert damit für unnötige Kosten das Verursacherprinzip unabhängig vom Prozessausgang. Gestützt auf diese Bestimmung können auch Dritte, die nicht Partei des Prozesses waren, zur Bezahlung von Prozesskosten verpflichtet werden. In der Lehre ist umstritten, ob diesfalls ein Verschulden des Dritten erforderlich ist (statt vieler: Adrian Urwyler/Myriam Grütter, DIKE-

Komm ZPO, 2. Aufl. 2016, N 1 und FN 10 zu Art. 108 ZPO; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, 3. Aufl. 2017, N 2 zu Art. 108 ZPO; offen gelassen im Urteil BGer 4A_93/2015 vom 22. September 2015, E. 2.4.4).

Unnötige Kosten sind in erster Linie solche, die durch ein Verhalten innerhalb des Prozesses (z.B. trölerische Begehren, Säumnis, späte Vorbringen etc.) verursacht wurden und zu den üblichen bzw. ohnehin entstehenden Prozesskosten hinzukommen. Als unnötige Prozesskosten kommen aber auch solche in Frage, die durch ein Verhalten (einer Partei oder eines Dritten) ausserhalb des Prozesses verursacht wurden und die gesamten Prozesskosten umfassen können (vgl. Urteil BGer 4A_42/2015 vom 15. März 2016 E. 4.1 und 4.5; BGE 141 III 426 E. 2.4.3; Urteil BGer 5P.167/2004 vom 3. Juni 2004 E. 3; für weitere Beispiele vgl. Fischer, Stämpfli Handkommentar, N 8 zu Art. 108 ZPO).

2. Die Vorinstanz auferlegte die Prozesskosten der Beschwerdeführerin, da diese den Prozess veranlasst und für die Klage das Prozessrisiko zu tragen habe. Die beantragte Kostenaufgabe an B._____ wies sie mit folgender Begründung ab: Die C._____ AG sei gemäss den sich mit den Akten deckenden Ausführungen der Beschwerdeführerin bereits am 16. Februar 2016 überschuldet gewesen bzw. habe kein pfändbares Vermögen aufgewiesen, worauf am 15. April 2016 ein Verlustschein über Fr. 7'159.-- ausgestellt worden sei. Da die zur Ausstellung des betreffenden Verlustscheins führende Betreuung als auch der Verlustschein selber dem Betreibungsregisterauszug der C._____ AG hätten entnommen werden können, hätte die Beschwerdeführerin mittels einfacher Betreuungsauskunft bereits vor Durchführung der Schlichtungsverhandlung vom 12. Mai 2016 von der Überschuldung der C._____ AG Kenntnis erlangen können. Überdies sei am tt., tt. und tt.mm.2016, und damit vor Einreichung der Klage am 15. August 2016, der dreimalige Rechnungsruf nach Art. 155 Abs. 2 HRegV im Schweizerischen Handelsamtsblatt öffentlich publiziert worden. Dabei sei darauf hingewiesen worden, dass die C._____ AG keine Geschäftstätigkeit mehr aufweise, über keine verwertbaren Aktiven mehr verfüge und gelöscht werde, falls innert 30 Tagen kein Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung geltend gemacht werde. Es wäre der Beschwerdeführerin ohne Weiteres möglich gewesen, sich vor Einreichung

der Klageschrift über die wirtschaftliche Situation der C._____ AG zu informieren sowie die bevorstehende Löschung zu erkennen und im Sinne von Art. 938a Abs. 2 OR ihr Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung geltend zu machen, um die Löschung der C._____ AG gegebenenfalls zu verhindern (act. 34 S. 4 f.).

Es sei nicht ersichtlich und werde von der Beschwerdeführerin auch nicht dargelegt, inwiefern B._____ ihr gegenüber verpflichtet gewesen wäre, von sich aus und ungefragt auf die prekäre finanzielle Situation der C._____ AG und deren bevorstehende Löschung bzw. auf die allgemein zugänglichen Informationen aufmerksam zu machen und die Beschwerdeführerin so vor einem unnötigen Prozess zu bewahren. Vielmehr wäre es ihre Sache gewesen, ihr Prozessrisiko vor Einleitung des Prozesses abzuklären und gegebenenfalls von einer Klage abzusehen (act. 34 S. 5 f.).

3. Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz eine Missachtung von Art. 725 Abs. 2 OR und Art. 52 ZPO sowie eine Verletzung von Art. 108 ZPO vor.

Sie rügt, die Vorinstanz negiere die auf Art. 725 Abs. 2 OR beruhende Pflicht zur Anzeige der Überschuldung. Unnötige Prozesskosten im Sinne von Art. 108 ZPO verursache, wer diese bei gehöriger Sorgfalt habe vermeiden können. Die Verletzung der Sorgfalt ergebe sich ohne Weiteres aus dem Unterdrücken der Überschuldungsanzeige (act. 32 S. 4 f.).

Des Weiteren wird der Vorinstanz vorgeworfen, sie verneine kategorisch und ohne Begründung eine Informationspflicht aus dem Prozessrechtsverhältnis. Eine solche sei bezüglich der Überschuldung und bevorstehenden Löschung gestützt auf den Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) bzw. der sich daraus ergebenden Mitwirkungspflicht und des Verbots der schikanösen Rechtsausübung gegeben (act. 32 S. 4 f.). Letztere sieht sie darin, dass B._____, welcher an der Schlichtungsverhandlung vom 12. Mai 2016 als Präsident des Verwaltungsrates der C._____ AG mit deren Rechtsvertreter erschienen sei, durch das Verschweigen keinen praktischen Nutzen habe erreichen, sondern ihr lediglich Schaden habe zufügen können, indem er sie ein Schlichtungsverfahren

habe durchlaufen und eine Klage einreichen lassen, im Wissen, dass dieser Aufwand infolge der bevorstehenden Löschung der C._____ AG nutzlos sein werde (act. 32 S. 5).

4.1 Soweit die Beschwerdeführerin geltend machte, dass sie am 18. März 2016 das Gesuch um Durchführung des Schlichtungsverfahrens erst gar nicht eingereicht hätte, wenn B._____ rechtzeitig die am 16. Februar 2016 bestehende Überschuldung angezeigt hätte (act. 22 S. 2), verkennt sie, dass selbst wenn B._____ die gesetzlichen Pflichten bei Überschuldung der Gesellschaft gemäss Art. 725 Abs. 2 OR missachtet haben sollte (act. 32 S. 4), sich diesfalls zwar die Frage der Haftung für Versäumnisschäden (Art. 754 OR) stellt. Die Verletzung der Benachrichtigungspflicht des Richters fällt indes nicht unter die ausserhalb des Prozesses vorgenommene bzw. im vorliegenden Fall unterlassene Handlung, die es im Rahmen der Kostenverlegung im gegen die C._____ AG angestrebten Prozess nach Art. 285 ff. SchKG zu berücksichtigen gälte. Denn zurückzuführen ist dieser Prozess auf einen Anfechtungstatbestand gemäss Art. 286-288 SchKG, was die Beschwerdeführerin zur Anstrengung eines Verfahrens gegen die C._____ AG veranlasst hat (vgl. act. 4/1 S. 4 f.), und nicht auf das Unterlassen aktienrechtlicher Pflichten. Aus der Verweisung auf Literaturstellen zu Art. 725 Abs. 2 OR, wonach Dritte, welche mit einer Gesellschaft in Geschäftsverkehr treten, grundsätzlich davon ausgehen dürften, dass diese nicht überschuldet sei (act. 32 S. 4 und 6), kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. In prozessualer Hinsicht trug nämlich sie als Veranlasserin des Schlichtungsverfahrens bzw. des Prozesses nach Art. 285 ff. SchKG das allgemeine Prozessrisiko und damit die Gefahr, dass die Belangung der Gegenpartei aus welchem Grund auch immer letztlich nicht möglich sein würde (vgl. ZR 75/1976 Nr. 89).

Vor diesem Hintergrund war es der Beschwerdeführerin im weiteren Verfahrensverlauf – wie die Vorinstanz richtig erwog – bereits vor Durchführung der Schlichtungsverhandlung am 12. Mai 2016 (in welchem Stadium die Kosten noch verhältnismässig gering waren, vgl. § 3 GebV OG) und insbesondere auch vor Klageeinleitung bei der Vorinstanz am 15. August 2016 durchaus möglich und

zumutbar, allein mittels Betreuungsauskunft vom Verlustschein bzw. der Überschuldung der C._____ AG Kenntnis zu erlangen. Überdies wurde auch im Rahmen des dreimaligen Rechnungsrufs im SHAB vom tt., tt und tt. mm 2016 und damit vor der Klageeinleitung bei der Vorinstanz öffentlich bekannt gemacht, dass die C._____ AG keine Geschäftstätigkeit mehr aufweise und über keine verwertbaren Aktiven mehr verfüge (act. 26/1-3; vgl. auch nachstehend Ziff. 4.2.3).

4.2.1 Die Beschwerdeführerin, welche sich auf den Standpunkt stellt, sie habe zufolge der seitens B._____ vor, während und nach der Schlichtungsverhandlung unterlassenen Information betreffend Überschuldung und bevorstehende Löschung davon ausgehen dürfen, dass die im Prozess auftretende Gesellschaft nicht überschuldet sei, weshalb ihrerseits gerade keine Obliegenheit bestanden habe, Betreuungsauskünfte einzuholen oder öffentliche Bekanntmachungen zu verfolgen (act. 32 S. 6), geht fehl.

4.2.2 Für B._____ bestand weder vor noch im Rahmen der Schlichtungsverhandlung vom 12. Mai 2016 eine prozessuale Pflicht, proaktiv über die finanzielle Lage bzw. die fehlenden Aktiven der belangten C._____ AG, deren Organ er war, oder deren möglicherweise bevorstehende Löschung aus dem Handelsregister zu informieren. Würde man die prozessualen Mitwirkungspflichten der am Verfahren beteiligten Personen dermassen weit fassen, würde das bedeuten, dass jede ins Recht gefasste mittellose Partei die Gegenpartei unaufgefordert über diesen Umstand informieren und sie damit implizit darauf aufmerksam machen müsste, dass sie mit der Klage letzten Endes nicht an das beabsichtigte Ziel gelangen werde. Ein solcher prozessualer Anspruch besteht nicht. Sodann war die Löschung der C._____ AG im Zeitpunkt der Schlichtungsverhandlung noch offen. Die 30tägige Frist gemäss des an ihren Verwaltungsrat adressierten Schreibens des Handelsregisteramtes vom 25. April 2016, mit welchem dieser gestützt auf Art. 155 Abs. 1 HRegV aufgefordert worden war mitzuteilen, ob die Eintragung der C._____ AG im Handelsregister aufrecht erhalten bleiben solle, war noch nicht verstrichen (act. 23 Blatt 3). Des weiteren hatte auf diese Aufforderung noch zwingend der dreimalige Rechnungsruf (act. 23 Blatt 5) zu erfolgen, anlässlich welchem innert der Frist von erneut 30 Tagen u.a. jeder Gläubiger (und so auch

die Beschwerdeführerin) sein Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung hätte anmelden können. Von einer schikanösen Rechtsausübung kann daher entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin (act. 32 S. 5; vorstehend Ziff. II.3) keine Rede sein.

4.2.3 Eine prozessuale Informationspflicht seitens B._____ bestand nach dem Gesagten auch (und erst recht) nicht nach Abschluss der Schlichtungsverhandlung vom 12. Mai 2016. Er handelte somit nicht treuwidrig (und schon gar nicht offenbar rechtsmissbräuchlich), indem er nach abgeschlossenem Schlichtungsverfahren nicht von sich aus die Beschwerdeführerin kontaktiert hatte, um sie über die am tt.tt. und tt.mm 2016 im SHAB publizierten Vorgänge bzw. allgemein zugänglichen Informationen betreffend die bevorstehende Löschung der C._____ AG sowie deren wirtschaftliche Situation (act. 26/1-3) zu informieren und allenfalls von der Einreichung der Klage beim Gericht abzuhalten.

Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass es der Beschwerdeführerin vor Einreichung der Klageschrift bei der Vorinstanz ohne Weiteres möglich gewesen wäre, die bevorstehende Löschung der C._____ AG zu erkennen. Die entsprechenden Informationen einzuholen wäre nahe gelegen wegen des allgemeinen Prozessrisikos, welches sie als Klägerin zu tragen hatte und damit einhergehend der Gefahr, dass die Belangung der einzuklagenden Gesellschaft – in vorliegenden Fall zufolge Löschung aus dem Handelsregister – nicht möglich sein würde. In diesem Sinne hätte sie ihr Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung geltend machen und die Löschung der C._____ AG gegebenenfalls verhindern, oder aber im Rahmen der Prozessrisikoabschätzung von der Klage absehen können.

5. Die Beschwerdeführerin machte nicht geltend, dass sie über die finanzielle Lage der C._____ AG und deren Löschung seitens B._____ aktiv getäuscht worden sei. Somit fällt auch unter diesem Gesichtspunkt eine Kostenüberbindung an B._____ ausser Betracht.

6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die Prozesskosten zu Recht der Beschwerdeführerin und nicht B._____ auferlegt hat. Die Beschwerde ist somit abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolge

Beim vorliegenden Streitwert von Fr. 7'760.-- ist die zweitinstanzliche Entscheidegebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'440.-- festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

Im Beschwerdeverfahren sind keine Prozessentschädigungen zuzusprechen, der Beschwerdeführerin zufolge Unterliegens und B._____ mangels Umtrieben im Rechtsmittelverfahren.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 1'440.-- festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Entschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage der Doppel von act. 32 und act. 33/1-5, sowie an die 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich und an die Obergerichtskasse, 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 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 7'760.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am: