

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RB200023-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

## Urteil vom 2. November 2020

in Sachen

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

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1.\_\_\_\_\_,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Kläger und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y1.\_\_\_\_\_,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y2.\_\_\_\_\_,

betreffend **paulianische Anfechtung (Sicherheit Parteientschädigung)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung der II. Abteilung des Bezirksgerichtes**

**Bülach vom 17. August 2020; Proz. CG190025**

### Erwägungen:

1.

1.1. Mit zwei separaten Klagen beim Bezirksgericht Bülach vom 17. September 2019 fordert Prof. Dr. B.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Kläger) als Insolvenzverwalter der C.\_\_\_\_\_ Travel Betriebsgesellschaft mbH bzw. der D.\_\_\_\_\_ GmbH gestützt auf Art. 288 SchKG ("Deliktspauliana") von der A.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend Beklagte) einen Betrag von insgesamt EUR 34'927'473.34. Mit Verfügung vom 17. August 2020 wurden die zwei separat angelegten Verfahren vereinigt und dem Kläger eine Frist angesetzt, um eine Sicherheit für die Parteientschädigung der Beklagten in der Höhe von Fr. 308'800.– zu leisten (vgl. act. 4). Dagegen erhob die Beklagte mit Eingabe vom 7. September 2020 gestützt auf Art. 103 ZPO rechtzeitig Beschwerde beim Obergericht und stellte sinngemäss folgende Anträge (vgl. act. 2 und act. 5/33):

1. Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung vom 17. August 2020 über die Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung der Beklagten sei aufzuheben.
2. Der Kläger sei zu verpflichten, eine Sicherheit für die Parteientschädigung der Beklagten in der Höhe von Fr. 567'598.90 (inkl. MwSt.), eventualiter Fr. 527'018.50 (ohne MwSt.) zu leisten.
3. Eventualiter zu Rechtsbegehren Ziffer 2 sei der Entscheid über die Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung der Beklagten zur Neubeurteilung an das Bezirksgericht Bülach zurückzuweisen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu lasten des Klägers.
5. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung i.S.v. Art. 325 Abs. 2 ZPO zu erteilen.

1.2. Mit Verfügung vom 15. September 2020 wurde der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen und die Beklagte verpflichtet, einen Kostenvorschuss von Fr. 6'000.– zu bezahlen (vgl. act. 6). Dies tat sie innert Frist (vgl. act. 10). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 5). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Die klagende Partei hat auf Antrag der beklagten Partei für deren Parteientschädigung Sicherheit zu leisten, wenn einer der gesetzlichen Gründe gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. a bis lit. d ZPO erfüllt ist. Die Höhe der Sicherheit hat die mutmassliche Parteientschädigung abzudecken. Das Gericht legt die Sicherheitsleistung aufgrund einer summarischen Prüfung der Verhältnisse fest, wobei ihm mit Blick auf den ungewissen Ablauf des Prozesses ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht. Da die Sicherheit nachträglich nötigenfalls erhöht werden kann, ist bei ihrer Bemessung Zurückhaltung angebracht. Damit die Prozessführung nicht unnötig erschwert wird, sind nicht von vornherein alle denkbaren Zuschläge und Eventualitäten abzudecken. Die Sicherheit soll die Rechtsvertretungskosten vor der jeweiligen Instanz auf Basis des kantonalen Tarifs für den Normalfall abdecken. In der Regel sind dabei noch keine Zuschläge für ein Beweisverfahren zu berechnen, solange nicht feststeht, dass es zu einem solchen kommen wird (vgl. OGer ZH RB150044 vom 10. Februar 2016 E. 5.4.1.; ZK ZPO-Suter/von Holzen, 3. Auflage 2016, Art. 100 N 8; KUKO ZPO-Schmid, 2. Auflage 2014, Art. 100 N 10; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, 3. Auflage 2017, Art. 100 N 2a; Grütter/Urwyler, DIKE Komm ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 100 N 1 f.).

2.2. Die Vorinstanz berechnete ausgehend von einem Streitwert von Fr. 38'127'682.51 eine ordentliche Grundgebühr von Fr. 247'039.90. Sie erwog, es handle sich vorliegend zweifellos nicht um einen unkomplizierten Fall. Der Sachverhalt sei zwar relativ komplex. Da die Klageantwort im momentanen Verfahrensstand noch nicht vorliege, könne jedoch nicht abgeschätzt werden, inwiefern dieser bestritten und entsprechend, ob ein aufwändiges Beweisverfahren nötig sein werde. Rechtlich stützten sich die Rechtsbegehren des Klägers einzig auf Art. 288 SchKG. Entsprechend könne aktuell nicht von einer besonders hohen Schwierigkeit des Falles oder einem besonders hohen Zeitaufwand der Vertretung im Sinne von § 4 Abs. 2 AnwGebV ausgegangen werden, die nicht bereits in der streitwertabhängigen Bemessung der Grundgebühr berücksichtigt worden wären. Gründe, welche für eine besonders hohe Verantwortung des Vertreters sprächen, seien ebenfalls nicht ersichtlich. Aufgrund der Komplexität sei davon auszu-

gehen, dass nach dem ersten Schriftenwechsel nicht direkt zur mündlichen Hauptverhandlung vorgeladen, sondern ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werde. Dafür sei nach § 11 Abs. 2 AnwGebV ein Zuschlag geschuldet. Vorliegend lasse sich der Zuschlag derzeit lediglich abschätzen. Es rechtfertige sich, ihn auf einen Viertel der Grundgebühr anzusetzen. Entsprechend betrage die mutmassliche Grundgebühr (gerundet) Fr. 308'800.– (vgl. act. 4 E. 3.6 bis 3.8).

2.3. Gemäss der Beklagten klagten vorliegend zwei ausländische Insolvenzmassen im Rahmen eines Schweizerischen Hilfskonkurses gegen eine Schweizer Gesellschaft, die Teil eines internationalen Konzerns bilde und Dienstleistungen gegenüber den Konkursitinnen vorwiegend im Ausland erbracht habe. In diesem umfassend internationalen Kontext sei vernünftigerweise zu erwarten, dass sich tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten ergäben, welche in keiner Beziehung zum Streitwert stünden. Weiter bestehe für die Vorinstanz in vernünftiger Prognostizierung des weiteren Verfahrensverlaufs kein Anlass zur Annahme, dass die Beklagte die in den Klagen vorgebrachten Tatsachenbehauptungen nicht maximal bestreiten werde. Entsprechend sei ohne gegenteilige Hinweise auch von einem (aufwändigen) Beweisverfahren auszugehen. Eine vollumfängliche Gutheissung der Klage sei für die Beklagte existenzbedrohend, womit die Verantwortung für die Rechtsvertretung hoch ausfalle. Sowohl betreffend die besondere Schwierigkeit, den besonderen Zeitaufwand sowie die besondere Verantwortung sei schliesslich entscheidend, dass die entsprechenden Behauptungen unbestritten geblieben seien. Richtigerweise hätte die Vorinstanz infolge besonders hohen Zeitaufwandes, besonders hoher Komplexität und/oder besonders hoher Verantwortung in Anwendung von § 4 Abs. 2 AnwGebV darauf erkennen müssen, dass die mutmassliche Parteientschädigung auch eine Erhöhung der Grundgebühr um einen Drittel beinhalte (vgl. act. 2 N 26-31).

2.4. Nach § 4 Abs. 2 AnwGebV kann die Gebühr bis zu einem Drittel erhöht oder ermässigt werden, wenn die Verantwortung oder der Zeitaufwand der Vertretung oder die Schwierigkeit des Falls besonders hoch oder tief ist. Es handelt sich dabei um eine Kann-Vorschrift für Fälle, in denen diese Kriterien in besonderem Mass verstärkt bzw. abgeschwächt vorliegen. Der dargelegte internationale Kon-

text sowie die zu erwartende umfassende Bestreitung der klägerischen Vorbringen führt nun aber nicht zwingend zum Schluss, dass es zu einem Prozess mit ausserordentlichem Zeitaufwand oder ausserordentlicher Schwierigkeit i.S.v. § 4 Abs. 2 AnwGebV kommen wird. Die vorgebrachte hohe Verantwortung ergibt sich sodann aus der Höhe des eingeklagten Betrages; diese Höhe findet jedoch bereits in der streitwertabhängigen Grundgebühr ihre Berücksichtigung. Indem die Vorinstanz § 4 Abs. 2 AnwGebV hier nicht angewendet hat, hat sie ihr umfassendes Ermessen bei der Festsetzung der Sicherheitshöhe demnach nicht verletzt, zumal wie dargelegt aufgrund der Möglichkeit einer nachträglichen Erhöhung Zurückhaltung geboten ist.

Auch aus der Stellungnahme des Klägers zu den beklagischen Ausführungen über die Schwierigkeit, den Zeitaufwand und die Verantwortung ergibt sich sodann keine Pflicht der Vorinstanz zur Anwendung von § 4 Abs. 2 AnwGebV: Die Vorinstanz konnte unabhängig vom Standpunkt des Klägers die rechtliche Einschätzung vornehmen, ob eine Anwendung der Bestimmung gerechtfertigt ist. Ohnehin erklärte der Kläger, die Höhe der verlangten Sicherheitsleistung sei zum jetzigen Verfahrensstadium nicht gerechtfertigt und die Elemente Komplexität, Zeitaufwand und Verantwortung seien hier bereits durch die ordentliche Gebühr gedeckt (vgl. act. 16 N 15 f.)

2.5. Gemäss der Beklagten präsentiert sich der hypothetische Prozessverlauf – nebst dem in der Grundgebühr enthaltenen Aufwand für Klageantwort und Hauptverhandlung – wie folgt: Duplik, (evtl. mehrere) Novenstellungen, Beweisverfahren (Teilnahme Partei- und Zeugenbefragungen sowie Schlussvorträge). Es sei gängige Praxis, dass für jede der vorstehend aufgeführten Prozesshandlungen mindestens ein Zuschlag im Sinne von § 11 Abs. 2 AnwGebV von 20 % geschuldet sei. Entsprechend beinhalte im jetzigen Zeitpunkt die mutmassliche Parteienschädigung mindestens 60 % (vgl. act. 2 N 36 f.).

Dass es im weiteren Verlauf des Prozesses zu einer Novenstellungnahme der Beklagten sowie zu einem Beweisverfahren kommen wird, erscheint im jetzigen Verfahrensstadium jedoch nicht als zwingend. Wenn die Vorinstanz neben der Klageantwort nur von einer zusätzlichen Rechtsschrift und neben der Hauptverhand-

lung von keiner zusätzlichen Verhandlung ausging und deshalb einen Zuschlag von lediglich 25 % im Sinne von § 11 Abs. 2 AnwGebV machte, hat sie ihr weites Ermessen nicht verletzt. Es sind wie gesagt nicht von vorneherein alle denkbaren Zuschläge zu machen.

2.6. Die von der Vorinstanz festgelegte Höhe der Sicherheit für die Parteientschädigung von Fr. 308'800.– ist somit im Ergebnis nicht zu beanstanden.

3.

3.1. Die Vorinstanz erwog, gemäss Art. 28 Abs. 1 MWSTG könne eine selber mehrwertsteuerpflichtige Partei die ihrem Anwalt auf sein Honorar bezahlte Mehrwertsteuer von ihrer eigenen Mehrwertsteuerrechnung als Vorsteuer in Abzug bringen. Da sie daher durch die Mehrwertsteuer keinen zusätzlichen finanziellen Schaden erleide, sei einer obsiegenden selber mehrwertsteuerpflichtigen Partei kein Mehrwertsteuerzuschlag zur Parteientschädigung zuzusprechen, sofern diese nicht behauptete und nachweise, dass sie nicht im vollen Umfange zum Abzug der Vorsteuer berechtigt sei. Die Beklagte vermute lediglich, dass ein Vorsteuerabzug auf der Parteientschädigung hier nicht möglich sei. Die Beklagte offeriere dazu jedoch keinen Beweis und stütze sich lediglich auf ein für das hiesige Gericht unverbindliches ausländisches Urteil zu einem vorliegend nicht anwendbaren ausländischen Gesetz. Der Beklagten misslinge entsprechend der Nachweis, dass sie nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt sei (vgl. act. 4 E. 3.9. f.).

3.2. Bei der Frage, ob die Beklagte in der vorliegenden Konstellation zum Vorsteuerabzug berechtigt sei oder nicht, handle es sich laut der Beklagten um eine Rechtsfrage. Die Vorinstanz habe der Beklagten zu Unrecht den Nachweis auferlegt, nicht zum Vorsteuerabzug zugelassen zu sein, und habe zu Unrecht die Mehrwertsteuer wegen angeblichem Fehlen dieses Nachweises von der Sicherstellungspflicht ausgeklammert. Für den Nachweis der fehlenden Vorsteuerabzugsberechtigung, welcher im seitens der Vorinstanz wiedergegebenen Kreis Schreiben aufgeführt werde, gebe es keine gesetzliche Grundlage. Ohnehin habe die Beklagte, ohne hierzu verpflichtet zu sein, vor Vorinstanz umfassend und unter Beizug von Materialien und Rechtsprechung des EuGHs dargetan, dass ein

Abzug nach Art. 28 Abs. 1 lit. a MWSTG infolge der Rechtsnatur des geltend gemachten, deliktischen Anspruchs nach ihrem Dafürhalten nicht möglich sei. Sollte es sich wider Erwarten bei der Frage der Abzugsfähigkeit nicht um eine Rechts-, sondern um eine Tatfrage handeln, habe die Vorinstanz den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt. Dies indem sie erwogen habe, die Beklagte vermute lediglich, dass ein Vorsteuerabzug nicht möglich sei, ohne dies direkt zu behaupten. Die Beklagte habe vorinstanzlich nämlich substantiiert und uneingeschränkt behauptet, dass sie nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt sei. Bei der (gemäss Vorinstanz vermeintlich nachzuweisenden) Tatsache der generellen Nichtberechtigung der Vorsteuerabzugsfähigkeit handle es sich sodann um eine unbestimmte negative Tatsache. Als solche könne sie von der Beklagten gar nicht bewiesen werden. Entsprechend wäre es Aufgabe des Klägers gewesen, eine Vorsteuerabzugsberechtigung nachzuweisen, was ihm nicht gelungen sei. Sollte man entgegen den vorstehenden Ausführungen von einer bestimmten negativen Tatsache ausgehen wollen, sei schliesslich zu beachten, dass die Ausführungen der Beklagten hinsichtlich der fehlenden Vorsteuerabzugsberechtigung vom Kläger nicht, zumindest aber nicht substantiiert bestritten worden seien (vgl. act. 2 N 41 ff.)

3.3. Das von der Vorinstanz zitierte Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006 verweist auf einen Entscheid des Kassationsgerichts vom 19. Juli 2005. Gemäss diesem Entscheid ist bei einer Prozessentschädigung für eine mehrwertsteuerpflichtige Partei die Mehrwertsteuer nicht hinzuzurechnen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfange zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Prozessentschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (vgl. ZR 104 [2005] Nr. 76). Diese Regelung wurde vom Bundesgericht in einem neueren Entscheid nicht beanstandet (vgl. BGer 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5). Die Vorinstanz hat der Beklagten demnach zu Recht den Nachweis der besonderen Umstände auferlegt.

Das von der Beklagten zitierte Urteil C-104/12 vom 21. Februar 2013 des Europäischen Gerichtshofs bezieht sich auf Art. 17 Abs. 2 Buchst. a der sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie des Rates der Europäischen Union. Es kommt zu folgendem Schluss: Verteidigt ein Anwalt einen Geschäftsführer eines steuerpflichtigen Unternehmens in einem Strafverfahren, kann dieses Unternehmen die für die erbrachten Anwaltsleistungen geschuldete Mehrwertsteuer nicht als Vorsteuer abziehen (vgl. Entscheid C-104/12 des Europäischen Gerichtshofs vom 21. Februar 2013, N 33). Dieser Sachverhalt unterscheidet sich vom vorliegenden, in dem es um die Abwehr einer gegen die Beklagte erhobene paulianische Anfechtung geht, was - anders als die rechtliche Vertretung von natürlichen Personen, die Geschäftsführer eines steuerpflichtigen Unternehmens sind - unmittelbar mit der geschäftlichen Tätigkeit der Beklagten zusammenhängt, so dass der von der Beklagten gezogene Analogieschluss nicht überzeugt, woran auch die Umschreibung der Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG als Deliktspauliana (vgl. act. 26 S. 9 Ziff. 38) nichts ändert. Damit hat die Beklagte den Nachweis spezieller Umstände, aufgrund derer sie nicht zum Abzug der Vorsteuer berechtigt sei, nicht erbracht.

Beim Nachweis spezieller Umstände, aufgrund derer die Beklagte hier nicht zum Abzug der Vorsteuer berechtigt ist, handelt es sich sodann entgegen der Ansicht der Beklagten nicht um den Nachweis negativer Tatsachen, insbesondere nicht um den Nachweis unbestimmter negativer Tatsachen. Schliesslich kann aus dem prozessualen Verhalten des Klägers keine Anerkennung der speziellen Umstände abgeleitet werden: Er stellte sich in seiner Stellungnahme vom 21. Januar 2020 auf den Standpunkt, die Beklagte könne die MWST auf dem Anwaltshonorar von der Vorsteuer abziehen; ausserordentliche Umstände habe die Beklagte nicht geltend gemacht (vgl. act. 16 N 17). Es bestand keine Pflicht des Klägers, die rechtlichen Ausführungen der Beklagten zum EuGH-Urteil in der weiteren Stellungnahme vom 11. Mai 2020 zu bestreiten.

3.4. Im Ergebnis hat die Vorinstanz die Mehrwertsteuer bei der Höhe der Sicherheit für die Parteientschädigung zu Recht nicht berücksichtigt. Damit ist die Beschwerde abzuweisen.

4.

4.1. In Anwendung von § 12 Abs. 1 und § 9 Abs. 1 GebV OG resultiert eine Entscheidgebühr von Fr. 6'000.– für das zweitinstanzliche Verfahren. Da die Beklagte im Beschwerdeverfahren unterliegt, sind ihr die Gerichtskosten in dieser Höhe aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

4.2. Parteienschädigungen für dieses Beschwerdeverfahren sind keine zuzusprechen: der Beklagten nicht, weil sie unterliegt, und dem Kläger nicht, weil ihm keine entschädigungspflichtigen Umtriebe entstanden sind.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'000.– festgesetzt, der Beklagten auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage von Doppeln der Beschwerdeschrift samt Beilagenverzeichnis und Beilagen, sowie an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein.

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

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 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 beträgt  
Fr. 258'798.90.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am: