

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RB180006-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

## Urteil vom 13. Juni 2018

in Sachen

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

Beklagte und Beschwerdeführerin

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

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ **AG in Liquidation,**

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. et lic. oec. Y. \_\_\_\_\_,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht (Kosten- und Entschädigungsfolgen)**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich,  
7. Abteilung, vom 15. Dezember 2017 (CG150085-L)**

### Erwägungen:

1. a) Im Verfahren betreffend Klage auf Eintragung eines definitiven Bauhandwerkerpfandrechtes setzte die Vorinstanz mit Beschluss vom 8. Juni 2015 gestützt auf Art. 98 ZPO der Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin) Frist an, um für die Gerichtskosten bei der Bezirksgerichtskasse Zürich einen Kostenvorschuss von Fr. 31'100.– zu leisten (Urk. 7). Innert Nachfrist (Urk. 9, Urk. 10/1) ging dieser bei der Vorinstanz ein (Urk. 11).

Mit Beschluss vom 15. Dezember 2017 entschied die Vorinstanz das Folgende (Urk. 60 S. 6 ff.):

- " 1. Das Verfahren wird als durch Rückzug der Klage erledigt abgeschlossen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 15'600.– festgesetzt. Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 31'100.– verrechnet. Der Überschuss wird der Klägerin zurückerstattet.
4. Der Kostenentscheid im summarischen Verfahren ES150002 (Dispositivziffer 3. des Urteils der Audienzrichterin am Bezirksgericht Zürich vom 5. März 2015) wird als definitiv bestätigt.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 33'687.– (einschliesslich 8 % für Mehrwertsteuer) für das vorliegende Verfahren sowie eine Parteientschädigung von Fr. 1'620.– (einschliesslich 8 % für Mehrwertsteuer) für das summarische Verfahren ES150002 zu bezahlen.
- 6.-7. (...)"

Mit Eingabe vom 7. Februar 2018 stellte die Beklagte und Beschwerdeführerin (fortan Beklagte) bei der Vorinstanz das folgende Wiedererwägungsgesuch (Urk. 63 S. 2):

- "1. Es sei der Überschuss des von der Klägerin bezahlten Kostenvorschusses in Höhe von **CHF 15'500.00** (CHF 31'100.00 – CHF 15'600.00) direkt an die Beklagte zu überweisen, um damit einen Teil ihrer Parteientschädigung zu decken. Entsprechend sei Ziffer 3 (Satz 2) des Dispositivs des Beschlusses des Bezirksgerichts Zürich vom 15. Dezember 2017 in Wiedererwägung zu ziehen und wie folgt neu zu formulieren:

«Der Überschuss in Höhe von CHF 15'500.00 wird an die Beklagte überwiesen.»

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich Mehrwertsteuer von 7.7 % auf der Prozessentschädigung, zu Lasten der Klägerin."

Mit Beschluss vom 23. Februar 2018 trat die Vorinstanz auf das Wiedererwägungsgesuch der Beklagten nicht ein und auferlegte ihr die Gerichtsgebühr von Fr. 200.– (Urk. 66).

b) Innert Frist erhob die Beklagte mit Eingabe vom 9. Februar 2018 gegen den Beschluss der Vorinstanz vom 15. Dezember 2017 Beschwerde mit den folgenden Anträgen (Urk. 68 S. 2 f.):

- " 1. Es sei der Überschuss des von der Beschwerdegegnerin im erstinstanzlichen Verfahren bezahlten Kostenvorschusses in Höhe von **CHF 15'500.00** (CHF 31'100.00 – CHF 15'600.00) direkt an die Beschwerdeführerin zu überweisen, um damit einen Teil der ihr erstinstanzlich zugesprochenen Parteientschädigung zu decken. Entsprechend sei **Ziffer 3 Satz 2** des Dispositivs des Beschlusses des Bezirksgerichts Zürich vom 15. Dezember 2017 (Geschäftsnummer der Vorinstanz: CG150085-L) **aufzuheben** und wie folgt **neu zu fassen**:  
«Der Überschuss in Höhe von CHF 15'500.00 wird an die Beschwerdeführerin überwiesen.»
2. Eventualiter sei **Ziffer 3 Satz 2** des Dispositivs des Beschlusses des Bezirksgerichts Zürich vom 15. Dezember 2017 (Geschäftsnummer der Vorinstanz: CG150085-L) **aufzuheben** und es sei das Verfahren an das Bezirksgericht Zürich zur Neubeurteilung **zurückzuweisen**.
3. Es seien die Akten der Vorinstanz beizuziehen.
4. **Prozessualer Antrag**: Es sei das vorliegende Beschwerdeverfahren bis zum Entscheid über das von der Beschwerdeführerin beim Bezirksgericht Zürich am 7. Februar 2018 gestellte Wiedererwägungsgesuch (welches inhaltlich auf das Gleiche abzielt wie die vorliegende Beschwerde) zu sistieren.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich Mehrwertsteuer von 7.7 % auf der Prozessentschädigung, zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

Mit Verfügung vom 21. Februar 2018 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von Fr. 2'500.– zu leisten (Urk. 71). Dieser ging hierorts innert Frist ein (Urk. 71, Urk. 73).

Auf Antrag der Beklagten wurde mit Beschluss vom 12. März 2018 vorge-merkt, dass die Dispositivziffern 1, 2, 3 Satz 1, 4 und 5 des angefochtenen Be-schlusses in Rechtskraft erwachsen sind. Zudem wurde der Antrag der Beklagten, es sei das Beschwerdeverfahren bis zum Entscheid über das von ihr beim Be-zirksgericht Zürich am 7. Februar 2018 gestellte Wiedererwägungsgesuch zu sis-terieren, als gegenstandslos abgeschrieben (Urk. 75 S. 5 Dispositivziffern 1 f.).

Mit Schreiben vom 17. April 2018 wurde der Vorinstanz mitgeteilt, dass die Klägerin mit Schreiben vom 10. April 2018 darauf verzichtet hat, gegen den Be-schluss vom 12. März 2018 Beschwerde beim Bundesgericht zu erheben (Urk. 76 f.).

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1 bis Urk. 67).

d) Auf die im Beschwerdeverfahren gemachten Ausführungen der Beklagten ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als sich dies für die Entscheidungsfindung als notwendig erweist.

2. Gemäss BGer 4A\_231/2011 vom 20. September 2011 (E. 2 m.w.H.) kommt einer Löschung der Gesellschaft im Handelsregister lediglich deklaratori-sche Wirkung zu. Vor beendigter Liquidation führt die Löschung somit nicht zum Verlust deren Rechtspersönlichkeit. Trotz ihrer Löschung existiert die Aktienge-sellschaft so lange weiter, als die Liquidation tatsächlich noch nicht beendet ist, dass heisst solange ein nicht geteiltes Aktivum oder Passivum der Gesellschaft besteht. Sie bleibt trotz ihrer Löschung weiterhin Partei in Gerichtsverfahren.

3. a) Die Beklagte rügt in der Beschwerdeschrift, dass ihr rechtliches Gehör verletzt worden sei, da ihr der Klagerückzug der Klägerin vom 12. Dezember 2017 (Urk. 59) weder vor noch nach Erlass des angefochtenen Beschlusses zugestellt worden sei. Sie habe sich deshalb zum Klagerückzug und den damit einherge-

henden Kosten- und Entschädigungsfolgen vor Erlass des angefochtenen Beschlusses nicht äussern können. So hätte sie den Antrag gestellt, dass der bei der Vorinstanz liegende Vorschuss – soweit nach der Tilgung der Gerichtskosten noch vorhanden – an sie auszubezahlen sei, da sie einen Anspruch auf Parteientschädigung habe (Urk. 68 S. 4 f.).

b) Das Bundesgericht umschreibt die formelle Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör in konstanter Rechtsprechung dahingehend, dass eine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führe. Das Bundesgericht hat allerdings mit der Begründung, eine Rückweisung würde einen Leerlauf bedeuten, in einigen Entscheiden auch ohne Heilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs von einer Rückweisung abgesehen, teilweise sogar ohne Prüfung der Schwere der Verletzung. Nach dieser Rechtsprechung stellt die Wahrung des rechtlichen Gehörs trotz dessen formellen Charakters keinen Selbstzweck dar. Der Gehörsanspruch soll sicherstellen, dass keine Partei durch ein Urteil belastet wird, das zufolge missachteter Mitwirkungsrechte zu einem unrichtigen Ergebnis geführt hat. Ist dagegen nicht ersichtlich, inwiefern das Verfahren, wäre es verfassungskonform durchgeführt worden, eine andere Wende genommen hätte, kann nach dieser Rechtsprechung von einer Aufhebung des angefochtenen Entscheids abgesehen werden. Diese Rechtsprechung bedeutet keinen Abschied von der formellen Natur des Gehörsanspruchs. Sie ist vielmehr Ausdruck des allgemeinen Gebots des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB), nämlich des Verbots einer unnützen, schikanösen oder auch zweckwidrigen Rechtsausübung (BGer 4A\_453/2016 vom 16. Februar 2017, E. 4.2.2 bis 4.2.4 m.w.H.).

Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, hätte das vorinstanzliche Verfahren keine andere Wende genommen, sofern der Beklagten betreffend den Klagerückzug vom 12. Dezember 2016 (recte: 2017) das rechtliche Gehör gewährt worden wäre. Zudem handelt es sich bei der Frage, ob für eine Parteientschädigung auch der gemäss Art. 98 ZPO geleistete Kostenvorschuss herangezogen werden kann, um eine rechtliche Frage, welche von der Beschwerdeinstanz frei geprüft werden

kann. Die Rückweisung wäre demnach ein formalistischer Leerlauf, weshalb davon abzusehen ist.

4. a) Die Beklagte macht sodann im Beschwerdeverfahren geltend, es sei nicht gesetzlich geregelt, an welche Partei das Gericht einen verbleibenden Kostenvorschuss auszubezahlen habe. Den Gerichten stehe es frei, den Überschuss entweder an diejenige Partei zurückzuzahlen, welche den Vorschuss geleistet habe, oder direkt an die Gegenpartei zu überweisen, sofern diese gegen die klagende Partei einen Anspruch auf Parteientschädigung habe (unter Hinweis auf Fischer, Stämpflis Handkommentar, ZPO 111 N 7; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 2013, § 16 N 44). Es wäre höchst unbefriedigend und stossend und würde somit eine klar fehlerhafte Ausübung des Ermessens darstellen, wenn der beim Gericht verbleibende Vorschuss in Höhe von Fr. 15'500.– an die Klägerin, über welche am 6. Dezember 2016 der Konkurs eröffnet worden sei, ausbezahlt werden würde, zumal ihre Konkursdividende als Gläubigerin der dritten Klasse 0 % betrage. Der Vorschuss würde bei diesem Vorgehen in die Konkursmasse fallen, wodurch sie ihre Parteientschädigung nie erhalten würde. Dies verstosse gegen das Prinzip von Treu und Glauben (Urk. 68 S. 6 ff.).

b) Übersteigen die von der kostenpflichtigen Partei geleisteten Vorschüsse die Gerichtskosten, so darf das Gericht den Überschuss der obsiegenden Partei nicht akonto ihrer Parteientschädigung gegenüber der unterlegenen Partei auszahlen. Dies folgt aus Art. 111 Abs. 2 ZPO (Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 111 N 5; Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 111 N 2; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 111 N 3; KUKO ZPO-Schmid, Art. 111/112 N 7; BK ZPO-Sterchi, Art. 111 N 6 [gemäss welchem eine Auszahlung des Überschusses akonto Parteientschädigung nur mit ausdrücklichem Einverständnis der Partei, welche Anspruch auf Rückerstattung hat, möglich wäre]; a.A. Fischer, Stämpflis Handkommentar, ZPO 111 N 7; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 2013, § 16 N 44; Mohs, OFK-ZPO, Art. 111 N 1). Vorliegend ist der überwiegenden Ansicht der Lehre zu folgen, dass eine Weiterleitung allenfalls zu viel bezahlter Gerichtskostenvorschüsse an die obsiegende Partei in Anrechnung an ihre Parteientschädigungsforderung nicht möglich

ist. Eine solche Möglichkeit geht aus Art. 111 Abs. 2 ZPO nicht hervor. Der Gesetzgeber hat mit Art. 99 ZPO eine eigenständige Grundlage geschaffen, um rechtzeitig eine Sicherheit für eine gefährdete Parteientschädigung zu beantragen, sofern die Voraussetzungen hierfür gegeben sind. Würde man die Auszahlung des Überschusses im Sinne des Antrags der Beklagten zulassen, so würde dies einer Umgehung von Art. 99 Abs. 1 ZPO gleichkommen. Denn nur unter den in Art. 99 Abs. 1 ZPO genannten Kautionsgründen kann die klagende Partei auf Antrag der beklagten Partei verpflichtet werden, für deren Parteientschädigung Sicherheit zu leisten. Die beklagte Partei hat daher unmittelbar nachdem sie von einer der in Art. 99 Abs. 1 ZPO genannten Kautionsgründen Kenntnis erlangt hat, beim erstinstanzlichen Gericht einen Antrag auf Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung zu stellen. Unterlässt sie dies, kann sie nicht bei Verfahrensabschluss die Anrechnung des Überschusses des durch die klägerische Partei gemäss Art. 98 ZPO geleisteten Kostenvorschusses an der ihr zugesprochenen Parteientschädigung verlangen.

c) Damit erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet. Es kann daher davon abgesehen werden, eine Beschwerdeantwort der Klägerin oder eine Stellungnahme der Vorinstanz einzuholen (Art. 322 ZPO, Art. 324 ZPO). Die Beschwerde ist abzuweisen.

5. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidungsbüher ist gestützt auf § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen.

Mangels wesentlicher Umtriebe ist der Klägerin für das Beschwerdeverfahren keine Entschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die Entscheidgebühr des Beschwerdeverfahrens wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden der Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Klägerin wird für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels der Urk. 68, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 15'500.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 13. Juni 2018

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am: sf