

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF190047-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie
Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

Urteil vom 4. Oktober 2019

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

gegen

B._____ GmbH,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y._____,

betreffend

Fristansetzung zur Sicherstellung gemäss Art. 83 Abs. 2 OR

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes - Freiwillige Gerichtsbarkeit des
Bezirksgerichtes Zürich vom 28. August 2019 (EO190014)

Rechtsbegehren:

(act. 2/1 S. 2)

- " 1. Es sei der Gesuchsgegnerin eine Frist von zehn Tagen ab Eintritt der Rechtskraft zur Sicherstellung der Forderung der Gesuchstellerin im Betrage von CHF 24'000.00 anzusetzen.
2. Eventualiter sei der Gesuchsgegnerin eine vom Gericht zu bestimmende, angemessene Frist zur Sicherstellung der Forderung der Gesuchstellerin im Betrage von CHF 24'000.00 anzusetzen.
3. Die Sicherstellung der Forderung habe entweder durch Hinterlegung von CHF 24'000.00 bei der Kasse des Bezirksgerichts Zürich oder mittels Bankgarantie, Bürgschaft, Sicherungszession oder Pfandbestellung zu erfolgen.
4. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten der Gesuchsgegnerin."

Urteil des Bezirksgerichtes:

(act. 11 S. 11 f.)

1. In Gutheissung des Hauptantrages der Gesuchstellerin wird der Gesuchsgegnerin eine Frist von 10 Tagen, ab Eintritt der Vollstreckbarkeit dieses Urteils an gerechnet, angesetzt, um die Forderung der Gesuchstellerin im Betrag von Fr. 24'000.– sicherzustellen.

Die Sicherstellung hat mittels Bankgarantie, Bürgschaft, Sicherungszession oder Pfandbestellung zu erfolgen; eine Hinterlegung des Betrags beim Gericht kommt nicht in Betracht.

- 2.-7. Kosten- und Entschädigungsfolgen/schriftliche Mitteilung/Rechtsmittel

Berufungsanträge:

(act. 12 S. 2)

- " 1. Das Urteil vom 28. August 2019 sei aufzuheben und das Gesuch sei abzuweisen.
2. **Eventualiter** sei das Urteil vom 28. August 2019 aufzuheben und die Sache der Vorinstanz zur erneuten Beurteilung zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der ursprünglichen Gesuchstellerin."

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Werkvertrag vom 20. Juni 2017 zwischen der B._____ GmbH als Subunternehmerin (nachfolgend Berufungsbeklagte) und der A._____ AG als Generalunternehmerin (nachfolgend Berufungsklägerin) wurde die Berufungsbeklagte mit dem Einbau von Kücheneinrichtungen in einen Neubau an der ...-strasse ... in ...[Ort] beauftragt. Dies gegen Bezahlung eines Werklohnes von pauschal Fr. 60'000.– (vgl. act. 2/3/2). Mit Anhang zum Werkvertrag vom 18. Oktober 2017 wurde gegen eine Nachtragssumme von pauschal Fr. 22'000.– zusätzlich die Lieferung von Schränken vereinbart (vgl. act. 2/3/3). Die Berufungsklägerin zeigte mit Schreiben vom 8. Juni 2018 mit Verweis auf das Abnahmeprotokoll vom 14. Mai 2018 Mängel des abgelieferten Werks an und forderte die Berufungsbeklagte zur Nachbesserung bis 15. Juni 2018 auf (vgl. act. 2/3/4 und 2/3/5). Die Berufungsbeklagte war grundsätzlich bereit, die im Abnahmeprotokoll aufgelisteten allgemeinen Mängel zu beheben. Da sie aber vernommen hatte, dass die Berufungsklägerin die Rechnungen anderer am Neubauprojekt beteiligten Subunternehmer nicht bezahlt habe, fürchtete sie um die Tilgung der noch offenen Fr. 24'000.– ihres Werklohnes. Deshalb bat sie mit Schreiben vom 15. Juni 2018 um eine Zahlung von Fr. 15'800.– innert 5 Tagen (vgl. act. 2/3/6 [Fr. 15'800.– = Fr. 24'000.– abzüglich 10 % des Werklohnes von total Fr. 82'000.– als Rückbehalt], act. 2/1 E II.3

und act. 2/10). Die Berufungsklägerin lehnte diesen Vorschlag mit Schreiben vom 21. Juni 2018 ab (act. 2/1 S. 4; act. 2/23 S. 4; act. 2/3/7).

1.2. Mit Eingabe vom 12. Juli 2018 stellte die Berufungsbeklagte beim Bezirksgericht Zürich das Gesuch, der Berufungsklägerin sei gestützt auf Art. 83 Abs. 2 OR eine zehntägige Frist zur Sicherstellung der Forderung in Höhe von Fr. 24'000.– anzusetzen (vgl. act. 2/1). Das Bezirksgericht Zürich wies das Gesuch mit Entscheid vom 19. Februar 2019 vollumfänglich ab (vgl. act. 2/20). Dagegen erhob die Berufungsbeklagte Berufung beim Obergericht Zürich. Nach Einholung einer Berufungsantwort hob das Obergericht das Urteil vom 19. Februar 2019 auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück. Diese hatte in der Folge zu prüfen, ob die Berufungsklägerin als zahlungsunfähig im Sinne von Art. 83 OR zu betrachten und damit auch die letzte Voraussetzung für die Gutheissung des Gesuchs erfüllt ist (vgl. act. 1). Nach Einholung einer Stellungnahme der Berufungsklägerin bejahte die Vorinstanz im Urteil vom 28. August 2019 die Zahlungsunfähigkeit und hiess den Hauptantrag der Berufungsbeklagten gut. Sie setzte der Berufungsklägerin eine zehntägige Frist an, um die Forderung der Berufungsbeklagten im Betrag von Fr. 24'000.– sicherzustellen (vgl. act. 5 und act. 11). Dagegen erhob die Berufungsklägerin am 9. September 2019 rechtzeitig Berufung beim Obergericht Zürich (vgl. act. 9/1 und act. 12). Den Kostenvorschuss von Fr. 2'600.– für das Berufungsverfahren leistete sie zwar verspätet (vgl. act. 16-18). Da ihr jedoch ohnehin eine Nachfrist zur Bezahlung des Kostenvorschusses anzusetzen gewesen wäre, gereicht ihr dies nicht zum Nachteil. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-9). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Die Berufungsklägerin führt in ihrer Berufung aus, die Verfügung betreffend Stellungnahme sei nicht wie üblich der unterzeichnenden Anwältin, sondern der Berufungsklägerin direkt geschickt worden. Damit habe die Vorinstanz die ohnehin äusserst kurze Frist verkürzt. Daher habe die Berufungsklägerin auch nur sehr knapp und rudimentär zwecks Fristwahrung Stellung nehmen können. Die Vorinstanz habe damit das rechtliche Gehör der Berufungsklägerin verletzt. Dies ha-

be die Berufungsklägerin bereits in der Stellungnahme gerügt. Darauf sei die Vorinstanz nicht eingegangen und habe damit das rechtliche Gehör nochmals verletzt (vgl. act. 12 S. 3).

Ist eine Partei vertreten, so erfolgt die Zustellung an die Vertretung (Art. 137 ZPO). Eine ausschliessliche Zustellung an die vertretene Partei selbst entfaltet grundsätzlich keine Rechtswirkung (vgl. Huber, DIKE ZPO Kommentar, 2. Auflage 2016, Art. 137 N 22, und Frei, BeKomm ZPO, Art. 137 N 4). Die Berufung auf einen Formmangel findet ihre Grenze indes im Grundsatz von Treu und Glauben. Es ist nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu prüfen, ob die Partei durch den Mangel tatsächlich irreführt und dadurch benachteiligt worden ist (vgl. Huber, DIKE ZPO Kommentar, 2. Auflage 2016, Art. 137 N 23).

Im Rahmen des ersten obergerichtlichen Verfahrens wurde Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ von der Berufungsklägerin mandatiert. Dies wurde von der Vorinstanz übersehen, weshalb sie nach der Rückweisung die Verfügung vom 9. Mai 2019 direkt der Berufungsklägerin zusandte (vgl. act. 4). Diese leitete die Verfügung in der Folge an ihre Vertreterin weiter. Die Vertreterin bemerkte in der Stellungnahme vom 3. Juni 2019, durch die direkte Zustellung der Verfügung an die Berufungsbeklagte sei die ohnehin kurze Antwortfrist zusätzlich verkürzt worden (vgl. act. 5 S. 2). Sie stellte in diesem Zusammenhang jedoch keinen konkreten formellen Antrag. Ausserdem stellte sie vor Ablauf der Frist auch kein Fristerstreckungsgesuch, obwohl gerichtliche Fristen aus zureichenden Gründen erstreckt werden können (vgl. Art. 144 Abs. 2 ZPO). Bei dieser Sachlage ist die Berufung auf den Formmangel zum jetzigen Zeitpunkt nicht mehr zu hören.

2.2. Die Berufungsklägerin wendet weiter ein, sie habe um Sicherstellung ihrer Parteientschädigung gebeten, worauf die Vorinstanz nicht eingegangen sei. Die Vorinstanz habe auch in diesem Punkt billigend in Kauf genommen, dass das rechtliche Gehör der Berufungsklägerin verletzt worden sei (vgl. act. 12 S. 3). Da aber im summarischen Verfahren mit Ausnahme des Rechtsschutzes in klaren Fällen keine Sicherheit zu leisten ist (vgl. Art. 99 Abs. 3 ZPO), liegt keine Verletzung des Gehörsanspruchs vor.

2.3. Die Berufungsklägerin sieht ihren Gehörsanspruch weiter dadurch verletzt, dass auf ihre Verrechnungseinrede bzw. auf ihre Bestreitung der Forderung (in dieser Höhe) nicht eingegangen worden sei (vgl. act. 12 S. 8). Wie im Entscheid des Obergerichts jedoch bereits ausgeführt wurde, ist für den vorliegenden Prozess nicht relevant, ob die Berufungsklägerin in einem allfälligen Forderungsprozess über die Bezahlung des Werklohns eine Verrechnungseinrede bzw. eine Widerklage geltend machen würde (vgl. act. 1 E. 3.4.3.). Der Gehörsanspruch ist somit nicht verletzt.

2.4. Die Berufungsklägerin macht geltend, es handle sich hier um einen Fall der freiwilligen Gerichtsbarkeit und somit um ein Einparteienverfahren, welches sich dadurch auszeichne, dass eine Gegenpartei fehle. Der Berufungsklägerin könnten daher keine Prozesskosten auferlegt werden (vgl. act. 12 S. 3 und 4). Das Verfahren wurde jedoch von der Vorinstanz faktisch als Zweiparteienverfahren durchgeführt. Das Obergericht übernahm von der Vorinstanz den Betreff im Rubrum ("Berufung ... - Freiwillige Gerichtsbarkeit ..."), führte aber wiederum ein Zweiparteienverfahren durch, was es jedenfalls im Rechtsmittelverfahren auch war. Die Berufungsklägerin nahm am 23. Oktober 2018 zum Gesuch Stellung (act. 2/10), machte am 21. Dezember 2018 eine weitere Eingabe (act. 2/16), beantwortete am 20. April 2019 die Berufung (act. 7/1) und nahm am 3. Juni 2019 Stellung zu den neuen Vorbringen der Berufungsbeklagten in deren Eingabe vom 23. November 2018 (act. 5). Sie hatte jeweils die Möglichkeit sämtliche zulässigen Vorbringen zu machen und sämtliche zulässigen Unterlagen einzureichen (vgl. act. 12 S. 8 f.). Die Berufungsklägerin war somit Partei in den Verfahren und ihr können entsprechend auch Prozesskosten auferlegt werden.

2.5. Die Berufungsklägerin ist der Meinung, es fehle der Berufungsbeklagten am nötigen Rechtsschutzinteresse, da der vorliegende Prozess keinen Vorteil gegenüber der selbständig angesetzten Frist für die Sicherheitsleistung bringe und da Art. 83 Abs. 2 OR keinen Anspruch auf Sicherheitsleistung gewähre, sondern nur einen Anspruch auf Vertragsrücktritt (vgl. act. 12 S. 4). Dem ist nicht zuzustimmen: Wie bereits das Obergericht (vgl. act. 1 E. 3.4.1.) und auch die Vorinstanz (vgl. act. 11 E. II.3.3.) darlegten, erwähnt die ZPO das Verfahren auf An-

setzung einer angemessenen Frist zur Sicherstellung im Sinne von Art. 83 Abs. 2 OR explizit in Art. 250 lit. a Ziff. 2. Der Gläubiger hat die Wahl, ob er die Frist selber ansetzt oder durch das Gericht ansetzen lässt (vgl. act. 11 E. II.3.3.).

2.6. Gemäss Berufungsklägerin ist fraglich, ob die vorliegende Auseinandersetzung nicht ebenfalls rechtsmissbräuchlich erfolge, da sie die Nachbesserung bis zum 15. Juni 2018 gefordert habe. Die Berufungsbeklagte hätte unmittelbar eine Frist für die Leistung einer Sicherheit festsetzen müssen. Sie habe dies jedoch erst Monate später gefordert (vgl. act. 12 S. 5). Die Berufungsklägerin verlangte die Nachbesserung bis zum 15. Juni 2018. Mit Schreiben vom 15. Juni 2018 bat die Berufungsbeklagte um eine Zahlung von Fr. 15'800.– innert 5 Tagen. Da die Berufungsklägerin diesen Vorschlag mit Schreiben vom 21. Juni 2018 ablehnte, leitete die Berufungsbeklagte am 12. Juli 2018 das vorliegende Verfahren ein (vgl. E. 1.). Der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs erweist sich demnach als ungerechtfertigt.

3.

3.1. Die Berufungsklägerin macht in ihrer Berufung geltend, gemäss bundesgerichtlicher Praxis zu Art. 190 SchKG genüge ein blosser Unwille zur Zahlung nicht. Es sei eine objektive Illiquidität notwendig. Dabei müsse es sich um einen dauerhaften Zustand handeln. Diese Voraussetzungen seien klar nicht gegeben. Die Berufungsklägerin sei nach wie vor zahlungsfähig. Es sei weder der Konkurs über sie eröffnet noch die Überschuldung festgestellt worden. Damit sei die Beurteilung der Vorinstanz, die Berufungsklägerin sei zahlungsunfähig, willkürlich (vgl. act. 12 S. 7).

Zahlungsunfähigkeit im Sinne von Art. 83 OR setzt nicht den Konkurs oder die fruchtlose Pfändung des Schuldners voraus, sondern ist schon dann erstellt, wenn der Schuldner für absehbare Zeit nicht mehr über die notwendigen Mittel verfügt, um seine Gläubiger zu befriedigen (BGE 105 II 28 E. 1). Die Zahlungsunfähigkeit braucht nicht umfassend zu sein. Es genügt bereits, wenn mehrere fällige und liquide Zahlungen nicht erbracht werden (vgl. BK OR-Weber, 2. Aufl.

2005, Art. 83 N 37). Entsprechend sind wiederholte Betreibungen Anhaltspunkte für die Zahlungsunfähigkeit (vgl. ZK OR-Schraner, 3. Aufl. 2000, Art. 83 N 14).

Im Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Opfikon vom 4. Juli 2018 sind hinsichtlich der Berufungsklägerin für den Zeitraum vom 15. Mai 2017 bis 2. Juli 2018 36 offene Betreibungen in der Höhe von total Fr. 254'781.55 aufgeführt (vgl. act. 2/3/8). Unter den Gläubigern befinden sich die eidgenössische Steuerverwaltung, das Gemeindesteueramt, die Elektrizitätswerke des Kantons Zürich, die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich sowie die C._____. Im Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Opfikon vom 16. November 2018 sind hinsichtlich der Berufungsklägerin für den Zeitraum vom 15. Mai 2017 bis 9. November 2018 32 offene Betreibungen in der Höhe von total Fr. 680'700.31 aufgeführt. Gläubiger sind unter anderem die eidgenössische Steuerverwaltung und das Gemeindesteueramt (vgl. act. 2/15/3). Aufgrund der Anzahl, der Höhe und der Regelmässigkeit der Betreibungen muss von der Zahlungsunfähigkeit (im Sinne von Art. 83 OR) der Berufungsklägerin ausgegangen werden.

3.2. Die Zahlungsunfähigkeit des Vertragspartners muss seit Vertragsabschluss eingetreten sein (vgl. ZK OR-Schraner, 3. Aufl. 2000, Art. 83 N 15, sowie BK OR-Weber, 2. Aufl. 2005, Art. 83 N 41). Die Berufungsklägerin wirft der Vorinstanz vor, sie habe nicht geprüft, ob sich die Vermögenslage seit Vertragsbeginn verschlechtert habe (vgl. act. 12 S. 5). Die Vorinstanz hat dazu in E. 3.2. jedoch zutreffend ausgeführt, bei Abschluss des Werkvertrags am 20. Juni 2017 hätten lediglich zwei Betreibungsverfahren bestanden, bei welchen Fr. 9'225.20 von insgesamt Fr. 11'394.90 bereits beglichen gewesen seien. Die Zahlungsfähigkeit habe sich demnach erst nach Vertragsschluss ergeben (vgl. act. 11 E. II.3.2.).

3.3. In der Berufung führte die Berufungsklägerin neu aus, Forderungen der öffentlich-rechtlichen Institutionen seien bereits vor Eingang des Gesuchs bezahlt worden oder man habe sich dagegen erfolgreich an der oberen Instanz gewehrt. Zudem müsse klar gesagt werden, dass die Forderungen der MwSt. und der SVA erfolgreich verringert worden seien. Sie habe Zahlungen, welche ihres Erachtens überhöht gewesen seien, bis zur Klärung der Sachlage nicht ausgeführt. Es hand-

le sich somit um bestrittene Forderungen, welche nicht bezahlt worden seien (vgl. act. 12 S. 6 f.).

Es handelt sich hierbei um unzulässige neue Vorbringen, da diese schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO). Ausserdem sind es bloss pauschale Behauptungen, die durch keine Belege gestützt werden – zumindest soweit der Vergleich zwischen den beiden Betriebsregisterauszügen die Aussagen nicht bestätigt (vgl. E. 3.1.). Im Ergebnis hat die Vorinstanz zu Recht die Zahlungsunfähigkeit der Berufungsklägerin bejaht und das Gesuch um Fristansetzung zur Sicherstellung gemäss Art. 83 Abs. 2 OR gutgeheissen. Die Berufung ist demnach abzuweisen.

4.

4.1. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 24'000.– resultiert gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG eine Entscheidgebühr von Fr. 2'600.– für das zweitinstanzliche Verfahren. Da die Berufungsklägerin im Berufungsverfahren 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. Parteientschädigungen für dieses Berufungsverfahren sind keine zuzusprechen: der Berufungsklägerin nicht, weil sie unterliegt, und der Berufungsbeklagten nicht, weil ihr keine entschädigungspflichtigen Umtriebe entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 28. August 2019 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'600.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt.

Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden mit dem von der Berufungsklägerin geleisteten Vorschuss von Fr. 2'600.– verrechnet.

3. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage von Doppeln der Berufungsschrift samt Beilagen (act. 12 und act. 14/1-2), sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 24'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am: