

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB220019-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 3. November 2022

in Sachen

A._____,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Dr. iur. LL.M. X1.____ und / oder Rechtsanwalt X2.____,

gegen

B.____ Ltd.,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1.____ und / oder Rechtsanwalt Prof. Dr.
iur., LL.M. Y2.____,

betreffend **Forderung**

**Beschwerde gegen eine Verfügung der 1. Abteilung des Bezirksgerichtes
Zürich vom 17. August 2022; Proz. CG220045**

Erwägungen:

I.

1.1 Die Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin) erhob vor dem Bezirksgericht Zürich (fortan Vorinstanz) eine Forderungsklage gegen den Beklagten und Beschwerdeführer (fortan Beklagter) auf Zahlung von Fr. 4 Mio. (vgl. act. 7/1-2).

1.2 Nach Leistung des Kostenvorschusses durch die Klägerin (act. 7/6 und act. 7/11) setzte die Vorinstanz dem Beklagten mit Verfügung vom 2. August 2022 eine einmalige Frist von 60 Tagen an, um die Klage schriftlich zu beantworten (act. 7/13). In der Folge ersuchte der Beklagte um Verpflichtung der Klägerin zur Leistung einer Sicherheit nach gerichtlichem Ermessen, mindestens jedoch im Umfang von Fr. 75'000.–, zwecks Sicherstellung seiner Parteientschädigung. Sodann ersuchte er um Abnahme der ihm angesetzten Frist zur Erstattung der Klageantwort, eventualiter um Ansetzung einer neuen Frist (act. 7/15 S. 2).

1.3 Mit Verfügung vom 17. August 2022 wies die Vorinstanz den Antrag des Beklagten auf Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung ab (act. 7/16 = act. 6 Dispositiv-Ziff. 1). Dem Beklagten wurde sodann die Frist zur Einreichung der schriftlichen Klageantwort neu angesetzt und ihm hiefür eine einmalige Frist von 60 Tagen ab Zustellung der Verfügung gewährt (act. 6 Dispositiv-Ziff. 2). Die Verfügung wurde dem Beklagten am 22. August 2022 zugestellt (act. 7/17/2).

2.1 Dagegen erhob der Beklagte mit Eingabe vom 26. August 2022 (Datum Poststempel) fristgerecht Beschwerde bei der hiesigen Instanz (act. 2). Er wendet sich gegen die Abweisung seines Antrags auf Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung. Des Weiteren beantragte er, es sei unter Aufhebung der Dispositiv-Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung der Beschwerde die aufschiebende Wirkung im Sinne von Art. 325 ZPO zu gewähren und ihm die Frist zur Einreichung einer Klageantwort abzunehmen (act. 2 S. 2).

2.2 Den Parteien wurde der Eingang der Beschwerde angezeigt (act. 5/1-2). Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 7/1-

17). Der entsprechende Antrag des Beklagten (act. 2 S. 4) ist somit gegenstandslos.

3. Mit Verfügung vom 7. September 2022 wurde der Beschwerde gegen die Verfügung vom 17. August 2022 hinsichtlich der Verpflichtung des Beklagten zur Erstattung der Klageantwort innert 60 Tagen einstweilen die aufschiebende Wirkung gewährt. Der Klägerin wurde Gelegenheit gegeben, hierzu Stellung zu nehmen, mit der Androhung, dass es im Unterlassungsfall für die Dauer des Verfahrens bei dieser Entscheidung bleibe. Der dem Beklagten mit selbiger Verfügung auferlegte Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 4'000.– wurde rechtzeitig geleistet (act. 8, act. 9/1 und act. 10). Die Klägerin liess sich innert Frist und bis dato nicht zur Frage der aufschiebenden Wirkung vernehmen.

4. Von der Einholung einer Beschwerdeantwort wurde abgesehen (Art. 322 ZPO). Der Klägerin sind mit dem vorliegenden Entscheid die Doppel der Beschwerdeschrift (act. 2) und der Beilagen (act. 4/2-3) zuzustellen.

II.

1. Der Beklagte stützte vor Vorinstanz seinen Antrag auf Sicherheitsleistung auf den fehlenden Sitz der Klägerin in der Schweiz gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. a ZPO. Er machte geltend, die Klägerin habe ihren Sitz in C._____ und damit im Ausland. Ein Staatsvertrag, welcher eine Befreiung von der Kautionspflicht vorsehen würde, sei nicht ersichtlich. Damit sei das Sicherstellungsgesuch dem Grundsatz nach gutzuheissen (act. 7/15 S. 3 f.).

2. Die Vorinstanz wies den auf den ausländischen Wohnsitz der Klägerin gestützten Antrag auf Sicherheitsleistung ab. Sie führte dazu aus, der Anwendungsbereich von Art. 99 Abs. 1 lit. a ZPO werde durch den in Art. 2 ZPO stipulierten Vorrang von Staatsverträgen eingeschränkt. Im vorliegenden Fall käme das Schweizerisch-britische Abkommen über Zivilprozessrecht vom 3. Dezember 1937 zur Anwendung (SR 0.274.183.671), welches nach Völkergewohnheitsrecht sowie zufolge ausdrücklicher Bestätigung im Rahmen des Notenaustausches vom 7. Juli bzw. 26. August 1987 zwischen dem Eidgenössischen Departement für

auswärtige Angelegenheiten und dem Ministerium für auswärtige Angelegenheiten des Commonwealth C._____ auch nach der Unabhängigkeit C._____s in Kraft geblieben sei. Gemäss Art. 3 lit. b des Abkommens sollen die Angehörigen eines hohen vertragschliessenden Teiles, die ausserhalb des Gebietes des andern, wo das Gerichtsverfahren durchgeführt werde, wohnhaft seien, zur Sicherheitsleistung für Prozesskosten dann nicht verpflichtet sein, wenn sie in diesem Gebiete unbewegliches oder anderes nicht ohne weiteres übertragbares Eigentum besässen, das zur Deckung der Prozesskosten hinreiche. Für das Vorliegen eines Kautionsgrundes trage grundsätzlich die beklagte Partei die Behauptungs- und Beweislast. Der Beklagte habe seinen Antrag ausschliesslich auf den Kautionsgrund des Sitzes der Klägerin im Ausland bzw. im Commonwealth C._____ gestützt. Eine anderweitige Gefährdung der Einbringlichkeit der Parteientschädigung sei nicht behauptet worden. Das Schweizerisch-britische Abkommen über Zivilprozessrecht, welches zwischen der Schweiz und C._____ zur Anwendung gelange, behalte Konstellationen vor, in denen die Annahme einer Gefährdung trotz fehlenden Wohnsitzes oder Sitzes in der Schweiz entfalle, und schliesse eine Diskriminierung ausländischer Klägerparteien gegenüber Inländern in Bezug auf Sicherheitsleistungen insoweit aus, als eine solche ausschliesslich am fehlenden Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz anknüpfe. Nachdem sich der Beklagte ausschliesslich auf den ausländischen Sitz der Klägerin berufen und keine anderen Kautionsgründe dargetan habe, wäre die Klägerin durch die beantragte Sicherheitsverpflichtung staatsvertragswidrig diskriminiert. Der Antrag wurde folglich abgewiesen und dem Beklagten die Frist zur Einreichung der schriftlichen Klageantwort neu angesetzt (act. 6).

3. Der Beklagte hält dem in der Beschwerdeschrift entgegen, die Vorinstanz habe das Schweizerisch-britische Abkommen über Zivilprozessrecht vom 3. Dezember 1937 unrichtig angewendet und damit Art. 99 Abs. 1 lit. a ZPO i.V.m. dem Abkommen verletzt sowie den Sachverhalt unrichtig festgestellt (act. 2 S. 4 und 6). Im Kern bringt er vor, die Voraussetzungen für die Sicherheitsleistung gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. a ZPO seien gegeben, da die Klägerin ihren Sitz in C._____ und damit nicht in der Schweiz habe. Das nebst Art. 99 Abs. 1 lit. a ZPO vorliegend zur Anwendung gelangende Schweizerisch-britische Abkommen über

Zivilprozessrecht vom 3. Dezember 1937 sehe keine bedingungslose Befreiung von der Kautionspflicht vor. Vielmehr könne sich die klagende Partei gemäss Abkommen von der Kautionspflicht nur befreien, wenn sie in der Schweiz unbewegliches oder anderes nicht ohne weiteres übertragbares Eigentum besitze, das zur Deckung der Prozesskosten genüge. Dafür sei die klagende Partei beweispflichtig. Ein genereller Ausschluss unter dem Vorwand der Diskriminierung, wie ihn die Vorinstanz ins Feld führe, sei nach dem genannten Abkommen nicht vorgesehen. Damit sei gleichzeitig gesagt, dass es nicht an der gesuchstellenden beklagten Partei sei, den kautionsbefreienden Einwand der hinreichenden Vermögenswerte in der Schweiz aufzubringen. Sondern es sei an der Klägerin den Nachweis der Voraussetzungen zur Befreiung von der Kautionspflicht unter dem entsprechenden Abkommen zu erbringen. Dies habe die Vorinstanz verkannt und damit Bundesrecht verletzt. Sie habe nicht einmal geprüft, ob die Klägerin in der Schweiz über unbewegliches oder anderes nicht ohne weiteres übertragbares Eigentum verfüge (act. 2 S. 6-10 und 13). Die Vorinstanz, welche keine Stellungnahme der Klägerin eingeholt habe, habe damit gleichzeitig missachtet, dass sich kein einziges Element in den Akten befinde, welches auf hinreichende Vermögensgegenstände der Klägerin in der Schweiz im Sinne des Abkommens hindeuten würde, und somit eine Ausnahme von der Kautionspflicht gegeben wäre. Damit habe die Vorinstanz auch den Sachverhalt willkürlich festgestellt bzw. gewürdigt (act. 2 S. 10 und 12 f.).

4.1 Die ZPO gilt auch für internationale Zivilsachen, sofern der Gerichtsstand in der Schweiz liegt (lex fori; ZK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, 3. A. 2016, Art. 2 N 3). Gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. a ZPO hat die klagende Partei auf Antrag der beklagten Partei für deren Parteientschädigung Sicherheit zu leisten, wenn sie keinen Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz hat. Im internationalen Verhältnis, wie es vorliegend gegeben ist, ist die Sicherstellungspflicht staatsvertraglich meist ausgeschlossen, wenn sie einzig im ausländischen Wohnsitz der klagenden Partei begründet ist (vgl. BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, 3. A. 2017, Art. 99 N 9 ff. mit Aufzählung der Staatsverträge). Ein expliziter Vorbehalt staatsvertraglicher Regelung ist im Hinblick auf Art. 2 ZPO entbehrlich (vgl. Botschaft zur ZPO, BBl 2006, 7294).

4.2 Der Beklagte bestreitet die Anwendbarkeit des Schweizerisch-britischen Abkommens über Zivilprozessrecht vom 3. Dezember 1937 (fortan CH-GB Abkommen) auf den vorliegenden Sachverhalt zu Recht nicht (act. 2 S. 6 und 8). Ihm ist zwar beizupflichten, dass das CH-GB Abkommen bei ausländischem Wohnsitz/Sitz der klagenden Partei keine bedingungslose Befreiung von der Kautionspflicht vorsieht, sondern gemäss Art. 3 lit. b nur unter der Voraussetzung, dass die klagende Partei im Prozessstaat bzw. in der Schweiz zur Deckung der Prozesskosten hinreichend unbewegliches oder anderes nicht ohne weiteres übertragbares Eigentums besitzt. Diese Bestimmung geht als staatsvertragliche Regelung Art. 99 ZPO vor. Das Vorliegen sämtlicher Tatsachen, die der verlangten Sicherheitsleistung zugrunde liegen, sind entsprechend durch die Partei zu behaupten, die daraus Rechte ableitet. Sie trägt grundsätzlich die Behauptungs- und Beweislast (diese sind indes nicht in allen Fällen kongruent), wobei von der Natur der Sache her in gewissem Umfang bloss glaubhaft gemachte Behauptungen der beklagten Partei reichen, so etwa für die negative Tatsache des fehlenden Wohnsitzes oder Sitzes des Klägers in der Schweiz (vgl. ZK ZPO-Suter/von Holzen, 3. A. 2016, Art. 99 N 16). Dies muss in der vorliegenden Konstellation auch für die kumulative Voraussetzung der fehlenden Vermögenswerte des Klägers in der Schweiz gemäss dem CH-GB Abkommen gelten, wobei letztlich der Kläger das Vorhandensein von solchem nachzuweisen hätte – welche Angaben er aus eigener Kenntnis machen kann –, um eine Sicherheitsleistung abzuwenden. Der antragstellende Beklagte kommt jedoch nicht umhin, entsprechende Behauptungen zu dieser Voraussetzung aufzustellen. Dies hat der antragstellende Beklagte vor Vorinstanz unterlassen und erstmals im Beschwerdeverfahren erhoben (vgl. act. 2 S. 9 f.), wo sie als unzulässiges Novum unbeachtlich sind (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz war infolgedessen nicht gehalten, die Klägerin zur Frage der Sicherstellungspflicht anzuhören und auch nicht den für den Sachentscheid notwendigen Grundlagen bzw. der Frage des hinreichenden klägerischen Vermögens in der Schweiz von Amtes wegen nachzugehen. Aus dem zitierten Urteil des Bundesgerichts 4A_647/2020 vom 9. September 2020, E. 5.3, kann der Beklagte nichts zu seinen Gunsten ableiten. Das Bundesgericht hatte die Frage der Sicherheitsleistung in einer anderen Konstellation zu prüfen. Soweit aus dem

im Urteil wiedergegebenen Sachverhalt ersichtlich, verlangte die beklagte Partei (auf Widerklage) mit der Begründung des ausländischen Sitzes der klagenden Partei in Grossbritannien eine Sicherheitsleistung. Die klagende Partei wendete ihrerseits bereits vor Vorinstanz ein, sie sei Eigentümerin von zwei Uhren im Wert von über 700'000 Euro, die sich in den Händen der beklagten Partei befänden und daher Vermögenswerte im Sinne von Art. 3 lit. b des CH-GB Abkommens darstellten. Das Bundesgericht hatte sich folglich nur zur Frage zu äussern, ob die Uhren als Gegenstände zu betrachten sind, die eine Ausnahme von der Verpflichtung zur Leistung von Sicherheiten für die Kosten gemäss dem CH-GB Abkommen ermöglichen, was verneint wurde. Offen bleiben kann, ob das vom Beklagten eingereichte Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich mit der Geschäfts-Nr. HG150283 vom 15. März 2016 (act. 4/3), in welchem die Klägerin des vorliegenden Verfahrens mit einem Gesuch um Sicherheitsleistung konfrontiert war, als unzulässiges Novum zu qualifizieren ist, da dieser Entscheid nicht überzeugt. Soweit ersichtlich hatte in jenem Verfahren keine der Parteien zu Vermögenswerten der klagenden Partei in der Schweiz Behauptungen erhoben. Die urteilende Instanz kam dennoch ohne entsprechende Tatsachenbehauptungen zum Schluss, die klagende Partei verfüge "unstrittig" nicht über bewegliches oder anderes nicht ohne weiteres übertragbares Eigentum in der Schweiz.

4.3 Mangels vollständiger Behauptungen des Beklagten zu sämtlichen Voraussetzungen der von ihm geltend gemachten Sicherheitsleistung hat die Vorinstanz seinen Antrag zu Recht abgewiesen. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen. Das Verfahren ist zur Weiterführung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5. Da der Beschwerde in Bezug auf die Klageantwortfrist mit Verfügung der Kammer vom 7. September 2022 einstweilen die aufschiebende Wirkung gewährt wurde, ist dem Beklagten die Frist zur Erstattung der Klageantwort vor Vorinstanz gemäss den Bedingungen der vorinstanzlichen Verfügung vom 17. August 2022 (act. 6 S. 3 f.) mit vorliegendem Entscheid neu anzusetzen.

III.

1.1 Zwischenentscheide, auch prozessleitende Verfügungen über Vorschüsse und Sicherheiten, haben grundsätzlich den Streitwert der Hauptsache (vgl. act. 8 S. 4). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 4 Mio. (vgl. act. 7/1-2) ergäbe sich eine ordentliche Entscheidgebühr von rund Fr. 60'750.–. Bei der Bemessung der Kosten ist indes zu berücksichtigen, dass im Beschwerdeverfahren betreffend Sicherheitsleistung nur ein Teilaspekt zu beurteilen war. Die Gerichtskosten eines Beschwerdeverfahrens über einen prozessleitenden Entscheid sollten denn auch (wenigstens in der Regel) nicht über dem Rahmen von Fr. 100.– bis Fr. 7'000.– liegen, der gemäss § 9 Abs. 1 GebV OG für prozessleitende Verfügungen mit Kostenaufgabe vorgesehen ist (und der nach § 12 Abs. 1 GebV OG an sich auch für Rechtsmittelverfahren über prozessleitende Verfügungen massgeblich ist). Die Entscheidgebühr ist folglich auf Fr. 2'000.– festzusetzen.

1.2 Die Kosten sind ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und von dem von ihm geleisteten Vorschuss von Fr. 4'000.– zu beziehen. Der Überschuss ist dem Beklagten zurückzuerstatten, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs.

2. Entschädigungen sind bei vorliegendem Ausgang keine zuzusprechen; dem Beklagten nicht, weil er unterliegt und der Klägerin nicht, weil ihr im Beschwerdeverfahren keine Kosten entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Das Verfahren wird zur Fortsetzung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Dem Beschwerdeführer (und Beklagten) wird eine einmalige Frist von 60 Tagen ab Zustellung dieses Urteils angesetzt, um bei der Vorinstanz die schriftliche Klageantwort im Doppel einzureichen.

Darin hat er darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der Klägerin im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden. Er hat seine eigenen Anträge zu stellen und zu begründen, seine Tatsachenbehauptungen aufzustellen, die Beweismittel dazu (Zeugen, Urkunden, Augenschein, Gutachten, schriftliche Auskünfte, Parteibefragungen oder Beweisaussage) genau zu bezeichnen und ein Verzeichnis sämtlicher Beweismittel beizulegen. Verfügbare Urkunden, welche als Beweismittel dienen sollen, sind zusammen mit der Klageantwort und zusätzlich je als Kopie für die Gegenseite einzureichen.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.

Für die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens wird der vom Beschwerdeführer geleistete Vorschuss von Fr. 4'000.– herangezogen; der Überschuss wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs.

4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage der Doppel der Beschwerdeschrift (act. 2) und der Beilagen (act. 4/2-3), sowie an die 1. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich (unter Beilage des Empfangsscheins des Beschwerdeführers für das vorliegende Urteil), je gegen Empfangsschein und an die Obergerichtskasse.

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 beträgt Fr. 4 Mio.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am: