

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB230007-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 19. Juni 2023

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Dr. iur. LL.M. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt X2. _____

gegen

B. _____ Ltd.,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur., LL.M. Y2. _____

betreffend **Forderung / Rückweisung**

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

**Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 3. No-
vember 2022; Proz. RB220019**

Urteil Bundesgericht vom 6. Januar 2023; Proz 4A _541/2022

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin) mit Sitz auf Dominica 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). Nachdem die Vorinstanz dem Beklagten Frist zur schriftlichen Klageantwort angesetzt hatte (act. 7/13), ersuchte dieser 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). Mit Verfügung vom 17. August 2022 wies die Vorinstanz den Antrag des Beklagten auf Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung ohne Anhörung der Klägerin ab und setzte dem Beklagten die Frist zur Einreichung der schriftlichen Klageantwort neu an (act. 7/16).

2.1 Dagegen erhob der Beklagte mit Eingabe vom 26. August 2022 (Datum Poststempel) Beschwerde bei der hiesigen Instanz (act. 2). Er beantragte darin was folgt (act. 2 S. 2):

- "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts des Kantons Zürich, 1. Abteilung, vom 17. August 2022 im Verfahren Geschäfts-Nr. CG220045-L (Beilage 2) sei betreffend die Dispositivziffer 1 aufzuheben und die Beschwerdegegnerin («Klägerin») sei zu verpflichten, für eine nach gerichtlichem Ermessen festzusetzende Parteientschädigung des Beschwerdeführers («Beklagter») samt Auslagen und Mehrwertsteuer Sicherheit zu leisten, mindestens jedoch im Umfang von CHF 75'000.00 zuzügl. 7,7% MWST.
2. *Eventualiter* sei die Dispositivziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts des Kantons Zürich, 1. Abteilung, vom 17. August 2022 im Verfahren Geschäfts-Nr. CG220045-L (Beilage 2) aufzuheben und die Beschwerdegegnerin («Klägerin») sei zu verpflichten, für eine nach gerichtlichem Ermessen festzusetzende Parteientschädigung des Beklagten samt Auslagen und Mehrwertsteuer Sicherheit zu leisten.

3. *Subeventualiter* sei die Dispositivziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts des Kantons Zürich, 1. Abteilung, vom 17. August 2022 im Verfahren Geschäfts-Nr. CG220045-L (Beilage 2) aufzuheben und die Angelegenheit an die Vorinstanz zum neuen Entscheid im Sinne der nachfolgenden Erwägungen zurückzuweisen.
4. Es sei unter Aufhebung der Dispositivziffer 2 der Verfügung des Bezirksgerichts des Kantons Zürich, 1. Abteilung, vom 17. August 2022 im Verfahren Geschäfts-Nr. CG220045-L (Beilage 2) der Beschwerde die aufschiebende Wirkung im Sinne von Art. 325 ZPO zu gewähren und dem Beschwerdeführer die Frist zur Einreichung einer Klageantwort abzunehmen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag, zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

2.2 Das Beschwerdeverfahren wurde unter der Geschäft-Nr. RB220019 geführt. Mit Verfügung der Kammer vom 7. September 2022 wurde der Beschwerde gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 17. August 2022 hinsichtlich der Verpflichtung des Beklagten zur Erstattung der Klageantwort einstweilen die aufschiebende Wirkung gewährt und der Klägerin Frist angesetzt, um hierzu Stellung zu nehmen. Der dem Beklagten mit selbiger Verfügung auferlegte Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 4'000.– wurde geleistet (vgl. act. 8 - 10). Die Klägerin liess sich zur Frage der aufschiebenden Wirkung nicht vernehmen. Mit Urteil vom 3. November 2022 wurde die Beschwerde des Beklagten – ohne Einholung einer Beschwerdeantwort – abgewiesen und das Verfahren zur Fortsetzung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Dem Beklagten wurde die Frist zur Einreichung der schriftlichen Klageantwort bei der Vorinstanz neu angesetzt. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wurde auf Fr. 2'000.– festgesetzt, dem Beklagten auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Vorschuss von Fr. 4'000.– bezogen, mit dem Hinweis, dass ihm der Überschuss unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs zurückerstattet werde. Parteientschädigungen wurden keine zugesprochen (act. 11 = act. 22).

3. Dagegen erhob der Beklagte Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde – welcher vorgängig die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden war (act. 18) – gut, hob das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. November 2022 auf und wies die Sache

zu neuem Entscheid an das Obergericht zurück (BGer 4A_541/2022 vom 6. Januar 2023 = act. 20 = act. 23).

4. Nach Rückweisung durch das Bundesgericht wird das Verfahren unter der Prozess-Nr. RB230007 geführt. Mit Verfügung der Kammer vom 27. März 2023 wurde der Klägerin Frist zur schriftlichen Beantwortung der Beschwerde angesetzt (act. 24). Mit Eingabe vom 24. April 2023 verzichtete sie ausdrücklich auf Erstattung einer Beschwerdeantwort (vgl. act. 26 f.). Damit erweist sich das Verfahren als spruchreif.

II.

1.1 Das Bundesgericht führte im Rückweisungsentscheid im Wesentlichen Folgendes aus: Der Beklagte berufe sich auf Art. 99 Abs. 1 lit. a ZPO und damit auf den Kautionsgrund des ausländischen Sitzes der Klägerin auf Dominica. Die Ausnahmen nach Art. 99 Abs. 2 und 3 ZPO fielen ausser Betracht. Der Beklagte müsse einzig das Vorliegen des gesetzlichen Kautionsgrundes behaupten und belegen. Dieser Behauptungslast sei er hinreichend nachgekommen, indem er dargelegt habe, dass die Klägerin ihren Sitz auf Dominica und damit im Ausland habe. Ein Staatsvertrag, der eine voraussetzungslose Befreiung von der Kautionspflicht vorsehen würde, sei nicht ersichtlich. Damit habe der Beklagte die seinen Anspruch begründenden Tatsachen vollständig behauptet (act. 23 E. 2.2 und 3.2). Demgegenüber sei es Sache der Klägerin, die rechtsaufhebenden Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, mithin dass die im unstreitig zur Anwendung kommenden schweizerisch-britischen Abkommen über Zivilprozessrecht vom 3. Dezember 1937 (SR 0.274.183.671) statuierten Voraussetzungen für eine Ausnahme von der gesetzlichen Kautionspflicht erfüllt seien, konkret nach dessen Art. 3 lit. b, dass sie (die Klägerin) in der Schweiz unbewegliches oder anderes nicht ohne weiteres übertragbares Eigentum besitze, das zur Deckung der Prozesskosten hinreiche. Hierzu wäre die Klägerin anzuhören gewesen. Entgegen dem Obergericht habe nicht erst der Beklagte das Negativum des Fehlens solcher Vermögenswerte behaupten müssen (act. 23 E. 3.2).

1.2 Der Beklagte habe dargelegt, dass die Klägerin Sitz im Ausland habe. Damit sei die Klägerin nach Art. 99 Abs. 1 lit. a ZPO grundsätzlich sicherstellungspflichtig. Einwendungen seien im bundesgerichtlichen Verfahren, in dem die Klägerin zur Vernehmlassung eingeladen worden sei, keine vorgetragen worden. Die beantragte Sicherstellung der Parteientschädigung sei daher anzuordnen. Da das Obergericht indessen nicht über die Höhe derselben befunden habe und diesbezügliche Feststellungen fehlten, könne das Bundesgericht nicht reformato- risch entscheiden, weshalb die Sache an das Obergericht zu neuem Entscheid zurückzuweisen sei (act. 23 E. 4).

2.1 Das Bundesgericht bejahte die Sicherstellungspflicht der Klägerin im Grundsatz. Nach der Rückweisung durch das Bundesgericht wurde der Klägerin mit Verfügung vom 27. März 2023 Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt. In der Beschwerdeantwort hätte die Klägerin zur Höhe der Sicherheitsleistung Stellung nehmen können. Die Klägerin verzichtete darauf, sich zur Höhe der Sicherheitsleistung zu äussern und Anträge zu stellen, wobei sie darauf hinwies, dass sie von der Vorinstanz zu der in der Beschwerde thematisierten Frage überhaupt nicht angehört worden sei und ihr unter diesen Umständen keine Kosten auferlegt werden könnten (vgl. vorstehend Ziff. I.4; act. 26) Der Verzicht der Klägerin ändert indessen nichts daran, dass ihr rechtliches Gehör zur Höhe der Sicherheitsleistung mit der Fristansetzung zur Beschwerdeantwort nunmehr gewahrt worden ist.

2.2 Die vom Beklagten beantragte Sicherheitsleistung von mindestens Fr. 75'000.– erscheint angesichts des Streitwertes von Fr. 4 Mio. und der Thematik des Falles als angemessen. Die Klägerin ist somit zu verpflichten, für die Parteientschädigung des Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren eine Sicherheit in Höhe von Fr. 75'000.– zu leisten. Die Zahlungsfrist wird von der Vorinstanz anzusetzen sein. Die Sache ist zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zu überweisen.

III.

1. Gemäss Entscheid des Bundesgerichts ist über die obergerichtliche Prozesskostenregelung neu zu befinden (vgl. act. 23 E. 4). Nach dem für die Kammer bindenden Entscheid des Bundesgerichts in Bezug auf die anzuordnende Sicherheitsleistung und weil die Beschwerde auch in Bezug auf die beantragte Höhe der Sicherheitsleistung gutzuheissen ist, obsiegt der Beklagte vollständig. Die Klägerin gilt grundsätzlich als unterliegende Partei. Da sie auf eine Beschwerdeantwort verzichtet und keine Anträge zur Beschwerde gestellt hat und des Weiteren ein Verfahrensfehler zur vorliegenden Beschwerde geführt hat (vgl. vorstehend Ziff. II.1), sind für das obergerichtliche Verfahren keine Kosten zu erheben. Der vom Beklagten geleistete Prozesskostenvorschuss im Verfahren RB220019 in Höhe von Fr. 4'000.– ist ihm zurückzuerstatten, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs.

2. Die Voraussetzungen, welche für eine ausnahmsweise Entschädigung zulasten einer Behörde gegeben sein müssen, sind in Anlehnung an den Entscheid des Bundesgerichts (vgl. act. 23 E. 5) vorliegend erfüllt, weshalb dem Beklagten eine Parteientschädigung zulasten des Kantons Zürich zuzusprechen ist. Ausgehend vom Streitwert der Hauptsache (vgl. act. 8 E. 5.2) und unter Berücksichtigung, dass im Beschwerdeverfahren nur der Teilaspekt der Sicherheitsleistung zu beurteilen war, erscheint in Anwendung der §§ 2 Abs. 1 und 2, 4 Abs. 1 und 2, 9, 11 Abs. 1 und 13 Abs. 1 und 4 AnwGebV eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 3'000.– zuzüglich 7.7 % MwSt. als angemessen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Klägerin verpflichtet, für das Verfahren vor dem Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, Proz. CG220045, eine Sicherheitsleistung in Höhe von Fr. 75'000.– zu bezahlen. Die Vorinstanz wird ihr hierzu Frist anzusetzen haben.
2. Die Sache wird zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz überwiesen.

3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
4. Der vom Beklagten im Beschwerdeverfahren RB220019 geleistete Vorschuss für die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 4'000.– wird ihm zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs.
5. Der Kanton Zürich hat den Beklagten für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 3'000.– zuzüglich 7.7 % MwSt. zu entschädigen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage eines Doppels von act. 26, sowie unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten an das Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.
7. 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: