

#### **ZMP 2024 Nr. 4**

#### **Art. 99 Abs. 1 lit. b und d ZPO. Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung.**

*Die klagende Partei kann zur Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung u.a. angehalten werden, wenn sie zahlungsunfähig erscheint, namentlich wenn gegen sie der Konkurs eröffnet wurde, ein Nachlassverfahren in Gang ist oder Verlustscheine bestehen, ebenso wenn andere Gründe für eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung vorliegen. Allein eine Betreuung für eine Steuerforderung, welche von Gesetzes wegen nur auf dem Wege der Betreuung auf Pfändung erfolgen durfte, aber im Anschluss an eine vollzogene Pfändung mit der Begleichung des betriebenen Betrags endete, reicht dafür nicht aus, auch nicht bei einer GmbH mit minimalen Stammkapital, welche eine Zahlungsverzugskündigung nach Art. 257d OR hinnehmen musste, aber nach ihren Geschäftsbüchern durchaus solvent scheint.*

Aus der Verfügung des **Mietgerichts Zürich** MJ220072-L/Z5 vom 9. Februar 2023 (OG-Entscheid im Anschluss; Gerichtsbesetzung: Fleischer; Leitender Gerichtsschreiber Meienberg):

«(...)

#### **Erwägungen:**

1. Mit Eingabe vom 14. November 2022 (Datum Poststempel) stellte die Beklagte den prozessualen Antrag, die Klägerin zur Sicherstellung einer angemessenen Parteientschädigung zu verpflichten. Daraufhin wurde der Klägerin mit Verfügung vom 2. Dezember 2022 Frist angesetzt, um sich zum genannten Gesuch der Beklagten zu äussern und gleichzeitig wurde der Beklagten die Frist zur schriftlichen Stellungnahme zur Klage einstweilen abgenommen. Mit Eingabe vom 11. Januar 2023 (Datum Poststempel) nahm die Klägerin innert erstreckter Frist Stellung zum Antrag der Beklagten auf Sicherstellung einer angemessenen Parteientschädigung und verlangte die Abweisung des prozessualen Antrags der Beklagten. Mit Verfügung vom 20. Januar 2023 wurde die Eingabe der Klägerin im

Rahmen des voraussetzungslosen Replikrechts der Beklagten zugestellt. Mit Eingabe vom 1. Februar 2023 (Datum Poststempel) machte die Klägerin innert 10 Tagen von ihrem unbedingten Replikrecht Gebrauch.

2. Die Beklagte begründet ihren Antrag auf Leistung einer angemessenen Sicherheit für die Parteientschädigung damit, dass die Klägerin bereits den Kostenvorschuss des hiesigen Gerichts nicht rechtzeitig geleistet habe und die Zahlungsunfähigkeit auch aufgrund von Steuerschulden in Höhe von Fr. 7'996.85 gegenüber der Eidgenössischen Steuerverwaltung, für welche die Klägerin auch im vollen Umfang gepfändet worden sei, feststehe. Eine Konkursöffnung sei nur unterblieben, da es sich bei der in Betreuung gesetzten Forderung um eine Steuerschuld handle, für welche gemäss Art. 43 Abs. 1 SchKG eine Konkursbetreuung ausgeschlossen sei. Zudem handle es sich bei der Klägerin um eine Einmann-GmbH, wobei das Stammkapital nur dem gesetzlichen Minimum entspreche. Die Steuerschulden, für welche die Pfändung vollzogen worden sei, entspreche fast 40% des Stammkapitals. Unter diesen Umständen sei die Klägerin offensichtlich zahlungsunfähig und erscheine auch als zahlungsunwillig. Im Rahmen des ewigen Replikrechts begründet die Beklagte ihren prozessualen Antrag weiter damit, dass die Bilanz und die Erfolgsrechnung per 31. Dezember 2021 beschönigt und zudem erst am 10. Januar 2023 im Hinblick auf das vorliegende Verfahren erstellt worden seien. Zudem seien die Ausführungen der Klägerin, wonach sich die finanzielle Situation der Klägerin im Jahr 2022 im Vergleich zu 2021 verbessert habe, unsubstantiiert und würden weder durch einen Zwischenabschluss noch durch Budgetzahlen untermauert. Der Umstand, dass die Klägerin die seit langem bestehende Forderung der Eidgenössischen Steuerverwaltung über Monate hinweg und in kleinen Raten abgestottert habe, belege die Zahlungsunfähigkeit der Klägerin. Die Zahlungsunfähigkeit bzw. gar die klare Überschuldung der Klägerin i.S.v. Art. 725 OR ergebe sich unbestreitbar aus den durch die Klägerin eingereichten Unterlagen. Aktuelle Zahlen zu der finanziellen Situation der Klägerin würden gänzlich fehlen.

3. Vorab ist festzuhalten, dass gemäss Art. 99 Abs. 1 ZPO die klagende Partei auf Antrag der Beklagten zu einer Sicherheit für die Parteientschädigung verpflich-

tet werden kann. Dabei kann die beklagte Partei jederzeit einen Antrag auf Sicherheitsleistung für zukünftige Kosten stellen (BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, 3. Aufl., Art. 99 N 5). Eine Sicherheitspflicht entfällt, wenn eine Ausnahme gemäss Art. 99 Abs. 3 ZPO gegeben ist. Vorliegend handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit mit einem Streitwert von Fr. 7'294.90, welche einzig aufgrund des Streitwerts im vereinfachten Verfahren zu behandeln ist (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Es liegt somit keine Ausnahme gemäss Art. 99 Abs. 3 lit. a ZPO vor. Folglich ist die Beklagte zur Stellung eines Antrags auf Sicherheitsleistung für ihre allfällige Parteienschädigung in diesem Verfahren und zu diesem Verfahrenszeitpunkt berechtigt.

4. Die alternativen Voraussetzungen, welche auf Antrag die klagende Partei zur Leistung einer Sicherheit verpflichten, sind in Art. 99 Abs. 1 lit. a–d ZPO aufgeführt. Dies ist unter anderem der Fall, wenn die klagende Partei zahlungsunfähig erscheint (Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO), oder wenn andere Gründe für eine erhebliche Gefährdung der Parteienschädigung bestehen (Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO). Die antragsstellende Partei trägt die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen einer dieser Voraussetzungen, wobei nach der Natur der Sache in gewissem Umfang Glaubhaftmachung genügt, wo kein strikter Beweis verlangt werden kann (SUTER/VON HOLZEN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO Komm., 3. Aufl., Art. 99 N 16 und N 26). Die Gründe für die Sicherheitsleistung müssen im Zeitpunkt der Beurteilung des Gesuches vorliegen (BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, a.a.O., Art. 99 N 6). Liegt ein Antrag der beklagten Partei vor und sind die Voraussetzungen gegeben, so hat die antragstellende Partei einen Anspruch auf Anordnung einer Sicherheitsleistung durch das Gericht (SUTER/VON HOLZEN, a.a.O., Art. 99 N 14).

5. Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO statuiert eine Sicherheitsleistungspflicht für die klagende Partei, die zahlungsunfähig erscheint, namentlich wenn gegen sie der Konkurs eröffnet, ein Nachlassverfahren im Gang ist oder Verlustscheine bestehen. Die genannte Aufzählung in Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO ist jedoch nicht abschliessend (BGer 5A\_604/2021 vom 18. Februar 2022 E. 3.3.2).

Zahlungsunfähigkeit liegt grundsätzlich vor, wenn die klagende Partei nicht über die notwendigen liquiden Mittel verfügt und auch nicht den nötigen Kredit besitzt,

um den mit dem Prozess mutmasslich verbundenen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen (BGE 111 II 206 E. 1; SUTER/VON HOLZEN, a.a.O., Art. 99 N 25). Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Schuldner Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Hingegen lassen bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten den Schuldner nicht als zahlungsunfähig erscheinen (BGer 5A\_606/2014 vom 19. November 2014 E. 3.1). Ebenso wenig reichen mehrfache Beteiligungen, von denen nur noch wenige offen sind, aus, um als gewichtigen Anhaltspunkt für eine Zahlungsunfähigkeit eingestuft werden zu können (vgl. OGer ZH LB120033 vom 27. September 2012 E. 2). Dem von der Beklagten eingereichten Auszug aus dem Beteiligungsregister vom 8. November 2022 lässt sich einzig entnehmen, dass gegen die Klägerin aufgrund einer Forderung in Höhe von Fr. 7'996.65 gegenüber der Schweizerischen Eidgenossenschaft bzw. der eidgenössischen Steuerverwaltung eine Beteiligung eingeleitet worden ist. Selbst wenn es sich bei der in Beteiligung gesetzten Forderung nicht um eine Steuerschuld gehandelt hätte, wäre – entgegen den Ausführungen der Beklagten – über die Klägerin nicht ohne Weiteres der Konkurs eröffnet worden. Vielmehr wäre nach Stellung des Fortsetzungsbegehrens zunächst der Konkurs anzudrohen gewesen, bevor in einem weiteren Schritt noch das Konkursbegehren hätte gestellt und anschliessend eine Konkursverhandlung hätte durchgeführt werden müssen (vgl. Art. 159 ff. SchKG). Unbestrittenermassen hat die Klägerin die Forderung durch Zahlungen ans Beteiligungsamt inzwischen vollumfänglich getilgt. Das Konkursgericht hätte ein Konkursbegehren aller Wahrscheinlichkeit nach gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG infolge Schuldentilgung abgewiesen. Somit kann der Beklagten nicht gefolgt werden, dass die Konkursöffnung nur daher nicht erfolgt sei, da es sich um eine Steuerschuld handle. Verlustscheine, Nachlassverfahren oder Konkurse sind auf dem eingereichten Beteiligungsregisterauszug jedenfalls nicht aufgeführt. Somit liegt keiner der drei im Gesetz explizit genannten Gründe vor, bei welchen die Zahlungsunfähigkeit unwiderlegbar vermutet wird. Aufgrund der beteiligungsrechtlichen Akten (keine weiteren Beteiligungen ersichtlich) sind jedenfalls keine objektiven Hinweise vorhanden, die auf eine Zahlungsunfähigkeit hinweisen würden. Alleine der Umstand, dass es sich bei der Klägerin um eine Einmann-GmbH mit minimalem Stammkapital handelt, lässt sich nichts über die Zahlungs(un)fähigkeit der Klägerin

ableiten. Vielmehr ist hierfür auf den Geschäftsbericht (Jahresrechnung, bestehend aus Bilanz, Erfolgsrechnung und Anhang) abzustellen. Ob die Bilanz bzw. die Erfolgsrechnung tatsächlich wie von der Beklagten behauptet erst am 10. Januar 2023 erstellt worden ist, oder ob es sich bei diesem Datum um das Druckdatum handelt, spielt letztlich keine Rolle, da jeweils eine Stichtagsbetrachtung (vorliegend per 31. Dezember 2021) zur Anwendung gelangt (vgl. Art. 959 OR). Inwiefern die eingereichten Unterlagen der Klägerin beschönigt sein sollen, unterlässt die Beklagte in substantiierter Weise zu behaupten. Jedenfalls liegen hierfür keine Hinweise vor. Entsprechend ist von der Richtigkeit der eingereichten Bilanz bzw. der Erfolgsrechnung auszugehen. Der Beklagten ist insofern Recht zugeben, dass die Klägerin keine aktuellen Unterlagen einreichte, die sich zur finanziellen Situation der Klägerin äussern würden. Die klägerischen Ausführungen, wonach aktuell für das Jahr 2022 noch kein Jahresabschluss vorliege (Stand der Eingabe 11. Januar 2023), ist jedenfalls glaubhaft und an sich auch nicht zu beanstanden (vgl. Art. 958 Abs. 3 OR). Dass die Klägerin als Kleinunternehmerin hierfür extra einen Zwischenabschluss erstellt, ist ihr jedenfalls nicht zuzumuten und würde ebenfalls nur einen Überblick über die Liquidität der Klägerin in einem früheren Zeitpunkt und nicht im massgebenden Entscheidzeitpunkt liefern.

Aus der von der Klägerin eingereichten Bilanz per Ende 2021 lässt sich entnehmen, dass die flüssigen Mittel und Wertschriften knapp Fr. 28'400.– (die Aktiven insgesamt Fr. 102'590.05) betragen und ein Jahresgewinn von Fr. 46'000.– erzielt wurde. Beim vorliegenden Streitwert beträgt die ordentliche Parteientschädigung Fr. 4'675.– (inkl. MwSt.). Selbst in der Annahme einer aufgrund von Zuschlägen erhöhten Parteientschädigung von bis zu Fr. 7'000.– ist nicht anzunehmen, dass die Klägerin den drohenden Zahlungsverpflichtungen für die Parteientschädigung nicht nachkommen könnte. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass neben der allfälligen Verpflichtung zur Leistung einer Parteientschädigung weitere Forderungen in Konkurrenz treten könnten.

Wie die Beklagte aufgrund der Bilanz zu der Annahme kommt, dass die Klägerin klar überschuldet sei, ist nicht nachvollziehbar. Eine Überschuldung liegt vor, wenn die Verbindlichkeiten einer Gesellschaft durch die Aktiven nicht mehr gedeckt sind

(Art. 725b Abs. 1 OR). Entgegen der Ansicht der Beklagten sind den Verbindlichkeiten sämtliche Aktiven gegenüberzustellen. Dass die Aktiven der Klägerin per 31. Dezember 2021 Fr. 102'590.05 betragen, wurde nicht substantiiert bestritten. Die Verbindlichkeiten der Klägerin in Höhe von Fr. 41'630.– waren jedenfalls bei Weitem gedeckt. Wäre die Klägerin tatsächlich, wie dies die Beklagte behauptet, im Jahr 2021 überschuldet bzw. illiquid gewesen, würde der Betreibungsregisterauszug zweifelsfrei anders aussehen. Dass die Klägerin im Jahr 2021 bereits hochdefizitär gewesen sein soll, ist ebenfalls nicht ersichtlich, wurde gemäss der eingereichten Bilanz doch ein Jahresgewinn von Fr. 46'411.82 erwirtschaftet.

Einzig der Umstand, dass die Klägerin Mitte 2022 gleichzeitige mehrere Steuerrechnungen erhielt und daher kurzfristige Zahlungsschwierigkeiten hatte, genügt jedenfalls nicht für eine Zahlungsunfähigkeit (vgl. BGer 5A\_606/2014 vom 19. November 2014 E. 3.1), insbesondere, da inzwischen die Forderung beglichen werden konnte. Ebenso wenig vermag das Argument zu überzeugen, dass die Zahlungsunfähigkeit aufgrund der Ratenzahlungen erwiesen sei. Die Gründe für ein Unternehmen, eine offene Forderungen ratenweise zu begleichen, können vielfältig sein.

Mangels anderer aktueller Unterlagen ist die eingereichte Bilanz der Klägerin zusammen mit dem Betreibungsregisterauszug jedenfalls ein gewichtiges Indiz für die Zahlungsfähigkeit der Klägerin. Zudem gilt es zu berücksichtigen, dass die eingereichten Unterlagen aus dem Corona-Krisenjahr 2021 stammen, welches für Unternehmen im Gastronomiebereich in notorischer Weise aufgrund zahlreicher Einschränkungen eine sehr schwierige Zeit darstellte. Nichts desto trotz hat die Klägerin die Zeit die Coronakrise (mit nur einer Betreuung im Umfang von knapp Fr. 8'000.–) überstanden.

6. Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO statuiert als Auffangtatbestand eine Sicherheitsleistungspflicht für die klagende Partei, wenn aufgrund anderer Gründe eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung besteht. Bei der «erheblichen Gefährdung der Parteientschädigung» handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Wann eine erhebliche Gefährdung vorliegt, hat das Gericht ermessensweise zu beurteilen (BGer 5A\_221/2014 vom 10. September 2014 E. 3), wobei einzig eine summarische Prüfung stattfindet (BGer 5A\_604/2021 vom 18. Februar

2022 E. 3.4.3; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, a.a.O., Art. 99 N 6). Eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung liegt beispielsweise vor, wenn der Klägerin Verpflichtungen gegenüberstehen, die ihre Aktiven bei weitem übersteigen (BGer 5A\_221/2014 vom 10. September 2014 E. 2). Selbst wenn man wie die Gegenseite davon ausgehen sollte, dass mit Zuschlägen eine Parteientschädigung bis Fr. 7'000.– drohe, stehen dieser Forderung unbestrittenermassen Aktiven in Höhe von Fr. 102'590.– gegenüber, womit die drohende Entschädigung bei Weitem nicht die Aktiven der Klägerin übersteigt. Weitere Anwendungsfälle des Auffangtatbestandes sind beispielsweise Zahlungsflucht, betrügerische Handlungen zum Nachteil der Gläubiger oder Verheimlichung von Vermögenswerten (vgl. OGer ZH RB150044 vom 10. Februar 2016 E. 4.3.3). Dass ein solcher Fall vorliegt, wird nicht behauptet. Eine allfällige Zahlungsunwilligkeit begründet für sich alleine noch keine manifeste und erhebliche Gefährdung der Parteisicherheit (vgl. BGer 5A\_916/2016 vom 7. Juli 2017 E. 2.4.5). Bei fehlender Zahlungswilligkeit ist vielmehr auf die Instrumente des Schuldbetriebsrechts zurückzugreifen. Nur wenn der Schuldner bereits zuvor Vermögen verheimlicht hat, ist ein fehlender Zahlungswille von Relevanz. Ansonsten ist das vorhandene Vermögen mit der allfälligen Parteientschädigung in Relation zu setzen (vgl. OGer ZH RB150044 vom 10. Februar 2016 E. 4.3.3). Vorliegend wurde nicht behauptet, die Klägerin habe zuvor bereits Vermögen verheimlicht bzw. zu verheimlichen versucht. Entsprechend ist der fehlende Zahlungswille – sollte er überhaupt fehlen – kein Grund für die Anordnung einer Sicherheit für die Parteientschädigung.

7. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Klägerin weder als zahlungsunfähig erscheint noch dass die Parteientschädigung aus anderen Gründen erheblich gefährdet ist. Insbesondere hat die Klägerin glaubhaft gemacht, dass es sich bei der (inzwischen getilgten) Mehrwertsteuerschuld um ein Versehen infolge Wechsels der Buchhaltungsgesellschaft handelte. Daraus kann – ebenso aus der verspäteten Zahlung für den Kostenvorschuss – nicht auf eine Zahlungsunfähigkeit oder eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung geschlossen werden. Folglich ist das Gesuch der Beklagten um Sicherstellung der Parteientschädigung abzuweisen.

Mit Verfügung vom 2. Dezember 2022 wurde der Beklagten die Frist zur schriftlichen Stellungnahme zur Klage einstweilen abgenommen (act. 21). Nachdem die Beklagte mit ihrem Gesuch nicht durchdringt, hat sie nun zur Klage Stellung zu nehmen. Wie bereits in Erwägung 2 der Verfügung vom 2. Dezember 2022 angedroht, ist diese Frist aufgrund des erhöhten Gebots zur Verfahrensbeschleunigung im vereinfachten Verfahren sowie aufgrund dessen, dass der Beklagten die Stellungnahme der Klägerin bereits mit Verfügung vom 19. September 2022 zugestellt wurde – sie mithin bereits seit mehr als vier Monaten Gelegenheit hatte, sich mit dieser auseinanderzusetzen – kurz zu bemessen. Entsprechend wäre die Frist eigentlich auf 10 Tage anzusetzen gewesen. Um der Beklagten indes den Rechtsmittelweg gegen die Abweisung ihres prozessualen Antrags nicht zu verunmöglichen, wird die Frist zur Stellungnahme zur Klage auf 20 Tage festgesetzt.

(...»

\* \* \* \* \*

Aus dem Urteil des **Obergerichts des Kantons Zürich** PD230004-O vom 27. März 2023 (kein Weiterzug ans Bundesgericht; Gerichtsbesetzung: Lichti Aschwanden, Glur, Bantli Keller; Gerichtsschreiberin Schnarwiler):

«(...)

#### **Erwägungen:**

1. Mit Eingabe vom 14. September 2022 machte die Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Beschwerdegegnerin) eine Forderungsklage gegen die Beklagte und Beschwerdeführerin (fortan Beschwerdeführerin) über den Betrag von Fr. 24'000.– (zzgl. Zins) beim Einzelgericht des Mietgerichtes Zürich (Vorinstanz) anhängig. Nach Einholen eines Kostenvorschusses setzte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 6. Oktober 2022 Frist zur schriftlichen Stellungnahme zur Klage an. Mit Eingabe vom 14. November 2022 stellte die Beschwerdeführerin den Antrag, es sei die Beschwerdegegnerin zur Leistung einer

Sicherheit für die Parteientschädigung zu verpflichten und es sei ihr – der Beschwerdeführerin – die Frist zur schriftlichen Stellungnahme abzunehmen. Die Vorinstanz nahm der Beschwerdeführerin die Frist in der Folge ab und holte bei der Beschwerdegegnerin eine Stellungnahme zum Antrag um Sicherstellung der Parteientschädigung ein. Diese Stellungnahme wurde in der Folge der Beschwerdeführerin zugestellt, welche sich daraufhin mit Eingabe vom 1. Februar 2023 erneut vernehmen liess.

Mit Verfügung vom 9. Februar 2023 wies die Vorinstanz das Gesuch um Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zur Sicherstellung der Parteientschädigung ab und setzte der Beschwerdeführerin eine nicht erstreckbare Frist zur schriftlichen Stellungnahme zur Klage an.

2.1 Gegen diese Verfügung erhebt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 2. März 2023 rechtzeitig Beschwerde und stellt die folgenden Anträge:

- " 1. Das Anfechtungsobjekt sei vollumfänglich aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, die Klägerin und Beschwerdegegnerin, unter geeigneter Androhung für den Unterlassungsfall, zu verpflichten, in angemessener Höhe Sicherheit für die zu erwartende Parteientschädigung von bis Fr. 7'000.– zu leisten.
2. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Beschwerdeführerin sei die von der Vorinstanz in Disp. Ziff. 2. angesetzte Frist zur Einreichung einer Klageantwort einstweilen abzunehmen.

alles unter den gesetzlichen KuEF."

2.2 Mit Verfügung vom 3. März 2023 wurde das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen und es wurde der Beschwerdeführerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt. Die Beschwerdeführerin leistete den Vorschuss innert Frist. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Vom Einholen einer Beschwerdeantwort wurde abgesehen (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Sache erweist sich als spruchreif. Mit dem vorliegenden Entscheid ist der Beschwerdegegnerin ein Doppel der Beschwerdeschrift zuzustellen.

3. Entscheide über die Leistung von Sicherheiten und Vorschüssen sind selbständig mit Beschwerde anfechtbar (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO i.V.m. Art. 103 ZPO). Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach Art. 319 ff. ZPO. Mit der Beschwerde

kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerdebegründung hat sich dabei sachbezogen mit der Begründung des angefochtenen Entscheides auseinanderzusetzen, es ist konkret aufzuzeigen, weshalb und in welchen Belangen der angefochtene Entscheid falsch sein soll. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.

Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO).

4.1 Die Sicherheit der Parteientschädigung i.S.v. Art. 99 ZPO wird nur auf Antrag der beklagten Partei vom Gericht verlangt. Die Antragstellerin hat sich in ihrem Gesuch auf eine der in Art. 99 Abs. 1 ZPO alternativ angeführten Voraussetzungen zu berufen und diese darzulegen; sie trifft die Behauptungs- und Beweislast (BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, 3. Aufl. 2017, Art. 99 N 3; ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, 3. Aufl. 2016, Art. 99 N 16).

Die Beschwerdeführerin beruft sich sowohl vor Vorinstanz als auch vor der Kammer auf Art. 99 Abs. 1 lit. b (Zahlungsunfähigkeit) und d (andere Gründe für eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung) ZPO.

Laut Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO hat die klagende Partei dann eine Sicherheit zu leisten, wenn sie zahlungsunfähig erscheint. Dabei genügt es, wenn die Zahlungsunfähigkeit glaubhaft gemacht ist, wobei grundsätzlich von Zahlungsfähigkeit auszugehen ist und die Zahlungsunfähigkeit nicht leichthin angenommen werden darf. Das Gericht hat bei der Prüfung primär auf die betriebsrechtlichen Akten abzustellen (ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, 3. Aufl. 2016, Art. 99 N 26 m.w.H.; SHK ZPO-KUSTER, 2010, Art. 99 N 20; URWYLER/GRÜTTER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 99 N 11). Im Sinne einer nicht abschliessenden Aufzählung nennt das Gesetz drei Vermutungen, bei deren Vorliegen unwiderlegbar von Zahlungsunfähigkeit und somit einer Kautionspflicht auszugehen ist. Namentlich ist dies dann der Fall, wenn über die klagende Partei der Konkurs eröffnet wurde, ein Nachlass-

verfahren im Gang ist oder Verlustscheine bestehen. Neben diesen gesetzlich normierten Gründen kann eine Zahlungsunfähigkeit beispielsweise auch vorliegen bei einer laufenden Lohnpfändung, wiederholten Konkursbegehren die nicht zur Konkursöffnung führten oder bei der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven, wenn diese noch nicht lange zurück liegt, oder unter Umständen auch bei einer Vielzahl von Betreibungen im Betreibungsregister (BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, 3. Aufl. 2017, Art. 99 N 12; ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, 3. Aufl. 2016, Art. 99 N 29 m.w.H.).

Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO sieht die Möglichkeit einer Sicherheit für die Parteientschädigung vor, wenn andere Gründe für eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung bestehen. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um einen Auffangtatbestand, welcher z.B. bei dem sog. *asset stripping* (Entledigung der klägerischen Aktiven auf eine Auffanggesellschaft unter Wert vor Konkurs, vgl. Botschaft ZPO, BBI 2006 S. 7221 ff., S. 7294), Zahlungsflucht, betrügerischen Handlungen zum Nachteil der Gläubiger, der Verheimlichung von Vermögenswerten oder Handlungen, die mit den paulianischen Klagen anfechtbar sind, greift (ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, 3. Aufl. 2016, Art. 99 N 35 m.w.H.; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, 3. Aufl. 2017, Art. 99 N 17). Entscheidend ist, ob sich bei wirtschaftlicher Betrachtung eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung zeigt, ohne dass ein Tatbestand nach Art. 99 Abs. 1 lit. a–c ZPO erfüllt ist.

4.2 Vor Vorinstanz begründete die Beschwerdeführerin die geltend gemachte Zahlungsunfähigkeit der Beschwerdegegnerin bzw. deren fehlenden Zahlungswillen (im Wesentlichen und soweit hier noch relevant) damit, dass die Beschwerdegegnerin bereits den Kostenvorschuss bei der Vorinstanz nicht rechtzeitig geleistet habe und die Zahlungsunfähigkeit auch aufgrund einer Betreibung für Steuerschulden in Höhe von Fr. 7'996.85 durch die eidgenössische Steuerverwaltung, für welche die Beschwerdegegnerin auch im vollen Umfang gepfändet worden sei, feststehe. Eine Konkursöffnung sei diesbezüglich nur unterblieben, da es sich bei der genannten Forderung um eine solche nach Art. 43 Abs. 1 SchKG handle, für die eine Konkursbetreibung ausgeschlossen sei. Sodann machte die Beschwerdeführerin geltend, die Bilanz 2021 der Beschwerdegegnerin – welche diese zu-

sammen mit ihrer Stellungnahme der Vorinstanz eingereicht hatte – sei beschönigt. Auch seien die Behauptungen der Beschwerdegegnerin, wonach sich ihre finanzielle Situation im Vergleich zum Jahr 2021 verbessert habe, unsubstanziert; sie würden weder durch einen Zwischenabschluss, noch durch Budgetzahlen untermauert.

4.3.1 Die Vorinstanz erwog, dem Betreibungsregistrauszug der Beschwerdegegnerin vom 8. November 2022 lasse sich einzig entnehmen, dass gegen diese aufgrund einer Forderung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vertreten durch die Eidgenössische Steuerverwaltung, eine Betreibung in Höhe von Fr. 7'996.65 eingeleitet worden sei. Selbst wenn es sich bei der Forderung nicht um eine Steuerschuld gehandelt hätte, wäre – so die Vorinstanz – entgegen der Beschwerdeführerin über die Beschwerdegegnerin nicht ohne weiteres der Konkurs eröffnet worden, hätten davor doch noch weitere Schritte vorgenommen werden müssen (Fortsetzungsbegehren, Konkursandrohung, Konkursbegehren, Konkursverhandlung). Unbestrittenermassen habe die Beschwerdegegnerin die Forderung durch Zahlung an das Betreibungsamt zwischenzeitlich vollumfänglich getilgt. Das Konkursgericht hätte das Konkursbegehren daher aller Wahrscheinlichkeit nach infolge Schuldentilgung abgewiesen. Verlustscheine, Nachlassverfahren oder Konkurse seien auf dem Betreibungsregistrauszug jedenfalls nicht aufgeführt. Damit liege keiner der drei gesetzlich explizit genannten Gründe vor, die zu einer unwiderlegbaren Vermutung der Zahlungsunfähigkeit führten. Weitere Betreibungen lägen zudem nicht vor. Damit ergäben sich aus den betreibungsrechtlichen Akten keine objektiven Hinweise auf eine Zahlungsunfähigkeit.

4.3.2 Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt, indem sie willkürliche Mutmassungen zu nicht gegebenen Voraussetzungen der Konkurseröffnung angestellt habe: Aus dem Betreibungsregistrauszug ergebe sich nicht nur urkundlich die Einleitung der Betreibung durch die Eidgenössische Steuerverwaltung für mehrere gemahnte Quartalsrechnungen der Mehrwertsteuer für das Jahr 2022, sondern auch die Fortsetzung der Betreibung und anschliessende Pfändung im Gesamtbetrag von Fr. 7'996.65 bereits am 7. September 2022. Eine bei juristischen Per-

sonen grundsätzlich übliche Konkursandrohung mit nachfolgender Konkursöffnung sei einzig deshalb unterblieben, weil Steuerschulden nach Art. 43 Abs. 1 SchKG nicht auf Konkurs, sondern auf Pfändung vollstreckt werden müssten. Wäre es am 7. September 2022 statt zum Vollzug der Pfändung zur Konkursverhandlung gekommen, hätte es zwangsläufig zur Konkursöffnung kommen müssen, da die Beschwerdeführerin ihre gesamten Schulden gegenüber der Schweizerischen Eidgenossenschaft erst Ende 2022 vollständig abgestottert habe. Die Zahlungsunfähigkeit wäre durch die zwangsläufig erfolgte Konkursöffnung ohne weiteres bewiesen gewesen.

4.3.3 Wie gezeigt, stützt sich das Gericht bei der Beurteilung der Zahlungs(un)fähigkeit in erster Linie auf die betreibungsrechtlichen Unterlagen. Unbestritten weist der Betreibungsregisterauszug der seit dem 8. Dezember 2016 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Beschwerdegegnerin lediglich eine einzige Betreuung von Fr. 7'996.65 im Stadium der Pfändung aus.

Alleine mit Blick auf diese einzige Betreuung kann vorliegend nicht auf eine Zahlungsunfähigkeit der Beschwerdegegnerin geschlossen werden, selbst dann nicht, wenn – wie die Beschwerdeführerin geltend macht – die in Betreuung gesetzte Forderung allenfalls Mehrwertsteuerschulden für mehr als ein Quartal betraf. So legte die Beschwerdegegnerin vor Vorinstanz nachvollziehbar (und von der Beschwerdeführerin grundsätzlich unbestritten, vgl. ...) dar, dass sie aufgrund ihrerseits verspäteter Abrechnungen Mitte 2022 gleich mehrere Rechnungen der Mehrwertsteuer gleichzeitig erhalten habe, weshalb sie diese nicht allesamt sofort habe bezahlen können. Für diese Darstellung spricht der Umstand, dass in der Folge nur eine einzelne Betreuung für den gesamten, noch offenen Betrag erfolgte. Dass es aufgrund einer grossen Anzahl von gleichzeitig gestellten Rechnungen kurzfristig zu Zahlungsschwierigkeiten kam, lässt – gerade mit Blick auf den einmaligen Charakter der Betreuung – nicht auf eine grundsätzliche Zahlungsunfähigkeit der Beschwerdegegnerin schliessen. Insbesondere nicht, da es ihr offenbar zwischenzeitlich gelungen ist, diese Schuld zu tilgen, wenn auch durch Pfändung. Eine «Vielzahl» von Betreibungen, welche unter Umständen auf eine Zahlungsunfähigkeit schliessen liesse, liegt jedenfalls nicht vor (vgl. auch OGer

ZH LB120033 vom 27. September 2012, E. 2.2, wonach auch bei fünf Betreibungen noch nicht von einer «Vielzahl» ausgegangen wurde).

Auch aus dem Umstand, dass sich die Betreibung im Stadium der Pfändung befindet, lässt für sich nicht auf eine Zahlungsunfähigkeit der Beschwerdegegnerin schliessen. Aus den Ausführungen der Beschwerdegegnerin vor Vorinstanz ergibt sich, dass sie gegen den entsprechenden Zahlungsbefehl keinen Rechtsvorschlag erhoben habe, weil sie die Forderung im Grundsatz anerkannte und beabsichtigte, diese (ratenweise) zu tilgen. Erhebt eine Schuldnerin nach ergangenen Zahlungsbefehl keinen Rechtsvorschlag (oder wurde dieser beseitigt) und ist das Verfahren (wie hier, vgl. Art. 43 Ziff. 1 SchKG) auf Pfändung fortzusetzen, erfolgt unverzüglich nach dem Fortsetzungsbegehren durch die Gläubigerin der Pfändungsvollzug (Art. 88 u. 89 SchKG). Ist eine Betreibung auf Konkurs fortzusetzen, ergeht nach dem Fortsetzungsbegehren – wie dies bereits die Vorinstanz zutreffend festhielt – eine Konkursandrohung (Art. 159 f. SchKG), worauf die Gläubigerin nach Abwarten einer Frist das Konkursbegehren stellen kann (Art. 166 SchKG) und in der Folge zur Konkursverhandlung vorgeladen wird, anlässlich derer die Schuldnerin den Konkurs u.a. durch Nachweis der Tilgung oder Stundung abwenden kann (vgl. insb. Art. 172 SchKG). Bereits die unterschiedliche Anzahl an erforderlichen Verfahrensschritten zeigt, dass keineswegs folgelogisch der Konkurs eröffnet worden wäre, wäre das Betreibungsverfahren auf Konkurs fortzusetzen gewesen. Das Verfahren bei Fortsetzung auf Konkurs hätte vielmehr noch diverse weitere Verfahrensschritte aufgewiesen und dadurch ungleich länger gedauert. Die Beschwerdeführerin geht damit mit ihrem sinngemässen Standpunkt fehl, wonach die Konkursöffnung das Äquivalent zum Pfändungsvollzug bei Verfahren mit Fortsetzung auf Pfändung wäre. Dem sinngemässen Schluss der Beschwerdeführerin, dass vorliegend ein mit der Konkursöffnung gleichzusetzender Sachverhalt vorliege, kann nicht gefolgt werden.

4.4.1 Die Vorinstanz erwog sodann, die Beschwerdeführerin habe nicht in substantiierter Weise dargetan, inwiefern die eingereichten Unterlagen (Bilanz 2021) der Beschwerdegegnerin beschönigt sein sollten, weshalb auf diese abzustellen sei. Zutreffend sei zwar, dass es an aktuellen Unterlagen fehle; die Behauptungen der Beschwerdegegnerin, wonach für das Jahr 2022 noch kein Jahresabschluss

vorliege (Stand: 11. Januar 2023) seien aber glaubhaft und mit Blick auf Art. 958 Abs. 3 OR nicht zu beanstanden. Aus der Bilanz per Ende 2021 lasse sich sodann entnehmen, dass die Beschwerdegegnerin über flüssige Mittel und Wertschriften von knapp Fr. 28'400.– und Aktiven von insgesamt Fr. 102'590.05 verfügt habe, zudem sei ein Jahresgewinn von Fr. 46'000.– erzielt worden. Beim vorliegenden Streitwert betrage eine ordentliche Parteientschädigung Fr. 4'675.– (inkl. MwSt.); selbst bei einer aufgrund von Zuschlägen erhöhten Parteientschädigung von Fr. 7'000.– sei nicht anzunehmen, dass die Beschwerdegegnerin den drohenden Zahlungsverpflichtungen für die Parteientschädigungen nicht nachkommen könnte. Wie die Beschwerdeführerin zudem zur Annahme komme, die Beschwerdegegnerin sei überschuldet, sei nicht nachvollziehbar. Wäre die Beschwerdegegnerin im Jahr 2021 – wie von der Beschwerdeführerin behauptet – überschuldet gewesen, würde auch der Betreibungsregisterauszug zweifelsfrei anders aussehen.

4.4.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe zum «Gegenbeweis» der geltend gemachten Zahlungsunfähigkeit keine auch nur ansatzweise aktuellen Unterlagen eingereicht, sondern sich mit der Einreichung eines Jahresabschlusses 2021 begnügt. Dies, obwohl es unabdingbar und der Beschwerdegegnerin mit Blick auf die leicht überschaubare Buchhaltung klar zumutbar gewesen wäre, aktuelle Unterlagen zu erstellen und einzureichen. Von einem weit schlechteren Betriebsergebnis für das Jahr 2022 als für das Jahr 2021 sei zudem infolge des Einmaligkeitscharakters des im Jahr 2021 ausgewiesenen ausserordentlichen Ertrages – ohne den das Betriebsergebnis im Jahr 2021 minus Fr. 33'936.37 betragen hätte – auszugehen, denn dieser könne im Jahr 2022 nicht angefallen sein. Aufgrund der Einreichung derart veralteter Unterlagen müsse daher vermutet werden, dass die Beschwerdegegnerin das weit schlechtere und die bestehende Zahlungsunfähigkeit belegende Betriebsergebnis im Geschäftsjahr 2022 gegenüber der Vorinstanz habe verheimlichen wollen. Offensichtlich unrichtig festgestellt habe die Vorinstanz den Sachverhalt zudem, indem sie statt dem sich aus act. (...) ergebenden Betriebsergebnis 4 von minus Fr. 33'937.37 der Beschwerdegegnerin einen Jahresgewinn von Fr. 46'411.82 zuerkenne, anstatt von

dem von der Beschwerdegegnerin korrekterweise und unter Einbezug des vorerwähnten einmaligen Ertrages von Fr. 46'155 geltend gemachten Gewinn von Fr. 12'160.13 auszugehen.

4.4.3 Zu wiederholen ist an dieser Stelle, dass es grundsätzlich der Beschwerdeführerin als Antragstellerin obliegt, die Zahlungsunfähigkeit der Beschwerdegegnerin glaubhaft zu machen und dem Gericht sachdienliche Unterlagen einzureichen, wobei in erster Linie die betriebsrechtlichen Urkunden massgeblich sind (vgl. E. 4.1). Wie gezeigt, ist gestützt auf den von der Beschwerdeführerin eingereichten Betriebsregisterauszug nicht von einer Zahlungsunfähigkeit der Beschwerdegegnerin auszugehen. Da der (behauptungs- und beweisbelasteten) Beschwerdeführerin die Glaubhaftmachung der Zahlungsunfähigkeit in einem ersten Schritt nicht gelungen ist, erübrigt es sich für die Beschwerdegegnerin grundsätzlich, einen «Gegenbeweis» zu erbringen. Entsprechend ist auch das Nichteinreichen aktueller Unterlagen durch die Beschwerdegegnerin grundsätzlich nicht zu ihrem Nachteil zu werten. Hinzu kommt, dass die Beschwerdegegnerin – soweit sie Unterlagen einreicht – mit Blick auf ihre Bilanz und Erfolgsrechnung nicht als zahlungsunfähig erscheint. Unabhängig davon, ob der Gewinn für das Jahr 2021 nun rund Fr. 46'000.– oder rund Fr. 12'000.– betragen hat, ändert dies nichts daran, dass das Betriebsergebnis positiv war. Zudem fehlt es an objektiven Anhaltspunkten für eine aktuelle Zahlungsunfähigkeit. Die entsprechenden Überlegungen der Beschwerdegegnerin zum angeblich schlechten Geschäftsergebnis des Jahres 2022 stellen nichts anderes als Mutmassungen dar. Bei einem derart schlechten Geschäftsergebnis, wie von der Beschwerdeführerin pauschal behauptet, wären weit mehr (offene) Beteiligungen zu erwarten. Gegen die Beschwerdegegnerin erfolgte aber, wie gezeigt, nur eine einzige Beteiligung, die zwischenzeitlich getilgt ist. Es bleibt dabei, dass die Zahlungsunfähigkeit der Beschwerdegegnerin nicht glaubhaft gemacht ist.

4.5.1 Die Vorinstanz prüfte sodann, ob aufgrund anderer Gründe eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung bestehe (Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO) und verneinte dies. So würden von der Beschwerdeführerin keine Gründe geltend gemacht, welche eine solche Gefährdung darstellten. Die behauptete Zahlungswilligkeit – soweit diese denn überhaupt bestehen sollte – begründe für sich alleine

keine manifeste und erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung und es wäre in diesem Fall auf die Instrumente des Schuldbtreibungsrechts zurückzugreifen. Überdies sei von der Beschwerdeführerin nicht behauptet worden, die Beschwerdegegnerin habe Vermögen verheimlicht oder zu verheimlichen versucht, was ebenfalls einen Grund nach Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO darstellen könnte.

4.5.2 Mit diesen Erwägungen setzt sich die Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Beschwerde nicht auseinander und setzt diesen insbesondere nichts entgegen. Dass die Beschwerdegegnerin zahlungsunwillig erscheine, macht die Beschwerdeführerin nicht mehr geltend. Ebenso wenig, dass die Beschwerdegegnerin Vermögenswerte verheimliche bzw. dass sie – die Beschwerdeführerin – dies entgegen der Vorinstanz im vorinstanzlichen Verfahren behauptet hätte. Damit erfolgt im Zusammenhang mit dem angerufenen Grund nach Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO keine hinreichende Begründung der Beschwerde. Auf die Beschwerde ist in diesem Punkt nicht einzutreten.

4.5 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

5.1 Zwischenentscheide, auch prozessleitende Verfügungen über Vorschüsse und Sicherheiten, haben grundsätzlich den Streitwert der Hauptsache. Mit Verfügung vom 3. März 2023 wurde fälschlicherweise von einem Streitwert der Hauptsache von Fr. 7'294.90 ausgegangen und der Kostenvorschuss auf Fr. 400.– festgesetzt. Der Streitwert der Hauptsache beträgt indes richtig Fr. 24'000.– (hiervor E. 1.), und darauf ist hier abzustellen. Bei diesem Streitwert ergäbe sich eine ordentliche Entscheidgebühr von rund Fr. 3'470.–. Bei der Bemessung der Kosten ist für den vorliegenden Entscheid 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) im 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). Mit Blick darauf sowie den Streitwert der Hauptsache erscheint vorliegend eine Entscheidgebühr von Fr. 800.– als angemessen.

5.2 Die Kosten sind ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und im Umfang von Fr. 400.– aus dem von ihr geleisteten Vorschuss zu beziehen. Im Übrigen Umfang ist der Beschwerdeführerin Rechnung zu stellen.

5.3 Entschädigungen sind beim vorliegenden Ausgang keine zuzusprechen; der Beschwerdeführerin nicht, weil sie unterliegt und der Beschwerdegegnerin nicht, weil ihr im Beschwerdeverfahren keine Kosten entstanden sind, die zu entschädigen wären.

(...»

**Zürcher Mietrechtspraxis** (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2024, 34. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich  
© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw A.I. Altieri, Leitende Gerichtsschreiberin;  
Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident