

**Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO, "andere Gründe" für die erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung.** Solche "anderen Gründe" können namentlich fehlender Zahlungswille und Versuche zum Verschleiern von Vermögenswerten sein (Erw. 4).

**Art. 229 ZPO, Art. 317 ZPO, Art. 326 ZPO, novenrechtlich unzulässige Eingaben.** Auch Eingaben, die eine Novenbeschränkung missachten, müssen zu den Akten genommen werden. Ein "Aus-dem-Recht-Weisen" gibt es nicht (Erw. 2.1).

Die Beklagte verlangte, der Kläger sei zur Sicherstellung der Parteientschädigung zu verpflichten, und das Bezirksgericht ordnet das an. Der Kläger führt Beschwerde.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

2.1 Im Beschwerdeverfahren sind neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz hat dem Kläger mit Verfügung vom 12. Oktober 2015 Gelegenheit gegeben, sich zum Antrag der Beklagten auf Verpflichtung zur Sicherheitsleistung zu äussern, doch der Kläger nahm diese Gelegenheit trotz wiederholter Fristerstreckung nicht wahr. Was der Kläger in der Beschwerde vom 21. Dezember 2015 in tatsächlicher Hinsicht neu vorbringt, ist daher nicht zu hören. Auch die neu eingereichten Beweismittel sind unbeachtlich. Neue rechtliche Argumente sind dagegen unbeschränkt zulässig, da die Beschwerdeinstanz das Recht im Rahmen der erhobenen Rügen ohnehin von Amtes wegen anwendet (Art. 57 ZPO).

Die Zivilprozessordnung bietet keine Handhabe, um unzulässige neue Tatsachenvorbringen und Beweismittel aus dem Recht zu weisen. Die neuen Vorbringen und Beilagen sind daher zu den Akten zu nehmen, und der Gegenpartei war Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, unabhängig davon, ob die neuen Vorbringen zulässig sind oder nicht. Der Entscheid darüber wird mit dem Endentscheid getroffen (vgl. zur analogen Situation im erstinstanzlichen Hauptverfahren BSK ZPO-WILLISEGGER, 2. Auflage 2013, Art. 229 ZPO N 53-55). Dem (...) prozessualen Antrag der Beklagten [Anm.: die Eingabe "aus dem Recht zu weisen"] kann aus diesem Grund nicht gefolgt werden.

2.2 Heisst die Beschwerdeinstanz die Beschwerde (vollumfänglich oder teilweise) gut, so entscheidet sie neu, wenn die Sache spruchreif ist (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO).

3. (...)

4. Zur Verpflichtung zur Sicherheitsleistung an sich:

4.1 Die Vorinstanz erwog, die Beklagte habe die Zahlungsunfähigkeit des Klägers gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO grundsätzlich glaubhaft gemacht, da aus der provisorischen Pfändung für den in Betreuung gesetzten Anspruch kein genügendes Ergebnis resultiert habe. Allerdings ergebe sich aus den weiter vorgelegten Unterlagen, dass der Kläger diverse fiktive Transaktionen getätigt habe, um sein Vermögen im Rahmen der provisorischen Pfändung zu sichern bzw. um es der provisorischen Pfändung zu entziehen (Eintragung fiktiver Schuldbriefe im Zusammenhang mit simulierten Aktienkäufen, um den wahrheitswidrigen Eindruck zu erwecken, seine Liegenschaft sei mit Grundpfandrechten über Fr. 4'050'000.00 belastet und somit überschuldet). Das lasse darauf schliessen, dass der Kläger entgegen dem erweckten Anschein über namhaftes Vermögen verfüge, ansonsten dessen Verschleierung nicht nötig gewesen wäre. Deshalb seien die Voraussetzungen von Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO nicht gegeben.

Das Geständnis des Klägers über die erwähnten Vorkehren zur Sicherung bzw. Verschleierung seiner Vermögenswerte zeige allerdings deutlich, dass zumindest eine erhebliche Gefährdung der allfälligen Parteientschädigung der Beklagten im Sinne des Auffangtatbestandes von Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO vorliege.

4.2 Der Kläger hält dem angefochtenen Entscheid zunächst seine tatsächliche finanzielle Situation entgegen. Angesichts seines Vermögens, so der Kläger, könne keine Rede davon sei, dass ein allfälliger Anspruch der Beklagten auf eine Parteientschädigung gefährdet wäre.

4.2.1 Soweit der Kläger sich im Einzelnen neu zu seinen tatsächlichen Vermögenswerten äussert, welche gepfändet bzw. im Strafverfahren mit Beschlag

belegt worden seien, gilt das soeben zum Novenverbot Gesagte. Auf diese neuen Ausführungen ist nicht einzugehen.

4.2.2 Im Übrigen ist festzuhalten, dass die Vorinstanz (...) von der Existenz eines namhaften Vermögens des Klägers ausging und gestützt darauf zum Schluss kam, der Kläger erscheine nicht zahlungsunfähig (Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Vorinstanz nahm mit anderen Worten nicht an, es sei beim Kläger zu wenig Vermögen vorhanden, um einen allfälligen Anspruch der Beklagten auf eine Parteientschädigung zu decken. Die Vorbringen des Klägers zu seinem tatsächlichen Vermögen – auch soweit sie nicht neu und daher zu hören sind – sind daher nur von nebensächlicher Bedeutung. Der Vollständigkeit halber rechtfertigen sich dazu die folgenden Bemerkungen:

Richtig ist, dass das Betreibungsamt A. ZH am 28. April 2015 die Pfändung einer Forderung des Klägers gegen Dritte (bei einem gepfändeten Betrag von Fr. 570'000.00) verschiedenen Drittpersonen mitteilte. Allerdings ist aufgrund der weiteren Unterlagen nicht anzunehmen, dass solche Forderungen tatsächlich bestehen. Das Betreibungsamt A. ZH erklärte dazu (in seiner Stellungnahme vom 9. Juli 2015 in einem der bereits erwähnten SchK-Beschwerde-verfahren), es habe aufgrund der intransparenten Situation gegenüber allen Firmen, an welchen der Kläger gemäss Zefix beteiligt sei, solche Pfändungen erlassen und Rechtshilfeaufträge an diverse Betreibungsämter erteilt. Die Pfändungsberichte seien eingegangen, und es habe nichts Verwertbares gepfändet werden können.

Was die Pfändungsurkunde des Betreibungsamts A. vom 9. Juni 2015 angeht, trifft es zu, dass die Liegenschaft des Klägers (6½-Zimmer-Villa in A.) mit einem geschätzten Verkehrswert von Fr. 2,64 Mio. gepfändet wurde. Das Betreibungsamt pfändete die Liegenschaft trotz der über den Verkehrswert hinaus gehenden grundpfandrechtlichen Belastung gemäss Grundbuch, weil es davon ausging, die Schuldbriefe an der 3. bis 10. Pfandstelle (bei Hypotheken in der Höhe von Fr. 1'876'500.00 an 1. und 2. Pfandstelle) könnten im Lastenbereinungsverfahren wegfallen. Bei diesen Schuldbriefen bzw. den zugrundeliegenden Verpflichtungen des Klägers handelt es sich um die bereits erwähnten, gemäss vorinstanzlicher Feststellung fingierten Geschäfte. Der Kläger äussert sich dazu in

diesem Zusammenhang nicht, aber er scheint mit dem Hinweis auf die gepfändete Liegenschaft davon auszugehen, diese sei ein Argument dafür, dass die allfälligen Forderungen der Beklagten gedeckt seien. Der Kläger steht damit (wie gesehen) im Einklang mit der Vorinstanz. Seine tatsächliche Vermögenssituation stellt (und stellte auch für die Vorinstanz) keinen Grund für die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung dar.

4.3 Die Vorinstanz bejahte den Anspruch auf Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung gestützt auf den Auffangtatbestand von Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO. Danach kann eine Partei verpflichtet werden, Sicherheit für die (allfällige) Parteientschädigung der Gegenpartei zu leisten, wenn "andere Gründe für eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung bestehen". Solche Gründe erkannte die Vorinstanz in den Vorkehren des Klägers zur Verschleierung seines Vermögens.

4.3.1 Im Einzelnen geht es dabei um Folgendes: Die Beklagte verwies vor Vorinstanz (unbestritten) auf ein Strafverfahren, das die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich für Wirtschaftsdelikte gegen den Kläger und gegen weitere Personen wegen Verdachts auf Pfändungsbetrug führe. Der Kläger wurde am 29. Oktober 2015 als beschuldigte Person einvernommen. Er gab dabei zu, dass er nach Anhebung der Betreibung zusammen mit einem Geschäftspartner besprochen habe, wie sein Vermögen gesichert bzw. der provisorischen Pfändung entzogen werden könnte. Darauf habe er Aktienkaufverträge abgeschlossen und Schuldbriefe errichtet, mit dem einzigen Zweck, eine Pfändung seiner Liegenschaft zu verhindern. Die Schuldbriefe seien effektiv nie belastet worden. Weiter habe er zur Sicherung von Aktienbeteiligungen Zessionsverträge abgeschlossen, um sicherzustellen, dass auf die Vermögenswerte nicht zugegriffen werden könne.

4.3.2 Der Kläger bestreitet beschwerdeweise nicht, dass er diese Vorkehren traf. Er erklärt lediglich, bei seinen diesbezüglichen Aussagen handle es sich um einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt, welcher mit der aktuellen Situation nichts zu tun habe. Angesichts seiner aktenkundigen finanziellen Verhältnisse sei klar ersichtlich, dass die geltend gemachten Forderungen der Be-

klagen inkl. Parteientschädigung die bestehenden Aktiven des Klägers bei weitem nicht überwiegen würden. Daher gebe es keine Veranlassung für eine Anwendung des zurückhaltend zu bejahenden Auffangtatbestands von Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO.

4.3.3 Dem Kläger ist insofern beizupflichten, als der Auffangtatbestand nach der genannten Bestimmung zurückhaltend anzuwenden ist. Er ist vom normalen Prozessrisiko abzugrenzen, das grundsätzlich jeder Beklagte tragen muss, der unfreiwillig in einen Prozess verwickelt wird (ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, 2. Auflage 2013, Art. 99 ZPO N 34). Der Kläger irrt indes, wenn er der Auffassung ist, eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung im Sinne des Auffangtatbestands könne nur dann vorliegen, wenn tatsächlich zu wenig Vermögen für die Deckung eines solchen Anspruchs vorhanden sei. Der Auffangtatbestand von Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO setzt (lediglich) voraus, dass aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse von einer erheblichen Gefährdung der Parteientschädigung auszugehen ist. Das hat das Gericht ermessensweise zu prüfen. Anwendungsfälle sind insbesondere Zahlungsflucht, betrügerische Handlungen zum Nachteil der Gläubiger oder Verheimlichung von Vermögenswerten (vgl. ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, 2. Auflage 2013, Art. 99 ZPO N 35). Dabei geht es nicht nur um die Frage der Zahlungsfähigkeit, sondern auch um den Zahlungswillen. Hat eine Partei bereits zuvor Vermögen verheimlicht, so kann der Auffangtatbestand bejaht werden, ohne dass das tatsächlich vorhandene Vermögen mit der allfälligen Parteientschädigung in Relation gesetzt werden müsste, bzw. ohne dass die Höhe des tatsächlichen Vermögens überhaupt bekannt sein muss. Mit Blick auf das dabei auszuübende Ermessen betont das Bundesgericht, dass es sich bei der Prüfung solcher Entscheide zurückhalte (BGer 5A\_221/2014 vom 10. September 2014, E. 3). Auch innerkantonale rechtfertigt es sich, der ersten Instanz in diesem Kontext einen gewissen Ermessensspielraum zu belassen.

Die erkennende Kammer publizierte im Jahr 2013 einen Entscheid (vom 11. Februar 2013), in welchem sie eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung für das Rechtsmittelverfahren verneinte, obwohl die beklagte Partei im erstinstanzlichen Beweisverfahren offenbar Buchhaltungsunterlagen manipu-

liert und in der polizeilichen Befragung als Motiv angegeben hatte, sie habe kein Geld für die Bezahlung der Prozesskosten und der Parteientschädigung. Sie habe, so die dortige beklagte Partei weiter, aus Panik gehandelt, um die ungerechtfertigte Schadenersatzklage abzuwehren. Dieses Verhalten genügte im genannten Entscheid nicht für eine Anwendung des Auffangtatbestands von Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO. Daher wies die Kammer den Antrag auf Sicherstellung der allfälligen Parteientschädigung für das Rechtsmittelverfahren ab (vgl. ZR 111/2012 Nr. 119 = OGer ZH LB120103/Z05 vom 11. Februar 2013).

Der Kläger manipulierte im vorliegenden Fall allerdings nicht bloss Buchhaltungsunterlagen, sondern das Grundbuch, dem öffentlicher Glaube zukommt (Art. 973 Abs. 1 ZGB). Die Vorkehrungen des Klägers zur Verschleierung seines Vermögens (Abschluss fiktiver Verträge, Eintragung von wissentlich nie belasteten Schuldbriefen im Grundbuch zwecks Vortäuschung einer höheren grundpfandrechtlichen Belastung) zogen in diesem Sinn weitere Kreise. Sie waren von grösserem Gewicht als diejenigen im soeben erwähnten Präjudiz.

4.3.4 Der Kläger weist weiter darauf hin, sein tatsächliches Vermögen sei teils durch Pfändung oder (so die neue und an sich nicht zu hörende Darstellung des Klägers) strafrechtliche Beschlagnahme gesichert. Er kann indes auch daraus nichts für sich ableiten. Das Schicksal des Strafverfahrens ist von demjenigen des Aberkennungsprozesses zu unterscheiden. Es ist durchaus denkbar, dass im Strafverfahren beschlagnahmte Vermögenswerte wieder freigegeben werden, bevor der Forderungsprozess rechtskräftig erledigt wird. Was die gepfändete Liegenschaft angeht, ist diese damit zwar einstweilen dem Zugriff des Klägers entzogen, aber das ändert nichts daran, dass aufgrund der früheren Verschleierung von Vermögen auch inskünftig ein erhebliches Risiko vergleichbarer Vorkehren besteht.

4.3.5 Dass die Vorinstanz vor diesen Hintergründen in Ausübung ihres Ermessens eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung bejahte, ist insgesamt nicht zu beanstanden. Von einem Missbrauch des erwähnten Auffangtatbestands, um den Kläger zu einem Klagerückzug zu motivieren (so der Kläger), kann nicht die Rede sein.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 10. Februar 2016  
Geschäfts-Nr.: RB150044-O/U