

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB170018-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hochuli

Beschluss vom 9. Oktober 2017

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Kläger und Beschwerdeführer

gegen

Kanton Zürich,

Beschwerdegegner 1

vertreten durch Bezirksgericht Meilen

sowie

Personalvorsorgestiftung der Firma AB._____C._____ AG,

Beklagte und Beschwerdegegnerin 2

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

betreffend **Forderung (unentgeltliche Rechtspflege, Sicherheitsleistung)**

Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Meilen vom 13. April 2017 (CG150034-G)

Erwägungen:

1.1. Mit Eingaben vom 21. August 2015 erhoben die Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend Kläger) je eine Aberkennungsklage gegen die Beklagte und Beschwerdegegnerin 2 (nachfolgend Beklagte; Urk. 6/1 und Urk. 6/54/1). Nachdem in beiden Verfahren ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet worden war (Urk. 6/28 und Urk. 6/54/24), beantragte die Beklagte mit Eingaben vom 4. Mai 2016, die Kläger seien je zu einer Sicherheitsleistung in der Höhe von Fr. 62'100.– für die beklagtische Parteientschädigung zu verpflichten (Urk. 6/31 und Urk. 6/54/27). Mit Zirkulationsbeschluss vom 24. August 2016 wurden beide Verfahren vereinigt (Urk. 6/53 und Urk. 6/54/48). Mit separatem Zirkulationsbeschluss vom selben Tag wurden beide Kläger je zur Sicherstellung einer allfälligen Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 41'445.– verpflichtet (Urk. 6/55 S. 11 f.). Die dagegen erhobene Beschwerde wies die Kammer mit Urteil vom 6. Februar 2017 ab (Urk. 6/61 S. 9 f.).

1.2. Mit Verfügung vom 22. Februar 2017 setzte die Vorinstanz beiden Klägern eine Nachfrist von fünf Tagen zur Leistung der ihnen mit Beschluss vom 24. August 2016 auferlegten Sicherheit für die Parteientschädigung an (Urk. 6/64 S. 2). Innert dieser Nachfrist ersuchten die Kläger um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 6/66 S. 2 ff.), worauf den Klägern die angesetzte Nachfrist einstweilen abgenommen wurde (Urk. 6/68 S. 2 f.). Nach mehreren Stellungnahmen beider Parteien (Urk. 6/70, 6/74, 6/78 und 6/81; vgl. auch Urk. 2 S. 2) wies die Vorinstanz das Gesuch der Kläger um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Beschluss vom 13. April 2017 ab, setzte ihnen eine weitere Nachfrist zur Leistung der Sicherheit für die Parteientschädigung an und verpflichtete die Kläger zur Bezahlung einer Parteientschädigung von je Fr. 4'000.– an die Beklagte (Urk. 2 = Urk. 6/83).

1.3. Gegen diesen Entscheid erhoben die Kläger mit Eingabe vom 8. Mai 2017 rechtzeitig (vgl. Urk. 6/84/2-3) Beschwerde und stellten folgende Anträge (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei der Zirkulationsbeschluss des Bezirksgerichtes Meilen vom 13. April 2017 (Geschäfts-Nr. CG150034-G) aufzuheben und es sei den Klägern und Beschwerdeführern für das Aberkennungsverfahren am Bezirksgericht Meilen (Geschäfts-Nr. CG150034-G) die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren;
2. Es sei den Klägern und Beschwerdeführern für das Beschwerdeverfahren am Obergericht die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren;
3. Es sei der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen;
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Staates."

1.4. Mit Verfügung vom 11. Mai 2017 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt und der Beklagten Frist zur Stellungnahme zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung angesetzt (Urk. 5). Mit Eingabe vom 22. Mai 2017 beantragte die Beklagte dessen Abweisung (Urk. 7). Mit Verfügung vom 24. Mai 2017 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt und der Beklagten Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (Urk. 9), welche mit Eingabe vom 6. Juni 2017 rechtzeitig erfolgte (Urk. 10). Es folgten insgesamt fünf Stellungnahmen von beiden Parteien (Urk. 12, 14, 16, 20 und 22), welche jeweils der Gegenpartei zur Kenntnis gebracht wurden (Urk. 13, 15/1-2, 19, 21/1-2 und 23). Mit Schreiben vom 18. September 2017 verzichtete die Beklagte auf eine Stellungnahme zur letzten Eingabe der Kläger (Urk. 24).

2. Vorliegend ist die Beschwerde ohne die Zulassungsvoraussetzung des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils gegeben (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 121 ZPO). Entsprechend ist auf die Beschwerde einzutreten.

3. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Es gilt das Rügeprinzip (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 321 N 15), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Was nicht in dieser Weise gerügt wird, hat Bestand. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326

Abs. 1 ZPO). Auf die Vorbringen der Parteien ist im Einzelnen nachfolgend nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung notwendig ist.

4.1. Die Vorinstanz erwog, grundsätzlich könne jederzeit ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt werden. Ein solches Gesuch sei jedoch ausgeschlossen, wenn zuvor bereits eine Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung angeordnet worden sei und sich die wirtschaftlichen Verhältnisse seither nicht verändert hätten. Aus dem Gesuch der Kläger um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gehe nicht hervor, inwiefern sich ihre wirtschaftlichen Verhältnisse seit dem 24. August 2016 verändert hätten, als sie zur Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung verpflichtet worden seien. Sämtliche vorgebrachten Umstände bzw. wirtschaftlichen Vorgänge seien bereits im August 2016 bekannt gewesen, weshalb das Gesuch der Kläger mangels veränderter Umstände abzuweisen sei (Urk. 2 S. 4 f.).

4.2. Die Kläger rügen, die Auffassung der Vorinstanz stehe klar im Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege jederzeit während des Verfahrens gestellt werden könne. Insbesondere könne es auch während der Frist gestellt werden, in der ein Kostenvorschuss zu bezahlen sei. Dementsprechend sei ihr Gesuch auch bei seit dem Entscheid über die Anordnung der Sicherheitsleistung unveränderten wirtschaftlichen Verhältnissen zulässig (Urk. 1 S. 3 ff.).

4.3. Nach Art. 119 Abs. 1 ZPO kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vor oder nach Eintritt der Rechtshängigkeit gestellt werden. Somit kann es auch noch während laufender Nachfrist zur Leistung eines Kostenvorschusses oder einer Sicherheit gestellt werden (ZK ZPO-Emmel, Art. 119 N 2; Huber, Dike-Komm-ZPO, Art. 119 N 11; BK ZPO-Bühler, Art. 119 N 87a; BK ZPO-Sterchi, Art. 101 N 4; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 101 N 2a; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 16 N 65). In der Literatur wird jedoch von zwei Autoren die Meinung vertreten, nach bereits erfolgter Anordnung einer Sicherheitsleistung sei diesbezüglich ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege grundsätzlich ausgeschlossen, es sei denn, die wirtschaftlichen Verhältnisse hätten sich verändert. Begründet wird dies mit dem Umstand, dass die zur Si-

cherheitsleistung verpflichtete Partei vorgängig anzuhören war und bei dieser Gelegenheit das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege hätte stellen können (ZK ZPO-Emmel, Art. 119 N 13; BSK BGG-Geiser, Art. 64 N 26). Dies liesse sich allerdings nur rechtfertigen, wenn der gesuchstellenden Partei vorgeworfen werden könnte, sie habe ihr Gesuch verspätet gestellt. Jedoch besteht keine Pflicht, umgehend um unentgeltliche Rechtspflege zu ersuchen, sobald die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Die Vorinstanz ging daher zu Unrecht davon aus, nach angeordneter Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung sei ein erstmaliges Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ausgeschlossen, wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse seither nicht verändert haben.

5.1. Im Rahmen einer Eventualbegründung erwog die Vorinstanz sodann, die unentgeltliche Rechtspflege sei auch aufgrund der fehlenden Mittellosigkeit der Kläger zu verweigern. Das Verfahren sei seit Mitte August 2015 rechtshängig. Spätestens seit diesem Zeitpunkt habe den Klägern bewusst sein müssen, dass dafür Prozesskosten anfallen würden. Dennoch hätten sie im Frühjahr 2016 Fr. 3 Mio. ihres Vermögens anderweitig investiert, weshalb sie nicht als mittellos gelten könnten (Urk. 2 S. 6 f. E. 3.3).

5.2. Die Kläger rügen, die Vorinstanz halte ihnen im angefochtenen Entscheid vor, sie hätten versäumt, die für die Prozessführung notwendigen Rückstellungen zu bilden, und so ihre Mittellosigkeit selbst verschuldet. Jedoch genüge dies nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht, um die unentgeltliche Rechtspflege verweigern zu können. Im Gegensatz zu den Verhältnissen, welche dem Entscheid der Kammer vom 8. November 2016 (Geschäfts-Nr. RB160029, E. 3c) zugrunde gelegen hätten, hätten sie die Fr. 3 Mio. bereits lange vor der Verpflichtung zur Sicherstellung der Parteientschädigung investiert. Damit sei die Argumentation der Vorinstanz haltlos, sie hätten im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung über die notwendigen Mittel für die angeordnete Sicherstellung verfügt (Urk. 1 S. 6 f.).

5.3. Den Klägern ist beizupflichten. Selbst bei gegebenem Kautionsgrund hat die klagende Partei nur dann Sicherheit für die Parteientschädigung zu leisten, wenn die beklagte Partei dies beantragt (Art. 99 Abs. 1 ZPO). Solange kein solcher An-

trag vorlag, mussten die Kläger nicht so konkret mit einer Verpflichtung zur Sicherstellung der Parteientschädigung rechnen, dass die anderweitige Investition der Fr. 3 Mio. als rechtsmissbräuchliche Vermögensentäusserung zur Umgehung der (erst ein Jahr später angeordneten) Sicherstellungspflicht zu qualifizieren wäre, infolge derer die unentgeltliche Rechtspflege von vornherein zu verweigern wäre. Mangels Rechtsmissbrauchs und da ein Selbstverschulden der Mittellosigkeit unerheblich ist (BGE 108 Ia 108 E. 5b; BGE 104 Ia 31 E. 4), kommt der Effektivitätsgrundsatz zu tragen, weshalb nur Einkünfte und Vermögen hätten berücksichtigt werden dürfen, die im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung tatsächlich vorhanden und verfügbar waren (vgl. BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 8 und 9; Huber, Dike-Komm-ZPO, Art. 117 N 19).

6.1. Zusammenfassend erweisen sich die von den Klägern sowohl gegen die Haupt- als auch gegen die Eventualbegründung der Vorinstanz vorgebrachten Rügen als begründet.

6.2. Nachdem die Vorinstanz die Mittellosigkeit der Kläger bereits infolge der anderweitigen Investition von Fr. 3 Mio. verneinte, prüfte sie die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht weiter. Die erstmalige Beurteilung dieser Voraussetzungen ist indes nicht Aufgabe der Beschwerdeinstanz, zumal den Parteien eine Instanz verloren ginge, würde sich erstmals die Rechtsmittelinstanz dazu äussern. Es erscheint daher vorliegend angezeigt, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Da die Kläger zwei Kostenvorschüsse von Fr. 40'750.– geleistet haben (Urk. 6/20 und Urk. 6/54/16), kommt die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nur insoweit in Betracht als Gerichtskosten/Kostenvorschüsse von über Fr. 81'500.– und Sicherheitsleistungen in Frage stehen.

7. Die Kostenlosigkeit des Gesuchsverfahrens betreffend unentgeltliche Rechtspflege (Art. 119 Abs. 6 ZPO) gilt nicht für das Beschwerdeverfahren (BGE 137 III 470). Die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG i.V.m. § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'500.– festzusetzen und aufgrund des Ausgangs des Verfahrens der Beklag-

ten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: Den Klägern ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO) und die Beklagte hat zufolge ihres Unterliegens keinen Anspruch darauf (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kläger haben keine Gerichtskosten zu tragen, weshalb das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung für das zweitinstanzliche Verfahren gegenstandslos geworden und abzuschreiben ist.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Kläger um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Beschwerdeverfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Der Beschluss des Bezirksgerichtes Meilen vom 13. April 2017 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'500.– festgesetzt und der Beklagten auferlegt.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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 in der Hauptsache beträgt Fr. 4 Mio. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 9. Oktober 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hochuli

versandt am:
sf