

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB170019-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.**_____,

Aberkennungskläger und Beschwerdeführer

gegen

Kanton Zürich,

Beschwerdegegner 1

vertreten durch Bezirksgericht Zürich

sowie

Personalvorsorgestiftung der Firma AB._____C._____ AG,

Aberkennungsbeschlagte und Beschwerdegegnerin 2

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

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

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksamtes Zürich,
4. Abteilung, vom 26. April 2017 (CG150034-L)**

Erwägungen:

1.1. Mit Eingaben vom 16. Februar 2015 erhoben die Aberkennungskläger und Beschwerdeführer (nachfolgend Kläger) je eine Aberkennungsklage gegen die Aberkennungsbeklagte und Beschwerdegegnerin 2 (nachfolgend Beklagte; Urk. 5/1 und Urk. 5/60/1). Nach zwischenzeitlicher Sistierung der Verfahren wurde den Klägern mit Beschlüssen vom 29. Januar 2016 Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von je Fr. 95'750.– angesetzt (Urk. 5/32 und Urk. 5/60/32), worauf die Kläger um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ersuchten (Urk. 5/40 und Urk. 5/60/40). Mit Beschluss vom 2. September 2016 wurden beide Verfahren vereinigt, die Gesuche der Kläger um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen und den Klägern Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 95'750.– angesetzt (Urk. 5/61). Die dagegen erhobenen Beschwerden wies die Kammer mit Urteilen vom 7. November 2016 bzw. 8. November 2016 ab (Urk. 5/65 und Urk. 5/66).

1.2. Mit Verfügung vom 3. Januar 2017 setzte die Vorinstanz beiden Klägern eine nicht erstreckbare Nachfrist von fünf Tagen zur Leistung des ihnen mit Beschluss vom 2. September 2016 auferlegten Kostenvorschusses an (Urk. 5/67). Innert dieser Frist stellten die Kläger erneut ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 5/68). Mit Eingabe vom 26. Januar 2017 beantragte die Beklagte dessen Abweisung und die Verpflichtung der Kläger zur Sicherstellung der Parteientschädigung (Urk. 5/75). Nach insgesamt drei weiteren Stellungnahmen der Parteien (Urk. 5/79, 5/82 und 5/86) wies die Vorinstanz das Gesuch der Kläger um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Beschluss vom 26. April 2017 ab und setzte den Klägern eine nicht erstreckbare Nachfrist von fünf Tagen zur Leistung des Kostenvorschusses für die Gerichtskosten von Fr. 95'750.– sowie eine Frist von zehn Tagen an, um für die Parteientschädigung der Beklagten eine Sicherheit in der Höhe von Fr. 87'650.– zu leisten (Urk. 2 = Urk. 5/88).

1.3. Gegen diesen Entscheid erhoben die Kläger mit Eingabe vom 14. Mai 2017 rechtzeitig (vgl. Urk. 5/89/1-2) Beschwerde und stellten folgende Anträge (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei der Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich vom 26. April 2017 (Geschäfts-Nr. CG150034-L) aufzuheben und es sei den Klägern und Beschwerdeführern für das Aberkennungsverfahren am Bezirksgericht Zürich (Geschäfts-Nr. CG150034-L) 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 26. 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. 6). Mit Eingabe vom 31. Mai 2017 beantragte die Beklagte dessen Abweisung (Urk. 9). Mit Verfügung vom 8. Juni 2017 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt (Urk. 11). Am 3. Juli 2017 erstattete die Beklagte innert angesetzter Frist die Beschwerdeantwort (Urk. 13). Es folgten insgesamt drei Stellungnahme von beiden Parteien (Urk. 17, 21 und 23), welche jeweils der Gegenpartei zur Kenntnis gebracht wurden (Urk. 20, 22 und 24). Mit Schreiben vom 25. September 2017 verzichtete die Beklagte auf eine Stellungnahme zur letzten Eingabe der Kläger (Urk. 25).

2. Vorliegend ist die Beschwerde ohne die Zulassungsvoraussetzung des nicht leicht wiedergutmachenden Nachteils gegeben (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 103 ZPO und 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 legte die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zutreffend dar (Urk. 2 S. 4 f. E. 2.3). Darauf kann vorweg verwiesen werden. Sie erwog, die Kläger seien nach der Einleitung des Verfahrens in der Lage gewesen, Fr. 3 Mio. aufzubringen, welche sie aber in Kenntnis der Kostenvorschusspflicht anderweitig investiert hätten. Insofern könnten sie – ungeachtet dessen, ob sich ihre finanzielle Situation mittlerweile verschlechtert habe – nicht als bedürftig gelten, weshalb ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen sei, soweit es sich auf die Befreiung von der Leistung eines Gerichtskostenvorschusses beziehe (Urk. 2 S. 5 f. E. 2.4-2.5).

4.2. Die Kläger bringen dagegen vor, man habe mit einem Gläubiger der AB.____C.____ AG am 22. Februar 2016 einen Vergleich über Fr. 3 Mio. abgeschlossen, um den Konkurs der AB.____C.____ AG abzuwenden bzw. um die Aufhebung der Nachlassstundung zu ermöglichen. Die Fr. 3 Mio. hätten jedoch bereits seit dem 25. August 2014 als Sicherheit für ein Darlehen dieses Gläubigers in der Höhe von Fr. 3'115'666.70 gedient und daher nicht zur Bezahlung der auferlegten Gerichtskostenvorschüsse zur Verfügung gestanden. Überdies seien sie auch nicht "anderweitig", sondern zur Rettung der Arbeitsplätze der Destinatäre der Beklagten bei der AB.____C.____ AG verwendet worden. Ausserdem sei vorgesehen gewesen, nach der erwarteten Aufhebung der Nachlassstundung den Gerichtskostenvorschuss aus dem klägerischen Guthaben bei der AB.____C.____ AG in der Höhe von Fr. 1'110'488.– zu leisten. Dieses Vorgehen habe sich schliesslich als nicht zielführend erwiesen, was ihnen aber nicht zum Vorwurf gemacht werden könne (Urk. 1 S. 6 ff.).

4.3. Die Behauptung, die Fr. 3 Mio. hätten bereits vor der mit Beschlüssen vom 29. Januar 2016 (Urk. 5/32 und Urk. 5/60/32) erfolgten Aufforderung zur Leistung eines Kostenvorschusses nicht mehr zur Verfügung gestanden (Urk. 1 S. 6 f.), und die als Beweismittel angeführte Vergleichsvereinbarung vom 22. Februar 2016 (Urk. 4/9) werden erstmals im vorliegenden Beschwerdeverfahren vorge-

bracht und sind daher aufgrund des geltenden Novenverbots (Art. 326 Abs. 1 ZPO, vgl. dazu oben Ziff. 3) unbeachtlich. Infolgedessen hat es bei den Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz sein Bewenden, wonach die Kläger die aufgebrauchten Fr. 3 Mio. in Kenntnis der Aufforderung zur Leistung eines Kostenvorschusses anderweitig investierten. Gestützt darauf kam die Vorinstanz zu Recht zum Schluss, dass die Kläger insofern nicht als mittellos gelten können (so bereits *OGer ZHRB160028 vom 7. November 2016, E. 3c*, und *RB160029 vom 8. November 2016, E. 3c* [Urk. 5/65 S. 4 und Urk. 5/66 S. 4]). In diesem Punkt erweist sich die Beschwerde als unbegründet.

5.1. Die Vorinstanz erwog weiter, im Hinblick auf die beantragte Befreiung von der Sicherstellung der Parteientschädigung seien die Ausführungen der Kläger zu ihren finanziellen Verhältnissen nur insoweit zu prüfen, als sie nicht bereits dem abweisenden Beschluss vom 2. September 2016 zugrunde gelegen hätten.

Gestützt auf die Pfändungsurkunde Nr. 1 des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon vom 16. Dezember 2016 (Urk. 5/69/1) erscheine glaubhaft, dass beide Kläger derzeit nicht über Einkünfte verfügten, mit welchen sie nebst der Deckung ihres Lebensunterhalts auch noch Prozesskosten bevorschussen könnten.

Aus dieser Pfändungsurkunde gehe auch hervor, dass die Miteigentumsanteile des Klägers 1 an den Liegenschaften in ... und Zürich-... gepfändet worden seien. Die Kläger machten zwar neu geltend, dass auch die Miteigentumsanteile der Klägerin 2 an diesen Liegenschaften sowie die in ihrem Alleineigentum stehenden Liegenschaften in D._____ und E._____ gepfändet worden seien. Entsprechende Belege hätten die Kläger indes nicht eingereicht. Ausserdem hätten sie ausdrücklich darauf verzichtet, die entsprechenden Verfügungsbeschränkungen im Grundbuch ins Recht zu legen. Die Pfändung dieser Vermögenswerte der Klägerin 2 gehe entgegen dem pauschalen Verweis der Kläger auch weder aus der nur den Kläger 1 betreffenden Pfändungsurkunde (Urk. 5/69/1) noch aus dem Auszug über offene Beteiligungen der Klägerin 2 (Urk. 5/71) hervor. Die Mittellosigkeit der Klägerin 2 sei daher nicht glaubhaft gemacht worden. Da die eheliche Beistandspflicht nach Art. 159 Abs. 3 ZGB der unentgeltlichen Rechtspflege vorgehe, habe in der Folge auch der Kläger 1 nicht als mittellos zu gelten.

Überdies hätten die Kläger erneut nicht dargelegt, weshalb sie ihre Liegenschaft im französischen F. _____ mit einem behaupteten Verkehrswert von Fr. 4 Mio. weder verkaufen noch vermieten noch weiter belasten könnten. Unbelegt sei auch die Höhe der Forderung der G. _____ AG geblieben, für welche die zedierte Forderung auf einen allfälligen Verkaufserlös dieser Liegenschaft als Sicherheit hätten würde. Schliesslich verfügten die Kläger nach eigenen Angaben über eine Darlehensforderung von Fr. 4 Mio. gegenüber der AB. _____ C. _____ Holding AG. Sie machten zwar geltend, die AB. _____ C. _____ Holding AG sei vom Konkurs der AB. _____ C. _____ AG stark betroffen und derzeit nicht liquid, würden dies aber nicht belegen. Auch würden sie auf die Pfändungsurkunde betreffend den Kläger 1 vom 16. Dezember 2016 verweisen, in welcher ein Darlehen von Fr. 1.5 Mio. gegenüber der AB. _____ C. _____ Holding AG aufgeführt sei, dessen Wert das Betreibungsamt auf Fr. 1.– geschätzt habe. Zur restlichen Darlehensforderung von Fr. 2.5 Mio. würden sie sich hingegen nicht äussern. Ausserdem hätten sie auch nicht dargelegt, inwieweit sie überhaupt versucht hätten, die Darlehensforderung einzutreiben. Damit hätten die Kläger ihre Mittellosigkeit nicht glaubhaft gemacht (Urk. 2 S. 7 f.).

5.2.1. Die Beklagte bringt in der Beschwerdeantwort vor, nachdem die Kläger ihre finanziellen Mittel anderweitig verwendet hätten, hätten sie bereits aus diesem Grund nicht nur hinsichtlich des Gerichtskostenvorschusses, sondern auch in Bezug auf die beantragte Sicherstellung der Parteienschädigung nicht als mittellos zu gelten. Es sei ohne Belang, ob sie bereits im Zeitpunkt der anderweitigen Verfügung über ihre Mittel von der Pflicht zur Sicherstellung der Parteienschädigung gewusst hätten. Vielmehr genüge, dass in diesem Zeitpunkt eine allfällige Prozesskostentragung voraussehbar gewesen sei. Vorliegend hätten die Kläger sowohl aufgrund des Anscheins der Zahlungsunfähigkeit als auch wegen ihrer Prozesskostenschulden gegenüber der Beklagten bereits bei Klageeinleitung damit rechnen müssen, dass sie zur Sicherstellung der Parteienschädigung verpflichtet würden (Urk. 13 S. 9).

5.2.2. Der Beklagten ist nicht zu folgen. Selbst bei gegebenem Kautionsgrund hat die klagende Partei nur dann Sicherheit für die Parteienschädigung zu leisten,

wenn die beklagte Partei dies beantragt (Art. 99 Abs. 1 ZPO). Solange kein solcher Antrag 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 Sicherstellungspflicht zu qualifizieren wäre, in Folge derer die unentgeltliche Rechtspflege von vornherein zu verweigern wäre.

5.3.1. Die Kläger rügen, aus den vor Vorinstanz eingereichten Pfändungsunterlagen gehe hervor, dass die Liegenschaften verpfändet seien. Gemäss Auskunft des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon genüge der Vermerk "VU" (Pfändung mit ungenügender Deckung) im Betreibungsregisterauszug als Bestätigung für eine Pfandhaft. Aus dem Verweis der Kläger auf ihre Eingabe vom 12. Januar 2017 (Urk. 5/68 S. 3 Ziff. 2.1) erhellt, was damit gemeint ist: Die Kläger hatten damals ausgeführt, die Miteigentumsanteile der Klägerin 2 (an den Liegenschaften in ... und Zürich-...) sowie die beiden in ihrem Alleineigentum befindlichen Liegenschaften in D._____ und E._____ seien ebenfalls mit Pfandhaft belegt worden. Zum Beweis führten sie einen Auszug über offene Beteiligungen der Klägerin 2 vom 16. Januar 2017 an (Urk. 5/71). Gemäss diesem Auszug erfolgte in vier am 20. Juni 2016 eingeleiteten Beteiligungsverfahren eine Pfändung mit ungenügender Deckung. Auch die Pfändung beim Kläger 1 ergab nur eine ungenügende Deckung (vgl. Pfändungsurkunde Nr. 1 des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon vom 16. Dezember 2016 [Urk. 5/69/1]). Da bei einer Pfändung soviel pfändbare Vermögenswerte des Schuldners gepfändet werden, wie nötig ist, um die pfändenden Gläubiger für ihre Forderungen samt Zinsen und Kosten zu befriedigen (vgl. Art. 97 Abs. 2 SchKG), ist vorliegend davon auszugehen, dass sämtliche in der Schweiz belegenen Vermögenswerte der Kläger gepfändet wurden. Infolge Pfändungsvollzugs war es somit beiden Klägern im Zeitpunkt des Entscheids der Vorinstanz verwehrt, auf ihre in der Schweiz belegenen Vermögenswerte zuzugreifen (Art. 96 Abs. 1 SchKG).

5.3.2. Obwohl auch das von den Klägern der AB._____ C._____ Holding AG gewährte Darlehen vom Pfändungsbeschluss erfasst wird (vgl. Urk. 5/69/1 S. 7), ist der Vollständigkeit halber dennoch auf die diesbezüglichen Vorbringen der Be-

klagen einzugehen. Diese macht geltend, bei der Beurteilung der finanziellen Situation der Kläger könne es von vornherein nicht auf den Schätzwert der Darlehensforderung von nominal Fr. 4 Mio. gegenüber der AB.____C.____ Holding AG in der Pfändungsurkunde (Fr. 1.–) ankommen. Die Kläger könnten sodann den vorinstanzlichen Feststellungen, wonach unbelegt geblieben sei, dass das Darlehen uneinbringlich sei, nichts entgegensetzen. So hätten sie zwar behauptet, das Darlehen sei mit einem Rangrücktritt belastet, dies jedoch nie nachgewiesen. Ebenso sei es bei der blossen Behauptung geblieben, dass die AB.____C.____ Holding AG überschuldet sei. Schliesslich sei das Vorbringen, die AB.____C.____ Holding AG sei Konkurs gegangen, neu und damit unzulässig (Urk. 13 S. 8 f.). Die Kläger hatten vor Vorinstanz allerdings nicht nur vorgebracht, bezüglich des der AB.____C.____ Holding AG gewährten Darlehens von Fr. 4 Mio. sei ein Rangrücktritt vereinbart worden (Urk. 5/58 S. 16), sondern auch die entsprechende Vereinbarung vom 6. November 2015 ins Recht gelegt (Urk. 5/59/23). Sodann ist die Konkursöffnung über die AB.____C.____ Holding AG per tt.mm.2017 im Handelsregister eingetragen (vgl. www.zefix.ch), weshalb es sich um eine notorische Tatsache handelt, welche als solche weder zu behaupten noch zu beweisen war (BGE 135 III 88 E. 4.1 = Pra 2009 Nr. 89; BGer 4A_560/2012 vom 1. März 2013, E. 2.2) und welche nicht vom Novenverbot nach Art. 326 Abs. 1 ZPO erfasst wird. Aufgrund des Konkurses der AB.____C.____ Holding AG ist davon auszugehen, dass das nachrangige Darlehen der Kläger uneinbringlich ist.

5.4. Bezüglich der Liegenschaft in F.____ (mit einem behaupteten Wert von Fr. 4 Mio., vgl. Urk. 5/79 S. 6) reichen die Kläger erstmals im vorliegenden Beschwerdeverfahren eine Verkehrswertschätzung (Urk. 4/2) ein. Ausserdem machen sie geltend, die Vermietung erforderte vorgängig eine sanfte Renovation (Urk. 1 S. 4 Rz. 10). Diese neue Tatsachenbehauptung und das neue Beweismittel können jedoch aufgrund der im Beschwerdeverfahren geltenden Novenschranke (Art. 326 Abs. 1 ZPO, vgl. dazu oben Ziff. 3) vorliegend nicht berücksichtigt werden. Hingegen haben die Kläger bereits vor Vorinstanz behauptet, einen allfälligen Erlös aus dem Verkauf der Liegenschaft an die G.____ AG abgetreten zu haben, welche den Kläger 1 (gestützt auf eine Solidarbürgschaftsver-

pflichtung gemäss Bürgschein vom 18. Februar 2015 betreffend Forderungen der G._____ AG gegen die AB._____ C._____ AG) auf Fr. 8 Mio. betrieben habe (Urk. 5/68 S. 4 und Urk. 5/79 S. 7 Rz. 2.16 mit Verweis auf Urk. 5/42 bzw. 5/43/1 [Zession] und Urk. 5/69/8 [Zahlungsbefehl vom 20. Oktober 2016]). Es scheint daher glaubhaft, dass die Kläger aus einem Verkauf der Liegenschaft in F._____ keine Mittel zur Finanzierung des Prozesses generieren könnten. Angesichts der Einkünfte (vgl. dazu Urk. 2 S. 6 E. 2.6.1) sowie der gepfändeten Vermögenswerte der Kläger, welche die Finanzierung von zusätzlichen Hypothekarzinsen nicht erlauben, ist sodann auch glaubhaft, dass die Liegenschaft nicht weiter belastet werden kann. Im Gegensatz dazu scheint eine Vermietung der Liegenschaft grundsätzlich möglich. Auch wenn nicht bekannt ist, zu welchen Konditionen eine Vermietung erfolgen könnte, kann jedenfalls ausgeschlossen werden, dass sich damit innert nützlicher Frist die verfügte Sicherheitsleistung von Fr. 87'650.– finanzieren liesse.

5.5. Somit verfügten die Kläger im Zeitpunkt des Entscheids der Vorinstanz weder über die erforderlichen Mittel zur Sicherstellung der Parteientschädigung noch zur Finanzierung von allfälligen weiteren Gerichtskosten, welche den (bereits früher) auferlegten Gerichtskostenvorschuss übersteigen. Insoweit erweist sich die Beschwerde als begründet.

6.1. Zwar ist es grundsätzlich unzulässig, der teilweise mittellosen Partei die unentgeltliche Rechtspflege für die Sicherstellung der Parteientschädigung zu gewähren, hingegen auf der Leistung des Vorschusses für die Gerichtskosten zu bestehen, da sich die unentgeltliche Rechtspflege nicht einseitig und unter Schonung der Staatskasse zu Lasten der Gegenpartei auswirken darf (BGE 141 III 369 E. 4.3). Vorliegend ist jedoch zu berücksichtigen, dass der beklagte Antrag auf Sicherstellung der Parteientschädigung erst ein Jahr nach der Verpflichtung der Kläger zur Leistung eines Kostenvorschusses für die Gerichtskosten gestellt wurde und dass die Kläger in der Zwischenzeit mittellos geworden waren. Unter diesen Umständen kommt in Betracht, den Klägern die unentgeltliche Rechtspflege mit Ausnahme der Befreiung von der Leistung des Gerichtskostenvorschusses zu gewähren. Aus diesem Grund und da die Vorinstanz (wie oben unter Ziff. 4.3

dargelegt) zu Recht zum Schluss kam, dass die Kläger in Bezug auf den auferlegten Kostenvorschuss nicht als mittellos gelten können, ist die Beschwerde abzuweisen, soweit sie sich gegen die Verweigerung der Befreiung von der Leistung des auferlegten Kostenvorschusses richtet. Den Klägern ist zu dessen Leistung eine kurze Nachfrist anzusetzen (BGE 138 III 163 E. 4.2 = Pra 2013 Nr. 98). Im Übrigen ist der angefochtene Entscheid aufzuheben, weil die Kläger im Zeitpunkt des Entscheids der Vorinstanz weder über die erforderlichen Mittel zur Sicherstellung der Parteientschädigung noch zur Finanzierung von allfälligen weiteren Gerichtskosten, welche den (bereits früher) auferlegten Gerichtskostenvorschuss übersteigen, verfügten.

6.2. Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege setzt nebst der Mittellosigkeit auch voraus, dass die Klage nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 lit. b ZPO). Dazu äusserte sich die Vorinstanz bisher nicht, weil sie das Gesuch bereits mit der Begründung der fehlenden Mittellosigkeit abwies. Die erstmalige Beurteilung dieser Frage ist indes nicht Aufgabe der Beschwerdeinstanz, zumal den Parteien eine Instanz verloren ginge, würde sich erstmals die Rechtsmittelinstanz dazu äussern. Die Sache ist daher zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

7.1. Die Kostenlosigkeit des Gesuchsverfahrens betreffend unentgeltliche Rechtspflege (Art. 119 Abs. 6 ZPO) gilt nicht für das Beschwerdeverfahren (BGE 137 III 470 E. 6). 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.

7.2. Die Kläger unterliegen in Bezug auf die beantragte Befreiung von der Leistung des Gerichtskostenvorschusses von Fr. 95'750.–. Andererseits unterliegt auch die Beklagte insoweit, als dass sie bezüglich der Sicherheitsleistung von Fr. 87'650.– mit ihrem Antrag auf Abweisung der Beschwerde nicht durchdringt. Somit unterliegen die Parteien gleichermassen, weshalb ihnen die Gerichtskosten je zur Hälfte aufzuerlegen sind (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen. Den Klägern ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand ent-

standen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO). Der Beklagten kommt nur hinsichtlich der Sicherheidsleistung Parteistellung zu und diesbezüglich unterliegt sie.

7.3. Die Kläger ersuchen um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren (Urk. 1 S. 2). Ihre verfügbaren Einkünfte beschränken sich derzeit auf rund Fr. 3'500.– aus AHV-Renten (vgl. Urk. 4/4 S. 10 und Urk. 4/14). Konkrete Hinweise, dass die Kläger über weitere, nicht deklarierte Einkünfte verfügen, bestehen nicht. Ihre in der Schweiz belegenen Vermögenswerte wurden gepfändet (vgl. oben Ziff. 5.3). Mit einem Verkauf der Liegenschaft in F. _____ könnten voraussichtlich keine Mittel zur Finanzierung des Verfahrens generiert werden. Ebenso wenig kann die Liegenschaft weiter belastet werden (vgl. oben Ziff. 5.4). Schliesslich scheint angesichts des in der Verkehrswertschätzung vom 3. März 2016 beschriebenen Zustands glaubhaft, dass die Vermietung eine vorgängige Renovation erfordern würde (vgl. Urk. 4/2, insbesondere S. 11). Daher ist vorliegend davon auszugehen, dass die Kläger mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO sind. Ihr Prozessstandpunkt kann sodann nicht als aussichtslos bezeichnet werden. Deshalb ist ihnen für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren. Die Kläger sind indes auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Den Klägern wird für das zweitinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt.
2. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Der Entscheid des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 26. April 2017 wird aufgehoben, soweit den Klägern die unentgeltliche Rechtspflege mit Ausnahme der Befreiung von der Leistung des Gerichtskostenvorschusses verweigert wurde. Die Sache wird in diesem Umfang zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

3. Den Klägern wird eine nicht erstreckbare Nachfrist von 10 Tagen ab Zustellung dieses Entscheids angesetzt, um für die erstinstanzlichen Gerichtskosten bei der Bezirksgerichtskasse Zürich, Postkonto 80-4713-0, einen Kostenvorschuss von Fr. 95'750.– zu leisten.

Wird der Vorschuss innert dieser Nachfrist nicht geleistet, so tritt das Gericht auf die Klage nicht ein.

4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'500.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Klägern und der Beklagten je zur Hälfte auferlegt. Der Anteil der Kläger wird zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlung gemäss Art. 123 ZPO wird vorbehalten.
6. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kläger unter Beilage des Doppels von Urk. 25, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

8. 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. 7.5 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