

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RB170045-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter  
Dr. S. Mazan und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie  
der Leitende Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden

## **Beschluss und Urteil vom 8. Februar 2018**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch B. \_\_\_\_\_

gegen

**Personalvorsorgestiftung der C. \_\_\_\_\_ AG,**

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

betreffend **Aberkennungsklage (unentgeltliche Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen einen Beschluss der II. Abteilung des Bezirksgerichtes  
Horgen vom 19. Oktober 2017; Proz. CG150013**

## **Erwägungen:**

### 1. Einleitung, Prozessgeschichte

Am 20. Februar 2009 schlossen die C.\_\_\_\_\_ AG als Schuldnerin, die Personalvorsorgestiftung der Firma C.\_\_\_\_\_ AG (Beschwerdegegnerin) als Gläubigerin sowie A.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführerin) und deren Ehemann B.\_\_\_\_\_ als Pfandeiigentümer drei Pfandverträge, mit denen Liegenschaften in D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ verpfändet wurden (act. 4/6a-c). Die Beschwerdegegnerin leitete im Januar 2014 gegen die C.\_\_\_\_\_ AG eine Betreibung auf Pfandverwertung ein. Sie stützte sich auf den auf der Liegenschaft ...-Strasse ... in E.\_\_\_\_\_ lastenden Schuldbrief und forderte 1.3 Millionen Franken nebst Zins. Der Zahlungsbefehl wurde auch der Beschwerdeführerin als Dritteigentümerin zugestellt. Sie erhob Rechtsvorschlag (act. 8/3/6). Das Rechtsöffnungsbegehren der Beschwerdegegnerin vom 12. Februar 2014 wurde vom Bezirksgericht Horgen mit Urteil vom 25. September 2014 abgewiesen (act. 8/3/7). Nachdem dieser Entscheid durch Beschluss des Obergerichts vom 23. Januar 2015 aufgehoben worden war (act. 8/3/8), erteilte das Bezirksgericht Horgen mit Urteil vom 21. Mai 2015 die provisorische Rechtsöffnung (act. 8/3/1).

Mit Eingabe vom 18. Juni 2015 erhob die Beschwerdeführerin Aberkennungsklage (act. 8/1). Mit Beschluss vom 29. Juni 2015 wurde der Beschwerdeführerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von 12'000 Franken angesetzt (act. 8/5). Dieser wurde von der C.\_\_\_\_\_ AG bezahlt (act. 8/7). Am 4. Mai 2016 stellte die Beschwerdegegnerin den Antrag, die Beschwerdeführerin sei zu verpflichten, für eine allfällige Parteientschädigung eine Sicherheit von 51'600 Franken zu leisten. Sie behauptete, die Beschwerdeführerin sei zahlungsunfähig. In der Eingabe vom 21. Juni 2016 führte die Beschwerdeführerin aus, Zweifel an ihrer Zahlungsfähigkeit seien fehl am Platz. Ihr und ihrem Ehemann sei es gelungen, liquide Mittel von drei Millionen Franken zu generieren. Damit habe am 25. April 2016 die Forderung eines privaten Gläubigers der C.\_\_\_\_\_ AG übernommen werden können. Damit sei ein wesentlicher Beitrag zur Auflösung der über die Gesellschaft verhängten Nachlassstundung geleistet worden (act. 8/28).

In der Verfügung vom 22. August 2016 kam die Vorinstanz zum Schluss, die Beschwerdegegnerin habe die Zahlungsunfähigkeit der Beschwerdeführerin nicht glaubhaft gemacht. Der Betreibungsauszug weise zwar verschiedene Einträge mit Forderungen in insgesamt zweistelliger Millionenhöhe auf. Die Beschwerdeführerin habe indes die Aussage des Betreibungsregisterauszeuges entkräften können. Das Gesuch um Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung wurde abgewiesen (act. 8/38). Dieser Entscheid wurde vom Obergericht am 21. November 2016 aufgehoben (act. 53). Nachdem die Beschwerdegegnerin am 12. September 2016 ein neues Gesuch um Sicherstellung einer allfälligen Parteientschädigung gestellt hatte, verpflichtete das Bezirksgericht Horgen die Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 10. April 2017 zur Leistung einer Sicherheit von CHF 48'297.60. Weiter wurde die Beschwerdeführerin zur Leistung eines Kostenvorschusses für die Gerichtskosten von CHF 21'750.00 verpflichtet (act. 73).

Mit Eingabe vom 12. Mai 2017 stellte die Beschwerdeführerin ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Sie brachte im Wesentlichen vor, das Einkommen des Ehepaares sei eingebrochen. In einem ersten Schritt sei das Einkommen durch unrechtmässige Betreibungen per 3. Februar 2014 von jährlich rund 1.475 Millionen Franken auf rund 534'000 Franken gesunken. Durch die am 11. November 2015 für die C.\_\_\_\_\_ AG bewilligte Nachlassstundung sei das Einkommen auf rund 42'000 Franken (AHV-Rente) gesunken. Über weiteres Einkommen oder Vermögen verfüge die Beschwerdeführerin bzw. das Ehepaar nicht. Die Gegenüberstellung der Einnahmen und Ausgaben ergebe einen Fehlbetrag von monatlich rund 13'000 Franken (act. 8/80). Das Gesuch wurde der Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 30. Mai 2017 zur freigestellten Stellungnahme zugestellt (act. 8/83). Am 13. Juni 2017 nahm die Beschwerdegegnerin Stellung (act. 8/85).

Mit Beschluss vom 19. Oktober 2017 wies das Bezirksgericht Horgen das Gesuch ab. Weiter setzte sie eine letzte nicht erstreckbare Nachfrist von 20 Tagen an, um für eine allfällige Parteientschädigung eine Sicherheit von CHF 48'297.60 zu leisten. Schliesslich wurde der Beschwerdeführerin eine letzte, nicht erstreckbare Nachfrist zur Leistung eines Vorschusses für die Gerichtskosten von

CHF 21'750.00 angesetzt (act. 7). Der Entscheid wurde der Beschwerdeführerin am 27. Oktober 2017 zugestellt (act. 8/88/1). Mit Eingabe vom 6. November 2017 erhob sie fristgerecht Beschwerde und stellte folgende Anträge (act. 2, offensichtliche Schreibfehler korrigiert):

1. Es sei der Beschluss des Bezirksgerichts Horgen vom 19. Oktober 2017 (Geschäfts-Nr. CG150013-F) aufzuheben und es sei der Klägerin und Beschwerdeführerin für das Aberkennungsverfahren am Bezirksgericht Horgen vollumfänglich unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.
2. Eventualiter sei der Beschluss des Bezirksgerichts Horgen vom 19. Oktober 2017 aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. In prozessualer Hinsicht wird um die unentgeltliche Rechtspflege ersucht.
4. In prozessualer Hinsicht wird sodann ersucht, der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse.

In der Verfügung vom 10. November 2017 wurde festgehalten, dass die Beschwerde sinngemäss ein Fristerstreckungsgesuch hinsichtlich des vorinstanzlichen Kostenvorschusses darstellt, weshalb die Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht nötig sei. Sodann wurde die Prozessleitung delegiert (act. 5). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

## 2. Begründung der Vorinstanz

Die Vorinstanz hielt zunächst fest, der Beschwerdeführerin sei Frist zur Leistung einer Sicherheit für eine allfällige Parteientschädigung angesetzt worden. Erst danach habe sie ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt, was nur zulässig sei, wenn seit der Fristansetzung für die Sicherheitsleistung Veränderungen in der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eingetreten seien. Es sei der Beschwerdeführerin nicht gelungen, Änderungen in den Einkommens- und Vermögensverhältnissen glaubhaft zu machen. Davon abgesehen sei es der Beschwerdeführerin nicht gelungen, ihre Mittellosigkeit substantiiert darzulegen. Sie liste diverse Einbrüche im Vermögen sowie Fehlbeträge auf, ohne in nachvollziehbarer Weise zu begründen, wie diese Entwicklung der Einkommens- und

Vermögensverhältnisse zustande gekommen sei. Im Verfahren betreffend Sicherstellung der Parteientschädigung habe sie noch den Standpunkt vertreten, zahlungsfähig zu sein, da es ihr gelungen sei, liquide Mittel von drei Millionen Franken zu generieren. Im Rahmen des Gesuches um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege behaupte sie das Gegenteil und verletze damit den Grundsatz von Treu und Glauben. Sie sei auf der ursprünglichen Behauptung, zahlungsfähig zu sein, zu beharren. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sei ohne Prüfung der Aussichtslosigkeit abzuweisen.

### 3. Argumente der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, die Vorinstanz habe entschieden, ohne ihr die Stellungnahme der Gegenpartei unterbreitet zu haben. Damit sei ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden.

Weiter bemängelt sie die Auffassung des Bezirksgerichts wonach sie hätte glaubhaft machen müssen, dass seit dem Entscheid über die Sicherstellung der Parteientschädigung eine Veränderung in ihren finanziellen Angelegenheiten eingetreten sei. Ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege könne jederzeit gestellt werden.

Die beschafften drei Millionen Franken habe die Beschwerdeführerin zur Ablösung einer Forderung und damit zur Auflösung der über die C.\_\_\_\_AG verhängten Nachlassstundung verwendet. Zu Unrecht gehe die Vorinstanz davon aus, die Beschwerdeführerin hätte das Geld für den Prozess einsetzen müssen. Denn nach dem Effektivitätsgrundsatz komme es nur darauf an, ob sie mittellos sei und nicht darauf, ob ein allfälliges Selbstverschulden die Mittellosigkeit verursacht habe. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz seien die finanziellen Verhältnisse der Beschwerdeführerin nicht komplex. Sie lebe zusammen mit ihrem Ehemann von einer AHV-Rente und habe kein weiteres Einkommen oder Vermögen. Ihre finanziellen Verhältnisse habe sie in drei Tabellen auf 28 Zeilen substantiiert.

Auf die Einzelheiten der vorinstanzlichen Erwägungen und der Ausführungen der Beschwerdeführerin ist soweit notwendig im Rahmen der Würdigung einzugehen.

#### 4. Würdigung

4.1. Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Dessen Verletzung führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides. Selbst eine schwere Verletzung des rechtlichen Gehörs kann indes im Rechtsmittelverfahren geheilt werden, wenn die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde (BGE 137 I 195, OGer ZH, RB150017). Dies führt dazu, dass trotz des Novenverbotes (Art. 326 Abs. 1 ZPO) Tatsachenbehauptungen, die vor Vorinstanz hätten vorgebracht werden können, zu berücksichtigen sind (OGer ZH, LF140040).

Die Beschwerdegegnerin nahm am 13. Juni 2017 zum Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege Stellung (act. 85). Die Vorinstanz entschied, ohne der Beschwerdeführerin Gelegenheit gegeben zu haben, sich dazu zu äussern. Das Bezirksgericht Horgen verletzte den Anspruch auf rechtliches Gehör. Immerhin stellte das Bezirksgericht Horgen der Beschwerdeführerin die Stellungnahme der Gegenpartei samt Beilagen und den Beschluss vom 19. Oktober 2017 zu (act. 7, Dispo-Ziff. 7), so dass der Beschwerdeführerin die gesamte 10-tägige Beschwerdefrist zur Verfügung stand, um sich zu den Vorbringen der Gegenpartei zu äussern. Die Sache ist spruchreif und eine Rückweisung wäre ein formalistischer Leerlauf. Die Gehörsverletzung wird im Beschwerdeverfahren geheilt.

4.2. Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege korrekt dargelegt. Insbesondere hat sie darauf hingewiesen, dass es an der Beschwerdeführerin ist, eine behauptete Mittellosigkeit durch Offenlegung der gesamten finanziellen Verhältnisse glaubhaft zu machen. Die Beschwerdeführerin bringt dazu keine Rügen vor. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, ist diesbezüglich auf die Begründung der Vorinstanz zu verweisen.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe den Sachverhalt nicht richtig festgestellt bzw. zu strenge Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Mittello-

sigkeit gestellt und damit auch das Recht falsch angewendet. Dies ist von der Kammer zu prüfen. Sie ist dabei weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (BGE 138 III 374, 133 II 249 und 130 III 136; ZR 110 Nr. 80).

Die Beschwerdeführerin behauptete in ihrem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, sie und ihr Ehemann seien abgesehen von einer AHV-Rente mittellos. Gemäss der Aufstellung in der Rechtsschrift sollen kein Vermögen, sondern Schulden von knapp 15 Millionen Franken vorhanden sein (act. 8/80 S. 6). Um dies glaubhaft zu machen, wären wenigstens die aktuellsten Steuererklärungen einzureichen gewesen. Die Beschwerdeführerin reichte diese jedoch nur lückenhaft ein. Von der Steuererklärung 2014 ist nur gerade das Wertschriften- und Guthabenverzeichnis vorhanden, von der Steuererklärung 2015 fehlt insbesondere die Seite 4 mit den Vermögenswerten (act. 8/81/1). Immerhin findet sich in den Unterlagen ein Hinweis auf ein Konto der G.\_\_\_\_-Bank, das Ende 2015 einen Saldo von immerhin rund 50'000 Franken aufwies (act. 8/81/1). Über den aktuellen Saldo ist nichts bekannt, Belege dazu fehlen. Die Beschwerdeführerin ist damit ihrer Obliegenheit, die finanziellen Verhältnisse umfassend darzustellen, nicht nachgekommen, weshalb sie keinen Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hat.

Obwohl die Beschwerdeführerin angeblich seit der Bewilligung der Nachlassstundung für die C.\_\_\_\_ AG vom 11. November 2015 nicht mehr über genügend liquide Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts verfügt (act. 8/80 S. 4), gelang es offenbar im April 2016, liquide Mittel von 3 Millionen Franken zu beschaffen (act. 8/28 S. 5 und act. 8/29/9). Weder den Ausführungen der Beschwerdeführerin noch dem Bankbeleg lässt sich entnehmen, woher die Mittel stammen. Auch wenn man zugunsten der Beschwerdeführerin davon ausgeht, dass die drei Millionen Franken zur Ablösung einer Forderung verwendet wurden und heute nicht mehr zur Verfügung stehen, so bleibt die Mittelherkunft ungewiss. Die Beschwerdeführerin ist ihrer Obliegenheit, Transparenz zu schaffen, nicht nachgekommen. Die Mittellosigkeit hat sie deshalb nicht glaubhaft gemacht. Darüber hinaus ergeben sich aus der offenbar bestehenden Möglichkeit, bei Bedarf eine erhebliche

Liquidität zu schaffen, Hinweise für verschwiegene Vermögenswerte. Die Beschwerdeführerin hat also die Mittellosigkeit nicht nur nicht glaubhaft gemacht, sondern es bestehen im Gegenteil Anhaltspunkt dafür, dass nicht unerhebliche Vermögenswerte vorhanden sind. Die Beschwerde ist abzuweisen. Bei diesem Ergebnis kann die Frage offen bleiben, ob der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege davon abhängt, ob seit dem Entscheid über die Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung eine Änderung der finanziellen Verhältnisse eingetreten ist.

5. Unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren; Prozesskosten

Da die Beschwerdeführerin ihre Mittellosigkeit nicht glaubhaft gemacht hat, ist das für das Beschwerdeverfahren gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen. Das Beschwerdeverfahren ist im Gegensatz um erstinstanzlichen Verfahren (Art. 119 Abs. 6 ZPO) nicht kostenlos (BGE 137 III 470, E. 5.5, OGer ZH, RU160002). Die Gerichtskosten sind auf 500 Franken festzusetzen (§ 12 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. § 9 Abs. 1 GebV OG) und der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ihr ist keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 500.00 festgesetzt.



3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 2 sowie an das Bezirksgericht Horgen und an die Obergerichtskasse, 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 übersteigt CHF 30'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Leitende Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hinden

versandt am: