

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB100083-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin  
Dr. M. Schaffitz, Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Reuss Valentini.

## Beschluss vom 30. Mai 2013

in Sachen

†A.\_\_\_\_\_,

Aberkennungsklägerin, Appellantin und Rekursgegnerin

gegen

B.\_\_\_\_\_,

Aberkennungsbeklagter, Appellat und Rekurrent

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

betreffend **Aberkennung**

**Berufung und Rekurs gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 8. Oktober 2010 (CG060161)**

### **Erwägungen:**

1. Mit Urteil vom 8. Oktober 2010 wies das Bezirksgericht Zürich die von der Klägerin erhobene Aberkennungsklage ab; zugleich hiess es die vom Beklagten erhobene Widerklage über Fr. 223'117.– gut. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen regelte die Vorinstanz im Urteil dahingehend, dass die von der Klägerin zu bezahlenden Gerichtskosten von Fr. 18'200.– aus der von der Klägerin geleisteten Kautionsbezugszahlungen bezogen werden und dass die von der Klägerin dem Beklagten zu bezahlende Prozessentschädigung von Fr. 33'400.– nach Eintritt der Rechtskraft aus der – nach Deckung der Gerichtskosten noch verbleibenden – Kautionsbezugszahlungen bezahlt wird (Urk. 129 S. 27 f.). Die Klägerin hatte Prozesskautionen gemäss § 73 Ziff. 3 ZPO/ZH und einen Barvorschuss von insgesamt Fr. 50'400.– (fortan Vorschüsse), der Beklagte einen Barvorschuss von Fr. 800.– geleistet (Urk. 21, Urk. 78, Urk. 94A+B).

2. Mit seiner als Rekurs entgegengenommenen Rechtsmitteleingabe vom 4. November 2010 beantragt der Beklagte, die von der Klägerin geleisteten Vorschüsse von Fr. 50'400.– seien primär für die Deckung der ihm zugesprochenen Prozessentschädigung von Fr. 33'400.– und erst sekundär für die Bezahlung der Gerichtskosten von Fr. 18'200.– zu verwenden. Zudem verlangt er eine ausdrückliche Anweisung der Bezirksgerichtskasse, dass der von ihm geleistete Barvorschuss von Fr. 800.– an ihn zurückzuerstatten sei (Urk. 141/2). Mit Beschluss vom 22. Februar 2011 wurden Berufungs- und Rekursverfahren miteinander vereinigt (Urk. 140). Am 5. Juli 2011 konnte der Klägerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt werden (Urk. 155).

3. Mangels Stellung von Berufungsanträgen trat die Kammer auf die von der Klägerin gegen das vorinstanzliche Urteil erhobene Berufung mit Beschluss vom 21. September 2011 nicht ein, wobei die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das zweitinstanzliche Verfahren dem Entscheid über den Rekurs des Beklagten vorbehalten wurden (Urk. 191). Die Klägerin war bereits am tt.mm.2011 verstorben, wovon die Kammer erst am 5. Oktober 2011 Kenntnis erhielt (Urk. 161 bis

Urk. 165). Mit Beschluss vom 5. Oktober 2011 wurde das Verfahren eingestellt, bis über den Antritt der Erbschaft der Klägerin entschieden ist (Urk. 163).

4. Nachdem alle nächsten gesetzlichen Erben die Erbschaft ausgeschlagen hatten (Urk. 171, Urk. 180), wurde mit Urteil des Konkursgerichts Zürich vom 27. September 2012 über die Erbschaft die konkursamtliche Liquidation angeordnet (Urk. 185). Den vom Beklagten gegen die Urteile des Einzelgerichts Erbschaftsachen und des Konkursgerichts erhobenen Rechtsmitteln war kein Erfolg beschieden; die Entscheide des Bundesgerichts datieren vom 25. April 2013 (Urk. 189, Urk. 190, Urk. 201/1+2).

5. Mit Beschluss vom 7. Januar 2013 wurde der Prozess zufolge konkursamtlicher Liquidation erneut sistiert (Urk. 193). Mit Schreiben vom 18. Februar 2013 teilte das Konkursamt (...) Zürich mit, dass das Konkursverfahren seit dem 6. Februar 2013 als mangels Aktiven eingestellt gilt (Urk. 194).

6. Mit Schreiben vom 22. Mai 2013 ersuchte der Beklagte darum, die Sistierung aufzuheben und Frau C.\_\_\_\_\_ (als Vertreterin der verstorbenen Klägerin; Urk. 157) bzw. Frau D.\_\_\_\_\_ (als Schwester der verstorbenen Klägerin; Urk. 180), deren Erbausschlagung materiellrechtlich bestritten bleibe, Frist zur Rekursantwort anzusetzen (Urk. 200).

## II.

1. Die Klägerin ist verstorben und es sind keine Erben vorhanden, die in den vorliegenden Prozess eintreten könnten. Zwar will der Beklagte die Ausschlagung der Erbschaft durch D.\_\_\_\_\_ materiellrechtlich auch weiterhin nicht anerkennen (Urk. 200). Das vorliegende Rekursverfahren betreffend erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen ist indes nicht geeignet, diese Frage einer Klärung herbeizuführen (zur Kognition: § 279 ZPO/ZH). Gemäss Urteil des Bundesgerichts vom 25. April 2013 betreffend Erbausschlagung ist eine ungültige Ausschlagung auf dem ordentlichen Prozessweg zu beseitigen, sei es als selbständige Feststellungsklage, sei es als Vorfrage im Rahmen einer Leistungsklage ge-

gen den Erben, wobei vorliegend nicht von einer offensichtlichen Verspätung der Ausschlagungserklärung ausgegangen werden könne (Urk. 201/2 S. 8 f.: "Der Beschwerdeführer wird seinen Standpunkt auf dem ordentlichen Prozessweg einbringen müssen").

2. Die Erbschaft als solche ist in einem Aberkennungsprozess zufolge Betreuungsfähigkeit (Art. 49 SchKG) zwar als parteifähig zu erachten (BGE 102 II 385, 388). Nach Einstellung der konkursamtlichen Liquidation gemäss Art. 230 SchKG besteht indes keine Erbmasse mehr, die betrieben werden könnte. Die allenfalls noch vorhandenen Erbschaftsaktiven bilden kein Sondervermögen mehr, sondern fallen an die Erbberechtigten (Art. 230a Abs. 1 SchKG), es sei denn, ein Erbschaftsaktivum sei bei Anordnung der konkursamtlichen Liquidation bereits gepfändet gewesen (BGE 62 III 101, 79 III 170 f.).

Aus der Eingabe des Beklagten an das Bundesgericht vom 15. Januar 2013 ergibt sich, dass der Beklagte für die Betreuungsforderung (die auf einem Pfändungsverlustschein basiert) bereits am 17. April 2007 die provisorische Pfändung erlangt hatte. Indes wurde diese Pfändung bereits definitiv, nachdem auf die Berufung der Klägerin mit Beschluss vom 21. September 2011 nicht eingetreten werden konnte (Urk. 198 S. 3). Nach definitiver Abweisung der Aberkennungsklage ist die Weiterführung des vorliegenden Rekursverfahrens nicht nötig, um die vom Beklagten vor Anordnung der konkursamtlichen Liquidation der Erbschaft angehobene Betreuung zu Ende zu führen.

3. Im Übrigen fehlte es auch an einem Vertreter, der für die "Erbschaft" den Prozess weiterführen könnte. Entgegen der Auffassung des Beklagten kann weder C.\_\_\_\_\_ noch D.\_\_\_\_\_ Frist zur Rekursantwort angesetzt werden: Die auf C.\_\_\_\_\_ ausgestellte, über den Tod hinaus gültige Generalvollmacht (Urk. 157) ist mit Anordnung der konkursamtlichen Liquidation erloschen (Art. 35 OR) und lebt auch nach Einstellung des Konkursverfahrens nicht wieder auf (BK-Zäch, N 36 zu Art. 35 OR). D.\_\_\_\_\_ hat die Erbschaft ausgeschlagen (Urk. 180). Sie besitzt auch kein Mandat zur Verwaltung der Erbschaft. Dem mit der konkursamtlichen Liquidation betraut gewesenen Konkursamt wiederum kommen nach Einstellung des Verfahrens nur noch gewisse Verwaltungsaufgaben und Übertra-

gungspflichtigen hinsichtlich allfälliger zum Nachlass gehörender Aktiven zu (Art. 230a Abs. 1 SchKG; KUKO-Schober, N 8 ff. zu Art. 230a SchKG).

4. Demzufolge muss das vorliegende Rekursverfahren, bei dem es nur noch um die Kosten- und Entschädigungsfolgen bzw. um die Verwendung der von der Klägerin geleisteten Vorschüsse geht, infolge Todes der Klägerin als gegenstandslos geworden abgeschrieben werden (Addor, Die Gegenstandslosigkeit des Rechtsstreits, Bern 1997, S. 82 f.; Frank/Sträuli/Messmer, N 24c zu § 49 ZPO/ZH). Der Beklagte erleidet durch die Gegenstandslosigkeit insoweit keinen Nachteil, als die Rechtsmittelinstanz in dieser Konstellation über die Kosten- und Entschädigungsfolgen in beiden Verfahrensstufen von Amtes wegen nach Ermessen zu befinden hat (§ 65 Abs. 1 ZPO/ZH; Frank/Sträuli/Messmer, N 14 zu § 68 ZPO/ZH; Addor, a.a.O., S. 131).

### III.

1. Auf die klägerische Berufung wurde mit Beschluss vom 21. September 2011 nicht eingetreten. Die Aberkennungsklage gilt damit als abgewiesen. Die Klägerin ist demnach als unterliegende Partei im Sinne von § 64 Abs. 2 ZPO/ZH zu betrachten. An sich kann die verstorbene Klägerin im heutigen Zeitpunkt mangels Rechts- und Parteifähigkeit nicht mehr mit Gerichtskosten oder einer Parteientschädigung belastet werden. Jedoch können die von ihr geleisteten Vorschüsse von Fr. 50'400.– (Urk. 94B) zur Deckung der Verfahrenskosten herangezogen werden, da die Konkurseröffnung über die kautionspflichtige Partei an der Verwendung der Kaution nichts ändert (Frank/Sträuli/Messmer, N 1 zu § 81 ZPO/ZH). Die Höhe der von der Vorinstanz zugesprochenen Prozessentschädigung von Fr. 33'400.– wurde vom Beklagten nicht beanstandet. Er rügt aber rekursweise zu Recht, dass die Vorinstanz gemäss § 81 ZPO/ZH die Vorschüsse zunächst für die ihm zugesprochene Prozessentschädigung von Fr. 33'400.– und hernach für die Gerichtskosten hätte verwenden müssen (Urk. 141/2 S. 3 f.). Von Amtes wegen zu ergänzen ist das vorinstanzliche Kostendispositiv insoweit, als es die Vor-

instanz unterliess, die Barauslagen für die Zeugen von Fr. 500.– (Prot. I S. 56, S. 64) zu den Gerichtskosten zu schlagen (§ 201 Ziff. 2 und § 207 GVG/ZH analog).

Bei dieser Sachlage ist die von der Vorinstanz dem Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren zugesprochene Prozessentschädigung von Fr. 33'400.– im vollen Umfang aus den von der Klägerin geleisteten Vorschüssen zu decken. Entsprechend ist die Gerichtskasse anzuweisen, nach Eintritt der Rechtskraft aus den von der Klägerin geleisteten Vorschüssen Fr. 33'400.– an den Beklagten auszubezahlen. Sodann ist die erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 18'200.– zu bestätigen, wobei die – um die Zeugenentschädigungen (Fr. 500.–) erweiterten – Gerichtskosten soweit möglich, d.h. im Umfange von Fr. 17'000.–, aus den von der Klägerin geleisteten Vorschüssen zu decken sind. Im nicht gedeckten Umfang von Fr. 1'700.– sind die Gerichtskosten auf die Gerichtskasse zu nehmen.

2. Es ist entgegen der Auffassung des Beklagten kein Fehler, wenn die Vorinstanz die Rückerstattung des vom Beklagten für die Kosten des Beweisverfahrens geleisteten Barvorschusses von Fr. 800.– in ihrem Urteil nicht angeordnet hat. Es kann daraus auch nicht der Schluss gezogen werden, "dass das Bezirksgericht Zürich diese CHF 800 nicht an den Beklagten zurückerstatten will" (Urk. 141 S. 4). Gemäss § 17 der Verordnung über die Verwaltung von Depositen, Kauttionen und Effekten vom 23. November 1960 (LS 211.13) werden Kauttionen und Effekten – sofern sie nicht bereits auf richterliche Anordnung hin freigegeben worden sind – von der Gerichtskasse nach rechtskräftiger Erledigung des Verfahrens unter Beachtung der richterlichen Anordnungen über die Kosten- und Entschädigungspflicht der berechtigten Person ausgehändigt. Nachdem das Berufungsverfahren mittlerweile rechtskräftig erledigt ist, spricht indes nichts dagegen, die Gerichtskasse anzuweisen, dem Beklagten den geleisteten Barvorschuss von Fr. 800.– (Urk. 94A) nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheides zurückzuerstatten (zur Rückerstattungspflicht: Frank/Sträuli/Messmer, N 6 zu § 83 ZPO/ZH).

3. Im Beschluss vom 21. September 2011 war die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen für das zweitinstanzliche Verfahren dem Entscheid über den Rekurs vorbehalten worden (Urk. 159 S. 3). Im Berufungsverfahren ist

die verstorbene Klägerin unterlegen; im Rekursverfahren wäre der Beklagte mit seinen Anträgen voraussichtlich durchgedrungen. Für das zweitinstanzliche Verfahren wurde indes kein Vorschuss geleistet. Mangels Rechtsfähigkeit und Haftungssubstrat kann die verstorbene Klägerin weder mit Gerichtskosten belastet noch zur Zahlung einer Prozessentschädigung an den Beklagten verpflichtet werden. Bei dieser Sachlage sind für das zweitinstanzliche Verfahren (Berufungs- und Rekursverfahren) keine Gerichtskosten zu erheben und keine Prozessentschädigungen zuzusprechen.

4. Dem Konkursamt (...) Zürich, dem die in Art. 230a Abs. 1 SchKG umschriebenen Aufgaben zukommen, ist vom vorliegenden Entscheid, wonach aus den klägerischen Vorschüssen kein Aktivenüberschuss verbleibt, Mitteilung zu machen.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Rekursverfahren wird infolge Gegenstandslosigkeit als erledigt abgeschrieben.
2. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 18'200.– (Dispositiv Ziffer 3) wird bestätigt. Die weiteren Kosten betragen Fr. 500.– (Zeugenentschädigungen).
3. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten werden im Umfang von Fr. 17'000.– aus den von der Klägerin geleisteten Vorschüssen bezogen. Im Umfang von Fr. 1'700.– werden die Gerichtskosten auf die Gerichtskasse genommen.
4. Die von der Vorinstanz dem Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren zugesprochene Prozessentschädigung von Fr. 33'400.– wird vollumfänglich aus den von der Klägerin geleisteten Vorschüssen gedeckt.

Die Gerichtskasse wird angewiesen, nach Eintritt der Rechtskraft aus den von der Klägerin geleisteten Vorschüssen Fr. 33'400.– an den Beklagten auszubezahlen.

5. Die Gerichtskasse wird angewiesen, dem Beklagten nach Eintritt der Rechtskraft den von ihm geleisteten Barvorschuss von Fr. 800.– zurückzuerstatten.
6. Für das zweitinstanzliche Verfahren (Berufungs- und Rekursverfahren) werden keine Kosten erhoben.
7. Für das zweitinstanzliche Verfahren (Berufungs- und Rekursverfahren) werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
8. Schriftliche Mitteilung an den Beklagten und an das Konkursamt (...) Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

9. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert der Berufung beträgt Fr. 233'177.– und derjenige des Rekurses Fr. 2'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 30. Mai 2013

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:  
mc