

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PE230003-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur.
R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Beschlüsse vom 31. Mai 2023

in Sachen

A._____,
Klägerin und Beschwerdeführerin

gegen

B.____ [Bank],
Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

betreffend **Klage auf Aberkennung eines Anspruchs im Lastenverzeichnis /
Sistierung und Abnahmefrist Kostenvorschuss**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Ver-
fahren des Bezirksgerichtes Uster vom 9. Mai 2023; Proz. FO220001**

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Eingabe vom 30. Dezember 2021 erhob A._____ (Klägerin und Beschwerdeführerin, fortan Klägerin) beim Bezirksgericht Uster, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren (fortan Vorinstanz), eine Klage auf Aberkennung eines Anspruchs im Lastenverzeichnis (Betreibung-Nr. 1; act. 6/1). In der Verfügung vom 28. Januar 2022 ging die Vorinstanz von einem Streitwert der Klage von Fr. 125'049.55 aus. Sie setzte der Klägerin Fristen von 21 Tagen an, um einen Kostenvorschuss von Fr. 9'750.00 zu leisten und schriftlich ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen (act. 6/4 S. 1 und 4). Im Schreiben vom 11. Februar 2022 bezeichnete die Klägerin einen Zustellungsempfänger. Zudem stellte die Klägerin ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (act. 6/8). Die Vorinstanz nahm der Klägerin daraufhin mit Verfügung vom 12. Mai 2022 die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses ab und setzte ihr eine Frist zur Verbesserung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege an. Der B._____ (Beklagte und Beschwerdegegnerin, fortan Beklagte) setzte die Vorinstanz eine Frist zur freigestellten Stellungnahme zum Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege an (act. 6/10 S. 4). Mit Eingabe vom 3. Juni 2022 machte die Klägerin weitere Ausführungen zur unentgeltlichen Rechtspflege und reichte ergänzende Unterlagen ein. Zudem stellte die Klägerin ein Gesuch um Sistierung des Verfahrens (act. 6/16 und act. 17/1-15). Die Beklagte reichte am 6. Juli 2022 eine Stellungnahme samt Beilagen ein (act. 6/18 und act. 6/19/1-12). Mit Verfügung vom 23. März 2023 wies die Vorinstanz das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab und setzte ihr eine einmalige Frist von 14 Tagen zur Leistung des Kostenvorschusses von Fr. 9'750.00 an, unter der Androhung, dass im Säumnisfall eine kurze Nachfrist angesetzt werde. Im Weiteren wies die Vorinstanz das von der Klägerin gestellte Sistierungsgesuch ab (act. 6/21 S. 12).

Mit Zuschrift vom 9. April 2023 stellte die Klägerin bei der Vorinstanz ein erneutes Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 6/23). Die Vorinstanz trat auf dieses Gesuch der Klägerin mit Verfügung vom 2. Mai 2023 nicht ein und setzte ihr eine einmalige Nachfrist von 7 Tagen an, um den Kostenvor-

schuss von Fr. 9'750.00 zu leisten. Die Vorinstanz drohte der Klägerin an, dass bei Säumnis auf die Klage nicht eingetreten werde (act. 6/25 S. 5).

1.2. Mit Eingabe vom 8. Mai 2023 verlangte die Klägerin vor Vorinstanz, es sei die (Frist für die) verlangten Kosten abzunehmen und das Verfahren bis zum rechtskräftigen Entscheid über die aufsichtsrechtliche Beschwerde im Verfahren CB230010 zu sistieren (act. 6/27). Die Vorinstanz verfügte daraufhin am 9. Mai 2023 (act. 6/28 = act. 5), über den Antrag der Klägerin auf Sistierung des Verfahrens werde erst nach Eingang des der Klägerin auferlegten Kostenvorschusses entschieden (Dispositiv-Ziffer 1) und verlängerte die mit Verfügung vom 2. Mai 2023 angesetzte Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses von Fr. 9'750.00 bis 15. Mai 2023 (Dispositiv-Ziffer 2).

2.

2.1. Gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 9. Mai 2023 erhob die Klägerin mit Eingabe vom 12. Mai 2023 (Abgabezeitpunkt IncaMail) rechtzeitig Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich. Sie stellt die folgenden Rechtsmittelanträge (act. 2 S. 1; zur Rechtzeitigkeit: act. 6/29, act. 4/2):

- "1. Verfügung des Bezirksgerichts Uster vom 9.5.2023 (FO 220 001) sei aufzuheben und die beantragte Sistierungsgesuch sei zu genehmigen.
2. Eventuell seien für die Kosten von CHF 9'750 aufschiebende Wirkung zu erteilen.
3. Im Verfahren beim Obergericht sei die unentgeltliche Rechtspflege zu genehmigen."

2.2. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 6/1-29). Vom Einholen einer Beschwerdeantwort ist abzusehen (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Beschwerdeverfahren erweist sich als spruchreif. Der Beklagten ist ein Doppel der Eingabe der Klägerin vom 12. Mai 2023 (act. 2) mit dem vorliegenden Entscheid zuzustellen. Mit dem heutigen Entscheid wird der prozessuale Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos, er ist abzuschreiben.

3.

3.1. Die vorinstanzliche Verfügung vom 9. Mai 2023 stellt eine prozessleitende Verfügung dar. Solche können nur mit Beschwerde angefochten werden, wenn dies im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist oder durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b ZPO). Nach Art. 103 ZPO sind Entscheide über die Leistung von Vorschüssen mit Beschwerde anfechtbar. Zudem ist von Gesetzes wegen die Sistierung anfechtbar, nicht hingegen die Abweisung des Sistierungsantrags (vgl. Art. 126 Abs. 2 ZPO).

3.2. In der Verfügung vom 9. Mai 2023 hat die Vorinstanz nicht über die Leistung des Kostenvorschusses entschieden, dies war Gegenstand der vorangegangenen Verfügungen vom 28. Januar 2022, 23. März 2022 und 2. Mai 2023. Auch hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung nicht über den Sistierungsantrag der Klägerin entschieden; sie hat diesen weder abgewiesen noch gutgeheissen. Mit den Feststellungen in Dispositiv-Ziffer 1 und 2 der Verfügung vom 9. Mai 2023 hat die Vorinstanz im Grunde genommen über den Antrag der Klägerin um Abnahme der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses befunden und diesen abgewiesen. Das Gesetz sieht gegen einen solchen Entscheid keine Beschwerde vor (vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006 S. 7221 ff., S. 7377; OGer ZH PC200002 vom 7. Februar 2020 E. 3.1.2.). Für die Anfechtung der vorinstanzlichen Verfügung bildet das Drohen eines Nachteils im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO folglich eine Rechtsmittelvoraussetzung. Ein solcher ist in der Beschwerde geltend zu machen, das heisst zu behaupten und nachzuweisen, soweit er nicht geradezu offensichtlich ist (vgl. BK ZPO II-Sterchi, Bd. I, Bern 2012, Art. 321 N 17 und Art. 319 N 15).

Ein drohender, nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil ist zu bejahen, wenn ein solcher auch durch einen für den Ansprecher günstigen (Zwischen- oder) Endentscheid nicht mehr beseitigt werden kann. Der drohende Nachteil nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO muss nach der Praxis der Kammer und der herrschenden Auffassung nicht zwingend rechtlicher, sondern kann auch tatsächlicher Natur sein. Er muss aber erheblich sein, und das Eintreten auf die Beschwerde ist unter dem Aspekt der Interessen der beklagten Partei abzuwägen gegen die Verzögerung des Verfahrens, welche mit der Beschwerde verbunden ist (vgl. zum Ganzen

OGer ZH RB160036 vom 20. Januar 2017, E. 3.2 sowie auch OGer ZH PC190014 vom 21. August 2019 E. B.2.1., je mit Hinweisen). Die Entscheidung, ob unter den konkreten Umständen ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht oder nicht, liegt im (pflichtgemässen) Ermessen des Gerichts (vgl. ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, 3. Aufl. 2016, Art. 319 N 13). Es ist indes Zurückhaltung angebracht. Der Ausschluss der Beschwerde ist in diesen Fällen die gesetzliche Regel, die Zulässigkeit die Ausnahme. Im Grundsatz überprüft die obere Instanz das Verfahren der unteren Instanz mit dem Rechtsmittel gegen den Sachentscheid. Fehlt es an der Rechtsmittelvoraussetzung des drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (OGer ZH PC140011 vom 7. April 2014, E. 2.1 mit Hinweisen; vgl. ferner etwa BK ZPO-Sterchi, Bern 2012, Art. 319 ZPO N 15).

4.

4.1. Vor Vorinstanz führte die Klägerin aus, das Gericht könne gemäss Art. 126 ZPO das Verfahren sistieren, wenn die Zweckmässigkeit dies verlange. Das Verfahren könne namentlich sistiert werden, wenn der Entscheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig sei. In der aufsichtsrechtlichen Beschwerde CB230010 mache sie geltend, das Lastenverzeichnis sei aufgrund dessen, dass es sich um eine Familienwohnung handle, nichtig. Bei Gutheissung der Beschwerde werde somit die Grundlage des vorliegenden Prozesses entzogen, weshalb die Verfahrenssistierung zweckmässig sei (act. 6/27).

4.2. Die Vorinstanz erwog, die Klägerin habe bis dato den von ihr verlangten Vorschuss für die Gerichtskosten nicht geleistet. Die Vorschussleistung stelle eine Prozessvoraussetzung dar; bei Säumnis sei auf die Klage nicht einzutreten. Über den prozessualen Antrag der Klägerin auf Sistierung könne erst entschieden werden, wenn der Vorschuss geleistet worden sei. Dies sei der Klägerin anzuzeigen. Da ihr die Verfügung vom 2. Mai 2023 am 8. Mai 2023 zugestellt worden sei, laufe ihr die entsprechende Nachfrist noch bis zum 15. Mai 2023 (act. 5 S. 2 f.).

4.3. In ihrer Beschwerde an die Kammer wiederholt die Klägerin, wieso sie die Sistierung des vorinstanzlichen Verfahrens als zweckmässig erachtet (act. 2 S. 1 f.). Weiter bringt sie vor, die Ansicht der Vorinstanz (Kostenvorschuss vor

Behandlung Sistierungsgesuch) sei offensichtlich nicht richtig, weil der Kostenvorschuss von Fr. 9'750.00 den Streitwert von total Fr. 125'049.55 (vertragliches Pfandrecht Nr. 6, 1. Pfandstelle über Fr. 82'055.55 und vertragliches Pfandrecht Nr. 10.1, 1. Pfandstelle über Fr. 42'994.00 gemäss Lastenverzeichnis) betreffe. Sie mache als Grund für die Sistierung geltend, dass die Nichtigkeit des Lastenverzeichnisses (aufgrund der Familienwohnung) Gegenstand des aufsichtsrechtlichen Beschwerdeverfahrens CG230010 sei. Im Lastenverzeichnis inbegriffen und bestritten sei unter anderem auch das Pfandrecht Nr. 2, 1. Pfandstelle, über Fr. 400'000.00. Deswegen lasse sich das Sistierungsgesuch als eine Klageänderung wegen der geltend gemachten Familienwohnung verstehen. Die Vorinstanz habe die Sache nicht sorgfältig geprüft. Vorliegend erhöhe sich der Streitwert "wegen der Geltendmachung der Familienwohnung" (act. 2 S. 2). Die Klägerin folgert weiter, die Vorinstanz habe ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege in Bezug auf den Kostenvorschuss von Fr. 9'750.00 beurteilt. Bei Gutheissung der aufsichtsrechtlichen Beschwerde CB230010 müsse das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege aufgrund des neuen, erhöhten Streitwertes beurteilt werden. Deswegen sei die Sistierung des Verfahrens notwendig (act. 2 S. 3).

4.4. Die Klägerin unterlässt es, in ihrer Beschwerdeschrift substantiiert geltend zu machen, dass und inwiefern ihr in Bezug auf den vorinstanzlichen Entscheid ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO drohe. Dies ist auch nicht offenkundig. Denn sie kann ihre erhobenen Rügen mit dem Rechtsmittel gegen den Endentscheid vortragen. Ein drohender, nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil ist somit nicht dargetan, weshalb auf die Beschwerde der Klägerin nicht einzutreten ist.

Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass der Beschwerde der Klägerin auch dann kein Erfolg beschieden wäre, wenn auf das von ihr Vorgetragene eingegangen würde. Ihren Ausführungen fehlt es an einer sachbezogenen Auseinandersetzung mit den zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen, die Behandlung des Gesuchs um Verfahrenssistierung setze die Bezahlung des Kostenvorschusses voraus. Insofern genügt die Beschwerde den Begründungsanforderungen nicht. Die Darlegung der Klägerin, weshalb die Verfahrenssistierung aus ihrer

Sicht zweckmässig wäre, zielt zudem an der Sache vorbei, hat die Vorinstanz doch über den Sistierungsantrag noch nicht entschieden. Die Höhe des Kostenvorschusses und/oder die Gesuche der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege bildeten Gegenstand früherer vorinstanzlicher Verfügungen, welche hätten angefochten werden können. Auf die Höhe des Kostenvorschusses oder die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege kann im vorliegenden Verfahren nicht zurückgekommen werden. Es bleibt zu bemerken, dass der einstweilige Kostenvorschuss von Fr. 9'750.00 auf der mutmasslichen Höhe der im Verfahren anfallenden Gerichtskosten im Zeitpunkt der Erhebung basierte und eine spätere Erhöhung vorbehalten bleibt. Bei einer Erhöhung hätte die Klägerin Gelegenheit, unter umfassender Darlegung ihrer finanziellen Verhältnisse ein neues Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu stellen.

4.5. Zusammengefasst resultiert aus dem vorstehend Ausgeführten, dass auf die Beschwerde der Klägerin nicht einzutreten ist. Mittlerweile ist die der Klägerin angesetzte Nachfrist zur Zahlung des Vorschusses abgelaufen. Auch wenn im Gesetz nicht vorgesehen, ist nach ständiger Praxis der Klägerin mit einer kurzen Erstreckung bzw. sogenannten "Notfrist" ein letztes Mal Gelegenheit zu geben, den Vorschuss zu leisten (vgl. OGer ZH PC110033/Z03 vom 4. November 2011, E. 10; OGer ZH PD210005 vom 6. Mai 2021 E. 4.3.2.).

5.

5.1. Die Klägerin stellt für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 2 S. 1). Eine Partei hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Da die Gewinnaussichten der Beschwerde von Anfang an beträchtlich geringer waren als die Verlustrisiken (vgl. vorstehende Erwägungen), ist diese als aussichtslos i.S. des Art. 117 ZPO anzusehen und das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ist aus diesem Grund abzuweisen. Weiterungen erübrigen sich.

5.2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 500.00 festzusetzen und ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Par-

teientschädigungen sind nicht zuzusprechen; der Klägerin nicht, weil sie unterliegt, der Beklagten nicht, weil ihr in diesem Verfahren keine entschädigungspflichtigen Umtriebe entstanden sind.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Das Gesuch der Klägerin und Beschwerdeführerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Entscheid.

Sodann wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Der Klägerin und Beschwerdeführerin wird eine nicht erstreckbare (Not-)Frist von 5 Tagen ab Zustellung dieses Entscheids angesetzt, um bei der Kasse des Bezirksgerichts Uster (Postkonto 2, lautend auf Bezirksgerichtskanzlei, 8610 Uster, Zahlungszweck: "Geschäfts-Nr.: FO220001-I", IBAN CH3) den ihr von der Vorinstanz auferlegten Kostenvorschuss von **Fr. 9'750.00** zu leisten.

Bei Säumnis wird auf die Klage der Klägerin nicht eingetreten.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.00 festgesetzt.
4. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren werden der Klägerin und Beschwerdeführerin auferlegt.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte und Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein.

Eine Kopie des Empfangsscheins der Klägerin und Beschwerdeführerin wird der Vorinstanz nach dessen Eingang am Obergericht des Kantons Zürich zugestellt.

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

7. 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 beträgt Fr. 9'750.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am: