

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF130055-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Beschluss und Urteil vom 10. März 2014

in Sachen

A._____ GmbH,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

gegen

1. **B._____,**

2. **C._____,**

Gesuchs- und Beschwerdegegner,

Nr. 1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend

Bauhandwerkerpfandrecht / unentgeltliche Rechtspflege

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 1. November 2013 (ES130022)

Erwägungen:

1. Mit Gesuch vom 29. Mai 2013 ersuchte die Beschwerdeführerin um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für eine Forderung von Fr. 138'538.-- nebst 5% Zins seit 1. Januar 2013 auf dem den Beschwerdegegnern gehörenden Grundstück in Herrliberg (act. 5/1-2). Am 31. Mai 2013 wurde ihr Frist zur Präzisierung ihres Begehrens sowie zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 7'700.-- angesetzt (act. 5/4). Nachdem die Beschwerdeführerin ihr Gesuch ergänzt und um unentgeltliche Rechtspflege ersucht hatte, wies die Vorinstanz das Grundbuchamt Meilen am 7. Juni 2013 vorsorglich an, das verlangte Pfandrecht im Sinne von Art. 961 ZGB vorläufig einzutragen. Weiter nahm sie der Beschwerdeführerin die Frist zur Zahlung des Vorschusses ab und forderte sie dazu auf, die Mittellosigkeit ihrer Gesellschafter zu belegen (act. 5/5 und 5/7-8, act. 5/10 = 5/13). Da die Beschwerdeführerin dieser Aufforderung nur unzureichend nachgekommen war, setzte ihr die Vorinstanz mit Verfügung vom 20. September 2013 eine letzte Frist an, um zur Frage der Bedürftigkeit zahlreiche detailliert aufgeführte Unterlagen einzureichen (act. 5/17). Am 29. Oktober 2013 ersuchte die Beschwerdeführerin zusätzlich um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin (act. 5/24). Mit Verfügung vom 1. November 2013 wies die Vorinstanz die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Vertretung ab und setzte der Beschwerdeführerin die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses erneut an (act. 3). Am 11. November 2013 bezahlte die Beschwerdeführerin schliesslich den ihr auferlegten Kostenvorschuss mit dem Darlehen eines Dritten (act. 5/33-34).

2. Gegen die Verfügung vom 1. November 2013 erhob die Beschwerdeführerin am 14. November 2013 rechtzeitig Beschwerde mit den Anträgen, es sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr eine unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben. Der bereits geleistete Kostenvorschuss von Fr. 7'700.-- sei ihr zurückzuerstatten. Eventualiter sei die Sache zur weiteren Anspruchsprüfung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Für das Beschwerdeverfahren

ersuchte die Beschwerdeführerin ebenfalls um unentgeltliche Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin.

Die Vorinstanz begründete ihren abschlägigen Entscheid damit, dass es sich bei der dem fraglichen Bauhandwerkerpfandrecht zugrunde liegenden Forderung nicht um das einzige Aktivum der Beschwerdeführerin handle. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin verkennt die Vorinstanz damit, dass den Aktiven in Höhe von Fr. 131'499.25 Passiven von Fr. 140'845.25 gegenüberstünden und die Beschwerdeführerin daher nahe am Kapitalverlust sei. Die Forderung gegen die Beschwerdegegner sei tatsächlich ihr einziges verwertbares Aktivum. Erschwerend komme hinzu, dass nicht nur das Aktivum mit der Liegenschaft der Beschwerdegegner am D. _____-Strasse ... in Herrliberg in Verbindung stehe, sondern auch die Passiven eng mit dieser verknüpft seien, handle es sich dabei doch vornehmlich um Rechnungen von Drittlieferanten. Sodann seien die Posten auf der Aktivseite mit Ausnahme der Kasse und den ZKB-Konti von vernachlässigbaren Fr. 1'166.45 keine realisierbaren Vermögenswerte, da sie entweder nicht frei verfügbar seien, nur mit grossem Verlust verkauft werden könnten und/oder für den Geschäftsbetrieb zwingend benötigt würden. Der Fortführungswert sei zudem immer höher zu bewerten als der Liquidationswert. Die Liquidation der Aktivposten würde ihr Ende bedeuten, was umso stossender wäre, als sie gegen die Beschwerdegegner eine Forderung von Fr. 138'538.-- zuzüglich Zinsen habe (act. 2).

3. Anders als noch der Vorentwurf (Art. 105 Abs. 2 VE ZPO) schliesst die Zivilprozessordnung in Art. 117 die unentgeltliche Rechtspflege für juristische Personen nicht aus. Die Vorinstanz erwog jedoch zutreffend, dass juristischen Personen die unentgeltliche Rechtspflege höchstens in Ausnahmefällen zu gewähren ist (act. 3 S. 2). In seinem Leitentscheid BGE 119 Ia 337 (= Pra 83 [1994] Nr. 103) kam das Bundesgericht in Anlehnung an die deutsche Regelung von § 116 dZPO zum Schluss, die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für juristische Personen könne namentlich dann *in Betracht gezogen* werden, wenn ihr einziges Aktivum im Streit liege, die Gesellschaft die Kosten nicht selbst aufbringen könne und die an ihr wirtschaftlich Beteiligten ebenfalls mittellos seien. Ohne

abschliessend Stellung zu nehmen, verweigerte es im konkreten Fall die unentgeltliche Rechtspflege mangels hinreichender Begründung des Gesuchs. Ergänzend hielt es in seiner späteren Rechtsprechung fest, dass der Begriff der "wirtschaftlich Beteiligten" weit zu verstehen sei und nebst den Gesellschaftern auch die Organe der juristischen Person oder gegebenenfalls interessierte Gläubiger umfasse (BGE 131 II 306 E. 5.2.2). Die weitere Voraussetzung von § 116 dZPO, wonach die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege allgemeinen (inländischen) Interessen zuwiderlaufen muss, hat das Bundesgericht ohne nähere Begründung nicht übernommen (BGer 5A_520/2012 vom 19. April 2013). In der Lehre ist der Anspruch juristischer Personen auf unentgeltliche Rechtspflege kontrovers diskutiert worden, in neuerer Zeit wird er aber nur noch vereinzelt grundsätzlich abgelehnt (BGE 119 Ia 337; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 8, online-Stand 16. April 2012; BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 29). Dass einer juristischen Person die unentgeltliche Rechtspflege nur mit grosser Zurückhaltung zu bewilligen ist, zeigt sich nicht zuletzt darin, dass aus der publizierten Praxis in der Schweiz kein entsprechender Entscheid bekannt ist. Das Begehren der Beschwerdeführerin ist im Lichte dieser restriktiven Haltung zu prüfen.

4.a) Die bundesgerichtliche Rechtsprechung orientiert sich erklärtermassen an der Regelung in Deutschland. Das zusätzlich von § 116 dZPO geforderte allgemeine Interesse erwähnt das Bundesgericht indes nur beiläufig und sagt namentlich nicht, warum es diese Voraussetzung nicht ebenfalls übernommen hat. Es ist denn auch kein Grund ersichtlich, weshalb das Kriterium nicht angewendet werden soll, trägt es doch den Besonderheiten der juristischen Person Rechnung. Diese ist ein aus Zweckmässigkeitsgründen zugelassenes künstliches Gebilde, das zur Verfolgung eines bestimmten Zweckes geschaffen wurde. Die Wohltat der unentgeltlichen Rechtspflege ist indes auf natürliche Personen zugeschnitten und bezweckt in erster Linie – als Ausfluss des sozialen Zivilprozesses – die Unterstützung in einer persönlichen Notlage. Eine juristische Person ist nicht bedürftig, sondern bloss zahlungsunfähig oder überschuldet und hat in diesem Fall die gebotenen gesellschafts- und konkursrechtlichen Konsequenzen zu ziehen. Ihre rein wirtschaftlichen Interessen sollen nicht auf Kosten der Allgemeinheit verfolgt werden können, ausser es gäbe besondere Gründe dafür wie z.B. die Erfüllung von

Aufgaben, die der Allgemeinheit dienen oder die Erhaltung einer Vielzahl von Arbeitsplätzen (BGE 119 Ia 337; Fischer in: Musielak, ZPO, 7. Aufl., § 116 N 17 f.; Zöller, ZPO, 29. Aufl., § 116 N 22 ff.; Tuchschnid, unentgeltliche Rechtspflege für juristische Personen in: SJZ 102/2006 S. 49). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Von der Entscheidung wäre ausser der Beschwerdeführerin sowie gegebenenfalls ihren Geschäftspartnern und Kunden kein grösserer Personenkreis betroffen, weshalb die Unterlassung der Rechtsverfolgung allgemeinen Interessen nicht zuwiderlaufen würde. Es spricht nichts dagegen, dieses taugliche Abgrenzungskriterium ebenfalls zu berücksichtigen, zumal sich das Bundesgericht nicht explizit gegen dessen Übernahme ausgesprochen hat.

b) Sodann hielt die Vorinstanz zu Recht fest, dass die Beschwerdeführerin in ihrer provisorischen Bilanz per 30. Juni 2013 nebst der dem fraglichen Bauhandwerkerpfandrecht zugrundeliegenden Forderung weitere Aktiven wie Kasse, Konti, Vorräte und Maschinen etc. aufführt (act. 3 S. 2, act. 5/21/4). Dass diese Posten nach Angaben der Beschwerdeführerin kaum realisierbar seien bzw. für den Betrieb zwingend benötigt würden, ist ebenso zweitrangig wie die Tatsache, dass die Passiven die Aktiven übersteigen. Denn sowohl die Verwertbarkeit als auch eine mögliche Überschuldung oder ein Verlust sind für die Frage nach dem *einzig* vorhandenen Aktivum einer juristischen Person zweitrangig bzw. irrelevant. Wenn eine juristische Person ihren unternehmerischen Zweck nicht (mehr) zu erfüllen vermag, ist sie nicht mittels staatlicher Hilfe aufrechtzuerhalten, sondern vielmehr letztlich zu liquidieren (Tuchschnid, a.a.O. S. 53). Dass einer mit nur beschränkter Verantwortlichkeit tätigen juristischen Person nicht gleichermaßen wie einer natürlichen Person ein Existenzrecht zukommt, welches für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sprechen würde, zeigt sich schliesslich auch im Betreibungsrecht. So schreibt Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG den Berufswerkzeugen einer natürlichen Person Kompetenzcharakter zu, um deren Arbeitskraft zu erhalten. Einen vergleichbaren Schutz der Betriebsmittel und damit der Geschäftstätigkeit einer juristischen Person sieht das Gesetz hingegen nicht vor.

Da kein Ausnahmefall im Sinne der Erwägungen vorliegt, ist der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege nicht zu bewilligen. Die finanziellen

Verhältnisse der Beschwerdeführerin der letzteren und ihres Gesellschafters und Geschäftsführers E. _____ (act. 4) sowie die fehlende Aussichtslosigkeit des Verfahrens können daher ungeprüft bleiben. Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet und ist abzuweisen.

5. Im Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege werden, ausser bei Böse- und Mutwilligkeit, keine Gerichtskosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Die Kostenlosigkeit gilt nach Auffassung der Kammer auch für das Rechtsmittelverfahren (OGer ZH NQ110017 vom 8. September 2011; a.A. BGE 137 III 470 E. 6). Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Beschwerdeverfahren ist somit gegenstandslos und abzuschreiben.

Die Beschwerdeführerin ersucht ferner um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung. Da die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege an eine juristische Person – wie eben dargelegt – zu verneinen sind, ist diesem Gesuch im Beschwerdeverfahren zufolge Aussichtslosigkeit nicht zu entsprechen.

Den Beschwerdegegnern ist mangels Umtrieben für das zweitinstanzliche Verfahren keine Entschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
2. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mittelung und Rechtsmittel mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Entschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, ferner an die Obergerichtskasse.

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

5. 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 beträgt Fr. 138'538.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: