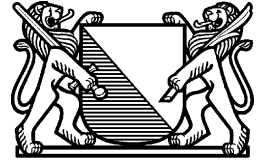


# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RB120051-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Maurer.

## Beschluss und Urteil vom 26. Februar 2013

in Sachen

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

2. **B.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Beschwerdeführer

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**C.** \_\_\_\_\_,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

betreffend **Berichtigungsklage im Sinne von Art. 969 ZGB über die Eintragung des Erbanges im Grundbuch / Kostenbeschwerde**

**Beschwerde gegen einen Beschluss der 5. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 26. Oktober 2012; Proz. CG120119**

### Erwägungen:

1. a) Die Kläger machten mit Eingabe vom 24. Oktober 2012 beim Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, ein Begehren um Berichtigung im Sinne von Art. 969 ZGB über die Eintragung eines Erbganges im Grundbuch rechtshängig und ersuchten um superprovisorische Anordnung einer Kanzleisperre und Verfügungsbeschränkung mit Vormerknahme sowie Anmerkung im Grundbuch (act. 6/1 S. 3).

Die Kläger brachten vorinstanzlich zur Begründung vor, sie sowie die Beklagte 1 seien Kinder der im Jahre 2009 in D.\_\_\_\_\_ [Staat in Westeuropa] verstorbenen E.\_\_\_\_\_. Sie führten in D.\_\_\_\_\_ einen Anfechtungsprozess wegen Ungültigkeit eines die Beklagte 1 als Alleinerbin einsetzenden Testaments ihrer Mutter. Gestützt auf eine Erbenfeststellungsurkunde eines ... Notars [im Staat D.\_\_\_\_\_] habe die Beklagte 1 bezüglich einer Eigentumswohnung der Erblasserin in F.\_\_\_\_\_ [Raum Zürich] eine Anzeige nach Art. 969 ZGB des zuständigen Grundbuchamtes erwirkt, die über ihre Erbeneigenschaft ein falsches Bild ergebe.

b) Mit Beschluss vom 26. Oktober 2012 wies die Vorinstanz das zuständige Grundbuchamt im Sinne einer superprovisorischen Massnahme mit sofortiger Wirkung an, eine vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB vorzunehmen, woraus hervorgehe, dass bis zur Erledigung des in D.\_\_\_\_\_ rechtshängigen Testamentsanfechtungsverfahrens die Berechtigung der heute eingetragenen Eigentümerin am Grundstück unklar sei (act. 6/4 S. 10 Dispositivziffer 3). Mit dem gleichen Beschluss auferlegte die Vorinstanz den Klägern einen Kostenvorschuss von Fr. 17'350.-- für die voraussichtlichen Gerichtskosten (act. 5 Dispositivziffer 1).

c) Gegen diese Auferlegung eines Kostenvorschusses richtet sich die Beschwerde der Kläger mit den Anträgen:

- "1. Es sei Ziffer 1 des Beschlusses, womit den Klägern eine Frist von 20 Tagen ab Zustellung dieses Entscheides angesetzt worden ist, um für die Gerichtskosten bei der Bezirksgerichtskasse einen Kostenvorschuss von Fr. 17'350.-- zu leisten, aufzuheben.
2. Es sei der Beschwerde gestützt auf Art. 325 Abs. 2 ZPO die aufschiebende Wirkung zu erteilen, damit die Vollstreckung aufgeschoben wird.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten." (act. 2)

d) Mit Präsidialverfügung vom 13. November 2012 wurde die Vollstreckung von Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Beschlusses (Kostenvorschuss) aufgehoben (act. 7 S. 2 Dispositivziffer 1) und den Klägern für das Beschwerdeverfahren ein Kostenvorschuss von Fr. 1'200.-- auferlegt (act. 7 Dispositivziffer 2), den sie innert Frist leisteten (act. 9). Die Beklagte 1 bezeichnete innert ihr angesetzter Frist (act. 7 Dispositivziffer 3) eine Zustellempfängerin in der Schweiz (act. 12).

2. Die Kläger richteten ihre Klage vorinstanzlich gegen die Beklagte 1 sowie gegen das zuständige Grundbuchamt F.\_\_\_\_\_ (act. 6/1). Die Vorinstanz trat mit Beschluss vom 26. Oktober 2012 auf die Klage gegen das Grundbuchamt nicht ein (act. 5 S. 9). Da die Kläger diesen Beschluss nicht anfochten, ist das Grundbuchamt zweitinstanzlich nicht mehr Verfahrenspartei. Entsprechend ist es aus dem Rubrum zu streichen.

3. Das Gericht kann von der klagenden Partei einen Kostenvorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen (Art. 98 ZPO). Gegen Entscheidung über Kostenvorschüsse steht das Rechtsmittel der Beschwerde zur Verfügung (Art. 103 ZPO). Mit der Beschwerde kann unrichtige Rechtsanwendung oder offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Entsprechend kann geltend gemacht werden, es liege eine Überschreitung des anwendbaren Tarifs im Sinne einer Rechtsverletzung vor oder es werde von einem offensichtlich falschen, nämlich zu hohen Streitwert ausgegangen, was einer offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsannahme entspreche (BK ZPO-Sterchi, Art. 103 N 7). Hingegen kann nicht geltend gemacht werden, das Gericht schätze den mutmasslichen Prozessaufwand als zu hoch ein, ausser bei Willkür als qualifiziertem Ermessensfehler (BK ZPO-Sterchi, Art. 103 N 7).

Im Beschwerdeverfahren besteht grundsätzlich eine Rügepflicht (ZK ZPO-Freiburghaus/Afeldt, Art. 321 N 15). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO), da es im

Beschwerdeverfahren im Wesentlichen um eine Rechtskontrolle geht (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 3, 4).

a) Die Kläger führen an, die Vorinstanz sei von einem offensichtlich falschen Streitwert ausgegangen. Es treffe zu, dass die Eigentumswohnung einen Wert von Fr. 220'000.-- aufweise. Die Vorinstanz habe jedoch zu Unrecht mit pauschalem Verweis auf einen Artikel im ... [Zeitung] angenommen, der Wert der Wohnung sei erfahrungsgemäss um die Hälfte zu erhöhen, denn die Wohnung sei alt, habe lediglich 2,5 Zimmer und man habe in den letzten 20 Jahren nichts investiert. Zudem sei die Wohnung mit einer Hypothek von Fr. 80'000.-- belastet. Der Nettobetrag der Immobilie sei somit Fr. 140'000.--. Sodann sei nicht von einem Streitwert in der ganzen Höhe des Wohnungswertes auszugehen, sondern davon, dass die Kläger bestenfalls Anspruch auf 2/3 der Wohnung hätten. Dies führe zu einem Streitwert von Fr. 93'330.--, was gemäss Gebührentarif zu einer Gebühr von Fr. 8'484.-- führe (act. 2 S. 3).

Die Kläger bemängeln nicht eine falsche Rechtsanwendung durch die Vorinstanz, beispielsweise eine unrichtige Anwendung der Gerichtsgebührenverordnung, sondern eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts. Damit ihre Beschwerde gutgeheissen werden kann, muss es sich um eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung handeln (Art. 320 ZPO; BK ZPO-Sterchi, Art. 103 N 7). Offensichtlich unrichtig ist eine Sachverhaltsfeststellung, wenn sie - analog zu Art. 97 Abs. 1 BGG - gleichbedeutend mit willkürlich im Sinn von Art. 9 BV ist (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 320 N 5; BK ZPO-Sterchi, Art. 320 N 4). Dazu ist folgendes festzuhalten:

Es handelt sich vorliegend um eine vermögensrechtliche Klage, welche nicht auf eine bestimmte Geldsumme lautet. Gemäss der ausdrücklichen Vorschrift von Art. 221 ZPO oblag es den Klägern, in ihrer Klage den Streitwert anzugeben (Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO), was sie vorinstanzlich unterliessen (act. 5 S. 5). Eine Missachtung der gerichtlichen Fragepflicht gemäss Art. 56 ZPO durch die Vorinstanz rügten die Kläger in der Beschwerde nicht, weshalb gestützt auf die - zuvor erwähnte - Rügepflicht grundsätzlich nicht zu überprüfen ist, ob die Vorinstanz es zu Recht unterliess, die Kläger zur Vervollständigung ihrer Klage aufzufordern.

Dennoch kann hinsichtlich der Fragepflicht folgendes angemerkt werden: Die Vorinstanz konnte aus den von den Klägern eingereichten Unterlagen ersehen, dass der Bezirksrat Zürich am 13. Oktober 2005 - anlässlich der Verbeiratung der Mutter der Kläger - von einem Wert der Eigentumswohnung von Fr. 220'000.-- ausgegangen war (act. 6/3/3 S. 2) und dass die Beklagte 1 gegenüber dem Grundbuchamt eine auf dem Grundstück lastende Grundpfandschuld von Fr. 80'000.-- gegenüber der G. \_\_\_\_\_ [Bank] erwähnt hatte (act. 6/3/15). Da die lückenhafte Darstellung der Kläger eine Schätzung des Streitwerts durch das Gericht daher nicht ausschloss oder übermässig erschwerte (ZK ZPO-Sutter-Somm/von Arx, Art. 56 N 26), bestand somit keine gerichtliche Fragepflicht. Vielmehr hatte die Vorinstanz gestützt auf Art. 91 Abs. 2 ZPO den Streitwert nach objektiven Kriterien in einem Ermessensentscheid zu schätzen (ZK ZPO-Stein-Wigger, Art. 91 N 25). Dies führt dazu, dass die Kläger im Beschwerdeverfahren mit neuen Tatsachenbehauptungen zur Höhe des Streitwerts ausgeschlossen sind (Art. 326 Abs. 1 ZPO), da keine Gehörsverletzung durch die Vorinstanz bemängelt oder festgestellt wurde.

Die Kläger haben demnach in ihrer Beschwerde darzutun, dass die Vorinstanz gestützt auf die ihr vorliegenden Akten von einer offensichtlich unrichtigen, z.B. aktenwidrigen, Sachverhaltsannahme ausgegangen sei und deshalb den Streitwert zu hoch geschätzt habe (BK ZPO-Sterchi, Art. 103 N 7). Die Kläger "bestreiten" die Höhe des vorinstanzlich geschätzten Streitwertes lediglich, aber sie vermögen nicht darzutun, dass es eine offensichtlich falsche Annahme der Vorinstanz sei, von einem - notorischen - Verkehrswert einer Eigentumswohnung in der Stadt ... von Fr. 330'000.-- auszugehen. Offensichtlich unrichtig wäre diese Sachverhaltsfeststellung, wenn sie - analog zu Art. 97 Abs. 1 BGG - gleichbedeutend mit willkürlich im Sinn von Art. 9 BV wäre (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 320 N 5; BK ZPO-Sterchi, Art. 320 N 4). Nachdem die Kläger vorinstanzlich keine Angaben zum Verkehrswert der Eigentumswohnung gemacht hatten und die Vorinstanz diesen Wert schätzen musste, ist es nicht zu beanstanden und mit Sicherheit nicht "offensichtlich unrichtig", dass die Vorinstanz - gestützt auf allgemein bekannte, vom ... [Zeitung] lediglich wiedergegebene Beobachtungen - von einem um rund 50% höheren Verkehrswert ausging. Anders verhält es sich mit

der auf der Liegenschaft lastenden Hypothek von Fr. 80'000.--, welche die Beklagte 1 dem Grundbuch gegenüber erwähnt hatte (act. 6/3/15). Sie war aktenkundig und daher zu berücksichtigen. Diesbezüglich ist eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz dargetan und zu korrigieren.

Das Vorbringen der Kläger, ihr wirtschaftliches Interesse an ihrer Klage betrage höchstens 2/3 des Verkehrswertes der Eigentumswohnung ist zweitinstanzlich neu und daher nicht zu berücksichtigen gemäss Art. 326 ZPO. Die Vorinstanz konnte den Akten nichts Derartiges entnehmen, weshalb hier nicht von einer offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsfeststellung ausgegangen werden kann. Die Kläger unterliessen es, der Vorinstanz darzutun, was die Folgen hinsichtlich ihrer Erbquoten wären, falls sie im in D. \_\_\_\_\_ geführten Prozess obsiegen würden. Dies bleibt aufgrund der Akten offen: Denkbar wäre beispielsweise, dass die Kläger zusammen  $\frac{3}{4}$  erben würden, da sich in den Akten ein Testament aus dem Jahre 2005 befindet, welches die Beklagte 1 auf den Pflichtteil setzt. Es kann jedoch nicht davon ausgegangen werden. Da ein Gericht im Zweifel vom höheren Streitwert auszugehen hat, ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz auf den Wert der Liegenschaft abstellte. Der Streitwert kann demnach auf Fr. 250'000.-- geschätzt werden (Fr. 330'000.-- abzüglich Fr. 80'000.-- Grundpfandschulden).

Die Sache erweist sich als spruchreif und ist daher im Beschwerdeverfahren neu zu entscheiden (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO). Eine volle Gerichtsgebühr entspricht Fr. 14'750.-- (§ 4 GebV OG). Nachdem im Beschwerdeverfahren einzig Willkür als qualifizierter Fehler bei der Ermessensausübung in der Schätzung des mutmasslichen Prozessaufwandes gerügt werden kann (BK ZPO-Sterchi, Art. 103 N 7), ist auf mögliche Reduktionsgründe nicht einzugehen. Es wurden auch keine Reduktionsgründe geltend gemacht. Dies führt zur teilweisen Gutheissung der Beschwerde und Festsetzung des Kostenvorschusses auf Fr. 14'750.--.

b) Die Kläger führen zweitinstanzlich neu an, da Art. 98 ZPO eine Kann-Vorschrift sei, könne das Gericht aus Billigkeitsgründen ganz oder teilweise auf die Erhebung des Kostenvorschusses verzichten. Sie hätten kein ausreichendes Einkom-

men, um den Kostenvorschuss zu bezahlen. Die Klägerin 1 sei Teilzeit erwerbstätig und habe ein bescheidenes Einkommen. Ihr Ehemann müsse und könne für ihre Kosten nicht eintreten. Der Kläger 2 sei ausgerechnet, verdiene Fr. 2'000.-- aus selbständiger Tätigkeit bei einem Bedarf von Fr. 7'000.--. Er stehe in einem kostspieligen Scheidungsverfahren, bei dem ihm die Kinder zugesprochen worden seien. Er erhalte total nur Fr. 966.-- für deren Unterhalt, so dass er aus dem Ersparten sein Manko decken müsse (act. 2).

Nach der Lehre muss eine klagende Partei, welche von der Vorschusspflicht entbunden werden möchte, ebenso wie diejenige, welche die unentgeltliche Rechtspflege verlangt, innert der für den Kostenvorschuss gesetzten Frist ein entsprechendes begründetes Gesuch stellen und darlegen, dass die Leistung des Vorschusses für sie eine unbillige Härte darstellt oder sie in finanzielle Bedrängnis bringt, auch wenn die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege nicht erfüllt sind (BK ZPO-Sterchi, Art. 98 N 8). Daraus ist zu schliessen, dass das Gesuch - ebenso wie das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege - innert laufender Frist zur Leistung des Kostenvorschusses bei derjenigen Instanz zu stellen ist, welche den Kostenvorschuss verfügt hat und bei der er zu leisten ist.

Die Kläger stellten ihr Gesuch nicht vorinstanzlich, sondern erst mit der Beschwerdeschrift. Es ist daher darauf nicht einzutreten. Es hätte im Übrigen abgewiesen werden müssen, da die finanziellen Verhältnisse der Kläger nicht belegt wurden.

Im Übrigen ist der Entscheid, ob aus Billigkeitsgründen auf einen Kostenvorschuss verzichtet wird oder nicht, ein Ermessensentscheid. Es liegt daher kein Beschwerdegrund vor, wenn das Gericht entgegen dem Antrag der Kläger nicht von der Kostenvorschusspflicht absieht (BK ZPO-Sterchi, Art. 103 N 7).

4. Die Kläger beantragen die Aufhebung des vorinstanzlich angeordneten Kostenvorschusses und Reduktion sowie den Verzicht auf einen Kostenvorschuss aus Billigkeitsgründen. Streitig ist daher im Beschwerdeverfahren der gesamte Betrag des Kostenvorschusses von Fr. 17'350.--. Die volle Entscheidgebühr beträgt Fr. 2'750.-- (§ 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 lit. a. und § 4

Abs. 1 GebV OG). Es rechtfertigt sich jedoch, die Gebühr um gut einen Drittel zu ermässigen und auf Fr. 1'750.-- festzusetzen (§ 4 Abs. 2 GebV OG).

Die Kläger obsiegen zu rund einem Siebtel des strittigen Kostenvorschusses von Fr. 17'350.--. Die Gerichtskosten sind ihnen daher zu sechs Siebteln aufzuerlegen, und mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Zu einem Siebtel fallen die Gerichtskosten ausser Ansatz, da der Beklagten 1, die in keinem Zeitpunkt angehört wurde, keine Kosten auferlegt werden dürfen. Die Kläger haben infolge ihres überwiegenden Unterliegens keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Der Beklagten 1 ist im Beschwerdeverfahren kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden. Es sind daher keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Die Beklagte 2 wird aus dem Rubrum gestrichen.
2. Auf das Gesuch um Verzicht auf einen Kostenvorschuss für das vorinstanzliche Verfahren wird nicht eingetreten.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

#### **Es wird erkannt:**

1. Den Klägern wird eine Frist von 20 Tagen ab Zustellung dieses Entscheids angesetzt, um für die Gerichtskosten im Verfahren CG120119 der 5. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich bei der Bezirksgerichtskasse Zürich (Postkonto ...) einen Kostenvorschuss von Fr. 14'750.-- zu leisten.

Die Zahlung ist rechtzeitig erfolgt, wenn der Betrag spätestens am letzten Tag der Frist der Post zur Einzahlung zugunsten des Gerichts übergeben oder einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet wird.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'750.-- festgesetzt.



3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zu 6/7 den Klägern auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet, und zu 1/7 auf die Gerichtskasse genommen.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, 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 Fr. 30'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Maurer

versandt am: