

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB230033-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. M. Kriech, Vorsitzender,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn
sowie Gerichtsschreiber Dr. Chr. Arnold

Beschluss vom 11. April 2024

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

3. **D.** _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

3 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____

betreffend **Erteilung etc.**

Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Winterthur im ordentlichen Verfahren vom 10. Juli 2023 (CP230002-K)

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2 ff.)

- "1. Es seien die Beklagten unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB mit Haft oder Busse im Widerhandlungsfall zu verurteilen, dem Kläger über ihre Verhältnisse zum Erblasser und zur am tt.mm.2021 vorverstorbenen Mutter/Ehefrau des Erblassers, insbesondere über frühere Testamentsversionen und vom Erblasser bzw. von den Eltern erhaltene Zuwendungen, Schenkungen, Vorbezüge und Darlehen, die Investitionen in das elterliche Haus (ca. CHF 300'000.– für Umbau, Garten etc.) nach dem Kaufdatum 13. April 2012 zu Lasten Nachlass sowie über sonstige Vereinbarungen mit dem Erblasser bzw. den Eltern schriftlicher oder mündlicher Natur, zudem über alle Aktiven und Passiven des Erblassers im Todeszeitpunkt sowie über deren Veränderungen seit dem tt.mm.2021 (Todesstag) umfassend und vollständig Auskunft zu erteilen und ihm die entsprechenden Unterlagen offenzulegen (inkl. die "Zügel-/Umzugskiste des Erblassers, inkl. Klärung der Begünstigten der Zahlung der Gebühren für die Baubewilligung und Anschlussgebühren (Gesuch vom 10.2.12), sowie der ZKB Überweisung von CHF 6'000.– vom 1.2.2012 an die Beklagte 1, und Klärung der Begünstigten betreffend Barbezug von CHF 70'000.– bei der ZKB vom 26.10.2012 sowie das Überlassen des elterlichen Fahrzeugs an die Beklagte 1 im damaligen Wert von ca. CHF 5'000.–) bzw. bei Nichtvorhandensein von Informationen bzw. im Falle von fehlenden Zuwendungen entsprechende Negativbestätigungen abzugeben.
2. Es sei der aktuelle Verkehrswert der an die Beklagte überschriebenen, ehemals ehelichen/erblasserischen Liegenschaft E. _____ -strasse ..., in F. _____ durch einen gerichtlich zu beauftragenden Experten zu schätzen, und es sei dieser Verkehrswert in der Teilung einzusetzen.
3. Es sei der Nachlass des tt.mm.2021 verstorbenen G. _____ selig unter Berücksichtigung der Angaben der Beklagten gemäss Rechtsbegehren 1 und auf der Grundlage des vom gerichtlich eingesetzten Experten ermittelten aktuellen Verkehrswertes der erblasserischen Liegenschaft E. _____ -strasse ..., in F. _____, festzustellen.
4. Es sei festzustellen, dass der gesetzliche Erbanspruch des Klägers an diesem neu berechneten Nachlass 13/48 beträgt.
5. Eventualiter sei festzustellen, dass der Pflichtteil des Klägers an diesem neu berechneten Nachlass 9/48 (12/48 * 3/4) beträgt.
6. Es seien die gemäss Auskunftserteilung nach Rechtsbegehren 1 offengelegten lebzeitigen Zuwendungen des Erblassers bzw. der Eltern an die Beklagten, namentlich sämtliche erhaltenen Schenkungen, Vorbezüge und Darlehen, die Investitionen in das elterli-

che Haus (ca. CHF 300'000.– für Umbau, Garten etc.) nach dem Kaufdatum 13. April 2012 zu Lasten Nachlass vollumfänglich auszugleichen, eventualiter in der Reihenfolge von Art. 532 ZGB herabzusetzen, soweit dies zur Wahrung des 13/48-Anteils des Klägers bzw. des Pflichtteils des Klägers erforderlich ist. Die Beklagten seien solidarisch, eventualiter sei die Beklagte 1 zu verpflichten, dem Kläger auf den auszugleichenden Betrag einen Verzugszins von 5 % seit Datum Klageeinleitung (Klage an Friedensrichter vom 16. September 2022) zu bezahlen.

7. Es sei der Nachlass des am tt.mm.2021 verstorbenen G. _____ selig zu teilen bzw. der ganze noch vorhandene Restnachlass sei dem Kläger auf Rechnung seiner erbrechtlichen Ansprüche zuzuweisen.
 - a. Zum Zwecke der Teilung seien 4 Lose und zwar 3 zu 13/48 und ein Los zu 9/48 zu bilden. Sodann sei den Parteien Frist anzusetzen, sich über eine allfällige Losbildung und/oder Zuweisung der Lose zu einigen, bzw. das 9/48-Los für den auf den Pflichtteil gesetzten Bruder D. _____ vorzusehen. Für den Fall der Nichteinigung seien die Lose im Rahmen einer Losziehung durch das Gericht den Erben zuzuweisen (unter Berücksichtigung, dass das Los von 9/48 dem Pflichtteilerben zukommen muss).
 - b. Für die folgenden, den Wert eines Loses übersteigenden Erbschaftssachen sei die Versteigerung unter den Parteien, eventualiter die öffentliche Versteigerung, anzuordnen, und es sei der Steigerungserlös zu 3x 4/48 Teilen und 1x zu 9/48 Teilen den 4 Losen zuzuweisen: ehemals erblasserische E. _____-strasse ..., F. _____.
 - c. Eventualiter sei die Teilung nach Ermessen des Gerichts vorzunehmen.
 - d. Es sei der Kläger von allen Erbschaftspassiven zu entlasten, die nicht gemäss Klagebegehren seinem Los zugewiesen werden.
8. Alles unter Vorbehalt der Nachklage und der Klageänderung bzw. dem Vorbehalt, die Auskunfts- und Akteneinsichtsklage, die Ausgleichungs- und Erbteilungsklage sowie die Herabsetzungsklage nach durchgeführtem Beweisverfahren zu beziffern, zu ändern bzw. zu präzisieren.
9. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7.7% MWST zulasten der Beklagten."

Beschluss des Bezirksgerichtes Winterthur vom 10. Juli 2023
(Urk. 10 S. 5 f.)

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 2'000.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten und die Kosten für das Schlichtungsverfahren von CHF 950.– werden dem Kläger auferlegt.
4. Den Beklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagten unter Beilage einer Kopie von act. 1-4/2-28.
6. Eine **Berufung** gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.
7. Wird nur die Regelung der Gerichtskosten und der Parteientschädigung in diesem Entscheid angefochten, kann innert **30 Tagen** von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, **Beschwerde** erhoben werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind im Doppel und mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 9 S. 2):

- "1. Der angefochtene Beschluss sei vollumfänglich aufzuheben und die dem erstinstanzlichen Verfahren zugrundeliegende Teile der Klageschrift (Ziff. 4.2. N 10-12 zum Streitwert/Sachliche Zuständigkeit/Streitwertberechnung unter B. N21 und N32-34) gutzuheissen.

- Eventualiter sei die Klage zwecks richtiger Feststellung des Sachverhalts/richtiger Rechtsanwendung bzw. zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Der vorliegenden Berufung sei nach Art. 315 ZPO die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.
 3. Eventualiter sei eine mündliche Verhandlung zwecks prozessökonomischer Erledigung der Zuständigkeitsfrage zeitnah anzusetzen.
 4. Antrag Aktenbeizug: Die Akten der parallel vom Beklagten 3 und seinem Rechtsvertreter bzw. separat gleichzeitig eingereichten Klage mit der Aktennummer CP230001 seien beizuziehen."
 5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST à 7.7% bzw. ab 1.1.24 à 8.1 % zulasten der Beklagten."

des Beklagten und Berufungsbeklagten 3 (Urk. 22 S. 2):

- "1. Die Berufungsanträge seien insofern gutzuheissen, als dass auf die erstinstanzliche Klage des Berufungsklägers einzutreten sei.
2. Im Übrigen seien die Berufungsanträge abzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Mit Eingabe vom 30. März 2023 erhob der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramts F. _____ vom 6. Dezember 2022 (Urk. 3) eine erbrechtliche Klage auf Auskunftserteilung und Akteneinsicht, Ausgleichung, Herabsetzung und Erbteilung im Sinne einer unbezifferten Forderungsklage nach Art. 85 ZPO (Urk. 1). Mit Beschluss vom 10. Juli 2023 trat das Bezirksgericht Winterthur auf die Klage nicht ein (Urk. 10).

2. Gegen diesen Beschluss erhob der Kläger mit Eingabe vom 14. September 2023 rechtzeitig Berufung und stellte die eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 9). Mit Verfügung vom 18. September 2023 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um einen Vorschuss in der Höhe von 3'950.-- für die Gerichtskosten zu leisten (Urk. 14). Gleichzeitig wurde sein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen (Urk. 14). Der Vorschuss für die Gerichtskosten ging rechtzeitig bei der Obergerichtskasse ein (Urk. 19). Mit Eingabe vom 28. September 2023 legitimierte sich Rechtsanwalt Dr. X. _____ als neuer Rechtsvertreter des Klägers (Urk. 17 und 18). Mit Verfügung vom 30. Januar 2024 wurde den Beklagten und Berufungsbeklagten 1-3 (fortan Beklagte 1-3) Frist anberaumt, um die Berufung des Klägers zu beantworten. Die Berufungsantwort des Beklagten 3, datierend vom 12. Februar 2024, ging am 14. Februar 2024 hierorts rechtzeitig ein (Urk. 22). Die Beklagten 1 und 2 reichten keine Berufungsantwort ein. Das Verfahren ist spruchreif.

3. Am vorliegenden Entscheid wirkt Oberrichter Dr. M. Kriech anstelle des ferienhalber abwesenden Kammerpräsidenten, Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, mit.

II.

1.a) Der Kläger stellte eventualiter den prozessualen Antrag, wonach eine mündliche Verhandlung zwecks prozessökonomischer Erledigung der Zuständigkeitsfrage zeitnah anzusetzen sei, ohne dafür eine plausible Begründung vorzubringen (Urk. 10 S. 4 f). Es liegt im Ermessen der Rechtsmittelinstanz, ob sie nach dem ersten Schriftenwechsel eine Verhandlung durchführen oder aufgrund der Akten entscheiden will; sie verfügt über einen grossen Gestaltungsspielraum (Art. 316 Abs. 1 ZPO; BSK ZPO-Spühler, Art. 316 N 4). Ein Anspruch auf mündliche Verhandlung besteht nicht (KUKO ZPO-Brunner/Vischer, Art. 316 N 4). Da vorliegend lediglich eine Rechtsfrage zu beurteilen ist und keine Weiterungen, wie z.B. Befragungen etc., vorzunehmen sind, besteht kein Anlass für eine mündliche Verhandlung. Dem eventualiter gestellten Antrag des Klägers ist nicht stattzugeben.

b) Der vom Kläger gestellte Antrag (Ziff. 4; Urk. 9 S. 2) auf Beizug der Akten des vom Beklagten 3 vor Vorinstanz geführten Parallelverfahrens (CP230001) als Beweismittel für die Höhe des behaupteten Streitwerts im vorliegenden Verfahren (Urk. 9 S. 5) ist abzuweisen. Aufgrund der nachfolgenden Ausführungen erübrigt er sich.

2.a) Die Vorinstanz erwog, dass der Kläger eine Klage mit einem Mindeststreitwert von Fr. 30'000.-- eingereicht habe. Gemäss Art. 85 ZPO gelte ein angegebener Mindeststreitwert als vorläufiger Streitwert (Abs. 1), und das dafür zuständige Gericht bleibe zuständig, auch wenn der Streitwert – nach durchgeführtem Beweisverfahren bzw. nach Auskunftserteilung durch die beklagten Parteien – die sachliche Zuständigkeit übersteigen würde (Abs. 2). Der Kläger führe zwar aus, dass der Streitwert über Fr. 30'000.-- liege, beziffere den Mindeststreitwert aber dennoch klar auf genau Fr. 30'000.-- (Urk. 1 S. 9), was keiner weiteren Auslegung bedürfe. Art. 243 ZPO bestimme den Geltungsbereich des vereinfachten Verfahrens. Gemäss Abs. 1 dieser Gesetzesbestimmung umfasse dieser insbesondere vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.--. Angelegenheiten mit einem Streitwert von exakt Fr. 30'000.-- würden noch in den Geltungsbereich des vereinfachten Verfahrens fallen, weshalb vorliegend dieses zur Anwendung gelange (Urk. 10 S. 4). Eine Überweisung des Prozesses sei gemäss ZPO nicht vorgesehen. Auf die Klage sei mangels sachlicher Zuständigkeit nicht einzutreten (Urk. 10 S. 5).

b) Der Kläger machte in seiner Berufungsbegründung geltend, dass er nicht, wie von der Vorinstanz erwähnt, eine "Klage mit einem Mindeststreitwert von Fr. 30'000.--" eingereicht habe, sondern ausdrücklich und im Titel so benannt und fett hervorgehoben eine "unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO". Die Vorinstanz habe vermutlich diese ausdrückliche Bezeichnung der Klageschrift übersehen (Urk. 9 S. 6). Indem sie bloss die Note 11 auf Seite 9 der Klageschrift herauspicke, reisse sie den Sinn und Geist der vorliegenden Klageschrift unnötig aus dem Zusammenhang. Sie lasse Note 10, worin festgehalten werde, dass der Streitwert jedenfalls über Fr. 30'000.- zu liegen komme, womit das Kollegialgericht zuständig sei, ausser Acht (Urk. 9 S. 6 f.). Die Vorinstanz verstosse mit ihrer Be-

gründung gegen Art. 58 ZPO, missachte Art. 85 Abs. 1 ZPO und verfallte in überspitzten Formalismus nach Art. 29 Abs. 1 BV (Urk. 9 S. 7).

3.a) Ob grundsätzlich die Voraussetzungen für die Einreichung einer unbezifferten Forderungsklage im Sinne von Art. 85 Abs. 1 ZPO gegeben sind, wurde weder von der Vorinstanz noch den Parteien thematisiert. Es ist somit davon auszugehen, dass diese vorliegend gegeben sind.

Konkret geht es daher nur um die Frage, ob der Kläger einen Streitwert von exakt Fr. 30'000.-- oder einen solchen über Fr. 30'000.-- geltend machen wollte. Auch im Anwendungsbereich der unbezifferten Forderungsklage muss die klagende Partei einen Mindeststreitwert als vorläufigen Streitwert angeben, nach dem sich dann die sachliche Zuständigkeit sowie das anwendbare Verfahren bestimmen (Art. 85 Abs. 1 ZPO; Füllemann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 85 N 2 und 3). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Bei der Bezifferung handelt es sich um eine Präzisierung des Rechtsbegehrens (BSK ZPO-Dorschner, Art. 85 N 12). Rechtsbegehren sind im Lichte der Klagebegründung auszulegen (BGE 137 III 617 E. 6.2. m.w.H.). Es ist deshalb von einem Mindeststreitwert auszugehen, der mit der Klagebegründung zu vereinbaren ist. Ist dies nicht gegeben, wird das Gericht im Rahmen seines Ermessens eine Korrektur vornehmen (BK ZPO-Markus, Art. 85 N 21).

b) Der Kläger hatte vor Vorinstanz geltend gemacht, dass die Klage aufgrund fehlender Informationen, welche das in Ziffer 1 gestellte Auskunfts- und Informationsbegehren (Urk. 1 S. 1 f.) notwendig gemacht hätten, logischerweise nicht habe beziffert werden können. Der Streitwert werde aber jedenfalls über Fr. 30'000.-- zu liegen kommen, womit das Kollegialgericht im ordentlichen Verfahren sachlich und funktional zuständig sei (Urk. 1 S. 8). Im Sinne von Art. 85 Abs. 1 ZPO, letzter Satz, gebe er daher einen Mindeststreitwert von Fr. 30'000.-- als vorläufigen Streitwert an. Er wies in diesem Zusammenhang nochmals ausdrücklich darauf hin, dass der Prozess im ordentlichen Verfahren zu führen sei (Urk. 1 S. 9). Der Kläger ging davon aus, dass die relevante Teilungsmasse unter Einrechnung eines Vorbezuges, diverser Zahlungen und einer Ausgleichsforderung von Fr. 405'000.-- sich auf ca. Fr. 553'616.66 belaufe (Urk. 1 S. 18). Sein An-

teil betrage 13/48 des Nachlasses (Urk. 1 S. 18), was ca. Fr. 150'000.-- entsprechen würde.

c) Im Kontext dieser Vorbringen des Klägers können seine Ausführungen nach Treu und Glauben nur dahingehend ausgelegt werden, dass er von einem klar über Fr. 30'000.-- liegenden Streitwert ausging. Nicht nur führte er – wie oben dargelegt – wörtlich aus, dass der Streitwert jedenfalls über Fr. 30'000.-- liege, sondern er wies auch mehrmals darauf hin, dass demzufolge das ordentliche Verfahren zur Anwendung gelange und das Kollegialgericht sachlich zuständig sei. Die Formulierung, wonach er aufgrund der gesetzlichen Vorschrift von Art. 85 Abs. 1 ZPO, letzter Satz, daher einen Mindestwert von Fr. 30'000.-- als vorläufigen Streitwert angegeben habe, kann deshalb nur dahingehend verstanden werden, als er damit zum Ausdruck bringen wollte, dass der Streitwert vorliegend jedenfalls höher sei, als dass das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangen könnte. Es kann daraus nicht geschlossen werden, dass der Kläger den Streitwert auf exakt Fr. 30'000.-- bezifferte, wie dies von der Vorinstanz angenommen wird (Urk. 10 S. 4). Demgemäss ist davon auszugehen, dass der Streitwert vorliegend jedenfalls mehr als Fr. 30'000.-- beträgt und somit das ordentliche Verfahren vor Kollegialgericht zur Anwendung kommt. Nur vermögensrechtliche Streitigkeiten mit einem Streitwert von weniger als oder genau Fr. 30'000.-- sind im vereinfachten Verfahren zu beurteilen (Art. 243 Abs. 1 ZPO). In Gutheissung der Berufung ist der vorinstanzliche Beschluss aufzuheben und das Verfahren zu dessen Fortsetzung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4. Nur der Vollständigkeit halber ist noch zu bemerken, dass die Befürchtung des Klägers, wonach er bei einem Nichteintretensentscheid zufolge Unzuständigkeit einen bleibenden Nachteil erleiden würde, indem er bei der Ausgleichung im Nachlass seines Vaters einen Verlust im ca. sechsstelligen Betrag tragen müsste, unbegründet ist (Urk. 9 S. 9 ff.). Beim Nichteintretensentscheid handelt es sich um einen Prozessentscheid (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Ein Prozessentscheid ist dann ein Endentscheid, wenn eine Prozessvoraussetzung (Art. 59 ZPO) fehlt und das Gericht deshalb einen Nichteintretensentscheid fällt, ohne dass es eine materielle Beurteilung des eingeklagten Anspruchs vornimmt (Steck/Brunner, DIKE-Komm-

ZPO, Art. 236 N 15). Ein Prozessentscheid hat bezüglich der Verneinung der entsprechenden Prozessvoraussetzung materielle Rechtskraft, nicht jedoch bezüglich des eingeklagten materiellen Anspruchs. Deshalb hat ein Nichteintretentscheid betreffend Zuständigkeit nur bezüglich der beurteilten Zuständigkeit, welche gemäss Art. 59 Abs. 1 und lit. b eine Prozessvoraussetzung ist, materielle Rechtskraft (Steck/Brunner, DIKE-Komm-ZPO, Art. 236 N 36 m. H.). Die betroffene Partei kann die Klage mit einem Streitwert in anderer Höhe jederzeit wieder einbringen.

IV.

1. Infolge Aufhebung des vorinstanzlichen Beschlusses vom 10. Juli 2023 sind für das erstinstanzliche Verfahren (noch) keine Kosten- und Entschädigungsfolgen zu regeln.

2.a) Die volle Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren – dessen Streitwert übersteigt Fr. 30'000.-- – bemisst sich auf Fr. 3'950.-- (§ 4 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV). Diese Gebühr kann unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles ermässigt oder um bis zu einem Drittel, in Ausnahmefällen um das Doppelte, erhöht werden. Da sich vorliegend sowohl der zeitliche Aufwand als auch die Schwierigkeit als nicht hoch erwiesen, rechtfertigt es sich, die Entscheidgebühr auf Fr. 2'000.-- zu bemessen.

b) Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO sind die Prozesskosten der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Ausgangsgemäss gilt der Kläger im Berufungsverfahren als obsiegende Partei. Da sich der Beklagte 3 mit dem vorinstanzlichen Beschluss nicht identifizierte und – wie der Kläger – den Antrag stellte, dass auf die erstinstanzliche Klage des Klägers einzutreten sei (Urk. 22 S. 2), ist er ebenfalls nicht als unterliegende Partei zu erachten und kann nicht mit Prozesskosten belastet werden (BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 106 N 5).

Die Beklagten 1 und 2 verzichteten im Berufungsverfahren auf die Einreichung einer Berufungsantwort und äusserten sich somit nicht zur Berufung des Klägers. Verzichtet die Gegenpartei auf eine Stellungnahme im Rechtsmittelver-

fahren, so verliert sie ihre Parteistellung nicht und kann bei Unterliegen kostenpflichtig werden (BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 106 N 5; Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 106 N 5; BGE 123 V 156 und BGE 123 V 159). In Anwendung von Art. 107 Abs. 2 ZPO kann nur anders entschieden werden, wenn der korrigierte erstinstanzliche Entscheid allein auf einen Fehler des Gerichts im Sinne einer eigentlichen Justizpanne zurückgeht und sich der Rechtsmittelbeklagte nicht mit diesem Entscheid identifiziert (Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 106 N 5; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 107 N 11; BGer 5A_87/2022 vom 2. November 2022, E. 4.4.1), was jedoch vorliegend nicht der Fall ist.

Demgemäss ist die Entscheidunggebühr für das Berufungsverfahren den Beklagten 1 und 2 je zur Hälfte (d.h. im Umfang von je Fr. 1'000.--) aufzuerlegen, unter solidarischer Haftung beider Beklagten für den ganzen Betrag (Art. 106 Abs. 3 ZPO). Diese Kosten sind mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'950.-- zu verrechnen. Die Beklagten 1 und 2 sind zu verpflichten, dem Kläger den Vorschuss im Umfang von Fr. 2'000.-- je zur Hälfte (Fr. 1'000.--), unter solidarischer Haftung beider Beklagten für den ganzen Betrag, zu ersetzen.

3. Die Beklagten 1 und 2 sind ausserdem zu verpflichten, dem Kläger eine Parteientschädigung für das Berufungsverfahren zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung bemisst sich auf Fr. 3'000.-- plus Fr. 231.-- (7,7% MwSt), also insgesamt Fr. 3'231.-- (§ 4 Abs. 1 und 2, § 11 Abs. 1, § 13 Abs. 1 AnwGebV). Die Beklagten haben diese je zur Hälfte, unter solidarischer Haftung beider Beklagten für den ganzen Betrag, an den Kläger zu bezahlen (Art. 106 Abs. 3 ZPO).

4. Der Beklagte 3 stellte für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ (Urk. 22 S. 3).

5. a) Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Die gesuchstellende Partei hat sowohl ihre Einkommens- als auch ihre Vermögensverhältnisse vollständig

darzulegen und soweit möglich zu belegen (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO). Legt eine Partei ihre finanzielle Situation nicht von sich aus schlüssig dar, obwohl sie um diese Obliegenheit weiss oder wissen muss, kann ihr Gesuch ohne vorgängige Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht abgewiesen werden (BGer 4D_69/2016 vom 28. November 2016, E. 5.4.3 m.w.H.). Für die unentgeltliche Rechtsverbeiständung bedarf es zusätzlich der sachlichen Notwendigkeit einer anwaltlichen Vertretung. Die Mittellosigkeit beurteilt sich nach dem Zeitpunkt der Gesuchseinreichung (BGer 5A_267/2013 vom 10. Juni 2013 E. 4.3). Im Rechtsmittelverfahren ist die unentgeltliche Rechtspflege neu zu beantragen und durch das Gericht zu prüfen (Art. 119 Abs. 5 ZPO).

b) Personen, die Sozialhilfe erhalten, gelten grundsätzlich als mittellos (*OGer ZH RU170071 vom 20.12.2017, E. 3.3.5*; vgl. aber BGer 5A_761/2014 vom 26. Februar 2015, E. 3.4.1 und BGE 125 IV 161 E. 4a). Zur Begründung seines Gesuchs brachte der Beklagte 3 vor, dass er mittellos sei und seit Januar 2022 fortwährend bis dato von der Sozialhilfe unterstützt werde. Er habe einen Notbedarf von rund Fr. 3'000.-- pro Monat. Seinen Erbanteil habe er am 12. Februar 2022 gegenüber den Sozialen Diensten der Stadt Zürich bis zur Höhe der Unterstützungsbeiträge abtreten müssen (Urk. 22 S. 5; Urk. 24/12). Er verfüge weder über Einkommen noch Vermögen im In- oder Ausland (Urk. 22 S. 5 ff.). Diese Vorbringen wurden durch entsprechende Dokumente belegt (Urk. 24/1-13).

Aufgrund dieser Belege kann ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass der Kläger mittellos ist. Da er zudem für das Berufungsverfahren auf einen Rechtsbeistand angewiesen ist, die Gegenpartei ebenfalls anwaltlich vertreten ist und seine Begehren nicht als zum vornherein aussichtslos erscheinen, ist dem Kläger für das Berufungsverfahren grundsätzlich die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihm in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

c) Da der Beklagte 3 ausgangsgemäss nicht mit Gerichtskosten belastet wird, ist sein Armenrechtsgesuch, soweit es die Gerichtskosten betrifft, infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben.

Es wird beschlossen:

1. Dem Beklagten 3 wird für das zweitinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

Der Beklagte wird auf die Nachzahlungspflicht im Sinne von Art. 123 ZPO hingewiesen.

2. Das Gesuch des Beklagten 3 um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das zweitinstanzliche Verfahren wird hinsichtlich der Gerichtskosten abgeschrieben.
3. Der Beschluss des Bezirksgerichtes Winterthur vom 10. Juli 2023 wird aufgehoben und das Verfahren zu dessen Fortsetzung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.-- festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Beklagten 1 und 2 je zur Hälfte auferlegt, unter solidarischer Haftung einer jeden für den ganzen Betrag, und mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Beklagten 1 und 2 werden verpflichtet, dem Kläger den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 2'000.-- je zur Hälfte zu ersetzen, unter solidarischer Haftung einer jeden für den ganzen Betrag.
6. Die Beklagten 1 und 2 werden verpflichtet, dem Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'231.-- je zur Hälfte, unter solidarischer Haftung einer jeden für den ganzen Betrag, zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger und die Beklagten 1 und 2 unter Beilage der Doppel der Urk. 22, 23 und 24/1-13, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

8. 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. 92 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 11. April 2024

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Chr. Arnold

versandt am:
Im