

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC140031-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. G. Ramer Jenny

Beschluss vom 10. Februar 2016

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt X. _____

gegen

Nachlass des **B.** _____ in konkursamtlicher Liquidation,
geboren tt. März 1927, von ... ZH, ... SG und ... ZH, gestorben tt.mm.2013,
zuletzt wohnhaft gewesen ... [Adresse],
Berufungsbeklagte

vertreten durch das Konkursamt Riesbach-Zürich

betreffend **Ehescheidung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 29. September 2014 (FE060299-F)

**Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes Horgen vom
29. September 2014 (Urk. 243 S. 12 f.):**

1. Das Verfahren betreffend Ehescheidung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Auf den Antrag der Gesuchstellerin vom 18. Dezember 2013, "die zu Lasten der Beklagten mit einer Sperre belegten Fr. 132'737.–" seien freizugeben, wird nicht eingetreten.
3. Auf den Antrag der Rechtsvertreterin des verstorbenen Gesuchstellers vom 23. Januar 2014, die bei der Coop Bank auf dem Konto Nr. ..., Rubrik .../U SPERRK liegende Sicherstellung über Fr. 132'737.– zuzüglich Zins seit Kontoeröffnung sei den Erben des Gesuchstellers B._____ auszuhändigen bzw. die geleistete Sicherheit sei an die mit der Erbschaftsverwaltung betraute Person oder Behörde, evtl. an das für die Nachlassliquidation zuständige Konkursamt, evtl. der Fachstelle Erwachsenenschutz Bezirk Meilen – je zuhanden der Erben des Gesuchstellers – zu überweisen, wird nicht eingetreten.
4. Die Entscheidegebühr wird auf Fr. 13'000.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, den Anteil des Gesuchstellers jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auf die Gerichtskasse genommen. Der Gesuchsteller wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
6. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
7. (Schriftliche Mitteilung)
8. (Rechtsmittel: Berufung und Beschwerde)

Berufungsanträge:

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (Urk. 242 S. 2):

- "1. Ziffer 2. der Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 29. September 2014 (Geschäfts-Nr. FE060299-F/U/Bru) sei aufzuheben und der als Sicherstellung bei der Bank Coop AG (Konto Nr. ... Rubrik .../U SPERRK, lautend auf A._____) hinterlegte Betrag von CHF 132'737.00 sei zuzüglich Zins seit Kontoeröffnung freizugeben.

Eventualiter sei den Berufungsbeklagten vom Gericht Frist zur Anhebung einer Klage/Rechtsvorkehr zur Prosequierung der bestehenden Sicherstellung anzusetzen mit der Folge der Freigabe der Sicherstellung im Falle des unbenutzten Ablaufs dieser Frist.

Subeventualiter sei Ziffer 2. der Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 29. September 2014 (Geschäfts-Nr. FE060299-F/U/Bru) aufzuheben und es sei die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen der Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2. a. Die Gerichtskosten des Scheidungsverfahrens vor erster Instanz seien den Berufungsbeklagten, eventuell dem Nachlass von B._____ zu zwei Dritteln zur Bezahlung aufzuerlegen.
- b. Die Gerichtskosten des oberinstanzlichen Verfahrens seien den Berufungsbeklagten, eventuell dem Nachlass von B._____ zur Bezahlung aufzuerlegen.
3. a. Die Berufungsbeklagten seien zu verurteilen, der Berufungsklägerin einen Drittel der im Verfahren vor erster Instanz entstandenen Parteikosten zu ersetzen, eventuell aus Mitteln des Nachlasses von B._____. Die Parteikosten der Berufungsklägerin im Scheidungsverfahren vor erster Instanz seien gerichtlich auf CHF 23'673.25 (Anwaltskosten der Berufungsklägerin vor erster Instanz inkl. Auslagen und MWSt.), ein Drittel somit ausmachend CHF 7'891.10, festzusetzen.
- b. Die Berufungsbeklagten seien zu verurteilen, die der Berufungsklägerin im Verfahren vor oberer Instanz entstehenden Parteikosten zu ersetzen, eventuell aus Mitteln des Nachlasses von B._____. Die Parteikosten vor oberer Instanz seien gestützt auf eine nachzureichende Honorar- und Kostennote des Unterzeichnenden gerichtlich zu bestimmen."

Prozessualer Antrag (Urk. 255 S. 2):

- "1. Es sei der Gesuchstellerin/Berufungsklägerin im Berufungsverfahren vor der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, Geschäfts-Nr. LC140031-O/Z, mit Wirkung ab Einreichung des vorliegenden Gesuchs die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Die Gesuchstellerin/Berufungsklägerin sei somit von der Leistung des Gerichtskostenvorschusses und einer allfälligen Tragung von Gerichtskosten im vorerwähnten Berufungsverfahren zu befreien.
2. Es sei der Gesuchstellerin/Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren vor der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, Geschäfts-Nr. LC140031-O/Z, mit Wirkung ab Redaktion und Einreichung des vorliegenden Gesuchs der unterzeichnende Rechtsanwalt X._____, Bern, als amtlicher Rechtsbeistand beizuordnen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

Erwägungen:

1.a) Das vorinstanzliche Verfahren betreffend Ehescheidung fand zwischen der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Berufungsklägerin) und B._____ statt. Dieser verstarb am tt.mm.2013 (Urk. 204). Mit Verfügung des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht, vom 29. September 2014 wurde das Verfahren betreffend Ehescheidung als gegenstandslos geworden abgeschrieben. Auf die Anträge betreffend Freigabe der durch die Berufungsklägerin geleisteten Sicherheit für allfällige güterrechtliche Ansprüche wurde nicht eingetreten (Urk. 243 S. 12 Dispositivziffern 2 und 3, vgl. vorstehend).

b) Dagegen erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 3. November 2014 Berufung, welche sie gegen die Erben des B._____ richtete (Urk. 242). Mit Verfügung vom 2. Dezember 2014 wurde die Berufungsklägerin zur Leistung eines Kostenvorschusses sowie zur Einreichung eines Erbscheins der Erben des B._____ aufgefordert (Urk. 251), worauf die Berufungsklägerin innert erstreckter Frist ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege stellte (Urk. 255). In der Folge wurde die Erbschaft des B._____ von sämtlichen Erben ausgeschlagen, und es wurde über sie der Konkurs eröffnet (Amtsblatt des Kantons Zürich, Ausgabe Nr. ... vom tt.mm.2015). Mit Verfügung der Kammer vom 13. März 2015 wurde von der Konkursöffnung Vormerk genommen und das Konkursamt Riesbach-Zürich ersucht, innert zwanzig Tagen von der Auflage des Kollokationsplanes an der Kammer mitzuteilen, ob der Prozess von der Masse oder einzelnen Gläubigern fortgesetzt werde. Bis zum Ablauf dieser Frist wurde das Verfahren sistiert. Die gerichtlichen Abschreibungskosten im voraussichtlichen Betrag von Fr. 5'000.– wurden für den Fall der Nichtfortsetzung des Prozesses vorsorglich zur Kollokation angemeldet (Urk. 258 S. 3 f.).

2.a) Mit Schreiben vom 8. Januar 2015 (recte: 2016), beim Obergericht eingegangen am 12. Januar 2016, teilte das Konkursamt Riesbach-Zürich der beschliessenden Kammer mit, dass die Mehrheit der Gläubiger mit Zirkulationsbeschluss vom 4. Dezember 2015 auf die Fortführung des Prozesses verzichtet und kein Gläubiger die Abtretung des Rechtsanspruches im Sinne von Art. 260 SchKG verlangt habe (Urk. 259).

b) Der Verzicht zur Fortführung des Prozesses durch die Masse und einzelne Konkursgläubiger führt bei Passivprozessen zur Anerkennung der Klage und Beendigung des Prozesses mit Rechtskraftwirkung gegenüber der Masse (Art. 63 Abs. 2 KOV, vgl. BSK SchKG II-Wohlfart/Meyer, N 22 zu Art. 207 SchKG).

Das Berufungsverfahren ist demzufolge wieder aufzunehmen und aufgrund der Anerkennung des streitigen Anspruchs durch den Berufungsbeklagten als erledigt abzuschreiben, unter antragsgemässer Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen. Die Berufungsklägerin ist demgemäss berechtigt zu erklären, über den als Sicherstellung bei der Bank Coop AG (Konto Nr. ..., Rubrik .../U SPERRK, lautend auf A._____) hinterlegten Betrag von CHF 132'737.00 zuzüglich Zins seit Kontoeröffnung (Urk. 242 S. 2, Rechtsbegehren Ziff. 1) zu verfügen (Urk. 73/12, Urk. 245/3 S. 34).

3.a) Ausgangsgemäss wird der Berufungsbeklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens sind in Anwendung von § 12 in Verbindung mit § 6 und § 5 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 5'000.– festzusetzen und dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen. Eine vorsorgliche Anmeldung zur Kollokation erfolgte mit Verfügung vom 13. März 2015 (Dispositiv-Ziffer 4, Urk. 258 S. 4). Ferner ist der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'700.– zu bezahlen (§ 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 6 i.V.m. § 5 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

b) Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens sind antragsgemäss zu zwei Dritteln dem Berufungsbeklagten und zu einem Drittel der Berufungsklägerin aufzuerlegen. Der dem Berufungsbeklagten auferlegte Teil ist jedoch zufolge der B._____ für das erstinstanzliche Verfahren gewährten unentgeltlichen Rechtspflege auf die Gerichtskasse zu nehmen. Sodann ist der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin für das erstinstanzliche Verfahren antragsgemäss eine Parteientschädigung von Fr. 7'891.10 zu bezahlen.

4.a) Die Berufungsklägerin hat für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt (Urk. 255). Aufgrund ihres Ob-siegens ist ihr Gesuch hinsichtlich der Befreiung von den Gerichtskosten gegenstandslos geworden und entsprechend abzuschreiben.

b) Die ihr zugesprochene Parteientschädigung ist voraussichtlich uneinbringlich. Für einen allfälligen Anspruch auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes ist zu beachten, dass das entsprechende Gesuch erst mit Eingabe vom 9. Januar 2015 gestellt wurde (Urk. 255), weshalb für die Berufungsschrift vom 3. November 2014 (Urk. 242) anerkanntermassen (Urk. 255 S. 2) keine Entschädigung durch den Staat erfolgen kann. Weiterer entschädigungspflichtiger Aufwand ist der Berufungsklägerin - abgesehen von der Begründung des Armenrechtsgesuchs - nicht angefallen.

Sodann fehlt es an einer glaubhaft gemachten Mittellosigkeit der Berufungsklägerin. Aufgrund des Prozessausgangs wird sie nunmehr über den sichergestellten Betrag in Höhe von Fr. 132'737.- zuzüglich Zins verfügen können. Zwar macht sie geltend, es handle sich dabei um ein Darlehen von C._____, ihrem Sohn und dem Erwerber ihrer Liegenschaft ... [Adresse] (Urk. 242 S. 6, Urk. 245/4, Urk. 140/1). Ob, in welchem Umfang und wann eine Rückzahlung des Darlehens zu erfolgen habe, wurde von der Berufungsklägerin jedoch weder behauptet noch belegt (Urk. 255).

Schliesslich ist die Mittellosigkeit der Berufungsklägerin aus folgenden Überlegungen zu verneinen: Nachdem aufgrund der von ihr hinterlegten Sicherheitsleistung die Verfügungsbeschränkung über die Liegenschaft ... aufgehoben worden war (Urk. 104/1), veräusserte sie die Liegenschaft am 6. August 2009 an ihren Sohn, wobei der Verkaufspreis von Fr. 2.6 Mio. im Umfang von Fr. 1.3 Mio. durch Übernahme der Schuldbriefe und im Umfang von Fr. 1.3 Mio. durch Verrechnung mit angeblichen Darlehensschulden getilgt wurde (Urk. 140/1). Bereits im Jahre 1996 betrug der Kaufpreis der Liegenschaft Fr. 2'587'370.00 (Urk. 100 S. 7, Urk. 139 S. 2). Es ist gerichtsnotorisch, dass eine Liegenschaft in Thalwil an bester Lage mit Seesicht nach 13 Jahren eine erhebliche Wertsteigerung erfahren hat, weshalb ihre Veräusserung als gemischte Schenkung zu qualifizieren ist (vgl. auch Urk. 125 S. 3). Folglich hat die Berufungsklägerin während laufendem Prozess unentgeltlich Vermögenswerte veräussert, die ihr nun für die Prozessfinanzierung fehlen. Dadurch hat sie ihre Mittellosigkeit selbst herbeigeführt, weshalb ihr auch aus diesem Grund die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes zu verweigern ist (Bühler, Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, N 66 der Vorbem. zu Art. 117-123 ZPO mit Verweis auf die Rechtsprechung).

Es wird beschlossen:

1. Das Verfahren wird wieder aufgenommen.
2. a) Das Verfahren wird als erledigt abgeschlossen.
b) Demgemäss wird die Berufungsklägerin berechtigt erklärt, über den als Sicherstellung bei der Bank Coop AG (Konto Nr. ..., Rubrik .../U SPERRK, lautend auf A._____) hinterlegten Betrag von CHF 132'737.00 zuzüglich Zins seit Kontoeröffnung zu verfügen.

3. Das Gesuch der Berufungsklägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im zweitinstanzlichen Verfahren wird hinsichtlich der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes abgewiesen und hinsichtlich der Befreiung von den Gerichtskosten zufolge Gegenstandslosigkeit erledigt beschrieben.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 5'000.–.
5. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Berufungsbeklagten auferlegt. Die Anmeldung zur Kollokation ist erfolgt.
6. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'700.– zu bezahlen.
7. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens von Fr. 13'000.– werden zu einem Drittel der Berufungsklägerin, zu zwei Dritteln dem Berufungsbeklagten auferlegt. Der Anteil des Berufungsbeklagten wird zufolge Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege an B. _____ auf die Gerichtskasse genommen.
8. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 7'891.10 (inkl. MwSt) zu bezahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vorinstanz und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

10. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. 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. 132'737.-.

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

Zürich, 10. Februar 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. G. Ramer Jenny

versandt am:
kt