

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr. LN100062-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, lic. iur. M. Spahn und  
Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Reuss Valentini

## **Beschluss vom 1. Oktober 2011**

in Sachen

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

Beklagter und Rekurrent

vertreten durch Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_

gegen

1) **B.**\_\_\_\_\_ AG,

2) **C.**\_\_\_\_\_,

3) **D.**\_\_\_\_\_,

Kläger und Rekursgegnerinnen

1, 2, 3 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ und/oder

Rechtsanwalt lic. iur. Z.\_\_\_\_\_

betreffend **unentgeltliche Prozessführung/unentgeltliche Rechtsvertretung**

**Rekurs gegen einen Beschluss des Bezirksgerichts Uster vom  
15. November 2010 (CG100018)**

**Erwägungen:**

**I.**

1. Mit Eingabe vom 10. März 2010 und nachgereichter Weisung des Friedensrichteramtes E.\_\_\_\_\_ vom 15. Dezember 2009 (Urk. 8/1, 9) machten die Kläger und Rekursgegner (fortan Kläger) beim Bezirksgericht Uster ihre Klage rechtshängig, wonach der Beklagte und Rekurrent (fortan Beklagter) zu verpflichten sei, der Konkursverwaltung der F.\_\_\_\_\_ AG Fr. 40'000.– zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 22. November 2007 zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten (Urk. 8/1 S. 2). Am 16. Juni 2010 reichte der Beklagte fristgerecht seine Klageantwort vom 15. Juni 2010 ein, worin er die vollumfängliche Klageabweisung beantragen liess (Urk. 8/16 S. 2). Gleichzeitig und mit gleichem Datum stellte er ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Bewilligung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters (Urk. 8/19). Unterm 2. Juli 2010 liessen die Kläger rechtzeitig auf Abweisung des beklagtischen Armenrechtsgesuchs antragen (Urk. 8/23). Mit Zuschrift vom 5. Juli 2010 ergänzten die Kläger ihre Stellungnahme zum Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 8/26). Anlässlich der auf den 2. November 2010 anberaumten Vergleichsverhandlung konnte keine Einigung zwischen den Parteien erzielt werden (Urk. 8/28; Prot. I S. 8). Gemäss Beschluss vom 15. November 2010 wies das Bezirksgericht Uster in der Folge das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung ab (Urk. 3).

2. Dagegen liess der Beklagte mittels Eingabe vom 29. November 2010 rechtzeitig (Urk. 8/35) Rekurs erheben und folgende Rechtsbegehren stellen (Urk. 2 S. 2):

- "1. Dispositiv Ziff. 1 des Beschlusses des Bezirksgerichts Uster vom 15. November 2010 sei aufzuheben, und es sei dem Gesuchsteller/Rekurrenten für das hängige Zivilverfahren (Geschäfts-Nr. CG100018/Ke/Z02/em/sb) das Recht zur unentgeltlichen Prozessführung zu erteilen, unter Beiordnung des Unterzeichnenden als unentgeltlicher Rechtsvertreter.

2. Eventualiter: Dispositiv Ziff. 1 des Beschlusses des Bezirksgerichts Uster vom 15. November 2010 sei aufzuheben, und es sei die Sache zur Prüfung der Mittellosigkeit des Gesuchstellers/Rekurrenten an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

Innert erstreckter Frist (Urk. 6, 9 S. 2) erstatteten die Kläger schliesslich rechtzeitig ihre Rekursantwort vom 24. Januar 2011, worin sie folgende Rechtsbegehren stellten (Urk. 10 S. 2):

- "1. Der Rekurs des Rekurrenten sei abzuweisen.
2. Eventualiter: Es sei das Gesuch des Rekurrenten zur erneuten Entscheidung an das Bezirksgericht Uster zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten des Rekurrenten."

Die Rekursantwort wurde dem Beklagten zur Kenntnis gebracht (Urk. 14). Innert Frist (Urk. 14; § 140 Abs. 2 GVG/ZH) ging keine Stellungnahme seitens des Beklagten zu den neuen Vorbringen und Unterlagen der Rekursantwort ein, weshalb androhungsgemäss das Verfahren ohne Stellungnahme fortgesetzt bzw. entschieden wird.

Unterm 3. Dezember 2010 verzichtete die erste Instanz auf Vernehmlassung (Urk. 7).

## II.

1. Da der Rekurs am 1. Dezember 2010 erhoben wurde (Urk. 2 S. 1), gilt für das vorliegende Verfahren gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Damit sind für das Verfahren vor Obergericht weiterhin die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH anzuwenden.

2.1. Die Vorinstanz hat die rechtlichen Voraussetzung für die Gewährung des Armenrechts (Mittellosigkeit und fehlende Aussichtslosigkeit) zutreffend dargelegt (Urk. 3 S. 3 f.). Aufgrund vorwiegend rechtlicher Überlegungen erachtete sie die Prozessaussichten des Beklagten im vorliegenden paulianischen Anfechtungsprozess gemäss Art. 288 SchKG für beträchtlich geringer als die Verlustgefahren und wies sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege dementsprechend mangels ernsthafter Erfolgsaussichten seines Prozessstandpunktes ab, ohne die Frage der Mittellosigkeit zu klären (Urk. 3 S. 16).

2.2. a) Zunächst sind die Prozessaussichten zu prüfen. In tatsächlicher Hinsicht steht fest, dass der Beklagte seit der Gründung im Oktober 2003 Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer der mittlerweile konkursiten F.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend F.\_\_\_\_\_) war. Am 22. November 2007 wurde über diese Firma der Konkurs eröffnet, wobei das Konkursverfahren im Oktober 2008 geschlossen wurde. Noch vor Konkurseröffnung hatte sich der Beklagte zwei Honorarzahlungen für vergangene Geschäftsperioden auszahlen lassen, nämlich Fr. 25'000.– am 11. Mai 2007 für die Geschäftsjahre 2006/2007 und Fr. 15'000.– am 25. Juni 2007 für die Geschäftsjahre 2005/2006 (Urk. 8/5/6, 8, 9; Urk. 8/1 S. 3 f.; Urk. 8/16 S. 3; Urk. 8/1 S. 4; Urk. 8/5/18, 19, 20; Urk. 8/16 S. 4; Urk. 8/5/23, 24; Urk. 8/16 S. 4; Urk. 3 S. 4; Urk. 2 S. 4). Strittig ist, ob diese beiden Zahlungen rechtlich den Tatbestand der Absichtsanfechtung im Sinne von Art. 288 SchKG erfüllen. Danach sind alle Rechtshandlungen anfechtbar, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Konkurseröffnung in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen.

Vorab ist festzuhalten, dass das Anfechtungsrecht vorliegend nicht verwirkt wurde, nachdem die Klägerschaft das Sühnverfahren am 16. November 2009 und damit vor Ablauf von zwei Jahren seit der Konkurseröffnung am 22. November 2007 eingeleitet hatte (Art. 292 Ziff. 2 SchKG; Urk. 8/9). Fest steht sodann, dass die kritisierten Honorarzahlungen in die relevante fünfjährige Zeitperiode vor Konkurseröffnung fallen (Urk. 3 S. 5). Aktiv- und Passivlegitimation (Art. 285 Abs. 2

Ziff. 2 i.V.m. Art. 260 SchKG; Art. 291 SchKG) sind nicht umstritten und erscheinen gegeben (vgl. insbes. Urk. 8/5/17; Art. 285 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG i.V.m. Art. 260 SchKG; Art. 290 SchKG). Eben so wenig die Zuständigkeit am Wohnsitz des Beklagten (Art. 289 SchKG; Urk. 8/16 S. 2).

Betreffend die Gläubigerschädigung und anfechtbaren Rechtshandlungen sei vorweg - um unnötigen Wiederholungen vorzubeugen - grundsätzlich auf die rechtlichen Überlegungen und Zitate im angefochtenen Entscheid verwiesen (Urk. 3 S. 5-12). Zur Verdeutlichung ist festzuhalten, dass eine Gläubigerschädigung insbesondere dann vorliegt, wenn einzelne Gläubiger zum Nachteil der anderen begünstigt werden. Sonderfälle von anfechtbaren Rechtshandlungen sind die Tilgung fälliger Schulden und die Veräusserung mit einer gleichwertigen Gegenleistung. Die Tilgung fälliger Schulden durch übliche Zahlungsmittel, namentlich durch Barzahlung, Check oder Bankanweisung, führt im allgemeinen objektiv zu einer Schädigung der anderen Gläubiger, wenn der Schuldner infolge seiner angespannten finanziellen Lage ausserstande ist, auch seine anderen Verpflichtungen im Zeitpunkt des Eintritts ihrer Fälligkeit zu tilgen, und ist bei Vorliegen der subjektiven Erfordernisse anfechtbar. Insoweit ist der Schuldner zur Vermeidung der Anfechtung im allgemeinen verpflichtet, seine Gläubiger, sofern ihnen nicht ein Konkursprivileg oder ein dingliches Vorrecht zusteht, gleichmässig zu befriedigen. Erlaubt ist hingegen die vollumfängliche Bezahlung einer gemäss Art. 219 SchKG in der 1. Klasse privilegierten fälligen Lohnforderung, da die Gläubiger der 3. Klasse die Privilegierung der Lohngläubiger auch im Konkurs des Schuldners dulden müssten (SchKG-Staehelin, Art. 288 N 9; Urk. 3 S. 6 f. mit Hinweisen; nicht eindeutig für die Berücksichtigung von Privilegien allerdings Walder/Kull/Kottmann, SchKG, 4. A., 1997/99, Art. 288 N 8 und 12, wonach es nebensächlich sei, ob der begünstigte Gläubiger ein Konkursprivileg geltend machen könnte oder nicht. Dass eine Anfechtung prinzipiell immer dann wegen Mangels der Benachteiligung ausgeschlossen werden könne, wenn der begünstigte Gläubiger privilegiert sei und auch ohne die Begünstigung volle Befriedigung erhalten hätte, könne jedenfalls für die Anfechtung ausser Konkurs nicht ohne

weiteres angenommen werden; es sei durchaus möglich, dass das Privilegium untergehe oder noch im Konkurs verwirkt werden könne).

Wie bereits vor Vorinstanz hält der Beklagte auch im Rekursverfahren an seiner Auffassung fest, die Tilgung der fälligen Honoraransprüche sei erlaubt gewesen, weil dies Gegenforderungen seien, welche er vor oder im Konkurs der F.\_\_\_\_\_ mit den Darlehensrückforderungen der Gemeinschuldnerin hätte verrechnen können (Urk. 2 S. 6 ff.).

Die Vorinstanz erwog, die vom Beklagten vorgebrachte Begründung, die Honorarforderungen aus seiner Tätigkeit als Verwaltungsrat bei der F.\_\_\_\_\_ müssten gleich wie die Forderungen der Arbeitnehmer in der 1. Klasse gegenüber denjenigen der 3. Klasse privilegiert werden, weil es sich um die Tilgung einer verrechenbaren Forderung handle, welche vor oder im Konkurs der Schuldnerin hätte zur Verrechnung gestellt werden können, vermische hier zwei unterschiedliche Situationen. Einerseits könnte eine Forderung dann als fällige Schuld getilgt werden, wenn es sich um eine privilegierte Forderung handeln würde, welche die anderen Gläubiger auch im Konkursverfahren zu dulden hätten. Die Variante der Verrechnung basiere jedoch nicht auf der Voraussetzung einer privilegierten Forderung, sondern auf den allgemeinen Voraussetzungen der Verrechnung gemäss Art. 120 OR sowie der Spezialregelung gemäss Art. 213 und 214 SchKG (Urk. 3 S. 7). Ob die materiellen Voraussetzungen der Verrechnung gemäss Art. 120 OR gegeben gewesen seien, sei im jetzigen Verfahrensstadium nicht abschliessend zu prüfen. Weil der Beklagte, wie er selber einräume, zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung am 22. November 2007 bereits sämtliche Privatarlehen der F.\_\_\_\_\_ zurückbezahlt habe, mithin die Verrechnung gar nicht erst erklärt habe, stehe eine solche heute auch nicht mehr zur Diskussion. Im Übrigen stellte auch die Verrechnungserklärung eine anfechtbare Handlung dar. Voraussetzung für die Privilegierung gemäss Art. 213 SchKG sei, dass der (zur Verrechnung berechnigte Gläubiger) im Zeitpunkt der Konkurseröffnung auch gleichzeitig Schuldner sei, was beim Beklagten, wie erwähnt, eben gerade nicht mehr der Fall gewesen sei, zumal er nur noch Gläubiger für seine noch ausstehenden Honorarforderungen

gewesen sei. Eine Verrechnung im Konkurs stehe daher heute nicht mehr zur Diskussion, umso mehr, als das Konkursverfahren abgeschlossen sei und der Beklagte auf eine Verrechnung verzichtet habe (Urk. 3 S. 10-12).

Der Beklagte meint, die Gläubiger hätten seine Privilegierung (Befriedigung durch Verrechnung) auch im Konkurs des Gemeinschuldners dulden müssen (Urk. 2 S. 6; Urk. 8/16 S. 5 ff.). Was die Vorinstanz ausführe (Urk. 3 S. 7), überzeuge nicht. Insbesondere scheine sie zu verkennen, dass es in den Privilegierungsfällen (Erstklassforderungen, pfandgesicherte Forderungen) immer um die (hypothetische) Frage gehe, ob sich bei unterbliebener Bezahlung der fälligen Forderung das Vollstreckungssubstrat, welches zur Deckung von nicht privilegierten Forderungen hätte herangezogen werden sollen, anders präsentiert hätte. Sei diese Frage zu verneinen, weil die Gläubiger der dritten Klasse die Privilegierung des Pfandgläubigers, des Erstklassgläubigers oder des Verrechnungsgläubigers auch im Konkurs des Schuldners hätten dulden müssen, sei eine Gläubigerschädigung zu verneinen, und um einen solchen Fall drehe es sich hier. Es genüge, dass der Beklagte im Zeitpunkt der Auszahlung der beiden Honorare über ein Verrechnungsrecht verfügt habe, um eine Gläubigerschädigung zu verneinen (Urk. 2 S. 7 f.).

Die Klägerschaft hält demgegenüber dafür, wegen der erfolgten Rückzahlung der Darlehen hätte eine Verrechnungserklärung nicht mehr abgegeben werden können und sei vom Beklagten auch nicht abgegeben worden und heute sei eine solche Erklärung denn auch nicht mehr möglich, da das Konkursverfahren abgeschlossen sei. Der freiwillige Verzicht des Beklagten auf sein Verrechnungsrecht könne nicht mehr rückgängig gemacht werden. Eine Privilegierung, welche eine Gläubigerschädigung ausschliessen könnte, könne daraus nicht hergeleitet werden. Die Gläubigerschädigung entfalle nicht wegen der angeblichen Verrechnungsmöglichkeit des Beklagten, zumal das Vollstreckungssubstrat sehr wohl um Fr. 40'000.– grösser gewesen wäre, wenn der Beklagte im Mai und im Juni 2007 sich nicht noch prioritär bezahlt hätte. Weil er, wie er selber zugegeben habe, im

Zeitpunkt des Konkurses auch die aufgeführten Darlehen zurückbezahlt habe, habe er nicht mehr verrechnen können (Urk. 10 S. 5).

Bei einer Darlehensrückzahlung (durch den Gemeinschuldner) tritt keine Gläubigerschädigung ein, wenn der befriedigte Darleiher gegenüber der Schuldnergesellschaft eine werthaltige Sicherheit oder ein Verrechnungsrecht hatte (Urk. 2 S. 8 mit Hinweis auf Glanzmann, Sanierungsdarlehen, in: ZBJV 2010, S. 268). Gleiches hat vorliegend zu gelten. Der Beklagte war einerseits Gläubiger der beiden Honorarforderungen über Fr. 40'000.–, gleichzeitig schuldete er der F.\_\_\_\_\_ aber die Rückzahlung von Privatarlehen im Umfang von insgesamt Fr. 192'000.– (Urk. 2 S. 5; Urk. 11 S. 5; Urk. 8/16 S. 5). Es standen sich mithin gleichartige und gegenseitige Forderungen gegenüber. Entgegen dem Wortlaut von Art. 120 Abs. 1 OR genügt es, wenn die Gegenforderung fällig ist; die Hauptforderung muss nur erfüllbar sein (BSK, OR-Peter, Art. 120 N 4). Die beiden Honorarforderungen betrafen vergangene Geschäftsperioden und waren daher fällig. Etwas anderes wird weder behauptet, noch ist solches aufgrund der vorliegenden Aktenlage ersichtlich. Wie es sich mit der Fälligkeit der diversen zwischen dem 20. März 2007 und 17. September 2007 zurückbezahlten Privatarlehen (Urk. 2 S. 5; Urk. 8/16; Urk. 8/18/2-7) verhält, braucht nach dem Gesagten nicht geklärt zu werden, jedenfalls ist - zumindest im Rahmen der vorliegenden summarischen Prüfung der Prozessaussichten - mangels anderer Anhaltspunkte davon auszugehen, dass sie erfüllbar waren (Art. 81 OR). Und zwar waren am 11. Mai 2007 noch Fr. 67'000.– und am 25. Juni 2007 noch Fr. 17'000.– zur Rückzahlung offen (Urk. 16 S. 5, Urk. 18/2-7). Der Beklagte hatte mithin, als er als Organ der F.\_\_\_\_\_ die beiden Honorarzahlungen an sich veranlasste, nämlich am 11. Mai und 25. Juni 2007, ein Verrechnungsrecht und damit ein Privileg. Ob er von diesem Recht nun tatsächlich Gebrauch machte oder nicht, kann keine Rolle spielen, da die übrigen Gläubiger und insbesondere die Klägerschaft ohnehin und insbesondere sogar im Konkurs (vgl. Art. 213 Abs. 1 SchKG) die Verrechnung mit der Gegenforderung des Beklagten über Fr. 40'000.– hätten dulden müssen. Das Vermögenssubstrat der F.\_\_\_\_\_ wäre so oder anders um Fr. 40'000.– vermindert worden, ob der Beklagte sich nun den Betrag von Fr. 40'000.–, wie geschehen, überweisen liess oder



indem er der F. \_\_\_\_\_ statt insgesamt Fr. 192'000.– eben lediglich Fr. 152'000.– Privatdarlehen zurückbezahlt und mit den restlichen Fr. 40'000.– Verrechnung erklärt hätte. Massgeblich ist, dass der Beklagte ein Verrechnungsrecht hatte. Diese Verrechnungslage bestand von Anfang an. Die Honorarforderungen wurden insbesondere nicht vor der Konkureröffnung, aber in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit der Konkursitin erworben, weshalb die Verrechnung auch nicht anfechtbar gewesen wäre (Art. 214 SchKG). Im Sinne von Art. 288 SchKG wäre die Verrechnungserklärung überdies nicht anfechtbar gewesen, weil sie nicht ein vom Schuldner vorgenommenes Rechtsgeschäft darstellt und gestützt auf Art. 285 ff. SchKG nur Handlungen des Schuldners angefochten werden können (SchKG-Staehelin, Art. 288 N 8).

Der Beklagte hätte, wie gesehen, auch im Zeitpunkt der Konkureröffnung verrechnen können, wären die Darlehensforderungen damals noch nicht zurückbezahlt gewesen (Art. 213 Abs. 1 SchKG). Dieser Fall eines bestehenden Verrechnungsrechts kann nach dem Gesagten jenem der Privilegierung mit Erstklass- und pfandgesicherten Forderungen gleich gesetzt werden, weil sich auch hier der Gläubiger nicht bloss mit der Konkursdividende zufrieden geben muss, sondern kraft Verrechnung volle Deckung erhält.

Vor diesem Hintergrund präsentiert sich der Prozessstandpunkt des Beklagten nicht als aussichtslos, zumal die Verneinung einer Gläubigerschädigung mit Blick auf das im Zeitpunkt der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlungen bestehende Verrechnungsrecht, welches aufgrund einer summarischen Prüfung als erfüllt zu betrachten ist, in Analogie zur Befürwortung der Berücksichtigung der Konkursprivilegien gemäss Art. 219 SchKG nahe liegt. Ob der Beklagte von seinem Verrechnungsrecht Gebrauch machte oder, wie vorliegend, darauf verzichtete, kann nach dieser Meinung keine Rolle spielen. Die übrigen Gläubiger mussten vorliegend die Vorwegbefriedigung des Beklagten dulden, weil die hypothetische Möglichkeit der Verrechnung im Zeitpunkt der Überweisung der Fr. 40'000.– entscheidend ist. Der Beklagte soll nicht dafür bestraft werden, dass er mit der Rückzahlung der Privatdarlehen nicht bis zur Konkureröffnung, welche er dadurch ge-

rade verzögern oder gar verhindern wollte, zuwartete, um damit seine Verrechnungsmöglichkeit aufrecht zu erhalten. Solches wäre sinnwidrig. Im Übrigen wäre auch subjektiv nicht von einer Schädigungsabsicht auszugehen, wenn der Beklagte (als Organ der F.\_\_\_\_\_) sich, im Wissen um sein Verrechnungsrecht, die beiden Honorarzahlungen überwies und der Gesellschaft im gleichen Zeitraum diese bei weitem übersteigende Darlehensrückzahlungen zukommen liess. Eine Gläubigerschädigung nahm er damit gerade nicht in Kauf.

Wie es um die Vermögenslage der F.\_\_\_\_\_ im Zeitraum der Auszahlung der beiden Honorare stand bzw. ob realistische Sanierungsaussichten bestanden, braucht vor diesem Hintergrund nicht geprüft zu werden.

b) Da sich die Prozessaussichten des Beklagten - entgegen der Vorinstanz - nicht als aussichtslos präsentieren, stellt sich die Frage nach der Mittellosigkeit des Beklagten, welche die erste Instanz ausdrücklich offen liess (Urk. 3 S. 16). Vor Vorinstanz begründete der Beklagte sein Armenrechtsgesuch diesbezüglich bloss unter Hinweis auf die definitive Pfändung seines Miteigentumsanteils an seinem Wohngrundstück in G.\_\_\_\_\_ für eine Forderung von Fr. 152'118.80. Seine Bedürftigkeit ergebe sich abschliessend aus der Reihenfolge der Pfändung im Sinne von Art. 95 SchKG. Weil nur unbewegliches Vermögen habe gepfändet werden können, sei seine Prozessarmut daher ausgewiesen, und es könne angesichts der Offenkundigkeit der Bedürftigkeit auf eine detaillierte Gegenüberstellung der verfügbaren Mittel und Auslagen verzichtet werden (Urk. 8/19 S. 3 f.). Demgegenüber wies die Klägerschaft im erstinstanzlichen Verfahren darauf hin, der Beklagte habe seinen finanziellen Verhältnisse umfassend darzulegen. Ergänzend reichte sie einen Auszug betreffend den - bisher vom Beklagten verschwiegenen - Stockwerkeigentumsanteil an einer Wohnung im H.\_\_\_\_\_ ein (Urk. 8/23, 26 und 27).

Gemäss der im Rekursverfahren neu beigebrachten Pfändungsurkunde des Betreibungsamtes I.\_\_\_\_\_ vom 20. Mai 2010 wurde - entgegen den Ausführungen des Beklagten (Urk. 2 S. 11) - bis zum 20. Mai 2011 eine Einkommenspfändung angeordnet, obschon das gemeinschaftliche Existenzminimum der Ehegat-

ten A.\_\_\_\_\_ (Fr. 5'658.–) das gemeinschaftliche Nettoeinkommen (Fr. 4'600.–, zur Zeit der Anordnung) überstieg, und der Beklagte wurde verpflichtet, quartalsweise dem Betreibungsamt eine Abrechnung über die erzielten Einkünfte vorzulegen und den gepfändeten (vom Betreibungsamt festzustellenden) Betrag abzuliefern (Urk. 10 S. 7; Urk. 5/3). Die Miteigentumsanteile des Beklagten an seinem Wohngrundstück in G.\_\_\_\_\_ (Liegenschaft ...strasse ...) sowie an der, vor Vorinstanz noch verschwiegenen (vgl. Urk. 8/19, 20/1-3; Urk. 8/26, 27), Stockwerkeigentumswohnung in J.\_\_\_\_\_ im H.\_\_\_\_\_ (2 ½-Zimmerwohnung in der Liegenschaft K.\_\_\_\_\_) wurden definitiv gepfändet, wobei dieses pfändbare Vermögen ungenügend erschien (Urk. 5/3; Urk. 2 S. 11). Zwar gab der Beklagte in seiner Rekurschrift vom 29. November 2010 an, die bei ihm am 1. November 2010 durchgeführte Nachpfändung sei fruchtlos verlaufen (Urk. 2 S. 11; Urk. 5/4). Der seitens der Klägerschaft eingereichten Pfändungsurkunde vom 16. Dezember 2010 lässt sich allerdings entnehmen, dass ein Personenwagen ... zum Schätzwert von Fr. 5'000.– gepfändet werden konnte (Urk. 12/6). Betreffend die offenbar mit Schreiben des Betreibungsamtes vom 24. November 2010 bei der L.\_\_\_\_\_ AG eingeforderten Aktienzertifikate (200 Namenaktien à Fr. 500.– [zu 50 % liberriert] der M.\_\_\_\_\_ AG, ... N.\_\_\_\_\_, und 1'000 Inhaberaktien à Fr. 100.– O.\_\_\_\_\_ AG, ... N.\_\_\_\_\_) habe der Beklagte erklärt, der wirtschaftlich Berechtigte, dessen Namen er derzeit nicht bekannt geben wolle, habe die Titel in seiner Verwahrung und werde sich noch beim Betreibungsamt melden. Weil auch unter Zuhilfenahme des Betreibungsamtes P.\_\_\_\_\_ nicht geklärt werden konnte, wo die Aktienzertifikate liegen, musste das Betreibungsamt auf deren Einpfändung indes einstweilen verzichten (Urk. 12/6; Urk. 10 S. 7).

Die Kläger bringen, teilweise wie schon vor Vorinstanz (Urk. 8/23 S. 5; Urk. 8/24/2, 3) vor, der Beklagte fungiere weiterhin in zwölf Gesellschaften als Verwaltungsratspräsident oder einziges Verwaltungsratsmitglied und es sei anzunehmen, dass er aus dieser Tätigkeit ein ansehnliches Einkommen generiere. Ausserdem sei er in zumindest einer weiteren Gesellschaft tätig (Q.\_\_\_\_\_ AG), die kürzlich in die Schlagzeilen geraten sei (Urk. 10 S. 8; Urk. 12/7-9).

Auf die Frage, wie hoch seine Honorare für seine diversen Verwaltungsratsmandate seien, gab der Beklagte beim Betreibungsamt zu Protokoll, er verfüge über Einkünfte (Honorare), welche in "seiner Buchhaltung" enthalten seien. Diese "Buchhaltung" werde erst Ende 2010 abgeschlossen. Seine bisherigen Einkünfte habe er mit dem Bankauszug vom 1. September 2010 belegt. Die Gutschriften, die dort aufgeführt seien, seien die Einkünfte seiner Einzelfirma R.\_\_\_\_\_. Für die jeweiligen Mandate beziehe er ein Honorar von jeweils ca. Fr. 3'000.-. Die entsprechenden Zahlen der ausbezahlten VR-Honorare an A.\_\_\_\_\_ könnten beim Steueramt S.\_\_\_\_\_ mit "Form 12" eingeholt werden (Urk. 12/6). Zu diesen neuen Vorbringen und Unterlagen der Klägerschaft äusserte sich der Beklagte nicht mehr (Urk. 14).

Insbesondere mit Blick auf die Verwaltungsratsmandate und den Verbleib der Aktienzertifikate sowie die verschwiegene Nachpfändung des ... (Personenwagen) erscheinen die finanziellen Verhältnisse des Beklagten nicht hinreichend klar offen gelegt, und der Beklagte hat seiner Mitwirkungspflicht nicht Genüge getan. Es verbleiben erhebliche Zweifel an der angeblichen Mittellosigkeit des Beklagten bestehen. Aufgrund der Mitwirkungspflicht (§ 84 Abs. 2 ZPO/ZH) obliegt es aber grundsätzlich dem Beklagten, seine gesamte aktuelle wirtschaftliche Situation, d.h. vor allem seine gegenwärtigen Einkommens- und Vermögensverhältnisse, vollständig offen zu legen und soweit möglich auch zu belegen (ZR 95 Nr. 92 E. II/3/d; BGE 120 Ia 181 E. 3/a). Der Beklagte hatte zwar mehrfach, vor Vorinstanz sowie im Rekursverfahren, die Gelegenheit, seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzulegen, allerdings erging nie eine entsprechende gerichtliche Aufforderung zur umfassenden Darlegung der finanziellen Verhältnisse respektive Vervollständigung der bisherigen Angaben. Auf eine solche einmalige gerichtliche Aufforderung besteht aber mit Blick auf das rechtliche Gehör ein Anspruch (vgl. z.B. Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts AA040108 vom 7. Oktober 2004, S. 7 f.). Da die finanziellen Verhältnisse des Beklagten, wie aus den obigen Erwägungen erhellt, nicht genau geklärt sind und insbesondere allein aufgrund der Pfändungsurkunde seine Mittellosigkeit nicht glaubhaft erscheint, ist das Verfahren an die erste Instanz zwecks Prüfung der

Mittellosigkeit des Beklagten zurückzuweisen. Die Erstinstanz wird dem Beklagten dabei zunächst unter Hinweis auf seine Mitwirkungspflicht die Gelegenheit einzuräumen haben, seine wirtschaftlichen Verhältnisse klärend darzulegen und zu belegen bzw. die bisherigen Vorbringen entsprechend zu ergänzen. Der Einwand des Beklagten, der Vorderrichter habe auf ihn anlässlich der Referentenaudienz massive Druckversuche ausgeübt, weshalb keine Gewähr für einen unvoreingenommenen Entscheid mehr bestehe (Urk. 2 S. 10), sind dabei nicht zu hören. Einerseits beugte der Beklagte sich diesem angeblichen Druck offenbar nicht; wurde doch kein Vergleich geschlossen. Andererseits präsentierte der Erstrichter, wie üblich, bloss eine vorläufige, unpräjudizielle Beurteilung der Sach- und Rechtslage nach Eingang der Klagebegründung und Klageantwort sowie aufgrund der bereits eingereichten Urkunden (Urk. 5/2). Dabei wurde lediglich darauf hingewiesen, dass eine Abweisung des beklagischen Armenrechtsgesuchs auch aufgrund fehlender Mittellosigkeit wahrscheinlich sei (Urk. 5/2).

2.3. Zusammengefasst ist der angefochtene Beschluss vom 15. November 2010 somit aufzuheben und die Sache zur erneuten Entscheidungsfindung im Sinne der Erwägungen an die erste Instanz zurückzuweisen. Solches haben im Übrigen beide Parteien jedenfalls in ihren Eventualstandpunkten denn auch beantragt (Urk. 2 S. 2; Urk. 10 S. 2).

### III.

1. Betreffend das erstinstanzliche Verfahren wurden keine Kosten- und Entschädigungsfolgen bestimmt (Urk. 3 S. 16 f.).

2. Ausgangsgemäss werden die Kläger im Rekursverfahren kosten- und entschädigungspflichtig, da sie sich mit dem angefochtenen Entscheid in ihrem Hauptstandpunkt identifizierten (Urk. 10 S. 2). Auszugehen ist dabei von einem Streitwert von Fr. 40'000.–. Die Gerichtsgebühr ist daher gestützt auf § 4 Abs. 1, § 7 und § 13 aGerGebV auf Fr. 3'200.– festzusetzen (§ 23 GerGebV vom 8. September 2010), die Prozessentschädigung gestützt auf § 3 Abs. 1, § 12 Abs. 2

i.V.m. § 6 Abs. 2 aAnwGebV auf Fr. 3'000.– (§ 25 AnwGebV vom 8. September 2010). Ein Mehrwertsteuerzuschlag ist mangels eines entsprechenden Antrags nicht geschuldet (Urk. 2 S. 2; ZR 104 Nr. 76).

3. Im Rekursverfahren ersuchte der Beklagte im Übrigen nicht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, weshalb sich Weiterungen erübrigen (Urk. 2 S. 2).

**Es wird beschlossen:**

1. In Gutheissung des Rekurses des Beklagten wird der Beschluss des Bezirksgerichts Uster vom 15. November 2010 aufgehoben und die Sache zu neuem Entscheid über die Frage der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege an die erste Instanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'200.–.
3. Die Kosten des Rekursverfahrens werden der Klägerschaft - unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag - auferlegt.
4. Die Klägerschaft wird - unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag - verpflichtet, dem Beklagten für das Rekursverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 3'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG. Art. 93 BGG

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 40'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

---

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:  
mc