



---

Kass.-Nr. AA070113/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei und Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

## Zirkulationsbeschluss vom 16. Juli 2008

in Sachen

1. A.X.,

2. B.X.,

Kläger, Rekurrenten und Beschwerdeführer

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Z. AG,

Beklagte, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

**Klage auf Lastenbereinigung**

(Prozesskaution / unentgeltliche Rechtspflege)

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 6. Juli 2007 (NK070007/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Mit Anzeige vom 19. Januar 2007 einer betriebsamtlichen Grundstücksteigerung über Stockwerkeigentum des Beschwerdeführers 1 in einer Liegenschaft in \_\_\_\_\_ forderte das Betreibungsamt die Pfandgläubiger auf, ihre Ansprüche anzumelden (ER act. 6/1). Mit Eingabe vom 1. Februar 2007 meldete die Beschwerdegegnerin folgende Forderungen zur Aufnahme ins Lastenverzeichnis an (ER act. 6/2):

<b>"Buchforderungen:</b>	Kapital per 14.04.1992 (Hypothek Nr. P4130873.5)	CHF 770'000.--
	Zins zu 6 % vom 14.04.1992 - 18.04.2007	CHF 693'513.35
		CHF 1'463'513.35"

**Sichergestellt durch:** CHF 1'115'000.-- Inhaberschuldbrief im 1. Rang"

**Geltendgemachte Forderung:**

	"Kapital laut Inhaberschuldbrief im 1. Rang, dat. 07.02.1989	CHF 1'115'000.--
	laufender Kapitalzins zu 6 % vom 01.04.2002 bis 18.04.2007 / Steigerungstag	CHF 337'845.--
	verfallener Kapitalzins zu 6 % vom 01.04.2001 bis 31.03.2002	CHF 10'668.35
Zwischentotal zuzüglich		CHF 1'463'513.35
	Kosten Zahlungsbefehl	CHF 156.--
	Kosten Zahlungsbefehl (Ausfertigung für die Ehefrau)	CHF 116.--
	Rechtsöffnungskosten und Umtriebsentschädigung (gem. Beschluss BG _____ vom 25.08.1992)	CHF 1'100.--
	Prozessentschädigung (gem. Entscheid BG _____ vom 08.01.2003)	CHF 5'283.15
<b>Total</b>		<b>CHF 1'470'168.50"</b>

Am 23. Februar 2007 teilte das Betreibungsamt dem Beschwerdeführer 1 das Lastenverzeichnis betreffend das vorerwähnte Stockwerkeigentum mit. Darin war unter dem Titel "A. Grundgesicherte Forderungen, II. Vertragliche Pfandrechte, 1. Pfandstelle, Inhaberschuldbrief der" Z. AG, "nom. 1'115'000 Franken, dat. 7.2.1989" die vorstehend zitierte geltend gemachte Forderung mit den ein-

zelenen Positionen und dem Total von Fr. 1'470'168.50 als "Gesamte Pfandbelastung des Grundstücks" aufgeführt (ER act. 3/5). Auf Bestreitung dieses Anspruchs durch den Beschwerdeführer 1 setzte das Betreibungsamt diesem Frist an, um Klage auf Aberkennung des Anspruchs im Lastenverzeichnis einzureichen (ER act. 3/2).

2. Am 2. April 2007 reichten die Beschwerdeführer beim Bezirksgericht \_\_\_\_\_ Klage gegen die Beschwerdegegnerin auf Aberkennung der Forderung im Lastenverzeichnis ein. Sie beantragten, es sei festzustellen, dass sich die Forderung der Beschwerdegegnerin gegen den Beschwerdeführer 1 auf (nur) Fr. 770'000.-- belaufe. Das Lastenverzeichnis sei insofern zu korrigieren, als nur eine Kapitalforderung im ersten Rang von Fr. 770'000.--, Zahlungsbefehlskosten von Fr. 156.-- und Fr. 116.-- sowie Rechtsöffnungskosten und Umtriebsentschädigung von Fr. 1'100.-- aufzunehmen seien. Alle weiteren Forderungen der Beschwerdegegnerin seien aus dem Lastenverzeichnis zu streichen. Ferner beantragten die Beschwerdeführer, es sei ihnen für dieses Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (ER act. 1).

3. Mit Verfügung vom 10. April 2007 wies der Einzelrichter im beschleunigten Verfahren des Bezirkes \_\_\_\_\_ (nachfolgend nur noch: Einzelrichter [ER]) das Gesuch der Beschwerdeführer um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab und setzte ihnen Frist an, um eine Prozesskaution von einstweilen Fr. 50'000.- zu leisten, unter der Androhung, bei Säumnis werde auf die Klage nicht eingetreten (ER act. 7). Gegen diese Verfügung erhoben die Beschwerdeführer einen Rekurs an das Obergericht des Kantons Zürich (OG act. 1). Mit Beschluss vom 6. Juli 2007 wies das Obergericht (II. Zivilkammer) den Rekurs ab, bestätigte die einzelrichterliche Verfügung vom 10. April 2007 und setzte die Frist zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 50'000.-- neu an (KG act. 2 S. 12).

4. Gegen den obergerichtlichen Beschluss reichten die Beschwerdeführer innert der 30-tägigen Frist (OG act. 15/1, KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit dieser beantragten sie die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses (KG act. 1 S. 1). In prozessualer Hinsicht ersuchten sie um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, um Anweisung an das Betreibungsamt, die Versteigerung

der Liegenschaft zu verschieben, bis ein rechtskräftiger Entscheid vorliege, und um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (auch) für das Beschwerdeverfahren (KG act. 1 S. 1 f.). Antragsgemäss wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen. Das Gesuch um Anweisung an das Betreibungsamt wurde zuständigkeitshalber an die Vorinstanz weitergeleitet (KG act. 5). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 11). Die Beschwerdegegnerin verzichtete explizit auf die Stellung von Anträgen im Beschwerdeverfahren, äusserte sich indes mit Eingabe vom 21. August 2007 zur Beschwerde (KG act. 9). Diese Beschwerdeantwort wurde den Beschwerdeführern zugestellt (KG act. 12 und 13/1). Weitere Eingaben (ausser einem Ersuchen der Beschwerdeführer um Zustellung einer Kopie aus den Akten [KG act. 14]) reichten die Parteien in diesem Verfahren nicht ein.

## II.

1. Die Vorinstanzen wiesen ein Gesuch der Beschwerdeführer um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab und setzten ihnen mit der Androhung, bei Säumnis auf die Klage nicht einzutreten, Frist zur Leistung einer Prozesskaution an. Dagegen richtet sich die Nichtigkeitsbeschwerde. Wie die Beschwerdeführer richtig erkannten, handelt es sich beim angefochtenen Beschluss um einen prozessleitenden Entscheid im Sinne von § 282 ZPO. Gegen einen die unentgeltliche Rechtspflege verweigernden und eine Prozesskaution auferlegenden Entscheid ist eine Nichtigkeitsbeschwerde unter dem Aspekt von § 282 Ziff. 1 ZPO ohne weiteres zulässig (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 5b zu § 282; ZR 91/92 [1992/93] Nr. 33).

2. Die Vorinstanzen wiesen das Gesuch der Beschwerdeführer um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege deshalb ab, weil sie die Klage als aussichtslos erachteten.

a) Der Einzelrichter erwog, die ins Lastenverzeichnis aufgenommene Forderung der Beschwerdegegnerin sei durch den Inhaberschuldbrief über Fr. 1'115'000.-- - auch mit den Zinsforderungen - ausgewiesen (ER act. 7 S. 5 f.).

b) Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdegegnerin führe aus Darlehensvertrag über ursprünglich Fr. 1'115'000.-- eine Forderung über Fr. 770'000.-- nebst Zins zu 6 % seit 14. April 1992 in ihren Büchern. Bis zum 18. April 2007, dem Tag, an dem die Versteigerung vorgesehen gewesen sei, seien also Fr. 693'513.35 an Zinsen aufgelaufen. Per 18. April 2007 ergäben Forderung (von Fr. 770'000.--) und Zinsen zusammen Fr. 1'463'513.35. Diesen Betrag habe die Beschwerdegegnerin zur Aufnahme in das Lastenverzeichnis angemeldet. Sie habe dabei offengelegt, dass sie für die Anmeldung eine andere Aufteilung zwischen Zins- und Kapitalforderung vornehme als in ihren eigenen Büchern, nämlich Kapital laut Inhaberschuldbrief von Fr. 1'115'000.--, laufender Zins zu 6 % vom 1.4.2002 bis 18.4.2007 von total Fr. 337'845.-- und verfallener Kapitalzins vom 1.4.2001 bis 31.3.2002 von total Fr. 10'668.35, total ebenfalls Fr. 1'463'513.35 (KG act. 2 S. 5 Erw. 4.1). Die Kapitalforderung der Beschwerdegegnerin bestehe nach deren eigener Darstellung nur noch im Betrag von Fr. 770'000.--, sei jedoch in einem Inhaberschuldbrief noch immer im ursprünglichen Betrag von Fr. 1'115'000.-- verbrieft. Diese Verbrieftung nehme die Beschwerdegegnerin zusammen mit dem Recht gemäss Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB, Pfanddeckung für drei verfallene Jahreszinse zu beanspruchen, soweit in Anspruch, als notwendig sei, um sich für ihre Buchforderung (Fr. 770'000.-- zuzüglich 6 % Zins seit 14.4.1992) bezahlt zu machen (KG act. 2 S. 6). Hätten die Parteien die ursprüngliche Darlehensforderung durch Novation getilgt (was beim Schuldbrief vermutet werde [KG act. 2 S. 8 Erw. 4.7 mit Verweisung auf Art. 855 Abs. 1 ZGB]), indem der Beschwerdeführer 1 der Beschwerdegegnerin den Schuldbrief zu Eigentum übergeben habe, könne diese nur für die Kapitalforderung von Fr. 770'000.--, drei verfallene Jahreszinsen zu 6 % auf diesen Betrag sowie für den seit dem letzten Zinstag laufenden Zins Pfandsicherung beanspruchen. Bis zum 18. April 2007 wären dies Fr. 1'142'004.95 gewesen. Im Mehrbetrag von rund Fr. 350'000.-- wäre die Forderung, auch wenn sie bestehe, zu Unrecht im Lastenverzeichnis aufgeführt (KG act. 2 S. 7 Erw. 4.6). Eine Aus-

legung des Kreditvertrages vom 25. August 1989 nach dem Vertrauensprinzip ergebe aber, dass der Schuldbrief wohl zu Faustpfand übergeben worden sei (KG act. 2 S. 11 Erw. 6.1). Sei davon auszugehen, könne die Beschwerdegegnerin die im Schuldbrief verurkundete Forderung in dem Umfang, der sich aus dem Pfandtitel ergebe, durchsetzen und entsprechende Pfandsicherung beanspruchen (dürfe das aber nur in dem Umfang tun, in welchem gemäss dem Vertrag mit dem Beschwerdeführer 1 Ansprüche [auf Zinsen oder die Kapitalforderung] beständen). Darlehens- und Schuldbriefforderung beständen nebeneinander. Damit spiele es für die Beschwerdegegnerin keine Rolle, ob sie Zinsen oder die Darlehensvaluta geltend mache, solange nur der Betrag, für den sie Pfandsicherung beanspruche, unter Fr. 1'115'000.-- nebst drei verfallenen Jahreszinsen und dem laufenden Zins *auf Fr. 1'115'000.--* liege. Art. 818 Abs. 1 ZGB stände der Aufnahme der angemeldeten Forderung ins Lastenverzeichnis nur entgegen, wenn der Kreditvertrag den vom Gesetzgeber als Normalfall angesehenen Vorgang vorsehe, nämlich die Tilgung der Darlehensforderung aus dem Grundverhältnis (KG act. 2 S. 8 f. Erw. 4.8). Das verneinte die Vorinstanz im Folgenden aufgrund der bereits erwähnten Auslegung des Kreditvertrages. Diese Auslegung führe dazu, dass das Rechtsbegehren der Beschwerdeführer als aussichtslos bezeichnet werden müsse. Die Beschwerdegegnerin sei berechtigt, die Faustpfandforderung so, wie sie sich aus dem Schuldbrief ergebe, durchzusetzen und entsprechend Pfandsicherung zu beanspruchen, um sich für Valuta und Zinsen aus dem Kreditvertrag bezahlt zu machen (KG act. 2 S. 11 Erw. 6.2).

3. Die Beschwerdeführer machen vorab geltend, die von der Beschwerdegegnerin geltend gemachte Forderung bestehe nicht "im klageweise geltend gemachten Umfang" (gemeint im Umfang, in welchem sie ins Lastenverzeichnis aufgenommen wurde) (Beschwerde KG act. 1 S. 3 Ziff. 8). In der Folge weisen die Beschwerdeführer unter dem Titel "2. Nichtbestehen der Forderung" darauf hin, dass sie in ihrer Klage auf Lastenbereinigung geltend machten, sie schuldeten keinen Betrag, der Fr. 770'000.-- übersteige (Beschwerde KG act. 1 S. 3 Ziff. 9), und reichen zahlreiche Dokumente ein, aus welchen sich ergebe, dass die ursprüngliche Darlehensforderung von Fr. 1'115'000.-- (Beschwerde KG act. 1 S. 4 Ziff. 11) insgesamt durch der Beschwerdegegnerin zugegangene Mittel

vollumfänglich (bzw. sogar mehr als) getilgt worden sei (Beschwerde KG act. 1 S. 3 - 7 Ziff. 9 - 28).

Auf diese Ausführungen kann schon aus folgenden zwei Gründen nicht eingetreten werden:

a) Die Beschwerdeführer nahmen zur Kenntnis, dass sie die in Betreuung gesetzte Kapitalforderung von Fr. 770'000.-- in ihrer Klage auf Lastenbereinigung nicht mehr in Frage stellen könnten, nur den Fr. 770'000.-- übersteigenden Betrag (Beschwerde KG act. 1 S. 7 Ziff. 27). Die Vorinstanz legte dem angefochtenen Entscheid indes gar keine höhere Kapitalforderung als Fr. 770'000.-- zugrunde. Vielmehr ging sie selber davon aus, dass die ursprüngliche Darlehensforderung von Fr. 1'115'000.-- in den Jahren von 1989 bis 1992 im Betrag von Fr. 345'000.-- getilgt wurde und nur noch über Fr. 770'000.-- bestehe. Die weiteren Fr. 693'513.35, welche per 18. April 2007 zusammen mit der Kapitalforderung von Fr. 770'000.-- die für die Aufnahme ins Lastenverzeichnis begehrte "Buchforderung" von Fr. 1'463'513.35 ergaben, sind Zinsen auf der Forderung von Fr. 770'000.-- (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 5 Erw. 4.1). Die Fr. 1'115'000.-- "Kapital laut Inhaberschuldbrief vom 7.2.1989", welche als solche Aufnahme ins Lastenverzeichnis fanden (ER act. 3/5 S. 4), sind nicht eine effektive Kapitalforderung, sondern eine Verbriefung im Schuldbrief (ER act. 6/4), welche (zusammen mit ebenfalls im Schuldbrief verbrieftem Zins [ER act. 6/4]) die Kapitalforderung von Fr. 770'000.-- zuzüglich Zinsen decke (vgl. angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 5 f. und vorstehend Erw. 2). Daran gehen die Ausführungen der Beschwerdeführer zu Tilgungen der Kapitalforderung, soweit diese Fr. 770'000.-- übersteige, vorbei und schon deshalb fehl.

b) Das Beschwerdeverfahren stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid auf Grund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO leidet. Daher sind neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren nicht zulässig. Gemäss § 290 ZPO werden lediglich die

geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft. Diese sind nach § 288 Ziff. 3 ZPO in der Beschwerde nachzuweisen; die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen genügt daher nicht (vgl. Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 67; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 f. zu § 288 ZPO mit Hinweisen; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.).

aa) Die Ausführungen und Dokumente, mit welchen die Beschwerdeführer Mittelzuflüsse, Zahlungen, Tilgungen etc. an die Beschwerdegegnerin oder ungerechtfertigte Belastungen (von Fr. 248'000.--, Fr. 13'200.--, Fr. 4'800.--, Fr. 100'000.--, Fr. 705'000.-- und Fr. 1'115'000.--; KG act. 1 S. 6 Ziff. 22) geltend machen (Beschwerde KG act. 1 S. 4 - 7 Ziff. 13 - 26, KG act. 3/4 - 3/13), sind in den vorinstanzlichen Akten nicht vorhanden. Sie sind im Beschwerdeverfahren neu, damit unzulässig und unbeachtlich.

bb) Die Beschwerdeführer scheinen die Unzulässigkeit von Noven im Beschwerdeverfahren zwar erkannt zu haben, machen aber geltend, sie könnten sie trotzdem vorbringen, weil sie "zur Verdeutlichung des Nichtigkeitsgrundes" dienen (Beschwerde KG act. 1 S. 7 Ziff. 28 mit Verweisung auf ZR 66 Nr. 116). Aus dem zitierten Entscheid ZR 66 (1967) Nr. 116 ergibt sich nichts Dergleichen. In Erw. VI dieses Entscheides wird erwähnt, dass eine nachträgliche Behauptung vor Kassationsgericht höchstens im Rahmen des damaligen § 136 Ziff. 2 ZPO (entsprach dem heutigen § 115 Ziff. 2 ZPO) zulässig wäre, d.h. wenn gleichzeitig angegeben würde, aus welchen Prozessakten sie sich ergeben soll. Im Beschwerdeverfahren können neue Behauptungen lediglich zum Nachweis des behaupteten Nichtigkeitsgrundes und *nur aufgrund der bisherigen Akten* aufgestellt werden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4a zu § 288). Behauptungen und Akten, welche bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätten vorgebracht und eingereicht werden können, aber nicht vorgebracht und eingereicht wurden, dürfen nicht erst im Beschwerdeverfahren in den Prozess eingeführt werden. Das

trifft auf diese Behauptungen der Beschwerdeführer und die von ihnen mit ihrer Beschwerde eingereichten Dokumente zu. Darauf ist nicht weiter einzugehen.

4. Die Beschwerdeführer führen aus, gemäss den eigenen Angaben der Beschwerdegegnerin habe sich die Kapitalforderung (aus dem Darlehensvertrag) auf maximal Fr. 770'000.-- belaufen. Nach Art. 818 ZGB dürfe die Beschwerdegegnerin nur diese Forderung zuzüglich nicht mehr als drei Jahreszinsen einfordern. Deshalb sei das Lastenverzeichnis zumindest teilweise inkorrekt (Beschwerde KG act. 2 S. 7 - 9 Ziff. 31 - 36, S. 11 Ziff. 38.e, S. 12 f. Ziff. 42 - 45). Die Vorinstanz habe einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt, indem sie die unentgeltliche Rechtspflege mit der Begründung verweigert habe, die Lastenbereinigungsklage sei aussichtslos (Beschwerde KG act. 1 S. 12 dritter Absatz).

a) Die Vorschriften über die unentgeltliche Prozessführung zählen zu den wesentlichen Verfahrensvorschriften der Zivilprozessordnung im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO. Ob eine Beschwerde diesbezüglich begründet ist, prüft das Kassationsgericht mit freier Kognition. Gemäss bundesgerichtlicher und kantonaler Praxis gelten Rechtsbegehren als aussichtslos, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Aussichtslosigkeit ist nicht gegeben, wenn sich die Gewinnaussichten und die Verlustgefahren ungefähr die Waage halten, oder wenn jene nur wenig geringer sind als diese. Es soll verhindert werden, dass eine Partei auf Staatskosten einen Prozess führt, den eine vermögliche Person auf eigene Kosten vernünftigerweise nicht einleiten würde. Bei der richterlichen Prüfung der Erfolgsaussichten im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO geht es nicht darum, den Prozessstoff umfassend zu würdigen, die materielle Begründetheit der Klage praktisch definitiv zu beurteilen und so gleichsam das Erkenntnisverfahren vorwegzunehmen. Ein Rechtsbegehren, das nur zu einem kleinen Teil die Möglichkeit eines Erfolges offen lässt, darf nicht als offenbar aussichtslos betrachtet werden. In einem solchen Fall ist es aber zulässig, die unentgeltliche Prozessführung auf den nicht aussichtslosen Teil des Rechtsbegehrens zu beschränken (vgl. Kass.-Nr. AA040101 vom 15.11.2004 Erw. II.4.a - d mit zahlreichen Hinweisen). Bei Unsicherheit über die Frage der Aussichten ist dem Gesuch einstweilen zu

entsprechen (ZR 81 [1982] Nr. 133; Kass.-Nr. 97/005 vom 14.12.1997 Erw. 3.b; Kass.-Nr. 96/322 vom 24.8.1997 Erw. II.3.c).

b) Bei Beachtung dieser Grundsätze erweist sich die Beschwerde als begründet:

c) Von der ursprünglichen Darlehensforderung von Fr. 1'115'000.-- hat die Beschwerdegegnerin nach ihren eigenen Angaben tatsächlich nur noch eine Kapitalforderung von Fr. 770'000.-- (deshalb ging die Vorinstanz davon aus, dass die ursprüngliche Forderung von Fr. 1'115'000.-- in den Jahren 1989 bis 1992 im Betrag von Fr. 345'000.-- getilgt wurde [KG act. 2 S. 5 Erw. 4.1]). Dazu schuldet der Beschwerdeführer 1 nach der Darstellung der Beschwerdegegnerin 6 % Zins auf diesen Fr. 770'000.-- seit dem 14. April 1992. Diese Darlehensforderung (Kapitalforderung und Zinsen) ist mit einem Inhaberschuldbrief sichergestellt. Gemäss diesem Schuldbrief bekennt der Beschwerdeführer 1, dem jeweiligen Inhaber Fr. 1'115'000.-- zuzüglich Zinsen zu schulden. Zur Sicherheit für Kapital und Zinsen besteht demnach ein Pfandrecht an den Grundstücken (Stockwerkeigentum), bezüglich welcher vorliegend das umstrittene Lastenverzeichnis erstellt wurde (ER act. 6/4). Auf Aufforderung des Betreibungsamtes (ER act. 6/1) machte die Beschwerdegegnerin als "Eingabe ins Lastenverzeichnis" eine Forderung von insgesamt Fr. 1'470'168.50 geltend, die sich im Wesentlichen aus einem "Kapital laut Inhaberschuldbrief" von Fr. 1'115'000.-- und Zinsen von 6 % auf diesen Fr. 1'115'000.-- zusammensetzt (ER act. 6/2). Diese Forderung nahm das Betreibungsamt ins Lastenverzeichnis auf (ER act. 3/5 S. 4).

aa) Ein Grundpfandrecht (so i.c. der Schuldbrief) bietet dem Gläubiger Sicherheit im Umfang, wie er von Art. 818 ZGB definiert wird (Stahelin/Bauer/Stahelin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Basel/Genf/München 1998 [im Folgenden zitiert mit SchKG-Komm.], N 13 zu Art. 140). (Nur) In diesem Umfang dürfen pfandgesicherte Forderungen im Lastenverzeichnis aufgeführt werden (bzw., nach einem allfälligen Lastenbereinungsverfahren, verbleiben) (SchKG-Komm., N 7 ff.).

bb) Das Pfandrecht besteht nur, wenn und soweit die zu sichernde Forderung noch besteht. Auch beim Schuldbrief besteht eine sogenannte mittelbare Akzessorietät zwischen dem Pfandrecht und der ursprünglichen Forderung. Bei der Schuldbriefforderung handelt es sich um eine Nominalforderung, deren Geltendmachung daran gebunden ist, dass eine eigentliche Forderung besteht (SchKG-Komm., N 17 zu Art. 140).

cc) Gemäss Art. 818 ZGB bietet das Grundpfandrecht dem Gläubiger Sicherheit für die Kapitalforderung, für die Kosten der Betreuung und der Verzugszinse und für drei zur Zeit der Konkureröffnung oder des Pfandverwertungsbegehrens verfallene Jahreszinse und den seit dem letzten Zinstage laufenden Zins (Art. 818 Abs. 1 ZGB). Das Grundpfand haftet für die Kapitalforderung, soweit eine solche in dem nach Vollstreckungsrecht massgebenden Zeitpunkt tatsächlich besteht. Gesichert ist der Betrag, der nach allfälligen Abzahlungen der ursprünglichen Pfandforderung übrig geblieben ist (Honsell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 3. Auflage, Basel 2007, N 3 zu Art. 818; Berner Kommentar, Sachenrecht, II. Abteilung, Bern 1925, Leemann [nachfolgend zitiert mit BK-Leemann], N 2 zu Art. 818; vgl. auch Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, N 1 ff., insbes. N 3 zu Art. 818 ZGB). Pfandversichert sind (auch) die in den drei letzten Jahren vor der Konkureröffnung oder dem Pfandverwertungsbegehren verfallenen Zinse. Die früher verfallenen, rückständigen Zinse sind nicht mehr grundversichert. Das Pfandrecht für sie ist verjährt (BK-Leemann, N 9 zu Art. 818).

dd) Pfandgesichert und demnach nach einem allfälligen Lastenbereinungsverfahren im Lastenverzeichnis verbleibend ist somit grundsätzlich (abgesehen beispielsweise von einem vorliegend nicht relevanten Gutgläubensschutz bei einem Dritterwerb des Schuldbriefes) nicht die Nominalforderung, welche in einem Schuldbrief verbrieft ist, sondern nur die tatsächlich noch bestehende Forderung (wenn diese kleiner ist als die Nominalforderung), drei zur Zeit des Pfandverwertungsbegehrens verfallene Jahreszinse und der seit dem letzten Zinstag laufende Zins. Dabei sind auch mit diesen Zinsen nur die tatsächlichen Zinsen, also berechnet auf der tatsächlichen noch (nach allfälligen Abzahlungen)

bestehenden Kapitalforderung, gemeint und nicht solche auf der Nominalforderung berechneten.

ee) Vorliegend beläuft sich die Kapitalforderung der Beschwerdegegnerin im Sinne von Art. 818 Ziff. 1 ZGB (nach der von der Vorinstanz angenommenen Tilgung im Betrag von Fr. 345'000.--) nur noch auf Fr. 770'000.--. Pfandgesichert und damit im Lastenverzeichnis gemäss den vorstehenden Erwägungen voraussichtlich zulässig ist nur diese Forderung mit drei zur Zeit des Pfandverwertungsbegehrens verfallenen Jahreszinsen (von 6 % auf Fr. 770'000.--) und den seit dem letzten Zinstag laufendem Zins (von 6 % auf Fr. 770'000.--) (sowie Nebenforderungen im Sinne von Art. 818 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Dies ergibt nach der vorinstanzlichen Berechnung bis zum 18. April 2007 eine Summe von Fr. 1'142'004.95. Ins Lastenverzeichnis aufgenommen wurde dagegen die Nominalforderung aus dem Schuldbrief mit Zinsen, was bis zum 18. April 2007 die Summe von Fr. 1'463'513.35 ergab. Entsprechend den vorstehenden Ausführungen erscheinen die Aussichten der Beschwerdeführer als durchaus vorhanden, im Lastenbereinigungsprozess eine Reduktion von Fr. 1'463'513.35 auf Fr. 1'142'004.95 erreichen zu können. Im Umfang dieser Differenz ist ihre Klage nicht aussichtslos.

ff) Bei ihren Erwägungen zur (verneinten) Novation der ursprünglichen Darlehensforderung durch den Schuldbrief und zur (blossen) Sicherungsübereignung des Schuldbriefes als Faustpfand setzt sich die Vorinstanz nicht mit der Problematik auseinander, dass gemäss der zitierten Lehre grundpfandgesicherte (so auch durch einen Schuldbrief gesicherte) Forderungen (bei entsprechender Geltendmachung) nur im Umfang von Art. 818 ZGB im Lastenverzeichnis verbleiben dürfen und "die Kapitalforderung" im Sinne von Art. 818 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB und die Zinsen im Sinne von Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB nur noch die zum massgebenden Zeitpunkt tatsächlich (nach allfälligen Abzahlungen) noch bestehenden Forderungen umfasst und nicht etwa die Nominalforderung aus dem Schuldbrief. Weshalb das anders sein soll, wenn der Schuldbrief als Faustpfand für die Darlehensforderung übergeben wurde, ergibt sich aus den vorinstanzlichen Erwägungen nicht und ist auch nicht ersichtlich.

gg) Dass die Annahme von Aussichtslosigkeit der Lastenbereinigungsklage (wenigstens im vorstehend festgestellten Umfang) ungerechtfertigt ist, zeigt sich im Übrigen auch aus einer anderen Betrachtung: Gemäss Vorinstanz könnte die Beschwerdegegnerin (auch dann) Pfandsicherung nur für Fr. 1'142'004.95 beanspruchen (berechnet bis zum 18. April 2007), wenn die Parteien die ursprüngliche Darlehensforderung durch Novation getilgt hätten, indem der Beschwerdeführer 1 der Beschwerdegegnerin den Schuldbrief zu Eigentum übergeben habe (KG act. 2 S. 7 Erw. 4.6). Sodann hielt die Vorinstanz fest, dass die Novation beim Schuldbrief vermutet werde (Art. 855 Abs. 1 ZGB) und dass die Beweislast für eine andere Abrede bei der Beschwerdegegnerin liege (KG act. 2 S. 8 Erw. 4.7). Schliesslich erwog die Vorinstanz, nach 18 Jahren sei es kaum vorstellbar, einen übereinstimmenden wirklichen Willen von Beschwerdeführer 1 und Rechtsvorgängerin der Beschwerdegegnerin zu beweisen (KG act. 2 S. 11 Erw. 6.1). Daraus folgte an sich, dass der Beschwerdegegnerin der gemäss Vorinstanz ihr obliegende Beweis für eine andere Abrede (als eine Novation) kaum mehr gelingen könnte, dass zufolge Beweislosigkeit von der Vermutung der Novation ausgegangen werden müsste und dass die Beschwerdegegnerin demzufolge Pfandsicherung nur für Fr. 1'142'004.95 beanspruchen kann. Es erscheint zumindest als fragwürdig, im Ergebnis (auf dem Umweg über eine Auslegung des Kreditvertrages nach Vertrauensprinzip) die Beschwerdeführer die Folge einer vermuteten Beweislosigkeit nach 18 Jahren tragen zu lassen, obwohl festgestellt wird, dass die Beweislast bei der Beschwerdegegnerin liegt.

hh) Zwar besteht nach dem bisherigen Aktenstand einerseits aus dem Darlehensvertrag vom 25. August 1989 tatsächlich insgesamt eine Forderung der Beschwerdegegnerin gegen den Beschwerdeführer 1 von (bis zum 18.4.2007) Fr. 1'463'513.35 (nämlich eine Kapitalforderung von Fr. 770'000.-- und 6 % Zins auf dieser Forderung seit dem 14.4.1992) und weist andererseits der Schuldbrief, mit dem die Forderungen der Beschwerdegegnerin aus diesem Darlehensvertrag sichergestellt wurden, ein Schuldbekenntnis über Fr. 1'115'000.-- zuzüglich Zinsen aus, welches somit die Fr. 1'463'513.35 auch bei einer Beschränkung der Zinsen auf Fr. 1'115'000.-- auf die letzten drei Jahre vor dem Pfandverwertungsbegehren und den laufenden Zins deckte. Das vorinstanzliche Resultat kann des-

halb bei einer vollen Durchführung des Lastenbereinigungsprozesses (mit allfälliger schliesslich bundesgerichtlicher Prüfung der vorstehenden Rechtsfragen) keineswegs ausgeschlossen werden. Als aussichtslos kann aber die Klage der Beschwerdeführer deswegen nicht bezeichnet werden.

5. Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass den Beschwerdeführern die unentgeltliche Rechtspflege zumindest im Umfang der Differenz zwischen Fr. 1'142'004.95 und Fr. 1'463'513.35 nicht wegen Aussichtslosigkeit der Klage verweigert werden darf. Der gegenteilige angefochtene Beschluss verletzt einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO und ist deshalb aufzuheben, und die Sache ist an die Vorinstanz zu neuem Entscheid zurückzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens muss auf die weiteren Ausführungen in der Beschwerde zu den Prozessaussichten (so insbesondere zu den Fragen Novation durch den Schuldbrief oder Faustpfandbestellung) nicht weiter eingegangen werden. Die Vorinstanzen werden die weiteren Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege (Mittellosigkeit) zu prüfen haben und nach einer neuen Prüfung unter Beachtung der vorstehenden Erwägungen die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ggfs. auf einen bestimmten nicht aussichtslosen Umfang beschränken können.

### III.

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist gutzuheissen. Die Beschwerdeführer obsiegen damit im Beschwerdeverfahren. Sie werden für dieses nicht kostenpflichtig. Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf die Stellung von Anträgen im Beschwerdeverfahren. Sie erklärte, sie halte sich von Auseinandersetzungen um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für die Beschwerdeführer fern (KG act. 9 S. 2 Ziff. 1). Bereits vor Vorinstanz hatte sie auf die Stellung von Anträgen verzichtet und erklärt, im Zweifelsfalle sei die unentgeltliche Rechtspflege eher zu gewähren, damit das Verfahren weitergehen könne (OG act. 11 S. 2 unten). Die Beschwerdegegnerin identifizierte sich nicht mit dem angefochtenen Entscheid. Damit können auch ihr weder die Kosten auferlegt werden noch kann sie zur Bezahlung einer Prozessentschädigung an die Gegenpartei ver-

pflichtet werden (vgl. Kass.-Nr. 2002/015 vom 21.10.2002 Erw. IV.8). Vielmehr sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen und keine Prozessentschädigungen zuzusprechen.

2. Da den Beschwerdeführern die Kosten des Beschwerdeverfahrens nicht auferlegt werden, ist ihr Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren gegenstandslos geworden. Ein Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters für das Beschwerdeverfahren (§ 87 ZPO) stellten sie nicht (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 90).

#### **IV.**

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

**Das Gericht beschliesst:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 6. Juli 2007 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Das Gesuch der Beschwerdeführer um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im Beschwerdeverfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 698'796.50.

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und an den Einzelrichter im beschleunigten Verfahren des Bezirkes \_\_\_\_\_ (FB070003), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: