

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NE130008-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-  
Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili.

## Urteil vom 11. Juli 2013

in Sachen

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

Kläger und Berufungskläger

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ **AG,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch B1. \_\_\_\_\_

betreffend **Aberkennung des Anspruchs im Lastenverzeichnis vom 27. April  
2012**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfah-  
ren des Bezirksgerichtes Horgen vom 22. Mai 2013; Proz. FO120001**

**Rechtsbegehren (act. 1 S. 2 f.):**

- "1. Gemäss Art. 88 ZPO verlange ich als Dritteigentümer die gerichtliche Feststellung, dass die Positionen 02 - 22 aus dem Lastenverzeichnis vom 27. April 2012, Betreuung Nr. ..., in keinem Rechtsverhältnis zu der pfandgesicherten Forderung stehen.
2. Die im Lastenverzeichnis aufgenommenen Ansprüche sind bewiesenermassen streitig, so sei durch das Gericht die Versteigerung vom 14. Juni 2012 vorläufig einzustellen (Art. 141 Abs. 1 SchKG).
3. In Anlehnung an Art. 85a Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 1 SchKG beantrage ich beim Gericht festzustellen, dass die Restschuld aus der Betreuung Nr. ... nicht mehr besteht und die Betreuung vorläufig einzustellen ist.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten".

**Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 22. Mai 2013 (act. 18 = act. 24/1 = act. 25):**

- "1. Auf die Klage wird nicht eingetreten und der Prozess als dadurch erledigt abgeschrieben.
2. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf Fr. 13'000.--.
3. Die Entscheidegebühr wird der klagenden Partei auferlegt.
4. Der beklagten Partei wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
- 5./6. Mitteilung/Rechtsmittel".

**Berufungsanträge:**

**des Klägers und Berufungsklägers (act. 23 S. 2):**

- "1. Die Berufung sei gutzuheissen.
2. Die Verfügung vom 22. Mai 2013 des Bezirksgerichts Horgen sei als nichtig zu erklären, da der Sachverhalt bereits verwirkt ist.
3. Die Entscheidegebühr von CHF 13'000.-- sei haltlos und demzufolge als nicht gegeben zu erachten, da in dieser Sache schon entschieden wurde, und widerspricht somit dem Obergerichtsentscheid vom 9. Juli 2012, bestätigt durch den Bundesgerichtsentscheid vom 11. Februar 2013.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsgegnerin".

**Erwägungen:**

**I.**

1. Der Kläger und Berufungskläger (im Folgenden: Kläger) reichte am 7. Juni 2012 als Pfandeigentümer des Grundstückes Gemeinde C.\_\_\_\_\_, Grundbuchblatt ..., Stockwerkeigentum, ... [Adresse] (155/1000 Miteigentum an GBBI ...) bei der Vorinstanz eine Lastenbereinigungsklage ein, mit der er die im Lastenverzeichnis vom 27. April 2012 aufgeführten Positionen 02-22 bestritt (act. 1 S. 2; act. 2/5 S. 5 f.). Gleichzeitig ersuchte er um die Aussetzung der Versteigerung gemäss Art. 141 SchKG bis zum Abschluss des Lastenbereinigungsverfahrens. Die Vorinstanz wies dieses Begehren ab und setzte dem Kläger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 26'082.-- an (act. 3 S. 3). Darüber beschwerte sich der Kläger bei der Kammer, welche mit Beschluss und Urteil vom 9. Juli 2012 die Beschwerde abwies (act. 7 S. 7), so dass die Vorinstanz am 5. September 2012 nochmals Frist zur Leistung des genannten Kostenvorschusses ansetzte. Den Entscheid der Kammer zog der Kläger an das Bundesgericht weiter, welches mit Urteil vom 11. Februar 2013 (5A\_664/2012) auf die Beschwerde nicht eintrat (act. 13 S. 6).

2. Mit Verfügung vom 21. März 2013 setzte die Vorinstanz dem Kläger erneut Frist zur Leistung des Kostenvorschusses unter der Androhung an, dass sonst auf die Klage nicht eingetreten werde (act. 14 S. 3). Als der Kostenvorschuss nicht geleistet wurde, trat die Vorinstanz androhungsgemäss auf die Klage nicht ein und auferlegte dem Kläger die Entscheidgebühr in der Höhe von Fr. 13'000.-- (act. 18 S. 2).

3. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingereichte Berufung des Klägers mit den eingangs genannten Begehren. Im Sinne von Art. 312 Abs. 1 ZPO ist keine Berufungsantwort einzuholen. Die Sache ist spruchreif.

## II.

Der Kläger macht geltend, dass sich aus dem Urteil der Kammer vom 9. Juli 2012, Geschäfts-Nr. PE120006, ergebe, dass kein Sachverhalt vorliege, der die Aussetzung der Zwangsversteigerung gemäss Art. 141 SchKG rechtfertige. Die Kammer und das Bundesgericht hätten bereits beurteilt, dass es sich bei den vom Kläger in jenem Verfahren bestrittenen Positionen um grundpfandgesicherte Forderungen handle. Aus der Begründung ergebe sich, dass die im Lastenverzeichnis aufgenommenen Zinsen und Kosten erst feststünden, wenn entweder auf den Lastenbereinigungsprozess nicht eingetreten würde (dann bleibe es bei dem ursprünglichen Lastenverzeichnis) oder wenn das Gericht den Lastenbereinigungsprozess (rechtskräftig) entschieden habe. Ob die streitigen Posten letztlich zu Recht ins Lastenverzeichnis aufgenommen worden seien, wirke sich erst bei der Verteilung des Verwertungserlöses aus. Die Versteigerung habe am 14. Juni 2012 stattgefunden, die Anzeige über die Auflage der Verteilungsliste und der Kostenrechnung über die Verwertung sei am 20. Dezember 2012 und der Bescheid über die erfolgte Verteilung sei am 14. Februar 2013 beim Kläger eingegangen. Deshalb könne der Lastenbereinigungsprozess, wenn alles schon stattgefunden habe und vollzogen worden sei, nicht mehr pendent sein, was die Verfügungen der Vorinstanz vom 21. März 2013 und vom 22. Mai 2013 unrechtmässig und nichtig mache. Daher könne auch keine Entscheidgebühr festgesetzt werden (act. 23 S. 4).

Weiter erwähnt der Kläger, dass die Kammer im Entscheid vom 9. Juli 2012 (Erw. 6) festgehalten habe, die Vorinstanz hätte mangels Zuständigkeit auf das Begehren des Klägers nicht eintreten dürfen. Der Antrag des Klägers sei, weil die Versteigerung bereits am 14. Juni 2012 stattgefunden habe, unmöglich geworden, so dass das Bezirksgericht diesen überhaupt nicht mehr beurteilen konnte und den Kläger in die Irre geführt habe (act. 23 S. 5). Wenn das Bundesgericht festgehalten habe, dass sich der Lastenbereinigungsprozess nur noch auf die Verteilung auswirken konnte und die Verteilung schon stattgefunden habe, dann sei der Lastenbereinigungsprozess jetzt hinfällig (act. 23 S. 5). Der Kläger weist ausser-

dem darauf hin, dass bereits die Verteilung des Überschusses erfolgt sei (act. 23 S. 5). Alles sei daher als nichtig zu erklären (act. 23 S. 5).

### III.

1. Im Hinblick auf zwangsvollstreckungsrechtliche Grundstückverwertungen werden die Grundstücksbelastungen im Rahmen des Lastenbereinigungsverfahrens ermittelt. Die Erstellung des Lastenverzeichnisses obliegt dem Betreibungsamt. Wird das erstellte Lastenverzeichnis danach in Zweifel gezogen und ist bestritten, ob und inwieweit Grundpfandrechte, Dienstbarkeiten, Grundlasten und vorgemerkte persönliche Rechte das Grundstück belasten, kommt es nach den Regeln von Art. 140 SchKG zu einem gerichtlichen Lastenbereinigungsprozess, einer besonderen Art des Widerspruchsverfahrens. Anders als im Widerspruchsverfahren bleibt die Betreibung nicht von Gesetzes wegen eingestellt (Art. 109 Abs. 5 SchKG), sondern die Versteigerung ist gemäss der einschlägigen Bestimmung von Art. 141 SchKG nur in den ausdrücklich genannten Fällen auszusetzen, wobei dafür – wie die Kammer und das Bundesgericht bereits festgehalten haben – richtigerweise das Betreibungsamt zuständig ist (vgl. BGer 5A\_664/2012 E. 2.1, 2.3.1).

2. Der Kläger weist darauf hin, dass sämtliche Instanzen seinen Antrag, die Versteigerung auszusetzen, abgewiesen hätten und dass die Versteigerung am 14. Juni 2012 durchgeführt worden sei.

Wird die Versteigerung trotz eines pendenten Lastenbereinigungsprozesses nicht ausgesetzt, so bedeutet dies nicht das Ende des Prozesses. Der Kläger weist in act. 23 S. 5 zutreffend auf die Erwägung des Bundesgerichts im Entscheid vom 11. Februar 2013 hin (BGer 5A\_664/2012 E. 2.2), wonach sich der Lastenbereinigungsprozess – wenn die Versteigerung nicht ausgesetzt werde – nur noch – aber immerhin – auf die Verteilung auswirken könne (act. 23 S. 5).

Soll sich der Lastenbereinigungsprozess auf die Verteilung des Verwertungserlöses im Betreibungsverfahren auswirken, kann die Verteilung erst durch-

geführt werden, wenn der Lastenbereinigungsprozess abgeschlossen ist, sei es mit einem Entscheid in der Sache, sei es auf Grund von prozessualen Gründen.

Der Kläger weist darauf hin, dass nicht nur die Verteilung in der Grundpfandbetreibung erfolgt sei, sondern dass auch die Pfändungsgläubiger, für die das Grundstück ebenfalls gepfändet worden war, befriedigt seien und dass der nach wie vor verbleibende Erlös an ihn ausbezahlt worden sei. Diese Angaben werden durch die vom Kläger eingereichten Akten gestützt, nämlich durch die "Anzeige an den Schuldner und Pfandeigentümer über die Auflage der Verteilungsliste und der Kostenrechnung über die Verwertung" vom 18. Dezember 2012 (act. 24/3), woraus sich ergibt, dass die Beklagte B.\_\_\_\_\_ AG keinen Pfandausfall erlitten hat und dass der Überschuss des Erlöses der Zwangsverwertung von Fr. 73'596.40 für die Pfändungsgläubiger in den Gruppen Nr. ...; ... und ... bestimmt ist. Weiter liegt das Schreiben des Betreibungsamtes D.\_\_\_\_\_ vom 7. Februar 2013 bei den Akten, mit dem dem Kläger mitgeteilt wird, dass die Kostenrechnung und die Verteilungsliste in Rechtskraft erwachsen seien und trotz Befriedigung der Pfändungsgläubiger "noch ein Überschuss von Fr. 29'563.75 übrig geblieben" sei (act. 24/4).

Daraus ergibt sich, dass die Verteilung tatsächlich abgeschlossen ist und daher der Lastenbereinigungsprozess gegenstandslos geworden ist (Art. 242 ZPO), weil sich eine abgeschlossene Verteilung nicht mehr beeinflussen lässt.

Nun gibt es in aller Regel keine automatische Orientierung der Gerichte über den Verlauf von Betreibungsverfahren durch die Betreibungsämter. Aus den vorinstanzlichen Akten ist jedenfalls nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz vom Stand des Betreibungsverfahrens (und damit von der Durchführung und vom Abschluss der Verteilung) Kenntnis erlangt hätte. Gibt es keine automatischen Informationsaustausch, so wäre es am Kläger als Prozesspartei gewesen, die Vorinstanz über den Abschluss des Grundpfandverwertungsverfahrens zu unterrichten, was dann zu einer Abschreibung des Prozesses i.S.v. Art. 242 ZPO hätte führen müssen.

Mit seiner Berufungseingabe hat der Kläger der Kammer den Abschluss der Verteilung mitgeteilt, so dass sich fragt, ob der Nichteintretensentscheid der Vor-

instanz durch einen Abschreibungsentscheid auf Grund der Gegenstandslosigkeit ersetzt werden muss. Das Vorbringen neuer Tatsachen ist im Berufungsverfahren gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO dann zulässig, wenn dies ohne Verzug geschieht und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz geschehen konnte. Die erste Voraussetzung ist gegeben, die zweite hingegen nicht. Nachdem die Vorinstanz dem Kläger nach Vorliegen des Entscheides des Bundesgerichts vom 11. Februar 2013 am 21. März 2013 erneut Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses im Hinblick auf die Durchführung des Verfahrens ansetzte und für den Unterlassungsfall Nichteintreten androhte, konnte es für den Kläger nicht zweifelhaft sein, was geschehen bzw. wie der Entscheid im Falle der Nichtleistung lauten würde. Hätte er dies verhindern wollen, wäre er gehalten gewesen, die Vorinstanz auf den Abschluss des Betreibungsverfahrens, dessen Bedeutung ihm ganz offensichtlich bewusst war, aufmerksam zu machen. Wegen der verspätet geltend gemachten neuen Tatsache "Abschluss der Verteilung" hat es deshalb beim Nichteintretensentscheid der Vorinstanz zu bleiben.

Letztlich hätte aber auch die Abschreibung infolge Gegenstandslosigkeit nichts daran geändert, dass die Kosten des vom Kläger mit Eingabe vom 7. Juni 2012 (act. 1) angehobenen Prozesses festzusetzen und aufzuerlegen gewesen wären, weil jedes Verfahren, auch wenn kein Entscheid in der Sache ergeht, kostenpflichtig ist. Wäre das Verfahren wegen der eingetretenen Gegenstandslosigkeit abgeschrieben worden, dann hätten die Kosten nach Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO auferlegt werden müssen. Da es in einem gegenstandslos gewordenen Verfahren keinen Gewinner und keinen Verlierer gibt, werden die Kosten nach dem mutmasslichen Gewinn bzw. Verlust auferlegt oder nach dem Verursacherprinzip, das denjenigen kostenpflichtig macht, der das Verfahren eingeleitet hat oder der die Gegenstandslosigkeit verursacht hat (KuKo ZPO-Schmid, N. 9 zu Art. 107). Hier hat der Kläger nicht nur das Verfahren eingeleitet, sondern auch die Gegenstandslosigkeit insofern zu vertreten, als er das Betreibungsamt, das vom pendenden Lastenverzeichnis offenbar keine Kenntnis hatte und die Verteilung deshalb durchführte, auf den noch hängigen Prozess hätte hinweisen können. Dass er das getan hätte und dass das Betreibungsamt die Verteilung dennoch vorgenommen hat, behauptet der Kläger nicht (allenfalls wäre in diesem Fall auch eine

SchK-Beschwerde an die Aufsichtsbehörden möglich gewesen). Auf die Höhe der erhobenen Kosten ist sogleich näher einzugehen.

3. Der Kläger hat mit Eingabe vom 7. Juni 2012 die Lastenbereinigungsklage eingereicht (act. 1). Am 11. Juni 2012 hat die Vorinstanz das Gesuch um Aussetzung der Versteigerung vom 14. Juni 2012 abgewiesen und dem Kläger einen Kostenvorschuss von Fr. 26'082.-- auferlegt (act. 3 S. 3), welchen Entscheid der Kläger an die Kammer weitergezogen hat, die ihrerseits am 9. Juli 2012 entschied (act. 7). Nach Vorliegen dieses Entscheides hat die Vorinstanz am 5. September 2012 eine Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses angesetzt (act. 8), der wegen des Weiterzuges ans Bundesgericht nicht geleistet wurde (act. 13). Als Folge des bundesgerichtlichen Entscheides vom 11. Februar 2013 (act. 13) erfolgte am 21. März 2013 eine weitere Nachfristansetzung durch die Vorinstanz (act. 14), was – als der Kostenvorschuss vom Kläger nicht geleistet worden war – zum angefochtenen Nichteintretensentscheid geführt hat (act. 18 S. 2 f.).

Wie die Kammer in ihrem Entscheid vom 9. Juli 2012 (act. 7) festgehalten hat, war die Vorinstanz zur Entscheidung des Versteigerungsaufschubes nicht zuständig (act. 7 E. 6 S. 5), was auch das Bundesgericht im Entscheid vom 11. Februar 2013 bestätigt hat (act. 13 E. 2.1., 2.3.1). Die vorinstanzlichen Aufwendungen, die mit der Aufschubsproblematik im Zusammenhang stehen, dürfen den Kläger daher nicht belasten, auch wenn er es war, der das Begehren fälschlicherweise beim Gericht statt beim Betreibungsamt gestellt hatte. Relevante Aufwendungen sind im vorinstanzlichen Verfahren daher nur diejenigen im Zusammenhang mit der Auferlegung des Kostenvorschusses. Unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 2 GerGebV (Zeitaufwand und Schwierigkeit des Falles) sowie § 10 Abs. 1 GerGebV (Entscheid ohne Anspruchsprüfung) ist die Entscheidgebühr für das vorinstanzliche Verfahren auf Fr. 2'000.-- herabzusetzen.

4. Der Kläger hat im Verfahren vor der Kammer teilweise obsiegt, indem von seinen zwei Begehren (Gutheissung der Berufung/Nichtigerklärung des vorinstanzlichen Entscheides sowie vollumfängliche Streichung der Entscheidgebühr) das eine mit einer Reduktion von Fr. 13'000.-- auf Fr. 2'000.-- teilweise gutgeheissen wurde. Für das Verfahren vor der Kammer ist er deshalb zu einer ent-

sprechend reduzierten Gerichtsgebühr (§ 4 Abs. 2, § 12 Abs. 1 GerGebV) von Fr. 1'500.-- zu verpflichten. Der Beklagten ist mangels Umtrieben keine Entschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung des Klägers wird die Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Horgen vom 22. Mai 2013 aufgehoben und durch folgende Formulierung ersetzt:

"Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'000.--".

Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von act. 23, sowie an das Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Horgen und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

5. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.  
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt  
rund Fr. 766'000.--.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am: