

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NE140011-O/U99.doc

Mitwirkend: Oberrichtern Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, die  
Oberrichter Dr. H.A. Müller und lic. iur. M. Spahn sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

## Urteil vom 15. April 2015

in Sachen

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

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Fürsprecher X. \_\_\_\_\_,

gegen

**Konkursmasse der B. \_\_\_\_\_ AG in Liquidation,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Konkursamt ...-Zürich,

dieses vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_,

betreffend **Kollokation**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am  
Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht für SchKG-Klagen, vom 17. September  
2014 (FO140005-L)**

**Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2):**

- "1. Es sei die von der Klägerin im Konkurs über die B. \_\_\_\_\_ AG i.L. beim Konkursamt ...-Zürich angemeldete und von diesem mit Verfügung vom 27. Januar 2014 abgewiesene Forderung von CHF 522'115.30 als begründet und als pfandgesichert (lastend auf C. \_\_\_\_\_-Grundbuchblatt Nrn. 1, 2, 3, 4; gesichert durch einen Inhaberschuldbrief von CHF 750'000.00 jeweils im 2. Rang als Gesamtpfand) zu kollozieren und in die entsprechenden Lastenverzeichnisse aufzunehmen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes Zürich (Einzelgericht für SchKG-Klagen) vom 17. September 2014:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf CHF 5'550.-.
3. Die Entscheidegebühr wird der klagenden Partei auferlegt und vom geleisteten Vorschuss bezogen.
4. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteient-schädigung von CHF 8'000.- zu bezahlen.

**Berufungsanträge:**

**der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 36 S. 2):**

1. Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 17. September 2014 sei vollumfänglich aufzuheben und die Sache sei zur neuen Entscheidung, im Sinne der Erwägungen, an das Bezirksgericht Zürich zurückzuweisen.

Eventualiter: Es sei die von der Klägerin im Konkurs über die B. \_\_\_\_\_ AG i.L. beim Konkursamt ...-Zürich angemeldete und von diesem mit Verfügung vom 27. Januar 2014 abgewiesene Forderung von CHF 522'115.30 als begründet und als pfandgesichert (lastend auf C. \_\_\_\_\_-Grundbuchblatt Nrn. 1, 2, 3, 4; gesichert

durch einen Inhaberschuldbrief von CHF 750'000.00 jeweils im 2. Rang als Gesamtpfand) zu kollozieren und in die entsprechenden Lastenverzeichnisse aufzunehmen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 44 S. 2):

1. Die Berufung sei abzuweisen und es sei das Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht für SchKG-Klagen, vom 17. September 2014 (FO 140005-L) zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsklägerin.

### **Erwägungen:**

#### 1. Sachverhalt

1.1. Im vorliegenden Prozess spielen drei Protagonisten eine Rolle:

1.1.1. Die Klägerin (A. \_\_\_\_\_ AG) ist in Zürich domiziliert und betreibt das Bankgeschäft (Urk. 49).

1.1.2. Die D. \_\_\_\_\_ AG ist eine Aktiengesellschaft mit einem Aktienkapital von 2 Mio. Franken. Sie bezweckt namentlich die "Planung und Überbauung von Grundstücken" sowie den "Handel mit Immobilien und deren Verwaltung sowie Dienstleistungen für Dritte im Immobilienbereich". Seit ihrer Gründung im Jahre 2008 bis März 2012 war sie an der ...strasse ... in Zürich domiziliert, später an der ...strasse ... in Zürich. Seit dem 17. Dezember 2014 ist die Gesellschaft im Handelsregister des Kantons Zug eingetragen mit Domizil ... [Adresse] (Urk. 47 und 48). Verwaltungsratspräsident der D. \_\_\_\_\_ AG war bis zum März 2012 E. \_\_\_\_\_ (Urk. 47).

1.1.3. Die B. \_\_\_\_\_ AG wurde am 18. Mai 2007 in das Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und war seit August 2007 – wie die D. \_\_\_\_\_ AG – an der ...strasse ... in Zürich domiziliert. Sie wies ein Aktienkapital von Fr. 400'000.00 auf

und bezweckte "die Tätigkeit als Bauträgerin, General- und/oder Totalunternehmerin im Immobilienbereich sowie als Immobilienhändlerin und Dienstleisterin im Immobilienbereich" (Urk. 46). Mit Urteil vom 19. Juli 2012 des Konkursrichters des Bezirksgerichts Zürich wurde über die B.\_\_\_\_\_ AG der Konkurs eröffnet. Alsdann stellte der Konkursrichter am 3. Dezember 2012 das Konkursverfahren zunächst mangels Aktiven ein, ordnete indessen mit einem weiteren Urteil vom 18. Dezember 2012 das summarische Verfahren an (Urk. 46). Verwaltungsratspräsident der B.\_\_\_\_\_ AG mit Einzelunterschrift war bis zur Konkursöffnung E.\_\_\_\_\_ (Urk. 47).

1.2. Die B.\_\_\_\_\_ AG in Liq. ist Eigentümerin zweier Stockwerkeinheiten der Liegenschaft *F.\_\_\_\_\_strasse 70 in C.\_\_\_\_\_* (3½-Zimmerwohnung Nr. 3.1 im Gartengeschoss und 3½-Zimmerwohnung Nr. 3.3 im Obergeschoss) sowie der dazugehörigen Garagenparkplätze (Urk. 1 S. 4; Urk. 15 S. 2 f.; Anhänge von Urk. 3/3 - 3/6; vgl. dazu auch: Urk. 3/18).

Gemäss dem vom Grundbuchamt G.\_\_\_\_\_ am 26. November 2010 ausgestellten Schuldbrief bekannte die B.\_\_\_\_\_ AG, dem Inhaber des Schuldbriefes den Betrag von Fr. 750'000.00 nebst Zinsen schuldig zu sein (Urk. 3/11). Der Schuldbrief lastet an der zweiten Pfandstelle auf ursprünglich insgesamt sechs zur Liegenschaft *F.\_\_\_\_\_strasse 70 in C.\_\_\_\_\_* zugehörigen Grundstücken, von denen zwei allerdings am 7. Dezember 2011 aus der Pfandhaft entlassen wurden. Seit dem 7. Dezember 2011 belastet der Schuldbrief nur noch die folgenden Grundstücke der B.\_\_\_\_\_ AG in Liq.: Grundbuchblatt 1 (= Wohnung Nr. 3.1), Grundbuchblatt 2 (Wohnung Nr. 3.3), Grundbuchblatt 3 (Garagenplätze), Grundbuchblatt 4 (Garagenplätze).

1.3. Am 29. Januar 2010 / 11. Februar 2010 schlossen die Klägerin einerseits sowie die D.\_\_\_\_\_ AG andererseits einen "Kreditvertrag" (Urk. 3/12). Gemäss diesem Vertrag stellte die Klägerin der D.\_\_\_\_\_ AG eine Kreditlimite von 17,5 Mio. Franken als Baukredit für das *Bauobjekt F.\_\_\_\_\_strasse 70 in C.\_\_\_\_\_* zur Verfügung. Der Vertrag ersetzte denjenigen vom 15. Juli 2008.

1.3.1. Gemäss dem erwähnten Vertrag wurden 9 Mio. Franken bereits per 31. Dezember 2009 ausbezahlt. Die weiteren 8,5 Mio. Franken sollten "laufend nach Baufortschritt gegen Einreichung der Akontorechnungen an uns bezogen werden" (Urk. 3/12 S. 2).

1.3.2. Unter der Überschrift "Sicherheit" wurde im Kreditvertrag Folgendes festgehalten:

"Grundpfand eingesetzt durch D. \_\_\_\_\_ AG  
CHF 20'000'000.00 Namensschuldbrief, dat. 01.02.2008  
im 1. Rang lastend auf Grundbuch C. \_\_\_\_\_ GBBI / Kataster / Parzelle Nr. ...  
Sicherungsübereignet gemäss separater Vereinbarung"

1.3.3. Unter Hinweis auf ihre "Allgemeinen Geschäftsbedingungen" kündigte die Klägerin mit Brief vom 27. Juni 2012 an die D. \_\_\_\_\_ AG den erwähnten "*Baukredit ...*" "per sofort" und stellte eine Kapitalschuld von Fr. 1'288'831.95 nebst Zins zu 2.25% seit dem 1. April 2012 per 29. Juni 2012 fällig. Weiter kündigte die Klägerin den "sich gemäss Sicherungsübereignung vom 27. Juli 2008 in unserem Eigentum befindenden Schuldbrief per sofort" und stellte "diesen ebenfalls per 29. Juni 2012 fällig" (Urk. 3/13).

1.4. In der Folge ging die B. \_\_\_\_\_ AG gegenüber der Klägerin die folgenden Verpflichtungen ein:

1.4.1. Am 30. April 2011 unterzeichneten die D. \_\_\_\_\_ AG als "Kreditnehmerin" und die B. \_\_\_\_\_ AG als "Grundeigentümerin", beide handelnd durch E. \_\_\_\_\_, zuhanden der Klägerin eine als "*Sicherungsübereignung*" bezeichnete Erklärung (Urk. 3/18). Demgemäss wurden der Klägerin der oben erwähnte (E. 1.2.) Schuldbrief, ausgestellt zu Lasten der B. \_\_\_\_\_ AG und lastend im Betrage von Fr. 750'000.00 im zweiten Rang auf der Liegenschaft F. \_\_\_\_\_ strasse 70 in C. \_\_\_\_\_ (heute lastend auf GBBI 1, 2, 3, 4; vgl. dazu Urk. 3/11 und oben E. 1.2.) zu Eigentum übergeben. Der Schuldbrief sollte gemäss dieser Erklärung der Klägerin Sicherheit für ihre sämtlichen bestehenden oder künftigen Forderungen sowohl gegenüber der Kreditnehmerin als auch gegenüber der Grundeigentümerin bieten.

1.4.2. Am 9./10. August 2011 unterzeichneten die Klägerin sowie die B.\_\_\_\_\_ AG eine Vereinbarung betreffend "Schadloserklärung, Pfandvertrag, Sicherungsüber-  
eignung" (Urk. 3/17). Gemäss diesem Vertrag übergab die B.\_\_\_\_\_ AG der Klä-  
gerin "Schuldbriefe [= Schuldbrief gemäss Urk. 3/11] zur Sicherheit für einen all-  
fälligen Schaden in deren Eigentum" (Ziff. II/1). Im Fall, dass die D.\_\_\_\_\_ AG ge-  
genüber der Klägerin alle Schulden tilgen und sich sodann "per Saldo aller An-  
sprüche auseinandergesetzt" erklären sollte, hatte die Klägerin allerdings "die  
Schuldbriefe und die Pfänder der B.\_\_\_\_\_" zurückzugeben (Ziff. II/3).

1.5. Am 20. April 2012 klagte die D.\_\_\_\_\_ AG beim Handelsgericht des Kan-  
tons Zürich gegen die Klägerin des vorliegenden Verfahrens, d.h. gegen die  
A.\_\_\_\_\_ AG, auf Zahlung von Fr. 1'419'682.10. Zu dem vom Handelsgericht unter  
Proz.-Nr. HG120083 geführten Verfahren ist Folgendes zu sagen:

1.5.1. Mit der Klageschrift vom 20. April 2012 wurde seitens der D.\_\_\_\_\_ AG im  
Wesentlichen geltend gemacht, dass die A.\_\_\_\_\_ AG zwischen dem 2. Dezember  
2010 und dem 2. Februar 2011 entgegen der "klaren und eindeutigen externen  
wie internen Unterschriftenregelung" sieben Zahlungen zu Lasten des Baukredit-  
kontos ... der D.\_\_\_\_\_ AG im Gesamtbetrag von Fr. 1'419'682.10 zu Unrecht ver-  
anlasst habe (Urk. 16/11).

1.5.2. Die A.\_\_\_\_\_ AG bestritt mit ihrer Klageantwort vom 2. Juli 2012 an das  
Handelsgericht, dass die Überweisungen nicht autorisiert gewesen seien und ver-  
langte die Abweisung der Klage (Urk. 16/12).

1.5.3. In der Folge führte das Handelsgericht am 28. November 2012 eine Ver-  
gleichsverhandlung im Sinne von Art. 226 ZPO durch, anlässlich welcher die Par-  
teien den folgenden Vergleich schlossen:

- "1. Die Klägerin [= D.\_\_\_\_\_ AG] verpflichtet sich, der Beklagten [= A.\_\_\_\_\_ AG] innert 20 Tagen ab Erhalt der Abschreibungsverfügung des Han-  
delsgerichts CHF 250'000.00 auf das Konto der Klägerin [= D.\_\_\_\_\_ AG]  
bei der Beklagten [= A.\_\_\_\_\_ AG], Konto Nr. ... zu bezahlen.
2. Die Beklagte [= A.\_\_\_\_\_ AG] verpflichtet sich, innert drei Tagen nach  
Eingang der Zahlung gemäss Ziffer 1 den Saldo des Kontos der Klägerin  
[= D.\_\_\_\_\_ AG] glattzustellen.

3. Mit Erfüllung dieses Vergleichs erklären sich die Parteien per Saldo aller gegenseitigen Ansprüche aus dem eingeklagten Saldo sowie aus dem Kaufvertrag Wiederkehr auseinandergesetzt. Ausgenommen von dieser Regelung sind weitere Kontoverbindungen zwischen den Parteien.
4. Die Parteien [D.\_\_\_\_\_ AG einerseits und A.\_\_\_\_\_ AG anderseits] übernehmen die Gerichtskosten je zur Hälfte und verzichten gegenseitig auf eine Parteientschädigung.
5. Dieser Vergleich gilt, sofern ihn nicht eine der Parteien [D.\_\_\_\_\_ AG einerseits und A.\_\_\_\_\_ AG anderseits] bis spätestens am 7. Dezember 2012 (Datum Poststempel) durch schriftliche Eingabe an das Handelsgericht Zürich widerruft."

1.6. Unbestritten ist, dass die Klägerin auf dem Baukreditkonto der D.\_\_\_\_\_ AG schliesslich per 31. Dezember 2012 einen Negativsaldo von Fr. 1'310'762.40 verbuchte. Nach der Darstellung der Klägerin soll eine Kaufpreistranche aus dem Kaufvertrag "Wiederkehr" von Fr. 800'000.00 anstatt auf das Baukreditkonto bei der Klägerin auf ein Konto der B.\_\_\_\_\_ AG überwiesen worden sein. Und anderseits soll E.\_\_\_\_\_, der seinerzeit sowohl Verwaltungsratspräsident der D.\_\_\_\_\_ AG als auch der B.\_\_\_\_\_ AG war, weitere Zahlungen zu Lasten des Baukreditkontos der D.\_\_\_\_\_ AG bei der Klägerin veranlasst haben, und zwar zu Gunsten der B.\_\_\_\_\_ AG (Urk. 1 S. Rz 8 f.).

1.7. Nachdem am 19. Juli 2012 über die B.\_\_\_\_\_ AG der Konkurs eröffnet und am 18. Dezember 2012 das summarische Verfahren angeordnet worden war, wurden am 31. Januar 2014 vom Konkursamt der Kollokationsplan (Urk. 3/7) sowie vier Lastenverzeichnisse betreffend die Grundstücke 1, 2, 3 und 4 an der F.\_\_\_\_\_strasse in C.\_\_\_\_\_ öffentlich aufgelegt (Urk. 3/3-3/6).

1.7.1. Am 21. Februar 2013 meldete die Klägerin Pfandrechte im Konkurs der B.\_\_\_\_\_ AG an, und zwar mit dem Bemerken, dass keine direkte Forderung gegen die Gesellschaft bestehe, weshalb auch keine Forderungseingaben gemacht worden seien (Urk. 3/23). Die Klägerin errechnet in ihrer Eingabe an das Konkursamt einen "restlichen Schaden" von Fr. 522'115.30 und stellt sich auf den Standpunkt, dass dieser Schaden durch den im 2. Rang ausgestellten Inhaberschuldbrief (Urk. 3/11) gesichert sei.

1.7.2. Auf Ersuchen des Konkursamtes vom 30. April 2013 (Urk. 16/5) ergänzte die Klägerin ihre Stellungnahme am 23. Mai 2013 (Urk. 16/6).

1.7.3. Mit Verfügung vom 27. Januar 2014 wies das Konkursamt "die Forderung einschliesslich Pfandrecht auf den Grundstücken Grundbuch C. \_\_\_\_\_ 1, 2, 3, 4" ab (Urk. 3/10).

## 2. Prozessverlauf

2.1. Am 19. Februar 2014 erhob die Klägerin im Sinne von Art. 250 Abs. 1 SchKG beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich gegen die Konkursmasse der B. \_\_\_\_\_ AG rechtzeitig Kollokationsklage mit dem oben vermerkten Rechtsbegehren. Mit Urteil vom 17. September 2014 wies das Einzelgericht die Klage ab (Urk. 37).

2.2. Gegen das erwähnte Urteil erhob die Klägerin rechtzeitig am 11. Dezember 2014 Berufung (Urk. 36; Urk. 34). Die Berufung wurde von der Beklagten am 6. März 2015 beantwortet (Urk. 44). In der Folge wurde weder im Sinne von Art. 316 ZPO ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet noch eine Berufungsverhandlung durchgeführt.

## 3. Prozessuales

3.1. Mit Verfügung vom 30. Januar 2015 wurden die Parteien im Sinne von Art. 48 ZPO darauf hingewiesen, dass der obergerichtliche Referent in seiner damaligen Funktion als Vizepräsident des Handelsgerichts mit der Verfügung vom 17. Dezember 2012 das handelsgerichtliche Verfahren zwischen der heutigen Klägerin und der D. \_\_\_\_\_ AG abgeschrieben habe (Urk. 43 mit Hinweis auf Urk. 3/19). In der Folge wurde von keiner Partei ein Ausstandsgrund geltend gemacht; ein solcher ist denn auch nicht ersichtlich, weil kein Tätigwerden "in der gleichen Sache" im Sinne von Art. 47 Abs. 1 lit. b ZPO vorliegt.

3.2. Die Berufung ist vom Berufungskläger zu begründen. Es besteht zwar kein Rügeprinzip, indessen eine Begründungspflicht bzw. Begründungslast. Kommt der Berufungskläger dieser Obliegenheit nicht nach, so kann sich das zu seinem Nachteil auswirken (BSK-SPÜHLER, Art. 311 ZPO N 15). Die Berufungsbegründung kann nicht darin liegen, dass die erstinstanzlich vorgetragenen Tatsachenbehauptungen und rechtlichen Argumente vor Obergericht einfach wiederholt

werden. Vielmehr hat der Berufungskläger darzutun, dass der angefochtene Entscheid hinsichtlich Tatsachenfeststellungen oder der daraus gezogenen rechtlichen Folgerungen mangelhaft ist (BGer 4A\_290/2014 vom 1.9.2014 E. 3.1). Noven sind im Berufungsverfahren grundsätzlich unzulässig. Liegt ein Ausnahmefall von Art. 317 Abs. 1 ZPO vor, so ist auch das mit der Berufung darzutun.

3.2.1. Unter dem Titel "Skizzierung des Sachverhalts" und "Standpunkte der Parteien" stellt die Klägerin den Sachverhalt im Berufungsverfahren neu dar (vgl. Urk. 36 ff.), ohne dass sie sich in diesem Zusammenhang auf Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO berufen würde. Das ist unzulässig, und die betreffenden Ausführungen der Klägerin sind daher ohne jeden Belang. Gleiches gilt für den im Berufungsverfahren eingereichten Ordner mit neuen Beweisurkunden (Urk. 39/3-20). Ohne eine Erörterung in der Berufung im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO müssen auch sie unbeachtlich bleiben. Entscheidend sind dagegen einzig die im erstinstanzlichen Verfahren vor Aktenschluss vorgetragenen Tatsachenbehauptungen und die gleichzeitig diesen Tatsachenbehauptungen zugewiesenen Beweisanträge (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO).

3.2.2. Die Klägerin irrt, wenn sie glaubt, im Berufungsverfahren könnten zur "Vervollständigung" des Sachverhalts gewisse Fragen erstmals aufgeworfen werden (Urk. 36 Rz 47), denn das ist mit dem Novenverbot nicht vereinbar. Und sie irrt in gleicher Art, wenn sie der Vorinstanz vorwirft, zu Unrecht "den wirklichen Willen der Kontrahenten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (ex tunc)" im Zusammenhang mit der sog. Schadloserklärung vom 9./10. August 2011 (Urk. 3/17) nicht *erforscht* zu haben (Urk. 36 Rz 50). Solches tut das Gericht nämlich nur im Rahmen des strengen Untersuchungsgrundsatzes gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO, der allerdings einzig bei Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten anwendbar ist. Hier hat sich das Gericht aber am Verhandlungsgrundsatz zu orientieren und daher nur solche Tatsachen zu berücksichtigen, welche die Parteien bis zum Aktenschluss in den Prozess eingeführt haben (vgl. Art. 55 Abs. 1 ZPO). Unzutreffend ist schliesslich auch die Haltung der Klägerin, dass die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen werden müsste, wenn sich ein Beweisverfahren als nötig erweisen sollte (Urk. 36 Rz 52). Gemäss Gesetz liegt es im Ermessen der Beru-

fungsinstanz, ob sie die Sache, wenn sich ein Beweisverfahren als nötig erweisen sollte, an die Vorinstanz zurückweist oder ob sie selber Beweis abnimmt (Art. 316 Abs. 3 und Art. 318 Abs. 1 lit. c. Ziff. 2 ZPO). Der auf Rückweisung der Sache ausgerichtete Hauptantrag der Berufung ist daher unzulänglich. Da die Klägerin im Berufungsverfahren wenigstens einen materiellrechtlichen Eventualantrag gestellt hat, kann auf die Berufung gleichwohl eingetreten werden.

#### 4. Materielles

4.1. Die Klägerin stützt sich auf den ihr sicherungsübereigneten Schuldbrief vom 26. November 2010 (Urk. 3/11). Am 1. Januar 2012 sind zwar die neuen Bestimmungen über den Schuldbrief gemäss dem Bundesgesetz vom 11. Dezember 2009 in Kraft getreten (Art. 842 ff. ZGB). Da der hier interessierende Schuldbrief aber vor dem 1. Januar 2012 ausgestellt wurde, ist gemäss Art. 1 Abs. 1 und Art. 26 Abs. 1 SchIT ZGB das frühere Recht heranzuziehen (vgl. dazu BGE 140 III 180 E. 3).

4.2. Mit dem auf den Grundstücken der Kridarin lastenden Schuldbrief vom 26. November 2010 sollten die Forderungen der Klägerin gegenüber der D.\_\_\_\_\_ AG sichergestellt werden (vgl. "Sicherungsübereignung" vom 30. April 2011, Urk. 3/18 und "Schadloserklärung" vom 9./10. August 2011 Ziff. II, Urk. 3/17). Begründet wurde damit zwischen der Kridarin einerseits und der Klägerin andererseits ein Drittpfandverhältnis (vgl. dazu: BGE 140 III 36 E. 4). Wird, wie hier, dem Gläubiger fiduziarisch das Eigentum am Schuldbrief eingeräumt (sog. Sicherungsübereignung), findet nach der Rechtsprechung – abweichend von der dispositiven Vorschrift von Art. 855 aZGB – keine Neuerung der Schuld im Sinne von Art. 116 OR statt: Vielmehr kommt die Schuldbriefforderung zur sichergestellten kausalen Grundforderung hinzu. Damit stehen dem Gläubiger grundsätzlich zwei Forderungen zu. Es entspricht dies der Rechtslage, die das neue Recht seit dem 1. Januar 2012 mit Art. 842 Abs. 2 ZGB ausdrücklich vorsieht (BGE 140 III 180 E. 5.1.1 mit Hinweisen).

Die Sicherungsabrede bildet gleichsam die "Klammer" zwischen diesen beiden Forderungen. Das "zentralste Element" dieser Sicherungsabrede liegt darin,

dass der Gläubiger die im Schuldbrief verankerte Schuldbriefforderung nur insoweit in Anspruch nehmen darf, als die sich aus dem Grundverhältnis ergebende Forderung fällig ist und nicht erfüllt wird. Oder mit andern Worten: Gemäss der Sicherungsabrede verpflichtet sich der Gläubiger gegenüber dem Pfandbesteller von seinen sich aus dem Schuldbrief ergebenden Rechten nur insoweit Gebrauch zu machen, als es der Sicherungszweck des Geschäfts auch erfordert (THOMAS SUTTER-SOMM / BENEDIKT SEILER, in: Une empreinte sur le Code Civile, Mélanges en l'honneur de PAUL-HENRI STEINAUER, Bern 2013, S. 637 f., namentlich auch mit Hinweis auf JÖRG SCHMID / BETTINA HÜRLIMANN-KAUPP, Sachenrecht, 4. A., Rz 1844g). Es ist dies ein Gesichtspunkt, der unmittelbar aus dem Gebot von Art. 2 Abs. 1 ZGB fliesst, wonach jedermann in der Ausübung seiner Rechte nach Treu und Glauben zu handeln hat. In diesem Sinne enthält die Sicherungsabrede ein pactum de non petendo: Der Gläubiger darf in die Schuldbriefforderung nur insoweit vollstrecken, als die Grundforderung noch offen ist. Im weiteren Umfange darf der Gläubiger von seiner überschliessenden Rechtsmacht aber keinen Gebrauch machen (JÖRG SCHMID / BETTINA HÜRLIMANN-KAUPP, a.a.O., Rz 1844h und Rz 1844j). In diesem Sinne lässt sich mit dem Bundesgericht sagen, dass es zwischen dem sicherungsübereigneten Schuldbrief einerseits und der Grundforderung andererseits eine *Beziehung der "mittelbaren Akzessorietät"* gibt (BGE 132 III 166 E. 6.2).

4.3. Gemäss der von der Kridarin auf Briefpapier der Klägerin abgegebenen Erklärung vom 30. April 2011 betreffend "Sicherungsübereignung" soll mit der fideuziarischen Eigentumsübertragung des Schuldbriefes der Klägerin für sämtliche Forderungen einerseits aus mit der D.\_\_\_\_\_ AG bereits abgeschlossenen und andererseits auch aus künftig noch abzuschliessenden Verträgen Sicherheit geboten werden (vgl. Urk. 3/18 Ziff. 1). Die spätere (ebenfalls auf Briefpapier der Klägerin abgegebene) Erklärung der Kridarin vom 9./10. August 2011, auf welche sich die Klägerin auch beruft, bezieht sich sodann ausdrücklich, auf den "Schaden, der der A.\_\_\_\_\_ "aus dem *Kreditverhältnis* A.\_\_\_\_\_ – D.\_\_\_\_\_ AG erwachsen könnte" (Urk. 3/17 Ziff. I). Damit steht fest, dass Ansprüche gesichert werden sollten, die der Klägerin aus Verträgen zustehen, die sie mit der D.\_\_\_\_\_ AG geschlossen hat.

4.3.1. Im Prozess stützt sich die Klägerin in diesem Zusammenhang einzig auf den Baukredit ... vom 19. Januar / 11. Februar 2010 (Urk. 3/12), von dem sie behauptet, dass per 31. Dezember 2012 ein Saldo zu ihren Gunsten von Fr. 1'310'762.40 bestanden habe (Urk. 1 Rz 8). In der Folge verrechnete die Klägerin am 23. Januar 2013 ein ihr von der Kridarin verpfändetes Kontoguthaben von Fr. 538'647.10 mit dem Negativsaldo des Baukreditkontos der D.\_\_\_\_\_ AG (Urk. 1 Rz 12 mit Hinweis auf Urk. 3/22), so dass gemäss der Rechnung der Klägerin an und für sich noch von einem verbleibenden Negativsaldo zu Lasten des Baukreditkontos ... der D.\_\_\_\_\_ AG von Fr. 772'115.30 auszugehen wäre. Die Klägerin weist auf keine weiteren Geschäftsbeziehungen zwischen ihr und der D.\_\_\_\_\_ AG hin, die hinsichtlich der erwähnten "Sicherungsübereignung" von Belang sein könnten und die wenigstens mit der ersten Erklärung vorbehalten wurden (Ziff. 1 der Erklärung vom 14. April 2011, Urk. 3/18). Die spätere Erklärung vom 9./10. August 2011 visiert demgegenüber *ein einziges Kreditverhältnis* zwischen der Klägerin und der D.\_\_\_\_\_ AG an (Urk. 3/17 Ziff. I), womit nur der Baukredit ... gemeint sein kann.

4.3.2. Im Zusammenhang mit dem Baukredit ... war es indessen die D.\_\_\_\_\_ AG, welche die heutige Klägerin am 20. April 2012 beim Handelsgericht des Kantons Zürich einklagte und nicht etwa die heutige Klägerin, welche die D.\_\_\_\_\_ AG eingeklagt hätte. Dieser vom Handelsgericht unter Proz.-Nr. HG120083 behandelte Prozess führte zu dem bei den Akten liegenden gerichtlichen Vergleich, mit dem sich die damaligen Prozessparteien nicht etwa auf eine Zahlung der heutigen Klägerin (und damaligen Beklagten) an die D.\_\_\_\_\_ AG (und damalige Klägerin), sondern vielmehr auf eine Zahlung der D.\_\_\_\_\_ AG an die heutige Klägerin (und damalige Beklagte) einigten. Der Vergleichstext ist denkbar klar (Urk. 16/1): Auch er bezieht sich auf den Baukredit .... Die D.\_\_\_\_\_ AG sollte der heutigen Klägerin auf das Konto ... einen Betrag von Fr. 250'000.00 bezahlen, und die heutige Klägerin verpflichtete sich, nach Empfang dieses Geldes das Baukreditkonto "glatt zu stellen". Alsdann erklärten sich die Parteien als per Saldo aller gegenseitigen Ansprüche auseinandergesetzt. Von dieser Saldoklausel sollten *einzig "weitere Kontoverbindungen zwischen den Parteien"* ausgenommen sein.

4.3.3. Die Klägerin macht im vorliegenden Prozess weder geltend, dass sie die im Rahmen des handelsgerichtlichen Verfahrens vereinbarte Saldozahlung von der D.\_\_\_\_\_ AG nicht habe erhältlich machen können, noch macht sie geltend, dass die mit dem Vergleich vorbehaltenen "weiteren Kontoverbindungen" zwischen ihr und der D.\_\_\_\_\_ AG irgendeine Rolle spielten. Da sie sich aber mit der D.\_\_\_\_\_ AG bezüglich aller gegenseitiger Ansprüche aus dem Baukredit ... auseinandergesetzt hat, können irgendwelche mit diesem Baukredit zusammenhängende Ansprüche der Klägerin gegen die D.\_\_\_\_\_ AG von vornherein keine Grundlage für die Inanspruchnahme des von der Kridarin der Klägerin sicherungsübereigneten Schuldbriefes bieten. Wenn die sog. Schadloserklärung vom 9./10. August 2011 festhält, dass die Klägerin von der Kridarin "jeglichen Schaden" geltend machen kann, und zwar "unbesehen vom Rechtsgrund", dann ändert dies nichts daran, dass es einen Schaden geben muss und dass dieser Schaden gemäss Ziff. 1 der sog. "Schadloserklärung" der Klägerin "*aus dem Kreditverhältnis A.\_\_\_\_\_ – D.\_\_\_\_\_ AG erwachsen*" sein muss. Einen solchen Schaden gibt es aber angesichts der Bereinigung des Grundverhältnisses zwischen der Klägerin und der D.\_\_\_\_\_ AG nicht mehr. Unter diesen Umständen hat die Vorinstanz die Klage zu Recht abgewiesen.

4.4. Die Klägerin hält indessen auch vor Obergericht an ihrer Kollokationsklage fest:

4.4.1. Zunächst wirft die Klägerin der Vorinstanz vor, sie lasse die Rechtsnatur der sog. "Schadloserklärung" vom 9./10. August 2011 (Urk. 3/17) offen (Urk. 36 Rz 22). Die Klägerin geht davon aus, dass ihr nach Bezahlung des Vergleichsbetrages von Fr. 250'000.00 durch die D.\_\_\_\_\_ AG immer noch ein Schaden von Fr. 522'155.30 verbleibe (=Fr. 772'115.30 gemäss oben E. 4.3.1. abzüglich Fr. 250'000.00). Damit bringt die Klägerin selber die "Schadloserklärung" mit dem von ihr der D.\_\_\_\_\_ AG gewährten Baukredit ... in Zusammenhang. Solchen Ansprüchen steht aber klarerweise der im Zusammenhang mit dem erwähnten Baukredit vor Handelsgericht abgeschlossene Vergleich entgegen. Die Klägerin hätte es ohne weiteres in der Hand gehabt, durch Widerklage die ihr nach ihrer Meinung zustehenden Ansprüche aus dem Kreditvertrag gegen die D.\_\_\_\_\_ AG

durchzusetzen. Auf derartige Ansprüche hat sie aber durch die Saldoklausel im Vergleich endgültig verzichtet. Wegen der erwähnten "mittelbaren Akzessorietät" zwischen Baukredit und Schuldbriefforderung kann daher der Baukredit keine Grundlage mehr für Ansprüche der Klägerin gegen die Kridarin bilden. Das ergibt sich denn auch unmittelbar aus Ziff. II/3 der "Schadloserklärung" vom 9./10. August 2011, wonach der Schuldbrief der Kridarin zuzurückzuerstatten ist, sobald die D.\_\_\_\_\_ AG "alle ihre Schulden gegenüber" der Klägerin bezahlt haben wird und die Vertragsparteien "per Saldo aller Ansprüche auseinandergesetzt" sind. Das ist denn auch mit dem Vergleich vor Handelsgericht und dessen Vollzug geschehen. Offensichtlich unrichtig ist die These der Klägerin, wonach die Kridarin mit der "Schadloserklärung" eine nicht akzessorische Garantieerklärung abgegeben habe (vgl. Urk. 36 Rz 44). Ebenso wenig hilft der Klägerin der Umstand etwas, dass ihr die Kridarin mit der sog. Schadloserklärung versprach, "jeglichen Schaden" zu übernehmen, und zwar "unbesehen vom Rechtsgrund" (so aber die Klägerin in Urk. 36 Rz 11, 24, 31, 33, 39; vgl. Urk. 3/17 Ziff. I). Ziff. I der sog. "Schadloserklärung" knüpft nämlich ausdrücklich an das "*Kreditverhältnis A. \_\_\_\_\_ – D. \_\_\_\_\_ AG*" an. Einzig aus diesem Grundverhältnis sollten mit der Sicherungsübereignung des Schuldbriefes Forderungen der Klägerin sichergestellt werden. Und dieses Grundverhältnis wurde mit dem von der Klägerin mit der D.\_\_\_\_\_ AG vor Handelsgericht abgeschlossenen Vergleich in jeder Hinsicht bereinigt, so dass auch Ansprüche der Klägerin aus dem mit der Kridarin abgeschlossenen Sicherungsgeschäft entfallen müssen.

4.4.2. Im Zusammenhang mit der sogenannten "Schadloserklärung" vom 9./10. August 2011 wirft die Klägerin der Vorinstanz sodann die Verletzung von Art. 18 Abs. 1 OR vor, nach welcher Bestimmung "der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten" ist (Urk. 36 Rz 32 ff.). In diesem Zusammenhang habe die Vorinstanz namentlich "die von der Klägerin benannten tauglichen Beweismittel (Partei- und Zeugenbefragung)" nicht abgenommen (Urk. 36 Rz 50).

Der Inhalt eines Vertrags bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18

Abs. 1 OR). Wenn dieser unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 136 III 186 E. 3.2.1 S. 188; 132 III 24 E. 4 S. 27 f.; 131 III 606 E. 4.1 S. 611; 130 III 66 E. 3.2). Dabei hat der Richter zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 122 III 420 E. 3a S. 424). Rechtsfrage ist die objektivierte Auslegung von Willenserklärungen, wogegen die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten Tatfragen sind (BGE 133 III 61 E. 2.2.1 S. 67 mit Hinweisen).

Wie die beiden Erklärungen der Kridarin vom 14. April 2011 sowie vom 9./10. August 2011 (Urk. 3/18 bzw. 3/17) auszulegen sind, wurde bereits erörtert (vgl. oben E. 4.3. und 4.4.1.). Es kommt daher darauf an, ob die Klägerin im vorinstanzlichen Verfahren noch vor Aktenschluss bezüglich der fraglichen Erklärungen der Kridarin vom 14. April 2011 bzw. vom 9./10. August 2011 (Urk. 3/18 bzw. 3/17) Tatsachenbehauptungen in den Prozess eingeführt hat, die auf einen von der objektivierten Auslegung abweichenden und übereinstimmenden Willen der Parteien schliessen liessen. Weder vermag die Berufung auf solche Tatsachenbehauptungen im erstinstanzlichen Verfahren hinzuweisen noch sind solche ersichtlich. Vor Vorinstanz wies die Klägerin einzig auf den Wortlaut der Erklärung vom 9./10. August 2011 hin (Urk. 1 Rz 10), was ohnehin nicht weiterhilft.

4.4.3. Die Klägerin möchte sodann den von ihr vor Handelsgericht abgeschlossenen Vergleich relativieren: So führte sie vor Vorinstanz aus, dass die D. \_\_\_\_\_ AG durch die vor Handelsgericht erhobene Klage ihrer Kreditschuld "eine Forderung entgegen" gestellt habe (Urk. 31 S. 4). Durch den vor Handelsgericht mit der D. \_\_\_\_\_ AG abgeschlossenen Vergleich habe sie aber "die Verrechnung verhindern" können (Urk. 31 S. 4). Das kann nur so zu verstanden werden, dass der Prozessstandpunkt der Klägerin durchaus mit Risiken behaftet war, was den Abschluss eines Vergleichs nahelegen konnte. Dass die Bonität der D. \_\_\_\_\_ AG gemäss der Sachdarstellung der Klägerin "höchst zweifelhaft" gewesen sein soll (vgl. Urk. 31 S. 4), kann unter rechtlichen Gesichtspunkten keine Rolle spielen.

Entscheidend ist einzig, dass die Klägerin mit dem abgeschlossenen Vergleich und durch Entgegennahme der Vergleichszahlung auf sämtliche Ansprüche aus dem Baukredit gegen die D.\_\_\_\_\_ AG verzichtete. Die Schadloserklärung vom 9./10. August 2011, auf welche sich die Klägerin in erster Linie stützt, knüpft indessen, wie dargelegt, einzig an dieses "Kreditverhältnis A.\_\_\_\_\_ – D.\_\_\_\_\_ AG" (Urk. 3/17 Ziff. I) an. Die Klägerin hatte in der Folge im Sinne des von ihr abgeschlossenen Vergleichs das fragliche Konto ... glattzustellen, womit sämtliche in diesem Zusammenhang mit der Kridarin vereinbarte Sicherungsgeschäfte ohne weiteres gegenstandslos wurden. Das ist die entscheidende rechtliche Seite.

In tatsächlicher Hinsicht ist ergänzend zu bemerken, dass die Behauptung der Klägerin aktenwidrig ist, wonach beim Vergleichsschluss "explizit" berücksichtigt worden sei, dass nur der sicherungsübereignete Schuldbrief werthaltig sei (Urk. 31 S. 5). Von einer solchen "expliziten" Berücksichtigung fehlt in dem eine Saldoklausel enthaltenden Vergleichstext jede Spur. Mit einem Vergleichsvertrag legen die beteiligten Parteien einen Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Zugeständnissen bei (BGE 132 III 737 E. 1.3; 130 III 49 E. 1.2 S. 51). Das gilt auch, wenn der Vergleich eine gerichtliche Auseinandersetzung beendet (siehe BGE 121 III 397 E. 2c S. 404). Das Ziel, einen Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis zu beenden, lässt sich regelmässig nur erreichen, wenn sämtliche mit dem Streit oder der Ungewissheit zusammenhängende Fragen geregelt werden. Dieses Anliegen ist bei der Auslegung zu berücksichtigen, auch wenn der Umfang einer vergleichswisen Beilegung von Streitigkeiten oder Meinungsverschiedenheiten unterschiedlich weit gezogen werden kann. Wenn daher Fragen nicht ausdrücklich geregelt sind, die in engem Zusammenhang mit den vergleichsweise beigelegten Meinungsverschiedenheiten stehen und deren Beantwortung sich zur Beilegung des Streits aufdrängt, ist davon auszugehen, dass sie von den Parteien mangels eines ausdrücklichen Vorbehalts nicht vom Vergleich ausgenommen werden sollten (BGer 4A\_596/2014 vom 18.3.2015 E. 3.1 mit Hinweisen). Angesichts des mit einer Saldoklausel abgeschlossenen Vergleichs ist daher auch der weitere Standpunkt der Klägerin ohne Belang, sie habe durch diesen Vergleich nicht freiwillig auf Zahlungen der D.\_\_\_\_\_ AG verzichtet, sondern damit im Gegenteil "noch ein Maximum"

aus ihr herausgepresst (Urk. 31 S. 6). Angesichts der Handelsregistereinträge (vgl. Urk. 47 und 48) steht überdies im Sinne von Art. 151 ZPO fest, dass die D.\_\_\_\_\_ AG noch heute existiert. Die Klägerin hat es jedenfalls vorgezogen, mit der D.\_\_\_\_\_ AG einen Vergleich mit Saldoklausel abzuschliessen und nicht auf das ganze Vollstreckungssubstrat der D.\_\_\_\_\_ AG zu greifen, die nach wie vor über ein Aktienkapital von 2 Millionen Franken verfügt.

4.4.4. Im Zusammenhang mit den sicherungsübereigneten Schuldbriefen kommt es nach dem Gesagten einzig darauf an, ob der Klägerin bezüglich des fraglichen Baukredits ... gegenüber der D.\_\_\_\_\_ AG ein vertraglicher oder ausservertraglicher Schadenersatzanspruch zusteht, der durch den Schuldbrief sichergestellt worden wäre. Solches lässt sich nach dem Vergleichsschluss und der Bezahlung der Vergleichssumme durch die D.\_\_\_\_\_ AG klarerweise nicht sagen. Das führt in der Sache zur Abweisung der Berufung und zur Bestätigung des angefochtenen Urteils (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

## 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Mit zutreffender Begründung, auf die zu verweisen ist, nimmt die Vorinstanz einen Streitwert von Fr. 50'000.00 an (Urk. 37 S. 7 f.). Beide Parteien anerkennen vor Obergericht denn auch diese Streitwertberechnung (Urk. 36 Rz 3 und Urk. 44 Rz 4). Es ist daher von einem Streitwert von Fr. 50'000.00 auszugehen.

5.2. Zu den Kostenfolgen äussern sich die Parteien nicht im Einzelnen. Entsprechend dem Prozessausgang sind daher auch die vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsregelungen ohne weiteres zu bestätigen. Ferner wird die Klägerin auch für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten sind mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich (Einzelgericht für SchKG-Klagen) vom 17. September 2014 wird bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'500.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich (Einzelgericht), je gegen Empfangsschein.

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

6. 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 Fr. 50'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 15. April 2015

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. S. Notz

versandt am: js