

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NE210007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würigler und Ersatzoberrichter
Dr. M. Nietlispach sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hochuli

Beschluss und Urteil vom 21. September 2021

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Kläger und Berufungskläger

gegen

Personalvorsorgestiftung der Firma C._____ **AG in Liquidation,**
Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

betreffend **negative Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG**
(vorsorgliche Massnahmen)

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfah-
ren am Bezirksgericht Meilen vom 10. Juni 2021 (FO210002-G)

Erwägungen:

1.1. Die Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) führten die C._____ AG, welche sich seit dem 31. Oktober 2016 in Liquidation befindet. Die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) hatte grosse Teile ihres Vermögens bei der C._____ AG angelegt. Das damalige Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich hielt in der Folge wiederholt fest, dies stelle eine Verletzung von Art. 57 Abs. 1 und 2 BVV 2 (SR 831.441.1) dar, und verlangte, dass die Ansprüche spätestens bis Ende Mai 2008 im Sinn von Art. 58 BVV 2 sicherzustellen seien (vgl. Urk. 8/2/1). Darauf schlossen die Kläger als Drittpfand Eigentümer mit der Beklagten am 20. Februar 2009 "zur Sicherstellung der ungesicherten Ansprüche" einen öffentlich beurkundeten Pfandvertrag über die Errichtung eines Inhaberschuldbriefes von Fr. 2 Mio. im dritten Rang auf dem ihnen als Wohnliegenschaft dienenden Grundstück D._____ -strasse ... in E._____ (Urk. 8/2/3). Anfang 2014 leitete die Beklagte eine Betreuung auf Grundpfandverwertung ein (Urk. 8/2/7 S. 5). Der erhobene Rechtsvorschlag wurde (teilweise) mit provisorischer Rechtsöffnung beseitigt.

1.2. Am 12. Juni 2019 wurde das oberwähnte Grundstück aufgrund der Betreuung eines anderen Gläubigers an einer öffentlichen Versteigerung lastenfrei zugeschlagen (Urk. 8/2/19; BGer 5A_311/2020 vom 13. Mai 2020, E. 3).

1.3. Mit Eingabe vom 4. November 2020 erhoben die Kläger eine negative Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG gegen die Beklagte. Zugleich ersuchten sie sinngemäss um vorläufige Einstellung der Betreuung nach Art. 85a Abs. 2 SchKG (Urk. 8/1), welchen Antrag die Vorinstanz mit Erstverfügung vom 10. Juni 2021 abwies (Urk. 2 S. 19 = Urk. 8/15 S. 19).

1.4. Hiergegen erhoben die Kläger mit Eingabe vom 28. Juni 2021 rechtzeitig (vgl. Urk. 8/16/2) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 10. Juni 2021 (Geschäfts-Nr.: FO210002-G) aufzuheben.
2. Es sei den Klägern mit Wirkung ab dem 5. Januar 2021 für das erstinstanzliche Verfahren bezüglich des jeweils CHF 1'439'578.- übersteigenden Betrags

die unentgeltliche Rechtspflege (Befreiung der Gerichtskosten sowie Vorschuss- und Sicherheitsleistungen) zu bewilligen

3. Es sei den Klägern und Beschwerdeführern für das Beschwerdeverfahren am Obergericht die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.
4. Es sei die Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamts E'._____ im Sinne von Art. 85a SchKG Abs. 2 einzustellen, bis über die negative Feststellungsklage endgültig entschieden ist.
5. Eventualiter sei die Sache zur Beurteilung der Mittellosigkeit an die Vorinstanz zurückzuweisen.
6. Eventualiter sei die Sache zur Beurteilung des Gesuchs um vorläufige Einstellung der Betreuung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten und Beschwerdegegnerin."

1.5. Bei der vorläufigen Einstellung der Betreuung gemäss Art. 85a Abs. 2 SchKG handelt es sich um eine vorsorgliche Massnahme (BSK SchKG-Bodmer/Bangert, Art. 85a N 19). Diese betrifft vorliegend eine Betreibungsforderung von Fr. 2 Mio. (Urk. 8/2/7 S. 5; die Kläger gehen von einem noch höheren Streitwert aus [Urk. 8/1 S. 22]), weshalb die gegen deren Verweigerung erhobene Beschwerde als Berufung entgegengenommen wurde (Art. 308 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO).

1.6. Am 16. Juli 2021 (Datum Poststempel: 17. Juli 2021) reichten die Kläger eine "Ergänzung zur Berufung" ein (Urk. 9, 11 und 12/1-23).

1.7. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 8/1-26). Da sich die Berufung – wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird – als offensichtlich unbegründet erweist, erübrigt sich das Einholen einer Berufungsantwort (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

1.8. Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens ist die Abweisung des klägerischen Antrags um vorläufige Einstellung der Betreuung. Die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege für das erstinstanzliche Verfahren ist Gegenstand des Beschwerdeverfahrens PE210014-O.

1.9. Auf die Vorbringen der Kläger ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung notwendig ist.

2.1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_164/2019 vom 20. Mai 2020, E. 5.2.3). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.H.; BGer 5A_164/2019 vom 20. Mai 2020, E. 5.2.3). Eine Ergänzung der Berufungsbegründung nach Ablauf der Berufungsfrist ist unzulässig.

2.2. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden (lit. a) und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun.

2.3. Die Eingabe der Kläger vom 16. Juli 2021 (Datum Poststempel: 17. Juli 2021; Urk. 9, 11 und 12/1-23), mit der die Berufung ergänzt wird, erfolgte nach Ablauf der zehntägigen Berufungsfrist (vgl. Urk. 8/16/2 sowie Art. 314 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 248 lit. d ZPO). Inwiefern es sich dabei um zulässige Noven handelt, ist weder dargetan noch ersichtlich, weshalb die Eingabe unberücksichtigt zu bleiben hat (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. oben Ziff. 2.1 und 2.2).

3. Die Vorinstanz erwog, aufgrund des in der Klageschrift angeführten Betreffs und der klägerischen Rechtsbegehren sei unklar, betreffend welcher Betreibung die Kläger die negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG erheben würden.

Während sie auf dem Deckblatt ihrer Klage die Grundpfandbetreibungen Nr. 2 und 3 erwähnten, würden sich ihre Rechtsbegehren auf die Betreibung Nr. 1 beziehen. Aus den weiteren Ausführungen, in welchen die Kläger zwar teilweise auf die Betreibung Nr. 1 Bezug nähmen, gehe indes hervor, dass sich die Kläger auf diejenigen Betreibungen beziehen würden, in deren Rahmen ihr Grundstück verwertet worden sei, mithin die Betreibungen Nr. 2 und Nr. 3. In diesen Betreibungen sei aber die Beklagte nicht Gläubigerin, sondern sie habe in diesen Betreibungen einzig ihre grundpfandgesicherten Forderungen eingegeben. Die Klage nach Art. 85a SchKG könne jedoch nur gegen den betreibenden Gläubiger gerichtet sein, weshalb die vorliegende Klage der Kläger mangels Passivlegitimation der Beklagten als aussichtslos zu qualifizieren sei. Die Klage sei allerdings auch dann als aussichtslos anzusehen, wenn man davon ausgehe, die Kläger hätten ihre Klage in der Betreibung Nr. 1 erhoben, da das inzwischen verwertete Grundstück den Ersteigerern lastenfrei bzw. ohne grundpfandgesicherte Forderungen zugeschlagen worden sei und damit das an dritter Pfandstelle lastende Pfandrecht der Beklagten untergegangen sei. Infolgedessen komme eine vorläufige Einstellung der Betreibung vor der Verteilung des Verwertungserlöses, welche eine sehr wahrscheinliche Begründetheit der Klage voraussetze, nicht in Betracht (Urk. 2 S. 8 ff.).

4. Die Kläger rügen zusammengefasst, entgegen der nicht weiter begründeten Annahme der Vorinstanz beziehe sich ihre negative Feststellungsklage – wie sich bereits aus dem Rechtsbegehren ergebe – auf die Betreibung Nr. 1. Diese sei noch hängig, weshalb die Voraussetzungen für eine Klage nach Art. 85a SchKG erfüllt seien. Ihre Klage ziele nicht auf die im Umfang von Fr. 1'439'578.– grundpfandgesicherte, sondern auf die darüber hinausgehende Forderung der Beklagten. Diesbezüglich seien sie nicht Drittpfandgeber, sondern Schuldner und daher zur Anhebung einer negativen Feststellungsklage legitimiert. Weiter habe das Bezirksgericht Meilen als untere Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter ihrer Beschwerde gegen die Anzeige des Betreibungsamtes E'._____ vom 5. Januar 2021 über die Auflage der Verteilungsliste und der Kostenrechnung betreffend die Verwertung einstweilen aufschiebende Wirkung erteilt, da sich jene nicht als offensichtlich unhaltbar erwiesen habe. Die Vorinstanz habe zu Unrecht weder die

relevanten Akten angefordert noch die Beklagte angehört. In der Folge habe sie ihnen eine vorläufige Einstellung der Betreuung zur Abwehr der ungerechtfertigten Forderung der Beklagten zu Unrecht verweigert (Urk. 1 S. 3 ff.).

5.1. Soweit die Kläger beanstanden, die Vorinstanz habe zu Unrecht auf eine Anhörung der Gegenpartei verzichtet, ist weder konkret dargetan noch ersichtlich, was sie daraus zu ihren Gunsten ableiten möchten. Abgesehen davon setzen sie sich nicht mit der Erwägung der Vorinstanz auseinander, wonach eine Anhörung der durch die Ablehnung der vorläufigen Einstellung der Betreuung nicht negativ betroffenen Beklagten unterbleiben könne (Urk. 2 S. 17 E. V/2.3). Insofern genügen sie ihrer Begründungsobliegenheit (vgl. oben Ziff. 2.1) nicht, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist.

5.2. Als von vornherein unbehelflich erweisen sich sodann sämtliche Ausführungen der Kläger im Zusammenhang mit dem Verfahren CB210002-G am Bezirksgericht Meilen betreffend Beschwerde gegen die Anzeige des Betreibungsamtes E'._____ vom 5. Januar 2021 über die Auflage der Verteilungsliste und der Kostenrechnung (vgl. Urk. 1 S. 17 f. Rz. 94 f. sowie Urk. 4/20-23), zumal weder dargetan noch ersichtlich ist, weshalb die Kläger diese neuen Behauptungen und Beweismittel nicht bereits vor Vorinstanz hätten vorbringen können (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO; vgl. oben Ziff. 2.2).

5.3. Nach Art. 85a Abs. 1 SchKG kann der Betriebene ungeachtet eines allfälligen Rechtsvorschlages jederzeit vom Gericht des Betreibungsortes feststellen lassen, dass die Schuld nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet ist. Dabei kann die Betreuung vor der Verteilung des Verwertungserlöses vorläufig eingestellt werden, wenn die Klage als sehr wahrscheinlich begründet erscheint (Art. 85a Abs. 2 SchKG).

Vorliegend leitete die Beklagte die Betreuung Nr. 1 auf Grundpfandverwertung des Betreibungsamtes E'._____ gegen die C._____ AG (inzwischen in Liquidation) als Schuldnerin ein (Urk. 8/2/7 S. 5). Die Kläger wurden lediglich als Drittpfandsteller in dieses Betreibungsverfahren einbezogen. Sie sind daher nicht "Betriebene" im Sinne von Art. 85a Abs. 1 SchKG, da sich eine Klage gemäss dieser

Bestimmung nach deren Wortlaut nur auf die Schuld beziehen kann (BGE 129 III 197 E. 2.5 sowie Regeste).

Abgesehen davon fehlt es den Klägern auch an einem schutzwürdigen Interesse für die Erhebung einer entsprechenden negativen Feststellungsklage, denn mit dem lastenfreien Zuschlag des Grundstücks D.____-strasse ... in E.____ gingen die Grundpfandforderung und das Grundpfandrecht, aus welchem die Kläger der Beklagten mit diesem Grundstück für Schulden der C.____ AG in Liquidation hafteten, materiell unter. Da die Kläger gegenüber der Beklagten für die Betreuungsforderung – entgegen ihrer nicht weiter begründeten Darstellung (Urk. 1 S. 12 Rz. 67) – ausschliesslich mit dem bereits am 12. Juni 2019 verwerteten Grundstück gehaftet hatten (vgl. Urk. 8/2/3; Pfäffli, Theorie und Praxis zum Grundpfandrecht, in: recht 1994, S. 263 ff., 273; Obrecht, Grundbucheintrag und Pfandtitel, Diss. 1947, S. 20 ff.), ist nicht ersichtlich, weshalb sie dennoch ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO an der am 4. November 2020 erhobenen negativen Feststellungsklage haben sollten (vgl. BGer 5A_311/2020 vom 13. Mai 2020, E. 3).

Nach dem Gesagten ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die von den Klägern erhobene Klage als aussichtslos qualifizierte und in der Folge den Antrag um vorläufige Einstellung der Betreuung abwies. Damit erweist sich die Berufung als offensichtlich unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist.

6. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Partei Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die Berufung war indes, wie oben aufgezeigt, von vornherein aussichtslos, weshalb den Klägern die von ihnen beantragte unentgeltliche Rechtspflege für das zweitinstanzliche Verfahren (vgl. Urk. 1 S. 2) nicht gewährt werden kann.

7.1. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen und

ausgangsgemäss den Klägern je zur Hälfte aufzuerlegen, unter solidarischer Haftung eines jeden für den gesamten Betrag (Art. 106 Abs. 1 und 3 ZPO).

7.2. Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, den Klägern zufolge ihres Unterliegens, der Beklagten mangels relevanter Umtriebe (Art. 106 Abs. 1 ZPO, Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag der Kläger um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Klägern je zur Hälfte auferlegt, unter solidarischer Haftung eines jeden für den gesamten Betrag.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage der Doppel von Urk. 1, 3 und 4/2-23 sowie Urk. 9, 11 und 12/1-23, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert der Hauptsache übersteigt Fr. 30'000.-. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 21. September 2021

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hochuli

versandt am:
sd