

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PE180003-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Ge-  
richtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

## **Beschluss und Urteil vom 14. August 2018**

in Sachen

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

Kläger und Beschwerdeführer

gegen

**B.\_\_\_\_\_ SAS,**

Beklagte und Beschwerdegegnerin

betreffend **Negative Feststellungsklage (Art. 85a SchKG) / unentgeltliche  
Rechtspflege**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Ver-  
fahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 12. Juni 2018; Proz. FO180002**

### Erwägungen:

1.

1.1. Zwischen den Parteien ist vor dem Bezirksgericht Meilen eine negative Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG hängig, mit welcher A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Kläger) in der Hauptsache verlangt, es sei festzustellen, dass die von der B.\_\_\_\_\_ SAS (nachfolgend Beklagte) in Betreuung gesetzte Forderung von Fr. 713'819.70 zuzüglich Zins nicht mehr bestehe, und die entsprechende Betreuung Nr. ... sei aufzuheben (act. 7/1). Nachdem die Vorinstanz dem Kläger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Verfahren von Fr. 25'000.– angesetzt hatte, stellte der Kläger ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (act. 7/3; act. 7/6).

1.2. Die Vorinstanz wies dieses Gesuch mit Verfügung vom 12. Juni 2018 wegen Aussichtslosigkeit der Klage ab und setzte dem Kläger eine nicht erstreckbare Nachfrist von sieben Tagen an, um den Kostenvorschuss zu leisten; unter der Androhung, bei Säumnis werde auf die Klage nicht eingetreten (act. 3/1 = act. 6 = act. 7/10 Dispositivziffern 1-2).

1.3. Dagegen erhob der Kläger am 2. Juli 2018 (Datum Poststempel) Beschwerde mit den folgenden Anträgen (act. 2):

- " 1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 12. Juni 2018 (Geschäfts-Nr. FO180002-G//02) aufzuheben und es sei dem Beschwerdeführer für das Verfahren betreffend negativer Feststellungsklage die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren.
2. Eventualiter: Es sei die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Küsnacht-Zollikon-Zumikon vorläufig einzustellen.
3. Es sei das Verwertungsbegehren der Beschwerdegegnerin vorläufig zu sistieren.
4. Es sei dem Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren am Obergericht die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren.
5. Es sei der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Staates."

1.4. Mit Verfügung vom 6. Juli 2018 wurde vorgemerkt, dass die dem Kläger angesetzte Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses vor dem Entscheid über seine Beschwerde nicht säumniswirksam ablaufen könne (act. 4). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1-11). Weitere prozessleitende Anordnungen sind nicht zu treffen (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif. Da sogleich über die Beschwerde entschieden werden kann, werden die Anträge auf vorläufige Einstellung der Betreibung und vorläufige Sistierung des Verwertungsverfahrens gegenstandslos.

2.

2.1. Die Vorinstanz legte die rechtlichen Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zutreffend dar (act. 6 E. 2). Darauf kann verwiesen werden. Mit der Beschwerde kann (a) die unrichtige Rechtsanwendung oder (b) die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren unzulässig (Art. 326 ZPO).

2.2. Der negativen Feststellungsklage des Klägers liegt gemäss dessen Sachdarstellung und den Akten folgender Sachverhalt zugrunde:

2.2.1. Die C. \_\_\_\_\_ AG in Liquidation schuldete der S.a.r.l. D. \_\_\_\_\_ den Betrag von EUR 1'006'786.19. Mit vollstreckbarer öffentlicher Urkunde vom 6. Oktober 2015 anerkannte der Kläger, der S.a.r.l. D. \_\_\_\_\_ diesen Betrag auch selbst zu schulden (vgl. act. 7/2/2). In der Folge leistete die C. \_\_\_\_\_ AG eine Teilzahlung von EUR 350'000.–. Am 8. Januar 2016 leitete die S.a.r.l. D. \_\_\_\_\_ gegen den Kläger die Betreibung ein für den Restbetrag von Fr. 713'819.70 zuzüglich Zins. Mit Urteil vom 12. April 2016 wurde die provisorische Rechtsöffnung erteilt (vgl. act. 7/2/4).

2.2.2. Mit "cession de créance" vom 24. März 2017 erklärte die S.a.r.l. D. \_\_\_\_\_, die Forderung an die Beklagte abzutreten (act. 7/2/15). Am 4. April 2017 zeigte das Betreibungsamt dem Kläger den Gläubigerwechsel an (vgl. act. 7/2/1). Da-

raufhin ersuchte der Kläger um Bewilligung eines nachträglichen Rechtsvorschlages. Mit Urteil vom 13. Juni 2017 wurde das Gesuch abgewiesen (vgl. act. 7/2/1).

2.2.3. Mit seiner negativen Feststellungsklage machte der Kläger vor Vorinstanz im Wesentlichen geltend, die strittige Forderung sei bereits durch Verrechnung getilgt. Im Rahmen der Liquidation der S.a.r.l. D.\_\_\_\_\_ sei die Forderung mit Urteil des Tribunal de Commerce de Lorient vom 19. Dezember 2016 auf die E.\_\_\_\_\_ CZ übertragen worden. Diese habe der C.\_\_\_\_\_ Holding AG (die Muttergesellschaft der C.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation) den Kaufpreis für die Übernahme diverser Tochtergesellschaften geschuldet. An der Verwaltungsratssitzung vom 10. Januar 2017 habe die C.\_\_\_\_\_ Holding AG die Schuld gegenüber der S.a.r.l. D.\_\_\_\_\_ als ihre eigene anerkannt und der Verrechnung mit der Kaufpreisforderung zugestimmt. Die Abtretungserklärung der S.a.r.l. D.\_\_\_\_\_ vom 24. März 2017 sei unwirksam, da die Forderung in diesem Zeitpunkt bereits nicht mehr bestanden habe (vgl. act. 7/1).

2.3. Die Vorinstanz kam im angefochtenen Entscheid zum Schluss, die Einwendungen des Klägers gegen die Forderung der Beklagten erschienen nach vorläufiger Prüfung als aussichtslos. Der Kläger behauptete nicht, die C.\_\_\_\_\_ AG habe je effektiv die Verrechnung erklärt. Zudem fehle es an der Gegenseitigkeit der Forderungen. Entgegen den Vorbringen des Klägers sei die Forderung der S.a.r.l. D.\_\_\_\_\_ nicht mit Urteil des Tribunal de Commerce de Lorient vom 19. Dezember 2016 an die E.\_\_\_\_\_ CZ übertragen worden. Stattdessen habe sich Letztere durch die Beklagte substituieren lassen. Wie sich aus den Akten zweifelsfrei ergebe, sei die Forderung mit "cession de créance" vom 24. März 2017 von der S.a.r.l. D.\_\_\_\_\_ an die Beklagte abgetreten worden. Die E.\_\_\_\_\_ CZ sei nie Gläubigerin gewesen. Überdies betrage die geltend gemachte Verrechnungsforderung lediglich Fr. 500'000.– (vgl. act. 6 E. 3.3.).

2.4. Gemäss Protokoll der Verwaltungsratssitzung der C.\_\_\_\_\_ Holding AG vom 10. Januar 2017, auf welches sich der Kläger beruft, wurde nur der Verrechenbarkeit der angeführten Forderungen zugestimmt (act. 7/2/16). Der Protokolleintrag bestätigt somit intern, die C.\_\_\_\_\_ Holding AG dürfe eine Verrechnungserklärung aussprechen. Dass gegenüber der Gläubigerin tatsächlich Verrechnung er-

klärt wurde, behauptet der Kläger auch im Beschwerdeverfahren nicht (vgl. act. 2 Rz. 11 ff.). Vielmehr macht er geltend, das Vorliegen einer entsprechenden Erklärung sei irrelevant, da F.\_\_\_\_\_ sowohl bei der C.\_\_\_\_\_ Holding AG als auch bei der E.\_\_\_\_\_ CZ mit Einzelunterschrift zeichnungsberechtigt sei und davon auszugehen sei, er habe entsprechend dem Protokolleintrag gehandelt (act. 2 Rz. 13). Dass tatsächlich Verrechnung erklärt wurde, ist dadurch weder substantiiert behauptet noch glaubhaft gemacht. Überdies ist zu bemerken, dass das Handeln eines Stellvertreters für beide Seiten nach ständiger Rechtsprechung wegen Interessenkollision grundsätzlich unzulässig ist und die Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes zur Folge hat (vgl. statt vieler BGer 4A\_195/2014 E. 6.1.; BGE 127 III 332 E. 2.a). Dies ist dem Kläger entgegen zu halten, soweit er geltend machen will, F.\_\_\_\_\_ habe (stillschweigend) gleichzeitig eine Verrechnungserklärung abgegeben sowie entgegengenommen. Nicht nachvollziehbar ist schliesslich, inwiefern der Kläger mit dem Argument, die E.\_\_\_\_\_ CZ sei als Inhaberin der C.\_\_\_\_\_ Singapur eingetragen worden, eine wirksame Verrechnungserklärung belegen will (act. 2 Rz. 13). Die Vorinstanz ging damit zu Recht davon aus, das Vorliegen einer solchen sei nicht dargetan.

2.5. Den Erwägungen der Vorinstanz zur (fehlenden) Gegenseitigkeit hält der Kläger entgegen, die streitbetroffene Forderung sei mit Urteil des Tribunal de Commerce de Lorient vom 19. Dezember 2016 der E.\_\_\_\_\_ CZ zugeschlagen worden. Gemäss dem Entscheid komme Letztere am Tag danach in den Genuss der Aktiven. Die E.\_\_\_\_\_ CZ sei damit ab 20. Dezember 2016 Gläubigerin der Forderung geworden. Die Beklagte habe zu diesem Zeitpunkt noch nicht existiert und sich damit nicht durch die E.\_\_\_\_\_ CZ substituieren lassen können (act. 2 Rz. 18 ff.).

Das Handelsgericht Lorient entschied im Urteil vom 19. Dezember 2016 über den Abtretungsplan der Aktiven der S.a.r.l. D.\_\_\_\_\_ an die E.\_\_\_\_\_ CZ ("arrête le plan de cession totale en faveur de la société E.\_\_\_\_\_ CZ", act. 7/2/13 S. 6). Aus den weiteren Ausführungen im Urteil folgt, dass die Unterzeichnung der Abtretungserklärungen (ausgenommen Immobilien) innert sechs Monaten ab der Mitteilung des Urteils erfolgen sollte ("que la signature de l'acte de cession des

actifs, hors immobiliers, devra intervenir au plus tard dans un délai de six mois à compter du prononcé du jugement arrêtant le plan", act. 7/2/13 S. 10). Zudem wurde die E.\_\_\_\_\_ CZ ermächtigt, sich durch ein noch zu gründendes Unternehmen substituieren zu lassen ("autorise la société E.\_\_\_\_\_ CZ à se faire substituer par une société à créer", act. 7/2/13 S. 7). Gestützt darauf gründete die E.\_\_\_\_\_ CZ am 28. Dezember 2016 die Beklagte (vgl. act. 1 Rz. 11-13). Daraus ergibt sich, dass die Abtretung nicht bereits mit dem Urteil erfolgte, sondern im Urteil lediglich ein Abtretungsplan genehmigt wurde und die einzelnen Zessionen noch zu erfolgen hatten. Mit "cession de créance" vom 24. März 2017 erfolgte die Abtretung der streitgegenständlichen Forderung von der S.a.r.l. D.\_\_\_\_\_ an die Beklagte (act. 7/2/15). Ein Übergang der Forderung auf die E.\_\_\_\_\_ CZ bzw. die Unwirksamkeit der Abtretung an die Beklagte (vgl. act. 2 Rz. 23 f.) wurde damit – wie die Vorinstanz zutreffend schloss – nicht glaubhaft dargetan. Dass im Protokoll der Verwaltungsratssitzung der C.\_\_\_\_\_ Holding AG vom 10. Januar 2017 von einer "der E.\_\_\_\_\_ CZ gehörenden Forderung" gesprochen wurde, vermag – entgegen den Vorbringen des Schuldners (act. 2 Rz. 22 und 26) – daran nichts zu ändern, da es sich dabei wie erwähnt um ein rein internes Dokument handelt. Die Vorinstanz hat die Gegenseitigkeit der vom Kläger geltend gemachten Verrechnungsforderung damit zu Recht verneint. Auf die Ausführungen des Klägers zur Höhe der Gegenforderung ist bei diesem Ergebnis nicht näher einzugehen (act. 2 Rz. 15 ff.).

3. Auch der Argumentation des Klägers, die C.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation verfüge über eine die Betreuungsforderung übersteigende Schadenersatzforderung gegenüber der Beklagten, räumte die Vorinstanz mangels einer Verrechnungserklärung geringe Erfolgsaussichten ein (act. 6 E. 3.3.). Dies blieb unangefochten.

4. Vor diesem Hintergrund erachtete die Vorinstanz auch die von einer erfolgreichen negativen Feststellungsklage abhängigen Begehren des Klägers um Aufhebung des Arrests bzw. Verpflichtung der Beklagten zu einer Sicherheitsleistung zu Recht als aussichtslos (act. 6 E. 3.4.). Dem vermag der Kläger mit den Vorbringen in seiner Beschwerdeschrift nichts entgegen zu setzen (act. 2 Rz. 31 ff.).

5. Die Beschwerde ist demnach insgesamt abzuweisen.

6.

Wie in der Verfügung vom 6. Juli 2018 festgehalten, ist dem Kläger nach Abweisung seiner Beschwerde die Möglichkeit einzuräumen, den verlangten Kostenvorschuss noch zu bezahlen (vgl. act. 4). Nachdem mit dem angefochtenen Entscheid bereits die Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses angesetzt wurde, ist ihm diese neu anzusetzen. Die Modalitäten der Vorschussleistung richten sich nach den übrigen Bestimmungen in der Verfügung der Vorinstanz vom 12. Juni 2018 (act. 6). Der Kläger ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass im Falle des unbenützten Ablaufs der neu angesetzten Nachfrist auf seine Klage nicht eingetreten wird (vgl. OGer ZH PS170071 vom 23. März 2017 m.w.H.).

7.

7.1. Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, erweist sich auch die Beschwerde als aussichtslos, weshalb das Gesuch des Klägers um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren abzuweisen ist.

7.2. Das Beschwerdeverfahren ist im Gegensatz zum erstinstanzlichen Verfahren (Art. 119 Abs. 6 ZPO) nicht kostenlos (BGE 137 III 470 E. 6.5.; OGer ZH RU160002 vom 14. März 2016 E. 4). Ausgangsgemäss wird der Kläger kostenpflichtig (Art. 106 ZPO). Der Streitwert der Hauptsache von Fr. 828'548.95 ist Basis für die Entscheidgebühr, welche in Anwendung von § 12 in Verbindung mit §§ 2, 4 und 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen ist.

7.3. Entschädigungen sind keine zuzusprechen: Dem Kläger nicht, weil er unterliegt und der Beklagten nicht, weil ihr keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären.

### **Es wird beschlossen:**

1. Die Anträge des Klägers auf vorläufige Einstellung der Betreuung und auf vorläufige Sistierung des Verwertungsverfahrens werden als gegenstandslos abgeschrieben.

2. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Entscheid.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Dem Kläger wird eine nicht erstreckbare Nachfrist von 7 Tagen ab Zustellung dieses Entscheids angesetzt, um für die mutmasslichen Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens bei der Kasse des Bezirksgerichts Meilen (Postkonto-Nr. 80-7340-5 / IBAN: CH92 0900 0000 8000 7340 5) einen Kostenvorschuss von Fr. 25'000.– zu leisten.

Die Zahlung ist rechtzeitig erfolgt, wenn der Betrag spätestens am letzten Tag der Frist der Post zur Einzahlung zugunsten des Gerichts übergeben oder einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet wird.

Bei Säumnis wird auf die Klage vor Vorinstanz nicht eingetreten.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an den Kläger sowie an das Bezirksgericht Meilen unter Beilage einer Kopie der Bescheinigung des Klägers betreffend Empfang dieses Entscheids und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 713'819.70.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Kröger

versandt am: