

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT140149-O/U

damit vereinigt Geschäfts-Nr. RT140150-O

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. H.A. Müller und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. H. Dubach

(Sitzungs-) Beschluss vom 23. Januar 2015

in Sachen

Personalvorsorgestiftung der Firma A._____ AG,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____ und/oder
Rechtsanwältin lic. iur. X2._____

gegen

1. **B._____,**

2. **A._____ AG,**

Beklagte und Beschwerdegegnerinnen

1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerden gegen Urteile des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Horgen vom 25. September 2014 (EB140047-F und
EB140056-F)**

Erwägungen:

I.

1. a) Die Beklagte und Beschwerdegegnerin 2 (nachfolgend: Beklagte 2) ist ein mittelgrosses, im Bereich der Telekommunikation tätiges Familienunternehmen. Bei der Klägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Klägerin) handelt es sich um die Personalvorsorgestiftung der Beklagten 2. Die Beklagte und Beschwerdegegnerin 1 (nachfolgend: Beklagte 1) ist Mitglied des Verwaltungsrates der Beklagten 2 und war bis zu ihrer Suspendierung – dazu sogleich – Mitglied des Stiftungsrates der Klägerin.

b) Seit Jahren hat die Klägerin als Vorsorgeeinrichtung hohe (ungesicherte) Anlagen bei der Beklagten 2 als Arbeitgeberin. Das damalige Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich (BVS), welches inzwischen zu einer öffentlich-rechtlichen Anstalt mit der Bezeichnung BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich verselbständigt wurde, hielt wiederholt fest, dass diese Anlagen eine Verletzung von Art. 57 Abs. 1 und 2 der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984 (BVV 2) darstellen würden. Mit Verfügung vom 17. Dezember 2007 legte das BVS Massnahmen zur Bereinigung der Situation fest. Es wies die Klägerin u.a. an, spätestens am 31. Mai 2008 die Ansprüche gegen die Beklagte 2 im Sinne von Art. 58 BVV 2 sicherzustellen, so dass zumindest Art. 57 Abs. 1 BVV 2 nicht mehr verletzt sei. Da innert erstreckter Frist keine Sicherstellung erfolgte, suspendierte das BVS mit Verfügung vom 13. November 2008 den damaligen Stiftungsrat der Klägerin und setzte Rechtsanwalt lic. iur. et phil. C. _____ als interimistischen Stiftungsrat ein. Es hielt fest, dass letzterer alle nötigen und möglichen Vorkehren zur Wahrung der Interessen der Stiftung und der damit verbundenen Interessen der Destinatäre zu treffen habe. Dazu habe er insbesondere die nötigen Massnahmen zur Sicherung der Ansprüche der Destinatäre zu ergreifen, das geeignete Vorgehen betreffend die Durchsetzung von eventuellen Ansprüchen aus Verantwortlichkeiten ge-

genüber dem Stiftungsrat zu prüfen und die entsprechenden Massnahmen umzusetzen (Urk. 4/6; Urk. 69/4/6).

c) Am 20. Februar 2009 wurde zwischen der Klägerin als Gläubigerin, der Beklagten 2 als Schuldnerin und der Beklagten 1 als Pfandeigentümerin ein Pfandvertrag über die Errichtung eines Inhaberschuldbriefes für Fr. 1,3 Mio. im dritten Rang auf dem Grundstück Grundbuch D._____ Blatt ..., Kataster Nr. ..., E._____ -Strasse ..., F._____, öffentlich beurkundet. Die Beklagte 1 meldete den Inhaberschuldbrief gleichentags zur Eintragung in das Grundbuch an. Der Pfandvertrag lautet wie folgt (Urk. 4/7; Urk. 69/4/7):

"Die A._____ AG, [...]

als Schuldnerin

schuldet

der Personalvorsorgestiftung der Firma A._____ AG, [...]

als Gläubigerin

per 31.12.2008 einen Betrag in Höhe von Fr. 8'457'307.18, welcher gemäss Angaben der Kontrollstelle im Umfang von Fr. 7'151'204.- ungesicherte Freizügigkeitsleistungen und ungesichertes Rentendeckungskapital umfasst.

Zur Sicherstellung der ungesicherten Ansprüche wird in Nachachtung der Verfügung des Amtes für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich (BVS) vom 13.11.2008 (ST.4107 und ST.5605 / KÜ), Ziff. III, der nachfolgende Inhaberschuldbrief errichtet.

Die Schuldnerin und Pfandeigentümerin errichten diesen Schuldbrief und beauftragen das Grundbuchamt, ihn Herrn RA C._____, [...], zu Handen der Gläubigerin auszuhandigen.

Betragen die ungesicherten Freizügigkeitsleistungen und das ungesicherte Rentendeckungskapital CHF 1'000'000.- oder weniger, wird die Gläubigerin der Schuldnerin den Schuldbrief zurückübertragen.

Die Gläubigerin wird der Schuldnerin die Einleitung einer allfälligen Betreuung mindestens 30 Tage im Voraus ankündigen.

O.-Nr.

Inhaberschuldbrief für Fr. 1'300'000.-

Die Schuldnerin

bekannt, dem

Inhaber dieses Schuldbriefes schuldig zu sein die Summe von

Fr. **1'300'000.-** (Franken eine Million dreihunderttausend).

Diese Schuld ist zu den zwischen Gläubigerin und Schuldnerin separat vereinbarten Bestimmungen zu verzinsen und zurückzubezahlen. Das Pfandrecht für die vertraglichen Zinsen wird im Sinne von Art. 818 Abs. 2 ZGB bis höchstens 10 % gewahrt.

Zur Sicherheit für Kapital, Zinsen (mit einem Maximalzinsenpfandrecht von 10 %) und Kosten wird ein Grundpfandrecht (bei mehreren Grundstücken als Gesamtpfandrecht) durch die Pfand Eigentümerin

Frau B. _____ geb. ... [Ledigname], [...],

Eigentümerin des Pfandobjektes

an 3. Pfandstelle am nachbezeichneten Grundstück bestellt.

[Bezeichnung des Grundstücks etc.]"

2. Mit Zahlungsbefehl Nr. ... des Betreibungsamtes Sihltal vom 29. Januar 2014 leitete die Klägerin die Betreuung auf Grundpfandverwertung mit Ausdehnung der Pfandhaft auf die Mietzinse gemäss Art. 806 ZGB ein, wobei sie den Schuldbrief vom 20. Februar 2009 über Fr. 1,3 Mio. als Forderungstitel nannte (Urk. 2; Urk. 69/2). Die Beklagten erhoben Rechtsvorschlag. Mit Eingabe vom 12. Februar 2014 verlangte die Klägerin bei der Vorinstanz provisorische Rechtsöffnung für Fr. 1,3 Mio. nebst Zins und das Grundpfandrecht gegen die Beklagte 1 (Urk. 1). Das Verfahren wurde unter der Geschäfts-Nr. EB140047-F anhand genommen. Mit Eingabe vom 18. Februar 2014 stellte die Klägerin auch gegen die Beklagte 2 ein Rechtsöffnungsbegehren (Urk. 69/1). Die Vorinstanz legte ein weiteres Verfahren mit der Geschäfts-Nr. EB140056-F an. Nach je einem doppelten Schriftenwechsel und einer unaufgeforderten Stellungnahme der Klägerin wies die Vorinstanz mit Urteilen vom 25. September 2014 die Begehren der Klägerin ab (Urk. 48 = Urk. 53; Urk. 69/41 = Urk. 69/46).

3. Gegen beide Urteile erhob die Klägerin mit Eingaben vom 10. Oktober 2014 Beschwerde (Urk. 52; Urk. 69/45). Sie beantragte die Aufhebung der Urteile der Vorinstanz und die Erteilung der Rechtsöffnung für die Forderung zuzüglich Zins und Betreuungskosten sowie für das Pfandrecht. Ihre Eventualanträge lauteten auf Rückweisung. Es wurden hierorts zwei Beschwerdeverfahren angelegt (RT140149-O und RT140150-O). Die von ihr verlangten Kostenvorschüsse leistete die Klägerin rechtzeitig (Urk. 57 und Urk. 58; Urk. 69/50 und Urk. 69/51). Die Beschwerdeantworten datieren vom 10. November 2014 (Urk. 60; Urk. 69/53). Beide Beklagten beantragten darin die vollumfängliche Abweisung der Beschwer-

den und die Abweisung der Rechtsöffnungsbegehren. Zudem wiederholten sie ihre bereits vor Vorinstanz gestellten Anträge auf Löschung der Betreuung. Mit Eingaben vom 24. November 2014 beantragte die Klägerin die Vereinigung der beiden Beschwerdeverfahren (Urk. 63; Urk. 69/56). Es folgten am 8. Dezember 2014 die Stellungnahmen der Beklagten zum Antrag auf Verfahrensvereinigung (Urk. 65; Urk. 69/58), welche der Klägerin zur Kenntnisnahme zugestellt wurden (Urk. 66; Urk. 69/59).

4. Die Klägerin beantragte in prozessualer Hinsicht die Vereinigung des vorliegenden Verfahrens mit dem Beschwerdeverfahren RT140150-O (Urk. 63 S. 2; Urk. 69/56 S. 2). Die Beklagten lehnten dies ab (Urk. 65 S. 1; Urk. 69/58 S. 1). Zur Vereinfachung des Prozesses kann das Gericht selbständig eingereichte Klagen vereinigen (Art. 125 lit. c ZPO). Da sich beide Verfahren um dieselbe Betreuungssache drehen und die jeweiligen Rechtsschriften nahezu identisch ausfielen, ist das Verfahren RT140150-O mit dem vorliegende Beschwerdeverfahren zu vereinigen und als dadurch erledigt abzuschreiben.

5. a) Die vorinstanzlichen Dupliken der Beklagten datieren vom 15. Juli 2014 (Urk. 38; Urk. 69/34). Mit Eingaben vom 31. Juli 2014 ersuchte die Klägerin mit Blick auf das allgemeine Replikrecht in beiden Verfahren darum, ihr die Dupliken auch dann, wenn von einer Fristansetzung zur Novenstellungnahme abgesehen werde, zumindest zur Kenntnisnahme zuzustellen (Urk. 41; Urk. 69/36). Mit Verfügungen vom 19. August 2014 stellte die Vorinstanz der Klägerin die Dupliken zu und hielt fest, dass der Schriftenwechsel geschlossen sei (Urk. 42; Urk. 69/37). Es folgte am 2. September 2014 in beiden Verfahren eine Stellungnahme der Klägerin (Urk. 46; Urk. 69/39). In den angefochtenen Urteilen führte die Vorinstanz aus, dass das unbedingte Replikrecht keinesfalls erlaube, einen weiteren und umfassenden Parteivortrag zu erzwingen. Solche Parteieingaben stellten ein juristisches Unding dar und seien grundsätzlich aus dem Recht zu weisen. Dies sei ganz besonders bei der Rechtsöffnung von Bedeutung, wo das summarische Verfahren gelte, welches in seiner Grundkonzeption ohnehin nur einen Schriftenwechsel vorsehe. Die Klägerin scheine diese prozessualen Grundsätze zu verkennen. So bestünden die ersten elf Seiten der neuerlichen Eingabe aus einem eigentlichen

dritten Parteivortrag, der von der Duplik der Beklagten losgelöst sei. Eine Beachtung der entsprechenden Ausführungen würde dieser missbräuchlichen Verwendung des unbedingten Replikrechts Vorschub leisten. Sie seien daher nicht weiter in die Erwägungen des Gerichts einzubeziehen. Der eigentliche Replikteil zur Duplik der Beklagten sei zu berücksichtigen, enthalte jedoch – wie im Übrigen der neuerliche Parteivortrag – nichts wesentlich Neues (Urk. 53 E. 2.2 und 2.3; Urk. 69/46 E. 2.2 und 2.3). Die Klägerin rügt in diesem Zusammenhang eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Urk. 52 S. 8; Urk. 69/45 S. 8).

b) Die Vorinstanz ist zunächst daran zu erinnern, dass die verfassungs- und völkerrechtlichen Verfahrensgarantien auch im summarischen Verfahren Geltung beanspruchen. Das Äusserungsrecht der Parteien lässt sich im Übrigen nur schwer missbrauchen. Seine Schranken ergeben sich namentlich aus Art. 132 ZPO. Die Formulierungen der Vorinstanz sind insofern wenig zielführend. Es bleibt jedoch dabei, dass sich das Gericht nicht mit allen Parteistandpunkten auseinandersetzen hat und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss, sondern sich vielmehr auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken kann. Die Nichtbeachtung welcher Vorbringen sich konkret zu ihren Ungunsten ausgewirkt haben soll, legte die Klägerin nicht dar. Damit hat es sein Bewenden.

c) Gleiches gilt für die klägerische Rüge, die Vorinstanz habe in Missachtung von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO die zusammen mit ihren Eingaben vom 2. September 2014 eingereichten Urkunden nicht berücksichtigt. Inwiefern die Berücksichtigung dieser Beweismittel konkrete Auswirkungen auf die Sachverhaltserstellung haben könnte, ist nicht ersichtlich. Es braucht darauf nicht weiter eingegangen zu werden.

6. Die Beklagten beantragten mit ihren Beschwerdeantworten die Löschung der Betreuung (Urk. 60 S. 2; Urk. 69/53 S. 2). Im Beschwerdeverfahren ist ein Anschluss an das Rechtsmittel der Gegenpartei ausgeschlossen (BK-Sterchi, Art. 322-324 ZPO N 10). Die Anträge wurden überdies mit keinem Wort begründet. Darauf ist nicht einzutreten.

II.

1. Die Klägerin beruft sich auf den Schuldbrief vom 20. Februar 2009 über Fr. 1,3 Mio. als Forderungstitel. Umstritten war zunächst, ob eine Novation der sichergestellten Forderung erfolgt war. Die Vorinstanz hielt dazu fest, dass die Auslegung des Vertragskonstrukts der Parteien nach Treu und Glauben keinen anderen Schluss zulasse, als dass diese eine Sicherungsabrede für die im Pfandvertrag festgehaltenen, ungesicherten Ausstände vereinbart und dafür den fraglichen Schuldbrief errichtet hätten. Eine Novation der Grundforderung durch die Schuldbriefforderung könne schlechterdings nicht angenommen werden (Urk. 53 E. 4.2.10; Urk. 69/46 E. 4.2.10). Diese Erwägung blieb in den Beschwerdeverfahren zu Recht unangefochten.

2. a) Die Vorinstanz begründete die Abweisung der Rechtsöffnungsbegehren in erster Linie mit der angeblich nicht rechtsgenügenden Bezifferung der Forderung durch die Klägerin. Bestehe – wie vorliegend – eine Sicherungsabrede, so müsse die Gläubigerin die Zwangsvollstreckung auf den noch offenen Betrag beschränken. Entsprechend müsse die Klägerin diesbezügliche Behauptungen aufstellen und den Forderungsbestand durch Urkunden ausweisen. Die Klägerin mache bezüglich der von ihr nachzuweisenden Forderungshöhe aus dem Grundverhältnis widersprüchliche Angaben. So erkläre sie einerseits, dass sich die Forderung aus dem Grundverhältnis gar auf Fr. 8'676'707.42 erhöht habe. Andererseits behaupte sie, dass sich die Forderung per Ende 2013 auf Fr. 7'707'011.15 bzw. auf Fr. 3'088'951.15 belaufe. Die Beklagte hingegen komme auf ganz andere Zahlen: Diese gehe davon aus, dass gar keine ungesicherten Ansprüche mehr bestünden. Wie die Parteien selbst aufzeigten, würden sich gestützt auf dieselben Unterlagen ganz andere Werte bezüglich der noch bestehenden Forderungshöhe aus dem Grundverhältnis herauslesen lassen. Die Forderungshöhe lasse sich somit nicht – wie von der Lehre und der Rechtsprechung gefordert – einfach ausrechnen. So seien auch die diesbezüglichen Ausführungen und Berechnungen der Parteien über weite Strecken nur schwer verständlich bzw. nicht nachvollziehbar. Auch lasse sich aus den eingereichten Unterlagen ohne vertiefte buchhalterische und sozialversicherungsrechtliche Kenntnisse nicht erschliessen, auf

welchen Betrag die Grundforderung sich aktuell belaufen solle. Es könne vom Rechtsöffnungsgericht nicht erwartet werden, ohne das (im vorliegenden Prozess ohnehin unzulässige) Beweismittel eines Gutachtens über die Forderungshöhe zu entscheiden. Die Parteien seien diesbezüglich auf das ordentliche Klageverfahren verwiesen (Urk. 53 E. 4.3.2, 4.3.4 und 4.3.6; Urk. 69/46 E. 4.3.2, 4.3.4 und 4.3.6).

b) Die Vorinstanz (und auch die Parteien) verkennen etwas Grundsätzliches: Ein Papier-Schuldbrief enthält ein abstraktes Schuldbekenntnis (Art. 846 Abs. 1 ZGB), welches im vorliegenden Fall neben der Forderung aus dem Grundverhältnis besteht und grundsätzlich zur provisorischen Rechtsöffnung für die Schuldbriefforderung berechtigt, sofern die Schuldnerin – wie vorliegend – auf dem Titel aufgeführt ist (vgl. BGE 140 III 39 f. E. 4). Die Schuldbrief-Schuld beträgt im vorliegenden Fall Fr. 1,3 Mio. Mehr brauchte seitens der Klägerin nicht dargetan zu werden. Es oblag vielmehr den Beklagten, als Einrede glaubhaft zu machen, dass nicht (resp. nicht mehr) die gesamte anerkannte Schuld geschuldet sei (vgl. BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 167, BGer 5A_226/2007 vom 20. November 2007, E. 5.1; BGE 140 III 180 E. 5.1.2. = Pra 2014 Nr. 113 E. 5.1.2.). Die Rechtsöffnung konnte daher nicht mit der Begründung verweigert werden, die Klägerin habe die Forderung aus dem Grundverhältnis nicht rechtsgenügend beziffert. Es war vielmehr zu prüfen, ob die Beklagten sofort glaubhaft machen konnten, dass die Grundforderung nicht mehr bestehe. Diese Prüfung ist nachfolgend vorzunehmen.

3. a) Die unterschiedlichen Angaben der Parteien zur Forderungshöhe hängen damit zusammen, dass sich diese nicht einig sind, welche Grundforderung bzw. welchen Teil davon der Schuldbrief sicherstellen soll. Vor diesem Hintergrund lieferte die Klägerin mehrere Eventualbegründungen, was ohne Weiteres zulässig ist und ihr nicht zum Nachteil gereichen kann, zumal es ohnehin Sache der Beklagten war, sich zur Grundforderung zu äussern. Anders als die Vorinstanz suggerierte, hatte die Klägerin auch nicht zugestanden, dass sich die Forderung nur noch auf Fr. 3'088'951.15 beläuft. Dieser Betrag bezog sich lediglich auf den ungesicherten Teil der Forderung (vgl. Urk. 25 S. 6 f. und S. 13; Urk. 69/24 S. 6 f. und S. 13).

b) Zwischen der Klägerin und der Beklagten 2 besteht ein Kontokorrentverhältnis. Per 31. Dezember 2008 betrug der Saldo Fr. 8'457'307.18 zugunsten der Klägerin. Bis zum 31. Dezember 2013 erhöhte sich der Saldo auf Fr. 8'676'707.42. Soweit sind sich die Parteien einig. Die Klägerin ist der Ansicht, dass der Schuldbrief die gesamte Kontokorrentforderung sicherstelle. Die Beklagten wenden demgegenüber ein, dass der Schuldbrief lediglich zur Sicherstellung der ungesicherten Freizügigkeitsleistungen und des ungesicherten Rentendeckungskapitals übergeben worden sei. Der Wortlaut des Pfandvertrages deutet tatsächlich darauf hin. Erwähnt wird im ersten Absatz zunächst die Gesamtforderung, welche per 31. Dezember 2008 Fr. 8'457'307.18 betrug. Weiter wird festgehalten, dass dieser Betrag gemäss Angaben der Kontrollstelle im Umfang von Fr. 7'151'204.– ungesicherte Freizügigkeitsleistungen und ungesichertes Rentendeckungskapital umfasse. Anschliessend heisst es im zweiten Absatz, dass der nachfolgende Inhaberschuldbrief zur Sicherstellung der ungesicherten Ansprüche errichtet werde. Es liegt nahe, dass die Parteien damit die im ersten Absatz erwähnten ungesicherten Freizügigkeitsleistungen und das ungesicherte Rentendeckungskapital meinten, auch wenn natürlich sämtliche Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte 2 im damaligen Zeitpunkt ungesichert waren. Die von den Beklagten eingereichte Korrespondenz zwischen den Parteien (Urk. 39/6-9; Urk. 69/35/6-9) deutet ebenfalls darauf hin, dass die Parteien die ungesicherten Freizügigkeitsleistungen und das ungesicherte Rentendeckungskapital besichern wollten. Damit ist zumindest glaubhaft, dass der Schuldbrief nicht die gesamte Kontokorrentforderung sicherstellen sollte.

c) Differenzen bestehen zwischen den Parteien jedoch auch hinsichtlich dessen, was unter dem Begriff ungesicherte Freizügigkeitsleistungen und ungesichertes Rentendeckungskapital zu verstehen ist. Zum besseren Verständnis ist vorab kurz auf die entsprechenden sozialversicherungsrechtlichen Grundlagen einzugehen: Gemäss Art. 71 Abs. 1 BVG verwalten die Vorsorgeeinrichtungen ihr Vermögen so, dass Sicherheit und genügender Ertrag der Anlagen, eine angemessene Verteilung der Risiken sowie die Deckung des voraussehbaren Bedarfes an flüssigen Mitteln gewährleistet sind. Diese Bestimmung wird auf Verordnungsebene u.a. dahingehend konkretisiert, als dass das Vermögen, vermindert

um Verbindlichkeiten und passive Rechnungsabgrenzungen, nicht ungesichert beim Arbeitgeber angelegt werden darf, soweit es zur Deckung der Freizügigkeitsleistungen sowie zur Deckung der laufenden Renten gebunden ist (Art. 57 Abs. 1 BVV 2). Zudem dürfen ungesicherte Anlagen und Beteiligungen beim Arbeitgeber zusammen fünf Prozent des Vermögens nicht übersteigen (Art. 57 Abs. 2 BVV 2).

d) Im Zeitpunkt der Errichtung des Schuldbriefes waren sowohl Abs. 1 als auch Abs. 2 von Art. 57 BVV 2 verletzt. Der Eventualstandpunkt der Klägerin lässt sich dahingehend umschreiben, dass ungesicherte Freizügigkeitsleistungen und ungesichertes Rentendeckungskapital bestünden, solange Art. 57 Abs. 1 *oder* Abs. 2 BVV 2 verletzt seien. Die Beklagten vertreten demgegenüber die Ansicht, dass mit der Errichtung des Schuldbriefes einzig die Verletzung von Art. 57 Abs. 1 BVV 2 gemildert werden sollte. Zunächst spricht wiederum bereits der Wortlaut des Pfandvertrages für die Version der Beklagten. Art. 57 Abs. 2 BVV 2 bezieht sich auf das Verhältnis der Anlagen beim Arbeitgeber zur gesamten Bilanzsumme. Die Höhe der Freizügigkeitsleistungen und des Rentendeckungskapitals spielen in diesem Zusammenhang – anders als bei Art. 57 Abs. 1 BVV 2 – keine Rolle. Ein weiterer Hinweis darauf, dass es den Parteien um die Milderung der Verletzung von Art. 57 Abs. 1 BVV 2 ging, liefert der Verweis im Pfandvertrag auf die Verfügung des BVS vom 13. November 2008. Jene Verfügung gibt im Sachverhalt das Dispositiv einer früheren Verfügung vom 17. Dezember 2007 wieder. Damals wurde die Klägerin angewiesen, die Ansprüche gegen den Arbeitgeber im Sinne von Art. 58 BVV 2 sicherzustellen, so dass zumindest Art. 57 Abs. 1 BVV 2 nicht mehr verletzt sei. Damit ist zumindest glaubhaft, dass mit der Errichtung des Schuldbriefes einzig die Verletzung von Art. 57 Abs. 1 BVV 2 gemildert werden sollte.

4. a) Art. 57 Abs. 1 BVV 2 bestimmt – wie erwähnt –, dass das Vermögen, vermindert um Verbindlichkeiten und passive Rechnungsabgrenzungen, nicht ungesichert beim Arbeitgeber angelegt werden darf, soweit es zur Deckung der Freizügigkeitsleistungen sowie zur Deckung der laufenden Renten gebunden ist. Mit anderen Worten darf lediglich das Nettovermögen einer Vorsorgeeinrichtung un-

gesichert beim Arbeitgeber angelegt werden. Auf die Bilanz der Klägerin bezogen, handelt es sich dabei um die Summe der Wertschwankungsreserven und des Stiftungskapitals. Die Anlagen der Klägerin bei der Beklagten 2 betragen per 31. Dezember 2013 Fr. 8'676'707.42, die Wertschwankungsreserven Fr. 1'360'000.– und das Stiftungskapital Fr. 1'706'257.38 (Urk. 26/1; Urk. 69/25/1). Im Umfang von **Fr. 5'610'450.04** (Fr. 8'676'707.42 ./ Fr. 1'360'000.– ./ Fr. 1'706'257.38) waren somit Guthaben der Destinatäre der Klägerin oder eben Freizügigkeitsleistungen und Rentendeckungskapital bei der Beklagten 2 angelegt. Bezüglich dieser Berechnung besteht Einigkeit zwischen den Parteien (Urk. 25 S. 6; Urk. 38 S. 12; Urk. 69/24 S. 6; Urk. 69/34 S. 12). Verglichen mit den im Pfandvertrag ausgewiesenen Fr. 7'151'204.–, hatte sich der Betrag, welcher gemäss Art. 57 Abs. 1 BVV 2 nicht ungesichert beim Arbeitgeber angelegt werden durfte, somit verringert. Er überstieg die Schuldbriefforderung aber noch immer deutlich. Dass sich der Betrag seither weiter verringert hätte, machten die Beklagten nicht geltend.

b) Die Beklagten halten jedoch nicht die genannte Zahl für massgeblich. Sie wollen aus dem Wortlaut des Pfandvertrages weiter ableiten, dass die Klägerin zur Einleitung der Betreuung sowie zum Stellen des Rechtsöffnungsbegehrens nur berechtigt sei, solange ungesicherte Ansprüche beständen (Urk. 19 S. 6; Urk. 69/18 S. 6). Im Pfandvertrag heisst es, dass der vorliegende Schuldbrief zur Sicherstellung der ungesicherten Ansprüche errichtet wurde, wobei die Beklagten glaubhaft machen konnten, dass darunter die Freizügigkeitsleistungen und das Rentendeckungskapital, welche gemäss Art. 57 Abs. 1 BVV 2 nicht ungesichert beim Arbeitgeber angelegt werden durften, zu verstehen waren. Mit dem gleichen Zwecke der Sicherstellung der ungesicherten Freizügigkeitsleistungen und des ungesicherten Rentendeckungskapitals wurden zwei weitere Schuldbriefe errichtet. Durch diese beiden Schuldbriefe sowie den vorliegenden erfolgte gemäss einer Schätzung aus dem Jahre 2013 eine wirksame Sicherstellung der Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte 2 im Umfang von rund Fr. 4,6 Mio. Dies ist soweit unbestritten (Urk. 19 S. 10; Urk. 25 S. 6; Urk. 69/18 S. 10; Urk. 69/24 S. 6). Die Beklagten beriefen sich zudem darauf, dass die Klägerin von G._____, dem Delegierten des Verwaltungsrats der Beklagten 2, eine persönliche Sicherheit in der Höhe von Fr. 1 Mio. erhalten habe. Die Klägerin bestritt dies nicht grundsätzlich,

machte aber geltend, dass es sich dabei um keine wirksame Sicherstellung im Sinne von Art. 58 BVV 2 handle.

c) Ohnehin kann der Argumentation der Beklagten nicht gefolgt werden. Sie scheinen die (zusätzliche) Besicherung der Grundforderung mit deren Tilgung zu verwechseln. Dass der vorliegende Schuldbrief – wie auch die anderen beiden Schuldbriefe – zum Zwecke der Sicherstellung der (damals) ungesicherten Ansprüche errichtet wurden, kann kaum bedeuten, dass diese Schuldbriefe nur insoweit verwertet werden dürfen, als sich die Grundforderung auch im Zeitpunkt der Verwertung noch als ungesichert erweist. Die Sicherheiten würden dadurch ihrer Bestimmung beraubt und böten im Ergebnis gar keine Sicherheit mehr. Dies gilt zumindest, soweit die Beklagten geltend machen, dass eine Verwertung sogar in dem Umfang ausgeschlossen sei, als die Grundforderung durch den vorliegenden Schuldbrief selbst wirksam sichergestellt werde. Denkbar wäre allenfalls, dass sich die Klägerin im Rahmen der Sicherungsabrede verpflichtet hätte, von ihrer Verfügungsmacht als Eigentümerin des Schuldbriefs nur insoweit Gebrauch zu machen, als die Grundforderung nicht *anderweitig* wirksam sichergestellt wäre. Eine derartige Abrede lässt sich aber aus dem Pfandvertrag nicht ableiten. Weitere Umstände, die allenfalls darauf schliessen liessen, machten die Beklagten nicht geltend. Damit gelang es ihnen nicht, glaubhaft zu machen, dass die Klägerin zur Einleitung der Betreibung sowie zum Stellen des Rechtsöffnungsbegehrens nur berechtigt sei, solange ungesicherte Ansprüche beständen, und im Ergebnis auch nicht, dass nicht mehr die gesamte im Schuldbrief anerkannte Schuld geschuldet sei.

5. Im Sinne einer Eventualbegründung führte die Vorinstanz aus, dass die Rechtsöffnung auch abzuweisen sei, weil der Klägerin der Beweis der Fälligkeit nicht gelinge (Urk. 53 E. 4.4; Urk. 69/46 E. 4.4). Die Vorinstanz meinte damit die Fälligkeit der Grundforderung. Richtig ist zwar, dass im Falle einer Sicherungsübereignung sowohl die Schuldbriefforderung als auch die gesicherte Forderung fällig sein müssen. Erneut verkennt die Vorinstanz jedoch, dass es im Rechtsöffnungsverfahren Sache des Schuldners ist, Einwendungen im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG sofort glaubhaft zu machen. Es obliegt nicht dem Gläubiger, die

Fälligkeit der Grundforderung nachzuweisen, und es ist dies auch nicht vom Rechtsöffnungsgericht von Amtes wegen zu prüfen (vgl. Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 382; Staehelin, Betreibung und Rechtsöffnung beim Schuldbrief, AJP 1994, S. 1265). Nachdem die Beklagten keine Einwendungen gegen die Fälligkeit der Grundforderung vorbrachten, musste es damit sein Bewenden haben. Was die Fälligkeit der Schuldbriefforderung anbelangt, so ist diese durch die im Recht liegenden Kündigungsschreiben vom 21. April 2011 an die Pfandschuldnerin (Urk. 4/9; Urk. 69/4/9) und die Pfandeigentümerin (Urk. 4/10; Urk. 69/4/10) ausgewiesen. Die Beklagten stellten dies denn auch nicht in Frage.

6. a) Schliesslich versuchte die Vorinstanz im Rahmen einer weiteren Eventualbegründung den Sinn und Zweck des vorliegenden Vertragskonstrukts durch Auslegung zu ermitteln. Dabei fiel ihr auf, dass der Pfandvertrag nichts über die Kündbarkeit oder die Rückzahlungsmodalitäten der anerkannten Schuld enthalte, was angesichts des hohen Betrags von über Fr. 8 Mio. doch sehr erstaune. Weiter wirke der Pfandvertrag in seiner Gesamtheit generell unfertig und lückenhaft. Es dränge sich – so die Vorinstanz – der Eindruck auf, dass es gar nie die Zielsetzung des Vertragskonstruktes gewesen sei, tatsächliches Haftungssubstrat für die Vorsorgeanlagen zu schaffen. Es scheine vielmehr, dass das ganze Vertragskonstrukt einzig dazu gedient habe, das BVS zufrieden zu stellen, ohne dass ein wirklicher Wille zur unmittelbaren und damit wirksamen Sicherstellung der Ansprüche vorhanden gewesen sei. Es sei denn auch bezeichnend, dass das BVS mit den erfolgten Schuldbrieferrichtungen nicht zufrieden gewesen sei und zum Schluss gekommen sei, dass die Anlagen durch dieses Konstrukt nicht wirksam und ausreichend im Sinne von Art. 58 BVV 2 sichergestellt worden seien. Dass auf Seiten der Klägerin nun ein Interesse an der Versilberung des "Haftungssubstrats" bestehe, vermöge – so die Vorinstanz – nichts an der mutmasslich wahren Zwecksetzung des Vertragskonstrukts (Beschwichtigung des BVS) zu ändern. Wo gar nie ein wirklicher Wille zur Sicherstellung gewesen sei, könne auch keine sich darauf stützende Betreibung Erfolg haben. Die Vorinstanz kam daher zum Schluss, dass die Rechtsöffnungsbegehren auch aus diesem Grund abzuweisen gewesen wären (Urk. 53 E. 4.5.3 und 4.5.4; Urk. 69/46 E. 4.5.3 und 4.5.4).

b) Die Klägerin hält die Erwägung der Vorinstanz für abwegig. Diese unterstelle damit nichts weniger als Simulation der Pfandverträge und Schuldbriefstellungen. Wie die Vorinstanz zu ihrem "Eindruck" gekommen sei, sei schlicht unerklärlich. Die Parteien hätten stets ausgeführt, man habe mit der Bestellung der Sicherheiten zumindest das ungedeckte Freizügigkeits- und Rentendeckungskapital sicherstellen und damit die gesetzliche Situation (wieder-)herstellen wollen. Dass dies von der Aufsichtsbehörde verlangt worden sei, sei völlig richtig. Diese sei es gewesen, die den alten Stiftungsrat abgesetzt habe und einen neuen Interimsstiftungsrat eingesetzt habe. Dieser habe dann endlich dafür sorgen können, dass Sicherheiten für die bislang völlig ungedeckten Freizügigkeitsleistungen und Renten bestellt worden seien. Der neu eingesetzte Stiftungsrat habe in der Folge stetig darauf hingewirkt, dass die Forderungen endlich bezahlt oder aber die dafür bestellten Sicherheiten verwertet würden. Es sei geradezu lebensfremd und verkenne völlig den Kontext des geltend gemachten Verwertungsrechts, zu unterstellen, sie – die Klägerin – sei gar nicht daran interessiert gewesen, tatsächliches Haftungssubstrat zu erhalten. Dies möge für die Zeit zutreffen, als der Verwaltungsrat der Beklagten 2 und der Stiftungsrat noch in Personalunion zugelassen hätten, dass ihr laufend Mittel vorenthalten worden seien – sicher aber nicht mehr für die Zeit nach Absetzung eben dieses Stiftungsrates, nachdem sie endlich einen eigenen, nicht mehr den Interessen der Beklagten 2 untergeordneten Willen habe bilden können (Urk. 52 S. 11 ff.; Urk. 69/45 S. 11 ff.).

c) Den Ausführungen der Klägerin ist nicht viel beizufügen, ausser dass abermals daran zu erinnern ist, dass es Sache des Schuldners ist, Einwendungen im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG sofort glaubhaft zu machen. Die Beklagten hatten mit keinem Wort geltend gemacht, dass der Pfandvertrag simuliert sei. Die Nichtigkeit einer Schuldanerkennung ist zwar unter Umständen auch ohne entsprechende Behauptung des Schuldners zu beachten, wenn sie etwa aus der Schuldanerkennung selbst klar hervorgeht. Dies ist vorliegend aber nicht der Fall. Der Pfandvertrag erweist sich im Übrigen auch nicht als "unfertig und lückenhaft". Dass bezüglich der Modalitäten der Schuldbrief-Schuld auf separate Vereinbarungen zwischen den Parteien verwiesen wird, ist gleichermassen üblich wie zu-

lässig (vgl. ZK-Dürr, Art. 799 ZGB N 205). Auch die letzte Eventualbegründung der Vorinstanz verfängt somit nicht.

7. Nach dem Gesagten hätte die Rechtsöffnung beim derzeitigen Aktenstand nicht verweigert werden dürfen. Die erstinstanzlichen Eingaben der Klägerin vom 2. September 2014 (Urk. 46; Urk. 69/39) wurden den Beklagten – soweit ersichtlich – nie zugestellt. Dies brachten sie auch selbst im Beschwerdeverfahren so vor (Urk. 60 S. 7; Urk. 69/53 S. 7). Unter diesen Umständen kann die Beschwerdeinstanz keine reformatorische Entscheidung treffen. Sie würde dadurch das Äusserungsrecht der Beklagten verletzen. Die Urteile der Vorinstanz sind daher aufzuheben und die Sache ist zur Gewährung des rechtlichen Gehörs und zu neuer Entscheidung im Sinne der vorstehenden Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

III.

Die Entscheidungsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von Art. 48 und Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG (vgl. ZR 110 Nr. 28) auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Es rechtfertigt sich, die Verteilung und Liquidation der Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten; die Vorinstanz wird zusammen mit den vor ihr aufgelaufenen Prozesskosten nach Massgabe des (endgültigen) Verfahrensausgangs darüber zu entscheiden haben (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Es ist vorzumerken, dass die Klägerin Kostenvorschüsse von insgesamt Fr. 6'000.– geleistet hat.

Es wird beschlossen:

1. Das Beschwerdeverfahren RT140150-O wird mit dem vorliegenden Beschwerdeverfahren vereinigt und als dadurch erledigt abgeschlossen.
2. Auf die Anträge der Beklagten auf Löschung der Betreuung wird nicht eingetreten.

3. Das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 25. September 2014 (EB140047-F) wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
4. Das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 25. September 2014 (EB140056-F) wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
5. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
6. Die Verteilung und Liquidation der Prozesskosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.

Es wird vorgemerkt, dass die Klägerin Kostenvorschüsse von insgesamt Fr. 6'000.– geleistet hat.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.

Die erst- und zweitinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

8. 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, und hinsichtlich Dispositiv Ziffer 2 ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 1,3 Mio.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 23. Januar 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. H. Dubach

versandt am: js