

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RT150089-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Reuss Valentini

## Urteil vom 21. August 2015

in Sachen

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

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X. \_\_\_\_\_

gegen

1. B. \_\_\_\_\_,

2. C. \_\_\_\_\_,

Gesuchsgegner und Beschwerdegegner

2 vertreten durch Rechtsanwalt MLaw UZH Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 10. April 2015 (EB150066-G)**

### **Erwägungen:**

1.1. Mit Verfügung vom 10. April 2015 trat das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen auf das Rechtsöffnungsgesuch des Gesuchstellers und Beschwerdeführers (fortan Gesuchsteller) in der Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon, Zahlungsbefehl vom 23. Januar 2015 nicht ein (Urk. 46 S. 8, Dispositivziffer 1). Ferner wurde auf die prozessualen Anträge der Gesuchs- und Beschwerdegegnerin 2 (fortan Gesuchsgegnerin 2) nicht eingetreten (Urk. 46 S. 8, Dispositivziffer 2). Die Entscheidgebühr wurde auf Fr. 1'000.– festgesetzt, dem Gesuchsteller auferlegt und mit dem von diesem geleisteten Kostenvorschuss über Fr. 1'000.– verrechnet. Sodann wurde der Gesuchsteller verpflichtet, der Gesuchsgegnerin 2 eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.– (8 % Mehrwertsteuer eingeschlossen) zu bezahlen (Urk. 46 S. 8 f., Dispositivziffern 3-6). Und schliesslich wurde vorgemerkt, dass der Gesuchs- und Beschwerdegegner 1 (fortan Gesuchsgegner 1) keine Parteientschädigung verlangt habe (Urk. 46 S. 9, Dispositivziffer 7).

Mit Eingabe vom 13. Mai 2015 (Urk. 45) liess der Gesuchsteller gegen diese Verfügung rechtzeitig (vgl. Art. 56 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 SchKG) Beschwerde erheben und folgende Anträge stellen (Urk. 45 S. 2 ff.):

"1. Es seien die Ziff. 1. und Ziff. 3. bis 6. der Verfügung vom 10. April 2015 aufzuheben und

1.1. Es sei dem Beschwerdeführer in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht- Zollikon- Zumikon definitive Rechtsöffnung i.S.v. Art. 80 SchKG zu erteilen für den Forderungsbetrag von Fr. 117'409.85 zuzüglich Zins zu 5% aus Fr. 115'000.– seit 7. Dezember 2006 sowie Kosten des Betreibungsverfahrens gemäss Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon vom 23. Januar 2015.

Eventualiter: Es sei dem Beschwerdeführer in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon provisorische Rechtsöffnung i.S.v. Art. 80 (recte: Art. 82) SchKG zu erteilen für den Forderungsbetrag von Fr. 117'409.85 zuzüglich Zins zu 5% aus Fr. 115'000.– seit 7. Dezember 2006, sowie Kosten des Betreibungsverfahrens gemäss Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon vom 23. Januar 2015.

- 1.2. Es sei festzustellen, dass der Beschwerdeführer in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon über ein Pfandrecht gemäss Schuldbrief vom 12. April 1991 (Grundstück Grundbuch Blatt ..., Plan ..., Kat.-Nr. ..., D.\_\_\_\_\_-Strasse ..., E.\_\_\_\_\_) sowie eine Pfandforderung von Fr. 270'000.– verfügt und es sei dem Beschwerdeführer im Umfang der Klagegutheissung gemäss Ziff. 1.1 für das Pfandrecht Rechtsöffnung zu erteilen.

Eventualiter: Es sei dem Beschwerdeführer in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon definitive Rechtsöffnung i.S.v. Art. 80 SchKG zu erteilen, eventualiter provisorische Rechtsöffnung i.S.v. Art. 82 SchKG, für das auf dem Grundstück Grundbuch Blatt ..., Plan ..., Kat.-Nr. ..., D.\_\_\_\_\_-Strasse ..., E.\_\_\_\_\_, lastende Pfandrecht im Betrag von Fr. 117'409.85 zuzüglich Zins zu 5% aus Fr. 115'000.– seit 7. Dezember 2006 sowie Kosten des Betreibungsverfahrens gemäss Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon vom 23. Januar 2015.

- 1.3. Es seien die Kosten des Verfahrens vor Bezirksgericht Meilen den Beschwerdegegnern aufzuerlegen und es seien diese zu verpflichten, den Beschwerdeführer prozessual angemessen zu entschädigen, je unter solidarischer Haftung auf die volle Prozessentschädigung.

Eventualiter: Es seien die Gerichtskosten auf die Staatskasse zu nehmen.

2. Eventualiter: Es seien die Ziff. 1. und Ziff. 3. bis 6. der Verfügung vom 10. April 2015 aufzuheben und es sei die Sache zur Neuentscheidung an das Bezirksgericht Meilen zurück zu weisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegner, je unter solidarischer Haftung auf die volle Prozessentschädigung."

In prozessualer Hinsicht ersuchte der Gesuchsteller zunächst um Sistierung des Verfahrens bis zum 1. Juni 2015 (Urk. 45 S. 4). Gemäss Schreiben vom 15. Mai 2015 wurden die Gesuchsgegner 1 und 2 über den Eingang der Beschwerde in Kenntnis gesetzt (Urk. 48/1, 2). Mit Zuschrift vom 18. Mai 2015 liess der Gesuchsteller der Kammer mitteilen, dass die aussergerichtlichen Vergleichsgespräche gescheitert seien und daher auch der Sistierungsantrag hinfällig geworden sei (Urk. 49). Gemäss Präsidialverfügung vom 19. Mai 2015 wurde vom Rückzug des Sistierungsgesuchs des Gesuchstellers Vormerk genommen und diesem Frist zur

Leistung eines Kostenvorschusses über Fr. 1'500.– anberaumt (Urk. 50), welcher fristgerecht bezahlt wurde (Urk. 51).

Mit Verfügung vom 22. Juni 2015 wurde den Gesuchsgegnern 1 und 2 Frist zur Beantwortung der Beschwerde anberaumt (Urk. 52; Art. 322 Abs. 1 ZPO). Gemäss Eingabe vom 2. Juli 2015 erstattete die Gesuchsgegnerin 2 rechtzeitig ihre Beschwerdeantwort mit folgenden Anträgen (Urk. 53 S. 1):

- "1. Die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen;
2. Dem Beschwerdegegner 1 sei von Amtes wegen ein Rechtsbeistand zu bestellen;
3. Event. sei das Beschwerdeverfahren wegen gegen den Beschwerdeführer anhängiger Strafvoruntersuchung sowie wegen anhängigem Prozess zwecks Anfechtung der als Rechtsöffnungstitel mit massgeblichen "Verkaufsabmachung" zu sistieren;
4. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen zulasten Beschwerdeführer."

Seitens des Gesuchsgegners 1 erfolgte keine Beschwerdeantwort. Mit Verfügung vom 7. Juli 2015 wurde die Beschwerdeantwort der Gesuchsgegnerin 2 dem Gesuchsteller zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 54). Nachdem dem Gesuchsteller antragsgemäss mit Präsidialverfügung vom 16. Juli 2015 Frist zur Stellungnahme angesetzt wurde (vgl. Urk. 55 und 56), machte dieser unterm 28. Juli 2015 rechtzeitig von seinem Replikrecht gebrauch, wobei eine weitere Unterlage eingereicht wurde (Urk. 57; Urk. 59/1). Diese Eingabe samt Beilage wurde der Gegenseite zur Kenntnisnahme zugestellt, wobei der Gesuchsgegner 1 die Gerichtsurkunde nicht abholte (Prot. II S. 6; Urk. 57 S. 1; Urk. 60).

**1.2.** Vor Vorinstanz verlangte der Gesuchsteller definitive (eventualiter provisorische) Rechtsöffnung im Umfang von Fr. 122'003.85 zuzüglich Zins zu 5% aus Fr. 115'000.– seit 7. Dezember 2006 (Urk. 1). Im Beschwerdeverfahren beantragt er nunmehr definitive Rechtsöffnung noch für den Forderungsbetrag von Fr. 117'409.85 zuzüglich Zins zu 5% aus Fr. 115'000.– seit 7. Dezember 2006 (Urk. 45 S. 2). Die Reduktion um Fr. 4'594.– wird nicht näher begründet. Weil die

Beschwerde betreffend Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung, wie darzutun sein wird, jedoch ohnehin abzuweisen ist, erübrigen sich Weiterungen.

**1.3.** Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt grundsätzlich das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 321 N 15), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet.

Auf die Parteivorbringen ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung vonnöten ist.

**2.** Die Vorinstanz erwog, gemäss Art. 206 Abs. 1 SchKG seien alle gegen den Schuldner hängigen Beteiligungen mit der Konkursöffnung aufgehoben, und neue Beteiligungen für Forderungen, die vor der Konkursöffnung entstanden seien, könnten während des Konkursverfahrens nicht eingeleitet werden. Diese Forderungen fielen alle in die Generalexekution und sich darauf beziehende Beteiligungen seien nichtig. Davon ausgenommen seien einzig Beteiligungen auf Verwertung von Pfändern, die von Dritten bestellt worden seien. Die der vorliegenden Beteiligung bzw. dem Rechtsöffnungsbegehren zu Grunde liegende Forderung sei unbestrittenermassen vor der Konkursöffnung über den Gesuchgegner 1 am 2. Oktober 2013 entstanden (Urk. 46 S. 3 oben mit Hinweisen). Bei der Beteiligung vom 21. Januar 2015 (Urk. 44/29) handle es sich um eine solche auf Verwertung eines Faustpfandes. Den bei den Akten liegenden Zahlungsbefehlen (Urk. 44/2-4) sei zu entnehmen, dass als Forderungsurkunde ein "Schuldbrief vom 12. April 1991, lastend auf Grundbuchblatt ..., Plan ..., Kat.-Nr. ..., E.\_\_\_\_\_" diene. Dieser Schuldbrief sei als Sicherheit für zwei dem Gesuchgegner 1 vom Gesuchsteller und dessen Ehefrau gewährte Darlehen erstellt worden (Urk. 44/1 S. 3 Ziff. 1; Urk. 44/6/2). Dem als Beilage zum Beteiligungsbegehren eingereichten Begleitschreiben des Gesuchstellers lasse sich entnehmen, dass

die Betreuung als Faustpfandbetreuung aus dem genannten Schuldbrief angehoben werde (Urk. 44/29). Zudem mache der Gesuchsteller geltend, die Faustpfandverwertung des Schuldbriefes habe der Grundpfandverwertung vorzugehen (Urk. 44/28 S. 3 Ziff. 1). Unter diesen Umständen könne kein Zweifel darüber bestehen, dass es sich bei dem in der vorliegenden Betreuung zu verwertenden Faustpfand nach Ansicht des Gesuchstellers um den Schuldbrief vom 12. April 1991 handeln müsse. Nun habe aber der Gesuchsgegner 1 selbst diesen Schuldbrief errichten lassen und sei auf dem Titel entsprechend auch alleine als Schuldner aufgeführt (Urk. 44/1 S. 3 Ziff. 2; Urk. 44/6/3-4). Zudem sei nur der Gesuchsgegner 1 Vertragspartei der Verkaufsabmachung vom 11. April 1991 gewesen (Urk. 44/6/2), in welcher er und der Gesuchsteller sowie dessen Ehefrau übereingekommen seien, die beiden Darlehen durch eben diesen Schuldbrief sicherzustellen. Es sei daher davon auszugehen, dass es ebenfalls einzig der Gesuchsgegner 1 gewesen sei, welcher dem Gesuchsteller den Schuldbrief nach dessen Errichtung zugestellt bzw. zu Faustpfand begeben habe (gemäss Art. 901 Abs. 1 ZGB genüge bei Inhaberpapieren zur Verpfändung die Übertragung der Urkunde an den Pfandgläubiger und die Gesuchsgegner hätten nicht bestritten, dass ein Faustpfandrecht begründet worden sei). Somit könne keine Rede davon sein, dass das Faustpfand von einem Dritten bestellt worden wäre, und da die der vorliegenden Betreuung zu Grunde liegende Forderung vor der Konkurseröffnung über den Gesuchsgegner 1 entstanden sei, erweise sich die Betreuung als nichtig. Da eine nichtige Betreuung nicht fortgesetzt werden könne, sei mangels Rechtsschutzinteresse betreffend den Gesuchsgegner 1 auf das Rechtsöffnungsgesuch nicht einzutreten (Urk. 46 S. 6 f. mit Hinweis).

Eine Betreuung gegen die Gesuchsgegnerin 2 bzw. ein auf sie lautender Zahlungsbefehl liege nicht vor. Zudem falle sie ohnehin nicht als Dritteigentümerin des Faustpfands (Schuldbrief) in Betracht. Mangels schutzwürdigen Interesses (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO) des Gesuchstellers sei auch in dieser Hinsicht nicht auf das Rechtsöffnungsgesuch einzutreten (Urk. 46 S. 7).

Da die Betreuung nichtig und auf das Rechtsöffnungsgesuch nicht einzutreten sei, bestehe weder an der vom Gesuchsteller beantragten Feststellung des

Pfandrechts bzw. der Pfandforderung im Rahmen der Betreuung noch an den von der Gesuchsgegnerin 2 gestellten prozessualen Anträgen ein weiteres schutzwürdiges Interesse, weshalb darauf ebenfalls nicht einzutreten sei. Ebenso bestehe keine Notwendigkeit, die Urteilsfähigkeit des Gesuchsgegners 1 zu überprüfen oder ihm für das vorliegende Verfahren einen Beistand zu bestellen, da ihm aufgrund des Verfahrensausgangs keinerlei Nachteile erwachsen würden (Urk. 46 S. 7 f.).

**3.1.** Nichteintreten auf das Rechtsöffnungsbegehren betreffend den Gesuchsgegner 1

**a)** Mit seiner Beschwerde rügt der Gesuchsteller zunächst, es sei unbestritten, dass es der Gesuchsgegner 1 gewesen sei, der den (Inhaber-)Schuldbrief vom 12. April 1991, welcher auf dem Grundstück Gemeinde E.\_\_\_\_\_, Grundbuch ..., Plan ..., Kat.-Nr. ... im 3. Rang laste, habe errichten lassen und denselben dem Gesuchsteller übergeben habe. Ebenso sei unbestritten, dass der Gesuchsteller mangels anderweitiger vertraglicher Vereinbarung nicht direkt im Rahmen einer Betreuung auf Grundpfandverwertung auf das vormals im Eigentum des Gesuchsgegners 1 stehende, vor der zweiten Konkursöffnung vom 2. Oktober 2013 von ihm auf seine Ehefrau/Gesuchsgegnerin 2 übertragene Grundstück, auf welchem der Schuldbrief laste, Zugriff nehmen könne. Vielmehr sei zunächst zwingend die Faustpfandverwertung aus dem Schuldbrief vom 12. April 1991 durchzuführen. Dies ändere indes an der Vorlage eines Pfandes, welches von einem Dritten bestellt worden sei, nichts. Der Schuldbrief sei einzig werthaltig bzw. als Pfandgegenstand tauglich, soweit er eine Grundlage in einem Grundstück finde, auf welchem er laste, welches sich vorliegend eben im Dritteigentum der Gesuchsgegnerin 2 befinde. Dieses Grundstück befinde sich nicht in der Konkursmasse des persönlich haftenden Gesuchsgegners 1, für welchen Fall Art. 89 Abs. 1 VZG die Zulässigkeit der "Betreibung auf Pfandverwertung" generell, d.h. einschliesslich einer Faustpfandverwertung und nicht nur die Betreuung auf Grundpfandverwertung vorsehe. Art. 89 Abs. 1 VZG statuiere ausdrücklich die Ausnahme vom Verbot neuer Betreibungen während der Dauer des Konkursverfahrens mit Bezug auf pfandrechtlich gesicherte Forderungen, soweit sich das Grundstück

nicht in der Konkursmasse befinde. Dies sei vorliegend der Fall. Daran ändere auch die Notwendigkeit der vorgängigen Durchführung einer Faustpfandverwertung nichts (Urk. 45 S. 6 f.).

**b)** Ausgenommen vom Betreibungsverbot während des Konkursverfahrens für Forderungen, die vor Konkurseröffnung entstanden sind, sind einzig Beteiligungen auf Verwertung von Pfändern, die von Dritten bestellt worden sind (Art. 206 Abs. 1 SchKG). Der (Inhaber-)Schuldbrief vom 12. April 1991, welcher auf dem Grundstück Gemeinde E.\_\_\_\_\_, Grundbuch Blatt ..., Plan ..., Kat.-Nr. ... im 3. Rang lastet (Urk. 6/4), und auf welchen sich die Betreuung stützt (Urk. 44/2), wurde unbestrittenermassen vom Gesuchsgegner 1 errichtet und dem Gesuchsteller verpfändet (vgl. Urk. 45 S. 6; Urk. 44/1 S. 3 f.; Urk. 44/6/3-4). Der Gesuchsteller wurde mithin Faustpfandgläubiger und erhielt ein Forderungspfandrecht an der Schuldbriefforderung (vgl. BSK ZGB II-Staehelin, Art. 859 ZGB N 9). Wie der Gesuchsteller selbst ausführt (Urk. 45 S. 6), ist zunächst zwingend die Betreuung auf Faustpfandverwertung des Schuldbriefes durchzuführen (Art. 41 und Art. 151 ff. SchKG; BSK ZGB II-Staehelin, Art. 859 ZGB N 12). Erst der Erwerber des Titels wird Grundpfandgläubiger und kann die Betreuung auf Grundpfandverwertung einleiten. Die Verwertung des dem verpfändeten Schuldbriefes zugrunde liegenden Grundstücks erfolgt mithin über zwei Stufen. Bei der vorliegenden Faustverpfändung eines Papier-Schuldbriefes bildet nicht das Grundstück, sondern der Pfandtitel das (primäre) Pfandobjekt (vgl. auch Erwähnung in BGE 140 II 365 E. 4 am Schluss). Der Schuldbrief und Pfandgegenstand wurde, was nicht strittig ist, gerade nicht von einem Dritten bestellt, sondern vom Darlehensschuldner und Gesuchsgegner 1 selbst. Der Schuldbrief (als Verkehrswertpapier) gehört damit zur Konkursmasse. Daran ändert nichts, dass das Grundstück, auf welchem er lastet, vor der Konkurseröffnung am 2. Oktober 2013 gemäss Kaufvertrag vom 19. März 2010 auf eine Drittperson, nämlich die Gesuchsgegnerin 2, übertragen wurde (Urk. 44/6/14). Art. 89 Abs. 1 VZG bezieht sich (wie die ganze Verordnung) einzig auf die (Zwangs-)Verwertung von Grundstücken, mithin die Betreuung auf Grundpfandverwertung, wenn das Grundstück einem Dritten gehört und nicht in die Konkursmasse fällt (Pra 84 [1995] Nr. 208). Vorliegend geht

es jedoch um eine Betreuung auf Faustpfandverwertung, wobei das Pfand, nämlich der Schuldbrief, vom Schuldner selbst errichtet und übergeben wurde.

Vor diesem Hintergrund erweist sich die vorliegende Betreuung auf Faustpfandverwertung für die vor der Konkureröffnung entstandene Forderung mangels Vorliegens eines Drittfaustpfandes somit in Übereinstimmung mit der vorinstanzlichen Rechtsauffassung als nichtig. Entsprechend trat die erste Instanz zufolge eines fehlenden Rechtsschutzinteresses, weil eine nichtige Betreuung nicht fortgesetzt werden kann, zu Recht auf das Rechtsöffnungsbegehren gegenüber dem Gesuchsgegner 1 nicht ein. Die Beschwerde des Gesuchstellers ist diesbezüglich somit abzuweisen.

Die Frage nach einer allfälligen Verwirkung des Anfechtungsrechts gemäss Art. 285 ff. SchKG ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens (vgl. Urk. 45 S. 7). Immerhin soll aber das der Ehegattin und Gesuchsgegnerin 2 übertragene, mit dem Schuldbrief belastete Grundstück der Zwangsvollstreckung zugeführt werden (vgl. auch Urk. 57 S. 4, wo von einem anstehenden Prozess betreffend die paulianische Anfechtung der Grundstückveräusserung im Rahmen des hängigen Konkursverfahrens die Rede ist). Im Erfolgsfall läge somit kein sich im Dritteigentum befindliches Grundstück und damit auch kein von einem Dritten bestelltes Grundpfandrecht mehr vor, weshalb eine Betreuung (während des nach wie vor hängigen Konkursverfahrens, vgl. Urk. 45 S. 7) auch vor diesem Hintergrund nicht Bestand haben könnte.

Weil dem Gesuchsgegner 1 aufgrund des Verfahrensausganges keine Rechtsnachteile erwachsen, hat die erste Instanz im Rechtsöffnungsverfahren zu Recht keine Weiterungen betreffend die Prozessfähigkeit des Gesuchsgegners 1 getätigt und insbesondere auch nicht weiter geprüft, ob ihm für das Rechtsöffnungsverfahren ein Beistand zu bestellen ist (vgl. Urk. 46 S. 7 f.). Mit Blick auf das Ergebnis dieses Beschwerdeverfahrens rechtfertigen sich auch hier keine diesbezüglichen Weiterungen und es ist dem Gesuchsgegner 1 auch im Beschwerdeverfahren kein amtlicher Rechtsbeistand zu bestellen, wie dies die Gesuchstellerin 2 beantragen lässt, allerdings unter dem Vorbehalt der Anhandnahme des vorliegenden Rechtsöffnungsverfahrens (Urk. 53 S. 1, 8). Im Übrigen wurde dem

Gesuchsgegner 1 für das Konkursöffnungsverfahren, welches für ihn von grosser Tragweite war, gestützt auf Art. 392 Ziff. 1 ZGB ein amtlicher Beistand bestellt (Urk. 44/47 S. 9; Urk. 44/49; vgl. auch Urk. 44/67 [Entscheid der II. Zivilkammer des Zürcher Obergerichts betr. Abweisung der Beschwerde des Gesuchsgegners 1 gegen die Ernennung des Beistandes]; Urk. 53 S. 8), wobei diese Beistandschaft gemäss Entscheid der KESB Meilen vom 2. April 2015 offenbar infolge Undurchführbarkeit bereits wieder aufgehoben wurde (vgl. Urk. 43/3).

**3.2.** Nichteintreten auf das Rechtsöffnungsbegehren betreffend die Gesuchsgegnerin 2

Was die Gesuchsgegnerin 2 anbelangt, wären die Ausführungen des Gesuchstellers (Urk. 45 S. 8 f.) korrekt, wenn es sich vorliegend um eine Betreuung auf Drittpfandverwertung handeln würde. Dann wäre die Gesuchsgegnerin 2 als Mitbetriebebene in die Betreuung einzubeziehen gewesen bzw. es hätte ihr gestützt auf Art. 153 Abs. 2 lit. a und b SchKG je ein Zahlungsbefehl zugestellt werden müssen. Dies ist indessen, wie dargetan, gerade nicht der Fall, vielmehr geht es um die Verwertung eines dem Schuldner bzw. in die Konkursmasse gehörenden Wertpapiers in Gestalt des Schuldbriefes. Wenn das zuständige Betreibungsamt offenbar gestützt auf das Betreibungsbegehren (Urk. 1; vgl. auch Art. 151 Abs. 1 SchKG für den Fall eines hier nicht vorliegenden Drittpfandes) fälschlicherweise von einem Drittpfand bzw. einer Grundpfandverwertung ausging und der Gesuchsgegnerin 2 auch einen Zahlungsbefehl zukommen liess, ändert solches nichts daran, dass eine (Mit-)Betreibung der Gesuchsgegnerin 2 gestützt auf den verpfändeten Schuldbrief jeglicher Grundlage entbehrt. Ein auf sie selbst lautender Zahlungsbefehl liegt sodann, mit der Vorinstanz (Urk. 46 S. 7), nicht vor (vgl. auch Urk. 53 S. 4, 17; Urk. 3 und 4). Die Vorinstanz trat somit zu Recht mangels eines schutzwürdigen Interesses nicht auf das gegen die Gesuchsgegnerin 2 gerichtete Rechtsöffnungsbegehren ein. Auch diesbezüglich ist die Beschwerde somit abzuweisen.

Die von der Gesuchsgegnerin 2 im vorliegenden Beschwerdeverfahren aufs Neue gerügten Verfahrensfehler der Vorinstanz (vgl. Urk. 53 S. 4-6) sind nicht Gegenstand dieses Beschwerdeverfahrens, zumal auch die Gesuchsgegnerin 2

Antrag auf Abweisung der Beschwerde (und damit Bestätigung des angefochtenen Entscheides) stellen lässt (Urk. 53 S. 1). Im Übrigen trat die Vorinstanz auf das Rechtsöffnungsbegehren des Geschwärtellers gerade nicht ein. Dadurch sind die Beschwerdegegner nicht beschwert. Im Gegenteil. Die angeblichen prozessualen Fehler der Vorinstanz haben sich somit offensichtlich nicht zu deren Nachteil ausgewirkt. Auch aus diesem Grund sind Weiterungen nicht nötig.

Schliesslich erweist sich - mit Blick auf die Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des vorinstanzlichen Nichteintretensentscheides betreffend das Rechtsöffnungsbegehren - auch der Sistierungsantrag der Geschwärtlerin 2, welche diese im Hinblick auf ihre Strafanzeige gegen den Geschwärteller wegen Verdachts auf Urkundenfälschung bei der Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen stellte (vgl. Urk. 53 S. 1, 9), als obsolet. Zur Stellung einer weiteren Strafanzeige seitens des Gerichts, wie sich dies die Geschwärtlerin 2 offenbar vorstellt (vgl. Urk. 53 S. 10), besteht sodann keinerlei Veranlassung. Angesichts des Verfahrensausganges erübrigen sich überdies auch Weiterungen betreffend die Gültigkeit/Echtheit der dem Schuldbrief zugrundeliegenden "Verkaufsabmachung" (Urk. 6/2) und der (angeblich stark eingeschränkten) Urteilsfähigkeit des Geschwärtlers 1 im damaligen Zeitpunkt (vgl. Urk. 53 S. 9 ff., 18 f.).

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Für den Eventualfall (der Abweisung der Beschwerde) liess der Geschwärteller eine Kostenübernahme durch die Staatskasse beantragen. Er hält dafür, sollte die seinerseits eingeleitete Betreuung nichtig (gewesen) sein, indem ein Betreuungsausschluss nach Art. 206 Abs. 1 SchKG bestanden hätte, wäre dies seitens des Betreibungsamtes Küssnacht-Zollikon-Zumikon von Amtes wegen festzustellen gewesen. Damit wäre ein Rechtsöffnungsverfahren nicht in Betracht gefallen. Die Gerichtskosten für das Verfahren vor Vorinstanz wären entsprechend Art. 107 Abs. 2 ZPO auf die Staatskasse zu nehmen gewesen (Urk. 45 S. 3, 99).

Gestützt auf Art. 107 Abs. 2 ZPO kann das Gericht Gerichtskosten, die weder eine Partei noch Dritte veranlasst haben, aus Billigkeitsgründen dem Kanton auferlegen. Ein Anspruch auf eine solche Auferlegung der Kosten an den Kanton

besteht jedoch nicht (Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 2. A., 2013, Art. 107 N 25). Weil die Unzulässigkeit der Betreuung nicht völlig offensichtlich war und das Betreibungsamt ein Betreibungsbegehren grundsätzlich nur hinsichtlich der Verfahrensvoraussetzungen prüfen darf, namentlich eine materielle Prüfung des Betreibungsbegehrens oder dessen vollstreckungsrechtliche Zulässigkeit nicht vorgenommen werden darf (BSK SchKG I-Wüthrich/Schoch Art. 69 N 12), wie zum Beispiel das Vorliegen von Ausnahmen im Sinne von Art. 206 SchKG, rechtfertigt sich keine Kostenübernahme auf die Staatskasse. Es kann weder dem Betreibungsamt noch der Vorinstanz vorgeworfen werden, ein erst nach eingehender Prüfung als vollstreckungsrechtlich unzulässig erkanntes Betreibungsbegehren entgegen genommen und - zutreffend - beurteilt zu haben. Auch hätte der Gesuchsteller nach der Ausstellung des Zahlungsbefehls und Erhebung des Rechtsvorschlages durch die Gegenseite immer noch auf ein Rechtsöffnungsbegehren verzichten können.

Ausgangsgemäss wird der Gesuchsteller somit sowohl für das erst- als auch das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Die Höhe der vorinstanzlichen Entscheidgebühr (Fr. 1'000.-) sowie der der Gesuchsgegnerin 2 zugesprochenen Parteientschädigung (Fr. 3'500.- einschliesslich 8 % Mehrwertsteuern; Urk. 46 Dispositivziffern 3 und 6) wurde zwar mitangefochten (vgl. Urk. 45 S. 2), jedoch unterblieb eine entsprechende Begründung/Neubezifferung, weshalb diesbezüglich auf die Beschwerde nicht einzutreten ist und es bei der vorinstanzlichen Regelung bleibt (vgl. dazu im Übrigen auch den Entscheid der Kammer vom 12. August 2015, RT150083 S. 4-7).

Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist auf Fr. 1'500.- festzusetzen (Art. 48 GebV SchKG i.V.m. Art. 61 GebV SchKG; ZR 110/2011 Nr. 28). Ferner ist der Gesuchsteller zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin 2 für das Beschwerdeverfahren eine volle auf Fr. 2'000.- festzusetzende Parteientschädigung zu bezahlen (vgl. § 2, § 4 Abs. 1 und 2, § 9 und § 13 AnwGebV), mangels eines Antrages ohne Mehrwertsteuerzuschlag (vgl. Urk. 53 S. 1, 21; ZR 104 Nr. 76).

Dem Gesuchsgegner 1 ist mangels Umtrieben sowie mangels eines entsprechenden Antrages keine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Gesuchsteller auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Dem Gesuchsgegner 1 wird für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin 2 für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht am Bezirksgericht Meilen, 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 10 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. 117'409.85.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 21. August 2015

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am: js