

# ZH\_GERICHTE LF190043 vom 27. Juni 2019

Zh Gerichte, 2019-06-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_gerichte\\_LF190043](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_gerichte_LF190043)

FR: ZH\_GERICHTE LF190043 du 27 juin 2019

IT: ZH\_GERICHTE LF190043 del 27 giugno 2019

## Regeste

Vorsorgliche Massnahmen / Verfügungssperre Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 27. Juni 2019 (ET190002)

## Erwägungen

### E. 1

Mit Eingabe vom 29. April 2019 (act. 1) stellten die Gesuchsteller und Berufungsbeklagten (nachfolgend Gesuchsteller) beim Bezirksgericht Dielsdorf, Einzelgericht im summarischen Verfahren (nachfolgend Vorinstanz), ein Gesuch um Erlass vorsorglicher – und zunächst superprovisorisch zu erlassender – Massnahmen gegen den Gesuchsgegner und Berufungskläger (nachfolgend Gesuchsgegner), nämlich um Erlass einer "Kontosperre" über ein Konto bei der D.\_\_\_\_\_.

#### E. 1.1

Die Vorinstanz setzte die Entscheidgebühr für ihr Verfahren auf Fr. 6'500.– fest, auferlegte sie dem Gesuchsgegner und nahm diese zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse (act. 22 S. 18 Dispositiv-Ziffern 3 und 4). Da die Berufung abzuweisen ist, ist der vorinstanzliche Entscheid über die Gerichtskosten zu bestätigen.

#### E. 1.2

Die Vorinstanz verpflichtete den Gesuchsgegner, dem Vertreter der Gesuchsteller (RA Y.\_\_\_\_\_) eine Parteientschädigung von Fr. 8'400.– zu bezahlen

- 30 - und liess ihn für den Fall der Eintritt der Rechtskraft aus der Gerichtskasse mit Fr. 8'400.– entschädigen (act. 22 S. 18 f. Dispositiv-Ziffern 5 und 6). Da die Berufung abzuweisen ist, ist der vorinstanzliche Entscheid, den Gesuchsgegner zur Leistung einer Parteientschädigung zu verpflichten, zu bestätigen (und zwar trotz Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege [Art. 118 Abs. 3, 122 Abs. 1 lit. d ZPO]). 2. Unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren

#### E. 1.3

Vor Vorinstanz brachte der Gesuchsgegner vor, es handle sich bei der Vereinbarung um ein Schenkungsversprechen, das widerrufen werden konnte (Art. 250 Abs. 1 Ziff. 2 OR) und auch widerrufen worden sei (act. 22 S. 9 f. Erw. III.3.3). Die Vorinstanz erwog, es handle sich nicht um ein Schenkungsversprechen, weshalb ein allfälliger Widerruf ohne Bedeutung sei (ebd.). Diese Erwägungen beanstandet der Gesuchsgegner in seiner Berufung nicht. Es hat deshalb auch damit sein Bewenden.

#### **E. 1.4**

Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Vereinbarung gültig geschlossen wurde und weiterbesteht, ein Anspruch i.S.v. Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO damit besteht. 2. (Drohende) Verletzung

#### **E. 2**

Die Vorinstanz gab dem Gesuch mit Verfügung vom 30. April 2019 (act. 4) ohne Anhörung des Gesuchsgegners (superprovisorisch) statt und verfügte die Kontosperrung. Nach Anhörung des Gesuchsgegners (act. 8) und einem zweiten Schriftwechsel (act. 11, 17) hiess die Vorinstanz das Gesuch mit Verfügung vom 27. Juni 2019 (act. 19 = act. 22 = act. 24) als "ordentliche" vorsorgliche Massnahme gut und bestätigte die angeordnete "Kontosperrung".

#### **E. 2.1**

Der Gesuchsgegner beantragt für das Berufungsverfahren die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (Befreiung von Gerichtskosten und Bestellung eines Rechtsbeistands; act. 23 S. 2).

#### **E. 2.2**

Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Als aussichtslos sind Begehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliesse; eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten (BGE 138 III 217 Erw. 2.2.4 S. 218, 133 III 614 Erw. 5 S. 616 [unter verfassungsrechtlichem Aspekt]).

#### **E. 2.3**

Bei einem Begehren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im Rechtsmittelverfahren ist nicht entscheidend, ob das ursprünglich gestellte Begehren aussichtslos war bzw. ob es aussichtslos war, sich dem Begehren der Gesuchsteller zu widersetzen. Es kommt nur darauf an, ob es aussichtslos war, die vorinstanzlichen Erwägungen infrage zu stellen. Insbesondere mit der entscheidenden Frage, ob sich aus der Vereinbarung ein Anspruch auf Sicherheitsleistung

- 31 - ergebe, setzte sich die Vorinstanz aber kaum auseinander. Unter diesen Umständen kommt es auch im Rechtsmittelverfahren für die Frage der Aussichtslosigkeit allein darauf an, ob es aussichtslos war, sich dem ursprünglichen Gesuch der Gesuchsteller zu widersetzen. Es hat sich gezeigt, dass zur Frage, was eine Sicherheitsleistung nach Art. 38 Abs. 1 SchKG ist, keine klare Rechtsprechung oder Lehre besteht. Ebenso ist die Vereinbarung diesbezüglich unklar und musste ausgelegt werden. Es kann deshalb nicht gesagt werden, dass die Gewinnaussichten des Gesuchsgegners beträchtlich geringen waren als die Verlustgefahren und eine nicht bedürftige Partei (dazu sogleich) sich nicht

vernünftigerweise einem solchen Gesuch hätte widersetzen können.

#### **E. 2.4**

Der Gesuchsgegner verweist für seine Mittellosigkeit auf seine Ausführungen in der Gesuchsantwort und die dortigen Beilagen (act. 23 S. 11 Ziff. III Abs. 3; act. 8 S. 14–17, act. 6/6–15). Er reicht zudem einen Leistungsentscheid der Sozialbehörde der Gemeinde ... ins Recht (act. 23 S. 11 Ziff. III Abs. 4; act. 25). Aufgrund dieser Vorbringen und Belege erscheint der Gesuchsgegner als mittellos. Es kann zudem auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz (act. 22 S. 14 f. Erw. 2) verwiesen werden.

#### **E. 2.5**

Dem Gesuchsgegner ist deshalb die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen, weshalb die Kosten dieses Verfahrens zwar – zufolge Unterliegens – ihm aufzuerlegen sind (dazu sogleich), aber einstweilen, das heisst unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO, auf die Staatskasse zu nehmen sind. Zudem ist ihm antragsgemäss Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Dieser ist nach Einreichung einer Aufstellung über den Zeitaufwand und die Auslagen (§ 23 Abs. 2 AnwGebV) aus der Staatskasse angemessen zu entschädigen (Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO). Auch diesbezüglich bleibt die Nachzahlungspflicht nach Art. 123 ZPO vorbehalten. 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens

#### **E. 2.6**

Ohnehin ist der Gesuchsgegner nicht zu schützen, wenn er sich zur Begründung seines Standpunktes auf sein eigenes vereinbarungswidriges Verhalten berufen will. Sein Vorbringen ist insofern rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB). 3. Weitere Voraussetzungen Zu den weiteren Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen (drohender nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil und Dringlichkeit, Verhältnismässigkeit [act. 22 S. 10 f. Erw. 4]) äussert sich der Gesuchsgegner nicht. Es hat deshalb mit den Erwägungen der Vorinstanz sein Bewenden.

- 29 - VII. Prosequierungsfrist 1. Die Vorinstanz setzte den Gesuchstellern entsprechend Art. 263 ZPO eine Prosequierungsfrist von 60 Tagen an (act. 22 S. 18 Dispositiv-Ziffer 2). Die Berufung gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen hat keine aufschiebende Wirkung (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO). Dies heisst nach Ansicht des Bundesgerichts aber lediglich, dass die Vollstreckung sofort erfolgen könne; der Eintritt der formellen Rechtskraft sei dennoch durch den Lauf der Rechtsmittelfrist und während eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens aufgeschoben und die Prosequierungsfrist laufe nicht (BGE 139 III 486). Deshalb stellt sich auch nicht die Frage, ob in der Berufung auch ein Fristerstreckungsgesuch zu sehen ist, wie dies die Kammer im Zusammenhang mit der Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses, insbesondere bei Gesuchen um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege, annimmt. 2. Die Kammer ist aber nicht zuständig, die Prosequierungsfrist neu anzusetzen (auch nicht rein deklaratorisch oder "der guten Ordnung halber"). Ob der Lauf der Rechtsmittelfrist nach BGG oder ein allfälliges Rechtsmittel ans Bundesgericht den Beginn oder Lauf der Prosequierungsfrist hemmt, ist hier nicht zu entscheiden. VIII. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen

#### **E. 3**

Mit Stellungnahme vom 13. Mai 2019 (act. 8) habe der Gesuchsgegner sinn- gemäss entgegnet, die Vereinbarung vom 25. März 2013 sei nicht rechtsgültig zustande gekommen. Eventualiter sei Ziff. 2 der Vereinbarung als Schenkungs- versprechen zu qualifizieren, das vom Gesuchsgegner am 19. März 2019 schrift- lich widerrufen worden sei. Im Übrigen habe er gar nie Konti im Sinne der Verein- barung vom 25. März 2013 zugunsten seiner beiden Söhne eingerichtet, weshalb auch keine rechtswidrigen Kontosaldierungen oder Vermögensübertragungen vorgenommen worden seien. Sodann werde mit dem gesuchstellerischen Begeh- ren vom 29. April 2019 eine sichernde Massnahme bei der Vollstreckung einer

- 6 - Geldforderung beantragt, bei welcher die Bestimmungen des SchKG aus- schliesslich anwendbar seien. Folglich sei das Begehren abzuweisen und sei die Verfügungssperre aufzuheben (vgl. zum Ganzen act. 22 S. 4 Erw. II.2).

### **E. 3.1**

Die Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG beim Streitwert von Fr. 192'888.– zunächst auf Fr. 12'430.–

- 32 - festzusetzen und in Anwendung von § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 6'000.– zu redu- zieren.

#### **E. 3.1.1**

Der (allenfalls erst künftige) Anspruch der Söhne ist ein solcher auf Geld- zahlung und könnte als solcher (auch von den Gesuchstellern, vorn Erw. V.2.1 f.) nur mittels SchKG gesichert werden. Es stellt sich aber die Frage, ob der Ge- suchsgegner neben der Zahlung an die Söhne noch etwas anderes schuldet. Auch wenn dies bejaht würde, stellt sich aber die Frage, ob diese Schuld nach ZPO (und nicht nach SchKG) zu vollstrecken und zu sichern ist.

#### **E. 3.1.2**

Die Vorinstanz erwog, die Gesuchsteller hätten eine "Massnahme ..., wel- che auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ... hinführen soll" be- antragt, nämlich bestünde ihr Anspruch "sinngemäss darin, dass der Gesuchs- gegner die ... bezogenen Vermögenswerte auf zwei in der Verfügung beschränk- te Konti rückführt, um sicherzustellen, dass die Vermögen nach dem vereinba- rungsgemässen Zweck verwendet werden" (act. 22 S. 12 Erw. III.5.1). Wie ausge- führt schloss die Vorinstanz daraus, dass eine Massnahme nach Art. 261 ff. ZPO nicht wegen Art. 269 lit. a ZPO ausgeschlossen sei, da kein Anspruch auf Geld- zahlung infrage stehe.

#### **E. 3.1.3**

Der Gesuchsgegner bringt dagegen vor, es handle sich selbst nach den Worten der Vorinstanz um eine "Sicherstellung von Vermögenswerten", was eine "pekuniäre Sicherstellungsmassnahme wie eine Pfändung, ein Arrest oder eine strafrechtliche Beschlagnahme von Geldwerten" sei. Solches könne nach Art. 269 lit. a ZPO nicht als Massnahme nach Art. 261 ZPO erfolgen. Es komme dabei nicht darauf an, ob die Sicherstellung zu Gunsten der Gesuchsteller oder von Drit-

- 11 - ten erfolgen soll oder ob die Forderung bereits fällig sei (zum Ganzen act. 23 S. 8 Ziff. II.4 Abs. 4; dazu vorn Erw. V.2.1 f., aber nachfolgend Erw. V.4).

#### **E. 3.1.4**

Der Gesuchsgegner macht mit diesen Vorbringen nicht geltend, es bestehe ein – nach SchKG zu sichernder und zu vollstreckender – Anspruch auf eine Geldzahlung, sondern es bestehe ein Anspruch auf eine Sicherheitsleistung.

### **E. 3.1.5**

Nach Art. 38 Abs. 1 SchKG werden denn "[a]uf dem Wege der Schuldbe- treibung" nicht nur "die Zwangsvollstreckungen durchgeführt, welche auf eine Geldzahlung ... gerichtet sind", sondern auch solche, die auf eine "Sicherheits- leistung" gerichtet sind. Ergäbe sich aus der Vereinbarung ein solcher Anspruch, wäre demnach eine Massnahme nach Art. 261 ff. ZPO ausgeschlossen.

### **E. 3.1.6**

Der Wortlaut von Art. 269 lit. a ZPO sieht den Vorbehalt des SchKG aller- dings nur für Geldforderungen vor. Aber bereits aus systematischen Gründen muss angenommen werden, dass Art. 269 lit. a ZPO einfach alle Massnahmen vorbehält, die unter Art. 38 Abs. 1 SchKG fallen (und damit sichernde Massnah- men nach Art. 261 ff. ZPO im ganzen Anwendungsbereich von Art. 38 Abs. 1 SchKG ausschliesst). Denn es ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Gesetzge- ber zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche zweier Gesetze einen nur teilwei- sen Vorrang des einen vor dem andern vorsehen sollte. Das ergibt sich auch aus einer historischen Auslegung. In der Botschaft zur ZPO (BBl 2001 S. 7221 ff. S. 7357) führte der Bundesrat aus, dass "[f]ür die Sicherung von Geldforderungen ... wie bis anhin das SchKG anwendbar" bleibe (Hervorhebungen weggelassen und hinzugefügt). "Bis anhin" galt aber für den Vorrang des SchKG (vor dem damals noch kantonalen Zivilprozessrecht, vgl. auch Art. 49 Abs. 1 BV) einfach Art. 38 Abs. 1 SchKG. Dieses Verständnis ist mit dem Wortlaut des Art. 269 lit. a ZPO sodann zumindest vereinbar, auch wenn es sich daraus nicht zwingend ergibt. Denn auch eine Sicherheitsleistung dient, wie der Begriff schon nahelegt, dazu, eine (spätere) Leistung abzusichern, ist also, wenn diese Leistung wie hier eine Geldzahlung ist (vgl. dazu vorn Erw. V.2.3), eine "sichernde Massnahme bei der Vollstreckung von Geldforderungen" (die Frage, ob das SchKG auch zur Anwen- dung kommt, wenn eine nicht auf eine Geldleistung gerichtete Forderung zu si- chern ist, ist hier nicht zu entscheiden; vgl. dazu aber BGE 129 III 193, wonach es

- 12 - immerhin keine Rolle spiele, ob die Sicherheitsleistung selbst in Geld bestehe oder nicht [was etwas anderes ist als die Frage, ob sie für eine Geldleistung zu leisten sei]). Art. 261 ZPO ist also auch für solche Massnahmen keine Rechts- grundlage, die auf Sicherheitsleistung gerichtet sind, jedenfalls, wenn eine Geld- forderung gesichert werden soll.

### **E. 3.1.7**

Es bleibt deshalb zu prüfen, ob die sich aus der Vereinbarung ergebende Verpflichtung des Gesuchsgegners eine solche auf Sicherheitsleistung ist (wobei, soweit es um Tatsachen – insbesondere den Willen der Parteien [Art. 18 Abs. 1 OR] – geht, genügt, wenn glaubhaft ist, dass die Parteien eine nach ZPO zu si- chernde und zu vollstreckende Leistung vereinbarten [wobei keine der Parteien einen tatsächlichen Willen behauptet, der von der Auslegung nach Treu und Glauben abweicht, und es sind dazu auch keine Beweise offeriert]).

## **E. 3.2**

Der Gesuchsgegner unterliegt im Berufungsverfahren und hat entsprechend die Kosten zu tragen (Art. 106 ZPO). Da ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen ist, sind die Gerichtskosten einstweilen, das heisst unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht (Art. 123 ZPO), auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 122 Abs. 1 lit. b ZPO).

### **E. 3.2.1**

Allgemeines Weder das SchKG noch ein anderes Gesetz enthalten eine Legaldefinition des Begriffs Sicherheitsleistung (Kotronis, Die Sicherheitsleistung im Privatrecht, Diss. Zürich 2016, S. 8, m.w.H.; vgl. aber z.B. § 232 BGB, der allerdings auch nur die Formen vorsieht, in denen Sicherheit geleistet werden kann). Auch aus der Lehre oder Rechtsprechung (vgl. Art. 1 Abs. 3 ZGB) ergibt sich darauf keine klare Antwort.

### **E. 3.2.2**

Wortlaut von Art. 38 Abs. 1 SchKG

#### **E. 3.2.2.1**

Der Wortlaut von Art. 38 Abs. 1 SchKG ("Sicherheitsleistung") legt nahe, dass eine Sicherheitsleistung nur dann vorliegt, wenn eine solche die Chance für den Gläubiger (beim Vertrag zugunsten Dritter also zumindest für den Promissar oder für den Dritten) erhöht, die ihm versprochene (Haupt-) Leistung zu erhalten.

#### **E. 3.2.2.2**

So führt schon Kockel (Die Betreibung auf Sicherheitsleistung nach dem schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Diss. Zürich 1931, S. 1) aus: "Unter Sicherheit versteht man die an Gewissheit grenzende Wahr-

- 13 -  
lichkeit, dass der Gläubiger seine Befriedigung, d.h. die ihm gebührende Leistung erhalten werde. Sicherheitsleistung ist demnach eine Zuwendung, die zu dem Zwecke erfolgt, dem Empfänger für eine ihm zustehende Forderung Sicherheit zu gewähren; es wird also dem Gläubiger die Möglichkeit verschafft, bei Nichterfüllung seiner Forderung durch den Schuldner, Befriedigung aus der gestellten Sicherheit zu erlangen" (krit. aber Kotronis, S. 18, aber wiederum S. 145, wo er ebenfalls davon ausgeht, "dass die Sicherheitsleistung dazu dient, die Erfüllung von Ansprüchen sicherer zu machen"). Und im Zusammenhang mit der Nichtaufhebung der Sicherheiten bei einer Saldoziehung führt Gabriel (Basler Kommentar OR I, Art. 117 N 17) aus: "Zu den Sicherheiten zählt alles, was den Anspruch des Saldogläubigers über den Leistungsinhalt hinaus verbessert, etwa Pfand-, Retentions- oder gesellschaftsrechtliche Rückgriffsrechte".

#### **E. 3.2.2.3**

Das SchKG ist denn auch darauf ausgerichtet, dem Gläubiger (überhaupt und so effizient wie [unter Wahrung der Rechte des Schuldners und allfälliger anderer Gläubiger] möglich) Befriedigung für seine Forderung zu verschaffen. Jedenfalls Hauptzweck ist dabei die Befriedigung für Geldforderungen (vgl. nur Art. 12 Abs. 1 SchKG und Art. 69 ff. SchKG ["Zahlungsbefehl"]). Das SchKG soll also nur dort angewendet werden, wo es darum geht, den Gläubiger seinem Ziel, ihn "aus dem Vermögen des Schuldners zu befriedigen", näher zu bringen (vgl. Bauer, Basler Kommentar SchKG, Art. 56 N 25). Und das kann eine Sicherheitsleistung nur, wenn sie dem Gläubiger (beim Vertrag zugunsten Dritter zumindest dem Dritten) das Recht gibt, zur Befriedigung seiner Hauptforderung auf das als Sicherheit Geleistete zuzugreifen (vgl. Acocella, Art. 38 N 16, m.w.H.), und dies

vor den anderen Gläubigern des Schuldners. Nötig ist also ein "Vorrecht" des Gläubigers (vgl. auch § 232 Abs. 1 BGB, der nur "Arten" von Sicherheiten aufzählt, die ein solches Vorrecht nach sich ziehen).

#### **E. 3.2.2.4**

Ein solches Vorrecht kann – neben einer Personalsicherheit (Garantie, Bürgschaft), bei der dem Gläubiger neben dem Schuldner noch ein anderer mit seinem Vermögen haftet, was aber hier nicht infrage steht – nur in einem Pfandrecht bestehen (Art. 219 Abs. 1 i.V.m. Art. 146 Abs. 2 SchKG; vgl. zu den möglichen Mitteln zur Sicherung Bauer/Bauer, Basler Kommentar ZGB II, Vor Art. 884–

- 14 - 894 N 4; Vogt/Leu, Basler Kommentar OR II, Art. 585 N 8; krit. dazu aber Kotronis, S. 17, m.w.H., nach dem auch obligatorische Ansprüche als Sicherheiten infrage kommen). Entsprechend führt denn auch L. Krauskopf (Wesen und Bedeutung der Betreuung auf Sicherheitsleistung in Lehre, Rechtsprechung und Praxis, Blätter für Schuldbetreiber und Konkurs 1978, S. 161 ff., S. 167 am Ende) aus, dass der Gläubiger der Sicherheitsleistung ein beschränktes dingliches Recht erhalte. Und auch nach Kockel (S. 1 Fn. 2) ist die Sicherheit eine Zuwendung, durch die der Gläubiger ein ihm bisher noch nicht zustehendes Recht erhält. Es genügt damit nicht, wenn z.B. durch eine Einzahlung auf ein eigenes Konto der dem Gläubiger geschuldete Betrag "formell" ausgeschieden und "spezifiziert" (vgl. Art. 185 Abs. 2 OR) wird. Eine Sicherheitsleistung i.S.v. Art. 38 Abs. 1 SchKG liegt vielmehr nur vor, wenn der Gläubiger ein Zugriffsrecht und ein Vorrecht bei der Befriedigung hat, eben ein Pfandrecht.

#### **E. 3.2.3**

Systematik

##### **E. 3.2.3.1**

Eine "Sicherheit" (gerade, wie hier, im "Umfeld" von Kinderunterhalt) regeln auch Art. 132 Abs. 2 und Art. 292 Abs. 2 ZGB ("Sicherstellung" gem. Marginalien). Nach beiden Normen soll auch die – mit dem hier Vereinbarten ("Verfügungsbeschränkung") vergleichbare – "Sperrung von Bankkonten" eine "Sicherheit" sein (Fountoulakis/Breitschmid, Basler Kommentar ZGB I, Art. 131–132 N 13; Fountoulakis/Breitschmid/Kamp, Basler Kommentar ZGB I, Art. 292 N 1 4), womit auch das hier Vereinbarte als "Sicherheit" verstanden werden könnte. Bei Art. 132 Abs. 2 wie bei Art. 292 Abs. 2 ZGB wird jedoch gleichzeitig angenommen, der Gläubiger habe eine "Wahl zwischen betreibungsrechtlichen Behelfen und Sicherstellung" (Fountoulakis/Breitschmid, ebd.; ähnlich Fountoulakis/Breitschmid/Kamp, ebd. am Ende). Diese Autoren betrachten also die Sperrung von Bankkonten – zwar als "Sicherheit" im Sinne der Art. 132 Abs. 2 und Art. 292 Abs. 2 ZGB, aber – gerade nicht als Sicherheitsleistung im Sinne des SchKG.

##### **E. 3.2.3.2**

In BGer 6S.57/2003 Erw. 3.2 nahm das BGer allerdings an, mit der Einzahlung auf ein "Sperrkonto", über das allein ein Dritter Verfügungsberechtigt ist, habe der Einzahlende eine Sicherheitsvereinbarung erfüllen wollen (ähnlich BGE 96 II 145 Erw. 3 S. 150, wonach das Einräumen des alleinigen Verfügungsrechts

- 15 - die Eigentumsübertragung hinterlegter Wertpapiere bewirkt). Damit ist aber nichts gesagt über ein "Sperrkonto", an dem auch der Einzahlende berechtigt bleibt, und damit erst

recht nichts zu einem in der Verfügung beschränkten Konto, dessen "Inhaber" der Einzahlende bleibt (vgl. dazu auch nachfolgend Erw. V.3.3.2) und der die Verfügungsmacht nicht auf einen Dritten allein überträgt.

### **E. 3.2.3.3**

Das SchKG selbst sieht den Arrest (Art. 271 ff. SchKG) als Sicherungs- massnahme vor, der aber keine – zumindest keine "materiellen" – Vorrechte des Arrestgläubigers bewirkt (Art. 281 SchKG). Bei Art. 38 Abs. 1 SchKG solche Vor- rechte zu fordern, könnte darum als Widerspruch erscheinen. Beim Arrest geht es allerdings nicht um die Vollstreckung einer materiellrechtlich geschuldeten (Si- cherheits-) Leistung, sondern um die Sicherung einer materiellrechtlich geschul- deten Leistung (Bauer/Bauer, Vor Art. 884–894 N 27; wobei diese Leistung wie- derum eine Sicherheitsleistung sein kann, dann geht es um Sicherung des Si- cherstellungsanspruchs: Kotronis, S. 71). Der Arrest ist schon deshalb nicht mit der "Sicherheitsleistung" nach Art. 38 Abs. 1 SchKG vergleichbar. Abgesehen da- von sieht das Gesetz für den Fall der Zwangsvollstreckung bereits Regeln zur Koordination mehrerer Gläubiger vor (Art. 110 f. SchKG, Art. 146 i.V.m. Art. 219 SchKG), sodass es weder nötig noch sinnvoll ist, dem arrestlegenden Gläubiger ein weiteres Vorrecht einzuräumen (und so ein konkurrenzierendes Koordina- tions-Regime zu schaffen, das zudem einen "Wettlauf" um die Arrestlegung ent- stehen lassen würde). Bei einer vertraglichen Sicherheitsleistung ist dies nicht der Fall, sodass die Parteien darauf verwiesen sind – und es ihnen unter Vorbehalt von Art. 285 ff. SchKG auch zusteht –, selbst einen Vorrang eines Gläubigers vor anderen zu begründen. Dass ein Arrest kein Vorrecht begründet, ein solches aber für eine Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 38 Abs. 1 SchKG nötig ist, ist des- halb kein Widerspruch.

### **E. 3.2.4**

Zweck von Art. 38 Abs. 1 SchKG Aus dem Zweck von Art. 38 Abs. 1 SchKG lässt sich nichts gewinnen. Einerseits kommt es zwar für die Frage, ob das SchKG für die Durchsetzung eines An- spruchs geeignet ist, nicht darauf an, ob diese Durchsetzung in einer späteren Vollstreckung ein Vorrecht zur Folge hat. Andererseits soll das SchKG die Ver-

- 16 - schiebung von Vermögenswerten vom Schuldner auf den Gläubiger bewirken (und nicht einfach eine Umverteilung schuldnerischer Vermögenswerte innerhalb von dessen Vermögen; vgl. Art. 144 Abs. 4 SchKG), was nur der Fall ist, wenn dem Gläubiger ein Vorrecht (als absolut, also gegenüber anderen Gläubigern wir- kendes, Recht) eingeräumt werden soll.

### **E. 3.2.5**

Sicherheiten in Geld und andere Sicherheiten In BGE 129 III 193 entschied das Bundesgericht aufgrund des Wortlauts und der Entstehungsgeschichte des Gesetzes, Ansprüche auf Sicherheitsleistung seien auch dann nach SchKG zu vollstrecken, wenn diese nicht auf Geldleistung gerich- tet sind. Das ändert aber nichts daran, dass auch solche Ansprüche auf eine Si- cherheit gerichtet sein müssen. Und eine solche liegt nach dem Ausgeführten nur vor, wenn ein Vorrecht für den Gläubiger vereinbart ist.

### **E. 3.2.6**

Zwischenergebnis Eine "Sicherheitsleistung" im Sinne von Art. 38 Abs. 1 SchKG liegt nur vor, wenn ein Vorrecht für den Gläubiger vereinbart ist; als solches kommt das Pfandrecht

in Frage. Andernfalls hat die Vollstreckung und Sicherung nach ZPO zu erfolgen.

### **E. 3.3**

Die unentgeltliche Rechtspflege befreit nicht von der Pflicht zur Leistung einer Parteienschädigung (Art. 118 Abs. 3 ZPO). Allerdings sind für das Berufungsverfahren keine Parteienschädigungen zuzusprechen; dem Gesuchsgegner nicht, weil er unterliegt, den Gesuchstellern nicht, weil ihnen keine zu entschädigenden Umtriebe entstanden sind.

#### **E. 3.3.1**

Allgemeines

##### **E. 3.3.1.1**

Der Gesuchsgegner verpflichtete sich, Geld auf zwei Konti einzuzahlen. Es stellt sich also die Frage, ob er sich damit zur Errichtung eines Pfandrechtes verpflichtet hat.

##### **E. 3.3.1.2**

Die Vereinbarung der Parteien (zu ihrer Gültigkeit nachfolgend Erw. VI.1) erfüllt gewisse Merkmale einer Hinterlegung sicherheitshalber (und zwar, da nur die Herausgabe gleichartiger Sachen [nämlich Geld] geschuldet ist, einer irregulären Hinterlegung sicherheitshalber: Zobl/Thurnheer, Berner Kommentar, Das Fahrnispfand, 3. A. Bern 2010, Syst. Teil N 1207). Eine solche begründet ein Pfandrecht an der hinterlegten Sache bzw. an der Forderung (BGE 102 Ia 229 Erw. 2.e Abs. 3 S. 236; Zobl/Thurnheer, Syst. Teil N 1213). Jedoch kann der In-

- 17 - halt des Vertrages innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden (Art. 19 Abs. 1 OR). Die Parteien können also auch Verträge schliessen, die nicht den vom Gesetz vorgesehenen (insb. Art. 184 ff. OR) entsprechen (Vertragsinhaltsfreiheit); erst recht sind die Parteien nicht an Vertragstypen gebunden, die erst die Lehre geschaffen hat (die Hinterlegung sicherheitshalber ist keine Hinterlegung i.S.v. Art. 472 ff. OR [Zobl/Thurnheer, Syst. Teil N 1201 f., N 1203]). Ob die Parteien vereinbarten, der Gesuchsgegner schulde die Errichtung eines Pfandrechts, ergibt sich also nicht einfach aus der Qualifikation der Vereinbarung als Hinterlegung sicherheitshalber (womit es auf diese Qualifikation gar nicht ankommt, also offenbleiben kann, wie die Vereinbarung zu qualifizieren ist), sondern daraus, was sie konkret vereinbarten (allein den zwingenden Regeln des Vertragsrechts können die Parteien nicht entgehen, sondern unterstehen diesen, sobald ihr Vertrag die Merkmale eines bestimmten Vertrags aufweist).

##### **E. 3.3.1.3**

Auch Zobl/Thurnheer (Syst. Teil N 1226) gehen allein deshalb davon aus, bei einer Hinterlegung sicherheitshalber sei ein Pfandrecht vereinbart, weil dies dem mutmasslichen Parteiwillen und dem normalerweise mit einem solchen Vertrag verfolgten Zweck entspreche (vgl. auch Oftinger/Bär, Zürcher Kommentar, Das Fahrnispfand, 3. A. Zürich 1981, Syst. Teil N 206, wonach es auf "Interessenslage und Zwecksetzung" ankomme). Die Frage nach dem Zweck eines Vertrages ist aber nichts anderes als ein Element bei dessen Auslegung, die wiederum der Bestimmung des wirklichen Willens der Parteien dient (Wiegand, Basler Kommentar OR I, Art. 18 N 30; ein von der Auslegung nach Treu und Glauben abweichender "wirklicher Wille" der Parteien [Art. 18 Abs. 1 OR] ist im Übrigen von keiner Partei behauptet und es sind keine Beweise [Art. 254 ZPO] zu einem solchen offeriert). Es ist also weiterhin einfach die Frage zu beantworten, ob die Parteien die

Errichtung eines Pfandrechts vereinbarten (vgl. L. Krauskopf, S. 164, wonach es "entscheidend darauf an[kommt], dass dem Gläubiger ein Pfandrecht an der [beim Dritten] hinterlegten Sache zugestanden wird" [Hervorhebung hinzugefügt]).

#### **E. 3.3.1.4**

Die Vereinbarung (act. 3/2) lautet wie folgt: " 2. Gleichzeitig errichtet [der Gesuchsgegner] unter Federführung von H.\_\_\_\_\_ AG bei der D.\_\_\_\_\_ in Wettingen für seine beiden Söhne ... je ein in der

- 18 - Verfügung beschränktes Konto mit einer einmaligen Einlage von Fr. 100'000.- ... pro Kind. Die Beträge ... dürfen nur für die Ausbildung der Söhne verwendet werden. Mit dem Erreichen des 30. Altersjahres ist der nicht beanspruchte Betrag dem jeweiligen Sohn auszuzahlen und das Konto ist zu saldieren.

Die beiden Konti lauten auf [den Gesuchsgegner], Rubrik 'F.\_\_\_\_\_' und Rubrik 'G.\_\_\_\_\_', und werden von H.\_\_\_\_\_ AG verwaltet. Verfügungsberechtigung: Ausschliesslich kollektiv [der Gesuchsgegner] und H.\_\_\_\_\_ AG ... ."

#### **E. 3.3.2**

Wortlaut der Vereinbarung

##### **E. 3.3.2.1**

Der Wortlaut der Vereinbarung enthält weder den Begriff "Hinterlegung (sicherheitshalber)" noch den Begriff "Pfand" und auch nicht den Begriff "Sicherheit(-s-Leistung)". Vielmehr konzentriert sich die Vereinbarung darauf, die konkreten Handlungen und Vorgänge zu beschreiben, zu denen der Gesuchsgegner sich verpflichtete. Dabei liegt der Fokus auf der Eröffnung von Konti, dem Verwendungszweck und der Auszahlung. Aus dem Wortlaut der Vereinbarung ergibt sich also schwergewichtig die Pflicht des Gesuchsgegners zu einem konkret bezeichneten Tun (vgl. auch die insoweit zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz [act. 22 S. 12 Erw. III.5.2; dazu aber nachfolgend Erw. V.3.3.3]). Erst zuletzt wird die Verfügungsberechtigung erwähnt; dies zudem in einer Form ("Verfügungsberechtigung: ..."), die diesen Teil der Vereinbarung eher als Modalität erscheinen lässt.

##### **E. 3.3.2.2**

Weiter sollen die Konti "lauten auf" den Gesuchsgegner. Die Errichtung eines Pfandrechts erfordert aber gerade Aufgabe oder Einschränkung einer Rechtsposition, sie ist nämlich die Begründung eines beschränkten dinglichen Rechts. Aus der Vereinbarung ergibt sich denn auch mit keinem Wort, dass ein anderer als der Gesuchsgegner Zugriff auf die Konti haben soll (sondern nur, dass dieser ihn nicht allein haben soll). Die Parteien legten sich mutmasslich vielmehr überhaupt keine Rechenschaft ab über die Frage, ob den Gesuchstellern oder den Söhnen ein Pfandrecht an den "Konti" (also an der Forderung gegen-

- 19 - über der Bank auf Auszahlung der Kontosaldis [vgl. Zobl/Thurnheer, Syst. Teil N 1242]) eingeräumt werden solle. Die Begründung eines Pfandrechts als Errichtung eines beschränkten dinglichen Rechts kann aber nur angenommen werden, wenn sie sich mit ausreichender Klarheit aus dem Vertrag ergibt (Kotronis, S. 49; anders Zobl/Thurnheer, Syst. Teil N 1226). Das ist hier nicht der Fall.

##### **E. 3.3.2.3**

Auch aus der Vereinbarung über die "Verfügungsberechtigung" ergibt sich nicht, dass die Verpflichtung zur Errichtung eines Pfandrechts vereinbart wurde. Die Bestellung einer Sicherheit bedarf der Einräumung eines Vorrechts, also einer absolut (namentlich gegenüber andern Gläubigern des Gesuchsgegners) wirkenden Rechtsposition. Die "Verfügbarmacht" an sich ist keine solche Rechtsposition. Sie ist vielmehr nur die Rechtsfolge des Innehabens einer absolut wirkenden Rechtsposition (so kann beispielsweise, "[w]er Eigentümer einer Sache ist, ... über sie nach seinem Belieben verfügen" [Art. 641 Abs. 1 ZGB]). Wird vereinbart, dass eine Rechtslage bestehen soll – beschränkte Verfügungsbarmacht –, die die Rechtsfolge eines bestimmten Tatbestands – Einräumung eines zumindest beschränkten dinglichen Rechts, wie bei der Bestellung einer Pfandrechts – ist, ist das nicht das gleiche wie die Vereinbarung dieses Tatbestands (genauer: der Handlungen, die diesen Tatbestand erfüllen würden) (wobei beim Pfandrecht die Beschränkung der Verfügungsbarmacht gem. Art. 884 Abs. 3 ZGB auch Tatbestandsmerkmal zwar nicht der Vereinbarung, aber der Errichtung des Pfandrechts ist). Vielmehr steht es den Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit frei, die Verfügungsbarmacht über ihnen zustehende Forderungen gegenüber ihrem Schuldner (hier der Bank) beliebig (unter Vorbehalt von Art. 27 Abs. 2 ZGB) einzuschränken, ohne damit einem – aus Sicht der Beziehung Gesuchsgegner–Bank – Dritten ein Recht einzuräumen. Dass sich der Gesuchsgegner verpflichtete, "in der Verfügungsbarmacht beschränkte" Konti zu eröffnen und vereinbart wurde, dass die "Verfügungsbarmacht" ihm (obwohl die Konti auf ihn "lauten" sollten) nur zusammen mit einem Dritten zustehen sollte, ist damit nicht die Verpflichtung zur Einräumung einer absolut wirkenden Rechtsposition, namentlich eines Pfandrechts.

- 20 -

### **E. 3.3.3**

Verpflichtung zu einem "Tun"

#### **E. 3.3.3.1**

Aus dem Wortlaut der Vereinbarung ergibt sich wie ausgeführt, dass der Gesuchsgegner zu einem bestimmten Tun verpflichtet ist. Die Vollstreckung (und Sicherung), die sich nach ZPO richtet, wird häufig mit "Tun, Unterlassen oder Dulden" umschrieben (Art. 343 ZPO: Sachüberschrift und Abs. 1 Ingress; vgl. auch Staehelin, Schulthess-Kommentar ZPO, Art. 335 N 5, mit Verweis auf BGer 5A\_479/2008 Erw. 5.3 und 5A\_297/2009 Erw. 5.3). Das kann zur Annahme verleiten, ein Anspruch sei immer dann nach ZPO (und nicht nach SchKG) zu vollstrecken und zu sichern, wenn er auf ein "Tun, Unterlassen oder Dulden" gerichtet ist.

#### **E. 3.3.3.2**

Allerdings sind auch Geldzahlung und Sicherheitsleistung ein Tun. Nach Gauch/Schlupe/Schmid (OR AT I, N 37) ist eine Geldleistung eine Variante des Tuns. Die Kammer erwog sodann in einem Beschluss vom 4. April 1996, dass eine "Verpflichtung zu einem Tun ... letztlich allenfalls in einer Geldzahlung bestehen könnte, aber nicht muss" (ZR 96/1997 Nr. 36 S. 102). Anschaulich führt bereits Kockel (S. 14) aus: "Auch die Geldschuld besteht letzten Endes in einer Verpflichtung des Schuldners, zu handeln; er ist verpflichtet, sein Geld hervorzuholen und dem Gläubiger zu übergeben" (ähnlich S. 25). Und auch P. Krauskopf (N 38) stellt den Verpflichtungen zu einem "Tun, Unterlassen oder Dulden" nicht solche auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung gegenüber (sondern diese

sind eben eine Form von jenen).

#### **E. 3.3.3.3**

Das entspricht auch dem Wortlaut von Art. 335 ZPO, der für die Vollstreckung – ähnlich wie Art. 269 lit. a ZPO für die vorsorglichen Massnahmen – nicht "Tun, Unterlassen oder Dulden" einerseits Ansprüchen auf Geldzahlung oder Sicherheidsleistung andererseits gegenüberstellt. Vielmehr hält Art. 335 Abs. 1 ZPO ganz allgemein fest: "Die Entscheide werden nach den Bestimmungen dieses Kapitels vollstreckt." Auch dessen Abs. 2 – wonach Entscheide, die "auf eine Geldzahlung oder eine Sicherheitsleistung" lauten, nach den Bestimmungen des SchKG vollstreckt werden – sieht keine Gegenüberstellung von "Tun, Unterlassen oder Dulden" einerseits und "Geldzahlung oder Sicherheitsleistung" andererseits vor.

- 21 -

#### **E. 3.3.3.4**

Das lässt sich auch mit Art. 343 ZPO vereinbaren. Denn aus diesem ergibt sich nur, dass Feststellungs- und Gestaltungsurteile nicht vollstreckt werden können oder müssen (vgl. Zinsli, Basler Kommentar ZPO, Art. 343 N 3). Über die Abgrenzung von ZPO und SchKG ergibt sich aus ihm nichts. Zudem geht in dieser Frage aus systematischen Gründen – Stellung zu Beginn des 10. Titels der ZPO – Art. 335 dem Art. 343 ZPO vor.

#### **E. 3.3.3.5**

Es stellt sich also nicht die Frage, ob der Gesuchsgegner zu einem Tun verpflichtet ist oder ob er zu einer Geldzahlung oder Sicherheitsleistung verpflichtet ist. Vielmehr stellt sich die Frage, ob das Tun, zu dem der Gesuchsgegner verpflichtet ist, "auf eine Geldzahlung oder eine Sicherheitsleistung gerichtet" (Art. 38 Abs. 1 SchKG) ist (ein Dulden oder Unterlassen steht hier nicht infrage und dürfte kaum auf eine Geldzahlung oder Sicherheitsleistung gerichtet sind).

#### **E. 3.3.3.6**

Bei der Verpflichtung zu einer Geldzahlung genügt es, wenn die Parteien einen bestimmten Geldbetrag vereinbaren; vereinbart wird regelmässig auch die Fälligkeit (die sich aber auch aus Art. 75 OR ergeben kann). Alles Weitere ergibt sich aus dem Gesetz (insb. Art. 68 ff. OR). Das gleiche gilt für eine Sicherheitsleistung, die auch "abstrakt" vereinbart werden kann (vgl. Acocella, Art. 38 N 18; für das deutsche Recht § 232 BGB). Bei einer Verpflichtung zu einem (sonstigen) Tun müssen die Parteien hingegen grundsätzlich alle Einzelheiten regeln, da das Gesetz dafür keine dispositive Ordnung zur Verfügung stellt (immerhin können Verträge nach Art. 2 Abs. 1 ZGB ergänzt werden). Zwar ist auch bei einer Geldzahlung (oder ebenso bei einer Sicherheitsleistung) nicht ausgeschlossen, dass die Parteien verschiedene Einzelheiten regeln. So ist der Schuldner einer Geldschuld oftmals berechtigt oder gar verpflichtet, auf eine bestimmte Art zu leisten (namentlich per Überweisung), was ebenfalls eher die Vereinbarung eines konkreten Tuns ist; auch dabei bleiben die Einzelheiten aber dem Schuldner überlassen (vgl. auch BGer 4A\_465/2013, in dem die Parteien eine "ausseramtliche Banküberweisung zu Gunsten der Verkäuferschaft" vereinbart hatten [Sachverhalt, A.a.], Parteien und Gericht jedoch ohne Diskussion annahmen, die Vollstreckung unterstehe dem SchKG).

- 22 -

#### **E. 3.3.3.7**

In der Vereinbarung ist detailliert geregelt, wie der Gesuchsgegner vorzugehen habe. So muss er "unter Federführung" eines Dritten, bei einer bestimmten Bank und bei einer bestimmten Filiale, Konti eröffnen; dabei muss er bestimmte "Rubriken" verwenden und die "Verwaltung" einem Dritten überlassen, während die Konti auf ihn "lauten" sollen. Das ist weniger eine – regelmässig abstrakt vereinbarte – Geldzahlung oder Sicherheitsleistung als vielmehr ein genau beschriebenes vom Gesuchsgegner verlangtes Vorgehen.

#### **E. 3.3.4**

Zwischenergebnis Die Begriffe "Sicherheit", "Sicherheitsleistung", "Hinterlegung" oder "Pfandrecht", aus denen sich ergeben könnte, dass der Gesuchsgegner zur Einräumung eines Vorrechts an die Gesuchsteller oder die Söhne verpflichtet wäre, erscheinen in der Vereinbarung nicht. Im Gegenteil soll der Gesuchsgegner selbst "Inhaber" der Konti bleiben. Andererseits genügt dafür, dass eine Vollstreckung oder Sicherung nach ZPO zulässig ist, nicht, dass der Gesuchsgegner zu einem "Tun" verpflichtet ist, vielmehr ist dieses Tun zu qualifizieren. Gemäss Wortlaut der Vereinbarung stehen aber konkrete Handlungen und nicht die Begründung einer Rechtsposition eines Dritten (der Gesuchsteller oder der Söhne) im Vordergrund. Aufgrund des Wortlauts der Vereinbarung ergibt sich aus dieser also eine nach ZPO zu sichernde und zu vollstreckende Verpflichtung des Gesuchsgegners.

#### **E. 3.3.5**

Systematik und Entstehungsgeschichte der Vereinbarung Weder die Systematik noch die Entstehungsgeschichte der Vereinbarung – zu der kaum etwas bekannt ist – führen zu einem anderen Ergebnis.

#### **E. 3.3.6**

Zweck der Vereinbarung

##### **E. 3.3.6.1**

Auch ohne die Verpflichtung des Gesuchsgegners zur Errichtung eines Pfandrechts kommt der Vereinbarung ein sinnvoller Zweck zu. Zwar schuldet der Gesuchsgegner seinen Söhnen schon von Gesetzes wegen Unterhalt (Art. 276 Abs. 2 ZGB), wäre dazu eine Vereinbarung also gar nicht nötig (und darum zwecklos). Doch ergeben sich der Umfang der Unterhaltspflicht und die Zeitpunkte der Leistung von Unterhalt nicht ohne Weiteres aus dem Gesetz; auch deshalb

- 23 - sieht das Gesetz in Art. 287 Abs. 1 ZGB die Möglichkeit eines Unterhaltsvertrages vor (vgl. Fountoulakis/Breitschmid, Art. 276 N 1a am Ende). Die Vereinbarung hat also auch neben der – hier abgelehnten – Annahme der Verpflichtung zur Errichtung eines Pfandrechts noch einen selbständigen und sinnvollen Zweck. Beim vereinbarten Betrag von rund Fr. 100'000.– pro Kind (alleine für Ausbildungskosten) ist zudem anzunehmen, dass dieser über das gesetzlich Geschuldete hinausgeht; der Vereinbarung kommt also auch der Zweck zu, die Unterhaltsbeiträge an die Söhne (mutmasslich) über das gesetzlich Geschuldete zu erweitern.

##### **E. 3.3.6.2**

Darauf, dass es den Interessen des Gläubigers – und ein Vertrag bezweckt gerade die Abwägung der Interessen der Parteien – mehr entspricht, ein Vorrecht in Form eines

Pfandrechts (oder in jeder anderen Form) zu haben, kommt es jedoch nicht an. Genauso entspricht es nämlich umgekehrt den Interessen des Schuldners mehr, nicht über seine Hauptleistungspflicht hinaus verpflichtet zu sein.

### **E. 3.4**

Eine abweichende Kostenverteilung im Hauptsacheverfahren ist nicht ausdrücklich vorzubehalten. Ob es dem Gericht in einem allfälligen Hauptprozess oder gar in einem selbständigen Haftpflichtprozess (vgl. BGer 5A\_702/2008 Erw. 3.4.3) zusteht, die Kosten dieses Massnahmenverfahrens abweichend zu verteilen (vgl. insb. Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO), ist hier nicht zu entscheiden (vgl. dazu z.B. Urwyler/Grütter, Dike-Kommentar ZPO, Art. 104 N 5, m.w.H.). Allerdings kann ein Massnahmenverfahren, bei dem eine vorläufige Prüfung des Sachverhalts und der Rechtslage genügt, als ein separates, vom Hauptprozess zu unterscheidendes Verfahren betrachtet werden; entscheidend ist dann für die Kostenverlegung im Massnahmenverfahren allein, ob die Voraussetzungen des vorsorglichen Rechtsschutzes von der einen Partei zu Recht behauptet und von der anderen Partei zu Unrecht bestritten worden sind (BGer 5A\_702/20018 Erw. 3.3.2 und BGer 6P.469/2006 Erw. 4.1 [vor der vereinheitlichten ZPO und darum unter Willkürkognition]).

- 33 - Es wird beschlossen: 1. Dem Gesuchsgegner wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt; es wird ihm in der Person von RA lic. iur. X. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. 2. Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ wird nach Vorlegung einer Aufstellung über den Zeitaufwand und die Auslagen mit separatem Entscheid aus der Staatskasse angemessen entschädigt. 3. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 27. Juni 2019 wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 6'000.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Berufungskläger auferlegt, zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. 4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

### **E. 4**

Vertrag zugunsten Dritter

#### **E. 4.1**

Es wurde bis anhin geprüft, ob der Gesuchsgegner eine Sicherheitsleistung i.S.v. Art. 38 Abs. 1 SchKG schulde, was verneint wurde; daraus ergab sich also, dass die Gesuchsteller zu Recht nach ZPO (und nicht nach SchKG) vorgingen. Selbst wenn man aber annähme, der Gesuchsgegner sei zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet, gingen die Gesuchsteller zu Recht nach ZPO (und nicht

- 24 - nach SchKG) vor. Denn die Schuld des Gesuchsgegners ist eine solche gegenüber seinen Söhnen, denn ihnen soll das Vermögen zukommen. Die Gesuchsteller hingegen haben aufgrund der Vereinbarung eine andere Forderung gegen den Gesuchsgegner als die Söhne.

#### **E. 4.2**

Zwar haben beim Vertrag zugunsten Dritter der Promissar und der Dritte den gleichen Anspruch (jedenfalls beim echten, denn beim unechten hat der Dritte überhaupt keinen

Anspruch). Es gibt allerdings keinen *numerus clausus* der Verträge, sondern vielmehr Vertragsinhaltsfreiheit (Art. 19 Abs. 1 OR). Die Parteien eines Vertrages können also ohne Weiteres vereinbaren, dass der Promissar (hier die Gesuchsteller) eine andere Forderung haben als der Dritte; namentlich, dass der Promissar einen Anspruch auf ein "reines" Tun hat, also zur Sicherung und Vollstreckung nach ZPO vorgehen kann und muss, während dem Dritten ein nach SchKG zu sichernder und zu vollstreckender Anspruch zukommt (wobei hier auch Letzteres verneint wurde).

#### **E. 4.3**

In der Vereinbarung verpflichtete sich der Gesuchsgegner zur Hauptsache, seinen Söhnen bestimmte Geldbeträge (direkt oder indirekt durch Zahlung von Ausbildungsleistungen) zukommen zu lassen, also Unterhalt zu leisten (vgl. Art. 276, 281 ZGB). Die Vereinbarung zielt also weniger darauf, einen Anspruch im Grundsatz zu begründen, sondern darauf, einen bestehenden Anspruch in der Höhe und in den Modalitäten zu konkretisieren (vgl. schon vorn Erw. V.3.3.6.1). Ein Unterhaltsanspruch gegen den Gesuchsgegner steht aber nur den Söhnen, nicht den Gesuchstellern zu. Die Annahme, es handle sich um einen Vertrag zu- gunsten Dritter mit gleichen Rechten für den Promissar wie für den Dritten, hies- se, anzunehmen, die Parteien hätten für eine den Söhnen von Gesetzes wegen zustehende Forderung zusätzliche Gläubiger schaffen wollen. Das ist nicht anzu- nehmen. Die Gesuchsteller haben denn auch kein eigenes ("sittliches" [vgl. z.B. Art. 63 Abs. 3 OR] oder gar rechtliches, z.B. als ebenfalls zu Unterhalt verpflichte- ter Elternteil) Interesse an der Erfüllung der Unterhaltsschuld.

#### **E. 4.4**

Selbst wenn man also annimmt, aus der Vereinbarung ergebe sich die Verpflichtung zu einer Sicherheitsleistung – was nach dem Ausgeführten nicht der Fall ist –, so ist der Anspruch der Gesuchsteller dennoch kein solcher auf Sicher-

- 25 - heitsleistung. Vielmehr ergibt sich aus der Vereinbarung, dass insbesondere zu- gunsten der Gesuchsteller nicht nur keine Geldzahlung, sondern auch keine Si- cherheitsleistung vereinbart wurde. Es stehen vielmehr die Modalitäten der Eröff- nung eines Kontos, dessen "Inhaber" der Gesuchsgegner nach klarem Wortlaut bleiben soll, klar im Vordergrund.

#### **E. 4.5**

Daran ändert auch nichts, dass der Abschluss eines echten Vertrags zu- gunsten Dritter nur kraft gesetzlicher Anordnung möglich ist; ohne eine solche (Art. 112 Abs. 2 OR) würde es die Relativität der Schuldverhältnisse (vgl. Art. 111 OR) verunmöglichen, einen Dritten – auch wenn ihm nur Rechte zukommen – in einen Vertrag einzubeziehen (P. Krauskopf, N 29). Zwar handelt es sich hier um einen echten Vertrag zugunsten Dritter: Wenn den Gesuchstellern kein Anspruch auf die Auszahlung des Geldes zukommt, muss dieser Anspruch den Söhnen zu- kommen, ansonsten er von niemandem durchgesetzt werden könnte. Den Partei- en eines (echten) Vertrags zugunsten Dritter steht es aber frei, zu vereinbaren, dass der Promissar (hier die Gesuchsteller) auf die Leistung, die dem Dritten zu- kommen soll, verzichtet (vgl. Art. 115 OR; diese also nur noch dem Dritten zu- steht), er sich aber stattdessen eine andere Leistung – wie hier die Eröffnung von Konti mit bestimmten Modalitäten – versprechen lässt. Und nach dem Ausgeführ- ten (vorn Erw. V.4.3) liessen sich die Gesuchsteller gerade keinen Unterhaltsan- spruch (oder auch nur das Recht, einen solchen durchzusetzen) einräumen, son- dern einen Anspruch, der sich in

einem konkret bestimmten Tun erschöpft.

## **E. 5**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an die Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 23), an das Bezirksgericht Dielsdorf, Einzelgericht im summarischen Verfahren (ET190002), und im Dispositiv-Auszug (Erkenntnis, Ziff. 1) an die D.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], je gegen Empfangsschein, und an die Kasse des Obergerichts. Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

- 34 -

### **E. 5.1**

Die Vorinstanz erwog weiter, "dass die Gesuchsteller zur Durchsetzung ihres Rechtsanspruchs in einem nächsten Schritt eine Klage auf ein Tun, d.h. auf Verpflichtung des Gesuchsgegners auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ... anhängig machen müssten" (act. 22 S. 12 Erw. III.5.2). Der Gesuchsgegner erachtet diesen Standpunkt als unrichtig; möglich sei eine Klage auf Verpflichtung zur Leistung eines Geldbetrages auf zwei zu eröffnende Konti (act. 23 S. 9 Ziff. II.4 Abs. 7).

- 26 -

### **E. 5.2**

Die Kritik des Gesuchsgegners an diesen Erwägungen ist grundsätzlich berechtigt. Wie die Gesuchsteller ihren vorsorglich zu sichernden bzw. nunmehr gesicherten Anspruch durchsetzen (und damit die vorsorgliche Massnahme prosequieren [Art. 263 ZPO, Art. 279 SchKG]) müssen, kann nicht Begründung dafür sein, ob es sich bei diesem Anspruch um eine Geldzahlung oder Sicherheitsleistung handelt. Das ist vielmehr erst die Rechtsfolge dieser Qualifikation. Dass die Prosequierung durch Klage erfolgen müsse, ist ohnehin ohne Bedeutung: Auch Ansprüche auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung können mittels Klage (wie sonst?) geltend gemacht werden, und auch ein Arrest kann durch Klage prosequiert werden (Art. 279 Abs. 1 SchKG). Und auch allein, dass eine Klage auf ein "Tun" möglich und nötig sei – was hier nicht zu entscheiden ist –, ist nicht von Bedeutung (vorn Erw. V.3.3.3). Dass die Gesuchsteller andererseits, wie der Gesuchsgegner vorbringt, eine "Klage auf Verpflichtung zur Leistung eines Geldbetrages auf zwei zu eröffnende Konti" führen können sollen, spielt aber an sich ebenfalls keine Rolle. Denn es kommt nur darauf an, ob das Geschuldete, worin auch immer das genau besteht, eine Sicherheitsleistung i.S.v. Art. 38 Abs. 1 SchKG ist. Das ist nach dem Ausgeführten nicht der Fall. VI. Weitere Voraussetzungen 1. Anspruch

## **E. 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 192'888.02. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Pfeiffer

versandt am:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.