

# ZH\_OBERGERICHT NE200004 vom 23. Juni 2020

ZH Obergericht, 2020-06-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NE200004](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NE200004)

FR: ZH\_OBERGERICHT NE200004 du 23 juin 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT NE200004 del 23 giugno 2020

## Erwägungen

### E. 3

Bei der 30-tägigen Berufungs- und der 10-tägigen Beschwerdefrist gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO und Art. 321 Abs. 2 ZPO handelt es sich um gesetzliche und deshalb nicht erstreckbare Fristen. Die von den Klägern am 15. April 2020 nach- gereichte Ergänzung zur Berufung (act. 51) erfolgte demnach verspätet. Sie kann nicht berücksichtigt werden.

### E. 4

Die Kläger haben das ihnen vom Betreibungsamt zugestellte rektifizierte Lastenverzeichnis vom 8. März 2019 im Übrigen rechtzeitig bestritten (vgl. Art. 37 Abs. 2 VZG), ihre Klage auf Aberkennung im Sinne von Art. 140 Abs. 2 SchKG bei der Vorinstanz (act. 1) sowie die Berufung bei der Kammer rechtzeitig erhoben.

- 7 - III. Zur Berufung 1. In verfahrensrechtlicher Hinsicht gelten folgende Grundsätze: Mit der Berufung können sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO); zu Erhebender zählt auch die unrichtige Anwendung des pflichtgemässen Ermessens. Die Berufung erhebende Partei trifft eine Begründungslast. Sie hat substantiiert vorzutragen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid unrichtig ist und wie er geändert werden muss. Denn das zweitinstanzliche Verfahren zeichnet sich dadurch aus, dass bereits eine gerichtliche Beurteilung des Streits vorliegt. Entsprechend ist es an der Berufung erhebenden Partei, anhand der erstinstanzlich festgestellten Tatsachen oder der daraus gezogenen rechtlichen Schlüsse aufzuzeigen, inwiefern sich die Überlegungen des erstinstanzlichen Gerichts nicht aufrechterhalten lassen (BGer 4A\_418/2017 vom 8. Januar 2018 E. 2.3 und 5A\_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3). Blosser Verweis auf die Vorakten oder Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine hinreichende Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (BSK ZPO-SPÜHLER, 3. Aufl., Art. 312 N 15; ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N 36 f.; BGE 138 III 374 E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4). Die Berufungsinstanz kann sämtliche hinreichend substantiierten Mängel in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht frei und uneingeschränkt prüfen (freie bzw. volle Kognition; vgl. ZR 110 [2011] Nr. 80, BGE 138 III 374 E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4). Die Berufungsinstanz hat den Entscheid einer unabhängigen neuen Beurteilung zu unterziehen und ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheids gebunden, sondern wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO; vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1). Die volle Kognition der Berufungsinstanz bedeutet allerdings nicht, dass sie alle sich stellenden Fragen zu untersuchen hat, wenn die Berufung erhebende Partei diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt. Vielmehr hat sich die Berufungsinstanz – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der

- 8 - schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018 E. 4.1.4 und 4A\_418/2017 vom 8. Januar 2018 E. 2.3). Schliesslich dürfen neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). 2. Die Kläger wenden ein, die Vorinstanz sei zu Unrecht auf die Klage nicht eingetreten und habe zu Unrecht ein Rechtsschutzinteresse der Kläger an der Fortführung des Prozesses verneint. Ihr Rechtsschutzinteresse bestehe in der abschliessenden gerichtlichen Abklärung des Umfangs der Forderung der Beklagten gegenüber der C.\_\_\_\_\_ AG. Die Beklagte mache aus dem Grundverhältnis eine Gesamtforderung von CHF 19'496'637.05 geltend, welche durch drei Grundpfandrechte auf den Liegenschaften der Kläger in Zürich-D.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ gesichert werde. Per 31. Dezember 2013 seien die pfandrechtlich zu sichernden Freizügigkeitsleistungen und Rentendeckungskapitalien jedoch auf CHF 5'610'450.– abgebaut worden, weshalb sich die Schuldbriefforderungen entsprechend reduziert hätten. In den Schuldbriefen seien Pfandrechte in der Höhe von insgesamt CHF 10 Mio. verbrieft. Die Beklagte habe bezüglich aller drei Liegenschaften die Betreuung auf Pfandverwertung angehoben, obwohl die Freizügigkeitsleistungen und Rentendeckungskapitalien per 31. Dezember 2013 gesetzeskonform sichergestellt gewesen seien. Die Kläger hätten ein Interesse, dass die gewährten Pfandrechte, die über die von der C.\_\_\_\_\_ AG geschuldeten Beträge hinausgehen, gelöscht würden. Die Beklagte habe bezüglich der Liegenschaft in D.\_\_\_\_\_-Zürich nur ein Pfandrecht im Umfang von CHF 4'461'342.–. Von der im Lastenverzeichnis unter der 3. Pfandstelle aufgeführten Gesamtschuld von CHF 11'593'998.– (Pfandrecht einschliesslich Zinsen etc.) seien deshalb Positionen im Betrag von CHF 7'132'656.– zu löschen. Nachdem die Verwertung dieser Liegenschaft ein Betreffnis von CHF 3,9 Mio. zur Deckung der Forderung der Beklagten ergeben habe, sei noch eine Schuld von CHF 561'342.– offen. Mit dem Nichteintretensentscheid würde die übersetzte Forderung der Beklagten zu Unrecht in Rechtskraft erwachsen. In diesem Lastenbereinigungsverfahren müsse deshalb festgestellt werden können, dass das von der Beklagten zur Aufnahme ins Las-

- 9 - tenverzeichnis angemeldete Pfandrecht inklusive falsch berechneter Zinsen in der Gesamthöhe von CHF 11'593'998.– nicht bestehe. Die Vorinstanz argumentiere, die Löschung der bestrittenen Position erübrige sich. Damit wende sie das Recht unrichtig an, weil das Betreibungsamt ansonsten genauso gut auf die Ansetzung der Frist zur Einreichung der Klage auf Lastenbereinigung hätte verzichten können (act. 47 Rz 1 ff., Rz 39 ff.). 3. Die Vorinstanz begründete ihr Nichteintreten auf die Klage im Wesentlichen damit, den Klägern fehle das nötige Rechtsschutzinteresse. Der Lastenbereinigungsprozess diene der abschliessenden gerichtlichen Abklärung von Rang, Bestand und Umfang der grundpfandgesicherten Forderung, wobei nicht über das Recht, sondern einzig über dessen Belassung oder Streichung im Lastenverzeichnis der laufenden Zwangsvollstreckung zu entscheiden sei. Die Lastenbereinigungsklage sei eine betriebsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht und habe deshalb nur Wirkung für die laufende Vollstreckung. Das von den Klägern verfolgte Ziel der Überprüfung der Grundforderung lasse sich deshalb nicht erreichen. Die Kläger hätten zudem die Forderung der Beklagten im Umfang von CHF 5'610'450.– nicht bestritten. Erst im Lastenbereinigungsverfahren hätten sie eine durch den Schuldbrief gesicherte reduzierte Forderung von CHF 4'461'342.– geltend gemacht. Nachdem zur Deckung der Forderung der Beklagten aber

ohnehin nur CHF 3,9 Mio. aus dem Steigerungserlös verblieben, er- übrige sich eine Herabsetzung der bestrittenen Positionen im Lastenverzeichnis (act. 49).

#### **E. 4.1**

Die Kläger werfen zunächst die Frage auf, ob im Lastenbereinigungsverfahren die Grundforderung materiell geprüft werden kann. Diesbezüglich fällt in Betracht, dass der Audienzrichter im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens in der früheren Betreuung auf Pfandverwertung, welche von der Beklagten eingeleitet worden war, im Urteil vom 10. Oktober 2014 erwog, dass die Parteien des Pfand- vertrags vom 20. Februar 2009 mit dem Schuldbrief vom gleichen Tag keine No- vation der Grundforderung, sondern wie vom Gesetz in Art. 842 Abs. 1 ZGB ver- mutet, eine fiduziarische Sicherungsübereignung vornahmen (act. 2/10 S. 6 ff.). Den nachvollziehbaren Erwägungen des Rechtsöffnungsgerichts ist nichts entge-

- 10 -  
genzusetzen, zumal die Parteien im laufenden Lastenbereinigungsverfahren auch nichts Gegenteiliges behaupten. Gemäss Art. 842 Abs. 2 ZGB trat damit die Schuldbriefforderung neben die zu sichernde Grundforderung der Beklagten ge- genüber der C.\_\_\_\_\_ AG. Die Beklagte wurde durch die Sicherungsübereignung des Schuldbriefes deshalb sowohl Gläubigerin der Grund- als auch Gläubigerin der Schuldbriefforderung gegenüber der Schuldnerin C.\_\_\_\_\_ AG.

#### **E. 4.2**

Schuldbriefforderung und Grundpfandrecht sind gemeinsam im Papier- schuldbrief verkörpert, beide werden mit dem Eintrag im Grundbuch gemeinsam geschaffen und sie teilen aufgrund der strengen Akzessorietät des Pfandrechtes stets das gleiche Schicksal (Art. 842 Abs. 1 ZGB; BGer 5A\_311/2020 vom 13. Mai 2020 E. 3; BGE 134 III 71 E. 3 S. 75; 140 III 36 E. 4 S. 39). Aus diesem Grund gehen sie mit der Löschung des Pfandrechtes im Grundbuch bzw. ausserbuchlich mit dem Zuschlag bei der Versteigerung im Fall der Barzahlung grundsätzlich gemeinsam unter (vgl. Art. 855 ZGB; BGer 5A\_311/2020 vom 13. Mai 2020 E. 3).

#### **E. 4.3**

Bei der Sicherungsübereignung kann durch vertragliche Vereinbarung eine Sicherungsabrede geschlossen werden, welche vorsieht, dass das Pfandrecht nur im Umfang der Grundforderung ausgeübt werden darf. Damit wird der Umfang der Schuldbriefforderung bzw. das Pfandrecht von der zu sichernden Grundforderung abhängig gemacht. Der Audienzrichter hat im bereits erwähnten Urteil das Zu- standekommen einer solchen Sicherungsabrede zwischen der Beklagten und der C.\_\_\_\_\_ AG bejaht und erwogen, dass die Vertragsparteien die Schuldbriefforde- rung an die jeweilige Höhe der ungesicherten Freizügigkeitsleistungen und unge- sicherten Rentendeckungskapitalien der Beklagten bei der C.\_\_\_\_\_ AG gekoppelt hätten (act. 2/10 S. 10). Davon ist nach wie vor auszugehen, zumal die Erwägun- gen des damaligen Audienzrichters wiederum schlüssig sind und diese von den Parteien nicht in Frage gestellt wurden.

#### **E. 4.4**

Die im Schuldbrief verkörperte abstrakte Forderung unterliegt der Betreuung auf Grundpfandverwertung; die kausale Forderung aus dem Grundverhältnis muss Gegenstand einer ordentlichen Betreuung sein (BGE 144 III 29 E. 4.2 [= Pra 2018 Nr. 106] und BGE 140 III 180 E. 5.1.1 mit Hinweisen = Pra 2014 Nr. 113). Gemäss Art. 85 VZG bezieht sich

der gegen den Zahlungsbefehl in der Be-

- 11 - treibung auf Pfandverwertung erhobene Rechtsvorschlag vermutungsweise sowohl auf die Forderung als auch das Pfandrecht. Der Rechtsvorschlag kann auch vom Dritteigentümer, demnach den Klägern, erhoben werden (Art. 88 Abs. 1 VZG). Wurde mit einer Sicherungsabrede vereinbart, dass der Gläubiger die Grundpfandforderung nur bis zur Höhe der effektiv geschuldeten Grundforderung in Anspruch nehmen darf, kann durch Einrede des Dritteigentümers im Rechtsöffnungs- oder anschliessenden Aberkennungsverfahren geltend gemacht werden, die Grundforderung bestehe nicht im Umfang des eingetragenen Pfandrechts. Folglich sind auf Rechtsvorschlag des Schuldners oder Drittpfand Eigentümers im anschliessenden Rechtsöffnungsverfahren bzw. im Aberkennungsprozess oder im ordentlichen Verfahren Bestand und Umfang der Grundforderung und der Schuldbriefforderung bzw. des Pfandrechts mit materiell-rechtlicher Wirkung zu beurteilen. Im Rahmen des Lastenbereinigungsverfahrens ist dies grundsätzlich nicht mehr möglich. Dies schliesst jedoch nicht aus, dass dort von Dritten geltend gemachte Rechte am Pfand abzuklären sind (vgl. BSK SchKG-FEUZ, 2. Aufl., Art. 140 N 130 und 133, BGE 118 III 22). Mit der Klage gemäss Art. 140 SchKG soll nämlich das Lastenverzeichnis bereinigt werden und Rang, Bestand sowie Umfang von Pfandrechten oder anderen dinglichen Rechten am zu verwertenden Grundstück in der laufenden Betreuung definitiv festgestellt werden. Das Urteil im Lastenbereinigungsprozess zeitigt im Gegensatz zu Entscheiden im Rahmen der Rechtsöffnung, wie die Vorinstanz korrekt erwog, nur Wirkungen zwischen den Parteien (vgl. Art. 43 Abs. 2 VZG; BSK SchKG-FEUZ, Art. 140 N 130).

#### **E. 4.5**

Da das vorliegend relevante Begehren auf Betreuung auf Grundpfandverwertung der Liegenschaft in D. \_\_\_\_\_-Zürich nicht von der Beklagten, sondern von der ihr im Rang vorgehenden F. \_\_\_\_\_ (Schweiz) AG angehoben wurde, konnte ein Rechtsöffnungsverfahren, in welchem Bestand und Umfang der Grund- und Schuldbriefforderung der Beklagten materiell geprüft wurde, von den Klägern nicht eingeleitet werden. Die Klage gemäss Art. 140 SchKG zur Bereinigung des Lastenverzeichnisses hat deshalb diese Funktion der Überprüfung zu übernehmen, handelt es sich doch beim Pfandrecht der Beklagten in der laufenden Spezialexécution um ein Drittpfandrecht und soll der Grundpfand Eigentümer mindestens einmal im Verwertungsverfahren die Möglichkeit haben, Bestand und Um-

- 12 - fang der Pfandrechte bzw. bei der Sicherungsübereignung der Grundforderung materiell zu bestreiten.

#### **E. 4.6**

In Anbetracht dieser Erwägungen ist den Klägern insoweit Recht zu geben, dass sie ein schutzwürdiges Interesse daran haben, dass im Lastenbereinigungsverfahren die Höhe der auf ihrem Grundstück lastenden Grund- und Schuldbriefforderung geprüft wird, auch wenn sie selber nicht Schuldner dieser Forderungen sind, und dass diese Überprüfung grundsätzlich möglich wäre. Denn als Eigentümer der zu verwertenden Liegenschaft haben sie generell ein nachvollziehbares Interesse daran, dass die zu befriedigenden Pfandgläubigerinnen nicht über ihre materiellen Ansprüche hinaus aus dem Verwertungserlös bezahlt werden. Die Kläger übersehen allerdings bei ihren Bestreitungen und Ausführungen zu Bestand und Umfang der Grund- und Schuldbriefforderung der

Beklagten die Argumentation der Vorinstanz, wonach die Kläger auch bei Annahme der von ihnen geltend gemachten tieferen Grund- und Schuldbriefforderungen keinerlei Vorteile hätten. Mit dieser Argumentation der Vorinstanz setzen sich die Kläger in ihrer Berufung nicht auseinander, sondern wiederholen im Wesentlichen ihre Ansicht, dass die mit dem Grundpfand abgesicherte Forderung, insbesondere die vom Grundpfand umfassten Zinsen, nicht in der im Lastenverzeichnis aufgeführten Höhe bestünden. Diese Ausführungen erweisen sich weitgehend als nicht bedeutsam und zielen an der Sache vorbei. Eine falsche Rechtsanwendung oder unrichtige Tatsachenfeststellung bezogen auf die Begründung der Vorinstanz rügen sie nicht. Solche Berufungsgründe lassen sich auch bei näherer Betrachtung aus den nachfolgenden Gründen nicht erkennen: Am 25. Oktober 2018 wurde die Liegenschaft der Kläger auf Betreiben der der Beklagten im Rang vorgehenden Pfandgläubigerin F.\_\_\_\_\_ (Schweiz) AG in einer öffentlichen Versteigerung zum Zuschlagspreis von CHF 10,1 Mio. verkauft (act. 16/17). Der Nettoerlös betrug gemäss Parteien rund CHF 8,8 Mio. (act. 16/15 und 23 S. 18). Es blieb unbeanstandet, dass nach Befriedigung der vorgehenden Gläubigerin auf die Beklagte voraussichtlich ein Anteil am Erlös von CHF 3,9 Mio. entfällt (act. 49 S. 5, act. 23 S. 17). Mit diesem verbleibenden Be-

treffnis könnte auch die von den Klägern geltend gemachte tiefere Grund- und  
- 13 - Schuldbriefforderung im Betrag von CHF 4'461'342.– nicht vollständig befriedigt werden, d.h. die Beklagte würde auch in diesem Fall einen Ausfall erleiden (vgl. Art. 158 SchKG, Art. 120 VZG). Daraus folgt, dass ein an die Kläger fallender Überschuss aus dem Verwertungserlös auch bei Gutheissung ihrer Klage nicht resultiert. Sie waren ferner nicht Schuldner der Grund- und Schuldbriefforderung der Beklagten. Diese Forderungen richteten sich ausschliesslich gegen die bereits vor Jahren in Konkurs gefallene C.\_\_\_\_\_ AG. Auch behaupten die Kläger nicht, dass sie gegenüber der Beklagten für einen allfälligen Pfandausfall (Art. 158 Abs. 2 SchKG) in irgendeiner Weise haften oder belangt werden könnten. Ein finanzieller Vorteil für die Kläger bei Gutheissung der Klage lässt sich deshalb nicht ersehen. Diese behaupten ferner nicht, der Ersteigerer habe den Zuschlagspreis nicht regelkonform geleistet (vgl. Art. 143 SchKG). Damit ist anzunehmen, dass sie ihr Eigentum an der verwerteten Liegenschaft in D.\_\_\_\_\_-Zürich bereits verloren haben und das Eigentum, soweit ersichtlich (act. 23 S. 17 und act. 24/5 S. 10), unbelastet auf den Ersteigerer übertragen wurde. Damit gingen Schuldbriefforderung und Pfandrecht der Beklagten an besagter Liegenschaft gemeinsam unter. Einen sachlichen oder rechtlichen Nutzen aus der mit der Klage verfolgten Reduktion der Forderung haben die Kläger daher nicht dargelegt und ein solcher lässt sich auch nicht aus den Umständen ersehen.

## **E. 5**

Zusammenfassend ist ein schutzwürdiges Interesse der Kläger an ihrer Klage auf Lastenbereinigung nicht gegeben. Die Auffassung der Vorinstanz, es fehle damit an der Prozessvoraussetzung gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO, ist folglich zu bestätigen und die Berufung ist abzuweisen. IV. Zur Beschwerde 1. Mit der Beschwerde kann einzig geltend gemacht werden, die Vorinstanz habe das Recht unrichtig angewendet oder den Sachverhalt offensichtlich falsch festgestellt (Art. 320 ZPO). Dabei gilt eine Rüge- bzw. Begründungsobliegenheit der Beschwerde führenden Partei gemäss Art. 321 Abs. 1 ZPO. Von der Be-

- 14 - schwerde führenden Partei ist jeweils darzulegen, weshalb der angefochtene Entscheid der Vorinstanz unrichtig sein soll. Bei Laien sind an die Begründungsobliegenheit keine hohen Anforderungen zu stellen. Es genügt, wenn sich aus der Begründung für den

verständigen Leser ergibt, warum der Entscheid nach Auffassung der Beschwerde führenden Person falsch ist. Die Beschwerdeinstanz hat sich im Übrigen nur mit hinreichend konkret vorgebrachten Rügen gegen den Entscheid der Vorinstanz zu befassen. Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen vor der Beschwerdeinstanz nicht mehr vorgebracht werden (Art. 326 ZPO). 2. Die Kläger halten im Beschwerdeverfahren daran fest, dass sie mittellos seien. Dies gehe aus den eingereichten Pfändungsurkunden ohne weiteres hervor. Dem zu erwartenden Verwertungserlös aus all ihren Liegenschaften in der Schweiz von CHF 19'379'595.– stünden Forderungen der Gläubiger von total CHF 47'698'028.– gegenüber. Sie würden zudem über keine weiteren namhaften Vermögenswerte als bereits ausgewiesen verfügen, weshalb sie den ihnen von der Vorinstanz auferlegten Prozesskostenvorschuss sowie die verlangte Sicherstellung der Parteientschädigung von insgesamt CHF 203'825.– nicht aufbringen könnten (act. 47 S. 11 ff.). 3. Die Vorinstanz wies das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit der Klage ab. Es sei den Klägern bereits vor Einleitung der Klage bekannt gewesen, dass für die dritte Pfandstelle nur ein Deckungsbetrag von CHF 3,9 Mio. verbleibe und sich die von den Klägern anerkannte Forderung von CHF 5'610'450.– daraus nicht befriedigen lasse. Für eine vorfrageweise Beurteilung der Ansprüche bestehe kein schutzwürdiges Interesse (act. 49 S. 6 f.). 4. Entgegen der Auffassung der Kläger hat die Vorinstanz das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege damit nicht zufolge fehlender Mittellosigkeit abgewiesen. Die Vorinstanz hat die finanziellen Verhältnisse der Kläger gar nicht geprüft und somit die Mittellosigkeit auch nicht verneinen können. Vielmehr wies sie das Gesuch ausschliesslich wegen offensichtlicher Aussichtslosigkeit der Klage ab. Auf diese Begründung sind die Kläger indessen in ihrer Beschwerde nicht näher eingegangen (act. 47 S. 11 ff.), sondern haben sich ausführlich dazu geäußert,

- 15 - weshalb sie finanziell nicht in der Lage seien, die Prozesskosten vorzustrecken. Auch in ihren an anderer Stelle erhobenen Behauptungen zum schutzwürdigen Interesse am Verfahren (act. 47 S. 8 f.) haben sie sich nicht substantiiert mit der konkreten Argumentation der Vorinstanz auseinandergesetzt. Sie führen keine nachvollziehbaren Gründe an, weshalb die Erwägungen der Vorinstanz zum fehlenden Rechtsschutzinteresse, wie vorstehend behandelt, unzutreffend sein sollen. Da sie das Eigentum an der Liegenschaft in D. \_\_\_\_\_-Zürich bereits vor Einleitung der Klage auf Lastenbereinigung verloren, das Pfandrecht der Beklagten unterging und aus der Verwertung auch bei Annahme der von den Klägern behaupteten reduzierten Forderung ein Pfandausfall resultieren würde, ist die Einschätzung der Vorinstanz, die Klage sei mangels Rechtsschutzinteresses offensichtlich aussichtslos, nicht zu beanstanden.

### **E. 5.1**

Die Kläger rügen schliesslich, die Vorinstanz habe ihnen die Stellungnahme der Beklagten vom 12. Dezember 2019 zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nicht zur freigestellten Vernehmlassung zugestellt, womit ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sei (act. 47 S. 16).

### **E. 5.2**

Gemäss Art. 29 Abs. 1 und 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK haben die Parteien eines Gerichtsverfahrens Anspruch auf rechtliches Gehör und auf ein faires Gerichtsverfahren, unter Beachtung des Grundsatzes der Waffengleichheit. Diese Garantien umfassen das

Recht, von allen bei Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können, unabhängig davon, ob die Eingaben neue und/oder wesentliche Vorbringen enthalten (BGE 138 I 484 E. 2.1 f.; BGE 137 I 195 E. 2.3.1 S. 197; BGE 133 I 100 E. 4.3–4.7). Es ist Sache der Parteien zu beurteilen, ob eine Entgegnung erforderlich ist oder nicht. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGer 2C\_511/2019 vom 28. November 2019 E. 2.1; BGE 144 I 11 E. 5.3 S. 17). Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprü-

- 16 - fen kann (BGE 142 II 218 E. 2.8.1 S. 226 f.; 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197 f.; je mit Hinweisen).

### **E. 5.3**

Es ist den Klägern Recht zu geben, dass ihnen die Stellungnahme der Beklagten vom 12. Dezember 2019, soweit aus den Akten ersichtlich, nicht zugestellt wurde, jedoch zur Wahrung des unbedingten „Replikrechts“ hätte zugestellt werden müssen. Insoweit hat die Vorinstanz mit ihrem Unterlassen gegen Art. 29 Abs. 1 und 2 BV verstossen und den Anspruch der Kläger auf rechtliches Gehör verletzt. Auf eine Rückweisung an die Vorinstanz kann jedoch ausnahmsweise verzichtet werden. Die Vorinstanz hat in ihrer Verfügung nicht zwischen beschwerde- und berufungsfähigen Entscheiden unterschieden und sowohl für die Entscheidung in der Hauptsache als auch für die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege als einziges Rechtsmittel die Berufung angegeben. Die Kläger haben denn auch in ihrem als „Berufung“ bezeichneten Rechtsmittel nicht durchwegs zwischen Beschwerde- und Berufungsgründen (Bsp. beim Rechtsschutzinteresse) unterschieden. Die für die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege entscheidende Frage der Aussichtslosigkeit der Klage bzw. des mangelnden Rechtsschutzinteresses der Kläger war im Rahmen der Berufung, bei welcher der Kammer volle Kognition zukommt, zu behandeln. Demzufolge handelt es sich bei der Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegend um einen im Rechtsmittelverfahren heilbaren Mangel. Die Kläger rügen zudem lediglich, dass ihnen die Stellungnahme der Beklagten nicht zugesandt worden sei. Sie behaupten nicht, sie hätten darauf eine „Replik“ einreichen wollen. Auch in ihrer „Berufung“ haben sie eine Stellungnahme unterlassen und zu keiner Behauptung der Gegenseite in der Eingabe vom 12. Dezember 2019 konkrete Erwiderungen vorgebracht, mit Ausnahme von nicht einschlägigen Anmerkungen zur „streitgegenständlichen Liegenschaft“ (act. 47 Rz 84 ff.). Dies hätten sie aber mit ihrem Rechtsmittel nachholen können und müssen. Nachdem die Frage der Aussichtslosigkeit der Klage bereits im Rahmen der Berufung umfassend geprüft und beantwortet wurde, würde die Rückweisung an die Vorinstanz, nur um den Klägern die Eingabe der Beklagten vom 12. Dezember 2019 noch zuzustellen, auf einen formalistischen Leerlauf hinauslaufen, weshalb darauf verzichtet werden kann.

- 17 - Abschliessend ist festzuhalten, dass unter Einbezug der Erwägungen im Rahmen des Berufungsverfahrens die Abweisung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege durch die Vorinstanz wegen Aussichtslosigkeit nicht zu beanstanden ist.

### **E. 6**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage je eines Doppels von act. 47, 48/1–28 und 51, sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht für SchKG-Klagen, und an das Betreibungsamt Zürich ..., je gegen Empfangsschein.

#### **E. 7**

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.  
Zulässigkeit und Form einer solchen

- 19 - 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 im Berufungsverfahren CHF 5'970'819.55 und im Beschwerdeverfahren CHF 15'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: lic. iur. E. Lichti Aschwanden lic. iur. M. Isler versandt am:

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