



---

5A\_911/2021

**Urteil vom 15. November 2021**  
**II. zivilrechtliche Abteilung**

---

Besetzung

Bundesrichter Herrmann, Präsident,  
Bundesrichter Marazzi, von Werdt,  
Gerichtsschreiber Möckli.

---

Verfahrensbeteiligte

1. **A.** \_\_\_\_\_,
  2. **B.** \_\_\_\_\_,
- Beschwerdeführer,

**gegen**

**Bezirksgericht Meilen,**  
Untere Bruech 139, 8706 Meilen,  
Beschwerdegegner.

---

Gegenstand

Unentgeltliche Rechtspflege (negative Feststellungs-  
klage),

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des  
Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 21. September 2021  
(PE210014-O/U).

## **Sachverhalt:**

### **A.**

Die Beschwerdeführer waren Inhaber der C.\_\_\_\_\_ AG, welche sich seit dem 31. Oktober 2016 in Liquidation befindet. Deren Personalvorsorgestiftung hatte grosse Teile ihres Vermögens bei der Firma angelegt. Das damalige Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich mahnte dies wiederholt ab und verlangte Sicherheiten. Darauf schlossen die Beschwerdeführer als Drittpfandgeber für die Forderungen der Personalvorsorgestiftung gegenüber der C.\_\_\_\_\_ AG am 20. Februar 2009 einen öffentlich beurkundeten Pfandvertrag über die Errichtung eines Inhaberschuldbriefes von Fr. 2 Mio. auf ihrer Wohnliegenschaft an der D.\_\_\_\_\_strasse www in U.\_\_\_\_\_.

Im Rahmen der von einer Dritten (Bank E.\_\_\_\_\_) – welche der Personalvorsorgestiftung, die ebenfalls ein Grundpfandverwertungsverfahren eingeleitet hatte, zugekommen war – verlangten Grundpfandverwertung wurde das Grundstück am 12. Juni 2019 an einer öffentlichen Versteigerung lastenfrem zugeschlagen.

### **B.**

Am 4. November 2020 erhoben die Beschwerdeführer gegen die Personalvorsorgestiftung eine negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG. Zugleich ersuchten sie sinngemäss um vorläufige Einstellung der Betreibung nach Art. 85a Abs. 2 SchKG. Mit Verfügung vom 19. November 2020 setzte ihnen das Bezirksgericht Meilen Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 51'200.--. Mit Eingabe vom 24. November 2020 beantragte die Personalvorsorgestiftung die Sicherstellung der Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 77'850.-- nebst MWSt. Darauf stellten die Beschwerdeführer am 5. Januar 2021 ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege. Mit Verfügung vom 10. Juni 2021 wies das Bezirksgericht dieses Gesuch ab und setzte Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 51'200.-- und zur Sicherstellung der Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 55'900.--.

Die gegen diese Zwischenverfügung erhobene Beschwerde wies das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 21. September 2021 ab.

### **C.**

Gegen dieses Urteil gelangen die Beschwerdeführer mit Eingabe vom 2. November 2021 an das Bundesgericht mit den Begehren um dessen

Aufhebung und Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im negativen Feststellungsverfahren vor dem Bezirksgericht Meilen. Ferner verlangen sie die aufschiebende Wirkung und die unentgeltliche Rechtspflege im bundesgerichtlichen Verfahren.

### **Erwägungen:**

#### **1.**

Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher Entscheid (Art. 75 Abs. 1 BGG), mit welchem die unentgeltliche Rechtspflege verweigert wird. Dies ist ein Zwischenentscheid, der einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG bewirken kann bzw. unabhängig von einem solchen anfechtbar ist (BGE 135 III 127 E. 1.3 S. 129; 138 IV 258 E. 1.1 S. 261; 143 I 344 E. 1.2 S. 346). Der Rechtsweg folgt demjenigen in der Hauptsache (BGE 137 III 380 E. 1.1 S. 382). Bei dieser handelt es sich um eine negative Feststellungsklage, gegen welche die Beschwerde in Zivilsachen offen stünde (Art. 72 Abs. 1 und Art. 90 BGG).

#### **2.**

Das Bezirksgericht hatte erwogen, es sei unklar, für welche Betreuung die negative Feststellungsklage erhoben werde. Während auf dem Deckblatt die Grundpfandbetreibungen Nrn. xxx und yyy erwähnt würden, bezögen sich die Rechtsbegehren auf die Betreuung Nr. zzz. Aus den weiteren Ausführungen, in welchen zwar teilweise auf die Betreuung Nr. zzz Bezug genommen werde, gehe hervor, dass in Wahrheit die Betreibungen Nrn. xxx und yyy gemeint seien, in deren Rahmen ihr Grundstück verwertet worden sei. Bei diesen von einer Dritten eingeleiteten Betreibungen sei die Personalvorsorgestiftung aber nicht Gläubigerin gewesen, sondern sie habe dort lediglich ihre grundpfandgesicherten Forderungen im Lastenverzeichnis eingegeben. Eine Klage nach Art. 85a SchKG könne sich aber nur gegen den betreibenden Gläubiger richten und die Klage sei deshalb als aussichtslos anzusehen. Als aussichtslos müsse sie jedoch auch dann angesehen werden, wenn man davon ausgehen würde, dass sie in der von der Personalvorsorgestiftung eingeleiteten Betreuung Nr. zzz erhoben worden sei, weil das inzwischen verwertete Grundstück den Ersteigerern lastenfrei zugeschlagen worden und damit das im dritten Rang lastende Pfandrecht wie auch die gesicherte Schuldbriefforderung der Personalvorsorgestiftung untergegangen seien.

Vor Obergericht machten die Beschwerdeführer geltend, ihre Klage beziehe sich auf die Betreuung Nr. zzz und ihre Klage ziele nicht auf die im Umfang von Fr. 1'439'578.-- grundpfandgesicherte, sondern auf die darüber hinausgehende ungesicherte Forderung der Personalvorsorgestiftung, bei welcher sie nicht Drittpfandgeber (gewesen), sondern Schuldner seien.

Das Obergericht erwog, dass es sich bei der Betreuung Nr. zzz auf Grundpfandverwertung um diejenige gehandelt habe, welche die Personalvorsorgestiftung gegen die C.\_\_\_\_\_ AG als Schuldnerin eingeleitet habe. Bei dieser seien die Beschwerdeführer lediglich als Drittpfandgeber im Betreibungsverfahren einbezogen und damit nicht "Betriebene" im Sinn von Art. 85a Abs. 1 SchKG gewesen, denn gemäss dem Wortlaut der Bestimmung und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung könne sich die negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG nur auf die Schuld beziehen. Abgesehen davon fehle es ihnen auch an einem schutzwürdigen Interesse an der Erhebung einer betreffenden negativen Feststellungsklage, weil mit dem lastenfreien Zuschlag des Grundstücks die Grundpfandforderung und das Grundpfandrecht untergegangen seien. Die Klage sei damit aussichtslos. Ferner äusserte sich das Obergericht in einer selbständigen Alternativbegründung zum fehlenden Nachweis der behaupteten Mittellosigkeit.

### **3.**

Vor Bundesgericht bringen die Beschwerdeführer mit weitschweifigen Ausführungen im Kern vor, dass es nicht um die gesicherte, sondern um darüber hinausgehende ungesicherte Forderungen von mehreren Millionen gehe, und dass ihnen bei der pfandgesicherten Forderung als Drittpfandgeber gestützt auf Art. 844 Abs. 2 ZGB alle Einreden zustehen müssten.

Wie in verschiedenen früheren Verfahren vermengen die Beschwerdeführer Grundpfandverwertungen betreffend verschiedene Liegenschaften sowie verschiedene Forderungen, welche die Personalvorsorgestiftung nicht gegen sie, sondern gegen die ein eigenes Rechtssubjekt darstellende Firma C.\_\_\_\_\_ AG hatte. Die Betreuung Nr. zzz betraf ausschliesslich den im 3. Rang auf der Wohnliegenschaft der Beschwerdeführer lastenden Inhalberschuldbrief und wurde gegen die C.\_\_\_\_\_ AG als Schuldnerin der darin verkörperten Grundpfandforderung eingeleitet. Die Beschwerdeführer können diesbezüglich als Dritte bzw. als Drittpfandgeber keine negative Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG erheben, weil es dabei nicht um Einreden

gemäss Art. 844 Abs. 2 ZGB geht, sondern um die Klagelegitimation, welche nach dem klaren Wortlaut von Art. 85a Abs. 1 SchKG nur dem Betrieben zukommt (BGE 129 III 197 E. 2.5 und Regeste), und noch weniger können sie in der Betreuung auf Grundpfandverwertung Nr. zzz in Bezug auf ungesicherte Forderungen der Personalvorsorge-stiftung negative Feststellungsklage erheben, denn eine Grundpfandverwertung kann immer nur für die Grundpfandforderung – vorliegend wie gesagt die Schuldbriefforderung im 3. Rang – verlangt werden (vgl. BGE 134 III 71 E. 3; 140 III 36 E. 4) und diese ist, wie die kantonalen Gerichte zutreffend festgehalten haben, mit dem lastenfreien Zuschlag der Liegenschaft an der öffentlichen Versteigerung untergegangen. Dies hat das Bundesgericht den Beschwerdeführern übrigens schon im Urteil 5A\_311/2020 vom 13. Mai 2020 E. 3 ausführlich erklärt.

**4.**

Nach dem Gesagten ist die Klage aussichtslos und die im Zusammenhang mit der verweigten unentgeltlichen Rechtspflege erhobene Beschwerde mithin abzuweisen, soweit angesichts der insgesamt an der Sache vorbezielenden Vorbringen überhaupt von einer sachgerichteten und damit genügenden Beschwerdebegründung ausgegangen werden kann und auf die Beschwerde einzutreten ist.

**5.**

Mit dem sofortigen Entscheid in der Sache wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

**6.**

Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, konnte der Beschwerde von Anfang an kein Erfolg beschieden sein, weshalb es auch im bundesgerichtlichen Verfahren an den materiellen Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege fehlt (Art. 64 Abs. 1 BGG) und das entsprechende Gesuch abzuweisen ist.

**7.**

Die Gerichtskosten sind den Beschwerdeführern unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG).

## **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- werden den Beschwerdeführern unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.

**3.**

Dieses Urteil wird den Parteien, der Personalvorsorgestiftung der C.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 15. November 2021

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Herrmann

Möckli