Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5C.256/2002 /bnm

Urteil vom 23. Dezember 2002
II. Zivilabteilung

Bundesrichter Bianchi, Präsident,
Bundesrichter Raselli, Bundesrichterin Nordmann, Bundesrichterin Escher, Bundesrichter Meyer,
Gerichtsschreiber Schett.

L.F._____,
Klägerin und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Andreas Leuch, Giger & Partner, Rechtsanwälte, Kuttelgasse 8, Postfach 2322, 8022 Zürich,

gegen

A.B._____,
Beklagte und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Jürg Jent, Zentrum Märtegge, 8630 Rüti ZH.

Klage nach Art. 85a SchKG,

Berufung gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich II. Zivilkammer vom 15. Oktober 2002.

Sachverhalt:
A.
Zur Sicherung eines am 22. Juni 1998 gewährten Darlehens über Fr. 165'000.– übergab A.F._____ B.B._____ zwei auf der Liegenschaft seiner Ehefrau L.F._____ in Z._____ lastende Schuldbriefe, nämlich einen Namensschuldbrief im 1. Rang über Fr. 65'000.– und einen als Eigentümerschuldbrief ausgestalteten Inhaberschuldbrief über Fr. 135'000.– im 2. Rang. Die Witwe des inzwischen verstorbenen B.B._____, A.B._____, stellte am 6. Dezember 2000 für den Betrag von Fr. 172'562.50 zuzüglich Zinsen und Kosten beim Betreibungsamt Z._____ das Begehren um Betreibung auf Grundpfandverwertung. A.F._____ und L.F._____ erhoben Rechtsvorschlag. Die Einzelrichterin des Bezirksgerichts Hinwil erteilte am 3. März 2001 die provisorische Rechtsöffnung. Auf Ersuchen von A.B._____ fand am 5. Oktober 2001 die Zwangsverwertung der Liegenschaft von L.F._____ statt. Der Zuschlag ging für Fr. 193'000.– an R.T._____. Die von L.F._____ dagegen erhobene Beschwerde blieb ohne Erfolg. A.F._____ erklärte in einer Selbstanzeige vom 15. Oktober 2001 gegenüber der Bezirksanwaltschaft Hinwil, die Unterschrift seiner Ehefrau auf den massgeblichen Dokumenten gefälscht zu haben.
B.
L.F._____ gelangte am 24. Oktober 2001 an das Bezirksgericht Hinwil mit dem Begehren, den Nichtbestand der in der Betreibung auf Grundpfandverwertung Nr. ... des Betreibungsamtes Z._____ gestützt auf den Schuldbrief im ersten und den Schuldbrief im zweiten Rang auf ihrer Liegenschaft in Z._____ geltend gemachten Pfandrechte festzustellen und die Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Z._____ definitiv aufzuheben. Mit Verfügung vom 28. Mai 2002 trat der Einzelrichter auf die Klage nicht ein.
C.
Das Obergericht des Kantons Zürich wies den von L.F._____ dagegen erhobenen Rekurs mit Beschluss vom 15. Oktober 2002 ab und bestätigte die Verfügung des Einzelrichters.
D.
Mit Berufung vom 15. Oktober 2002 beantragt L.F._____ dem Bundesgericht, den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich und denjenigen des Einzelrichters des Bezirksgerichts Hinwil aufzuheben und den Einzelrichter des Bezirksgerichts Hinwil anzuweisen, auf die Klage einzutreten. Sie stellt das Gesuch um un-

entgeltliche Rechtspflege.

Es ist keine Berufungsantwort eingeholt worden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Ob ein Pfandrecht zu Recht besteht, ist eine Zivilrechtsstreitigkeit mit Vermögenswert. Die Nichtzulassung zur Klage stellt einen Endentscheid dar, welcher im vorliegenden Fall letztinstanzlich ist. Auf die Berufung ist unter diesen Gesichtspunkten einzutreten (Art. 46 und Art. 48 Abs. 1 OG).
1.2 Hingegen sind die tatsächlichen Vorbringen der Klägerin nicht zu berücksichtigen, soweit sie über die für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz hinausgehen (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG; BGE 126 III 59 E. 2a S. 65 mit Hinweisen). Dies gilt namentlich für ihre Schilderung des Abschlusses des Darlehensvertrages und der Errichtung der Grundpfänder, welche Vorgänge im kantonalen Verfahren nicht geklärt worden sind.
2.
Anlass zur Berufung gibt die Frage, ob der Bestand eines Pfandes im Verfahren nach Art. 85a SchKG geklärt werden kann.
2.1 Mit der Klage nach Art. 85a SchKG hat der Gesetzgeber einen neuen Rechtsbehelf geschaffen, mit dem der Betriebene durch den Richter feststellen lassen kann, dass die Schuld nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet ist. Diese Klage weist eine Doppelnatur auf. Wie die Aberkennungsklage bezweckt sie einerseits als materiellrechtliche Klage die Feststellung der Nichtschuld oder der Stundung, anderseits hat sie aber, wie das Verfahren nach Art. 85 SchKG, auch betreibungsrechtliche Wirkung, indem der Richter mit ihrer Gutheissung die Betreibung einstellt oder aufhebt (BGE 125 III 149 E. 2c). Dieses zusätzliche Verteidigungsmittel soll unverhältnismässige Härten und materiellrechtlich unbefriedigende Ergebnisse korrigieren. Es steht erst nach rechtskräftiger Beseitigung des Rechtsvorschlags und bis zur Verteilung des Verwertungserlöses bzw. der Konkurseröffnung zur Verfügung (BGE 125 III 149 E. 2c; 127 III 41 E. 4c).
2.2 Die Klägerin vertritt die Ansicht, dass der in Art. 85a SchKG verwendete Ausdruck Ëtriebeneräuch den Drittpfandsteller einschliesst. Sie weist auf den Zweck des neuen Rechtsbehelfs hin und empfindet es als ungerecht, wenn dieser nur dem Schuldner, nicht aber dem Drittpfandsteller zur Verfügung steht.
2.3 Demgegenüber kam die Vorinstanz zum Schluss, dass zur Bestreitung des Pfandrechts ausreichende Rechtsbehelfe bestehen. Aus dem verbesserten Schuldnerschutz könne nicht geschlossen werden, dass der Gesetzgeber diese Erweiterung auch für den Fall der Bestreitung des Pfandrechts wollte.
2.4 Bei der Kommentierung des neuen Art. 85a SchKG durch die Lehre fällt auf, dass durchwegs von der Klage auf Feststellung, dass die Schuld nicht oder nicht mehr bestehe oder gestundet sei, die Rede ist. Hingegen wird der Bestand des Pfandes als möglicher Inhalt der Feststellungsklagen von den meisten Autoren gar nicht erwähnt (Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Aufl., N. 15 S. 139, N. 22 S. 141; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, N. 9 zu Art. 85a SchKG; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., 1997, N. 12 zu Art. 85a SchKG; Bodmer, Basler Kommentar, SchKG I, N. 2, 26 und 31 zu Art. 85a SchKG; Brönnimann, Neuerungen bei ausgewählten Klagen des SchKG, ZSR 115/1996 S. 215 ff.; derselbe, Zur Klage nach Art. 85a SchKG, AJP 1996 S. 1396; Walder, Rechtsbehelfe im schweizerischen Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, in: Festschrift für Hideo Nakamura, Tokyo 1996, S. 647). Einzelne Autoren betonen aufgrund der Entstehungsgeschichte der neuen Bestimmung zudem, dass sie sehr restriktiv anzuwenden und als blosser Notbehelf aufzufassen sei (so Gasser, Revidiertes SchKG - Hinweise auf kritische Punkte,
ZBJV 132/1996 S. 639).
Einzig Luca Tenchio geht - unter Hinweis auf Walder/Jent-SØrensen - davon aus, dass mit der Klage gestützt auf Art. 85a SchKG auch der Nichtbestand des Pfandrechts festgestellt werden kann (Feststellungsklagen und Feststellungsprozess nach Art. 85a SchKG, Diss. Zürich 1999, S. 52; Walder/Jent-SØrensen, Tafeln zum Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 5. Aufl., 1997, S. 38). Weder er noch die von ihm angeführten Autoren führen allerdings ein Argument für ihren Standpunkt an.

Vom möglichen Inhalt der Klage nach Art. 85a SchKG ist zu unterscheiden, wer sie zu erheben berechtigt ist. Während einzelne Autoren nur den Schuldner als Betriebenen im Sinne dieser Bestimmung anerkennen und

ihm ein Klagerecht einräumen (Amonn, a.a.O., N. 22 S. 141), gestehen andere auch dem Ehegatten oder dem Drittpfandeigentümer, welchem ebenfalls ein Zahlungsbefehl zuzustellen ist, die Aktivlegitimation zu (Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., N. 7 zu Art. 85a SchKG; Gilliéron, a.a.O., N. 70 zu Art. 85a SchKG). Die Vorinstanz geht von einer erweiterten Klageberechtigung aus. Da sich die Klage aus nachfolgenden Gründen als unzulässig erweist, ist über diese Streitfrage vorliegend nicht zu befinden.
2.5 Entgegen den Darlegungen der Klägerin liefert die Entstehungsgeschichte des Art. 85a SchKG keine Anhaltspunkte für eine Auslegung in ihrem Sinne. In der Botschaft des Bundesrates ist von der unverhältnismässigen Härte und der unbefriedigenden Situation die Rede, wenn die Betreibung ihren Lauf nimmt, die aufgrund einer nicht bestehenden oder nicht fälligen Forderung eingeleitet worden ist (BBl 1991 III 68, Ziff. 202.75). Dass auch der Bestand des Pfandrechts klageweise überprüft werden könne, wird vom Bundesrat nicht einmal angetönt. Der zuhanden der Studienkommission gemachte Vorschlag Nägeli, welcher die Feststellungsklage auch auf das Pfandrecht ausdehnen wollte, ist in der anschliessenden Diskussion in diesem Gremium sowie in der Expertenkommission und in den eidgenössischen Räten nicht aufgenommen worden (Nachweise bei Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., N. 1 zu Art. 85a).

Da sich die Klage nach dem Wortlaut von Art. 85a SchKG nur auf die Schuld beziehen kann, schliesst der Ausdruck Betriebenerden Drittpfandsteller nicht ein. Mit dieser Wortwahl wird bloss darauf hingewiesen, dass die Klage nach Art. 85a SchKG eine noch hängige Betreibung voraussetzt, über welche es neben der materiellrechtlichen Frage zu entscheiden gilt. Ein darüber hinausgehendes Rechtsschutzinteresse braucht hingegen für die Beurteilung der Klage nicht nachgewiesen zu werden (Spühler/Tenchio, Feststellungsklagen gemäss Art. 85a Abs. 1 SchKG nach gültig erhobenem Rechtsvorschlag?, AJP 1999 S. 1241, mit Hinweisen). Damit bleiben dem Drittpfandsteller der Rechtsvorschlag (Art. 153 Abs. 2 SchKG) und die allgemeine Feststellungsklage, um den Bestand seines Pfandes überprüfen zu lassen. Weder die Materialien zu Art. 85a SchKG noch die in der Lehre eingenommenen Standpunkte lassen ein anderes Resultat zu. Allein der Umstand, dass diese Ausgangslage von der Klägerin als ungerecht empfunden wird, verschafft ihr noch kein Klagerecht nach Art. 85a SchKG.
3.
Nach dem Gesagten ist der Berufung kein Erfolg beschieden. Damit wird die Klägerin kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 OG). Sie hat ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt. Angesichts der zum Teil nicht eindeutigen Rechtslage konnte der Berufung nicht von Vornherein jede Aussicht auf Erfolg abgesprochen werden. Da auch die Bedürftigkeit der Klägerin ausgewiesen ist, sind die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erfüllt (Art. 152 OG). Die Zusprechung einer Parteientschädigung an die Beklagte entfällt mangels Einholung einer Berufungsantwort.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist, und der angefochtene Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 15. Oktober 2002 wird bestätigt.
2.
Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird gutgeheissen.
3.
Es wird keine Gerichtsgebühr erhoben.
4.
Rechtsanwalt Andreas Leuch, Zürich, wird aus der Bundesgerichtskasse ein Honorar von Fr. 1'500.– ausgerichtet.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 23. Dezember 2002

Im Namen der II. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: