

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB210046-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach  
sowie Gerichtsschreiberin MLaw S. Ursprung

## **Beschluss und Urteil vom 23. Februar 2022**

in Sachen

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

Aberkennungskläger und Berufungskläger

gegen

**B.\_\_\_\_\_ Stiftung**,

Aberkennungsbeklagte und Berufungsbeklagte

betreffend **Aberkennung**

**Berufung gegen einen Beschluss der 1. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. August 2021; Proz. CG210071**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 1)

- "1. Es sei in dem vom Konkursamt Zürich-Hottingen durchgeführten Konkurs (Nr. 1) über der Kläger die von der Konkursverwaltung in der 3. Klasse zugelassene Forderung der Beklagten von CHF 1'994'722.20 (Ord.-Nr. 5) abzuweisen.
2. Es sei festzustellen, dass die Eigentümerin und Gläubigerin von folgenden Inhaberschuldbriefen zu Lasten der Liegenschaft an der C. \_\_\_\_\_-strasse in D. \_\_\_\_\_ E. \_\_\_\_\_ A.G. ist.
  - a) Inhaberschuldbriefe Nr. 2. Rang CHF 400'000.– C. \_\_\_\_\_-str. 3 Lieg. E. \_\_\_\_\_ A.G.
  - b) Inhaberschuldbriefe Nr. 4 Rang CHF 400'000.– C. \_\_\_\_\_-str. 5 Lieg. F. \_\_\_\_\_
  - c) Inhaberschuldbriefe Nr. 6. Rang CHF 70'000.– C. \_\_\_\_\_-str. 5 Lieg. F. \_\_\_\_\_
  - d) Inhaberschuldbriefe Nr.2 Rang CHF 400'000.– C. \_\_\_\_\_-str. 7 Lieg. E. \_\_\_\_\_ A.G.
  - e) Inhaberschuldbriefe Nr. 2. Rang CHF 400'000.– C. \_\_\_\_\_-str. 8 Lieg. E. \_\_\_\_\_ A.G.
3. Der Beklagten sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag aus der Verteilungsliste Nr. 9 zurückzahlen.
4. Der Beklagten sei zu verpflichten, Dividenden gemäss der Verteilungsliste Nr. 9 dem Kläger zurückzuerstatten.
5. Der Beklagten sei zu verpflichten, Gerichtskosten CHF 3'200.– sowie Parteientschädigung CHF 3'970.– und allfällige andere Kosten dem Kläger zu zahlen.
6. Der Beklagten sei zu verpflichten, den Kläger mit CHF 277'400.– (Konkursdividende) zu entschädigen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

**Beschluss des Bezirksgerichtes:**

(act. 12)

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei auferlegt.
4. Der Beklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
- 5./6. [Mitteilungen/Rechtsmittel]

**Berufungsanträge:**

(act. 9 S. 1)

- "1. Die Beschlüsse vom 23.8.2021 (Prozess CG210066 und Prozess CG210071) seien aufzuheben und auf die Aberkennungsklagen einzutreten.
2. Eventuell seien die beiden Klagen gutzuheissen."

**Erwägungen:**

1. Mit Eingabe vom 1. Juli 2021 (act. 1) gelangte A.\_\_\_\_\_ (Aberkennungs- und Berufungskläger, nachfolgend Kläger) an das Bezirksgericht Zürich (nachfolgend Vorinstanz) mit den obgenannten Rechtsbegehren ohne vorgängig ein Schlichtungsverfahren durchlaufen zu haben. In der Begründung hielt er fest, es handle sich um eine Aberkennungsklage nach Art. 265 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 82 Abs. 2 SchKG, womit ein Schlichtungsverfahren entfalle (act. 1 S. 2). Die Vorinstanz trat mit Beschluss vom 23. August 2021 auf die Klage mangels gehöriger Klageeinleitung nicht ein (act. 4 = act. 10/2 = act. 12 [Aktenexemplar], nachfolgend zitiert als act. 12). Mittels elektronisch signierter Eingabe vom 27. September 2021 (act. 9) erhob der Kläger gegen diesen Beschluss rechtzeitig (act. 5 i.V.m. act. 12) die vorliegend zu beurteilende Berufung. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-7). Mit Verfügung vom 27. Oktober 2021 wurde dem Kläger Frist gesetzt zur Leistung eines Kostenvorschusses (act. 13). Der Kläger reichte daraufhin innert Frist ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ein (act. 16; dazu nachfolgend E. 6.). Die Sache erweist sich sofort als spruchreif (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Der Aberkennungs- und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagte) ist mit diesem Entscheid eine Kopie von act. 9 zuzustellen.

2. Die Vorinstanz erwog, der Kläger habe entweder eine Aberkennungsklage nach Art. 83 Abs. 2 SchKG oder dann – worauf die Formulierung des Rechtsbegehren Ziff. 1 schliessen liesse – eine Kollokationsklage im Sinne von Art. 250 SchKG erheben wollen. Ersteres sei indes nicht möglich, da es an einer kürzlich ergangenen provisorischen Rechtsöffnung fehle, gegen die eine Aberkennungsklage eingereicht werden könnte. Auch eine Kollokationsklage sei nicht möglich,

da gemäss eingereichtem Schreiben der Konkurs gegen den Kläger als Schuldner am 2. Juni 2021 als geschlossen erklärt worden sei, wobei dem Kläger als Konkurschuldner die Kollokationsklage ohnehin nicht offen gestanden hätte (act. 12 E. 2.2 f.). Mit Ziffern 2 bis 6 seiner Rechtsbegehrens beantrage der Kläger sodann zum einen, es sei festzustellen, dass die E.\_\_\_\_\_ AG Gläubigerin von verschiedenen auf einer Liegenschaft in D.\_\_\_\_\_ lastenden Inhaberschuldbriefen sei (Rechtsbegehren Ziffer 2) und zum anderen sei die Beklagte zu verschiedenen Zahlungen an ihn zu verpflichten (Rechtsbegehren Ziffern 3-6), doch bedürften sowohl die Feststellungs- wie auch die Forderungsklagen zur gehörigen Einleitung eines vorgängigen Schlichtungsverfahrens (act. 12 E. 2.4).

3. Betreffend die Feststellungs- sowie die Forderungsklagen (Rechtsbegehren Ziffern 2-6) macht der Kläger zu Recht nicht geltend, diese hätte entgegen Art. 197 ZPO nicht eines vorgängigen Schlichtungsverfahrens bedurft. Betreffend sein Rechtsbegehren Ziffer 1 macht er mit seiner Berufung indes geltend, er habe entgegen der Vorinstanz gar nicht eine Aberkennungsklage nach Art. 83 Abs. 2 SchKG (in Verbindung mit Art. 265 Abs. 1 SchKG) erheben wollen, sondern wie vor Vorinstanz geschildert eine Aberkennungsklage nach Art. 265 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 82 Abs. 2 SchKG. Eine Kollokationsklage habe er entgegen der Vorinstanz nicht einreichen wollen, da eine solche nach Erledigung des Konkurses nicht möglich sei. Die Vorinstanz hätte, so der Kläger, bei Unstimmigkeiten nachfragen müssen. Indem sie das nicht getan habe, habe sie willkürlich gehandelt (act. 9 S. 4).

4. Die vom Kläger bei der Vorinstanz eingereichte Klage gemäss Rechtsbegehren Ziffer 1 war in der Tat nicht aus sich selbst heraus verständlich, so dass sich die Frage stellt, ob die Vorinstanz nach Art. 56 ZPO hätte nachfragen müssen. Erst in der Berufungsschrift verdeutlicht der Kläger, wie er seine Aberkennungsklage nach Art. 265 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 82 Abs. 2 SchKG verstanden haben möchte: Der Kläger ist der Ansicht, das Konkursamt habe die von der Beklagten angemeldeten Forderungen ohne genügende Prüfung in den Kollokationsplan eingetragen. Er selbst habe gegen die Beklagte Forderungen aus seiner Tätigkeit als deren Verwaltungsrat, welche zu Unrecht als wertlos eingestuft wor-

den seien. Da er sich gegen die ungerechtfertigten Forderungen der Beklagten während des Konkursverfahrens nicht habe zur Wehr setzen können, habe er auf die Erledigung des Konkursverfahrens warten müssen. Nun, nach Ende des Konkursverfahrens, fordere er mit der vorliegenden Klage das zu Unrecht ausbezahlte Vermögen zurück. Die zu Unrecht im Kollokationsplan eingetragenen Forderungen der Beklagten stellten eine durch öffentliche Urkunde festgestellte Schuldanerkennung durch das Konkursamt dar und der Gläubiger könne eine provisorische Rechtsöffnung verlangen. Der Betriebene könne indessen innert 20 Tagen nach der Rechtsöffnung (Beendigung des Konkurses) auf dem Weg des ordentlichen Prozesses beim Gericht des Betreibungsortes auf Aberkennung der Forderung klagen. Beim Konkursverfahren, das gegen ihn gelaufen sei, handle es sich um ein betreibungsrechtliches Verfahren. Erst innert 20 Tagen nach Aufhebung des Konkurses könne er, der Kläger, die vom Konkursamt gemachte Schuldanerkennung im Kollokationsplan aberkennen [lassen] (act. 9 S. 5).

Diese Ausführungen des Klägers in der Berufungsschrift lassen erkennen, wie der Kläger seine Klage verstanden haben wollte, und sie lassen gleichzeitig deutlich erkennen, dass der Kläger die Dinge durcheinander bringt: Der Konkurs gegen den Kläger ist, wie dem angefochtenen Urteil zu entnehmen ist, am 2. Juni 2021 geschlossen worden. Entgegen dem Kläger ist die Beendigung des Konkurses indes keineswegs gleichzusetzen mit einer provisorischen Rechtsöffnung gemäss Art. 82 SchKG, gegen welche innert 20 Tagen eine Aberkennungsklage offen stände. Richtig ist einzig, dass gestützt auf einen allfälligen Verlustschein (ob ein solcher vorliegt, entzieht sich der Kenntnis der Kammer, doch kommt es vorliegend nicht darauf an) vom nicht voll befriedigten Gläubiger dereinst provisorische Rechtsöffnung verlangt werden könnte, wo der Gemeinschuldner die betreffende Forderung anerkannt hat, weil diesfalls der Verlustschein als Schuldanerkennung gemäss Art. 82 Abs. 1 SchKG gälte (Art. 265 Abs. 1 SchKG). Indes macht der Kläger selbst keineswegs geltend, er habe die Forderung anerkannt, worauf die Beklagte gestützt auf einen ihr ausgestellten Verlustschein provisorische Rechtsöffnung verlangt und sogar erhalten habe. Der Kläger möchte mit seiner Klage im Ergebnis die Kollokation der Forderungen der Beklagten, gegen welche er sich als Gemeinschuldner nicht wehren konnte, nach Beendigung des

Konkursverfahrens anfechten bzw. in seinen Worten aberkennen [lassen]. Hierfür hat er allerdings keine Handhabe, steht doch eine Aberkennungsklage lediglich nach erteilter provisorischer Rechtsöffnung (gegen ebendiese) zur Verfügung und nicht nach Konkursbeendigung gegen eine im Konkursverfahren vorgenommene Kollokation einer Forderung. Die Vorinstanz ist demnach mit gutem Grund nicht auf die zu Unrecht gestützt auf Art. 198 ZPO direkt bei ihr anhängig gemachte Klage eingetreten.

Selbst falls die Vorinstanz beim Kläger hätte nachfragen müssen, wie er seine nicht leicht verständliche Klage verstanden haben wollte, so hätten seine nunmehr in der Berufungsschrift nachgeholten Erläuterungen zu keinem anderen Resultat geführt. Eine allfällige Verletzung von Art. 56 ZPO (was indes entgegen dem Kläger nicht mit willkürlichem Handeln der Vorinstanz zu verwechseln wäre) wäre demnach ohne Auswirkungen geblieben. Der Kläger könnte aus dieser Rüge damit nichts zu seinen Gunsten ableiten. Weitere Gründe, weshalb der angefochtene Beschluss mangelhaft sein sollte, macht der Kläger nicht geltend, und solche sind auch nicht ersichtlich.

5. Die Berufung ist demnach abzuweisen und der vorinstanzliche Beschluss zu bestätigen.

6. Mit Eingabe vom 2. November 2021 ersuchte der Kläger um unentgeltliche Rechtspflege (act. 16). Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Wie die obigen Ausführungen zeigen, erweist sich die Berufung des Klägers als von Anfang an aussichtslos. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist daher abzuweisen.

7.1. Die Prozesskosten sind dem Ausgang des Berufungsverfahrens entsprechend zu verlegen. Der Kläger unterliegt mit der Berufung vollumfänglich. Das führt zur entsprechenden Kostenaufgabe (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

7.2. Die bezirksgerichtliche Festsetzung von Gerichts- und Parteikosten im angefochtenen Beschluss wurde im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt. Es ist deshalb das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositivziffern 2-4) zu bestätigen.

7.3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist – ausgehend vom Streitwert – gestützt auf § 12 Abs. 1-2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen. Parteientschädigungen sind für das Berufungsverfahren keine zuzusprechen: Dem Kläger nicht, weil er unterliegt, der Beklagten nicht, weil ihr im Rechtsmittelverfahren keine zu entschädigenden Aufwendungen entstanden sind.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen. Der Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. August 2021 (CG210071) wird vollumfänglich bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Aberkennungs- und Berufungskläger auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Aberkennungs- und Berufungskläger elektronisch via Incamail, an die Aberkennungs- und Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 9 samt Beilagen (act. 10/1-5), und an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein, sowie mittels elektronischer Übermittlung an die Obergerichtskasse.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 2'279'302.20.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

MLaw S. Ursprung

versandt am: