

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB230002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiberin MLaw I. Bernheim

Urteil vom 16. März 2023

in Sachen

1. **A.** _____,

2. **B.** _____,

Kläger und Berufungskläger

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____ und/oder Rechtsanwalt MLaw
X2. _____,

gegen

1. **C.** _____,

2. **D.** _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. _____ und/oder Rechtsanwältin lic.
iur. Y2. _____,

betreffend **Zusprechung von Grundeigentum**

Berufung gegen einen Beschluss der 3. Abteilung des Bezirksgerichtes

Zürich vom 18. November 2022; Proz. CG210059

Rechtsbegehren:

(act. 2)

- "1. Es sei den Klägern das Eigentum am Grundstück Grundbuch-Blatt Nr. 1, Kataster Nr. 2, E.____-Strasse 3 und 4, Grundbuch F.____-Zürich gerichtlich zuzusprechen, gegen Vorlegen eines unwiderruflichen Zahlungsverprechens einer in der Schweiz domizilierten Bank über die Tilgung der Restkaufpreisforderung.
2. In Vollstreckung von Rechtsbegehren Ziff. 1 sei das Grundbuchamt F.____-Zürich gerichtlich anzuweisen, die Übertragung des Eigentums am Grundstück Grundbuch-Blatt Nr. 1, Kataster Nr. 2, E.____-Strasse 3 und 4, von den Beklagten auf die Kläger als Miteigentümer zu je ½ einzutragen.
3. Es seien die Beklagten zu verpflichten, den Klägern unter solidarischer Haftbarkeit folgende Beträge zu bezahlen:
 - a. Schadenersatz für entgangene Mietzinse seit 18. August 2020 im Zusammenhang mit dem Grundstück Grundbuch-Blatt Nr. 1, Kataster Nr. 2, E.____-Strasse 3 und 4, Grundbuch F.____-Zürich, einen im Beweisverfahren noch zu bestimmenden Betrag, mindestens jedoch Fr. 100'390.00, zuzüglich Schadenszins von 5% seit dem noch zu bestimmenden mittleren Verfalltag;
 - b. Schadenersatz für auf dem Grundstück Grundbuch-Blatt Nr. 1, Kataster Nr. 2, E.____-Strasse 3 und 4, Grundbuch F.____-Zürich lastenden Pfändungen aufgrund Nichtbezahlung von Schulden des Beklagten 1 und/oder der Beklagten 2, einen im Beweisverfahren noch zu bestimmenden Betrag, mindestens Fr. 1.–, zuzüglich Schadenszins von 5% ab Rechtskraft des Urteils.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (einschliesslich Kosten des Grundbuchamtes und Kosten des Massnahmenverfahrens ES200064 vor Bezirksgericht Zürich) zusätzlich Mehrwertsteuerzusatz von 7.7%, zulasten der Beklagten."

geändertes Rechtsbegehren:

(act. 19)

- "1. Es sei den Klägern das Eigentum am Grundstück Grundbuch-Blatt Nr. 1, Kataster Nr. 2, E.____-Strasse 3 und 4, Grundbuch F.____-Zürich gerichtlich zuzusprechen, gegen Vorlegen eines unwiderruflichen Zahlungsverprechens einer in der Schweiz domizilierten Bank über die Tilgung der Restkaufpreisforderung.

2. In Vollstreckung von Rechtsbegehren Ziff. 1 sei das Grundbuchamt F. _____-Zürich gerichtlich anzuweisen, die Übertragung des Eigentums am Grundstück Grundbuch-Blatt Nr. 1, Kataster Nr. 2, E. _____-Strasse 3 und 4, von den Beklagten auf die Kläger als Miteigentümer zu je $\frac{1}{2}$ einzutragen.
3. Eventualiter zu Ziff. 2 vorstehend sei das Grundbuchamt F. _____-Zürich in Vollstreckung von Rechtsbegehren Ziff. 1 gerichtlich anzuweisen, die Übertragung des Eigentums am Grundstück Grundbuch-Blatt Nr. 1, Kataster Nr. 2, E. _____-Strasse 3 und 4, von den Beklagten auf die Kläger als Miteigentümer zu je $\frac{1}{2}$ einzutragen, Zug-um-Zug gegen Eintragung des Register-Schuldbriefes im 4. Rang über CHF 960'000.00 zu Gunsten der G. _____ AG.
4. Es seien die Beklagten zu verpflichten, den Klägern unter solidarischer Haftbarkeit folgende Beträge zu bezahlen:
 - a. Schadenersatz für entgangene Mietzinse seit 18. August 2020 im Zusammenhang mit dem Grundstück Grundbuch-Blatt Nr. 1, Kataster Nr. 2, E. _____-Strasse 3 und 4, Grundbuch F. _____-Zürich, einen im Beweisverfahren noch zu bestimmenden Betrag, mindestens jedoch CHF 190'741.00, zuzüglich Schadenszins von 5% seit dem noch zu bestimmenden mittleren Verfalltag;
 - b. Schadenersatz für auf dem Grundstück Grundbuch-Blatt Nr. 1, Kataster Nr. 2, E. _____-Strasse 3 und 4, Grundbuch F. _____-Zürich lastenden Pfändungen aufgrund Nichtbezahlung von Schulden des Beklagten 1 und/oder der Beklagten 2, einen im Beweisverfahren noch zu bestimmenden Betrag, mindestens CHF 1.–, zuzüglich Schadenszins von 5% ab Rechtskraft des Urteils.
5. [...]
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (einschliesslich Kosten des Grundbuchamtes und Kosten des Massnahmenvorgangs ES200064 vor Bezirksgericht Zürich) zusätzlich Mehrwertsteuerzusatz von 7.7%, zulasten der Beklagten."

Beschluss des Bezirksgerichtes:

(act. 30)

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 7'000.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

3. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei auferlegt und mit ihren geleisteten Vorschüssen verrechnet. Ein Überschuss wird den Klägern zurück-erstattet.
4. Die Kläger werden verpflichtet, den Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 15'500.– (inkl. 7.7% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. [Mitteilungen]
6. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

der Kläger und Berufungskläger (act. 37 S. 2 ff.):

Hauptbegehren

1. Es sei der Beschluss vom 18. November 2022 des Bezirksgerichts Zürich (CG210059-L/U) vollumfänglich aufzuheben und wie folgt neu zu entscheiden:
 - 1.1 Es sei den Berufungsklägern/Klägern das Eigentum am Grundstück Grundbuch-Blatt Nr. 1, Kataster Nr. 2, E. _____-Strasse 3 und 4, Grundbuch F. _____-Zürich gerichtlich zuzusprechen, gegen Vorlegen eines unwiderruflichen Zahlungsverprechens einer in der Schweiz domizilierten Bank über die Tilgung der Restkaufpreisforderung.
 - 1.2. In Vollstreckung von Rechtsbegehren Ziff. 1.1 sei das Grundbuchamt F. _____-Zürich gerichtlich anzuweisen, die Übertragung des Eigentums am Grundstück Grundbuch-Blatt Nr. 1, Kataster Nr. 2, E. _____-Strasse 3 und 4, von den Beklagten auf die Kläger als Miteigentümer zu je ½ einzutragen.
 - 1.3. Eventualiter zu Ziff. 1.2 vorstehend sei das Grundbuchamt F. _____-Zürich in Vollstreckung von Rechtsbegehren Ziff. 1.1 gerichtlich anzuweisen, die Übertragung des Eigentums am Grundstück Grundbuch-Blatt Nr. 1, Kataster Nr. 2, E. _____-Strasse 3 und 4, von den Beklagten/Berufungsbeklagten auf die Kläger/Berufungskläger als Miteigentümer zu je ½ einzutragen, Zugum-Zug gegen Eintragung des Register-Schuldbriefes im 4. Rang über CHF 960'000.00 zu Gunsten der G. _____ AG.
 - 1.4. Es seien die Beklagten/Berufungsbeklagten zu verpflichten, den Klägern/Berufungsklägern unter solidarischer Haftbarkeit folgende Beträge zu bezahlen:

- a. Schadenersatz für entgangene Mietzinse seit 18. August 2020 im Zusammenhang mit dem Grundstück Grundbuch-Blatt Nr. 1, Kataster Nr. 2, E. _____-Strasse 3 und 4, Grundbuch F. _____-Zürich, einen im Beweisverfahren noch zu bestimmenden Betrag, mindestens jedoch Fr. 190'741.00, zuzüglich Schadenszins von 5% seit dem noch zu bestimmenden mittleren Verfalltag;
 - b. Schadenersatz für auf dem Grundstück Grundbuch-Blatt Nr. 1, Kataster Nr. 2, E. _____-Strasse 3 und 4, Grundbuch F. _____-Zürich lastenden Pfändungen aufgrund Nichtbezahlung von Schulden des Berufungsbeklagten/Beklagten 1 und/oder der Berufungsbeklagten/Beklagten 2, einen im Beweisverfahren noch zu bestimmenden Betrag, mindestens Fr. 1.00, zuzüglich Schadenszins von 5% ab Rechtskraft des Urteils.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (einschliesslich Kosten des Grundbuchamtes und Kosten des Massnahmenverfahrens ES200064 vor Bezirksgericht Zürich) zusätzlich Mehrwertsteuerzusatz von 7.7%, zulasten der Berufungsbeklagten/Beklagten.

Eventualbegehren

1. Es sei der Beschluss vom 18. November 2022 des Bezirksgerichts Zürich (CG210059-L/U) vollumfänglich aufzuheben, auf die Klage einzutreten und die Sache zu neuem Entscheid an das Bezirksgericht Zürich zurückzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zusätzlich Mehrwertsteuerzusatz von 7.7%, zulasten der Berufungsbeklagten/Beklagten.

der Berufungsbeklagten (act. 45 S. 2):

1. Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 18. November 2022 (Geschäfts-Nr. CG210059-L/U) sei vollumfänglich zu bestätigen.
2. Eventualiter sei die Klage vollständig abzuweisen.
3. Subeventualiter seien die Beklagten zu verpflichten, den Klägern Zug-um-Zug gegen Zahlung von (a) CHF 200'000 an die H1. _____ AG gegen Ablösung der Schuldbriefe im 1. und 2. Rang, (b) CHF 316'151.00 an das Steueramt der Stadt Zürich und (c) CHF 1'182'108.70 an die Beklagten das Eigentum am Grundstück Grundbuch-Blatt Nr. 1, Kataster-Nr. 2, zu übertragen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens sowie des vorinstanzlichen Verfahrens, zuzüglich 7,7% MWST zulasten der Berufungskläger/Kläger 1 und 2 unter solidarischer Haftung.

Erwägungen:

1. Ausgangslage und Verfahrensverlauf

1.1. Die Parteien schlossen am 13. Oktober 2016 einen öffentlich beurkundeten Kaufvertrag über das Grundstück Nr. 1, Grundbuch F. _____-Zürich, an der E. _____-Strasse 3 und 4, zu einem Kaufpreis von Fr. 1'730'000.– ab (act. 4/1). Neben der bereits zuvor geleisteten Reservationszahlung überwiesen die Kläger in der Folge weitere Teilbeträge wie vereinbart an verschiedene im Kaufvertrag bezeichnete Drittgläubiger, insgesamt den Betrag von Fr. 601'740.30. Die Restkaufpreiszahlungen in der Höhe von Fr. 1'128'259.70 sind gemäss Vertrag anlässlich der Eigentumsübertragung durch Vorlage eines unwiderruflichen Zahlungsverprechens einer in der Schweiz domizilierten Bank zu bezahlen (act. 4/1 S. 10). Zur Eigentumsübertragung ist es bis heute nicht gekommen.

1.2. Die Kläger leiteten im Jahr 2017 beim Bezirksgericht Zürich eine Klage auf Zusprechung des Grundeigentums am besagten Grundstück ein. Diese Klage wurde mit Urteil vom 29. Mai 2020 abgewiesen, nachdem das Gericht zum Schluss gekommen war, das von den Klägern eingereichte Zahlungsverprechen der G. _____ AG sei hinsichtlich der Ablösung der Schuldbriefe unklar und die notwendigen Belege für die Ablösung der bestehenden Grundpfandrechte lägen nicht vor (act. 4/5 S. 38 f.).

1.3. Nach durchgeführtem Schlichtungsverfahren reichten die Kläger am 24. Juni 2021 erneut eine Klage auf Zusprechung von Grundeigentum beim Bezirksgericht Zürich ein. Dabei stellten sie die eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren (act. 2). Mit der Replik nahmen sie eine Klageänderung vor (act. 19). Nach durchgeführtem doppelten Schriftenwechsel trat das Bezirksgericht Zürich mit Beschluss vom 18. November 2022 auf die Klage nicht ein (act. 30 = act. 40 = act. 41 [Aktensexemplar], nachfolgend zitiert als act. 41). Gegen den Nichteintretensbeschluss des Bezirksgerichts (nachfolgend Vorinstanz) erhoben die Kläger

mit Eingabe vom 9. Januar 2023 Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich (act. 37). Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1-35). Mit Präsidialverfügung vom 12. Januar 2023 wurde den Klägern Frist für die Leistung eines Kostenvorschusses und den Beklagten für die Einreichung der Berufungsantwort angesetzt (act. 42). Der Kostenvorschuss wurde am 24. Januar 2023 bezahlt (act. 44). Die Beklagten reichten die Berufungsantwort mit Eingabe vom 9. Februar 2023 ein (act. 45). Mit Eingabe vom 28. Februar 2023 reichten die Kläger ein unwiderrufliches, bis 28. Februar 2024 befristetes Zahlungsverprechen der G. _____ AG, datiert vom 10. Januar 2023, ein (act. 46 und 47). Die Doppel dieser Eingabe und des Zahlungsverprechens wurden den Beklagten zugestellt (act. 48). Sie liessen sich bis heute nicht vernehmen. Den Klägern ist das Doppel der Berufungsantwort mit dem vorliegenden Entscheid zuzustellen. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Prozessuales

2.1. Beim Nichteintretensbeschluss der Vorinstanz handelt es sich um einen berufungsfähigen Entscheid (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 311 Abs. 1 ZPO; vgl. act. 31) und der verlangte Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (act. 44). Die Kläger sind durch den angefochtenen Beschluss beschwert. Dem Eintreten auf die Berufung steht damit nichts entgegen.

2.2. Es liegt ein internationaler Sachverhalt vor, da die Beklagten ihren Wohnsitz in Spanien haben. Die Vorinstanz hat die internationale Zuständigkeit gestützt auf Art. 6 Abs. 1 Ziff. 4 LugÜ und die innerstaatliche Zuständigkeit gestützt auf Art. 97 IPRG zu Recht bejaht (act. 41 S. 5 f.), da dingliche Rechte an einem in Zürich gelegenen Grundstück im Streit sind. Weiter stellte die Vorinstanz zutreffend fest, dass Schweizer Recht zur Anwendung komme (act. 41 S. 6), was im Berufungsverfahren nicht beanstandet wird.

2.3. Mit Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfra-

gen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht allerdings grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Parteien haben mittels klarer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo sie die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben haben. Sie haben die von ihnen kritisierten Erwägungen des angefochtenen Entscheids wie auch die Aktenstücke, auf die sie ihre Kritik stützen, genau zu bezeichnen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016 E. 2.2). In rechtlicher Hinsicht ist die Berufungsinstanz bei dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die mit den Rügen vorgetragene Argumente der Parteien gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Das Berufungsgericht kann die Rügen der Parteien auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (BGer 2C_124/2013 vom 25. November 2013 E. 2.2.2).

2.3.1. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten.

2.3.2. Nach Darstellung der Kläger im Berufungsverfahren haben sie im erstinstanzlichen Verfahren bestritten, dass es ihre Pflicht sei, die Belege für die Ablösung der beiden Schulbriefe vorzulegen (act. 37 Rz. 51). Dem widersprechen die Beklagten und halten dafür, die Argumentation der Kläger habe keine Grundlage im erstinstanzlichen Klagefundament (act. 45 Rz. 23 f.). In den Ausführungen der Kläger ist keine neue Tatsachenbehauptung zu sehen, weshalb Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht zum Tragen kommt. Bei der Frage, wen die Pflicht zur Vorlage der beiden Schulbriefe trifft, handelt es sich um eine Rechtsfrage, die auf der Basis der erstinstanzlichen Tatsachenbehauptungen im Berufungsverfahren – unter der Voraussetzung einer hinreichenden Berufungsbegründung – ohne Einschränkung überprüft werden kann.

2.3.3. Das von den Klägern mit Eingabe vom 28. Februar 2024 eingereichte Zahlungsverprechen der G. _____ AG vom 10. Januar 2023 ist bis 28. Februar 2024 befristet (act. 47). Mit Ausnahme der Befristung lautet es gleich wie dasjenige vom 23. Februar 2022, welches bis zum 28. Februar 2023 befristet war (act. 20/23). Damit liegt ein zulässiges Novum im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO vor. Die übrigen, von den Klägern im Berufungsverfahren geltend gemachten, neuen Tatsachen und Beweismittel (act. 37 Rz. 91 und Rz. 143 ff.) sind für den Ausgang des vorliegenden Berufungsverfahrens nicht relevant, weshalb sich Weiterungen dazu erübrigen.

3. Erwägungen der Vorinstanz

3.1. Die Vorinstanz kam zum Schluss, bei der Klage handle es sich um eine abgeurteilte Sache (sog. res iudicata) im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO. Zur Begründung erwog sie, beim Rechtsbegehren 1 der vorliegenden Klage handle es sich trotz der textlichen Unterschiede um die gleiche Gestaltungsklage wie beim Rechtsbegehren 4 der früheren, im Verfahren CG170031 beurteilten Klage. Beide Klagen basierten auf demselben Kaufvertrag der Parteien, der eine Restkaufpreisforderung anlässlich der Eigentumsübertragung vorsehe. Die Kläger machten mit der vorliegenden Klage geltend, die gemäss Urteil vom 29. Mai 2020 nicht erfüllten Bedingungen hinsichtlich der Zahlungsverprechen seien mittlerweile erfüllt. Ein Vergleich der neu eingereichten Zahlungsverprechen (act. 4/3 und act. 20/23) mit den früheren Zahlungsverprechen zeige, dass nun die abzulösenden Grundpfandrechte klar genannt seien. Damit stehe der im früheren Verfahren als nicht möglich erachteten Prüfung der Erfüllung der Voraussetzungen der Zahlungsverprechen nichts mehr im Wege. Die Voraussetzungen könnten indes gemäss Urteil vom 29. Mai 2020 einzig erfüllt sein, wenn ein zusätzliches Dokument betreffend Pfandablösung vorgelegt werden könne, namentlich an einem neuen Grundbuchtermin. Konkret sei festgehalten worden: "Wenn aber das Zahlungsverprechen pfandfreie Grundstücke voraussetzt, muss die Pfandablösung vorgängig erfolgt oder organisiert sein. Dies fehlt vorliegend. Die gerichtliche Eigentumsübertragung kann ohne diese Belege ebensowenig vorgenommen werden." (m.H.a. act. 4/5 S. 38-39). In den von den Klägern im vorliegenden Ver-

fahren eingereichten neuen Pfandablösungsschreiben/unwiderruflichen Zahlungsverprechen der G. _____ AG an die H1. _____ würden die abzulösenden Grundpfandrechte – der Papier-Namensschuldbrief, datiert 18. Dezember 1997, mit Maximalzinsfuss 9 % an 1. Pfandstelle zu Fr. 100'000.– und der Papier-Inhaberschuldbrief, datiert 18. Dezember 1997, mit Maximalzinsfuss 10 % an 2. Pfandstelle – konkret genannt (m.H.a. act. 4/11-13). Die H1. _____ habe jedoch erklärt, das sie nicht auf die Pfandablösung durch die G. _____ gemäss Schreiben vom 10. August 2020 eintreten könne (m.H.a. act. 4/19). Mit den Zahlungsverprechen unter konkreter Nennung der Grundpfandschulden und mit einem zusätzlichen Beleg zur Ablösung der bestehenden Grundpfandrechte, auf den die H1. _____ jedoch nicht eintrete, liege ein gegenüber dem Verfahren CG170031 veränderter Sachverhalt vor. Allerdings sei der Lebenssachverhalt lediglich unmassgeblich verändert, da nur teilweise Belege zur Ablösung bestehender Grundpfandrechte vorlägen. Die Ablösung der Grundpfandschulden werde nicht bestätigt bzw. von der H1. _____ AG als Pfandgläubigerin abgelehnt. Indem die Kläger erneut dieselbe Übertragung basierend auf demselben Kaufvertrag beantragten, ohne hinreichende Belege über die Ablösung der Schuldbriefe im 1. und 2. Rang, wie sie gemäss Kaufvertrag vorgängig verlangt würden, legten sie dem Gericht inhaltlich erneut eine Frage vor, die es bereits geprüft habe und die zur Abweisung der früheren Klage mit Urteil vom 29. Mai 2020 geführt habe (act. 41 S. 7-14).

3.2. Ergänzend bemerkte die Vorinstanz, die Ablösung der Schuldbriefe im 1. und 2. Rang stelle einen Teil der Zahlung dar. Der Kaufvertrag sehe aber nicht vor, wie diese Ablösung organisiert werden solle. Insbesondere sei die Übernahme einer Hypothek der Beklagten mit der H1. _____ nicht vorgesehen. Der Kaufvertrag enthalte auch keine Pflicht der Beklagten als veräussernde Partei, eine bestehende Hypothek zu kündigen, deren Schuld, offene Zinsen und sonstige Kosten zu tragen (inkl. Kosten einer vorzeitigen Kündigung). Dem Kaufvertrag lasse sich nicht entnehmen, inwiefern Hypotheken bestünden, obwohl die Schuldbriefe solche vermuten liessen. Die Kläger hätten die Ablösung der Schuldbriefe nicht organisieren können, so dass die Belege bei einer Eigentumsübertragung vorlägen. Dafür wäre eine Kooperation der H1. _____ nötig, was nicht

der Fall sei. Naheliegenderweise liege es daran, dass sich die Parteien nicht darüber geeinigt hätten, wie die Ablösung vor sich gehe und insbesondere keine entsprechenden Pflichten der Beklagten vereinbart hätten. Deshalb könne den Beklagten keine Untätigkeit vorgeworfen werden. Mache die H1._____ so nicht mit, könnte eine von den Klägern nicht zu vertretende Unmöglichkeit im Sinne von Art. 97 OR vorliegen, da sie einen Teil ihrer Pflichten nicht erfüllen könnten (act. 41 S. 14).

4. Berufungsgründe

4.1. Die Kläger werfen der Vorinstanz vor, sie habe verkannt, dass der neuen Klage neue und erhebliche Tatsachen zugrunde lägen, die mit neuen Beweismitteln gestützt würden. Der Pfandvertrag vom 17. August 2020, das Pfandablösungsschreiben/unwiderrufliche Zahlungsverprechen der G._____ AG an die H2._____ AG vom 10. August 2020 sowie die neuen und jeweils aktualisierten Zahlungsverprechen der G._____ AG vom 22. März 2021 bzw. 23. Februar 2022 stellten entgegen der Vorinstanz entscheidrelevante, neue Tatsachen dar, weshalb keine abgeurteilte Sache vorliege (act. 37 Rz. 30 ff., Rz. 41-49). Die Vorinstanz habe ohne nähere Auslegung oder Auseinandersetzung mit der Frage, ob der Grundstückkaufvertrag lückenhaft bzw. wie die Lücke zu füllen sei, festgehalten, dass sie (die Kläger) die Pflicht treffe, die "alten" Schuldbriefe beizubringen. Die Vorinstanz wäre verpflichtet gewesen, in objektivierter Vertragsauslegung den mutmasslichen Parteiwillen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu bestimmen. Sie habe nicht berücksichtigt, dass die Ablösung der Schuldbriefe nur durch die Beklagten organisiert werden könne, da nur diese eine Vertragsbeziehung zur H2._____ AG unterhielten und entsprechende Einwirkungsmöglichkeiten hätten. Auch der Umstand, dass die vorgängige Ablösung der beiden Schuldbriefe einzig dem Schutz der Käufer diene, damit sie kein mit Drittpfandrechten belastetes Grundstück erwerben müssten, spreche für die Beibringungspflicht der Beklagten. Die H2._____ AG sei zumindest betreffend Ablösung der beiden Schuldbriefe als Hilfsperson der Beklagten zu betrachten (a.a.O. Rz. 50-98). Weiter sei die H2._____ AG als vertraglich gebundene Hilfsperson der Beklagten zu qualifizieren, weshalb die Vorinstanz Art. 156 OR und Art. 101 OR falsch angewendet

habe (a.a.O. Rz. 99-115). Ausserdem sei ihr Recht auf Beweis und ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden, hätte doch die Vorinstanz aufgrund der substantiierten Behauptungen, dass die Beklagten die H2._____ AG dazu instruiert hätten, die beiden Schuldbriefe an die G._____ AG herauszugeben, ein Beweisverfahren hierzu durchführen müssen (a.a.O. Rz. 116-122). Die Vorinstanz scheine zudem zu Unrecht einen nachträglich unmöglichen Vertrag i.S.v. Art. 97 OR anzunehmen, ohne sich damit materiell auseinanderzusetzen. Dabei verkenne sie, dass die im Grundstückskaufvertrag aufgenommene Regelung betreffend Vorlage der Belege über die Ablösung der Schuldbriefe häufig von den Notariaten im Kanton Zürich in die Grundstückskaufverträge aufgenommen werde. Dabei werde stillschweigend vorausgesetzt, dass die Verkäuferschaft für die Beibringung der relevanten Dokumente auf Seite der übertragenden Partei besorgt sein müsse (a.a.O. Rz. 134-156).

4.2. Die Beklagten stellen sich auf den Standpunkt, die Vorinstanz sei zu Recht auf die Klage nicht eingetreten, da das Tatsachenfundament der vorliegenden und der früheren Klage identisch sei. Die neuen Tatsachen müssten erheblich sein, was vorliegend nicht der Fall sei. Die Änderungen und Konkretisierungen in den neuen Zahlungsverprechen seien nur marginal. Bei der Pfanderrichtungsofferte vom 17. August 2020 und dem Pfandablösungsschreiben vom 10. August 2020 handle es sich um neue Tatsachen, die von den Klägern veranlasst worden seien; es sei aber nicht einzusehen, weshalb die Kläger "ihre Hausaufgaben" nicht bereits im ersten Verfahren hätten machen können. Nach dem Grundsatz der *res iudicata* sollen zwischen denselben Parteien nicht mehrere Prozesse um denselben Streitgegenstand geführt werden. Damit solle auch verhindert werden, dass die in einem Streit unterliegende Partei in einem weiteren Verfahren allfällige Versäumnisse aus dem ersten Verfahren beseitigen könne. Hinzu komme, dass die Kläger auch im zweiten Verfahren ein ungenügendes Zahlungsverprechen beigebracht hätten (act. 45 Rz. 14-20). Der Vorinstanz sei beizupflichten, dass es den Klägern obliege, die Voraussetzungen für die Bezahlung des Kaufpreises zu erfüllen, dazu gehöre auch die Ablösung der Schuldbriefe. Die Kläger hätten im erstinstanzlichen Verfahren im Zusammenhang mit der Ablösung der Schuldbriefe stets von Bedingungen und nicht von Pflichten gesprochen. Indem sie nun durch

Auslegung des Grundstückkaufvertrages eine Rechtspflicht der Beklagten herleiten wollten, argumentierten sie widersprüchlich und ohne entsprechende erstinstanzliche Behauptungen. Entgegen der Auffassung der Kläger spreche die Systematik – die auszulegende Vertragsbestimmung stehe unter dem Abschnitt "Kaufpreis" im Zusammenhang mit der Erfüllung des Vertrages durch die erwerbende Partei – dafür, dass es Sache der Kläger sei, die fraglichen Belege beizubringen. Sowohl das Zahlungsverprechen wie auch die Ablösung der Schuldbriefe seien Teil der von den Klägern vorzunehmenden Erfüllungshandlungen. Es sei nicht nachvollziehbar, dass sie (die Beklagten) innerhalb dieser Erfüllungshandlungen eine Pflicht zur Vorlage der Schuldbriefe treffen sollte. Die Überlegungen der Kläger zu Sinn und Zweck der fraglichen Vertragsklausel seien nicht überzeugend, im Zusammenhang mit der Interessenlage der Parteien seien sie gar widersprüchlich. Ausserdem würden die Kläger verkennen, dass sie (die Beklagten) die H2._____ AG nicht einfach so zur Herausgabe der Schuldbriefe anhalten könnten. Die H2._____ AG werde die Schuldbriefe erst herausgeben, wenn die Zahlung eingegangen oder durch ein genügendes Zahlungsverprechen sichergestellt sei. Die H2._____ AG sei offensichtlich zum Schluss gekommen, dass sie auf das Zahlungsverprechen nicht eingehen könne. Dies sei nachvollziehbar, da das Zahlungsverprechen unter dem Vorbehalt des Grundbucheintrags stehe. Ausserdem hätten sie schon im erstinstanzlichen Verfahren aufgezeigt, dass sie ihre Bank nicht zur Herausgabe der Schuldbriefe zwingen könnten. Da sie der H2._____ AG gegenüber kein Weisungsrecht hätten, sei diese auch nicht als ihre Hilfsperson zu qualifizieren. Schliesslich sei nachvertragliches Verhalten kein von Lehre und Rechtsprechung anerkanntes Auslegungselement (a.a.O. Rz. 21-39). Mit Bezug auf die behauptete falsche Anwendung von Art. 156 und Art. 101 OR halten die Beklagten der Argumentation der Kläger entgegen, dass eine Qualifikation als Hilfsperson eine zu erfüllende Pflicht ihrerseits voraussetzen würde. Weil ihrerseits keine Pflicht bestehe, sei die H2._____ AG schon deshalb nicht als Hilfsperson zu qualifizieren. Weiter wäre gemäss der von den Klägern zitierten Literaturstelle vorausgesetzt, dass die H2._____ AG weisungsgebunden sei, was bestritten sei (a.a.O. Rz. 42-51). Mit Bezug auf die von den Klägern gerügte Verletzung des

Rechts auf Beweis wenden die Beklagten sodann ein, die Vorinstanz habe die von ihnen bestrittene Anweisung an die H2. _____ AG als nicht entscheiderelevant erachtet. Darüber hinaus hätte der Vortrag der Kläger mangels genügender Substantiierung auch nicht zum Beweis verstellt werden können (a.a.O. Rz. 52-54). Im Zusammenhang mit den erstinstanzlichen Erwägungen zu einem nachträglich unmöglichen Vertrag i.S.v. Art. 97 OR sind die Beklagten der Ansicht, die Vorinstanz habe sich nicht ernsthaft mit der Norm auseinandergesetzt; es liege keine Eventualbegründung vor. Der Einwand der Kläger würde indessen auch inhaltlich nicht verfangen, fusse ihre Argumentation doch auf der falschen Prämisse, dass sie (die Beklagten) eine Pflicht zur Beibringung der Schuldbriefe treffe (a.a.O. Rz. 62-71).

4.3. Auf die wiedergegebenen Parteistandpunkte ist nachfolgend insoweit einzugehen, als dies im vorliegenden Berufungsverfahren für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

5. Abgeurteilte Sache (sog. res iudicata)

5.1. Dass über eine Sache noch nicht rechtskräftig entschieden worden ist, stellt nach Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO eine Prozessvoraussetzung dar. In positiver Hinsicht bindet die materielle Rechtskraft das Gericht in einem späteren Prozess an alles, was im Urteilsdispositiv des früheren Prozesses festgestellt wurde. In negativer Hinsicht folgt aus der materiellen Rechtskraft, dass ein später angerufenes Gericht auf eine Klage mit identischem Streitgegenstand nicht eintreten darf, sofern der Kläger nicht ein schutzwürdiges Interesse an der Wiederholung des früheren Entscheids geltend machen kann. Die materielle Rechtskraft des Urteils erstreckt sich nach dem Grundsatz der Präklusion auf den individualisierten prozessualen Anspruch schlechthin und schliesst Angriffe auf sämtliche Tatsachen aus, die im Zeitpunkt des Urteils bereits bestanden hatten, unabhängig davon, ob sie den Parteien bekannt waren, von diesen vorgebracht oder vom Richter beweismässig als erstellt erachtet wurden. Die Identität von Streitgegenständen beurteilt sich gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach den prozessualen Ansprüchen in den Klageanträgen und dem behaupteten Lebenssachverhalt, d.h. dem Tatsachenfundament, auf das sich die Klagebegehren stützen. Dabei ist

der Begriff der Anspruchsidentität nicht grammatikalisch, sondern inhaltlich zu verstehen. Der neue prozessuale Anspruch ist deshalb trotz abweichender Umschreibung vom beurteilten nicht verschieden, wenn er in diesem bereits enthalten war oder wenn im neuen Verfahren das kontradiktorische Gegenteil zur Beurteilung gestellt wird (BGE 142 III 210 E. 2; BGE 139 III 126 E. 3.2.3). Identität der Streitgegenstände ist indessen zu verneinen, wenn zwar aus dem gleichen Rechtsgrund wie im Vorprozess geklagt wird, aber neue erhebliche Tatsachen geltend gemacht werden, die seitdem eingetreten sind und den Anspruch in der nunmehr eingeklagten Form erst entstehen liessen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist dies der Fall, wenn sich die neue Klage auf rechtsbegründende oder rechtsverändernde Tatsachen stützt, die im früheren Prozess nicht zu beurteilen waren und ausserhalb der zeitlichen Grenzen der materiellen Rechtskraft des früheren Urteils liegen (BGE 142 III 210 E. 2; BGE 139 III 126 E. 3.2.1; BGE 125 III 241 E. 2d; BGE 112 II 268 E. I.1.b; BGE 109 II 26 E. 2; BGE 105 II 268 E. 2; BGE 95 II 639). Die Frage, ob eine erhebliche Tatsache von der Präklusionswirkung erfasst wird, steht zunächst im Zusammenhang mit der Rechtzeitigkeit einer Tatsachenbehauptung nach der Eventualmaxime. Darüber hinaus ist eine neue erhebliche, nicht von der Rechtskraft erfasste Tatsache anzunehmen, wenn die Partei die fragliche Tatsache im früheren Verfahren trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorbrachte (DROESE, Res iudicata ius facit, 2015, S. 253 m.H.a. BGE 92 II 68 E. 3).

5.2. Die Kläger verlangen mit dem Rechtsbegehren 1 die Übertragung des Grundeigentums am Grundstück Grundbuch-Blatt Nr. 1, Kataster Nr. 2, E. _____-Strasse 3 und 4, Grundbuch F. _____-Zürich. Dieses Rechtsbegehren ist – wie die Vorinstanz zutreffend festhielt – mit dem Rechtsbegehren 4 der bereits beurteilten Klage identisch. Davon gehen auch die Kläger aus. Die Kläger stützen sich für die vorliegende Klage – wie schon für die mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 29. Mai 2020 abgewiesene Klage – auf den zwischen den Parteien abgeschlossenen Grundstückkaufvertrag vom 13. Oktober 2016 (act. 4/1). Damit liegt den beiden Klagen der gleiche Rechtsgrund zugrunde. Umstritten ist, ob neue erhebliche Tatsachen im Sinne der vorstehenden Grundsätze geltend gemacht werden,

die seit dem Urteil vom 29. Mai 2020 eingetreten sind und den Anspruch in der nunmehr eingeklagten Form erst entstehen lassen.

5.3. Der Kaufvertrag vom 13. Oktober 2016 sieht hinsichtlich der Bezahlung des Kaufpreises bzw. des Teilbetrages von Fr. 200'000.– Folgendes vor (act. 4/1 S. 9 f.):

"Der Kaufpreis beträgt Fr. 1'730'000.00 (Franken eine Million siebenhundertdreissigtausend) und wird wie folgt – ohne Mitwirkung des Notariates und Grundbuchamtes Zürich-F._____ – getilgt:

[...]

Fr.	200'000.00	durch Ablösung der auf dem Vertragsobjekt an 1. und 2. Pfandstelle haftenden Schuldbriefe für nominell je Fr. 100'000.00, <u>Wert Eigentumsübertragung</u> , durch die Bank der erwerbenden Partei (G._____ AG) bei der Bank der veräussernden Partei (H1._____ AG, CH5). Die Belege über die Ablösung haben bei der Eigentumsübertragung vorzuliegen.
-----	------------	--

[...]

Die erwerbende Partei hat sich anlässlich der Eigentumsübertragung über die Restkaufpreiszahlungen durch Vorlegung eines unwiderruflichen Zahlungsversprechens einer in der Schweiz domizilierten Bank auszuweisen.

Wird die Bank über die erfolgte Eigentumsübertragung erst nach Clearingschluss informiert, kann die Zahlung erst mit Valuta des darauffolgende Bankwerktages ausgeführt werden. Die veräussernde Partei hat daraus gegenüber der erwerbenden Partei keinen Anspruch auf Verzugszins."

5.4. Im Urteil vom 29. Mai 2020 setzte sich das Gericht mit dem damals von den Klägern eingereichten Zahlungsverprechen der G._____ AG auseinander. In den damals zu beurteilenden Zahlungsverprechen hatte sich letztere zur Bezahlung von Fr. 1'128'259.70 verpflichtet, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt seien (act. 4/5 S. 28):

"- der vorerwähnte Kaufvertrag rechtsgültig abgeschlossen und im Grundbuch eingetragen werden kann;

- das erwähnte Grundstück pfandfrei bzw. ohne effektive Pfandbelastung übergeben wird;
- die Grundpfandrechte zu unseren Gunsten abgelöst bzw. das Grundpfandrecht zu unseren Gunsten errichtet und im Grundbuch eingetragen werden kann."

Hierzu hielt das Gericht fest, es sei durchaus üblich, dass Zahlungsverprechen die Errichtung eines Grundpfandrechtes als weitere Bedingung enthielten. Für die Beurteilung des vorgelegten Zahlungsverprechens bzw. für die Beurteilung des Risikos der Erfüllung der erwähnten Bedingung sei entscheidend, "mehr Details über die beabsichtigte Errichtung der Grundpfänder zu haben". In der Folge kam das Gericht zum Schluss, da hinsichtlich der Ablösung der Schuldbriefe Unklarheit bestehe (vgl. dazu nachstehende E. 5.6) und die Voraussetzungen des Zahlungsverprechens nicht erfüllt seien, könne die Eigentumsübertragung derzeit nicht erfolgen (act. 4/5 S. 35, 37 f.).

5.5. Die Kläger gehen aufgrund des Pfandvertrages vom 17. August 2020, des Pfandablösungsschreibens/unwiderruflichen Zahlungsverprechens der G. _____ AG an die H2. _____ AG vom 10. August 2020 und der aktualisierten Zahlungsverprechen vom 22. März 2021, 23. Februar 2022 und 10. Januar 2023 von neuen Tatsachen und entsprechend von einem massgeblich veränderten Lebenssachverhalt aus (act. 37 Rz. 44 ff.; act. 46; act. 2 Rz. 27). Das nunmehr eingereichte Zahlungsverprechen der G. _____ AG vom 22. März 2021 über den Betrag von Fr. 1'128'259.70 sieht die folgenden Voraussetzungen vor (act. 4/18, act. 4/3, act. 20/2):

- "- der vorerwähnte Kaufvertrag rechtsgültig abgeschlossen und im Grundbuch eingetragen werden kann;
- uns die beiden bestehenden Grundpfandrechte im 1. Rang und 2. Rang über jeweils nom. CHF 100'00.00 rechtsgültig indossiert/übertragen (wo notwendig) ausgehändigt werden;
- das Grundpfandrecht im 4. Rang zu unseren Gunsten errichtet und im Grundbuch eingetragen werden kann."

Dieses Zahlungsverprechen der G. _____ AG liegt in gleichlautenden, aktualisierten Versionen, datiert vom 22. März 2021, 23. Februar 2022 und 10. Januar 2023,

im Recht (act. 4/18, act. 4/3, act. 20/23, act. 47). Es unterscheidet sich vom Zahlungsverprechen, welches dem Urteil vom 29. Mai 2020 zugrunde lag, durch die konkrete Nennung der abzulösenden Grundpfandrechte. Anders als im früheren Zahlungsverprechen sind die Grundpfandrechte – sowohl die abzulösenden im 1. und 2. Rang wie auch das neu zu errichtende im 4. Rang – genau bezeichnet. Ausserdem legen die Kläger – anders als im früheren Prozess – im Hinblick auf die Errichtung des neuen Grundpfandes den Pfandvertrag vom 17. August 2020 ins Recht (act. 4/12). An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht im Urteil vom 29. Mai 2020 in Bezug auf die im Zahlungsverprechen enthaltenen Bedingungen hinsichtlich der Übertragung bestehender Grundpfandrechte und der Begründung neuer Grundpfandrechte von folgenden Überlegungen ausging (act. 4/5 S. 35):

[...] Aus dem Grundstückkaufvertrag geht klar hervor, dass die bestehenden Grundpfandrechte bzw. Schuldbriefe abgelöst werden sollen. Strittig ist, ob auch die Neuerrichtung von Grundpfandrechten vom Grundstückkauf gedeckt ist. Es stellt sich die Frage, ob die Beklagten mit dem im Kaufvertrag erwähnten Zahlungsverprechen davon ausgehen mussten, dass das Zahlungsverprechen, ohne Nennung weiterer Bedingungen im Kaufvertrag, auch die Bedingung einer Neuerrichtung eines Grundpfandes enthalten kann. Wenn eine solche Bedingung branchenüblich ist, ist diese Frage zu bejahen.

Ruth Arnet hält dazu fest, dass neben der standardisierten Bedingung, wonach die Zahlung der finanzierenden Bank nur erfolge, wenn der Kaufvertrag im Grundbuch eingetragen sei, auch weitere Bedingungen im Rahmen der Anweisung ohne Weiteres zulässig seien, selbst wenn diese die Schutzfunktion des Zahlungsverprechens tangieren sollten. Hierbei sei beispielsweise an die Bedingung zu denken, wonach die Zahlung erst ausgelöst werde, wenn der Käufer bestimmte Pfandrechte errichtet und diese auf die Bank übertragen habe (m.H.a. Ruth Arnet, in: Schmid [Hrsg.], Der Grundstückskauf, S. 439).

Damit entsprechen weitere Bedingungen – auch die Errichtung eines Grundpfandes – in Zahlungsverprechen grundsätzlich durchaus der Übung. Es kann von einer Bank nicht erwartet werden, dass sie derartige Summen ausbezahlt, ohne entsprechende Sicherheiten zu erhalten. Es musste den Vertragsparteien damit klar gewesen sein, dass das vereinbarte Zahlungsverprechen die vorliegende Bedingung enthalten kann. Die Bedingungen resultieren aus den Vertragsverhandlungen der kreditgebenden Bank und den Käu-

fern und müssen bzw. können evtl. auch gar nicht vom Kaufvertrag detailliert erfasst sein. Dem Vorbringen, dass eine Neuerrichtung eines Grundpfandes bereits im Kaufvertrag hätte erwähnt sein müssen, ansonsten über einen wesentlichen Vertragspunkt nichts geregelt worden sei, ist damit nicht zu folgen.

Die Rechtsbindungswirkung der materiellen Rechtskraft bezieht sich zwar lediglich auf das Dispositiv und nicht auf die Entscheidungsgründe, wie Vorfragen, bedingende Rechtsverhältnisse oder gar Tatsachen (BGE 138 III 261 E. 1.2; BGE 137 III 8 E. 3.3.1.). Auch wenn sich die Rechtskraft des Urteils vom 29. Mai 2020 nicht auf die vorstehend wiedergegebenen Erwägungen im Zusammenhang mit der Bedingung der Neuerrichtung eines Grundpfandes erstreckt, ist nicht ersichtlich, weshalb diese Überlegungen nicht mehr richtig sein sollen. Entsprechend ist auch im vorliegenden Verfahren davon auszugehen, dass in einem Zahlungsverprechen Bedingungen betreffend Übertragung bestehender Grundpfandrechte und Neuerrichtung eines Grundpfandes zulässig sind. Die Frage, ob die in den neuen Zahlungsverprechen vorgenommenen Konkretisierungen sowie der eingereichte Pfandvertrag vom 17. August 2020 von den Klägern nicht schon im ersten Prozess hätten beigebracht werden können bzw. ob die Kläger die entsprechenden Erwägungen im Urteil vom 29. Mai 2020 nicht im Rechtsmittelverfahren einer Überprüfung hätten unterziehen müssen, kann jedoch – wie sich aus den nachstehenden Erwägungen zur Pfandablösung ergibt – vorliegend offen gelassen werden.

5.6. Mit Bezug auf die vertraglich vorgesehene Pfandablösung wurde im Urteil vom 29. Mai 2020 festgehalten, es lägen keine Belege über die Ablösung der Grundpfandschuld im Recht. Die Zahlungsverprechen richteten sich nicht an die abzulösende Bank, sondern seien an die Beklagten adressiert. Es finde sich kein Hinweis darauf, dass die abzulösende Bank, die H1. _____ AG, über die anstehende Ablösung informiert sei. Aus dem Rechtsbegehren 5 der Kläger gehe zudem hervor, dass sich die im Zusammenhang mit dieser Grundpfandschuld bestehenden Schuldbriefe nicht im Besitz der Kläger befänden und anlässlich der Eigentumsübertragung bzw. nach der Bezahlung der Hypothekarschuld noch ausgetauscht werden müssten. Wenn das Zahlungsverprechen pfandfreie

Grundstücke voraussetze, müsse die Pfandablösung vorgängig, mithin vor der gerichtlichen Eigentumsübertragung, erfolgt oder organisiert sein. Daran fehle es vorliegend. Die gerichtliche Eigentumsübertragung könne ohne diese Belege nicht vorgenommen werden. Damit bestehe Unklarheit und die Voraussetzungen für die Ablösung der Grundpfandrechte seien nicht erfüllt (act. 4/5 S. 37 f.). Wie diesen Erwägungen zu entnehmen ist, gründete das Urteil vom 29. Mai 2020 auf der Tatsache, dass die H1. _____ AG von der G. _____ AG nicht über die Pfandablösung informiert bzw. die Pfandablösung von den Klägern nicht vorgängig organisiert worden war. Da die H1. _____ AG im früheren Prozess nicht über die anstehende Ablösung informiert war, stellt das an die H1. _____ AG adressierte Pfandablösungsschreiben der G. _____ AG vom 10. August 2020 (act. 4/11) mit unwiderruflichem Zahlungsverprechen über Fr. 200'000.– (unter dem Vorbehalt des Grundbucheintrages) eine neue Tatsache dar. Eine weitere neue Tatsache ist im Antwortschreiben der H2. _____ AG an die G. _____ AG vom 18. August 2020 zu sehen, worin die H2. _____ AG erklärte, auf das Pfandablösungsschreiben vom 10. August 2020 nicht eintreten zu können (act. 4/19). Ob das Pfandablösungsschreiben der G. _____ AG an die H1. _____ AG vom 10. August 2020 und das Antwortschreiben der H1. _____ AG erhebliche neue Tatsachen darstellen, ist mit Blick auf die sich stellenden materiellen Rechtsfragen zu klären.

5.7. Die Vorinstanz hielt im angefochtenen Beschluss fest, dass die Belege zur Ablösung bestehender Grundpfandrechte nur teilweise vorlägen. Die mögliche Ablösung der Grundpfandschulden bleibe unbestätigt bzw. sei durch die H1. _____ AG als Pfandgläubigerin abgelehnt worden. Die Kläger würden die Eigentumsübertragung erneut ohne hinreichende Belege über die Ablösung der Schuldbriefe im 1. und 2. Rang verlangen, obwohl der Kaufvertrag eine vorgängige Organisation der Belege verlange (act. 41 S. 12 f.). Diesen Überlegungen liegt die Auffassung zugrunde, dass die Belege zur Pfandablösung von den Klägern vorzulegen sind. Ausserdem nahm die Vorinstanz an, dass sich die Parteien nicht darüber geeinigt hätten, wie die Ablösung der Schuldbriefe vor sich gehe, insbesondere hätten sie keine entsprechenden Pflichten der Beklagten vereinbart. Im Rahmen ihrer ergänzenden Erwägungen kam die Vorinstanz auf dieser Grundlage zum Schluss, es könnte eine von den Klägern nicht zu vertretende Unmöglich-

keit im Sinne von Art. 97 OR vorliegen (act. 41 S. 14). Dieser Rechtsauffassung der Vorinstanz zu den Pflichten im Zusammenhang mit der Ablösung der Schuldbriefe und den daraus folgenden Konsequenzen kann nicht gefolgt werden.

5.8. Mit dem öffentlich beurkundeten Grundstückkaufvertrag verpflichteten sich die Beklagten als Verkäufer, den Klägern als Käufer das Eigentum am streitgegenständlichen Grundstück zu übertragen, und die Kläger verpflichteten sich, den Beklagten den vereinbarten Kaufpreis zu bezahlen (vgl. Art. 184 i.V.m. Art. 216 OR). Zu diesen Hauptpflichten können verschiedene Nebenpflichten hinzutreten, welche sich aus Gesetz, Vereinbarung oder richterlicher Vertragsergänzung ergeben. Nebenpflichten haben zum Zweck, die Hauptleistung zu ergänzen und deren ordnungsgemässe Erfüllung zu sichern bzw. den Vertragszweck zu erreichen. Der Rechtsgrund solcher Pflichten liegt im Vertragsschluss, wobei diese Pflichten auch ohne diesbezügliche Willensäusserung der Parteien aufgrund der sich aus Art. 2 ZGB ergebenden Pflicht zu einer umfassenden Rücksichtnahme auf die Interessen des Vertragspartners und zu loyalen Verhalten unmittelbar zum Vertragsinhalt werden (BSK OR I-WIEGAND, 7. Aufl., 2020, Einleit. zu Art. 97-109 N 5 f. und Art. 97 N 34; KOLLER, OR AT, 4. Aufl., 2017, N 48.03 ff.; BGer 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 E. 6.1). Das Bundesgericht nimmt im Zusammenhang mit vertraglichen Nebenpflichten eine auf der Generalklausel von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) beruhende Vertragsauslegung bzw. Vertragsergänzung vor bzw. schützt entsprechende Urteile (BGE 114 II 57 E. 6d/aa; BGer 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 E. 6.1; BGer 4A_626/2011 vom 7. Juni 2012 E. 2.2.1; BGer 4A_494/2010 vom 7. Dezember 2010 E. 4.1). Dabei geht das Bundesgericht davon aus, dass Nebenpflichten grundsätzlich stets dem Leistungsinhalt zuzurechnen sind und die primäre Leistungspflicht nicht im Sinne einer Änderung des Schuldinhaltes erweitern, sondern nur das schuldnerische Handeln im Hinblick auf den Leistungszweck näher umschreiben können (BGE 114 II 57 E. 6d/bb).

5.9. Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Parteien im Hinblick auf die Ablösung der Schuldbriefe vertragliche Nebenpflichten vereinbart haben. Der von den Parteien geschlossene Grundstückkaufvertrag sieht vor, dass

der Teilbetrag von Fr. 200'000.– durch Ablösung der Schuldbriefe von je Fr. 100'000.– lastend an 1. und 2. Pfandstelle durch die G. _____ AG an die H1. _____ AG bezahlt wird. "Ablösung der Schuldbriefe" bedeutet, dass die Schuldbriefe, welche der H1. _____ AG als Sicherheit dienen, gegen Bezahlung des Betrages von Fr. 200'000.– an die G. _____ AG übergeben werden. Mit der fraglichen Vertragsklausel bezweckten die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, die Hypothek der Beklagten bei der H1. _____ AG mit Bezahlung des Teilbetrages von Fr. 200'000.– durch die G. _____ AG abzulösen. Mit der Tilgung der Hypothek entfällt das Interesse der H1. _____ AG an der mit den Schuldbriefen bestellten Sicherheit, während bei der G. _____ AG mit der Bezahlung der genannten Summe ein Interesse an eben dieser Sicherheit entsteht. Eine mit der Grundstückübertragung einhergehende Übertragung eines Papier-Schuldbriefs bedarf einer physischen Übergabe des Schuldbriefs (Art. 864 ZGB). Entsprechend müssen bei einem Schuldner- und Gläubigerwechsel der alte und neue Schuldner wie auch der alte und neue Gläubiger zwingend zusammenwirken. Demzufolge hatten beide Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein Interesse daran, dass die involvierten Banken bei der Ablösung der Schuldbriefe mitwirken. Es ist allgemein bekannt, dass Papier-Schuldbriefe in der Praxis – statt durch Vorlage beim Grundbuchamt anlässlich der Eigentumsübertragung – häufig direkt von der Bank des Käufers an die Bank des Verkäufers gesandt werden (www.notariate-zh.ch/deu/grundbuch/grundpfandrechte/schuldbrief/schuldnerwechsel/; zuletzt besucht am 19. Januar 2023). Vor diesem Hintergrund folgt aus den vertraglichen Hauptpflichten und dem Grundsatz von Treu und Glauben, dass die Parteien im Hinblick auf die Abwicklung der im Grundstückskaufvertrag vorgesehenen Schuldbriefablösung eine Nebenpflicht trifft, im Rahmen des mit ihrer Bank bestehenden Vertragsverhältnisses darauf hinzuwirken, dass die ablösende Bank die als Sicherheit dienenden Papier-Schuldbriefe im Zuge der Zahlung des (Teil-)Kaufpreises der finanzierenden Bank übergibt. Demzufolge besteht eine Nebenpflicht der Verkäufer, ihre Bank anzuweisen, die sich in ihrem Besitz befindenden Papier-Schuldbriefe bei Vorliegen eines gültigen unwiderruflichen Zahlungsverprechens der Käufer bzw. der finanzierenden Bank herauszugeben. Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn die Parteien im Zeit-

punkt des Vertragsschlusses davon ausgehen, dass sich die abzulösenden Papier-Schuldbriefe bei der Bank der Verkäufer befinden. In Bezug auf diese Nebenpflicht der Verkäufer ist die abzulösende Bank, mit der die Verkäufer in einem Vertragsverhältnis stehen, als deren Hilfsperson im Sinne von Art. 101 OR zu qualifizieren.

5.10. Im konkreten Fall ist unbestritten, dass sich die Schuldbriefe im 1. und 2. Rang im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bei der H1._____, der Bank der Beklagten, befanden. Entsprechend den vorstehenden Erwägungen sind die Beklagten im Zusammenhang mit der Ablösung der Schuldbriefe verpflichtet, bei Vorliegen eines hinreichenden, unwiderruflichen Zahlungsversprechens der G.____ AG für die Herausgabe der Papier-Schuldbriefe durch ihre Vertragspartnerin, die H2.____ AG, besorgt zu sein bzw. die H2.____ AG anzuweisen, die Schuldbriefe anlässlich der Eigentumsübertragung vorzulegen oder sie – wie dies in der Praxis häufig vorkommt – direkt im Vorfeld an die G.____ AG zu senden. Entgegen der Vorinstanz besteht diese aus dem Grundsatz von Treu und Glauben fließende und die ordnungsgemässe Erfüllung des Vertrags sichernde Nebenpflicht der Beklagten auch ohne explizite Erwähnung im Grundstückskaufvertrag. Angesichts der bestehenden Nebenpflichten kann der Auffassung der Vorinstanz, der Kaufvertrag sehe nicht vor, wie die Ablösung der Schuldbriefe im 1. und 2. Rang organisiert werden soll, insbesondere sei die "Übernahme einer Hypothek der Beklagten mit der H1._____" oder eine Pflicht der Beklagten als veräussernde Partei, eine bestehende Hypothek zu kündigen, nicht vorgesehen (act. 41 S. 14), nicht gefolgt werden. Vielmehr enthält der öffentlich beurkundete Kaufvertrag die vertragliche Pflicht der Beklagten, die Papier-Schuldbriefe im 1. und im 2. Rang zu je nominell Fr. 100'000.– anlässlich der Eigentumsübertragung vorzulegen. Bei der Erfüllung dieser Nebenpflicht der Beklagten kommt der H1._____ die Stellung einer Hilfsperson im Sinne von Art. 101 OR zu.

5.11. Angesichts der bestehenden Nebenpflicht der Beklagten und der Hilfspersonenstellung der H1.____ AG kann den Klägern nicht vorgeworfen werden, sie hätten mit den im Zeitpunkt des ersten Prozesses vorliegenden Tatsachen nicht alles ihnen Zumutbare vorgekehrt bzw. ihre Vertragspartnerin, die G.____ AG,

habe das Zahlungsverprechen nicht von Anfang an direkt an die H1._____ AG adressiert. Daraus folgt, dass die Präklusionswirkung des Urteils vom 29. Mai 2020 den Einbezug der H1._____ AG nicht umfasst. Demnach stellen das Pfandablösungsschreiben der G._____ AG an die H1._____ AG vom 10. August 2020 (act. 4/11) mit unwiderruflichem Zahlungsverprechen über Fr. 200'000.– (unter dem Vorbehalt des Grundbucheintrages) wie auch das Antwortschreiben der H2._____ AG an die G._____ AG vom 18. August 2020 (act. 4/11 und 4/19) erhebliche, neue Tatsachen dar. Dass die G._____ das Zahlungsverprechen zuhanden der H2._____ AG im Sinne der Erwägungen im Urteil vom 29. Mai 2020 konkretisierte, kann den Klägern nicht zum Nachteil gereichen.

5.12. Nach dem Gesagten kann der Auffassung der Vorinstanz, der Lebenssachverhalt habe sich "lediglich unmassgeblich" verändert, da Belege zur Ablösung bestehender Grundpfandrechte nur teilweise vorlägen (act. 41 S. 13), nicht gefolgt werden. Vielmehr unterscheidet sich der der vorliegenden Klage zugrunde liegende Lebenssachverhalt im Blick auf das anwendbare materielle Recht wesentlich von demjenigen, der im Verfahren CG170031 beurteilt wurde. Daran ändert nichts, dass die neuen Belege sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht neue Fragestellungen aufwerfen, die im Rahmen der materiellen Beurteilung der Klage zu beantworten sein werden. Auf die Klage ist deshalb einzutreten.

5.13. Die Vorinstanz äusserte sich zwar im angefochtenen Nichteintretensbeschluss auch zu Fragen, die mit der materiellen Behandlung der Klage einhergehen. Eine umfassende, materielle Beurteilung der Sachverhalts- und Rechtsfragen nahm die Vorinstanz indessen nicht vor. Insbesondere wird sich die Vorinstanz in tatsächlicher wie auch in rechtlicher Hinsicht mit der Weigerung der H2._____ AG zu befassen haben, zumal die Kläger unter anderem für ihre Behauptung, die Weigerung der H2._____ AG sei auf eine entsprechende Instruktion der Beklagten zurückzuführen (act. 37 Rz. 51, act. 19 Rz. 47 ff.), Beweismittel offerieren. Zur Wahrung des Instanzenzugs ist eine erstmalige Beurteilung der Sach- und Rechtslage im Rechtsmittelverfahren nicht angezeigt. Entsprechend ist der von den Klägern im Berufungsverfahren gestellte Hauptantrag abzuweisen. In Gutheissung des klägerischen Eventualantrages ist der angefochtene Beschluss

aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Ausgangsgemäss werden die Beklagten kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidunggebühr ist in Anwendung der §§ 4 Abs. 1 und 12 GebV OG auf Fr. 10'000.– festzusetzen. Sie ist aus dem Kostenvorschuss der Kläger zu beziehen, ist ihnen jedoch von den Beklagten vollumfänglich zu ersetzen.

6.2. Entsprechend dem Verfahrensausgang sind die Beklagten antragsgemäss zu verpflichten, den Klägern für das vorliegende Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 16'000.– zuzüglich 7.7 % MwSt. zu bezahlen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen und der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 18. November 2022 wird aufgehoben. Die Sache wird zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 10'000.– festgesetzt und den Berufungsbeklagten auferlegt.

Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden aus dem von den Berufungsklägern geleisteten Vorschuss von Fr. 10'000.– bezogen. Die Berufungsbeklagten werden je zur Hälfte unter solidarischer Haftung verpflichtet, den Berufungsklägern diesen Betrag zu ersetzen.
3. Die Berufungsbeklagten werden je zur Hälfte unter solidarischer Haftung verpflichtet, den Berufungsklägern zusammen eine Parteientschädigung von Fr. 16'000.– zuzüglich 7.7 % MwSt. zu zahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungskläger unter Beilage eines Doppels von act. 45, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 1'920'742.-.

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 I. Bernheim

versandt am: