

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF180060-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie  
Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

## **Beschluss und Urteil vom 14. Januar 2019**

in Sachen

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

Gesuchsteller und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend  
**vorsorgliche Massnahmen**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des  
Bezirksgerichtes Meilen vom 18. Oktober 2018 (ET180004)

## Erwägungen:

### 1.

1.1. Am 14. Dezember 2011 hatte der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (fortan Berufungsbeklagter) gegen den Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Berufungskläger) beim Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon eine Betreuung erhoben aufgrund einer Darlehensforderung (Betreibung Nr. ...). Mit Urteil vom 22. März 2012 erteilte das Einzelgericht am Bezirksgericht Meilen die provisorische Rechtsöffnung. Dagegen führte der Gesuchsteller eine Aberkennungsklage, welche das Bundesgericht mit Urteil vom 28. Juni 2018 letztinstanzlich abwies, soweit es darauf eintrat.

1.2. Mit Eingabe vom 16. Oktober 2018 (act. 1) machte der Berufungskläger ein Gesuch um Erlass (super)provisorischer Massnahmen beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen (fortan Vorinstanz) anhängig, in dessen Rahmen er um vorläufige Einstellung der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon und um Ansetzung einer Prosequierfristung ersuchte. Mit Urteil vom 18. Oktober 2018 wies die Vorinstanz das Gesuch ab (act. 4 = act. 7 = act. 9, nachfolgend zitiert als act. 7).

1.3. Mit Eingabe vom 6. November 2018 (Datum Poststempel) erhob der Berufungskläger rechtzeitig Berufung gegen diesen Entscheid (vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 5/1 i.V.m. act. 8). Er stellte die folgenden Anträge (act. 2 S. 2):

" Es sei das Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 18. Oktober 2018 (Geschäfts-Nr.: ET180004-G/U/Hä/ha) aufzuheben und das vor erster Instanz gestellte Rechtsbegehren vollumgänglich gutzuheissen, welches lautet:

1. a) Es sei die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon (Zahlungsbefehl vom 14. Dezember 2011) vorläufig einzustellen.
- b) Es sei die vorläufige Einstellung der Betreuung gemäss vorstehendem Rechtsbegehren Ziff. 1a zunächst superprovisorisch ohne vorgängige Anhörung des Gesuchsgegners und Berufungsbeklagten anzuordnen.
2. Es sei dem Gesuchsteller und Berufungskläger eine angemessene Frist von mindestens vier Monaten zur Einleitung

eines Verfahrens hinsichtlich des teilweisen Nichtbestandes der mit Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon (Zahlungsbefehl vom 14. Dezember 2011) in Betreuung gesetzten Forderung über EUR 1.5 Mio., resultierend aus dem Darlehensvertrag vom 19. August 2010, anzusetzen.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. die gesetzliche Mehrwertsteuer von derzeit 7.7%) zu Lasten des Gesuchgegners und Berufungsbeklagten."

1.4. Mit Verfügung vom 1. November 2018 wies die Kammer das superprovisorische Begehren ab und verlangte einen Prozesskostenvorschuss ein. Sodann wurde die Prozessleitung delegiert (act. 10). Der Kostenvorschuss wurde vom Berufungskläger innert Frist geleistet (act. 14). Mit Eingabe vom 6. November 2018 ersuchte der Berufungskläger um Wiedererwägung der Abweisung des superprovisorisch gestellten Begehrens (act. 12 u. 13). Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, ist die Berufung abzuweisen, weshalb dieses Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen gegenstandslos wird und abzuschreiben ist.

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1–5). Es wurde davon abgesehen, eine Berufungsantwort einzuholen (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif. Dem Berufungsbeklagten ist mit dem Endentscheid ein Doppel von act. 8 und act. 12 zuzustellen.

## **2.**

2.1. Der vorinstanzliche Entscheid betrifft ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen. Erstinstanzliche Massnahmenentscheide sind grundsätzlich mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO), wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten die Berufung nur zulässig ist, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der Streitwert ist hier ohne weiteres erreicht (vgl. E. 5). Die Berufung wurde schriftlich begründet und mit Anträgen versehen eingereicht (Art. 311 Abs. 1 ZPO; Art. 314 ZPO), der Berufungskläger ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert. Dem Eintreten steht damit nichts entgegen.

2.2. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsbegründung hat sich sachbezogen mit der Begründung des angefochtenen Entscheides auseinanderzusetzen, es ist konkret aufzuzeigen, weshalb und in welchen Belangen der angefochtene Entscheid falsch sein soll und welche Dokumente diese Argumentation stützen. Sie enthält in der Regel tatsächliche wie auch rechtliche Erörterungen, indem dargelegt wird, aufgrund welcher Sachverhaltselemente bzw. Rechtsgrundlagen sich die Berufungsanträge rechtfertigen (vgl. SEILER, Die Berufung nach ZPO, N 893). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Verfahrensgrundsätze auch vor zweiter Instanz gelten und das Berufungsverfahren vorliegend somit weitgehend vom Verhandlungsgrundsatz (Art. 55 Abs. 1 ZPO) beherrscht wird. Demnach haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Die Parteien tragen daher eine Behauptungslast, bei der es sich um eine Obliegenheit handelt; der Richter darf sein Urteil nur auf Tatsachen gründen, welche geltend gemacht werden (z.B. BSK ZPO-GEHRI, 3. Aufl. 2017, Art. 55 N 3).

Der Berufungskläger hat folglich die von ihm gestellten Anträge hinreichend zu begründen. Er hat darzutun, weshalb er den vorinstanzlichen Entscheid als falsch erachtet, und er hat sich mit dessen Erwägungen auseinanderzusetzen. Weiter hat er aber auch seine Anträge in der Sache vor Rechtsmittelinstanz hinreichend zu begründen und darzulegen, welches Tatsachenfundament diesen zugrunde liegt, ansonsten eine Prüfung durch die Rechtsmittelinstanz nicht erfolgen kann. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass ein allgemeiner Verweis auf die vorinstanzlichen Akten diesen Anforderungen nicht genügt. Es kann von der Berufungsinstanz nicht erwartet werden, dass sie von sich aus in den Vorakten die Argumente zusammensucht, die zur Begründung der Berufung geeignet sein könnten.

Soweit eine genügende Beanstandung vorgebracht wird, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Die Berufungsinstanz ist weder an die Argumente der Parteien, noch an die Begründung des vo-

rinstanzlichen Entscheides gebunden. Sie darf sich auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen sie sich hat leiten lassen.

### 3.

3.1. Die Vorinstanz wies das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen im Wesentlichen mit der Begründung ab, Art. 85a Abs. 2 SchKG, gestützt auf welchen der Berufungskläger die Einstellung der Betreuung verlange, könne nicht Gegenstand eines gesonderten Massnahmenbegehrens vor Rechtshängigkeit des Erkenntnisverfahrens i.S.v. Art. 85a Abs. 1 SchKG bilden. So ergebe sich aus dem Wortlaut von Art. 85a Abs. 2 SchKG, dass eine vorläufige Einstellung möglich sei, nachdem die "Klage" – gemeint die in Abs. 1 normierte Feststellungsklage im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren – beim Gericht eingegangen sei. Auch aus dem gegenüber der vorsorglichen Massnahmen nach Art. 261 ff. ZPO strengeren Beweismass – so müsse nach Art. 85a Abs. 2 SchKG die Klage in der Hauptsache "sehr wahrscheinlich" begründet sein und die blosser Glaubhaftmachung genüge nicht – spreche dafür, dass es sich beim Art. 85a Abs. 2 SchKG um eine *lex specialis* handle, welche die Anwendbarkeit des allgemeinen Massnahmenrechts der ZPO verdränge. Auch könnte die Möglichkeit, vorgängig zum Erkenntnisverfahren ein entsprechendes Massnahmenbegehren zu stellen, dazu führen, dass der Schuldner eine erhebliche Verzögerung der Betreuung erwirken könnte, was den berechtigten Interessen des Gläubigers am zügigen Fortgang des Verfahrens entgegenstehe. Sodann sei nicht zu übersehen, dass der Schuldner durch diverse andere Abwehrinstrumente des SchKG (z.B. Rechtsvorschlag, Klagen nach Art. 85 ff. SchKG usw.) gleichwohl nicht schutzlos gelassen werde (act. 7).

3.2. Dagegen wendet der Berufungskläger im Wesentlichen ein, die Vorinstanz vertrete offenbar die Auffassung, dass auch in internationalen Verhältnissen, wie es hier vorliege, nur der gemäss Art. 85a Abs. 1 SchKG zuständige Richter eine vorläufige Einstellung der Betreuung veranlassen könne. Da in der Hauptsache aber gestützt auf den ausländischen Wohnsitz des Berufungsbeklagten und die Bestimmungen des LugÜ hier der rumänische Richter zuständig sei, komme diese Auffassung einer Rechtsverweigerung gleich, könne die hier beantragte Mass-

nahme doch nur durch den Richter am Betreibungsort erlassen werden. Die Auslegung von Art. 85a Abs. 2 SchKG durch die Vorinstanz erfolge denn offensichtlich alleine anhand des Wortlautes der Bestimmung, bei dessen Überfliegen tatsächlich gefolgert werden könne, um vorläufige Einstellung der Betreibung könne erst "nach Eingang der Klage" ersucht werden. Dies würde aber zu einer sehr eingeschränkten Anwendbarkeit des Rechtsbehelfs nach Art. 85a Abs. 2 SchKG führen und der Artikel würde im internationalen Verhältnis aus Praktikabilitätsgründen von vornherein hinfällig. So könne gemäss der Lehre in jedem Fall die vorsorgliche Einstellung der Betreibung nach Art. 85a Abs. 2 SchKG vom Richter am Betreibungsort verlangt werden, und dies insbesondere auch, wenn das Erkenntnisverfahren anderswo geführt werde (act. 8, unter Hinweis auf BSK SchKG I-BODMER/BANGER, 2. Aufl. 2010, Art. 85a N 25 f.).

#### 4.

4.1. Der Berufungskläger verlangt vor der Kammer die Aufhebung des Entscheides der Vorinstanz und eine inhaltliche Gutheissung seiner vorinstanzlich gestellten Anträge. Namentlich verlangt er als vorprozessuale vorsorgliche Massnahme, es sei die Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon in Anwendung von Art. 85a Abs. 2 SchKG vorläufig einzustellen (act. 8 S. 2). Eine Einstellung der Betreibung gestützt auf den genannten Artikel kann dann erfolgen, wenn das Gericht eine (materiellrechtliche) Klage um Feststellung, dass eine betriebene Schuld nicht oder nicht mehr besteht, "als sehr wahrscheinlich begründet" erachtet. Eine entsprechende Prüfung dieser Voraussetzung ist selbstredend nur dann möglich, wenn dem Gericht dargelegt wird, dass die der Betreibung zugrunde liegende Schuld ganz oder teilweise nicht mehr besteht und aus welchen Gründen dies so ist.

Hierzu äussert sich der Berufungskläger in der Berufungsbegründung mit keinem Wort. Er beschränkt sich darauf, die formellen Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Berufung darzulegen (act. 2 Rz. 1 ff.), über weite Teile hinweg seine vorinstanzlich erfolgten Ausführungen zur Frage der Zuständigkeit der Vorinstanz für das von ihm anhängig gemachte Begehren wörtlich zu wiederholen (act. 2 Rz. 14) und letztlich – im Rahmen einer kritischen Auseinandersetzung mit

dem Entscheid der Vorinstanz – darzutun, weshalb diese das von ihm anhängig gemachte Verfahren zu Unrecht als nicht zulässig erachtet habe (act. 2 Rz. 15 ff.). Aus der Begründung ergibt sich aber nichts zur streitgegenständlichen Schuld. Weder, woraus sich diese ergibt resp. ergeben hat, noch, wie hoch diese ist, wer Gläubiger ist, und insbesondere auch nicht, weshalb diese nicht oder nicht mehr bestehe. Der Berufungskläger hat es damit versäumt, die Grundlage seiner Anträge im Berufungsverfahren auch nur im Ansatz darzutun. Entsprechend wäre es der Gegenpartei nicht möglich, zu diesen – eben nicht vorhandenen Ausführungen – Stellung zu nehmen und diese substantiiert zu bestreiten und es ist folglich auch der hier ersuchten Berufungsinstanz nicht möglich, eine Prognose hinsichtlich der sehr wahrscheinlichen Begründetheit der Feststellungsklage zu stellen. Die Berufung wäre bereits aus diesem Grund abzuweisen.

4.2. Die Begründung des Berufungsklägers vermag aber auch sonst nicht zu überzeugen:

4.2.1 Wie bereits angesprochen, ergibt sich aus Art. 85a Abs. 1 SchKG, dass der Betriebene jederzeit vom Gericht des Betreibungsortes feststellen lassen kann, dass die Schuld nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet ist. Inhalt der Klage ist der materielle Nichtbestand der Schuld. Gemäss Abs. 2 der Bestimmung hört das Gericht die Parteien nach Eingang der Klage an und würdigt die Beweismittel; erscheint ihm die Klage als sehr wahrscheinlich begründet, so stellt es die Betreuung vorläufig ein.

4.2.2 Wie gezeigt (E. 3.1.) erachtete die Vorinstanz es als nicht möglich, dass ein vorsorgliches Begehren um vorläufige Einstellung der Betreuung gestützt auf Art. 85a Abs. 2 SchKG auch *vor* der Einleitung der negativen Feststellungsklage gemäss Art. 85a Abs. 1 SchKG gestellt werden kann. Sie leitet dies in erster Linie aus dem oben wiedergegebenen, klaren Wortlaut des Gesetzes ab, wonach der Richter erst *nach Eingang* der negativen Feststellungsklage im Sinne von Art. 85a Abs. 1 SchKG die Möglichkeit der vorläufigen Einstellung der Betreuung prüfe. Da noch keine negative Feststellungsklage anhängig gemacht worden war, erachtete sie das gestellte Begehren des Berufungsklägers als nicht möglich. Die Vorinstanz begründete diese Auffassung sorgfältig und zog weitere, überzeugende

Argumente heran, welche ihre Ansicht unterstreichen (vgl. E. 3.1. und act. 7 E. 3.2.). Dem wird in der Berufung nichts Konkretes entgegengesetzt. Dem Einwand des Berufungsklägers, mit ihrer Ansicht verunmögliche die Vorinstanz in internationalen Verhältnissen, in welchen die negative Feststellungsklage gestützt auf entsprechende Zuständigkeitsbestimmungen im Ausland anhängig gemacht werden müsse, dass eine Einstellung der Betreibung am Betreibungsort verlangt werden könne, ist entgegen zu halten, dass die Vorinstanz das Begehren nicht abwies, weil nicht in der Schweiz eine negative Feststellungsklage angehoben worden ist, sondern weil *gar keine* negative Feststellungsklage erhoben wurde – auch nicht am Wohnsitz des Beklagten in Rumänien. Dass eine solche negative Feststellungsklage bereits erfolgte wäre, behauptet denn der Berufungskläger auch nicht.

4.2.3 Der Berufungskläger räumt selbst ein, dass "bei einem ersten Überfliegen" aus dem Wortlaut des Gesetzes tatsächlich gefolgert werden könne, erst nach Eingang der Klage bzw. der Einleitung des Hauptverfahrens durch den Schuldner gemäss Art. 85a Abs. 1 OR könne um die vorläufige Einstellung der Betreibung ersucht werden (act. 8 Rz. 25). Dass es auch anders gehen soll, versucht er mit einer einzigen Stelle im Schrifttum zu begründen, welche ihrerseits ohne Begründung und lediglich im Zusammenhang mit Erörterungen zur örtlichen Zuständigkeit geäussert wurde (vgl. BSK SchKG I-BODMER/BANGER, a.a.O., Art. 85a N 25a). Sie steht wie gesehen im Widerspruch zum klaren Gesetzeswortlaut.

Es wurde weder dargetan, noch ist ersichtlich, weshalb in internationalen Verhältnissen die gesetzlich normierte Voraussetzung, eine vorläufige Einstellung der Betreibung könne erst *nach* Einreichung der Hauptsachenklage erfolgen, wegfallen soll. Auch ist nicht ersichtlich, dass es in internationalen Verhältnissen nicht möglich ist, zuerst die negative Feststellungsklage am Ort der Hauptsache anhängig zu machen, und erst dann – unter Nachweis des im Ausland rechtshängigen Verfahrens – die vorläufige Einstellung am Betreibungsort zu verlangen.

4.2.4 Der vom Berufungskläger angerufene Bundesgerichtsentscheid BGE 136 III 587 führt zu keinem anderen Ergebnis. Auch in jenem Verfahren war ein Verfahren um Feststellung des Nichtbestandes der Forderung bereits anhängig; es ging



im Entscheid im Wesentlichen um die Frage, ob die Einstellung vor der Durchführung des kontradiktorischen Verfahrens vorab superprovisorisch angeordnet werden kann. Daraus lässt sich für das hiesige Verfahren nichts ableiten. Die Frage, ob ein entsprechendes Gesuch auch vor Einleitung des Hauptsachenprozesses gestellt werden könne, war nicht Gegenstand des Verfahrens und das Bundesgericht äusserte sich daher auch nicht dazu (vgl. BGE 136 III 587 E. 2, insb. S. 590).

Es ist der Vorinstanz unter Hinweis auf ihre zutreffende und sorgfältige Begründung sowie unter Verweis auf den klaren Gesetzeswortlaut zu folgen, dass es nicht möglich ist, vor Einleitung des Hauptsachenprozesses (sei dies in der Schweiz oder im Ausland) gestützt auf Art. 85a Abs. 2 SchKG als vorsorgliche Massnahme die vorläufige Einstellung der Betreuung zu verlangen.

4.3. Die Berufung erweist sich aus allen vorgenannten Gründen als unbegründet und ist daher abzuweisen.

## 5.

5.1. Ausgangsgemäss wird der Berufungskläger für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr ist unter Berücksichtigung eines Streitwerts von Fr. 935'739.10 (act. 7 E. 4; act. 8 Rz. 4) in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 lit. a, c und d, § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 5'000.– festzulegen. Die Entscheidegebühr ist dem Berufungskläger aufzuerlegen und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

5.2. Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen: Dem Berufungskläger nicht, weil er unterliegt, dem Berufungsbeklagten nicht, weil ihm im Berufungsverfahren keine relevanten Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären (Art. 106 Abs. 1 und Art. 95 Abs. 3 ZPO).

**Es wird beschlossen:**

1. Der Antrag des Berufungsklägers auf Erlass superprovisorischer Massnahmen wird als gegenstandslos abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, das Urteil des Bezirksgerichtes Meilen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 18. Oktober 2018, wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Berufungskläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 8 und 12, sowie an das Bezirksgericht Meilen (Einzelgericht im summarischen Verfahren) und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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 sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 935'739.10.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: