

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF170047-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Leitender
Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden

Beschluss und Urteil vom 6. November 2017

in Sachen

A._____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

betreffend **Kraftloserklärung**

Berufung gegen einen Entscheid des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Meilen vom 21. Juli 2017 (ES160020)

Rechtsbegehren:
(act. 1, sinngemäss)

Es sei der auf dem im Eigentum der Gesuchstellerin stehenden Grundstück B._____-Strasse ..., ... C._____, Grundbuch Blatt ..., Liegenschaft, Kataster Nr. ..., D._____, lastende Papier-Inhaberschuldbrief vom 12. April 1991 über eine Pfandsomme von CHF 270'000.–, 3. Pfandstelle, Beleg ..., Zins zu 10 %, kraftlos zu erklären.

Prozessualer Antrag:
(act. 13)

Der Gesuchstellerin sei für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

Urteil des Bezirksgerichtes Meilen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 21. Juli 2017:
(act. 27)

Das Einzelgericht erkennt und verfügt:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Kraftloserklärung des Papier-Inhaberschuldbriefs vom 12. April 1991, Beleg ..., über eine Pfandsomme von CHF 270'000.–, Zins zu 10 %, lastend auf dem Grundstück B._____-Strasse ..., ... C._____, Grundbuch Blatt ..., Liegenschaft, Kataster Nr. ..., D._____, an 3. Pfandstelle, wird abgewiesen.
2. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 870.–.
4. Die Gerichtskosten werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 870.– verrechnet.
5. [Mitteilung]
6. [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (act. 28):

1. Es sei der auf dem im Eigentum der Berufungsklägerin stehenden Grundstück an der B._____-Strasse ... in ... C.____ ZH, Grundbuchblatt ..., Liegenschaft Kataster Nr. ..., D._____, lastende Papier-Inhaberschuldbrief vom 12. April 1991 über eine Pfandsumme von CHF 270'000.00, 3. Pfandstelle, Beleg ..., Zins zu 10%, kraftlos zu erklären.
2. Eventuelliter sei die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 25. Juli 2017 (betreffen die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege) aufzuheben.
4. Der Berufungsklägerin sei für das Verfahren vor der Vorinstanz die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. MwSt. zu lasten der Staatskasse. "

Prozessuale Anträge (act. 28 S. 3):

1. Es sei der Berufungsklägerin die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren.
2. Es sei der Berufungsklägerin in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben."

Prozessleitender Antrag (act. 28 S. 3):

Es sei das Verfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens betreffend Gerichtsstandsverlegung zu sistieren."

Erwägungen:

1. Einleitung, Prozessgeschichte

Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (im Folgenden: Gesuchstellerin) ist Eigentümerin der Liegenschaft B._____-Strasse ... in C.____ (Grundbuchblatt Nr. ..., Kataster Nr. ...). Auf der Liegenschaft lastet an der dritten Pfandstelle der Inhaberschuldbrief vom 12. April 1991 (Nominalbetrag 270'000 Franken, Zins 10 %) (act. 2). Mit Eingabe vom 5. August 2016 teilte die Gesuchstellerin dem

Bezirksgericht Meilen mit, der Schuldbrief werde vermisst. Sie stellte Antrag auf Kraftloserklärung (act. 1). Den verlangten Kostenvorschuss von CHF 870.00 (Verfügung vom 8. August 2016, act. 3) wurde bezahlt (act. 5). Am 19. September 2016 stellte die Gesuchstellerin unter anderem Antrag um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 9). Nach durchgeführtem Verfahren wies das Bezirksgericht Meilen am 21. Juli 2017 sowohl das Gesuch in der Sache als auch dasjenige um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab und auferlegte der Gesuchstellerin die Gerichtskosten von CHF 870.00 (act. 27). Der Entscheid wurde der Gesuchstellerin am 25. Juli 2017 zugestellt (act. 25). Mit Eingabe vom 4. August 2017 erhob sie dagegen rechtzeitig Berufung (act. 28). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Begründung der Vorinstanz

2.1. Die Vorinstanz erwog zunächst in verfahrensrechtlicher Hinsicht, die Gesuchstellerin habe gegen die erkennende Richterin ein Ausstandsgesuch gestellt. Auf dieses sei die Gerichtsleitung mit Verfügung vom 24. November 2016 nicht eingetreten (act. 15/8). Eine dagegen erhobene Beschwerde sei nicht erfolgreich gewesen (OGer ZH, PF160044, Beschluss vom 26. Januar 2017, act. 15/13). Bei der Verwaltungskommission des Obergerichts habe die Gesuchstellerin sodann ein Gesuch um Gerichtsstandsverlegung gestellt. Die Verwaltungskommission habe das Gesuch abgewiesen (OGer ZH, VP170005, Beschluss vom 31. Mai 2017). Ein dagegen erhobener Rekurs sei von der Rekurskommission des Obergerichts abgewiesen worden (OGer ZH, KD170002, Urteil vom 12. Juli 2017, act. 23). Am 26. Mai 2017 habe die Gesuchstellerin erneut ein Ausstandsgesuch gegen Bezirksrichterin Tischhauser gestellt (act. 18). Mit Beschluss vom 21. Juni 2017 sei die Gerichtsleitung auf das Ausstandsbegehren nicht eingetreten (act. 22).

2.2. In der Sache erwog das Bezirksgericht Meilen, ein Eigentümer eines verpfändeten Grundstückes könne die Kraftloserklärung eines Schuldbriefes verlangen, wenn der Gläubiger seit zehn Jahren unbekannt sei und während diesen keine Zinsen gefordert habe (Art. 856 Abs. 1 ZGB). Sei der Pfandbrief zur Sicherstellung einer anderen Schuld verwendet worden, könne das Verfahren nach

Art. 856 ZGB erst zur Anwendung gelangen, wenn der Schuldbrief im Rahmen des Pfandverwertungsverfahrens als indirektes Grundpfand erworben worden sei und der Schuldbriefgläubiger die Schuldbriefzinsen geltend mache. Aus dem Bericht des Grundbuchamtes C._____ vom 18. August 2016 (act. 10/1) ergebe sich, dass der Schuldbrief zur Sicherstellung einer Schuld an E._____ übergeben worden sei. Der Bericht verweise auf einen zwischen der Gesuchstellerin und ihrem Ehemann geschlossenen Grundstückskaufvertrag vom 19. März 2010 hin (act. 10/2). Diesem sei zu entnehmen, dass der Schuldbrief zur Sicherstellung einer Darlehensforderung von E._____ als Faustpfand hinterlegt worden sei. Falls und solange E._____ als Faustpfandgläubiger im Besitz des fraglichen Schuldbriefes sei oder Rechte daraus beanspruche, falle eine Kraftloserklärung ausser Betracht.

Mit Verfügung vom 26. September 2016 sei der Gesuchstellerin Frist angesetzt worden, um eine schriftliche Erklärung von E._____ einzureichen, in der dieser bestätige, dass er weder im Besitz des Schuldbriefes sei, noch aus diesem Schuldbrief Ansprüche geltend mache (act. 11). Auch wenn in diesem Verfahren der gemässigte Untersuchungsgrundsatz gelte (Art. 255 lit. b ZPO), sei die Gesuchstellerin zu Recht zur Mitwirkung aufgefordert worden, da es letztlich Aufgabe der Parteien sei, für die entscheidrelevanten Tatsachen den hinreichenden Beweis zu erbringen. Der Einwand der Gesuchstellerin, wonach das Gericht selber bei E._____ eine Erklärung hätte einholen müssen, sei nicht stichhaltig. Da die Erklärung von der Gesuchstellerin nicht beigebracht worden sei, sei das Gesuch um Kraftloserklärung abzuweisen.

2.3. Die Gesuchstellerin habe die Kraftloserklärung des Schuldbriefes verlangt, obwohl dieser zur Sicherung einer Forderung verpfändet worden sei. Obwohl die Gesuchstellerin im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches anwaltlich vertreten gewesen sei und vom Gericht auf ihre Mitwirkungspflicht aufmerksam gemacht worden sei, sei sie der gerichtlichen Aufforderung zur Einreichung der Erklärung von E._____ nicht nachgekommen. Das Gesuch erscheine als aussichtslos, weshalb das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen sei. Bei diesem Ergebnis sei nicht zu prüfen, ob die Gesuchstellerin mittellos sei;

immerhin sei darauf hinzuweisen, dass die Gesuchstellerin ihr Gesuch mit veralteten Steuerunterlagen untermauert habe.

3. Argumente der Gesuchstellerin

Die Gesuchstellerin bringt vor, sie und ihr Ehemann führten vor dem Bezirksgericht Meilen zahlreiche Prozesse. Dabei sei es in der Regel um Auseinandersetzungen mit dem Ehepaar EF._____ gegangen. Bei der Vorinstanz liege ein Fall von "systematischer Befangenheit" vor. Es sei ein Verfahren betreffend Gerichtsstandsverlegung hängig. Bevor darüber entschieden worden sei, hätte die Vorinstanz über das Gesuch nicht urteilen dürfen. Indem sie dies dennoch getan habe, habe sie Art. 30 Abs. 1 BV verletzt.

Das Gericht müsse gemäss Art. 255 lit. b ZPO den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen. Zu Unrecht habe das Gericht die Gesuchstellerin dazu aufgefordert, eine Erklärung von E._____ einzureichen. Vor dem Hintergrund, dass zwischen der Gesuchstellerin und E._____ seit vielen Jahren erbittert diverse Gerichtsverfahren geführt würden, sei es der Gesuchstellerin weder zumutbar noch möglich, die Erklärung einzuholen.

Das Bezirksgericht Meilen wende Art. 856 ZGB falsch an. Würde man die Ansicht der Vorinstanz teilen, wonach eine Kraftloserklärung ausgeschlossen sei, weil der Schuldbrief vor vielen Jahren allenfalls einmal kurzzeitig verpfändet worden sei, so könnte eine Kraftloserklärung nie stattfinden, wenn der Schuldbrief unauffindbar sei. Zu Unrecht verlange die Vorinstanz von der Gesuchstellerin den Beweis der negativen Tatsache, wonach sich der Schuldbrief nicht mehr bei E._____ befinde und dieser keine Rechte daran geltend mache.

Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hätte die Vorinstanz gutheissen müssen, da die Gesuchstellerin sehr wohl mittellos sei und das Gesuch nicht als aussichtslos zu betrachten sei.

4. Würdigung

4.1. Die von der Gesuchstellerin gestellten Ausstandsbegehren waren erfolglos geblieben. Auch das Gesuch um Gerichtsstandsverlegung wurde mit Urteil der Rekurskommission des Obergerichts vom 12. Juli 2017 abgewiesen, war also im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheides nicht mehr rechtshängig. Die Vorinstanz hat zu Recht einen Entscheid über das Gesuch vom 5. August 2016 gefällt und hat Art. 30 Abs. 1 BV nicht verletzt. Aus demselben Grund ist das vorliegende Berufungsverfahren nicht zu sistieren.

4.2. Gemäss Art. 856 ZGB kann der Eigentümer eines verpfändeten Grundstückes die Kraftloserklärung eines Schuldbriefes verlangen, wenn erstens der Gläubiger seit zehn Jahren unbekannt ist, zweitens seit zehn Jahren keine Zinsen mehr gefordert wurden, sich drittens auf öffentliche Aufforderung hin kein Gläubiger meldet und viertens die Untersuchung mit hoher Wahrscheinlichkeit ergibt, dass die Forderung nicht mehr zu Recht besteht. Die Kraftloserklärung ist ein nicht Streitiges Verfahren ohne Gegenpartei, das summarisch geführt wird (Art. 249 lit. d Ziff. 10 ZPO, Kuko ZPO- JENT-SØRENSEN, 2. Auflage, Art. 249 N 26). Das Gericht stellt gemäss Art. 255 lit. b ZPO den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Im Unterschied zur uneingeschränkten Untersuchungsmaxime, bei der das Gericht den Sachverhalt zu erforschen hat, hat das Gericht unter der Geltung der eingeschränkten oder sozialen Untersuchungsmaxime wie sie vor Vorinstanz zu beachten war, den Sachverhalt lediglich festzustellen. Die Parteien haben an der Feststellung des entscheiderelevanten Sachverhalts aktiv mitzuwirken (BGE 125 III 231 E. 4a).

Wie dargelegt setzt das nichtstreitige Verfahren gemäss Art. 856 Abs. 1 ZGB voraus, dass der Gläubiger unbekannt ist. Ist der Gläubiger bekannt (wenn auch gerade seine Gläubigerstellung bestritten sein mag), so hat der Gesuchsteller seinen behaupteten Anspruch in einem kontradiktorischen Verfahren durchzusetzen. Das nichtstreitige Verfahren steht in einem solchen Fall nicht zur Verfügung (vgl. zu dem in diesem Punkt vergleichbaren nichtstreitigen Verfahren gemäss Art. 258 ZPO: OGer ZH, LF120031, Beschluss vom 20. Dezember 2012 = ZR 112 Nr. 5). Im vorliegenden Fall ist der in Frage kommende Gläubiger nicht unbekannt. Die

Vorinstanz wies darauf hin, dass die Gesuchstellerin und E._____ vor Bezirksgericht Meilen einen Zivilprozess führen (Geschäft-Nr. CG150043). Die Gesuchstellerin stellte in diesem Verfahren den Antrag, E._____ sei zu verpflichten, den Schuldbrief vom 12. April 1991 dem Gericht auszuhändigen (Eingabe im Prozess CG 150043 vom 22. Februar 2016, act. 10/3). Die Gesuchstellerin und E._____ befinden sich bereits in einem kontradiktorischen Verfahren, in dem es unter anderem um den Schuldbrief geht. Nach Darstellung der Gesuchstellerin behauptet E._____, der Schuldbrief sei in seinem Besitz (Eingabe im Prozess CG 150043 vom 22. Februar 2016, act. 10/3, S. 3), was von der Gesuchstellerin bestritten wird. Wie der Prozess ausgeht, ist vorliegend nicht relevant. Entscheidend ist, dass es am Tatbestandselement des Unbekanntseins des Gläubigers im Sinne von Art. 856 Abs. 1 ZGB fehlt, weshalb das Gesuch um Kraftloserklärung schon aus diesem Grund abzuweisen ist. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Gesuchstellerin das Verfahren um Kraftloserklärung hauptsächlich deshalb eingeleitet hat, weil ihrer Ansicht nach der Prozess zwischen ihr und E._____ nicht genügend beförderlich behandelt wird (act. 13 S. 3). Der behauptete Fehler wäre im erwähnten Zivilprozess zu beheben und kann nicht auf dem Umweg der Kraftloserklärung behoben werden.

Im Sinne einer Eventualbegründung ist folgendes zu bemerken: Geht man mit der Gesuchstellerin davon aus, dass trotz Bekanntseins des Gläubigers das Verfahren gemäss Art. 856 ZGB durchzuführen ist, so ist für die Gutheissung des Gesuches der Nachweis erforderlich, dass E._____ weder im Besitz des Schuldbriefes ist, noch aus diesem Schuldbrief Ansprüche geltend macht. Die Beweislast trägt die Gesuchstellerin (Art. 8 ZGB). Da bloss die eingeschränkte Untersuchungsmaxime gilt und es den Parteien obliegt, bei der Ermittlung des entscheidrelevanten Sachverhaltes aktiv mitzuwirken, hat die Vorinstanz der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 26. September 2016 zu Recht Frist angesetzt, um eine entsprechende Erklärung einzureichen. Von einer Unzumutbarkeit wegen des Streites zwischen der Gesuchstellerin und E._____ kann keine Rede sein. Da die Gesuchstellerin den Nachweis auch innert Nachfrist nicht erbracht hatte, wies die Vorinstanz das Gesuch um Kraftloserklärung auch aus diesem Grund zu Recht ab.

4.3. Nach dem Gesagten ist der angefochtene Entscheid nicht zu beanstanden. Die Berufung ist abzuweisen. Das Gesuch um Sistierung des Berufungsverfahrens ist abzuweisen.

5. Prozesskosten, unentgeltliche Rechtspflege

Nachdem die Gesuchstellerin mit E._____ bereits in einem kontradiktorischen Verfahren um den Schuldbrief streitet, erscheint das Gesuch um Kraftloserklärung als aussichtslos. Zu Recht hat die Vorinstanz das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen. Die Berufung ist auch in diesem Punkt abzuweisen. Die Erfolgsaussichten in der Sache sind vor der Berufungsinstanz nicht grösser, der Standpunkt der Gesuchstellerin ist nach wie vor aussichtslos. Die Vorbringen in prozessualer Hinsicht sind haltlos. Wegen Aussichtslosigkeit ist das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Berufungsverfahren abzuweisen.

Ausgangsgemäss sind die Kosten beider Verfahren der Gesuchstellerin aufzuerlegen. Bezüglich der Kostenverlegung im bezirksgerichtlichen Verfahren ist die Berufung abzuweisen. Für das obergerichtliche Verfahren ist eine Entscheidungsbüher von CHF 1'200.00 (§§ 4 Abs. 1 und 2, 8 Abs. 4 und 12 Abs. 1 GebV OG) zu erheben und der Gesuchstellerin aufzuerlegen.

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag auf Sistierung des Berufungsverfahrens wird abgewiesen.
2. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil und die Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 21. Juli 2017 werden bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 1'200.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Gesuchstellerin, das Bezirksgericht Meilen und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert liegt über CHF 30'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Leitende Gerichtsschreiber:

lic.iur. M. Hinden

versandt am: