

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF190001-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Ge-
richtsschreiberin MLaw C. Funck

Urteil vom 30. Januar 2019

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger,

betreffend

Kraftloserklärung Namensschuldbrief

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom
7. November 2018 (ES180023)

Erwägungen:

1. Der Gesuchsteller ist Eigentümer des Grundstückes Kat. Nr. 1 an der B. _____-Strasse 2 in C. _____. Auf dem Grundstück lasten zwei Papier-Namenschuldbriefe: der eine im ersten Rang über Fr. 250'000.-- der andere im zweiten Rang über Fr. 150'000.-- (act. 2/1).

Am 29. September 2019 wandte sich der Gesuchsteller an das Bezirksgericht Bülach. Er schrieb, das Grundstück solle aufgeteilt werden, und dafür müssten die Schuldbriefe dem Grundbuchamt vorgelegt werden. Es sei aber nur einer der beiden Schuldbriefe auffindbar, und er ersuche daher um Kraftloserklärung des anderen (act. 1). Der Einzelrichter teilte dem Gesuchsteller mit Verfügung vom 15. Oktober 2018 schriftlich mit, wer einen abbezahlten Pfandtitel vermisste, könne dessen Kraftloserklärung verlangen. Dafür müsse der Gesuchsteller seine Angaben glaubhaft machen. Aus den eingereichten Unterlagen gehe nur hervor, dass das Papier am 3. Oktober 1996 der D. _____-Bank C. _____ zugestellt wurde. Unklar bleibe, was in der Folge mit ihm geschah, insbesondere ob es bei der Bank blieb oder weitergegeben wurde. Und auch die Behauptung, dass die Schuld abbezahlt sei, werde nicht belegt (act. 3). Daraufhin bemühte sich der Gesuchsteller um eine Bestätigung der Bank, welche ihm am 22. Oktober 2018 schrieb, dass "aufgrund der per 01. April 2015 erfolgten Hypothekenrückzahlung wir keine Ansprüche an den beiden auf der obigen Liegenschaft lastenden Namensschuldbriefen mehr haben" (act. 6).

Am 7. November 2018 wies der Einzelrichter das Gesuch um Kraftloserklärung ab, zunächst nur im Dispositiv (act. 8), auf Verlangen dann mit Begründung, wonach nach wie vor unklar sei, was mit dem Titel geschehen sei, nachdem er abbezahlt wurde (act. 11 = act. 15 = act. 17).

2. Der Gesuchsteller führt innert Frist (act. 12 und 16) Berufung. Er rügt, dass ihm nicht konkret erläutert wurde, was er noch machen müsse, um den Verlust zu belegen, damit es auch für einen Juristen glaubhaft sei - "bitte keine seitenlangen juristischen Exegesen, eine kurze Mitteilung genügt" (act. 16).

Die Akten des Einzelrichters wurden beigezogen (act. 1 - 13). Auf einen Kostenvorschuss wurde mit Blick auf die guten Aussichten der Berufung verzichtet. Am 22. Januar 2019 wurde der Gesuchsteller anlässlich einer Instruktionsverhandlung zur Sache befragt und förmlich einvernommen, und bei einem gleich im Rahmen der Verhandlung geführten Telefon mit der Bank ersuchte der Gesuchsteller um Bestätigung der ihm vom Referenten als massgeblich erläuterten Punkte (Prot. OGer S. 2 f. und act. 20).

Der Gesuchsteller stellte die Bestätigung der Bank dem Gericht zu (act. 21).

Die Sache ist damit in der Berufungsinstanz entscheidungsreif.

3.1 Der Gesuchsteller begründet die Berufung damit, dass ihm nicht erläutert worden sei, was er denn noch tun müsse, um die Voraussetzungen für die gewünschte Kraftloserklärung zu erreichen (act. 16).

Die Rüge ist begründet.

Der Einzelrichter hat zwar in der Verfügung vom 15. Oktober 2018 juristisch zutreffende Erwägungen angestellt, die allerdings für einen Laien nicht ohne Weiteres verständlich sind. Der erste grosse Abschnitt beschäftigt sich mit dem dogmatischen Begriff des Glaubhaftmachens, mit Zitaten aus der Fachliteratur und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, aber ohne einen Hinweis, was der Gesuchsteller konkret noch behaupten müsse. Im zweiten Abschnitt wird zwar, wenn man es mit fachkundigem Hintergrund liest, das Wesentliche erwähnt. Richtig heisst es, es bleibe unklar, ob der Schuldbrief bei der Bank blieb "oder weitergegeben wurde". Dann wird gesagt, der Gesuchsteller präsentiere "keinerlei Unterlagen - namentlich eine Bestätigung der D. _____-Bank - die belegen würden, wann und von wem der Schuldbrief abbezahlt worden sein soll. Eine blosser Behauptung reicht zur Glaubhaftmachung der tatsächlich erfolgten Abzahlung des Schuldbriefs nicht aus" (im Einzelnen act. 3).

Ob das erstinstanzliche Gericht in einem konkreten Fall von nicht ausreichenden Behauptungen oder Beweis-Offerten eine schriftliche Erläuterungen machen oder zu einer mündlichen Anhörung vorladen will, hat das Obergericht nicht

vorzuschreiben. Entscheidend ist, dass die Laien-Partei in einer ihr verständlichen Art darauf hingewiesen wird, was sie vortragen und allenfalls wie belegen muss. Die Erläuterungen des Einzelrichters waren für einen Laien zu wenig verständlich. Insbesondere nachdem der Gesuchsteller der zuletzt im Text enthaltenen Aufforderung nachgekommen war und die Abzahlung des Schuldbriefes mit einer Bestätigung der Bank belegt hatte, hätte der Einzelrichter noch einmal nachfassen und dem Gesuchsteller erläutern müssen, was noch fehle. Indem er das unterliess, verletzte der Einzelrichter seine Frage- und Hinweispflicht im Sinne von Art. 56 ZPO und die Pflicht zum Feststellen des Sachverhaltes von Amtes wegen im Sinne von Art. 255 lit. b ZPO.

3.2 Dem Obergericht erläuterte der Gesuchsteller auf Befragen die Situation: dass er das Grundstück mit den aus dem Grundbuch ersichtlichen Belastungen noch zu Lebzeiten seines Vaters von diesem erwarb, dass er im Frühjahr 2015 den Kredit bei der Bank zurück zahlte, und dass er in der Folge so weit er sich erinnern könne, nur den Schuldbrief im ersten Rang zurück erhalten (und auf das Grundbuchamt gebracht) habe. Im Sinne von Art. 191 ZPO förmlich befragt erklärte der Gesuchsteller, er habe den zweiten Schuldbrief mit Wissen nie in der Hand gehabt, und er habe ihn auch nicht jemand anderem weitergegeben (act. 20). Die Bank bestätigt mit der Kopie eines Empfangsscheins vom 11. April 2015, dass der Gesuchsteller am 11. April 2015 beide Pfandtitel per Post erhalten hat (act. 21). Allerdings ist es nach der allgemeinen Lebenserfahrung durchaus möglich, dass der Empfänger der Sendung entgegen der unterschriftlichen Anerkennung dem Umschlag eben nur den einen Pfandtitel entnahm, den zweiten übersah und mit dem Umschlag zusammen fortwarf. Die Aussage des Gesuchstellers ist glaubhaft, dass er den Titel nicht mit Wissen in Händen hatte, und dass er ihn nicht weitergegeben hat.

Damit sind die Voraussetzungen für die Kraftloserklärung im Sinne von Art. 865 Abs. 3 ZGB erfüllt: der Titel ist abbezahlt und beim Schuldner und Grundeigentümer in der Folge verloren gegangen. Die Auskündigung und das Überwachen der Frist ist dem Einzelrichter aufzugeben.

4. Für das Verfahren der Kammer sind ausgangsgemäss keine Kosten zu erheben. Allerdings ist dem Gesuchsteller auch keine Entschädigung zuzusprechen, weil ihm das Verfahren der Berufung keinen ausserordentlichen Aufwand abverlangte.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird der angefochtene Entscheid aufgehoben. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen an den Einzelrichter zurückgewiesen, damit dieser sein Verfahren mit der Auskündung des Pfandtitels fortführt.
2. Schriftliche Mitteilung an den Gesuchsteller sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Bülach, Einzelgericht, je gegen Empfangsschein.
3. 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. 150'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw C. Funck

versandt am:
30. Januar 2019