

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF230048-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw O. Guyer

Urteil vom 16. Oktober 2023

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. oec. HSG X. _____

betreffend **Kraftloserklärung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 28. Juli 2023 (ES230014)

Erwägungen:

1.1. Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Berufungsklägerin) war Alleineigentümerin der Liegenschaft an der B.____-strasse 1 in C.____, Grundbuch Blatt 2, Stockwerkeigentum, EGRID CH3, B.____-strasse 1, C.____, 174/1000 Miteigentum an Grundbuch Blatt 4, Kataster 5, EGRID CH6, C.____, mit Sonderrecht an der 4 ½-Zimmerwohnung auf Niveau 4, dem Zugang auf Niveau 3 und dem Dachraum über Niveau 4, mit folgenden Nebenräumen: Waschküche, Kellerabteil im Schutzraum auf Niveau 2 und Abteil im Abstellraum auf Niveau 0 im Gebäude Vers. Nr. 7, B.____-strasse 1 laut Begründungserklärung Bel. 1991/36 und Aufteilungsplänen, StWE Nr. 6 (vgl. act. 1 und act. 3/1).

1.2. Diese Liegenschaft verkaufte die Berufungsklägerin mit Kaufvertrag vom 22. Mai 2023 an die D.____ GmbH mit Sitz in E.____ (act. 3/1).

1.3. Auf dem Grundstück lasteten im Verkaufszeitpunkt zwei Schuldbriefe, an erster Pfandstelle ein am 13. Februar 1991 errichteter Papier-Namensschuldbrief über CHF 1'100'000.00 der F.____ [Bank] (fortan F.____; vgl. act. 3/1 S. 2 und act. 3/4).

2.1. Mit Begehren vom 7. Juni 2023 ersuchte die Berufungsklägerin beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Meilen (fortan Vorinstanz) um Kraftloserklärung der beiden Schuldbriefe (act. 1).

2.2. Mit Verfügung vom 28. Juli 2023 trat die Vorinstanz auf das Gesuch in Bezug auf den Papier-Namensschuldbrief vom 13. Februar 1991 über CHF 1'100'000.00 lastend an 1. Pfandstelle auf dem obgenannten Grundstück und lautend auf die Berufungsklägerin nicht ein (act. 6 = act. 9 = act. 13).

Mit selbiger Verfügung setzte die Vorinstanz der Berufungsklägerin bezüglich des zweiten Schuldbriefs lastend auf demselben Grundstück eine Frist an, um einen Kostenvorschuss zu bezahlen, ihre aktuelle Wohnadresse bekannt zu geben sowie weitere Unterlagen einzureichen (act. 9 S. 7 f.).

2.3. Mit Eingabe vom 10. August 2023 legte die Berufungsklägerin bei der Kammer Berufung ein mit dem abermaligen Antrag, der in obenstehender Ziff. 1.3. genannte Schuldbrief sei als kraftlos zu erklären. In der Berufungsschrift wurde darauf hingewiesen, dass der zweite Schuldbrief nicht Gegenstand der Berufung sei, diese beziehe sich nur auf den Papier-Namensschuldbrief (act. 10 S. 2).

2.4. Mit Verfügung vom 1. September 2023 setzte die Kammer der Berufungsklägerin Frist an, um einen Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 1'000.00 zu bezahlen (act. 15). Dieser wurde fristgerecht geleistet (act. 16 f.). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-7). Das Verfahren ist spruchreif.

3.1. Im Berufungsverfahren können sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist innerhalb der Rechtsmittelfrist schriftlich, begründet und mit Rechtsmittelanträgen versehen einzureichen (Art. 311 ZPO).

3.2. Die vorliegende Berufungsschrift wurde der Kammer frist- und formgerecht eingereicht. Sinngemäss verlangt die Berufungsklägerin, die Nichteintretensverfügung der Vorinstanz vom 28. Juli 2023 sei aufzuheben und der obgenannte Papier-Namensschuldbrief kraftlos zu erklären. Sie rügt eine unrichtige Rechtsanwendung.

3.3. Die Kammer hat bei der Überprüfung der Rechtsfragen und des Sachverhaltes freie Kognition (vgl. BSK ZPO-SPÜHLER, 3. Aufl. 2017, Art. 310 N 1). Noven sind im Berufungsverfahren nur unter restriktiven Voraussetzungen zulässig. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten.

4.1. Ein Papier-Schuldbrief darf im Grundbuch nur dann gelöscht werden, wenn der Pfandtitel entkräftet oder durch ein Gericht für kraftlos erklärt wurde (Art. 855 ZGB).

4.2. Die Kraftloserklärung gemäss Art. 856 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB erfolgt nach einem Gläubigeraufruf sowie nur unter den kumulativen Voraussetzungen, dass der

Gläubiger des Schuldbriefs seit 10 Jahren unbekannt ist und dass während dieser Zeit auch keine Zinsen gefordert wurden (Art. 856 Abs. 1 ZGB).

4.3. Gemäss Art. 865 Abs. 3 ZGB kann ein Papier-Schuldbrief auch für kraftlos erklärt werden, wenn der abbezahlte Pfandtitel vermisst wird. Letztere Variante setzt gemäss herrschender Lehre voraus, dass der abbezahlte Schuldbrief dem Schuldner vom Gläubiger zurückgegeben wurde und er ihm danach abhandengekommen ist. Diese Voraussetzungen hat der Schuldner glaubhaft zu machen (BSK ZGB II-STAEHELIN, 7. Auflage 2023, Art. 865 N 4 m.w.H.). Im Unterschied zu Art. 865 Abs. 3 ZGB verlangt Art. 856 ZGB nicht, dass der Schuldner glaubhaft macht, dass die Schuldbriefforderung zurückbezahlt wurde (BSK ZGB II-STAEHELIN, a.a.O., Art. 856 N 6).

5.1. Die Vorinstanz trat auf das Gesuch der Berufungsklägerin bezüglich des vorgenannten Papier-Namensschuldbriefs nicht ein. Die Berufungsklägerin lege lediglich dar, dass der Schuldbrief durch die F._____ als Gläubigerin ihrem Sohn ausgehändigt worden sei. Für ein Vorgehen nach Art. 856 ZGB fehle es bereits an der Voraussetzung der Unkenntnis des Gläubigers. Da es sich um einen Namensschuldbrief handle, bleibe die F._____ auch bei erfolgter Rückgabe des Schuldbriefs Gläubigerin. Deshalb könne offen bleiben, ob das Erfordernis der fehlenden Zinsforderung erfüllt sei (act. 6 S. 4).

Für eine Kraftloserklärung gemäss Art. 865 Abs. 3 ZGB fehle es an der Glaubhaftmachung des Besitzes. Es sei lediglich glaubhaft dargelegt, dass der Sohn der Berufungsklägerin den Schuldbrief erhalten habe und nicht, dass er jemals in deren Besitz gewesen sei (act. 6 S. 5).

5.2. Vor der Kammer gibt die Berufungsklägerin einleitend die Voraussetzungen der Kraftloserklärung nach Art. 856 ZGB wieder, um sich anschliessend darauf zu berufen, dass ein Schuldner nach Art. 865 ZGB die Kraftloserklärung verlangen könne, wenn ein abbezahlter Schuldbrief vermisst werde und er glaubhaft machen könne, dass er den Titel vor dem Verlust erhalten habe, wobei an die Glaubhaftmachung nicht allzu hohe Ansprüche gestellt werden dürften (act. 10 S. 3).

Tatsache sei, dass ihr Sohn G._____ den Schuldbrief als ihr Bevollmächtigter, als Stellvertreter erhalten habe. Der Schuldbrief sei ihm von der F._____ zugunsten der Berufungsklägerin ausgehändigt worden. Wo der Schuldbrief in der Folge aufbewahrt worden sei, wisse sie nicht mehr. Aufgrund ihres hohen Alters habe sie dies wohl vergessen. Auch der Sohn wisse nicht mehr, wo dieser gelagert worden sei (act. 10 S. 3 f.).

Weiter wird vorgebracht, dass die F._____ den Schuldbrief kaum zuhanden der Berufungsklägerin ausgehändigt hätte, wenn die Schuld noch nicht gänzlich abbezahlt gewesen wäre. Dies sei doch die allgemeine Usanz bei Banken (act. 10 S. 4).

Die Darstellung der Vorinstanz, dass die F._____ weiterhin Gläubigerin des Schuldbriefs sei, treffe nicht zu. Es müsse von einem Verlust des Schuldbriefs ausgegangen werden. Weiter wird erwähnt, dass der Sohn den Schuldbrief an die Berufungsklägerin ausgehändigt habe. Insgesamt habe die Berufungsklägerin damit glaubhaft dargelegt, dass sie im Besitz des Schuldbriefs gewesen sei, den Schuldbrief also vor dessen Verlust besessen habe, dass die Schuld gänzlich abbezahlt sei und dass es auch nicht an der Unkenntnis des Gläubigers fehle (act. 10 S. 4; vgl. auch act. 10 S. 5).

5.3. Vor Vorinstanz hatte die Berufungsklägerin ausführen lassen, sie habe im Vorfeld des Verkaufs ihrer Eigentumswohnung am 22. Mai 2023 an die D._____ GmbH bemerkt, dass die beiden Grundpfandrechte bisher nicht gelöscht worden seien, obschon diese vollumfänglich zurückbezahlt worden seien. Trotz mehrfachem Suchen habe sie die beiden Schuldbriefe nicht finden können. Ihr Sohn, G._____, welcher sie früher betreut habe, habe den im Streit liegenden Schuldbrief eigenmächtig bei der F._____ in H._____ abgeholt unter dem Vorwand, dies in ihrem Auftrag zu tun. Dies habe nicht zugetroffen. Was er mit diesem Schuldbrief gemacht habe, wisse sie nicht. Da das Verhältnis zwischen ihr und ihrem Sohn heute total zerrüttet sei, halte der Sohn den Schuldbrief wohl absichtlich zurück (act. 1 = act. 14/2 S. 2).

6.1. Die F._____ bestätigte mit Schreiben vom 27. April 2023, dass der Schuldbrief am 11. Dezember 2014 an G._____ ausgehändigt worden sei. Gemäss den ihnen vorliegenden Informationen habe G._____ bei der Übergabe erklärt, er werde den Schuldbrief im Familiensafe einlagern (act. 3/2).

6.2. Der Berufungsschrift legte die Berufungsklägerin neu ihre Steuerunterlagen der Jahre 2012 bis 2021 bei. Anhand derer möchte sie untermauern, dass in den letzten Jahren keine Schuldzinsen mehr bezahlt werden mussten (act. 14/4). Auch die Behauptung, dass ihr Sohn den Schuldbrief bei der F._____ als ihr Stellvertreter bzw. Bevollmächtigter abgeholt habe, ist neu.

6.3 Die Steuerunterlagen der Jahre 2012 bis 2021 hätte die anwaltlich vertretene Berufungsklägerin ohne Weiteres bereits vor der Vorinstanz vorlegen können. Gleich verhält es sich mit der Behauptung, dass der Sohn der Berufungsklägerin als Stellvertreter bzw. Bevollmächtigter gehandelt habe. Daher handelt es sich dabei um unzulässige Noven i.S. von Art. 317 ZPO (vgl. oben E. 3.1).

6.4. Entscheide der freiwilligen Gerichtsbarkeit - die Kraftloserklärung eines Schuldbriefs gehört hierzu - erwachsen nicht in materielle Rechtskraft (Art. 256 Abs. 2 ZPO). Angesichts dessen könnte die Berufungsklägerin bei der ersten Instanz sogleich ein neues Gesuch um Kraftloserklärung einreichen mit samt den Steuerelementen und weiteren Belegen. Aus prozessökonomischen Gründen erscheint es deshalb angezeigt, die eingereichten Dokumente und neu vorgebrachten Behauptungen im vorliegenden Berufungsverfahren zu berücksichtigen (vgl. dazu OGer ZH LF190073 vom 11. November 2019 E. 2.3.1 sowie OGer ZH LF210081 vom 11. Juli 2022 E. 5c).

7.1. Den Steuerunterlagen der Berufungsklägerin ist zu entnehmen, dass bis Ende 2014 regelmässig Zinsen der Hypothek lastend auf der Stockwerkeigentumswohnung an der B._____ -strasse 1 in C._____ bezahlt wurden, zuletzt am 5. November 2014. Weiter ist ersichtlich, dass diese Hypothek per 31. Dezember 2014 einen Kapitalwert von CHF 0.00 aufwies (vgl. Zins- und Saldoausweis der F._____ vom 31. Dezember 2014 in act. 14/4). Da gemäss den Unterlagen nur ein Schuldbrief der F._____ auf dem Grundstück in C._____ lastet, ist glaubhaft

gemacht, dass es sich bei der abbezahlten F._____ Hypothek um die im fraglichen Schuldbrief verbriefte Schuld handelt.

7.2. Gemäss Art. 853 ZGB besteht der Rückgabeanspruch des Schuldners nur dann, wenn die Schuldbriefforderung getilgt ist. Angesichts dessen ist der Berufungsklägerin zuzustimmen, dass die F._____ den Schuldbrief kaum herausgegeben hätte, wäre die Schuld nicht vollständig abbezahlt gewesen. Die zeitliche Komponente, namentlich der Zusammenhang zwischen der letzten Zinszahlung im November 2014 und der Rückgabe am 11. Dezember 2014, spricht ebenfalls dafür. Insgesamt ist es glaubhaft, dass die Berufungsklägerin die Schuldbriefforderung abbezahlt hat.

7.3. Ob die eigentliche Schuldbriefschuldnerin, die Berufungsklägerin, den Schuldbrief nach der Rückgabe faktisch je in eigenen Händen gehalten haben will, ist unklar. Ihre diesbezüglichen Vorbringen vor der Kammer widersprechen denjenigen vor Vorinstanz. Einmal soll der Sohn der Berufungsklägerin den Besitz böswillig erlangt und aufrechterhalten haben, das andere Mal soll er den Schuldbrief als ihr Stellvertreter bzw. Bevollmächtigter erhalten und ihr ausgehändigt haben (vgl. oben Ziffer 5.2. und 5.3.). Ungeachtet dieser Widersprüche in ihrer Darstellung sind die Schuldtilgung und die Herausgabe aufgrund der neu eingereichten Steuerelemente und des Schreibens der F._____ vom 27. April 2023 jedenfalls glaubhaft.

Die Regelung von Art. 865 Abs. 3 ZGB ist grundsätzlich auf folgenden Ablauf ausgerichtet, welcher für die grosse Mehrheit der Fälle auch zutreffen wird: Solange die gesicherte Schuld noch nicht getilgt ist, verbleibt der Schuldbrief beim Gläubiger. Die Tilgung und die Übertragung des Papiers geschehen dann Zug um Zug, weshalb nach der Tilgung der Schuldner im Besitz des Schuldbriefs ist (OGer ZH LF180099 vom 13. März 2019 E. 3.3).

Da vorliegend rechtsgenügend glaubhaft gemacht wurde, dass die F._____ ihren Besitz am fraglichen Schuldbrief willentlich aufgegeben hat, liegt eine Konstellation vor, an die der Gesetzgeber wohl so nicht gedacht hat. Die Gläubigerin hat den Schuldbrief zurückgegeben, dieser ist aber bei der Schuldnerin - je nach

Version der Berufungsklägerin - nie angekommen. Es besteht mit anderen Worten Unklarheit darüber, wo sich das abbezahlte Papier überhaupt befindet. Gleich würde sich die Sachlage präsentieren, wenn ein Gläubiger den Schuldbrief der Post zuhanden des Schuldners übergeben hätte, dieser aber unterwegs verloren gegangen wäre.

In diesem spezifischen Ausnahmefall scheint es gerechtfertigt, dass sich die Berufungsklägerin auf die Bestimmung von Art. 865 Abs. 3 ZGB berufen kann, obwohl sie den Besitz des Schuldbriefs vor dessen Verlust nicht glaubhaft machen kann. Da aufgrund des Schreibens der F. _____ vom 27. April 2023 ausgeschlossen werden kann, dass deren Interessen beeinträchtigt werden, stehen im vorliegenden Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine Drittinteressen einer solchen Auslegung entgegen. Insgesamt sind die Voraussetzungen von Art. 865 Abs. 3 ZGB als erfüllt zu erachten (vgl. dazu OGer ZH LF180099 vom 13. März 2019 E. 3.3 sowie OGer ZH LF190059 vom 26. November 2019 E. 3.2).

Dieses Vorgehen entspricht im Übrigen einer erstinstanzlichen Praxis im Kanton Zürich (vgl. Merkblatt für die Kraftloserklärung von Wertpapieren des Bezirksgerichts Zürich, abrufbar unter https://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/Themen/Wertpapier/Formulare_und_Merkblaetter/M_Kraftloserklaerung.pdf Ziff. 4.2.).

Die Berufung ist folglich gutzuheissen. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben. Die Auskündigung und das Überwachen der Frist ist dem Einzelgericht aufzugeben.

8.1. Grundsätzlich werden Gerichtskosten nach Obsiegen und Unterliegen verteilt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wird in Art. 108 ZPO geregelt, wonach unnötige Prozesskosten zu bezahlen hat, wer sie verursacht hat. Als unnötig sind in erster Linie jene Kosten zu qualifizieren, welche durch verspätete oder fehlerhafte Prozesshandlungen verursacht werden. Ein vorwerfbares Verhalten wird nicht verlangt (BK ZPO-STERCHI, Art. 108 N 4 m.w.H. auf die Botschaft der ZPO).

Die Berufungsklägerin dringt mit ihrer Berufung durch. Allerdings hätte sie die neu vor der Kammer eingereichten Dokumente, namentlich ihre gesamten Steuerunterlagen, wie bereits erwähnt, der Vorinstanz schon bei Gesuchseinreichung vorlegen können. In Anwendung von Art. 108 ZPO sind ihr deshalb die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen.

8.2. Grundlage der Gebührenfestsetzung bildet der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Bei Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gibt zudem § 8 Abs. 4 GebV OG einen Gebührenrahmen von CHF 100.00 bis CHF 7'000.00 vor.

8.3. Gegenstand des vorliegenden Prozesses ist die Kraftloserklärung eines Schuldbriefs in der Höhe von ursprünglich CHF 1'100'000.00. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind auf CHF 1'000.00 festzusetzen (§§ 4 Abs. 1 und 2, 8 Abs. 4 und 12 Abs. 1 GebV OG) und mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird der angefochtene Entscheid aufgehoben. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen an das Einzelgericht der Vorinstanz zurückgewiesen, damit dieses das Verfahren mit der Auskündigung des Pfandtitels fortführt.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden auf CHF 1'000.00 festgesetzt, der Berufungsklägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Vorschuss bezogen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Berufungsklägerin sowie - unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten - an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Meilen, je gegen Empfangsschein.

4. 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 nach Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit.

Der Streitwert beträgt CHF1'100'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

MLaw S. Ursprung

versandt am:
16. Oktober 2023