

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RT220132-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin  
Dr. S. Janssen und Oberrichterin lic. iur. B. Schärer sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

## Beschluss vom 2. Dezember 2022

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ Kantonalbank AG,**  
Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_,**  
Gesuchsgegner und Beschwerdegegner

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht  
Zürich vom 11. Juli 2022 (EB220730-L)**

## Erwägungen:

### I.

1. Die Gesuchstellerin hatte mit dem Gesuchsgegner und dessen Ehefrau C.\_\_\_\_\_ als Solidarschuldnerin (vgl. separates Verfahren RT220133) am 23. Oktober 2019 einen "Rahmenvertrag für Hypothekarkredit" über den Betrag von insgesamt Fr. 3'649'900.– geschlossen. Gestützt darauf hatte sie dem Ehepaar eine zehnjährige Fest-Hypothek über Fr. 3'000'000.– und eine solche über Fr. 649'900.– gewährt (Urk. 3/2-3). Als Sicherheit dafür war ihr u.a. der Papier-Inhaberschuldbrief vom 3. Oktober 2011 im 1. Rang über Fr. 4'000'000.–, lastend als Gesamtpfandrecht auf vier Pfandobjekten, übergeben worden. Laut Gesuchstellerin verfügt sie somit gegenüber dem Gesuchsgegner und dessen Ehefrau über ein Pfandrecht (Art. 842 Abs. 1 ZGB) und einen Rechtsöffnungstitel (Art. 82 SchKG; Urk. 12 S. 5). Mit zwei separaten Betreibungsbegehren gegen den Gesuchsgegner und dessen Ehefrau, beide datierend vom 8. April 2022, reichte die Gesuchstellerin gegen das Ehepaar die Betreuung auf Pfandverwertung beim Betreibungsamt Zürich 6 ein (Urk. 3/11-12). Beide Ehegatten erhoben Rechtsvor-schlag (Urk. 2; RT220133 Urk. 2). In der Folge stellte die Gesuchstellerin am 2. Juni 2022 gegen das Ehepaar ein Rechtsöffnungsgesuch bei der Vorinstanz (Urk. 1).

2. In einer Zwischenverfügung vom 8. Juni 2022 erwog die Vorinstanz, aufgrund des Umstands, dass zwei Betreibungen vorliegen würden, werde sie praxismässig zwei Verfahren führen: gegen den Gesuchsgegner unter der Geschäfts-Nr. EB220730-L, gegen dessen Ehefrau unter der Geschäfts-Nr. EB220731-L (Urk. 4; RT220133 Urk. 4). Mit Urteil vom 11. Juli 2022 wies die Vorinstanz das Rechtsöffnungsgesuch der Gesuchstellerin in der Betreuung Nr. 1 auf Verwertung eines Grundpfandes, Betreibungsamt Zürich 6, Zahlungsbe-fehl 12. April 2022, ab (Urk. 13 S. 4 Dispo-Ziffer 1).

3. Mit Eingabe vom 28. Juli 2022 erhob die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchstellerin) Beschwerde und stellte die folgenden Anträge (Urk. 12 S. 2):

- "1. Der Entscheid der Einzelrichterin des Bezirksgerichts Zürich vom 11.07.2022 i.S. A. \_\_\_\_\_ Kantonalbank AG / B. \_\_\_\_\_ betreffend Rechtsöffnung (BGZ Geschäfts-Nr.: EB220730-L / U) sei aufzuheben und die Streitsache zur Neuurteilung an die Vorinstanz inkl. Neuurteilung der Kostenfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens zurückzuweisen.
  2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag zu Lasten des Kantons Zürich, eventualiter zulasten des Beschwerdegegners."
4. Mit Verfügung vom 5. August 2022 wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um den Kostenvorschuss zu leisten, welcher fristgerecht einging (Urk. 17 und 18). Mit Verfügung vom 6. September 2022 wurde dem Gesuchsgegner und Beschwerdegegner (fortan Gesuchsgegner) Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten (Urk. 19). Eine Beschwerdeantwort ging nicht ein.

## II.

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 321 N 15), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerügten Mangels) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (BGE 137 III 470 E. 4.5.3).
2. Die Beschwerde muss Anträge wie die Berufung enthalten (BSK ZPO-Spühler, Art. 322 N 4). Bei der Berufung genügt es nicht, nur die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung an die Vorinstanz zu beantragen. Ein blosser Aufhebungsantrag verbunden mit einem Rückweisungsantrag, aber ohne Antrag zur Sache, kommt nur dann in Frage, wenn die Rechtsmitte-

linstanz wegen fehlender Spruchreife nur kassatorisch entscheiden kann (Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 ZPO N 17). Ausnahmsweise ist auf eine Berufung mit formell mangelhaftem Rechtsbegehren einzutreten, wenn sich aus der Begründung ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt (BGE 137 III 617 E. 6.2).

Die Vorinstanz wies das Rechtsöffnungsgesuch ab, da die Gesuchstellerin ihre Gläubigerstellung nicht hinreichend belegt habe (Urk. 13 S. 4). Kommt die Beschwerdeinstanz zum Schluss, die Vorinstanz habe zu Unrecht die Gläubigerstellung verneint, muss eine Gutheissung der Beschwerde mangels Spruchreife (der Gesuchsgegner wurde nicht angehört) zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz führen (Art. 327 Abs. 3 ZPO). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

3. Die Vorinstanz erwog, aus dem Zahlungsbefehl vom 12. April 2022 gehe hervor, dass die Gesuchstellerin gestützt auf den Papier-Inhaberschuldbrief vom 3. Oktober 2011 gegen den Gesuchsgegner Betreuung auf Grundpfandverwertung eingeleitet habe. Unter Hinweis auf rechtliche Erwägungen zu Art. 842 ZGB stellte die Vorinstanz fest, dass sowohl für die Darlehensforderung als auch für das Pfandrecht als Rechtsöffnungstitel einzig der Papier-Inhaberschuldbrief vom 3. Oktober 2011 in Frage komme. Gemäss Art. 863 Abs. 1 ZGB sei die Geltendmachung der Schuldbriefforderung oder des Grundpfandrechtes nur möglich, wenn der Schuldbriefgläubiger den Papier-Schuldbrief in seinem Besitz habe. Beim Papier-Inhaberschuldbrief, bei welchem der Gläubiger in der Urkunde nicht namentlich aufgeführt sei, sei der Nachweis des Papierbesitzes einzig durch Vorlage des Originals möglich. Trotz entsprechender Aufforderung habe die Gesuchstellerin bis heute lediglich eine Kopie des Papier-Inhaberschuldbriefes vom 3. Oktober 2011 eingereicht. Damit habe sie ihre Gläubigerstellung nicht hinreichend belegt, weshalb das Gesuch abzuweisen sei (Urk. 13 S. 4).

4. Die Gesuchstellerin kritisiert, die Vorinstanz habe am 8. Juni 2022 verfügt, die Rechtsöffnungsverfahren gegen die beiden Ehegatten getrennt zu führen. Gleichzeitig habe sie die Gesuchstellerin aufgefordert, innert 10 Tagen das Original des Papier-Inhaberschuldbriefes vom 3. Oktober 2011 nachzureichen, weil die-

ser mit dem Gesuch vom 8. Juni 2022 (recte 2. Juni 2022) nur als Papierkopie eingereicht worden sei. Die Vorinstanz habe selber ausgeführt, dass es in der Natur der Sache liege, dass das Original bloss in einem Verfahren ins Recht gelegt werden könne. Es obliege daher der Gesuchstellerin, ob sie dieses im vorliegenden Verfahren oder im Verfahren EB220731-L einreichen wolle. Im jeweils anderen Verfahren gelte die Tatsache als gerichtsnotorisch i.S.v. Art. 151 ZPO. Mit Sendungsbordereau vom 15. Juni 2022, so die Gesuchstellerin, habe sie das Original des Inhaber-Schuldbriefs vom 3. Oktober 2011 unter Bezugnahme auf die beiden getrennt geführten Rechtsöffnungsverfahren gegen den Gesuchsgegner und dessen Ehefrau fristgerecht nachgereicht, was das Bezirksgericht Zürich der Gesuchstellerin mit Empfangsschein vom 16. Juni 2022 bestätigt habe. Dennoch habe die Vorinstanz aufgrund eines offensichtlichen Versehens im angefochtenen Entscheid (aktenwidrig) entschieden, dass die Gesuchstellerin der Aufforderung zur Einreichung des Originals bis zum Urteilszeitpunkt (11.07.2022) nicht nachgekommen sei (Urk. 12 S. 7 f.).

5. Mit Verfügung vom 8. Juni 2022 setzte die Vorinstanz der Gesuchstellerin Frist an, um das Original des Inhaberschuldbriefs vom 3. Oktober 2022 (Grundbuchamt Unterstrass-Zürich, Beleg D. \_\_\_\_\_ Nr. 2) bei der Bezirksgerichtskasse Zürich zu hinterlegen (Urk. 4). Die Verfügung ging der Gesuchstellerin am 14. Juni 2022 zu (Urk. 7). Es ist belegt, dass das Bezirksgericht Zürich, Bereichsleitung Rechnungswesen, der Gesuchstellerin den Erhalt des Originals des besagten Schuldbriefs am 16. Juni 2022 quittierte (Urk. 6 Anhang). Ebenfalls ist belegt, dass das Rechnungswesen der Vorinstanz mit E-Mail vom 16. Juni 2022 den Erhalt des Originals des Schuldbriefs unter dem Betreff EB220730-L bestätigte (Urk. 6).

6. Da die Vorinstanz mit Urteil vom 11. Juli 2022 entschied, das Original des Schuldbriefs sei nicht eingegangen, hat sie den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt (Art. 321 lit. b ZPO) und folglich den rechtsgültigen Gläubigernachweis zu Unrecht verneint. Der erstinstanzliche Entscheid ist daher aufzuheben und die Sache zur Fortführung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO).

### III.

1. Das Gericht kann Gerichtskosten, die weder eine Partei noch Dritte veranlassen haben, aus Billigkeitsgründen dem Kanton auferlegen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Die Parteien tragen für das offensichtliche Versehen der Vorinstanz (vgl. auch die Aktennotiz in Urk. 10) keine Verantwortung, weshalb die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 ZPO auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. Für eine durch den Kanton zu entrichtende Parteientschädigung fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage (Jenny, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 107 N 26).
2. Bei diesem Ergebnis ist der Kostenvorschuss der Gesuchstellerin zurückzuerstatten.

#### Es wird beschlossen:

1. Das Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 11. Juli 2022 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Der Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 3'500.– wird der Gesuchstellerin rückerstattet.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Obergerichtskasse sowie an die Vorinstanz, 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 2. Dezember 2022

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:  
ya