

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB110044-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und  
Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

## **Beschluss und Urteil vom 22. Februar 2012**

in Sachen

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

Kläger und Berufungskläger

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

gegen

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

bestehend aus:

a) **C.**\_\_\_\_\_,

b) **D.**\_\_\_\_\_,

Berufungsbeklagte

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

betreffend **Feststellung eines Pfandrechts / einer Grundpfandforderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 27. Juni 2011  
(CG100025)**

### **Rechtsbegehren:**

"Es sei festzustellen, dass der Kläger in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes E. \_\_\_\_\_ ein Pfandrecht an den Mietzinsen hat unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuern zu Lasten der Beklagten." (Urk. 2/2 S. 2)

"Es sei festzustellen, dass der Kläger in der Grundpfandbetreuung Nr. ... des Betreibungsamtes E. \_\_\_\_\_ sowohl über ein Grundpfand über Fr. 100'000.– als auch über eine Grundpfandforderung über diesen Betrag verfügt, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuern zulasten der Beklagten." (Urk. 2/31 S. 3)

### **Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 27. Juni 2011:**

1. Es wird festgestellt, dass der Kläger in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes E. \_\_\_\_\_ (Zahlungsbefehl vom 14. November 2007) ein Pfandrecht an den Mietzinsen hat.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes E. \_\_\_\_\_ (Zahlungsbefehl vom 14. November 2007) wird im Umfang von Fr. 76'000.– und der Betreuungskosten beseitigt.  
Die Betreuung auf Grundpfandverwertung kann in diesem Umfang fortgesetzt werden.
3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'400.–.
5. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt.
6. Der Kläger wird verpflichtet, den Beklagten je eine Prozessentschädigung von Fr. 500.– zuzüglich Fr. 38.– (7,6 % MwSt) zu bezahlen.

(7./8. Mitteilungen, Rechtsmittel)

### **Berufungsanträge:**

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 20 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 27. Juni 2011 (Geschäfts-Nr. CG100025) sei bezüglich der Ziffern 2 und 3 aufzuheben, und es sei festzustellen, dass der Berufungskläger in der Grundpfandbetreibung Nr. ... des Betreibungsamts E. \_\_\_\_\_ sowohl über ein Grundpfand über Fr. 100'000.00 als auch über eine Grundpfandforderung über diesen Betrag verfügt, sowie der Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes E. \_\_\_\_\_ (Zahlungsbefehl vom 14. November 2007) sei im Umfang von Fr. 100'000.– und der Betreibungskosten zu beseitigen.
  
2. Das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 27. Juni 2011 (Geschäfts-Nr. CG100025) sei bezüglich der Ziffern 4 bis 6 aufzuheben, die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens seien neu festzusetzen sowie den Berufungsbeklagten aufzuerlegen und dem Berufungskläger sei eine angemessene Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren zuzusprechen;  
  
– alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsbeklagten –."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 28 S.1):

"Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (plus Mehrwertsteuer) zulasten des Klägers und Berufungsklägers."

### **Erwägungen:**

#### **I.**

Die Beklagten sind die Söhne und Erben der am tt. März 2004 verstorbenen B. \_\_\_\_\_. Der Kläger war mit der Erblasserin befreundet und hatte ihr zu Lebzeiten verschiedene Darlehen gewährt. Er ist Inhaber eines Schuldbriefes über Fr. 100'000.–, lastend auf der zum Nachlass von B. \_\_\_\_\_ gehörenden 4-Zimmer-Stockwerkeigentumswohnung an der F. \_\_\_\_\_-Strasse ..., 6. Obergeschoss

rechts, in E. \_\_\_\_\_. Er hatte zunächst eine Forderung von Fr. 100'000.– gegen die Erbgemeinschaft B. \_\_\_\_\_ in Betreuung gesetzt und in der Betreuung auf Verwertung des Grundpfandes die Ausdehnung der Pfandhaft auf die Mietzinsen verlangt, weil die Wohnung an Dritte vermietet ist. Nachdem die Beklagten Rechtsvorschlag erhoben hatten, leitete der Kläger zwei – später vereinigte – Klagen gegen sie ein, eine auf Feststellung, dass er ein Pfandrecht an den Mietzinsen habe, und eine zweite auf Feststellung, dass er in der Grundpfandbetreuung eine Schuldbriefforderung von Fr. 100'000.– habe. In der Folge anerkannten die Beklagten ein Pfandrecht des Klägers in der Grundpfandbetreuung im Umfang von Fr. 76'000.–, was der Friedensrichter der Stadt G. \_\_\_\_\_, mit Verfügung vom 9. April 2008 vormerkte. Der Kläger hielt vor Gericht sein Begehren aufrecht, es sei festzustellen, dass er eine Grundpfandforderung von Fr. 100'000.– habe, erweiterte es aber im Laufe des Verfahrens dahingehend, es sei festzustellen, dass er sowohl über ein Grundpfand von Fr. 100'000.– als auch über eine Grundpfandforderung in dieser Höhe verfüge. Die Vorinstanz hielt mit Beschluss vom 27. Juni 2011 fest, dass die Anerkennung der Klage des Klägers auf Feststellung eines Pfandrechts in der besagten Grundpfandbetreuung in der Höhe von Fr. 76'000.– mit Erledigungsverfügung des Friedensrichteramtes der Stadt G. \_\_\_\_\_ vom 9. April 2008 vorgemerkt worden sei. Des weitern stellte die Vorinstanz im angefochtenen Urteil fest, dass der Kläger in derselben Betreuung ein Pfandrecht an den Mietzinsen habe, und beseitigte den Rechtsvorschlag im Umfang von Fr. 76'000.– zuzüglich Betreuungskosten. Im Übrigen wies die Vorinstanz die Klage ab. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, es könne offen bleiben, ob der Schuldbrief dem Kläger mit Novationswirkung gegenüber den Darlehensforderungen oder bloss sicherungshalber übergeben worden sei. So oder anders sei die Einrede der Beklagten zu beachten, wonach der Kläger nur fordern könne, was effektiv an Darlehen ausbezahlt worden sei. Dies sei nicht mehr als die von den Beklagten anerkannte Darlehensschuld in der Höhe von Fr. 76'000.–. Die vom Kläger behaupteten Zinsvereinbarungen wie auch die von den Beklagten vorgetragene Verrechnungseinrede seien unsubstantiiert geblieben.

Im Berufungsverfahren hält der Kläger an seinem Feststellungsbegehren hinsichtlich Grundpfand und Grundpfandschuld im Betrag von Fr. 100'000.– fest und ficht auch die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung an. Der Kläger ist der Auffassung, dass die Erblasserin mit Errichtung und Übersendung des Schuldbriefs an ihn eine Schuld in der Höhe von mindestens Fr. 100'000.– anerkannt und damit auf entgegenstehende Einreden, es bestehe keine Schuld in dieser Höhe, verzichtet habe. Die Novationswirkung stehe solchen Einreden entgegen. Auf die Darlehensverhältnisse sei materielles deutsches Recht anwendbar. Die aufgelaufenen Darlehenszinsen würden Fr. 100'000.– übersteigen. Die Beklagten machen geltend, der Schuldbrief sei dem Kläger als Sicherungsübereignung übergeben worden, teilen aber die Auffassung der Vorinstanz, dass dies wegen der beschränkten Novationswirkung letztlich irrelevant sei. Wenn deutsches Recht auf die Darlehen anwendbar sei, seien die Rückzahlungs- und Zinsforderungen ohnehin verjährt.

## II.

Die zunächst getrennt eingereichten Klagen wurden am 8. Mai 2008 mit Einreichen der Weisungen und Klageschriften am Bezirksgericht Zürich rechtshängig gemacht (Urk. 2/1, 2/2, 2/11/1 und 2/11/2). Dieses trat mit Beschluss vom 2. Oktober 2009 mangels örtlicher Zuständigkeit auf die Klagen nicht ein (Urk. 2/44). Der Prozess wurde schliesslich mit Beschluss vom 15. März 2010 an das Bezirksgericht Uster überwiesen (Urk. 1). Für den weiteren Prozessverlauf kann auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden (Urk. 21 S. 3 ff.). Gegen dieses Urteil hat der Kläger fristgerecht mit Einreichen der Berufungsschrift vom 31. August 2011 Berufung erhoben (Urk. 20). Er hat weiter den ihm auferlegten Barvorschuss von Fr. 3'500.– geleistet (Urk. 26). Die Berufungsantwort ging am 18. Oktober 2011 ein (Urk. 28). Mit Präsidialverfügung vom 27. Oktober 2011 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um zu den neu eingereichten Urkunden und zur Behauptung der Beklagten, gestützt auf deutsches Recht seien sämtliche Darlehen und allfällige Zinsen am 31. Dezember 2004 verjährt gewe-

sen, schriftlich Stellung zu nehmen (Prot. II S. 5). Die diesbezügliche Stellungnahme erfolgte am 5. Dezember 2011 (Posteingang, Urk. 35). Ein weiterer Schriftenwechsel fand nicht statt.

### III.

1. Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten der Zivilprozessordnung rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Der vorinstanzliche Entscheid datiert vom 27. Juni 2011 und wurde den Parteien am 1. Juli 2011 schriftlich eröffnet (Urk. 19). Demnach ist vorliegend für das Berufungsverfahren die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) anwendbar. Demgegenüber hatte die Vorinstanz die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH anzuwenden.

2. Die Einlegung der Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die nicht angefochtenen Teile des Urteils werden demnach von Bundesrechts wegen formell rechtskräftig und vollstreckbar.

Vorliegend wurde deshalb das Urteil der Vorinstanz vom 27. Juni 2011 bezüglich der nicht angefochtenen Dispositivziffer 1 mit Eingang der Berufungsantwort am 18. Oktober 2011 rechtskräftig (vgl. zum Zeitpunkt: Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., N 2 und 5 zu § 260 ZPO). Dies ist vorzumerken.

3. Der Kläger ist deutscher Staatsangehöriger und hat Wohnsitz in Deutschland. Da ein internationaler Sachverhalt vorliegt, ist das anwendbare materielle Recht zu bestimmen.

Die Vorinstanz erwog, es gehe im vorliegenden Verfahren im Wesentlichen um die Klassifizierung des Inhaberschuldbriefes, lastend auf dem erwähnten Grundstück in E.\_\_\_\_\_. Gemäss Art. 99 IPRG unterstünden dingliche Rechte an Grundstücken dem Recht am Ort der gelegenen Sache. Das Grundstück liege in der Schweiz, weshalb betreffend die Klassifizierung des Inhaberschuldbriefes schweizerisches Recht zur Anwendung komme (Urk. 21 S. 8).

Dies wird im Berufungsverfahren von keiner Partei in Abrede gestellt. Der Inhalt des dinglichen Rechts untersteht dem Sachstatut der *lex rei sitae* (Art. 99 Abs. 1 IPRG). Für das Kausalgeschäft der Grundpfanderrichtung gilt dagegen das Vertragsstatut, wobei Art. 119 Abs. 1 IPRG zum Recht des Belegenheitsstaates führt (Dürr, Zürcher Kommentar, Das Grundpfand, 2. A., Zürich 2009, Systematischer Teil, N 604; BSK IPRG-Kneller, Art. 119 N 13). Es ist daher schweizerisches materielles Recht auf den Schuldbrief und das ihm zugrunde liegende Kausalgeschäft anwendbar.

Beim Schuldbrief untersteht auch die besicherte Forderung dem Sachstatut (Zobl, Grundbuchrecht, 4. A., Zürich 2004, S. 56). Tritt allerdings keine Novation ein, ist das Vertragsstatut anwendbar. Ob die Novation eintritt, ist dagegen eine Frage, die aufgrund des Sachstatuts zu beantworten ist (Dürr, a.a.O., N 607 f.). Vorliegend rechtfertigt es sich, zumindest die drei ersten Darlehensverträge unabhängig von der Frage, ob Novation eintrat oder nicht, dem Vertragsstatut zu unterwerfen, wurden doch diese Verträge nicht im Zusammenhang mit der Schuldbrieferrichtung abgeschlossen. Bei den letzten beiden Darlehensverträgen kann die Frage des anwendbaren materiellen Rechts offen bleiben (vgl. hinten zur Zinsabrede und zur Verjährungseinrede Ziff. IV/3/e/bb a.E. und dd).

Der Darlehensvertrag ist in der Regel am gewöhnlichen Aufenthalt des Darleihers anzuknüpfen (Keller/Kren Kostkiewicz, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. A., Art. 117 N 84 f.; BSK IPRG-Amstutz/Vogt/Wang, Art. 117 N 30). Dies führt zur Anwendung des deutschen Rechts, wovon auch die Parteien ausgehen.

4. Am 1. Januar 2012 ist die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 11. Dezember 2009 (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) in Kraft getreten. Neu wird durch den Schuldbrief eine persönliche Forderung begründet, die grundpfändlich sichergestellt ist. Die Schuldbriefforderung tritt neben die zu sichernde Forderung, die dem Gläubiger gegenüber dem Schuldner aus dem Grundverhältnis gegebenenfalls zusteht, wenn nichts anderes vereinbart ist (Art. 842 Abs. 1 und 2 ZGB). Unter dem bisherigen Recht wurde mit der Errichtung eines Schuldbriefes das Schuldverhältnis, das der Errichtung zu Grunde lag, durch Neuerung getilgt. Eine andere Abrede wirkte nur unter den Vertragsschliessenden sowie gegenüber Dritten, die sich nicht in gutem Glauben befanden (Art. 855 aZGB). Nach Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB werden die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes eingetreten sind, auch nachher gemäss den Bestimmungen des eidgenössischen oder kantonalen Rechts beurteilt, die zur Zeit des Eintrittes dieser Tatsachen gegolten haben. Demgemäss unterliegen die vor diesem Zeitpunkt vorgenommenen Handlungen in Bezug auf ihre rechtliche Verbindlichkeit und ihre rechtlichen Folgen auch in Zukunft den bei ihrer Vornahme geltend gewesenen Bestimmungen (Art. 1 Abs. 2 SchlT ZGB). Die Wirkungen der Ausstellung und Übergabe des Schuldbriefs an den Kläger sind daher nach bisherigem Recht zu beurteilen.

5. Im Berufungsverfahren ist nicht mehr umstritten, dass die Feststellungsklagen des Klägers grundsätzlich zulässig sind (vgl. dazu das vorinstanzliche Urteil, Urk. 21 S. 8 ff.).

#### IV.

1. a) Die Beklagten haben vor Vorinstanz bzw. im Sühnverfahren die Forderung des Klägers im Umfang von Fr. 76'000.– anerkannt (Urk. 20 S. 7; Urk. 40 S. 8). Sie haben anerkannt, dass die Erblasserin Darlehen über Fr. 17'500.– (Vertrag vom 16. Januar 1978), Fr. 15'000.– (angebliche Einlösung am 26. April 1991), Fr. 15'000.– (Einlösung am 6. September 1991), Fr. 15'000.– (März 1992) und DM 12'000.– (3. April 1992) erhalten hat, aber darauf hingewiesen, dass die An-

erkennung von Fr. 76'000.– an Darlehenszahlungen vergleichsweise und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht erfolgt sei (Urk. 40 S. 8 f.).

Unbestritten ist, dass der von der Erblasserin am 3. April 1992 errichtete Schuldbrief über Fr. 100'000.– dem Kläger übergeben wurde und sich nach wie vor in seinem Besitz befindet (Urk. 21 S. 23; Urk. 28 S. 4).

2. a) Die Vorinstanz ist der Auffassung, mit der Übergabe des Schuldbriefs sei der Kläger Gläubiger der darin verbrieften Forderung geworden. Aufgrund der gesetzlichen Vermutung von Art. 855 Abs. 1 aZGB sei zunächst primär davon auszugehen, dass die zugrunde liegenden Darlehensforderungen dadurch getilgt worden seien, indem der gesetzlichen Vermutung folgend davon auszugehen sei, dass die Erblasserin dem Kläger den besagten Schuldbrief an Erfüllungs Statt übergeben habe, wie dies der Kläger geltend mache. Das bedeute einstweilen, dass der Kläger vom Zeitpunkt der Übergabe des Schuldbriefes an bloss noch Gläubiger der Schuldbriefforderung gewesen sei. Die gesetzliche Vermutung müssten die Beklagten im Rahmen eines Beweisverfahrens umstossen, indem sie zu beweisen und darzutun hätten, dass zwischen den Parteien die Vereinbarung zustande gekommen sei, dass der obgenannte Schuldbrief dem Kläger bloss sicherungshalber übergeben worden sei, wodurch die Schuldbriefforderung neben die Grundforderung aus den Darlehen getreten sei. Ebenso müssten sie den Inhalt dieser Sicherungsvereinbarung beweisen, respektive wie die zwischen dem Kläger und der Erblasserin abgeschlossene Vereinbarung betreffend die Übereignung des Schuldbriefes als Sicherheit gelautet habe. Bei Gelingen des Beweises würde dies bedeuten, dass die Beklagten gegenüber dem Kläger sämtliche Einreden aus dem Grundverhältnis entgegenhalten könnten, insbesondere dass der Kläger gestützt auf die obligatorische Verpflichtung aus den Darlehensverträgen mit der Erblasserin von den Beklagten nicht mehr fordern dürfe, als er an die Erblasserin an Darlehen ausbezahlt habe. Da aber im vorliegenden Fall auch die Novation nur Wirkung gegenüber Dritten erzeugen würde, zwischen dem Kläger und den Beklagten mithin noch immer das ursprüngliche Grundverhältnis massgeblich wäre, stünde auch diesfalls den Beklagten die Einrede zu, dass die Darlehensfor-

derungen nie im vollen Betrag der Schuldbriefforderung in der Höhe von Fr. 100'000.– ausbezahlt worden seien, weshalb offen bleiben könne, ob der Schuldbrief die Darlehensforderungen noviert habe oder aber, ob dieser dem Kläger sicherungshalber übergeben worden sei, der Kläger gegenüber den Beklagten somit obligatorisch verpflichtet sei, von seiner überschüssenden Rechtsmacht keinen Gebrauch zu machen (Urk. 21 S. 23 f.).

b) Der Kläger ist der Ansicht, die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach zwischen den Parteien unabhängig von der Novation immer noch das ursprüngliche Grundverhältnis massgebend sei, widerspreche bereits dem Wortlaut von Art. 855 Abs. 1 aZGB und würde die Unterscheidung zwischen einer Begebung des Schuldbriefs zu Vollrecht oder aber im Rahmen einer Sicherungsübereignung ad absurdum führen. Die Vorinstanz könne sich nicht auf eine herrschende Lehrmeinung, geschweige denn auf entsprechende Judikatur stützen. Die Frage werde vielmehr in der Lehre stark kontrovers diskutiert. Gemäss Thomas Kaufmann (Der Einsatz eines Hypothekenportfolios einer Bank als Sicherheit bei der Refinanzierung, Zürich 2006, SSBR Band Nr. 81, S. 25 ff., Fn 75) stelle sich die wohl herrschende Lehre auf den Standpunkt, dass der Schuldner mit der Schuldbrieferrichtung auf die Einreden und Einwendungen verzichte, welche ihm in diesem Moment bereits bekannt gewesen seien, während ihm (inter partes) die in diesem Moment unbekanntes Einreden und Einwendungen über die Irrtumsanfechtung erhalten blieben. Gemäss unbestrittenem Sachverhalt habe die Erblasserin den Schuldbrief dem Kläger ausgehändigt bzw. aushändigen lassen. Mit Schreiben vom 8. März 1993 habe die Erblasserin kurz darauf bestätigt, dass sie diesen Brief als vorab Schuldanerkennung für die aufgelaufenen Schulden verstanden wissen möchte, die den Schuldbrief E. \_\_\_\_\_ überstiegen. Daraus gehe klar hervor, dass die Erblasserin eine Schuld in der Höhe von mindestens Fr. 100'000.– entsprechend dem zugesandten Schuldbrief anerkannt habe. Es sei offensichtlich, dass die Erblasserin damit auf entgegenstehende Einreden, es bestehe keine Schuld in dieser Höhe, verzichtet habe. Weder die Erblasserin noch die Beklagten hätten jemals eine rechtswirksame Irrtumsanfechtung erklärt. Die Einrede, es bestehe keine Schuld in der Höhe des Nominalbetrags des Schuldbriefs, sei in

Verkennung der Novationswirkung der Schuldbrieferrichtung gemäss Art. 855 Abs. 1 aZGB zu Unrecht zugelassen worden (Urk. 20 S. 5 f.).

c) Die Beklagten haben bestritten, dass der Brief vom 8. März 1993 von der Erblasserin stammte; falls doch, sei er aus dem Zusammenhang gerissen. Der Schuldbrief über Fr. 100'000.– sei ungefähr ein Jahr vorher errichtet worden. Bei der Korrespondenz gehe es um einen Schuldbrief über Fr. 200'000.– auf das Ferienhaus in H.\_\_\_\_\_ (Urk. 28 S. 9 f.).

d) Zu prüfen ist, ob den Beklagten gegenüber der Forderung des Klägers aus dem Schuldbrief die Einrede offen steht, die besicherte Forderung sei höchstens Fr. 76'000.– gewesen, auch wenn davon ausgegangen wird, dass das der Errichtung des Schuldbriefes zu Grunde liegende Schuldverhältnis nach Art. 855 Abs. 1 aZGB durch Neuerung getilgt wurde. Welche Einreden dem Schuldner gegen den ersten Nehmer zustehen, richtet sich einzig nach Art. 855 aZGB (BSK ZGB II-Staehelin, Art. 872 N 2). Richtig ist, dass der Umfang der Einredebeschränkung umstritten ist (vgl. Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 3. A., Zürich 2009, N 1838 ff.), nicht aber bezüglich der vorliegenden Konstellation: Die Einrede, das Darlehen sei nie im vollen Betrag der Schuldbriefforderung ausbezahlt worden, wird durch die Novation nicht berührt (Staehelin, a.a.O., Art. 855 N 10; ZR 103 Nr. 27 S. 103; Urteil des Bundesgerichts vom 1. September 1978, in: ZBGR 60/1979 S. 109).

3. a) Die Vorinstanz erwog, der Nachweis, dass die Darlehensforderung nicht in vollem Umfang der Schuldbriefforderung an die Erblasserin ausbezahlt worden sei, sei von den Beklagten zu erbringen, da es sich bei der Einrede um eine rechtsvernichtende Tatsache handle. Unter der (zwischen den Parteien umstrittenen) Annahme, dass das fünfte Darlehen Franken und nicht DM 12'000.– betragen habe, resultierten Darlehensforderungen von Fr. 74'500.–, während die Beklagten Fr. 76'000.– anerkannt hätten. Strittig seien die vom Kläger geltend gemachten Zinsen von 6 % auf den ersten drei Darlehen. Er sei beweispflichtig für eine solche Vereinbarung. Die diesbezüglichen Behauptungen des Klägers seien aber nicht derart substantiiert, dass sie zum Beweis erhoben werden könn-

ten. Insbesondere fehlten etwaige Ausführungen bzw. Behauptungen betreffend den Zeitpunkt, ab welchem Zinsen jeweils geschuldet wären. Da konkrete Angaben, die einer genügenden Substantiierung gleichkommen würden, fehlten, sei nicht näher auf eine allfällige Zinsvereinbarung einzugehen (Urk. 21 S. 25 f.).

b) Der Kläger stellt sich in der Berufungsbegründung auf den Standpunkt, die Darlehensverträge unterständen deutschem Recht, da er die charakteristische Leistung im Sinne von Art. 117 Abs. 3 lit. b IPRG erbracht habe. Nach deutschem Recht sei ein Darlehen vermutungsweise verzinslich (§ 488 Abs. 1 BGB). Im schriftlichen Darlehensvertrag vom 16. Januar 1978 hätten die Parteien ausdrücklich eine Verzinsung von 6 % vereinbart. Zudem habe die Erblasserin ausdrücklich bestätigt, den Betrag von Fr. 17'500.– am gleichen Tag auf ihr Konto eingezahlt erhalten zu haben. Darauf folge ohne weiteres, dass der Zins von 6 % am 16. Januar 1978 zu laufen begonnen habe. Die Parteien hätten weiter vereinbart, wegen der schlechten finanziellen Lage der Erblasserin die Zinszahlung – wie auch die Kapitalrückzahlung – zunächst auszusetzen. Diese schriftlich vereinbarten Darlehensmodalitäten hätten auch die Grundlage für die nachfolgenden Darlehen gebildet. Darauf resultierten die folgenden Verzinslichkeiten, jeweils zu 6 %: Darlehen 2 ab 8. April 1991, Darlehen 3 ab 4. September 1991, Darlehen 4 ab 10. März 1992 und Darlehen 5 ab 3. April 1992. Die aufgelaufenen Darlehenszinsen würden sich per 31. August 2011 auf Fr. 103'124.75 belaufen. Der Vorwurf der ungenügenden Substantiierung sei nicht haltbar, da das Zinsanfangsdatum bei Darlehen ohne weiteres dem Datum der Darlehensgewährung entspreche. Die Vorinstanz habe ihren fragwürdigen Schluss ohne Durchführung eines Beweisverfahrens getroffen, obwohl ein solches bei Schluss des Hauptverfahrens noch vorgesehen gewesen sei (Urk. 20 S. 7 ff.).

c) Die Beklagten bestreiten, dass je ein Zins vereinbart worden sei. Zinszahlungen seien zeitlebens der Erblasserin ausgeblieben und vom Kläger auch nie eingefordert worden. Damit sei das erste Darlehen zinslos geblieben. Die übrigen Darlehen seien von Anfang an zinslos gegeben worden (Urk. 28 S. 5). Nach dem vor dem Jahr 2002 gültigen deutschen Recht sei ein Darlehen nur zu verzinsen

gewesen, wenn dies vereinbart worden sei. Die Verjährungsfrist betrage gemäss § 195 BGB neu drei und nicht mehr dreissig Jahre. Nach den Übergangsbestimmungen sei die dreijährige Verjährungsfrist am 31. Dezember 2004 abgelaufen. Die Rückzahlung der Darlehen und allfällige Zinsen seien daher verjährt (Urk. 28 S. 6 f.).

d) Der Kläger ist der Auffassung, dass die Verjährungsfrist nicht zu laufen begonnen habe. Der Verjährungsbeginn setze Fälligkeit voraus. Die Rückzahlung des Kapitals und die Zinsen seien gestundet gewesen, weshalb die Verjährung nicht zu laufen begonnen habe. Das erste Darlehen sei auf sechs Monate kündbar gewesen. Die weiteren Darlehen hätten auf denselben Modalitäten basiert. Sofern trotzdem ein nachfolgender Verjährungsbeginn anzunehmen wäre, wäre der Fristenlauf durch die Klageerhebung gestützt auf § 204 Abs. 1 Ziff. 1 BGB gehemmt worden (Urk. 35 S. 2 ff.).

e) aa) Der Kläger hatte in der Replik vor Vorinstanz ausgeführt, im Darlehensvertrag vom 16. Januar 1978 sei ein Zins von 6 % vereinbart worden. Im Zeitpunkt der Ausstellung des Schuldbriefes seien neben dem Darlehensbetrag von Fr. 17'500.– bereits Fr. 14'700.– Zinsen ausstehend gewesen, was gesamthaft Fr. 32'200.– ergebe. Beim Darlehen vom April 1991 über Fr. 15'000.– habe der Kläger der Erblasserin mit Brief vom 8. April 1991 bestätigt, dass hinsichtlich der Zinsen die gleichen Abmachungen gälten wie beim ersten Darlehen. Die Erblasserin habe den Erhalt des Briefes mit Schreiben vom 16. April 1991 bestätigt. Im September 1991 habe der Kläger der Erblasserin ein weiteres Darlehen über Fr. 15'000.– gewährt. Aus seinem Schreiben vom 4. September 1991 an die Erblasserin sei ersichtlich, dass die Parteien bereits in diesem Zeitpunkt Diskussionen um die Absicherung der Darlehen und Zinsen geführt hätten. Dieser Brief lasse keinen Zweifel offen, dass es sich um ein Darlehen zu den gleichen Konditionen wie bei den ersten Darlehen gehandelt habe. Hinsichtlich des Darlehens vom März 1992 über Fr. 15'000.– äusserte sich der Kläger zur Verzinsung nicht, ebenso wenig bezüglich des letzten Darlehens über DM oder Fr. 12'000.– (Urk. 2/31 S. 5 f.).

Die Beklagten hatten in der vorinstanzlichen Duplik darauf hingewiesen, dass gemäss Darlehensvertrag vom 16. Januar 1978 die Zinszahlungen zunächst ausgesetzt worden seien. Die Erblasserin habe nie einen Zins bezahlt und der Kläger habe nie einen solchen gefordert. Die Klausel, dass die Zinszahlungen ausgesetzt seien, sei nie aufgehoben worden. Die Forderung von Zinszahlungen wäre denn auch unangemessen gewesen. Der Kläger habe sein Verhältnis mit der Erblasserin fortgesetzt und ausgiebig davon Gebrauch gemacht, in deren Ferienhaus in I.\_\_\_\_\_ gratis zu logieren. Ja, er sei sogar weit darüber hinaus gegangen und habe ihr grosszügig erklärt, sie brauche das Geld gar nicht mehr zurückzuzahlen. Beim zweiten Darlehen über Fr. 15'000.– habe der Kläger nachträglich 6 % Zins verlangt, doch sei die Erblasserin in ihrem Antwortschreiben über den Zins hinweggegangen, weshalb kein Konsens betreffend die Verzinsung des Darlehens zustande gekommen. Auch beim Darlehen gemäss Schreiben vom 4. September 1991 sei kein Zins vereinbart worden (Urk. 2/40 S. 4 f.).

bb) Vertrag ist nach deutschem Recht die von zwei oder mehr Personen erklärte Willensübereinstimmung über die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges. Der Vertrag setzt eine Willenseinigung über die wesentlichen Vertragsbestandteile voraus (Palandt, BGB, 71. A., München 2012, Einf. vor § 145, N 1 ff.). Die Beklagten haben zu Recht auf das bis Ende 2001 gültige Darlehensrecht hingewiesen (Urk. 28 S. 6; Urk. 30/3). Nach Art. 229 § 5 EGBGB (Allgemeine Überleitungsvorschrift zum Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001) ist auf Schuldverhältnisse, die vor dem 1. Januar 2002 entstanden sind, das BGB in der bis dahin geltenden Fassung anzuwenden. Ab 1. Januar 2003 gilt für Dauerschuldverhältnisse, zu denen auch der Darlehensvertrag gehört, das neue Recht (Palandt, a.a.O., Vorb v 488 N 4, und Einf vor § 488, N 7). Gemäss § 608 aBGB waren Zinsen geschuldet, wenn sie vereinbart worden waren (Soergel-Häuser, 12. A., § 608 N 1).

Im Darlehensvertrag vom 16. Januar 1978 haben die Parteien festgehalten, dass das Darlehen mit 6 % p.a. verzinst, die Zinszahlung aber zunächst ausgesetzt werde (Urk. 33/2). Damit steht fest, dass die Parteien ein verzinsliches Dar-

lehen vereinbart haben. Die Verzinslichkeit beginnt im Zweifel mit der Auszahlung des Darlehens (Palandt, a.a.O., § 488 N 14; das war unter dem alten Recht nicht anders: vgl. Soergel-Häuser, a.a.O., § 608 N 17). Den Parteien war es unbenommen, die Fälligkeit der Darlehenszinsen in Abänderung der gesetzlichen Vorschrift in § 608 aBGB hinauszuschieben. Die Beklagten behaupten nicht, jedenfalls nicht substantiiert, dass der Kläger auf die Verzinsung des Darlehens verzichtet hätte.

Beim zweiten Darlehen schrieb der Kläger an die Erblasserin: "Die Dir durchgesagten Zinsen von 6 % sind zwar nach heutigen Kosten niedrig, aber sie sind genau so hoch, wie im Darlehensvertrag vom 16.1.78." (Urk. 33/3). Die Beklagten machen nicht geltend, dass die Erblasserin gegen den mitgeteilten Zinssatz remonstriert hätte, was sie aber angesichts der Verzinslichkeit des ersten Darlehens und der vorbehaltlosen Entgegennahme des Checks (vgl. Urk. 33/4) nach Treu und Glauben hätte tun müssen (Palandt, a.a.O., § 147 N 3). Daher ist auch beim zweiten Darlehen von dessen Verzinslichkeit auszugehen, und zwar zu 6 % ab Erhalt des Darlehens.

Dagegen lässt sich dem Schreiben des Klägers vom 4. September 1991 (Urk. 33/5) nichts Konkretes über eine Zinsabrede oder nur schon über eine Zinsvorstellung entnehmen. Selbst wenn die Erblasserin dem Schreiben nicht widersprochen haben sollte, kann daraus nicht auf eine Zinsabrede bezüglich des dritten Darlehens geschlossen werden. Bezüglich der beiden weiteren Darlehen hat der Kläger auch im Berufungsverfahren keine Zinsabrede substantiiert behauptet, was aber sowohl nach deutschem als auch nach schweizerischem Recht (Art. 313 Abs. 1 ZGB) zur Begründung einer Zinspflicht erforderlich wäre.

cc) In der Berufungsantwort machen die Beklagten erstmals geltend, die Zinsen seien der Erblasserin von Anfang an erlassen worden, indem die Zinszahlung "zunächst ausgesetzt" worden sei (Urk. 28 S. 13). Diese neue Behauptung ist unzulässig (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Selbst wenn sie zulässig wäre, müssten sich die Beklagten entgegenhalten lassen, dass sich ihre Behauptung nicht auf den Wortlaut des Darlehensvertrags vom 16. Januar 1978 (Urk. 33/2) stützen kann.

Es heisst dort: "Die Rückzahlung wie auch die Zinszahlung wird zunächst ausgesetzt." "Ausgesetzt" kann nicht "erlassen" bedeuten, da sonst auch die Rückzahlung des Darlehens erlassen worden wäre. Einem Erlass widerspricht auch, dass die Zahlungen "zunächst", also einstweilen, ausgesetzt wurden. Die Beklagten haben nicht behauptet, dass der Kläger und die Erblasserin den Vertrag entgegen dem Auslegungsergebnis im von ihnen behaupteten Sinne verstanden hätten, weshalb diesbezügliche Beweiserhebungen von vornherein unterbleiben könnten (vgl. Palandt, a.a.O., § 133 N 8 und 29). Hinzu kommt, dass die Beklagten noch in der Duplik die Auffassung vertraten, der Zins sei nie einverlangt und damit nie fällig geworden (Urk. 40 S. 9). Dies widerspräche aber einem Erlass der Zinsen von Anfang an.

Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass die Darlehen vom 16. Januar 1978 über Fr. 17'500.– und vom 8. April 1991 über Fr. 15'000.– zu 6 % verzinslich waren, und zwar das erste ab 16. Januar 1978 und das zweite ab 26. April 1991 (vgl. Urk. 40 S. 8 und Urk. 33/5).

dd) Die Beklagten haben gegenüber den Rückzahlungsforderungen aus den Darlehen und gegenüber den Zinsforderungen die Verjährungseinrede erhoben (Urk. 20 S. 8 f. und Urk. 40 S. 8 f.). Im Berufungsverfahren haben die Beklagten geltend gemacht, mit dem am 1. Januar 2002 in Kraft getretenen neuen deutschen Verjährungsrecht sei die Verjährung für Rückforderungen und Zinsen am 31. Dezember 2004 eingetreten (Urk. 28 S. 7).

Der Schuldner hat den Beginn und den Ablauf der Verjährungsfrist zu beweisen (Palandt, a.a.O., Überbl v § 194 N 24). Dass die klägerischen Ansprüche unter dem alten deutschen Verjährungsrecht, das eine Regelfrist von 30 Jahren kannte (§ 195 aBGB), verjährt waren, machen die Beklagten zu Recht nicht geltend. Übergangsrechtlich gilt die neue kürzere Verjährungsfrist von drei Jahren (EG 229 § 6 Abs. 4; § 195 BGB). Die Frist wird vom 1. Januar 2002 an berechnet (ebenda). Die neuen Verjährungsbestimmungen finden auf die am 1. Januar 2002 bestehenden und noch nicht verjährteten Ansprüche Anwendung (EG 229 § 6 Abs. 1). Der Beginn der Verjährungsfrist setzt u.a. voraus, dass der Anspruch entstan-

den ist (§ 199 Abs. 1 Ziff. 1 BGB). Ansprüche, deren Fälligkeit eine Kündigung oder Anfechtung voraussetzt, sind erst entstanden, wenn die Kündigung oder Anfechtung erklärt und wirksam geworden ist (Palandt, a.a.O., § 199 N 4). Ist für die Rückerstattung des Darlehens eine Zeit nicht bestimmt, so hängt die Fälligkeit davon ab, dass der Darlehensgeber oder der Darlehensnehmer kündigt. Die Kündigungsfrist beträgt drei Monate (§ 488 Abs. 3 BGB). Die Kündigung der Darlehen war mit Schreiben des damaligen Rechtsvertreters des Klägers vom 16. April 2007 erfolgt (Urk. 20 S. 6; Urk. 22/6). Dies bewirkte die Fälligkeit der Darlehensrückzahlungen (Palandt, a.a.O., § 488 N 14).

Die Zinszahlungen für die beiden ersten Darlehen waren gestundet, was die Hemmung der Verjährung bewirkte (§ 205 BGB). Mit der Kündigung der Darlehen fiel die Stundung dahin und wurden auch die ausstehenden Zinsen fällig (§ 488 Abs. 3 BGB).

Im Zeitpunkt der Errichtung des Schuldbriefes vom 3. April 1992 waren daher weder (die bis zu diesem Zeitpunkt gewährten vier) Darlehen noch die Darlehenszinsen verjährt. Die Errichtung des Schuldbriefes bewirkte die Unverjährbarkeit der zu besichernden Forderungen (Art. 807 ZGB), und zwar auch bei blosser Sicherungsübereignung des Schuldbriefes (Spiro, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Band I, Bern 1975, S. 827 f.). Art. 818 Abs. 1 ZGB, welcher die Ausdehnung der Pfandsicherung über die Kapitalforderung hinaus für Zinsen auf drei verfallene Jahreszinsen und den seit dem letzten Zinstag laufenden Zins beschränkt, greift vorliegend nicht, da der Kläger nur die Feststellung des Schuldbriefkapitals und des Grundpfands in derselben Höhe verlangt. Nebst der Forderung ist das im Grundbuch eingetragene Grundpfandrecht als solches von der Verjährung ausgenommen (BSK ZGB II-Trauffer/Schmid-Tschirren, Art. 807 N 7). Auch nach deutschem Recht wäre bei Anhebung der Betreuung oder der Klageeinleitung (vgl. § 204 Abs. 1 Ziff. 1 BGB) die Verjährung noch nicht eingetreten gewesen, da die Dreijahresfrist frühestens am 16. April 2010 ablief. Die Beklagten berufen sich daher vergeblich auf die Verjährung.

ee) Die Darlehen und die Darlehenszinsen auf den beiden ersten Darlehen übersteigen die Schuldbriefforderung von Fr. 100'000.–, wobei dieser Betrag auch ohne Zinsen auf dem zweiten Darlehen erreicht wird. Es ist daher festzustellen, dass der Kläger in der Grundpfandbetreibung Nr. ... des Betreibungsamts E. \_\_\_\_\_ – den von den Beklagten anerkannten Betrag von Fr. 76'000.– eingeschlossen – über ein Grundpfand und eine Grundpfandforderung in der Höhe von Fr. 100'000.– verfügt.

Entsprechend ist der Rechtsvorschlag in dieser Betreibung im Umfang von Fr. 100'000.– zu beseitigen. Für die Betreibungskosten ist nicht Rechtsöffnung zu erteilen, da der Gläubiger gemäss Art. 68 Abs. 2 SchKG berechtigt ist, die Betreibungskosten von den Zahlungen des Schuldners "vorab" zu erheben, d.h. er kann diese an die Betreibungskosten anrechnen (Art. 85 Abs. 1 OR).

## V.

Ausgangsgemäss werden die Beklagten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz ist zu Recht und unangefochten von einem Streitwert in der Höhe von Fr. 24'000.– ausgegangen (Urk. 21 S. 28; Urk. 20 S. 2; Urk. 28 S. 7). Die erstinstanzlichen Gerichtskosten und die zweitinstanzliche Entscheidgebühr sind auf je Fr. 3'400.– festzusetzen. Die Grundgebühr für die Parteientschädigung beträgt gemäss Anwaltsgebührenverordnung Fr. 4'340.–. Für die Replik, die Teilnahme an der Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung und die Stellungnahme zu den Dupliknoten vor Vorinstanz sind Zuschläge von insgesamt 50 % zu gewähren. Es resultiert eine Parteientschädigung von Fr. 6'510.– zuzüglich 7,6 % Mehrwertsteuer (vgl. Urk. 2/11/2 S. 2), also gerundet Fr. 7'000.– für das erstinstanzliche Verfahren. Für das Berufungsverfahren ist die Parteientschädigung unter Berücksichtigung der schriftlichen Stellungnahme vom 1. Dezember 2011 (Urk. 35) auf Fr. 2'500.– festzusetzen. Ein Mehrwertsteuerzuschlag wurde im Berufungsverfahren vom Kläger nicht verlangt. Die Beklagten haben die Gerichtskosten je zur

Hälfte zu tragen und haften solidarisch für die Prozesskosten (Art. 106 Abs. 3 ZPO).

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 27. Juni 2011 bezüglich der folgenden Dispositivziffer am 18. Oktober 2011 in Rechtskraft erwachsen ist:  
  
"1. Es wird festgestellt, dass der Kläger in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes E.\_\_\_\_\_ (Zahlungsbefehl vom 14. November 2007) ein Pfandrecht an den Mietzinsen hat."
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Es wird festgestellt, dass der Kläger in der Grundpfandbetreuung Nr. ... des Betreibungsamtes E.\_\_\_\_\_ – den von den Beklagten anerkannten Betrag von Fr. 76'000.– eingeschlossen – über ein Grundpfand und eine Grundpfandforderung in der Höhe von Fr. 100'000.– verfügt.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes E.\_\_\_\_\_ (Zahlungsbefehl vom 14. November 2007) wird im Umfang von Fr. 100'000.– beseitigt.
3. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 3'400.– festgesetzt.
4. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten werden den Beklagten je zur Hälfte auferlegt, unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'400.– festgesetzt.

6. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Beklagten je zur Hälfte auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Beklagten werden solidarisch verpflichtet, dem Kläger den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 3'400.– zu ersetzen.
7. Die Beklagten werden solidarisch verpflichtet, dem Kläger für beide Verfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 9'500.– zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, das Bezirksgericht Uster, die Obergerichtskasse und nach Eintritt der Rechtskraft an das Betreibungsamt J.\_\_\_\_\_, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

9. 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. ein Teilentscheid im Sinne von Art. 91 BGG. ein Vorentscheid ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG. im Sinne von Art. 93 BGG. ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 24'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 22. Februar 2012

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. S. Notz

versandt am:  
mc