

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF190073-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

## **Urteil vom 11. November 2019**

in Sachen

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

Gesuchsteller und Berufungskläger,

betreffend

### **Kraftloserklärung eines Schuldbriefes**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom  
23. Oktober 2019 (ES190022)

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Die B.\_\_\_\_\_ AG gewährte A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Berufungskläger) beim Bau der Liegenschaft an der ...-strasse ... in C.\_\_\_\_\_ ein Darlehen. Zur Sicherung dieser Darlehensforderung wurde am 31. Mai 2010 ein Inhaberschuldbrief für Fr. 100'000.– errichtet (vgl. act. 1-2).

1.2. Am 31. Mai 2019 (Datum Poststempel) ersuchte der Berufungskläger beim Bezirksgericht Bülach (Vorinstanz) um Kraftloserklärung des Schuldbriefs. Zur Begründung führte er aus, dieser sei beim Umzug verloren gegangen (act. 1). Mit Verfügung vom 12. Juni 2019 setzte die Vorinstanz dem Berufungskläger Frist zur Substantiierung seines Begehrens an (vgl. act. 3). Am 2. August 2019 liess der Berufungskläger einen Bericht des Grundbuchamtes nachreichen (act. 6-7).

1.3. Mit Urteil vom 23. Oktober 2019 wies die Vorinstanz das Gesuch des Berufungsklägers ab, da die Voraussetzungen für eine Kraftloserklärung nicht hinreichend dargetan seien (act. 11 [=act. 8]). Dagegen erhob der Berufungskläger am 30. Oktober 2019 rechtzeitig Berufung (act. 12). Am 6. November 2019 reichte er – innert der Berufungsfrist – weitere Unterlagen nach (act. 13; act. 14/1-3; zum Fristenlauf vgl. act. 9). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-9). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Der Schuldner kann die Kraftloserklärung eines Schuldbriefs verlangen, wenn ein abbezahlter Titel vermisst wird (Art. 865 Abs. 3 ZGB). Gemeint ist damit der Fall, dass die Urkunde dem Schuldner nach Tilgung der Schuld zurückgegeben wurde und ihm danach abhanden gekommen ist. Diese Voraussetzungen sind vom Gesuchsteller glaubhaft zu machen (BSK ZGB II-STAEHELIN, 6. Aufl. 2019, Art. 865 N 4 und 7). Blosser Behauptungen genügen dafür nicht. Es muss aufgrund objektiver Anhaltspunkte zumindest eine gewisse Wahrscheinlichkeit für

die behaupteten Tatsachen sprechen (ZK ZPO-HUBER, 3. Aufl. 2016, Art. 261 N 25).

2.2. Vor Vorinstanz führte der Berufungskläger lediglich aus, der Schuldbrief sei beim Umzug verloren gegangen (act. 1). Aus dem Bericht des Grundbuchamtes C.\_\_\_\_\_ ergeht zudem, dass der Schuldbrief am 31. Mai 2010 errichtet und dem Berufungskläger am 4. Juni 2010 zugestellt wurde; danach habe er sich nie mehr beim Grundbuchamt befunden (act. 7). Es muss davon ausgegangen werden, dass der Berufungskläger den Schuldbrief daraufhin zur Sicherung der Darlehensforderung an die B.\_\_\_\_\_ AG übergeben hat. Dass die Schuld getilgt und ihm das Papier zurück gegeben wurde, legte der Berufungskläger vor Vorinstanz nicht dar, obschon ihm die Vorinstanz Gelegenheit gab, dies nachzuholen (vgl. act. 3). Damit hat er die genannten Voraussetzungen für eine Kraftloserklärung nicht genügend glaubhaft gemacht, und die Vorinstanz hat das Gesuch zu Recht abgewiesen.

2.3. Zu prüfen bleibt, wie es sich mit den im Berufungsverfahren neu eingereichten Unterlagen verhält.

2.3.1. Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren grundsätzlich nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Dies trifft auf die neu eingereichten Beilagen an sich nicht zu. Der Berufungskläger legt nicht dar, und es ist nicht ersichtlich, weshalb er diese nicht bereits vor Vorinstanz hätte beibringen können. Bei einer Abweisung der Berufung könnte der Berufungskläger allerdings sogleich mit einem neuen Gesuch wieder an die Vorinstanz gelangen. Zudem ist keine Gegenpartei vorhanden, deren Interessen zu beachten wären. Um einen unnötigen Leerlauf zu vermeiden, sind die neuen Beilagen daher ausnahmsweise im Berufungsverfahren zu berücksichtigen.

2.3.2. Mit Schreiben vom 31. Oktober 2019 bestätigt die damalige Darlehensgläubigerin B.\_\_\_\_\_ AG, der Berufungskläger habe sämtliche Schulden abbezahlt, und der Inhaberschuldbrief sei ihm am 31. März 2015 zurück gegeben wor-

den (act. 14/4). Die Aushändigung des Schuldbriefs an den Berufungskläger ist auch durch die Kopie des Empfangsscheins vom 31. März 2015 belegt (act. 14/1). Dafür, dass der Berufungskläger ihn wieder neu zu Pfand gab, gibt es keine Anhaltspunkte. Damit ist ausreichend glaubhaft, dass der Titel nach der Zahlung beim Berufungskläger abhanden gekommen war.

2.4. Die Berufung ist demnach gutzuheissen. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben, und die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, um das Verfahren mit der Auskündigung des verlorenen Wertpapiers weiterzuführen.

3.

Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 300.– festzusetzen (§ 12 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 und § 8 Abs. 4 GebV OG). Obwohl die Berufung gutgeheissen wird, sind die Kosten dem Berufungskläger aufzuerlegen, da er diese durch die verspätete Einreichung der bereits von der Vorinstanz – wenn auch in einer für Laien schwer verständlichen resp. unklaren Sprache – verlangten Belege verursacht hat.

#### **Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Berufung wird der angefochtene Entscheid aufgehoben. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen, damit diese ihr Verfahren mit der Auskündigung des Pfandtitels fortführt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt.
3. Schriftliche Mitteilung an den Berufungskläger sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Vorinstanz, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 100'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Kröger

versandt am:  
11. November 2019