

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF210081-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach, Vorsitzende, Oberrichter Dr. E. Pahud und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Urteil vom 11. Juli 2022

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Gesuchsteller und Berufungskläger,

1, 2 vertreten durch C._____, diese vertreten durch Rechtsanwältin MLaw

X._____

betreffend

Kraftloserklärung eines Schuldbriefes

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 6. Oktober 2021 (ES210008)

Rechtsbegehren (act. 1, 3, 5/2 sinngemäss):

Es sei der Papier-Inhaberschuldbrief über Fr. 100'000.–, dat. 29. April 1975, 3. Pfandstelle, Pfandtitelverzeichnis 1975 Nr. 1, Beleg D. _____ 1975 Nr. 2, lastend auf: In der Gemeinde D. _____, Grundregister Blatt 3, Kat. Nr. 4, Plan 5, kraftlos zu erklären.

Urteil des Einzelgerichtes:

1. Das Begehren um Kraftloserklärung des Papier-Inhaberschuldbriefs über Fr. 100'000.–, dat. 29. April 1975, 3. Pfandstelle, Pfandtitelverzeichnis 1975 Nr. 1, Beleg D. _____ 1975 Nr. 2, lastend auf: In der Gemeinde D. _____, Grundregister Blatt 3, Kat. Nr. 4, Plan 5, wird abgewiesen.
 2. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.–.
 3. Die Gerichtskosten werden mit dem Kostenvorschuss von Fr. 2'900.– verrechnet. Im Mehrbetrag von Fr. 1'400.– wird der Kostenvorschuss den Geschworenen zurückerstattet.
- 4./5. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge:

der Berufungskläger (act. 13):

1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 6. Oktober 2021 (ES210008-H/U) vollumfänglich aufzuheben und es sei der vermisste Papier-Inhaberschuldbrief über CHF 100'000.00, dat. 29. April 1975, 3. Pfandstelle, Pfandtitelverzeichnis 1975 Nr. 1, Beleg D. _____ 1975 Nr. 2, lastend auf Grundstück Kat.-Nr. 4, Grundregister Blatt 3, Plan 5, Gemeinde D. _____, als kraftlos zu erklären.
2. Das Verfahren sei an die Vorinstanz zur Weiterführung des Verfahrens betreffend Auskündigung des verlorenen Papier-Inhaberschuldbriefs zurückzuweisen.
3. Eventualiter sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur Sachverhaltsergänzung und neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt.) zulasten der Vorinstanz.

Erwägungen:

1. Die Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Berufungskläger) haben nach eigenen Angaben das Grundstück Kat. Nr. 4, Grundregister Blatt 3, Plan 5, Gemeinde D. _____ nach dem Tod ihrer Mutter E. _____ im Jahr 2019 geerbt (act. 3; vgl. auch act. 5/2 S. 3). Auf dem Grundstück lastet an 3. Pfandstelle ein Inhaberschuldbrief über Fr. 100'000.– vom 29. April 1975 (act. 5/2).

Am 23. Juni 2021 stellten die Berufungskläger beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Pfäffikon das Begehren, es sei dieser Schuldbrief kraftlos zu erklären, da er nicht mehr auffindbar sei (act. 1 und 3). Die Vorinstanz forderte sie mit Verfügung vom 16. Juli 2021 unter anderem auf, innert 20 Tagen ihre Suchbemühungen betreffend den aktuellen Gläubiger zu belegen und glaubhaft zu machen, dass in den letzten zehn Jahren für den Schuldbrief keine Zinsen mehr geleistet worden waren (act. 6). Da die Berufungskläger die Frist ungenutzt verstreichen liessen, entschied die Vorinstanz androhungsgemäss aufgrund der Akten. Mit Urteil vom 6. Oktober 2021 wies sie das Begehren ab, da die Voraussetzungen für eine Kraftloserklärung nicht hinreichend dargetan seien (act. 8 = act. 12).

2. Hiergegen erhoben die Berufungskläger rechtzeitig Berufung mit den Anträgen, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und der in Frage stehende Schuldbrief sei kraftlos zu erklären. Die Sache sei an die Vorinstanz zur Weiterführung des Verfahrens betreffend Auskündung des verlorenen Schuldbriefs zurückzuweisen. Eventualiter sei die Sache zur Sachverhaltsergänzung und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (act. 13). Weiter reichten sie zahlreiche Unterlagen ein (act. 15 und 16/3-36). Mit Verfügung vom 15. November 2021 wurde den Berufungsklägern Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 1'200.– für das Berufungsverfahren angesetzt (act. 17). Der Vorschuss wurde sowohl von Frau C. _____ als Bevollmächtigte der Berufungskläger als auch vom Berufungskläger 1 einbezahlt (act. 19-20).

3. Die Berufungskläger rügen die unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz. Zur Begründung bringen sie vor, C._____ habe die Verfügung der Vorinstanz vom 16. Juli 2021 entgegengenommen und an Frau F._____, Immobilienberaterin der G._____ AG, weitergeleitet. F._____ sei zwar nicht als Bevollmächtigte im Prozess aufgetreten, habe aber das Begehren um Kraftloserklärung samt Beilagen bereit gestellt und versandt. Mit E-Mail vom 11. August 2021 habe sie die Berufungskläger (beim Empfängernamen H._____ handle es sich um den ... Namen [des Staates I._____] des Berufungsklägers 1) über die Verfügung in Kenntnis gesetzt in der Annahme, dass die Berufungskläger weder weitere Akten noch Steuererklärungen würden einreichen wollen. Aufgrund dieses E-Mails und der Fachkenntnis von F._____ hätten C._____ und die Berufungskläger darauf vertraut, dass für die Kraftloserklärung keine weiteren Unterlagen notwendig seien. Die nunmehr vorgelegten Tatsachen und Beweismittel seien somit im Berufungsverfahren zu berücksichtigen, da objektiv nachvollziehbar sei, dass sie nicht bereits vor Vorinstanz eingereicht wurden.

In der Sache erklären die Berufungskläger, aus den nachgereichten Steuererklärungen sowie den Kontoauszügen ihrer Mutter ergebe sich, dass in den letzten zehn Jahren keine Zinsen für den Schuldbrief gefordert worden seien. Weiter führen sie aus, dass sich der gesuchte Schuldbrief entgegen einem im Jahr 2004 in der betreffenden Liegenschaft aufgefundenen Schreiben ihrer Mutter nie im Besitz des Berufungsklägers 1 befunden habe. Vielmehr sei davon auszugehen, dass der Schuldbrief dem Bruder ihrer Mutter, J._____ übergeben worden sei. Dieser sei bereits 2016 verstorben. Der Berufungskläger 1 habe sich als Alleinerbe um die Nachlassteilung gekümmert und dabei keinen Schuldbrief finden können. Weil weitere Tanten und Onkel bereits allesamt verstorben seien, könne sich der Schuldbrief auch bei keinem anderen Verwandten befinden. Damit sei hinreichend glaubhaft gemacht, dass der Gläubiger des Schuldbriefs unbekannt sei, zumal sich diese Behauptungen nicht anders als durch eine Parteiaussage beweisen liessen. Der Nachweis weiterer Suchbemühungen sei ebenfalls obsolet, weil keine anderen Gläubiger in Frage kämen. Die Voraussetzungen von Art. 856 ZGB seinem demnach glaubhaft dargetan (act. 13).

4. Nach Art. 856 ZGB kann der Eigentümer des mit einem Schuldbrief belasteten Grundstückes den öffentlichen Aufruf des Schuldbriefgläubigers und die anschliessende Kraftloserklärung des Schuldbriefes als Wertpapier verlangen, wenn der Gläubiger seit 10 Jahren unbekannt ist und während zehn Jahren kein Zins für die Schuldbriefforderung mehr gefordert wurde. Diese Voraussetzungen müssen nicht strikt bewiesen werden – das dürfte in den meisten Fällen gar nicht möglich sein. Sie sind vom Ansprecher im summarischen Verfahren glaubhaft zu machen (BSK ZGB II-Staehelin, 6. A., Art. 856 N 4). Glaubhaft machen bedeutet, dass für das Vorhandensein der anspruchsbegründenden Tatsachen gewisse Elemente sprechen, selbst wenn aus Sicht des Gerichts noch die Möglichkeit der Nichtverwirklichung dieser Tatsachen besteht. Es reicht, wenn aufgrund objektiver Kriterien – in aller Regel Urkunden – eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die behaupteten Tatsachen bzw. den behaupteten Sachverhalt spricht. Blosser Behauptungen genügen indes nicht (KUKO ZPO-Baumgartner, 3. A., N 12 vor Art. 150; vgl. auch ZK ZPO-Huber, 3. A., Art. 261 N 25).

5.a) Aus der Abschrift des Grundbuchamtes ergibt sich, dass der in Frage stehende Titel nach seiner gerichtlichen Mitunterzeichnung an K._____ zugestellt wurde und seither beim Grundbuchamt nicht wieder eingegangen ist (act. 5/2). Gemäss einem Schreiben der Mutter der Berufungskläger, E._____, vom 30. April 2002 an das Grundbuchamt befindet sich der Schuldbrief im Besitz des Berufungsklägers 1 (act. 5/1). Der Berufungskläger 1 verneinte jedoch vor Vorinstanz, je im Besitz des Schuldbriefes gewesen zu sein. Auch die Vermutung der Berufungskläger, der Schuldbrief sei an J._____ übergeben worden, habe sich nicht bestätigt. Trotz wiederholter Suche sei der Schuldbrief nicht zum Vorschein gekommen (act. 3). Damit stellten die Berufungskläger wohl ihre wesentlichen Behauptungen auf, erhärteten diese aber nicht mit Belegen, obschon die Vorinstanz ausdrücklich darauf hingewiesen hatte, es seien weitere Unterlagen erforderlich (act. 6). Weder war aufgrund dieser knappen Darstellung glaubhaft, dass der Schuldbrief verloren gegangen sei, noch, dass dafür in den letzten zehn Jahren keine Zinsen gefordert worden waren. Damit vermochten die Berufungskläger die Voraussetzungen von Art. 856 ZGB nicht glaubhaft darzutun, weshalb die Vorinstanz ihr Gesuch zu Recht abwies (act. 12). Mit der Abweisung beging sie ent-

gegen dem Vorwurf der Berufungskläger keine Rechtsverletzung, indem sie nicht alle entscheiderelevanten Tatsachen ermittelte und zu hohe Anforderungen an das Beweismass stellte (act. 13 Rz 10, 22 und 29). Wie dargelegt reichen reine Behauptungen ohne sachdienliche Unterlagen zur Glaubhaftmachung nicht aus. Dies gilt auch bei negativen Tatsachen (vgl. nachstehend E. 7.)

b) Im Berufungsverfahren reichten die Berufungskläger zur Untermauerung ihrer Behauptungen zahlreiche Unterlagen ein, welche zu berücksichtigen seien (act. 13 Rz 7 ff, act. 16/3-36). Somit bleibt zu prüfen, wie es sich mit den neu vorgelegten Belegen verhält.

Noven sind im Berufungsverfahren lediglich 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. Die Bestimmung erfasst unechte Noven. Echte Noven sind grundsätzlich immer zulässig, wenn sie unverzüglich nach ihrer Entdeckung eingebracht werden (ZK ZPO-Reetz/Hilber, 3. A., Art. 317 N 56 f.). Vorliegend handelt es sich um unechte Noven, denn die nachgereichten Beilagen waren den Berufungsklägern schon vor Ende des erstinstanzlichen Verfahrens zugänglich.

c) Die Berufungskläger berufen sie sich im Wesentlichen auf ihr in die Fachkenntnis ihrer Immobilienberaterin, F._____, gesetztes Vertrauen. Aufgrund des E-Mails von F._____ vom 11. August 2021 hätten sie als Laien davon ausgehen dürfen, dass für die Kraftloserklärung keine weiteren Belege einzureichen wären (act. 13 Rz 7 ff., act. 16/5).

Hierzu ist vorab festzuhalten, dass sich auch Laien die Anforderungen an die Zulässigkeit von Noven entgegenhalten lassen müssen; dies umso mehr, wenn ihnen wie hier vor Vorinstanz explizit Gelegenheit eingeräumt wurde, fehlende Dokumente nachzureichen (act. 6). Zwar liegt es im Ermessen der fristbelasteten Partei, eine gesetzliche oder richterliche prozessuale Frist zu wahren oder ungenutzt verstreichen zu lassen. Unterlässt sie die Prozesshandlung aber innert Frist, greifen die angedrohten Säumnisfolgen, was sich zu ihrem Nachteil

auswirken kann. Im E-Mail vom 11. August 2021 nahm F. _____ an, die Berufungskläger würden trotz richterlicher Frist keine weiteren Akten einreichen wollen (act. 16/5). Dass die Berufungskläger als Laien diese Formulierung dahingehend verstanden, dass zusätzliche Belege für die Gutheissung des Gesuches entbehrlich seien, und sie deshalb die Fristansetzung zum Einreichen von Unterlagen nicht mit der nötigen Sorgfalt beachteten, lässt sich mit gutem Willen zwar nachvollziehen. Eine Prozesspartei darf aber nicht unbesehen auf eine solche Auskunft einer Drittperson – selbst wenn diese wie hier über Fachwissen verfügt und das Gesuch um Kraftloserklärung offenbar auch in die Wege geleitet hat (act. 13 Rz 8) – abstellen bzw. sie hat sich deren Verhalten anrechnen zu lassen. Den Berufungsklägern kann daher nicht zugutegehalten werden, sie hätten die Belege unverschuldeterweise nicht bereits vor Vorinstanz eingebracht (ZK ZPO-Reetz/Hilber, 3. A., Art. 317 N 61). Indessen würde die Nichtberücksichtigung der Noven der konkreten Situation nicht gerecht. Im Verfahren betreffend Kraftloserklärung gibt es keine Gegenpartei, welche durch das Beachten objektiv verspätet vorgelegter Dokumente in ihren Interessen tangiert würde. Auch könnten die Berufungskläger bei einer Abweisung der Berufung sogleich mit einem neuen Gesuch wieder an die Vorinstanz gelangen. Deshalb sind die neuen Vorbringen samt Beilagen in dieser Konstellation im Berufungsverfahren ausnahmsweise zuzulassen (die Kammer hat in Verfahren über die Kraftloserklärung bereits früher in diesem Sinn entschieden: vgl. OGer ZH LF190059 vom 26. November 2019 E. 3.2., OGer ZH LF190073 vom 11. November 2019 E. 2.3.1.).

6.a) Aus den nachgereichten Steuererklärungen und Bankauszügen der vormaligen Eigentümerin der Liegenschaft – der Mutter der Berufungskläger, E. _____ – ergibt sich was folgt (act. 13 Rz 14 ff.): In den Schuldenverzeichnissen der Steuererklärungen sind seit 2005 bis zum Tod von E. _____ im Jahr 2019 die jährlichen Schuldzinsen für die Hypothek bei der acrevis Bank (bis 2010 Bank CA St. Gallen) aufgelistet (act. 16/6-16/20). In den Jahren 2005 bis 2009 erscheint in den Schuldenverzeichnissen zudem genau in der Höhe des Schuldbriefes eine Darlehensschuld von Fr. 100'000.– gegenüber L. _____, einem Bruder von E. _____, wofür jeweils jährliche Schuldzinsen von Fr. 4'000.– aufgeführt sind (act. 16/6-16/10). Ab 2010 ist diese Schuld samt Schuldzinsen nicht mehr ersicht-

lich; das Darlehen war gemäss den Angaben von E._____ in der Steuererklärung 2010 in eine Schenkung umgewandelt worden. In diesem Jahr deklarierte E._____ Schenkungen von insgesamt Fr. 154'920.– (act. 16/11 Kapitaleistungen und Schuldenverzeichnis). Bereits im Jahr 2005 und – in der Berufungsschrift nicht erwähnt – im Jahr 2009 empfing sie Schenkungen in der Höhe von Fr. 49'880.– und Fr. 44'928.– von ihren Brüdern J._____ und M._____ (act. 16/6 und 16/10 Kapitaleistungen). Ab dem Jahr 2010 sind sodann nebst vernachlässigbaren Zinsen für Kreditkartenschulden (act. 16/12-16/13) nur noch die obgenannten Hypothekarzinsen angegeben (act. 16/11-16/20). Eine dem Schuldbrief entsprechende Schuld bzw. Schuldzinsen finden seit 2010 keine Erwähnung mehr.

Ob bzw. inwieweit die verbrieftete Schuld mit den Schenkungen – angesichts des mit dem Schuldbrief übereinstimmenden Betrages stellt sich die Frage am ehesten bezüglich des Darlehens / der Schenkung von Fr. 100'000.– von L._____ im Jahr 2010 – im Zusammenhang steht bzw. ob mit den Schenkungen eine Schuld erlassen wurde, ist den Berufungsklägern nach deren Angaben nicht bekannt und auch nicht aktenkundig (act. 13 Rz 14). Immerhin ist festzuhalten, dass ein Darlehen im Betrag des Schuldbriefs im Jahr 2010 in eine Schenkung umgewandelt wurde und seither auch keine Zinsen für dieses Darlehen mehr aufgeführt wurden.

b) Weiter reichten die Berufungskläger verschiedene Kontoauszüge lautend auf E._____ ein (act. 16/21-34). Betreffend die Konti bei der UBS und der acrevis Bank beschränkten sie sich auf die Jahre 2018 und 2019, da diese Auszüge für allfällige Schuldzinsen nicht relevant seien (act. 13 Rz 15 ff.). Das Konto bei der acrevis Bank diente denn auch ausschliesslich der Begleichung der Hypothekarschulden (act. 16/23). Vom UBS-Konto, angeblich ein Wertschriftendepot, wurden sodann keine regelmässigen Belastungen verbucht (act. 16/21-22). Das Konto bei der Zürcher Kantonalbank – hier konnten Auszüge seit Oktober 2011 erhältlich gemacht werden – nutzte E._____ offensichtlich zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes. Auch hier lassen sich keine Zinszahlungen entnehmen. Die Berufungskläger weisen zutreffend darauf hin, dass weder an den Berufungsklä-

ger 1 noch J._____ und L._____ periodische Zahlungen erfolgten (act. 16/24-34, vgl. oben E. 6.a). Zu zwei jährlichen Belastungen, welche als Zinszahlungen überhaupt in Frage kämen, reichten die Berufungskläger je eine Rechnung der N._____ AG für Heizöl und von Herrn O._____ für die jährlichen Gartenarbeiten ein (act. 13 Rz 16, act. 16/35-36).

c) Weder aus den Steuererklärungen noch den Kontoauszügen lassen sich demnach Zahlungen entnehmen, welche sich dem in Frage stehenden Schuldbrief zuordnen liessen. Damit ist schlüssig dargetan, dass in den letzten zehn Jahren keinen Schuldzinsen *bezahlt* wurden.

Streng genommen ist damit noch nicht aufgezeigt, dass auch keine Zinsen *gefordert* wurden (Art. 856 Ziff. 1 ZGB). Die Berufungskläger weisen indes zu Recht darauf hin, dass E._____ solche Zahlungen ebenso wie die Schuld an sich als steuerlich abzugsfähige Positionen geltend gemacht hätte, was wie gesehen unterblieb. Ferner würden sowohl eine Bank als auch ein privater Schuldbriefgläubiger geschuldete Zinsen höchstwahrscheinlich durchgesetzt haben, was sich ebenfalls in den Akten niedergeschlagen hätte (act. 13 Rz 17 f., OGer ZH LF190059 vom 26. November 2019 E. 3.2.).

Die Berufungskläger machten somit glaubhaft, dass in den letzten zehn Jahren keine Zinsen für den Schuldbrief gefordert wurden.

7.a) Die Vorinstanz hielt den Berufungsklägern entgegen, sie hätten in keiner Weise dargelegt, weshalb sich der Schuldbrief entgegen dem Schreiben ihrer Mutter vom 30. April 2002 nicht beim Berufungskläger 1, sondern bei J._____ befinden bzw. wie er bei letzterem verloren gegangen sein soll. Ebenso wenig seien Bemühungen bezüglich einer dahingehenden Nachforschung eingereicht worden (act. 12 S. 3 f.).

Damit bleibt die Frage zu prüfen, ob die Berufungskläger den Umstand, dass der Gläubiger des Schuldbriefes seit zehn Jahren unbekannt ist, ausreichend glaubhaft gemacht haben. Dies ist als unbestimmte negative Tatsache nicht einfach aufzuzeigen, denn im Gegensatz zur Frage der Zinsen dürften hierzu kaum

sachdienliche Belege vorhanden sein. Wegen dieser Schwierigkeit geht die Rechtsprechung aufgrund des Gebots des Handelns nach Treu und Glauben beim Beweis negativer Tatsachen grundsätzlich im Sinne einer Beweiserleichterung von einer Mitwirkungspflicht der Gegenpartei aus (ZK ZPO-Hasenböhrer, 2. A., Art. 150 N 9 f.; KUKO ZPO-Baumgartner, 3. A., Art. 150 N 2; Leu, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 154 N 108 ff.). Eine solche Mitwirkungspflicht entfällt hier, da es an einer Gegenpartei fehlt. Dies ändert aber nichts daran, dass auch negative Tatsachen nach den allgemeinen Regeln bewiesen bzw. hier glaubhaft gemacht werden müssen, was mehr als blosses Behaupten verlangt. Immerhin ist bei der Würdigung, ob die tatsächlichen Voraussetzungen glaubhaft gemacht wurden, den Schwierigkeiten beim Nachweis bzw. Glaubhaftmachen negativer Tatsachen Rechnung zu tragen.

b) Im Berufungsverfahren wiederholen die Berufungskläger im Wesentlichen ihre vor Vorinstanz vorgetragene Darstellung (act. 13 Rz 20 ff., act. 3 und oben E. 5.a). Ergänzend führen sie an, der Berufungskläger 1 habe als Alleinerbe von J. _____ dessen Nachlass abgewickelt und dabei den Schuldbrief nicht finden können. Da auch ihre weiteren Tanten und Onkel allesamt verstorben seien, könne sich der Schuldbrief bei keinem anderen Verwandten befinden und habe deshalb als verloren zu gelten (act. 13 Rz 27). Objektive Anhaltspunkte, die dieser Darstellung widersprechen, sind nicht ersichtlich. Die Schilderung der Berufungskläger steht im Einklang mit den nachgereichten Steuer- und Bankunterlagen. Wie erwogen findet sich seit dem Jahr 2010 in keinem der Dokumente eine Schuld, welche der aus dem Schuldbrief entspräche (und eine Schuld in Höhe des Schuldbriefs wurde 2010 durch Schenkung bzw. Erlass getilgt). Ebenso wenig sind nebst den Hypothekarzinsen weitere Schuldzinsen aufgeführt (oben E. 6). Dies spricht dafür, dass der (allfällige) Gläubiger der Schuldbriefforderung den Berufungsklägern tatsächlich seit mindestens 10 Jahren unbekannt ist. Den Berufungsklägerin ist schliesslich insoweit beizupflichten, dass sie unter diesen Umständen nicht gehalten waren, ihre Suchbemühungen auf beliebige Personen auszuweiten, die in keiner für sie erkennbaren Verbindung mit dem Schuldbrief stehen (act. 13 Rz 25). Eine solche Nachforschung wäre in räumlicher und zeitlicher Hinsicht schlicht zu umfangreich (Baumgartner, a.a.O., Art. 150 N 2.). Insge-

samt erscheint es nach dem Gesagten wahrscheinlich, dass der (allfällige) Gläubiger des Schuldbriefs seit 10 Jahren unbekannt ist. Damit ist den Anforderungen des Glaubhaftmachens insoweit Genüge getan.

8. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Berufungskläger die Voraussetzungen von Art. 856 ZGB im Berufungsverfahren hinreichend glaubhaft zu machen vermochten. 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.

9. Obwohl die Berufung gutgeheissen wird, sind die Kosten des Berufungsverfahrens den Berufungsklägern aufzuerlegen, weil sie die entscheidenden Dokumente erst in zweiter Instanz einreichten. Die Gebühr ist in Anwendung § 12 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 und § 8 Abs. 4 GebV OG auf Fr. 1'200.– festzusetzen. Der zu viel bezahlte Vorschuss ist den Berufungsklägerin unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruches zurückzuerstatten.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird der angefochtene Entscheid aufgehoben. Die Sache wird zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt und den Berufungsklägern auferlegt.

Für die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens wird der von den Berufungsklägern geleistete Vorschuss von Fr. 2'400.– herangezogen; der Überschuss wird den Berufungsklägern zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruches.

3. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Berufungskläger und sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
5. 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

i.V. Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Siegwart

versandt am: