

ZH_OBERGERICHT NE170002 vom 11. Januar 2018

ZH Obergericht, 2018-01-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NE170002

FR: ZH_OBERGERICHT NE170002 du 11 janvier 2018

IT: ZH_OBERGERICHT NE170002 del 11 gennaio 2018

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt Die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan: Beklagte) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz auf Jersey, die vom 2013 verstorbenen Ehemann der Klägerin und Berufungsbeklagten (fortan: Klägerin), C._____, beherrscht wurde. Die Beklagte ist im Besitz von zwei Papier-Inhaberschuldbriefen über je Fr. 2'000'000.– (Urk. 31/1-2). Persönliche, solidarische Schuldner der Schuldbriefforderungen sind die Klägerin sowie ihr verstorbener Ehemann, haftendes Grundstück ist die ehemals eheliche Wohnimmobilie der Klägerin und ihres verstorbenen Gatten in ... [Ort]. Die streitgegenständlichen Schuldbriefe belegen die fünfte und sechste Pfandstelle. Sie wurden (noch unter dem alten Recht mit der Vermutung einer Novation von Art. 842 aZGB) am 5. Februar 2008 errichtet. An erster, zweiter und dritter Pfandstelle sind drei Schuldbriefe über insgesamt (nominal) Fr. 4'000'000.– zur Sicherung von Hypothekarkrediten und Lombardkrediten/Kontokorrentforderungen der D._____, im Betrag von Fr. 2'979'309.90 (per 6. Juni 2013, samt bis dahin aufgelaufenen Zinsen und Kosten; Urk. 3/4). Die vierte Pfandstelle über Fr. 2'000'000.– ist leer. Sie war belegt mit einem Papier-Namenschuldbrief zugunsten der Beklagten. Streitgegenstand der vorliegenden Klage sind die erwähnten zwei Papier-Inhaberschuldbriefe über je nominal Fr. 2'000'000.– (nebst Zins zu höchstens 10%) an fünfter und sechster Pfandstelle. Diese Schuldbriefe haften gemäss dem angefochtenen Lastenverzeichnis für zwei per 31. Dezember 2011 gekündigte Forderungen der Beklagten über einen Betrag von insgesamt Fr. 4'457'366.–

- 4 - (einschliesslich verfallene und laufende Zinsen bis 6. Juni 2013; Urk. 3/1, Urk. 125 S. 6). Im Haupt- und im ersten Eventualstandpunkt hält die Klägerin dafür, es bestehe gar keine persönliche Forderung der Beklagten gegen die Klägerin oder jedenfalls keine solche in dem in den Schuldbriefen ausgewiesenen Betrag. Die in den Schuldbriefen verbrieften bzw. die mit diesen gesicherten Forderungen der Beklagten seien "fiktive, nicht real existierende Forderungen" (Urk. 1 S. 7 ff.). Die Klägerin schliesst folglich sinngemäss daraus, es habe durch die Errichtung der Schuldbriefe keine Novation einer Grundforderung stattgefunden bzw. es habe in Ermangelung einer bestehenden Grundforderung gar keine Novation stattfinden können, weshalb die Beklagte in der Verwertung des belasteten Grundstücks auch keine oder jedenfalls nicht Ansprüche im geltend gemachten Umfang von Fr. 4'457'366.– habe.

E. 1.1

Vorbringen der Klägerin in der Berufung Die Klägerin rügt unter anderem, die Vorinstanz habe es versäumt, von ihr rechtzeitig beantragte Beweismittel abzunehmen. Namentlich habe sie von Anfang an verlangt, die Beklagte sei aufzufordern, die Geldflüsse zwischen ihr und dem verstorbenen Ehemann der Klägerin offenzulegen bzw. allfällige Zahlungsbelege zu edieren, welche die Existenz der den streitgegenständlichen Schuldbriefen zugrunde

liegenden Schuld belegen. Für die Beklagte als juristische Person mit Buchhaltungspflichten wäre es ein Leichtes gewesen, eine effektive Zahlung an den verstorbenen Gatten der Klägerin zu belegen. Nur mittels eines solchen Beweisanspruchs könne die Klägerin nachweisen, dass die durch die Schuldbriefe verbrieften bzw. gesicherten Forderungen nicht existierten, es sich mithin um ein Scheingeschäft handle. Eine Weigerung der Beklagten, diese Belege vorzulegen, sei im Sinne einer Umkehr der Beweislast als Anerkennung des Vorliegens eines Scheingeschäfts zu würdigen (Urk. 124 S. 9).

E. 1.2

Vorbringen der Parteien vor Vorinstanz / Rechtzeitiger Beweisanspruch

E. 1.2.1

Richtig ist, dass die Klägerin bereits mit der Klagebegründung zum Nachweis, dass es sich bei den Forderungen der Beklagten um "fiktive, nicht real existierende Forderungen" handelt, nebst der (von der Vorinstanz durchgeführten) Befragung diverser Zeugen die Edition "der Darlehensverträge und der Bankbelege" verlangte, "aus denen ersichtlich ist, dass ihrem Ehemanne tatsächlich Geld in der Höhe von Franken 4 Mio. bezahlt wurde". Weiter brachte die Klägerin bereits mit der Klagebegründung vor, die Schuldbriefe seien als Eigentümerschuldbriefe ausgestellt worden. Der darin festgehaltene Betrag entspreche nicht einfach der dem Papierinhaber geschuldeten Forderung, sondern bestimme nur die mögliche Maximalbelehnung des Grundstücks. Die Beklagte müsse durch die Vorlage der Darlehensverträge und Mittelflüsse nachweisen, dass eine Forderung in der Höhe der nominalen Maximalbelehnung überhaupt bestehe (Urk. 1 S. 7 ff.).

- 8 -

E. 1.2.2

Die Beklagte hielt in der Klageantwort dafür, "der geschuldete Betrag von CHF 4.0 Mio. [ergebe] sich aus den Schuldbriefen selber" und es sei nicht die Aufgabe der Beklagten, diesbezüglich weitere Unterlagen etc. beizubringen" (Urk. 30 Rz 11).

E. 1.2.3

Gegen diese Argumentation wendete die Klägerin mit der Replik ein, die Beklagte müsse offenlegen, "wann und wie die von ihr behauptete Schuld überhaupt entstanden sein soll, welche dann durch den Pfandbrief auf die Liegenschaft gesichert" worden sei. Der Pfandbrief verbrieft nämlich nur die maximale Schuld, für welche die Liegenschaft hafte, jedoch könne die effektive Schuld viel kleiner oder auch gleich null sein. Da ein entsprechender Geldfluss nie stattgefunden habe, könne die Beklagte diesen auch nicht belegen. Es handle sich um einen negativen Beweis, weshalb ihn die Klägerin nicht führen könne. Hingegen könnte die Beklagte den Geldfluss, hätte denn ein solcher stattgefunden, als buchführungspflichtige Gesellschaft leicht belegen. Die Klägerin beantragte sodann erneut, die Beklagte habe "die Schuldvereinbarung und Überweisungsbelege, aus welchen die Schuld entstanden sein soll", zu edieren (Urk. 48 S. 4 f.).

E. 1.2.4

Im schriftlich geführten ordentlichen Verfahren gelten Beweismittel jedenfalls dann als rechtzeitig beantragt, wenn sie spätestens mit der letzten ordentlichen Rechtsschrift offeriert werden (Art. 229 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin beantragte die fraglichen Editionen

folglich rechtzeitig.

E. 1.3

Streitige und rechtserhebliche Tatsache als Beweisgegenstand

E. 1.3.1

Vorab ist festzuhalten, dass – unter Verweis auf die vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 125 S. 7) – sich das hier interessierende Verhältnis von Forderung aus dem Grundverhältnis und Schuldbriefforderung (dazu sogleich) nach altem, im Zeitpunkt der Errichtung der Schuldbriefe geltenden Recht beurteilt (Art. 26 Abs. 1 und 2 SchlT ZGB).

E. 1.3.2

Bei den streitgegenständlichen Schuldbriefen handelt es sich um Inhaberschuldbriefe. Sie wurden bei der Errichtung unbestrittenermassen der Klägerin und ihrem Gatten als Eigentümer ausgehändigt (Urk. 1 S. 6; Urk. 30 S. 2 f.). Dies

- 9 - ändert jedoch nichts daran, dass unter altem Recht (Art. 855 Abs. 1 aZGB) eine Novation der mit dem Schuldbrief zu sichernden Forderung aus dem Grundverhältnis vermutet wurde, mithin die Schuldbriefforderung vermutungsweise an die Stelle der zu sichernden Forderung aus dem Grundverhältnis trat. Die novierende Wirkung trat bei nicht begebenen Inhaberschuldbriefen (auf einseitige Erklärung ausgestellte und dem Eigentümer ausgehändigte Inhaberschuldbriefe) erst durch deren Begebung ein, also durch Übergabe des Inhaberschuldbriefs an einen Gläubiger (Handkomm-Schmid-Tschirren, Art. 855 aZGB, N 8 f.). Bereits unter altem Recht konnte aber eine Novation durch Abrede ausgeschlossen werden (Art. 855 Abs. 2 aZGB). Diesfalls sollte die Übergabe des Schuldbriefes die Forderung aus dem Grundverhältnis bloss sichern, nicht aber erfüllen. Bei der Sicherungsübereignung wurde der Gläubiger zugleich fiduziarischer Eigentümer des Schuldbriefs und Gläubiger der Schuldbriefforderung. Bei der Sicherungsübereignung erhielt der Gläubiger somit gleichzeitig zwei Forderungen, nämlich die Forderung aus dem Grundverhältnis und die Schuldbriefforderung (Handkomm-Schmid-Tschirren, a.a.O., N 16). Die (fiduziarische) Eigentumsübertragung am Schuldbrief setzt ein Verfügungsgeschäft – beim Papiersschuldbrief die Besitzübertragung – voraus, welches seinerseits auf einer causa, also einem Verpflichtungsgeschäft beruhen muss. Das Verpflichtungsgeschäft ist regelmässig die Sicherungsabrede. Darin verpflichtet sich der Gläubiger gegenüber dem Pfandbesteller (obligatorisch, nicht dinglich), von seinen aus dem Eigentum am Schuldbrief fliessenden Befugnissen nur insofern Gebrauch zu machen, als es die Sicherungsabrede vorsieht (vgl. zur neuen Rechtslage, welche diesbezüglich aber mit der alten Rechtslage übereinstimmt: Schmid/Hürlimann-Kaupp, Sachenrecht, 4. Aufl., Rz. 1844a-g). Gegenüber dem ersten Nehmer des Schuldbriefs, mit welchem der Schuldner eine Sicherungsabrede getroffen hat, und einem bösgläubigen Dritten (Art. 3 ZGB) kann sich der Schuldner gemäss Art. 855 Abs. 2 aZGB auf die sich aus dem Grundverhältnis und auf die sich aus der Sicherungsabrede ergebenden Einreden berufen (BSK ZGB II-Staehelin, 3. Aufl., Art. 855 aZGB N 13). Mangelt es hingegen schon an einer gültigen Besitzübertragung im Sinne von Art. 922 ff. ZGB (z.B. wenn ein Schuldbrief vom aktuellen Inhaber oder mit dessen Wissen gestohlen bzw. unrechtmässig behändigt wurde [Art. 935 ZGB])

- 10 - oder mangelt es an einem gültigen, dem Verfügungsgeschäft zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäft (z.B. wenn das Verpflichtungsgeschäft bzw. die Sicherungsabrede

mit einem Willensmangel behaftet ist) oder aber wurde der Schuldbrief dem diesbezüglich bösgläubigen aktuellen Inhaber von einem Nichtberechtigten übertragen, wurde der aktuelle Inhaber nicht Eigentümer des Schuldbriefs (Art. 714 ZGB, es gilt sodann das Kausalitätsprinzip beim Eigentumserwerb: BSK ZGB II-Schwander, Art. 714 N 3). Als Nichteigentümer kann er aber die Schuldbriefforderung nicht einziehen und daher auch nicht die Grundpfandverwertung verlangen, da der Pfandtitel ein Wertpapier ist und daher Forderung und Pfandrecht an das Eigentum am Pfandtitel geknüpft sind (CHK-Fasel, Art. 860 N 11 ff.).

E. 1.3.3

Vorliegend stellen sich also die folgenden Fragen: Ist die Beklagte Eigentümerin der Schuldbriefe? In diesem Zusammenhang: Wie und vom wem und mit welchem Wissen erlangte die Beklagte die Schuldbriefe (Verfügungsgeschäft)? Aufgrund welcher Abmachung wurden der Beklagten die Schuldbriefe übertragen (Verpflichtungsgeschäft)? Hat die Beklagte mit der Klägerin oder deren verstorbenen Gatten eine Sicherungsabrede getroffen bzw. einen Novationsausschluss vereinbart oder hatte die Beklagte von solchen Abreden Kenntnis bzw. hätte sie davon Kenntnis haben müssen (guter Glaube)?

E. 1.3.4

a) Bezüglich dieser Fragen brachte die Klägerin bis zur Novenschranke, mithin bis und mit Erstattung der Replik (Art. 229 Abs. 1 ZPO), sinngemäss Folgendes vor: Für die geschäftlichen Belange der Familie sei ihr verstorbener Ehemann zuständig gewesen. Sie wisse nicht genau, was mit den Pfandtiteln in den letzten Jahren geschehen sei (Urk. 1 S. 6 f.). Der Übergabe der Schuldbriefe an die Beklagte habe sie nicht zugestimmt (Urk. 48 S. 6). Gemäss einem vom verstorbenen Ehemann verwahrten und abhandengekommenen Dokument sei die von der Beklagten geltend gemachte Schuld fiktiv und nicht existent, obwohl ihr [dafür] die Pfandbriefe übergeben worden seien. Gemäss diesem Dokument sei das Haus nur mit der Hypothek der D. _____ belastet gewesen (Urk. 1 S. 7 f.; Urk. 48 S. 1 f.). Es sei von der Beklagten [im Grundverhältnis] nie ein Darlehen an den verstorbenen Gatten der Klägerin ausgerichtet worden (Urk. 1 S. 9). Der verstorbene Ehemann habe [mittels Errichtung der Schuldbriefe] die Liegenschaft als

- 11 - ihm problemlos nachweisbaren Vermögensgegenstand pro forma hoch belasten müssen, um diese vor den Gläubigern eines in Israel erlittenen Konkurses zu schützen (Urk. 48 S. 3). Als damaliger Chef der Beklagten sei es für den verstorbenen Ehemann der Beklagten möglich gewesen, die Beklagte zur Gewährung dieses Scheinkredites zu bewegen. Es bestehe folglich keine Forderung der Beklagten aus dem Grundverhältnis (Urk. 48 S. 3), welche durch die Liegenschaft hätte gesichert werden können (Urk. 48 S. 5).

b) Die Beklagte bestreitet in ihrer einzigen Rechtschrift (Urk. 30), dass die Klägerin keine Ahnung von den geschäftlichen Belangen ihres verstorbenen Gatten gehabt habe. Die Klägerin habe für die Errichtung der Schuldbriefe selber unterschreiben müssen (Rz. 5 f.). Die Beklagte bestreitet weiter, dass die Schuld gemäss den Grundpfandtiteln bzw. die Forderungen der Beklagten nicht real existieren. Das von der Klägerin angerufene Dokument, welches gemäss den angeführten Aussagen des verstorbenen Gatten der Klägerin beweisen soll, dass die Forderungen der Beklagten nicht existierten, sei seinerseits nicht existent (Rz. 7 und 10). Die Forderung der Beklagten über Fr. 4'000'000.– ergebe sich aus den Schuldscheinen selber.

E. 1.3.5

Die Klägerin behauptet mit anderen Worten, dass aus dem Grundverhältnis keine Forderung besteht. Dieses habe sich darin erschöpft, dass die Beklagte die Schuldbriefe zur Täuschung der Gläubiger des verstorbenen Gatten der Klägerin in Verwahrung bzw. mit der Verpflichtung, diese entschädigungslos zurückzugeben, zu Eigentum genommen habe. Aus dieser Behauptung folgt, dass die Begebung der Schuldscheine nach dem Willen der daran Beteiligten keine novierende Wirkung haben sollte, denn soweit keine Forderung aus dem Grundverhältnis besteht, kann auch keine Novation erfolgen. In der Konsequenz könnte die Beklagte weder die Schuldbriefforderung geltend machen und an der Verwertung partizipieren noch Forderungen aus dem Grundverhältnis stellen, sondern die Klägerin könnte vielmehr die Schuldbriefe von der Beklagten herausverlangen. Die Beklagte bestreitet dies jedoch und stellt sich demgegenüber – ohne näher auf die Natur des Grundverhältnisses einzugehen – auf den Standpunkt, die Begebung der Schuldbriefe habe zu einer Novation geführt und sie könne deshalb die Schuld-

- 12 - briefforderung einziehen. Die Frage, ob aus dem Grundverhältnis eine Forderung existiert bzw. ob eine solche existiert hatte und damit durch die Begebung der Schuldbriefe hätte noviert werden können, ist damit rechtserheblich. Diese Frage ist ausserdem, wie gezeigt, auch streitig. Deshalb ist darüber, wie die Vorinstanz im Ergebnis zu Recht erwog (Urk. 125 S. 11), Beweis abzunehmen.

E. 1.3.6

Ob die Klägerin ihre Zustimmung zur Übergabe der Schuldbriefe an die Beklagte erteilt hat, ist demgegenüber nicht rechtserheblich. Die Klägerin behauptete nämlich nicht, die Beklagte sei mit Bezug auf die fehlende Zustimmung der Klägerin bösgläubig gewesen. Guter Glaube wird vermutet (Art. 3 Abs. 1 ZGB). Eine allenfalls tatsächlich fehlende Zustimmung der Klägerin zur Übertragung schadet dem Besitz der Beklagten an den Schuldbriefen nicht (Art. 935 ZGB) und stünde einem Eigentumserwerb nicht entgegen (Art. 714 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 935 ZGB). Darauf ist folglich nicht weiter einzugehen und mangels Rechtserheblichkeit ist auch kein Beweis darüber abzunehmen.

E. 1.4

Beweisthema und Beweislast Wie die Vorinstanz im Ergebnis wiederum richtig darlegte (Urk. 125 S. 9), trägt die Klägerin die Beweislast für die Tatsache, dass "es sich bei der Grundforderung um eine fiktive, nicht real existierende Forderung handelt" (Urk. 125 S. 11). Trefender ausgedrückt, hat die Klägerin den Beweis dafür zu erbringen, dass aus dem Grundverhältnis nie eine Forderung der Beklagten bestand. Anders als die Vorinstanz erwog, ist nicht von einer Novation auszugehen, weil die Klägerin nichts zur Widerlegung der Vermutung einer Novation gemäss Art. 855 Abs. 2 aZGB vorgebracht habe. Die klägerische Behauptung, dass es sich bei der Forderung aus dem Grundverhältnis um eine fiktive, nicht real existierende Forderung handle, steht nämlich wie oben aufgezeigt (Ziff. 1.3.5) einer Novation entgegen. Eigentliches Ziel dieser klägerischen Behauptung ist vielmehr gerade, den Eintritt einer Novation und die damit verbundene Einredenbeschränkung zu widerlegen. Da unter dem alten Recht die Novation gesetzlich vermutet wurde, hat eine anderslautende Einrede im Sinne von Art. 855 Abs. 2 aZGB zu beweisen, wer daraus Rechte ableiten will (Art. 8 ZGB; vgl. Schmid-Tschirren, a.a.O., Art. 855 N 18). Dies ist die Klägerin. Sie hat deswegen den Hauptbeweis zu führen für die

- 13 - Behauptung, dass aus dem Grundverhältnis nie eine Forderung der Beklagten bestanden hat. Zu ergänzen ist, dass die Beklagte nicht behauptete, das Grundverhältnis

habe in einer Schenkung bestanden. Da sie dafür die Beweis- und Behauptungslast trüge (BSK OR I-Vogt/Vogt, Art. 239 N 44), kann eine Schenkung folglich ausgeschlossen werden. Das Grundverhältnis muss somit zwingend entgeltlicher Natur sein, wobei nur ein von der Beklagten an die Klägerin und ihren verstorbenen Gatten, allenfalls auch nur an den Gatten alleine, ausgerichtetes Darlehen in Frage kommt. Ein anderes entgeltliches Geschäft als Grundverhältnis wurde von der Beklagten nicht behauptet und ist nicht ersichtlich. Damit der Beklagten aus Darlehen im Sinne von Art. 312 OR ein Rückerstattungsanspruch zustünde, hätte sie ein solches aber zunächst ausrichten müssen, sei es auch nur verrechnungsweise. Um die Novation zu widerlegen, genügt es deshalb, wenn der Klägerin der Hauptbeweis gelingt, dass die Beklagte im Zeitpunkt der Begebung der Schuldbriefe keine Forderung auf Rückerstattung eines Darlehens hatte oder bei der Begebung begründete.

E. 1.5

Beweis negativer Tatsachen

E. 1.5.1

Bei der Nichtexistenz einer (Darlehens-)Forderung handelt es sich um eine sogenannte unbestimmte Tatsache, da eine unbestimmte Anzahl positiver Sachumstände dargelegt werden müsste, damit sie als bewiesen gälte (Hofer/ Hrubesch-Millauer, Einleitungsartikel und Personenrecht, 2. Aufl., Rz. 08.114). Vorliegend müsste die Klägerin für jeden möglichen Zeitpunkt bis und mit der Begebung der Schuldbriefe beweisen, dass sie und/oder ihr verstorbener Gatte keine Darlehensauszahlung der Beklagten empfangen hat, die Beklagte keine offene Forderung zur Verrechnung gestellt hat, etc. Dieser Beweis kann kaum schlüssig erbracht werden. Er kann insbesondere auch nicht durch die Edition bestimmter Dokumente durch die Beklagte erbracht werden. Offeriert die Klägerin die Edition eines bestimmten Kontoauszugs oder einer bestimmten Jahresrechnung der Beklagten, kann ihr damit der schlüssige Beweis der Nichtexistenz der Forderung noch nicht gelingen, denn selbst wenn aus den entsprechenden Dokumenten keine Zahlungen oder Guthaben der Beklagten ersichtlich wären, könnte die Forde-

- 14 - rung zu einem anderen Zeitpunkt entstanden und bereits abgeschrieben worden sein, auch könnte die Zahlung von einem anderen Konto aus oder in bar erfolgt sein, etc. Demgegenüber kann die Beklagte ohne Weiteres darlegen, worin die Ausrichtung eines allfälligen Darlehens bestanden hatte, und den entsprechenden Beweis antreten.

E. 1.5.2

Das Bundesgericht verkennt dieses Problem nicht, sieht aber trotzdem für den Beweis von (unbestimmten) negativen Tatsachen von einer Umkehr der in Art. 8 ZGB statuierten Beweislastverteilung ab. Hingegen hielt das Bundesgericht in BGE 119 II 305, E. 1.b.aa, fest, die Beweislast desjenigen, der eine negative Tatsache zu beweisen habe, werde durch die Regeln des guten Glaubens gemildert, welche den Beweisgegner verpflichten, im Beweisverfahren zu kooperieren und den Gegenbeweis zu offerieren. Unter Verweis auf den genannten Leitescheid erwog das Bundesgericht in einer neueren Entscheidung (BGer 4A_225/2008 vom 12. August 2008, E. 4.2), dass – obwohl der klagende Arbeitnehmer dafür die Beweislast trug – es an der beklagten Arbeitgeberin war darzulegen, dass sie an einen anderen Arbeitnehmer Zahlungen aus einem Sozialplan geleistet habe. Dies mit folgender Begründung: "Si elle avait réellement payé à D. une indemnité découlant de l'application du plan social, elle en aurait assurément gardé une trace écrite, telle qu'une

quittance ou un document bancaire, qu'il lui aurait été ai- sé de produire". In BGE 139 III 13 (Regeste) bestätigte das Bundesgericht diese Rechtsprechung.

E. 1.5.3

Anders als die Klägerin fordert (Urk. 124 S. 10), kann vorliegend gemäss der bundesgerichtlichen Praxis keine Umkehr der (objektiven) Beweislast erfolgen. Die Folgen eines non liquet hat die Klägerin zu tragen. Kommt das Gericht nach durchgeführtem Beweisverfahren und Würdigung der Beweise nach den Regeln der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO) sowie unter Berücksichtigung einer unberechtigten Verweigerung der Mitwirkung durch eine Partei (Art. 164 ZPO) nicht zur für das geforderte Beweismass erforderlichen Überzeugung, die von der Klägerin behauptete negative Tatsache sei erwiesen, hat diese zu Lasten der Klägerin als nicht gegeben zu gelten. Hingegen ist als Korrektiv ein Eingriff in die subjektive Beweislast bzw. Beweisführungslast vorzunehmen. Grundsätzlich

- 15 - ist die Klägerin entsprechend ihrer (objektiven) Beweislast verpflichtet, den Hauptbeweis für die unbestimmte negative Tatsachenbehauptung zu führen. Da dieser jedoch schwierig zu führen ist, besteht in Anwendung der Regeln von Treu und Glauben eine Obliegenheit der Beklagten, den Gegenbeweis anzutreten, mit- hin nachzuweisen, dass sie im Zeitpunkt der Begebung der Schuldbriefe an sie über eine (Darlehensrück-)Forderung gegen die Klägerin und/oder deren verstor- benen Gatten C._____ verfügte oder eine solche bei der Begebung begründete. Gelingt der Gegenbeweis, hat die negative Tatsachenbehauptung der Klägerin als widerlegt zu gelten. Misslingt demgegenüber unter Berücksichtigung des erforder- lichen Beweismasses der Gegenbeweis oder tritt die Beklagte den Gegenbeweis ohne nachvollziehbare Erklärung gar nicht an, hat das Gericht dies als Indiz für die Richtigkeit der negativen Tatsachenbehauptung der Klägerin zu werten (Hof- er/Hrubesch-Millauer, a.a.O., Rz. 08.116).

E. 1.5.4

Die Klägerin forderte sowohl in der Klagebegründung als auch in der Rep- lik, die Beklagte habe die Entstehung des Darlehens, den Abschluss eines sol- chen Vertrags und die Geldflüsse zu belegen (Urk. 1 S. 8; Urk. 48 S. 5). Die Be- klagte erwiderte diesbezüglich bloss, es sei nicht ihre Aufgabe, diesbezüglich wei- tere Unterlagen beizubringen (Urk. 30 Rz. 11). Die Novenschranke (Art. 229 Abs. 1 ZPO) ist mit der (nicht erstatteten) Duplik gefallen. Beweismittel zum Antritt des Gegenbeweises nannte die Beklagte folglich trotz entsprechender Themat- sierung der Klägerin nicht; vielmehr weigerte sie sich, entsprechend bei der Be- weisführung mitzuwirken. Diese Weigerung, den Gegenbeweis anzutreten, ist treuwidrig und bei der Beweiswürdigung zu Lasten der Beklagten zu berücksichti- gen.

E. 1.5.5

Hingegen ist die Klägerin nach dem Gesagten zum Hauptbeweis der rechtserheblichen und streitigen Tatsache zuzulassen, dass die Beklagte im Zeit- punkt der Begebung der Schuldbriefe keine Forderung auf Rückerstattung eines Darlehens hatte oder bei der Begebung begründete. Die dafür form- und fristge- recht genannten Beweismittel sind nebst den von der Vorinstanz abgenommenen Zeugen die Edition durch die Beklagte (a) der Schuldvereinbarung bzw. des Dar- lehensvertrags und (b) der Überweisungsbelege, aus welchen die Schuld ent-

- 16 - standen sein soll, bzw. die Bankbelege, aus denen Zahlungen von Fr. 4 Mio. an den Ehemann der Klägerin ersichtlich sind (Urk. 1 S. 8; Urk. 48 S. 5). Zwar sind diese Editionsbegehren sehr unbestimmt formuliert, was in der Regel nicht zulässig wäre, da nicht ersichtlich wird, welche konkreten Urkunden (z.B. Kontoauszug Bank X per 31.12.2008) zu edieren sind. Im Ergebnis kommt diese Unbestimmtheit jedoch der Beklagten zugute, welche trotz Versäumnisses zur Nennung von Gegenbeweismitteln so faktisch die Möglichkeit erhält, im Rahmen der Edition praktisch beliebig den (Urkunden-)Gegenbeweis zu führen. Die unbestimmt formulierten Editionsbegehren erweisen sich vorliegend deshalb als zulässig.

E. 1.6

Fazit Die Klägerin rügt nach dem Gesagten zu Recht, die Vorinstanz habe im Beweisverfahren ihr Recht auf Beweis verletzt. Die Klägerin war deshalb mit der offerierten Edition (a) der Schuldvereinbarung bzw. des Darlehensvertrags und (b) der Überweisungsbelege, aus welchen die Schuld entstanden sein soll, bzw. die Bankbelege, aus denen Zahlungen von Fr. 4 Mio. an den Ehemann der Klägerin ersichtlich sind, zum Hauptbeweis zuzulassen, dass die Beklagte im Zeitpunkt der Begebung der Schuldbriefe keine Forderung auf Rückerstattung eines Darlehens hatte oder bei der Begebung begründete. Nicht begründet ist hingegen die Rüge, die Vorinstanz habe mit Bezug auf diese Tatsachenbehauptung keine Beweislastumkehr vorgenommen. Immerhin jedoch oblag es der Beklagten, den Gegenbeweis anzutreten, und die Unterlassung bzw. die Weigerung, den Gegenbeweis anzutreten, ist bei der Beweiswürdigung als Indiz für die Richtigkeit der Behauptung der Klägerin zu werten.

- 17 - 2. Beweisergebnis Ist der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen, kann die Berufungsinstanz das Verfahren an die Vorinstanz zurückweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Die Berufungsinstanz kann aber auch neu entscheiden (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO) und zu diesem Zweck selber Beweise abnehmen (Art. 316 Abs. 3 ZPO). Vorliegend ist das Verfahren einzig um die Edition von Bank- und Buchhaltungsunterlagen betreffend eine einzelne, bestimmte Transaktion zu ergänzen. Aus prozessökonomischen Gründen wurde von einer Rückweisung abgesehen und stattdessen im Berufungsverfahren ein Beweisbeschluss erlassen (Urk. 133). Darin wurde die Beklagte aufgefordert, die Schuldvereinbarung bzw. den Darlehensvertrag, welche(r) der Begebung der Schuldbriefe zugrunde liegt, die Überweisungsbelege, aus welchen die der Begebung der Schuldbriefe zugrunde liegende Schuld entstanden sein soll, und die Bankbelege, aus denen Zahlungen von Fr. 4 Mio. an den Ehemann der Klägerin ersichtlich sind, zu edieren. Die Beklagte liess sich nicht vernehmen und reichte auch keine Belege ins Recht. Sie trat den Gegenbeweis ohne nachvollziehbare Erklärung nicht an. Damit verletzte sie ihre Mitwirkungspflicht im Beweisverfahren. Diese unberechtigte Beweisvereitelung ist zugunsten der Klägerin zu würdigen. Ihre Behauptung, im Zeitpunkt der Begebung der Schuldbriefe habe die Beklagte keine Forderung auf Rückerstattung eines Darlehens gehabt oder eine solche bei der Begebung begründet, darf daher als wahr angenommen werden. Entsprechend bestand im Zeitpunkt der Begebung der Schuldbriefe keine Forderung auf Rückerstattung des Darlehens (Grundverhältnis) und wurde eine solche bei der Begebung auch nicht begründet. Eine Novation konnte aufgrund dessen nicht erfolgen. Die Beklagte kann weder die Schuldbriefforderung geltend machen und an der Verwertung partizipieren noch Forderungen aus dem Grundverhältnis stellen. Vor diesem Hintergrund ist der Inhaberschuldbrief mit der Verz. Nr. 2, 6. Pfandstelle, Bel. 2, in der Höhe von Fr.

2'000'000.– samt Zinsen vollständig aus dem Lastenverzeichnis der Betreibungen Nr. 1 und Nr. 2 des Gemeindeammann- und Betreibungsamtes Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg zu streichen.

- 18 - III. Kosten- und Entschädigungsfolgen / Unentgeltliche Rechtspflege 1.

Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen Trifft die Rechtsmittelinstanz eine neue Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Klägerin obsiegt mit ihrer Klage. Die erstinstanzlichen Kosten hat die unterliegende Beklagte zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der erstinstanzlichen Entscheidgebührlie blieb unangefochten (Fr. 65'300.– und Zeugenentschädigungen von Fr. 558.50). Entsprechend der Kostenverteilung ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine volle Parteientschädigung samt Zuschläge zu bezahlen. Gestützt auf § 2 Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 11 AnwGebV und die Honorar- und Kostennote der Rechtsvertreterin der Klägerin (Urk. 139) ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 18'000.– inklusive Mehrwertsteuer zu bezahlen. Da die der Klägerin zuzusprechende Parteientschädigung voraussichtlich uneinbringlich ist, ist ihre Rechtsvertreterin aus der Gerichtskasse zu entschädigen, unter Legalzession des Anspruchs gegenüber der Beklagten auf den Kanton (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

2. Zweitinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen Der Streitwert im Berufungsverfahren beläuft sich auf Fr. 1'795'481.30. Die zweitinstanzliche Entscheidgebührlie ist in Anwendung von § 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 12 GebV OG auf Fr. 9'000.– festzusetzen. Die Kosten sind der unterliegenden Beklagten aufzuerlegen. In Anwendung von § 2 Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2, § 11 sowie § 13 AnwGebV ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung für das Berufungsverfahren von Fr. 4'000.– inklusive Mehrwertsteuer zu entrichten. Zuzufolge voraussichtlicher Nichteinbringlichkeit der zuzusprechenden Parteientschädigung ist die Rechtsvertreterin der Klägerin aus der Gerichtskasse zu entschädigen, unter Legalzession des Anspruchs gegenüber der Beklagten auf den Kanton (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

- 19 - 3. Unentgeltliche Rechtspflege im Berufungsverfahren Die Klägerin stellt für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 124 S. 2). Da sie im Berufungsverfahren keine Gerichtskosten zu tragen hat, ist dieser Antrag hinsichtlich der Verfahrenskosten gegenstandslos. Hingegen ist für den Fall der Nichteinbringlichkeit der Parteientschädigung über das Begehren um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Berufungsverfahren zu entscheiden. Nach den vorstehenden Erwägungen war der Prozessstandpunkt der Klägerin im Berufungsverfahren nicht aussichtslos. Angesichts der aufgeworfenen Rechtsfragen und der Kritik am Beweisverfahren bedurfte die Klägerin einer rechtskundigen Unterstützung. Diesbezüglich sind die Voraussetzungen von Art. 117 lit. b bzw. Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO erfüllt. Die finanzielle Situation der Klägerin wurde bereits im Rahmen des erstinstanzlichen Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgeklärt. Das Gesuch wurde am 29. Juli 2013 zuzufolge Mittellosigkeit der Klägerin gutgeheissen (Urk. 23). Daran hat sich in der Zwischenzeit nichts geändert (Urk. 127/1- 2), weshalb die wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsvertretung grundsätzlich erfüllt sind. Der Klägerin ist damit die unentgeltliche Rechtsvertretung im Berufungsverfahren zu bewilligen. Vorbehalten bleibt die allgemeine Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO. Es wird beschlossen: 1 Es wird vorgemerkt,

dass das Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 31. Januar 2017 bezüglich Dispositiv-Ziffern 1 und 3 am 24. Mai 2017 rechtskräftig geworden ist. 2. Das Gesuch der Klägerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im Berufungsverfahren wird hinsichtlich der Verfahrenskosten abgeschrie-

ben.
- 20 - 3. Der Klägerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtsvertretung bewilligt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt. 4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt:

E. 2

Betreibungsamtliches Verfahren Die Klägerin bestritt die im Lastenverzeichnis vom 19. April 2013 des Betreibungsamts Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg in den Betreibungen Nr. 1 und Nr. 2 der D._____ aufgeführten Ansprüche der Beklagten (Urk. 3/4). Mit Verfügung vom 30. April 2013 setzte das Betreibungsamt der Klägerin im Sinne von Art. 39 VZG und Art. 108 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 SchKG Frist zur Erhebung einer Klage auf Aberkennung eines Anspruchs im Lastenverzeichnis an (Urk. 3/1).

E. 3

Erstinstanzliches Verfahren Darauf erhob die Klägerin mit Eingabe vom 13. Mai 2013 beim örtlich (Art. 39 VZG i.V.m. Art. 109 Abs. 3 SchKG) und sachlich (Art. 39 VZG, Art. 107 Abs. 5 SchKG und Art. 198 lit. e Ziff. 3 ZPO i.V.m. § 24 lit. b GOG) zuständigen Einzelgericht im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Horgen (Vorinstanz) Klage auf Aberkennung eines Anspruchs im Lastenverzeichnis (Urk. 1). Hinsichtlich des Verfahrensgangs vor Vorinstanz ist auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil zu verweisen (Urk. 125 S. 2 ff.). Hervorzuheben ist, dass der Rechtsvertreter der Beklagten mit der Erstattung der Klageantwort sein Mandat niederlegte (Urk. 30 S. 5). Die seither nicht mehr vertretene Beklagte liess sich danach nicht mehr vernehmen und bezeichnete trotz entsprechender rechtshilfweise zugestellter

- 5 - Aufforderung (Urk. 33A-35 und Urk. 41) kein Zustelldomizil in der Schweiz, weshalb die Zustellungen fortan androhungsgemäss auf dem Ediktalweg erfolgten. Das erstinstanzliche Verfahren endete mit dem teilgutheissenden Urteil vom 31. Januar 2017 (Urk. 125), das die Klägerin am 16. Februar 2017 in Empfang nahm (Urk. 121).

E. 4

Berufungsverfahren Mit Eingabe vom 20. März 2017 erhob die Klägerin rechtzeitig Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 124 S. 2; Beilagen und -verzeichnis: Urk. 126 und Urk. 127/1-10): "1. Es sei Ziff. 2 des Urteiles des Bezirksamtes Horgen aufzuheben und der Inhaberschuldbrief mit der Verz.Nr. 2, 6. Pfandstelle, Bel. 2, in der Höhe von Fr. 2'000'000.- samt Zinsen vollständig aus dem Lastenverzeichnis der Betreibung Nr. 1 und 2 des Gemeindeammann- und Betreibungsamtes Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg zu streichen. Eventualiter: Es sei der Inhaberschuldbrief mit der Verz.Nr. 2, 6. Pfandstelle, Bel. 2, auf den Betrag von Fr. 865'453.- zu reduzieren. Das Lastenverzeichnis in den Betreibungen Nr. 1 und 2 des Gemeindeammann- und Betreibungsamtes Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg sei daher wie folgt abzuändern:

E. 6

Pfandstelle B._____ Led. ... [Adresse] Kapital Laut Papier-Inhaberschuldbrief, dat. 5.2.2008, Bel. 2: Fr. 791'180.-. Verfallenes effektiver Jahreszins vom 1.1.2011 bis

31.12.2011, Zinssatz 2% p.a.: Fr. 15'623.60 Verzugszinsen 5% auf Fr. 791'180 vom 1. Januar 2012 bis 6. Juni 2013: Fr. 56'737.35 Verzugszinsen auf Fr. 15'623.60 vom 1. Januar 2012 bis 6. Juni 2013: Fr. 1'120.44 Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten und Berufungsbeklagten." Ausserdem stellte die Klägerin ein Armenrechtsgesuch (Urk. 124 S. 2). Mit Verfügung vom 12. April 2017 wurde der Beklagten Frist zur Beantwortung der Beru-

- 6 - fung angesetzt (Urk. 128). Die Beklagte liess die Frist unbenutzt verstreichen. Sodann wurde die Beklagte zur Ergänzung des Beweisverfahrens im Sinne von Art. 316 Abs. 3 ZPO mit Beweisbeschluss vom 15. Juni 2017 zur Edition diverser Belege aufgefordert (Urk. 133). Die Beklagte kam dieser Aufforderung nicht nach und liess sich nicht vernehmen. Das Berufungsverfahren erweist sich damit als spruchreif. Angesichts der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 142 I 93 E. 8.2) sind die Parteien darauf hinzuweisen, dass die Gerichtsbesetzung zufolge altersbedingten Ausscheidens eines Mitglieds des Gerichts aus dem Staatsdienst geändert hat. Die 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 ist somit das Urteil der Vorinstanz vom 31. Januar 2017 bezüglich Dispositiv-Ziffern 1 und 3 mit Ablauf der unbenützten Frist zur Erhebung der Anschlussberufung am 24. Mai 2017 rechtskräftig geworden (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhrer/Leuenberger, ZPO Komm, Art. 315 N 6 und 15). Dies ist vorzumerken. 5. Ediktalzustellung Die Beklagte liess sich bereits im vorinstanzlichen Verfahren nach der Beantwortung der Klage nicht mehr vernehmen und bezeichnete trotz einer korrekt rechteilweise zugestellten und von einem "Mr E. _____" an der im Handelsregister von Jersey eingetragenen Geschäftsadresse der Beklagten (... [Adresse]) am 24. Juni 2014 entgegengenommenen Aufforderung kein Zustelldomizil in der Schweiz (Urk. 33A-35, Urk. 41; Handelsregistereintrag: <https://www.jerseyfsc.org/registry/documentSearch/NameDetail.aspx?Id=...>, Urk. 131). Die Beklagte ist nach wie vor im Handelsregister von Jersey mit dem Status "live" unter der Adresse ... [Adresse], eingetragen; das Rubrum wurde entsprechend angepasst. Bei dieser Ausgangslage können Zustellungen auch im Berufungsverfahren gestützt auf Art. 141 Abs. 1 lit. c ZPO durch Publikation im Amtsblatt des Kantons Zürich erfolgen.

- 7 - II. Materielles 1. Verletzung des Rechts auf Beweis / Beweis(führungs)last

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.