

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB170036-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Beschluss und Urteil vom 15. Dezember 2017

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend **Herausgabe Schuldbrief**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom
30. Juni 2017 (CG160059-L)**

Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 30. Juni 2017:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin innert 20 Tagen nach Rechtskraft des Urteils den auf ihrem Stockwerkeigentum, C.____-Strasse ..., Zürich ..., Grundbuchblatt 1 (480/1000 Miteigentum an GBBI. 2, Kat.-Nr. 3) lastenden Schuldbrief vom 27. Januar 2005 über den Betrag von Fr. 300'000.– (GBBI 1, Beleg ...) unentkräftet an der C.____-Strasse ... in Zürich auszuhandigen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 7'450.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss der Klägerin verrechnet. Im Mehrbetrag wird der Kostenvorschuss der Klägerin nach Eintritt der Rechtskraft zurückerstattet.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 13'640.– zu bezahlen (inkl. Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 700.–). Zudem hat der Beklagte der Klägerin den Kostenvorschuss in der Höhe der von der Klägerin bezogenen Gerichtskosten zu ersetzen.
5. [Schriftliche Mitteilung]
6. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 30 Tage]

Berufungsanträge:

"Innert Frist erhebe ich Einspruch und verlange, dass das vorliegende Urteil kassiert wird:

A. *wegen Irrtum, falscher Annahmen, nicht prüfbarer buchhalterischer Berechnungen und Verletzung des Rechtsgehörs* zu neuer Beurteilung beim OG

B. *eventualiter Rückweisung zu initialer Bestätigung des gesetzmässigen Gerichtsstandes am gesetzlichen Wohnort des Beklagten in Fribourg mit entsprechender Weisung* wie durchweg schlüssig immer verlangt oder

C. *alternativ zu neuer Beurteilung unter Würdigung aller Eingaben zum Rechtsbegehren* als Ausgangspunkt der klägerischen Klage (Herstellung des Rechtsgehörs)

Dies unter Kostenfolge für die klägerische Seite."

Erwägungen:

1. a) Am 21. Juni 2016 erhob die Klägerin beim Bezirksgericht Zürich (Vorinstanz) eine Klage auf Verpflichtung des Beklagten zur Herausgabe eines bestimmten Schuldbriefes (Urk. 2; samt Klagebewilligung vom 29. März 2016, Urk. 1). Der Beklagte erhob umgehend die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit (Urk. 7). Nach Eingaben beider Parteien hierzu (Urk. 20, Urk. 27) bejahte die Vorinstanz mit Beschluss vom 2. März 2017 implizit ihre örtliche Zuständigkeit und setzte dem Beklagten Frist zur Klageantwort an (Urk. 30). Dieser Beschluss wie auch die Nachfrist ansetzende Verfügung vom 10. April 2017 (Urk. 35) wurden vom Beklagten nicht abgeholt bzw. konnten ihm unter der angegebenen Adresse nicht zugestellt werden (Urk. 33, 34 und 37). Mit Urteil vom 30. Juni 2017 hiess die Vorinstanz die Klage gut (Urk. 39 = Urk. 44; Entscheid eingangs wiedergegeben).

b) Hiergegen hat der Beklagte am 21. August 2017 fristgerecht Berufung erhoben und die eingangs aufgeführten Berufungsanträge gestellt (Urk. 43 S. 1).

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung bereits aufgrund der vorliegenden Akten als unbegründet erweist, kann auf prozessuale Weiterungen verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. a) Die Vorinstanz erwog vorab, *Streitgegenstand* im vorliegenden Verfahren sei ein Namensschuldbrief über Fr. 300'000.--, der zur Sicherstellung eines Darlehens an die Klägerin in gleicher Höhe errichtet worden sei und seine Grundlage in einer Grundpfandabrede in einem öffentlich beurkundeten Kaufvertrag vom 30. Januar 2003 zwischen den Parteien habe (mit diesem hatte der Beklagte der Klägerin ein Grundstück – Stockwerkeigentum – verkauft und den Kaufpreis im genannten Umfang teilweise kreditiert; Urk. 5/5 S. 4). Die Klägerin mache geltend, das Darlehen mittels Ratenzahlungen und Verrechnungen vollständig abbezahlt zu haben (Urk. 44 S. 2).

Zu ihrer *örtlichen Zuständigkeit* erwog die Vorinstanz, es könne vollumfänglich auf den Beschluss vom 30. März 2017 verwiesen werden (Urk. 44 S. 6). Darin

hatte die Vorinstanz dargelegt, dass eine beklagte Partei zwar grundsätzlich an ihrem Wohnsitz einzuklagen sei, dass es jedoch Ausnahmen davon gebe. Eine solche Ausnahme sei ein vereinbarter Gerichtsstand (Gerichtsstandsklausel). Die Klägerin stütze sich auf eine Gerichtsstandsklausel im Vertrag vom 30. Januar 2003, in welcher vereinbart wurde, "der Gerichtsstand für allfällige Uneinigkeiten aus diesem Vertrag ist Zürich", und beim Anspruch auf Rückgabe eines Schuldbriefs nach erfolgter Tilgung des Darlehens handle es sich um einen schuldrechtlichen Anspruch, weshalb die streitgegenständliche Forderung auf Herausgabe des Schuldbriefs von der Gerichtsstandsklausel im Vertrag vom 30. Januar 2003 erfasst werde. Daran ändere nichts, dass die Herausgabe des Schuldbriefs vom 27. Januar 2005 verlangt werde, denn dieser sei infolge Beschädigung desjenigen vom 30. Januar 2003 an dessen Stelle erstellt worden. Ebenso unmassgeblich sei auch der von den Parteien am 17. Januar 2007 beim Friedensrichteramt D. _____ geschlossene Vergleich, gemäss welchem der Beklagte verpflichtet sei, der Klägerin den Schuldbrief nach Tilgung der auf Fr. 200'000.-- reduzierten Forderung auszuhändigen, denn ein Vergleich berühre die verfahrensmässigen Nebenabreden nicht. Damit sei die örtliche Zuständigkeit gegeben. Diese wäre sogar dann gegeben, wenn der Anspruch nicht unter die genannte Gerichtsstandsklausel fallen würde, denn Art. 31 ZPO sehe als weitere Ausnahme vom allgemeinen Gerichtsstand am Wohnsitz der beklagten Partei einen zusätzlichen Gerichtsstand am Erfüllungsort der charakteristischen Leistung vor. Beim Grundpfandvertrag sei dies die Errichtung und anschliessende Aushändigung des Schuldbriefs an den Grundpfandgläubiger, d.h. den Beklagten. Das Grundstück liege in Zürich und der Schuldbrief sei dem damals in Zürich Wohnsitz habenden Beklagten zu übergeben gewesen. Der Erfüllungsort sei somit Zürich. Gleich verhalte es sich, wenn man auf den Pfandvertrag vom 27. Januar 2005 abstelle; auch damals habe der Beklagte seinen Wohnsitz in Zürich gehabt. Die örtliche Zuständigkeit wäre schliesslich selbst dann gegeben, wenn man mit der Klägerin davon ausgehen würde, dass der Beklagte bei Einreichung des Schlichtungsbegehrens seinen Wohnsitz in Deutschland gehabt habe (Urk. 30).

Zu den *gescheiterten Zustellungen* erwog die Vorinstanz, der Beklagte habe mit gerichtlichen Zustellungen rechnen müssen und hätte deshalb eine Änderung

des Wohnortes dem Gericht mitteilen müssen. Die Verfügung vom 10. April 2017 (Nachfristansetzung für die Klageantwort) gelte daher als am 18. April 2017 gültig zugestellt. Da der Beklagte innert Nachfrist keine Klageantwort erstattet habe, sei er damit ausgeschlossen (Urk. 44 S. 4 f.). Das Gericht berücksichtige zwar alle Eingaben, die nach Massgabe des Gesetzes eingereicht worden seien; damit seien jedoch nicht unaufgefordert ergangene Eingaben gemeint. Die unaufgefordert ergangenen inhaltlichen Ausführungen des Beklagten hätten daher unberücksichtigt zu bleiben. Aber auch bei Berücksichtigung hätten sie nichts am Ergebnis des Verfahrens zu ändern vermocht (Urk. 44 S. 6 f.).

Zur von der Klägerin behaupteten *Tilgung* erwog die Vorinstanz, die Klägerin habe am 30. Oktober 2004 eine Zahlung von Fr. 50'000.-- geleistet. Als dies auf dem Schuldbrief hätte angemerkt werden sollen, habe sich herausgestellt, dass der Beklagte jenen gelocht habe, weshalb am 27. Januar 2005 ein neuer Titel über Fr. 300'000.-- errichtet worden sei. Am 10. August 2005 habe die Klägerin weitere Fr. 20'000.-- abbezahlt. Am 17. Januar 2007 hätten die Parteien beim Friedensrichteramt D. _____ einen Vergleich geschlossen, wonach die Schuld auf Fr. 200'000.-- reduziert worden sei und von der Klägerin in vier jährlichen Raten à je Fr. 50'000.-- per Ende 2007 bis 2010 zurückbezahlt werde. Die Klägerin habe die erste Rate am 10. Oktober 2008 bezahlt. Betreffend die zweite Rate habe die Klägerin am 9. Januar 2009 im Umfang von Fr. 17'800.-- die Verrechnung mit vom Beklagten geschuldeten Prozessentschädigungen etc. erklärt und am 14. Januar 2009 den Restbetrag von Fr. 32'200.-- bezahlt. Hinsichtlich der dritten und vierten Rate habe die Klägerin am 18. Mai 2011 und 30. Juni 2011 ebenfalls die Verrechnung mit Gegenforderungen von Fr. 43'040.60 (für Prozessentschädigungen und Verzugszinsen) und Fr. 61'043.15 (in hängigen Gerichtsverfahren umstrittene Forderungen) erklärt. Die Voraussetzungen für die Verrechnung seien erfüllt gewesen; dass der Beklagte hinsichtlich des letzten Verrechnungsbetrags erst nach der Verrechnungserklärung gerichtlich zur Zahlung der Forderungen verpflichtet worden sei, ändere nichts daran, da die Forderungen nicht erst mit der gerichtlichen Zusprechung entstanden seien. Die Klägerin habe damit ihre Schuld gegenüber dem Beklagten vollständig getilgt und deshalb Anspruch auf Aushändigung des Schuldbriefs (Urk. 44 S. 8 ff.).

b) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO; vgl. auch die Rechtsmittelbelehrung des angefochtenen Entscheids, Disp.-Ziff. 6). Zu dieser Begründungsanforderung gehört, dass in der Berufungsschrift dargelegt werden muss, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll; die Berufung muss sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz im Einzelnen auseinandersetzen. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen oder auch auf eine Haupt- und eine Eventualbegründung, muss sich die Berufung mit allen diesen Begründungen auseinandersetzen. Das Obergericht hat sodann die geltend gemachten Punkte frei und unbeschränkt zu überprüfen; es muss dagegen den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf weitere Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden und diese Fehlerhaftigkeiten würden klar zutage treten.

c) Der Beklagte macht in seiner Berufung vorab geltend, die gescheiterten Zustellungen seien darauf zurückzuführen, dass er wegen Krankheit sehr lange abwesend gewesen sei. Wenn eine Verfügung so wichtig gewesen sein sollte, hätte eine polizeiliche Zustellung veranlasst werden können. Niemand müsse damit rechnen, dass ein Gericht unsinnige Verfügungen verschicke, wenn der Gerichtsstand von Anfang an moniert worden sei (Urk. 43 S. 4 f.).

Dem ist entgegenzuhalten, dass der Beklagte nach seinen Eingaben betreffend örtliche Zuständigkeit (Urk. 7 und 27) sehr wohl mit einem Gerichtsentscheid rechnen musste, sei es mit einem Entscheid, mit welchem die örtliche Zuständigkeit verneint und demzufolge auf die Klage nicht eingetreten wird, oder mit einem Entscheid, mit welchem die örtliche Zuständigkeit bejaht wird (wie geschehen; Urk. 30), oder mit einer anderen prozessleitenden Verfügung. Von Unsinnigkeit des (u.a. Frist zur Klageantwort ansetzenden) Beschlusses vom 2. März 2017 kann keine Rede sein. Zu welcher Zeit der Beklagte wegen Krankheit "abwesend" gewesen sein will, legt er nicht dar, weshalb seine Krankheit schon aus diesem Grund nicht berücksichtigt werden kann.

d) Der Beklagte macht mit seiner Berufung sodann und zur Hauptsache geltend, die Vorinstanz sei örtlich nicht zuständig gewesen, weil er (der Beklagte) seinen Wohnsitz seit 2010 in Fribourg habe. Die Vorinstanz habe sich den Gerichtsstand angemasst (Urk. 43 S. 3-6).

Wie die Vorinstanz in ihrem Beschluss vom 2. März 2017 (Urk. 30) zu Recht erwogen hat, ist eine beklagte Partei zwar grundsätzlich an ihrem Wohnsitz einzuklagen (Art. 10 Abs. 1 lit. a ZPO), doch sieht das Gesetz Ausnahmen davon vor (vgl. die Einleitung bei Art. 10 Abs. 1 ZPO: "Sieht dieses Gesetz nichts anders vor"). Solche Ausnahmen sind etwa eine Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 17 ZPO) oder der Erfüllungsort (Art. 31 ZPO). Die Vorinstanz hat sodann in ihrem Beschluss vom 2. März 2017 ausführlich sowohl das Vorliegen einer Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der Gerichte in Zürich als auch das Vorliegen eines Erfüllungsortes Zürich bejaht (Urk. 30, oben Erwägung 2.a; von einer "Anmassung" des Gerichtsstands kann nicht die Rede sein). Die Berufung setzt sich mit den entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz in keiner Weise auseinander, weshalb es bei diesen bleibt.

e) Der Beklagte macht in seiner Berufung weiter geltend, er sei nicht mehr im Besitz bzw. Eigentum des Schuldbriefes, weil dieser mit Zession der gemeinsamen Hausverwaltung bereits 2006 übereignet worden sei (Urk. 43 S. 6).

Dieses Vorbringen wird im Berufungsverfahren erstmals erhoben; im vorinstanzlichen Verfahren hatte der Beklagte dies nicht geltend gemacht. Im Berufungsverfahren dürfen neue Behauptungen jedoch nur noch berücksichtigt werden, wenn sie im vorinstanzlichen Verfahren nicht vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Nachdem die Zession schon im Jahre 2006 stattgefunden haben soll, hätte diese Behauptung im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht werden können und kann daher im Berufungsverfahren nicht mehr berücksichtigt werden.

f) Der Beklagte macht in seiner Berufung weiter geltend, die Verrechnung könne nur für gegenseitig unstrittige Summen erfolgen. Alle im angefochtenen Ur-

teil zitierten Summen der Klägerin seien strittig und keineswegs definitiv, weshalb eine Verrechnung ausgeschlossen sei (Urk. 43 S. 7).

Diesen Vorbringen ist schon dadurch der Boden entzogen, dass die vorinstanzlichen Akten zwei Urteile des Bezirksgerichts Zürich vom 4. August 2014 (Urk. 14/1; CG090101-L) und vom 16. Februar 2015 (Urk. 14/2; CG100256-L) enthalten, mit welchen der Beklagte zur Zahlung von Fr. 207'437.95 nebst 5 % Zins seit 24. Januar 2008 sowie einer Parteientschädigung von Fr. 27'100.-- (Urk. 14/1) und zur Zahlung von Fr. 36'848.25 nebst 5 % Zins seit 30. April 2010 sowie einer Parteientschädigung von Fr. 5'600.-- (Urk. 14/2) an die Klägerin verpflichtet wurde.

g) Der Beklagte macht in seiner Berufung schliesslich geltend, der Streitwert des vorliegenden Verfahrens betrage nicht Fr. 300'000.--, sondern lediglich Fr. 200'000.--. Der Streitwert sei durch den Vergleich vom 17. Januar 2017 definitiv und neu festgelegt und auch der Schuldbrief entsprechend amortisiert worden (Urk. 43 S. 9, auch S. 3).

Im vorliegenden Verfahren im Streit liegt nicht die durch den Vergleich vom 17. Januar 2017 auf Fr. 200'000.-- reduzierte Forderung (Urk. 5/7), sondern der Schuldbrief als solcher (bzw. dessen Herausgabe), der als Sicherheit für die Forderung dient. Dieser lautete ursprünglich auf Fr. 300'000.--; auf welchen Betrag heute die *Schuldbrief*forderung lautet, steht nicht fest (insbesondere hat der Beklagte den Schuldbrief bzw. eine Kopie davon nicht eingereicht), weshalb die Vorinstanz zu Recht vom ursprünglichen Wert als Streitwert ausgegangen ist.

h) Die übrigen Berufungsvorbringen des Beklagten stellen keine genügenden Beanstandungen der vorinstanzlichen Erwägungen dar, weshalb auf diese nicht weiter eingegangen zu werden braucht.

i) Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung des Beklagten als unbegründet. Sie ist demgemäss abzuweisen und das angefochtene Urteil ist zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

3. a) Auch für das Berufungsverfahren ist von einem Streitwert von Fr. 300'000.-- auszugehen. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit § 12 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 5'000.-- festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Der Beklagte hat ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren gestellt (Urk. 43 S. 1 f.). Ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege setzt neben der Mittellosigkeit auch voraus, dass die Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen (Art. 117 lit. b ZPO). Die Berufung ist jedoch als aussichtslos anzusehen (vgl. vorstehende Erwägungen), weshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen ist.

d) Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Beklagten zufolge seines Unterliegens, der Klägerin mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung erfolgen mit dem nachstehenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 30. Juni 2017 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'000.-- festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Beklagten auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage der Doppel von Urk. 43, 45 und 46/1-12, an den Beklagten unter Beilage einer Kopie von Urk. 30, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 300'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 15. Dezember 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
kt