

DIE KRAFTLOSERKLÄRUNG VON WERTPAPIEREN

Prof. Dr. iur. Peter Jäggi
Universität Freiburg Schweiz

Vortrag, gehalten an der Generalversammlung des Schweizerischen Notaren-Verbandes in Solothurn, am 26. September 1954, Solothurn [ohne Datum]. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt. Ein weiterer Abdruck findet sich in: Peter Jäggi, *Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze*, Zürich, 1976, S. 437 ff.

[3] Vor einem Auditorium von Notaren kann ich darauf verzichten, die gesetzlichen Bestimmungen über die Kraftloserklärung von Wertpapieren (die sogenannte Amortisation) im einzelnen zu erklären oder auch nur aufzuzählen. Daher sei wie folgt vorgegangen: In einem ersten Teil rufen wir den Begriff des Wertpapiers und der einzelnen Wertpapierarten in Erinnerung. In einem zweiten Teil wollen wir uns vergegenwärtigen, auf welchen Tatbestand sich die Bestimmungen über die Kraftloserklärung beziehen und was für Interessen hierbei im Spiele stehen. Nach dieser allgemeinen Grundlegung können wir in einem dritten und wichtigsten Teile die Hauptregeln des Amortisationsrechts durchgehen.

I

Der *Begriff des Wertpapiers* wird bekanntlich vom Gesetz selber umschrieben: "Wertpapier ist jede Urkunde, mit der ein Recht derart verknüpft ist, daß es ohne die Urkunde weder geltend gemacht noch auf andere übertragen werden kann" (Art. 965 OR). Damit ist aber praktisch nicht viel anzufangen. Denn es geht daraus nicht hervor, wann im Einzelfall ein Recht mit der Urkunde in der angegebenen Weise verknüpft ist. Wir überlegen besser wie folgt:

Beim Wertpapier muß man zuerst unterscheiden zwischen der Urkunde und dem verurkundeten Recht. Die *Urkunde* ist sinnlich wahrnehmbar, ein mit Schriftzeichen versehener körperlicher Gegenstand. Das *Recht* dagegen ist eine nicht wahrnehmbare geistige Beziehung zwischen einem Gläubiger und einem Schuldner. Urkunde und Recht sind beide von Wert. Der Wert des Rechtes beruht auf der Leistung, die der Schuldner zu erbringen hat. Der Wert der Urkunde besteht darin, daß sie als Beweismittel, insbesondere als Legitimationsmittel, für die Ausübung des Rechtes nützlich oder gar notwendig ist.

Urkunde und Recht sind zweifach miteinander verbunden. Einmal durch die *Ausstellung* der Urkunde. Der Aussteller ist immer der Schuldner, so daß er mit der Ausstellung das verurkundete Recht anerkennt. Darauf beruht der Beweiswert der Urkunde. Diese Verbindung von Urkunde und Recht haben wir aber bei jeder Schuldurkunde. Das Wertpapier weist eben in erster Linie die Merkmale einer [4] gewöhnlichen Schuldurkunde auf und ist, wie jede Schuldurkunde, vorweg bedeutsam für den Beweis des Bestandes und des Inhaltes des Rechtes.

Urkunde und Recht können weiter dadurch miteinander verbunden werden, daß der Schuldner in der Urkunde nicht nur seine Schuld anerkennt, sondern darin überdies erklärt, daß die Urkunde bei der Geltendmachung des Rechtes durch den Gläubiger eine bestimmte Bedeutung haben soll. Eine Erklärung dieses Inhaltes können wir als *Urkundenklausel* bezeichnen. Sie kommt nicht bei allen Schuldurkunden vor, andererseits nicht nur bei den Wertpapieren. Die Schuldurkunden, die eine solche Erklärung aufweisen, nennen wir *qualifizierte Schuldurkunden*. Das Wertpapier ist in zweiter Linie als qualifizierte Schuldurkunde gekennzeichnet, also dadurch, daß im Wertpapier vom Schuldner erklärt wird, das Papier solle bei der Ausübung des verurkundeten Rechtes eine bestimmte Bedeutung haben.

Wir unterscheiden drei Arten von Urkundenklauseln. Jede qualifizierte Schuldurkunde enthält einmal die sogenannte *Präsentationsklausel*. Durch sie erklärt der Schuldner, zur Ausübung des Rechtes sei die Vorlegung (Präsentation) der Urkunde nötig. Mit dieser Klausel, die in Sparheften, Depotscheinen, Versicherungspolice und vielen andern Urkunden vorkommt, will der Schuldner im eigenen Interesse, zur reibungslosen Abwicklung des Verkehrs mit seinen Kunden, den Gläubiger veranlassen, daß er die Urkunde vorlegt, wenn er Zahlung verlangt. Rechtlich bewirkt die Präsentationsklausel, daß die Fälligkeit, zum mindesten der Schuldnerverzug, erst nach der Vorlegung eintritt. – Die zweite Art von Urkundenklauseln sind die *Legitimationsklauseln*. Durch sie behält sich der Schuldner das Recht vor, die Urkunde irgendwie als Ausweis über das Gläubigerrecht zu betrachten und sich durch die Leistung an den so Ausgewiesenen zu befreien, selbst dann, wenn dieser nicht Gläubiger sein sollte. Die häufigste Legitimationsklausel ist die Inhaber-Legitimationsklausel. Die meisten Sparhefte und Lebensversicherungspolice sind mit ihr versehen, auch viele andere Urkunden. Durch sie behält sich der Schuldner das Recht vor, jedem Vorweiser (Inhaber) der Urkunde zu leisten.

Die dritte Gruppe von Urkundenklauseln bilden die *Wertpapierklauseln*. Durch sie begründet der Schuldner nicht ein Recht zu seinen Gunsten, wie bei den Legitimationsklauseln, sondern eine Pflicht zu seinen Lasten. Es gibt drei Klauseln dieser Art: Am wichtigsten sind [5] die zwei qualifizierten Wertpapierklauseln: die Ordre- und die Inhaber-Klausel. Durch sie verspricht der Schuldner, er werde jeder Person leisten, die durch die Urkunde ausgewiesen ist. Der Ausweis durch die Urkunde muß bei der Ordre-Klausel darin bestehen, daß der Vorweiser aus dem Urkundentext als Berechtigter hervorgeht, während bei der Inhaber-Klausel schon die bloße Vorweisung als Ausweis genügt.

Viel weniger weit geht die dritte Wertpapierklausel, die man als die *einfache Wertpapier-Klausel* bezeichnen kann. Sie besteht in der Erklärung des Schuldners, er werde die geschuldete Leistung nicht erbringen, wenn der Ansprecher die Urkunde nicht vorweise. Durch diese Klausel wird der Schuldner nicht verpflichtet, einer bestimmten Person zu leisten, sondern nur verpflichtet, nicht zu leisten, falls jemand von ihm ohne Vorweisung der Urkunde Zahlung verlangt.

Die einfache Wertpapierklausel müssen wir besonders beachten. Aus drei Gründen: Erstens weil sie in der Praxis sozusagen *nie ausdrücklich* verwendet wird. Nie erklärt ein Urkundenschuldner ausdrücklich, er verpflichte sich, nur gegen Vorweisung der Urkunde zu leisten. Denn der Schuldner hat kaum jemals ein Interesse, dies zu erklären. Wohl aber ist die einfache Wertpapier-Klausel dem Sinne nach in zahlreichen Urkunden enthalten, als stillschweigender Inhalt des Urkundentextes. So normalerweise in jedem Ordre- und Inhaber-Papier. Denn wer sich verpflichtet, jedem durch die Urkunde Ausgewiesenen zu leisten, gibt damit schon im eigenen Interesse zu verstehen, er werde ohne Vorweisung der Urkunde nicht leisten. Aber auch die vorhin erwähnte bloße Präsentationsklausel schließt nicht selten den Sinn der einfachen Wertpapier-Klausel ein. An und für sich will zwar der Schuldner mit der Präsentationsklausel einfach den Gläubiger auffordern, sich bei der Ausübung des Rechts der Urkunde als Ausweismittel zu bedienen. Aber in vielen Fällen gewinnt diese Aufforderung für den Urkundeninhaber die Bedeutung eines Versprechens des Schuldners, er werde nur gegen Vorweisung der Urkunde leisten, nämlich immer dann, wenn die Präsentationsklausel verwendet wird für eine Urkunde, die zur Abwicklung des anonymen Schalterverkehrs dient, und wenn überdies das verurkundete Recht eine Neigung hat, im Verkehr

zu zirkulieren, wenn auch nur eine beschränkte. In solchen Fällen muß sich der Schuldner behaften lassen bei der Erklärung, daß zur Ausübung des Rechtes die Vorweisung der Urkunde erforderlich sei und nur gegen die Vorweisung geleistet werde. Urkunden dieser Art sind namentlich die Sparhefte und die [6] Kassenobligationen, soweit sie auf den Namen gestellt sind, mitunter aber auch andere Papiere, wie Anteilscheine von Genossenschaften und Lieferscheine, die bei Anleihsmissionen ausgestellt werden.

Der zweite Grund dafür, daß wir die einfache Wertpapierklausel besonders beachten müssen, ist der folgende: Davon, ob eine qualifizierte Schuldurkunde diese Klausel dem Sinne nach enthält, hängt ihr *Wertpapier-Charakter* ab. Wenn nämlich der Schuldner sich verpflichtet hat, nicht ohne Vorweisung der Urkunde zu leisten, so ist er berechtigt, die Leistung so lange zu verweigern, bis ihm die Urkunde vorgewiesen wird, mag der Ansprecher auch der bisherige Gläubiger sein und mag er auch sein Recht anderweitig beweisen. Die Urkunde ist dann also für den Gläubiger zur Rechtsausübung notwendig, Recht und Urkunde sind so miteinander verknüpft, wie dies dem gesetzlichen Wertpapierbegriff entspricht. Damit ist zugleich gesagt, was für Schuldurkunden Wertpapiercharakter haben: Es sind grundsätzlich alle Ordre- und Inhaberpapiere, unter Umständen aber auch Urkunden, die nur die Präsentationsklausel aufweisen, solche nämlich, bei denen diese Klausel den qualifizierten Sinn eines Versprechens hat, der Schuldner werde ohne Vorweisung der Urkunde nicht erfüllen; derartige Urkunden nennen wir Namenpapiere. Da nach dem vorhin Gesagten der Versprechens-Charakter der Präsentations-Klausel immer nur durch Auslegung ermittelt werden kann, ist klar, daß sich ohne nähere Prüfung und ohne juristische Kenntnisse gar nicht feststellen läßt, ob eine Urkunde mit Präsentations-Klausel ein Wertpapier ist oder nicht. Von daher stammen die unendlichen Erörterungen in der Literatur über den Wertpapierbegriff und die widerspruchsvollen Gerichtsurteile, die vor Erlaß des revidierten Obligationenrechtes über die Wertpapiernatur einzelner Urkunden gefällt wurden. Die Grenze zwischen dem Wertpapier und den qualifizierten Schuldurkunden, die nicht Wertpapiere sind, verläuft gewissermaßen unsichtbar durch die verschiedenen Urkunden mit Präsentationsklausel hindurch.

Wegen dieses unsichern Grenzverlaufs würden wir auf den Wertpapierbegriff besser verzichten, wenn nicht der Wertpapier-Charakter einer Urkunde gerade für die Kraftloserklärung von Bedeutung wäre. Darin liegt der dritte Grund, warum wir uns mit der einfachen Wertpapierklausel befassen müssen. Die Kraftloserklärung bezieht sich auf den Fall des Verlustes der Urkunde. Bei einem Verlust wirkt sich nun das Versprechen, nicht ohne Vorweisung der Urkunde zu erfüllen, als eine Art von Dauerblockierung aus. Der Schuldner ist [7] berechtigt, dem Verlierer die Leistung zu verweigern, weil er mit der Möglichkeit rechnen muß, daß sich die Urkunde in den Händen eines berechtigten Dritten befindet, dem er durch das in der Urkunde enthaltene Versprechen verpflichtet ist. Diese Blockierung kann, wenigstens grundsätzlich, nur durch ein richterliches Eingreifen gelöst werden, eben durch die Kraftloserklärung. Mit Recht wurde deshalb die *Amortisationsbedürftigkeit* als ein *Wesensmerkmal des Wertpapiers* bezeichnet. Doch darf man nach keiner Seite hin verabsolutieren. Es gibt Wertpapiere, bei welchen die Amortisationsbedürftigkeit fehlt, wie wir sehen werden. Und es gibt umgekehrt gewöhnliche Schuldurkunden, die amortisierbar sind. Letzteres trifft zu bei den Versicherungspolicen, die sozusagen nie Wertpapiercharakter haben. Die Amortisationsbedürftigkeit erklärt sich hier aus einem andern Grunde, den wir noch kennenlernen werden.

II

Mit diesen wertpapierrechtlichen Feststellungen sind wir bereits beim zweiten Teil angelangt. Der Tatbestand, mit dem sich das Amortisationsrecht befaßt, ist der eben erwähnte *Verlust eines Wertpapiers*. Er ist zunächst abzugrenzen von zwei andern Tatbeständen. Deren erster besteht darin, daß dem WertpapierSchuldner der Gläubiger des verbrieften Rechtes während längerer Zeit unbekannt ist. Diesen Fall des *Unbekanntseins des Gläubigers* regelt das Gesetz einzig für die

Grundpfandtitel, in Art. 871 ZGB, unmittelbar im Anschluß an die Kraftloserklärung dieser Titel, ja geradezu als Sonderfall einer Kraftloserklärung. Aber es handelt sich um einen andern Tatbestand. Denn beim Unbekanntsein des Gläubigers geht es nicht um die Entkräftung der Urkunde, sondern in erster Linie um die Zerstörung des verurkundeten Rechtes, die hier das Gegengewicht bildet gegen die Unverjährbarkeit der Grundpfandforderungen. Näher verwandt mit dem Urkundenverlust ist der Tatbestand der bloßen *Beschädigung der Urkunde*. Aber auch er beschlägt nicht die Kraftloserklärung. Die einzige Frage, die sich in diesem Falle stellt, ist die, ob der Gläubiger vom Schuldner die Ausstellung einer Ersatzurkunde verlangen kann. Hierauf gibt das gesetzte Recht wiederum nur für Grundpfandtitel eine Antwort, in Art. 64 der Grundbuchverordnung. Darnach hat der Grundbuchverwalter schadhaft gewordene Titel zu ersetzen. Meines Erachtens darf man annehmen, jeder Schuldner sei verpflichtet, dem Gläubiger auf dessen Verlangen eine beschädigte Urkunde zu ersetzen, sofern der Gläubiger die Urkunde zurückgibt [8] und die Kosten für den Ersatz vorschießt. Die Eidgenossenschaft hält sich jedenfalls an diese Regel. Wenn zum Beispiel eine Bundesobligation im Bankverkehr irrtümlich gelocht wird, so stellt die Eidg. Finanzverwaltung auf Kosten des Gläubigers einen Ersatztitel aus, gegen Rückgabe des beschädigten.

Den Tatbestand des Urkundenverlustes, mit dem wir uns allein zu befassen haben, müssen wir zunächst vom *Standpunkt des Verlierers* aus betrachten. Gewöhnlich ist der Verlierer der Gläubiger des verurkundeten Rechts. Er kann aber auch Pfandgläubiger, Nutznießer, Depositär oder sonst ein berechtigter Besitzer sein. Auch ein Unberechtigter kann Verlierer sein, zum Beispiel ein Dieb. Nicht selten ist der Verlierer der Schuldner selber. Namentlich bei abbezahlten, aber nicht entkräfteten Grundpfandtiteln privater Schuldner kommt dies vor. Im folgenden betrachten wir einzig den Normalfall: Der Verlierer ist Gläubiger. In was für eine Interessenlage gerät dieser durch den Verlust der Urkunde? Die Antwort hierauf ist einfacher, wenn wir zwei Verlusttatbestände unterscheiden: Zunächst den Fall der *Zerstörung* der Urkunde, mit Einschluß zerstörungsähnlicher Tatbestände. Hier weiß der Gläubiger, daß die Urkunde vernichtet oder doch dauernd dem Rechtsverkehr entzogen ist. Beispiele: Das Haus des Gläubigers wurde ein Raub der Flammen und mit ihm die darin aufbewahrten Wertschriften. Oder: Der Gläubiger hat die Urkunde selber vernichtet, aus Versehen oder in einem Wutanfall. Oder: Das Papier ist von einem Schiff aus samt der Mappe, in der es sich befand, in den See gefallen und ruht auf dem Seegrund, keinem Taucher erreichbar. In solchen Fällen geht das *Hauptinteresse* des Gläubigers dahin, die vorhin erwähnte Blockierung zu beseitigen und *vom Schuldner Zahlung zu erhalten*, obgleich die Urkunde nicht vorgewiesen werden kann. Ist das verurkundete Recht noch nicht fällig, so besteht noch ein zweites Interesse: Der Gläubiger möchte eine *Ersatzurkunde* haben, damit er das Recht verwerten, also veräußern oder verpfänden kann. Denn ohne Urkunde findet er dafür kaum einen Käufer oder Pfandnehmer.

Komplizierter ist der zweite Fall, den man als *Verlust im eigentlichen Sinn* bezeichnen kann. Er ist dadurch gekennzeichnet, daß die Urkunde nicht zerstört wird, sondern fortbesteht. Der Besitzverlust des Verlierers kann daher, früher oder später, zu einem Besitzerwerb durch einen Dritten führen. Beispiele: Der Gläubiger läßt im Zug eine Mappe mit Wertpapieren liegen und findet sie nicht mehr. Oder: Es werden Papiere gestohlen, durch einen Einbrecher oder durch [9] einen Angestellten, der durchbrennt. In solchen Fällen muß der Gläubiger nicht nur mit der Blockierung seines Rechtes rechnen, sondern noch mit zwei weiteren unliebsamen Folgen: Einmal, daß sein Recht untergeht, nämlich dadurch, daß der Schuldner einem dritten Vorweiser gutgläubig und daher mit befreiender Wirkung leistet. Sodann, daß ein Dritter das Recht von einem unberechtigten Besitzer gutgläubig erwirbt. Aus beiden Gründen hat hier der Gläubiger, neben den hievorigen erwähnten zwei Interessen, das weitere Interesse zu verhindern, daß der Urkundenverlust zu einem Rechtsverlust führt.

Je nach den Umständen geht also das Interesse des Gläubigers nach vier Richtungen: auf Leistung des Schuldners an ihn, auf Ausstellung einer Ersatzurkunde, auf Verhinderung der Leistung an einen Dritten und auf Verhinderung des Rechtserwerbs eines Dritten.

Stellen wir uns nunmehr auf den *Standpunkt des Schuldners*. Sein erstes *Interesse* geht natürlich dahin, die verurkundete Schuld überhaupt *nicht erfüllen zu müssen*. Hierin verdient er aber zum vorneherein nur dann Schutz, wenn der Urkundenverlust für ihn keinen Vorwand bildet, sich um die Leistungspflicht zu drücken. Die Umstände müssen so liegen, daß sich seine Stellung durch die Leistung an den Verlierer verschlimmern würde. Dies ist nun allerdings meistens der Fall. Denn der Urkundenverlust birgt für den Schuldner mannigfache Gefahren. Aus zwei Ursachen: Er kann wegen des Verlustes in eine üble Ungewißheit geraten, sowohl über die Tatsache des Verlustes, als über den Bestand oder Inhalt des verurkundeten Rechtes und über die Berechtigung des Verlierers. Außerdem muß der Schuldner gewärtigen, daß ein unbekannter Drittbesitzer ihn später zur Zahlung zwingen kann, sei es, weil dieser das Recht erworben hat, sei es, weil dessen Nichtberechtigung nicht bewiesen werden kann. Sehen wir uns diese Fälle etwas näher an:

Den Fall, daß der Schuldner wegen des Urkundenverlustes über den Bestand und den Inhalt des Rechtes selber nicht mehr Bescheid weiß, können wir beiseite lassen. Denn er kommt wohl nur bei gewöhnlichen Schuldurkunden vor, während der Wertpapierschuldner den Inhalt seiner Verpflichtung wohl regelmäßig aus den eigenen Büchern feststellen kann.

Die Ungewißheit darüber, ob überhaupt ein Verlust eingetreten ist, birgt zwei Gefahren in sich: Einmal ist es möglich, daß der angebliche Verlierer die Urkunde noch besitzt (oder sie wieder findet) und später ein zweites Mal Zahlung verlangt. Dieser Gefahr kann aber der Schuldner dadurch begegnen, daß er vom Verlierer eine [10] private Entkräftung verlangt. Bei gewöhnlichen Schuldurkunden ist damit dem Interesse des Schuldners an der Zahlungsverweigerung genügt. Das Gesetz gibt daher dem Schuldner in Art. 90 OR das Recht, die Leistung bis zur privaten Entkräftung zu verweigern, berechtigt ihn aber nicht, die gerichtliche Kraftloserklärung zu verlangen. Frühere kantonale Rechte, so das bernische und solothurnische, gingen hier weiter, indem sie (im Anschluß an das noch heute geltende österreichische Recht, § 1428 ABGB) dem Schuldner das Recht gaben, bei Verlust jeder Schuldurkunde die Leistung bis zur gerichtlichen Kraftloserklärung zu verweigern. Diese Regelung scheint aber keinem Bedürfnis des Verkehrs entsprochen zu haben. – Die zweite Gefahr besteht darin, daß der angebliche Verlierer zwar die Urkunde in der Tat nicht mehr besitzt, aber deshalb nicht, weil er das verurkundete Recht veräußert, verpfändet oder in Nutznießung gegeben hat. Der Schuldner, der dem Verlierer gleichwohl zahlt, riskiert wegen dieser Möglichkeit, später auch noch einem Dritten zahlen zu müssen.

Die Gefahr der Doppelzahlung besteht aber nicht nur wegen der Ungewißheit des Verlusteintrittes, sondern auch wegen der Möglichkeit des Dritterwerbs. Doch trifft dies nur bei Inhaber- und Ordre-Papieren zu. Denn bei diesen, und nur bei diesen, ist ein gutgläubiger Erwerb möglich. Außerdem kann der Schuldner bei Ordre- und Inhaber-Papieren leicht gezwungen sein, einem Unberechtigten leisten zu müssen. Denn er hat ja versprochen, dem auf Grund der Urkunde Ausgewiesenen zu leisten. Der durch die Urkunde ausgewiesene Drittbesitzer hat daher sein behauptetes Recht nicht weiter zu beweisen; der Schuldner müßte die Nichtberechtigung beweisen, was nicht immer möglich ist.

Immer dann, wenn der Schuldner aus den angeführten Gründen ein Interesse hat, dem Verlierer die Leistung zu verweigern, hat er auch ein *Interesse* daran, *keine Ersatzurkunde auszustellen*. Dieses letztere Interesse besteht unter Umständen sogar dann, wenn der Schuldner von der Leistung an den Verlierer nichts zu befürchten hat. Solange nämlich der Schuldner nicht weiß, ob die angeblich verlorene Urkunde nicht doch noch vorhanden ist, läuft er Gefahr, durch die Ausstellung einer Ersatzurkunde den Rechtsverkehr zu verwirren und sich Unannehmlichkeiten zuzuziehen, selbst dann, wenn der Verlierer eine private Entkräftigung vornimmt; denn diese wird ja dritten Urkundenbesitzern nicht bekannt. Das Interesse an der Nichtausstellung einer Ersatzurkunde hat den Gesetzgeber dazu geführt, die *Versicherungspolice* als amortisierbar zu bezeichnen. Die [11] Amortisierbarkeit dient hier nicht etwa dem Interesse an der Zahlungsverweigerung. Die schweizerischen Versicherungsgesellschaften haben allgemein die Übung, im ziemlich häufigen Fall des Policenverlustes die fällige Versicherungsleistung gleichwohl zu erbringen, gegen private

Entkräftung. Meines Erachtens sind sie sogar verpflichtet dazu, trotz der Amortisierbarkeit der Police. Dagegen stellen sie – mit Recht – eine Ersatzpolice nur dann aus, wenn die verlorene Police gerichtlich kraftlos erklärt wurde. Zwar haben sie keine Doppelzahlung zu befürchten, wenn die verlorene Police zum Vorschein kommt. Aber es ist für sie nicht angenehm, einem gutgläubigen Policeninhaber die Leistung verweigern zu müssen. Indessen ist folgendes zu bemerken: Der Verlierer einer Police hat an einer Ersatzpolice nur dann ein Interesse, wenn er den Versicherungsanspruch veräußern oder verpfänden will. Wünscht er nur den Inhalt der verlorenen Police zu kennen, so stellt ihm der Versicherer ohne weiteres eine formlose Abschrift der Police aus, so daß er den Richter nicht anzurufen braucht. Beizufügen ist ferner, daß der sogenannte Hinterlegungsschein, der bei der Policenverpfändung ausgestellt zu werden pflegt, überhaupt nicht amortisierbar ist.

Fassen wir nun den allfälligen *Drittbesitzer* der Urkunde ins Auge! Er besitzt das Wertpapier entweder zu Recht oder zu Unrecht. Zu Recht dann, wenn in Wirklichkeit gar kein Verlust vorliegt und der Dritte das Recht vom angeblichen Verlierer erworben hat. Bei einem wirklichen Verlust dagegen ist jeder erste Drittbesitzer nicht Gläubiger des verurkundeten Rechts. Er ist entweder Dieb, Veruntreuer oder Finder. Zu einem Rechtserwerb durch einen Drittbesitzer kommt es erst, wenn der erste Drittbesitzer das Recht weiter veräußert, und auch dies nur dann, wenn es sich um ein Ordre- oder Inhaberpapier handelt und die Voraussetzungen für den gutgläubigen Erwerb erfüllt sind.

Jeder Drittbesitzer hat ein *Interesse* daran, die Urkunde zu behalten und sie dazu zu benützen, um *vom Schuldner Zahlung zu erhalten*. Allein dieses Interesse verdient zum vorneherein nur dann Schutz, wenn der Drittbesitzer Rechtsträger ist. Der Dieb und der Veruntreuer, aber auch der Finder, müssen im Gegenteil zur Rückgabe der Urkunde gezwungen werden. Der berechtigte Drittbesitzer hat sodann ein weiteres Interesse: Der Rechtserwerb soll nicht nachträglich wegen des Urkundenverlustes dahinfallen, und es soll auch keine Ersatzurkunde ausgestellt werden.

[12] Neben den unmittelbar Beteiligten – Verlierer, Schuldner, Drittbesitzer – gibt es beim Urkundenverlust noch einen vierten Bereich von Interessen, die *Interessen des Verkehrs* in seiner Gesamtheit, worunter vor allem die Interessen derjenigen Personen zu verstehen sind, die in die Lage kommen, das verurkundete Recht auf Grund der verlorenen, aber immer noch vorhandenen Urkunde zu erwerben und dafür etwas auszulegen. Das Interesse des Verkehrs geht in erster Linie dahin, daß jedermann sich auf den Inhalt einer im Verkehr zirkulierenden Urkunde verlassen kann. Für den Fall, daß eine solche Urkunde wider Erwarten keinen öffentlichen Glauben verdient, geht das Interesse des Verkehrs dahin, daß diese Tatsache angemessen bekanntgemacht wird.

III

Nach der Darstellung der Interessenlage können wir auf den Hauptteil eintreten und uns fragen, was das Gesetz für den Fall des Urkundenverlustes vorsieht. Die Grundzüge der geltenden Regelung lassen sich in sieben Punkten zusammenfassen:

1. Der Urkundenverlust löst, für sich genommen, nur die vertraglichen Rechtsfolgen aus, nicht aber gesetzliche Rechtsfolgen.

Die Vertragsfolgen ergeben sich aus den Urkundenklauseln. Wir kennen sie bereits: Bei jedem Wertpapier tritt wegen des Verlustes eine Blockierung ein. Der Schuldner ist dem Verlierer gegenüber berechtigt, dem Drittbesitzer gegenüber verpflichtet, nicht ohne Vorweisung zu leisten. Bei einem Papier mit InhaberLegitimationsklausel ist der Schuldner zudem berechtigt, dem Drittbesitzer zu leisten, ohne dessen Berechtigung prüfen zu müssen. Bei einem Ordre- oder Inhaberpapier ist der Schuldner sogar verpflichtet, dem Drittbesitzer auf Grund des Urkundenausweises zu leisten; er trägt die Last des Beweises der Nichtberechtigung.

Zu diesen Vertragsfolgen treten keine gesetzlichen Folgen. Trotz des Verlustes bleibt das Recht

bestehen. Wenn beispielsweise ein Inhaberpapier zerstört wird, geht das Recht nicht etwa von Gesetzes wegen unter. Ferner bleibt der Verlierer Gläubiger, sofern er es vor dem Verlust überhaupt war. Zu einem gutgläubigen Dritterwerb kann es erst dann kommen, wenn ein Drittbesitzer vorhanden ist und er die Urkunde weiterveräußert. Sodann tritt auch die Fälligkeit des verkündeten Rechts trotz des Verlustes ein, es sei denn, das Recht werde erst mit der Vorlegung der Urkunde fällig. Schließlich wird auch der Verjährungslauf durch den Verlust nicht berührt.

[13] 2. *Der Verlierer kann seine Interessen unter Umständen mit ordentlichen Rechtsmitteln wahrnehmen.*

Ein solches Rechtsmittel ist zunächst die *Hilfe der Polizei*. Gegen die verbrecherische Entziehung seines Urkundenbesitzes kann der Verlierer die Polizei zu zwei Zwecken in Anspruch nehmen: Um nach der Urkunde zu fahnden und sie wieder in seinen Besitz zu bringen, aber auch um dem Schuldner die Zahlung an jeden Dritten zu verbieten. Das polizeiliche Zahlungsverbot wird vom Gesetz ausdrücklich erwähnt (Art. 978 Abs. 2 OR), aber im kantonalen Recht, in dessen Zuständigkeitsbereich es fällt, nirgends näher geregelt. Dringliche Zahlungsverbote kann meines Erachtens jeder untergeordnete Polizeifunktionär erlassen. Solche Verbote bedürfen dann aber der Bestätigung durch eine Gerichts- oder Verwaltungsinstanz, die der Polizei übergeordnet ist, also etwa durch einen Untersuchungsrichter oder einen Regierungsstatthalter. In beiden Fällen müssen die Urkunden, auf die sich das Verbot bezieht, genau bezeichnet werden, was in der Praxis häufig nicht der Fall ist; mitunter kann der Verlierer selber nicht sofort genaue Angaben machen.

Wenn der Drittbesitzer der Urkunde bekannt ist, hat der Verlierer ein zweites ordentliches Rechtsmittel, die *Klage auf Herausgabe der Urkunde*. Im damit eingeleiteten Zivilprozeß kann er als vorsorgliche Verfügung, zur Sicherung des Streitgegenstandes, ein gerichtliches Zahlungsverbot an den Schuldner bewirken.

Schließlich steht dem Verlierer auch der Weg der *Selbsthilfe* offen. Er kann insbesondere den Schuldner auffordern, Zahlungen an Dritte zu unterlassen. Der Schuldner wird damit bösgläubig, und dies bewirkt, wenigstens im Regelfall, daß er durch die Zahlung an einen Dritten nicht befreit wird. Doch braucht sich der Schuldner ein solches privates Zahlungsverbot nur als Sofortmaßnahme gefallen zu lassen. Er hat es meines Erachtens nicht mehr zu beachten, wenn es nicht innert angemessener Frist von einem amtlichen Zahlungsverbot gefolgt wird. Der Verlierer haftet dem Schuldner auch für den Schaden, der diesem wegen einer Zahlungsverweigerung allenfalls entsteht.

3. *Durch die besondern Bestimmungen über die Kraftloserklärung ermächtigt das Gesetz den Richter, die Vertragsfolgen des Urkundenverlustes zu beseitigen.*

Die vorhin (unter Ziff. 2) besprochenen ordentlichen Rechtsmittel dienen nur denjenigen Interessen des Verlierers, die bei Drittbesitz bestehen. Das Hauptinteresse, vom Schuldner Zahlung oder eine **[14]** Ersatzurkunde zu erhalten, wird damit nicht befriedigt. Diesem Interesse dient das besondere Institut der Kraftloserklärung. Dessen Kern ist eine richterliche Anordnung, welche die mit dem Verlust eingetretene Blockierung der Rechtsverhältnisse beseitigt und sämtliche Wirkungen der Urkundenklauseln aufhebt. In erster Linie wird dadurch der Schuldner von der Pflicht befreit, nicht ohne Vorweisung der Urkunde zu erfüllen. Mittelbar wird ihm damit das Recht entzogen, dem Verlierer die Leistung zu verweigern. Er wird also verpflichtet, dem Verlierer zu leisten, sofern wenigstens kein anderer Einwand gegen dessen Recht erhoben werden kann. Außerdem wird dem Schuldner das Recht entzogen, sich durch Leistung an einen Vorweiser der Urkunde zu befreien; desgleichen wird er von der allfälligen Pflicht, dem Vorweiser leisten zu müssen, entbunden. Anders ausgedrückt: Es wird kraft richterlicher Anordnung so gehalten, wie wenn der Verlierer im Besitz der Urkunde wäre. Die richterliche Anordnung ersetzt dem Verlierer die Urkunde.

Normalerweise besteht diese richterliche Anordnung in einer förmlichen Kraftloserklärung der Urkunde. Ausnahmsweise besteht sie einfach in einer Anweisung, der Schuldner solle dem Verlierer leisten, so beim Verlust einzelner Coupons. Die Leistung geht dann gemäß Art. 987 OR so vor sich, daß der geschuldete Betrag zunächst gerichtlich hinterlegt werden muß und nachher,

unter den Voraussetzungen des Abs. 2, dem Verlierer herauszugeben ist.

4. Das Verfahren, in dem der Richter die Vertragsfolgen des Urkundenverlustes beseitigt, gehört der freiwilligen Gerichtsbarkeit an und kann nur durch den Verlierer veranlaßt werden.

Damit ist zweierlei gesagt: Zur richterlichen Anordnung kommt es nicht in einem Prozeß, etwa zwischen Verlierer und Schuldner, oder zwischen Verlierer und Drittbesitzer. Das muß auf den ersten Blick verwundern, da doch zwischen diesen Personen Interessengegensätze bestehen. Allein der Gegensatz Verlierer - Drittbesitzer kann, wenn er überhaupt besteht, nur in einem Prozeß um die Rechtsträgerschaft ausgetragen werden, nicht in einem Verfahren, das auf die Beseitigung der Vertragsfolgen des Verlustes geht. Und zwischen dem Verlierer und dem Schuldner besteht ein Gegensatz nur so lange, als der Schuldner verpflichtet ist, nicht ohne Vorweisung zu leisten. Wird er hievon befreit und hat er nicht zu befürchten, einem Dritten leisten zu müssen, so fällt sein Interesse, dem Verlierer die Zahlung zu verweigern, dahin.

[15] Sodann wird das Verfahren vom Verlierer veranlaßt. Es wird also *nie von Amtes wegen* durchgeführt. Es besteht kein öffentliches Interesse an der Kraftloserklärung. Der Verlierer ist daher auch nie von Gesetzes wegen verpflichtet, das Verfahren einzuleiten. Nur beim Verlust eines Grundpfandtitels übt das Gesetz auf ihn mittelbar einen Druck aus, nämlich insofern, als der Grundbucheintrag erst nach Kraftloserklärung des Titels gelöscht werden darf (Art. 864 ZGB).

Wann aber hat der Verlierer einen Grund, beim Richter die Kraftloserklärung zu verlangen? Keineswegs in jedem Verlustfall, obwohl das Verfahren gerade seinem Interesse dient. Vor allem in den vier folgenden Fällen wird der Verlierer das Verfahren *nicht* veranlassen:

Einmal dann, wenn der Schuldner schon gutgläubig einem Drittbesitzer geleistet hat, was bei Ordre- und Inhaberpapieren sowie bei Papieren mit Inhaber-Legitimationsklausel möglich ist. In diesem Fall ist der Schuldner befreit, das Recht ist untergegangen, der Verlierer hat höchstens noch einen Ersatz- oder Bereicherungsanspruch gegen den Dritten.

Der zweite Fall liegt dann vor, wenn das verurkundete Recht schon verjährt ist. Die Kraftloserklärung hebt die Verjährung nicht auf. Ferner läßt der Verlierer das Gerichtsverfahren dann bleiben, wenn das Verfahren zuviel kostet im Verhältnis zum Wert des verurkundeten Rechtes. Die Kosten des Verfahrens betragen meistens 100-200 Franken. Sie treffen unter allen Umständen den Verlierer, nie den Schuldner oder den Staat.

Der interessanteste Fall ist für uns der vierte: Der Verlierer braucht sich dann nicht an den Richter zu wenden, wenn der *Schuldner aus freien Stücken bereit* ist, ihm *zu leisten* oder eine Ersatzurkunde auszustellen. Das trifft häufig zu, nämlich immer dann, wenn der Schuldner dem Verlierer trauen kann und nach den Umständen auch nicht fürchten muß, er könne von einem Dritten trotz der Richtigkeit der Angaben des Verlierers zur Zahlung gezwungen werden. Dieser Fall bildet bei den Namenpapieren sogar die Regel. Denn bei einem solchen Papier hat der Schuldner von einem Dritten nur dann etwas zu fürchten, wenn der Dritte das Recht vom Verlierer erworben hat, wenn also der Verlierer den Verlust wahrheitswidrig behauptet und in Wirklichkeit das Recht einem Dritten abgetreten oder verpfändet hat. Das sind Ausnahmefälle. Aber selbst bei Ordre- und Inhaberpapieren hat der Schuldner mitunter von einem Dritten nichts [16] zu befürchten, nämlich dann, wenn er selber weiß, daß die Urkunde zerstört ist.

Durch die freiwillige Leistung an den Verlierer verletzt der Schuldner allerdings seine Pflicht, nur gegen Vorweisung zu leisten. Aber diese Pflicht besteht eben nur im Interesse eines allfälligen Drittbesitzers, ist daher rein formell, wenn der Schuldner davon überzeugt ist, daß es keinen Drittbesitzer gibt. Diese Überzeugung kann sich der Schuldner auch unabhängig von den Angaben des Verlierers verschaffen, dadurch, daß er selber Nachforschungen nach der Urkunde anstellt, vielleicht sogar durch eine öffentliche Aufforderung, die er privatim erläßt. Befindet sich die Urkunde wider Erwarten bei einem Dritten, so wird dieser übrigens wegen der Leistung an den Verlierer nicht notwendigerweise in seinen Interessen verletzt. Sein Recht besteht gleichwohl noch, der Schuldner muß ihm leisten. Wenn der Schuldner dem Verlierer freiwillig leistet, so handelt er somit in erster Linie nicht auf Gefahr des Dritten, sondern auf eigene Gefahr. Gegen diese Gefahr

kann sich der Schuldner dadurch vorsehen, daß er dem Verlierer nur gegen Sicherheit leistet oder nur gegen das Versprechen der Schadloshaltung. Ein praktisches Beispiel: Vor 20 Jahren hat ein gemeinnütziger Verein unter seinen Mitgliedern ein Anleihen aufgenommen und dafür Inhaberpapieren zu 50 Franken ausgegeben. Zinsen hat er nie bezahlt, aber heute ist er wider Erwarten in der Lage, das Anleihen zurückzuzahlen. Mehrere Anleihegläubiger haben inzwischen die Obligationen zerstört oder verlegt, weil sie sie für wertlos hielten. Der Verein zahlt ihnen gleichwohl den Anleihebetrag zurück gegen die Erklärung, daß sie den Verein schadlos halten, falls die vermißte Obligation wider Erwarten durch einen gutgläubigen Besitzer vorgewiesen wird. Auf diese Weise läßt sich die Anrufung des Richters vermeiden, zur Zufriedenheit aller Beteiligten. – Ein anderes Beispiel: Wenn eine Aktiengesellschaft weiß, daß ein Inhaberpapier seine Aktien nur deshalb nicht vorweisen kann, weil sie bei einem Brand zerstört wurden, darf sie es riskieren, ihn zur Stimmabgabe an der Generalversammlung zuzulassen. Die Stimmabgabe ist gleichwohl gültig. Der Aktionär hat aber kein Recht auf die Zulassung. – In dieser Weise gehen meistens auch die Schuldner aus öffentlichen Anleihen (Gemeinwesen usw.) beim Verlust einzelner Zinscoupons vor. Sie zahlen den Zinsbetrag gleichwohl, gegen Schadloserklärung der Bank, die ihnen den Verlust meldet; die Bank deckt sich ihrerseits durch eine Schadloserklärung des Kunden. Das im Gesetz für den Verlust einzelner Coupons vorgesehene Verfahren wird deshalb in der Praxis nicht häufig angewendet.

[17] Bei den *Namenpapieren* trägt das Gesetz dem starken Bedürfnis nach außergerichtlicher Erledigung des Urkundenverlustes selber Rechnung durch Art. 977 Abs. 2 OR. Der Schuldner kann in der Urkunde zum voraus das Recht vorbehalten, dem Verlierer auch ohne gerichtliche Kraftloserklärung zu leisten. Weitaus die meisten Aussteller von Spar- und Depositenheften haben von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Für Sparhefte und ähnliche Urkunden, die vor Inkrafttreten des neuen Obligationenrechts ausgestellt wurden, gilt der erwähnte Vorbehalt sogar von Gesetzes wegen, kraft Art. 9 der Übergangsbestimmungen. Damit wird der Streit über den Wertpapier-Charakter dieser Urkunden vermieden. Meines Erachtens wird aber den Namenpapieren durch den erwähnten Vorbehalt die Wertpapier-Natur nicht genommen, entgegen anderslautenden Äußerungen in der Literatur. Denn der Schuldner bleibt grundsätzlich verpflichtet, nicht ohne Vorweisung der Urkunde zu leisten. Wenn er beispielsweise dem Zedenten eines Sparheftes leistet, der die Urkunde nicht vorweist, aber auch nicht deren Verlust behauptet, so wird er nicht befreit, während er befreit würde, wenn das Sparheft kein Namenpapier wäre. Praktisch wichtiger ist die Frage, ob der Schuldner, der den erwähnten Vorbehalt angebracht hat, verpflichtet ist, dem Verlierer zu leisten, oder ob er nach seinem Gutdünken die Leistung verweigern und auf der gerichtlichen Kraftloserklärung beharren kann. Das ist meines Erachtens eine Frage der Auslegung der Urkunde. Das Gesetz läßt beide Möglichkeiten zu. Der Schuldner sollte daher in der Urkunde klarstellen, welche Möglichkeit er wählt, ob er also auf die gerichtliche Kraftloserklärung schlechthin verzichtet oder sich nur das Recht vorbehält, im Einzelfall darauf zu verzichten.

Weil das Verfahren auf Kraftloserklärung der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehört, bedarf es einer besondern Regelung der *örtlichen Zuständigkeit*. Nach dem Gesetz ist der Richter am Wohnsitz des Schuldners oder am Erfüllungsort zuständig, je nachdem die Vorschriften über die Inhaberpapiere oder jene über den Wechsel anwendbar sind; auch für die Versicherungspolice ist im Sinne einer Ausnahme der Erfüllungsort vorgesehen. Hiezu zwei Bemerkungen: Für Obligationen des Bundes und der Bundesbahnen ist Bern als Schuldnerwohnsitz einziger Gerichtsstand. Der Umstand, daß der Bund für gewisse Streitsachen in jedem Kanton ins Recht gefaßt werden kann, ist unerheblich, da der Bund ja gar nicht Prozeßpartei ist. Sodann muß aus dem Wortlaut des Gesetzes geschlossen werden, daß auch bei Grundpfandtiteln der Richter am Wohnsitz des Schuldners zuständig ist, und nicht derjenige des Ortes, wo das [18] Grundpfand liegt. In diesem Sinne hat denn auch das basellandschaftliche Obergericht entschieden (SJZ 47 [1951] S. 296). Meines Erachtens liegt aber ein Versehen des Gesetzgebers vor. Mit der herrschenden Ansicht, der auch das Zürcher Obergericht in einem noch nicht veröffentlichten Entscheide folgte, ist anzunehmen, daß Grundpfandtitel vom Richter des Pfandortes kraftlos zu erklären sind.

5. Der Richter darf die Vertragsfolgen des Urkundenverlustes erst dann beseitigen, wenn er die Berechtigung des Verlierers und den Verlust der Urkunde für wahrscheinlich hält. Denn nur unter dieser Voraussetzung rechtfertigt es sich, das Interesse des Verlierers, ohne Urkunde Zahlung zu erhalten, zu schützen.

Daß der Richter die *Berechtigung* des Verlierers prüfen muß, ergibt sich aus dem allgemeinen Art. 971 Abs. 2 OR, während die spezielleren Art. 981 Abs. 3 und Art. 1074 Abs. 2 vom Verlierer nur verlangen, daß er den frühern Besitz der Urkunde glaubhaft mache. Dies rührt daher, daß der Besitz eben die Vermutung des Rechtes begründet, bei Inhaber- und blankoindossierten Ordre-Papieren für sich allein, bei den übrigen Papieren im Zusammenhang mit dem Urkundeninhalt. Wenn der Richter überzeugt ist, daß der Verlierer zwar die Urkunde besaß, aber zu Unrecht als Gläubiger auftritt, so darf er das Verfahren nicht an die Hand nehmen.

Aus dem eben Gesagten folgt, daß der Richter den wesentlichen Inhalt der Urkunde kennen muß, bei Namen- und Ordre-Papieren schon zur Prüfung der Berechtigung des Verlierers, bei den Inhaberpapieren zur *Identifizierung der Urkunde*. Auch dies wird vom Gesetz nicht ausdrücklich hervorgehoben. Bei den meisten Urkunden ist die Rekonstruktion des Urkundeninhaltes nicht schwierig. Zum mindesten ist sie mit Hilfe des Schuldners möglich, und der Schuldner ist dem Verlierer zu dieser Hilfe verpflichtet, was im deutschen Recht ausdrücklich festgehalten ist (§ 799 Abs. 2 BGB). Nur bei massenweise ausgegebenen Inhaberpapieren kann die Identifizierung schwierig sein. Hier kommt es auf die Angabe der Urkundennummer an. Wenn sie dem Verlierer nicht bekannt ist, läßt sie sich gewöhnlich ermitteln anhand der Notizen, die bei Zins- und Dividendenzahlungen gemacht wurden. Gelingt dies nicht, so ist die Kraftloserklärung ausgeschlossen.

Trotzdem der Richter die Berechtigung des Verlierers prüfen muß, ist nicht nur der Gläubiger, Pfandnehmer oder Nutznießer zur Einleitung des Verfahrens berechtigt, sondern auch derjenige, der die Urkunde als Verwahrer oder Beförderer verloren hat. Dies folgt zwar nicht aus dem Gesetz, wohl aber aus den Gesetzesmaterialien [19] (Bericht 1919, S. 186 f.). Wenn jedoch beispielsweise ein Depositar die Kraftloserklärung verlangt, so darf der Richter meines Erachtens das Gesuch nur dann entgegennehmen, wenn sich der Gesuchsteller entweder als Bevollmächtigter des Gläubigers ausweist oder zum mindesten dartut, daß die Voraussetzungen einer Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen.

Daß der *Verlust* der Urkunde glaubhaft ist, kann der Richter aus zwei Quellen erkennen: Einmal aus den Angaben des Verlierers über die Umstände des Verlustes. Diese können aber häufig nicht nachgeprüft werden. Die Praxis ist hier mit Recht nicht streng. Denn der Verlust folgt auch noch aus dem qualifizierten Zeitablauf, nämlich daraus, daß während längerer Zeit niemand weder das verurkundete Recht noch die daraus fließenden Zins- oder Dividendenansprüche geltend gemacht hat. Bei allen verzinslichen oder fälligen Rechten ist dies ein sehr starkes Indiz dafür, daß die Urkunde entweder keinen Besitzer hat oder einen solchen, der sich nicht zu zeigen wagt. Beim Verlust einzelner Zins-Coupons genügt daher der Zeitablauf für sich allein, um die Beseitigung der Vertragsfolgen zu rechtfertigen (Art. 987). Bei den übrigen Wertpapieren kommt hiezu noch die öffentliche Aufforderung an den allfälligen Drittbesitzer, sich zu melden. Hat die Aufforderung keinen Erfolg, so liegt darin ein weiteres Indiz für den Verlust. Doch darf die Bedeutung der Aufforderung nicht überschätzt werden, da sie nicht alle präsumptiven Urkundeninhaber erreichen kann. Sie wird mehr sicherheitshalber vorgenommen, gleich wie die Aufforderung im Verschollenheitsverfahren. Den Hauptgrund für die Kraftloserklärung bildet der qualifizierte Zeitablauf. Dementsprechend ist die öffentliche Aufforderung zu gestalten. Die Vorlegungsfrist sollte so angesetzt werden, daß in diese Frist mindestens ein Zins- oder Dividenden-Zahlungstermin fällt, damit aus der Nichteinforderung auf den Verlust der Urkunde geschlossen werden kann. Und der Amortisationsrichter sollte sich nach Ablauf der Vorlegungsfrist Gewißheit verschaffen, daß inzwischen kein Dritter beim Schuldner Ansprüche geltend gemacht hat. Das deutsche Recht macht dies dem Richter zur Pflicht (§ 1011 ZPO), während bei uns solche Anfragen nicht üblich sind.

6. Die Wirkung der richterlichen Kraftloserklärung erschöpft sich in der Beseitigung der Vertragsfolgen des Urkundenverlustes.

Wie wir dargelegt haben, beseitigt der Richter durch die Kraftloserklärung die mit dem Urkundenverlust zum Nachteil des [20] Verlierers eintretende Blockierung. Sonst wird aber die Rechtslage nicht geändert.

Der Richter äußert sich nicht über den *Bestand* des verurkundeten Rechtes. Der Schuldner hat weiterhin alle Einreden, insbesondere die der Verjährung. Durch das Amortisationsverfahren wird meines Erachtens nicht einmal der Verjährungslauf gehemmt oder unterbrochen. Eine Unterbrechung tritt nur dann ein, wenn sich der Schuldner im Verfahren äußert und darin eine Schuldanerkennung zu erblicken ist.

Der Richter stellt auch die *Berechtigung* des Verlierers nicht verbindlich fest. Dem Schuldner bleibt der Gegenbeweis offen, daß sich der Verlierer zu Unrecht als Gläubiger oder als dessen Vertreter ausgegeben hat.

Die Kraftloserklärung ändert ferner nichts an einem gutgläubigen Rechtserwerb, der seit dem Verlust der Urkunde eingetreten ist. Ja, er hindert meines Erachtens nicht einmal einen gutgläubigen Erwerb nach der Kraftloserklärung. Nur nimmt diese eben jedem Drittbesitzer der Urkunde, einem berechtigten so gut wie einem unberechtigten, die Legitimation, um vom Schuldner Zahlung zu verlangen. Der Drittbesitzer wird damit dem Schuldner gegenüber machtlos. Er kann nicht hindern, daß dieser mit befreiender Wirkung an den Verlierer leistet. Wer deshalb das verurkundete Recht nach der Kraftloserklärung erworben hat, oder schon vorher, aber ohne es geltend zu machen, kann sich nachher nur noch mit einem Bereicherungs- oder Schadenersatzanspruch an den Verlierer wenden. Der Schuldner ist aus dem Spiel. Sein Interesse, nicht zweimal zahlen zu müssen, ist schlechthin geschützt.

Nur mittelbar beeinflußt das Verfahren auf Kraftloserklärung die Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs, und zwar in zweifacher Hinsicht: Sobald eine Urkunde öffentlich aufgeboden wird, also schon *vor* der Kraftloserklärung, kann ein Bankier oder ein anderer gewerbsmäßiger Wertpapierhändler sie nicht mehr gutgläubig erwerben. Denn ein solcher Erwerber hat die öffentlichen Aufgebote zu beachten. Das gehört zu seiner Sorgfaltspflicht. Vom gleichen Zeitpunkt an hat sodann jeder gutgläubige Erwerber gegen seinen Veräußerer einen Gewährleistungsanspruch gestützt auf Kaufrecht, weil er ihm ein mangelhaftes Recht geliefert hat, gleichgültig ob der Veräußerer das Aufgebot gekannt hat oder nicht. Die Börsenusanzen sehen daher vor, daß der Veräußerer, der aufgerufene Papiere liefert, diese innert bestimmter Frist durch nicht aufgerufene zu ersetzen hat.

[21] 7. Der Fall, daß die verlorene Urkunde sich im Drittbefitz befindet, wird durch die Bestimmungen über die Kraftloserklärung nur sekundär und nicht abschließend geregelt.

Die Bestimmungen über die Kraftloserklärung zielen darauf ab, dem berechtigten Verlierer trotz des Urkundenverlustes die Leistung des Schuldners zu verschaffen. Dies erklärt sich daraus, daß der Gesetzgeber den Fall der Zerstörung der Urkunde unausgesprochen als Normalfall des Verlustes betrachtet. Das Amortisationsverfahren ist eben, wie der Name sagt, eine Nachbildung des Verschollenheitsverfahren, eine Totrufung der Urkunde, wie dies frühere Rechte nannten. Es soll den fehlenden Beweis ihrer Zerstörung ersetzen, gleich wie die Verschollenheitserklärung den fehlenden Nachweis des Todes ersetzt. Die öffentliche Aufrufung erfolgt, wie schon erwähnt, nur sicherheitshalber. Die Ausrichtung des Gesetzes auf den Zerstörungsfall rührt daher, daß die Kraftloserklärung der Inhaberpapiere früher größtem Mißtrauen begegnete und für den Fall, daß mit Drittbefitz gerechnet werden mußte, sogar abgelehnt wurde.

Das heutige Recht läßt die Kraftloserklärung in allen Verlustfällen zu. Aber die besondere Interessenlage bei Möglichkeit von Drittbefitz berücksichtigt es nur zum Teil, nämlich dadurch, daß es dem Amortisationsverfahren das *richterliche Zahlungsverbot* angeklebt hat, das vom Verlierer eigens verlangt werden muß. Dieses Verbot bewirkt, daß der Schuldner dem Drittbefitzer der Urkunde die Zahlung verweigern darf, trotz des Ausweises durch die Urkunde, und nicht befreit

wird, wenn er dem Dritten gleichwohl leistet. Auch dann, wenn eine vom Schuldner bezeichnete Zahlstelle leistet, wird der Schuldner nicht befreit. Er hat selber dafür zu sorgen, daß die Zahlstellen benachrichtigt werden. Dagegen hat er nicht für die Veröffentlichung des Verbotes zu sorgen.

Merkwürdigerweise sieht das Gesetz nicht vor, daß der Schuldner, dem gerichtlich (oder auch polizeilich) die Zahlung verboten wurde, die Urkunde, falls sie von einem Dritten vorgelegt wird, *anzuhalten* und zu treuen Händen zu nehmen hat. Das ist eine offensichtliche Lücke. Der Schuldner ist meines Erachtens zur Anhaltung verpflichtet. Läßt er die Urkunde wieder laufen, so schädigt er damit sowohl den Verlierer als den Rechtsverkehr.

Mit einem Zahlungsverbot ist dem Verlierer nicht immer gedient. Bei Ordre- und Inhaber-Papieren hat er überdies ein Interesse daran, daß kein gutgläubiger Dritterwerb stattfindet. Das französische Recht hat dieses Interesse in sehr weitem Umfang geschützt. (Loi du 15 juin [22] 1872 relative aux titres au porteur.) Es gestattet dem Verlierer, die Urkunde in einer öffentlichen Sperrliste als vermißt zu melden, mit der Folge, daß niemand mehr das Papier gutgläubig erwerben kann, selbst derjenige nicht, der die Sperrliste nicht gekannt hat. Unser Recht kennt einen solchen Schutz nicht. Wie bereits erwähnt, wird der gutgläubige Erwerb nicht unterbunden, nicht einmal durch die Aufgebote und die Bekanntmachung der richterlichen Kraftloserklärung. Das ist zu begrüßen. Denn der gutgläubige Erwerber wird schon genug dadurch betroffen, daß er bei Nichtbeachtung eines öffentlichen Aufgebotes vom Schuldner nicht mehr Zahlung erhält. Der Verlierer soll die Folgen seines Mißgeschickes selber tragen.

Wie berücksichtigt das Gesetz die *Interessen des Verkehrs*? Sofern sich die verlorene Urkunde im Verkehr befindet, werden diese Interessen durch das Zahlungsverbot und durch die Kraftloserklärung beeinträchtigt. Der Schutz des Verlierers einer nicht zerstörten Urkunde geht auf Kosten des Verkehrs. Diese Gefährdung wird vom Gesetz dadurch abgedämpft, daß die Amortisationsgesuche und die Kraftloserklärungen veröffentlicht werden müssen. Aber auch die Notwendigkeit, solche Veröffentlichungen zu beachten, belastet den Verkehr. Zum mindesten sollte dafür gesorgt sein, daß sich der Verkehr jederzeit rasch darüber orientieren kann, was für Papiere gesperrt und kraftlos erklärt sind und welche frühern Veröffentlichungen noch beachtet werden müssen. Das Gesetz bekümmert sich nicht darum, daß eine solche Sperrliste dem Verkehr zur Verfügung gestellt wird. Wir haben namentlich keine täglich erscheinende Sperrliste, wie sie in Frankreich herausgegeben wird. Indessen veröffentlicht das Handelsamtsblatt von sich aus, ohne daß dies vom Gesetz vorgeschrieben ist, periodisch eine Liste der aufgerufenen und kraftlos erklärten Papiere. Außerdem stellen Bund und Bundesbahn den Banken halbjährlich Sperrlisten über ihre Papiere zur Verfügung. Über die in der Schweiz zirkulierenden ausländischen Papiere gibt es nur private Sperrlisten einzelner Banken und der schweizerischen Bankiervereinigung.

Damit haben wir unsern Tour d'horizon beendet. Zum Schluß sei noch auf folgendes hingewiesen: Das Amortisationsrecht wurde in einer friedlichen Zeit ausgearbeitet. Es dient als Heilmittel in den relativ seltenen Fällen, da eine Urkunde verloren geht wegen eines Mißgeschickes oder einer menschlichen Unzulänglichkeit, wie sie im Alltagsleben vorkommen können. Sofern dagegen der Urkundenverlust zur Massenerscheinung wird, wie im letzten Krieg, müssen andere Vorkehren angewendet werden. So hat Holland besondere Gesetze [23] erlassen, um die deutschen Raubzüge nach holländischem Vermögen nachträglich soweit als möglich wieder unschädlich zu machen. Westdeutschland war gezwungen, im Jahre 1949 eine umfangreiche Wertpapierbereinigung in die Wege zu leiten, vor allem deshalb, weil sich der Vorkriegs-Wertschriftenbestand zu 80 % in Berlin befand und dort entweder verlorenging oder blockiert wurde. Diese deutsche Wertpapierbereinigung umfaßt Millionen von Fällen. In Berlin gingen übrigens auch schweizerische Anleihenstitel zu Grunde. Die Amortisation solcher Titel in der Schweiz ist relativ leicht zu bewirken. Da nämlich die Sowjetbehörden auf Anfragen über den Verbleib der Titel in der Regel nicht antworten, ist der Verlust glaubhaft gemacht. Unbefriedigend ist dagegen die Rechtslage dann, wenn ein fremder Staat schweizerische Anleihenstitel, die einem Privaten gehören, beschlagnahmt, gestützt auf Grundsätze, die unserer öffentlichen Ordnung widersprechen. Denken wir an die Beschlagnahme von jüdischem Vermögen unter dem Hitlerregime und an die

Konfiskationen, welche die kommunistischen Staaten durchführen. Nach unserem Amortisationsrecht kann der enteignete Inhaber nicht die Kraftloserklärung verlangen. Denn er kennt ja den Inhaber der Urkunde, so daß ihn unsere Rechtsordnung auf die Klage auf Herausgabe des Titels verweist (BGE 66 II 42 f.). Im Enteigner-Land ist aber dieser Rechtsweg verschlossen. Der Enteignete kann somit nicht verhindern, daß der beschlagnahmende Staat oder ein von ihm bestellter Strohmann den Titel in der Schweiz einlöst. Durch die Einlösung hilft der schweizerische Schuldner mit, das geschehene Unrecht zu vollenden. Wenn die gegenwärtigen Zustände andauern, wird unser Land das Amortisationsrecht auf solche Fälle ausdehnen müssen. Schöner wäre es allerdings, wenn es in Zukunft keine Staaten mehr gäbe, die auf legalisierten Raub ausgehen. Trotz der schweren Wolken, die das Bild der Gegenwart verdüstern, wollen wir hoffen, daß uns eine solche Zeit beschieden sei.