

Andreas Feuz

Von Schuldbriefen

Ein einfaches Sicherungsmittel ist komplexer als angenommen wird

Der Schuldbrief als herkömmliches und weitverbreitetes Kreditsicherungsinstrument scheint in seiner Anwendung einfach und leicht zu handhaben. Die Praxis zeigt aber, dass dem nicht immer so ist. Der Schuldbrief ist ein Wertpapier, in dem zwei Rechte von vollkommen unterschiedlicher Struktur verkörpert werden; einerseits die persönliche Forderung gegenüber dem Schuldbriefschuldner (Obligationenrecht), andererseits ein dem Sachenrecht zuzuordnendes Pfandrecht an einem Grundstück, das nicht zwingend dem Schuldner gehören muss. Sowohl bei der Errichtung, bei der Übertragung als auch beim Untergang spielen Wertpapier-, Sachen- und Obligationenrecht eine Rolle und auch das Vollstreckungsrecht, das aber die materielle Rechtslage unbeeinflusst lässt bzw. lassen muss. Der folgende Artikel beleuchtet einerseits die Problematik der «doppelten Forderungsgrundlage» und andererseits Aspekte des Drittpfandrechtes bei Schuldbriefen.

Grundlagen

Sachenrechtlich entsteht das Pfandrecht am Grundstück mit dessen Eintragung im Grundbuch. Die Ausfertigung des Schuldbriefes selbst ist wertpapierrechtlich zwar unentbehrlich, für das Pfandrecht selbst aber nicht konstitutiv. Als Gläubiger der im Schuldbrief verbrieften Forderung können eine oder mehrere namentlich genannte natürliche oder juristische Personen (Namenschuldbriefe) oder der Inhaber (bezeichnenderweise Inhaberschuldbriefe) bezeichnet werden. Namenschuldbriefe sind wertpapierrechtlich nicht Namenssondern gesetzliche Orderpapiere. Das Gesetz lässt aber ausdrücklich auch die Möglichkeit zu, den Namenschuldbrief auf den Namen des Grundeigentümers auszustellen. So entsteht ein sogenannter Eigentümerschuldbrief, da Schuldbriefgläubiger und Grundeigentümer/Schuldner identisch sind. Dasselbe kann bei einem Inhaberschuldbrief vorkommen, in diesem Falle spricht man aber nicht von einem Eigentümerschuldbrief sondern von einem «nicht begebenen Inhaberschuldbrief». Eigentümerschuldbriefe und «nicht begebene Inhaberschuldbriefe» werden zuweilen auch Eigentümergrundpfandtitel genannt. Sie werden weitgehend gleich behandelt.¹ Auch dies scheint alles noch recht

einfache Theorie, hat aber – wie weiter dargestellt werden wird – sowohl bei der direkten Hypothek wie bei der Pfandnahme von Schuldbriefen seine Tücken.

Namenschuldbriefe – das sogenannte direkte Grundpfandgeschäft

In der Bankpraxis werden Namenschuldbriefe für das sog. «direkte Grundpfandgeschäft» verwendet. Die Bank gibt dem Schuldner eine direkte Hypothek gegen die «Hinterlage»² eines Schuldbriefes, der entweder schon besteht oder noch errichtet wird. Der Schuldbrief wird auf den Namen

der Gläubigerbank errichtet oder auf deren Namen übertragen. Hier gilt es zu beachten, dass das Wertpapier- und das Grundbuchrecht die Regelung des Sachenrechtes (Art. 842 ff ZGB) überlagern. Die Forderung aus dem Schuldbrief entsteht, wie oben bereits dargelegt, mit der Eintragung des in der Urkunde enthaltenen Schuldbekennnisses, die verbrieft Wertpapierforderung entsteht dagegen erst mit der Begebung.³

Novation

Der Schuldner und Grundeigentümer errichtet und übergibt den Schuldbrief der Gläubigerbank aus einem bestimmten Rechtsgrund, dem sog. Grundverhältnis. Mit der Ausstellung und Begebung des Schuldbriefes wird der Gläubiger nun aber auch Gläubiger der abstrakten Schuldbriefforderung, die nicht mit derjenigen aus dem Grundverhältnis identisch ist, und auch nicht sein muss.⁴ Wie ist dieses Dilemma zu lösen? Der Gesetzgeber formuliert in Art. 855 ZGB eine für die Praxis nicht



Andreas Feuz,
Fürsprecher, Partner, Mitglied der
Geschäftsleitung Transliq AG, Bern/Zürich

¹ ZGB-STÄHELIN, N 6 zu Art. 859

² untechnischer Ausdruck, nicht zu verwechseln mit Verpfändung oder Sicherungsübereignung

³ SIMONIUS/SUTTER, Schweizerisches Immobilien-sachenrecht, Band II, Basel 1989, S. 251 / 259

⁴ BGE 105 III 128

zwingend praktikable Vermutung, wonach mit der Errichtung eines Schuldbriefes, das der Errichtung zu Grunde liegende Geschäft durch Novation getilgt werde. Die Vermutung gilt sowohl für den Fall, dass der Gläubiger gegenüber dem Schuldner vor der Ausstellung des Titels bereits eine Forderung hatte⁵, als auch für den Fall, dass der Gläubiger dem Schuldner erst gegen Übergabe des Schuldbriefes ein Darlehen gewährt⁶, was von Wiegand mit Recht bestritten wird⁷, weil in der Praxis eine Novation wohl von keiner der Parteien in keinem der Fälle gewollt oder vermutet wird.

Diese Vermutung der Novation kann umgestossen werden. Diese «andere Abrede» nach Art. 855 Abs. 2 ZGB wirkt aber nur unter den Vertragschliessenden oder gegenüber bösgläubigen Dritten. Der Ausschluss der Novation – beispielsweise durch Abschluss einer Sicherungsvereinbarung – kann formfrei, d.h. auch mündlich vereinbart werden. An den Nachweis der Abrede dürfen keine hohen Anforderungen gestellt werden, weil in der Praxis in den häufigeren Fällen von einem Nebeneinander von Schuldbriefforderung und zu sichernder Forderung ausgegangen wird.⁸ Hier gibt es Vertragsauslegungsprobleme, die für den Laien und zum Teil auch den Kreditspezialisten nicht mehr nachvollziehbar sind. Namentlich muss untersucht werden, ob die Nebenabrede als Vertrag für die Grundforderung gilt oder ob es sich um eine Ergänzung der Bestimmungen im Schuldbrief handelt. Falls es sich um eine Ergänzung bzw. reine Präzisierung der Tenorbestimmungen des Schuldbriefes handelt, besteht ein direktes Grundpfand im engeren Sinne, eine direkte Hypothek (eine Novation bei der Begebung ist somit, wie oben bereits dargestellt, gewollt).

Ist die Abrede anders formuliert und z.B. als Darlehens-, Kredit- oder Baukreditvertrag bezeichnet und wird auf den Schuldbrief als Sicherungsmittel verwiesen, so ist dies ein Indiz dafür, dass der Schuldbrief lediglich fiduziarisch übergeben wurde und dass eine Novation damit nicht gewollt ist. Die Rechtslage ist somit sowohl für die Bank als auch für den Kunden äusserst verwirrend und unbefriedigend, wenn man die Wirkung beachtet, die die Novation mit sich bringt.

Wirkung der Novation

Durch die Novation wird die Forderung aus dem Grundverhältnis getilgt, nicht wie im Gesetz festgelegt das Schuldverhältnis an sich.⁹ Dies ist folgenschwer, wenn die Forderung aus dem Grundverhältnis beispielsweise verbürgt war. Durch die Novation erlöschen neben der ursprünglichen Forderung nämlich auch deren Nebenrechte¹⁰ und damit allfällige Bürgschaften, sofern nicht deren Übergang auf die Schuldbriefforderung vereinbart wurde, was selten der Fall sein dürfte, da wie bereits erwähnt wohl keine der Parteien von einer Novationswirkung ausgeht (ausser aufgrund seiner bestimmten Interessenlage selbstverständlich jetzt der Bürge, was für die Auslegung aber wiederum keine Wirkung hat).

Mit der Novation werden vermutungsweise auch die fälligen Zinsen der Forderung aus dem Grundverhältnis getilgt,¹¹ was für den Schuldner nicht uninteressant sein könnte.

Die Kehrseite – Novation kann auch für Gläubiger Vorteile bieten

Die Novation als solche hat indessen für die Kreditinstitute nicht nur negative Seiten, es könnte in einigen Fällen für die Bank durchaus interessant sein, von der besprochenen novierenden Wirkung auszugehen und damit eine Forderung aus dem Schuldbrief selbst geltend zu machen und nicht diejenige aus dem Grundverhältnis, da mitunter auch bisher nicht eigentlich gedeckte Forderungen unter dem Mantel der sogenannten «abstrakten Schuldbriefforderung» im Zwangsverwertungsverfahren angemeldet werden können. Die Literatur zur Problematik der Deckungsverrechnung¹², d.h. zur sog. Margenverpfändung von nicht begebenen Schuldbriefmargen (freie Titelmarge) ist vielfältig.

Meines Erachtens ist in jedem Falle zwingend vorzusetzen

- dass die abstrakt geltend gemachten Forderungen, die konkreten Forderungen nicht übersteigen
- dass der Schuldner sich mit der Unterstellung einer zusätzlichen Forderung

unter die grundpfändliche Sicherheit einverstanden erklären muss

- dass klar als ungesichert bezeichnete Forderungen (Blankokredite) keinesfalls unter die grundpfändliche Sicherheit fallen können.

Die Form der Unterstellungserklärung ist frei, sie bedarf keiner öffentlichen Beurkundung, ja sie muss nicht einmal schriftlich sein. Es wird aber in jedem Falle Sache des Gläubigers sein, vorzutragen und zu beweisen, dass der Schuldner mit der Unterstellung einer Forderung unter die grundpfändliche Sicherheit einverstanden war. Hierzu ist entweder eine schriftliche Erklärung notwendig oder eindeutige Indizien. Zudem muss der Schuldner die Rechtsfolgen gekannt und gewollt haben. Formularverträge, wie sie häufig verwendet werden, sind nach den entsprechenden, hier als bekannt vorausgesetzten Regeln¹³ auszulegen.

Um derartigen «Auslegungsprobleme» zum vornherein aus dem Wege zu gehen, wählen Banken heute statt des direkten Grundpfandes im engeren Sinne die Instrumente der

- Sicherungsübereignung oder der
- Verpfändung von Eigentümerschuldbriefen oder Inhaberschuldbriefen.

Sicherungsübereignung¹⁴

Die Parteien können den Schuldbrief zu vollem Recht übertragen und gleichzeitig vereinbaren, dass die oben besprochene Novation nicht stattfindet. Damit stehen

⁵ BGE 119 III 106 f.

⁶ BGE 114 II 259

⁷ WIEGAND WOLFGANG, Theorie und Praxis der Grundpfandrechte, 1996, S. 90

⁸ ZGB-STÄHELIN, N 6 zu Art. 855, WIEGAND, a.a.O., S. 96, und SCHWARZ URS, BLSchKG 1995, S. 163 ff

⁹ BUCHER EUGEN, OR-AT, 409

¹⁰ Art. 114 Abs. 1 OR

¹¹ BK-LEEMANN, N 7

¹² die im Vergleich zur Forderungsverrechnung weit umstrittener sein dürfte

¹³ Geltungskontrolle; Unklarheitsregel; Ungewöhnlichkeitsregel/Inhaltskontrolle; bisher vom BGER verweigert

¹⁴ VOLLENWEIDER MARKUS, Die Sicherungsübereignung von Schuldbriefen als Sicherungsmittel der Bank, Diss. Freiburg 1994 (statt vieler)

dem Gläubiger gleichzeitig zwei Forderungen zu: diejenige aus dem Grundverhältnis (den Grundverhältnissen) und diejenige aus dem Schuldbrief selbst. Durch eine entsprechende Abrede in der Sicherungsübereignung erhält er die Schuldbriefforderung lediglich als fiduziarischer Eigentümer. In der Sicherungsabrede wird klar definiert, unter welchen Bedingungen die Verwertung des haftenden Grundstückes erfolgen darf, d.h. wann die vollen Eigentümerrechte aus dem Schuldbrief geltend gemacht werden können. Ebenso wird im Sicherungsübereignungsvertrag vereinbart, für welche Forderungen die Deckung gilt.¹⁵

Faustverpfändung von Schuldbriefen

Als weitere Möglichkeit kann der Titel vom Schuldbriefschuldner für die eigene oder eine andere Schuld hinterlegt werden, letzteres wird als Drittpfand bezeichnet. Hinterlegt der Schuldbriefschuldner einen auf den (seinen) Namen lautenden Schuldbrief, handelt es sich um einen Eigentümer-schuldbrief. Darin ist eine Forderung des Eigentümers gegenüber sich selbst verbrieft, verbunden mit der Möglichkeit, die Verwertung des Grundstückes zu verlangen, wenn die Schuld nicht titelgemäss verzinst und zurückbezahlt wird. Auch Inhabertitel können verpfändet werden, die Gläubigerin wird diesfalls nicht Grund- sondern Faustpfandgläubigerin.

Die Verpfändung von Grundpfandtiteln richtet sich nach den gesetzlichen Bestimmungen über das Pfandrecht an Forderungen und anderen Rechten¹⁶. Für die Begründung, den Umfang und die Wirkungen des Pfandrechtes massgeblich sind also die Normen des Fahrnispfandrechtes. Auch in diesem Bereiche sind aufgrund der eingangs geschilderten Kollision von verschiedenen «Rechtsgebieten» insbesondere grundpfandrechliche Vorschriften analog anwendbar. Die Besonderheit der Thematik liegt im Pfandgegenstand selbst, im Grundpfandtitel. Durch die Charakterisierung des Pfandtitels als Grundpfandrecht und Wertpapier müssen für die Lösung der sich ergebenden Probleme auch Grundpfand-¹⁷ und Wertpapierrechtsnormen¹⁸ herangezogen

werden; primär bleiben aber vorweg Fahrnispfandrechtsnormen anwendbar. Der Ansicht BINDERS¹⁹, wonach abweichende und ergänzende Vorschriften des Grundpfandrechtes den übrigen Bestimmungen vorgehen würden, kann in Anlehnung an MOSER²⁰ aus systematischen Gründen nicht gefolgt werden.

Drittpfand

Von einem Drittpfand sprechen wir, wenn ein Pfand für die Schuld eines Dritten hinterlegt wird, d.h. wenn A für die AAG einen auf ihn lautenden Schuldbrief hinterlegt, wobei das haftende Grundstück entweder A gehören kann oder in einem Sonderfall sogar Z (Fall B). Bei den weiteren rechtlichen Betrachtungen folgen wir dem Fall A. Der Fall B soll in einer späteren Nummer dieser Zeitschrift erörtert werden, wobei lediglich auf die unterschiedliche Handhabung eingegangen werden wird.

Fall A

A	Grundeigentümer
A	Schuldner, aus Eigentümer-schuldbrief (A schuldet A)
AAG	Schuldnerin gegenüber Bank B
A	Pfandgeber (Faustpfand-Eigentümerschuldbrief)

Fall B

Z	Grundeigentümer
A	Grundpfandgläubiger
	Z schuldet A, Sch.B. lautet auf A
AAG	Schuldnerin gegenüber Bank B
A	Pfandgeber (Faustpfand-Namensschuldbrief)

Kommt der Schuldner mit seinen Zahlungen in Rückstand, sei dies mit Zinsen oder mit der Rückzahlung an und für sich, wird die Bank die Forderung aus dem Grundverhältnis, nach den Bestimmungen des diesem zugrundeliegenden Vertrag, kündigen und die Verwertung des Pfandes – auch des Drittpfandes – androhen und durchführen. Andersartige Abreden (Einzugsrecht, private Verwertung), auf die zurückzukommen sein wird, vorbehalten, wird die Bank die Betreibung auf Faustpfandverwer-

tung einleiten, die letztendlich dazu führen wird, dass der Eigentümerschuldbrief versteigert wird.

Die Versteigerung eines Eigentümerschuldbriefes oder eines nicht begebenen Inhaberschuldbriefes erfolgt auf dem Wege des Faustpfandverwertungsverfahrens. Wer den Schuldbrief ersteigert, sei es der Pfandgläubiger oder eine Drittperson, erwirbt die darin verbrieft Grundpfandforderung und kann diese nach vorgenommener Kündigung mittels Betreibung auf Grundpfandverwertung gegen den Titelschuldner geltend machen. Bei der Versteigerung des Titels wird der Erwerber Grundpfandgläubiger der im Schuldbrief verbrieften Forderung, für die Kündigung des Titels und die Verzinsung gelten die im Schuldbrief genannten Bedingungen, es ist daher nicht einzusehen, weshalb hier durch gesonderte Abmachung im voraus Fristen und Termine abgeändert werden könnten. Durch die formelle Übertragung des Titels auf den Ersteigerer erfolgt die eigentliche Begebung des Schuldbriefes. Diese Theorie wird dadurch unterstützt, dass nach Art. 156 Abs. 2 revSchKG das Schuldbriefnominal auf den Betrag des Erlöses herabgesetzt wird. Nach der Versteigerung erfolgt die definitive «Trennung» von Grundforderung und Schuldbriefforderung, auch wenn unter Umständen in beiden Fällen die gleichen Kontrahenten gegenüberstehen. Soweit nicht aus dem Erlös aus der Verwertung des Schuldbriefes oder anderweitig getilgt, besteht die Grundforderung – nun ungesichert – weiter. Durch die SchKG-Revision 1997 erfolgte die Verhinderung der bislang möglichen, aber verpönten Doppelbelangung für den gleichen Betrag.

¹⁵ meist für alle Forderungen bei einer bestimmten Bank, wobei auch hier klar als Blankokredit definierte Vorschüsse nicht «gedeckt» werden können

¹⁶ Art. 899 ff ZGB

¹⁷ Art. 793 ff ZGB

¹⁸ Art. 965 ff ZGB

¹⁹ BINDER O, Die Verpfändung des Eigentümergrundpfandrechtes im deutschen und im schweizerischen Recht, Diss. Basel 1965, zit. bei MOSER PETER, Die Verpfändung von Grundpfandtiteln, Diss Zürich 1989

²⁰ MOSER PETER, a.a.O., S. 20 ff

Durch die Ersteigerung und Übertragung des Schuldbriefes erfolgt (im Fall A) dessen eigentliche Begebung, d.h. dass die Forderung aus dem Schuldbrief erst jetzt entsteht.^{21 22} Aufgrund dessen kann jetzt die Schuld aus dem Schuldbrief selbst gekündigt und gegenüber dem Grundeigentümer geltend gemacht werden. Für die Kündigung sind die Bedingungen im Schuldbrief massgebend. Aufgrund der fälligen, abstrakten Schuldbriefforderung kann nun im Rahmen einer weiteren Betreibung, derjenigen auf Grundpfandverwertung, das hafende Grundstück verwertet werden. Im Falle B handelt es sich um die Verpfändung eines bereits begebenen Schuldbriefes, auch hier ist aber der Ersteigerer erst jetzt als Grundpfandgläubiger legitimiert, die Forderung zu kündigen und anschliessend die Verwertung zu verlangen.

Kündigt der Grundpfandgläubiger die im Schuldbrief verbriefte, allenfalls nach Art. 156 SchKG reduzierte Forderung, und erfolgt durch den Grundeigentümer keine fristgerechte Zahlung, kommt es jetzt zur eigentlichen Verwertung des Grundstückes selbst und dies im Rahmen einer Betreibung auf Grundpfandverwertung. Hier ist gegen den Grundstückseigentümer vorweg das Einleitungsverfahren zu durchlaufen, inkl. Rechtsöffnungsverfahren, falls dieser Rechtsvorschlag erhebt. Auf die durchaus interessante und umstrittene Frage, wieweit der Grundpfandtitel in diesem Falle einen Rechtsöffnungstitel darstellt wird im Rahmen dieser Publikation nicht eingegangen, generell kann sie jedenfalls nicht bejaht werden.

Das Verfahren, bis der Faustpfandgläubiger zur Realisierung seiner Sicherheit gelangt, ist mitunter lang und mühselig. Dies ist aber der die Sicherheit entgegennehmenden Gläubigerin zum vornherein bekannt. In speziellen Fällen wird das Verfahren abgekürzt, sei dies durch noch zu besprechende, gesondert vereinbarte Ausnahmen (Selbsteintritt / Einziehungsrecht) oder aufgrund anderer Verfahren, die das laufende in diesem Sinne «überholen». Zuerst soll letzteres näher betrachtet werden.

Durchbrechung des Grundpfandrechtes in besonderen Fällen

In der gegen das Grundstück gerichteten Betreibung, d.h. im Falle der zwangsweisen Verwertung des Grundstückes infolge

- Konkurses
- anderweitiger Betreibung auf Grundpfandverwertung

wird das Faustpfand an Eigentübertiteln oder nicht begebenen Inhabertiteln teilweise wie ein Grundpfand behandelt. Hier spielt das Zwangsvollstreckungsrecht hinein. Der Gesetzgeber hat damit die Besonderheiten des Eigentümerschuldbriefes sanktioniert und ermöglicht es dem Faustpfandgläubiger in einzelnen Fällen der zwangsweisen Verwertung des Grundstückes, seine Rechte ähnlich wie ein Grundpfandgläubiger geltend zu machen. Ein Faustpfandgläubiger wird so im Rahmen eines anderweitig laufenden Grundpfandverwertungsverfahrens zum faktischen Grundpfandgläubiger, obschon er den Schuldbrief selbst noch gar nicht erworben hat, die Begebung des Schuldbriefes somit noch gar nicht erfolgt ist. Nach Art. 126 VZG werden zu Faustpfand begebene Eigentümerschuldbriefe so in den Kollokationsplan eingetragen, dass die Forderung als faustpfandgesichert, der Titel aber im Umfang der Faustverpfändung als grundpfandversichert im Lastenverzeichnis aufgenommen wird.

Mit dieser Sonderregelung will der Gesetzgeber eine selbständige Verwertung des Pfandtitels und damit eine Besserstellung des Faustpfandgläubigers gegenüber den übrigen Gläubigern verhindern. Es ist aber klar festzuhalten, dass der Faustpfandgläubiger an Grundpfandtiteln nicht Grundpfandgläubiger wird. Er erwirbt keine Rechte aus dem Titel und folglich keine Gläubiger-, sondern lediglich Pfandrechte. Von einem «Durchbrechen» des Grundpfandrechtes kann also trotz einer teilweisen Gleichbehandlung des Fahrnispfandgläubigers mit einem Grundpfandgläubiger nicht direkt gesprochen werden.²³ Die faktische Grundpfandgläubigereigenschaft hat nur Wirkung im laufenden Verfahren, wird dieses aus irgendwelchen Gründen nicht zu

Ende geführt, mutiert der «faktische Grundpfandgläubiger» wieder zum Faustpfandgläubiger.

Vor der Revision des SchKG wurde jedem Gläubiger, der über eine durch den Verwertungserlös nicht voll gedeckte fällige Forderung verfügte, ein Pfandausfallschein ausgestellt. Gegen den Grundeigentümer konnte somit noch persönlich vorgegangen werden. Neben dem betreibenden Pfandgläubiger waren das auch die nachgehenden Pfandgläubiger, die nicht selbst auf Pfandverwertung betrieben hatten, sofern und soweit deren Forderung fällig gewesen war. Konnte das Grundstück nicht verwertet werden, war allerdings nur dem betreibenden Gläubiger ein Pfandausfallschein auszustellen, weil die Pfandrechte der übrigen Gläubiger bestehen blieben. Nach dem revidierten Art. 120 VZG wird nunmehr lediglich dem betreibenden Gläubiger ein Pfandausfallschein ausgestellt. Allen übrigen Gläubigern hingegen – also auch den nachrangigen wird nur noch ein Ausweis über mangelnde Deckung ausgestellt, der keine besonderen Wirkungen hat. Dies gilt zufolge analoger Anwendung von Art. 120 VZG auch in der Betreibung auf Faustpfandverwertung.^{24 25}

Durch den Ausschluss der gesonderten Verwertung kann somit der Faustpfandgläubiger in keinem Augenblick mehr zum Grundpfandgläubiger werden, dies als Folge der Absage des Bundesgerichtes an die Kreationstheorie beim Schuldbrief und infolge der Verfahrensgestaltung bei der Verwertung von Grundstücken. Aufgrund dessen und aufgrund der dargelegten Situation nach revidiertem SchKG entsteht kein Pfandausfall und keine entsprechende persönliche Haftung des Drittpfandgebers.²⁶

²¹ SIMONIUS/SUTTER, a.a.O., S. 270 ff, STAEHELIN, AJP 1994, S. 1257 u. 61, WIELAND, Zürcher Kommentar, 1909, Art. 859 Ziff. 6 b, u.a. BGE 115 II 151 ff oder 107 III 133 ff; das Bundesgericht hat sich wiederholt gegen die sog. Kreationstheorie ausgesprochen

²² Der Schuldbrief lautet jetzt auf den Ersteigerer, Grundeigentümer schuldet dem Ersteigerer

²³ MOSER, a.a.O., S. 21

²⁴ SchKG-BERNHEIM/KÄNZIG, RN 13/14 zu Art. 158

²⁵ KUNZ PHILIPP, VZG 120 – neu und umstritten, IWIR 1998, S. 97ff

²⁶ DUBACH ALEXANDER, ZBGR 2000, S. 28

Diese Lösung deckt sich nach Rechtsprechung auch mit dem mutmasslichen Willen der Parteien.²⁷ Diese Konstruktion ist indessen gewagt, obschon sie im Ergebnis richtig ist. Ein Pfandausfall entsteht per definitionem in jedem Fall, wenn die Verwertung des Grundstückes die pfandrechtlichen Belastungen nicht deckt. Ob ein Pfandausfallschein ausgestellt wird oder nicht, hängt davon ab, ob bezüglich der in Frage stehenden Forderung schon ein Einleitungsverfahren/Rechtsöffnungsverfahren durchgeführt worden ist und ob die Erleichterung der Betreuung ohne nochmaliges Durchlaufen des Einleitungsverfahrens gerechtfertigt erscheint.²⁸ Die verfahrensmässig vorgeschriebene Nichtausstellung eines Pfandausfallscheines kann und darf an der materiellrechtlichen Tatsache nichts ändern. Auf der anderen Seite ist bei der Pfandgabe eines Schuldbriefes im Normalfall davon auszugehen, dass sich die Haftung des Pfandgebers auf die Verpfändung des Schuldbriefes beschränkt und damit nicht weiter eine persönliche Haftung für den Ausfall besteht. Wer einen Grundpfandtitel zu Faustpfand gibt, um damit die Schuld eines Dritten sicherzustellen, ist sich wohl bewusst, dass er damit eine Haftung mit dem entsprechenden Wertteil seines Grundstückes begründet. Er denkt aber kaum daran, dass die Pfandbestellung auch dazu führen könnte, dass er persönlich darüber hinaus noch für einen allfälligen Pfandausfall einzustehen haben würde.²⁹ In einem nicht publizierten Entscheid geht das Bundesgericht³⁰ davon aus, dass das Recht auf Ausstellung eines Pfandausfallscheines nur jenem Faustpfandgläubiger verwehrt sein soll, dem der Grundpfandeigentümer und Verpfänder nicht durch Vertrag auch persönliche Haftung zugesichert hat.³¹ Die Vollstreckungsbehörde hätte somit nach altem SchKG dies prüfen müssen. Wieweit das im revidierten Recht auch so ist, wurde nicht entschieden, es müsste aber unverändert so sein, da das Vollstreckungsrecht dem materiellen Recht zum Durchbruch verhelfen muss und nicht selbst ins materielle Recht eingreift.

Gleiches Szenario, unterschiedliche Rechtsfolgen

Wenn der verpfändete Schuldbrief im Rahmen eines Faustpfandverwertungsverfahrens ersteigert wird und dann durch den Ersteigerer selbst ein Grundpfandverwertungsverfahren durchgeführt wird, entsteht ein Pfandausfall, für den ein Pfandausfallschein ausgestellt wird und für den schliesslich auch eine persönliche Haftung des Grundeigentümers gilt.

Es kann nicht angehen, dass sich aus der gesonderten und nicht gesonderten Verwertung von Schuldbriefen aufgrund von Verfahrensvorschriften unterschiedliche Resultate entstehen. Folgt man dem vom Bundesgericht vorgezeichneten Weg³², müsste das Betreibungsamt auch im Verfahren der separaten Verwertung des Schuldbriefes und schliesslich des Grundstückes am Schluss prüfen, ob für den Ausfall eine persönliche Haftung vereinbart wurde oder nicht, da auch hier der mehrfach erwähnte Grundsatz gelten muss, wonach das Zwangsvollstreckungsrecht das materielle Recht nicht ändern darf.

Damit wird die Vollstreckungsbehörde hier in einem Beschwerdeverfahren und unter Anwendung der für die Auslegung von Formularverträgen gültigen Auslegungsregeln den Entscheid treffen, ob eine persönliche Haftung für den Pfandausfall vorliegt oder nicht. In seinem Entscheid vom 12. April 1996³³ hat das BGer eine persönliche Haftung für einen Pfandausfall verneint, wo im Rahmen einer Bestimmung zur «privaten Verwertung» das beneficium executionis realis ausgeschlossen worden war (Betreibung auf Pfändung, statt auf Pfandverwertung) und wo ausdrücklich vereinbart worden war, dass für den Mindererlös der Schuldner hafte, während der Mehrerlös dem Verpfänder zu vergüten sei. Es dränge sich aufgrund des Pfandvertrages auf, dass der Verpfänder somit nicht in gleicher Weise hafte, wie der Schuldner.

Nebst vielen weiteren auftretenden Fragen stellen sich wie oben bereits erwähnt, zentral zwei weitere:

a) Kann eine Faustpfandgläubigerin eines Schuldbriefes direkt auf Grundpfandverwertung betreiben?

b) Kann der Faustpfandgläubiger den Schuldbrief selbst freihändig ohne Zutun des Betreibungsamtes verwerten und sogar den Selbsteintritt erklären?

a) Das Einziehungsrecht des Faustpfandgläubigers

Beim direkten Grundpfand im engeren Sinne kann der Gläubiger die Schuldbriefforderung kündigen und einziehen. Leistet der Schuldner nicht, so hat er Betreuung auf Grundpfandverwertung einzuleiten. Die Verfallklausel ist verboten (*lex commissaria*)³⁴, der direkte Zugriff auf die Liegenschaft somit nicht möglich. Beim Forderungspfand ist der Pfandgläubiger grundsätzlich nicht berechtigt, die verpfändete Forderung einzuziehen. Wie mehrfach erwähnt bleibt lediglich die Betreuung auf Faustpfandverwertung. Dies gilt auch für die Verpfändung von nicht begebenen Inhaberschuldbriefen, auch wenn dies im Pfandvertrag ausdrücklich vereinbart worden ist. Bei verpfändeten Eigentümergrundpfandtiteln, gilt dies ebenso, da zum Zeitpunkt der Einziehung noch keine Forderung besteht, die eingezogen werden könnte.³⁵

Bezüglich der Zinsen, für die der hinterlegte Schuldbrief Deckung bieten wird, gilt es festzuhalten, dass lediglich für die Zeit seit der Begebung des Schuldbriefes Zinsen laufen können. Das heisst, dass für die gesicherte Forderung Zinsen zu den vertraglich vereinbarten Bedingungen zwar auflaufen, dass die grundpfändliche Deckung aber nicht parallel dazu läuft, sondern erst vom Tag der Begebung an, d.h. vom Tag der Ersteigerung des Titels oder vom Tag des Selbsteintrittes an, dafür dann maximal zum Maximalzinssatz, welcher nicht mit dem Zinssatz für die Grundforderung harmonie-

²⁷ BGE 107 III 133

²⁸ hier gibt es noch einen möglichen dritten Fall, dass das Einleitungsverfahren zwar durchgeführt wurde, die Verwertung aber von einem Dritten verlangt worden war; auch in diesem Falle wird aber kein Pfandausfallschein ausgestellt.

²⁹ BGE 107 III 133, ZBGR 63, S. 253

³⁰ noch nach «altem» SchKG

³¹ BLSchKG 1996, S. 131

³² Diskrepanzen zwischen AB SchKG BE und BGer, BLSchKG 1996, S. 74 und 131

³³ BLSchKG 1996, S. 132

³⁴ Art. 816 Abs. 2 ZGB

³⁵ STÄHELIN DANIEL, AJP 1994, S. 1260

ren muss. Diesem Umstand muss bereits bei der Kreditgewährung Rechnung getragen werden.

b) Selbsteintritt

Die grundsätzliche Zulässigkeit des Selbsteintrittes bei objektiv feststellbarem Wert der Pfandsache ist nach herrschender Lehre und Praxis allgemein anerkannt. Strittig ist, ob und wann der Selbsteintritt auch in den anderen Fällen zugelassen wird, in denen für den Pfandgegenstand kein Markt- oder Börsenpreis vorliegt, wie dies bei faustverpfändeten Schuldbriefen der Fall sein dürfte.

Fehlt ein Marktwert, ist der Selbsteintritt zulässig, wenn eine der folgenden Bedingungen erfüllt ist:

- Bei erklärter Zustimmung des Pfandgebers nach Fälligkeit der Pfandforderung, welche in diesem Zeitpunkt in den seltensten Fällen erhältlich sein wird
- Bei Genehmigung des Selbsteintrittes nach dessen Vollzug³⁶
- Bei Gewissheit, dass von vornherein keine Benachteiligungsgefahr mit dem Selbsteintritt verbunden ist, was nach den konkreten Umständen des Einzelfalles und unter Heranziehung der für die Doppelvertretung und die Selbstkontrahierung entwickelten Grundsätze zu beurteilen ist.

Der Selbsteintritt ist neben dem Selbstverkauf die zweite Art der privaten Verwertung und unterliegt grundsätzlich denselben Voraussetzungen und Rechtsfolgen. Im Unterschied zum Selbstverkauf veräussert der Pfandgläubiger den Pfandgegenstand jedoch nicht an einen Dritten, um sich aus dem Verkaufserlös bezahlt zu machen,

sondern er übernimmt den Pfandgegenstand zu Eigentum. Diese, der äusseren Form nach dem verbotenen Verfallsvertrag entsprechende Art der Befriedigung findet ihre Rechtfertigung im Umstand, dass der Schuldner keine Gefahr läuft, vom Pfandgläubiger benachteiligt zu werden, denn seine Interessen werden angemessen berücksichtigt. Einerseits in der Übernahme des Marktpreises, andererseits in der Abrechnungspflicht, in der Androhung der Verwertung und der Herausgabe des Überschusses, wobei bei der Verwertung von Schuldbriefen auf privater Basis nie mit einem Überschuss zu rechnen sein wird.

Ein Selbsteintritt muss somit einerseits vereinbart sein, andererseits muss der Selbsteintritt angedroht werden. Rechtsgrundlage der Androhungspflicht ist der Pfandvertrag selbst und das Gebot zum Handeln nach Treu und Glauben.³⁷ Zweck der Ankündigung ist es, dem Schuldner bzw. Eigentümer die Gelegenheit zu geben, die angedrohte Pfandverwertung durch Befriedigung des Pfandgläubigers abzuwenden und über die Rechtslage Klarheit zu gewinnen. Im weiteren darf sich wie erwähnt keine Benachteiligung des Pfandgebers ergeben. Letztere Bedingung scheint das Selbsteintrittsrecht bei Schuldbriefen zu verunmöglichen. Wann ergibt sich keine Benachteiligung für den Pfandgeber? Nur dann, wenn für den Schuldbrief ein objektiver Wert bezahlt wird, der sich am effektiven Wert der Deckung orientiert. Wird der Schuldbrief für einen zu tiefen Wert gekauft und auf diesen Preis herabgelöscht, wird die Bank einen Schaden davon tragen, der je nach dem in einer persönlichen Haftung des Grundeigentümers resultieren wird, für den die Bank selbst aber wieder haftbar gemacht werden kann. Der

Schuldner wird der Bank ohne weiteres entgegenhalten, den Preis für den Schuldbrief zu tief angesetzt zu haben. Wird der Schuldbrief zu einem zu hohen Preis übernommen, resultiert für den Grundeigentümer ein höherer Pfandausfall als gerechtfertigt wäre und die Bank muss sich den zu viel bezahlten Betrag allenfalls ebenfalls selbst anrechnen lassen.

Geht man davon aus, dass im konkreten Fall für Pfandausfälle keine persönliche Haftung besteht, steht einem Selbsteintritt – ebenfalls im konkreten Fall – der Faustpfandgläubigerin mit anschliessender Verwertung des Grundstückes nichts entgegen, da in diesem Sinne auch keine Benachteiligungshandlung zulasten des Pfandgebers mehr möglich ist.

Die Betrachtung dieser wenigen rechtlichen Kontroversen in Bezug auf die Heranziehung von Schuldbriefen zur Deckung von Kreditrisiken und insbesondere deren Verwertung zeigt, dass bei den gewählten Konstruktionen sowohl von Seiten der Banken als auch von Seiten der Rechtsprechung die Grenzen langsam erreicht sind. Die Komplexität der Materie hat die Redaktion der Blätter für zürcherische Rechtsprechung denn auch bereits vor längerer Zeit zur Frage veranlasst, ob mit der gesetzlich durchaus zulässigen Kombination von Eigentums-, Grundpfand- und Fahrnispfandrecht die Grenzen der Durchsichtigkeit der allgemeinen Verständlichkeit des Rechts erreicht worden seien.³⁸

³⁶ KOLLER, ZBJV 1994, S. 375/8

³⁷ ZGB-HONSELL/BAUER, N 24 und 25 zu Art. 891, BGE 119 II 344 ff

³⁸ ZR 81 Nr. 77 S. 185