
Sonderdruck aus:

Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von:

Rainer J. Schweizer / Herbert Burkert / Urs Gasser

ALFRED KOLLER

Nochmals zur Kreditsicherung
mittels Eigentümerschuldbriefen:
Ist die indirekte Sicherung
überholt?

ALFRED KOLLER

Nochmals zur Kreditsicherung mittels Eigentümerschuldbriefen: Ist die indirekte Sicherung überholt?¹

Inhaltsverzeichnis	Seite
I. Zum Thema	191
II. Die direkte Sicherung	192
1. Umfang der Sicherheit	192
2. Realisierung der Sicherheit	194
III. Die indirekte Sicherung	198
1. Einleitung	198
2. Umfang der Pfandhaft	200
3. Realisierung der Sicherheit	201
IV. Fazit	207

Beim vorliegenden Festschriftbeitrag handelt es sich um eine überarbeitete Fassung des Aufsatzes «Kreditsicherung mittels Eigentümerschuldbriefen – Direkte oder in-

¹ Literatur (Zitierweise: Die Autoren werden nur mit dem Verfassernamen, nötigenfalls mit einem präzisierenden Zusatz zitiert. Kommentarwerke werden mit dem Namen des Bearbeiters und einem Kürzel für den Kommentar [ZürK, BerK, BasK] zitiert): BÄR ROLF, Der indirekte Hypothekarkredit – Zur Sicherungsübereignung und Verpfändung von Schuldbriefen, in: Theorie und Praxis der Grundpfandrechte (hrsg. von WOLFGANG WIEGAND), Bern 1996, 105 ff.; BRÖNNIMANN JÜRGEN, Zwangsvollstreckungsrechtliche Risiken bei Grundpfandrechten, in: Theorie und Praxis der Grundpfandrechte (hrsg. von WOLFGANG WIEGAND), Bern 1996, 133 ff.; BRÜCKNER CHRISTIAN, Rechtsgeschäftliche Errichtung von Grundpfandrechten – Umfang des Formzwangs und zeitlicher Beginn der Pfandsicherheit, ZBGR 1996, 217 ff.; FAVRE DOMINIQUE/LINIGER MIRANDA, Cédules hypothécaires et procédure de mainlevée, SemJud 1995, 101 ff.; GILLIÉRON PIERRE-ROBERT, Les titres de gage créés au nom du propriétaire, donnés en cautionnement, dans l'exécution forcée selon la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, in: Mélanges PAUL PIOTET, Berne 1990, 273 ff.; GUHL THEO, Vom Schuldbrief, ZBJV 1956, 1 ff.; GUISSAN FRANÇOIS, Le nantissement et la saisie des cédules hypothécaires et lettres de rente appartenant au propriétaire même de l'immeuble grevé, JdT 1926 I, 231; HUBER HANS, Die Ansprüche der Faustpfandgläubiger von Eigentümerschuldbriefen im Konkurs des Pfandeigentümers, ZBGR 1979, 329 ff.; ISLER PETER, Der Umfang der Pfandhaft im Grundpfandrecht, ZBGR 1982, 193 ff.; JENT-SØRENSEN INGRID, Aktuelle Probleme der Faust- und Grundpfandverwertung, ZBGR 1995, 73 ff.; KOLLER ALFRED, Der Selbsteintritt des Pfandgläubigers, ZBJV 1994, 375 ff.; DERS., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, Bern 1996; LAREIDA EVA, Der Schuldbrief aus wertpapierrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 1986; MESSERLI BEAT, Die Verpfändung von Eigentümerschuldbriefen – Nachruf und Ausblick, AJP 2000, 440 ff.; MÖCKLI PETER, Das Eigentümergrundpfandrecht, Diss. Bern 2001; MO-

direkte Sicherung?», den ich vor rund vier Jahren in der ZGRG (1998, 88 ff.) publizierte. Ich kam damals zum Schluss, die indirekte Sicherung (Sicherung durch Verpfändung) sei der direkten (Sicherung durch fiduziarische Übereignung) gleichwertig. In einem rund zwei Jahre später publizierten Aufsatz stellt sich hingegen BEAT MESSERLI (zit. in FN 1) auf den Standpunkt, die direkte Sicherung sei vorzugswürdig, die indirekte Sicherung sei «überholt». Das hat mich veranlasst, die Frage erneut zu prüfen. Das Ergebnis sei vorweggenommen: Von meinem ursprünglichen Standpunkt bin ich nicht abgerückt. Zwar habe ich meine Auffassung in einzelnen Punkten modifiziert, das Konzept aber ist dasselbe geblieben. Davon abzuweichen bestand umso weniger Anlass, als ein namhafter Berufskollege in meinem früheren Aufsatz keine wesentlichen Mängel erkennen konnte: FRANCO LORANDI (Dr. iur., Lehrbeauftragter für SchKG an der Universität St. Gallen) kam vielmehr in allen zentralen Punkten zum gleichen Ergebnis. Für die Mühe, die er sich mit Lektüre und Stellungnahme gemacht hat, möchte ich ihm herzlich danken. Der Jubilar selbst hat sich in einer mündlichen Stellungnahme zuhanden einer Bank auf denselben Standpunkt gestellt. Damit waren für mich die letzten Zweifel beseitigt, und zudem sah ich mich gleichsam legitimiert, die Kreditsicherung durch Eigentümerschuldbriefe in der vorliegenden Festschrift erneut zu thematisieren.

SER PETER, Die Verpfändung von Grundpfandtiteln, Diss. Zürich 1989; LORANDI FRANCO, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Basel etc. 2000; PEÄFELI ROLAND, Verpfändung von Eigentümer- oder Inhaberschuldbriefen: Rechtsfolgen in der Zwangsverwertung; Überlegungen zu BGE 115 II 149; ZBJV 1991, 684 ff.; DERS., Theorie und Praxis zum Grundpfandrecht, recht 1994, 263 ff.; PIOTET PAUL, Le nantissement d'une cédula hypothécaire du propriétaire, JdT 1990 I, 130 ff.; RUBIN MARKUS, Grundpfandgesicherte Kredite in der Bankpraxis – Zur Wahl des Sicherungsverfahrens, in: Theorie und Praxis der Grundpfandrechte (hrsg. von WOLFGANG WIEGAND), Bern 1996, 19 ff.; SCHMID JÖRG, Sachenrecht, Zürich 1997; STMONIUS-PASCAL/SUTTER THOMAS, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. II: Die beschränkten dinglichen Rechte, Basel/Frankfurt a.M. 1990; STAEHELIN DANIEL, Zehn Fallen für Grundpfandgläubiger in der Zwangsvollstreckung, AJP 1998, 366 ff.; DERS., Betreibung und Rechtsöffnung beim Schuldbrief, AJP 1994, 1255 ff.; STEINAUER PAUL-HENRI, A propos de la constitution des cédulas hypothécaires, ZBGR 1997, 289 ff.; DERS., Les droits réels, T. III, Berne 1996; TRAUFFER BERNHARD, Die Grundpfandverschreibung im Rechtsverkehr, ZBGR 1998, 3 ff.; TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. A. Zürich 1995; VOLLENWEIDER MARKUS F., Die Sicherungsübereignung von Schuldbriefen als Sicherungsmittel der Bank, 2. A., Diss. Freiburg 1995; WIEGAND WOLFGANG, Die Grundpfandrechte – Die Konzeption des ZGB und ihre Entwicklung in der Praxis, in: Theorie und Praxis der Grundpfandrechte (hrsg. von WOLFGANG WIEGAND), Bern 1996, 63 ff.; WOLF STEPHAN, Zur Teilung von Namensschuldbriefen, ZBJV 1997, 242 ff.; ZOBL DIETER, Zur Sicherungsübereignung von Schuldbriefen, ZBGR 1987, 281 ff.; DERS., Die Rechtsstellung des Fahrnispfandgläubigers an einem Eigentümer-Wertpapier, insbesondere im Konkurs des Verpfänders, ZBGR 1980, 129 ff.; DERS., Probleme bei der Verpfändung von Eigentümerschuldbriefen, ZBGR 1978, 193 ff.

I. Zum Thema

1. Der Eigentümerschuldbrief stellt ein beliebtes Kreditinstrument dar. Insbesondere Bankkredite, auf die ich mich hier beschränke, werden häufig durch Eigentümerschuldbriefe sichergestellt. Dabei stehen sich zwei Sicherungssysteme gegenüber: Bei der indirekten Sicherung wird der Schuldbrief der Bank verpfändet. Bei der direkten Sicherung lässt sich die Bank den Schuldbrief zu Eigentum übertragen; die Eigentumsübertragung erfolgt jedoch bloss fiduziarisch²: Die Bank soll nur insoweit auf den Schuldbrief greifen dürfen, als dies nötig ist, um die Kreditforderung zu begleichen^{3,4}. Zwar erlangt die Bank sachenrechtlich volles Eigentum, sie ist jedoch obligatorisch verpflichtet, von den entsprechenden Befugnissen nur zur Sicherung ihrer Forderung Gebrauch zu machen⁵.

2. Der Begriff des Eigentümerschuldbriefs wird im folgenden in einem engen Sinne verwendet. Gemeint sind nur vollkommene (echte) Eigentümerschuldbriefe, also Schuldbriefe, bei denen der Eigentümer des mit dem Schuldbrief belasteten Grundstücks sowohl Gläubiger als auch Schuldner der Schuldbriefforderung ist, und somit zwischen Gläubiger, Schuldner und Pfand Eigentümer Personalunion besteht⁶. Der

² Die fiduziarische Abrede bildet den Rechtsgrund der Eigentumsübertragung. Schuldrechtlich handelt es sich um einen Innominatvertrag (VOLLENWEIDER, 77, 96 f.).

³ Direkt ist die Sicherung insofern, als die Bank direkt die Betreuung auf Grundpfandverwertung einleiten kann, wenn sie für ihre Kreditforderung nicht befriedigt wird (vgl. BAR, 105 ff., 108 und 114). Indirekt ist die Sicherung hingegen insofern, als primärer Sicherungsgegenstand nicht das Grundstück, sondern der Schuldbrief ist. Das zeigt sich insbesondere im Falle der Privatverwertung: wenn die Bank den Schuldbrief einem Dritten oder an sich selbst veräussert, statt die Schuldbriefforderung in Betreuung zu setzen und das Grundstück verwerten zu lassen. Die Sicherung durch fiduziarische Übereignung eines Schuldbriefs steht daher in der Mitte zwischen dem indirekten Hypothekengeschäft (typisches Beispiel: Verpfändung eines Schuldbriefs) und dem direkten Hypothekengeschäft (typisches Beispiel: Begründung eines Schuldbriefs auf den Namen der Bank, in der Meinung, dass die Schuldbriefforderung an die Stelle der ursprünglichen Kreditforderung treten soll [z.B. bei Konsolidierung eines bis anhin durch eine Grundpfandverschreibung gesicherten Baukredites]), vgl. z.B. STEINAUER, ZBGR 1997, 290 ff., B.; STAHELIN, AJP 1994, 1256 f.

⁴ Die Möglichkeit der Sicherung eines Kredites durch fiduziarische Übereignung eines Eigentümerschuldbriefs ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen, jedoch «seit jeher von Lehre und Praxis anerkannt worden» (BGE 119 II 328). Mangels einschlägiger Regeln können verschiedene Bestimmungen des Fahrnispfandrechts analog angewendet werden (VOLLENWEIDER, 55). Auch einzelne ungeschriebene Regeln des Fahrnispfandrechts sind bei der fiduziarischen Übereignung beachtlich, so etwa die Regel, dass die Privatverwertung nur zulässig ist, wenn sie dem Schuldner nicht nachteiliger ist als die Zwangsverwertung (vgl. unten III./3. Ziff. 3 lit. a, Text und FN 61).

⁵ Bundesgericht in ZBGR 1979, 110; ZOBL, ZBGR 1987, 283.

⁶ PRÄFFLI, recht 1994, 268 FN 46; LEEMANN, BerK, N 8 zu Art. 859 ZGB; MOSER, 36, m.w.Nw.; MÖCKLI, 33 FN 1, 71.

(vollkommene) Eigentümerschuldbrief kann auf den Eigentümer oder den Inhaber ausgestellt sein⁷. Je nachdem handelt es sich um ein Ordre- oder ein Inhaberpapier.

3. Im folgenden sollen die direkte und die indirekte Kreditsicherung durch Eigentümerschuldbriefe miteinander verglichen bzw. sollen die beiden Sicherungssysteme auf Vor- und Nachteile untersucht werden. Dabei stehen zwei Gesichtspunkte im Vordergrund: einerseits der Umfang der Sicherheit, andererseits deren Realisierung. Andere Aspekte bleiben ausser Betracht oder werden nur am Rande erwähnt. Nicht eingegangen wird z.B. auf die Frage, wie die beiden Sicherheiten zu bestellen sind.

II. Die direkte Sicherung

1. Umfang der Sicherheit

1. Wird die Bank für die Kreditforderung nicht befriedigt, so kann sie die Schuldbriefforderung in Betreibung setzen, das mit dem Schuldbrief belastete Grundstück verwerten lassen und sich aus dem Verwertungserlös bezahlt machen (s. unten II./2.). Inwieweit der Verwertungserlös der Bank zukommt, ergibt sich aus Art. 818 ZGB. Danach bietet der Schuldbrief der Bank Sicherheit

1. *für die Kapitalforderung*, d.h. die «im Schuldbrief verkörperte Forderung» (TRAUFFER, BasK, N 4 zu Art. 818 ZGB), nicht etwa die Kreditforderung;
2. *für die Kosten der Betreibung und die Verzugszinse*; mit den Verzugszinsen sind nicht jene der Kreditforderung, sondern jene der Schuldbriefforderung gemeint;
3. *für drei zur Zeit der Konkurseröffnung oder des Pfandverwertungsbegehrens verfallene Jahreszinse⁸ und den seit dem letzten Zinstag laufenden Zins*; mit den Zinsen sind wiederum diejenigen der Schuldbriefforderung gemeint (Weiteres unten in Ziff. 2).

Kommt es zur Zwangsverwertung des Pfandgrundstücks, so hat die Bank im umschriebenen Umfang Anspruch auf den Grundstückserlös, vorausgesetzt, die gesicherte Kreditforderung hat in entsprechender Höhe Bestand. Trifft dies nicht zu, steht der Erlös im Mehrumfang – selbstverständlich – dem Kreditnehmer zu.

⁷ Einzelne bezeichnen nur den Namensschuldbrief als Eigentümerschuldbrief (z.B. PFÄFFLI, recht 1994, 267 f., Text und FN 47; WIEGAND, 88, Text und FN 67). So auch Art. 156 Abs. 2 SchKG.

⁸ Bereits vor der Begebung des Titels zu (fiduziarischem) Eigentum wirft die Schuldbriefforderung Zinsen ab. Da jedoch vor der Begebung eine eigentliche Schuldbriefforderung zufolge Identität von Gläubiger und Schuldner nicht besteht, die Forderung vielmehr eine bloss fiktive ist, können auch bloss fiktive Zinsen auflaufen. Auch solche fiktiven Zinsen bilden Gegenstand der Grundpfandhaft gemäss Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB, s. Anm. 15.

2. Die nachstehenden Präzisierungen betreffen die Grundpfandgesicherten Zinsen der Schuldbriefforderung:

a) Der Zinsfuss der Schuldbriefforderung richtet sich nach dem Schuldbrieftenor. Doch können die Parteien in den Schranken von Art. 818 Abs. 2 ZGB⁹ vertraglich einen abweichenden Zinsfuss festsetzen. Üblicherweise wird im Schuldbrief ein *Maximalzinsfuss* angegeben (vgl. FN 9) und bezüglich der Höhe des Zinses auf die Sicherungsvereinbarung (bzw. auf eine sonstige separate Vereinbarung) verwiesen^{10, 11}. Der Maximalzinsfuss gibt lediglich an, bis zu welcher Höhe allfällige Zinsen der Schuldbriefforderung durch das Grundpfand gedeckt sind; er enthält also bloss eine Verpfändungserklärung, kein Schuldversprechen. Dieses findet sich in einer separaten Vereinbarung. Der Zinsfuss kann beliebig festgesetzt werden, er braucht mit dem Zinsfuss der Kreditforderung nicht übereinzustimmen¹².

⁹ Nach Art. 818 Abs. 2 ZGB darf der ursprünglich vereinbarte Zins nicht zum Nachteil der nachgehenden Pfandgläubiger über fünf vom Hundert erhöht werden. Eine Erhöhung ist freilich dann möglich, wenn alle nachgehenden oder konkurrierenden Grundpfandgläubiger zustimmen. Den nicht zustimmenden Gläubigern kann die Erhöhung nicht entgegengehalten werden, was aber nicht bedeutet, dass die Erhöhung nicht – im Nachgang zu den nicht zustimmenden Pfandgläubigern – pfandversichert ist (vgl. die Urteilsanm. von HUBER zum [insoweit missverständlichen] BGE 101 III 74 f. in ZBGR 1975, 290; BGE 115 II 358 f.). «Um im Falle einer Erhöhung des Zinsfusses auf über 5% die Zustimmungserklärungen nachfolgender Berechtigter nicht einholen zu müssen, behilft man sich in der Praxis damit, ein Pfandrecht für einen wesentlich höheren Zinssatz zu bestellen, als er tatsächlich vorgesehen ist (ausführlich SIMONIUS/SUTTER, 181 f., Rz. 77). Es wird von Anfang an ein Höchstzinsfuss (Maximalzinsfuss) z.B. von 8% vereinbart und im Grundbuch sowie auf der Grundpfandurkunde eingetragen. Bis zur Grenze von 8% und innerhalb der zeitlichen Schranken von Abs. 1 Ziff. 3 [von Art. 818 ZGB] berechnet sich diesfalls der Umfang der grundpfandlichen Deckung für die vertraglichen verfallenen Zinsen aufgrund der Summe der zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner für jeweilige Teilperioden vereinbarten Zinssätze» (TRAUFFER, BasK, N 16 zu Art. 818 ZGB, in Anlehnung an ISLER, 205; s. auch PFÄFELI, recht 1985, 271).

¹⁰ STAEHELIN, AJP 1994, 1266, unter Hinweis auf ZBGR 1968, 91 ff. – Vgl. BGE 115 II 350, wo folgendes abgemacht war: «Die Parteien vereinbaren, dass die Bank die oben erwähnte(n) Schuldbriefforderung(en) nebst drei verfallenen Jahreszinsen und dem laufenden Zins zu je 7% im Jahr, wofür der Schuldner seine persönliche Schuldpflicht anerkennt, anstelle von Forderungen irgendwelcher Art gegenüber dem Schuldner (...) geltend machen kann.»

¹¹ «Damit entsteht die eigenartige Konstellation, dass sich die Schuldpflicht für das Kapital aus dem Schuldbrief, die Höhe der Zinsen und damit die maximale Haftungssumme aus der nicht wertpapierrechtlichen Sicherungsabrede ergibt» (VOLLENWEIDER, 63).

¹² Es ist auch denkbar, dass zwar die Kreditforderung verzinslich sein soll, nicht aber die Schuldbriefforderung (man denke an den Fall, da die Schuldbriefforderung als solche derart hoch ist, dass sie die Kreditforderung samt Zinsen sicher zu decken vermag). Umstritten ist, wie es sich verhält, wenn die Parteien für die Kreditforderung ausdrücklich einen Zins festgelegt haben, für die Schuldbriefforderung hingegen nicht. Gilt diesfalls die Schuldbriefforderung ebenfalls als verzinslich (zum Zinssatz der Kreditforderung), oder gilt sie als unverzinslich? S. dazu STAEHELIN, AJP 1994, 1266, Text und FN 149 und 150; DERS., AJP 1998, 367.

b) Die Zinsen der Schuldbriefforderung unterliegen auch dann der Pfandhaft gemäss Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB, wenn kein entsprechender Anspruch auf Kreditzinsen besteht¹³, z.B. weil die Zinsen bereits bezahlt sind oder weil die gesicherte Kreditforderung zinsfrei ist, was allerdings für Kreditforderungen einer Bank nie zutreffen wird. Mit anderen Worten: Wenn die durch den Eigentümerschuldbrief gesicherte Forderung nur (mehr) Kapitalforderung ist, so schliesst dies nicht aus, dass die Bank den Grundstückserlös auch im Umfang der Schuldbriefzinsen für sich beanspruchen kann.

c) Solange der Schuldbrief in Händen des Grundeigentümers (Kreditnehmers) ist, solange also Schuldbriefgläubiger und Schuldbriefschuldner identisch sind, kann von einer eigentlichen, realen (Schuldbrief-)Forderung nicht gesprochen werden. Eine solche entsteht erst mit der Begebung zum Vollrecht¹⁴, also mit der fiduziarischen Übereignung an die Bank. Erst jetzt können auch reale Zinsen auflaufen. Es ist jedoch anerkannt, dass die Schuldbriefforderung bereits vor der fiduziarischen Übereignung in verschiedener Hinsicht wie eine wirkliche Forderung zu behandeln ist. Insbesondere ist anerkannt, dass sie gleichsam fiktive Zinsen abwirft, welche der Grundpfandhaft gemäss Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB unterliegen¹⁵.

2. Realisierung der Sicherheit

1. Bei der direkten Kreditsicherung wird die kreditgebende Bank Eigentümerin des Schuldbriefs und Inhaberin der Schuldbriefforderung. Als solche ist sie berechtigt, den Schuldbrief zu verwerten, wenn sie nicht befriedigt wird. Über die Art der Verwertung entscheidet die Sicherungsabrede. Mangels abweichender Vereinbarung ist die Bank berechtigt, für die Schuldbriefforderung Grundpfandbetreibung einzuleiten¹⁶ oder aber den Schuldbrief privat zu verwerten¹⁷, sei es durch Veräusserung an einen

¹³ BGE 115 II 349 ff. E. 2 und 3; TRAUFFER, BasK, N 11 zu Art. 818 ZGB; VOLLENWEIDER, 65.

¹⁴ Unten III./1., Text und FN 34.

¹⁵ Grundlegend BGE 44 II 252; der Anspruch des Schuldbriefeigentümers auf diese fiktiven Zinsen ist verpfändbar (s. den eben zitierten BGE und unten III./1., 2. Absatz).

¹⁶ Ja, sie muss sogar diese Betreibungsart wählen und kann nicht die gesicherte Forderung in Betreibung setzen (STAEHELIN, AJP 1998, 366, II.; Begründung bei ZOBL, BerK, Syst. Teil vor Art. 884-887 ZGB, N 1491, und VOLLENWEIDER, 137). Einer speziellen Ermächtigung bedarf die Einziehung der Forderung auf dem Wege der Grundpfandbetreibung nicht (vgl. VOLLENWEIDER, 134, mit Hinweis auf GUHL, 14 ff., ZBGR 1979, 108 ff., und BGE 115 II 352). Zur Frage, welcher Rechtsbehelf offensteht, wenn der Gläubiger statt auf Grundpfandverwertung auf Pfändung betreibt, s. LORANDI, N 43 f. zu Art. 17 SchKG. Vgl. demgegenüber FN 53 betr. der indirekten Kreditsicherung durch Eigentümerschuldbrief.

¹⁷ VOLLENWEIDER, 156 f.

Dritten, sei es durch sog. Selbsteintritt. Die private Verwertung spielt eine praktisch geringe Rolle¹⁸, sie soll daher erst an zweiter Stelle behandelt werden.

2. Grundpfandbetreibung kann die Bank einleiten, sobald die Schuldbriefforderung fällig geworden ist. Verzug ist nicht vorausgesetzt¹⁹, wird jedoch in aller Regel vorliegen.

a) Die Fälligkeit der Schuldbriefforderung richtet sich nach Art. 844 ZGB und allfälligen kantonalen Bestimmungen, welche in Abs. 2 von Art. 844 ZGB vorbehalten werden. Sieht man einmal von solchen Bestimmungen ab, so kann jede Partei die Schuldbriefforderung mit einer Frist von sechs Monaten auf einen üblichen Zinstag kündigen. Art. 844 ZGB ist allerdings dispositiv. Die Parteien können die Fälligkeit – vorbehaltlich zwingender kantonalen Bestimmungen – «beliebig gestalten» (LEEMANN, BerK, N 6 zu Art. 844 ZGB).

Bei einer fiduziarischen Übereignung, wie sie hier zur Diskussion steht, darf die Schuldbriefforderung jedenfalls nicht vor Fälligkeit der Kreditforderung geltend gemacht werden; das folgt aus dem Zweck der Sicherungsabrede²⁰. Die Fälligkeit der Schuldbriefforderung hängt mit anderen Worten von der Fälligkeit der Kreditforderung ab. Sinnvollerweise sind beide Fälligkeiten zu koordinieren, in der Weise, dass die Fälligkeit der Kreditforderung ohne weiteres auch die Fälligkeit der Schuldbriefforderung nach sich zieht²¹. Die Kündigung der Kreditforderung hat dann zur Folge, dass auf den Kündigungstermin hin auch die Schuldbriefforderung fällig wird. Ist die Kreditforderung nicht auf Kündigung gestellt, sondern ist ein bestimmter Verfalltag abgemacht, so wird am betreffenden Tag auch die Schuldbriefforderung fällig.

b) In welchem Umfang die Bank die Schuldbriefforderung in Betreibung setzen darf, hängt von der fiduziarischen Abrede ab. Soweit diese nichts anderes vorsieht, darf

¹⁸ ZOBL, 291 und 294; VOLLENWEIDER, 157.

¹⁹ ZOBL, ZBGR 1987, 291; DERS., BerK, Syst. Teil vor Art. 884-887 ZGB, N 1487; vgl. auch SCHMID, Rz. 1904, m.w.Nw., mit Bezug auf das Fahrnispfandrecht.

²⁰ STAHELIN, AJP 1998, 366, III.; DERS., AJP 1994, 1265. Vorbehalten bleiben anderslautende Abmachungen, etwa die, dass die Schuldbriefforderung schon vorzeitig eingezogen werden darf, das eingezogene Geld jedoch bis zur Fälligkeit der gesicherten Forderung den Regeln über das irreguläre Pfandrecht untersteht.

²¹ BGE 123 III 97 ff. In dem vom Bundesgericht beurteilten Fall hatte sich eine Bank das Recht ausbedungen, bestehende Geschäftsbeziehungen mit sofortiger Wirkung aufzuheben und die dadurch zur Rückzahlung fällig gewordenen Guthaben ohne weitere Kündigung einzufordern. Ferner war abgemacht, dass die Schuldbriefforderung aus dem sicherungsweise übereigneten Schuldbrief keiner vorgängigen Kündigung bedürfe. Das Bundesgericht hat diese Klauseln für gültig erachtet, ungeachtet der Tatsache, dass im Schuldbriefenot eine halbjährige Kündigungsfrist vorgesehen war. – S. auch ZOBL, ZBGR 1987, 291; LEEMANN, BerK, N 6 zu Art. 844 ZGB; ZR 1996, Nr. 48, 143 ff.

m.E. die *ganze* Schuldbriefforderung in Betreibung gesetzt werden. Und zwar auch dann, wenn die Kreditforderung kleiner ist als die Schuldbriefforderung. Nach anderer Auffassung darf die Bank die Schuldbriefforderung höchstens im Umfang der Kreditforderung geltend machen²². Dies wird damit begründet, Schuldbriefforderung und Kreditforderung müssten «in der Realisierungsphase gegenseitig abgestimmt werden» (VOLLENWEIDER, 164). Dass eine Abstimmung erforderlich ist, kann nicht bezweifelt werden. M.E. kann sie jedoch nach der Verwertung des Grundpfandes erfolgen, in der Weise, dass die Kreditforderung vom Verwertungserlös in Abzug gebracht und ein allfälliger Überschuss dem Schuldner (Kreditnehmer) herausgegeben wird. Dem fiduziarischen Eigentümer muss mit anderen Worten das Recht zugestanden werden, aufgeschoben abzurechnen²³.

Allerdings dürfte im Normalfall für die Bank kein Bedürfnis bestehen, die ganze Schuldbriefforderung geltend zu machen, falls die Kreditforderung kleiner ist als jene. Vielmehr hat sie schon aus Kostengründen alles Interesse daran, nur gerade den im Grundverhältnis geschuldeten Betrag in Betreibung zu setzen. Daneben können «selbstverständlich die laufenden Zinsen beansprucht werden» (ZOBL, ZBGR 1987, 292). Gemeint sind die laufenden Schuldbriefzinsen.

Ist der Schuldbriefzinsfuß höher als der Kreditzinsfuß, so wird die Bank den laufenden Schuldbriefzins nur im Umfang des Kreditzinses in Betreibung setzen. Im umgekehrten Fall wird sie ihn in vollem Umfang geltend machen. Die Zinsdifferenz²⁴ kann sie über die Schuldbriefforderung ausgleichen²⁵. Das heisst, sie kann die Schuldbriefforderung in einem

²² So VOLLENWEIDER, 164 ff.; BÄR, 115 a.E., 123; ZOBL, BerK, N 161 zu Art. 901 ZGB, DERS., ZBGR 1987, 292; STAEHELIN, AJP 1994, 1260 r.Sp. Der von VOLLENWEIDER zitierte Art. 82 Abs. 2 aSchKG sieht dies jedoch nicht vor, ebensowenig der von BÄR zitierte Art. 85 der Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken.

²³ Vgl. analog unten III./3. Ziff. 3. Dort wird ausgeführt, dass sich die Bank bei der indirekten Kreditsicherung das Recht ausbedingen kann, den Schuldbrief zu verwerten und hierauf mit dem Schuldner (Kreditnehmer) abzurechnen. Eine solche Abrede entspricht bei der direkten Kreditsicherung mittels eines Eigentümerschuldbriefs dem hypothetischen Parteiwillen. Sicherheitshalber wird sich allerdings die Bank das Recht zur aufgeschobenen Abrechnung *ausdrücklich* in ihren AGB vorbehalten. Eine solche Abrede verstösst nicht etwa gegen Art. 894 ZGB (missverständlich STAEHELIN, AJP 1994, 1260). Denn diese Bestimmung, welche für die fiduziarische Übereignung eines Schuldbriefs analog anwendbar ist (unten FN 27), verlangt zwar, dass abgerechnet wird, sie äussert sich aber nicht zum Zeitpunkt der Abrechnung.

²⁴ Vgl. VOLLENWEIDER, 166 ff.

²⁵ A.A. VOLLENWEIDER, 166 ff. S.E. muss die Bank Zinsverluste in Kauf nehmen, auch wenn die Schuldbriefforderung an sich ausreicht, um die Kreditzinsen zu decken. Diese Auffassung ist mit dem in der fiduziarischen Abrede zum Ausdruck kommenden Parteiwillen m.E. nicht vereinbar. Dass das SchKG, wie VOLLENWEIDER der Sache nach annimmt, diesen Parteiwillen nicht respektieren würde, darf nicht angenommen werden. Dem Vollstreckungsrecht kommt nur dienende Funktion zu, es hat keine Einschränkung der Privatautonomie zum Inhalt.

die Kreditforderung übersteigenden Masse geltend machen, um so Zinsverluste zu vermeiden. Dies selbstverständlich nur dann, wenn die Schuldbriefforderung im Zeitpunkt der Anhebung der Betreibung grösser ist als die Kreditforderung.

3. Die private Verwertung eines fiduziarisch übereigneten Schuldbriefs erfolgt – wie bereits erwähnt – durch Veräusserung an einen Dritten oder durch sog. Selbsteintritt der Bank. Die Veräusserung an einen Dritten kann freihändig oder auf dem Versteigerungswege erfolgen. Den Verwertungserlös hat sich die Bank an die Kreditforderung anrechnen zu lassen. Der Eigentumserwerb hat also eine entsprechende Reduktion der Kreditforderung zur Folge²⁶. Erlangt die Bank keine volle Befriedigung, so steht ihr für den ausstehenden Rest eine persönliche Forderung gegen den Schuldner zu²⁷. Der Erwerber des Schuldbriefs erlangt freies Eigentum, d.h. Eigentum ohne jede fiduziarische Belastung. Den gleichen Erfolg erzielt die Bank im Falle eines Selbsteintritts. Dieser besteht in der entgeltlichen Uebernahme des Schuldbriefs und hat zur Folge, dass das fiduziarische Eigentum durch freies Eigentum abgelöst wird. Die Bank darf daher im Falle eines Selbsteintritts den Schuldbrief verpfänden oder weiterveräussern, ohne dem Kreditnehmer in irgendeiner Weise rechenschaftspflichtig zu sein.

Lehre und Rechtsprechung haben sich zur Zulässigkeit der privaten Verwertung noch wenig geäussert. Zwar wird immer wieder betont, das Recht zur privaten Verwertung sei der fiduziarischen Übereignung immanent²⁸, so dass es nicht einmal ausdrücklich vereinbart werden müsse; wenig geklärt sind hingegen die Modalitäten, welchen die Privatverwertung zu genügen hat, um zulässig zu sein. M.E. gelten insoweit die gleichen Grundsätze wie für die private Verwertung von Pfandgegenständen²⁹. Demzufolge ist die Privatverwertung – mangels anderer ausdrücklicher Vereinbarung – nur zulässig, wenn sie für den Schuldner nicht nachteiliger ist als die Zwangsverwertung.

Diese Voraussetzung ist jedenfalls dann erfüllt, wenn die Bank oder ein Dritter den Schuldbrief zum Nominalwert einschliesslich der Nebenansprüche gemäss Art.

²⁶ Die Reduktion erfolgt mit Vertragsabschluss, nicht mit Eingang des Kaufpreises. Das versteht sich für den Selbsteintritt von selbst, gilt aber auch für den Fall der Veräusserung an einen Dritten. Das Risiko, dass die Bank den Kaufpreis beim Dritten nicht eintreiben kann, liegt also bei der Bank, nicht bei ihrem Schuldner (VOLLENWEIDER, 160).

²⁷ Wird abgemacht, dass die Bank für einen allfälligen Verlust nicht auf den Schuldner persönlich greifen darf, dass sie aber umgekehrt einen allfälligen Überschuss nicht herauszugeben hat, so liegt eine unzulässige Verfallklausel vor. Diese ist nach Art. 894 ZGB, der freilich nur analoge Anwendung findet, nichtig (ZOBL, BerK, Syst. Teil vor Art. 884–887 ZGB, N 1490, m.w.Nw.; a.A. BGE 56 II 449 ff.).

²⁸ Z.B. VOLLENWEIDER, 157.

²⁹ So auch ZOBL, ZBGR 1987, 294, mit Bezug auf den Selbsteintritt.

818 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 ZGB übernimmt³⁰. An einer solchen Übernahme besteht jedoch naturgemäss kein wirtschaftliches Interesse. Im Gegenteil besteht das Risiko, dass der Erlös für das Pfandgrundstück im Falle der Verwertung die Schuldbriefsumme nicht deckt und daher der Erwerber zu Schaden kommt.

Unter dem Nominalwert (einschliesslich der Nebenansprüche gemäss Art. 818 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 ZGB) darf die Bank den Schuldbrief nur weggeben oder selbst übernehmen, wenn sichergestellt ist, dass der Erwerbspreis dem realen Wert des Schuldbriefs entspricht. Dieser Wert hängt einerseits vom Wert des Grundstücks, andererseits davon ab, ob neben dem Schuldbrief noch konkurrierende dingliche Rechte am Pfandgrundstück bestehen. Der Wert ist daher oft nur sehr schwer zu eruiieren³¹. Jedenfalls setzt er eine fachkompetente Schätzung voraus. Statt diese zu veranlassen, wird es für die Bank meist einfacher und auch sicherer sein, die Grundpfandverwertung nach SchKG durchzuführen und sich damit auch zum vornherein dem Vorwurf, den Schuldbrief zu günstig weggegeben zu haben, zu entziehen. Das dürfte der Grund sein, weshalb die Privatverwertung in der Bankenpraxis keine nennenswerte Rolle spielt.

III. Die indirekte Sicherung

1. Einleitung

Der *verpfändete* Eigentümerschuldbrief begründet bis zu seiner Begebung, also bis zur Übertragung des Vollrechts, gleichsam nur Scheinrechte^{32, 33}. Dies gilt vorab für die im Schuldbrief verkörperte Forderung: Gläubiger und Schuldner sind beim nicht begebenen Eigentümerschuldbrief identisch, was den realen Bestand einer Forderung ausschliesst (Art. 118 OR)³⁴. Mangels realer Forderung kann auch kein reales

³⁰ Vgl. BGE 119 II 328; STAHELIN, AJP 1994, 1260, B.; BÄR, 116. Dieser Autor ist allerdings der Meinung, der Selbsteintritt sei nur zulässig, wenn die Kreditschuld «die Briefschuld mindestens erreicht». M.E. ist der Selbsteintritt zum Nominalwert immer zulässig, doch hat die Bank einen allfälligen Differenzbetrag – selbstverständlich – dem Schuldner herauszugeben.

³¹ Vgl. BÄR, 116 FN 32; VOLLENWEIDER, 160; ZOBL, ZBGR 1987, 294.

³² S. FN 34.

³³ Vgl. oben II./1. Ziff. 2 lit. c mit Bezug auf die fiduziarische Übereignung.

³⁴ BÄR, 111; SIMONIUS/SUTTER, 271, Rz. 68; WIEGAND, 88 FN 67; WIELAND, ZÜRK, N 6b zu Art. 859 ZGB. Nach anderen Autoren gelangt die Schuldbriefforderung bereits mit der Übergabe des Pfandtitels an den Faustpfandgläubiger zur Entstehung (so JENT-SØRENSEN, 91, m.w.Nw. in FN 69). Das Bundesgericht hat die Frage in BGE 115 II 151 offengelassen und früher unterschiedlich beantwortet (vgl. einerseits BGE 107 III 128 ff. [«Vollrechtstheorie»], andererseits BGE 113 III 147 [«Verpfändungstheorie»]). Dass allerdings die Schuldbriefforderung mit der Verpfändung *real* zur

Pfandrecht bestehen. Trotzdem ist unbestritten, dass die Verpfändung von Eigentümerschuldbriefen zulässig ist und dem Pfandgläubiger die gewünschte Sicherheit verschafft³⁵. Der Gesetzgeber hat dies in verschiedenen Bestimmungen zum Ausdruck gebracht³⁶. Neuster Beleg ist Art. 156 Abs. 2 SchKG, der vorsieht, dass vom Grundeigentümer zu Faustpfand begebene Eigentümerschuldbriefe «im Falle separater Verwertung auf den Betrag des Erlöses herabgesetzt» werden³⁷.

Aus derartigen Bestimmungen ist zu schliessen, dass die Schuldbriefforderung zwar bis zur Begebung zum Vollrecht nicht besteht, es jedoch so zu halten ist, wie wenn sie bestehen würde³⁸. Diese Fiktion greift nicht erst mit der Verpfändung Platz, sondern bereits mit der Begründung des Eigentümerschuldbriefs³⁹. Daher wirft die

Entstehung gelangt, ist undenkbar, weil die Vorstellung, dass eine Person eine Forderung gegen sich selbst hat, mit der Konzeption der Forderung als Leistungsrecht nicht vereinbar ist (vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID, 767). Die Forderung kann daher nur als fiktive existieren. Als solche existiert sie jedoch nicht erst mit der Verpfändung, sondern bereits mit der Begründung des Schuldbriefs, was sich u. a. daran zeigt, dass sie bereits vor der Begebung zu Pfand (fiktive) Zinsen abwirft (vgl. oben II./1. Ziff. 2 lit. c). Die Verpfändungstheorie wird daher der Rechtslage in keiner Weise gerecht.

³⁵ Konstante bundesgerichtliche Rechtsprechung, z.B. BGE 41 III 236 ff. E. 5; 104 III 35; a.A. GUIBAN, 231. – Die Anerkennung des Pfandrechts an einem nicht begebenen Eigentümerschuldbrief beinhaltet eine Durchbrechung des Akzessorietätsprinzips. Es verhält sich insoweit ähnlich wie bei der Verpfändung einer bedingten Forderung. Überhaupt weist die Verpfändung eines nicht begebenen Eigentümerschuldbriefs mit der Verpfändung einer bedingten Forderung erhebliche strukturelle Gemeinsamkeiten auf (vgl. SIMONIUS/SUTTER, 270 f., welche in diesem Zusammenhang von der Verpfändung einer bedingten Forderung sprechen; ablehnend ZOBL, BerK, N 148 zu Art. 901 ZGB).

³⁶ Vgl. die Art. 815, 863 Abs. 1 und 868 Abs. 1 ZGB (vgl. BGE 44 II 252), ferner die Art. 35 Abs. 2, 68 Abs. 1 lit. a und 126 der Verordnung über die Zwangsvollstreckung von Grundstücken sowie Art. 28, 75 und 76 der Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (vgl. BAR, 112; MOSER, 37; ZOBL, BerK, N 143 zu Art. 901 ZGB). Nach den erwähnten Verordnungsbestimmungen kann der Faustpfandgläubiger «im Konkurs des Grundeigentümers seine Faustpfandforderung direkt eingeben (also die reale Kreditforderung im gegenwärtigen Stand), wird aber befriedigt im Rahmen des auf «sein» Grundpfand (dessen Rang) entfallenden Erlöses. Dies, wie wenn er Grundpfandgläubiger wäre» (BAR, 113; vgl. BGE 107 III 134, 115 II 153 f.).

³⁷ Art. 156 Abs. 2 SchKG betrifft alle zu Faustpfand begebenen Eigentümercitel, also auch Eigentümergebüten. Gülden interessieren hier aber nicht. – Der geistige Vater von Art. 156 Abs. 2 SchKG dürfte MOSER sein (s. den von ihm auf S. 164 formulierten Vorschlag für einen Art. 156a SchKG). MOSERS Vorschlag wurde von PRÄFFLI, ZBJV 1991, 688, «begrüsst».

³⁸ Diese Fiktion kommt allerdings nur unter der Voraussetzung zum Tragen, dass der Schuldbrief später einmal zum Vollrecht begeben wird. Kommt es nicht dazu, so entsteht nie eine wirkliche Schuldbriefforderung und erlangt das Schein-Pfand nie den Status eines wirklichen, realen Pfandrechts.

³⁹ Nach dem im Text Gesagten entsteht die Schuldbriefforderung als reale Forderung erst mit der Begebung, als fiktive Forderung hingegen schon mit der Begründung des Schuldbriefs (oben FN 34). Kurations- und Begebungstheorie werden in dieser Weise miteinander verbunden. Keine der beiden Theorien vermag hingegen die Rechtslage umfassend zu beschreiben.

Schuldbriefforderung bereits ab diesem Zeitpunkt (fiktive) Zinsen ab⁴⁰. Grundpfandgesichert sind allerdings nur die Zinsen gemäss Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB. Gläubiger der (fiktiven) Zinsforderungen ist der Eigentümer des Schuldbriefs, freilich ist er nur ein fiktiver Gläubiger. Als solcher aber kann er die Zinsforderungen der Bank, welche ihm Kredit gibt, verpfänden.

2. Umfang der Pfandhaft

1. «Das Pfandrecht an einem Schuldbrief ist ein Pfandrecht an einer Forderung, das durch ZGB 899 ff. geregelt wird» (Pra 67, 399 = BGE 104 II 35 E. 1). Ist die Schuldbriefforderung – wie regelmässig – verzinslich⁴¹, so richtet sich der Umfang der Pfandhaft nach Art. 904 Abs. 1 ZGB. Es gilt somit – nebst der Schuldbriefforderung – nur der laufende Zins als mitverpfändet. Gemeint ist der im Zeitpunkt der Pfandverwertung, also der Verwertung des Schuldbriefs, laufende Zins⁴². In diesem Zeitpunkt bereits verfallene Zinsen gelten nicht als mitverpfändet, weshalb sie nicht dem Erwerber des Schuldbriefs zugeschlagen werden. Art. 904 Abs. 1 ZGB ist jedoch dispositiv. Die Parteien können beliebige Zinsen der Pfandhaft unterwerfen, auch verfallene und auch Zinsen, welche gemäss Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB nicht grundpfandversichert sind⁴³. Die eben zitierte Bestimmung setzt also der Verpfändung von Zinsen der Schuldbriefforderung keinerlei Grenzen. Der Erwerber des Schuldbriefs kann jedoch im Falle, dass er den Schuldbrief verwertet, den Grundstückserlös lediglich im Umfang der Schuldbriefforderung einschliesslich der vier in Art. 818 Abs. 1

⁴⁰ Oben II./1. Ziff. 2 lit. c. Vor der Begründung des Schuldbriefs können selbstverständlich keine Zinsen entstehen, auch keine fiktiven (ZOBL, BerK, N 56 zu Art. 904 ZGB).

⁴¹ Vgl. dazu oben II./1. Ziff. 2 lit. a. Hervorzuheben ist, dass der Schuldbriefzins im Faustpfandvertrag festgelegt werden kann und dass der Kreditzins mit dem Schuldbriefzins nicht notwendig übereinstimmen muss. Die Bank hat darauf zu achten, dass sie nicht nur den Kreditzins festlegt, sondern auch den Schuldbriefzins (vgl. Obergericht Zürich, ZBGR 1968, 95). *Im Zweifel* ist nach dem eben erwähnten Entscheid kein Schuldbriefzins abgemacht (ebenso STAEHELIN, AJP 1998, 367, IV.; a.A. ZOBL, ZBGR 1978, 223).

⁴² BGE 41 III 455 und seitherige konstante Rechtsprechung, z.B. BGE 71 III 157 und 104 III 35 E. 1; aus der Lehre statt vieler OFTINGER/BÄR, ZürK, N 9 zu Art. 904 ZGB.

⁴³ A.A. MOSER, 160, der offenbar meint, die Zinsen könnten nur im Rahmen von Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB verpfändet werden. Er beruft sich u.a. auf BGE 44 II 250 ff. In diesem Entscheid vertritt das Bundesgericht jedoch die im Text vertretene Ansicht, indem es festhält, «dass das Faustpfandrecht an den Titelzinsen als *grundpfandversicherten* Forderungen sich keinesfalls auf mehr als drei zur Zeit der Konkursöffnung oder des Pfandverwertungsbegehrens verfallene Jahreszinsen und den laufenden Zins erstrecken kann (Art. 818 ZGB)» (S. 254; Hervorhebung im Entscheid). Die Titelzinsen können hingegen, das ist e contrario zu schliessen, als *nicht grundpfandversicherte* Forderungen in weitergehendem Umfang verpfändet werden.

Ziff. 3 ZGB erwähnten Jahreszinse beanspruchen⁴⁴. Weitergehende Zinsansprüche stellen daher meist einen Nonvaleur dar.

2. Was oben II./1. Ziff. 2 für die fiduziarische Übereignung von Eigentümergrundpfandtiteln gesagt wurde, gilt mutatis mutandis auch für die Verpfändung solcher Titel. Insbesondere ist zu beachten, dass den verpfändeten Schuldbriefzinsen keine Kreditzinsen entsprechen müssen. Schuldbriefzinsen können mit anderen Worten auch dann der Pfandhaft unterliegen, wenn der Bank keine Zinsforderung aus dem Kreditverhältnis zusteht⁴⁵. Die Schuldbriefzinsen dienen in einem solchen Fall ausschliesslich der Sicherstellung der Kapital(kredit)forderung.

3. Realisierung der Sicherheit

1. Die Bank, welche sich einen Eigentümerschuldbrief zu Pfand geben lässt, kann – mangels anderer Vereinbarung (unten Ziff. 2) – weder die (latente) Schuldbriefforderung noch das im Schuldbrief verkörperte (latente) Grundpfand geltend machen. Sie ist daher nicht zur Grundpfandbetreibung berechtigt, wenn sie für die Kreditforderung keine Befriedigung erlangt. Vielmehr steht ihr grundsätzlich lediglich die Faustpfandbetreibung zwecks Verwertung des verpfändeten Schuldbriefs offen. Zur Grundpfandbetreibung ist sie nur und erst dann berechtigt, wenn sie den Schuldbrief im Betreibungsverfahren ersteigert^{46, 47}.

Die Ersteigerung eines Eigentümerschuldbriefs ist für Dritte wegen Art. 156 Abs. 2 SchKG nicht (mehr) von Interesse⁴⁸, denn der Ersteigerer erhält lediglich eine Schuld-

⁴⁴ BGE 44 II 250 ff. E. 3. Dieser in verschiedener Hinsicht grundlegende Entscheid argumentiert freilich dogmatisch anders: Bereits die Hingabe des Schuldbriefs zu Faustpfand lasse die Schuldbriefforderung wirklich entstehen, weshalb nun auch wirkliche Zinsforderungen entstehen könnten. Von einer wirklichen Schuldbriefforderung kann jedoch nicht die Rede sein, solange zwischen Gläubiger und Schuldner Personalunion besteht, was zutrifft, solange der Schuldbrief im Eigentum des Schuldners steht (s. oben FN 34).

⁴⁵ TRAUFFER, BasK, N 11 zu Art. 818 ZGB, mit Hinweisen auf die konstante Rechtsprechung des Bundesgerichts (grundlegend BGE 44 II 252 ff., ferner z.B. BGE 115 II 357).

⁴⁶ Vgl. BGE 115 II 151 ff.; aus der Lehre s. statt vieler VOLLENWEIDER, 44, und ZOBL, BerK, N 132 zu Art. 901 ZGB, je m.w.Nw.

⁴⁷ Zur Behandlung des verpfändeten Eigentümerschuldbriefs im Konkurs s. ZOBL, BerK, N 155 zu Art. 901 ZGB; MÖCKLI, 131 ff.; STEINAUER, Les droits réels III, Rz. 3161e; ferner oben FN 36.

⁴⁸ «Es kann als sicher angesehen werden, dass zufolge der neuen Bestimmung [Art. 156 Abs. 2 SchKG] Dritte als Bieter ausbleiben werden» (BÄR, 124; ebenso STEINAUER, ZBGR 1997, 292 f. FN 5; JENT-SÖRENSEN, 80). – Zur (unbefriedigenden) Rechtslage vor Erlass von Art. 156 Abs. 2 SchKG s. BGE 115 II 149 ff. (dazu PFÄFFLI, ZBJV 1991, 684 ff.); MESSERLI, 441 Ziff. 2; STEINAUER, ZBGR 1997, 292; JENT-SÖRENSEN, 78 f.; PFÄFFLI, recht 1994, 268.

briefforderung im Umfang des hingegebenen Betrags⁴⁹. Faktisch ist daher die Bank zum Erwerb des Schuldbriefs gezwungen. Ist die Schuldbriefforderung⁵⁰ grösser als die ausstehende Kreditsumme, so wird die Bank den Schuldbrief zum Betrag der Kreditsumme erwerben. Ist hingegen die Kreditforderung grösser, so wird sie ihn zum Betrag der Schuldbriefsumme⁵¹ erwerben⁵². Im ersteren Fall wird die Schuldbriefforderung gemäss Art. 156 Abs. 2 SchKG auf den Betrag der Kreditforderung herabgesetzt⁵³.

Wenn es richtig ist, dass die Bank im Rahmen der Faustpfandverwertung gezwungen ist, den Schuldbrief selbst zu erwerben, so bedeutet dies nichts anderes, als dass sich die Bank durch die Faustpfandverwertung nicht befriedigen kann. Befriedigung erhält sie erst, wenn sie die Schuldbriefforderung in Betreuung setzt und im Rahmen der Grundpfandverwertung auf den Verwertungserlös greifen kann. Das wiederum bedeutet nichts anderes, als dass die Faustpfandverwertung für die Bank letztlich lediglich ein Umweg zur Grundpfandverwertung ist⁵⁴. Dieser Umweg bietet der Bank keinerlei Vorteile, sondern ist im Gegenteil mit Reibungsverlusten verbunden. Die Bank hat daher alles Interesse daran, den Umweg zu vermeiden und das angestrebte Ziel, das Grundstück für die gesicherte Kreditforderung heranzuziehen, auf andere, einfachere Weise zu erreichen. Mittel hierzu ist die Privatverwertung.

2. Eine Privatverwertung ist freilich nur bei entsprechender vertraglicher Vereinbarung zulässig (vgl. Art. 324 Abs. 1 SchKG)⁵⁵. Die Banken machen von dieser Möglichkeit durchwegs Gebrauch. Das Gesetz äussert sich zu den Arten der privaten Verwertung nicht. Es setzt den diesbezüglichen Vereinbarungen jedoch Schranken. Zu beachten sind insbesondere Art. 894 ZGB (Verbot der Verfallklausel) sowie Art. 156 Abs. 2 SchKG. Diese letztere Bestimmung gelangt allerdings auf die Privatverwertung

⁴⁹ «On doit préciser que l'acquéreur des titres pourra demander seulement les intérêts qui ont été convenus et pas les intérêts maximaux portés par le titre» (SALVIONI, Amtl. Bull. SR 1993, 649).

⁵⁰ Einschliesslich der Nebenkosten und Zinsen gemäss Art. 818 ZGB.

⁵¹ Einschliesslich der Nebenansprüche gemäss Art. 818 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 ZGB.

⁵² S. die Beispiele bei MESSERLI, 443.

⁵³ Die Bank, welche den Schuldbrief ersteigert, kann für den Pfandausfall die Betreuung gestützt auf Art. 158 Abs. 2 SchKG auf dem Wege der ordentlichen Betreuung fortsetzen (so jedenfalls BRÖNNIMANN, 142 lit. d). Der Schuldner hat mit anderen Worten keinen Anspruch darauf, dass die Bank vorerst die Schuldbriefforderung in Betreuung setzt: Eine Einrede auf Vorausverwertung des Grundpfandes besteht nicht (ebenso FN 66 für den Fall, da die Bank den Schuldbrief auf dem Wege des Selbsteintritts zu freiem Eigentum erwirbt; vgl. demgegenüber FN 16 betr. den Fall, da der Schuldbrief nicht verpfändet, sondern fiduziarisch übereignet wurde, ferner FN 60 betr. den Fall, da die Bank den verpfändeten Schuldbrief nicht ersteigert, sondern im Wege des Selbsteintritts zu fiduziarischem Eigentum erwirbt).

⁵⁴ BÄR, 124; STEINAUER, ZBGR 1997, 292 f. FN 5.

⁵⁵ BGE 24 II 445 und seitherige Praxis, neustens BGE 119 II 328 und 344 ff.; BAUER, BasK, N 13 zu Art. 894 ZGB; weitere Hinweise bei ZOBL, BerK, N 28 zu Art. 891 ZGB.

naturgemäss nicht zur Anwendung⁵⁶. Ihre ratio legis, nämlich die Vermeidung ungerechtfertigter Gewinne beim Erwerb und der Verwertung von Eigentümerschuldbriefen bzw. die Vermeidung von Doppelzahlungen durch den Schuldbriefschuldner⁵⁷, ist jedoch unabhängig von der Art der Verwertung beachtlich.

Die hauptsächlichen Arten der Privatverwertung sind der Selbsteintritt (Ziff. 3) und die Einziehungsermächtigung (Ziff. 4).

3. Beim Selbsteintritt veräussert die Bank das Pfand, hier den Schuldbrief, an sich selbst^{58,59}. Die Bank wird Eigentümerin des Schuldbriefs. Der Erwerbspreis wird auf die Kreditforderung angerechnet; ist der Preis höher als die Kreditforderung, so ist der Überschuss dem Schuldner herauszugeben. Der Selbsteintritt kommt in zwei Arten vor. Unterscheidungskriterium ist die Bestimmung des Erwerbspreises bzw. der Zeitpunkt der Abrechnung:

a) Beim Selbsteintritt mit aufgeschobener Abrechnung zieht die Bank die Schuldbriefforderung auf dem Betreibungswege ein und rechnet erst dann ab. Das heisst: Die Bank lässt das mit dem Schuldbrief belastete Grundstück zwangsversteigern, bringt den Erlös von der Kreditforderung in Abzug und gibt einen allfälligen Überschuss dem Schuldner heraus⁶⁰.

⁵⁶ STEINAUER, Les droits réels III, 3122 ff.; DERS., ZBGR 1997; 292 FN 5; ZOBL, BerK, N.158 ff. zu Art. 901 ZGB.

⁵⁷ Vgl. statt vieler STEINAUER, ZBGR 1997, 292; SALVIONI, Amtl. Bull. SR 1993, 649; s. ferner die Nachweise in FN 48.

⁵⁸ Der Selbsteintritt setzt die Fälligkeit der gesicherten Forderung voraus. Ferner muss die Verwertung dem Schuldner grundsätzlich angedroht werden, um ihm so die Möglichkeit zu eröffnen, die Kreditforderung zu bezahlen und damit den Verlust des Pfandgegenstandes zu verhindern. Es ist ihm zu diesem Zwecke eine entsprechende Frist anzusetzen (KOLLER, ZBJV 1994, 378; OFTINGER/BÄR, ZürK, N 57 zu Art. 891 ZGB und N 10 zu Art. 894 ZGB); zu einer Ausnahme vgl. FN 62; weitere Ausnahmen bei ZOBL, BerK, N 48 zu Art. 891 ZGB.

⁵⁹ Der mit dem Selbsteintritt verbundene Eigentumswechsel hat den entsprechenden wertpapierrechtlichen Erfordernissen zu genügen. Handelt es sich beim Eigentümerschuldbrief um einen Namensschuldbrief und ist die Verpfändung mittels offenen Pfandindossaments erfolgt, so kann die Bank als Faustpfandgläubigerin den Eigentumsübergang nicht alleine bewirken. Vielmehr muss der verpfändende Grundeigentümer den Titel indossieren (Vollindossament; Unzulässigkeit des Blankoindossaments gemäss Art. 869 Abs. 2 ZGB). Bei Inhaberschuldbriefen bedarf hingegen der Eigentumserwerb keiner Mitwirkung des Verpfänders, ebensowenig bei Namensschuldbriefen, falls die Verpfändung mittels versteckten Pfandindossamentes (Vollindossament) erfolgte. Nach dem Gesagten ist die Bank beim offenen Pfandindossament «nicht in der Lage, das freihändige Verwertungsrecht effizient auszuüben» (ZOBL, BerK, N 74 zu Art. 901 ZGB). Das hat dazu geführt, dass das offene Pfandindossament in der Praxis kaum verwendet wird.

⁶⁰ Wie im Falle der direkten Sicherung (FN 16) steht der Bank nur der Weg der Grundpfandbetreibung offen, wenn sie für die gesicherte Kreditforderung nicht befriedigt wird. Sie kann also nicht die Kreditforderung in Betreibung setzen bzw. kann sie dies erst, wenn sie bei der Grundpfandverwertung einen Pfandausfall erleidet.

Haben die Parteien den Eigentumserwerb der Bank mit der Abrede aufgeschobener Abrechnung verknüpft, so handelt es sich der Sache nach um einen fiduziarischen Eigentumserwerb. Die Bank darf mit dem Schuldbrief nicht machen, was sie will, sondern hat ihn zwecks Tilgung der Kreditforderung zu verwerten. Faktisch ist die Bank in der gleichen Situation, wie wenn ein Kredit durch einen Eigentümer-schuldbrief direkt gesichert wird⁶¹.

Der Selbsteintritt mit aufgeschobener Abrechnung stellt den Schuldner nicht schlechter, als er stünde, wenn der Schuldbrief auf dem Wege der Zwangsverwertung veräussert würde (vgl. dazu oben Ziff. 1)⁶². So oder anders erwirbt die Bank das Eigentum am Schuldbrief, und so oder anders kommt es nach dem Einzug der Schuldbriefforderung zu einer Abrechnung über den Erlös. Irgendwelche Bedenken gegen diese Art des Selbsteintritts sind daher nicht angebracht⁶³. Er verstösst weder gegen Art. 894 ZGB⁶⁴ noch gegen Art. 156 Abs. 2 SchKG noch gegen irgendwelche anderen zwingenden Gesetzesbestimmungen. Auch AGB-rechtlich ist das Recht zum Selbsteintritt mit aufgeschobener Abrechnung unproblematisch. Weder verstösst es gegen Art. 8 UWG noch fällt es unter die Ungewöhnlichkeitsregel⁶⁵.

b) Beim Selbsteintritt mit sofortiger Abrechnung erfolgt der Eigentumserwerb der Bank ohne die umschriebene fiduziarische Beschränkung⁶⁶. Die Bank kann über den

⁶¹ Gleich wie in diesem Fall (oben II./2. Ziff. 2 lit. b) ist die Bank berechtigt, die ganze Schuldbriefforderung in Betreuung zu setzen, auch dann, wenn diese die Kreditforderung übersteigt. Nur ist sie daran regelmässig nicht interessiert, weshalb sie im allgemeinen die Schuldbriefforderung nur im Umfang der ausstehenden Kreditsumme in Betreuung setzen wird (vgl. BGE 64 II 416).

⁶² Der Selbsteintritt ist – wie Insihgeschäfte im allgemeinen (KOLLER, OR AT I, Rz. 1493) – anerkanntermassen zulässig, wenn er zu keiner Benachteiligung des Schuldners führt (vgl. ZOBL, BerK, N 46 zu Art. 891 ZGB; OFTINGER/BÄR, ZürK, N 57 zu Art. 891 ZGB). Daraus ergibt sich insbesondere die Pflicht, über den Verwertungserlös abzurechnen, den Erlös auf die Kreditforderung anzurechnen und einen allfälligen Überschuss herauszugeben (BGE 119 II 345 f.; ZOBL, BerK, N 45 und 56 zu Art. 891 ZGB). Ferner muss dem Schuldner die Verwertung angedroht werden, um ihm die Möglichkeit zu geben, die Verwertung durch Zahlung abzuwenden (s. oben FN 58). Von diesem letzteren Erfordernis kann jedoch im vorliegenden Kontext abgesehen werden, weil dem Schuldner im Rahmen der Zwangsverwertung des Pfandgrundstücks genügend Zeit bleibt, die Zahlung vorzunehmen und sich damit das Eigentum am Grundstück zu erhalten.

⁶³ ZOBL, BerK, N 62 zu Art. 891 ZGB.

⁶⁴ Zwar sieht Art. 894 ZGB vor, dass «jede Abrede, wonach die Pfandsache dem Gläubiger, wenn er nicht befriedigt wird, als Eigentum zufallen soll», ungültig ist. Doch ist anerkannt, dass diese Bestimmung nicht jeglichen Eigentumserwerb ausschliesst (KOLLER, ZBJV 1994, 377 unten/378, m.w.Nw.; BAUER, BasK, N 11 ff. zu Art. 894 ZGB).

⁶⁵ Vgl. ZR 1996, Nr. 48, 143 ff., wo allerdings die Ungewöhnlichkeitsregel schon deshalb nicht zur Anwendung kam, weil der Bankkunde erfahren war.

⁶⁶ Resultiert ein Pfandausfall, so steht es der Bank frei, ob sie die Pfandausfallforderung auf dem Wege der ordentlichen Betreuung oder die Schuldbriefforderung auf dem Wege der Grundpfandbetreuung geltend machen will. Der Schuldner hat also kein Recht auf Vorausverwertung des im Schuldbrief verkörperten Grundpfandes (vgl. analog oben FN 53, demgegenüber FN 60).

Schuldbrief frei verfügen, ihn beispielsweise verpfänden oder einem Dritten veräussern⁶⁷. Ein solcher Selbsteintritt ist jedoch nur zulässig, wenn die Bank den Schuldbrief zum objektiven (inneren) Wert übernimmt, den der Schuldbrief im Zeitpunkt des Selbsteintritts hat⁶⁸. Wo eine objektive Bewertung des Schuldbriefs in diesem Zeitpunkt nicht möglich ist, ist der Selbsteintritt im hier zur Diskussion stehenden Sinne nicht zulässig⁶⁹. Hingegen kann die Bank jederzeit in dem vorstehend lit. a umschriebenen Sinne vorgehen, also die Schuldbriefforderung in Betreuung setzen, das Pfandgrundstück versteigern lassen und im Anschluss daran abrechnen.

Der objektive Wert des Schuldbriefs entspricht dem Betrag der Schuldbriefforderung einschliesslich der Nebenansprüche gemäss Art. 818 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 ZGB, falls damit gerechnet werden kann, dass alle diese Ansprüche im Falle der Zwangsverwertung des mit dem Schuldbrief belasteten Grundstücks befriedigt werden können. Der Selbsteintritt mit sofortiger Abrechnung ist daher zumindest dann zulässig, wenn die Bank den Schuldbrief zum Nominalwert einschliesslich der Nebenansprüche gemäss Art. 818 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 ZGB übernimmt⁷⁰. Ein praktisches Interesse, sofort zum Nominalwert statt aufgeschoben abzurechnen, dürfte allerdings kaum je (überhaupt je?) bestehen⁷¹.

Will die Bank für den Schuldbrief weniger als den Nominalwert ausgeben, so hat sie dessen Wert vorerst zu schätzen. Die Schätzung ist – wie in anderem Zusammenhang erwähnt – regelmässig mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Vor dieser Schätzung scheinen sich die Banken zu scheuen. Jedenfalls sind keine Fälle bekannt, in denen eine Bank einen Schuldbrief unter dem Nominalwert übernommen hat.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass ein praktisches Bedürfnis für den Selbsteintritt mit sofortiger Abrechnung weitgehend fehlt.

4. Der Kreditgeber kann sich nach überwiegender Auffassung das Recht einräumen lassen, für die Schuldbriefforderung im eigenen Namen Grundpfandbetreuung einzuleiten, ohne dass ihm das Eigentum am Schuldbrief übertragen wird^{72, 73}. Diese

⁶⁷ Sie kann ihn auch zum vollen Nennwert in Betreuung setzen. Die Gefahr einer nach Art. 156 Abs. 2 SchKG verpönten Doppelzahlung ist dadurch gebannt, dass die Bank den Schuldbrief zum objektiven (inneren) Wert übernehmen muss (s. sogleich im Text).

⁶⁸ Vgl. KOLLER, ZBJV 1994, 377; ZOBL, ZBGR 1978, 212, je m.w.Nw.

⁶⁹ So BGE 119 II 345 f. E. 2b; KOLLER, ZBJV 1994, 377; unklar ZOBL, BerK, N 59 zu Art. 891 ZGB. Zum Meinungsstand s. BAUER, BasK, N 18 zu Art. 894 ZGB.

⁷⁰ Vgl. BGE 119 II 328.

⁷¹ Ein solches Interesse bestünde dann, wenn damit gerechnet werden könnte, dass ein Dritter für den Schuldbrief mehr bezahlt, als die Bank bezahlt hat. Darauf aber kann die Bank nicht hoffen.

⁷² ZWR 1995, 168 f.; BJM 1995, 311 ff.; früher etwa BGE 64 II 418 f.; aus der Lehre z.B. LAREIDA, 64. Vgl. auch BGE 122 III 295 ff., wo die Bank gemäss Pfandvertrag ermächtigt war, bei Fälligkeit der gesicherten Forderung den verpfändeten Schuldbrief unverzüglich freihändig zu veräussern (allenfalls mittels Selbsteintritts) oder die verpfändete Forderung einzuziehen (vgl. STABHELIN, AJP 1997, 751 f.).

sogenannte Einziehungsermächtigung weist offensichtliche Parallelen zum Selbsteintritt mit aufgeschobener Abrechnung auf. Der einzige markante Unterschied besteht darin, dass im einen Fall (bei der Einziehungsermächtigung) die Schuldbriefforderung dem Kreditnehmer, also dem Schuldbriefschuldner, zusteht, im anderen Fall (beim Selbsteintritt) der Bank.

Die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung war bis vor kurzem unbestritten. Seit einigen Jahren wird jedoch Kritik daran laut⁷⁴. So spricht etwa BÄR, 113, von einem «dogmatisch höchst fragwürdigen» Institut. «Fragwürdig» ist zweierlei:

- Erstens: Wenn die Bank für die Schuldbriefforderung Betreuung anhebt, so sind Gläubiger und Schuldner identisch. Bei beiden handelt es sich um den Kreditnehmer. Der Gläubiger leitet also gleichsam Betreuung gegen sich selbst ein, wobei die Bank als eine Art indirekte Stellvertreterin agiert.
- Zweitens: Nach schweizerischem Recht kann der Gläubiger einen Dritten zwar nach Art. 32 OR bevollmächtigen, seine Forderung einzuziehen. Der Einzug hat dann jedoch in fremdem Namen, im Namen des Gläubigers, zu erfolgen. Hingegen kennt unser Recht die Ermächtigung, eine fremde Forderung im eigenen Namen geltend zu machen, nicht. Zwar gibt es gewisse Tatbestände, bei denen jemand *von Gesetzes wegen* eine fremde Forderung im eigenen Namen geltend machen darf; das gilt etwa für den Willensvollstrecker hinsichtlich der Erbschaftsforderungen (s. ferner etwa Art. 260 SchKG). Im vorliegenden Kontext fehlt jedoch eine entsprechende Bestimmung. Art. 1009 Abs. 1 OR ist nach meinem Dafürhalten nicht einschlägig⁷⁵.

Das erste dieser beiden Argumente hat das Kantonsgericht des Kantons Schwyz bewegt, die Einziehungsermächtigung für unverbindlich anzusehen⁷⁶. Zwar haben andere Gerichte auch in neuester Zeit noch anders entschieden⁷⁷. Angesichts der be-

⁷³ Einzelne Autoren sind sogar der Meinung, dieses Recht bestehe von Gesetzes wegen; so insbesondere ZOBL, BerK, N 134 und 154 zu Art. 901 ZGB und DERS., ZBGR 1978; 212 (s. unten FN 75), ferner z.B. BAUER, BasK, N 2 zu Art. 906 ZGB; a.A. STAHELIN, AJP 1994, 1271; OFTINGER/BÄR, ZürK, N 52 zu Art. 906 ZGB, m.w.Nw.; BGE 64 II 417 f., 97 III 119 f.; ZR 1911 Nr. 129, 220; ZBJV 1905, Nr. 38, 262 ff.

⁷⁴ BÄR, 113; STAHELIN, AJP 1994, 1260 f.; EGV-SZ 1995, 110 (dazu unten im Text).

⁷⁵ ZOBL (BerK, N 71 und 85 zu Art. 901 ZGB; N 20 zu Art. 906 ZGB) will Art. 1009 Abs. 1 OR analog anwenden, falls der Eigentümerschuldbrief mit einem offenen Pfandindossament verpfändet wurde. Die Analogie rechtfertigt sich jedoch angesichts von Art. 906 ZGB nicht. Es ist nicht ersichtlich, weshalb diese letztere Bestimmung nur «beim verpfändeten Rektaschuldbrief sowie bei der nicht-wertpapiermässigen Verpfändung» gelten soll (so ZOBL, BerK, N 134 zu Art. 901 ZGB). Diese Interpretation beraubt Art. 906 ZGB fast jeder praktischen Bedeutung; zudem ist sie im Gesetzeswortlaut auch nicht andeutungsweise angelegt. ZOBLs Auffassung ist denn auch in Lehre und Rechtsprechung alles andere als unbestritten (vgl. die Nachweise oben in FN 73).

⁷⁶ EGV-SZ 1995, 109 f.

⁷⁷ BJM 1995, 311 ff.; ZWR 1995, 168 f.

stehenden Rechtsunsicherheit scheint es jedoch empfehlenswert, auf das Institut der Einziehungsermächtigung zu verzichten und statt dessen auf das zweifellos zulässige Recht zum Selbsteintritt mit aufgeschobener Abrechnung auszuweichen. Banken, welche auf die Einziehungsermächtigung nicht verzichten wollen, sollten sich zumindest zusätzlich das Recht einräumen lassen, den verpfändeten Eigentümerschuldbrief nötigenfalls auf dem Wege des Selbsteintritts zu erwerben⁷⁸. Allenfalls scheint es auch sinnvoll, in den Pfandvertrag eine salvatorische Klausel aufzunehmen, des Inhalts, dass die Einziehungsermächtigung im Falle ihrer Ungültigerklärung durch das Recht zum Selbsteintritt ersetzt wird.

IV. Fazit

Zum Schluss soll der Frage nachgegangen werden, welches der dargestellten Sicherungsmittel den Vorzug verdient: die direkte Sicherung durch fiduziarische Übereignung eines Eigentümerschuldbriefs oder die indirekte Sicherung durch Verpfändung?

1. Die Frage war vor Erlass des Art. 156 Abs. 2 SchKG einfach zu beantworten⁷⁹: Die Verpfändung war der fiduziarischen Übereignung überlegen, jedenfalls aus Sicht der kreditgebenden Bank. Die Vorteile bestanden namentlich darin, dass das Faustpfand leichter zu realisieren war und dass die Bank den Titel u.U. selbst zu Eigentum erwerben und in der nachfolgenden Grundpfandverwertung erheblichen Gewinn machen konnte. Gerade zur Verhinderung solcher Gewinne wurde Art. 156 Abs. 2 SchKG erlassen. Damit ist für Dritte auch der Anreiz verschwunden, solche Titel im Rahmen einer Zwangsverwertung zu ersteigern. Die Bank ist daher – wie erwähnt – gezwungen, den Schuldbrief selbst zu erwerben, um in der Folge das Grundpfand verwerten zu lassen. Letzten Endes hatte Art. 156 Abs. 2 SchKG zur Folge, dass die Faustpfandverwertung ihre selbständige Bedeutung als Sicherungsmittel verloren hat und nur mehr Mittel ist, um zur Grundstücksverwertung zu gelangen. Mit anderen Worten besteht die Pfandsicherheit bei der Verpfändung eines Eigentümerschuldbriefs letztlich nicht mehr im Schuldbrief, sondern im Grundstück, welches durch den Schuldbrief belastet ist.

⁷⁸ Vgl. BGE 122 III 295 ff., wo die Bank gemäss Pfandvertrag die Wahl hatte, entweder aufgrund der Einziehungsermächtigung direkt die Grundpfandbetreibung einzuleiten oder aufgrund der Befugnis zum Freihandverkauf zuerst den Selbsteintritt zu erklären und danach als Grundpfandgläubigerin die Grundpfandbetreibung einzuleiten.

⁷⁹ Vgl. ISLER, 207.

2. Es ist damit auch gesagt, dass die Verpfändung von Eigentümerschuldbriefen ihre frühere Überlegenheit gegenüber der fiduziarischen Übereignung verloren hat. Es ist nun im Gegenteil so, dass die fiduziarische Übereignung insofern vorteilhaft ist, als die Bank direkt Grundpfandbetreibung einleiten kann, wogegen im Falle der Verpfändung vorerst lediglich die Faustpfandbetreibung offensteht. Dieser Nachteil kann freilich durch entsprechende Vereinbarung im Pfandvertrag ausgemerzt werden, insbesondere dadurch, dass sich die Bank das Recht zum Selbsteintritt mit aufgeschobener Abrechnung einräumen lässt. Mit dem Selbsteintritt erlangt die Bank praktisch die gleiche Position wie im Falle der direkten Kreditsicherung durch fiduziarische Übertragung des Eigentümerschuldbriefs. Sie ist nun ebenfalls zur Grundpfandbetreibung befugt. In beiden Fällen bietet das Grundpfandrecht der Bank Sicherheit nach Massgabe von Art. 818 ZGB⁸⁰. Ferner kann die Fälligkeit der Schuldbriefforderung bei beiden Sicherungskonzepten in gleicher Weise festgelegt werden. Insbesondere kann sie nach beiden Konzepten mit der Fälligkeit der Kreditforderung koordiniert werden. Überhaupt können die direkte und die indirekte Kreditsicherung mittels eines Eigentümerschuldbriefs einander so sehr angenähert werden, dass kaum mehr praktisch relevante Unterschiede festzustellen sind.

Selbstverständlich bleiben einzelne Unterschiede, welche sich aus der Natur der Sache ergeben und vertraglich nicht zu beseitigen sind. So kann etwa im Falle der indirekten Sicherung der Eigentümer des Schuldbriefs (der Kreditnehmer) diesen – mittels Besitzeinweisung⁸¹ – einem Dritten zu Eigentum übertragen, eine Möglichkeit, welche bei der direkten Kreditsicherung mittels eines Eigentümerschuldbriefes naturgemäss nicht besteht. Da jedoch der Erwerber des verpfändeten Schuldbriefs sein Eigentum mangels Besitzes am Schuldbrief nicht zum Nachteil der Bank als Pfandgläubigerin geltend machen kann, sehe ich in der Möglichkeit der Eigentumsverschaffung keinen entscheidenden Nachteil zu Lasten der indirekten Sicherung. Überhaupt sind solche Nachteile – bei entsprechender vertraglicher Vereinbarung – nicht auszumachen⁸². Die Frage: direkte oder indirekte Sicherung?, ist daher mehr eine Frage des juristischen Geschmacks als der praktischen Notwendigkeit⁸³. Nach meinem Geschmack ist die indirekte Sicherung insofern vorzugswürdig, als für den Kreditnehmer eine Verpfändung eher nachvollziehbar sein dürfte als die fiduziarische Übereignung.

⁸⁰ Dabei ist zu beachten, dass die Zinsenhaftung i.S.v. Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB bei beiden Sicherungskonzepten in gleicher Weise umschrieben werden kann.

⁸¹ EGV-SZ 1995, 110.

⁸² Ein gewisser Vorteil der indirekten Sicherung besteht darin, dass der Kreditnehmer in einzelnen Fällen (FN 53 und 66) kein Recht auf Vorausverwertung des Grundpfandes hat, während ein solches Recht bei der direkten Sicherung besteht (FN 16).

⁸³ MESSERLI, 444, meint, die indirekte Sicherung sei mit dem Erlass von Art. 156 Abs. 2 SchKG zu einem «problematischen Sicherungsmittel» geworden. Er zeigt indes keinerlei relevante Unterschiede zu Gunsten der direkten und zu Lasten der indirekten Sicherung auf.