

Der sicherungsübereignete Register-Schuldbrief – zehn Jahre später

Prof. Dr. iur. Daniel Staehelin, Advokat und Notar, Basel

I. Einleitung

Die Idee des Register-Schuldbriefs lag im Zeitalter der Entmaterialisierung der Wertpapiere in der Luft. Dennoch brauchte es jemanden, der die Idee ausformulierte, und dies war Roland Pfäffli¹, welcher in einem Brief vom 19. September 1997 an Ständerat Fritz Schiesser den Anstoss zur Gesetzgebung gab. In Kraft getreten ist die Novelle mit der Revision des Sachenrechts vor zehn Jahren am 1. Januar 2012. Seither hat der Register-Schuldbrief einen Siegeszug sondergleichen angetreten. Soweit ich dies aus meiner Notariatspraxis beurteilen kann, verlangen inzwischen beinahe alle kommerziellen Hypothekargläubiger die Ausstellung von oder die Umwandlung in Register-Schuldbriefe. Begünstigt wird dies durch die erleichterte Umwandlung von Papier-Schuldbriefen in Register-Schuldbriefe, die auch dann in Schriftform möglich ist, wenn ein Inhaber-Papier-Schuldbrief in einen Namen-Register-Schuldbrief (Inhaber-Register-Schuldbriefe gibt es nicht) umgewandelt werden soll (Art. 74 GBV).

II. Schuldner des Register-Schuldbriefs

Aus dem Grundbuch ergibt sich bloss, wer Gläubiger, nicht aber wer Schuldner des Register-Schuldbriefs ist. Es ist den Kantonen indes weiterhin gestattet, im Grundbuch den Schuldbriefschuldner anzugeben².

Der Register-Schuldbrief wird durch Eintragung des neuen Gläubigers im Grundbuch aufgrund einer schriftlichen Erklärung des bisherigen Gläubigers übertragen (Art. 858 Abs. 1 ZGB). Eine Anzeige an den Schuldner ist nicht erforderlich zur Übertragung des Register-Schuldbriefs. Das Grundbuchamt soll jedoch verpflichtet sein, dem Schuldner gemäss Art. 969

1 Vgl. bereits ROLAND PFÄFFLI, Theorie und Praxis zum Grundpfandrecht, recht 1994, S. 263 ff., S. 264.

2 BGE 99 I^b 435; DANIEL STAEHELIN in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019 [nachfolgend BSK ZGB II–DANIEL STAEHELIN], Art. 852 N 28.

ZGB Anzeige zu machen³, denn der Schuldner ist ein Beteiligter im Sinne dieser Bestimmung, da er nur dem eingetragenen Gläubiger mit befreiender Wirkung zahlen kann (Art. 858 Abs. 2 ZGB). Probleme tauchen dann auf, wenn ein Schuldnerwechsel erfolgt und dieser im Grundbuch nicht nachgetragen wurde⁴. So kann ein einmal eingetragener Schuldner, der schon lange von der Schuld befreit wurde, nach Jahrzehnten noch Mitteilungen vom Grundbuchamt erhalten. Alternativ besteht daher die Möglichkeit, nicht dem Schuldner, sondern dem Eigentümer eine Mitteilung gemäss Art. 969 ZGB zukommen zu lassen⁵. In den meisten Fällen ist der Eigentümer auch der Schuldner, womit hierdurch die grundsätzlich erforderliche Benachrichtigung des Schuldners erfolgt. In den Fällen, in denen Schuldner und Eigentümer nicht identisch sind, gibt sie dem Eigentümer die Möglichkeit, den Schuldner vom Gläubigerwechsel zu benachrichtigen. Hieran hat er ein Interesse, da Fehlzahlungen des Schuldners die Gefahr einer Grundpfandverwertung erhöhen⁶. Diese Alternative empfiehlt sich für diejenigen Kantone, die darauf verzichten, auf Antrag einen Schuldnerwechsel im Grundbuch nachzutragen.

Wird der Schuldnerwechsel nicht im Grundbuch und auf dem Titel nachgetragen, so bleibt der Errichtungsakt in Verbindung mit dem Schuldbrief gegenüber dem ersten Schuldner auch nach erfolgter Schuldentlassung eine Schuldanerkennung und ein Rechtsöffnungstitel für die

3 DENIS PIOTET, *La nouvelle cédule de registre*, not@lex 2010, S. 1 ff., S. 8; BÉNÉDICT FOËX, *La cédule hypothécaire de registre*, in: Jürg Schmid (Hrsg.), *Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht*, Zürich 2012, S. 343 ff., S. 351; PAUL-HENRI STEINAUER, *Les droits réels*, Bd. III: *Servitudes personnelles, charges foncières, droits de gage immobiliers, droits de gage mobiliers*, 5. Aufl., Bern 2021, N 2984; CHRISTINA MARIA SCHMID-TSCHIRREN, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), *Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar*, 4. Aufl., Zürich 2021, Art. 858 N 3; a. M. PAUL-HENRI STEINAUER/ANNE-CHRISTINE FORNAGE, in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet (Hrsg.), *Commentaire romand, Code civil II* (Art. 457–977 CC, Art. 1–61 Tit. fin. CC), Basel 2016 [nachfolgend CR CC II], Art. 858 N 14.

4 BSK ZGB II-DANIEL STAHELIN (Fn. 2), Art. 858 N 2.

5 PAUL-HENRI STEINAUER, *La nouvelle réglementation de la cédule hypothécaire*, Jusletter 3. 5. 2010, Rz 22; STEPHAN WOLF, *Der Register-Schuldbrief: Übertragung und Verpfändung*, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Immobilienfinanzierung*, Schweizerische Bankrechtstagung 2012, Basel 2012, S. 159 ff., S. 169; CHRISTINA MARIA SCHMID-TSCHIRREN, *Der Register-Schuldbrief: Neues Instrument für die Banken*, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Kreditsicherheiten*, Basel 2008, S. 1 ff., S. 16; PAUL-HENRI STEINAUER, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, 2. Aufl., Zürich /Basel /Genf 2015 [nachfolgend ZK-PAUL-HENRI STEINAUER], Art. 843 N 52; CR CC II-PAUL-HENRI STEINAUER/ANNE-CHRISTINE FORNAGE (Fn. 3), Art. 858 N 7; PAUL-HENRI STEINAUER, *La modification des cédules hypothécaires*, ZBGR 2018, S.1 ff., S. 7; BSK ZGB II-DANIEL STAHELIN (Fn. 2), Art. 858 N 3.

6 ZK-PAUL-HENRI STEINAUER (Fn. 5), Art. 852 N 52.

Schuldbriefforderung (Art. 82 Abs. 1 SchKG), gegen welchen der entlassene Schuldner die Entlassung glaubhaft zu machen hat (Art. 82 Abs. 2 SchKG)⁷. Ein früherer Schuldner, der nach einem Schuldnerwechsel aus der Schuldpflicht entlassen wurde, muss daher die entsprechende Entlassungserklärung des Gläubigers ewig aufbewahren, wenn der neue Schuldner nicht in das Grundbuch eingetragen wird, da die Schuldbriefforderung als Grundpfandforderung nicht verjährt (Art. 807 ZGB)⁸.

III. Notarielle Belehrungspflicht bezüglich der Sicherungsübereignung?

Gleichzeitig mit dem Register-Schuldbrief wurde die schon früher in der Praxis übliche «Sicherungsübereignung» resp. «Sicherungseintragung» zur gesetzlichen Vermutung erhoben (Art. 842 ZGB). Das System der Sicherungsübereignung ist kompliziert, intransparent und für den Laien nur schwer verständlich⁹. Es wurde eingeführt, um das dispositive Recht an die geltende Bankpraxis, welche eine optimale Sicherung des Gläubigers bezweckt, anzupassen. Eine optimale Sicherung des Gläubigers führt im Gegenzug zu tieferen Hypothekarzinsen, an welchen der Schweizer Konsument ein grösseres Interesse hat als an der transparenten Ausgestaltung der Verträge.

Ob die Urkundsperson bei der Errichtung des Schuldbergs verpflichtet ist, über die Vermutung von Art. 842 Abs. 2 ZGB zu informieren¹⁰, ist umstritten. Nach der hier vertretenen Auffassung besteht keine entsprechende notarielle Belehrungspflicht, da erstens im Hypothekargeschäft der Darlehensvertrag den Urkundspersonen gar nicht zur Kenntnis gebracht wird, zweitens der Umfang einer entsprechenden Belehrungspflicht, deren Nichteinhaltung Konsequenzen haben müsste, nicht sinnvoll eingegrenzt werden kann und drittens sich in der notariellen Praxis kein entsprechender Standard herausgebildet hat¹¹.

7 DANIEL STAHELIN, in: Daniel Staehelin / Thomas Bauer / Franco Lorandi (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I (Art. 1–158), 3. Aufl., Basel 2021, Art. 82 N 167d.

8 DANIEL STAHELIN, Der Schuldbrief in der aktuellen Revision des ZGB, BJM 2006, S. 1 ff., S. 20 f.

9 DANIEL STAHELIN (Fn. 8), S. 12 f.

10 ZK-PAUL-HENRI STEINAUER (Fn. 5), Art. 842 N 86, Art. 857 N 116.

11 BSK ZGB II-DANIEL STAHELIN (Fn. 2), Art. 842 N 48.

IV. Geltendmachung der Schuldbriefforderung

Der Gläubiger ist bei der Sicherungsübereignung berechtigt, die Schuldbriefforderung dann einzuziehen, wenn der Schuldner seine fällige Leistung aus dem Grundverhältnis nicht erbringt. Verzug des Schuldners ist nicht erforderlich (Sicherungsfall, Art. 891 Abs. 1 ZGB analog)¹². Hierzu bedarf es keiner expliziten Ermächtigung in der Sicherungsvereinbarung¹³. Anderslautende Vereinbarungen vorbehalten, muss jedoch zuerst die Schuldbriefforderung durch Kündigung fällig gestellt werden¹⁴. Die mangelnde Fälligkeit der gesicherten Forderung aus dem Grundverhältnis ist eine Einrede, die der Schuldner gemäss Art. 842 Abs. 3 ZGB dem Gläubiger sowie bösgläubigen Dritterwerbern entgegenhalten kann. Ist erst eine Teilforderung aus dem Grundverhältnis fällig, so kann die Schuldbriefforderung in diesem Teilbetrag in Betreibung gesetzt werden und im nachfolgenden Lastenbereinigungsverfahren die erst dann fällig gewordene Teilforderung eingegeben werden¹⁵. Ist auch zum Zeitpunkt der Verwertung eine Teilforderung aus dem Grundverhältnis immer noch nicht fällig, wird der Schuldbrief auf den noch nicht fälligen Betrag der Grundforderung reduziert und in diesem Umfange dem Ersteigerer überbunden (Art. 135 Abs. 1 SchKG)¹⁶.

Der Gläubiger ist im Sicherungsfall berechtigt, ohne vorgängigen Selbsteintritt die Betreibung auf Grundpfandverwertung einzuleiten¹⁷. Wird die Schuldbriefforderung geltend gemacht, ohne dass vorgängig der Selbsteintritt erklärt wird, so erlischt die Grundforderung erst in dem Moment, in dem die Schuldbriefforderung (z. B. durch Verwertung des Unterpfandes und Verteilung des Erlöses) getilgt wird. So lange laufen die Zinsen der Grundforderung weiter.

- 12 DIETER ZOBL, Zur Sicherungsübereignung von Schuldbriefen, ZBGR 1987, S. 281 ff., S. 291; ALFRED KOLLER, Kreditsicherung mittels Eigentümerschuldbriefen: direkte oder indirekte Sicherung?, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden, ZGRG 1998, S. 88 f., S. 89; ZK-PAUL-HENRI STEINAUER (Fn. 5), Art. 842 N 256; CR CC II-PAUL-HENRI STEINAUER / ANNE-CHRISTINE FORNAGE (Fn. 3), Art. 842 N 31.
- 13 STEFAN WEISS, Der Register-Schuldbrief, Kritische Analyse des Schuldbriefrechts unter besonderer Berücksichtigung des bundesrätlichen Entwurfs vom 27. Juni 2007, Diss. Luzern 2009, Zürich / Basel / Genf 2009, S. 65.
- 14 BSK ZGB II-DANIEL STAHELIN (Fn. 2), Art. 847 N 12; ZK-PAUL-HENRI STEINAUER (Fn. 5), Art. 842 N 270.
- 15 BGE 136 III 288, 293 E. 3.4.
- 16 DANIEL STAHELIN, Sicherungsübereignung und Sicherungseintragung von Schuldbriefen, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Immobilienfinanzierung, Schweizerische Bankrechtstagung 2012, Basel 2012, S. 139 ff., S. 158; BSK ZGB II-DANIEL STAHELIN (Fn. 2), Art. 842 N 56.
- 17 ZK-PAUL-HENRI STEINAUER (Fn. 5), Art. 842 N 269.

Auch diesfalls ist der Gläubiger nur berechtigt, die Schuldbriefforderung im Umfang der gesicherten Forderung aus dem Grundverhältnis geltend zu machen¹⁸. Dies ist eine Einrede, die der Schuldner gemäss Art. 842 Abs. 3 ZGB dem Gläubiger sowie bösgläubigen Dritterwerbern entgegenhalten kann¹⁹. Vorbehalten bleibt eine vertragliche Vereinbarung, wonach der Gläubiger die gesamte Schuldbriefforderung einziehen darf und erst danach einen Überschuss dem Schuldner zurückgeben muss²⁰. Eine derartige Klausel muss jedoch ausdrücklich und klar sein; im Zweifel ist nicht zu vermuten, dass der Schuldner damit einverstanden war, dass der Gläubiger berechtigt ist, aus dem Schuldbrief mehr zu fordern, als er aus dem Grundverhältnis zu fordern berechtigt wäre und erst nach erfolgter

- 18 BGE 144 III 29, 33 E. 4.2; 140 III 180, 185 E. 5.1.2; 136 III 288, 292; BGer vom 20.11.2007, 5A_226/2007 E. 5; Cour d'appel FR, BISchK 2014, S. 101 ff.; CJ GE, SJZ 2005, S. 430 ff.; DIETER ZOBL (Fn. 12), S. 291 f.; DIETER ZOBL, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 1996, Art. 901 N 161; DANIEL STAHELIN, Betreibung und Rechtsöffnung beim Schuldbrief, AJP 1994, S. 1255 f., S. 1260; DANIEL STAHELIN, Der sicherungseingetragene vinkulierte zinstragende Register-Schuldbrief mit separaten Nebenvereinbarungen, in: Franco Lorandi / Daniel Staehelin (Hrsg.), Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Zürich 2011, S. 209 ff., S. 211; MARKUS VOLLWEIDER, Die Sicherungsbereignung von Schuldbriefen als Sicherungsmittel der Bank, Diss. Freiburg i. Ü. 1994, S. 164; ROLF BÄR, Der indirekte Hypothekarkredit – Zur Sicherungsbereignung und Verpfändung von Schuldbriefen, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Theorie und Praxis der Grundpfandrechte, Berner Bankrechtstag 1996, Bern 1996, S. 105 ff., S. 115; NICOLAS DE GOTTRAU, Transfert de propriété et cession à fin de garantie: principes, et applications dans le domaine bancaire, in: Nicolas lynedjian (Hrsg.), Sûretés et garanties bancaires, Lausanne 1997, S. 173 ff., S. 214; SIDNEY KAMERZIN, Le contrat constitutif de cédule hypothécaire, Zürich / Basel / Genf 2003, S. 90; JÖRG SCHMID, Grundpfandrechte und der neue Art. 8 UWG, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Immobilienfinanzierung, Schweizerische Bankrechtstagung 2012, Basel 2012, S. 102 ff., S. 85; JÖRG SCHMID / BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. Aufl., Zürich 2017, N 1844; ALEXANDRA DAL MOLIN-KRÄNZIN, Die Verknüpfung zwischen gesicherter Forderung und grundpfandbezogenen Sicherungsrechten, Diss. Luzern, Zürich / Basel / Genf 2016, N 1008; a.M. ALFRED KOLLER (Fn. 12), S. 91; ALFRED KOLLER, Nochmals zur Kreditsicherung mittels Eigentümerschuldbriefen: Ist die indirekte Sicherung überholt?, in: FS Jean Nicolas Druey, Zürich 2002, S. 189 ff. [nachfolgend: FS Druey], S. 196; DAVID DÜRR / THOMAS KAUFMANN, Der neue Register-Schuldbrief und weitere Änderungen des Grundpfandrechts, Bern 2012, S. 40, wonach die ganze Schuldbriefforderung in Betreibung gesetzt werden darf, ein allfälliger Mehrerlös jedoch dem Schuldner herauszugeben ist.
- 19 BGE 140 III 180, 185 E. 5.1.2; 119 II 329; 115 II 354; CHRISTIAN DENYS, Cédule hypothécaire et mainlevée, JdT 2008 II, S. 3 ff., S. 15.
- 20 DAVID DÜRR / THOMAS KAUFMANN (Fn. 18), S. 41; DAVID DÜRR / DANIEL ZOLLINGER, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 805–823 ZGB, Das Grundpfand, 2. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2013, Art. 816 N 135.

Verwertung einen Überschuss zurückgeben muss²¹. Deren Gültigkeit ist zudem bei vorformulierten Verträgen mit Konsumenten aufgrund Art. 8 UWG sehr zweifelhaft²².

V. Treuhänderische Verwahrung durch die SIX SIS AG

Das Konzept, dass der jeweilige Gläubiger im Grundbuch eingetragen wird und ein Gläubigerwechsel durch konstitutive Umbuchung erfolgt, wurde teilweise überholt durch das System der treuhänderischen Haltung von Schuldbriefen durch die Systeme SIX SIS AG (SIX Nominee). Bei diesem System, dem sich namentlich die Grossbanken angeschlossen haben, wird einzig die SIX SIS AG als Gläubigerin der Register-Schuldbriefe eingetragen, die Banken werden dabei nicht mehr Schuldbriefgläubiger, sondern erhalten blass einen obligatorischen Anspruch gegen die Treuhänderin auf Umbuchung auf sie selbst oder einen Dritten. Diese Umbuchung soll jedoch, solange der Gläubiger an dem System partizipiert oder keine Zwangsverwertung eingeleitet wurde, nicht stattfinden. Soll der Schuldbrief auf eine andere Bank übertragen werden, so bleibt die Treuhänderin als Gläubigerin im Grundbuch eingetragen, verpflichtet sich jedoch gegenüber der ablösenden Bank, den Register-Schuldbrief nunmehr für sie zu halten. Eine Umbuchung im Grundbuch erfolgt nicht, die Umbuchung findet nur intern bei der Treuhänderin statt. Die Übertragung erfolgt durch Anweisung an die Treuhänderin oder Abtretung des Herausgabeanspruches. Eine Beschränkung der Einreden des Schuldners erfolgt hierbei nicht, da der Treuhänderin die Hintergründe des Systems bekannt sind und sie daher als bösgläubig zu gelten hat. Register-Schuldbriefe können schliesslich als Forderungen, im Sinn von Art. 16 Ziff. 2 BankG qualifiziert werden, womit eine Absonderung im allfälligen Konkurs der Treuhänderin gemäss Art. 37d BankG möglich ist²³.

21 OGer. BE, ZK 12 / 663 vom 17.1.2013; ALEXANDRA DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn.18), N 1009; a. M. ALFRED KOLLER, FS Druey (Fn. 18), S. 196 Fn. 23.

22 JÖRG SCHMID / BETTINA HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 18), N 1844j; ALEXANDRA DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 18), N 1010; BSK ZGB II-DANIEL STAEHELIN (Fn. 2), Art. 842 N 58.

23 BSK ZGB II-DANIEL STAEHELIN (Fn. 2), Art. 857 N 10a.