

**Zeitschrift
des Bernischen
Juristenvereins**

**Revue
de la société
des juristes bernois**

133. Jahrgang

Erscheint
jeden Monat

1997

ZBJV

Organ für schweizerische
Rechtspflege
und Gesetzgebung

Redaktor
Professor Dr.
Heinz Hausheer

Stämpfli Verlag AG Bern



Zur Teilung von Namensschuldbriefen

Von Dr. iur. STEPHAN WOLF, Fürsprecher und Notar, Oberassistent am Romanistischen Institut der Universität Bern, Thun¹

I. Einleitende Bemerkungen

Aus unterschiedlichen Gründen kann das *praktische Bedürfnis* entstehen, einen Namensschuldbrief² zu teilen. Denkbar ist etwa, dass im Erbgang eine Forderung des Erblassers aus einem Namensschuldbrief auf mehrere Erben übergeht³ und der Titel in der Erbteilung auf die einzelnen Erben entsprechend deren Erbquoten aufgeteilt werden soll. Ebenso ist möglich, dass die Schuld- und Pfandsomme, wie sie ursprünglich bei Titelerrichtung bestanden hat, teilweise abbezahlt⁴ oder durch einen anderen Gläubiger übernommen worden ist, so dass der Namensschuldbrief in der Höhe des nicht mehr ausgeschöpften Betrages auf den Eigentümer als Schuldner zurückübertragen⁵ oder zugunsten eines anderen Gläubigers verwendet⁶ und die Pfandsicherheit für den ursprünglichen Gläubiger

auf den verbleibenden Schuldbetrag reduziert werden soll. Anzuführen ist indessen sogleich, dass der Schuldner vor der vollständigen Tilgung der Pfandforderung keinen Anspruch auf Aushändigung des auf ihn indossierten Titels hat⁷; die geschilderte Übertragung des nur teilweise abbezahlten Titels auf den Schuldner oder einen Dritten ist somit nur bei entsprechender Bereitschaft des bisherigen Gläubigers möglich⁸. In all den erwähnten Fällen liegt eine *Schuldbriefteilung mit Gläubigerwechsel* vor⁹. Es kann aber auch vorkommen, dass der Namensschuldbrief *ohne Gläubigerwechsel* zu teilen ist und demgemäss die durch das Grundbuchamt neu auszustellenden Teilschuldbriefe alle auf den Namen des gleichen, bisherigen Gläubigers lauten¹⁰. Häufig ist dies der Fall bei der rechtlichen Ordnung von Gesamtüberbauungen, wo der auf dem Baulandgrundstück haftende Schuldbrief in Teilsommen auf die einzelnen, zu überbauenden und zu verkaufenden Parzellen oder Stockwerkeinheiten aufgeteilt wird¹¹.

7 WIELAND, N. 2 zu Art. 873 ZGB; LEEMANN, N. 3 f. zu Art. 873 ZGB; GUHL, S. 11.

8 Am teilweise abbezahlten Titel entsteht keineswegs von selbst ein «Teil-Eigentümergepfandrecht»; vgl. RIEMER, § 19 Rz. 10. Der Gläubiger verfügt somit über eine den Schuldbetrag «überschliessende Pfandsicherheit».

Dagegen hat der Schuldner das Recht, den Schuldbetrag entsprechend der Teilzahlung im Grundbuch und auf dem Pfandtitel durch Teillöschung herabsetzen zu lassen. Dies hat jedoch den Nachteil, dass der herabgesetzte Schuld- und Pfandbetrag bei späterem Bedarf nicht mehr verwendbar ist und unter entsprechenden Kostenfolgen eine Neuerrichtung des Grundpfandrechts erforderlich wird. Vgl. GUHL, S. 12; ISLER, S. 241.

Für die Abzahlungen an die Schuld ist in Art. 874 ZGB bzw. Art. 67 Abs. 1 GBV die besondere, die soeben erwähnten nachteiligen Folgen der Teillöschung vermeidende Möglichkeit der Einschreibung in der Kolumne «Bemerkungen» des Grundbuchblattes sowie in der Rubrik «Abzahlungen» auf den Schuldbriefen vorgesehen. Sind Abzahlungen derart aus Grundbuch und Pfandtitel ersichtlich, ist für den Schuldner die Gefahr ausgeschlossen, dass ein Dritter unter Berufung auf seinen guten Glauben die ursprüngliche Schuldbriefforderung geltend machen kann; vgl. GUHL, S. 13; ferner ISLER, S. 241. Das in Art. 874 ZGB vorgesehene Vorgehen hat jedoch keine praktische Bedeutung erlangt, weshalb auf den neuen Schuldbriefformularen die Spalte «Abzahlungen» überhaupt nicht mehr enthalten ist. Dies ändert jedoch nichts daran, dass das Grundbuchamt auf Begehren des Schuldners die Abzahlung auf dem Schuldbrief gemäss Art. 874 ZGB vermerken wird.

9 Dazu III 3 hienach.

10 Vgl. III 2 hienach.

11 Bei der rechtlichen Ausgestaltung von Gesamtüberbauungen empfiehlt es sich im Hinblick auf den Verkauf der einzelnen Grundstücke, die Grundpfandrechte je separat auf die Parzellen oder Stockwerkeinheiten zu verlegen. Ohne solche Verteilung der Grundpfandrechte bleiben Gesamtpfandrechtsverhältnisse bestehen, welche beim Verkauf des einzelnen Grundstücks eine Solidarhaftung des Käufers mit dem Verkäu-

1 Herrn Notar ROLAND PFÄFFLI, Grundbuchverwalter von Thun, danke ich für wertvolle praktische Hinweise.

2 Auf die Frage der Teilung der im Vergleich zum Namensschuldbrief weniger häufigen Eigentümer- und Inhaberschuldbriefe wird nachstehend nicht eingegangen. Es sei jedoch angemerkt, dass sich beim Eigentümer- und Inhaberschuldbrief die Verhältnisse vereinfacht präsentieren. Insbesondere stellt sich hier die Problematik der Teilübertragung (dazu für den Namensschuldbrief hinten II 3) nicht. Wie für die Errichtung genügt auch zur Teilung des Eigentümer- oder Inhaberschuldbriefs grundsätzlich ein einfach schriftlicher Antrag des Eigentümers und die Vorlage des Titels beim Grundbuchamt. Ist dagegen der zu teilende Eigentümer- oder Inhaberschuldbrief faustverpfändet, ist das Verpflichtungsgeschäft öffentlich zu beurkunden.

3 Der Übergang erfolgt von Gesetzes wegen durch Universalsukzession; vgl. Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB. Ein rechtsgeschäftlicher Übertragungsakt ist nicht erforderlich. Zuhanden des Grundbuchamtes ist zur Einschreibung der an die Stelle des Erblassers getretenen Erben im Gläubigerregister eine Erbgangsbescheinigung als Ausweis über den ex lege erfolgten Übergang der Gläubigerrechte beizubringen.

4 Die Amortisation von Grundpfandschulden wird von den Banken heute vermehrt verlangt, so dass teilweise abbezahlte Schuldbriefe sehr häufig vorkommen. Vgl. bereits ISLER, S. 235.

5 Mit dieser Rückübertragung auf den Eigentümer und Schuldner wird der Namensschuldbrief in einen Eigentümerschuldbrief umgewandelt.

6 Der Schuldner kann z. B. einen Teil der bisherigen Hypothek einer Bank neu bei einer anderen Bank plazieren und hierfür den Namensschuldbrief entsprechend den neuen Teilbeträgen der beiden Hypotheken teilen wollen.

Die hier interessierende Frage der Teilung von Schuldbriefen ist im schweizerischen Recht *positivrechtlich nicht explizit geregelt*¹². Weder das Zivilgesetzbuch noch die Grundbuchverordnung enthalten eine Bestimmung zur Unterteilung eines Grundpfandrechtes in mehrere Teilpfandrechte¹³.

Nachstehend ist vorerst auf die für die Teilung ebenfalls eine Rolle spielende Übertragung, besonders die Teilübertragung, des Namensschuldbriefes hinzuweisen¹⁴ und sodann die Teilung des Namensschuldbriefes darzustellen¹⁵.

II. Übertragung des Namensschuldbriefes

1. Allgemeines zur Errichtung und Übertragung des Namensschuldbriefes

Der Grundpfandvertrag auf Errichtung eines Namensschuldbriefes bedarf der *öffentlichen Beurkundung*¹⁶. Der Pfandvertrag wird zwischen dem Eigentümer des zu verpfändenden Grundstückes¹⁷ und dem Gläubiger abgeschlossen^{18,19}. Gestützt auf die den

fer und allfälligen weiteren Erwerbem voraussetzen (vgl. Art. 798 Abs. 1 ZGB), was in aller Regel höchst unerwünscht ist.

12 Vgl. dagegen für den deutschen Teilhypothekenbrief § 1152 BGB. Wiederum ohne ausdrückliche Regelung im Codice civile kennt auch die italienische Notariatspraxis die Teilung von Hypotheken; vgl. zur «procedura del frazionamento ipotecario» MAZZOCCA, S. 190f., mit Darstellung der in der vorangehenden Anm. 11 behandelten Problematik nach italienischem Recht.

13 Eidgenössisches Grundbuchamt, in: ZBGR 35 (1954), 307.

14 Hienach im Text II.

15 Hinten III.

16 Art. 799 Abs. 2 ZGB. Vgl. auch Art. 19 Abs. 1 i. V. m. Art. 18 GBV.

17 Der Eigentümer und Verpfänder ist in der Regel, vorbehaltlich von Drittpfandrechten, ebenfalls der Schuldner.

18 LEEMANN, N. 23 zu Art. 799 ZGB; LAREIDA, S. 21 und 29f.; PFÄFFLI, S. 264; VOLLENWEIDER, S. 40.

Im Kanton Bern ist gemäss Art. 110 EGzZGB (BSG 211.1) beim Grundpfandvertrag die Mitwirkung des Gläubigers bei der Beurkundung des Pfandrechts nicht erforderlich. Diese kantonalrechtliche, früher in Art. 28 des Dekretes vom 19. Dezember 1911 über die Amtsschreibereien enthaltene Regelung und gefestigte Praxis lässt sich dadurch rechtfertigen, dass ein Vertrag der Unterschrift nur jener Personen bedarf, die durch ihn verpflichtet werden; vgl. für die Schriftform Art. 13 Abs. 1 OR. Dem Grundpfandgläubiger werden durch den Grundpfandvertrag nur Rechte eingeräumt. In aller Regel besteht ausserhalb des öffentlich zu beurkundenden Grundpfandvertrages ein separater Hypothekenvertrag zwischen Gläubiger und Schuldner. Der mit dem Erlass

Ausweis über den Rechtsgrund²⁰ erbringende öffentliche Urkunde und die Grundbuchanmeldung erfolgt die *Eintragung des Grundpfandrechts im Grundbuch* und die *Ausstellung des Pfandtitels* durch das Grundbuchamt.

Im Gegensatz zum Inhaberschuldbrief nennt der Namensschuldbrief ausdrücklich eine bestimmte natürliche oder juristische Person als Gläubigerin des Titels²¹. Trotz seiner Bezeichnung ist der Namensschuldbrief kein Namen-, sondern ein *gesetzliches Ordrepapier*²². Mit dem Namensschuldbrief verpflichtet sich somit der Schuldner, an eine namentlich bestimmte Person oder an einen von dieser beordneten Dritten zu leisten²³.

Die *Übertragung* des Namensschuldbriefes bedarf der Übergabe des Papiers (Art. 869 Abs. 1 ZGB) und «der Anmerkung der Übertragung auf dem Titel unter Angabe des Erwerbers»²⁴, des *Indossaments*²⁵. Mit der Übertragung gehen die Rechte aus dem Pa-

des kantonalen Gesetzes über das bäuerliche Boden- und Pachtrecht ins Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch eingefügte Art. 110 EGzZGB ist am 13. November 1995 durch das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement ohne Vorbehalt genehmigt worden; in dieser Bestimmung ist somit im Prüfungsverfahren kein Verstoß gegen Bundeszivilrecht ausgemacht worden. Vgl. eingehend zur Frage des Verfahrens und insbesondere auch zum angeführten «Berner Modell» bei der vertraglichen Schuldbrieferrichtung BRÜCKNER, S. 219–222, m. w. H.

19 Im Gegensatz zum Namensschuldbrief können Eigentümer- und Inhaberschuldbrief auch aufgrund eines einseitigen Rechtsgeschäftes des Grundeigentümers errichtet werden; vgl. Art. 20 GBV. Dazu BGE 115 II 358 und 116 II 292f.; LAREIDA, S. 32. Ausführlich zur nicht-vertraglichen Errichtung von Schuldbriefen BRÜCKNER, S. 232 ff.

20 Vgl. Art. 965 Abs. 1 und 3 ZGB. Allgemein zum Rechtsgrund für die Eintragung von Grundpfandrechten HOMBERGER, N. 28 ff. zu Art. 965 ZGB.

21 Art. 859 Abs. 1 ZGB. MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, Rz. 270; LAREIDA, S. 21; BRÜCKNER, S. 218.

22 WIELAND, N. 2 zu Art. 859 ZGB; LEEMANN, N. 7 zu Art. 859 ZGB; JÄGGLI, N. 23 zu Art. 1145 OR; BÄR, S. 42; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, Rz. 270; LAREIDA, S. 21, m. w. H. in Anm. 6.

23 PFÄFFLI, S. 266.

24 Art. 869 Abs. 2 ZGB.

25 Das ZGB bezeichnet die Anmerkung der Übertragung auf dem Schuldbrief nicht ausdrücklich als Indossament und auch die entsprechende Rubrik auf den Schuldbriefformularen ist – jedenfalls im Kanton Bern – mit «Übertragung» betitelt und nicht mit Indossament. Die rechtliche Natur der Abtretungserklärung nach Art. 869 Abs. 2 ZGB als die eines Indossamentes kann indessen nicht zweifelhaft sein: Die Wirkungen – im einzelnen sind es die Übertragungswirkung (Art. 869 ZGB, vgl. Art. 1004 OR), die Legitimationswirkung (Art. 868 ZGB; vgl. Art. 1006 OR) sowie die Einredebeschränkung (Art. 872 ZGB; vgl. Art. 1007 OR) – entsprechen weitgehend – mit der einzigen Ausnahme der nur dem Wechsel, dem Check und den wechselähnli-

pier auf den Erwerber über. Weil der Schuldbrief die Forderung und das zu ihrer Sicherung bestehende Pfandrecht verkörpert, bewirkt die Übertragung den Übergang sowohl der Forderung als auch des Pfandrechts²⁶. Wie bei den Ordrepapieren des Obligationenrechts – und im Gegensatz zu den durch Zession zu übertragenden Namenpapieren²⁷ – werden die Einreden des Schuldners gegenüber dem gutgläubigen Erwerber beschränkt²⁸; der Schuldner kann nur Einreden geltend machen, die sich entweder aus dem Eintrag im Grundbuch oder aus der Urkunde ergeben oder die ihm persönlich gegen den ihn belangenden Gläubiger zustehen (Art. 872 ZGB)²⁹.

Gemäss Art. 869 Abs. 2 ZGB ist der Name des Erwerbers bei der Übertragung anzugeben; ein Blankoindossament ist nach h. L.³⁰ und bundesgerichtlicher Praxis³¹ ausgeschlossen. An der Unzulässigkeit des Blankoindossaments vermag auch eine verbreitete gegenteilige Geschäftspraxis³² nichts zu ändern; das Bundesgericht lehnt in diesem Bereich eine normative Kraft des Faktischen konsequent ab³³. Zur Übertragung nicht erforderlich ist die Einschreibung des neuen Gläubigers im Grundbuch³⁴. Im Rahmen der rein deklaratorischen Bedeutung des Gläubigerregisters kann aber der Berechtigte unter Nachweis seines Rechts um Einschreibung ersuchen³⁵.

chen Papieren eigenen Garantiefunktion (JÄGGI, N. 39 zu Art. 968, 969 OR) – denjenigen in Art. 967 Abs. 1 und Art. 1001 ff. OR; vgl. dazu WEINBERG, S. 62, und LAREIDA, S. 71 f. Von einer Indossierung geht auch das Bundesgericht in BGE 81 II 115 aus. BÄR, S. 42 mit Anm. 41, weist darauf hin, dass auf den Terminus «Indossament» verzichtet worden ist, «um dem Irrtum nicht Vorschub zu leisten, es könnte damit die Garantiewirkung des Wechselindossaments verbunden sein».

26 VOLLENWEIDER, S. 36.

27 Bei diesen bleiben nach Art. 169 OR die Einreden des Schuldners gegenüber früheren Gläubigern erhalten.

28 Vgl. LAREIDA, S. 21.

29 Eingehend zur Beschränkung der Einreden nach Art. 872 ZGB WEINBERG, S. 124 ff.

30 WIELAND, N. 4 zu Art. 869 ZGB; LEEMANN, N. 14 zu Art. 869 ZGB; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, Rz. 271; RIEMER, § 22 Rz. 52; LAREIDA, S. 74; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, S. 867; PFÄFFLI, S. 266. Vgl. auch BÄR, S. 43, mit Hinweis auf die Absicht des historischen Gesetzgebers.

31 BGE 81 II 115 f.; Urteil des Bundesgerichts, II. Zivilabteilung, vom 12. Juni 1974, in: ZBGR 55 (1974), 21 ff., besonders 24.

32 Vgl. den Hinweis des Bundesgerichts, in: ZBGR 55 (1974), 24.

33 RIEMER, § 22 Rz. 52.

34 Vgl. Art. 66 Abs. 1 GBV. Siehe auch BGE 112 III 29.

35 Vgl. Art. 66 Abs. 2 GBV.

2. Übertragung an mehrere Gläubiger

Wie die Errichtung des Titels zugunsten einer Mehrheit von Gläubigern möglich ist, kann der Namensschuldbrief auch von einem an mehrere Gläubiger übertragen werden³⁶. Eine Mehrheit von Gläubigern kann sodann auch von Gesetzes wegen entstehen, so beispielsweise durch Übergang des Namensschuldbriefes vom Erblasser auf die Erben kraft Universalsukzession. Solange nur ein Schuldbrief für die mehreren Gläubiger vorhanden ist, besteht eine *Gesamtberechtigung*³⁷ aller Gläubiger auf die gesamte Schuld- und Pfandsumme³⁸. Die Forderung kann nur verknüpft mit dem Titel geltend gemacht werden³⁹. Solange Teiltitel für jeden einzelnen Gläubiger fehlen, ist die im Schuldbrief verkörperte Forderung eine einheitliche und es kann nur gesamthaft und gemeinsam über sie verfügt werden. Dem einzelnen Teilsummengläubiger ist die Legitimation abzusprechen, weil der Titel nicht nur auf ihn, sondern auf mehrere übertragen wurde⁴⁰. Selbst über seinen Anteil am ganzen Schuldbriefbetrag kann der Teilgläubiger nicht verfügen, solange nicht ein nur noch auf ihn allein lautender Teiltitel vorliegt. Ebenso werden im Grundbuch die den einzelnen Berechtigten zustehenden Anteile nicht berücksichtigt; die Schuldbriefforderung als Wertpapierforderung wird – entsprechend der jedenfalls extern unteilbaren Gesamtberechtigung der mehreren Gläubiger – als eine einheitliche

36 Eine Mehrheit von Gläubigern kann auch im Gläubigerregister eingeschrieben werden; vgl. MBVR XX (1922), 200.

37 PFÄFFLI, S. 266, spricht von «Gesamtgläubigerschaft» und nimmt damit – wie sich aus dem Zusammenhang ergibt – ebenfalls eine gesamthandtschaftliche Berechtigung an, welche von der Gesamtgläubigerschaft im Sinne der Gläubigersolidarität streng abzugrenzen ist; vgl. dazu BUCHER, OR AT, S. 499 ff. Ebenso für Gesamtberechtigung schon MBVR XXIV (1926), 254.

38 Die Kommentatoren WIELAND, N. 5 zu Art. 869 ZGB, und LEEMANN, N. 30 zu Art. 869 ZGB, erachten beide auch *Miteigentum* – dogmatisch korrekt müsste man von einer Mitberechtigung sprechen – mehrerer Personen an Forderung und Pfandrecht bzw. am Wertpapier als möglich. Unter dem Aspekt der Verfügungsmöglichkeiten besteht m. E. aber über die mehreren mittels eines Namensschuldbriefes sichergestellten Teilforderungsbeträge zwingend eine *Gesamthandsberechtigung* aller Gläubiger; im Gegensatz zum Verfügungsrecht des Miteigentümers über seinen Anteil (Art. 646 Abs. 3 ZGB) fehlt es beim Teilberechtigten an einem Namensschuldbrief an einer selbständigen Verfügbarkeit über den Teilschuldbetrag. Vgl. dazu auch sogleich im Text und Anm. 73 hienach.

39 Vgl. Art. 868 Abs. 1 ZGB.

40 Zutreffend MBVR XXIV (1926), 254.

Forderung behandelt⁴¹. Den Schuldner seinerseits befreit nur gemeinschaftliche Leistung an alle Gläubiger⁴². Ohne Schuldbriefteilung ist demnach eine Verselbständigung der Teilforderungen der verschiedenen Gläubiger ausgeschlossen.

3. Teilübertragung

Ein *Teilindossament* mit der Wirkung der Übertragung des Schuldbriefes in einzelnen selbständigen Teilbeträgen an mehrere Gläubiger ist nicht möglich⁴³. Der Weg zur Verselbständigung mehrerer Teilforderungen aus einem Schuldbrief führt nur über die Schuldbriefteilung⁴⁴, welche ihrerseits bei gleichzeitig erfolgendem Gläubigerwechsel eine Teilübertragung voraussetzt⁴⁵.

Wird der Schuldbrief mit Teilbeträgen an mehrere Gläubiger übertragen⁴⁶, entstehen keine selbständigen Schuldbriefforderungen der verschiedenen Berechtigten, sondern es bleibt bei einer einzigen Schuldbriefforderung, welche in der gesamthänderischen Zuständigkeit aller Gläubiger steht⁴⁷. Allenfalls angegebene Teilbeträge haben für die Rechtsausübung im Verkehr keine Bedeutung und mögen höchstens einen Hinweis auf die interne Beteiligung der mehreren Gläubiger an der ihnen gesamthänderisch zustehenden Schuldbriefforderung abgeben.

41 Meinungsäusserung der Justizdirektion des Kantons Bern in MBVR XX (1922), 200 f. bzw. ZBGR 15 (1934), 219.

42 Vgl. BUCHER, OR AT, S. 501 mit Anm. 78.

43 Aufgrund von Art. 1002 Abs. 2 OR, welcher mangels einer sachenrechtlichen Spezialnorm auch auf den Schuldbrief anwendbar ist, sind Teilindossamente nichtig; siehe LAREIDA, S. 106 f. Ebenso dem Grundsatz nach auch PFÄFFLI, S. 266 f., mit dem ergänzenden Hinweis darauf, dass die Praxis bei der Teilung eines Schuldbriefes mit gleichzeitiger Ausstellung von Schuldbriefen auf verschiedene Gläubiger das Teilindossament zulässt; vgl. dazu auch hinten bei Anm. 69 und 72.

44 Dazu hinten III.

45 Dazu III 3 hienach.

46 Beispielsweise wird ein Namensschuldbrief von Fr. 100 000.– zugunsten des X von diesem als dem letzten auf dem Papier mittels Indossamentenkette ausgewiesenen Gläubiger wie folgt übertragen: «Mit Fr. 60 000.– an Y, mit Fr. 40 000.– an Z».

47 Die Forderung steht im Beispiel von Anm. 46 Y und Z zu gesamter Hand zu. Siehe zur Berechtigung mehrerer Gläubiger auch II 2 hievoro.

III. Teilung des Namensschuldbriefes

1. Allgemeines

a) Änderung des Rechtsverhältnisses

Die Zerlegung des Namensschuldbriefes in mehrere Teiltitel ist *ohne Löschung und Neuerrichtung des Pfandrechtes* möglich⁴⁸. Die Schuldbriefteilung stellt keine Löschung des ursprünglichen Grundpfandrechts im technischen Sinne nach Art. 801 ZGB dar⁴⁹. Es liegt vielmehr eine Änderung des bisherigen Rechtsverhältnisses vor, wie sie Art. 874 ZGB auch bei Schuldbriefen als möglich vorsieht⁵⁰. Im Grundbuch wird das bisherige Grundpfandrecht ohne Löschung gestrichen und die Teilpfandrechte werden unter dem ursprünglichen Datum eingetragen⁵¹. Der *bisherige Rang* gegenüber den beschränkten dinglichen Rechten und den Vormerkungen bleibt somit für die neuen Teiltitel gewahrt⁵².

b) Form, Mitwirkende und Zustimmungen

Als Änderung an einem bestehenden Grundpfandrecht verlangt die Zerlegung des Titels die Beachtung derselben Form, wie sie allgemein für den Pfandvertrag erforderlich ist⁵³. Das Verpflichtungsgeschäft zur Teilung des Namensschuldbriefes bedarf somit wie dasjenige zu seiner Errichtung⁵⁴ der *öffentlichen Beurkundung*⁵⁵.

48 LEEMANN, N. 31 zu Art. 869 ZGB.

49 FLÜCKIGER, S. 325 f.; Ansichtsaussprechung des Eidgenössischen Grundbuchamtes in: ZBGR 35 (1954), 308. Vgl. auch HOMBERGER, N. 31 zu Art. 965 ZGB.

50 Vgl. BGE 66 II 155 f. sowie FLÜCKIGER, S. 324 unten, mit dem Hinweis, dass allgemein ein Rechtsverhältnis, ohne dass es deshalb aufgehoben und durch ein anderes ersetzt werden müsste, Änderungen erfahren kann; vgl. dazu auch VON TUHR/ESCHER, § 76 I 2, S. 180. Siehe ferner die Entscheidung des Regierungsrates des Kantons Bern, in: MBVR XXIV (1926), 255.

51 Eidgenössisches Grundbuchamt, in: ZBGR 35 (1954), 308, mit Hinweisen zur grundbuchlichen Behandlung.

52 Vgl. auch Musterurkunden-Sammlung des Verbandes bernischer Notare, Bern 1981 mit alljährlichen Nachführungen, Musterurkunde Nr. 666, Anm. 3.

53 Vgl. RIEMER, § 18 Rz. 5.

54 Art. 799 Abs. 2 ZGB. Vgl. dazu vorne II 1.

55 BÜHLMANN, S. 200; LEEMANN, N. 31 zu Art. 869 ZGB; vgl. auch FLÜCKIGER, S. 321. Ebenso für öffentliche Beurkundung: MBVR XX (1922), 199 = ZBGR 15 (1934), 217; MBVR XXIV (1926), 255; Eidgenössisches Grundbuchamt, in: ZBGR 35 (1954), 308.

Die Mitwirkung des Schuldners oder Grundeigentümers an der Beurkundung ist zwingend⁵⁶, wogegen auf jene der Gläubiger des zu teilenden Schuldbriefes wie auch der neuen Teilschuldbriefe verzichtet werden kann⁵⁷.

Sofern einwandfrei feststeht, dass seine Rechte keinerlei Schmälerung erfahren, ist zur Teilung des Schuldbriefes auch die Zustimmung des Gläubigers nicht erforderlich⁵⁸. Ebenso kann die Zerlegung des Namensschuldbriefes in mehrere Teiltitel ohne Einwilligung allfällig nachgehender Grundpfandgläubiger erfolgen⁵⁹, sofern deren Rechte nicht geschmälert werden⁶⁰.

c) Rangverhältnisse der Teiltitel

Das Rangverhältnis der neu auszustellenden Teilschuldbriefe zueinander kann beliebig vereinbart werden. Ohne besondere Vereinbarung haben alle den gleichen Rang innerhalb der Pfandstelle des bisherigen Titels⁶¹. Ein allfälliges Nachrückungsrecht für nachrangige Grundpfandgläubiger⁶² bleibt ohne Bedeutung, da das ur-

56 LEEMANN, N. 31 zu Art. 869 ZGB; Eidgenössisches Grundbuchamt, in: ZBGR 35 (1954), 308. A. M. WIELAND, N. 5 zu Art. 869 ZGB, wonach die Einwilligung des Grundeigentümers oder Schuldners nicht erforderlich sei. Wenn auch die Schuldbriefteilung nur im Rahmen der bereits bisher im Grundbuch eingeschriebenen Schuld- und Pfandsumme erfolgen kann, beinhaltet sie dennoch eine grundbuchliche Verfügung, indem im Sinne einer Änderung des bisherigen Rechtsverhältnisses neu statt eines einzigen nunmehr mehrere Grundpfandrechte entstehen; diese grundbuchliche Verfügung – und die ihr zugrundeliegende Verpflichtung – kann nur vom Grundeigentümer ausgehen, dessen Mitwirkung somit – entgegen WIELAND – unabdingbar ist.

57 Im Kanton Bern wird gestützt auf Art. 110 EGzZGB bei der Beurkundung des Pfandrechts auf die Mitwirkung des Gläubigers verzichtet. Vgl. auch vorne Anm. 18. Mittelbar ist die Mitwirkung des Gläubigers natürlich insofern erforderlich, als der zu teilende Schuldbrief, welcher sich in der Regel beim Gläubiger befindet, dem Grundbuchamt vorzulegen und bei gleichzeitigem Gläubigerwechsel mit einer Teilübertragung zu versehen ist.

58 Dagegen generell für Zustimmung des Gläubigers BÜHLMANN, S. 200. Vgl. zum Erfordernis der Zustimmung des Gläubigers auch Musterurkunde Nr. 666, Anm. 6 lit. a.

59 LEEMANN, N. 31 zu Art. 869 ZGB und N. 16 zu Art. 842 ZGB; Eidgenössisches Grundbuchamt, in: ZBGR 35 (1954), 308.

60 Für Einzelheiten vgl. Musterurkunde Nr. 666, Anm. 6 lit. b.

61 BÜHLMANN, S. 200; LEEMANN, N. 32 zu Art. 869 ZGB.

62 Die Vereinbarung des das Prinzip der festen Pfandstelle ausschaltenden Nachrückungsrechtes bedarf gemäss Art. 71 GBV der öffentlichen Beurkundung und ist, soll sie «dingliche Wirkung» entfalten, im Grundbuch vorzumerken (Art. 814 Abs. 3 ZGB).

sprüngliche Grundpfandrecht gerade nicht gelöscht wird⁶³. Bei Abzahlung eines der neuen Teilschuldbriefe behalten die übrigen – analog zur Bestimmung von Art. 881 Abs. 3 ZGB für die Serientitel – das Pfandrecht im Umfange der ganzen Pfandstelle; eine leere Pfandstelle entsteht erst mit Bezahlung aller Teilschuldbriefe. Im Pfandvertrag zur Teilung des Schuldbriefes kann indessen auch gegenteilig vereinbart werden, dass bei Löschung eines Teilschuldbriefes infolge Zahlung die dadurch entstehende leere Pfandstelle im Rang den übrigen Teiltiteln nachgeht⁶⁴.

2. Teilung ohne Gläubigerwechsel

Relativ einfach gestaltet sich die Namensschuldbriefteilung ohne gleichzeitigen Wechsel des Gläubigers. Diesfalls werden im Rahmen der bestehenden Pfandsumme neue Titel, welche alle *auf den Namen des bisherigen Gläubigers* lauten, ausgestellt⁶⁵. In jedem Fall sind dem Grundbuchamt mit dem öffentlich beurkundeten Grundpfandvertrag zur Teilung des Namensschuldbriefes der bisherige Titel, welcher mit dem neuen, reduzierten Teilbetrag weiterverwendet werden kann oder gegebenenfalls, zur Wahrung der Übersichtlichkeit, zu entkräften ist⁶⁶, sowie allfällige Nachgangstitel zur Nachführung⁶⁷ einzureichen.

3. Namensschuldbriefteilung mit Gläubigerwechsel

Soll der bisher auf einen Gläubiger lautende Namensschuldbrief zugleich mit seiner Teilung in je eigenen Teilbeträgen neu auf den bisherigen und einen oder mehrere neue oder nur noch auf mehrere neue Gläubiger ausgestellt werden, ist der alte Namensschuldbrief vom bisherigen Gläubiger mit Angabe der Teilbeträge auf den oder die neuen Gläubiger zu übertragen⁶⁸. Die Schuldbriefteilung

63 Eidgenössisches Grundbuchamt, in: ZBGR 35 (1954), 308. Siehe auch III 1 a hievior.

64 Siehe zum ganzen: BÜHLMANN, S. 200; LEEMANN, N. 32 zu Art. 869 ZGB.

65 PFÄFFLI, S. 266.

66 Vgl. Musterurkunde Nr. 666, Anm. 4

67 Vgl. Musterurkunde Nr. 666, Anm. 6 lit. b i. f.

68 Dabei handelt es sich um eine Teilübertragung; vgl. II 3 hievior.

mit gleichzeitiger Ausstellung der neuen Titel auf mehrere Gläubiger bildet den einzigen Fall, in dem das *Teilindossament* in der Praxis zugelassen wird⁶⁹. Eine weitere Übertragung durch Teilindossament, ohne dass der Titel geteilt worden wäre, ist ausgeschlossen. Der mit der Schuldbriefzerlegung einhergehende *Gläubigerwechsel* kann ein *teilweiser*⁷⁰ oder ein *vollständiger*⁷¹ sein, je nachdem, ob der bisherige Gläubiger für einen bestimmten Teilbetrag weiterhin neben neuhinzukommenden Berechtigten Gläubiger bleibt oder nicht. Dieses in der Praxis übliche Vorgehen der Übertragung mit Angabe von Teilbeträgen⁷² begründet indessen keinesfalls je selbständige Teilschuldbriefforderungen der verschiedenen Gläubiger, sondern führt vorerst zu einer unausgeschiedenen *gesamthänderischen Berechtigung* aller «Indossatare» an der gesamten Pfandsumme⁷³.

Über eine je eigene, von den übrigen Gläubigern unabhängige und in diesem Sinne *verselbständigte Schuldbriefforderung* verfügen die einzelnen, in Teilbeträgen berechtigten «Indossatare» erst mit der gestützt auf die öffentliche Urkunde zur Teilung des bisherigen Namensschuldbriefes vorzunehmenden Eintragung im Grundbuch und der Ausstellung der Teiltitel. Sofern Forderungen bereits vorliegen, entsteht das je eigene Pfandrecht der verschiedenen Gläubiger sofort mit der Eintragung im Grundbuch⁷⁴. Verfügungen über die

69 PFÄFFLI, S. 266f. Vgl. auch Anm. 43 hievor.

70 Beispiel für einen teilweisen Gläubigerwechsel: Der zu teilende, auf X lautende Namensschuldbrief von Fr. 100 000.– wird von X mit dem Vermerk «Übertragen mit Fr. 60 000.– an X und mit Fr. 40 000.– an Y» versehen.

71 Die von X als bisherigem Gläubiger anzubringende Übertragung lautet diesfalls wie folgt: «Übertragen mit Fr. 60 000.– an Y und mit Fr. 40 000.– an Z.»

72 Vgl. für die bernische Grundbuchpraxis das Handbuch der Justizdirektion des Kantons Bern für die praktizierenden Notare sowie die Grundbuchverwalter des Kantons Bern betreffend den Verkehr mit dem Grundbuchamt und die Grundbuchführung, Bern 1982, S. 34.

73 Vgl. dazu auch II 2 und 3 hievor.

Sowohl nach LEEMANN, N. 30 zu Art. 869 ZGB, wie auch nach WIELAND, N. 5 zu Art. 869 ZGB, kann mit einer solchen Teilübertragung ein Miteigentumsverhältnis im Verhältnis der Teilforderungsbeträge entstehen. M. E. entsteht diesfalls indessen zwingend eine gesamthänderische Berechtigung aus dem Wertpapier; in jedem Falle fehlt es zur Geltendmachung der Schuldbriefforderung an der für das Miteigentum charakteristischen selbständigen Verfügungsmöglichkeit des Teilberechtigten über seinen Teilforderungsbetrag (vgl. Art. 646 Abs. 3 ZGB), so dass m. E. entgegen der Auffassung von LEEMANN und WIELAND Miteigentum an einer Schuldbriefforderung nicht möglich ist. Vgl. dazu auch vorne Anm. 38.

74 LEEMANN, N. 11 zu Art. 842 ZGB und N. 5f. zu Art. 856 ZGB; VOLLENWEIDER, S. 40; BRÜCKNER, S. 242.

Nicht verlangt für die Entstehung des Pfandrechts bei schon vorliegender Forderung

Schuldbriefforderung durch Übertragung oder Verpfändung sind dagegen nur in Verbindung mit dem Besitz des Pfandtitels und somit erst nach Ausstellung der Teilschuldbriefe durch das Grundbuchamt möglich⁷⁵.

Will man den Weg über die vorerst eine Gesamtberechtigung begründende Teilübertragung des Namensschuldbriefes mit Schuldbriefteilung und Ausstellung der neuen Titel auf die mehreren Gläubiger nicht beschreiten, kann auch der bisherige Namensschuldbrief vorerst ohne Gläubigerwechsel geteilt werden. Von den zwei neuen, in diesem Fall auf den gleichen bisherigen Gläubiger lautenden Teiltiteln wird anschliessend der eine auf den neuen Gläubiger indossiert. Hier wird der neue Gläubiger aber erst mit Übergabe und Indossierung des neu ausgestellten (Teil-)Schuldbriefes berechtigt, während er bei der Teilübertragung schon vorher, nämlich mit der Teilübertragung selbst, wenn auch nicht alleiniger, so doch gesamthänderisch berechtigter Gläubiger wird.

Literatur

Rolf Bär, Wertpapierrechtliche Aspekte von Schuldbrief und Gült, BN 1985, S. 31 ff.;

Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988;

F. Bühlmann, Teilzahlungen bei Grundpfandforderungen, MBVR XIV (1916), 193 ff.;

Christian Brückner, Rechtsgeschäftliche Errichtung von Grundpfandrechten – Umfang des Formzwangs und zeitlicher Beginn der Pfandsicherheit, ZBGR 77 (1996), 217 ff.;

P. Flückiger, Zusammenlegung und Trennung von Grundpfandrechten, MBVR 48 (1950), 321 ff.;

Theo Guhl, Vom Schuldbrief, ZBJV 92 (1956), 1 ff.;

Handbuch der Justizdirektion des Kantons Bern für die praktizierenden Notare sowie die Grundbuchverwalter des Kantons Bern betreffend den Verkehr mit dem Grundbuchamt und die Grundbuchführung, Bern 1982;

Arthur Homberger, Zürcher Kommentar, Bd. IV: Das Sachenrecht, 3. Abt.: Besitz und Grundbuch, Art. 917–977 ZGB, 2. Aufl., Zürich 1938;

ist dagegen die Aushändigung des Titels an den Gläubiger. Vgl. LEEMANN, N. 18 zu Art. 857 ZGB; a. M. WIELAND, N. 3 zu Art. 857 ZGB.

75 LEEMANN, N. 13 zu Art. 842 ZGB und N. 8 zu Art. 856 ZGB.

- Peter Isler*, Von der zweckmässigen Verwendung von Schuldbriefen, insbesondere des abbezahlten oder nicht benützten Teilbetrags der Grundpfandforderung, in: Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, S. 235 ff.;
- Peter Jäggi*, Zürcher Kommentar, Bd. V: Das Obligationenrecht, 7. Teil: Die Wertpapiere, a: Art. 965–989 und 1145–1155 OR, Zürich 1959;
- Eva Lareida*, Der Schuldbrief aus wertpapierrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 1986;
- Hans Leemann*, Berner Kommentar, Bd. IV: Sachenrecht, II. Abt., Art. 730–918 ZGB, Bern 1925;
- Antonio Mazzocca*, Il Notaio, Guida teorico-pratica all'esercizio delle funzioni notarili annotata con la giurisprudenza, Milano 1992;
- Arthur Meier-Hayoz/Hans Caspar von der Crone*, Wertpapierrecht, Bern 1985;
- Musterurkunden-Sammlung* des Verbandes bernischer Notare, Bern 1981 mit alljährlichen Nachführungen, Musterurkunde Nr. 666;
- Roland Pfäffli*, Theorie und Praxis zum Grundpfandrecht, recht 1994, 263 ff.;
- Hans Michael Riemer*, Die beschränkten dinglichen Rechte, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Bd. II, Bern 1986;
- Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Aufl., Zürich 1995;
- Markus F. Vollenweider*, Die Sicherungsübereignung von Schuldbriefen als Sicherungsmittel der Bank, Diss. Freiburg 1994 (AISUF 141);
- Andreas von Tuhr/Arnold Escher*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, 3. Aufl., Zürich 1974;
- Sigbert Weinberg*, Der Schutz des guten Glaubens im Grundpfandrecht (vgl. speziell Art. 865 ZGB ff.), Diss. Zürich 1950;
- Carl Wieland*, Zürcher Kommentar, Bd. IV: Das Sachenrecht, Art. 641–977 ZGB, Zürich 1909.