

Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht

**Einblick in die Revision
des Immobiliarsachenrechts**

Les servitudes et les cédules hypothécaires

**à la lumière des nouvelles
dispositions du Code civil**

**Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung
Schweizerisches Notariat vom 18. Januar 2011
in Lausanne und vom 30. August 2011 in Zürich**

Herausgeber:

Jürg Schmid, a. Notariatsinspektor,
Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

Schulthess § 2012

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2012
ISBN 978-3-7255-6469-9

www.schulthess.com

Übertragung, Verpfändung und weitere praktische Verwendungsmöglichkeiten des Register-Schuldbriefs

STEPHAN WOLF/ALEXANDER KERNEN

Inhaltsübersicht

Literatur und Materialien	363
1. Einleitung	364
2. Übertragung	365
2.1 Übertragung des Papier-Schuldbriefs	365
2.1.1 Bisher ausschliessliche Ausstellung des Schuldbriefs als Wertpapier	365
2.1.2 Grundsätze der Übertragung	365
2.2 Rechtsgeschäftliche Übertragung des Register-Schuldbriefs	367
2.2.1 Gesetzliche Grundlagen und Überblick	367
2.2.2 Verpflichtungsgeschäft: Übertragungsvertrag	368
2.2.3 Verfügungsgeschäft: «schriftliche Erklärung»	371
2.2.4 Umbuchung im Grundbuch	372
2.3 Aussergrundbuchlicher Erwerb und Sondertatbestände	373
2.3.1 Aussergrundbuchlicher Erwerb	373
2.3.2 Sondertatbestände	373
3. Verpfändung	374
3.1 Allgemeines	374
3.2 Pfandvertrag	375
3.3 Verfügungsgeschäft	376
3.4 Grundbucheintragung	376
4. Weitere praktische Verwendungsmöglichkeiten	377
4.1 Nutzniessung	377
4.2 Pfändung	378
5. Schluss	379

Literatur und Materialien

Heinrich Honsell/Peter Nedim Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 477–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 3. Auflage, Basel 2007 (zit. *BSK-Bearbeiter*); Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Zürich 2011 (zit. *HandKomm-Bearbeiter*); Denis Piotet, La nouvelle cédula de registre, *not@lex* 2010 S. 1 ff.; Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009; Jürg Schmid, Der «papierlose» Schuldbrief, ZBGR 87/2006 S. 45 ff. (zit. *Schmid*, ZBGR 87/2006); *derselbe*, Notarielle Aspekte zum neuen Register-Schuldbrief unter Berücksichtigung von grundbuchrechtlichen Aspekten, *recht* 2010 S. 162 ff. (zit.

Schmid, recht 2010); *Christina Schmid-Tschirren*, Der Register-Schuldbrief: Neues Instrument für die Banken, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Kreditsicherheiten*, Basel 2008, S. 1 ff. (zit. *Schmid-Tschirren*, *Kreditsicherheiten*); *dieselbe*, Elektronische öffentliche Beurkundung und Grundpfandrechte: Neuerungen, insbesondere der Register-Schuldbrief, ZBGR 92/2011 S. 1 ff. (zit. *Schmid-Tschirren*, ZBGR 92/2011); *Daniel Staehelin*, Der Schuldbrief in der aktuellen Revision des ZGB, BJM 2006 S. 1 ff.; *Paul-Henri Steinauer*, La nouvelle réglementation de la cédula hypothécaire, Jusletter vom 03. Mai 2010; *Stefan Weiss*, Der Register-Schuldbrief, Kritische Analyse des Schuldbriefrechts unter besonderer Berücksichtigung des bundesrätlichen Entwurfs vom 27. Juni 2007, Diss. Luzern 2009; *Wolfgang Wiegand/Christoph Brunner*, Vorschläge zur Ausgestaltung des Schuldbriefes als papierloses Registerpfand, Bibliothek zur Zeitschrift für schweizerisches Recht, Beiheft 39, Basel 2003; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 27. Juni 2007, BBl 2007 S. 5283 ff.

1. Einleitung

Der folgende Beitrag behandelt vorab die Übertragung des Register-Schuldbriefs¹. Anschliessend werden die Verpfändung² und weitere praktische Verwendungsmöglichkeiten des Register-Schuldbriefs, namentlich die Nutzniessung³, thematisiert, bevor zum Schluss⁴ zu kommen ist.

Übertragung, Verpfändung und Begründung einer Nutzniessung sind *Verfügungen* über den Schuldbrief. Die für solche Verfügungen beim Papier-Schuldbrief als Wertpapier erforderliche physische Übergabe des Titels ist beim Register-Schuldbrief naturgemäss nicht möglich. Stattdessen erfolgt die Verfügung beim Register-Schuldbrief durch die Vornahme einer Einschreibung im Grundbuch. Insofern stellt der Register-Schuldbrief ein «Buchrecht» dar. Er ist ein Register-Pfandrecht. Generell ist deshalb die Legitimation des am Register-Schuldbrief Berechtigten dem Grundbuch zu entnehmen.

Das Manuskript wurde im September 2011 abgeschlossen.

¹ Ziff. 2. sogleich.

² Ziff. 3. hienach.

³ Ziff. 4. hienach.

⁴ Ziff. 5. hienach.

2. Übertragung

2.1 Übertragung des Papier-Schuldbriefs

2.1.1 Bisher ausschliessliche Ausstellung des Schuldbriefs als Wertpapier

Unter geltendem Recht bildet das Vorhandensein eines Pfandtitels das Hauptmerkmal des Schuldbriefs. Bei der Errichtung des Schuldbriefs wird der Titel als *Wertpapier* ausgestellt. Dieses Wertpapier verkörpert zugleich die Forderung und das Pfandrecht⁵.

Diese Grundsätze werden an sich auch bei der unter künftigem Recht weiterhin möglichen Papier-Variante des Schuldbriefs unverändert gelten. Vorzubehalten bleibt allerdings der Übergang von der bisherigen Novation bei der Schuldbrieferrichtung (Art. 855 Abs. 1 ZGB) zum neu geltenden Prinzip, wonach Grundforderung und Schuldbriefforderung nebeneinander stehen (nArt. 842 Abs. 2 ZGB). Mit dem neuen Recht wird im Weiteren neben dem Papier-Schuldbrief auch die Variante des Register-Schuldbriefs eingeführt.

2.1.2 Grundsätze der Übertragung

Der *Papier-Schuldbrief* wird nach den Regeln des Wertpapierrechts übertragen. Der Schuldbrief kann ein Inhaber- oder ein Namensschuldbrief sein. Eine besondere Art des Namensschuldbriefs stellt der Eigentümerschuldbrief dar.

Was für die Übertragung im Einzelnen vorzukehren ist, hängt von der Art des Schuldbriefs ab, also davon, ob ein Inhaberschuldbrief oder ein Namensschuldbrief vorliegt. In jedem Fall wird eine *Übergabe* des Pfandtitels an den Erwerber verlangt (vgl. Art. 869 Abs. 1 ZGB; nArt. 864 Abs. 1 ZGB⁶).

⁵ Vgl. *HandKomm-Schmid-Tschirren*, N. 3 zu Art. 793 ZGB.

⁶ Die im Vergleich zu Art. 869 ZGB stattfindenden Änderungen in nArt. 864 ZGB sind – neben der Streichung der Passage über die Gült – von rein redaktioneller Natur; vgl. *HandKomm-Schmid-Tschirren*, N. 6i.f. zu Art. 864 ZGB.

Infolge des Kausalitätsprinzips kann die Übergabe des Titels (*traditio*) nur gestützt auf ein gültiges *Grundgeschäft* erfolgen⁷.

Im Einzelnen für die Übertragung allgemein vorausgesetzt wird also erstens ein gültiger Übertragungsvertrag («*causa*»), zweitens die Besitzübertragung am Wertpapier («*traditio*») und drittens eine auf das Verfügungsgeschäft gerichtete Willenseinigung (sog. dinglicher Vertrag)⁸.

Geht es um einen *Inhaberschuldbrief*, genügt die Übergabe des Schuldbriefes gestützt auf einen gültigen Übertragungsvertrag für die Übertragung (vgl. Art. 869 Abs. 1 ZGB). Sinngemäss sind die sachenrechtlichen Regeln über die Übertragung von Fahrniseigentum anwendbar⁹.

Beim *Namenschuldbrief* ist zur rechtswirksamen Übertragung zusätzlich zu den sachenrechtlichen Übertragungsmodalitäten ein Vermerk auf dem Titel unter Nennung des Erwerbers anzubringen, d.h. ein sog. Indossament (vgl. Art. 869 Abs. 2 ZGB, nArt. 864 Abs. 2 ZGB)¹⁰. Weil er durch Indossament übertragen wird, ist der Namensschuldbrief von Gesetzes wegen ein Ordrepapier¹¹.

Mit der Schuldbriefforderung werden auch alle *Nebenrechte und Zinsen* übertragen (vgl. Art. 170 OR). Es handelt sich um sog. akzessorische Rechte¹².

Beim Papier-Schuldbrief – sowohl beim Inhaber- als auch beim Namensschuldbrief – erfolgt der *Gläubigerwechsel* ausserhalb des Grundbuchs. Es war nach der bisherigen Praxis weder erforderlich noch zulässig, den neuen Gläubiger im Grundbuch einzutragen (vgl. Art. 66 Abs. 1 GBV). Der Erwerber des Schuldbriefs konnte aber im Gläubigerregister – einem Hilfsregister des Grundbuchs – eingeschrieben werden (vgl. Art. 66 Abs. 2 und 3 GBV). Mit Revision der Grundbuchverordnung können Gläubiger entweder im Gläubigerregister oder aber auf dem Hauptbuchblatt in die Abteilung «Grundpfandrechte» eingeschrieben werden, allerdings ohne

⁷ Vgl. Schmid/Hürlimann-Kaup, Rz. 1842.; Urteil des BGer 5A_210/2007 vom 07.02.2008 E 4.5.1.

⁸ Vgl. BSK-Staehelin, N 5 zu Art. 869 ZGB.

⁹ Siehe HandKomm-Schmid-Tschirren, N. 8 zu Art. 864 ZGB.

¹⁰ BSK-Staehelin, N. 8 ff zu Art. 869 ZGB; Schmid/Hürlimann-Kaup, Rz. 1844.

¹¹ Vgl. HandKomm-Schmid-Tschirren, N. 14 zu Art. 869 ZGB.

¹² Statt vieler HandKomm-Schauvelberger/Keller, N. 3 zu Art. 170 OR.

Grundbuchwirkungen (vgl. Art. 12 und 103 nGBV)¹³. Einer Anzeige des Gläubigerwechsels an den Schuldner bedarf es nicht¹⁴.

Fehlt dem Veräusserer die *Verfügungsberechtigung*, so wird der gutgläubige Erwerber des Schuldbriefs geschützt, und zwar bei Inhaberschuldbriefen nach Art. 935 ZGB (und Art. 872 ZGB) und bei Namensschuldbriefen nach Art. 1006 Abs. 2 OR¹⁵.

Der Hauptunterschied zwischen dem Papier-Schuldbrief und dem Register-Schuldbrief ist das fehlende «Papier». Bei der Errichtung des Register-Schuldbriefs wird kein Pfandtitel ausgestellt. Damit fragt sich, wie ein Register-Schuldbrief «übergeben» bzw. «übertragen» werden kann. Darauf ist nun – anhand der neuen gesetzlichen Regelung – einzugehen.

2.2 Rechtsgeschäftliche Übertragung des Register-Schuldbriefs

2.2.1 Gesetzliche Grundlagen und Überblick

Der Register-Schuldbrief wird durch Eintragung im Grundbuch begründet (nArt. 857 Abs. 1 ZGB)¹⁶. Die Eintragung ist von konstitutiver Wirkung¹⁷. Dabei erfolgt die Eintragung auf den Namen des Gläubigers oder – als Eigentümer-Register-Schuldbrief – auf den Namen des Grundeigentümers (nArt. 857 Abs. 2 ZGB). Es bestehen somit die beiden Möglichkeiten des Namen-Register-Schuldbriefs und des Eigentümer-Register-Schuldbriefs. Ein Inhaber-Register-Schuldbrief ist demgegenüber ausgeschlossen, weil kein Wertpapier vorliegt und deshalb kein Schuldbriefinhaber existiert¹⁸.

¹³ Abrufbar unter www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/immobiliarsachenrecht/gbv-d.pdf. Die revidierte Grundbuchverordnung tritt am 1.1.2012 in Kraft.

¹⁴ Vgl. HandKomm-Schmid-Tschirren, N. 3 zu Art. 869 ZGB; Schmid/Hürlimann-Kaup, Rz. 1845; Staehelin, S. 9.

¹⁵ Vgl. BSK-Staehelin, N. 6 zu 869 ZGB; HandKomm-Schmid-Tschirren, N. 9 und 16 zu Art. 869 ZGB; Schmid/Hürlimann-Kaup, Rz. 1846, m.w.H.

¹⁶ Siehe dazu ausführlicher den Beitrag von Raphael Haas in diesem Band.

¹⁷ Botschaft Sachenrecht, S. 5327; HandKomm-Schmid-Tschirren, N. 1 zu nArt. 857 ZGB.

¹⁸ Vgl. Botschaft Sachenrecht, S. 5327; HandKomm-Schmid-Tschirren, N. 2 zu nArt. 857 ZGB.

Die *Übertragung* des Register-Schuldbriefs wird in nArt. 858 Abs. 1 ZGB geregelt. Diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

«Die Übertragung des Register-Schuldbriefs erfolgt durch Eintragung des neuen Gläubigers in das Grundbuch aufgrund einer schriftlichen Erklärung des bisherigen Gläubigers.»

Wie die Errichtung erfolgt demnach auch die rechtsgeschäftliche Übertragung des Register-Schuldbriefs mittels des Grundbuchs, nämlich durch *konstitutive Eintragung* des neuen Gläubigers, die sog. Umbuchung¹⁹. Von den drei Voraussetzungen, die beim Papier-Schuldbrief zur Übertragung erforderlich sind (*causa*, *traditio*, dinglicher Vertrag)²⁰, erwähnt das Gesetz keine ausdrücklich. Wie beim Papier-Schuldbrief sind auch für die Übertragung des Register-Schuldbriefs sowohl Verpflichtungs- als auch Verfügungsgeschäft inklusive dinglicher Einigung vorauszusetzen. Die beiden Voraussetzungen müssen konsequent unterschieden werden.

Mit der «schriftlichen Erklärung» wird in nArt. 858 Abs. 1 ZGB das Verfügungsgeschäft angesprochen. Im Gesetz nicht erwähnt wird das Verpflichtungsgeschäft.

2.2.2 Verpflichtungsgeschäft: Übertragungsvertrag

Das Verpflichtungsgeschäft (Rechtsgrundgeschäft, *causa*) für die Übertragung des Register-Schuldbriefs bildet der *Übertragungsvertrag*. Dieser Vertrag wird zwischen dem bisherigen Gläubiger und dessen Rechtsnachfolger abgeschlossen²¹. Es handelt sich um einen Innominatvertrag *sui generis*, welcher der Zession einer Forderung gemäss Art. 164 ff. OR nahe steht²². Im Unterschied zur obligationenrechtlichen Forderungsabtretung findet die Rechtsübertragung beim Register-Schuldbrief allerdings nicht bereits im Zeitpunkt der Gültigkeit des Abtretungsvertrags statt, sondern erst mit der Eintragung des neuen Gläubigers im Grundbuch (vgl. nArt. 858 Abs. 1 ZGB)²³.

¹⁹ Vgl. Botschaft Sachenrecht, S. 5327; *Staehelin*, S. 5; *Wiegand/Brunner*, S. 70.

²⁰ Dazu Ziff. 2.1.2 hievov.

²¹ Geht es um die Übertragung eines Eigentümer-Register-Schuldbriefs, wirken als Parteien der Grundeigentümer und der neue Gläubiger mit. In diesem Fall lässt die Umbuchung des Register-Schuldbriefs zugleich die Schuldbriefforderung entstehen (vgl. *Weiss*, Rz. 410).

²² Vgl. *Weiss*, Rz. 501.

²³ Vgl. *Weiss*, Rz. 486; *Schmid-Tschirren*, *Kreditsicherheiten*, S. 12. Zur Grundbuchanmeldung vgl. Ziff. 2.2.3 hienach.

Vertragsinhalt ist die Verpflichtung des bisherigen Gläubigers, die Berechtigung am Register-Schuldbrief auf seinen Rechtsnachfolger zu übertragen: Der Verpflichtete hat alle erforderlichen Handlungen vorzunehmen, damit der Berechtigte aus dem Übertragungsvertrag als neuer Gläubiger der Schuldbriefforderung im Grundbuch eingetragen werden kann²⁴. Als Gegenleistung dürfte sich der neue Gläubiger regelmässig zu einer Geldzahlung verpflichten.

Die Frage nach den *Formerfordernissen* für den Übertragungsvertrag ist offen und wird kontrovers diskutiert. Gemäss Art. 11 OR erfordern Verträge nur dann eine besondere Form, wenn eine entsprechende Gesetzesvorschrift dies vorschreibt. nArt. 858 Abs. 1 ZGB als Grundnorm zur Übertragung des Register-Schuldbriefs trifft hinsichtlich der Form des Übertragungsvertrages keine Anordnung. Aus diesem Grund erscheint der Schluss naheliegend, dass der Vertrag zur Übertragung eines Register-Schuldbriefs – ebenso wie das der Übertragung eines Papier-Schuldbriefs zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft – an keine besondere Form gebunden sein soll. Auch die bundesrätliche Botschaft hält dies ausdrücklich so fest²⁵.

Die gesetzliche Konzeption wird in der Lehre indessen kritisiert²⁶. Die hinsichtlich der Form stattfindende Gleichbehandlung des Übertragungsvertrags bei beiden Schuldbriefarten berücksichtigt nicht, dass beim neuen Registerpfand – im Gegensatz zum bisherigen Schuldbrief als Wertpapier – die Übertragung den immobilarsachenrechtlichen Grundsätzen und namentlich der Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters unterstehe²⁷. Grundbuchliche Verfügungen durften bis anhin nur auf Grund eines Ausweises über den Rechtsgrund vorgenommen werden (Art. 965 Abs. 1 ZGB). Dabei war der Nachweis zu erbringen, «dass die für dessen Gültigkeit erforderliche Form erfüllt ist» (Art. 965 Abs. 3 ZGB; vgl. auch Art. 19 ff. i.V.m. Art. 18 GBV). Auch die neue Grundbuchverordnung verlangt, dass das Grundbuchamt im Rahmen der Einschreibung den Rechtsgrund prüft; insbesondere ist weiterhin zu prüfen, ob der Rechtsgrundaussweis die erforderliche Form erfüllt (Art. 83 Abs. 2 lit. g nGBV). Die Formfreiheit des Verpflichtungsgeschäfts zur Übertragung des Register-Schuldbriefs bedeutet einen Einbruch in das System des Grundbuchrechts, welches beim konstitutiven Rechtserwerb re-

²⁴ Vgl. *Weiss*, Rz. 501.

²⁵ Vgl. Botschaft Sachenrecht, S. 5327.

²⁶ Vgl. *Schmid*, ZBGR 87/2006 S. 53; *Weiss*, Rz. 505 ff. und 524; *Schmid/Hürlimann-Kaup*, Rz. 1850r; *Piotet*, S. 14 f. A.M. demgegenüber: *Schmid-Tschirren*, ZBGR 92/2011 S. 9 Fn. 24; *Staehelin*, S. 8; *HandKomm-Schmid-Tschirren*, N. 1 zu nArt. 858 ZGB.

²⁷ Vgl. *Weiss*, Rz. 505.

gelmässig die Beibringung eines öffentlich beurkundeten oder zumindest schriftlichen Rechtsgrundausses²⁸ verlangte, und sie unterläuft damit die Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters hinsichtlich des Rechtsgrunds.

Was ist zu dieser Kritik zu sagen? nArt. 858 Abs. 1 ZGB lässt für die rechtsgeschäftliche Übertragung des Register-Schuldbriefs ausdrücklich die «schriftliche Erklärung» – verstanden als Verfügungsgeschäft und Grundbuchanmeldung seitens des bisherigen Gläubigers²⁹ – genügen. Auf die Vorlage eines besonderen Rechtsgrundausses in Form des Übertragungsvertrages wird verzichtet. Die Bestimmung lässt sich deshalb als *lex specialis* zu Art. 965 Abs. 1 und 3 ZGB verstehen³⁰. Weil es dem Grundbuchamt nicht anheimgestellt ist, formlose Vereinbarungen zu überprüfen, wird bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung des Register-Schuldbriefs künftig lediglich verifiziert werden (können), ob ein formgültiges Verfügungsgeschäft vorliegt³¹. Mit dem Verpflichtungsgeschäft hat sich der Grundbuchverwalter nicht zu befassen. Dabei hat es angesichts der gesetzlichen Regelung zu bleiben. Die in der Lehre geäusserte Kritik, wonach damit ein Einbruch in das System des Grundbuchrechts erfolge und die Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters unterlaufen werde, ist allerdings zutreffend.

Im Weiteren stellen sich mit der neuen gesetzlichen Ordnung eine Reihe von Fragen, welche in Lehre und Praxis zu klären sein werden. Namentlich offen sind derzeit folgende Fragen: Was ist zu tun, wenn der Rechtsgrund dennoch in schriftlicher oder öffentlich beurkundeter Form vorliegt? Ist in einem solchen Fall der Rechtsgrund zu prüfen? Wie soll die Kausalität – die auch für die Übertragung des Register-Schuldbriefs gilt³² – überprüft werden³³?

Trotz der nach der gesetzlichen Konzeption bestehenden Formfreiheit des Verpflichtungsgeschäftes gilt auch bei der Übertragung des Register-Schuldbriefs das immobilarsachenrechtliche *Kausalitätsprinzip*: Das Verfügungsgeschäft hängt von der Gültigkeit des Verpflichtungsgeschäftes ab³⁴. Sollte sich das (formlose) Grundgeschäft nachträglich – z.B. infolge eines

²⁸ Vgl. die Übersicht bei *Schmid/Hürlimann-Kaup*, Rz. 530.

²⁹ Siehe so *HandKomm-Schmid-Tschirren*, N. 1 zu nArt. 858 ZGB.

³⁰ Vgl. *Schmid*, recht, 2010 S. 170.

³¹ Vgl. *Stahelin*, S. 8; *Schmid-Tschirren*, *Kreditsicherheiten*, S. 12.

³² Dazu sogleich im Text.

³³ Siehe dazu auch *Piotet*, S. 14 f.

³⁴ Vgl. *Botschaft Sachenrecht*, S. 5327; *Schmid*, ZBGR 87/2006 S. 53; *Schmid-Tschirren*, ZBGR 92/2011 S. 8; mit differenzierter Herleitung *Weiss*, Rz. 514 ff.; weiter *Stahelin*, S. 8, der sich eine vertiefte Untersuchung der Frage vorbehält.

Willensmangels – als ungültig erweisen, so wird die tatsächliche Rechtslage im Grundbuch unrichtig wiedergegeben. Diesfalls steht dem Veräusserer des Register-Schuldbriefs die unverjährbare Grundbuchberichtigungsklage gemäss Art. 975 Abs. 1 ZGB zur Verfügung. Dieses Rechtsmittel wird dem früheren Gläubiger indessen dann nicht weiter helfen, wenn er einem gutgläubigen Erwerber gegenüber steht (vgl. Art. 975 Abs. 2 ZGB)³⁵.

2.2.3 Verfügungsgeschäft: «schriftliche Erklärung»

Mit der von nArt. 858 Abs. 1 ZGB für die Übertragung verlangten «schriftlichen Erklärung des bisherigen Gläubigers» wird das *Verfügungsgeschäft* angesprochen³⁶. Diese Erklärung bildet die materielle Verfügung über den Register-Schuldbrief; sie stellt zugleich die Grundbuchanmeldung dar, welche gemäss Art. 46 Abs. 1 nGBV das formelle Grundbuchverfahren in Gang setzt³⁷.

Weil das Grundbuchamt mangels eines formbedürftigen Rechtsgrundausses³⁸ nur die Verfügung in Form der schriftlichen Erklärung zu prüfen hat, muss diese die wesentlichen Elemente des Übertragungsvertrages enthalten: Das Grundstück, den von der Übertragung betroffenen Register-Schuldbrief sowie den alten und den neuen Gläubiger³⁹.

Geht die Erklärung von einer anderen als der im Grundbuch in der Spalte Gläubiger eingetragenen Person aus, ist ein Ausweis über die Vertretungsbefugnis erforderlich (Art. 16 Abs. 1 GBV; Art. 49, 83 Abs. 2, 84 nGBV). Häufig dürfte die schriftliche Erklärung vom neuen Gläubiger ausgehen. Dabei kann sich die Legitimation zur Grundbuchanmeldung auch aus dem Verpflichtungsgeschäft ergeben, so dass unter diesem Aspekt Schriftform oder öffentliche Beurkundung des Übertragungsvertrages erforderlich ist⁴⁰.

³⁵ Vgl. *Weiss*, Rz. 517, m.w.H., und Ziff. 2.2.4 a.E. hienach.

³⁶ Vgl. *Botschaft Sachenrecht*, S. 5327.

³⁷ Siehe *Schmid*, ZBGR 87/2006 S. 53; *Schmid-Tschirren*, S. 9.

³⁸ Dazu Ziff. 2.2.2 soeben.

³⁹ Vgl. *Weiss*, Rz. 512.

⁴⁰ Vgl. zum Ganzen *Weiss*, Rz. 509 ff.

2.2.4 Umbuchung im Grundbuch

Die Anmeldung der Übertragung des Register-Schuldbriefs wird sofort nach ihrem Eingang beim Grundbuchamt in das Tagebuch eingeschrieben (Art. 81 Abs. 1 lit. a nGBV). Nach der Einschreibung im Tagebuch überprüft das Grundbuchamt Form und Inhalt der Anmeldung, die Identität und die Verfügungsbefugnis der anmeldenden Person sowie die Vertretungsmacht eines allfälligen Stellvertreters (Art. 83 nGBV).

Demgegenüber wird der Grundbuchverwalter – wie bereits dargelegt⁴¹ – nach der gesetzlichen Konzeption den Rechtsgrund der Übertragung – und auch dessen Form – nicht prüfen. Aus diesem Grund wird bei der Übertragung des Register-Schuldbriefs auch keine Eintragung hinsichtlich des Erwerbsakts erfolgen⁴².

Konkret nimmt das Grundbuchamt die konstitutive *Umbuchung* so vor, dass es in der Spalte «Gläubiger» den alten Gläubiger streicht und den neuen einträgt. Die Wirkung der Umbuchung als Grundbucheintragung wird – den allgemeinen Grundsätzen entsprechend – auf den Zeitpunkt der Einschreibung in das Tagebuch bzw. der Anmeldung zurückbezogen (Art. 972 Abs. 2 ZGB).

Eine Überschreitung der Verfügungsbefugnis wird beim Register-Schuldbrief selten vorkommen, weil dieser – anders als der Papier-Schuldbrief – nicht «abhanden» kommen kann. Zudem sind der Gläubiger bzw. dessen Berechtigung zu jedem Zeitpunkt im Grundbuch ausgewiesen⁴³. Hat die Umbuchung stattgefunden und stellt sich nachträglich heraus, dass das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft an einem Mangel litt, wird der Erwerber geschützt, der sich in gutem Glauben auf das Grundbuch verlassen hat (nArt. 848 ZGB). Solche Fälle könnten künftig – so wird teilweise prognostiziert – angesichts des Umstandes, dass die Übertragung des Register-Schuldbriefs keines Rechtsgrundausweises bedarf – mithin diesbezüglich keine Kognition des Grundbuchverwalters besteht –, häufiger eintreten⁴⁴.

⁴¹ Dazu Ziff. 2.2.2 hievov.

⁴² Vgl. *Weiss*, Rz. 525.

⁴³ Vgl. *Stahelin*, S. 9; *Weiss*, Rz. 530.

⁴⁴ In diesem Sinne *Weiss*, Rz. 525.

2.3 Aussergrundbuchlicher Erwerb und Sondertatbestände

2.3.1 Aussergrundbuchlicher Erwerb

Statt aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Übertragung des Register-Schuldbriefs kann der Gläubigerwechsel auch gestützt auf einen aussergrundbuchlichen Erwerbstatbestand – namentlich durch Erbgang oder Zwangsvollstreckung – erfolgen⁴⁵. Es handelt sich um Erwerbsvorgänge im Rahmen des *relativen Eintragungsprinzips*. Die Bestimmung des Art. 656 Abs. 2 ZGB – sie bezieht sich ihrem Wortlaute nach auf den Grundeigentumserwerb – ist sinngemäss anwendbar. Damit der neue Gläubiger in solchen Fällen grundbuchlich über seine – aussergrundbuchlich entstandenen – Rechte verfügen kann, hat er sich folglich vorerst als (neuer) Gläubiger im Grundbuch eintragen zu lassen⁴⁶.

Im Gegensatz zur rechtsgeschäftlichen Übertragung des Register-Schuldbriefs – wo kein Rechtsgrundausweis beizubringen ist⁴⁷ – hat der neue Gläubiger anlässlich der Grundbuchanmeldung durch den *Erwerbstitel* nachzuweisen, dass er seine Rechte ausserbuchlich erworben hat (Art. 104 Abs. 2 nGBV). Im Falle des Erwerbs durch Erbgang (Art. 560 ZGB) wird der neue Gläubiger seine Rechtsstellung mittels eines Erbenscheins nachweisen.

2.3.2 Sondertatbestände

Neben dem aussergrundbuchlichen Erwerb sind weitere (Teil-)Übertragungstatbestände vom Geltungsbereich des nArt. 858 ZGB ausgeklammert. Einerseits wird die Rückübertragung des Register-Schuldbriefs an den Grundeigentümer – nach erfolgter Tilgung der Schuldbriefforderung – spezialgesetzlich in nArt. 853 Ziff. 1 ZGB umschrieben⁴⁸. Andererseits bleibt die Übertragung des Register-Schuldbriefs zu einem beschränkten dinglichen Recht jeweils einer separaten Regelung vorbehalten. So wird die

⁴⁵ Vgl. Botschaft Sachenrecht, S. 5327. Ein Fall der Aneignung erscheint beim Register-Schuldbrief nicht denkbar, würde hier doch Herrenlosigkeit vorausgesetzt, die es bei einem Registerrecht nicht geben kann; vgl. demgegenüber *Schmid-Tschirren*, ZBGR 92/2011 S. 9, und *Kreditsicherheiten*, S. 12.

⁴⁶ Vgl. *Schmid*, recht 2010 S. 170.

⁴⁷ Dazu Ziff. 2.2.2 hievov.

⁴⁸ Vgl. *Weiss*, Rz. 495.

Verpfändung in nArt. 859 Abs. 1 ZGB geregelt⁴⁹ und die Nutzniessung in nArt. 859 Abs. 3 ZGB⁵⁰.

3. Verpfändung

3.1 Allgemeines

Die *Faustverpfändung* des Papier-Schuldbriefs wird herkömmlicherweise als sog. indirektes Hypothekargeschäft bezeichnet⁵¹. Fahrnispfandrechte lassen sich auch am Register-Schuldbrief begründen. Zwar sah der Vorentwurf noch ein generelles Verpfändungsverbot vor. Dieses wurde namentlich damit begründet, dass mit der Einführung von Art. 156 Abs. 2 SchKG das Interesse der Hypothekarkreditgläubiger an der Verpfändung von Eigentümer-Schuldbriefen erloschen sei⁵². Das Verpfändungsverbot wurde allerdings im nachfolgenden Vernehmlassungsverfahren kritisiert, dies insbesondere seitens von Bankenkreisen unter Hinweis auf die gängige Praxis im Bereich der Refinanzierung des Hypothekargeschäfts⁵³. Das Verbot fand schliesslich keine Aufnahme in den Gesetzestext.

nArt. 859 Abs. 1 ZGB hält nun Folgendes fest: «Die Verpfändung des Register-Schuldbriefs erfolgt durch Eintragung des Fahrnispfandgläubigers in das Grundbuch aufgrund einer schriftlichen Erklärung des im Grundbuch eingetragenen Gläubigers.»

Die Formulierung «Fahrnispfandgläubiger» erscheint auf erstes Hinsehen etwas verwirrend; dogmatisch ist sie nicht zutreffend. Denn der Register-Schuldbrief stellt als Registerpfandrecht ein Buchrecht dar und – im Unterschied zum Papier-Schuldbrief als Wertpapier – keine Fahrnissache⁵⁴.

Die *Voraussetzungen* für die Verpfändung des Register-Schuldbriefs entsprechen denjenigen für seine Übertragung. Die dazu gemachten Ausführun-

⁴⁹ Dazu Ziff. 3 hienach.

⁵⁰ Dazu Ziff. 4.1 hienach.

⁵¹ Vgl. *Schmid/Hürlimann-Kaup*, Rz. 1848.

⁵² Vgl. *Wiegand/Brunner*, S. 86.

⁵³ Vgl. Botschaft Sachenrecht, S. 5328; *Schmid-Tschirren*, Kreditsicherheiten, S. 13 f.; *Stahelin*, S. 10. Kritisch dazu *Weiss*, Rz. 609, wonach diese Argumentation in klarem Widerspruch zur tatsächlichen Verbreitung der Hypothekarverbriefung stehe.

⁵⁴ Vgl. *Weiss*, Rz. 618.

gen⁵⁵ lassen sich deshalb sinngemäss auch für die Verpfändung heranziehen. Im Einzelnen werden für die Verpfändung des Register-Schuldbriefs – wie für dessen Übertragung – ein Verpflichtungsgeschäft (Pfandvertrag), ein Verfügungsgeschäft («schriftliche Erklärung») und eine dingliche Einigung verlangt. Das Verfügungsgeschäft hängt dabei von der Gültigkeit des Verpflichtungsgeschäfts ab. Es gilt mithin das Kausalitätsprinzip.

3.2 Pfandvertrag

Der *Pfandvertrag* wird zwischen dem Gläubiger des Register-Schuldbriefs und dem «Fahrnis»pfandgläubiger abgeschlossen. Die Verpflichtung des Gläubigers besteht darin, seinem Vertragspartner ein Fahrnispfandrecht am Register-Schuldbrief einzuräumen, also gegenüber dem Grundbuchamt eine Erklärung zur Begründung des entsprechenden Rechts abzugeben.

Mit Blick auf die *Form* für den Pfandvertrag stellt sich dem Rechtsanwender die gleiche Frage wie bei der Übertragung des Register-Schuldbriefs. nArt. 859 Abs. 1 ZGB trifft in dieser Hinsicht – wie nArt. 858 Abs. 1 ZGB für die Übertragung – keine Anordnung. Deshalb müsste an sich in Anwendung von Art. 11 OR davon ausgegangen werden, dass der Vertrag zur Verpfändung des Register-Schuldbriefes formlos abgeschlossen werden kann.

Die Botschaft äussert sich – anders als bei der Übertragung des Register-Schuldbriefs – nicht zur Form der Verpfändung des Register-Schuldbriefs⁵⁶. Im Schrifttum ist die Frage umstritten. *Weiss* verlangt auch für den Pfandvertrag mindestens einfache Schriftlichkeit. Er führt zu den im Zusammenhang mit der Übertragung angebrachten Argumenten – Klarheit, Rechtsicherheit, Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters – zusätzlich rechtsystematische Erwägungen an. So wird für den Pfandvertrag bei der Verpfändung von Forderungen, für die keine Urkunde besteht, gemäss Art. 900 Abs. 1 ZGB die schriftliche Form verlangt. Entsprechende Anforderungen bestehen weiter für den Vertrag zur Errichtung einer «Schiffsverschreibung» bzw. «Luftfahrzeugverschreibung», die im öffentlichen Schiffsregister bzw. Luftfahrzeugbuch eingetragen werden⁵⁷. *Jürg Schmid* führt seinerseits aus, in Analogie zur Verpfändung von Wertpapieren nach Art. 901 ZGB könne bei der Verpfändung des Register-Schuldbriefs auf das Erfordernis eines schriftli-

⁵⁵ Ziff. 2.2 hievov.

⁵⁶ Vgl. Botschaft Sachenrecht, S. 5328.

⁵⁷ *Weiss*, Rz. 619 ff.; vgl. auch *Schmid/Hürlimann-Kaup*, Rz. 1850s.

chen Pfandvertrags verzichtet werden, weil die Forderung im Grundbuch ausgewiesen und deshalb – im Gegensatz zu Verpfändung einer Forderung gemäss Art. 900 Abs. 1 ZGB – kein Fall einer «nicht dokumentierten Forderung» vorliegt⁵⁸.

Letztlich wird die Rechtsprechung entscheiden müssen, ob nArt. 859 Abs. 1 ZGB für die Verpfändung des Register-Schuldbriefs als spezialgesetzliche Regelung⁵⁹ zu Art. 900 ff. ZGB bzw. Art. 965 Abs. 1 und 3 ZGB zu verstehen ist, oder ob bei der Verpfändung des Register-Schuldbriefs der Ausweis über den Rechtsgrund mindestens in schriftlicher Form beigebracht werden muss.

3.3 Verfügungsgeschäft

Das Verfügungsgeschäft geht bei der Verpfändung des Register-Schuldbriefs – wie bei dessen Übertragung – vom im Grundbuch eingetragenen Gläubiger aus. Dieser hat eine «schriftliche Erklärung» abzugeben (vgl. nArt. 859 Abs. 1 ZGB), welche sowohl die Grundbuchanmeldung als auch die materielle Verfügung über den Register-Schuldbrief durch Begründung eines Fahrnispfandrechts bildet⁶⁰. Damit wird der Register-Schuldbrief mit einem beschränkten dinglichen Recht – einem Verwertungsrecht – belastet.

3.4 Grundbucheintragung

Gestützt auf die Anmeldung des Gläubigers wird der Fahrnispfandgläubiger im Grundbuch eingetragen (vgl. nArt. 859 Abs. 1 ZGB). Sein Verwertungsrecht bezieht sich auf den Register-Schuldbrief, nicht etwa auf das Grundstück. Dies wird auch in der neuen Grundbuchverordnung deutlich festgehalten, erfolgt doch die Einschreibung des Berechtigten im Grundbuch in der Abteilung «Grundpfandrechte» mit der Bezeichnung «als Fahrnispfandgläubiger des Schuldbriefs» (Art. 104 Abs. 3 nGBV).

⁵⁸ Vgl. Schmid, recht 2010 S. 171.

⁵⁹ So Steinauer, Rz. 5.

⁶⁰ Siehe auch Weiss, Rz. 623.

4. Weitere praktische Verwendungsmöglichkeiten

4.1 Nutzniessung

nArt. 859 Abs. 3 ZGB sieht vor, dass der Register-Schuldbrief mit einer *Nutzniessung* belastet werden kann. Dass am Register-Schuldbrief eine Nutzniessung begründet wird, dürfte eher selten sein⁶¹. Die Konstellation ist aber durchaus – etwa aufgrund des Erbrechts – denkbar⁶². nArt. 859 Abs. 3 ZGB lautet: «Die Nutzniessung entsteht mit der Einschreibung in das Grundbuch.»

Gemäss Art. 745 Abs. 2 ZGB verleiht die Nutzniessung dem Berechtigten grundsätzlich «den vollen Genuss des Gegenstandes». Beim Register-Schuldbrief steht dabei der Ertrag der Schuldbriefforderung im Vordergrund, d.h. allfällige Zinsen als sog. «zivile Früchte». In diesem Zusammenhang stellt Weiss mit Recht fest, dass gemäss dem neuen gesetzlich verankerten Normalfall des sicherungsübereigneten Schuldbriefs die *Schuldbriefforderung gerade nicht zu verzinsen* ist. Bei der Sicherungsübereignung – diese bildet künftig die Regel – leistet der Schuldner effektiv nur auf der Forderung aus dem Grundverhältnis eine Zinszahlung. Die Schuldbriefforderung übernimmt eine reine Sicherungsfunktion⁶³. Deshalb ist im Falle der Sicherungsübereignung die Begründung einer Nutzniessung am (Register- oder Papier-)Schuldbrief nicht möglich. Demgegenüber kann die Nutzniessung an der *Forderung aus dem Grundverhältnis* errichtet werden. Die Begründung der entsprechenden Nutzniessung erfolgt gemäss Art. 745 ff. ZGB, mithin *ohne Eintragung* im Grundbuch⁶⁴.

Damit nArt. 859 Abs. 3 ZGB zur Anwendung gelangen und die Nutzniessung mithin an der Schuldbriefforderung begründet werden kann, muss die Forderung aus dem Grundverhältnis durch die Schuldbrieferrichtung *noviert* werden. Eine entsprechende – von der gesetzlichen Regel abweichende – Vereinbarung ist gemäss nArt. 842 Abs. 2 ZGB weiterhin möglich⁶⁵. Die Begründung der Nutzniessung an der Schuldbriefforderung setzt – wie die

⁶¹ So hält die Botschaft Immobiliarsachenrecht, S. 5328, dafür, dass diese Vereinbarung in der Praxis vermutlich sehr selten vorkomme.

⁶² Zutreffend Schmid, recht 2010 S. 171,

⁶³ Vgl. Weiss, Rz. 632 und 179.

⁶⁴ Weiss, Rz. 633.

⁶⁵ Vgl. Weiss, Rz. 634.

Übertragung und die Verpfändung – ein Verpflichtungs- und ein Verfügungsgeschäft inklusive einer entsprechenden dinglichen Einigung voraus.

Das Gesetz enthält wiederum keine *Formvorschrift* für das Verpflichtungsgeschäft zur Errichtung der Nutzniessung. Diesbezüglich kann auf das bereits bei der Übertragung und Verpfändung Gesagte verwiesen werden⁶⁶. In der Literatur ist die Frage nach der Form umstritten. *Weiss* verlangt für den Nutzniessungsvertrag einfache Schriftlichkeit⁶⁷. *Jürg Schmid* hält für den Begründungsakt die Vorschriften betreffend die Übertragung von Forderungen und Wertpapieren für anwendbar⁶⁸.

Der im Grundbuch eingetragene Gläubiger begründet die Dienstbarkeit durch die Grundbuchanmeldung. Ähnlich wie die Verpfändung wird die Nutzniessung im Grundbuch ausgewiesen, indem der Nutzniesser in der Abteilung «Grundpfandrechte» eingeschrieben wird (vgl. Art. 104 Abs. 4 nGBV). Statt der gemäss Art. 746 Abs. 1 ZGB allgemein vorgesehenen Übertragung der Forderung auf den Nutzniesser findet die entsprechende Verfügung beim Register-Schuldbrief somit durch die Einschreibung des Berechtigten im Grundbuch statt⁶⁹. Ist die Begründung der Nutzniessung dem Schuldner notifiziert worden, kann er seine Zinszahlungen mit befreiender Wirkung nur noch an den Nutzniesser leisten⁷⁰.

4.2 Pfändung

Wird ein Papier-Schuldbrief gepfändet, so nimmt ihn das Betreibungsamt in Verwahrung (Art. 98 Abs. 1 SchKG). Die Pfändung des Register-Schuldbriefs erfolgt durch Einschreibung der *Verfügungsbeschränkung* im Grundbuch (nArt. 859 Abs. 2 ZGB). Die Pfändung wird in den «Bemerkungen» zum Grundpfandrecht eingeschrieben (Art. 104 Abs. 5 nGBV).

Die Einschreibung wird auf entsprechende schriftliche Erklärung des Betreibungsamtes vorgenommen⁷¹. Die eingeschriebene Verfügungsbeschränkung bezieht sich – anders als die Vormerkungen im Sinne von Art. 960

⁶⁶ Vgl. Ziff. 2.2.2 und 3.2 hievor.

⁶⁷ Vgl. *Weiss*, Rz. 636. Vgl. auch *Piotet*, S. 7.

⁶⁸ *Schmid*, recht 2010 S. 171.

⁶⁹ Vgl. Botschaft Sachenrecht, S. 5328.

⁷⁰ Vgl. *Weiss*, Rz. 638.

⁷¹ Botschaft Sachenrecht, S. 5328.

Abs. 1 ZGB – nicht auf das Grundstück, sondern allein auf den von der Pfändung betroffenen Register-Schuldbrief⁷².

5. Schluss

Wie mit jeder Gesetzesrevision stellen sich auch mit der Einführung des Register-Schuldbriefes viele neue und derzeit offene Fragen. Für Urkundspersonen heisst das, in Zweifelsfällen den sichereren Weg zu beschreiten, bis eine einigermassen gefestigte Praxis in den heute kontroversen Fragen vorliegt.

⁷² *Weiss*, Rz. 628.