

Institut für Bankrecht, Universität Bern

SBT 2012 – Schweizerische Bankrechtstagung 2012

Immobilienfinanzierung

herausgegeben von Susan Emmenegger

mit Beiträgen von

Donato Scognamiglio/Heinz Ernst Daester

Anne Hérítier Lachat

Beat Bernet

Susan Emmenegger

Jörg Schmid

Daniel Staehelin

Stephan Wolf

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Die Druckvorlagen wurden von der Herausgeberin reprofertig geliefert.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt.
Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch,
elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und downloading) teilweise
oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen,
zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung
in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf
deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN 978-3-7190-3160-2

© 2012 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
www.helbing.ch

Der Register-Schuldbrief: Übertragung und Verpfändung

Prof. Dr. Stephan Wolf, Bern*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	160
Materialien.....	162
I. Vorbemerkung.....	162
II. Allgemeine Hinweise zum Register-Schuldbrief.....	162
III. Übertragung des Register-Schuldbriefs (Art. 858 ZGB).....	164
1. Gesetzliche Regelung.....	164
2. Allgemeines.....	165
3. Erfordernisse und Vorgang der Übertragung.....	165
a) Einleitende Bemerkung.....	165
b) Übertragungsvertrag (Verpflichtungsgeschäft).....	166
c) Grundbuchanmeldung der schriftlichen Erklärung (Verfügungsgeschäft).....	167
d) Prüfung und Umbuchung im Grundbuch.....	168
4. Praktisches Problem.....	169
5. Aussergrundbuchlicher Erwerb der Gläubigerstellung.....	170
IV. Verpfändung des Register-Schuldbriefs (Art. 859 ZGB).....	171
1. Gesetzliche Regelung.....	171
2. Allgemeines.....	171

* Die mündliche Ausdrucksform wurde in der schriftlichen Fassung nach Möglichkeit beibehalten. Der Beitrag beruht teilweise namentlich auf Gedanken, die sich auch schon in dem im Literaturverzeichnis aufgeführten Aufsatz STEPHAN WOLF/ALEXANDER KERNEN, Übertragung, Verpfändung und weitere praktische Verwendungsmöglichkeiten des Register-Schuldbriefs, finden.

3. Erfordernisse und Vorgang der Verpfändung.....	172
a) Einleitende Bemerkungen.....	172
b) Pfandvertrag (Verpflichtungsgeschäft).....	172
c) Grundbuchanmeldung der schriftlichen Erklärung (Verfügungsgeschäft).....	173
d) Eintragung im Grundbuch.....	173
4. Offene Fragen.....	174
5. Verpfändung von Register-Schuldbriefen zugunsten von Pfandbriefinstituten.....	174
V. Schluss.....	175

Literaturverzeichnis

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 26. April 2012

- DÜRR DAVID, Der neue Register-Schuldbrief und sein Einsatz, in: SJZ 108 (2012), S. 133-144.
- FOËX BÉNÉDICT, La cédula hypothécaire de registre, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht. Einblick in die Revision des Immobiliarsachenrechts, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 343-361.
- GAMMETER ALEXANDER, Der Register-Schuldbrief und die Sicherungsübereignung, in: Jusletter vom 21. Februar 2011.
- HAAS RAPHAËL, Errichtung und Ausgestaltung des Register-Schuldbriefs, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht. Einblick in die Revision des Immobiliarsachenrechts, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 293-329.
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 477-977 ZGB, Art. 1-61 SchIT ZGB, 4. Aufl., Basel 2011 (zit.: BSK-BEARBEITER, N. zu Art.).
- JUSTIZ-, GEMEINDE- UND KIRCHENDIREKTION DES KANTONS BERN: GB-Formular 9, Register-Schuldbrief:
<www.jgk.be.ch/jgk/de/index/direktion/organisation/gba/formulare_bewilligung_n.assetref/content/dam/documents/JGK/GBA/de/GBA_Formular_9_g-reg_schb_de.pdf>.
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/NOBEL PETER/SCHWANDER IVO/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 2009 (zit.: ORKomm-BEARBEITER, N. zu Art.).
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/NOBEL PETER/SCHWANDER IVO/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 2011 (zit.: ZGBKomm-BEARBEITER, N. zu Art.).
- KUHN HANS, Schweizerisches Kreditsicherungsrecht, Bern 2011.

- NOTARIATSINSPEKTORAT DES KANTONS ZÜRICH, Teilrevision des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts, Dokumentation vom 14. Juni 2011.
- PIOTET DENIS, La nouvelle cédula de registre, not@lex 2010, S. 1-15.
- SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009.
- SCHMID JÜRIG, Der «papierlose» Schuldbrief, in: ZBGR 87 (2006), S. 45-55.
- Neuerungen bei den Grundpfandrechten, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Revision des Immobiliarsachenrechts, Bern 2011, S. 39-69.
 - Notarielle Aspekte zum neuen Register-Schuldbrief unter Berücksichtigung von grundbuchrechtlichen Aspekten, in: recht 2010, S. 162-171.
- SCHMID-TSCHIRREN CHRISTINA, Der Register-Schuldbrief: Neues Instrument für die Banken, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), Kreditsicherheiten, Basel 2008, S. 1-17.
- Elektronische öffentliche Beurkundung und Grundpfandrechte: Neuerungen, insbesondere der Register-Schuldbrief, in: ZBGR 92 (2011), S. 1-11.
- STAEHELIN DANIEL, Der Schuldbrief in der aktuellen Revision des ZGB, in: BJM 2006, S. 1-21.
- Der sicherungseingetragene vinkulierte zinstragende Register-Schuldbrief mit separaten Nebenvereinbarungen, in: Lorandi Franco/Staehelin Daniel (Hrsg.), Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, S. 209-223.
- WEISS STEFAN, Der Register-Schuldbrief. Kritische Analyse des Schuldbriefrechts unter besonderer Berücksichtigung des bundesrätlichen Entwurfs vom 27. Juni 2007, Diss. Luzern 2009.
- WIEGAND WOLFGANG, Der Papierlose Schuldbrief. Einführung eines Registergrundpfandrechts in der Schweiz und die Auswirkungen auf die Bankpraxis, in: Grundmann Stefan/Haar Brigitte/Merkt Hanno/Mülbert Peter O./Wellenhofer Marina/Baum Harald/von Hein Jan/von Hippel Thomas/Pistor Katharina/Roth Markus/Schweitzer Heike (Hrsg.), Unternehmen, Markt und Verantwortung, Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, Band II, Berlin/New York 2010, S. 3339-3353.
- WIEGAND WOLFGANG/BRUNNER CHRISTOPH, Vorschläge zur Ausgestaltung des Schuldbriefes als papierloses Registerpfand, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 39, Basel 2003.
- WOLF STEPHAN/KERNEN ALEXANDER, Übertragung, Verpfändung und weitere praktische Verwendungsmöglichkeiten des Register-Schuldbriefs, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht. Einblick in die Revision des Immobiliarsachenrechts, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 363-379.

Materialien

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 27. Juni 2007, BBl 2007 S. 5283-5346 (zit.: Botschaft Sachenrecht).

Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Sicherung der Einlagen) vom 12. Mai 2010, BBl 2010 S. 3993-4036 (zit.: Botschaft Bankengesetz).

I. Vorbemerkung

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit dem im schweizerischen Sachenrecht seit 1. Januar 2012 neu zur Verfügung stehenden Institut des Register-Schuldbriefs, namentlich mit dessen Übertragung und Verpfändung. Nach allgemeinen Hinweisen zum Register-Schuldbrief¹ folgt die Darstellung der Übertragung² und der Verpfändung³, und schliesslich wird ein erstes Fazit gezogen⁴.

II. Allgemeine Hinweise zum Register-Schuldbrief

Die Einführung des Register-Schuldbriefs war eines der zentralen Anliegen des neuen Immobiliarsachenrechts, das am 1. Januar 2012 in Kraft getreten ist⁵. Die Botschaft des Bundesrates begründete die Einführung des Register-Schuldbriefs wie folgt: «Die Einführung des papierlosen Schuldbriefs (Register-Schuldbrief), der neben den bisherigen Papier-Schuldbrief tritt, bringt für die Praxis viele Erleichterungen. Der Register-Schuldbrief entsteht mit der Eintragung im Grundbuch, ohne dass ein Wertpapier ausgestellt werden muss. Seine Übertragung erfolgt ebenfalls im Grundbuch. Somit entfallen die Ausfertigungskosten, die Aufbewahrungskosten sowie die Kosten für die Übermittlung des Wertpapiers zwischen Grundbuchamt, Notariat und Bank. Ausserdem fällt das Verlustrisiko weg. Der Verlust eines Papier-

¹ II. sogleich.

² III. hienach.

³ IV. hienach.

⁴ V. hienach.

⁵ Vgl. Botschaft Sachenrecht, S. 5283 ff., 5284. Der Register-Schuldbrief wird bereits im Titel der Botschaft aufgeführt.

Schuldbriefs zieht nämlich jeweils ein langwieriges und teures Kraftloserklärungsverfahren nach sich.»⁶

Der *Register-Schuldbrief* steht somit seit dem Beginn dieses Jahres als mögliche Variante neben dem vorher bereits bekannten *Papier-Schuldbrief*.

Von seiner Funktion her entspricht der Register-Schuldbrief dem Papier-Schuldbrief⁷. Allerdings bestehen zwischen dem Papier-Schuldbrief und dem Register-Schuldbrief in verschiedener Hinsicht Unterschiede.

Vom Papier-Schuldbrief unterscheidet sich der Register-Schuldbrief vorab dadurch, dass er *kein Wertpapier* darstellt. Seine Errichtung erfolgt alleine durch konstitutive Eintragung in das Grundbuch (Art. 857 Abs. 1 ZGB)⁸. Eine Ausstellung eines Pfandtitels findet demgegenüber – anders als beim Papier-Schuldbrief (vgl. Art. 860 Abs. 1 ZGB, wonach bei der Errichtung des Papier-Schuldbriefs neben der Eintragung in das Grundbuch stets ein Pfandtitel ausgestellt wird) – nicht statt. Der Register-Schuldbrief ist somit ein «Buchrecht»⁹, ein Register-Pfandrecht¹⁰ oder eben ein «papierloser» Schuldbrief¹¹. Dementsprechend bedarf nicht nur die Errichtung des Register-Schuldbriefs der Eintragung im Grundbuch, sondern es ergibt sich auch die Berechtigung an einem Register-Schuldbrief aus dem Grundbuch¹². Das *Grundbuch* übernimmt somit *Konstitutiv- und Publizitätsfunktion*¹³.

Der Papier-Schuldbrief kann als Namen-, Eigentümer- oder Inhaberschuldbrief ausgestellt werden (Art 860 Abs. 2 ZGB).

⁶ Botschaft Sachenrecht, S. 5284.

⁷ KUHN, Kreditsicherungsrecht, § 32 Rz. 34.

⁸ Botschaft Sachenrecht, S. 5327; ZGBKomm-SCHMID-TSCHIRREN, N. 1 zu Art. 857 ZGB; STAEHELIN, Register-Schuldbrief, S. 209 f.; BSK-STAEHELIN, N. 1 zu Art. 857 ZGB; Ausführlich zur Errichtung des Register-Schuldbriefs HAAS, Errichtung und Ausgestaltung, S. 302 ff.

⁹ Dazu schon SCHMID-TSCHIRREN, Register-Schuldbrief, S. 9, m.w.H.

¹⁰ Vgl. auch WOLF/KERNEN, Verwendungsmöglichkeiten, S. 364.

¹¹ Botschaft Sachenrecht, S. 5284; SCHMID, ZBGR 2006, S. 45 ff.; SCHMID-TSCHIRREN, Register-Schuldbrief, S. 5; WIEGAND, Der Papierlose Schuldbrief, S. 3339. Siehe auch HAAS, Errichtung und Ausgestaltung, S. 296.

¹² WOLF/KERNEN, Verwendungsmöglichkeiten, S. 364.

¹³ Vgl. auch WIEGAND, Der Papierlose Schuldbrief, S. 3349: «Durch den Wegfall des Papiers ergibt sich zwingend die Notwendigkeit, Errichtung, Übertragung, aber auch inhaltlich Bestimmungen im Grundbuch vorzunehmen und sichtbar zu machen.» Siehe neuestens weiter DÜRR, SJZ 2012, S. 133, wonach beim Register-Schuldbrief «das rechtlich relevante Trägermedium nicht das Papier des Schuldbriefs, sondern das Register des Grundbuchs ist».

Beim Register-Schuldbrief entfällt die Variante des Inhaberschuldbriefs. Denn ein Titelinhaber existiert mangels Vorliegens eines Wertpapiers nicht¹⁴. Der Register-Schuldbrief ist im Grundbuch auf den Namen des Gläubigers oder des Grundeigentümers einzutragen (Art. 857 Abs. 2 ZGB). Er kann folglich als *Namen-Register-Schuldbrief* oder als *Eigentümer-Register-Schuldbrief* errichtet werden¹⁵.

Der Gläubiger des Register-Schuldbriefs ist somit – einem Register-Pfandrecht entsprechend – stets aus dem Grundbuch ersichtlich, so dass insofern eine transparente Situation geschaffen wird¹⁶.

Weil beim Register-Schuldbrief kein Wertpapier ausgestellt wird, kann – anders als beim Papier-Schuldbrief (vgl. für diesen Art. 864 ZGB) – die *Verfügung* über ihn nicht durch Übergabe des Pfandtitels und allenfalls zusätzlichem Indossament erfolgen. Verfügungen über den Register-Schuldbrief – wie die uns nun näher interessierende Übertragung und Verpfändung – erfolgen vielmehr mittels *Eintragung im Grundbuch*¹⁷.

III. Übertragung des Register-Schuldbriefs (Art. 858 ZGB)

1. Gesetzliche Regelung

Die gesetzliche Regelung ist in Art. 858 ZGB enthalten. Die Bestimmung lautet:

¹ Die Übertragung des Register-Schuldbriefs erfolgt durch Eintragung des neuen Gläubigers in das Grundbuch aufgrund einer schriftlichen Erklärung des bisherigen Gläubigers.

² Befreiende Wirkung haben nur Leistungen des Schuldners an die Person, die im Zeitpunkt der Zahlung als Gläubiger im Grundbuch eingetragen ist.

¹⁴ Vgl. Botschaft Sachenrecht, S. 5327; SCHMID-TSCHIRREN, Register-Schuldbrief, S. 11; ZGBKomm-SCHMID-TSCHIRREN, N. 2 zu Art. 857 ZGB.

¹⁵ Botschaft Sachenrecht, S. 5327; ZGBKomm-SCHMID-TSCHIRREN, N. 2 zu Art. 857 ZGB; SCHMID, Neuerungen, S. 57; HAAS, Errichtung und Ausgestaltung, S. 296; WOLF/KERNEN, Verwendungsmöglichkeiten, S. 367; KUHN, Kreditsicherungsrecht, § 32 Rz. 37. Ausführlich BSK-STAEHELIN, N. 7 ff. zu Art. 857 ZGB.

¹⁶ GAMMETER, Jusletter 2011, Rz. 13; HAAS, Errichtung und Ausgestaltung, S. 296.

¹⁷ WOLF/KERNEN, Verwendungsmöglichkeiten, S. 364.

2. Allgemeines

Die Übertragung des Register-Schuldbriefs erfolgt durch *Eintragung des neuen Gläubigers* im Grundbuch aufgrund einer schriftlichen Erklärung des bisherigen Gläubigers (Art. 858 Abs. 1 ZGB).

Die Eintragung des neuen Gläubigers im Grundbuch ist für die Übertragung konstitutiv¹⁸. Man spricht von der sog. *Umbuchung*¹⁹.

In zeitlicher Hinsicht wird die konstitutive Wirkung der Umbuchung auf den Zeitpunkt der Einschreibung in das Tagebuch bzw. die unmittelbar vorangehende Grundbuchanmeldung zurückbezogen (Art. 972 Abs. 2 ZGB)²⁰.

Von der Übertragung erfasst werden sowohl die Schuldbriefforderung als auch das Grundpfandrecht²¹. Dabei mitübertragen werden auch alle Nebenrechte und Zinsen (Art. 170 OR) als Akzessorien²².

Trotz der scheinbar einfachen gesetzlichen Regelung stellen sich im Zusammenhang mit der Übertragung des Register-Schuldbriefs mehrere dogmatisch und praktisch *komplexe Fragen*. Diese betreffen einmal das Grundgeschäft für die Übertragung und dessen Form, weiter das Verhältnis zwischen Grund- bzw. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft²³. Und schliesslich ist auch der praktische Vollzug mit etlichen Problemen und Risiken behaftet. Auf all das ist nun einzugehen.

3. Erfordernisse und Vorgang der Übertragung²⁴

a) Einleitende Bemerkung

Die Übertragung des Register-Schuldbriefes beruht – wie die Übertragung von Rechten allgemein – auf einem *Verpflichtungsgeschäft* (Grundgeschäft, causa) und einem *Verfügungsgeschäft* mit *dinglicher Einigung*²⁵.

¹⁸ Botschaft Sachenrecht, S. 5327; WIEGAND/BRUNNER, Vorschläge, S. 70; BSK-STAEHELIN, N. 4 zu Art. 858 ZGB, m.w.H.

¹⁹ WIEGAND/BRUNNER, Vorschläge, S. 70; STAEHELIN, BJM 2006, S. 8; WEISS, Analyse, S. 165; WOLF/KERNEN, Verwendungsmöglichkeiten, S. 368; BSK-STAEHELIN, N. 1 zu Art. 858 ZGB.

²⁰ Vgl. Botschaft Sachenrecht, S. 5327.

²¹ BSK-STAEHELIN, N. 1 zu Art. 858 ZGB.

²² Vgl. statt vieler ORKomm-SCHAUFELBERGER/KELLER, N. 3 zu Art. 170 OR; WOLF/KERNEN, Verwendungsmöglichkeiten, S. 366; ausführlich BSK-STAEHELIN, N. 17 ff. zu Art. 858 ZGB.

²³ Vgl. in diesem Sinne auch FOËX, La cédule hypothécaire de registre, S. 353 f.

²⁴ Zum Folgenden auch schon WOLF/KERNEN, Verwendungsmöglichkeiten, S. 368 ff.

b) Übertragungsvertrag (Verpflichtungsgeschäft)

Das Verpflichtungsgeschäft für die Übertragung bildet der *Übertragungsvertrag* zwischen dem bisherigen Gläubiger und dem neuen Gläubiger. Es handelt sich um einen Innominatkontrakt sui generis, welcher Ähnlichkeiten zur Zession (Art. 164 ff. OR) aufweist²⁶.

Das Gesetz stellt keine Formvorschrift auf für den Übertragungsvertrag. Dieser bedarf deshalb gemäss Art. 11 Abs. 2 OR *keiner Form*²⁷.

Die Formlosigkeit ist in der Lehre mit guten Gründen, namentlich unter Hinweis auf den damit stattfindenden Einbruch in das System des Grundbuchrechts, kritisiert worden²⁸. Dennoch hat es nach hier vertretener Ansicht angesichts des Gesetzestextes und der Botschaft bei der Formlosigkeit des Übertragungsvertrages zu bleiben²⁹.

Weil er formlos abgefasst werden kann, ist der Übertragungsvertrag nicht als Beleg dem Grundbuchamt einzureichen³⁰. Die sonst übliche, in die Kognition des Grundbuchverwalters fallende Prüfung des Rechtsgrundausweises (Art. 965 Abs. 3 ZGB) muss entfallen. Zuhanden des Grundbuchamtes genügt als Beleg allein die von Art. 858 Abs. 1 ZGB vorgesehene schriftliche Erklärung des bisherigen Gläubigers, dass der neue Gläubiger einzutragen sei³¹. Diese stellt nicht das Verpflichtungsgeschäft, sondern – vorgenommen als entsprechende Grundbuchanmeldung – das Verfügungsgeschäft dar³².

Obwohl der Übertragungsvertrag – wie dargelegt – als Rechtsgrundgeschäft formlos möglich ist, gilt dennoch auch für die Übertragung des Regis-

ter-Schuldbriefs das *Kausalitätsprinzip*, d.h. die Übertragung hängt von einem gültigen Verpflichtungsgeschäft ab³³.

In der Praxis dürfte die Übertragung des Register-Schuldbriefs *regelmässig schriftlich* verabredet werden. Eine rein formlose Absprache ist kaum denkbar.

c) Grundbuchanmeldung der schriftlichen Erklärung (Verfügungsgeschäft)

Das Verfügungsgeschäft besteht – wie eben schon erwähnt³⁴ – in der zuhanden des Grundbuchamtes abgegebenen, *schriftlichen Erklärung* des bisherigen Gläubigers i.S.v. Art. 858 Abs. 1 ZGB³⁵.

Weil das Rechtsgrundgeschäft formfrei möglich ist und demzufolge durch das Grundbuchamt nicht geprüft werden kann, muss die angemeldete schriftliche Erklärung die wesentlichen Punkte des Übertragungsvertrages enthalten. Es sind dies das betroffene Grundstück, der zu übertragende Schuldbrief sowie die Person des alten und des neuen Gläubigers^{36 37}.

Die schriftliche Erklärung ist durch den bisherigen Gläubiger abzugeben (Art. 858 Abs. 1 ZGB).

Auch die *Grundbuchanmeldung* hat im Namen des bisherigen Gläubigers – er allein ist der sachenrechtlich Verfügungsberechtigte – zu erfolgen, sie kann aber auch durch eine Drittperson vorgenommen werden. Art. 104 Abs. 1 GBV enthält die zur Grundbuchanmeldung der Übertragung des Register-Schuldbriefs gehörende Ausführungsbestimmung: Danach wird ein neuer Gläubiger des Register-Schuldbriefs auf Anmeldung des bisherigen Gläubigers in das Hauptbuch eingetragen. Statt durch den bisherigen Gläubiger kann die Grundbuchanmeldung auch von einer anderen Person vor-

²⁵ WOLF/KERNEN, Verwendungsmöglichkeiten, S. 368. Vgl. auch Botschaft Sachenrecht, S. 5327; BSK-STAEHELIN, N. 8 zu Art. 858 ZGB.

²⁶ WEISS, Analyse, Rz. 501. Siehe auch SCHMID, Neuerungen, S. 58.

²⁷ So schon die Botschaft Sachenrecht, S. 5327.

²⁸ Dazu WOLF/KERNEN, Verwendungsmöglichkeiten, S. 369 f., m.w.H., namentlich auf WEISS, Analyse, Rz. 505 ff., und PIOTET, not@lex 2010, S. 14 f.

²⁹ WOLF/KERNEN, Verwendungsmöglichkeiten, S. 370. Ebenso auch schon STAEHELIN, BJM 2006, S. 8; WIEGAND, Der Papierlose Schuldbrief, S. 3351; ZGBKomm-SCHMID-TSCHIRREN, N. 1 zu Art. 858 ZGB; SCHMID-TSCHIRREN, ZBGR 2011, S. 9. Nun ebenso BSK-STAEHELIN, N. 9 zu Art. 858 ZGB, und KUHN, Kreditsicherungsrecht, § 32 Rz. 59, je m.w.H. Anders, nämlich für Schriftform PIOTET, not@lex 2010, S. 15.

³⁰ STAEHELIN, BJM 2006, S. 8; SCHMID, recht 2010, S. 170; SCHMID-TSCHIRREN, ZBGR 2011, S. 9; BSK-STAEHELIN, N. 10 zu Art. 858 ZGB.

³¹ BSK-STAEHELIN, N. 10 zu Art. 858 ZGB.

³² Botschaft Sachenrecht, S. 5327. Vgl. auch BSK-STAEHELIN, N. 8 zu Art. 858 ZGB m.w.H. zum Verfügungsgeschäft; dazu Näheres III.3.c. sogleich.

³³ Vgl. Botschaft Sachenrecht, S. 5327. Ausführlich WEISS, Analyse, Rz. 514 ff., mit Würdigung in Rz. 522 f.; weiter SCHMID, ZBGR 2006, S. 53; WIEGAND, Der Papierlose Schuldbrief, S. 3350 f.; SCHMID-TSCHIRREN, ZBGR 2011, S. 8; PIOTET, not@lex 2010, S. 14; FOËX, La cédula hypothécaire de registre, S. 354; WOLF/KERNEN, Verwendungsmöglichkeiten, S. 370; BSK-STAEHELIN, N. 15 zu Art. 858 ZGB.

³⁴ III.3.b. soeben, mit Verweisen in Fn. 32.

³⁵ Botschaft Sachenrecht, S. 5327.

³⁶ Vgl. WEISS, Analyse, Rz. 512; WOLF/KERNEN, Verwendungsmöglichkeiten, S. 371.

³⁷ Das GB-Formular 9, Register-Schuldbrief, sieht diese Mindestangaben sowie zusätzlich die Angabe des Grundeigentümers vor.

genommen werden. Diese hat dem Grundbuchamt einen Ausweis über das Vertretungsverhältnis einzureichen (Art. 49 Abs. 1 GBV)³⁸.

In der Praxis dürfte die Grundbuchanmeldung häufig vom neuen Gläubiger ausgehen. Denkbar ist, dass sich die Ermächtigung des neuen Gläubigers zur Grundbuchanmeldung der schriftlichen Erklärung aus dem Übertragungsvertrag ergibt, wofür dieser in Schriftform abgefasst werden müsste³⁹. Möglich ist aber auch, dass der neue Gläubiger vom bisherigen Gläubiger direkt auf der schriftlichen Erklärung zur Vornahme der Grundbuchanmeldung ermächtigt wird⁴⁰.

d) Prüfung und Umbuchung im Grundbuch

Die Anmeldung des neuen Gläubigers wird sofort nach ihrem Eingang in das Tagebuch des Grundbuchamtes eingeschrieben (Art. 948 Abs. 1 ZGB; Art. 81 Abs. 1 lit. a GBV). Anschliessend hat das Grundbuchamt das Verfügungsrecht des Anmeldenden zu prüfen (Art. 965 Abs. 1 ZGB; Art. 83 Abs. 2 lit. c GBV), d.h. es ist konkret zu prüfen, ob die Grundbuchanmeldung vom bisherigen, im Grundbuch eingetragenen Gläubiger ausgeht (Art. 84 Abs. 1 GBV)⁴¹. Dabei ist insbesondere die Unterschrift des Verfügungsberechtigten zu prüfen; kann sich das Grundbuchamt von deren Echtheit nicht selber vergewissern, so verlangt es deren Beglaubigung (Art. 86 Abs. 1 GBV)⁴².

Geht die Grundbuchanmeldung von einer anderen Person aus als dem bisherigen Gläubiger, so hat das Grundbuchamt die entsprechende Vertretungsmacht zu prüfen (Art. 83 Abs. 2 lit. d GBV).

Sind alle Eintragungsvoraussetzungen erfüllt, so nimmt das Grundbuchamt die konkrete Umbuchung vor, indem es den alten Gläubiger in der Spalte «Gläubiger» streicht und den neuen einträgt⁴³.

³⁸ Wie hier WEISS, Analyse, Rz. 510; KUHN, Kreditsicherungsrecht § 32 Rz. 61; WOLF/KERNEN, Verwendungsmöglichkeiten, S. 371. A.M. BSK-STAEHELIN, N. 11 zu Art. 858 ZGB, wonach eine andere Person dem Grundbuchamt keine Vollmacht vorzuweisen braucht.

³⁹ Vgl. WEISS, Analyse, Rz. 510; WOLF/KERNEN, Verwendungsmöglichkeiten, S. 371.

⁴⁰ Vgl. so GB-Formular 9, Register-Schuldbrief: Anmeldung zur Eintragung eines neuen Gläubigers oder einer neuen Gläubigerin im Grundbuch.

⁴¹ WEISS, Analyse, Rz. 523; BSK-STAEHELIN, N. 13 zu Art. 858 ZGB.

⁴² BSK-STAEHELIN, N. 13 zu Art. 858 ZGB. Das GB-Formular 9 enthält demgegenüber den (allzu) pauschalen Hinweis, dass die Unterschriften nicht beglaubigt werden müssen, und zwar auch nicht diejenige des bisherigen Gläubigers.

⁴³ WOLF/KERNEN, Verwendungsmöglichkeiten, S. 372.

Mit dieser Eintragung des neuen Gläubigers in das Grundbuch tritt die Übertragung des Register-Schuldbriefes *konstitutiv* ein (Art. 972 Abs. 1 ZGB). Dabei wird die Wirkung zurückbezogen auf den Zeitpunkt der Einschreibung in das Tagebuch (Art. 972 Abs. 2 ZGB), welche ihrerseits unmittelbar nach der Grundbuchanmeldung vorgenommen wird⁴⁴.

Der Grundbuchverwalter hat dem Grundeigentümer von der Eintragung des neuen Gläubigers Anzeige zu machen (Art. 969 Abs. 1 ZGB)⁴⁵.

4. Praktisches Problem

An dieser Stelle ist ein Hinweis auf ein praktisch sich bei der Übertragung des Register-Schuldbriefes stellendes Problem bzw. bestehendes Risiko anzubringen.

Wir nehmen an, Grundeigentümer und Verkäufer V wolle sein Grundstück an Käufer K veräussern. Der Verkäufer hat eine Hypothek bei der Bank B, wohingegen Käufer K bei der Bank C gegen grundpfandrechtliche Sicherheit finanzieren wird⁴⁶.

Im Ergebnis ist hier regelmässig durch Kaufpreiszahlung unter Fremdfinanzierung durch die Bank C des Käufers K die Hypothek bei der Bank B des Verkäufers V abzulösen. Im Gegenzug ist durch die bisherige Bank B die schriftliche Erklärung abzugeben, dass Bank C als neue Gläubigerin im Grundbuch eingetragen wird.

Bei dieser Konstellation handelt sich um den praktisch wichtigsten Fall der Übertragung eines Schuldbriefes⁴⁷.

Nach hier vertretener Ansicht erweist sich die *Operation des Gläubigerwechsels beim Register-Schuldbrief* als *risikanter* als beim Papier-Schuldbrief.

Beim Papier-Schuldbrief verkörpert der Pfandtitel ein Wertpapier. Wer dieses physisch in Händen hat, hat – bildhaft gesprochen – die Herrschaft über das Geschehen. Die bisherige Bank – oder ein Treuhänder, etwa der den Kaufvertrag beurkundende Notar – kann sich verpflichten, den Papier-Schuldbrief nach Entrichtung der Kaufpreiszahlung und Ablösung der Hy-

⁴⁴ Vgl. Botschaft Sachenrecht, S. 5327; WEISS, Analyse, Rz. 489. Weiter BSK-STAEHELIN, N. 8 zu Art. 858 ZGB.

⁴⁵ Vgl. auch SCHMID, Neuerungen, S. 59.

⁴⁶ Siehe zum Folgenden auch das Beispiel bei FOËX, La cédule hypothécaire de registre, S. 358 f.

⁴⁷ BSK-STAEHELIN, N. 29 zu Art. 858 ZGB.

pothek des Verkäufers V bei der Bank B an die Bank C des Käufers K auszuhandigen und auf diese zu übertragen.

Eine solche Herrschaftsmöglichkeit über das Geschehen besteht beim Register-Schuldbrief nicht.

Bei der Register-Schuldbrief-Übertragung unter Banken möchte man – wie es vor kurzem an einer informellen Aussprache zwischen Bankenvertretern und dem Verband bernischer Notare besprochen worden ist – auf das Vorliegen der schriftlichen Erklärung der bisherigen Bank zur Eintragung des neuen Gläubigers abstellen und gestützt auf diese die Zahlung der den Käufer finanzierenden Bank auslösen. Das mag allenfalls unter Banken realisierbar sein, ist aber risikobehaftet. Zu bedenken bleibt nämlich, dass die schriftliche Erklärung kein Wertpapier darstellt, so dass auf sie nicht mit derselben Sicherheit abgestellt werden kann wie auf einen Papier-Schuldbrief. Entsprechende Sicherheit bietet beim Register-Schuldbrief erst die Eintragung des neuen Gläubigers im Grundbuch. Namentlich lässt sich nicht ausschliessen, dass trotz Vorliegens der schriftlichen Erklärung zugunsten eines neuen Gläubigers gestützt auf eine andere schriftliche Erklärung, die vorher beim Grundbuchamt angemeldet wird, ein anderer Gläubiger im Grundbuch eingetragen wird. Es handelt sich um einen Anwendungsfall der allgemeinen Problematik der Doppelverpflichtung und Doppelverfügung, wie er auch beim Doppelverkauf zutage tritt. Wie eben schon gesagt, unter Banken wird das in der Praxis wohl zu lösen sein, auch wenn ein Restrisiko verbleibt. Heikler erscheint die Übertragung dann, wenn es um Eigentümer-Register-Schuldbriefe oder um private Schuldbriefgläubiger geht. Aus Bankenkreisen hat man sich dahingehend vernehmen lassen, dass in diesen Fällen die neue Gläubigerin die Zahlung erst dann auslösen sollte, wenn sie als solche im Grundbuch eingetragen worden ist⁴⁸. Wer den sichereren Weg beschreiten will, wird das Auslösen der Zahlung in jedem Fall erst dann veranlassen, wenn die Eintragung der neuen Gläubigerin im Grundbuch erfolgt ist.

5. Aussergrundbuchlicher Erwerb der Gläubigerstellung

Der Gläubigerwechsel an einem Register-Schuldbrief kann – statt aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Übertragung mit Umbuchung im Grundbuch – auch *aussergrundbuchlich* erfolgen, insbesondere durch Erbgang (Art. 560

⁴⁸ In diesem Sinne die Diskussion anlässlich der erwähnten informellen Aussprache.

ZGB), Gestaltungsurteil oder Zwangsvollstreckung⁴⁹. In diesen Fällen hat der neue Gläubiger gegenüber dem Grundbuchamt durch einen *Erwerbstitel* nachzuweisen, dass er die Gläubigerstellung schon vor der Eintragung in das Grundbuch – mithin eben ausserbuchlich – erworben hat (Art. 104 Abs. 2 GBV). Ist die Gläubigerstellung durch Erbgang erworben worden (Art. 560 ZGB), wird der neue Gläubiger den Nachweis seiner Berechtigung mittels eines Erbenscheins (Art. 559 ZGB) erbringen⁵⁰. Erst nach seiner erfolgten Eintragung im Grundbuch kann alsdann der neue Gläubiger über den Register-Schuldbrief verfügen⁵¹.

IV. Verpfändung des Register-Schuldbriefs (Art. 859 ZGB)

1. Gesetzliche Regelung

Die gesetzliche Regelung ist in Art. 859 ZGB enthalten. Die Bestimmung lautet:

¹ Die Verpfändung des Register-Schuldbriefs erfolgt durch Eintragung des Fahrnispfandgläubigers in das Grundbuch aufgrund einer schriftlichen Erklärung des im Grundbuch eingetragenen Gläubigers.

² Die Pfändung erfolgt durch Einschreibung der Verfügungsbeschränkung in das Grundbuch.

³ Die Nutzniessung entsteht mit der Einschreibung in das Grundbuch.

2. Allgemeines

Die Verpfändung des Register-Schuldbriefs erfolgt durch *Eintragung des Fahrnispfandgläubigers* in das Grundbuch aufgrund einer schriftlichen Erklärung des im Grundbuch eingetragenen Gläubigers (Art. 859 Abs. 1 ZGB).

Der Register-Schuldbrief kann also nicht nur – wie in Art. 858 ZGB vorgesehen – zu vollem Recht übertragen werden, sondern es kann an ihm auch ein Fahrnispfandrecht begründet werden⁵².

⁴⁹ Vgl. Botschaft Sachenrecht, S. 5327; SCHMID-TSCHIRREN, Register-Schuldbrief, S.12, und ZBGR 2011, S. 9; BSK-STAEHELIN, N. 30 zu Art. 858 ZGB.

⁵⁰ WOLF/KERNEN, Verwendungsmöglichkeiten, S. 373.

⁵¹ BSK-STAEHELIN, N. 30 zu Art. 858 ZGB.

⁵² Vgl. BSK-STAEHELIN, N. 1 zu Art. 859 ZGB; WOLF/KERNEN, Verwendungsmöglichkeiten, S. 374.

Die im Gesetz verwendete Formulierung «Fahrnispfandgläubiger» ist an sich nicht zutreffend. Der Register-Schuldbrief ist nämlich als Buchrecht zu qualifizieren und – anders als der Papier-Schuldbrief – keine Fahrnissache⁵³.

Beim verpfändeten Register-Schuldbrief handelt es sich richtigerweise um ein *Forderungspfandrecht*⁵⁴. Was das Gesetz als «Fahrnispfandgläubiger» bezeichnet, ist ein *Forderungspfandgläubiger*, denn Pfandgegenstand ist nur die Forderung⁵⁵.

3. Erfordernisse und Vorgang der Verpfändung⁵⁶

a) Einleitende Bemerkungen

Die Voraussetzungen der Verpfändung des Register-Schuldbriefs sind dieselben wie diejenigen für seine Übertragung, so dass sinngemäss auf die zu dieser gemachten Ausführungen verwiesen werden kann⁵⁷. Es bedarf eines *Verpflichtungsgeschäfts* (Pfandvertrag), eines *Verfügungsgeschäftes* (zur Grundbuchanmeldung gebrachte schriftliche Erklärung) und einer entsprechenden *dinglichen Einigung*⁵⁸.

b) Pfandvertrag (Verpflichtungsgeschäft)

Der *Pfandvertrag* wird abgeschlossen zwischen dem im Grundbuch eingetragenen Register-Schuldbrief-Gläubiger und dem *Forderungspfandgläubiger*⁵⁹.

Für den Pfandvertrag stellt sich – wiederum, wie für den Übertragungsvertrag⁶⁰ – die Frage nach der einzuhaltenden *Form*. Das Gesetz äussert sich dazu nicht. Die Botschaft ihrerseits beantwortet die Formfrage auch nicht direkt⁶¹, sie hält aber indirekt und allgemein fest, Art. 859 ZGB regle «als *lex specialis* zu den ordentlichen Verpfändungs- und Nutzniessungsregeln

(Art. 884 ff. und 745 ff. ZGB) die Verpfändung oder Pfändung von Register-Schuldbriefen sowie die Begründung einer Nutzniessung an ihnen»⁶².

In der Literatur wird die Frage nach der Form des Pfandvertrages kontrovers beantwortet: Ein Teil der Lehre befürwortet Formfreiheit⁶³, ein anderer Teil verlangt jedenfalls die Schriftform⁶⁴.

Wenn man der Argumentation der Botschaft folgen will, wonach Art. 859 ZGB eine spezialgesetzliche Regelung zu den allgemeinen Verpfändungsregeln der Art. 884 ff. ZGB aufstelle, so kann der Pfandvertrag formfrei abgeschlossen werden.

Aus Gründen der Rechtssicherheit und vor allem auch des Beweises ist aber jedem Praktiker zu empfehlen, den Pfandvertrag in *Schriftform* abzufassen.

c) Grundbuchanmeldung der schriftlichen Erklärung (Verfügungsgeschäft)

Für die Begründung des Pfandrechts am Register-Schuldbrief bedarf es einer *schriftlichen Erklärung* des im Grundbuch eingetragenen Gläubigers (Art. 859 Abs. 1 ZGB). Für Bern kann das gleiche Formular verwendet werden wie für die Übertragung⁶⁵. Die Erklärung ist beim Grundbuchamt zur Eintragung *anzumelden*.⁶⁶

d) Eintragung im Grundbuch

Aufgrund der angemeldeten schriftlichen Erklärung des Gläubigers erfolgt die *Eintragung des Fahrnispfandgläubigers* in das Grundbuch (Art. 859 Abs. 1 ZGB).

⁵³ WEISS, Analyse, Rz. 618; WOLF/KERNEN, Verwendungsmöglichkeiten, S. 374.

⁵⁴ Vgl. BSK-STAEHELIN, N. 1 zu Art. 859 ZGB. Siehe weiter KUHN, Kreditsicherungsrecht, § 32 Rz. 66.

⁵⁵ BSK-STAEHELIN, N. 3 zu Art. 859 ZGB.

⁵⁶ Zum Folgenden auch schon WOLF/KERNEN, Verwendungsmöglichkeiten, S. 374 ff.

⁵⁷ III.3. hievov.

⁵⁸ Zu alledem schon WOLF/KERNEN, Verwendungsmöglichkeiten, S. 374 f.

⁵⁹ Vgl. WOLF/KERNEN, Verwendungsmöglichkeiten, S. 375; BSK-STAEHELIN, N. 2 zu Art. 859 ZGB.

⁶⁰ Vgl. III.3.b. hievov.

⁶¹ Siehe schon WOLF/KERNEN, Verwendungsmöglichkeiten, S. 375.

⁶² Botschaft Sachenrecht, S. 5328.

⁶³ So SCHMID, recht 2010, S. 171; SCHMID, Neuerungen, S. 60; KUHN, Kreditsicherungsrecht, § 32 Rz. 67; BSK-STAEHELIN, N. 5 zu Art. 859 ZGB.

⁶⁴ So WEISS, Analyse, Rz. 619 ff.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, Rz. 1850s; WIEGAND, Der Papierlose Schuldbrief, S. 3351, wonach «der Pfandvertrag gemäss Art. 900 Abs. 3 ZGB formbedürftig» ist. Vgl. weiter FOËX, La cédula hypothécaire de registre, S. 359 f., der sich grundsätzlich für Schriftform ausspricht, und WOLF/KERNEN, Verwendungsmöglichkeiten, S. 375 f., wonach die Frage letztlich durch die Rechtsprechung zu klären sein wird.

⁶⁵ GB-Formular 9, Register-Schuldbrief.

⁶⁶ Vgl. WEISS, Analyse, Rz. 623; WOLF/KERNEN, Verwendungsmöglichkeiten, S. 376.

Der Fahrnispfandgläubiger wird dabei in das Hauptbuch eingetragen, und zwar «in der «Abteilung Grundpfandrechte» mit der Bezeichnung als Fahrnispfandgläubiger oder -gläubigerin des Schuldbriefs» (Art. 104 Abs. 3 GBV)⁶⁷.

Im Unterschied zur Übertragung des Register-Schuldbriefs i.S.v. Art. 858 ZGB wird allerdings der bisherige Gläubiger im Grundbuch nicht gelöscht, sondern der Forderungspfandgläubiger wird im Grundbuch in der Abteilung «Grundpfandrechte» mit der Bezeichnung «Fahrnispfandgläubiger oder -gläubigerin des Schuldbriefs» eingetragen (Art. 104 Abs. 1 GBV)⁶⁸.

4. Offene Fragen

Die Begründung des Faust- bzw. Forderungspfandrechts an einem Register-Schuldbrief erfolgt – wie eben dargelegt⁶⁹ – durch Eintragung im Grundbuch. Dass an einer beweglichen Sache bzw. einer Forderung die Pfandbestellung durch Eintragung in das Grundbuch erfolgt, ist eine *Besonderheit*⁷⁰.

Diese Besonderheit wirft eine ganze Reihe von Fragen auf, wie sie namentlich bereits von FOËX gestellt worden sind, so etwa diejenige nach der (analogen) Anwendbarkeit von Art. 972 Abs. 2 ZGB über die Rückwirkung der Entstehung des Pfandrechts oder von Art. 801 ZGB über den Untergang des Pfandrechts⁷¹.

5. Verpfändung von Register-Schuldbriefen zugunsten von Pfandbriefinstituten

Im Zusammenhang mit der Regelung des Register-Schuldbriefs im ZGB hat sich die Frage gestellt, ob Art. 859 Abs. 1 ZGB auch auf die Verpfändung im Bereiche des Pfandbriefwesens anwendbar sei⁷². Wenn für die Verpfändung

⁶⁷ Vgl. BSK-STAEHELIN, N. 4 zu Art. 859 ZGB; WOLF/KERNEN, Verwendungsmöglichkeiten, S. 376.

⁶⁸ Vgl. BSK-STAEHELIN, N. 4 zu Art. 859 ZGB; weiter WOLF/KERNEN, Verwendungsmöglichkeiten, S. 376.

⁶⁹ IV.3.

⁷⁰ So zutreffend FOËX, La cédule hypothécaire de registre, S. 360.

⁷¹ FOËX, La cédule hypothécaire de registre, S. 360 f., mit weiteren Hinweisen auf offene Punkte.

⁷² Botschaft Bankengesetz, S. 4026.

die Eintragung im Grundbuch erforderlich wäre, führte das zu einem erheblichen Aufwand für die Banken und die Grundbuchämter⁷³.

Art. 859 Abs. 1 ZGB ist deshalb im Pfandbriefwesen nicht anwendbar, was durch eine am 1. September 2011 in Kraft getretene Ergänzung von Art. 23 Pfandbriefgesetz klargestellt worden ist⁷⁴. Die pfandbriefmässige Verpfändung erfolgt auch für den Register-Schuldbrief konstitutiv durch *Eintragung im Pfandregister* der Mitglieder⁷⁵.

V. Schluss

Wie bei jedem neu eingeführten Institut stellen sich derzeit rund um den Register-Schuldbrief etliche offene Fragen. Im Schrifttum ist bereits festgehalten worden, dass die Einführung des Register-Schuldbriefs kaum einen Beitrag zur Vereinfachung des Grundpfandrechts leisten wird⁷⁶. Der Rechtsanwender wird bis zur Klärung der bestehenden Kontroversen gut daran tun, im Zweifel den sichereren Weg einzuschlagen⁷⁷.

⁷³ Notariatsinspektorat des Kantons Zürich, Teilrevision des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts, S. 39.

⁷⁴ Botschaft Bankengesetz, S. 4026; AS 2011, S. 3925 f., zum Inkrafttreten der Revision (S. 3925) und mit dem neuen Wortlaut von Art. 23 Pfandbriefgesetz (S. 3926).

⁷⁵ Botschaft Bankengesetz, S. 4026. Vgl. auch SCHMID, Neuerungen, S. 60.

⁷⁶ So FOËX, La cédule hypothécaire de registre, S. 361.

⁷⁷ In diesem Sinne auch schon WOLF/KERNEN, Verwendungsmöglichkeiten, S. 379.