

DER BERNISCHE NOTAR

Zeitschrift des Verbandes bernischer Notare



LE NOTAIRE BERNOIS

Revue de l'Association des notaires bernois

2013/2014

Aktuelles aus der Praxis zum Schuldbrief: Einlieferungsverpflichtung, Anmeldungsbestätigung und Verwaltungstreuhand von Register-Schuldbriefen

von Prof. Dr. iur. Stephan Wolf, Fürsprecher und Notar, Ordinarius
für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern,
und Anja Pfeuti, BLaw, Hilfsassistentin am Zivilistischen Seminar
der Universität Bern

I. Vorbemerkungen

Der vorliegende, dem langjährigen, verdienstvollen Grundbuchverwalter von Thun, der Musterurkundensammlungskommission des Verbandes bernischer Notare seit deren Beginn angehörenden Mitglied und Titularprofessor in Freiburg von einem früheren Praktikanten und einer künftigen Notariatsstudentin gewidmete Beitrag befasst sich mit aktuellen Fragen aus der Praxis zum Schuldbrief. Nach allgemeinen Hinweisen zu Papier- und Register-Schuldbrief sowie deren Unterschiede¹ folgen Erläuterungen zur Einlieferungsverpflichtung und zur Anmeldungsbestätigung². Danach wird auf die neu konzipierte Verwaltungstreuhand von Register-Schuldbriefen eingegangen³, bevor eine Schlussbetrachtung angestellt wird⁴.

II. Zu Papier- und Register-Schuldbrief im Allgemeinen⁵

Seit dem Inkrafttreten des neuen Immobiliarsachenrechts am 1. Januar 2012 besteht im schweizerischen Recht neu – als Variante zum bereits vorher bekannten Papier-Schuldbrief – die Möglichkeit, einen Register-

1 II. sogleich.

2 III. hienach.

3 IV. hienach.

4 V. hienach.

5 Zu diesem Abschnitt insgesamt auch schon WOLF STEPHAN, Der Register-Schuldbrief: Übertragung und Verpfändung, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), Immobilienfinanzierung, Basel 2012, S. 159–175, insbesondere S. 162 ff., und 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, insbesondere S. 364 ff.

Schuldbrief zu errichten⁶. Der Register-Schuldbrief entspricht hinsichtlich seiner Funktion dem Papier-Schuldbrief⁷. Bei beiden Arten kommt dem Schuldbrief die Eigenschaft zu, dass zwischen der Forderung und dem Pfandrecht *kein Verhältnis* der Akzessorietät besteht, womit der Schuldbrief nach Tilgung der Forderung zur Sicherung einer anderen Forderung des gleichen oder eines neuen Gläubigers wiederverwendet werden kann⁸. Der Schuldner hat denn auch nach erfolgter Tilgung der Schuldbriefforderung von Gesetzes wegen Anspruch auf Rückübertragung des Register-Schuldbriefs (Art. 853 Ziff. 1 ZGB) bzw. auf Herausgabe des Pfandtitels beim Papier-Schuldbrief (Art. 853 Ziff. 2 ZGB). Zwischen Register- und Papier-Schuldbrief bestehen allerdings im Einzelnen unter verschiedenen Aspekten Unterschiede⁹.

Vom Papier-Schuldbrief unterscheidet sich der Register-Schuldbrief vorerst dadurch, dass kein Pfandtitel ausgestellt wird¹⁰. Folglich entfallen – nebst dem Verlustrisiko – die Ausfertigungskosten, die Aufbewahrungskosten sowie die Kosten für die Übermittlung des Titels zwischen Grundbuchamt, Notariat und Bank¹¹. Als reines Registerpfand – im Sinne der Vereinfachung der Rechtslage durch Wegfall des Dualismus von Titel und Grundbucheintrag – erfolgt die Errichtung einzig durch konstitutive Eintragung in das Grundbuch (Art. 857 Abs. 1 ZGB)¹².

6 Vgl. dazu Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 27. Juni 2007, BBl 2007 S. 5283–5346, S. 5284 sowie 5321 und 5327.

7 KUHN HANS, Schweizerisches Kreditsicherungsrecht, Bern 2011, § 32 N. 34.

8 Vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fn. 6), S. 5321 und 5327; SCHMID-TSCHIRREN CHRISTINA, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Nobel Peter/Schwander Ivo/Wolf Stephan (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Zürich 2009, N. 2 zu Art. 843 ZGB.

9 Vgl. dazu schon WOLF (Fn. 5), S. 163.

10 Vgl. demgegenüber Art. 860 Abs. 1 ZGB, wonach bei der Errichtung des Papier-Schuldbriefs neben der Eintragung in das Grundbuch stets ein Pfandtitel ausgestellt wird.

11 Vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fn. 6), S. 5284.

12 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fn. 6), S. 5284; SCHMID-TSCHIRREN (Fn. 8), N. 1 zu Art. 843 ZGB und N. 1 zu Art. 857 ZGB; STAEHELIN DANIEL, 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, S. 209 f.; STAEHELIN DANIEL, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch II, Art. 477–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 4. Auflage, Basel 2011, N. 1 zu Art. 857 ZGB; HAAS RAPHAËL, Errichtung und Ausgestaltung des Register-Schuldbriefs, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht. Einblicke in die Revision des Immobiliarsachenrechts, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 293–329, S. 302 ff.; Wolf (Fn. 5), S. 163.

Der Papier-Schuldbrief kann als Inhaber-, Namen- oder Eigentümerschuldbrief ausgestellt werden (Art. 860 Abs. 2 ZGB)¹³. Beim Register-Schuldbrief besteht demgegenüber die Variante des Inhaberschuldbriefs nicht, denn mangels Vorliegen eines als Wertpapier ausgestalteten Pfandtitels existiert kein Titelinhaber¹⁴. Der Register-Schuldbrief wird vielmehr auf den Namen des Gläubigers oder des Grundeigentümers im Grundbuch eingetragen (Art. 857 Abs. 2 ZGB). Er kann mithin als Namen-Register-Schuldbrief oder als Eigentümer-Register-Schuldbrief errichtet werden¹⁵.

Weil beim Register-Schuldbrief kein Pfandtitel und somit kein Wertpapier ausgestellt wird, kann – im Gegensatz zum Papier-Schuldbrief – die Verfügung darüber nicht durch Übergabe des Pfandtitels und allenfalls einem zusätzlichen Indossament (vgl. dafür Art. 864 Abs. 1 und 2 ZGB) erfolgen¹⁶. Verfügungen über den Register-Schuldbrief finden deshalb mittels Eintragung des neuen Gläubigers in das Grundbuch gestützt auf eine schriftliche Erklärung des bisherigen Gläubigers statt (vgl. für die Übertragung Art. 858 Abs. 1 ZGB, für die Verpfändung Art. 859 Abs. 1 ZGB und für die Begründung einer Nutzniessung Art. 859 Abs. 3 ZGB)¹⁷.

In Übereinstimmung mit den Grundprinzipien eines Register-Pfandrechts ist der Gläubiger des Register-Schuldbriefs – grundsätzlich und jedenfalls nach den Vorstellungen des seinerzeitigen Gesetzgebers¹⁸ – stets aus dem Grundbuch ersichtlich. Insofern wird eine transparente Situation geschaffen¹⁹. Das Grundbuch übernimmt somit grundsätzlich Konstitutiv- und Publizitätsfunktion²⁰.

Den soeben erörterten Vorzügen des Register-Schuldbriefs gegenüber dem Papier-Schuldbrief ist neuerdings entgegengehalten worden, die

13 WOLF (Fn. 5), S. 163.

14 Vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fn. 6), S. 5327; SCHMID-TSCHIRREN (Fn. 8), N. 2 zu Art. 857 ZGB.

15 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fn. 6), S. 5327; WOLF/KERNEN (Fn. 5), S. 367; KUHN (Fn. 7), § 32 N. 37. Ausführlich dazu STAHELIN (Fn. 12), N. 7 ff. zu Art. 857 ZGB.

16 Vgl. WOLF (Fn. 5), S. 164; SCHMID JÜRIG, Der «papierlose» Schuldbrief, ZBGR 87/2006, S. 53.

17 Vgl. WOLF/KERNEN (Fn. 5), S. 364.

18 Die Vorstellung des Gesetzgebers (siehe Botschaft (Fn. 6), S. 5327, mit Zitat in Fn. 84 hienach) dürfte allerdings durch das neue Konzept der Verwaltungstreuhandenschaft von Register-Schuldbriefen erheblich relativiert werden; vgl. dazu näher IV.2. und V. hienach.

19 Vgl. WOLF (Fn. 5), S. 164; GAMMETER ALEXANDER, Der Register-Schuldbrief und die Sicherungsübereignung, in: Jusletter 21. Februar 2011, S. 3, N. 13; HAAS RAPHAËL (Fn. 12), S. 296.

20 WOLF (Fn. 5), S. 163, m. w. H.

für die Übertragung, Verpfändung und Errichtung einer Nutzniessung erforderliche Eintragung im Grundbuch aufgrund einer schriftlichen Erklärung des bisherigen Gläubigers stelle einen für die Praxis unverkennbaren Nachteil dar²¹. Für jeden Eintrag werde zudem vom Grundbuchamt eine Eintragungsgebühr erhoben²². Demgegenüber könne der Papier-Schuldbrief nach wertpapierrechtlichen Grundsätzen gebührenfrei übertragen werden. Die für den Register-Schuldbrief statuierte «bürokratische Regelung» erweise sich «zweifellos als ineffizient und praxisfremd»²³. Es sei deshalb eine «Lösung zu suchen [...], bei welcher im Falle der Weiterübertragung eines Register-Schuldbriefes die Eintragung des neuen Gläubigers im Grundbuch entfällt»²⁴. Zur Realisierung dieses Anliegens des Verzichtes auf Eintragungen im Grundbuch bietet die SIX Gruppe seit kurzem die Verwaltungstreuhand von Register-Schuldbriefen an^{25 26}.

III. Einlieferungsverpflichtung und Anmeldungsbestätigung

1. Praktische Relevanz

Gemäss Art. 857 Abs. 1 ZGB bzw. Art. 860 Abs. 1 ZGB entstehen sowohl der Register-Schuldbrief wie auch der Papier-Schuldbrief mit der *Eintragung in das Grundbuch*, wobei beim Papier-Schuldbrief zudem stets ein Pfandtitel ausgestellt wird²⁷. Die Anmeldung zur Eintragung wird nach ihrer zeitlichen Reihenfolge ohne Aufschub – unter Angabe der anmeldenden Person und ihres Begehrens – in das Tagebuch eingeschrieben (Art. 948 Abs. 1 ZGB). Nach erfolgter Einschreibung im Tagebuch ist ein einseitiger Widerruf der Anmeldung ohne Zustimmung des Begünstigten zwar nicht mehr möglich²⁸. Dennoch bleibt die Rechtslage für den Gläubiger insofern prekär, als er nicht mit Sicherheit weiss, ob die Eintragung im Hauptbuch – deren Wirkung auf den Zeitpunkt der Einschreibung im Tagebuch zurückbezogen wird (Art. 972 Abs. 2 ZGB) – tatsächlich vollzogen wird²⁹. Dafür müssen alle Eintragungsvoraussetzun-

21 ZOBL DIETER/KRAMER STEFAN, Treuhänderische Verwaltung und Übertragung von Register-Schuldbriefen, ZBGR 94/2013, S. 218.

22 Siehe dazu für den Kanton Bern die Verordnung über die Gebühren der Kantonsverwaltung (GebV) vom 22. Februar 1995 (BSG 154.21), insbesondere Art. 1 ff. GebV sowie Anhang IV B/3.3.5.

23 So ZOBL/KRAMER (Fn. 21), S. 218.

24 ZOBL/KRAMER (Fn. 21), S. 218 f.

25 MÖCKLI WERNER/BERLI WALTER, Verwaltungstreuhand von Register-Schuldbriefen (Nominee), Terravis Information, Zürich 6.5.2013, www.terravis.ch/trv/ (zuletzt besucht am 1. Oktober 2013), S. 1.

26 Ausführlicher zur Verwaltungstreuhand von Register-Schuldbriefen IV. hienach.

27 Dazu auch schon II. hievor.

28 Vgl. Art. 47 Abs. 1 GBV. Die Grundbuchverordnung nimmt damit die seit BGE 115 II 221, S. 221 ff., insbesondere S. 231 E. 5c, geltende Rechtsprechung auf.

29 Vgl. FRIEDRICH HANS-PETER, «Interimstitel» im Hypothekarwesen, ZBGR 52/1971, S. 18.

gen – wozu insbesondere ein Ausweis über das Verfügungsrecht und den Rechtsgrund gehört (Art. 965 ZGB) – erfüllt sein.

Angesichts der umschriebenen Ausgangslage wird die Bank als Darlehensgeberin – so sie keinerlei Risiko eingehen möchte – den Geldbetrag erst dann ausbezahlen, wenn die Eintragung des Grundpfandrechts im Hauptbuch vollzogen wurde und sie – sofern es sich um einen Papier-Schuldbrief handelt – auch im Besitz des Pfandtitels ist³⁰. In der Grundbuchpraxis verstreichen zwischen der Anmeldung des Geschäfts und der Eintragung im Hauptbuch bzw. der Aushändigung des Pfandtitels durch das Grundbuchamt allerdings zum Teil Wochen oder sogar Monate³¹. Wird der Darlehensbetrag unmittelbar nach der Grundbuchanmeldung, aber noch vor der Eintragung im Hauptbuch und – beim Papier-Schuldbrief – dem Erhalt des Pfandtitels ausbezahlt, so besteht zugunsten der Bank lediglich ein persönlicher Anspruch gegenüber dem Schuldner³². Für die Darlehensgeberin ist die Gefahr vorhanden, dass sie in einem allfälligen Vollstreckungsverfahren einen Verlustschein³³ erhält³⁴. Da in der Praxis einerseits der Darlehensbetrag vom Schuldner regelmässig sofort benötigt wird und andererseits die Gläubigerbanken kaum dazu bereit sind, ein Risiko in der Gestalt fehlender Realsicherheit einzugehen, wird in einigen Kantonen – namentlich in solchen mit freiberuflichem Notariat wie Bern³⁵ – die Zeit zwischen der Anmeldung im Tagebuch und der Eintragung im Hauptbuch bzw. der Ausstellung des Pfandtitels durch die Einreichung einer sog. *Interimsurkunde* (Interimstitel, Einlieferungsverpflichtung, Anmeldebestätigung, *avis d'instrumentation, titres intermédiaires, certificat intérimaire*)³⁶ überbrückt³⁷.

Bei dieser Interimsurkunde handelt es sich zwar nicht um ein Wertpapier, es wird darin aber doch das Vorhandensein des Rechtsgrunda-

30 Vgl. PFÄFFLI ROLAND, *Theorie und Praxis zum Grundpfandrecht*, recht 1994, S. 274; FRIEDRICH (Fn. 29), S. 3; GAMMETER (Fn. 19), S. 4, N. 18.

31 FISCHER ERICH ALFRED, *Interimsurkunden im Grundpfandrecht*, Diss. Basel 1977, S. 1 f. sowie S. 33 ff. Siehe auch PFÄFFLI (Fn. 30), S. 274.

32 Vgl. auch FISCHER (Fn. 31), S. 2.

33 Ein Verlustschein ist nicht verzinslich und verjährt zudem innert 20 Jahren nach seiner Ausstellung (Art. 149 Abs. 4 und Art. 149a Abs. 1 SchKG).

34 Vgl. auch FISCHER (Fn. 31), S. 2.

35 Vgl. PFÄFFLI (Fn. 30), S. 274; BETSCHART FRANZISKA MARTHA, *Der Grundpfandvertrag und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken*, Diss. Luzern 2011, S. 129 N. 424; FISCHER (Fn. 31), S. 63 f.

36 Vgl. FISCHER (Fn. 31), S. 3; STEINAUER PAUL-HENRI, *A propos de la constitution des cédules hypothécaires*, RNRF 78 / 1997, S. 299; SCHMID JÖRG / HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, *Sachenrecht*, 4. Auflage, Zürich 2012, S. 501, N. 1825.

37 PFÄFFLI (Fn. 30), S. 274; SCHMID-TSCHIRREN (Fn. 8), N. 4 zu Art. 857 ZGB.

weises und die erfolgte Anmeldung des Rechtsgeschäftes beim Grundbuch bestätigt³⁸. Zusätzlich wird die Bank die Auszahlung des Darlehens davon abhängig machen, ob der Inhalt und der Umfang des angemeldeten Grundpfandrechts den in der Darlehenszusicherung enthaltenen Bedingungen entsprechen³⁹. Sofern gestützt auf den Grundpfandvertrag ein Papier-Schuldbrief errichtet wird, verpflichtet sich derjenige, der die Interimsurkunde ausstellt, überdies, das Wertpapier – d. h. den Pfandtitel – der Bank auszuliefern⁴⁰. Dabei zu beachten ist, dass hierfür die ausdrückliche Einwilligung des Schuldners und – bei Drittpfandverhältnissen – auch diejenige des Eigentümers des belasteten Grundstücks notwendig ist (Art. 861 Abs. 3 ZGB)⁴¹. Die auf solche Weise ausgestellte Interimsurkunde verschafft der Bank vorübergehend die nötige Sicherheit, dass sie und kein unberechtigter Dritter den Pfandtitel erhalten wird⁴².

Sind die dargestellten Voraussetzungen erfüllt, wird die Bank das Darlehen in der Regel bereits vor der Vornahme der Eintragung des Pfandrechts im Hauptbuch bzw. vor der Übergabe des Pfandtitels ausbezahlen⁴³.

2. Situation im Kanton Bern

In den Kantonen mit freiberuflichem Notariat wird die Interimsurkunde von den Urkundspersonen ausgestellt und an die Banken übermittelt⁴⁴. Der bernische Notar übt seine Tätigkeit im Rahmen eines freien Berufes aus (Art. 2 NG⁴⁵)⁴⁶. Er übernimmt im Kanton Bern die Ausstellung der Interimsurkunde.

Mit der Einführung des Register-Schuldbriefs hat der Verband bernischer Notare (VbN) in Zusammenarbeit mit den Verbandsmitgliedern sowie nach Prüfung durch Banken und Versicherungen im August 2012 ein *neues*

38 FRIEDRICH (Fn. 29), S. 17. Vgl. auch LÜSCHER-MARTY MAX, *Theorie und Praxis des Bankkredits 1, Grundlagen und Privatkundenkredite*, Band 1, 3., überarbeitete Auflage, Zürich 2010, S. 4.36.

39 FRIEDRICH (Fn. 29), S. 17.

40 PFÄFFLI (Fn. 30), S. 274; FRIEDRICH (Fn. 29), S. 26; vgl. auch GAMMETER (Fn. 19), S. 4, N. 21.

41 SCHMID-TSCHIRREN (Fn. 8), N. 6 ff. zu Art. 857 ZGB, m. w. H.

42 FISCHER (Fn. 31), S. 94.

43 Vgl. BETSCHART (Fn. 35), S. 129, N. 424; PFÄFFLI (Fn. 30), S. 274; ferner GAMMETER (Fn. 19), S. 4, N. 21.

44 Vgl. FISCHER (Fn. 31), S. 82 f.; PFÄFFLI (Fn. 30), S. 274; BETSCHART (Fn. 35), N. 424.

45 Notariatsgesetz des Kantons Bern (NG) vom 22. November 2005 (BSG 169.11).

46 Zum freien Beruf ausführlicher WOLF STEPHAN / PFAMMATTER ARON in: Wolf Stephan (Hrsg.), *Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern*, Bern 2009, N. 10 ff. zu Art. 2 NG.

Formular «Einlieferungsverpflichtung bzw. Anmeldungsbestätigung» für die Notarinnen und Notare des Kantons Bern erstellt⁴⁷. Das Formular deckt sämtliche Konstellationen von Rechtsgeschäften an Papier- und Register-Schuldbriefen ab, und zwar sowohl für bestehende als auch für neu zu errichtende Schuldbriefe⁴⁸. Darauf ist im Folgenden nun einzugehen⁴⁹, vorerst für den Papier-Schuldbrief⁵⁰ und anschliessend für den Register-Schuldbrief⁵¹.

3. Die Einlieferungsverpflichtung für den Papier-Schuldbrief

Für den Papier-Schuldbrief wird die Interimsurkunde im Kanton Bern in der seit langem bekannten Form einer sog. *Einlieferungsverpflichtung* zuhanden der Gläubigerin ausgestellt.

Denkbar sind einerseits Änderungen an bestehenden Papier-Schuldbriefen – wie namentlich die Übertragung – und andererseits die Errichtung neuer Papier-Schuldbriefe. Für bestehende Papier-Schuldbriefe gibt der Notar eine «Einlieferungsverpflichtung» ab und für die Errichtung von neuen Papier-Schuldbriefen eine «Beurkundungsbestätigung und Einlieferungsverpflichtung»⁵². In beiden Fällen verpflichtet sich der Notar somit zur Einlieferung des Titels. Nach erfolgter grundbuchlicher Behandlung des entsprechenden Geschäftes hat der Notar den Papier-Schuldbrief der Gläubigerin zu übermitteln, womit er seine Einlieferungsverpflichtung erfüllt.

Im Falle der Errichtung eines neuen Papier-Schuldbriefs bestätigt der Notar überdies, dass die *Grundbuchanmeldung* erfolgt ist und dass nach *Einsichtnahme* in das elektronische Grundbuchinformationssystem bzw. Grundbuch – Hauptbuch und Tagebuch – keine Einschreibungen festgestellt worden sind, welche die Eintragung des Grundpfandrechts im be-

47 Verband bernischer Notare, Verbandsinformationen Nr. 2/2012, S. 2; notitia, Newsletter Verband bernischer Notare, Nr. 3/2012, S. 2 f.

Die aktuelle Version des Formulars (nachfolgend: Formular «Einlieferungsverpflichtung bzw. Anmeldungsbestätigung») kann beim Verband bernischer Notare (VbN) bezogen werden.

48 Verband bernischer Notare, Verbandsinformationen (Fn. 47), S. 2.

49 Die nachfolgenden Ausführungen beruhen teilweise auf dem Vortrag «Einlieferungsverpflichtung und Anmeldungsbestätigung», den der Mitautor anlässlich des Notariatstages des Verbandes bernischer Notare am 14. Juni 2012 in Lyss gehalten hat.

50 III. 3. sogleich.

51 III. 4. hienach.

52 Vgl. die entsprechenden Varianten des Formulars «Einlieferungsverpflichtung bzw. Anmeldungsbestätigung» (Fn. 47).

willigungsgemässen Rang hindern könnten. Die Einsichtnahme muss mindestens zwei Arbeitstage nach der Grundbuchanmeldung erfolgen⁵³.

Das Formular enthält sodann als Variante die Möglichkeit, dass die Abgabe der Bestätigung bzw. Verpflichtung unter dem *Vorbehalt* erfolgt, dass der sicherzustellende Kredit vorab ausschliesslich zur Kaufpreistilgung gemäss einem bestimmten Kaufvertrag verwendet wird.

Weiter wird im Formular darauf hingewiesen, dass der Notar nach den gesetzlichen Bestimmungen *haftet*, und vom Notar bestätigt, dass er über eine *Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung* verfügt.

Mit dem Inhalt der Einlieferungsverpflichtung verspricht der Notar insgesamt nicht mehr und nicht weniger als seine sorgfältige Berufsausübung⁵⁴. Der bernische Notar haftet folglich der Gläubigerin nach den gesetzlichen Bestimmungen für allen Schaden, den er ihr schuldhaft verursacht hat, namentlich für die Richtigkeit der ausgestellten Einlieferungsverpflichtung und für die Einlieferung des Titels⁵⁵. Weitergehende oder zusätzliche Garantien sind dagegen problematisch bzw. nach dem heutigen bernischen Notariatsrecht unzulässig. Früher entsprach es der Praxis, dass die Banken mit der Einlieferungsverpflichtung eine Garantieerklärung im Sinne von Art. 111 OR verlangten, wonach der Notar der Bank für allen Schaden haftete, der ihr durch die Auszahlung aus dem Darlehensgeschäft vor Einlieferung des Titels entstanden ist⁵⁶. Da sich die Berufshaftpflichtversicherungen der Notare weigerten, einen allfällig im Zusammenhang mit einer solchen – im Ergebnis eine verschuldensunabhängige Kausalhaftung begründenden – Garantie eintretenden Vermögensschaden zu decken, wurde im Rahmen der Teilrevision des Notariatsgesetzes des Kantons Bern von 1998 zum Schutz der Notare das Verbot der Übernahme von Garantien verankert (vgl. nunmehr Art. 4 Abs. 3 NG)⁵⁷.

4. Die Anmeldungsbestätigung für den Register-Schuldbrief

Die sog. *Anmeldungsbestätigung* ist – im Gegensatz zur in der notariellen Praxis seit langem bekannten Einlieferungsverpflichtung – ein neues, im Anschluss an die Einführung des Register-Schuldbriefs entstande-

53 Vgl. Formular «Einlieferungsverpflichtung bzw. Anmeldungsbestätigung» (Fn. 47).

54 Vgl. auch BETSCHART (Fn. 35), N. 424, m. w. H.

55 Vgl. das Formular «Einlieferungsverpflichtung bzw. Anmeldungsbestätigung» (Fn. 47); ferner FISCHER (Fn. 31), S. 96, sowie GAMMETER (Fn. 19), S. 4, N. 21.

56 Vgl. FISCHER (Fn. 31), S. 83 f.; PFÄFELI (Fn. 30), S. 274.

57 Zum Ganzen WOLF/PFAMMATTER (Fn. 46), N. 9 zu Art. 4 NG, m. w. H.

nes Institut. Sie kann umschrieben werden als Interimsurkunde für den Register-Schuldbrief.

Auch beim Register-Schuldbrief sind – wie beim Papier-Schuldbrief⁵⁸ – die beiden Konstellationen der Änderung bestehender oder der Errichtung neuer Schuldbriefe möglich. Bei den Änderungen an Register-Schuldbriefen handelt es sich namentlich um die Übertragung (Art. 858 ZGB) und die Verpfändung (Art. 859 ZGB). Sowohl die Übertragung als auch die Verpfändung des Register-Schuldbriefs erfolgen – jedenfalls grundsätzlich⁵⁹ – durch Eintragung des neuen Gläubigers in das Grundbuch aufgrund einer schriftlichen Erklärung des bisherigen Gläubigers (so Art. 858 Abs. 1 ZGB für die Übertragung) bzw. des im Grundbuch eingetragenen Gläubigers (so Art. 859 Abs. 1 ZGB für die Verpfändung⁶⁰). Ebenso bedarf die Errichtung des Register-Schuldbriefs der konstitutiven Eintragung in das Grundbuch (Art. 857 Abs. 1 ZGB). Da beim Register-Schuldbrief allerdings kein Pfandtitel besteht, der ausgestellt oder übertragen werden könnte, sind eine Einlieferung des Titels und somit auch eine Einlieferungsverpflichtung ausgeschlossen. An deren Stelle tritt vielmehr eine Anmeldungsbestätigung; darin hält der Notar fest, dass die *Grundbuchanmeldung* für eines der eben erwähnten Rechtsgeschäfte an Register-Schuldbriefen erfolgt ist und dass die Eintragungsbestätigung des Grundbuchamtes über die Änderung von bestehenden bzw. die Errichtung von neuen Register-Schuldbriefen dem Gläubiger zugestellt wird⁶¹.

Die Anmeldungsbestätigung darf erst dann ausgestellt werden, wenn die angebehrte Änderung oder Errichtung des Register-Schuldbriefs beim Grundbuchamt zur Behandlung angemeldet worden ist. Nach erfolgter grundbuchlicher Behandlung des Geschäftes zur Änderung oder Errichtung eines Register-Schuldbriefs wird dem anmeldenden Notar durch das Grundbuchamt eine Eintragungsbestätigung ausgestellt, welche an den Gläubiger weiterzuleiten ist⁶². Die Eintragungsbestätigung stellt dabei ein blosses Beweismittel dar, nicht aber ein Wertpapier. Mit der Zustellung der Eintragungsbestätigung erfüllt der Notar seine Pflicht aus der Anmeldungsbestätigung.

58 Dazu III. 3. soeben.

59 Eine Relativierung des Grundsatzes ergibt sich in der Praxis bei der Verwaltungstreuhand von Register-Schuldbriefen; dazu IV. und V. hienach.

60 Zu beachten ist, dass bei der Verpfändung des Register-Schuldbriefs nicht ein Grundpfandrecht, sondern ein Forderungspfandrecht begründet wird; dazu WOLF (Fn. 5), S. 172, m. w. H.

61 Vgl. Formular «Einlieferungsverpflichtung bzw. Anmeldungsbestätigung» (Fn. 47).

62 Vgl. Formular «Einlieferungsverpflichtung bzw. Anmeldungsbestätigung» (Fn. 47).

Im Falle einer Neuerrichtung eines Register-Schuldbriefs bestätigt der Notar nach Einsichtnahme in das Grundbuch, dass keine Einschreibungen festgestellt worden sind, welche die Eintragung des Grundpfandrechts im bewilligungsgemässen Rang hindern könnten, gleich wie in der Bestätigung beim Papier-Schuldbrief. Auch in Bezug auf die Variante des Vorbehalts, dass der sicherzustellende Kredit vorab ausschliesslich zur Kaufpreistilgung verwendet wird sowie betreffend die Hinweise auf die Haftung des Notars und die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung entsprechen die Bestätigungen denjenigen beim Papier-Schuldbrief⁶³.

Auch beim Register-Schuldbrief haftet der Notar der Gläubigerin nach den gesetzlichen Bestimmungen für allen Schaden, den er ihr schuldhaft verursacht hat, namentlich für die Richtigkeit der ausgestellten Anmeldungsbestätigung und für die Zustellung der Eintragungsbestätigung des Grundbuchamtes⁶⁴.

IV. Verwaltungstreuhand von Register-Schuldbriefen

1. Konzept und bisherige Realisierung

Angesichts der als praxisfremd eingestufteten gesetzlichen Regelung ist ein Konzept zur *treuhänderischen Verwaltung und Übertragung von Register-Schuldbriefen* erarbeitet worden^{65 66}. Gestützt darauf bietet die SIX Gruppe mit der SIX SIS AG und SIX Terravis AG – beides Tochtergesellschaften der SIX Gruppe – neu die Verwaltungstreuhand von Register-Schuldbriefen als Dienstleistung für Banken an. Die Infrastruktur dafür beruht auf Terravis, damit die Vorteile des elektronischen Geschäftsverkehrs mit den angeschlossenen Grundbuchämtern und Notariaten genutzt werden können⁶⁷. Terravis ihrerseits ermöglicht bereits seit Anfang 2012 den

63 Siehe Formular «Einlieferungsverpflichtung bzw. Anmeldungsbestätigung» (Fn. 47) und die Ausführungen zum Papier-Schuldbrief unter III. 3. soeben.

64 Vgl. Formular «Einlieferungsverpflichtung bzw. Anmeldungsbestätigung» (Fn. 47) sowie die Ausführungen unter III. 3. hievov, m. H., namentlich auf GAMMETER (Fn. 19), S. 4, N. 21.

65 Vgl. dazu auch schon II. i.f. hievov.

66 Das Konzept wurde in den Jahren 2011 von Dieter Zobl und Stefan Kramer unter Mitwirkung von Benedikt Maurenbrecher entwickelt; vgl. ZOBL/KRAMER (Fn. 21), S. 217, Fn. 1. Das Konzept verlangt vertraglich klare Regelungen der Rechtsverhältnisse zwischen den beteiligten Parteien und sieht in verschiedener Hinsicht Schutzmechanismen – wie namentlich die Konkursresistenz für den Fall des Konkurses der übertragenden Bank und des Treuhänders (vgl. Art. 37d BankG i. V. m. Art. 17 f. BEG) – vor; dazu ZOBL/KRAMER (Fn. 21), S. 220 und 221 ff.

67 Vgl. MÖCKLI/BERLI (Fn. 25), S. 1.

elektronischen Geschäftsverkehr zwischen Grundbuchämtern, Notaren und Banken⁶⁸. Das Grundbuch des Kantons Bern ist seit dem 1. Juli 2013 auf dem Auskunftsportaal und der Plattform für elektronischen Geschäftsverkehr Terravis aufgeschaltet⁶⁹.

Gemäss dem Konzept der SIX Gruppe werden neue Register-Schuldbriefe auf die SIX SIS AG als Gläubigerin errichtet bzw. bestehende Register-Schuldbriefe auf diese übertragen. Die SIX SIS AG schliesst mit der tatsächlich das Geld ausleihenden Bank einen Treuhandvertrag, wonach alle Gläubigerrechte durch die Bank wahrgenommen werden⁷⁰. Im Grundbuch *als Gläubigerin des Register-Schuldbriefs eingetragen* wird demzufolge *nicht die hypothezierende Bank*, sondern die SIX SIS AG als Treuhänderin für die Bank, und zwar in der Konstellation der *indirekten Stellvertretung*⁷¹. Die Treuhänderin hält somit die entsprechenden Register-Schuldbriefe in eigenem Namen, aber im Auftrag und auf Rechnung der betreffenden Bank⁷².

In der Praxis wird die treuhänderische Verwaltung von Register-Schuldbriefen durch die SIX SIS AG bereits angewendet. Seit Juni 2013 nimmt die UBS AG als erste Bank die Dienstleistung in Anspruch⁷³. Die Credit Suisse Group AG soll ab dem Frühjahr 2014 als weitere Teilnehmerin aufgeschaltet werden, und auch andere, kleinere Kreditinstitute haben bereits ihr Interesse bekundet. Nicht vorgesehen ist die treuhänderische Verwaltung von Papier-Schuldbriefen, weshalb auf diese unverändert die gewohnte Abwicklungspraxis Anwendung findet⁷⁴.

68 Einleitung auf der Website <http://www.terravis.ch/trv/> (zuletzt besucht am 1. Oktober 2013).

69 Medienmitteilung vom 10. Juli 2013, Grundbuch des Kantons Bern in Terravis aufgeschaltet, www.terravis.ch (zuletzt besucht am 1. Oktober 2013).

70 Vgl. *notitia*, Newsletter Verband bernischer Notare, Nr. 3 / 2013, S. 4.

71 Vgl. ZOBL/KRAMER (Fn. 21), S. 237 sowie S. 219 f. Zur indirekten Stellvertretung statt vieler WATTER ROLF, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 5. Auflage, Basel 2011, N. 29 ff. zu Art. 32 OR.

72 ZOBL/KRAMER (Fn. 21), S. 219 f.

73 Medienmitteilung vom 6. Juni 2013, SIX übernimmt die Verwaltung sämtlicher Register-Schuldbriefe der UBS AG, www.terravis.ch (zuletzt besucht am 1. Oktober 2013).

74 Zum Ganzen MÖCKLI/BERLI (Fn. 25), S. 2.

2. Aufnahme und Übertragung der verwalteten Register-Schuldbriefe

Die zum Zwecke der treuhänderischen Verwaltung auf die SIX SIS AG errichteten bzw. übertragenen Register-Schuldbriefe werden in einem *Depot für die jeweilige Bank* geführt⁷⁵. Die Aufnahme neu errichteter Register-Schuldbriefe im Depot kann dann stattfinden, wenn der Treuhänderin die Bestätigung des Grundbuchamts über die abgegebene Grundbuchanmeldung vorliegt. Zur Übertragung von bestehenden Register-Schuldbriefen weist die übertragende Bank die Treuhänderin an, den entsprechenden Schuldbrief künftig im Auftrag und auf Rechnung der erwerbenden Bank zu halten⁷⁶. Eine Eintragung im Grundbuch ist für diesen Vorgang nicht erforderlich, vielmehr werden die Register-Schuldbriefe einzig bei der SIX SIS AG in das Depot der neuen Gläubigerbank umgebucht⁷⁷. Im Grundbuch als Gläubigerin eingetragen bleibt – obwohl sie nicht die wirkliche Darlehensgeberin ist – die SIX SIS AG. Die Banken können sich auf diese Weise die konstitutive Eintragung des Gläubigers im Grundbuch und damit die Eintragungsgebühren des Grundbuchamtes sparen, dies allerdings zulasten der gewünschten Transparenz des Grundbuchs⁷⁸.

3. «Tagebucheintragsbestätigung»⁷⁹

Die Auszahlung des Kredits im Rahmen einer Verwaltungstreuhandschaft von Register-Schuldbriefen erfolgt in der Regel nach Erhalt einer Grundbuch-Bestätigung des Tagebucheintrags⁸⁰. Diese «Tagebucheintragsbestätigung» tritt mithin bei Vorliegen der Verwaltungstreuhand an die Stelle der Einlieferungsverpflichtung bzw. Anmeldungsbestätigung. Offen bleibt, ob die bei der Einlieferungsverpflichtung bzw. Anmeldungsbestätigung vorgesehene, mindestens zwei Tage nach der Grundbuchanmeldung vorzunehmende Einsichtnahme in das Grundbuch und Über-

75 MÖCKLI/BERLI (Fn. 25), S. 1.

76 Zum Ganzen ZOBL/KRAMER (Fn. 21), S. 220.

77 Vgl. MÖCKLI/BERLI (Fn. 25), S. 1; ZOBL/KRAMER (Fn. 21), S. 220.

78 Siehe auch *notitia* (Fn. 70), S. 4.

79 Grundbuchrechtlich korrekt wäre von einer «Tagebucheinschreibungsbestätigung» zu sprechen, weil sich Eintragungen nur auf die Hauptspalten des Grundbuchs – Eigentum, Dienstbarkeiten und Grundlasten, Grundpfandrechte – beziehen (Art. 958 ZGB), nicht aber auf das Tagebuch (vgl. Art. 972 Abs. 2 ZGB, wo von «Einschreibung» gesprochen wird).

80 Vgl. Musterbrief und Muster «Grundbuchbestätigung Tagebucheintrag» im Anhang zum Mail Generalsekretär Schweizerischer Notarenverband (SNV) vom 17. Juni 2013, Information – Verwaltungstreuhand von Register-Schuldbriefen (Nominee).

prüfung, ob keine Einschreibungen bestehen, welche die Eintragung des Pfandrechts im bewilligungsgemässen Rang hindern könnten⁸¹, ebenfalls verlangt bzw. vorgenommen werden.

V. Schluss

Die am 1. Januar 2012 in Kraft getretene Einführung des Register-Schuldbriefs hat zu *neuen Entwicklungen in der Praxis* geführt. Die in der Notariatspraxis für den Register-Schuldbrief geschaffene *Anmeldungsbestätigung* entspricht der bereits zuvor für den Papier-Schuldbrief bekannten Einlieferungsverpflichtung. Neu ist das Konzept der Verwaltungstreuhand für Register-Schuldbriefe. Sollte sich dieses bei den Banken durchsetzen – wovon auszugehen ist –, wird künftig nur noch ausnahmsweise der wirkliche Gläubiger des Register-Schuldbriefs aus dem Grundbuch ersichtlich sein⁸². Der *Rechtsverkehr an einmal errichteten Register-Schuldbriefen* wird mithin weitgehend *ausserhalb des Grundbuchs* stattfinden⁸³. Die Situation wird insofern zunehmend derjenigen entsprechen, wie sie bei Papier-Schuldbriefen besteht, welche als Wertpapiere ebenfalls ausserhalb des Grundbuchs am Rechtsverkehr teilnehmen. Zumindest im Ergebnis wird mit der Verwaltungstreuhand für den Register-Schuldbrief auch eine Art Substitut für den bei ihm nicht bekannten Inhaber-Schuldbrief geschaffen, und statt des beim Papier-Schuldbrief bekannten Dualismus von Grundbuch und (Wert-)Papier entsteht ein Dualismus von Grundbuch und Register-Schuldbriefführung im Depot der Treuhänderin. Die sich damit in der Praxis abzeichnende Entwicklung entspricht freilich nicht den ursprünglichen Intentionen und Erwartungen des Gesetzgebers an den Register-Schuldbrief⁸⁴. Und mit Blick auf den grossenteils ausserhalb des Grundbuchs stattfindenden Rechtsverkehr lässt sich im Grunde nicht mehr von einem eigentlichen Registerpfandrecht sprechen.

81 Vgl. dazu die Ausführungen in III. 3. und III. 4. hievior.

82 Vgl. *notitia* (Fn. 70), S. 4.

83 Auch die Verpfändung von Register-Schuldbriefen zugunsten Pfandbriefinstituten erfolgt ausserhalb des Grundbuchs, durch konstitutive Eintragung im Pfandregister der Mitglieder (vgl. Art. 23 Pfandbriefgesetz; SR 211.423.4); dazu m. w. H. WOLF (Fn. 5), S. 174 f. Man ist insofern schon fast geneigt, für den Register-Schuldbrief von einer «Flucht aus dem Grundbuch» zu sprechen.

84 Vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fn. 6), S. 5327, wonach «beim Register-Schuldbrief der Gläubiger sowohl bei der Errichtung als auch bei der Übertragung eingetragen wird und somit stets bekannt ist». Siehe weiter dazu auch schon II. hievior.