



AR GVP 35/2023 Nr. 3866

Rechtsöffnung (Art. 82 SchKG); Schuldbrief als provisorischer Rechtsöffnungstitel (Art. 842 ff. aZGB).

Wegen seiner Wertpapiernatur kann ein Schuldbrief nicht nur der Begründung eines Grundpfandes dienen, sondern als bewegliche Sache für Sicherungszwecke verwendet werden. In Betracht kommen die mobiliarrechtliche Verpfändung, die den Nehmer zum Faustpfandgläubiger macht, und die Sicherungsübereignung, die den Fiduziar zum Eigentümer macht. In casu sprechen die Umstände dafür, dass die Berechtigte den Titel als direkte Grundpfandgläubigerin zu vollem Eigentum erhalten hat. Darlegung dieser Umstände.

Urteil des Einzelrichters des Obergerichts, 18.04.2023, ERZ 23 10

Sachverhalt:

Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 24. März 2011 räumte die Einwohnergemeinde E. der Genossenschaft S. ein selbständiges und dauerndes Baurecht auf dem Grundstück Nr. 38 in E. für den Bau einer Anlage ein. Am gleichen Tag verpflichtete sich die Einwohnergemeinde E. zudem zur Gewährung von zwei Darlehen über insgesamt Fr. 900'000.-- (Fr. 700'000.-- als verzinsliches und rückzahlbares, Fr. 200'000.-- als zinsloses Darlehen). Die Einwohnergemeinde E. erhielt als Sicherheit einen auf dem Baurechtsgrundstück lastenden Inhaber-Schuldbrief über Fr. 900'000.-- im ersten Rang.

Mit Schreiben vom 11. September 2020 kündigte die Einwohnergemeinde E. den Inhaberschuldbrief auf den 31. Dezember 2020 und leitete nach mehreren Mahnungen am 5. Februar 2021 für Forderungen in der Höhe von CHF 144'136.65 die Betreibung auf Grundpfandverwertung ein. Die Genossenschaft S. erhob gegen den am 9. Februar 2021 ausgestellten und am 22. Februar 2021 zugestellten Zahlungsbefehl Nr. 20210331 Rechtsvorschlag, worauf sich die Einwohnergemeinde E. mit einem Gesuch um provisorische Rechtsöffnung an den Einzelrichter des Kantonsgerichts wandte. Dieser hiess das Gesuch teilweise gut. Die Genossenschaft S. erhob in der Folge Beschwerde gegen den Entscheid des Einzelrichters.

Aus den Erwägungen:

2.1

...

In der Betreibung auf Pfandverwertung ist sowohl ein Titel für die Forderung wie auch ein Titel für das Pfandrecht vorzulegen (BGE 138 III 132 E. 4.2).

2.2 Ein Schuldbrief stellt eine öffentliche Urkunde dar, welche die Anerkennung einer bestimmten Schuld und die Haftung eines Grundstückes als Pfand dafür ausweist. Der Schuldbrief kann daher als provisorischer Rechtsöffnungstitel sowohl für die Forderung als auch für das Pfandrecht in der Höhe des verkündeten Betrages qualifiziert werden (PETER STÜCHELI, Die Rechtsöffnung, 2000, S. 377; DANIEL STAEHELIN, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 3. Aufl. 2021, N. 166 f. zu Art. 82 SchKG). Der Schuldbrief verkörpert im Wertpapier sowohl die Forderung als auch das sichernde Grundpfandrecht. Forderung und Pfandrecht bilden eine untrennbare Einheit (BGE 134 III 71 E. 3 S. 75; PAUL-HENRI STEINAUER, Berner Kommentar, 2015, N. 41 ff. zu Art. 842 ZGB).

2.3 Vorliegend hat das Grundbuchamt E. am 1. September 2011 den Inhaber-Schuldbrief Nr. 5630.3024/2011.133 mit einer Pfandsomme von Fr. 900'000.-- und dem Grundstück Nr. D2552 als Pfandgegenstand ausgestellt. Die Ausstellung des Schuldbriefes erfolgte vor dem Inkrafttreten der ZGB-Revision vom 11. Dezember 2009 (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) am 1. Januar 2012. Trotzdem hat der Schuldbrief weiterhin Gültigkeit (STEINAUER, a.a.O., N. 25 der Vorbemerkungen zu Art. 842-865 ZGB). Ging unter dem alten Recht die Grundforderung gestützt auf Art. 855 Abs. 2 aZGB unter, lebt sie im neuen Recht nicht wieder auf (*derselbe*, a.a.O., N. 26 der Vorbemerkungen zu Art. 842-865 ZGB). Die Vermutung von Art. 842 Abs. 2 ZGB gilt nur für unter neuem Recht errichtete Schuldbriefe (*derselbe*, a.a.O., N. 26 der Vorbemerkungen zu Art. 842-865 ZGB; URS FASEL, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, 3. Aufl. 2016, N. 11 zu Art. 842 ZGB).

Wegen seiner Wertpapiernatur kann ein Schuldbrief nicht nur der Begründung eines Grundpfandes dienen, sondern als bewegliche Sache für Sicherungszwecke verwendet werden. In Betracht kommen die mobiliarrechtliche Verpfändung, die den Nehmer zum Faustpfandgläubiger macht, und die Sicherungsübereignung, die den Fiduziar zum Eigentümer macht (BGE 134 III 71 E. 3, 119 II 326 E. 2a). Nimmt ein Pfandgläubiger einen Eigentümerschuldbrief nur zu Faustpfand entgegen, erwirbt er nur ein Pfandrecht, nicht aber die Stellung des Gläubigers der im Titel verkörperten Forderung (BGE 115 II 149 E. 2 = Pra. 1989 [78] Nr. 271). Bei der Sicherungsübereignung erwirbt die Gläubigerin ebenfalls den Schuldbrief, behält aber die Grundforderung. Sowohl beim Faustpfand als auch bei der Sicherungsübereignung erfolgt keine Neuerung (Novation), d.h. die Schuldbriefforderung ersetzt die Grundforderung nicht.

Nach dem bis Ende 2011 geltenden und auf den vorliegenden Fall anwendbaren Recht begründete Art. 855 Abs. 1 aZGB eine Vermutung für das direkte Grundpfand im engeren Sinne und gegen eine Sicherungsübereignung (DANIEL STAEHELIN, in: Basler Kommentar, ZGB II, 7. Aufl. 2023, N. 33 und 36 zu Art. 842 ZGB). Art. 855 Abs. 1 aZGB stellte dispositives Recht dar, eine abweichende Vereinbarung der Parteien war zulässig (BGE 119 III 105 E. 2).

2.4 Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, die Übertragung des Schuldbriefes sei nur zu Faustpfand erfolgt. Dem kann nicht gefolgt werden. Gemäss dem Pfandvertrag vom 24. März 2011 wird ein Inhaber-Schuldbrief "zur Sicherstellung eines Darlehens" errichtet und das Grundpfandrecht an die Einwohnergemeinde E. ausgehändigt. Die Übergabe des Schuldbriefes erfolgt also zur Sicherstellung des Darlehens. Dies schliesst nach BGE 132 III 166 E. 6.2.1 die Annahme der Errichtung eines Faustpfandes aus. Allein die Verwendung des Wortes "Sicherstellung" im Pfandvertrag deutet auf ein direktes Pfandrecht hin (STAEHELIN, ZGB II, a.a.O., N. 72 zu Art. 842 ZGB). Im Übrigen trägt die Beschwerdeführerin die Beweislast für eine Vereinbarung über den Ausschluss von Art. 855 Abs. 1 aZGB (BGE 132 III 166 E. 6.3; vgl. auch BGE 119 III 105 E. 2; STAEHELIN, ZGB II, a.a.O., N. 37 zu Art. 842 ZGB). Den entsprechenden Nachweis hat sie mit dem im Rechtsöffnungsverfahren erforderlichen Beweismass (Glaubhaftmachung gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG) nicht erbracht. Weder im Pfandvertrag noch im Inhaber-Schuldbrief selbst ergeben sich irgendwelche Hinweise auf einen Ausschluss der Novation bzw. die Vereinbarung eines Faustpfandes (vgl. zum Fahrnispfandvertrag etwa STEINAUER, a.a.O., N. 135 ff. zu Art. 842 ZGB, oder OFTINGER/BÄR, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 1981, N. 87 ff. zu Art. 884 ZGB). Der Hinweis im Pfandvertrag und im Schuldbrief auf eine separate Vereinbarung über die Verzinsung, die Amortisation und Kündigung kann im Gegenteil als Indiz für ein direktes Grundpfand angesehen werden, weil der Hinweis im Schuldbrief selbst aufgenommen worden ist (was in Art. 53 Abs. 2 lit. d der Grundbuchverordnung vom 22. Februar 1910 und Art. 144 Abs. 2 lit. d der Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 für Nebenbestimmungen *zur Schuldbriefforderung* ausdrücklich vorgesehen ist; FASEL, a.a.O., N. 5 zu Art. 846 ZGB) und damit als Ergänzung der Schuldbriefforderung (auch im Sinne des Übergangs der Nebenrechte aus dem Grundverhältnis auf die Schuldbriefforderung; vgl. dazu etwa STEINAUER, a.a.O., N. 91 zu Art. 842 ZGB) qualifiziert werden muss (vgl. STAEHELIN, ZGB II, a.a.O., N. 37 und 40 zu Art. 842 ZGB). Im neuen Recht wird die Zulässigkeit der Verweisung auf eine separate Vereinbarung ausdrücklich geregelt (Art. 846 Abs. 2 Satz 2

ZGB). Solche Nebenbestimmungen waren aber auch bereits unter dem alten Recht möglich und üblich (*derselbe*, ZGB II, a.a.O., N. 1 zu Art. 846 ZGB). Die identische Regelung der Nebenvereinbarungen bezüglich Schuldbriefforderung und Forderung aus dem Grundverhältnis ist zulässig (*derselbe*, ZGB II, a.a.O., N. 7 zu Art. 846 ZGB; FASEL, a.a.O., N. 6 zu Art. 846 ZGB). Ebenfalls zulässig ist es, bloss die Existenz der Vereinbarung einzutragen, ohne den konkreten Inhalt wiederzugeben (STAEHELIN, ZGB II, a.a.O., N. 8 und 10 zu Art. 846 ZGB). Soweit die Beschwerdeführerin auf Rechtsprechung zu Art. 116 OR und auf Umstände, die im Zusammenhang mit Art. 116 OR zu beachten sind, hinweist, übersieht sie, dass sich Art. 116 OR mit der Vermutung des *Nicht-Vorliegens* der Novation befasst, vorliegend aber Art. 855 Abs. 1 aZGB massgebend ist, der als *lex specialis* die Vermutung des *Vorliegens* der Novation festlegte. Schliesslich ergibt sich aufgrund des Besitzes der Beschwerdegegnerin am Inhaber-Schuldbrief die gesetzliche Vermutung (Art. 930 Abs. 1 ZGB), dass die Beschwerdegegnerin den Titel als direkte Grundpfandgläubigerin zu vollem Eigentum erhalten hat (*derselbe*, ZGB II, a.a.O., N. 71 zu Art. 842 ZGB, mit weiteren Hinweisen). Generell gilt, dass der Übergeber oder Empfänger eines Schuldbriefes dabei an die Bestellung eines Grund- und nicht eines Faustpfandes denkt (*derselbe*, ZGB II, a.a.O., N. 72 zu Art. 842 ZGB). Es liegen keine unklaren Verhältnisse vor, die zu einer Verweigerung der Rechtsöffnung führen müssten (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 5A_105/2019 vom 7. August 2019 E. 3.4).