

ZK 12/663 , publiziert April 2013

Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern

vom 17. Januar 2013

Besetzung

Oberrichterin Apolloni Meier (Referentin), die Oberrichter Messer und Vicari sowie Gerichtsschreiber Knüsel

Verfahrensbeteiligte

Bank A

vertreten durch Fürsprecher Y

Gesuchstellerin/Beschwerdeführerin

und

B

C

beide vertreten durch Fürsprecher X

Gesuchsgegner/Beschwerdegegner

Gegenstand

provisorische Rechtsöffnung

Regeste:

- *Art. 818 und 842 ZGB*
- *Umfang der Pfandsicherung bei sicherungsübereigneten Schuldbriefen.*

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Bank A gewährte den Gesuchsgegnern ein Hypothekendarlehen. Als Sicherheit diente ein Namensschuldbrief zu Fr. 1'850'000.-- im 1. Rang mit einem Maximalzinsfuss von 10%. Der Schuldbrief wurde sicherungsübereignet. Nachdem Zahlungen ausblieben, betrieb die Bank den Nominalbetrag von Fr. 1'850'000.-- nebst Zins seit 7. September 2010, drei verfallene Jahreszinse zu 10% (je Fr. 185'000.--) sowie den laufenden Zins vom 1. Oktober 2010 bis 13. Oktober 2010 (Fr. 6'589.05), jeweils nebst Zins zu 5% seit 13. Oktober 2010. Im entsprechenden Rechtsöffnungsverfahren verlangte sie die Beseitigung der erhobenen Rechtsvorschlüsse im Umfang der betriebenen Forderung sowohl für die Grundpfandforderung als auch für das Grundpfandrecht.

Die Vorinstanz befand, angesichts der vereinbarten Sicherungsübereignung könne die Gesuchstellerin nur den offenen (effektiv noch geschuldeten) Betrag aus dem Grundverhältnis einfordern. Es sei zwar zutreffend, dass die Parteien eine solche sog. "*mittelbare Akzessorietät*" - d.h. die Beschränkung der Titelforderung auf die noch ausstehende Grundforderung - wegbedingen könnten. Das sei hier aber nicht geschehen. Sie kürzte deshalb die Kapitalforderung um Fr. 74'000.-- und erteilte nur auf dem nach Abzug der Amortisation verbleibenden Betrag der Hypothekarforderung die Rechtsöffnung.

Für die drei verfallenen Schuldbrief-Jahreszinse wurde die Rechtsöffnung gestützt auf nArt. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB verweigert. Die Vorinstanz erwog, gemäss Art. 26 Abs. 2 SchlT ZGB finde die Neufassung von Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB auch auf "*altrechtliche*" Schuldbriefe Anwendung. Das bedeute, dass selbst bei "*altrechtlichen*" Schuldbriefen nur noch die effektiv geschuldeten Zinsen pfandgesichert seien. Für den laufenden Schuldbrief-Zins wurde die Rechtsöffnung hingegen gewährt.

Gegen diesen Entscheid erhob die Bank - erfolglos - Beschwerde

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

A. Kapitalforderung

1. Der Schuldbrief wurde direkt auf die Gesuchstellerin als Gläubigerin errichtet. Im bisherigen - durch die Teilrevision des Sachenrechts per 1. Januar 2012 aufgehobenen - Recht begründete Art. 855 Abs. 1 aZGB gemäss dem Willen des Gesetzgebers eine Vermutung für das direkte Grundpfand i.e.S. Dem Gläubiger stand an Stelle der bisherigen Forderung die durch ein direktes Grundpfandrecht gesicherte Schuldbriefforderung zu (Novation). Indessen konnte diese Vermutung umgestossen werden (BGE 119 III 107), wobei derjenige, der das Bestehen einer blossen Sicherungsübereignung ohne novierende Wirkung bezüglich der zu sichernden Forderung aus dem Grundverhältnis behauptet, hierfür die Beweislast trägt (vgl. STAEHELIN, BSK- ZGB II, N 43 zu Art. 842 ZGB).

Hier blieb unbestritten, dass aufgrund der eingangs erwähnten Vereinbarung (GB 4) das Eigentum am Schuldbrief im Gesamtbetrag von 1,85 Mio. bloss sicherungshalber (ohne novierende Wirkung) auf die Gesuchstellerin übergegangen ist.

Uneinig sind sich die Parteien hingegen, ob gestützt auf diese Sicherungsübereignung für die ganze Titelforderung (1'850'000) oder nur für die Restschuld nach Amortisation (1'776'000) Rechtsöffnung zu erteilen ist.

2. Durch die Sicherungsübereignung wird die Gläubigerin (fiduziarische) Eigentümerin des Schuldbriefes; sie erhält daran mit anderen Worten das Eigentum (Vollrecht), ist jedoch durch die Sicherungsabrede gegenüber ihrem Vertragspartner verpflichtet, von diesem Vollrecht nur den Gebrauch zu machen, den der Sicherungszweck erfordert.

Die in der Sicherungsabrede enthaltende Verpflichtung des Gläubigers (Fiduziars), von seiner Rechtsmacht nur insoweit Gebrauch zu machen, als es der Sicherungszweck erfordert, stellt nach der Rechtsprechung ein *Pactum de non petendo* hinsichtlich jenes Teils der Schuldbriefforderung dar, der den sichergestellten Betrag aus dem Grundverhältnis übersteigt. Der Gläubiger, der keine Zahlung erhält, ist mit andern Worten verpflichtet, seine Zwangsvollstreckung auf den offenen (effektiv noch geschuldeten) Betrag aus dem Grundverhältnis zu beschränken.

Gegen ein weitergehendes Begehren kann sich der Schuldner gestützt auf Art. 842 Abs. 3 und Art. 849 Abs. 1 ZGB auch im Verfahren um provisorische Rechtsöffnung wehren, indem er glaubhaft macht, dass die gesicherte Schuld aus dem Grundverhältnis tiefer ist als die Schuldbriefschuld, für welche der Gläubiger Rechtsöffnung verlangt. Vorbehalten bleibt jedoch eine vertragliche Vereinbarung, wonach der Gläubiger die gesamte Schuldbriefforderung einziehen darf und erst danach einen Überschuss dem Schuldner zurückgeben muss. Eine derartige Klausel muss aber ausdrücklich verabredet und klar sein (zum Ganzen vgl. STAEHELIN, BSK-ZGB II, N 49 ff zu Art. 842 ZGB, SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 4. Auflage, Rz 1844 ff insb. Rz 1844j).

3. Die Gesuchstellerin macht geltend, es sei sehr wohl in Ziff. 3 der Sicherungsvereinbarung (GB 4) die Beschränkung auf den noch ausstehenden Betrag wegbedungen worden. Die Vorinstanz habe diesbezüglich den französischen Text falsch ausgelegt. Entgegen dem vorrichterlichen Befund bedeute der Begriff "*créances hypothécaires*" **Schuldbrief- bzw. Titelforderung**, wohingegen es sich bei der "*créance de base*" um die **Grundforderung oder Hypothekarforderung** handle.
4. Zur Begriffsklärung kann der deutsche und französische Text von Art. 842 Abs. 2 ZGB herangezogen werden.

Dieser lautet wie folgt:

² *Sauf convention contraire, la créance résultant de la cédule hypothécaire coexiste, le cas échéant, avec la créance à garantir issue du rapport de base entre le créancier et le débiteur*

² *Die Schuldbriefforderung tritt neben die zu sichernde Forderung, die dem Gläubiger gegenüber dem Schuldner aus dem Grundverhältnis gegebenenfalls zusteht, wenn nichts anderes vereinbart ist*

Daraus wird deutlich, dass "*créance résultant de la cédule hypothécaire*" (oder in der Kurzformel der Bankurkunde: "*créances hypothécaires*") in der Tat mit Schuldbrief- bzw. Titelforderung zu übersetzen ist und es sich bei der "*créance de base*" um die Grundforderung handelt. Dem Wortlaut und den Begriffen nach könnte es sich bei Ziff. 3 der Sicherungsabrede somit durchaus um eine Ermächtigung handeln, die gesamte Schuldbriefforderung einzuziehen.

5. Wie oben Ziff. 2 bereits erörtert, muss eine derartige Klausel indes nicht nur ausdrücklich verabredet, sondern auch klar sein. Im Zweifel ist nämlich nicht zu vermuten, dass der Schuldner damit einverstanden war, dass der Gläubiger berechtigt ist, aus dem Schuldbrief mehr zu fordern, als er aus dem Grundverhältnis zu fordern berechtigt wäre und erst nach erfolgter Verwertung einen Überschuss zurückgeben muss (STAEHELIN, BSK-ZGB II, N 49 ff zu Art. 842 ZGB).

Da das System der Sicherungsübereignung kompliziert, intransparent und für den Laien nur schwer verständlich ist, sind an die Klarheit hohe Anforderungen zu stellen. Das bedeutet im Klartext, dass der Schuldner aus der Abrede heraus nicht nur ersehen muss, welche Verpflichtung er eingeht, sondern auch, dass er ein Anrecht auf den Überschuss hat und der Gläubiger zur Herausgabe des Überschusses verpflichtet ist. Nur so kann der Schuldner im Falle der Pflichtvergessenheit des Gläubigers seine Rechte wahren und allenfalls durchsetzen. Darauf ist umso mehr zu achten, als der Abschluss einer solchen Nebenabrede für den Schuldner unvorteilhaft ist.

6. Ziff. 3 der Sicherungsabrede erfüllt diese Voraussetzungen nicht. Sie verknüpft vielmehr die Ermächtigung zum Einzug der Titelforderung mit einem Hinweis auf die Kündigungsmodalitäten, ohne die Herausgabe des Überschusses zu erwähnen. Damit fehlt ihr die Klarheit, die eine solche Abrede verlangt.

Im Ergebnis liegt deshalb keine wirksame Vereinbarung vor, welche den Gläubiger ermächtigen würde, die gesamte Schuldbriefforderung einzuziehen. In diesem Punkt ist der erstinstanzliche Entscheid - wenn auch mit einer anderen Begründung - zu bestätigen.

B. Vertrags- Schuldbriefzinsen

1. Die Vorinstanz ging davon aus, dass in Anwendung des neuen Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB nur die tatsächlich geschuldeten Zinsen pfandgesichert sind. Gestützt darauf gewährte sie die Rechtsöffnung nur für die laufenden Zinsen aus dem Grundverhältnis zu 10% für die Zeit zwischen dem letzten Zinstermin und der Einleitung der Betreibung.
2. Die Gesuchstellerin macht demgegenüber geltend, das Grundpfandrecht sichere in Anwendung des hier einschlägigen aArt. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB nicht nur die Kapitalforderung, sondern insbesondere auch drei verfallene Jahreszinse und den laufenden Zins. Gemäss Bundesgericht (BGE 115 II 349) bemesse sich deren Umfang nach den Bestimmungen der Sicherungsvereinbarung und nicht

nach den gestützt auf das Grundverhältnis geschuldeten Zinsen. Die Titelforderung könne mithin gestützt auf die Sicherungsvereinbarung um die verfallenen Zinse für drei Jahre und den laufenden Zins erweitert werden. Dies unabhängig davon, ob diese gemäss dem Grundverhältnis effektiv, resp. in diesem Umfang geschuldet seien oder nicht.

Weiter führt die Gesuchstellerin aus, im Rahmen der Sachenrechtsrevision sei diese Bestimmung zwar abgeändert und die Sicherung auf die tatsächlich geschuldeten Zinsen beschränkt worden. Entgegen den vorrichterlichen Erwägungen richte sich das Übergangsrecht hier jedoch nicht nach Art. 26 SchlT ZGB. Anwendung finde vielmehr die allgemeine Regel der Nichtrückwirkung i.S. von Art. 1 SchlT ZGB. Das bedeute, dass der neue Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB im vorliegenden Fall nicht einschlägig sei. Alles andere - so die Gesuchstellerin abschliessend - würde zu Rechtsunsicherheit und zu einer drastischen Verringerung der bisherigen Pfandsicherheiten führen. Das habe der Revisionsgesetzgeber nicht beabsichtigt.

3. Der Grundsatz, wonach sich der Fiduziar (Gläubiger) gegenüber dem Fiduzianten (Schuldner) verpflichtet, von seinen Befugnissen nur insoweit Gebrauch zu machen, als es der Sicherungszweck des Geschäfts erfordert, gilt selbstredend auch für die Vertragszinsen. Zwischen dem Schuldner und dem (ursprünglichen) Gläubiger behält mit anderen Worten das Grundgeschäft Vorrang. Gesichert ist deshalb auch im Zusammenhang mit den Zinsen nur, was obligationenrechtlich geschuldet ist. An diesem Grundsatz hat die Sachenrechtsrevision nichts geändert.
4. Bei der Sicherungsübereignung von Schuldbriefen war bis Ende 2011 aber die Vereinbarung zulässig, dass die Schuldbriefe bis zum Betrag des Schuldbriefkapitals sowie des laufenden und dreier verfallener Jahreszinsen beliebige Forderungen sicherstellen sollen. Sofern eine Schuld in der entsprechenden Höhe bestand, dienten die Schuldbriefe der Sicherung dieses gesamten Betrages, selbst wenn die eigentliche, echte Zinsforderung aus dem Grundverhältnis bereits bezahlt war. In solchen Fällen dienten die Schuldbriefzinsen im Grunde genommen der Erhöhung des pfandgesicherten Kapitalbetrages, d.h. mit den Zinsen der Schuldbriefforderung konnte eine Kapitalforderung aus dem Grundverhältnis gesichert werden. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang von einer Maximalhypothek im Kleide einer Kapitalhypothek gesprochen (BGE 115 II 349 ff; TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN, BSK-ZGB II, N 11 zu Art. 818 ZGB).
5. Aus dem Erörterten folgt, dass schon unter altem Recht die Zinsen der Schuldbriefforderungen nur unter engen Voraussetzungen beliebige Forderungen sicherten. Nur wenn die Parteien die Kapitalforderung sozusagen "*aufstockten*" etwa indem im Rahmen eines Kontokorrentverhältnisses die Zinsen zum Kapital geschlagen wurden, boten die Schuldbriefzinsen für den gesamten Betrag Sicherheit. Die Erweiterung der Sicherung setzte deshalb auch den Bestand einer erweiterten Grundforderung voraus.

Die Voraussetzungen einer solchen "*Maximalhypothek im Kleide einer Kapitalhypothek*" sind hier aber nicht ersichtlich. Die Gesuchstellerin legt nicht dar, welche zusätzliche Kapitalforderung durch die Schuldbriefzinsen gesichert werden sollte. Vielmehr geht sie selbst davon aus, dass das ausstehende Kapital Fr. 1'776'000.- - beträgt und somit nicht einmal die Titelforderung erreicht. Ebenso wenig äussert sie sich zu den aus dem Grundverhältnis noch offenen Zinsen. Eine nachvollziehbare Zinsaufstellung fehlt vollständig. Die Gesuchstellerin behauptet vielmehr pauschal, die Titelforderung werde quasi in jedem Fall automatisch um drei verfallene Jahreszinse erweitert, ganz unabhängig davon, ob diese aus einem Grundverhältnis effektiv geschuldet sind (beispielhaft Gesuch, S. 6). Mit dem oben Gesagten ist diese Auffassung nicht zutreffend.

Mangels Substanziierung einer "*Maximalhypothek*" oder offener Zinsausstände ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz lediglich den seit dem letzten Zinstermin geschuldeten Zins als gesichert betrachtete.

6. Das Gesagte folgt im Übrigen bereits aus der Anwendung des altrechtlichen Art. 818 ZGB. Selbst aus aArt. 818 ZGB kann die Gesuchstellerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Bei diesem Ergebnis kann die Frage nach dem Übergangsrecht offen bleiben.

(...)

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.