

Immobilienfinanzierung
Susan Emmenegger (Hrsg.)

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

Helbing Lichtenhahn Verlag

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.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 (graphisch, 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 gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN ###

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

Vorwort

Die Schweizer Banken haben im Jahr 2011 rund 784 Milliarden Franken für inländische Hypothekarkredite aufgewendet. Fast 600 Milliarden Franken wurden an private Haushalte vergeben. Nach wie vor gehört die Immobilienfinanzierung zum Kerngeschäft unserer Banken. Gerade in diesem Bereich kommen vielschichtige Herausforderungen auf die Institute zu. Dazu gehören einerseits die Policy-Fragen, die sich mit Blick auf das Gesamtumfeld der Immobilienfinanzierung stellen. Andererseits gehören dazu auch die spezifischen Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem neuen Immobiliensachenrecht und den Kreditsicherheiten.

Der Beitrag von DONATO SCOGNAMIGLIO und HEINZ ERNST DAESTER widmet sich der Frage nach den Krisenzyklen im Immobilienbereich. Für die Schweiz lautet der Befund, dass ein anhaltendes Bevölkerungswachstum aktuell für Stabilität sorgt. Eine längerfristige Perspektive pflegen die Aufsichtsbehörden: ANNE HÉRITIER LACHAT berichtet über die Erkenntnisse der FINMA hinsichtlich der Marktentwicklung, die daraus resultierenden aufsichtsrechtlichen Bedenken und die vorgeschlagenen Massnahmen, von denen – wie die Druckfassung ihres Beitrags zeigt – bereits etliche umgesetzt worden sind. BEAT BERNET beleuchtet in seinem Beitrag einen anderen Aspekt der Immobilienfinanzierung, nämlich die bankwirtschaftlichen Herausforderungen, die mit dem Hypothekengeschäft verbunden sind. Im zunehmend umkämpften Markt bedarf es nach seiner Auffassung neuer Denksätze, um dieses Geschäft gewinnbringend zu betreiben.

Die Immobilienfinanzierung ist neben den ökonomischen und den aufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen auch in die Privatrechtsordnung eingebunden. Öffentliches und privates Bankrecht sind zunehmend interdependent, wie der Beitrag von SUSAN EMMENEGGER über die Haftung der Bank bei Immobiliarkrediten zeigt. Zudem sehen sich die Banken auch im privatrechtlichen Bereich mit neuen gesetzgeberischen Herausforderungen konfrontiert. An der Schnittstelle zwischen Vertragsrecht und Immobiliarsachenrecht operiert der neue Art. 8 UWG mit seiner erweiterten Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. JÖRG SCHMID analysiert in seinem Beitrag unter anderem die UWG-Konformität von Vertragsklauseln im Bereich der Grundpfandrechte. Überhaupt stellen sich im Zusammenhang mit der Revision des Immobiliarsachenrechts zahlreiche neue Fragen. Einen wichtigen Teilbereich bilden dabei die Sicherungsübereignung und Sicherungseintragung von Schuldbriefen. DANIEL STAEHELIN untersucht in

seinem Beitrag die zentralen Aspekte der beiden Sicherungsformen und kommt zum Ergebnis, dass sich für neue Hypothekarverträge die Formulierung angepasster Sicherungsvereinbarungen empfiehlt. Mit der Übertragung und Verpfändung des Register-Schuldbriefs befasst sich schliesslich der Beitrag von STEPHAN WOLF. Dieses neue Instrument bringt der Praxis viele Erleichterungen, es birgt aber auch Risiken, so etwa beim Gläubigerwechsel. Zudem bestehen noch zahlreiche offene Fragen, weshalb – so der Autor – die Rechtsanwendenden gut beraten sind, wenn sie bis zur Klärung der bestehenden Kontroversen jeweils den sichereren Weg einschlagen.

Mit ihrem diesjährigen "Mix" von finanzwissenschaftlichen, betriebswirtschaftlichen, aufsichtsrechtlichen und privatrechtlichen Referaten zur Immobilienfinanzierung hat die Schweizerische Bankrechtstagung die Vielfältigkeit der bankbezogenen Fragestellungen abgebildet. Dass die Tagung dennoch einem roten Faden folgte, ist der Disziplin und dem Engagement der Referierenden zu verdanken. Ihnen sei an dieser Stelle ganz herzlich gedankt. Dank gebührt weiter dem Team des Instituts für Bankrecht für das Vordenken und Mitdenken bei der Organisation dieser Tagung. Besonderer Dank gebührt Herrn MLaw SILVANO BAUMBERGER für die Federführung bei der Organisation und Frau MLaw RAHEL GOOD, Rechtsanwältin, für die Erstellung des Tagungsbandes, sowie Herrn BLaw MICHAEL KÜNDIG, der sie dabei unterstützt hat.

Bern, im Juli 2012

Susan Emmenegger

Inhaltsübersicht

Krisenzyklen im Immobilienbereich.....	1
Prof. Dr. DONATO SCOGNAMIGLIO Titularprofessor an der Universität Bern, CEO IAZI AG HEINZ ERNST DAESTER Medienverantwortlicher IAZI AG	
Immobilienfinanzierung: Herausforderungen für die Aufsichtsbehörde.....	9
Prof. Dr. ANNE HÉRITIER LACHAT Professorin an der Universität Genf, Präsidentin des Verwaltungsrats der FINMA	
Bankwirtschaftliche Herausforderungen in der Immobilienfinanzierung.....	23
Prof. Dr. BEAT BERNET Professor für Bankwirtschaft an der Universität St. Gallen, bbz Bernet & Partner, St. Gallen	
Haftungsrisiken bei Immobiliarkrediten.....	39
Prof. Dr. SUSAN EMMENEGGER Professorin an der Universität Bern	
Grundpfandrechte und der neue Art. 8 UWG.....	71
Prof. Dr. JÖRG SCHMID Professor an der Universität Luzern	
Sicherungsübereignung und Sicherungseintragung von Schuldbriefen.....	139
Prof. Dr. DANIEL STAEHELIN Advokat und Notar, Kellerhals Anwälte, Basel, Titularprofessor an der Universität Basel	
Der Register-Schuldbrief: Übertragung und Verpfändung.....	159
Prof. Dr. STEPHAN WOLF Professor an der Universität Bern	

Krisenzyklen im Immobilienbereich

Prof. Dr. Donato Scognamiglio/Heinz Ernst Daester, Zürich*

Inhaltsverzeichnis

I.	Was das 1. Buch Mose und der Alte Zürichkrieg zum Verständnis der Märkte beitragen und weshalb ein Boom noch lange nicht zur Blase werden muss.	2
II.	Schweizerische und andere Märkte	3
III.	Blasen lassen sich erkennen.....	4

* Donato Scognamiglio ist Titularprofessor für Real Estate Finance an der Universität Bern und CEO der IAZI AG. Heinz Ernst Daester ist Medienverantwortlicher der IAZI AG.

I. Was das 1. Buch Mose und der Alte Zürichkrieg zum Verständnis der Märkte beitragen und weshalb ein Boom noch lange nicht zur Blase werden muss.

Seit Jahrtausenden bestimmen Krisen den Gang der Wirtschaft und damit die Immobilienmärkte. Eine der ältesten detailliert beschriebenen Krisen ist im 1. Buch Mose nachzulesen, als Ägypten nach sieben fetten mit sieben mageren Jahren gestraft wurde¹. Aufschwung und wirtschaftlicher Niedergang kündigten sich dem Pharao in Träumen an, welche von Josef, einem von seinen Brüdern als Sklave verkauften halbwüchsigen Juden richtig gedeutet worden sind. Zum Dank setzte der Pharao den offensichtlich mit göttlicher Voraussicht gesegneten jungen Mann als Verwalter seines Reiches ein, worauf dieser anordnete, dass in den wirtschaftlich ertragreichen Jahren ausreichend Brotgetreide allüberall im Lande in Speichern zu lagern sei – eine Massnahme, die im übertragenen Sinn auch heute noch zur Abfederung von künftigen Krisen angezeigt ist.

Über die Auswirkungen auf die Häuserpreise im alten Ägypten während den mageren Jahren steht leider nichts im Alten Testament, wobei angenommen werden darf, dass den Auswirkungen der getroffenen Vorsorgemassnahmen wegen Grenzen gesetzt worden sein dürften. Sehr wohl bekannt sind dagegen die Erschütterungen, welche der Alte Zürichkrieg (1440-1446) auf dem städtischen Häusermarkt ausgelöst hatte. Gemäss Johannes von Müller (1752-1809), Publizist und Staatsmann aus Schaffhausen, hatte «der Krieg Zürich eine Million und siebenzigtausend Gulden gekostet; so dass Gelder, welche die Stadt vor kurzem um vier von hundert bekam, mit sieben und einem halben verzinst werden mussten; Krieg, Pest und mannigfaltiger Jammer hatte über die Hälfte der Einwohner gefressen, so dass der Preis der Wohnungen tiefer sank, als seit dritthalb Jahrhunderten²».

Von Müller gewährt uns mit seiner Niederschrift einen tiefen Einblick in einen historischen Immobilienmarkt. Rein faktisch betrachtet, zeigt die kriegerische Auseinandersetzung zwischen Zürich und den Eidgenossen exemplarisch den fundamentalen Einfluss einer ramponierten Wirtschaft sowie einer

¹ Genesis, Kapitel 41, Vers 1 bis 57.

² Der Geschichten Schweizerischer Eidgenossenschaft, vierter Teil, zweite Auflage, Seite 211, Leipzig 1822.

rückläufigen Bevölkerungsentwicklung auf die Häuserpreise auf. Bemerkenswert ist auch, dass der Geschichtsschreiber offenkundig einen Überblick über die Häuserpreise von mehreren Jahrhunderten hatte, ohne die er sonst wohl nicht zu einer solch präzisen Aussage hätte gelangen können. Bedenken wir, dass wir uns heute bereits glücklich schätzen, die Preisentwicklungen für Immobilien über wenigstens einige Jahrzehnte nachvollziehen zu können.

II. Schweizerische und andere Märkte

Aufschwung und Abschwung, so entwickelt sich die Wirtschaft. Besondere Ereignisse, Kriege beispielsweise, oder durch Gier und Unvernunft heraufbeschworene sogenannte Marktverwerfungen, schaffen eigene Zyklen mit verheerenden Schäden für Volkswirtschaften. Deren Bewältigung ist nur mit gigantischem geistigem und pekuniärem Aufwand möglich. Gerade in unserer Zeit, in der die Auswirkungen der von den USA ausgehenden Subprime-Krise und der nachfolgenden internationalen Wirtschafts- und Finanzkrise, welche beide letztlich in die noch keineswegs ausgestandene Euro-Krise gemündet haben, beschäftigen sich Regierungen, Wirtschafts- und Finanzexperten, die interessierte Öffentlichkeit und vor allem auch die Medien intensiv mit all den Einflussfaktoren, die direkt oder als Kollateralschäden Auswirkungen auf den gesamtwirtschaftlichen und auch den individuellen Wohlstand haben.

Die Schweiz ist bislang glimpflich davongekommen. Die erwähnten Krisen haben zwar zweifelsohne Dellen in die Entwicklung des Wohlstands gedrückt, aber mehr als das war es eben nicht. Abzulesen ist das letztlich auch an den Schweizer Immobilienmärkten. So stagnierten die Preise für Wohneigentum wie auch für Renditeimmobilien in den Jahren 2009 bis 2011 zwar auf hohem Niveau, aber nur, ist man versucht zu sagen, um dann im Laufe des Jahres 2011 erst recht abzuheben (siehe Abbildung 1 «SWX IAZI Real Estate Price Indizes»).

Angesichts des hohen Preisniveaus schweizerischer Immobilien im Wohneigentums- wie, und vor allem auch im Renditeimmobilien-Bereich, hat die Nationalbank vor geraumer Weile bereits ihre Bedenken bezüglich einer drohenden Überhitzung angemeldet und damit eine Diskussion losgetreten, die jedwelche Betrachtung der Lage hiesiger Immobilienmärkte durchwirkt.

Die Warnungen der Finma, dass Immobilienpreise nicht ausschliesslich in eine Richtung gehen können, heizte die Debatte an.

Um den Herausforderungen im Hypothekenmarkt begegnen zu können, schlägt die Finma vor, die Eigenmittelunterlegung der Banken zu verstärken, höhere qualitative Standards für die Vergabe von grundpfandgesicherten Darlehen zu schaffen, temporäre Kapitalpuffer gezielt für Hypothekendarengagements zu errichten und das Monitoring zu verbessern. Eine grössere Immobilienkrise – etwa eine solche wie jene zu Beginn der 1990er-Jahre – würden die Banken laut Finma ansonsten nicht bewältigen können.

III. Blasen lassen sich erkennen

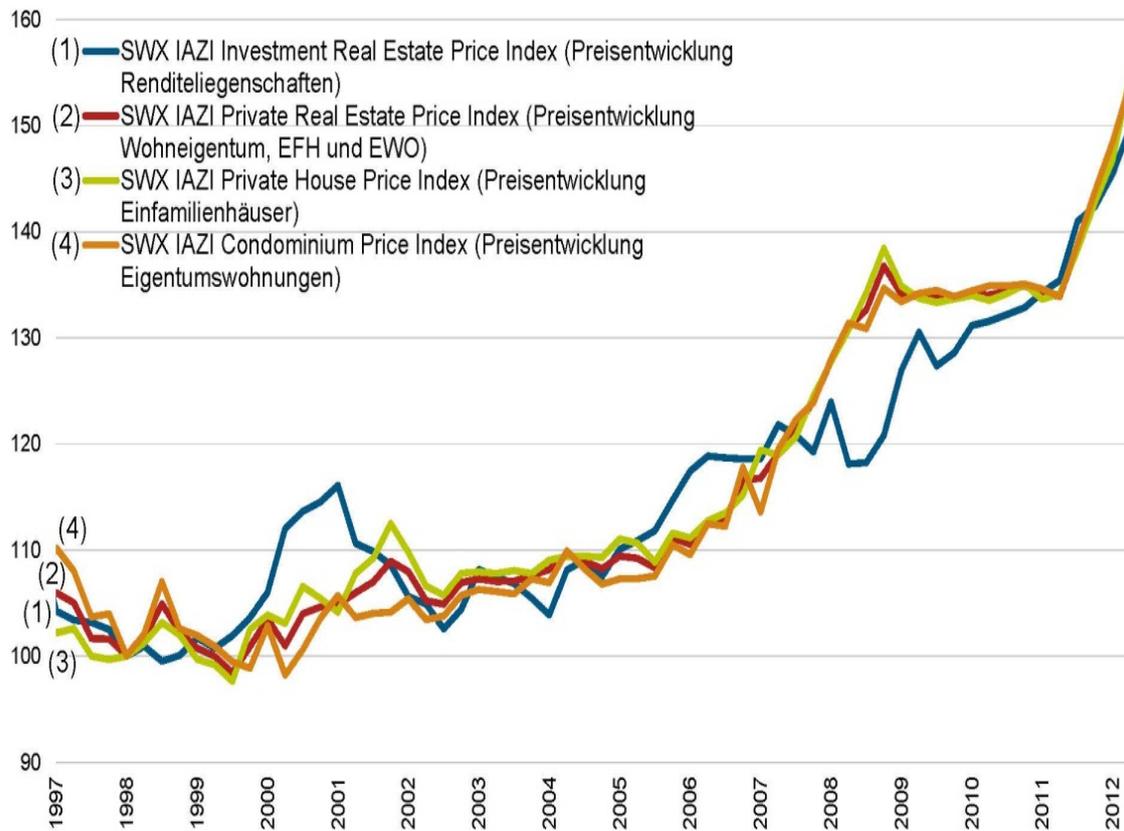
Wenn uns die Antike und das Mittelalter den Zusammenhang von Krisen und wirtschaftlicher Entwicklung, beziehungsweise dem Gang der Immobilienmärkte auch nahelegt, so mögen vielleicht doch Zweifel bestehen, ob moderne Märkte, gekennzeichnet durch das Einwirken tiefgreifender ökonomischer Erkenntnisse und durch das angeblich aufgeklärte Verhalten der Wirtschaftssubjekte ähnlich oder gleich ticken wie ehemals. Eine Grafik der OECD³ über die Entwicklung von Wirtschaftszyklen und realen Hauspreisen ab 1975 bis 2005 zeigt auf, dass Zweifel nicht wirklich angebracht sind (siehe Abbildung 2). Die Korrelation ist offensichtlich. Besondere Aufmerksamkeit sollte der Betrachter der Grafik übrigens den Kurven an ihrem rechten Rand widmen, wo Hauspreise und Wirtschaftszyklus gähnend auseinanderklaffen. Dem wirtschaftlichen Abschwung in den OECD-Ländern zum trotz, fliegen die Immobilienpreise himmelwärts. 2001 begann sich diese Blase bereits abzuzeichnen, der Absturz (siehe dazu Abbildung 3 «Neuere Entwicklung (-2012)») folgte in den besonders haussierenden und damit exponierten Märkten der USA, Grossbritanniens, Spaniens und Griechenlands mit fünf bis sieben Jahre Verspätung. Ganz anders die Entwicklung in der Schweiz, wo kein Einbruch zu verzeichnen war.

Die Abbildung 4 «Eigenheime Schweiz» weist schon beinahe etwas provokativ auf die Stabilität im Vergleich mit den erwähnten volatilen Märkten hin:

³ OECD Economic Outlook 78; OECD 2005:III. Recent House Price Developments: The Role of Fundamentals.

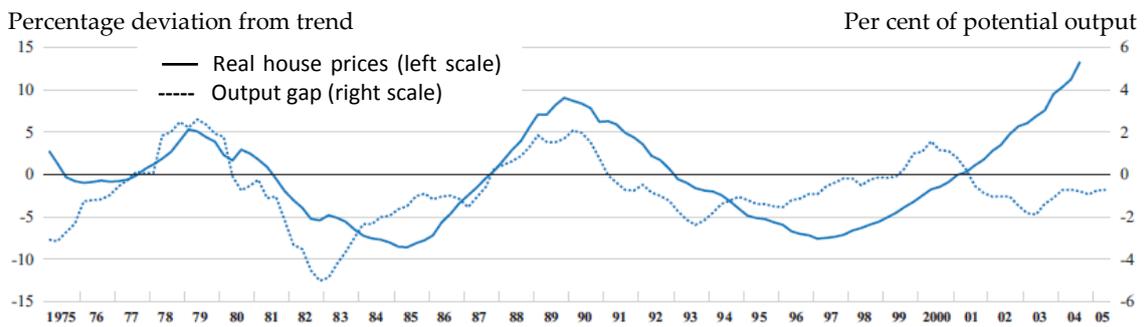
Die Entwicklung des Bruttoinlandprodukts und die Medianpreise bei Eigenheimen bewegen sich in der Nähe des langfristigen Gleichgewichts. Abbildung 5 «Bevölkerung und Immobilienpreise» zeigt zudem die durch das Bevölkerungswachstum gut abgestützte Nachfrage nach Wohnraum, die zumindest vorderhand weiter anhalten dürfte.

Abbildung 1: SWX IAZI REAL ESTATE PRICE INDIZES



Quelle: IAZI AG 2012

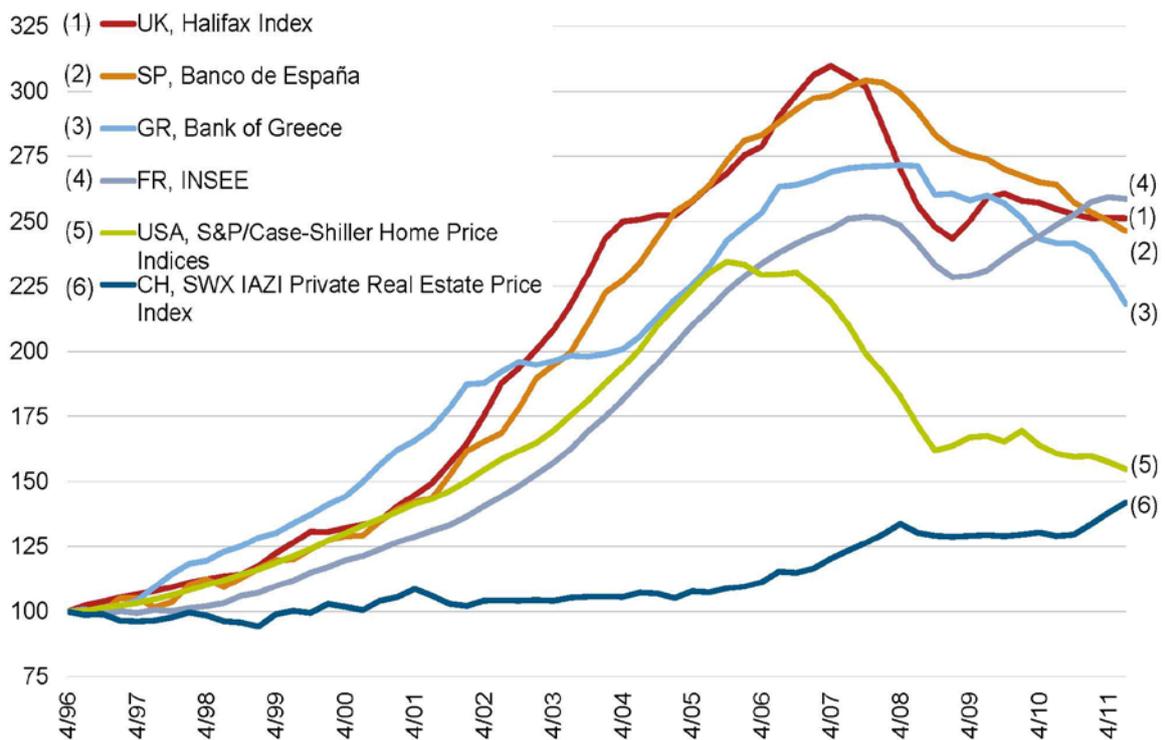
Abbildung 2: OECD HAUSPREISE UND WIRTSCHAFTSZYKLEN



Note: Real house prices have been detrended using a linear trend. The OECD aggregate has been computed using GDP weights in 2000 in purchasing power parties.

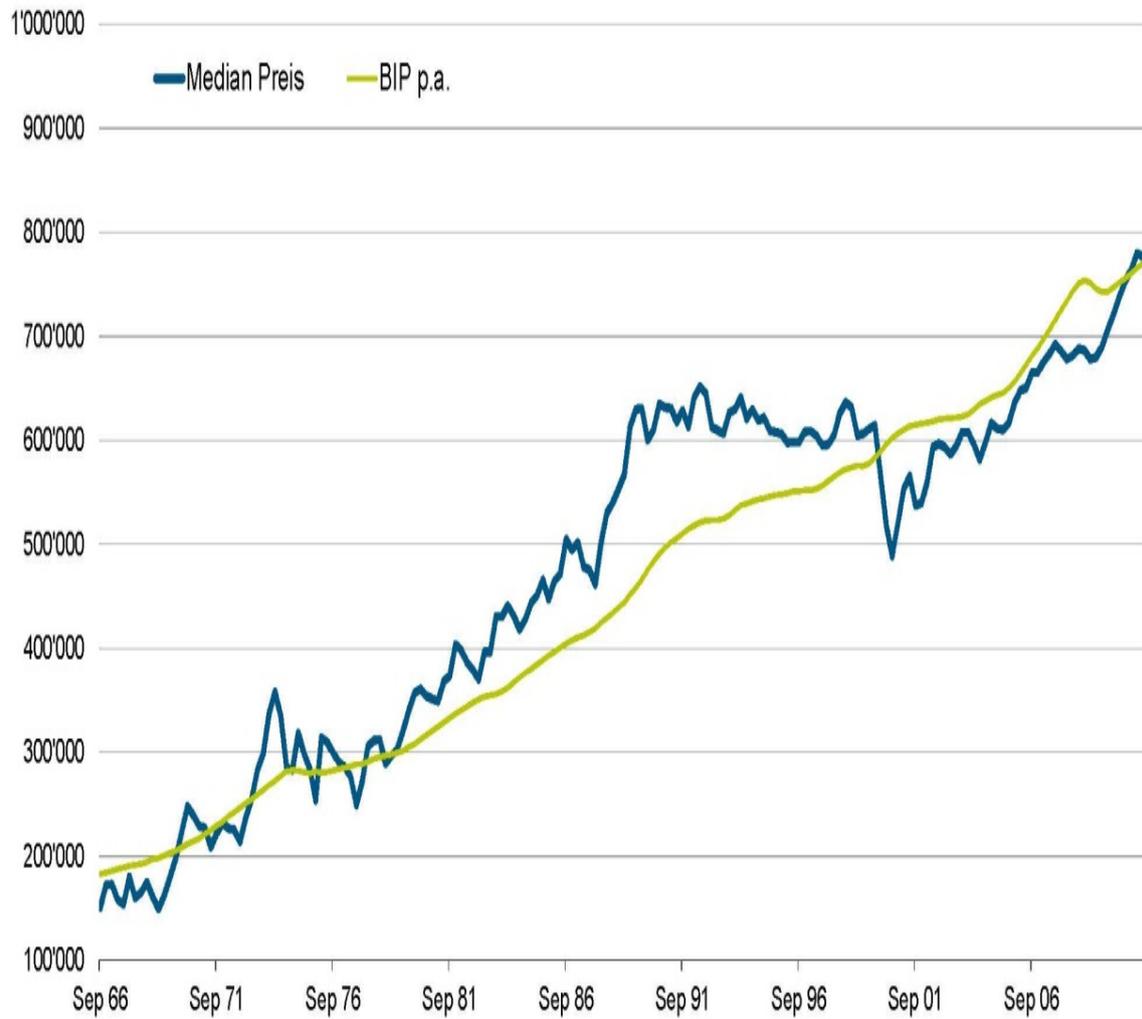
Source: OECD Economic Outlook 78 database and OECD calculations.

Abbildung 3: NEUERE ENTWICKLUNG (-2012)



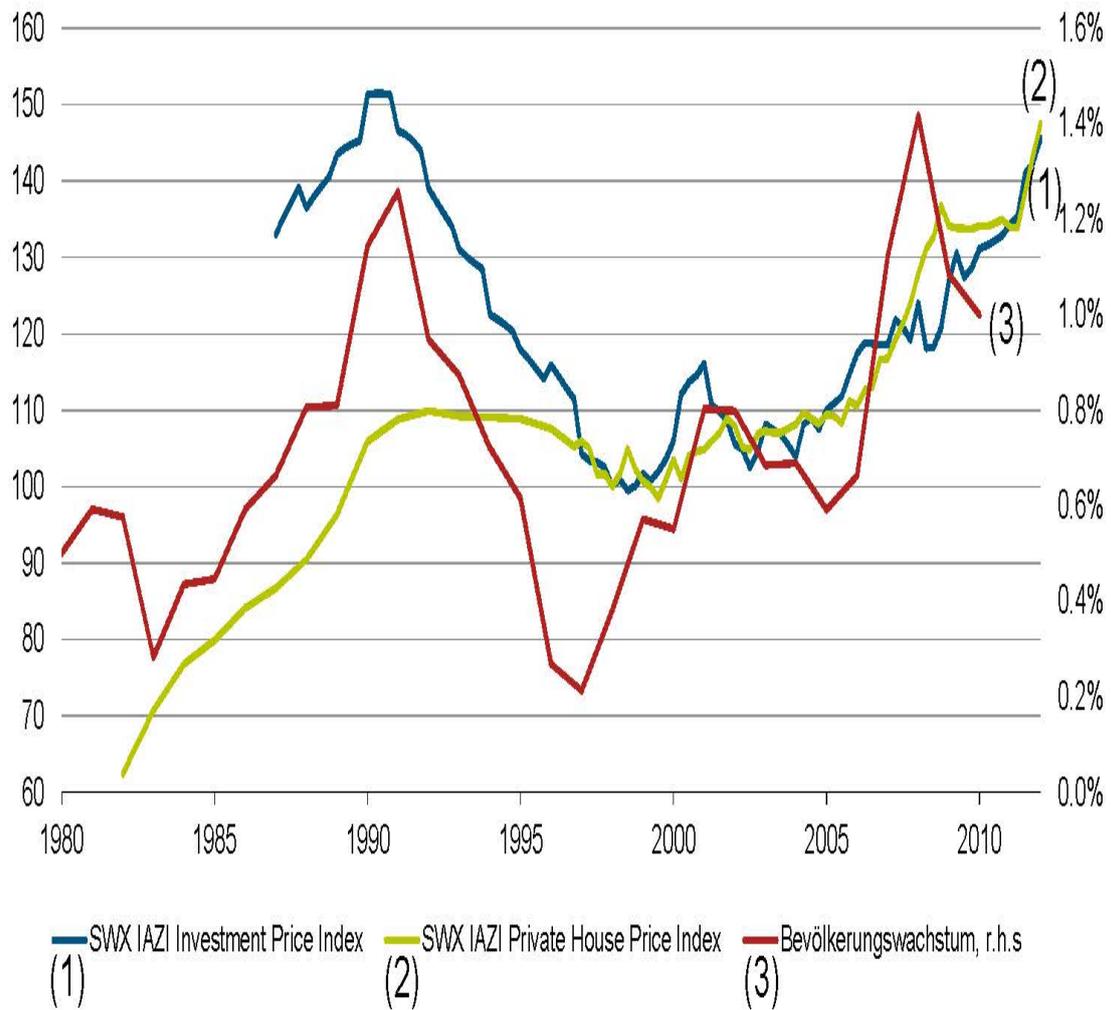
Quelle: Halifax Index, Banco de España, Bank of Greece, INSEE, S&P/Case-Shiller Home Price Indices, SWX IAZI Private Real Estate Price Index

Abbildung 4: EIGENHEIMPREISE UND BIP



Quelle: IAZI AG 2012, BFS

Abbildung 5: BEVÖLKERUNG UND IMMOBILIENPREISE



Quelle: IAZI AG 2012

Immobilienfinanzierung: Herausforderungen für die Aufsichtsbehörde

Prof. Dr. Anne Héritier Lachat, Genf

Inhaltsverzeichnis

Materialien.....	10
Einleitung.....	10
I. Wesentliche Fakten.....	11
1. Struktur des Hypothekarmarkts in der Schweiz.....	11
2. Weitere Merkmale des Marktes.....	12
3. Untersuchungen der FINMA.....	13
II. Bedenken der FINMA.....	14
1. Ansatz.....	14
2. Problembereiche.....	15
III. Laufende Initiativen im Bankenbereich.....	16
1. Eigenmittelanforderungen, quantitative Massnahmen.....	16
2. Qualitative Anforderungen.....	17
3. Zyklische Massnahmen.....	18
IV. Versicherungen.....	19
V. Kollektive Kapitalanlagen.....	20
VI. Abschliessende Bemerkungen.....	22

Materialien

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 20. Juni 2012.

EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT, Anhörung zur Verordnung über die Eigenmittel und die Risikoverteilung für Banken und Effekthändler, (Eigenmittelverordnung; ERV), November 2011, abrufbar unter: <www.efd.admin.ch>.

EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT, Arbeitsgruppe Finanzstabilität, Bericht über die makroprudenzielle Aufsicht in der Schweiz, Februar 2012, abrufbar unter: <www.efd.admin.ch>.

EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT, Bericht über internationale Finanz- und Steuerfragen 2012, Januar 2012, abrufbar unter: <www.efd.admin.ch>.

EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT, Bericht zur Umsetzung eines antizyklischen Puffers in der Schweiz, November 2011, abrufbar unter: <www.efd.admin.ch>.

FINMA-Rundschreiben, abrufbar unter: <www.finma.ch>, Regulierung, Rundschreiben,

– FINMA-RS 08/10 vom 20. November 2008: Selbstregulierung als Mindeststandard.

SWISSBANKING, Richtlinien für die Prüfung, Bewertung und Abwicklung grundpfandgesicherter Kredite, Oktober 2011, abrufbar unter: <www.swissbanking.org>.

Einleitung

Seit ich im Jahr 2011 das Amt als Präsidentin der FINMA antrat, habe ich wiederholt auf die Gefahr einer Immobilienblase hingewiesen. Konkret habe ich mehrmals erklärt, dass zumindest in bestimmten Regionen Anzeichen für eine solche Blase erkennbar sind. Zu den klassischen Anzeichen einer Immobilienblase zählen ein starker Preisanstieg und die Erwartung, dass sich dieser Trend fortsetzt. Hinzu kommen Rahmenbedingungen, die die Verschuldung fördern (beispielsweise relativ lang anhaltendes Tiefzinsumfeld, Eigenmietwert, Zinsabzug).

Eine solche Situation stellt die Finanzmarktaufsicht vor beträchtliche Herausforderungen, insbesondere in der Aufsicht über Banken, Versicherungen und in Immobilien investierte kollektive Kapitalanlagen.

Die erwähnten Herausforderungen sind mit konjunkturellen und strukturellen Massnahmen anzugehen. Da die relevanten Regulierungsvorhaben

bei Redaktionsschluss noch nicht endgültig verabschiedet waren, sind die nachfolgenden Überlegungen stets unter diesem Vorbehalt zu betrachten.¹

I. Wesentliche Fakten

Verschiedene Quellen² bestätigen, dass an bestimmten Märkten und für bestimmte Objekte immer höhere Preise geboten werden – ein Trend, der insbesondere im Bereich des Wohneigentums zu beobachten ist. Diese Tatsache allein ist vermutlich noch nicht Grund genug, um einzugreifen. Sie geht aber mit anderen Fakten und Entwicklungen einher, die die FINMA im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit beobachtet. Andere Akteure wie die Schweizerische Nationalbank (SNB)³ und das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) teilen diese Beobachtungen.

1. Struktur des Hypothekarmarkts in der Schweiz

Schon die Struktur des Schweizer Hypothekarmarkts per se stellt für die FINMA eine permanente Herausforderung dar.

Zum einen ist in der Schweiz die Hypothekarverschuldung der Schuldner sehr hoch: Die Kunden, die sich als "Eigentümer" betrachten, sind wirtschaftlich gesehen oft lediglich "Mieter" der Gläubigerbank. Dem EFD zufolge hat das Kreditvolumen in der Schweiz Mitte 2011 1000 Milliarden Franken überschritten. Rund drei Viertel davon entfielen auf Hypothekarforderungen.⁴ Und dies, obwohl die steigenden Preise die Finanzierung zunehmend erschweren – auch für potenziell wohlhabende Kunden.

Zum anderen fördert das Steuersystem (des Bundes und der Kantone) die Amortisation nicht. Es verleitet vielmehr dazu, sich zu verschulden bzw. die Schulden nicht abzubauen, namentlich mit seinen vielfältigen Möglichkeiten des Zinsabzugs.

Zudem kennen wir keine Bestimmungen oder Verfahren, die eine Verschuldung über die Beendigung der Erwerbstätigkeit bzw. über die Pensio-

¹ Der Text gibt in leicht abgeänderter und teilweise ergänzter Form den Wortlaut eines Referats vom 9. März 2012 wieder und beruht auf dem Aufsichtsansatz, wie ihn die FINMA in ihrer Aufsichtspraxis anwendet. Ich danke Frau Mona Sieber für Ihre Hilfe.

² Kürzlich: Wüest & Partner, Immobilienmarkt Schweiz, 2012/1.

³ Siehe oben Fn. 2; SNB Quartalsheft, 1/2012, S. 22.

⁴ Bericht des EFD vom Januar 2012, S. 10.

nierung hinaus verbieten. Es gibt auch keine Vorschriften, die verlangen, eine Hypothek über einen bestimmten Zeitraum hinweg abzubauen. Es gibt zwar Banken, die eigenen Angaben zufolge einen solchen Ansatz verfolgen. Sie sind aber höchstwahrscheinlich in der Minderheit, und es wird in der Regel nur eine kleinere Finanzierungstranche amortisiert. In diesem Zusammenhang sei angemerkt: Auch Hypotheken mit fester Laufzeit werden bei Fälligkeit nicht zwingend zurückgezahlt. Vielmehr wird dann häufig eine neue Hypothek über den gleichen oder gar einen höheren Betrag abgeschlossen.

Ein weiterer Nachteil dieser langfristigen Verschuldung liegt darin, dass die Entwicklung der Rahmenbedingungen äusserst schwer vorherzusehen ist. Die Risiken, die heute eingegangen werden, bleiben während der nächsten 20 oder 30 Jahre in den Büchern der Banken, also im Bankensystem. Nicht selten werden die Hypotheken gar von einem Institut zum nächsten weitergegeben. Die Zinsen hingegen, die derzeit auf einem historischen Tiefststand sind und aufgrund des hohen Anteils der Festzinshypotheken grösstenteils für einen relativ langen Zeitraum festgelegt wurden, verändern sich im Laufe der Zeit. Doch wie und wann werden sich die Zinsen verändern, und wie werden sich die Zinsänderungen auf das Finanzsystem auswirken? Selbst wenn Prognosen möglich wären – es sind keine verfügbar.

Und schliesslich verändert sich über die Zeit auch das Einkommen der Schuldner. Es besteht weder die Gewähr dafür, dass die Einkommen steigen, noch dass sie proportional zu künftigen Zinserhöhungen zunehmen.

Diese besondere Struktur des Hypothekarmarktes und seine inhärente Unberechenbarkeit dürften auf längere Sicht hinaus sowohl die Gläubiger als auch die Regulierungs- und Aufsichtsbehörden vor schwierige Aufgaben stellen.

2. Weitere Merkmale des Marktes

Es gibt noch andere Faktoren, die aus Sicht der FINMA Anlass zur Sorge geben.

So warnen die Marktteilnehmer, also die Banken selbst, vor Übertreibungen am Immobilienmarkt, für die sie im Grunde primär ihre Konkurrenten verantwortlich machen. Solche Übertreibungen sind sowohl bei der Grundpfandbewertung als auch bei dem von den Hypothekarschuldnern verlangten Eigenkapital zu beobachten. Am meisten betroffen sind begehrte Lagen ("Hot Spots", namentlich Zürich und Genf). Andernorts haben wir

aber bisher auch noch keinen merklichen Rückgang des Hypothekengeschäfts festgestellt.

Der Wettbewerb zwischen den verschiedenen Instituten ist zweifellos hart: Die potenziellen Schuldner vergleichen in der Regel die Angebote miteinander. Zudem werden bestimmte Zinssätze publiziert und sind beispielsweise über das Internet einfach abrufbar.⁵ Diese an und für sich neutrale Konkurrenz entwickelt sich zuweilen zu einem veritablen "Race to the Bottom".

Die Institute verfügen zurzeit noch über zu wenig attraktive Alternativen zu Hypothekarkrediten, um (über)reichliche Liquidität zu platzieren; der zurzeit relativ grosse Anlagenotstand begünstigt diese Kreditform.

Schliesslich wird wohl auch die Nachfrage nach Wohneigentum kaum zurückgehen. Im Gegenteil: Die Nachfrage dürfte infolge der Einwanderung und der generell veränderten Lebensgewohnheiten, die mit einem zunehmenden Bedarf an Wohnraum einhergehen, vermutlich noch steigen.

3. Untersuchungen der FINMA

Seit einiger Zeit überprüft die FINMA die Praxis der Banken hinsichtlich der Vergabe und Verwaltung von Hypothekarkrediten eingehend.⁶

Die entsprechende Prüfung erfolgte mittels Fragebögen, die den gesamten Markt abdeckten und in einigen Punkten gemeinsam mit der SNB erarbeitet wurden. Ergänzend dazu führte die FINMA Vor-Ort-Kontrollen durch (insbesondere für die Prüfung von Spezialfällen).

Diese Untersuchungen haben folgende Probleme zutage gefördert: Die Zahl der Exceptions to Policy (ETP), das heisst der Geschäfte, bei denen die Bank eine Änderung ihrer eigenen Regeln akzeptiert oder vornimmt, hat deutlich zugenommen. Diese Ausnahmen werden laut Aussage der betroffenen Institute aus Wettbewerbsgründen, auf Druck der Kunden oder zur besseren Positionierung auf bestimmten Märkten gewährt.

Einige Banken haben laut den Untersuchungsergebnissen nicht nur mehr oder weniger häufig auf Ausnahmeregelungen zurückgegriffen, sondern die Bedingungen für die Hypothekarvergabe generell aufgeweicht.

Ausserdem fehlte es einigen Instituten an angemessener Dokumentation oder diese war gänzlich unzureichend. Dies erschwert eine seriöse Nachver-

⁵ Zum Beispiel unter <www.comparis.ch>, Hypotheken-Barometer.

⁶ Zur Praxis der Versicherungen vgl. IV. Versicherungen.

folgung der Kreditengagements für die Aufsicht, insbesondere aber auch für das Management der Bank.

Schliesslich haben die Untersuchungen und die Umfrageergebnisse gezeigt, dass beträchtliche Zinsrisiken bestehen, die zu einer sinkenden Rendite im Hypothekengeschäft führen.

Andere Banken sind dagegen vorsichtiger geworden, was wahrscheinlich auch den *Vor-Ort-Kontrollen* oder möglicherweise der Ankündigung neuer restriktiverer Regeln zuzuschreiben ist. Das vorsichtiger Verhalten äussert sich insbesondere in einer freiwilligen Begrenzung des Hypothekarkreditwachstums. Einige Institute verfolgen zudem für die *Hot Spots* ausdrücklich einen anderen konservativeren Ansatz. So rechnen sie beispielsweise einen niedrigeren Verkehrswert an oder verlangen vom Schuldner mehr Eigenkapital. Allerdings ist diese vorsichtiger Haltung nicht bei allen Marktteilnehmern festzustellen.

II. Bedenken der FINMA

1. Ansatz

Im Einklang mit den Aufsichtsregeln⁷ und den im Gesetz verankerten Zielen⁸ stützt sich die FINMA bei der Prüfung der Fakten und Entwicklungen im Immobilienbereich auf klassische Risikomanagementgrundsätze⁹ und berücksichtigt auch die Eigenmittelvorgaben¹⁰.

Die beaufsichtigten Institute müssen folglich die mit dem Hypothekengeschäft verbundenen Risiken erkennen und sich entsprechend organisieren. Zudem dürfen sie nur Risiken eingehen, die mit ihrer Eigenkapitalbasis, ihrer Liquidität und ihrem Geschäftsmodell vereinbar sind.

Damit unterscheidet sich die Tätigkeit der FINMA im Bereich der Hypothekarfinanzierung in keiner Weise von ihrer gewohnten Aufsichtstätigkeit.

⁷ Art. 3 Abs. 2 BankG.

⁸ Art. 5 FINMAG.

⁹ Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG und Art. 7 ff. BankV.

¹⁰ Art. 4 BankG und ERV (SR 952.03).

2. Problembereiche

Zur Sorge Anlass geben die momentan zu beobachtenden Praktiken sowie einige Erfahrungen aus jüngerer Zeit.

Ein überwiegender Teil der Banken übertrifft zwar die geltenden Mindestanforderungen an die Eigenmittel. Dennoch sind diese Banken nicht in der Lage, eine schwere Immobilienkrise in der Grössenordnung der vergangenen Krisen zu verkraften: In den fünf Jahren zwischen 1991 und 1996 beliefen sich die kumulierten Verluste des Sektors auf 13% des gesamten Hypothekarvolumens. Ein solcher Schock kann selbst bei komfortabler Eigenmitteldeckung nicht mit dem "normalen" Eigenkapital aufgefangen werden.

Die für die Vergabe von Hypotheken geltenden qualitativen Standards¹¹ sind für die Banken nicht unbedingt attraktiv oder finanziell interessant. Vor diesem Hintergrund lässt sich eine faktische Senkung dieser qualitativen Standards nicht ausschliessen.

Das gegenwärtige makroökonomische Umfeld – namentlich das tiefe Zinsniveau – zieht ein rasches Kreditwachstum nach sich. Die Beaufsichtigten weisen für das Geschäftsjahr 2011 im Bereich der Immobilienkredite wiederum eine Wachstumsrate aus, die in keinem Verhältnis zu jener der Geschäftskredite steht. Dieses Wirtschaftsumfeld wird aber über die herkömmliche Hypothekenlaufzeit (von fünf bis zehn Jahren) nicht Bestand haben. Selbst bei einer vergleichsweise langsamen Zinsänderung können die Gläubiger ebenso wie die Schuldner in Schwierigkeiten geraten.

Beim Hypothekengeschäft handelt es sich im Prinzip um ein Massengeschäft, das weitgehend standardisiert ist. Dennoch lassen sich individualisierte Strukturen und Strukturierungen finden, die es dem Schuldner tendenziell erlauben, seine Verschuldungskapazität (Debt Capacity) bis zum Maximum auszuschöpfen. Die hohen Immobilienpreise verleiten dazu, sich mit einer Kombination aus Hypotheken ersten und zweiten Ranges zu verschulden, so viele Gelder aus der zweiten Säule wie möglich zu beziehen und gegebenenfalls noch einen Lombardkredit aufzunehmen. Solche Konstrukte, die die Schuldner an ihre finanziellen Grenzen bringen, können im Falle einer Trendumkehr an den Immobilien- oder Finanzmärkten oder bei Veränderungen des Zinsniveaus oder der allgemeinen Lage rasch in sich zusammenfallen. Im herrschenden Umfeld – aber auch ganz allgemein – kann es riskant sein, einen grossen Teil der Pensionskassengelder zu bezie-

¹¹ Tragbarkeit, Solvenz.

hen. Dies gilt ganz besonders dann, wenn keine oder nur wenige Amortisationszahlungen vereinbart wurden.

Damit sind die Voraussetzungen für eine Verschlechterung der Situation oder gar für eine Krise latent gegeben.

III. Laufende Initiativen im Bankenbereich

Die Behörden, die betroffenen Akteure und die FINMA sind nicht untätig geblieben.

Bereits im Spätsommer 2011¹² wurden gesetzgeberische Massnahmen angekündigt. Diese wurden von einer Arbeitsgruppe unter Leitung des EFD erarbeitet, die sich aus Vertretern der SNB und der FINMA zusammensetzte. Das Vernehmlassungsverfahren für diese Massnahmen wurde im November 2011 eröffnet.¹³ Die gesetzgeberischen Massnahmen hätten im ersten Quartal 2012 in Kraft treten sollen; bislang ist dies jedoch noch nicht geschehen. Ihre endgültige Ausgestaltung und ihr definitiver Inhalt sind daher zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht bekannt. Dies dürfte sich jedoch in naher Zukunft ändern. Der vorliegende Text gibt den Stand per 30. April 2012 wieder.

Seit dem 1. Januar 2012 sind andere (qualitative) Bestimmungen in Kraft (vgl. "2. Qualitative Anforderungen").

1. Eigenmittelanforderungen, quantitative Massnahmen

Die Eigenmittelanforderungen sind in der Eigenmittelverordnung (ERV)¹⁴ geregelt; Anhang 4 enthält die entsprechenden Bestimmungen für Wohnliegenschaften.

Die vorgesehene Massnahme ist einfach und charakteristisch für die prudenzielle Aufsicht, die vom Grundsatz ausgeht: mehr Risiken bedingen mehr Eigenmittel, kurz: mehr Risiken, mehr Kapital.

¹² Am 17. August 2011; Ankündigung abrufbar unter <www.efd.admin.ch>.

¹³ Vgl. Materialien, EFD-Anhörung.

¹⁴ SR 952.03. Per 1. Juli 2012 treten zwei Änderungen der geltenden Eigenmittelverordnung in Kraft (AS 2012 3539 f.). Diese betreffen einerseits die antizyklischen Puffer und andererseits die (höhere) Eigenmittelunterlegung bei der Belehnung von Wohnliegenschaften.

So ist vorgesehen, bei besonders riskanten Krediten die erforderlichen Eigenmittel über eine verschärfte Risikogewichtung anzuheben. Darunter fallen:

- a) Hypotheken mit einem hohen Belehnungsgrad (Loan to Value Ratio von über 80% oder, anders gesagt, Hypotheken, für die der Schuldner weniger als 20% Eigenkapital beisteuert); und
- b) Hypotheken für finanzschwache¹⁵ Schuldner.

Der Entwurf beinhaltet zwei Ansätze, jedoch mit identischer Stossrichtung: Die Banken sollen ihre Kreditvergabepolitik selbst bestimmen können, sie sollen aber für riskantere Hypotheken höhere Eigenmittel unterlegen müssen. Für Banken, die die geltenden Praktiken (Best Practices) einhalten, ändert sich also bezüglich der Eigenmittelunterlegung nichts.

Diese quantitativen Massnahmen sind als strukturelle Massnahmen zur Eindämmung der sektoriellen Risiken ausgestaltet und wie die qualitativen Massnahmen (vgl. "2. Qualitative Anforderungen") dauerhaft ausgelegt. Damit unterscheidet sich ihr Zeithorizont von dem, der bei den Konjunkturmassnahmen im Rahmen des antizyklischen Puffers (vgl. "3. Makroökonomische Massnahmen") zum Tragen kommt.

2. Qualitative Anforderungen

Am 11. Oktober 2011 hat die Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg) eine neue Fassung ihrer Richtlinien für die Prüfung, Bewertung und Abwicklung grundpfandgesicherter Kredite¹⁶ verabschiedet.

Diese Richtlinien entsprechen einer Form der Selbstregulierung, die von der FINMA als Mindeststandard anerkannt ist.¹⁷ Das heisst, es werden für einen ganzen Sektor anwendbare Regeln aufgestellt, deren Einhaltung von den Prüfgesellschaften kontrolliert wird. Diese Regeln entsprechen einem allgemeinen Konsens unter den Banken, sehen jedoch keine Standardisierung der Prozesse vor.

Im Grundsatz wird von den Banken verlangt, dass sie in ihren bankinternen Regelungen die organisatorischen Aspekte bei der Vergabe grund-

¹⁵ Das bedeutet Schuldner, deren Einkommen für die Deckung der Kosten aus der Immobilie bei konservativer Betrachtung nicht ausreicht ("Tragbarkeit").

¹⁶ Abrufbar unter <www.swissbanking.org>.

¹⁷ FINMA-RS 08/10: Selbstregulierung als Mindeststandard.

pfandgesicherter Kredite genauer und praxisbezogener festhalten. Ausserdem sind die Banken verpflichtet, Kontrollprozesse sowie Verfahren zur Grundpfandbewertung festzulegen und ein Belehnungskonzept zu erstellen. Die Richtlinien geben einen Rahmen vor, der noch der Konkretisierung bedarf. Sie stellen jedoch eine unabdingbare Ergänzung zu den quantitativen Massnahmen dar. Wie diese sind sie auf die Lösung struktureller Probleme ausgerichtet und als statische Massnahmen per se auf Dauer konzipiert.

Die SBVg hat noch weitere Massnahmen zur Verwendung von Mitteln der zweiten Säule angekündigt. Diesen zufolge sollen mindestens 10% an «harten» Eigenmitteln vorgeschrieben sein, die nicht von Auszahlungen der zweiten Säule stammen. Ebenso wird beabsichtigt, den Anrechnungsbetrag zu begrenzen. Am 30. April 2012 lagen diese Vorschläge noch nicht konkret vor, sondern wurden lediglich angekündigt. Sie sollen ermöglichen, die spezifischen Risiken abzumildern, die durch Hypothekarverschuldung entstehen (vgl. vorstehenden Punkt I.1).

3. Zyklische Massnahmen

Diese Massnahmen bilden den dritten Teil des Pakets, mit dem die Risiken am Immobilienmarkt angegangen werden sollen.

Ziel ist die Einführung eines *antizyklischen Puffers* aus Eigenmitteln, mit dem einem bestimmten Problem, beispielsweise einem sehr tiefen Zinsniveau, situativ begegnet werden kann.

Grundsätzlich geht es beim antizyklischen Puffer darum, die Widerstandsfähigkeit des Bankensektors gegenüber den Risiken eines übermässigen Kreditwachstums zu stärken. Von den Banken wird eine höhere Eigenmittelunterlegung verlangt, wodurch sich der Maximalbetrag der gewichteten Risiken reduziert. Diese Aufstockung der erforderlichen Eigenmittel generiert Kosten, die in Form höherer Zinssätze an die Kunden weitergegeben werden. Im Falle eines Marktrückgangs wird der Puffer deaktiviert. Dadurch werden Ressourcen frei, die die Banken zur Tilgung ihrer konjunkturbedingten Verluste einsetzen können.

Diese Massnahme darf indes nur bei gravierenden Ungleichgewichten umgesetzt werden. Die für diesen Fall vorgeschriebenen zusätzlichen Eigenmittel sind in Form von hartem Eigenkapital (CET1) bereitzustellen und dürfen 2,5% der risikogewichteten Aktiven nicht überschreiten.

Basel III sieht vor, diese Massnahme bei globalen Problemen generell anzuwenden, doch ist auch eine sektorspezifische Anwendung möglich.

Die Schweizer Massnahme zielt insbesondere auf den Hypothekarmarkt ab, wie dem Bericht des EFD von November 2011¹⁸ zu entnehmen ist. Sie ist insofern besonders, als dass sie die vorzeitige Umsetzung eines antizyklischen Puffers im Jahr 2012 vorsieht¹⁹, bevor 2013 im Rahmen des Basel-III-Regelwerks eine zweite analoge Regelung in Kraft tritt. Damit möchten die Behörden sicherstellen, dass die entsprechende Massnahme bei Bedarf rasch umgesetzt werden kann.

Es sind aber auch andere Anwendungsbereiche der Massnahme denkbar. Durch eine vorübergehende Anhebung der Eigenmitteldeckung will man dem systemischen Risiko einer Zinspolitik begegnen, die zu einer untragbaren und gefährlichen Aufblähung des Kreditmarktes führt. Es handelt sich in jedem Fall um eine temporäre Massnahme.

IV. Versicherungen

Die von der FINMA beaufsichtigten Versicherungsunternehmen sind auf dem Hypothekarmarkt ebenfalls aktiv: Sie verfügen über Immobilien und halten Hypothekarforderungen.

Diese beiden Arten von Aktiven dürfen höchstens 35% des gebundenen Vermögens der Versicherungen²⁰ (das heisst des Vermögens zur Deckung der Versichertenansprüche)²¹ ausmachen und unterliegen zahlreichen qualitativen Vorschriften.

Die Versicherungsgesellschaften kennen seit langem deutlich klarer formulierte Vergabekriterien für Hypotheken als die Banken, insbesondere in den Bereichen Belehnungshöhe und Amortisation. Inhaltlich kommen diese den viel zitierten Best-Practice-Standards der Banken sehr nahe. Klar schärfer sind die Einschränkungen bei den Versicherungen im Bereich der zu finanzierenden Objekte. Auch werden Vorbezüge aus der zweiten Säule implizit nicht als Eigenkapital anerkannt. Bereits jetzt existieren im Bereich der Beurteilung der Tragbarkeit vergleichbare Bestimmungen bei Banken und

¹⁸ EFD, Bericht zur Umsetzung eines antizyklischen Puffers in der Schweiz.

¹⁹ Die entsprechende Änderung der geltenden Eigenmittelverordnung (ERV) tritt per 1. Juli 2012 in Kraft (AS 2012 3539 f.).

²⁰ FINMA-RS 2008/18: Anlagerichtlinien Versicherer, Rz. 252.

²¹ Art. 17-20 VAG.

Versicherungen.²² Für den Erwerb von Immobilien gibt es ebenfalls Einschränkungen in der Art der dem gebundenen Vermögen zuweisbaren Objekte und deren Bewertung.

Per 31. Dezember 2010 verfügten die Versicherungen über Liegenschaften im Wert von 36,7 Milliarden Schweizer Franken. Dabei handelt es sich im Prinzip um dauerhafte Buy-and-Hold-Anlagen, die Mieterträge generieren.

Der Anteil der Hypothekarforderungen der Versicherungen beträgt per 30. Juni 2011 29 Milliarden Schweizer Franken (Banken: 780 Milliarden Schweizer Franken) und damit weniger als 4% am Hypothekarmarkt. Der Anteil der Hypothekarforderungen in den Portefeuilles der Versicherungen ist relativ stabil geblieben und beträgt bei Lebensversicherungsunternehmen durchschnittlich 8% und bei Nichtlebensversicherern durchschnittlich weniger als 3% der Anlagen.

Die FINMA hat anlässlich der umfassenden Vor-Ort-Kontrollen²³, die sie in den Jahren 2010 und 2011 parallel zu den Untersuchungen in den Banken (siehe weiter vorne) durchgeführt hat, in diesem spezifischen Sektor weder schwere Versäumnisse noch einen besonderen Regulierungsbedarf festgestellt.

V. Kollektive Kapitalanlagen

Die Entwicklung des Immobilienmarktes ist für die FINMA auch im Zusammenhang mit den kollektiven Kapitalanlagen von Bedeutung.

Analog zum stetigen Anstieg der Direktnachfrage nach Liegenschaften werden immer mehr Genehmigungsgesuche für Immobilienfonds eingereicht. So hat die FINMA – vor allem seit 2010 – eine zunehmende Zahl solcher Gesuche bearbeitet.

Die FINMA beaufsichtigt im Rahmen ihrer Tätigkeit auch die Immobilienfonds²⁴, die Bewilligungsträger, die diese Fonds verwalten oder anderwei-

²² Art. 79 Abs. 1. lit. f und lit. g AVO sowie FINMA-RS 2008/18: Anlagerichtlinien Versicherer, Rz. 228-305.

²³ Von den Vor-Ort-Kontrollen erfasst wurden 13 Versicherungsunternehmen, die über 80% der Immobilien- und nahezu 90% der Hypothekenanlagen verfügen.

²⁴ Art. 58-67 KAG und Art. 86-98 KKV (SR 951.311).

tig involviert sind (insbesondere die Fondsleitungen)²⁵, den Beizug von Experten sowie die für deren Tätigkeiten unverzichtbaren Gutachten.²⁶

In der Praxis wird die FINMA bei der Genehmigung solcher Fonds und während deren Laufzeit aktiv, um die dauernde Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen zu prüfen.²⁷

Mit Blick auf die Immobilienfondsleitungen stellt die FINMA sicher, dass diese eine Organisation aufbauen, die der Anlagetätigkeit und Grösse der Fonds angemessen ist. Zudem prüft sie, wie die Zuständigkeiten im Bereich der Immobilien und der immobilienbezogenen kollektiven Kapitalanlagen geregelt sind.

Aber auch die Experten, die die Fonds bewerten, unterliegen strengen Auflagen. Denn die hohe Kunst der Immobilienbewertung ist für die Fonds von besonderer Bedeutung. Deshalb schreibt das Kollektivanlagengesetz für die Immobilienbewertung den Beizug von mindestens zwei Schätzungsexperten²⁸ vor. Diese Experten müssen eine professionelle und objektive Bewertung der Liegenschaften garantieren können.

Zudem wird von ihnen verlangt, dass sie von der Fondsleitung und den mit ihr verbundenen Unternehmen sowohl juristisch als auch wirtschaftlich unabhängig sind. Ein Experte darf zudem von einer Fondsleitung nur Mandate annehmen, solange die dadurch erzielten Honorare höchstens 10% seines Jahreseinkommens ausmachen. Ferner müssen die Experten, die einen Fonds bewerten, voneinander unabhängig sein.

In der Praxis werden die zu bewertenden Immobilien eines Fonds auf die verschiedenen Experten aufgeteilt, die anschliessend die Arbeit des bzw. der anderen Experten überprüfen.

Diese Tätigkeiten der FINMA erfolgen im Rahmen ihrer üblichen Fondsaufsicht.

²⁵ Art. 13, 18 und 28 ff. KAG.

²⁶ Art. 64 KAG.

²⁷ Art. 132 KAG.

²⁸ Art. 64 KAG.

VI. Abschliessende Bemerkungen

Die Behörden schlagen vor, mit einem Massnahmenpaket auf die (strukturellen und konjunkturellen) Herausforderungen der Märkte sowie auf die Praktiken im Hypothekengeschäft zu reagieren. Da mit jeder dieser Massnahmen unterschiedliche Probleme (konjunktureller bzw. struktureller Natur) angegangen werden, ergänzen sie sich gegenseitig. Allerdings lassen sie sich sicherlich nicht immer gleichzeitig umsetzen, da es sich beim antizyklischen Puffer um eine konjunkturabhängige Massnahme handelt.

Es bleibt zu wünschen, dass die zuständige Behörde dieses Massnahmenpaket verabschiedet.²⁹ Denn zur Milderung oder Vermeidung der verheerenden Auswirkungen einer allfälligen Immobilienkrise sind die erwähnten Massnahmen unverzichtbar.

²⁹ Am 1. Juni 2012 hat der Bundesrat neue Massnahmen verabschiedet (<<http://www.efd.admin.ch/00468/index.html?lang=de&msg-id=44781>>); Swissbanking hat neue Richtlinien verabschiedet (Richtlinien betreffend Mindestanforderungen bei Hypothekarfinanzierung, abrufbar auch unter dem vorherigen link). Endlich hat die FINMA am 1. Juni 2012 diese Richtlinien als Mindeststandards anerkannt (<<http://www.finma.ch/d/aktuell/Seiten/mm-hypo-richtlinien-20120601.aspx>>). Per 1. Juli 2012 treten schliesslich zwei Änderungen der geltenden Eigenmittelverordnung in Kraft (AS 2012 3539 f.). Diese betreffen einerseits den antizyklischen Puffer und andererseits die (höhere) Eigenmittelunterlegung bei der Belehnung von Wohnliegenschaften.

Bankwirtschaftliche Herausforderungen in der Immobilienfinanzierung

Prof. Dr. Beat Bernet, St. Gallen*

Inhaltsverzeichnis

I.	Volkswirtschaftliche und branchenbezogene Bedeutung der Immobilienfinanzierung	24
II.	Strategische Herausforderungen im Hypothekengeschäft.....	25
	1. Marktdynamik.....	25
	2. Marktarchitektur und Wettbewerbsstruktur.....	27
	a) Aufbrechen der Wertschöpfungskette.....	27
	b) Hypothekarplattformen	27
	c) Alternative Anbieter	28
	3. Regulatorische Rahmenbedingungen.....	28
	4. Veränderung der Laufzeitenstruktur.....	28
III.	Zentrale Entscheidungs- und Handlungsfelder	29
	1. Wertschöpfungselemente im Hypothekengeschäft.....	29
	2. Bedeutung des Risikomanagements.....	31
IV.	Entscheidungs- und Handlungsfelder.....	32
V.	Denkansätze zur Verteidigung von Marktanteilen	34
	1. Differenzierung und Positionierung.....	34
	2. Vier Dimensionen der Hypothekarstrategie	35
	3. Offensiv- und Defensivstrategien.....	36
	4. Bausteine eines Geschäftsmodells.....	37
VI.	Schlussfolgerungen und Konsequenzen für die Zukunft.....	38

* Selbstständiger Unternehmensberater (bbz Bernet & Partner) und Professor für Bankwirtschaft an der Universität St.Gallen/HSG.
Korrespondenzadresse: beat.bernet@unisg.ch.

I. Volkswirtschaftliche und branchenbezogene Bedeutung der Immobilienfinanzierung

Die Immobilienfinanzierung in der traditionellen Form des Hypothekergeschäfts ist der Schlüsselmarkt unseres schweizerischen Bankensystems. Die intensive Diskussion um die Probleme des Finanzplatzes etwa im Private Banking oder im Investment Banking lässt die grosse volkswirtschaftliche wie betriebswirtschaftliche Bedeutung des Hypothekergeschäfts zu Unrecht etwas in den Hintergrund treten. Denn auch dieses für unsere Banken so zentrale Geschäftsfeld befindet sich an der Schwelle einer umfassenden Transformation. Sie stellt die Finanzinstitute vor grosse strategische und operative Herausforderungen, die es rechtzeitig zu erkennen und auf die es sich sorgfältig vorzubereiten gilt.

Einige Charakteristika des schweizerischen Hypothekarmarktes verdeutlichen die gesamtwirtschaftliche Perspektive des Immobilienfinanzierungsgeschäfts. Das ausstehende Hypothekarvolumen liegt mit rund 800 Mia CHF deutlich über dem Bruttoinlandprodukt der Schweiz. Unser Land hat damit eine der höchsten Pro-Kopf-Immobilienverschuldungsquoten Europas. Interessant ist ein Blick auf die ‚Immobilien Schweiz AG‘: nur rund ein Drittel des wertmässigen Immobilienbestandes von gut 2-2,5 Bio CHF werden durch Hypotheken finanziert. Pro Jahr werden rund 2,6 Mia CHF aus Vorbezügen der 2. Säule für die Finanzierung von Wohneigentum eingesetzt. Beeindruckend ist das Marktwachstum der Hypothekerausleihungen, das über die vergangenen drei Jahre rund 15% betrug oder knapp 5% im Jahresdurchschnitt. Dieses Marktwachstum wurde stark durch die finanzwirtschaftlichen und konjunkturellen Rahmenbedingungen beeinflusst, insbesondere durch das seit längerem im historischen Vergleich sehr tiefe Zinsniveau und die hohe Liquidität im Markt. Am Hypothekarvolumen partizipieren die 24 Kantonalbanken mit rund einem Drittel, gefolgt von den beiden Grossbanken, die einen Marktanteil von knapp 30% auf sich vereinen. Das verbleibende Drittel des Gesamtmarktes teilen sich primär die Raiffeisen- und Regionalbanken sowie eine Reihe weiterer Anbieter, zu denen in zunehmendem Masse auch Versicherungen gehören. In den vergangenen Jahren hat es nur geringe Marktanteilsverschiebungen gegeben, meist zu Gunsten kleinerer Marktteilnehmer.

Für die meisten Banken unseres Landes ist das Hypothekergeschäft der wichtigste Erfolgsträger. So macht das Hypothekarportfolio bei den meisten Kantonalbanken mehr als zwei Drittel der Bilanzsumme aus, bei vielen von

ihnen, wie auch bei den meisten Raiffeisen- und Regionalbanken, sogar mehr als 80%. Rund drei Viertel des Gesamtertrags aus dem Inlandgeschäft dieser Banken stammt aus diesem Geschäftsfeld. Das Neugeschäft, bestehend aus neuen Kunden sowie der Verlängerungen ausgelaufener Hypothekarkontrakte, beläuft sich jährlich auf etwa 25% des Marktvolumens, mit abnehmender Tendenz infolge längerer durchschnittlicher Laufzeiten. Die Bruttomargen sind in den vergangenen Jahren bei den meisten Anbietern leicht rückläufig gewesen. Viele Geschäfte werden heute unter Wettbewerbsdruck auch mit deutlich zu geringen Margen abgeschlossen.

II. Strategische Herausforderungen im Hypothekargeschäft

Die hohen Wachstumsraten und die trotz intensivem Wettbewerb einigermaßen stabilen Margen täuschen darüber hinweg, dass das Hypothekargeschäft in der Schweiz vor einem fundamentalen Redesign steht. Die ‚goldenen Jahre‘ der Immobilienfinanzierung neigen sich ihrem Ende entgegen. Die Banken müssen sich in ihrer strategischen Planung darauf vorbereiten, auch mit deutlich tieferen Margen und Deckungsbeiträgen erfolgreich am Markt bestehen zu können.

Vier Faktoren werden die Marktentwicklung der kommenden Jahre bestimmen: ein abnehmendes Marktwachstum, die Veränderung der Marktarchitektur und Wettbewerbsstruktur, neue regulatorische Rahmenbedingungen sowie eine in der jüngsten Vergangenheit vollzogene, historisch einmalige Veränderung der Laufzeitenstruktur des Hypothekarportfolios. Diese Trends wollen wir in den folgenden Abschnitten etwas genauer betrachten.

1. Marktdynamik

Eine Reihe von Faktoren sprechen dafür, dass die Wachstumsdynamik des Hypothekarmarktes abnehmen wird. Wachstumszyklen im Immobilienmarkt zeigen das Bild eines langanhaltenden sukzessiven Nachfragewachstums, das in seiner Endphase zuerst Anzeichen der Überhitzung und Blasenbildung zeigt und schliesslich zu einem meist abrupten Nachfrageeinbruch führt. Zahlreiche Indikatoren lassen vermuten, dass zumindest regional diese Schlussphase eines längeren Wachstumszyklus zur Mitte des Jahrzehnts erreicht wird. Auch wenn es gesamtschweizerisch nicht zu einer Marktkontraktion kommen muss, wird sich das Volumenwachstum in der

Immobilienfinanzierung im Vergleich zu den Jahren um die Dezenniums-
wende abschwächen.

Mittelfristig spielt auch die sozio-demographische Entwicklung der Wohnbevölkerung eine wichtige Rolle für die Entwicklung des Hypothekarvolumens. Die schweizerische Wohnbevölkerung wird weiter wachsen und mit ihr die Nachfrage nach Wohn- und Arbeitsraum. Mit der Alterung der Wohnbevölkerung geht jedoch auch eine Veränderung der Wohnkultur einher. So werden immer mehr Menschen ihre Einfamilienhäuser gegen kleinere Wohneinheiten wie beispielsweise Eigentumswohnungen eintauschen wollen. Die grössere Gewichtung von Stockwerkeigentum in den Agglomerationen oder Zentren grösserer Siedlungen führt trotz höherem Qualitätsniveau der Wohneinheiten tendenziell zu einem Rückgang des Finanzierungsbedarfs. Als Folge davon dürfte auch der durchschnittliche Flächenbedarf pro Wohneinheit abnehmen. Die Migration, welche die Nachfrage nach Wohnraum steigert, wird diese Tendenzen nur beschränkt substituieren können. Sollte es, wie immer wieder postuliert, zu einer Änderung der steuerlichen Praxis hinsichtlich Eigenmietwert und Schuldzinsabzug kommen, wird sich das negativ auf das Volumen der Hypothekarportfolios der Banken auswirken.

Ein wichtiger Bestimmungsfaktor der künftigen Marktdynamik ist auch das sich ändernde Verhalten der Nachfrager. Hier führen steigende Markttransparenz und ‚financial literacy‘ einerseits sowie eine stetig abnehmende Markenloyalität zu einem wachsenden Segment von Kunden, die zwischen Anbietern und Produkten vagabundieren. Vor allem die durch neue webbasierte Applikationen unterstützte Markttransparenz wird die Preissensibilität der Kunden weiter erhöhen. Viele Banken geben sich heute noch der Illusion hin, dass der Preis ein eher sekundäres Element bei der kundenseitigen Wahlentscheidung eines Finanzierungspartners sei. Dem ist heute schon nicht mehr so, und die Tendenz in Richtung steigender Preiselastizität der Nachfrage wird sich akzentuieren. Gleichzeitig steigt der Beratungsbedarf des Kunden, der richtigerweise seine Immobilienfinanzierung nicht mehr als isolierte Entscheidung, sondern als Teil seiner langfristigen, alle finanz- und risikobezogenen Aspekte einer oder mehrerer Lebensphasen einschliessenden Finanzplanung sieht.

2. Marktarchitektur und Wettbewerbsstruktur

Die Banken werden in unserem Land auch in der absehbaren Zukunft die dominierenden Anbieter von Immobilienfinanzierungen bleiben. Dennoch zeichnet sich seit einigen Jahren eine Veränderung in der Marktarchitektur des Hypothekengeschäftes ab, die für die Banken gleichzeitig Chance wie Risiko ist. Aus einer strategischen Perspektive gilt es dabei primär das Aufbrechen der Wertschöpfungskette, der Vormarsch virtueller Hypothekarplattformen und die wachsende Bedeutung alternativer Anbieter in die eigenen Überlegungen einzubeziehen.

a) Aufbrechen der Wertschöpfungskette

Banken decken bei uns heute fast immer alle Wertschöpfungselemente des Hypothekengeschäftes von der Kundenakquisition über die Kreditgewährung bis zum oft lebenslangen Servicing des Kreditkontraktes selbst ab. Die bisher sehr stark integrierten Prozesse im Hypothekengeschäft werden in absehbarer Zukunft aufgebrochen werden. Der Blick ins europäische Ausland zeigt, in welche Richtung auch bei uns die Entwicklung gehen könnte. Da entstehen grosse unabhängige Organisationen zur Vermittlung von Hypotheken. Oder es wird die logistische Verarbeitung der Kreditkontrakte an grosse Kreditfabriken ausgelagert, die diese standardisierten Funktionen gleich für Dutzende von Banken ausführen. Die Refinanzierung wird über spezialisierte Institute mitgetragen, und die bestehenden spezialisierten Verbriefungsmärkte zur Entlastung der Bilanzen der Hypothekarbanken werden weiter ausgebaut.

b) Hypothekarplattformen

Eine immer wichtigere Rolle an der Kundenschnittstelle werden in der absehbaren Zukunft virtuelle Hypothekarplattformen spielen. Sie schaffen nicht nur Transparenz über das aktuelle Finanzierungsangebot, sondern bieten immer mehr auch direkte Schnittstellen zu Banken und anderen Anbietern von Hypotheken an. Diese Plattformen, von denen es auch in der Schweiz erste Beispiele gibt (als Beispiele seien hier etwa HypoPlus, Comparis oder die HypothekenBörse genannt), werden über die Zeit einen eigentlichen Brokermarkt für die Immobilienfinanzierung entstehen lassen und Intermediationsfunktionen übernehmen, die heute noch fast ausschliesslich von den Banken abgedeckt werden.

c) **Alternative Anbieter**

Neben den etablierten Hypothekarinstituten beginnen verstärkt auch Anbieter ausserhalb des Bankensektors Immobilienfinanzierungen anzubieten. Solche Anbieter, zu denen beispielsweise Versicherungen oder andere institutionelle Investoren gehören, werden im für die nächsten Jahre absehbaren finanzwirtschaftlichen Umfeld das Hypothekergeschäft als interessante Ergänzung ihrer strategischen Asset Allocation forcieren. Sie werden sich dabei stark auf alternative Vertriebskanäle, insbesondere die vorhin erwähnten Hypothekarplattformen abstützen und operieren mit flexibleren Kostenstrukturen als die Banken.

3. Regulatorische Rahmenbedingungen

Als zusätzlicher Faktor beginnt sich die Regulation immer stärker auf das Hypothekergeschäft auszuwirken. Zwar gab es immer schon auch in diesem Geschäftsfeld umfassende regulatorische Rahmenbedingungen, doch hatten diese auf die Entwicklung des Hypothekergeschäfts der einzelnen Banken keine grosse Bedeutung.

Die Regulationswelle in der Folge der Finanzkrise hat jedoch inzwischen auch das Hypothekergeschäft erreicht. Neben den direkten regulatorischen Vorgaben etwa im Bereich der Eigenmittelunterlegung oder der Schaffung antizyklischer Puffer auf der Basis von Basel III sind es vor allem qualitative Standards in der Kreditvergabe und die Diskussionen im Zusammenhang mit Rahmenbedingungen der Finanzierung (wie etwa der Änderung von Vorbezugsmöglichkeiten von Pensionskassengeldern oder der Eigenmietwertanrechnung bzw. des Schuldzinsabzuges), die das Hypothekergeschäft sehr direkt zu beeinflussen beginnen. Daneben spielen immer mehr auch Aspekte des Raumplanungsrechts, der Wohnraumförderung, des Mieterschutzes oder des Umweltschutzes eine Rolle.

4. Veränderung der Laufzeitenstruktur

Seit einigen Jahren ist es auf Grund der sinkenden Zinssätze zu einer historisch einmaligen Verschiebung der Laufzeitenstrukturen weg von der variablen Hypothek und hin zu Festhypotheken mit immer längeren Laufzeiten im Hypothekarportfolio der Banken gekommen. Diese Strukturverschiebung bringt für die Banken künftig wachsende Herausforderungen für das Management von Zinsänderungsrisiken mit sich.

III. Zentrale Entscheidungs- und Handlungsfelder

Alle diese Entwicklungen beeinflussen die strategischen Rahmenbedingungen im Hypothekengeschäft. Einer stagnierenden oder gar leicht rückläufigen Nachfrage steht ein wachsendes Angebot an Immobilienfinanzierungen gegenüber. Die immer grössere Markttransparenz erhöht die Preissensibilität der Kunden. Dem Risiko eines intensiveren Preiswettbewerbs steht die Chance gegenüber, sich über qualitativ hochstehende Neben- und Zusatzleistung zur reinen Kreditvermittlung und –abwicklung zu positionieren. Gleichzeitig steigt für alle Anbieter der Druck, sich über eine klar definierte Marktstrategie im Spannungsfeld Marge – Risiko – Qualität zu positionieren.

Die sich am strategischen Horizont abzeichnenden Veränderungen werden voraussichtlich nicht revolutionär, sondern evolutionär ablaufen. Das gibt den Entscheidungsverantwortlichen die Möglichkeit, sich rechtzeitig auf die daraus entstehenden Herausforderungen einzustellen und die zu deren Bewältigung notwendige Transformation einzuleiten. Für Verwaltungsrat und Geschäftsleitung einer stark im Hypothekengeschäft engagierten Bank heisst das, sich in einem ersten Schritt systematisch und strukturiert Gedanken zu machen zu den Wertschöpfungselementen und zu den aus den absehbaren Umfeldentwicklungen abzuleitenden zentralen Entscheidungs- und Handlungsfeldern im Geschäftsfeld Immobilienfinanzierung.

1. Wertschöpfungselemente im Hypothekengeschäft

Strategische Überlegungen zur Immobilienfinanzierung müssen in einem ersten Schritt die zentralen Bestimmungsfaktoren der Wertschöpfung in diesem Geschäftsfeld analysieren. Deckungsbeiträge werden im Hypothekengeschäft über Volumen, Preis und Cross Selling generiert. Der aus den einzelnen Kreditkontrakten generierte Ertrag kann zusätzlich durch portfoliobezogene Erträge gesteigert (aber auch reduziert) werden. Wichtig ist die Erkenntnis, welche ‚value drivers‘ für die Höhe dieser Deckungsbeiträge ausschlaggebend sind.

Risikosteuerung: Im Fokus der Strategiediskussion muss der Risikoaspekt stehen. Er geht dem Volumenaspekt vor. Die Bedeutung des Risikomanagements im Hypothekengeschäft kann nicht stark genug be-

tont werden. Wir widmen diesem Aspekt deshalb im anschliessenden Abschnitt eine etwas detailliertere Diskussion.

Refinanzierung: Den verfügbaren strategischen Optionen bei der Refinanzierung des Hypothekarportfolios wird in der Praxis oft zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt. Mittels moderner Szenarioinstrumenten müssen die Auswirkungen alternativer passivseitiger Bilanzstrukturen in Kombination mit Zinsszenarien auf die Bruttozinsmarge simuliert werden.

Vertriebsorganisation: Die Gestaltung der Distributionsorganisation und der für eine effiziente Distribution notwendigen Logistik ist ein weiterer wichtiger Erfolgsfaktor. Hier gilt es insbesondere die Optionen in die Überlegungen einzubeziehen, die sich über die virtuellen Märkte und Plattformen, die entstehende Social Media Welt sowie unterschiedliche Kooperationsmodelle eröffnen.

Kompetenz: Die verfügbare Fach-, Sach- und Sozialkompetenz wird in einem nachfragebestimmten Markt, der die Immobilienfinanzierung immer mehr als Teil einer umfassenden Finanzplanung versteht, zu einem Schlüsselfaktor. Es gilt zu erkennen, wo hier in der eigenen Institution Stärken und Schwächen liegen und wie allenfalls vorhandene Kompetenzlücken geschlossen werden können.

Wirtschaftlichkeit: Der wachsende Wettbewerbsdruck engt den für die Bank verfügbaren Preissetzungsspielraum weiter ein. Der permanenten Reduktion der Kosten muss deshalb grosse Aufmerksamkeit zukommen. Dabei müssen wir wegkommen von den oft wenig fruchtbaren Überlegungen, wo man Kosten in der bestehenden Organisation des Hypothekargeschäftes weiter senken kann – das Ergebnis solcher Übungen ist meist die Erkenntnis, dass angesichts der Kostenstruktur und der bereits getroffenen Massnahmen effektiv nur wenig Kostensenkungspotential vorhanden ist. Stattdessen müssen wir uns in der Strategie die Frage stellen, wie man das gleiche Geschäftsvolumen mit der Hälfte der Kosten abwickeln könnte. Nicht überraschend wird man bei der Diskussion dieser Aufgabenstellung zu weit innovativeren und radikaleren Lösungsansätzen gelangen.

2. Bedeutung des Risikomanagements

Das Risikomanagement ist der mit Abstand wichtigste langfristige Erfolgsfaktor im Hypothekengeschäft. Es besteht im Wesentlichen aus drei Elementen, die sich gegenseitig verstärken und ergänzen: der Steuerung des Kontraktrisikos, der Steuerung der Bilanzpositionen sowie der Steuerung des Portfoliorisikos:

Das erste Element ist die effiziente *Steuerung des Kontraktrisikos*. Die dazu in der Finanzierungspraxis verfügbaren Instrumente sind auf einem hohen Stand und bei kleinen wie grossen Banken gleichermassen im Einsatz. Zentral ist die konsequente Steuerung der ‚exception-to-policy‘-Politik. Eine wachsende Bedeutung kommt der kritischen Beurteilung von Volumenzielsetzungen zu. Zudem gilt es, die formalisierten Rating- und Risikomodelle zur Beurteilung von Einzelrisiken immer wieder kritisch auf ihre statistischen bzw. wahrscheinlichkeitstheoretischen Grundannahmen hin zu hinterfragen. Kalibrierungen und Validierungen aufgrund von Vergangenheitsdaten können zu falschen Schlussfolgerungen führen, wenn in der Zukunft wesentliche Rahmenbedingungen anders aussehen.

Die Summe der Einzelrisiken aggregieren sich zum *Risiko des gesamten Hypothekarportfolios*. Für die strategische Steuerung des Geschäftsfeldes ist letztlich dieser Risikotyp massgeblich. Das Portfoliorisiko drückt dabei nicht nur die Summe der Einzelrisiken aus, sondern schliesst positive wie negative Auswirkungen von Korrelationen dieser Einzelrisiken mit ein. Im Unterschied zum Einzelrisiko verfügen aber erst wenige Banken über taugliche Instrumente und Verfahren, um diese Portfoliorisiken zu erkennen, zu analysieren und zielgerichtet zu steuern.

Das dritte Element besteht in der Steuerung des *Zinsänderungsrisikos*. Hier geht es nicht nur um das Risikohedging im Rahmen von Derivattransaktionen, sondern um eine kombinierte Strategie zur Bilanzsteuerung, die unter Einbezug von Refinanzierung und Bilanzstrukturgestaltung auf die langfristige Gestaltung der Fristentransformation abzielt.

Wir verfügen heute über eine gute Grundlage zur Risikosteuerung auf der Kontraktebene. Die grosse Herausforderung für die Zukunft liegt in der portfoliobezogenen Risikosteuerung. Die Unterscheidung zwischen systematischen und unsystematischen Risiken, wie wir sie aus dem Wertschriftengeschäft kennen, wird auch für das Kreditgeschäft immer wichtiger. Nach wie vor erschweren jedoch Marktineffizienzen eine effiziente Risiko-

steuerung. Wichtig sind deshalb nicht nur die Bereitstellung von bank- und marktübergreifenden Daten zur Modellierung von Ausfallrisiken im Hypothekengeschäft, sondern auch die Entwicklung von Instrumenten und Märkten für das Hedgen von Portfoliorisiken. Denn vor allem in Zeiten stagnierenden Marktwachstums, wie wir sie in der zweiten Hälfte dieses Jahrzehnts wohl zu erwarten haben, kommt einem überdurchschnittlichen Risikomanagement unter Einbezug einer systematischen Bewirtschaftung von Portfoliorisiken für die Ertragssicherung eine grössere Bedeutung zu als dem absoluten Volumenwachstum.

IV. Entscheidungs- und Handlungsfelder

Die Analyse der Umweltfaktoren sowie die daraus erkennbaren künftigen Herausforderungen weisen auf die zentralen Entscheidungs- und Handlungsfelder hin, die es im Rahmen der Strategiediskussion zu bearbeiten gilt. Auch wenn die konkreten Entscheidungen natürlich in jeder Bank durch deren individuellen Rahmenbedingungen und Zielsetzungen beeinflusst sind, können wir doch einige für alle Anbieter zu diskutierende Aspekte identifizieren.

Analyse der markt- und betriebsseitigen Wertschöpfung: Als Ausgangspunkt betrieblicher Überlegungen gilt es zu klären, wo denn im Prozess der Immobilienfinanzierung für den Kunden und wo für die Bank Wertschöpfung entsteht. Auf der Kundenseite mag das auf den ersten Blick primär in der für ihn positiven Preisdifferenz zu Konkurrenzangeboten liegen. Doch um sich so weit wie möglich einem ruinösen Preiswettbewerb zu entziehen, wird der Anbieter sich überlegen, wo und wie er das simple und weitgehend standardisierte Produkt Hypothek durch komplexere und für den Kunden wertschaffende Neben- und Zusatzleistungen ergänzen kann. Die Identifizierung solcher Leistungen und die Verbindung von ihnen mit dem Kernprodukt Immobilienfinanzierung zu einem umfassenden Beratungs- und Betreuungsprodukt ist eine der wichtigsten, wenn nicht die wichtigste strategische Herausforderung im zukünftigen Marktumfeld. In diesem neuen Produktverständnis ist die Bereitstellung der Finanzierung nur mehr eine unter mehreren wertschöpfenden Leistungen für den Kunden.

Auch betriebsseitig muss die Wertschöpfung kritisch analysiert werden. Hier geht es insbesondere darum zu erkennen, welche Prozesse und Pro-

zessphasen einen wie grossen Deckungsbeitrag erbringen. Voraussetzung dazu ist eine detaillierte Prozessanalyse sowie eine darauf aufbauende Prozesskostenrechnung.

Redesign des Distributionssystems: Hier geht es darum, das bestehende Kommunikations- und Distributionssystem kritisch zu hinterfragen. Insbesondere die Nutzung alternativer Distributionskanäle sowie der Social Media Plattformen muss offensiver diskutiert werden, als das im Geschäftsfeld der Immobilienfinanzierung bisher der Fall war. Im Zentrum der Diskussion dieses Aspekts wird auch die aktuelle oder künftige Kooperationsstrategie mit Marktpartnern stehen.

Gestaltung des Geschäftsmodells: Das Geschäftsmodell beschreibt, wo und wie die Bank für ihre Kunden und sich selbst Wertschöpfung generieren will. Im Fokus der strategischen Diskussion müssen deshalb die Ausgestaltung der Kundenschnittstelle, die Integration allfälliger Kooperationspartner in der Bereitstellung von Kompetenzen und Produkten sowie die Gestaltung der Transaktionsprozesse im Netzwerk von Bank, Kunden und Partnern stehen.

Reengineering der Prozesse: Das gewählte Geschäftsmodell bestimmt insbesondere die Gestaltung der bankinternen Prozesse in der Immobilienfinanzierung. Dabei geht es einerseits um die Optimierung bestehender Prozesse hinsichtlich Effizienz und Effektivität, andererseits um das Redesign bestehender Prozesse im Hinblick auf neue Partnermodelle, beispielsweise die künftige Auslagerung von Verarbeitungsprozessen an Dritte.

Allokation von Kompetenz und Ressourcen: Und schliesslich gilt es, abgestützt auf die oben beschriebenen Entscheidungen, knappe personelle und finanzielle Ressourcen auf die einzelnen Bereiche der Immobilienfinanzierung zuzuteilen oder umzuverteilen. Wichtig ist hier die Erkenntnis, dass eine Wettbewerbsoffensive im beschriebenen Marktumfeld nur über eine substantielle Verbesserung der über das Produkt Hypothek hinausgehenden Kompetenz der Mitarbeiter zu erreichen ist.

V. Denkansätze zur Verteidigung von Marktanteilen

Im schweizerischen Hypothekargeschäft sind sich alle Anbieter darüber im Klaren, dass die Jahre stetigen Volumen- und Ertragswachstums vorbei sind. Das Neugeschäft, aber auch das Bestandesgeschäft sehen sich einem immensen Wettbewerbsdruck ausgesetzt. Wir werden in den kommenden Jahren im Hypothekarmarkt einen eigentlichen Kampf um den Kunden erleben. In diesem Wettbewerbsumfeld kann nur bestehen, wer auch mit deutlich geringerer Marge profitabel Immobilienfinanzierungen anbieten und abwickeln kann. Dazu braucht es eine sorgfältig erarbeitete und ausformulierte Wettbewerbsstrategie, die konsequent auf kunden- und bankseitige Wertschöpfungselemente ausgerichtet ist und die den Anbieter im umkämpften Markt zu differenzieren und zu positionieren vermag.

Eine solche Wettbewerbsstrategie für das Hypothekargeschäft muss

- eine für alle Mitarbeiter verständliche und auf den Kundennutzen fokussierte Vision für das Geschäftsfeld entwickeln
- die eigene Bank relativ zu den Konkurrenten im relevanten Markt differenzieren und positionieren
- die Eckwerte für eine kunden- und produktbezogene Preispolitik und -strategie festlegen
- Aussagen zu den zur Zielerreichung notwendigen Massnahmen beim Geschäftsmodell, bei Prozessen, Strukturen und Ressourcen machen.

1. Differenzierung und Positionierung

Im Rahmen der Differenzierungsdiskussion legt die Bank fest, wie und wo sie sich in den von ihr definierten Zielmärkten von ihren Konkurrenten unterscheiden will. Die Positionierung definiert dann, wie man sich auf der Grundlage dieser Differenzierung im Markt verankern und anhand welcher Attribute man im Markt wahrgenommen werden will.

Die Hypothek bietet als Produkt kaum Ansatzpunkte zur Differenzierung. Sie ist längst zu einer Commodity geworden, die nur noch über Marketingmassnahmen oder phantasievolle Namensgebung von Konkurrenzprodukten unterschieden werden kann. Alle Banken bieten weitgehend identische Hypothekenmodelle an. Innovative Denkansätze mit zusätzlichem Kundennutzen (wie etwa die Kombination von Liborhypotheken mit Zins-

swaps) sind zwar durchaus vorhanden, doch werden sie von den Anbietern wegen zu geringer Margen kaum aufgegriffen.

Grundsätzlich gilt auch im Hypothekengeschäft immer mehr, dass man sich ausschliesslich über die über das reine Produkt hinausgehende Beratungskompetenz und –qualität im Markt differenzieren und positionieren kann. Die angesprochenen Veränderungen in der Marktarchitektur benachteiligen hier die etablierten Anbieter mit meist wenig flexiblen Geschäftsmodellen.

Es gibt wohl mittelfristig keine Möglichkeit mehr, sich dem immer intensiveren Preiswettbewerb zu entziehen. Also muss man sich ihm stellen und lernen, mit deutlich tieferen Margen wirtschaftlich erfolgreich zu arbeiten. Das wird nur gelingen, wenn der Anbieter konsequent alle Wertschöpfungsmöglichkeiten in der Prozesskette und der Marktarchitektur nutzt. Dazu muss er die bisher starren Prozesse aufbrechen, die Strukturen seines Geschäftsmodells flexibilisieren, sich auf ausgewählte Prozessschritte fokussieren und die Immobilienfinanzierung in eine breit gefasste finanzplanerische Perspektive zu integrieren suchen. Der Blick auf die betriebliche Realität im Geschäftsfeld der Immobilienfinanzierung zeigt, dass es dazu bei vielen Anbietern einen fundamentalen Kulturwandel braucht.

2. Vier Dimensionen der Hypothekarstrategie

Differenzieren und positionieren kann man sich in einem weitgehend gesättigten und von einem sich intensivierenden Verdrängungswettbewerb geprägten Markt primär über eine Kombination von Preis und nachhaltigem Mehrwert für den Kunden. Dieser Mehrwert lässt sich aber weder über die Finanzierung selbst noch über die direkt mit der Immobilienfinanzierung verbundenen Leistungen erzielen. Die Bank muss ein auf ihre individuelle Kundensegmentierung abgestelltes Leistungsangebot finden, das die Finanzierung in einen breiteren finanzplanerischen Zusammenhang stellt. Eine Wettbewerbsstrategie im Hypothekarmarkt hat deshalb immer vier einander ergänzende und verstärkende Dimensionen: eine Mehrwertdimension, eine Preisdimension, eine cross-selling Dimension sowie eine Volumendimension.

Mehrwertdimension: Das strategische Ziel besteht hier darin, durch Einbindung der Immobilienfinanzierung in einen breiteren finanz- und risikobezogenen Kontext des Kunden dessen Preisfixierung zu reduzieren. Die Konkretisierung dieser Strategiedimension setzt grosse

Sach- und Sozialkompetenz voraus. Sie ist die eigentliche Herausforderung im künftigen Wettbewerb.

Preisdimension: Hier geht es darum, in Abhängigkeit von der relativen Marktposition offensive und defensive Preisstrategien zu entwickeln. Aber auch die Schaffung künftiger Preisspielräume durch Flexibilisierung der Kostenstrukturen ist ein wichtiger Aspekt dieses Strategieaspekts.

Cross-selling Dimension: Eng verbunden mit den beiden erstgenannten Dimensionen sind die Überlegungen, wie die Produktnutzungsrate des Kunden in Verbindung und als Folge einer Immobilienfinanzierung erhöht werden kann.

Volumendimension: Nicht zuletzt wird es aber auch in der Zukunft darum gehen, Marktanteile und Finanzierungsvolumina zu halten oder zu erhöhen. Auch im Hypothekengeschäft gibt es vielfältige ‚economies of scale, scope & skills‘, die es zu erkennen und nutzen gilt. Die Herausforderung besteht hier immer ausgeprägter darin, Volumen- und Risikoaspekte miteinander zu verbinden und die Grundlagen zu schaffen, um entsprechende Risikobewertungen seriös quantifizieren zu können.

3. Offensiv- und Defensivstrategien

Wie in anderen Geschäftsfeldern gibt es auch im Hypothekengeschäft keine strategischen Patentrezepte. Die verfügbaren Optionen hängen stark von der individuellen Situation der jeweiligen Bank ab. Bewerten wird man sie ausschliesslich im Hinblick auf ihren Beitrag zur Erreichung definierter Ziele. Dennoch kann man grundsätzlich unterscheiden zwischen offensiven und defensiven Strategien.

Offensive Strategien zielen auf die Gewinnung zusätzlicher Kunden und Marktanteile ab. Sie setzen das Preiselement aggressiver ein und richten sich in Einzelfällen auch konkret gegen einzelne Konkurrenten, die verdrängt oder behindert werden sollen, auch wenn dazu eigene temporäre Margenverluste in Kauf genommen werden müssen.

Defensive Strategien dagegen haben die Verteidigung bestehender Kundenbeziehungen und Marktanteile im Fokus. Vor allem Anbieter mit einem bereits hohen Marktanteil oder gar Marktführerschaft wählen sinnvollerweise einen solchen Ansatz. Denn bei höherem Marktanteil kostet dessen

weitere Steigerung überproportional viel. Zudem haben preispolitische Überlegungen im Verdrängungswettbewerb bei einem hohen Marktanteil eine andere Bedeutung als bei einem Newcomer mit noch geringem Marktanteil.

Der Einsatz offensiver wie defensiver Strategien setzt aber möglichst detaillierte quantitative Informationen zu den drei wichtigsten Elementen der Kostenträgerrechnung voraus: zu Produkten, zu Kunden und zu Prozessen. Eine moderne Prozesskostenrechnung ist die unumgängliche Voraussetzung zur Umsetzung kunden- und marktorientierter Wettbewerbsstrategien.

4. Bausteine eines Geschäftsmodells

Das traditionelle integrierte Geschäftsmodell der Immobilienfinanzierung wird in den kommenden Jahren zunehmend durch flexiblere, auf Kooperationen und Sourcing basierende Modelle abgelöst, wie wir sie aus dem indifferenten Geschäft seit langem kennen. Für die Strategieentwicklung stehen dabei unabhängig von der Grösse und Ausrichtung der einzelnen Bank einige grundsätzliche Fragen im Fokus:

1. Wie müssten Prozesse und Strukturen unseres Geschäftsmodells aussehen, um in fünf Jahren mit der halben heutigen Bruttomarge immer noch positive Deckungsbeiträge zu erzielen?
2. Wo gibt es künftig Möglichkeiten zur Kooperation mit Netzwerkpartnern, sei es an der Kundenschnittstelle, im Produktbereich oder in der Verarbeitung?
3. Was müssen wir an unserer Vertriebsorganisation ändern? Wie können wir alternative Distributionskanäle und virtuelle Plattformen auch für die Immobilienfinanzierung nutzen?
4. Wie steigern wir die Kompetenz an der Kundenschnittstelle? Wie kommunizieren wir diese Kompetenz am Markt? Wie setzen wir sie um? Wie unterstützt unser Geschäftsmodell diese Kommunikation und Umsetzung?

Die Diskussion dieser Fragen führt zu den Grundbausteinen eines zukunftsorientierten Geschäftsmodells im Hypothekengeschäft. Dazu gehören in erster Linie die detaillierte Spezifizierung der Wertschöpfungselemente, der Kundenschnittstellen, der Neben- und Zusatzleistungen zur eigentlichen Finanzierung, des Kommunikationskonzepts sowie der Produktionsprozesse. Daraus werden dann das Kooperationskonzept sowie Zuteilung von finan-

ziellen und personellen Ressourcen zur Umsetzung der gewählten Strategie abgeleitet.

VI. Schlussfolgerungen und Konsequenzen für die Zukunft

Dass der Markt für Immobilienfinanzierung sich verändern wird, ist angesichts der sich bereits abzeichnenden Entwicklungen unumstritten. Die Ausrichtung der eigenen Organisation (Strukturen, Prozesse und Instrumente) auf diese Veränderungen braucht Zeit. Wie kein anderer Bereich des Bankgeschäfts ist der Hypothekerbereich geprägt von Strukturen und Prozessen, die sich im Laufe der Zeit nur sehr langsam und rudimentär verändert haben und eine grosse Beharrungsfähigkeit zeigen.

Die Immobilienfinanzierung bleibt auch in der Zukunft die wichtigste Ertragsbasis für die meisten unserer Banken. Es ist deshalb unumgänglich, sich im Rahmen der strategischen Diskussionen in Verwaltungsrat und Geschäftsleitung intensiver als bisher mit den Zukunftsszenarien dieses Geschäftsfeldes auseinanderzusetzen. Noch bleibt ausreichend Zeit, die notwendigen Veränderungen zu erkennen und umzusetzen. Diese Zeit gilt es zu nutzen.

Haftungsrisiken bei Immobiliarkrediten

Susan Emmenegger, Bern*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	40
Materialien.....	42
I. Kontext: Die Informationspflichten der kreditgebenden Bank.....	43
1. Fragestellung.....	43
2. Gegenstand der Information bei Immobiliarkrediten.....	44
II. Kreditvertrag innerhalb eines Beratungskontexts.....	45
1. Ausdrücklicher Beratungsvertrag.....	45
a) Immobiliarkredit als Teil der Anlagestrategie.....	45
b) Immobilienspekulation.....	46
c) Langfristige Finanz- oder Vorsorgeplanung.....	46
2. Stillschweigender Beratungsvertrag.....	47
III. Kreditvertrag ausserhalb eines Beratungskontexts.....	48
1. Rat und Auskunft.....	48
2. Judizielle Fallkonstellationen.....	48
a) Interessenkonflikte.....	49
b) Wissensvorsprung.....	51
c) Erkennbarer Beratungsbedarf.....	52
d) Besonderes Vertrauensverhältnis.....	53
3. Der Grundsatz der Selbstverantwortung.....	54
4. Jüngstes Urteil.....	55
IV. Sonderfragen.....	56
1. Schadensberechnung.....	56
2. Informationspflicht und Bankgeheimnis.....	58

* Prof. Dr. iur., LL.M., Direktorin des Instituts für Bankrecht an der Universität Bern.

a) Vertragsrecht.....	58
b) Strafrecht.....	59
IV. Die Rolle des Aufsichtsrechts.....	61
1. Kontrast zwischen Privatrecht und Aufsichtsrecht.....	61
2. Wechselwirkung zwischen den beiden Gebieten.....	63
a) Doppelnormen.....	63
b) Schutznormen.....	64
c) Factfinding.....	65
d) Fazit.....	66
3. Einfluss des Aufsichtsrechts auf die Informationspflichten.....	66
a) Exception to policy-Kredite.....	66
b) Verletzung des internen Kreditreglements.....	68
V. Schluss.....	69

Literaturverzeichnis

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 25. Juni 2012.

ABEGGLEN SANDRO, Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft: Entwurf eines Systems zu ihrer Konkretisierung, Bern 1995.

BERTHEAU FORTUNAT, Die Haftung der Kreditgeberbank gegenüber dem Kreditnehmer. Eine Untersuchung der verschiedenen Haftungsgrundlagen unter besonderer Berücksichtigung des Krediteröffnungsvertrages, Zürich 1997.

BLACK WILLIAM K., Examining Lending Discrimination Practices and Foreclosure Abuses. Testimony before a hearing of a Senate Committee on the Judiciary, abrufbar unter: <www.ssrn.com/abstract=2045596>.

CHAUDET FRANÇOIS, L'obligation de diligence du banquier en droit privé, in: ZSR 113/1994 II, S. 1-114.

CHAPPUIS BENOÎT, La détermination du dommage dans la responsabilité du gérant de fortune, in: Luc Thévenoz/Christian Bovet (Hrsg.), Journée 2008 de droit bancaire et financier, Genf u.a. 2009, S. 83-107.

CHAPPUIS CHRISTINE, La responsabilité pour information, in: Dies./Bénédict Winiger (Hrsg.), La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel, Genf u.a. 2009, S. 11-33.

CONRAD HARI AURÉLIE, L'art. 11 LBVM ne s'applique qu'aux «négociants», actualité no. 707 vom 10. November 2010, abrufbar unter: <www.unige.ch/cdbf>.

DRUEY JEAN NICOLAS, Information als Gegenstand des Rechts, Zürich 1995.

- EMMENEGGER SUSAN, Die Haftung der Bank bei Bauprojekten, in: Hubert Stöckli (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2011, Freiburg 2011, S. 37-63.
- Le devoir d'information du banquier, in: Chappuis Christine/Bénédict Winiger (Hrsg.), La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel, Genf u.a. 2009, S. 67-89.
- EMMENEGGER SUSAN/ THÉVENOZ LUC, Das schweizerische Bankprivatrecht 2010-2011, SZW 2011, S. 372-399.
- EMMENEGGER SUSAN/TSCHENTSCHER AXEL, Art. 1 ZGB, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar. Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Artikel 1-9 ZGB, Bern 2012.
- EMMENEGGER SUSAN/ZBINDEN ANDREA, Die Standards zur Aufhebung des Bankgeheimnisses, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Cross-Border Banking, Basel 2009, S. 193-282.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2 Bände, 9. Aufl., Zürich u.a. 2008.
- HEINZER BORIS, La responsabilité de la banque dispensatrice de crédit envers les tiers créanciers de leur client, Basel 2001.
- KILLIAS MARTIN/KUHN ANDRÉ/DONGOIS NATHALIE/AEBI MARCELO F., Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Bern 2009.
- LÄNZLIGER ANDREAS, Die Haftung des Kreditgebers. Beurteilung möglicher Haftungstatbestände nach schweizerischem und nach amerikanischem Recht, Zürich 1992.
- LOMBARDINI CARLO, Droit bancaire suisse, 2. Aufl., Zürich u.a. 2008.
- MANAÏ DOMINIQUE, Le devoir d'information du médecin en procès, SJ 2000 II, S. 341-371.
- NOBBE GERD, Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu fehlgeschlagenen Immobilienfinanzierungen, in: WM Sonderbeilage Nr. 1 zu Heft 47/2007, S. 1-35.
- ROBERTO VITO, Die Haftung der Bank als Kreditgeberin, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Bankhaftungsrecht, Basel 2006, S. 93-140.
- ROSAT CHRISTOPH, Der Anlageschaden, Bern 2009.
- SCHÄRER HEINZ/MAURENBRECHER BENEDIKT, Art. 312-318 OR, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel u.a. 2011.
- SEELMANN KURT, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Basel 2012.
- STRATENWERTH GÜNTHER, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band 1: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011.
- THÉVENOZ LUC, Information, conseil, mise en garde: risques et responsabilité dans les opérations sur valeurs mobilières, in: Ders./Christian Bovet (Hrsg.), Journée 2007 de droit bancaire et financier, Genf u.a. 2008, S. 19-57.
- VON BÜREN ROLAND/WALTER HANS PETER, Die wirtschaftliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006, in: ZBJV 143/2007, S. 495-552.
- WEBER ROLF, Anlageschäden, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Anlagerecht, Basel 2007, S. 129-158.

Materialien

EFD – EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT, Brief an die Anhörungsteilnehmer zur Änderung der Eigenmittelverordnung, Risikogewichtung für Wohnliegenschaften (Änderung von Anhang 4 ERV), 18. November 2011, abrufbar unter: <<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/02354/index.html?lang=de>>.

- Bundesrätliches Paket zur Bankenregulierung, Medienmitteilung vom 1. Juni 2012, abrufbar unter: <<http://www.efd.admin.ch/00468/index.html?lang=de&msg-id=44781>>.

FINMA-RUNDSCHREIBEN, abrufbar unter: <www.finma.ch>, Regulierung, Rundschreiben.

- FINMA-RS 08/10 vom 20. November 2008: Von der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht als Mindeststandard anerkannte Selbstregulierung.

FINMA, Regulierung der Produktion und des Vertriebs von Finanzprodukten ("FINMA-Positionspapier Vertriebsregeln"), abrufbar unter: <www.finma.ch>, Aktuell 2012, 24. Februar 2012: FINMA schlägt Massnahmenpaket zur Stärkung des Kundenschutzes vor.

- Madoff-Betrug und Vertrieb von Lehman-Produkten: Auswirkungen auf das Anlageberatungs- und Vermögensverwaltungsgeschäft, 2. März 2010, abrufbar unter: <www.finma.ch>, Aktuell 2010, 2. März 2010: Abschluss der Untersuchungen in den Fällen Madoff und Lehman.

SBVG – SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Richtlinien, abrufbar unter: <www.swissbanking.ch>, Publikationen, Richtlinien

- Richtlinien über die Prüfung, Bewertung und Abwicklung grundpfandgesicherter Kredite vom Oktober 2011.
- Richtlinien betreffend Mindestanforderungen bei Hypothekarfinanzierungen vom Juni 2012.

SNB – SCHWEIZERISCHE NATIONALBANK, Bericht zur Finanzstabilität 2011, abrufbar unter: <www.snb.ch>, Publikationen, Ökonomische Publikationen.

- Bankenstatistische Monatshefte, abrufbar unter: <www.snb.ch>, Publikationen, Statistische Publikationen.

I. Kontext: Die Informationspflichten der kreditgebenden Bank

1. Fragestellung

Im Jahr 2011 betrug das Kreditvolumen für inländische Hypothekarkredite rund 784 Milliarden Franken und entsprach einem Anteil von rund 80 % am gesamten Kreditgeschäft.¹ Drei Viertel davon, also fast 600 Milliarden, sind Hypothekarkredite, die an private Haushalte vergeben worden sind.² Das ist sehr viel Geld – vor allem, wenn man bedenkt, dass all dieses Geld einmal zurückbezahlt werden muss. Was aber, wenn das Geld nicht zurückbezahlt wird? Wenn der Traum vom Eigenheim platzt, wenn die Feriensiedlung leer bleibt? Kann man in diesem Fall *als Kreditnehmer* oder *als Kreditnehmerin* die Bank zur Verantwortung ziehen?

In den USA scheint dies möglich zu sein: Am 9. Februar 2012 hat die Regierung von Präsident Barack Obama mitgeteilt, sie habe mit 5 grossen US-amerikanischen Banken einen zivilrechtlichen Vergleich in Höhe von 25 Milliarden Dollar geschlossen.³ Im Wesentlichen geht es darum, die Schuldner von gescheiterten Hypothekarkrediten zu entlasten oder zu entschädigen. Die Banken wurden also in diesem Fall zur Verantwortung gezogen, allerdings hatten sie sich nach überwiegender Auffassung auch krasse Gesetzesverstösse zuschulden kommen lassen.

Der vorliegende Beitrag untersucht, welche Haftungsrisiken nach schweizerischem Recht für die kreditgebenden Banken bestehen. Dabei liegt der Fokus auf den Informationspflichten, die im Rahmen der Kreditvergabe bestehen können.⁴

¹ SNB, Bankenstatistisches Monatsheft, April 2012, S. 96 Tabelle 3A. Die Gesamtsumme des Kreditvolumens betrug zu diesem Zeitpunkt 937'135 Millionen sFr., siehe a.a.O.

² SNB, Bankenstatistisches Monatsheft, April 2012, S. 98 Tabelle 3B: 596'043 Millionen sFr.

³ Zu diesem „Foreclosure Fraud Settlement“ siehe etwa THE ECONOMIST, 18. Februar 2012, S. 60 f. (America's mortgage deal: Unsettling). Kritisch auch BLACK, Examining Lending Discrimination Practices and Foreclosure Abuses, S. 23 ff., m.w.N. zum politischen Hintergrund.

⁴ Für weitere Aspekte der "Lender's Liability" siehe etwa BERTHEAU, Die Haftung der Kreditgeberbank, S. 26 ff., 49 ff., 119 ff.; HEINZER, Responsabilité de la banque, S. 19 ff., 319 ff., 347 ff.; LÄNZLIGER, Die Haftung des Kreditgebers, S. 113 ff., 160 ff., 170 ff.; ROBERTO, Haftung der Bank, S. 93 ff. Allgemein zur Haftung der Banken bei Immobilienprojekten siehe EMMENEGGER, Haftung der Bank bei Bauprojekten, S. 37 ff.

2. Gegenstand der Information bei Immobiliarkrediten

Wenn im Vertragsrecht von Informationspflichten gesprochen wird, so versteht man darunter verschiedene Einzelpflichten, die je nach Sachverhalt einzeln oder kumuliert geschuldet sind.⁵ Dazu gehören die Auskunft, die Warnung, die Meinungsäußerung, der Rat und die Empfehlung.⁶ Eine einheitliche Typologie gibt es allerdings nicht und in etlichen Teilbereichen des Rechts werden zuweilen eigene Unterscheidungen getroffen.⁷ Das ändert allerdings nichts daran, dass es bei den Informationspflichten darum geht, den Kenntnisstand des Informationsempfängers dergestalt zu erweitern, dass dieser eine für ihn angemessene Entscheidung treffen kann.

Im Falle eines Immobiliarkredits liegt der Kern der Informationspflicht in der Aufklärung darüber, ob der Kredit für den Kreditnehmer wirtschaftlich tragbar ist. Es geht mit anderen Worten darum, ob der Kreditnehmer über genügend Mittel verfügt, um die Kosten des Kredits nachhaltig zu tragen, mit welcher Amortisationszeit er zu rechnen hat, und mit welchen (Verlust-)Risiken das zu finanzierende Immobilienprojekt insgesamt verbunden ist. Darüber hinaus können auch weitere Informationen Gegenstand der Aufklärungspflicht bilden, etwa das Wissen der Bank um Mängel des Bauobjekts, ihr Wissen über Risiken im Hinblick auf andere Projektbeteiligte oder ihr eigenes Interesse an der Abwälzung eines notleidenden Kredits auf den neuen Kreditnehmer. Ob und welche Informationen geschuldet sind, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls. Ein wichtiges Kriterium bildet dabei die Frage, ob der Kredit im Rahmen eines Beratungsvertrages vergeben wird, oder ob die Kreditvergabe ausserhalb eines solchen Kontexts erfolgte.

⁵ Zur Bedeutungsvielfalt des Begriffs "Information" siehe DRUEY, Information als Gegenstand des Rechts, S. 3 ff.

⁶ So die Typologisierung bei CHAPPUIS, La responsabilité pour information, S. 14 f.

⁷ Für das Effektenhandelsgeschäft unterscheidet THÉVENOZ, JDBF 2007, S. 21, zwischen "Information", "Rat" und "Warnung". Im Medizinalrecht trifft MANAI, SJ 2000 II, S. 348 ff., folgende Unterscheidung: Diagnose, Prognose, bekannte Risiken, therapeutische Alternativen, Therapiekosten.

II. Kreditvertrag innerhalb eines Beratungskontexts

1. Ausdrücklicher Beratungsvertrag

a) Immobiliarkredit als Teil der Anlagestrategie

Der Kreditvertrag kann ohne weiteres im Rahmen eines Anlageberatungsvertrags oder eines Vermögensverwaltungsvertrags abgeschlossen werden. In diesem Fall empfiehlt die Bank dem Kunden als Teil der Anlagestrategie, einen Kredit aufzunehmen und die neuen Mittel gemäss ihrer Empfehlung anzulegen. Auch ein Immobiliarkredit kann im Rahmen eines Beratungsverhältnisses empfohlen werden. Die Bank unterliegt dann für das gesamte Beratungsverhältnis, einschliesslich des Kreditvertrags und seiner Verwendung, der auftragsrechtlichen Aufklärungs- und Beratungspflicht.⁸

Was den Umfang dieser Pflichten angeht, so ist gemäss Bundesgericht der Kunde "hinsichtlich der Risiken der beabsichtigten Investitionen aufzuklären, nach Bedarf in Bezug auf die einzelnen Anlagemöglichkeiten sachgerecht zu beraten und vor übereilten Entschlüssen zu warnen, wobei diese Pflichten inhaltlich durch den Wissensstand des Kunden einerseits und die Art des in Frage stehenden Anlagegeschäfts andererseits bestimmt werden. Dabei obliegt dem Beauftragten namentlich auch, sich durch Befragung einlässlich über den Wissensstand und die Risikobereitschaft des Kunden zu informieren (BGE 124 III 155 E. 3a S. 162 f. mit Hinweisen). Die Anforderungen an seine Aufklärungspflicht sind höher, wenn der Auftraggeber nicht nur mit seinem Vermögen, sondern auch mit von der Bank gewährten Krediten spekuliert (BGE 133 III 97 E. 7.1.1 S. 102 f. mit Hinweisen)."⁹

Im Ergebnis hat die Bank bei der Vermögensverwaltung und bei der hier zur Diskussion stehenden Anlageberatung eine Eignungsprüfung (Suitability-Prüfung)¹⁰ vorzunehmen.¹¹ Zudem bestehen erhöhte Anforderungen an

⁸ Zur Aufklärungspflicht der Banken im Allgemeinen siehe etwa BGE 133 III 97 E. 7.1.1. S. 102 f.; BGer Urteil 4A_140/2011 vom 27. Juni 2011 E. 3.1; BGer Urteil 4C.265/2001 vom 15. Januar 2001 E. 2a.

⁹ BGer Urteil 4C.68/2007 vom 13. Juni 2008 E. 7.1. Wortgleich BGer Urteil 4A_140/2011 vom 27. Juni 2011 E. 3.1. Etwas kürzer die jüngste Formel, siehe BGer Urteil 4A_525/2011 vom 3. Februar 2012 E. 3.2.

¹⁰ Bei der Suitability-Prüfung geht es um die Erforschung der finanziellen Verhältnisse des Kunden sowie um die Beurteilung, ob eine Transaktion für einen bestimmten Kunden geeignet ist. Siehe dazu BGE 133 III 97 E. 5.4. S. 101.

¹¹ Diese Pflicht lässt sich nach expliziten Ausführungen des Bundesgericht nicht auf die börsenrechtlichen Verhaltensregeln gemäss Art. 11 BEHG stützen, siehe BGE 133 III 97

die Risikoaufklärung, wenn die Bank dem Kunden oder der Kundin im Rahmen der Anlageberatung zur Erhöhung des Investitionsvolumens eine Kreditaufnahme empfiehlt. Die gesamte Beratung hat dabei immer unter Berücksichtigung des Einzelfalls zu erfolgen.

b) Immobilienspekulation

In den Worten des Bundesgerichts besteht eine erhöhte Anforderung an die Beratungspflicht, "wenn der Kunde nicht nur mit seinem Vermögen, sondern auch mit von der Bank gewährten Krediten spekuliert."¹² Das gilt auch, wenn die Bank eine riskante Immobilieninvestition empfiehlt und dem Kunden zu diesem Zweck einen Kredit vergibt. Solche Empfehlungen dürften allerdings nicht zum Tagesgeschäft der Banken gehören, denn im Gegensatz zum unbegrenzten Angebot an spekulativen Finanzprodukten, die mittels Fremdfinanzierung erworben werden könnten, ist die Anzahl an unverbriefeten, spekulativen Immobilieninvestitionen beschränkt.

c) Langfristige Finanz- oder Vorsorgeplanung

Zu den typischen Fällen eines Immobiliarkredits als Teil eines Beratungsverhältnisses gehört der Fall, in dem die Bank mit einem Kunden eine Vorsorgeplanung oder eine langfristige Finanzplanung vornimmt. Wenn der Kauf eines privaten Eigenheims als Teil einer solchen Planung diskutiert wird und die Bank dem Kunden Umschichtungen in der zweiten und dritten Säule in Kombination mit einer Kreditaufnahme empfiehlt, so ist die Kreditvergabe Teil eines ausdrücklichen Beratungsverhältnisses. Entsprechend hat die Bank ihre Beratung mit Blick auf die subjektive und objektive Risikofähigkeit des Kunden wahrzunehmen.¹³ Sie muss in diesem Rahmen den Kunden grundsätzlich über ihre Einschätzung bezüglich der Finanzierbarkeit des immobilienbezogenen Kredits informieren. Empfiehlt sie die Investition als Teil der langfristigen Finanz- oder Vorsorgeplanung, so bejaht sie damit auch ihre Einschätzung über die Tragbarkeit des Immobiliarkredits.

E. 5.4. S. 101. Sie sind mit anderen Worten bei einem execution only-Geschäft nicht geschuldet, sondern nur bei Vorliegen eines (mindestens stillschweigenden) Beratungsvertrags.

¹² Siehe oben Fn. 9.

¹³ Zur subjektiven und objektiven Risikofähigkeit siehe etwa BGer Urteil 4A_140/2011 vom 27. Juni 2011 E. 2.1., unter Hinweis auf BGer Urteil 4C.158/2006 vom 10. November 2006 E. 3.3.1.

2. Stillschweigender Beratungsvertrag

Ein Beratungsvertrag kann auch stillschweigend abgeschlossen werden. So können die Bank und ihre Gegenpartei übereinstimmend davon ausgehen, dass die Bank eine Beraterfunktion ausüben soll, auch wenn dies nicht explizit festgehalten wird. Einen stillschweigenden Beratungsvertrag wird man etwa annehmen, wenn der Alleinerbe eines Beratungskunden mit der Bank in Kontakt tritt und die Geschäftsbeziehung von beiden Seiten nach dem bisherigen Modell weitergeführt wird.

Ein stillschweigender Beratungsvertrag kann aber auch im Rahmen eines Immobiliarkredits vorliegen, und zwar insbesondere bei den privaten Hypothekarkrediten. Wenn ein Kunde bei der Bank um einen solchen Kredit nachfragt, er zu diesem Zweck seine Vermögensverhältnisse offenlegt und er gemeinsam mit der Bank auf der Grundlage der bankinternen Objektbewertung verschiedene Finanzierungsmodelle (z.B. den Einsatz von Vorsorgegeldern) diskutiert, so kann er nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Bank im Hinblick auf die Finanzierung der Immobilie eine Beraterfunktion übernimmt. Auch die Bank geht in der Praxis regelmässig von einer Beratung aus: In vielen Banken sehen internen Abläufe vor, dass der Kundenberater oder die Kundenberaterin im Rahmen des Hypothekargeschäfts eine Finanzplanung erstellt. Meist besteht zur Unterstützung auch eine entsprechende bankinterne Software. Ob die Anlageberatung dabei noch punktueller Natur bleibt, oder ob sie umfassend erfolgt, hängt vom Einzelfall ab. Entsprechendes gilt für das Ausmass der Aufklärungspflichten. Regelmässig wird man aber das Mindestmass an Aufklärung darin sehen, dass die Bank dem Kunden ihre Einschätzung über die wirtschaftliche Tragbarkeit und über den Amortisationszeitraum des Kredits mitteilt. Im Kern bedeutet dies, dass die Bank den Kunden informiert, falls sein Kredit in die Kategorie der exception to policy-Kredite fällt und daher bei seinem Kredit aus fachkundiger Sicht ein erhöhtes Ausfallrisiko besteht.¹⁴

Dieser Punkt wird im Rahmen der Überlegungen zum Einfluss des Aufsichtsrechts auf die Informationspflichten der Bank¹⁵ näher auszuführen sein. Hier genügt der Hinweis, dass die Bank aufgrund ihrer Fachkunde zu einer solchen Risikobewertung nicht nur in der Lage, sondern dass sie zu deren Vornahme auch aufsichtsrechtlich verpflichtet ist.

¹⁴ Zu den exception to policy-Krediten siehe hinten S. 66 (Exception to policy-Kredite).

¹⁵ Siehe unten S. 66 (Einfluss des Aufsichtsrechts auf die Informationspflichten).

III. Kreditvertrag ausserhalb eines Beratungskontexts

Auch im Rahmen eines Kreditvertrags, der nicht im Zusammenhang mit einem ausdrücklichen oder stillschweigenden Beratungsverhältnis abgeschlossen wird, kann die Bank bestimmten Informationspflichten unterliegen.

1. Rat und Auskunft

Vorab ist in Erinnerung zu rufen, dass die Bank, die von sich aus Informationen kundgibt, grundsätzlich für deren Richtigkeit bzw. Vertretbarkeit einzustehen hat. So hat vor über einem Vierteljahrhundert das Bundesgericht die Haftung der Bank für eine unrichtige Auskunft bejaht.¹⁶ Die Auskunftshaftung zählt heute zu den Teilbereichen der Vertrauenshaftung, gerade auch im privaten Bankrecht.¹⁷ Beim Kreditvertrag ist die Auskunftshaftung allerdings genuin vertraglicher Natur. Dies ergibt sich aus dem "dauerschuldrechtlichen Auftragseinschlag" des Kreditvertrags.¹⁸ Wenn also der Kreditnehmer die Bank um Rat oder um Auskunft fragt und die Bank den Rat oder die Auskunft erteilt, so haftet sie bei gegebenen Voraussetzungen für die Richtigkeit bzw. die Vertretbarkeit ihrer Informationsvermittlung gestützt auf Vertrag.

2. Judizielle Fallkonstellationen

Nach Auffassung des Bundesgerichts ist der Kreditvertrag als Darlehen mit dauerschuldrechtlichem Auftragseinschlag zu verstehen.¹⁹ Das Auftragsrecht mit seiner institutionalisierten Fremdnützigkeit spielt im Kreditsynallagma mithin unabhängig vom Bestand eines umfassenden oder punktuellen Beratungsvertrags eine Rolle. Für die daraus fliessenden Informations-

¹⁶ BGE 111 II 471 E. 3 S. 474 (1985).

¹⁷ Allgemein: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, N. 959. Zum Bankenkontext siehe HEINZER, Responsabilité de la banque, S. 258 f.

¹⁸ Zum "Auftragseinschlag" siehe die Entscheide unten in Fn. 19. Allgemein zur vertraglichen Natur der Auskunftshaftung bei einem Auftragsverhältnis zwischen der Bank und ihrem Kunden siehe BGE 110 II 360 E. 5 S. 371 ff. = JdT 1985 I 130 S. 141 ff.

¹⁹ BGer Urteil 4C.410/1997 vom 23. Juni 1998 E. 3, Pra 1998 Nr. 155 S. 828. Siehe auch BGer Urteil 4C.153/2004 vom 16. Juli 2004 E. 3.1.

pflichten haben sich in der Rechtsprechung vier typische Fallkonstellationen herausgebildet:²⁰

a) Interessenkonflikte

Die erste Konstellation betrifft den Interessenkonflikt der Bank. So darf nach Lehre und Rechtsprechung die Bank "nicht für Kredite an ein gefährdetes Unternehmen werben, um damit die Rückzahlung eigener, unsicherer Ausstände zu fördern."²¹

Ein solcher Sachverhalt lag dem Entscheid vom 4. August 2005 zugrunde, der allerdings einen "gewöhnlichen" Kredit und nicht einen Immobiliarkredit betraf:²² Das von einem Ehepaar geführte Unternehmen war in ernsthafte finanzielle Schwierigkeiten geraten. Die Bank riet dem Ehepaar, im Verwandtenkreis nach Personen zu suchen, welche für die Schulden zusätzliche Sicherheiten erbringen würden. Die Schwester des Ehemannes erhielt in der Folge von der Bank einen Kredit in Höhe von rund 300'000 sFr. zur Investition in das Unternehmen ihres Bruders. Als Kreditsicherheit diente unter anderem die Wohnliegenschaft der Schwester. Die Transaktion erlaubte der Bank, ihr eigenes Kreditengagement zu reduzieren und den Kredit zugunsten des Ehepaares neu zu strukturieren. Als die Schwester im Konkurs des Unternehmens ihre Kreditforderung verlor und sich ausserstande sah, ihre eigenen Kreditausstände gegenüber der Bank zu tilgen, schritt die Bank zur Grundpfandverwertung. Das Bundesgericht entschied gegen die Rechtsöffnung zugunsten der Bank unter Hinweis auf die zur Verrechnung stehende Schadenersatzklage der Schwester. Die Bank treffe eine Warnpflicht. Dies nicht nur, weil sie sich in einem Interessenkonflikt befinde, sondern weil sie zudem die kritische finanzielle Lage des Unternehmens gekannt

²⁰ Zusammenfassung der Informationspflichten in BGer Urteil 4C.410/1997 E. 3c vom 23. Juni 1998, Pra 1998 Nr. 155 S. 828 f. Siehe auch BGer Urteil 4A_513/2010 vom 30. August 2011 E. 7.1 (nicht abgedruckt in BGE 137 III 453). Für die Doktrin siehe EMMENEGGER, Haftung der Bank bei Bauprojekten, S. 41 ff.; ROBERTO, Haftung der Bank, S. 110 ff.

²¹ BGer Urteil 4C.410/1997 E. 3b vom 23. Juni 1998, Pra 1998 Nr. 155 S. 830, m.w.N. Siehe auch BGer Urteil 4C.82/2005 vom 4. August 2005 E. 6.2 und BGer Urteil 4A_513/2010 vom 30. August 2011 E. 7.1. ("la banque ne doit pas encourager les crédits à une entreprise en danger dans le but de favoriser le remboursement de ses propres créances incertaines."). Für die Doktrin etwa ROBERTO, Haftung der Bank, S. 114 f.; SCHÄRER/MAURENBRECHER, Basler Kommentar, N. 68a zu Art. 312 OR.

²² BGer Urteil 4C.82/2005 vom 4. August 2005.

habe: "Le devoir de loyauté de la banque lui imposait donc d'informer de manière particulièrement claire la future emprunteuse sur le caractère hautement risqué de l'opération qu'elle s'apprêtait à conclure [...]".²³

Einen Interessenkonflikt mit entsprechender Warnpflicht bejahte in einem anderen Fall das Handelsgericht des Kantons Aargau.²⁴ Hier gewährte die Bank dem Käufer einer Bauparzelle einen Baukredit. Die Parzelle war Teil eines grösseren Areals, das seinerseits mit Grundpfandforderungen der Bank belastet war. Die Bauunternehmerin und Grundeigentümerin bewirkte durch Fehlallokationen zulasten des Baukreditnehmers eine teilweise Rückführung des Grundpfanddarlehens. Das Gericht hielt es als erwiesen, dass die Bank "von einem kritischen Augenblick an nur noch die eigenen Interessen im Auge hatte und für die ihr ebenfalls obliegende Wahrung der Interessen des Klägers blind war."²⁵

Der deutsche BGH hat einen Interessenkonflikt und einen konkreten Wissensvorsprung bejaht im Falle einer Bank, die als Hauptgläubigerin eines Bauunternehmens Kenntnis von dessen Konkursreife hatte und dies gegenüber dem kreditsuchenden Projektübernehmer verschwiegen.²⁶ Er sah in diesem Schweigen eine Verletzung der Aufklärungspflicht. Gleich verhielt es sich im Fall der Bank, die dem bereits erheblich verschuldeten Bauherrn unzureichend gesicherte Kredite gewährt hatte und die gleichzeitig wusste, dass die Musterverträge für den Erwerb der einzelnen Wohneinheiten irreführend gestaltet waren. Sie durfte ihren Wissensstand gegenüber dem kreditsuchenden Käufer nicht verschweigen.²⁷

Offenlegungspflichten gelten aber auch im Verkehr zwischen Geschäftsbanken. So darf der "lead manager" eines Konsortialkredits nicht verschweigen, dass der Kredit lediglich zur Ablösung des eigenen notleidenden Kredits dient.²⁸

Die vorgenannten Entscheide verdeutlichen, dass ein Interessenkonflikt der Bank nicht schon dann besteht, wenn ihr Kredit der Finanzierung eines Immobilienprojekts dient, bei dem sie bereits kreditmässig engagiert ist. Auch

²³ BGer Urteil 4C.82/2005 vom 4. August 2005 E. 6.4.

²⁴ HGer Aargau, Urteil vom 3. Dezember 1975, in: SJZ 1976, S. 380 ff. (383 f.).

²⁵ HGer Aargau, Urteil vom 3. Dezember 1975, in: SJZ 1976, S. 380 ff. (384).

²⁶ BGH, Urteil vom 27. November 1990 E. II/1b, NJW 1991, S. 693 f. (694).

²⁷ BGH, Urteil vom 24. April 1990 E. II/1b, WM 1990, S. 920 ff. (923 f.).

²⁸ BGer Urteil 4C.192/1998 vom 19. April 2000 E. 2b. Im Entscheidfall wurde ein solcher Interessenkonflikt aber verneint.

genügt es nicht, dass sie durch die (neue) Finanzierung in ihrem bestehenden Kreditengagement in allgemeiner Weise besser gestellt wird, etwa, weil ihr Darlehen umfangmässig reduziert oder mit zusätzlichen Sicherheiten unterlegt wird. Ein informationspflichtiger Interessenkonflikt besteht hingegen dann, wenn die Bank mit einem Kreditausfall rechnet oder rechnen muss, und ihre neue Kreditvergabe dazu dient, das eigene Kreditrisiko auf den neuen Kreditnehmer abzuwälzen.

b) Wissensvorsprung

Die zweite Konstellation betrifft den Wissensvorsprung der Bank. Weiss die Bank aufgrund eines fachspezifischen Wissensvorsprungs um die hohen wirtschaftlichen Risiken eines Immobilienprojekts, und muss sie gleichzeitig damit rechnen, dass der Kunde diese Risiken nicht erkennt, so trifft sie eine Informationspflicht.²⁹

Der Wissensvorsprung spielt bereits im Rahmen der Interessenkonflikte eine massgebliche Rolle.³⁰ Denn die Bank, der ein Kreditausfall droht und die deshalb ihr Risiko auf einen neuen Kreditnehmer abwälzt, weiss offensichtlich mehr als der neue Kreditnehmer, der in das (notleidende) Projekt investieren will. Wäre es anders, entfiere die Aufklärungspflicht, denn "Aufklärung füllt Lücken im Wissen, und wo kein Loch ist, gibt es nichts zu füllen."³¹ Daneben gibt es aber auch Konstellationen, in denen der Wissensvorsprung für sich alleine zu einer Informationspflicht führt, weil entweder kein Interessenkonflikt besteht oder er jedenfalls nicht schwer genug wiegt, als dass man daraus eine Informationspflicht ableiten könnte.

Von einem aufklärungspflichtigen Wissensvorsprung geht der deutsche BGH aus, wenn die Bank weiss, dass der Preis einer Eigentumswohnung, für deren Kauf der Kredit beantragt wird, doppelt so hoch ist wie ihr Marktwert.³² In einem solchen Fall muss die Bank von einer Übervorteilung des Kreditnehmers durch den Liegenschaftsverkäufer ausgehen, weshalb sie ei-

²⁹ BGer Urteil 4C.410/1997 vom 23. Juni 1998 E. 3c, Pra 1998 Nr. 155 S. 830.

³⁰ So etwa die Konstellation in folgenden Entscheidungsfällen: BGer Urteil 4C.82/2005 vom 4. August 2005 E. 6.4; BGH, Urteil vom 27. November 1990 E. II/2b und 3, NJW 1991, S. 693 f. (694); BGH, Urteil vom 24. April 1990 E. II/1b und 1c, WM 1990, S. 920 ff. (923 f.); BGH, Urteil vom 28. April 1992 E. II/2b, NJW 1992, S. 2146 ff. (2147).

³¹ VON BÜREN/WALTER, ZBJV 143/2007, S. 500.

³² BGH, Urteil vom 6. November 2007, NJW 2008, S. 644 ff. (646 Rdnr. 34); BGH, Urteil vom 20. Januar 2004, NJW-RR 2004, S. 1126 ff. (1128 Rdnr. 4), m.w.N.; BGH, Urteil vom 10. Oktober 2003 E. II/5b/aa, NJW 2004, S. 154 ff. (156), m.w.N.

ne entsprechende Aufklärungspflicht trifft.³³ Eine Aufklärungspflicht besteht zudem, wenn die Bank weiss oder wissen muss, dass der Kreditnehmer über das zu finanzierende Immobilienprojekt vom Verkäufer oder Vertreter arglistig getäuscht wird,³⁴ oder generell, wenn die Bank Kenntnis von Manipulationen oder erhebliche Zweifel an der Vertrauenswürdigkeit der Projektinitiatoren hegt oder hegen muss.³⁵

Aufklärungspflichtig ist nach Auffassung des BGH ein Wissensvorsprung zudem in folgenden Fällen:³⁶ Die Bank ist im Besitz eines dem Kreditnehmer nicht zugänglichen Gutachtens, das versteckte Baumängel beanstandet,³⁷ die Bank weiss um die Unsicherheit der Finanzierung eines Bauvorhabens oder des Nichtvorhandenseins des notwendigen Baulandes,³⁸ die Bank weiss, dass das von ihr finanzierte Projekt mit grosser Wahrscheinlichkeit objektiv unmöglich ist,³⁹ oder sie weiss um die Vermögenslosigkeit der von ihr finanzierten Initiatorengruppe und um die Tatsache, dass das gesamte Immobilienprojekt von ihren eigenen Entscheidungen abhängt.⁴⁰

c) Erkennbarer Beratungsbedarf

Die dritte Konstellation betrifft den erkennbaren Beratungsbedarf des Kunden. Kann die Bank bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennen, dass der Kunde eine bestimmte, mit der Finanzierung zusammenhängende Gefahr

³³ Das deutsche Recht kennt für die Übervorteilung (Art. 21 OR) keine eigene Gesetzesbestimmung. Diese Fälle werden unter die Sittenwidrigkeit subsumiert (§ 138 Abs. 1 BGB). Daher sprechen die deutschen Gerichte von einer "sittenwidrigen Übervorteilung".

³⁴ BGH, Urteil vom 5. Juli 2011, WM 2011, S. 2088 ff. (2089 Rdnr. 18), m.w.N.; BGH, Urteil vom 21. September 2010, NZG 2010, S. 1347 ff. (1348 f. Rdnr. 17), m.w.N.; Siehe auch BGH, Urteil vom 1. Juni 1989 E. II./3a, NJW 1989 S. 2879 ff. (2880; fahrlässige Unkenntnis der Täuschung seitens der Bank genügt).

³⁵ So der Sachverhalt in BGH, Urteil 1. Juni 1989, NJW 1989, S. 2879 ff. (Rückzahlungsanspruch der Bank wurde abgelehnt).

³⁶ Die Beispiele finden sich auch bei EMMENEGGER, Haftung der Bank bei Bauprojekten, S. 43 f., mit Hinweisen auf einschlägige Literatur.

³⁷ BGH, Urteil vom 21. Januar 1988 E. III/2a, NJW 1988, S. 1583 ff. (1584; als *obiter dictum*).

³⁸ BGH, Urteil vom 24. April 1990 E. II/1b, WM 1990, S. 920 ff. (923; kombiniert mit einem Interessenkonflikt, siehe dazu bereits oben Fn. 27).

³⁹ BGH, Urteil vom 25. April 1985 E. III, WM 1985, S. 993 ff. (994 f.; Aufklärungspflicht in diesem Fall nicht abschliessend geprüft).

⁴⁰ BGH, Urteil vom 28. April 1992 E. II/2b, NJW 1992, S. 2146 ff. (2147).

nicht erkannt hat, so ist sie gehalten, ihn über diese Gefahr aufzuklären.⁴¹ Umso mehr wird man von einer Informationspflicht ausgehen, wenn der unerfahrene Kunde erkennbar auf Auskunft, Rat oder Aufklärung durch die fachkundige Bank vertraut,⁴² wobei diese Konstellation nach heutigem Verständnis durch die allgemeine Haftung für Rat und Auskunft bereits abgedeckt ist und auch von erfahrenen Kunden geltend gemacht werden kann, sofern sie nach Treu und Glauben effektiv auf die Auskunft vertrauen konnten.⁴³

Einen erkennbaren Beratungsbedarf wird man bejahen, wenn das Finanzierungspaket für den Hypothekarkredit der Wohnliegenschaft neben der Festhypothek und der variablen Hypothek auch Zinsswaps oder gar Optionen auf Zinsswaps enthält.⁴⁴ Hingegen hat das Bundesgericht zu Recht entschieden, dass Aufklärungspflichten im Hinblick auf steigende oder mindestens konstante Bodenpreise nur dann – und wirklich nur dann – bestehen, wenn die Erwartungen des unerfahrenen Kreditnehmers klarerweise unrealistisch sind.⁴⁵

d) Besonderes Vertrauensverhältnis

Die vierte Konstellation betrifft das besondere Vertrauensverhältnis zwischen der Bank und dem Kunden. Besteht ein solches Vertrauensverhältnis, so kann ein Kunde, der für ein Immobilienprojekt einen Kredit beantragt, nach Treu und Glauben auch unaufgeforderte Beratung und Abmahnung erwarten.⁴⁶ Die Grundlage für das Vertrauensverhältnis sieht das Bundesgericht insbesondere in einer langjährigen Geschäftsbeziehung.⁴⁷

⁴¹ Vgl. BGer Urteil 4C.410/1997 vom 23. Juni 1998 E. 3b, Pra 1998 Nr. 155 S. 829.

⁴² Vgl. BGer Urteil 4C.410/1997 vom 23. Juni 1998 E. 3c, Pra 1998 Nr. 155 S. 829 f.

⁴³ Zur allgemeinen Haftung für Rat und Auskunft siehe oben S. 48 (Rat und Auskunft).

⁴⁴ Zu den Aufklärungspflichten bei spekulativen Zinswährungsswapgeschäften nach deutschem Recht siehe etwa OLG Stuttgart, 14. Dezember 2011 (9 U 11/11), in: WM 2012, S. 890 ff.

⁴⁵ BGer Urteil 4C.410/1997 vom 23. Juni 1998 E. 4b, Pra 1998 Nr. 155 S. 831.

⁴⁶ BGer Urteil 4C.410/1997 vom 23. Juni 1998 E. 3b, Pra 1998 Nr. 155 S. 829. Im Zusammenhang mit Bauprojekten siehe weiter: BGer Urteil 4C.166/2000 vom 8. Dezember 2000, E. 5b/dd. Generell für die kontorelevanten Verfügungen: BGE 133 III 97 E. 7.1.2. S. 103.

⁴⁷ BGer Urteil 4C.166/2000 vom 8. Dezember 2000, E. 5b/dd.

3. Der Grundsatz der Selbstverantwortung

Dass Lehre und Rechtsprechung den Kreditvertrag nicht auf das blosse Kreditsynallagma reduzieren, sondern dass im Rahmen eines solchen Vertrages Informationspflichten bestehen, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass im Ausgangspunkt der Kreditnehmer sowohl seine Investitionsentscheidung als auch seine Entscheidung zur Fremdfinanzierung selbstverantwortlich treffen muss. "Le banquier n'est pas le tuteur de son client" – so lautet das Verdikt des Bundesgerichts.⁴⁸ In der Sache heisst dies, dass die Bank grundsätzlich nicht gehalten ist, den Kreditbedarf und die Verwendungsabsichten des Kunden zu hinterfragen und sie auf deren sachliche Rechtfertigung und Zweckmässigkeit zu überprüfen.⁴⁹

Auch die deutschen Gerichte verlangen eine Risikoaufklärung der Bank über das zu finanzierende Geschäft nur bei besonderen Umständen. Die meisten Urteile ergingen im Zusammenhang mit kreditfinanzierten Eigentumswohnungen und Immobilienfondsanteilen, die als Steuersparmodelle angepriesen wurden, und die den betroffenen Steuersparern riesige Verluste bescherten – weshalb man diese Fälle häufig unter dem Titel "Schrottimobilien" zusammenfasst.⁵⁰ Der deutsche BGH hält im Zusammenhang mit den Aufklärungspflichten der kreditgebenden Bank standardmässig fest:

„Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist eine kreditgebende Bank bei steuersparenden Bauherren-, Bauträger- und Erwerberrmodellen zur Risikoaufklärung über das finanzierte Geschäft nur unter ganz besonderen Voraussetzungen verpflichtet. Sie darf regelmäßig davon ausgehen, dass die Kunden entweder über die notwendigen Kenntnisse oder Erfahrungen verfügen oder sich jedenfalls der Hilfe von Fachleuten bedient haben. Aufklärungs- und Hinweispflichten bezüglich des finanzierten Geschäfts können sich daher nur aus den besonderen Umständen des konkreten Einzelfalls ergeben. Dies kann der Fall sein, wenn die Bank im Zusammenhang mit der Planung, der Durchführung oder dem Vertrieb des Projekts über ihre Rolle als Kreditgeberin hinausgeht, wenn sie einen zu den allgemeinen wirtschaftlichen Risiken hinzutretenden besonderen Gefährdungstatbestand für den Kunden schafft oder dessen Entstehung begünstigt, wenn sie sich im Zusammenhang mit Kreditgewährungen sowohl an den Bauträger als auch an einzelne Erwerber in schwerwiegende Interessenkonflikte verwickelt oder wenn sie in

⁴⁸ Siehe BGer Urteil 4C.108/2002 vom 23. Juli 2002 E. 2b (Börsentransaktionen); BGer Urteil 4C.82/2005 vom 4. August 2005 E. 6.2 (Familieninterne Unterstützung); BGer Urteil 4C.366/2004 vom 4. November 2005, E. 3.1. (Haftung als Depotbank); BGer Urteil 4A_513/2010 vom 30. August 2011 E. 7.1., nicht abgedruckt in BGE 137 III 453 (Immobilienfinanzierung).

⁴⁹ So der Leitentscheid: BGer Urteil 4C.410/1997 vom 23. Juni 1998 E. 3c, Pra 1998 Nr. 155 S. 829.

⁵⁰ Für einen Überblick siehe NOBBE, WM Sonderbeilage zu Heft 47/2007, S. 27 ff.

Bezug auf spezielle Risiken des Vorhabens einen konkreten Wissensvorsprung vor dem Darlehensnehmer hat und dies auch erkennen kann."⁵¹

4. Jüngstes Urteil

Auch der jüngste Entscheid des Bundesgerichts vom 30. August 2011 liegt auf der bisherigen Linie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und dem dort vertretenen Grundsatz der Selbstverantwortung des Kreditnehmers.⁵² Dem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde: Zwei Brüder, Landwirte und Winzer aus dem Wallis, hatten von der Bank Kredite in Höhe von je 7.5 Millionen sFr. erhalten. Diese Kredite dienten im Wesentlichen der Finanzierung von Immobilienprojekten in Portugal und in Spanien. Die Projekte scheiterten. In der Folge forderte die Bank von den Brüdern ausstehende Kredit- und Zinsschulden von je über 12 Millionen sFr.

Im Rahmen der gerichtlichen Auseinandersetzung machten die Brüder einredeweise geltend, die Bank schulde ihnen Schadenersatz in Höhe der ausstehenden Kreditschuld. Die Bank habe Informationspflichten verletzt, weil sie die Brüder nicht auf die Diskrepanz zwischen ihrem Jahreseinkommen von je rund 100'000 sFr. und der jährlichen Zinslast von je über 500'000 sFr. hingewiesen habe. Eine Verletzung der Informationspflicht liege zudem darin, dass die Bank sie – Winzer aus dem Wallis und unerfahren im Bereich der Immobilienpromotion – nicht vor dem anvisierten Immobilienprojekt gewarnt habe.⁵³

Das Bundesgericht hat diese Gegenforderung aus folgenden Erwägungen nicht geschützt: (1) Immobiliarkredite sind bankfremde Geschäfte; insoweit verfügte die Bank über keine besonderen Kenntnisse, die eine Informationspflicht auslösen würde. Im Übrigen wurden ihr von den Kreditnehmern auch keine weiteren Informationen über die Verwendung des Kredits zur Verfügung gestellt. Hinzu kommt, dass die Kreditnehmer von anderer

⁵¹ BGH, Urteil vom 16. Mai 2006, BGHZ 168, 1 = NJW 2006, S. 2099 ff. (2103 f. Rdnr. 41), m.w.N. Gleich auch BGH, Urteil vom 6. November 2007, NJW 2008, S. 644 ff. (646 Rdnr. 30); BGH, Urteil vom 21. September 2010, NZG 2010, S. 1347 ff. (1348 f. Rdnr. 17); BGH, Urteil vom 30. November 2010, NJW-RR 2011, S. 327 ff. (328 Rdnr. 13). Ähnlich: BGH, Urteil vom 5. Juli 2011, WM 2011, S. 2088 (2089 Rdnr. 18); BGH, Urteil vom 1. März 2011, BeckRS 2011, 08249 Rdnr. 29.

⁵² BGer Urteil 4A_513/2010 = BGE 137 III 453 (amtliche Publikation nur im Rahmen der Präzisierung der Rechtsprechung über die Höhe des Verzugszinses, E. 5.1).

⁵³ BGer Urteil 4A_513/2010 vom 30. August 2011 E. 7.

Seite professionell beraten wurden.⁵⁴ (2) Das Verhältnis zwischen Kredit und Einkommen (loan-to-income-ratio) spielt im vorliegenden Fall keine Rolle. Die Diskrepanz ist so augenfällig, dass sich eine Warnung erübrigt. Zudem ist für die Frage einer allfälligen Informationspflicht auch das vorhandene Vermögen in Rechnung zu stellen, das im Entscheidfall aus einem ansehnlichen Grundbesitz besteht.⁵⁵

Schliesslich hat sich das Bundesgericht in dieser Entscheidung auch von Lehrmeinungen – insbesondere derjenigen von FRANÇOIS CHAUDET⁵⁶ – distanziert, die für den Kreditvertrag weitgehende Aufklärungspflichten vorsehen.⁵⁷ Damit einher geht eine implizite Relativierung eines früheren Urteils, bei dem das Bundesgericht festgehalten hatte, die Bank müsse bei einem privaten Immobiliarkredit die Vermögens- und Einkommenslage der Kunden überprüfen, die öffentlichen Register konsultieren und sich über die Verwendung des Kredits ins Bild setzen.⁵⁸ Auf dieses Urteil nimmt das Gericht in seinem "Winzer-Entscheid" und der dort in Frage stehenden kommerziellen Investition allerdings nicht Bezug. Daher wird man für den Bereich der privaten Immobiliarkredite nicht ohne weiteres davon ausgehen dürfen, diese Rechtsprechung sei insgesamt überholt.

IV. Sonderfragen

1. Schadensberechnung

Dass die Verletzung von Informationspflichten Schadenersatzforderungen auslöst, ist unbestritten. Fraglich ist, wie die Schadensberechnung vorzunehmen ist. Im Kontext der Vermögensverwaltung und der Anlageberatung ist der Schadenersatz nach überwiegender Auffassung auf das positive Interesse gerichtet.⁵⁹ Allerdings besteht bei den Informationspflichten die Besonderheit, dass sich das positive und das negative Interesse decken können: Für das positive Interesse stellt man auf den Vermögenstand ab, der bei kor-

⁵⁴ Vgl. BGer Urteil 4A_513/2010 vom 30. August 2011 E. 7.2 und 7.3.1.

⁵⁵ BGer Urteil 4A_513/2010 vom 30. August 2011 E. 7.3.2.2 (Diskrepanz) und E.7.2 (Grundbesitz).

⁵⁶ Siehe CHAUDET, ZSR 113/1994 II, S. 60 ff.

⁵⁷ BGer Urteil 4A_513/2010 vom 30. August 2011 E. 7.3.1.

⁵⁸ BGer Urteil vom 31. Oktober 1997 E. 3a, in: RVJ 1999, S. 217.

⁵⁹ Siehe dazu B. CHAPPUIS, La détermination du dommage, S. 84 f.; ROSAT, Anlageschaden, S. 128 ff.

rekter Vertragserfüllung bestehen würde. Zieht man aber für die korrekte Vertragserfüllung den Schluss, dass der Kunde gestützt auf die Information auf den Vertragsabschluss verzichtet hätte, so entspricht dies gleichzeitig der Figur des negativen Interesses.⁶⁰ Gerade bei den Fällen der Kreditvergabe wird die Annahme eines Vertragsverzichts den Regelfall bilden. Ungeachtet der Zuordnung zum positiven oder zum negativen Interesse oder gar der Verwendung weiterer Rechtsfiguren (z.B. "Richtigkeitsinteresse"⁶¹, "Integritätsinteresse"⁶²) ist es richtig, bei der Schadensberechnung als Folge einer Informationspflichtverletzung den Informationsempfänger so zu stellen, wie wenn er korrekt informiert worden wäre.

Auf dieser Grundlage hat das Bundesgericht die Schadenersatzforderung der Kreditnehmer im Entscheid vom 30. August 2011 beurteilt: "[L]e dommage équivaut à la différence entre l'état actuel du patrimoine et son état (hypothétique) tel qu'il serait si le devoir d'information avait été observé."⁶³ Angewendet auf die Verletzung von Informationspflichten beim Kreditgeschäft entspricht der hypothetische Vermögensstand dem Vermögen ohne die Belastung durch die Kreditschuld. Der aktuelle Vermögensstand entspricht den vorhandenen Vermögenswerten, also etwa die bereits gebauten Immobilien und allfällige Erträge daraus. Der aktuelle Vermögensstand darf mithin nicht automatisch auf Null veranschlagt werden. Da im Entscheidfall die Kreditnehmer zum aktuellen Vermögensstand keine Ausführungen machten, erachtete das Bundesgericht den Schadensnachweis als nicht erbracht.⁶⁴

Das ist eine strenge Haltung, denn angesichts der ausstehenden Kreditschuld als Folge des Scheiterns der Immobilienprojekte hätte der aktuelle Vermögensstand kaum zu einer massgeblichen Verminderung des Schadens geführt. Dem Bundesgericht ist aber darin zuzustimmen, dass der Schaden sich nicht in der Kreditschuld erschöpft, sondern dass noch vorhandene Gegenwerte und die daraus bezogenen Erträge daran anzurechnen sind.

⁶⁰ Zur Überschneidung: ROSAT, Anlageschaden, S. 128; EMMENEGGER, Devoir d'information, S. 82.

⁶¹ So etwa WEBER, Anlageschäden, S. 139 f.

⁶² ABEGGLEN, Aufklärungspflichten, S. 86. Kritisch zur Figur des Integritätsinteresses: ROSAT, Anlageschaden, S. 30 ff.

⁶³ BGer Urteil 4A_513/2010 vom 30. August 2011 E. 7.4.2.

⁶⁴ Vgl. BGer Urteil 4A_513/2010 vom 30. August 2011 E. 7.4.2.

2. Informationspflicht und Bankgeheimnis

Die Offenlegung von Interessenkonflikten oder die Kundgabe von Wissen, über welche die Bank kraft ihrer besonderen Stellung verfügt, kann den Vertraulichkeitsanspruch anderer Bankkunden berühren. Die Geheimniswahrungspflicht ist eine vertragliche Nebenpflicht der Bank, sie gilt aber auch unabhängig von einer vertraglichen Grundlage gestützt auf Art. 28 ZGB, womit die Vertraulichkeit insbesondere auf die Phasen vor und nach Vertragsbeendigung ausgedehnt wird. Auch das Datenschutzgesetz verpflichtet die Bank zur Geheimniswahrung. Schliesslich enthält das Bankengesetz mit Art. 47 eine strafbewehrte Norm zum Schutz des Bankgeheimnisses.⁶⁵

Mit Blick auf die Haftung der kreditgebenden Bank stellt sich die Frage der Anspruchskollision vor allem in vertraglicher und strafrechtlicher Hinsicht. Vorab ist aber festzuhalten, dass die Bank mit Blick auf die Weitergabe von Informationen über einen gewissen Ermessensspielraum verfügt. Nicht jede Information ist gleichzeitig eine Bankgeheimnisverletzung. Die Bank ist gehalten, die ihr zur Verfügung stehenden Spielräume im Hinblick auf ihre doppelte Pflichtenbindung zu nutzen.

a) Vertragsrecht

Vertragsrechtlich gesehen sind die Informationspflicht gegenüber dem kreditnehmenden Kunden und die Geheimniswahrungspflicht gegenüber einem anderen Bankkunden gleichrangig. Die Bank kann sich daher nicht auf die eine Pflicht berufen, um die andere zu verletzen.

Unterlässt es die Bank, dem kreditnehmenden Kunden die geschuldete Information – etwa hinsichtlich eines Interessenkonflikts oder hinsichtlich ihr bekannter versteckter Projektängel – zu übermitteln, so stellt sich die Frage einer Schadenersatzforderung infolge positiver Vertragsverletzung (Art. 97 OR). Die erste Voraussetzung ist ohne weiteres erfüllt: Ist die Information geschuldet und wird sie nicht erbracht, so ist der Vertrag verletzt. Der Verletzungstatbestand kennt keine Ausnahmen; anders als etwa für die unerlaubte oder die strafbare Handlung gibt es keinen Rechtfertigungsgrund, der die Vertragsverletzung aufheben würde. Inwieweit die Verletzung der Informationspflicht adäquat kausal einen Schaden verursacht hat, ist im Einzelfall zu prüfen. Unstreitig wird aber ein Schaden vorliegen, wenn

⁶⁵ Für die Einzelheiten siehe EMMENEGGER/ZBINDEN, Aufhebung des Bankgeheimnisses, S. 202 ff.

man zum Schluss kommt, dass bei gehöriger Information der Kreditvertrag nicht abgeschlossen worden wäre. Was das Verschulden angeht, so dürfte es der Bank kaum gelingen, sich zu exkulpieren. Schliesst sie einen Kreditvertrag ab, obwohl sie weiss oder wissen muss, dass daraus für sie eine Pflichtenkollision entsteht, und entscheidet sie sich sodann zugunsten der Geheimnispflicht auf Kosten der Informationspflicht, so liegt darin ein vorwerfbares Verhalten. Dies gilt auch dann, wenn die "Gegenpflicht" nicht nur vertragsrechtlich geschuldet, sondern strafrechtlich geahndet wird. Der Straftatbestand führt nicht dazu, dass die Bank entschuldbar handelt. Denn sie kann die strafbare Handlung jederzeit vermeiden, indem sie auf den (zweiten) Kreditvertrag verzichtet oder vom bestehenden Kunden und Geheimnisherrn die Einwilligung zur Datenweitergabe einholt. Im Ergebnis wird also die Bank gestützt auf Art. 97 OR schadenersatzpflichtig.

Bei der Geheimniswahrungspflicht gegenüber dem anderen Kunden besteht eine spiegelbildliche Rechtslage: Die Bank kann sich nicht erfolgreich auf ihre Informationspflicht berufen, um dem Schadenersatzanspruch des Kunden (Geheimnisherrn) im Sinne von Art. 97 OR zu entgehen. Hingegen unterscheidet sich der Fall des Kunden mit Vertraulichkeitsanspruch vom Kunden mit Informationsanspruch dadurch, dass ersterer ohne weiteres in die Aufhebung des Geheimnisschutzes einwilligen kann. Beim Informationsanspruch im Rahmen der Kreditvergabe fällt ein Verzicht dagegen ausser Betracht: Damit die Einwilligung gültig ist, muss sie informiert erfolgen, was in den Fällen des Interessenkonflikts und des Wissensvorsprungs die Übermittlung genau dieser Information voraussetzt.

b) Strafrecht

Strafrechtlich relevant wird die Kollision von Informationspflicht und Geheimnispflicht nur dann, wenn die Bank ihren Informationspflichten Priorität einräumt und diese zulasten der Geheimnispflicht erfüllt.

Art. 47 BankG stellt die Offenbarung von Kenntnissen, die sich aus der geschäftlichen Beziehung der Bank zu ihrem Kunden ergeben, unter Strafe. Die Bank, die im Rahmen einer Kreditvergabe ihren Kreditnehmer über andere Geschäftsbeziehungen informiert, begeht grundsätzlich eine Bankgeheimnisverletzung. Fraglich ist, ob die Bank allenfalls einen Rechtfertigungsgrund oder einen Entschuldigungsgrund geltend machen kann. Massgeblich sind dafür die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches, auf die Art. 47 Abs. 6 BankG ausdrücklich verweist.

Der allgemeine Teil des Strafgesetzbuches nennt drei Rechtfertigungsgründe: Die von Gesetzes wegen erlaubte Handlung (Art. 14 StGB), die rechtfertigende Notwehr (Art. 15 StGB) und den rechtfertigenden Notstand (Art. 17 StGB). Hinzu kommen die anerkannten aussergesetzlichen Rechtfertigungsgründe, namentlich die Einwilligung des Verletzten, das erlaubte Risiko und die Wahrnehmung berechtigter Interessen.⁶⁶ Auf der Verschuldensebene greifen sodann die entschuldbare Notwehr (16 StGB) und der entschuldbare Notstand (Art. 18 StGB).⁶⁷

Das erlaubte Risiko bezieht sich auf technische Anlagen und ist im vorliegenden Kontext ohne Relevanz.⁶⁸ Für die Notwehr (Art. 15, Art. 16 StGB) fehlt es an einem Angriff. Auch die von Gesetzes wegen erlaubte Handlung (Art. 14 StGB) kommt nicht in Betracht. Zwar ist die Informationspflicht gegenüber dem anderen Kunden obligationenrechtlich (gesetzlich) geschuldet. Art. 14 StGB scheitert aber daran, dass die Pflichtenkollision durch einen freiwilligen (weiteren) Vertragsabschluss seitens der Bank entstanden ist. Ähnlich verhält es sich beim Notstand (Art. 17, Art. 18 StGB) und bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen. Sie setzen einen Interessenvorrang zugunsten des anderen Rechtsguts/der anderen Rechtspflicht voraus. Die Erfüllung einer (freiwillig eingegangenen) Vertragspflicht vermag aber einen solchen Interessenvorrang nicht zu begründen. Anders gesagt: Es gibt kein schützenswertes Interesse an einem Vertragsabschluss, für dessen Erfüllung man die Verletzung eines Straftatbestandes in Kauf nimmt.

Ein gültiger Rechtfertigungsgrund liegt demgegenüber in der Einwilligung des geheimnisgeschützten Kunden. Die Bank kann mit dem Kunden vereinbaren, dass Aspekte seiner Geschäftsbeziehung zur Bank gegenüber einem anderen Kunden offengelegt werden.⁶⁹ Anders als im Zivilrecht, wo die Einwilligung auch nachträglich erfolgen kann (Genehmigung), muss im

⁶⁶ Siehe hierzu KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, Grundriss Strafgesetzbuch AT, Rz. 705 ff. und 726 ff. Ähnlich auch SEELMANN, Strafrecht AT, S. 63 ff. Im Ergebnis auch EMMENEGGER/ZBINDEN, Aufhebung des Bankgeheimnisses, S. 216, 221 ff., 253 ff., 275 ff. (Notwehr, Notstand und Wahrnehmung berechtigter Interessen unter dem Titel des Interessenvorrangs zusammengefasst).

⁶⁷ Siehe dazu KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, Grundriss Strafgesetzbuch AT, Rz. 718 ff.

⁶⁸ Zum erlaubten Risiko siehe KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, Grundriss Strafgesetzbuch AT, Rz. 729.

⁶⁹ Für Einzelheiten, insbesondere hinsichtlich eines Verzichts in den AGB, siehe EMMENEGGER/ZBINDEN, Aufhebung des Bankgeheimnisses, S. 230 ff.

Strafrecht allerdings die Einwilligung zwingend *vor* der Geheimnisverletzung erfolgen, um einen gültigen Rechtfertigungsgrund zu bilden.⁷⁰

IV. Die Rolle des Aufsichtsrechts

Die Immobilienfinanzierung ist nicht nur eine Materie des Bankprivatrechts, sondern auch eine Materie des Bankaufsichtsrechts. Es stellt sich daher die Frage, ob und welche Auswirkungen die aufsichtsrechtlichen Regeln auf das privatrechtlich geregelte Kreditgeschäft haben.

1. Kontrast zwischen Privatrecht und Aufsichtsrecht

Bankaufsichtsrecht und Bankprivatrecht nehmen bei der Immobilienfinanzierung unterschiedliche Perspektiven ein:

Nach Auffassung der I. Zivilabteilung ist der Immobiliarkredit – anders als etwa die Wertpapieranlage – "dem Wesen nach bankfremd"⁷¹. Dies gilt selbst dann, wenn es sich um eine Bank handelt, deren Hauptaktivität in der Vergabe von Immobiliarkrediten liegt.⁷² Daraus folgert das Bundesgericht, dass die Bank grundsätzlich nicht verpflichtet ist, unaufgefordert die Wirtschaftlichkeit des Projekts zu überprüfen.⁷³ Dies umso mehr, als die Bank nach Auffassung des Gerichts meist gar nicht in der Lage ist, diese Prüfung durchzuführen.⁷⁴

Diametral anders verhält es sich im Aufsichtsrecht. Die Immobilienfinanzierung gehört zum Kernbereich des Bankgeschäfts. Fehlstrukturen bei der

⁷⁰ Vgl. BGer Urteil 6S.835/1999 vom 5. April 2000 E. 1c/bb, BGE 124 IV 258 E. 3 S. 261; STRATENWERTH, Strafrecht AT, § 10 N. 23; KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, Grundriss Strafgesetzbuch AT, Rz. 728.

⁷¹ BGer Urteil 4C.410/1997 vom 23. Juni 1998 E. 4a, Pra 1998 Nr. 155 S. 830. Siehe auch BGer Urteil 4A_513/2010 vom 30. August 2011 E. 7.3.1 (keine "affaires à connotation bancaire stricto sensu"). Siehe weiter BGer Urteil 4C.153/2004 vom 16. Juli 2004 E. 3.1.

⁷² BGer Urteil 4A_513/2010 vom 30. August 2011 E. 7.3.1.

⁷³ BGer Urteil 4C.410/1997 vom 23. Juni 1998 E. 3c, Pra 1998 Nr. 155 S. 830; BGer Urteil 4A_513/2010 vom 30. August 2011 E. 7.3.1.

⁷⁴ BGer Urteil 4C.410/1997 vom 23. Juni 1998 E. 3c, Pra 1998 Nr. 155 S. 830 ("[D]ie Bank [ist] – sofern überhaupt in der Lage – grundsätzlich nicht verpflichtet, die Durchführbarkeit solcher Projekte in rechtlicher oder wirtschaftlicher Hinsicht unaufgefordert zu prüfen."); BGer Urteil 4C.153/2004 vom 16. Juli 2004 E. 3.1. ("[L]a banque n'est en principe pas tenue, pour autant qu'elle soit même en mesure de le faire, de vérifier spontanément la possibilité de réaliser un tel projet [...]"), Hervorhebung hinzugefügt.

Kreditvergabe gefährden die Solidität der Bank und damit die Stabilität des Finanzmarktes. Entsprechend sind die Banken aufsichtsrechtlich verpflichtet, vor der Kreditgewährung eine Bonitäts- und Tragbarkeitsprüfung durchzuführen und das Engagement periodisch oder bei Kenntnis bonitätsrelevanter Ereignisse zu überprüfen.⁷⁵ Die Regulierung erfolgt in diesem Fall über eine Richtlinie der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg),⁷⁶ die von der FINMA als aufsichtsrechtlicher Mindeststandard anerkannt wird.⁷⁷ Bei den Wohnliegenschaften hat man zudem mit der Revision der Eigenmittelverordnung diejenigen Kredite, die ausserhalb der anerkannten Tragbarkeitsnormen liegen (Risikokredite), eigenmittelmässig verteuert.⁷⁸ Auch hier wird der Standard für die Tragbarkeit in einer anerkannten Richtlinie der SBVg festgehalten.⁷⁹ Die Bank, die einen Hypothekarkredit vergibt, muss wissen, mit welchen Eigenmitteln sie den Kredit unterlegen muss, was gleichzeitig bedeutet, dass sie wissen muss, ob die fragliche Kreditvergabe den Tragbarkeitserfordernissen entspricht.⁸⁰ Schliesslich müssen die Banken seit 2011 im Rahmen ihrer Berichterstattung an die Nationalbank für die vergebenen Kredite den Belehnungsgrad und die loan-to-income-ratio dokumentieren,⁸¹ womit auf mittelbarem Weg die sorgfältige Prüfung der Tragbarkeit gefördert wird. Im Ergebnis gilt für das Aufsichtsrecht, dass die

⁷⁵ Siehe SBVg-Richtlinie „Grundpfandgesicherte Kredite“, Punkt 3.

⁷⁶ Richtlinien für die Prüfung, Bewertung und Abwicklung grundpfandgesicherter Kredite vom Oktober 2011 (Richtlinie "Grundpfandgesicherte Kredite").

⁷⁷ FINMA-RS 2008/10 – Selbstregulierung als Mindeststandard, angepasst am 1. Juni 2012.

⁷⁸ Zur Vorgeschichte siehe EFD, Eröffnung Anhörung Eigenmittelverordnung (Brief), S. 2 f. Die neue Regelung findet sich in Art. 72 ERV (samt Anhang 3), in Kraft per 1. Januar 2013 (SR 952.03, vorzeitiges Inkrafttreten von Art. 34a und Art. 58 Abs. 4 und 5 ERV per 1. Juli 2012, siehe AS 2012, S. 3539 f.). Zum Ganzen: EFD, Medienmitteilung vom 1. Juni 2012.

⁷⁹ SBVg, Richtlinien betreffend Mindestanforderungen bei Hypothekarfinanzierungen vom Juni 2012. Zur Anerkennung als Mindeststandard siehe FINMA-RS 2008/10 – Selbstregulierung als Mindeststandard, angepasst am 1. Juni 2012.

⁸⁰ Siehe dazu die SBVg-Richtlinien betreffend Mindestanforderungen bei Hypothekarfinanzierungen vom Juni 2012, Punkt 2.1 und 2.2. Eigenmittelmässig verteuert sind Kredite, bei denen weniger als 10% Eigenmittel (BVG-Guthaben nicht eingerechnet) am Belehnungswert vorhanden sind, und bei der innerhalb von 20 Jahren nicht mit einer Amortisation des Belehnungswerts der Liegenschaft in Höhe von 2/3 zu rechnen ist.

⁸¹ SNB, Finanzstabilität 2011, S. 29. Die SNB erwägt als regulatorische Massnahme auch eine antizyklische Limitierung des Belehnungsgrads. Ein Instrument wäre dabei auch die Einführung einer Loan-to-Income-Limite, vgl. SNB, Finanzstabilität 2011, a.a.O.

Bank bei jedem Kredit überprüfen muss, ob der Kredit durch den Kreditnehmer nachhaltig finanzierbar (und amortisierbar) ist.

2. Wechselwirkung zwischen den beiden Gebieten

Dass das Privatrecht und das Aufsichtsrecht im Bereich der Immobilienfinanzierung unterschiedliche Perspektiven einnehmen, ist nicht systemwidrig. Das Bankvertragsrecht und das Bankaufsichtsrecht sind im Ausgangspunkt unterschiedlichen Zielen verpflichtet: Das Bankvertragsrecht will die möglichst weitgehende privatautonome Gestaltung der Rechtsbeziehungen ermöglichen, das Bankaufsichtsrecht zielt auf den Gläubiger-, den Funktions- und den Systemschutz. Dennoch bestehen zwischen den beiden Rechtsgebieten zahlreiche Berührungspunkte und Überschneidungen, die noch deutlicher zu Tage treten, wenn man das Börsenrecht oder überhaupt das breitere Finanzmarktrecht mit in den Blick nimmt.

a) Doppelnormen

So sind etwa die börsenrechtlichen Verhaltensregeln (Art. 11 BEHG) nach Rechtsprechung und Lehre als Doppelnormen ausgestaltet, sie sind aufsichtsrechtlicher Standard und privatrechtliche Anspruchsgrundlage zugleich.

Doppelnormcharakter haben auch die Verhaltensregeln nach Art. 20 KAG. Dafür spricht zum einen die Parallelität in der Struktur und im Inhalt von Art. 20 KAG und Art. 11 BEHG. Solche Regelungsparallelisierungen führen unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung zur Vermutung der materiellen Gleichgestaltung: Theorie und Praxis zur einen Norm sind für die jeweilige Parallelnorm vermutungsweise beachtlich.⁸² Neben diesem systematischen Gesichtspunkt spricht auch die Zielsetzung von Art. 20 KAG für den Doppelnormcharakter. Gleich wie die börsenrechtlichen Verhaltensregeln für Effekthändler dienen die Verhaltensregeln für die Bewilligungsträger nach KAG nicht allein einem aufsichtsrechtlichen

⁸² BGE 120 II 112 E. 3b S. 114: "Gleichartige Tatbestände erheischen nach Möglichkeit ein gleichartiges rechtliches Verständnis, da dem Gesetzgeber das Streben nach Folgerichtigkeit und nach Vermeidung von Widersprüchen zu unterstellen ist." Zuvor bereits BGE 116 II 689 E. 3c/bb S. 694; BGE 114 II 404 E. 3 S. 406 f. Später dann BGE 123 III 292 E. 2e/aa S. 297 (Fussballclub Lohn): "Regelfähigkeit aber fordert [...]Widerspruchsfreiheit im Wertungssystem."

Ziel, sondern sie erfüllen auch einen privatrechtlichen Zweck, indem sie in einem besonders risikogeneigten Bereich des Privatrechts den zwingenden Charakter von Wohlverhaltensregeln statuieren. Schliesslich sprechen auch die Materialien zum KAG für die Ausgestaltung von Art. 20 KAG als Doppelnorm, indem die bundesrätliche Botschaft explizit auf die Analogie zu Art. 11 BEHG hinweist.⁸³

Die mit der Doppelnorm ausgedrückte Wertungskongruenz zwischen Aufsichtsrecht und Privatrecht hat Folgen: Ein Vertrag, der Art. 11 BEHG widerspricht, ist ungültig.⁸⁴ Dasselbe gilt für eine Vereinbarung, die gegen Art. 20 KAG verstösst.

b) **Schutznormen**

In seiner jüngsten Rechtsprechung hat das Bundesgericht festgehalten, Art. 11 BEHG habe Schutznormcharakter. Ein Verstoss gegen Art. 11 BEHG ist also gleichzeitig eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41 OR.⁸⁵ In praktischer Konsequenz bedeutet dies, dass eine Schadenersatzklage gegen einen Effektenhändler nicht mehr vom Bestehen eines gültigen Vertrages abhängt. Allerdings hat das Obergericht Zürich mit eingehender Begründung den Schutznormcharakter von Art. 11 BEHG verneint.⁸⁶ Es ist daher nicht auszuschliessen, dass das Bundesgericht seine Rechtsprechung in diesem Punkt präzisiert.

Auch der bankengesetzlichen Gewährspflicht wird teilweise Schutznormcharakter zugesprochen. Die geprellten Anleger des Finanzjongleurs DIETER BEHRING hatten gegen die Liechtensteiner Depotbank eine Schadenersatzklage erhoben und recht bekommen.⁸⁷ Das Fürstliche Landgericht stützte sich einerseits auf den Bankvertrag und die dort vorgesehenen Schutz- und Aufklärungspflichten. Andererseits berief es sich auf § 1311 ABGB, der explizit die Haftung bei Verletzung von Schutznormen regelt.⁸⁸

⁸³ Botschaft zum Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagegesetz) vom 23. Dezember 2005, BBl 2005, S. 6395-6506, S. 6445.

⁸⁴ BGE 133 III 97 E. 5 S. 99; BGer Urteil 4C.205/2006 vom 21. Februar 2007 E. 3.3.

⁸⁵ BGer Urteil 4A_213/2010 vom 28. September 2010 E. 4; Siehe dazu auch CONRAD HARI, *actualité* no. 707, abrufbar unter: <www.unige.ch/cdbf>.

⁸⁶ OGer ZH, Urteil vom 23. August 2011, ZR 111/2012, S. 75 ff. (rechtskräftig).

⁸⁷ Fürstliches Landgericht, Entscheidung vom 5. September 2006, Nr. 09 CG.2005.379, siehe den Hinweis in: EMMENEGGER/THÉVENOZ, SZW 2011, S. 373.

⁸⁸ Der Wortlaut von § 1311 ABGB lautet wie folgt: "Der blosser Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet. Hat aber jemand den Zufall durch ein

Das Gericht hielt fest, dass die bankengesetzliche Bestimmung über die Pflicht zur einwandfreien Geschäftstätigkeit (Art. 19 BankG Liechtenstein) als Schutzgesetz im Sinne des § 1311 ABGB anzusehen sei. Dies impliziere auch das Verbot jeglicher Mitwirkung der Bank an unrechtmässigen oder sittenwidrigen Geschäften.⁸⁹

c) **Factfinding**

Schliesslich zeigt sich die Wechselwirkung von Bankaufsichtsrecht und Privatrecht auch in der Bedeutung, welche die Wertungen der Aufsichtsbehörde für privatrechtliche Urteile entfalten können. Zwar sind die Zivilgerichte nicht an die Entscheide oder an Untersuchungsergebnisse der FINMA gebunden. Dennoch wird ein Zivilgericht solche "Findings" im Rahmen seiner eigenen Entscheidungsfindung beachten und werten.

Bespielhaft erwähnt sei die Klage eines Privatanlegers gegen die Credit Suisse im Zusammenhang mit deren Vertrieb von Lehman-Zertifikaten. Das Berner Handelsgericht verneinte im Ergebnis ein vertragswidriges Verhalten seitens der Credit Suisse.⁹⁰ Für seine Beurteilung stützte sich das Gericht massgeblich auf einen Untersuchungsbericht der FINMA, der zum Ergebnis kommt, der Credit Suisse könne kein systematisches Fehlverhalten vorgeworfen werden.⁹¹ Das Bundesgericht hat den Entscheid bestätigt, ohne noch einmal auf den FINMA-Bericht einzugehen.⁹² Hingegen hat es in einem anderen Entscheid betreffend die *causa Lehman* unter Hinweis auf den FINMA-Bericht festgehalten, ein vorgängiges Wissen der Credit Suisse um die finanziellen Schwierigkeiten von Lehman sei nicht erstellt, sie sei vielmehr vom Konkurs genauso betroffen gewesen wie ihre Kunden.⁹³

Verschulden veranlasst, hat er ein Gesetz, das den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertreten oder sich ohne Not in fremde Geschäfte gemengt, so haftet er für allen Nachteil, welcher ausser dem nicht erfolgt wäre." Die Gesetzestexte von Liechtenstein sind abrufbar unter: <www.gesetze.li>.

⁸⁹ Fürstliches Landgericht, Entscheid vom 5. September 2006, Nr. 09 CG.2005.379, S. 35 (keine Erwägungsnummern).

⁹⁰ Handelsgericht Bern, Urteil vom 25. August 2010, Nr. HG 09 30/WUD/LEI. Siehe dazu die Besprechung und Zusammenfassung in EMMENEGGER/THÉVENOZ, SZW 2011, S. 372 ff., 382.

⁹¹ FINMA, Madoff-Betrug und Vertrieb von Lehman-Produkten, S. 18.

⁹² BGer Urteil 4A_383/2011 vom 12. Dezember 2011. Das Bundesgericht rügt im Wesentlichen die über weite Strecken appellatorische Natur der Beschwerde.

⁹³ BGer Urteil 4A_525/2011 vom 3. Februar 2012 E. 8.2.

d) Fazit

Im Ergebnis zeigen sich also trotz der unterschiedlichen "Metaziele" von Bankaufsichtsrecht und Bankprivatrecht zahlreiche Konvergenzen in den Wertungsgesichtspunkten. Diese werden sich im Zuge der verstärkten Anlegerschutzregulierung⁹⁴ weiter intensivieren. Methodisch entsprechen diese Kongruenzen dem Gebot der Einheit der Rechtsordnung, wonach bei der Rechtssetzung und der Rechtsanwendung der Normen eines Teilrechtsgebiets die Wertungsentscheide der anderen Teilrechtsgebiete zu berücksichtigen sind.⁹⁵ Damit ist keine Gleichmacherei verbunden, denn das Gebot der äusseren Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung wird immer durch das gleichrangige Gebot der inneren Widerspruchsfreiheit der spezifischen Teilrechtsordnung beschränkt. Methodisch geboten ist aber die sorgfältige Überprüfung der einzelnen Rechtsfragen im Lichte der Einheit der Rechtsordnung und eines allfälligen Vorbehalts der teilrechtseigenen Systemkompatibilität.

3. Einfluss des Aufsichtsrechts auf die Informationspflichten

a) Exception to policy-Kredite

Einen Anwendungsfall für die Frage nach Bestand und Grenzen einer Wechselwirkung zwischen Bankaufsichtsrecht und Bankvertragsrecht bietet die Frage nach den Informationspflichten der Bank bei Gewährung eines exception to policy-Kredits. ETP-Kredite sind Kredite, die den internen Vergabekriterien der Bank nicht genügen, so dass deren Vergabe einem besonderen Verfahren unterstellt wird.⁹⁶ Entscheidend für die Bewertung als ETP-Kredit sind die Tragbarkeit, die Belehnung und die Amortisation.⁹⁷

Angenommen, die Bank gewähre einem Kunden einen Hypothekarkredit, bei dem die Belastungen aus der Hypothek (einschliesslich Zinsen,

⁹⁴ Vgl. dazu etwa das FINMA-Positionspapier Vertriebsregeln, insb. S. 11 ff.

⁹⁵ Zur Einheit der Rechtsordnung siehe EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Berner Kommentar, N. 245 ff. zu Art. 1 ZGB.

⁹⁶ Vgl. dazu die SBVg-Richtlinie "Grundpfandgesicherte Kredite", Glossar: "[... ETP] Sind institutsspezifische und von der Bank bewilligte Ausnahmen von definierten Kreditgrundsätzen." Etwas weniger technisch unter Punkt 8 der Richtlinie: "[...] sind Ausnahmen und entsprechen Krediten, welche von der Bank ausserhalb ihrer bankinternen Regelungen vergeben werden."

⁹⁷ SBVg-Richtlinie "Grundpfandgesicherte Kredite", Punkt 8.

Amortisation und Nebenkosten) mehr als ein Drittel des nachhaltig verfügbaren Einkommens betragen. Einen solchen Kredit wird man regelmässig als ETP-Kredit qualifizieren.⁹⁸ Muss die Bank den Kunden darüber informieren, dass aus ihrer (fachkundigen) Sicht bei diesem Kredit ein erhöhtes Risiko für einen Kreditausfall besteht? Oder kann sie mit Blick auf den hart umkämpften Hypothekenmarkt gegenüber dem interessierten Kreditnehmer darüber Stillschweigen bewahren? Die gleiche Frage stellt sich bei Krediten, welche die Bank nach der revidierten Eigenmittelverordnung mit zusätzlichen Eigenmitteln unterlegen muss.⁹⁹

Folgt man der bisherigen Rechtsprechung der I. Zivilabteilung, so muss die Bank den Kunden nicht informieren, weil der Immobiliarkredit ein bankfremdes Geschäft ist und die Bank im Regelfall weder wissen kann noch wissen muss, ob der Kredit für den Kreditnehmer tragbar ist. Diese Prämisse ist spätestens seit der Finanzkrise und der daran anschliessenden aufsichtsrechtlichen Entwicklungen überholt. Die neuen SBVg-Richtlinien über die grundpfandgesicherten Kredite, die Vorschläge für eine verstärkte Eigenmittelunterlegung von Risikokrediten, die neuen Reporting-Pflichten an die Nationalbank – sie alle verpflichten die Bank auf eine umfassende Risikoanalyse ihrer Kreditvergabe. Das Aufsichtsrecht ändert mithin die faktischen Grundlagen, die den bisherigen zivilrechtlichen Urteilen zugrunde lagen. Unter den aktuellen Rahmenbedingungen wird man das Wissen der Bank um die Risiken eines Finanzierungsprojekts im Immobilienbereich voraussetzen müssen.

Vor diesem Hintergrund ist eine Informationspflicht der Bank im Falle von ETP-Krediten zu bejahen. Wer als gewöhnlicher Kunde bei der Bank um einen Hypothekarkredit nachfragt und zu diesem Zweck seine Vermögensverhältnisse offenlegt und sich von der Bank – regelmässig durch Kundenberater und -beraterinnen, die intern zur Beratung angehalten und durch entsprechende Softwaretools unterstützt werden – verschiedene Finanzierungsmodelle (z.B. im Hinblick auf den Einsatz von Vorsorgegeldern) erklären lässt, darf nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Bank die Tragbarkeit der Kreditbelastung überprüft. Der gewöhnliche Kunde ist nicht

⁹⁸ Für diese Qualifikation siehe etwa EFD, Brief an die Anhörungsteilnehmer zur Änderung der Eigenmittelverordnung, S. 2 f.

⁹⁹ Siehe dazu vorne S. 61 ff. (Kontrast zwischen Privatrecht und Aufsichtsrecht), insb. auch die Fn. 78 ff. Solche eigenmittelmässig verteuerte Kredite wird man in der Praxis ohne weiteres den ETP-Krediten zuordnen.

in der Lage, für seine eigene Kreditnachfrage eine fachkundige Risikobewertung vorzunehmen. Die Bank ist als Fachexpertin hierzu in der Lage, es entspricht ihrer Praxis und sie ist darüber hinaus aufsichtsrechtlich dazu verpflichtet. Steht aber fest, dass die Bank Kenntnis über das erhöhte Ausfallrisiko des nachgefragten Kredits hat, so kann der betroffene Kreditnehmer nach Treu und Glauben erwarten, dass die Bank ihn informiert, falls er in diese Risikokategorie fällt. Die primäre Rechtsgrundlage für diese Informationspflicht liegt im punktuellen Beratungsvertrag, der bei der oben geschilderten Situation regelmässig abgeschlossen wird, darüber hinaus aber auch im erkennbaren Beratungsbedarf des Kunden und dem Wissensvorsprung der Bank.

Entscheidet sich der Kunde dennoch für die Inanspruchnahme des Kredits, so tut er dies auf eigenes Risiko. Es gilt dann der Grundsatz: "Le banquier n'est pas le tuteur de son client" – wobei anzufügen ist: *de son client dûment informé.*

b) Verletzung des internen Kreditreglements

Wie verhält es sich, wenn die Bank im Zuge einer Kreditvergabe ihr internes Kreditreglement missachtet? Erwächst dem Kreditnehmer aus dieser Verletzung eine Schadenersatzklage gegen die Bank?

Vorab ist festzuhalten, dass die Bestimmungen in einem internen Reglement der Bank keine Rechtssätze sind. Sie können daher auch keine Schutznormen im Sinn von Art. 41 OR sein.¹⁰⁰ Eine deliktische Klage fällt daher ausser Betracht.

Auch liegt in der Missachtung des bankinternen Kreditreglements keine unmittelbare Vertragsverletzung in der Beziehung zum Kreditnehmer, denn die Einhaltung dieser Reglemente bildet nach Vertrauensprinzip keinen stillschweigenden Vertragsinhalt.¹⁰¹

Hingegen stellt sich auch hier die Frage nach der Verletzung von Informationspflichten. Liegt der Verstoss gegen das Kreditreglement darin, dass im Ergebnis ein Kredit gewährt wird, den die Bank als risikobehaftet qualifizieren und daher einem besonderen (ETP-)Verfahren unterstellen würde, so

¹⁰⁰ Im Ergebnis auch BGer Urteil 4C.410/1997 vom 23. Juni 1998 E. 4c, Pra 1998 Nr. 155 S. 832.

¹⁰¹ Vgl. hierzu auch BGer Urteil 4C.410/1997 vom 23. Juni 1998 E. 4c, Pra 1998 Nr. 155 S. 832. Eine Vertragshaftung verneinen auch LOMBARDINI, *Droit bancaire*, S. 849; SCHÄRER/MAURENBRECHER, *Basler Kommentar*, N. 68a zu Art. 312 OR.

ist die Bank nicht schon deshalb von ihrer Informationspflicht entbunden, weil das interne Bewilligungsverfahren nicht eingehalten wird. Voraussetzung für die Informationspflicht bleibt allerdings der effektive Wissensvorsprung der Bank, die sich auch das Wissen ihrer Mitarbeitenden zurechnen lassen muss. Wird die Kreditprüfung insgesamt unterlassen oder fehlerhaft durchgeführt, so kann der Kreditnehmer daraus nichts ableiten. Solche Unterlassungen sind zwar aufsichtsrechtlich relevant, sie begründen aber keine vertragsrechtliche Anspruchsgrundlage.

V. Schluss

Le banquier n'est pas le tuteur de son client. Diese Formel drückt die zutreffende Grundhaltung unseres höchsten Gerichts aus, wenn es um die Frage der Informationspflichten der Banken bei der Kreditvergabe geht. Die jüngste Rechtsprechung zeigt auch eindrücklich, dass spekulierende Anleger ihr Risiko nicht über den Weg der Informationspflichten auf die Bank abwälzen können. Genauso zutreffend sind die Differenzierungen, die dasselbe Gericht vornimmt und die im Ergebnis doch zu einer Informationspflicht führen. Der "Auftragseinschlag" des Kreditvertrages äussert sich in typischen Fallkonstellationen (Interessenkonflikt, Wissensvorsprung, erkennbarer Beratungsbedarf, besonderes Vertrauensverhältnis), in denen selbst bei Fehlen eines Beratungsvertrags Informationspflichten bestehen. Hinzu kommen die Fälle, in denen effektiv ein umfassender oder punktueller Beratungsvertrag vorliegt. Gerade der punktuelle Beratungsvertrag spielt mit Blick auf die aktuellen Verhältnisse im Kreditmarkt eine nicht zu unterschätzende Rolle. Der grösste Teil der Kredite – im vergangenen Jahr fast 600 Milliarden sFr. – wurde an private Hypothekarschuldner vergeben. Bei diesen Krediten besteht neben den judiziellen Fallkonstellationen grundsätzlich eine Aufklärungspflicht der Bank, wenn es sich um einen exception to policy-Kredit handelt.

Grundpfandrechte und der neue Art. 8 UWG

Prof. Dr. Jörg Schmid, Universität Luzern*

Inhaltsverzeichnis

Literatur (Auswahl).....	73
Materialien.....	77
I. Einleitung.....	78
II. Grundpfandrechte und ihre Vertragsgrundlagen.....	79
1. Das Grundpfandrecht im Allgemeinen.....	79
2. Der Grundpfandvertrag als Grundlage des Pfandrechts.....	81
3. Die Sicherungsübereignung von Schuldbriefen.....	83
4. Die zwingende Kündigungsregel beim Schuldbrief.....	87
III. Der neue Art. 8 UWG.....	88
1. Vorbemerkungen.....	88
2. Der Tatbestand.....	92
a) Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen.....	92
b) Verwendung «zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten».....	92
c) Erhebliches Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten.....	95

* Für die Hilfe bei der Materialsuche danke ich meinen Assistenten, Herrn Rechtsanwalt Jonas Rüegg, MLaw, Frau Rechtsanwältin Diel Tatjana Schmid Meyer, MLaw, und Frau Barbara Kasper, BLaw. Das Manuskript wurde am 31. März 2012 abgeschlossen. Der Aufsatz greift in mehrfacher Hinsicht auf Ideen zurück, die ich in zwei früheren Untersuchungen zu Teilfragen des Themas entwickelt habe: SCHMID JÖRG, *Neuerungen im Grundpfandrecht*, in: Schmid Jörg (Hrsg.), *Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht – Einblick in die Revision des Immobiliarsachenrechts*, Zürich 2012, S. 205 ff., und *Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG*, ZBJV 148/2012, S. 1 ff.

d)	Ungerechtfertigtes Missverhältnis «in Verletzung von Treu und Glauben».....	98
3.	Die Rechtsfolgen.....	101
a)	Nichtigkeit der unlauteren AGB.....	101
b)	Besondere Klagerechte.....	102
4.	Intertemporales Recht.....	102
IV.	Ausgewählte Vertragsklauseln.....	105
1.	Vorbemerkungen.....	105
2.	Sofortige oder rasche Kündbarkeit von Dauerverträgen und Schuldbriefen.....	106
a)	Allgemeines.....	106
b)	Schuldbriefforderung.....	107
c)	Darlehensforderung (Forderung aus dem Grundverhältnis).....	110
d)	Zum Pauschalvorbehalt des zwingenden Gesetzesrechts in AGB.....	113
3.	Verwertungswahlrechte.....	113
a)	Allgemeines.....	113
b)	Vorausverzicht des Schuldners auf das «beneficium excussionis realis».....	114
c)	Recht der Bank zur freihändigen Verwertung des Grundpfandrechts bzw. zum Selbsteintritt.....	116
4.	Zustimmung zur Weiterübertragung von Schuldbriefen.....	118
a)	Allgemeines.....	118
b)	Recht der Bank zur Weiterübertragung des Schuldbriefs.....	119
c)	Entbindung vom Bankgeheimnis.....	120
5.	Verrechnungsverzichte.....	121
V.	Der Schutz der Nicht-Konsumenten vor unbilligen AGB.....	122
VI.	Zusammenfassung.....	124
	Anhang.....	126

Literatur (Auswahl)

- AELLEN MARCEL LIVIO, Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bankengesetzes (Diss. Bern), Bern 1990.
- BAUDENBACHER CARL, Braucht die Schweiz ein AGB-Gesetz?, in: ZBJV 123 (1987), S. 505-531.
- BETSCHART FRANZISKA M., Der Grundpfandvertrag und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken (Diss. Luzern), Luzern 2011 (LBR Band 58).
- BIERI LAURENT, Qu'apporte le nouvel article 8 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale, in: Jusletter vom 24. Oktober 2011.
- BOUVERAT DAVID, Conditions générales d'affaires: perspectives législatives – Etude de droit suisse à la lumière du droit communautaire et de ses applications en France et en Allemagne (Diss. Neuenburg), Bern 2009.
- BRUNNER ALEXANDER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Kramer Ernst A. (Hrsg.), Konsumentenschutz im Privatrecht, SPR X, Basel 2008, S. 111-196.
- BUSER-GORA JUSTYNA, Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr (Diss. Zürich), Zürich 2012.
- DÜRR DAVID, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Teilband IV 2b: Das Grundpfand, Erste Lieferung: Systematischer Teil und Art. 793–804 ZGB, 2. Aufl., Zürich 2009.
- Der neue Register-Schuldbrief und sein Einsatz, in: SJZ 2012, S. 133-144.
- EMCH URS/RENZ HUGO/ARPAGAUS RETO (Hrsg.), Das Schweizerische Bankgeschäft, 7.Aufl., Zürich 2011.
- FORNAGE ANNE-CHRISTINE, La mise en oeuvre des droits du consommateur contractant – Etude de droit suisse avec des incursions en droit de l'Union européenne, en droit anglais, français et allemand (Diss. Freiburg), Bern 2011.
- FURRER ANDREAS, Eine AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz? Anmerkungen zum revidierten Art. 8 UWG, in: HAVE 2011, S. 324-328.
- GAUCH PETER, Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), Bankhaftungsrecht. Schweizerische Bankrechtstagung 2006, Basel/Genf/München 2006, S. 195-225.
- Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 9.Aufl., Zürich 2008.
- GROLIMUND PASCAL, Aufsichtsrechtliche und vertragsrechtliche Grundlagen für die Überprüfung Allgemeiner Versicherungsbedingungen, in: HAVE 2007, S. 145-161.
- HARDEGGER IDA, Über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken und deren rechtliche Behandlung, unter besonderer Berücksichtigung ausgewählter Klauseln (Diss. St. Gallen), Bern 1991.
- HENKEL ALEXANDRA, Inhaltskontrolle von Finanzprodukten nach der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (Diss. Bonn), Berlin 2004.

- HOLLIGER-HAGMANN EUGÉNIE, Artikel 8 – das Kuckucksei im UWG, in: Jusletter vom 20. Februar 2012.
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II (Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB), 4. Aufl., Basel 2011.
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. Aufl., Basel 2011.
- HUGUENIN CLAIRE/MAISSEN EVA, Bedingungsänderungsklauseln, in: Fuhrer Stephan/Weber Stephan (Hrsg.), Allgemeine Versicherungsbedingungen – Fundgrube konsumentenfeindlicher Klauseln oder Quelle kundenorientierten Mehrwerts?, Zürich 2011, S. 97-122.
- HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/STEINAUER PAUL-HENRI, Das neue Immobiliarsachenrecht – ein Überblick / Les nouveaux droits réels immobiliers – un aperçu, in: BR 2010, S. 10-14.
- KAMERZIN SIDNEY, Le contrat constitutif de cédula hypothécaire (Diss. Freiburg), Zürich 2003 (AISUF Band 223).
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil – Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Aufl., Bern 2009.
- KOLLER THOMAS, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, in: AJP 2008, S. 943-953.
- KRAMER ERNST A., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband/Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19–22 OR, Bern 1991.
- KUT AHMET/STAUBER DEMIAN, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick – Mit Berücksichtigung der Änderungen der Preisbekanntgabeverordnung, in: Jusletter vom 20. Februar 2012.
- LEEMANN HANS, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Sachenrecht, II. Abteilung, Art. 730–918, Bern 1925.
- MARCHAND SYLVAIN, Art. 8 LCD: un léger mieux sur le front des intempéries, in: HAVE 2011, S. 328-330.
- MOOSER MICHEL, Le droit notarial en Suisse, Bern 2005.
- MORIN ARIANE, Les clauses contractuelles non négociées, in: ZSR 128/2009 II, S. 497-528.
- MÜNCHENER KOMMENTAR zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil (§§ 241–432), 5. Aufl., München 2007.
- MUTZNER PAUL, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Schlusstitel, Anwendungs- und Einführungsbestimmungen, I. Abschnitt: Art. 1–50, 2. Aufl., Bern 1926.
- NOBIS STEFFI, Missbräuchliche Vertragsklauseln in Deutschland und Frankreich – Zur Umsetzung der Klauselrichtlinie 93/13/EWG des Rates (Diss. Tübingen), Baden-Baden 2005.

- PERRIG ROMAN, Die AGB-Zugänglichkeit – Das Kriterium der Zugänglichkeit als Regelerfordernis bei der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) – Empfehlungen zu einem Swiss Code of Best Practice (Diss. Basel), Basel 2011.
- PFÄFFLI ROLAND, Der papierlose Register-Schuldbrief, in: Jusletter vom 9. Juli 2007.
- Zur Revision des Immobiliarsachenrechts, in: SJZ 107 (2011), S. 225-233.
- PFÄFFLI ROLAND/BYLAND DANIELA, Sachenrecht und Notar: Neuerungen, in: BN 2011, S. 73-100.
- PICHONNAZ PASCAL, Clauses abusives et pratiques déloyales: une meilleure réglementation de la concurrence, in: plaidoyer 5/2011, S. 34-41.
- Le «consommateur» ne doit pas être nécessairement une personne physique, in: Schweizerische Eidgenossenschaft (Hrsg.), 30 Jahre Verfassungsartikel zum Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten, Bern 2011, S. 88-93.
 - Le centenaire du Code des obligations – Un code toujours plus hors du code, in: ZSR 130/2011 II, S. 117-226.
- PICHONNAZ PASCAL/FORNAGE ANNE-CHRISTINE, Le projet de révision de l'art. 8 LCD – Une solution appropriée à la difficulté de négocier des conditions générales, in: SJZ 106 (2010), S. 285-293.
- PIOTET DENIS, La nouvelle cédule de registre, in: not@lex (Revue de droit privé et fiscal du patrimoine) 2010, S. 1-15.
- Le droit transitoire de la révision du Code civil du 11 décembre 2009 et la pratique notariale, in: BN 2010, S. 225-235.
- PROBST THOMAS, Kommentar zu Art. 8 UWG, in: Jung Peter/Spitz Philippe (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2010.
- RAISER LUDWIG, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bad Homburg 1961.
- RUSCH ARNOLD F./HUGUENIN CLAIRE, Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferd im Vertrag, in: SZW 2008, S. 37-56.
- RUSCH ARNOLD F./MAISSEN EVA, Automatische Vertragsverlängerungsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: recht 2010, S. 95-104.
- SCHIMANSKY HERBERT/BUNTE HERMANN-JOSEF/LWOWSKI HANS-JÜRGEN (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 2 Bände, 4. Aufl., München 2011.
- SCHMID JÖRG, Klauselkatalog der AGB-Richtlinie und schweizerisches Obligationenrecht, in: Stauder Bernd (Hrsg.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Zürich 1996, S. 49-82.
- Neuerungen im Grundpfandrecht, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht – Einblick in die Revision des Immobiliarsachenrechts, Zürich 2012, S. 205-238.
 - Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, in: ZBJV 148 (2012), S. 1-22.
- SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 3. Aufl., Zürich 2009 (zur Revision des Schuldbriefrechts besonders Nr. 1850a ff.).
- SCHMID JÖRG, Der «papierlose» Schuldbrief, in: ZBGR 87 (2006), S. 45-55.

- SCHMID-TSCHIRREN CHRISTINA, «Papierlose» Wertpapiere – Der Register-Schuldbrief und die Bucheffekten als Beispiele einer Weiterentwicklung des schweizerischen Wertpapierrechts, in: Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Bundesamtes für Justiz (Hrsg.), Aus der Werkstatt des Rechts, FS für Heinrich Koller, Basel/Genf/München 2006, S. 183-196.
- Die Botschaft zur Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Bereich des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts, in: ZBGR 88 (2007), S. 389-409.
 - Der Register-Schuldbrief: Neues Instrument für die Banken, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), Kreditsicherheiten, Basel 2008, S. 1-17.
- SCHÖBI FELIX, Projekte des Gesetzgebers zum AGB-Recht, in: Fuhrer Stephan/Weber Stephan (Hrsg.), Allgemeine Versicherungsbedingungen – Fundgrube konsumentenfeindlicher Klauseln oder Quelle kundenorientierten Mehrwerts?, Zürich 2011, S. 51-67.
- SCHWARZ JÖRG, Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen – Auswirkungen auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Reglemente und Formularverträge der Schweizer Banken, in: Stauder Bernd (Hrsg.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Zürich 1996, S. 127-175.
- SCHWEIZERISCHES INSTITUT FÜR RECHTSVERGLEICHUNG (SIR), Der Registerschuldbrief im Rechtsvergleich, Etudes Suisses de Droit Comparé Nr. 10, Lausanne 2007.
- SCHWENZER INGEBOG, Beschränkung und Modifikation der vertraglichen Haftung, in: Koller Alfred (Hrsg.), Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1998, S. 99-126.
- 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, FS für Ivo Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, S. 209-224.
- STAUDER BERND, Schwerpunkte der Richtlinie vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: Stauder Bernd (Hrsg.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Zürich 1996, S. 11-47.
- STAUDINGERS Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 305–310; UKlaG (Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen), Neubearbeitung 2006, Berlin 2006.
- STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Band III, 3. Aufl., Bern 2003.
- La nouvelle réglementation de la cédule hypothécaire, in: Schweizerischer Notarenverband (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 1. Schweizerischer Notarenkongress, Muri/Bern 2010, S. 55-72.
 - Les nouvelles dispositions générales sur les cédules hypothécaires, in: Schmid Jörg (Hrsg.), Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht – Einblick in die Revision des Immobiliarsachenrechts, Zürich 2012, S. 267-292.
- STÖCKLI HUBERT, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, in: BR 2011, S. 184-188.
- TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL G., Les contrats spéciaux, 4. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2009.

- THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code des obligations I* (...), Genf/Basel/München 2003.
- TILMANN IRENE, *Die Klauselrichtlinie 93/13/EWG auf der Schnittstelle zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Europarecht* (Diss. Hamburg), München 2003.
- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/RUMO-JUNGO ALEXANDRA, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 13. Aufl., Zürich 2009.
- ULMER PETER/BRANDNER HANS-ERICH/HENSEN HORST-DIETHER, *AGB-Recht, Kommentar zu den §§ 305–310 BGB und zum UKlaG*, 11. Aufl., Köln 2011.
- VAN GOOL ROELAND, *Die Problematik des Rechts der missbräuchlichen Klauseln und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen* (Diss. Mannheim), Frankfurt am Main 2002.
- VOLLENWEIDER MARKUS F., *Die Sicherungsübereignung von Schuldbriefen als Sicherungsmittel der Bank* (Diss. Freiburg), Freiburg 1994 (AISUF Band 141).
- WEISS STEFAN, *Der Register-Schuldbrief – Kritische Analyse des Schuldbriefrechts unter besonderer Berücksichtigung des bundesrätlichen Entwurfs vom 27. Juni 2007* (Diss. Luzern), Zürich/Basel/Genf 2009 (LBR Band 42).
- Die gesetzliche Verankerung der Sicherungsübereignung – eine kritische Auseinandersetzung mit dem bundesrätlichen Entwurf zum neuen Schuldbriefrecht, in: ZBJV 145 (2009), S. 125-130.
- WIEGAND WOLFGANG, *Der Papierlose Schuldbrief – Einführung eines Registergrundpfandrechts in der Schweiz und die Auswirkungen auf die Bankpraxis*, in: Grundmann Stefan u.a. (Hrsg.), *FS für Klaus J. Hopt*, Band II, Berlin/New York 2010, S. 3339-3354.
- WIEGAND WOLFGANG/BRUNNER CHRISTOPH, *Vorschläge zur Ausgestaltung des Schuldbriefes als papierloses Registerpfand*, Basel 2003 (ZSR-Beiheft 39).
- WILDHABER ISABELLE, *Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr – Gefahr für die Vertragsfreiheit?*, SJZ 107 (2011), S. 537-545.
- ZOBL DIETER, *Zur Sicherungsübereignung von Schuldbriefen*, ZBGR 68 (1987), S. 281-294.
- ZOBL DIETER/THURNHERR CHRISTOPH, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband: Das Fahrnispfandrecht, 1. Unterteilband: Systematischer Teil und Art. 884–887 ZGB, 3. Aufl., Bern 2010.

Materialien

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

I. Einleitung

1. In den Jahren 2009 und 2011 haben die gesetzlichen Vorschriften zum Grundpfandrecht (im ZGB) und zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (im UWG) wichtige Änderungen erfahren. Die **Zielrichtungen der beiden Gesetzesrevisionen** sind bemerkenswerterweise nicht gleichläufig, sondern mindestens zum Teil konträr:
 - Die *ZGB-Revision* vom 11. Dezember 2009 (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), in Kraft seit 1. Januar 2012,¹ bezweckt namentlich, «die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen im Bereich der Grundpfandrechte nachhaltig zu verbessern», wie in der bundesrätlichen Botschaft² und in den parlamentarischen Beratungen³ betont wurde. So verwirklichen die gesetzlichen Neuerungen «Anliegen aus Banken- und Wirtschaftskreisen; die Geschäftstätigkeit im Kreditwesen wird erleichtert».⁴
 - Die *Änderung von Art. 8 UWG* vom 17. Juni 2011, die am 1. Juli 2012 in Kraft treten wird,⁵ bezweckt demgegenüber, die Konsumentinnen und Konsumenten vor unfairen Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu schützen. Damit leistet der Gesetzgeber einen Beitrag zur Erfüllung seiner Pflicht, Massnahmen zum Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten zu treffen (Art. 97 Abs. 1 BV).
2. Mit diesem **Spannungsverhältnis** beschäftigen sich die nachfolgenden Ausführungen. Ich befasse mich zunächst mit den Grundpfandrechten und ihren Vertragsgrundlagen (II.), dann mit dem neuen Art. 8 UWG (III.). Anschliessend gehe ich auf ausgewählte Vertragsklauseln ein (IV.). Sodann behandle ich den Schutz der Nicht-Konsumenten vor unbilligen AGB (V.). Den Abschluss bildet eine Zusammenfassung (VI.).

¹ AS 2011, S. 4637 ff.

² Botschaft BBl 2007, S. 5295.

³ Amtl. Bull. Ständerat 2008, S. 405, Votum Bundesrätin WIDMER-SCHLUMPF; Amtl. Bull. Nationalrat 2009, S. 609 und 611 f., Voten CHEVRIER, HUBER und AMHERD; Amtl. Bull. Nationalrat 2009, S. 613, Votum Bundesrätin WIDMER-SCHLUMPF.

⁴ Amtl. Bull. Ständerat 2008, S. 405 f., Voten JANIÄK und Bundesrätin WIDMER-SCHLUMPF.

⁵ AS 2011, S. 4909 ff. Die übrigen geänderten UWG-Bestimmungen treten bereits am 1. April 2012 in Kraft.

II. Grundpfandrechte und ihre Vertragsgrundlagen

1. Das Grundpfandrecht im Allgemeinen

1. Das Grundpfandrecht ist ein beschränktes dingliches Recht, welches seinem Inhaber (der Pfandgläubigerin) das Recht gibt, sich «im Falle der Nichtbefriedigung aus dem Erlöse des Grundstücks bezahlt zu machen» (Art. 816 Abs. 1 ZGB). Insofern kann das Pfandrecht als **Sicherungs- und Verwertungsrecht** bezeichnet werden.⁶ Seit dem 1. Januar 2012 können Grundpfandrechte nur noch als Grundpfandverschreibung oder als Schuldbrief bestellt werden (Art. 793 Abs. 1 ZGB).

- Die *Grundpfandverschreibung* (Art. 824 ff. ZGB) erschöpft sich in einem Recht zur Sicherung einer Forderung (regelmässig einer Zins- und Rückzahlungsforderung der Pfandgläubigerin aus Darlehen). Sie steht und fällt mit dieser Forderung (aus dem «Grundverhältnis») und wird daher als akzessorisch bezeichnet. Wird über die errichtete Grundpfandverschreibung ein Grundbuchauszug ausgestellt, so hat dieser lediglich die Bedeutung eines Beweismittels, nicht eines Wertpapiers (Art. 825 Abs. 2 ZGB).
- Durch den *Schuldbrief* wird – in der Formulierung von Art. 842 Abs. 1 ZGB – «eine Forderung begründet, die grundpfändlich sichergestellt ist». Noch deutlicher lautet der französische Gesetzeswortlaut: «La cédule hypothécaire est une créance personnelle garantie par un gage immobilier.» Schuldbriefforderung und Pfandrecht sind somit untrennbar miteinander verbunden.

Zum bisherigen Recht hatte das Bundesgericht festgehalten: «Beim Schuldbrief bilden die Grundpfandforderung und das Grundpfandrecht eine strikte Einheit; sie werden durch den Grundbucheintrag und die Verbriefung in einem Wertpapier in identischem Betrag erzeugt und sind fortan untrennbar verbunden; keines der beiden Elemente kann ohne das andere oder in ungleicher Höhe bestehen; vielmehr bilden sie eine notwendige Schicksalsgemeinschaft (...).»⁷

Schuldbriefforderung und Forderung aus dem Grundverhältnis müssen demgegenüber – im neuen wie schon im alten Recht – deutlich

⁶ Allgemein kommt dem Grundpfandrecht eine Sicherungsfunktion zu, bei Schuldbriefen überdies eine Kapitalanlagefunktion («Mobilisierung des Bodenwerts»).

⁷ BGE 134 III 71 E. 3 S. 75 oben, mit Hinweisen, bestätigt durch BGer Urteil 4A_122/2008 vom 16. Juli 2008 E. 2.3; ähnlich BGE 130 III 681 E. 2.3 S. 683.

voneinander unterschieden werden;⁸ es besteht keine Akzessorietät des Pfandrechts von der zu sichernden Forderung.⁹ Der Schuldbrief kommt (seit dem 1. Januar 2012) in zwei Erscheinungsformen vor: als Register-Schuldbrief im Sinn eines Buchrechts (Art. 857 Abs. 1 ZGB) und als Papier-Schuldbrief im Sinn eines Wertpapiers (Art. 860 Abs. 1 und 3 sowie Art. 863 ff. ZGB).

2. In der Bankenwelt wird der **Schuldbrief**, der durch die ZGB-Revision noch «attraktiver» geworden ist, stark favorisiert.¹⁰ Ihm kommen hinsichtlich Verkehrsfähigkeit tatsächlich zahlreiche Vorteile zu, insbesondere die einfache Wiederverwendbarkeit nach Abbezahlung der gesicherten Schuld (im Vergleich zur Grundpfandverschreibung, die ohne besondere vertragliche Vorsorge bei Abbezahlung der gesicherten Schuld untergeht, Art. 826 ZGB). Aus Wertungsüberlegungen ist jedoch vorweg Folgendes kritisch anzumerken:

- Ein Verkehrspfandrecht (als Wertpapier oder als Buchrecht) macht nur Sinn in einem gesellschaftlich-wirtschaftlichen Umfeld, in welchem mit solchen Rechten tatsächlich Handel getrieben wird. Für Schuldbriefe trifft dies – entgegen der Annahme von EUGEN HUBER bei der Schaffung des ZGB – nicht zu: Sie werden praktisch kaum gehandelt. Ausserdem hat der Gesetzgeber, gewollt oder ungewollt, durch die Änderung vom 11. Dezember 2007 die Verkehrsfähigkeit des Schuldbriefs – im Blick auf die Gutglaubensanforderungen des Dritterwerbers – erheblich eingeschränkt (hinten II./3.).
- Der Umstand, dass der Gesetzgeber den Schuldbrief zu einem Papier öffentlichen Glaubens ausgestaltet hat (Schutz gutgläubiger Erwerber, Art. 848 f. und 862 ZGB), stellt für den Schuldner eine Gefahr dar: Leistet dieser Abzahlungen, unterlässt er es jedoch – was in der Praxis häufig vorkommt –, solche Änderungen im Grundbuch einschreiben und beim Papier-Schuldbrief auf dem Titel vermerken zu lassen (Art. 852 ZGB), trifft ihn gegenüber dem gutgläubigen Dritterwerber ein Doppelzahlungsrisiko. Die vom Gesetzgeber mindestens teilweise befolgte Devise «Verkehrsschutz vor Schuldnerschutz» erweist sich jedenfalls gegenüber nicht geschäftsgewandten Schuldner als problematisch. Hier

⁸ BGE 136 III 288 E. 3.1 S. 291.

⁹ STAEHELIN, Basler Kommentar, N 61 zu Art. 842 ZGB mit Hinweisen.

¹⁰ Vgl. etwa STAEHELIN, Basler Kommentar, N 9 zu Art. 842 ZGB.

wäre der Schuldner mit einer Grundpfandverschreibung besser geschützt,¹¹ während sich der Schutz der Bank nicht verschlechtern würde.

3. Grundpfandrechte entstehen als dingliche Rechte – im hier interessierenden Zusammenhang – mit der **Eintragung in das Grundbuch** (Art. 799 Abs. 1 ZGB). Sie bedürfen einer rechtsgeschäftlichen Grundlage: entweder eines Pfandvertrags oder (bei Schuldbriefen auch) einer einseitigen Errichtungserklärung. Nach Art. 799 Abs. 2 ZGB bedarf (seit 1. Januar 2012) jedes Rechtsgeschäft auf Errichtung eines Grundpfandrechts der öffentlichen Beurkundung (Art. 799 Abs. 2 ZGB). Im Folgenden soll vom typischen Fall des Grundpfandvertrags als Rechtsgrund die Rede sein.¹²

2. Der Grundpfandvertrag als Grundlage des Pfandrechts

1. Der Grundpfandvertrag stellt nach dem Gesagten den **Rechtsgrund** des (vertraglich begründeten) Grundpfandrechts dar. Durch ihn verpflichtet sich der Eigentümer des zu belastenden Grundstücks, auf diesem ein Grundpfandrecht zu Gunsten der Pfandgläubigerin zu erstellen (Verpflichtungsgeschäft).¹³
2. Der Vertrag bedarf nach Art. 799 Abs. 2 ZGB zu seiner Gültigkeit der **öffentlichen Beurkundung**. Dieser Form bedürfen nach den allgemeinen Regeln alle wesentlichen Vertragspunkte.¹⁴ Als objektiv wesentlich sind anzusehen: die Parteien (bei einem Drittpfand auch die Identität des Schuldners); die Verpflichtung des Verpfänders, ein Grundpfand zu bestellen; die Art des Pfandrechts; das Pfandobjekt sowie die gesicherte Forderung.¹⁵ Ebenso sind nach der hier vertretenen Auffassung zusätzlich jene Abreden zu beurkunden, welche für die Parteien (subjektiv) wesent-

¹¹ STEINAUER, Les droits réels III, Nr. 2931a; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1604b und 1820a. Zur besseren Eignung der Grundpfandverschreibung bei der Sicherung variabler Forderungen vgl. auch SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1811.

¹² Aus dem Spiel bleibt im Folgenden das Konsumkreditgesetz, da Kreditverträge oder Kreditversprechen, die direkt oder indirekt grundpfandgesichert sind, nicht in dessen Anwendungsbereich fallen (Art. 7 Abs. 1 lit. a KKG).

¹³ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1530.

¹⁴ Zum Folgenden vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1531.

¹⁵ STEINAUER, Les droits réels III, Nr. 2697a und 2697d f.; vgl. auch BGE 123 III 97 E. 2 S. 98 f.

lich sind.¹⁶ Schliesslich gilt der Beurkundungszwang auch für nachträgliche Änderungen des Pfandvertrags in wesentlichen Punkten, jedoch mit Ausnahme solcher Abreden, welche die Belastung mindern, etwa einer Pfandentlassung oder einer Herabsetzung der Pfandsumme.¹⁷

Das Bundesgericht hat sich zur Formbedürftigkeit der subjektiv wesentlichen Punkte (beim Grundpfandvertrag) nicht deutlich geäussert. Nach seiner Rechtsprechung bilden Vereinbarungen über Rückzahlungen, Kündigung und Amortisation der Pfandschuld «keinen notwendigen Bestandteil des Pfandvertrags».¹⁸ Separate Abreden in der Sicherungsabrede und auch der dortige Hinweis auf (nicht beurkundete) allgemeine Geschäftsbedingungen hat es (zum bisherigen Recht) als zulässig bezeichnet.¹⁹ Die Änderung der Modalitäten der Pfandforderung (insbesondere der Kündigungsregelung) muss daher nach der Praxis nicht beurkundet werden.²⁰

3. Für den *Schuldbrief* ordnet der neue Art. 846 Abs. 2 ZGB sodann an, dass bezüglich schuldrechtlicher Nebenvereinbarungen über Verzinsung, Abzahlung und Kündigung sowie anderer die Schuldbriefforderung betreffender Nebenbestimmungen eine **Verweisung auf eine separate Vereinbarung** zulässig ist. Die Botschaft nimmt hierbei Bezug auf die «heute übliche Praxis im Bankgeschäft» und betont den «Vorteil der Flexibilität» dieser Regelung, die namentlich eine einfache Anpassung von Nebenvereinbarungen an geänderte Bedürfnisse erlaubt.²¹ Diese den Schuldbrief betreffende Regelung lässt zwar keine Rückschlüsse auf den Umfang des Formzwangs beim Grundpfandvertrag im Allgemeinen zu, deutet aber eher darauf hin, dass die bisher praktizierten Verweisungen auf Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken unter Formgesichtspunkten

¹⁶ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1531; TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN, Basler Kommentar, N 12 zu Art. 799 ZGB; restriktiver jedoch BETSCHART, Nr. 999 und 1066 ff.; wohl auch DÜRR, N 228 zu Art. 799 ZGB.

¹⁷ LEEMANN, N 53 ff. zu Art. 799 ZGB, auf den BGE 123 III 97 E. 2 S. 99 f. verweist.

¹⁸ BGE 123 III 97 E. 2 S. 98 f., mit Hinweis auf LEEMANN, N 47 zu Art. 799 ZGB.

¹⁹ BGE 123 III 97 E. 2 S. 99, mit Hinweis auf LEEMANN, N 12 f. zu Art. 844 ZGB, ZOBL, Sicherungsübereignung, S. 291, und VOLLENWEIDER, S. 101 f.

²⁰ BGE 123 III 97 E. 2 S. 99, unter Hinweis auf LEEMANN, N 60 zu Art. 799 ZGB.

²¹ Botschaft BBl 2007, S. 5323.

weiterhin (weitgehend) zulässig sind.²² Vorzubehalten sind indessen folgende Fälle:

- einerseits Abreden, welche für eine Partei – erkennbar für die andere Partei – subjektiv wesentliche Punkte des Grundpfandvertrags darstellen; solche Abreden werden nach der hier vertretenen Auffassung entsprechend den allgemeinen Regeln (Formzwang aller objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte) vom Beurkundungszwang erfasst;²³
- andererseits die Abrede, durch welche der Fiduziar (des Schuldbriefs) zur privaten Verwertung des pfandbelasteten Grundstücks berechtigt erklärt wird; eine solche Klausel enthält eine Pflicht des Fiduzianten zur Grundstücksveräußerung und bedarf daher nach Art. 657 Abs. 1 ZGB der öffentlichen Beurkundung.²⁴

Unter Vorbehalt dieser beiden Spezialfälle sei für die folgenden Überlegungen von der grundsätzlichen Zulässigkeit von Nebenabreden in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgegangen.

3. Die Sicherungsübereignung von Schuldbriefen

1. Neben der Einführung des Register-Schuldbriefs bildet die neue gesetzliche Regelung des **Verhältnisses zwischen der Schuldbriefforderung und der Forderung aus dem Grundverhältnis** (zum Beispiel Darlehen) den zentralen Eckpfeiler des revidierten Schuldbriefrechts.²⁵ Bis 31. Dezember 2011 galt hierfür nach Art. 855 Abs. 1 aZGB der Grundsatz der Novation. Neu ordnet seit 1. Januar 2012 **Art. 842 Abs. 2 ZGB** – für Register- und Papier-Schuldbriefe, die seit dem Inkrafttreten der Neuregelung errichtet oder dem Gläubiger übergeben worden sind²⁶ – Folgendes an:

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

²² So wohl STAEHELIN, Basler Kommentar, N 10 zu Art. 846 ZGB.

²³ STEINAUER, Les nouvelles dispositions générales, S. 289, Fussnote 80; KAMERZIN, Nr. 778 und 812.

²⁴ STEINAUER, Les nouvelles dispositions générales, S. 289 und 292, mit Hinweis auf WIEGAND/BRUNNER, S. 50; ferner BETSCHART, Nr. 830.

²⁵ Zum Ganzen schon SCHMID, Neuerungen im Grundpfandrecht, S. 211 ff.

²⁶ STAEHELIN, Basler Kommentar, N 75 zu Art. 842 ZGB.

Diese Regelung entspricht laut der bundesrätlichen Botschaft dem typischen Parteiwillen und bedeutet für das kommerzielle Hypothekengeschäft «nichts anderes als die gesetzliche Verankerung der *Sicherungsübereignung* von Schuldbriefen». ²⁷ Dieser Auffassung hat sich die herrschende Lehre angeschlossen. ²⁸ Für den Register-Schuldbrief passt diese Bezeichnung freilich schlecht, weshalb diesbezüglich zuweilen von «Sicherungseintragung» gesprochen wird. ²⁹

2. In beiden Fällen gilt folgende **Rechtslage**:

- Die Schuldbriefforderung und die Forderung aus dem Grundverhältnis (zum Beispiel Darlehen) stehen nebeneinander, «wobei deren Verhältnis durch die dem Schuldner aufgrund des Grundverhältnisses zustehenden Einreden geregelt ist». ³⁰ Diese Einreden aus dem Grundverhältnis bestehen nicht nur gegenüber der Gläubigerin, sondern auch gegenüber Rechtsnachfolgern, die sich nicht in gutem Glauben befinden (Art. 842 Abs. 3 ZGB).

Die Pfandgläubigerin wird durch die Schuldbriefbegebung fiduziarische Eigentümerin des (Papier-)Schuldbriefs bzw. fiduziarische Berechtigte am Register-Schuldbrief. ³¹ Als Fiduziarin kann sie (sachenrechtlich) mehr, als sie (schuldrechtlich) darf: Nach aussen (gegenüber Dritten) ist sie befugt, als unbeschränkte Rechtsträgerin aufzutreten, während sie auf Grund der Sicherungsabrede dem Fiduzianten (Treuhaber) verpflichtet ist, «von dieser überschüssenden Rechtsmacht nur im vereinbarten Rahmen Gebrauch zu machen». ³² Solange der Schuld-

²⁷ Botschaft BBl 2007, S. 5321 (Hervorhebung hinzugefügt).

²⁸ Zum Beispiel WEISS, Der Register-Schuldbrief, Nr. 163, 251 ff. und (kritisch) 655 ff.; DERSELBE, Sicherungsübereignung, S. 125 ff.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1850e und 1850i ff.; STEINAUER, La nouvelle réglementation, S. 67; PFÄFFLI, Zur Revision, S. 231; STAEHELIN, Basler Kommentar, N 45 zu Art. 842 ZGB. So bereits WIEGAND/BRUNNER, S. 25 ff.; distanzierend nun aber anscheinend WIEGAND, S. 3348 f. und 3351.

²⁹ STAEHELIN, Der vinkulierte Register-Schuldbrief, S. 210 und passim; DERSELBE, Basler Kommentar, N 33 in fine und N 45 in fine zu Art. 842 ZGB.

³⁰ Botschaft BBl 2007, S. 5321. Zur Sicherungsübereignung vgl. aus der neuesten Rechtsprechung BGE 136 III 288 E. 3.1 S. 291 = Pra 2010, Nr. 142, S. 941 ff.; BGE 134 III 71 E. 3 S. 73; BGer Urteil 4A_276/2010 vom 29. Juli 2010 E. 3.1; BGer Urteil 5A_398/2010 vom 31. August 2010 E. 3.1 und 4.4.

³¹ STAEHELIN, Basler Kommentar, N 46 zu Art. 842 ZGB.

³² BGE 119 II 326 E. 2b S. 328; zum Ganzen vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1849 ff. und 1850i ff.

ner (Fiduziant) seine Pflichten aus dem Grundverhältnis richtig erfüllt, ist es der Fiduziarin (schuldrechtlich) untersagt, den Schuldbrief zu veräussern, da ein gutgläubiger Erwerber auf Grund der Gutgläubenschutzvorschriften die Schuldbriefforderung ohne die in der Sicherungsabrede enthaltenen Einschränkungen geltend machen könnte.³³

- Erfüllt der Schuldner seine Leistungspflicht aus dem Grundverhältnis trotz Fälligkeit (und unberechtigterweise) nicht, darf der Gläubiger sich aus der Schuldbriefforderung – dem Sicherungsobjekt – bezahlt machen. Er ist verpflichtet, zunächst (vor der gesicherten Forderung aus dem Grundverhältnis) die Schuldbriefforderung zu realisieren. Leitet der Gläubiger stattdessen Betreibung zur Vollstreckung der Forderung aus dem Grundverhältnis ein, stehen dem Schuldner Verteidigungsrechte offen, was im Ergebnis unbestritten ist. Wie die Letzteren jedoch dogmatisch zu konstruieren sind, wird in Rechtsprechung und Lehre uneinheitlich beantwortet: Während das Bundesgericht davon ausgeht, der (auf Pfändung oder Konkurs betriebene) Schuldner könne mit betreibungsrechtlicher Beschwerde verlangen, dass der Gläubiger vorerst das Pfand in Anspruch nehme («beneficium excussionis realis»; Art. 41 Abs. 1^{bis} SchKG),³⁴ gewährt die Lehre dem Schuldner eine auf materiellem Recht beruhende Einrede, die er durch Erhebung des Rechtsvorschlags geltend machen kann.³⁵

Will sich der Gläubiger aus der Schuldbriefforderung bezahlt machen, so muss er – unter Vorbehalt einer gegenteiligen Vereinbarung – die Schuldbriefforderung zunächst durch Kündigung fällig stellen.³⁶ Ob

³³ STEINAUER, Les droits réels III, Nr. 2939 und 3054; DERSELBE, Les nouvelles dispositions générales, S. 281 f. und 285; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1849i; VOLLENWEIDER, S. 84; WEISS, Der Register-Schuldbrief, Nr. 172; allgemein zum Veräusserungsverbot bei der Sicherungsübereignung ZOBL/THURNHERR, System. Teil (vor Art. 884 ZGB), N 1438.

³⁴ BGE 134 III 71 E. 3 S. 73 (wohl obiter dictum; die Hauptaussage des Entscheids betrifft die Frage des genügenden Rechtsöffnungstitels); BGE 106 III 5 E. 1 S. 6 f. Dieser Rechtsprechung folgend SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1849m.

³⁵ WIEGAND/BRUNNER, S. 47; STAEHELIN, Der vinkulierte Register-Schuldbrief, S. 211; DERSELBE, Basler Kommentar, N 59 zu Art. 842 ZGB; STEINAUER, Les dispositions générales, S. 282; BETSCHAT, Nr. 798.

³⁶ BGer Urteil 5C.11/2005 vom 27. Mai 2005 E. 3.1; BGer Urteil 5A_226/2007 und 5A_228/2007 vom 20. November 2007 E. 5.1; WEISS, Der Register-Schuldbrief, Nr. 176; STAEHELIN, Der vinkulierte Register-Schuldbrief, S. 211; DERSELBE, Basler Kommentar, N 46 zu Art. 842 ZGB und N 12 zu Art. 847 ZGB.

eine solche gegenteilige Abrede auch durch AGB wirksam vereinbart werden kann, wird zu prüfen sein (hinten IV./2.).

- Eine Übertragung des Schuldbriefs darf der Gläubiger nicht vornehmen, ohne gleichzeitig die Forderung aus dem Grundverhältnis mit zu übertragen.³⁷ Nur so bleiben dem Schuldner die Einreden aus dem Grundverhältnis erhalten. Das gesetzliche System, welches in Art. 842 Abs. 2 ZGB ein Nebeneinander von Forderung aus dem Grundverhältnis und Schuldbriefforderung vorsieht, begründet für den Dritterwerber der Schuldbriefforderung – falls er berechtigt sein will, sich auf den guten Glauben zu berufen (Art. 3 Abs. 2 ZGB) – besondere Nachforschungspflichten bezüglich des Grundverhältnisses.³⁸ Damit hat der Gesetzgeber im Ergebnis die Verkehrsfähigkeit des Schuldbriefs erheblich eingeschränkt.³⁹

Das gesetzliche Grundmodell des Nebeneinanders von Schuldbriefforderung und Forderung aus dem Grundverhältnis ist nach Art. 842 Abs. 2 ZGB freilich dispositiv; es steht den Parteien frei, die Forderung aus dem Grundverhältnis durch die Schuldbriefforderung zu ersetzen (Novation).

3. Damit kommt der **Sicherungsabrede** zentrale Bedeutung zu. Sie untersteht – rechtspolitisch überraschend – keiner gesetzlichen Form, muss also nach der dargestellten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vorne II./2.) insbesondere nicht öffentlich beurkundet sein.⁴⁰ Vorbehalten bleiben die bereits genannten Ausnahmefälle (vorne II./2.).
4. Insgesamt ist das **gesetzliche System** der Sicherungsübereignung (Sicherungseintragung) von Schuldbriefen **«kompliziert, intransparent und für den Laien nur schwer verständlich»**.⁴¹ Diesem Umstand ist bei der Auslegung und inhaltlichen Bewertung von Sicherungsabreden – zumal in

³⁷ STAEHELIN, Der vinkulierte Register-Schuldbrief, S. 211 und 213.

³⁸ STAEHELIN, Der vinkulierte Register-Schuldbrief, S. 212 ff. (und 218).

³⁹ Pointiert STAEHELIN, Der vinkulierte Register-Schuldbrief, S. 214, der festhält, der Schuldbrief sei «vom Verkehrspfandrecht, das der Mobilisierung des Bodenwertes dienen soll, zur vinkulierten Buch- oder Wertpapierforderung mutiert, deren Übertragbarkeit vermutungsweise eingeschränkt» sei. Vgl. auch DENSELBEN, Basler Kommentar, N 2 in fine zu Art. 842 ZGB.

⁴⁰ STEINAUER, Les dispositions générales, S. 284.

⁴¹ Zutreffend STAEHELIN, Der vinkulierte Register-Schuldbrief, S. 212 (Hervorhebung hinzugefügt); DERSELBE, Basler Kommentar, N 47 zu Art. 842 ZGB.

Allgemeinen Geschäftsbedingungen – Rechnung zu tragen (im Einzelnen hinten IV.).

4. Die zwingende Kündigungsregel beim Schuldbrief

1. Nach Art. 847 Abs. 1 ZGB kann der Schuldbrief von beiden Parteien unter Wahrung einer halbjährlichen Kündigungsfrist auf Ende jeden Monats gekündigt werden. Die Regelung ist dispositiv, doch setzt **Art. 847 Abs. 2 ZGB** der Parteiautonomie eine wichtige Schranke: Eine abweichende Vereinbarung darf «für den Gläubiger *keine kürzere Kündigungsfrist als drei Monate* vorsehen, ausser wenn sich der Schuldner mit der Zahlung der Amortisationen oder der Zinsen in Verzug befindet». Diese Mindestfrist schützt den Schuldner vor Klauseln (seien sie individuell ausgehandelt oder in AGB enthalten), welche der Gläubigerin ein beliebiges – nicht an die genannten Voraussetzungen gebundenes – jederzeitiges Kündigungsrecht einräumen.⁴²
2. **Übergangsrechtlich** sind für die bei Inkrafttreten des neuen Rechts bereits bestehenden Schuldbriefe folgende Fälle zu unterscheiden (Art. 28 SchlT ZGB):⁴³
 - Haben die Parteien keine Kündigungsregel vereinbart, gilt die dispositive Regel des bisherigen Rechts (Art. 844 Abs. 1 aZGB); eine ordentliche Kündigung ist demnach für Gläubiger und Schuldner «je nur auf sechs Monate und auf die üblichen Zinstage» möglich.⁴⁴
 - Haben die Parteien vertraglich eine kürzere Kündigung vorgesehen (die den bisherigen kantonalen Beschränkungen standhält), so gilt auch hinsichtlich bisheriger Pfandrechte für die Kündigung durch die Gläubigerin jedenfalls die Minimalfrist von drei Monaten, da es sich bei Art. 847 Abs. 2 ZGB um eine zwingende – der vertraglichen Abände-

⁴² Ähnlich Amtl. Bull. Ständerat 2008, S. 419, Votum JANIÄK, der darauf hinweist, dass eine Rückzahlungspflicht binnen (vertraglich vereinbarter) weniger Tage für einen Schuldner, der seinen Zahlungsfristen nachkommt, unbillig wäre.

⁴³ Vgl. zum Folgenden bereits SCHMID, Neuerungen im Grundpfandrecht, S. 215 f.

⁴⁴ PIOTET, not@lex 2010, S. 13; DERSELBE, BN 2010, S. 230 f.; STAEHELIN, Basler Kommentar, N 5 zu Art. 847 ZGB.

rung nicht zugängliche – Vorschrift zum Schutz des Schuldners handelt.⁴⁵

III. Der neue Art. 8 UWG

1. Vorbemerkungen

1. Nach dem Gesagten können zahlreiche Abreden über Grundpfandrechte – namentlich auch die Sicherungsabrede⁴⁶ – in **vorformulierten Bestimmungen**, mithin in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sein, was häufig zutrifft, wenn Banken Gläubigerinnen sind. Diese Feststellung leitet über zur Frage, ob und gegebenenfalls in welchen Schranken die entsprechenden (grundpfandrelevanten) Abreden auch in AGB enthalten sein können. Nicht alles, was die Parteien bei individueller Aushandlung vereinbaren dürfen, kann wirksam in AGB enthalten sein. Dass der Gesetzgeber diese Wertung teilt, ergibt sich schon aus Bestimmungen wie Art. 256 Abs. 2 lit. a und Art. 288 Abs. 2 lit. a OR, die vorsehen, dass grundlegende Pflichten des Vermieters und Verpächters (Übergabe und Erhaltung der Miet- und Pachtsache im gebrauchstauglichen Zustand) zum Nachteil des Mieters und Pächters nicht wirksam in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wegbedungen werden können.⁴⁷ Der Grund für solche Regeln liegt darin, dass AGB nicht nur der Rationalisierung des Vertragsabschlusses im Massengeschäft, sondern auch der **Durchsetzung von Verhandlungsmacht** (insbesondere der Überwälzung von Vertragsrisiken⁴⁸) dienen.⁴⁹

⁴⁵ PIOTET, not@lex 2010, S. 13; ebenso DERSELBE, BN 2010, S. 231 (missverständlich) und S. 233, 4. Absatz; STAEHELIN, Basler Kommentar, N 9 zu Art. 847 ZGB.

⁴⁶ STAEHELIN, Basler Kommentar, N 53 zu Art. 842 ZGB.

⁴⁷ Soweit es um Miet- und Pachtverträge über Wohn- und Geschäftsräume geht, ist auch die individuell ausgehandelte Wegbedingung dieser Kardinalpflicht des Vermieters und Verpächters nichtig: Art. 256 Abs. 2 lit. b und Art. 288 Abs. 2 lit. b OR.

⁴⁸ Vgl. schon BAUDENBACHER, S. 507 f.

⁴⁹ SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 1; vgl. schon BBI 2009, S. 6178; für Banken-AGB aus deutscher Sicht BUNTE in SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI, § 4 N 23; zum Ganzen auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1121; PROBST, N 3 f. zu Art. 8 UWG.

2. Die schweizerische Rechtsprechung hat Allgemeine Geschäftsbedingungen bis anhin vor allem der **Konsens- und der Auslegungskontrolle** unterworfen.⁵⁰
- Die *Konsenskontrolle* fragt danach, ob vorformulierte Bestimmungen von den Parteien – durch Konsens – überhaupt in den konkreten Einzelvertrag übernommen worden sind.⁵¹ Angesichts der heute typischen Globalübernahme ist dafür unter anderem vorauszusetzen, dass die Gegenpartei des AGB-Verwenders bei Vertragsabschluss in zumutbarer Weise von den vorformulierten Bestimmungen Kenntnis nehmen konnte. In der Praxis ist in diesem Zusammenhang vor allem die Ungewöhnlichkeitsregel von besonderer Bedeutung: Von global übernommenen AGB gelten ungewöhnliche (überraschende) Klauseln nach dem Vertrauensprinzip nicht – es sei denn, der Verwender habe die Gegenpartei ausdrücklich auf die betreffende Bestimmung aufmerksam gemacht.⁵²
 - Haben die zur Diskussion stehenden AGB die Konsenskontrolle passiert, ist ihr Inhalt durch Auslegung zu ermitteln («*Auslegungskontrolle*»). Grundsätzlich sind AGB-Klauseln nach den gleichen Grundsätzen auszulegen wie individuell ausgehandelte Vertragsbestimmungen.⁵³ Im Zweifel gilt jedoch die Unklarheitsregel: Ergibt sich auf Grund des Wortlauts und der übrigen Auslegungsmittel kein klares Resultat, so ist die fragliche AGB-Klausel in der für den Verwender ungünstigeren Weise auszulegen («*in dubio contra stipulatorem*»)⁵⁴ – zumal er es in der Hand gehabt hätte, durch eine klare Formulierung die Ungewissheit zu vermeiden.
3. Über die Konsens- und die Auslegungskontrolle hinaus wird von der Lehre seit Langem gefordert, vorformulierte Vertragsbestimmungen

⁵⁰ Zum Folgenden SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 2 f.

⁵¹ Dazu und zum Folgenden an Stelle vieler GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1128 ff.

⁵² An Stelle vieler BGE 135 III 1 E. 2.1 S. 7; 135 III 225 E. 1.3 S. 227 f.; BGer Urteil 4A_84/2009 vom 16. Juni 2009 E. 2.1; BGer Urteil 4A_187/2007 vom 9. Mai 2008 E. 5.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1141 ff.; PROBST, N 12 ff. zu Art. 8 UWG; aus der jüngeren monografischen Literatur etwa FORNAGE, Nr. 960 ff., und BETSCHART, Nr. 280 ff.

⁵³ BGE 135 III 1 E. 2 S. 6; 135 III 225 E. 1.3 S. 227; BGer Urteil 4A_84/2009 vom 16. Juni 2009 E. 2.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1158 und 1241.

⁵⁴ Zum Beispiel BGE 124 III 155 E. 1b S. 158; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1158 und 1231 ff.

müssten auch einer **Inhaltskontrolle** («Fairnesskontrolle») unterworfen werden.⁵⁵ Das Bundesgericht hat diese Frage bis anhin offengelassen, jedoch zuweilen durch die klassischen Kontrollkategorien – vor allem auf dem Weg der Ungewöhnlichkeitsklausel – eine «verdeckte Inhaltskontrolle» praktiziert.⁵⁶ Als untaugliche Grundlage für eine Inhaltskontrolle erwies sich namentlich Art. 8 UWG (in der ursprünglichen, noch bis 30. Juni 2012 geltenden Fassung vom 19. Dezember 1986),⁵⁷ da er eine AGB-Verwendung «in irreführender Weise» verlangte.⁵⁸

4. Am 17. Juni 2011 hat **Art. 8 UWG** eine neue Fassung erhalten, die am 1. Juli 2012 in Kraft treten wird und im deutschen Text wie folgt lautet:⁵⁹

Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen: «Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.»

Die Gesetz gewordene Fassung weicht vom bundesrätlichen Entwurf ab,⁶⁰ stammt von der ständerätlichen Kommission⁶¹ und stellt eine in den parlamentarischen Beratungen zum UWG «in letzter Minute» durch die Einigungskonferenz der Räte erreichte Kompromisslösung dar.⁶² Das parlamentarische Prozedere stand unter grossem Zeitdruck (wie auch unter dem Risiko des Scheiterns der gesamten UWG-Revisionsvorlage), und de-

⁵⁵ Zum Beispiel GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1148 ff.; zahlreiche weitere Literaturhinweise in BGE 135 III 1 E. 2.2 S. 8.

⁵⁶ So auch BGE 135 III 1 E. 3.2–3.5 S. 12 f.; aus der parlamentarische Beratung vgl. Amtl. Bull. 2010, Ständerat, S. 937 f., Votum Bundesrätin LEUTHARD; Amtl. Bull. 2011, Nationalrat, S. 228, Votum Bundesrat SCHNEIDER-AMMANN («versteckte Inhaltskontrolle»).

⁵⁷ AS 1988, S. 223 ff.

⁵⁸ Zu den Mängeln des geltenden Art. 8 UWG vgl. an Stelle vieler GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1151 ff.; KRAMER, N 286 f. zu Art. 19–20 OR; BAUDENBACHER, S. 526; SCHWENZER, S. 117; Botschaft des Bundesrates vom 2. September 2009, BBl 2009, S. 6157, 6160, 6162 und 6178; aus der parlamentarischen Diskussion vgl. zum Beispiel Amtl. Bull. 2010, Ständerat, S. 930 und 937, Votum Bundesrätin LEUTHARD; Amtl. Bull. 2011, Nationalrat, S. 224, Votum Bundesrat SCHNEIDER-AMMANN.

⁵⁹ AS 2011, S. 4909 ff.

⁶⁰ Vgl. Botschaft vom 2. September 2009, BBl 2009, S. 6151 ff., mit Entwurf auf S. 6193 ff. Zum Folgenden vgl. SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 5 f.

⁶¹ Die Formulierung erscheint in den Protokollen erstmals in der ständerätlichen Sitzung vom 17. März 2011, Amtl. Bull. 2011, Ständerat, S. 304.

⁶² Amtl. Bull. 2011, Ständerat, S. 635, Votum BÜRGI; Amtl. Bull. 2011, Nationalrat, S. 1226 f., Voten C. SOMMARUGA und Bundesrat SCHNEIDER-AMMANN.

taillierte Materialien zur verabschiedeten Lösung fehlen; namentlich erweisen sich die Protokolle der Beratungen in den eidgenössischen Räten als wenig aussagekräftig. Klar ist jedoch Folgendes:

5. Text und Entstehungsgeschichte des revidierten Art. 8 UWG nehmen deutlich Bezug auf die Generalklausel (Art. 3 Abs. 1) der **europäischen Richtlinie 93/13/EWG vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen**,⁶³ die folgenden Wortlaut hat:

«Eine Vertragsklausel, die nicht im einzelnen ausgehandelt wurde, ist als missbräuchlich anzusehen, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte oder Pflichten der Vertragspartner verursacht.»

Die Annäherung an die europäische Richtlinie ist vom Gesetzgeber klar gewollt, sodass diese als Hilfsmittel bei der Auslegung und Konkretisierung dienen kann.⁶⁴ In den folgenden Überlegungen gehe ich zunächst (2.) auf den Tatbestand von Art. 8 UWG ein; anschliessend untersuche ich (3.) die Rechtsfolgen.⁶⁵ Die Perspektive ist ausschliesslich *zivil- und lauterkeitsrechtlich*, sodass die Frage ausschliesslich lautet: Sind die AGB zivilrechtlich wirksam? Ausgeklammert werden einerseits das Bankenaufsichtsrecht,⁶⁶ andererseits das Wettbewerbsrecht (das bedeutsam sein

⁶³ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl EG vom 21. April 1993, Nr. L 95, 29 ff. – Auf die Ähnlichkeit des neuen Art. 8 UWG zur europäischen AGB-Richtlinie wurde sowohl in der bundesrätlichen Botschaft (BBl 2009, S. 6171, 6173 und 6179) als auch in den parlamentarischen Beratungen hingewiesen: so explizit Amtl. Bull. 2011, Ständerat, S. 304 f., Voten BÜRGI und Bundesrat SCHNEIDER-AMMANN; Amtl. Bull. 2011, Nationalrat, S. 800, Votum Bundesrat SCHNEIDER-AMMANN. Bereits Art. 8 des bundesrätlichen Entwurfs orientierte sich an dieser EU-Richtlinie: Amtl. Bull. 2011, Nationalrat, S. 228, Votum Bundesrat SCHNEIDER-AMMANN.

⁶⁴ SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 5 f.; gl. M. FORNAGE, Nr. 1008 (und allgemein Nr. 733 ff.). Zur Berücksichtigung der Richtlinie und ihres Klauselkatalogs bei der Auslegung des schweizerischen Rechts vgl. bereits SCHMID, Klauselkatalog der AGB-Richtlinie, S. 56 und 82.

⁶⁵ Zum Ganzen vgl. wiederum schon SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 6 ff.

⁶⁶ Zur Berücksichtigung der AGB durch die Aufsichtsbehörde unter dem Gesichtspunkt der «einwandfreien Geschäftstätigkeit» (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG) vgl. SCHWARZ, S. 141 f. (verneinend), und AELLEN, S. 191 ff. (der diese Möglichkeit immerhin andeutet). Zur analogen Frage bei der Versicherungsaufsicht vgl. GROLIMUND, S. 145 ff.

kann, soweit die Bankenbranche weitgehend einheitlich lautende AGB verwendet).⁶⁷

2. Der Tatbestand

a) Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen

1. **Allgemeine Geschäftsbedingungen** sind Vertragsbestimmungen, die im Hinblick auf eine Vielzahl von Verträgen eines bestimmten Typs in genereller Weise vorformuliert worden sind.⁶⁸ Die Form des Vertrags spielt keine Rolle.⁶⁹ In der Praxis stehen (privat-)schriftliche Klauseln im Vordergrund. Aber auch ein öffentlich beurkundeter Vertrag (etwa ein Grundpfandvertrag), der vorformulierte Klauseln enthält, untersteht Art. 8 UWG. Keine AGB-Natur liegt hingegen vor, wenn die Bestimmungen von den Parteien einzeln ausgehandelt wurden⁷⁰ oder wenn ein AGB-Entwurf von den Parteien individuell abgeändert worden ist.⁷¹
2. Die **Verwendung** von AGB liegt hauptsächlich darin, dass eine natürliche oder juristische Person die Übernahme der vorformulierten Bestimmungen in den konkreten Einzelvertrag vorschlägt. Darüber hinaus ist – etwa im Hinblick auf die Klagerechte der Konsumentenschutzorganisationen und des Bundes (Art. 10 Abs. 2 lit. b und Abs. 3 lit. b UWG) – auch jene Person als Verwenderin anzusehen, welche die AGB in der Absicht, sie auf dem Markt (in einer bestimmten Branche) einzuführen, formuliert oder in Auftrag gegeben hat.

b) Verwendung «zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten»

1. Anders als in der bisherigen Fassung schützt der revidierte Art. 8 UWG ausdrücklich **nur Konsumentinnen und Konsumenten** vor missbräuchli-

⁶⁷ GAUCH, Die Vertragshaftung der Banken, S. 197; EMCH/RENZ/ARPAGAU, Nr. 178 f. und 346 ff.; SCHWARZ, S. 132. Zum Problem der Kartellisierung von AGB vgl. schon BAUDENBACHER, S. 509 ff., sowie HARDEGGER, S. 17 ff., 151 ff. und passim.

⁶⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1118.

⁶⁹ Vgl. ausdrücklich § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB.

⁷⁰ Vgl. auch § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB.

⁷¹ Zu Letzterem vgl. BGer Urteil 4P.135/2002 vom 28. November 2002 E. 3.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1126a f.; im Ergebnis ähnlich FORNAGE, Nr. 943 und 996, sowie WILDHABER, S. 542.

chen AGB. Wie aus der Entstehungsgeschichte der Norm hervorgeht, sollen «AGB unter Gewerbetreibenden»⁷² nicht mehr von Art. 8 UWG erfasst werden, ja es sollen die – in der Schweiz sehr zahlreichen – kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) vom Schutz der UWG-Inhaltskontrolle für AGB ausgenommen sein.⁷³ Der «Geschäftsverkehr» zwischen Wirtschaftsunternehmen soll mit anderen Worten nicht erfasst werden.⁷⁴

Der Entwurf des Bundesrats sah diese Einschränkung nicht vor – unter anderem deshalb, weil der Schutzbereich des UWG sich auf sämtliche Abnehmer erstreckt⁷⁵ und weil «gerade KMU oftmals auch die schwächere Vertragspartei sind und sich im Zusammenhang mit AGB in einer vergleichbaren Situation wie Konsumentinnen und Konsumenten befinden».⁷⁶ Der Gesetzgeber ist dieser bundesrätlichen Wertung hinsichtlich der lauterkeitsrechtlichen AGB-Kontrolle nicht gefolgt, was rechtspolitisch bedauert,⁷⁷ de lege lata jedoch akzeptiert werden muss.

2. Damit stellt sich die zentrale **Frage, wer als Konsumentin oder Konsument gilt**. Der Begriff ist schillernd und wird in der schweizerischen Rechtsordnung uneinheitlich verwendet – etwa in Art. 3 KKG, Art. 2 Abs. 3 PRG, Art. 120 IPRG, Art. 32 Abs. 2 ZPO, Art. 2 lit. a WKR und Art. 2 Abs. 2 PBV.⁷⁸ Die meisten der genannten Normen beziehen sich ausschliesslich auf natürliche Personen (Art. 3 KKG, Art. 120 IPRG, Art. 32 Abs. 2 ZPO). Es gibt aber auch Vorschriften, nach welchen juristische Personen ebenfalls als Konsumentinnen angesehen werden können

⁷² Amtl. Bull. 2011, Ständerat, S. 304 f., Voten BÜRGI und Bundesrat SCHNEIDER-AMMANN.

⁷³ Amtl. Bull. 2011, Nationalrat, S. 799 ff., Voten LEUTENEGGER OBERHOLZER (Ausnahme aller «Verträge, die im Bereich der KMU wirtschaftlicher Natur sind», JOSITSCH («... die Missbrauchsbestimmung ... auf das Geschäftsverhältnis zu Konsumentinnen und Konsumenten beschränken») und Bundesrat SCHNEIDER-AMMANN («AGB unter Gewerbetreibenden werden damit nicht erfasst»).

⁷⁴ Amtl. Bull. 2011, Nationalrat, S. 1127, Votum MARKWALDER.

⁷⁵ BBl 2009, S. 6169.

⁷⁶ BBl 2009, S. 6173 und (Zitat) 6180; vgl. auch SCHÖBLI, S. 61.

⁷⁷ Zum Beispiel GAUCH, Gesetzliche Diskriminierung mittelständischer Betriebe, NZZ Nr. 201 vom 30. August 2011, S. 21; DERSELBE, Die Vertragshaftung der Banken, S. 213 mit Fussnote 73; SCHWENZER, S. 106; BUCHER, Basler Kommentar, N 55 zu Art. 1 OR; WILDHABER, S. 541 und passim; STÖCKLI, S. 185 und 187 f.; a. M. MARCHAND, S. 330, der die Beschränkung auf Konsumenten ausdrücklich begrüsst.

⁷⁸ Weitere Beispiele bei HOLLIGER-HAGMANN, Rz. 11 ff.

(Art. 2 Abs. 3 PRG, Art. 2 Abs. 2 PBV⁷⁹). Wieder andere Erlasse verwenden den Konsumentenbegriff, ohne ihn zu definieren (Art. 8 UWG, Art. 3 Abs. 3 und Art. 8 PrSG⁸⁰).

Vor allem die genannten «offenen» Bestimmungen von PRG und PBV haben einzelne Autoren veranlasst, die Anwendbarkeit von Art. 8 UWG nicht auf natürliche Personen zu begrenzen, sondern sie auch auf juristische Personen zu erstrecken, soweit diese ohne Bezug zu ihrer gewerblichen Tätigkeit handeln.⁸¹ Dies ist im Blick auf die offenkundige Schutzbedürftigkeit von KMU und auf die (regelmässig) nicht gewinnstrebige Zwecksetzung von Vereinen und Stiftungen zwar verständlich. Eine solche Lösung wird jedoch nach der hier vertretenen Meinung durch den gesetzgeberischen Willen ausgeschlossen, der bei der Rechtsanwendung respektiert werden muss:⁸² Wie sich aus den parlamentarischen Beratungen ergibt, hat der Gesetzgeber den Konsumentenbegriff in Art. 8 UWG als Gegenbegriff zu den Wirtschaftsunternehmen – verstanden als gewerblich-beruflich handelnde Rechtssubjekte mit Einschluss der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) – verwendet. Die eidgenössischen Räte haben sich hierbei explizit an die europäische Richtlinie 93/13/EWG vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen angelehnt;⁸³ diese versteht in Art. 2 lit. b den Konsumenten (Verbraucher) als «eine natürliche Person, die bei Verträgen, die unter diese Richtlinie fallen, zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann».⁸⁴

⁷⁹ Art. 2 Abs. 2 PBV (Preisbekanntgabeverordnung vom 11. Dezember 1978; SR 942.211) lautet: «Konsumenten sind Personen, die Waren oder Dienstleistungen für Zwecke kaufen, die nicht im Zusammenhang mit ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit stehen.»

⁸⁰ Produktesicherheitsgesetz vom 12. Juni 2009 (PrSG; SR 930.11).

⁸¹ PICHONNAZ, *Clauses abusives*, S. 36 f.; DERSELBE, *Le «consommateur»*, S. 92 f. HOLLIGER-HAGMANN, Rz. 30 und 33, verweist darauf, dass Nichtkonsumenten sich noch immer auf andere UWG-Tatbestände und insbesondere auf die Generalklausel von Art. 2 UWG berufen können, um die Unlauterkeit von AGB geltend zu machen.

⁸² Zur Frage einer Inhaltskontrolle ausserhalb von Art. 8 UWG bei Verträgen mit Wirtschaftsunternehmen vgl. hinten V.

⁸³ Vgl. Fussnote 63.

⁸⁴ Zur expliziten Beschränkung des Verbraucherbegriffs auf natürliche Personen vgl. auch die Entscheidung des EuGH vom 22. November 2001, NJW 2002, S. 205; NOBIS, S. 117; FORNAGE, Nr. 130 ff. Die Beschränkung auf den Verbraucherschutz in der Richtlinie hat ihren Grund darin, dass der EU eine generelle Legiferierungskompetenz im

Als Konsumentinnen und Konsumenten im Sinn von Art. 8 UWG sind daher nach der hier vertretenen Auffassung *natürliche Personen zu verstehen, die zu persönlichen oder familiären Zwecken Verträge schliessen, nicht jedoch zu gewerblichen oder beruflichen Zwecken*. Dass geradezu «Leistungen des üblichen Verbrauchs» (im Sinn von Art. 120 IPRG und Art. 32 Abs. 2 ZPO) in Frage stehen, setzt das UWG – auch im Blick auf die Entstehungsgeschichte – nicht voraus.⁸⁵ Entscheidend ist vielmehr, dass mit dem AGB-Vertrag von Seiten der Gegenpartei des Verwenders persönliche oder familiäre Zwecke (und nicht gewerblich-berufliche) verfolgt werden. Dies kann in irgendeinem Lebensbereich geschehen, ausser dem Versicherungs-, Miet-, Leasing-, Reise- oder Bauwesen also namentlich auch im *Bankwesen*. Zu den Konsumenten gehören aus diesem Grund etwa auch natürliche Personen, welche Darlehens- und Grundpfandverträge für ein Grundstück abschliessen, das sie zu persönlichen oder familiären Zwecken nutzen – insbesondere im Hinblick auf den Erwerb einer Immobilie als Privatwohnung.

3. Als **Zwischenfazit** lässt sich festhalten: Als Konsumentinnen und Konsumenten im Sinn von Art. 8 UWG sind natürliche Personen anzusehen, die zu persönlichen oder familiären Zwecken (nicht jedoch zu gewerblichen oder beruflichen Zwecken) Verträge mit der Bank schliessen. In Betracht kommen namentlich vorformulierte Klauseln in Darlehens- und Grundpfandverträgen, die natürliche Personen für ein Grundstück abschliessen, das sie zu persönlichen oder familiären Zwecken nutzen.

c) **Erhebliches Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten**

1. Die Unlauterkeit nach Art. 8 UWG setzt weiter voraus, dass die vorformulierten Vertragsbestimmungen «ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis» zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten der Vertragspartner vorsehen. Dies muss nach dem Gesagten zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten geschehen, und zwar, wie noch

Privatrecht fehlt (dazu statt aller WILDHABER, S. 540). – Auch die Richtlinie 2011/83/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG [...] (vorne Fussnote 63) hält in Erwägungsgrund 17 an diesem engen Verbraucherbegriff fest.

⁸⁵ Gl. M. STÖCKLI, S. 186; a. M. FURRER, S. 326; in diese Richtung auch KUT/STAUBER, Rz. 115 («vertretbar»).

zu zeigen sein wird (hinten d)), «in Treu und Glauben verletzender Weise». Auch in diesem Punkt nimmt die Formulierung von Art. 8 UWG nach dem Gesagten Bezug auf Art. 3 Abs. 1 der europäischen Richtlinie 93/13/EWG vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen,⁸⁶ der von einer unangemessenen Benachteiligung spricht. Dennoch bleibt ein wichtiger Unterschied: Art. 8 UWG bezieht sich auf sämtliche Rechte und Pflichten des Vertrags, während die Richtlinie (Art. 4 Abs. 2) die Hauptleistungspflichten des Vertrags von der Überprüfung ausnimmt.⁸⁷

Das Missverhältnis nach Art. 8 UWG braucht kein «offenbares» – wie beim Übervorteilungstatbestand von Art. 21 OR – zu sein; es genügt, wenn es erheblich und ungerechtfertigt ist (französisch «une disproportion notable et injustifiée»; italienisch «un notevole e ingiustificato squilibrio»). Nach der hier vertretenen Auffassung muss zunächst untersucht werden, ob die AGB ein **erhebliches Missverhältnis** zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten vorsehen. In einem zweiten Schritt wird dann zu prüfen sein, ob dieses Missverhältnis «ungerechtfertigt» ist, was unter Beizug des Gebots von Treu und Glauben zu geschehen hat (hinten d)).

2. **Wie lässt sich feststellen**, ob ein erhebliches Missverhältnis vorliegt? Welches ist mit anderen Worten die *Messgrösse*? Die gesetzliche Formulierung ist (mindestens teilweise) an die Stelle der vom Bundesrat vorgeschlagenen Wendung getreten, welche AGB erfasste, die «[lit. a] von der gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen».⁸⁸ Der Grund für diese Neufassung und die Vorstellung des Gesetzgebers, wie das Missverhältnis zu bestimmen sei, werden in den Beratungsprotokollen nicht deutlich. Gemäss den Äusserungen von Bundesrat SCHNEIDER-AMMANN im Stände- und im Nationalrat sollte diese Umformulierung die Vertragsfreiheit im Vergleich zum bundesrätlichen Entwurf weniger stark einschränken.⁸⁹ Nach der

⁸⁶ Vgl. Fussnote 63. Gemäss der Generalklausel im deutschen Recht (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB) sind «Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ... unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen».

⁸⁷ SCHÖBL, S. 61.

⁸⁸ BBl 2009, S. 6193 f.

⁸⁹ Amtl. Bull. 2011, Ständerat, S. 305, Votum Bundesrat SCHNEIDER-AMMANN: Mit der Umformulierung «wird dem ebenfalls im Nationalrat geltend gemachten Argument

hier vertretenen Auffassung muss für Nominat- und Innominatverträge wie folgt unterschieden werden:

- Mit Bezug auf *Nominatverträge* stellt das dispositive Gesetzesrecht dann, wenn man sich nicht von blossen Billigkeitsüberlegungen leiten lassen will, die hauptsächliche und demokratisch gesetzte Messgrösse für die Bewertung eines solchen Missverhältnisses dar – zumal gerade das dispositive Gesetzesrecht die gesetzgeberischen Vorstellungen über eine faire Rechte- und Pflichtenverteilung unter den Vertragsparteien wiedergibt.⁹⁰ Ob ein Missverhältnis vorhanden ist, lässt sich mit anderen Worten nur durch einen *Vergleich* des durch die AGB-Klausel vorgegebenen Vertragsinhalts *mit der Rechtslage nach Gesetz* ermitteln.⁹¹ Dies muss umso mehr gelten, als bei Unwirksamkeit der fraglichen AGB-Klausel grundsätzlich das dispositive Recht an deren Stelle tritt.⁹² Mangels anderer gesetzgeberischer Anhaltspunkte lässt sich ein erhebliches Missverhältnis demnach dann bejahen, *wenn die AGB-Klauseln (zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten) fühlbar von den dispositiven Gesetzesbestimmungen abweichen*. Dieses methodische Vorgehen verdient nach der hier vertretenen Auffassung gegenüber einer reinen Billigkeitsentscheidung den Vorzug, namentlich auch wegen des Gewinns an Rechtssicherheit. Das Ergebnis wird durch rechtsvergleichende Erkenntnisse erhärtet: Nach § 307 Abs. 2 Ziff. 1 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung «im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist».

Rechnung getragen, Buchstabe a [des bundesrätlichen Entwurfs] schränke die Vertragsfreiheit zu stark ein, da bei einer erheblichen Abweichung vom dispositiven Recht automatisch der Verdacht auf eine missbräuchliche Klausel entstehen könne». Ähnlich DERSELBE, Amtl. Bull. 2011, Nationalrat, S. 800. Auch die bundesrätliche Botschaft (BBl 2009, S. 6178, erster Spiegelstrich in fine) ist in diesem Punkt missverständlich, indem (zu lit. a des Entwurfs) ausgeführt wird, vom dispositiven Gesetzesrecht abweichende AGB «sollen nicht unter dem Generalverdacht stehen, unlauter zu sein, weil sie von der gesetzlichen Ordnung (erheblich) abweichen».

⁹⁰ Vgl. etwa KRAMER, N 277 zu Art. 19–20 OR; BETSCHART, Nr. 335; grundlegend bereits RAISER, S. 293.

⁹¹ Ähnlich STAUDINGER/COESTER, N 90 zu § 307 BGB; MÜNCHKOMM/KIENINGER, N 33 zu § 307 BGB.

⁹² Vgl. hinten III./3./a).

- Mit Bezug auf *Innominatverträge* (jedenfalls bei Verträgen eigener Art) hilft die Messgrösse des dispositiven Gesetzesrechts des Besonderen Teils naturgemäss nur insofern weiter, als diese Bestimmungen analog angewendet werden können.⁹³ Im Weiteren spielen hier – neben den Gesetznormen des Allgemeinen Teils – Billigkeitserwägungen bei der Bestimmung des erheblichen Missverhältnisses eine wesentliche Rolle. Ein solches Missverhältnis ist zu bejahen, wenn sich nach den gesamten Umständen ein Beibehalten der fraglichen Klausel mit dem Grundsatz der Billigkeit nicht vereinbaren lässt.⁹⁴

d) Ungerechtfertigtes Missverhältnis «in Verletzung von Treu und Glauben»

1. Die AGB müssen, um unter Art. 8 UWG zu fallen, nicht nur ein erhebliches (vorne c)), sondern auch ein **ungerechtfertigtes Missverhältnis** zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten vorsehen, und zwar «*in Treu und Glauben verletzender Weise*» (französisch «en contradiction avec les règles de la bonne foi»; italienisch «violando il principio della buona fede»). Von einem ungerechtfertigten Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten (das Treu und Glauben verletzt) spricht auch Art. 3 Abs. 1 der europäischen Richtlinie, während § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB als Generalklausel des deutschen Rechts – das richtlinienkonform ausgelegt werden muss⁹⁵ – von einer unangemessenen Benachteiligung (entgegen den Geboten von Treu und Glauben) spricht. Gemäss der deutschen Lehre handelt es sich bei einer solchen Benachteiligung nicht um ein zusätzliches Tatbestandselement (neben der Unangemessenheit), sondern um die Verdeutlichung des Bezugspunkts, nämlich des nach Treu und Glauben bestimmten, also fairen Interessenausgleichs unter den Parteien.⁹⁶
2. Nach der bundesrätlichen Botschaft (zur damaligen Fassung des Entwurfs von Art. 8 UWG) sollte das **Kriterium von Treu und Glauben** es erlauben, das Kräfteverhältnis zwischen dem AGB-Verwender und dem Ver-

⁹³ Vgl. dazu etwa KRAMER, N 83 und 158 zu Art. 19–20 OR.

⁹⁴ BBl 2009, S. 6179.

⁹⁵ STAUDINGER/COESTER, N 64 und 78 f. zu § 307 BGB.

⁹⁶ STAUDINGER/COESTER, N 96 f. zu § 307 BGB; ähnlich ULMER/BRANDNER/HENSEN/FUCHS, N 99 zu § 307 BGB.

tragspartner differenziert zu bewerten;⁹⁷ hierbei hätte berücksichtigt werden sollen, dass ein Konsument dem AGB-Verwender regelmässig an Geschäftserfahrung und juristischem Wissen deutlich unterlegen ist.⁹⁸ Nachdem die eidgenössischen Räte den Anwendungsbereich von Art. 8 UWG generell auf den Schutz von Konsumentinnen und Konsumenten beschränkt haben (demnach dem AGB-Verwender in den hier interessierenden Fällen *immer* eine Konsumentin gegenübersteht), muss diese Auslegung angepasst werden.

Nach der hier vertretenen Auffassung, die auch durch rechtsvergleichende Erkenntnisse bestärkt wird, muss die Frage, ob das (erhebliche) Missverhältnis ungerechtfertigt ist, nach den Grundsätzen von Treu und Glauben geprüft werden.⁹⁹ Nötig ist *im Einzelfall eine umfassende Abwägung sämtlicher schutzwürdiger Interessen* des AGB-Verwenders und der Gegenseite.¹⁰⁰ Zu bewerten ist demnach, ob das erhebliche Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten aus der Sicht einer loyalen, korrekten Person auf Grund besonderer Umstände als gerechtfertigt erscheint. So sind etwa beim Occasionskauf an Freizeichnungsklauseln geringere Massstäbe zu setzen als beim Kauf neuer Waren. Weiter können solche rechtfertigenden Umstände etwa dann bejaht werden, wenn einer ungünstigen Regelung in einem Bereich (etwa hinsichtlich der Freizeichnung) in einem anderen Bereich (etwa hinsichtlich des Preises) eine für die Gegenpartei des AGB-Verwenders besonders günstige Abrede gegenübersteht. Auch die deutsche Praxis zu § 307 BGB prüft unter Berücksichtigung des gesamten Vertragsinhalts, welche Interessen der Verwender an der Aufrechterhaltung der AGB-Klausel und welche Interessen der Konsument an deren Wegfall (und der Ersetzung durch das dis-

⁹⁷ BBl 2009, S. 6179. Vgl. auch SCHWENZER, S. 106 f.

⁹⁸ Vgl. dazu die bundesrätliche Aussage, wonach (basierend auf dem Entwurf, der nicht auf den Schutz von Konsumenten beschränkt war) dann, wenn die Gegenpartei des AGB-Verwenders eine Konsumentin oder ein Konsument ist, «grundsätzlich ein strengerer Massstab anzuwenden [ist] als im kaufmännischen Verkehr» (BBl 2009, S. 6179).

⁹⁹ Gl. M. wohl FORNAGE, Nr. 1019. Nach STÖCKLI (S. 184, linke Spalte, Text bei Fn. 5) verstösst jedes erhebliche, für den Konsumenten nachteilige Missverhältnis bei der Verteilung vertraglicher Rechte und Pflichten gegen Treu und Glauben, wenn es durch allgemeine Geschäftsbedingungen geschaffen wird.

¹⁰⁰ Insoweit noch immer zutreffend BBl 2009, S. 6179. Für das deutsche Recht STAUDINGER/COESTER, N 96 zu § 307 BGB; MÜNCHKOMM/KIENINGER, N 33 f. zu § 307 BGB.

positive Gesetzesrecht) hat.¹⁰¹ Hierbei ist unter anderem mit zu berücksichtigen, ob und gegebenenfalls wie jede der Parteien die Verwirklichung des in der fraglichen Klausel behandelten *Vertragsrisikos* durch eigene Tätigkeit verhindern und wie sie sich gegen die Folgen der Verwirklichung des Risikos durch eigene Vorsorge schützen kann.¹⁰²

Ist allerdings ein erhebliches Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten bejaht worden, besteht nach der hier vertretenen Auffassung geradezu eine *Vermutung* für Unlauterkeit der betreffenden AGB-Klauseln.¹⁰³ Die Interessenabwägung nach Treu und Glauben führt hier mit anderen Worten dazu, dass es dem AGB-Verwender obliegt, Umstände nachzuweisen, die das Missverhältnis in konkreten Fall als gerechtfertigt erscheinen lassen.

3. Die gesetzgeberisch gewollte Nähe zur **europäischen AGB-Richtlinie** legt es sodann nahe, diese bei der Anwendung von Art. 8 UWG als **Auslegungshilfe** beizuziehen.¹⁰⁴ Dies gilt auch für die im Anhang der AGB-Richtlinie abgedruckte Liste von Klauseln, die nach Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie für missbräuchlich erklärt werden können («graue Liste»)¹⁰⁵ So ist etwa vermutungsweise von der Unlauterkeit von AGB-Klauseln auszugehen, welche Verrechnungsverbote, einseitige Konventionalstrafen, Zustimmungsfiktionen und Vertragsänderungsrechte im Sinn des Klauselkatalogs vorsehen.¹⁰⁶

¹⁰¹ MÜNCHKOMM/KIENINGER, N 33 f. zu § 307 BGB.

¹⁰² MÜNCHKOMM/KIENINGER, N 33 zu § 307 BGB.

¹⁰³ Vgl. auch FORNAGE, Nr. 1023.

¹⁰⁴ Vgl. vorne III./1. in fine.

¹⁰⁵ Vgl. dazu bereits SCHMID, Klauselkatalog der AGB-Richtlinie, S. 56, mit Hinweis auf KRAMER, N 295 zu Art. 19–20 OR; SCHWARZ, S. 141 ff.; zur UWG-Revision explizit SCHÖBI, S. 62. Der Klauselkatalog ist weitestgehend in den DCFR übernommen worden (Buch II, Art. 9:410).

¹⁰⁶ Vgl. Anhang zur AGB-Richtlinie, Nr. 1b, d, i und j. Ein Vergleich ausgewählter Klauseln aus dem Katalog mit dem schweizerischen Recht ist enthalten bei SCHMID, Klauselkatalog der AGB-Richtlinie, S. 57 ff.

3. Die Rechtsfolgen

a) Nichtigkeit der unlauteren AGB

1. AGB-Klauseln, die gegen Art. 8 UWG verstossen, sind wegen ihrer Widerrechtlichkeit (Art. 2 UWG und Art. 20 OR) und des Zwecks der Lauterkeitsnorm als **nichtig** anzusehen. Das entspricht einerseits der herrschenden Lehre zum heutigen Art. 8 UWG,¹⁰⁷ andererseits wurde auf diese Rechtsfolge in der bundesrätlichen Botschaft¹⁰⁸ und in den parlamentarischen Beratungen von Bundesrat SCHNEIDER-AMMANN ausdrücklich (und unwidersprochen) hingewiesen.¹⁰⁹ Ausserprozessual und im Zivilprozess kann sich die benachteiligte Konsumentin daher auf die Unwirksamkeit der fraglichen Klausel berufen. Das Gericht hat die Nichtigkeit indessen *von Amtes wegen* zu beachten, wenn sie die Begehren einer Partei stützt.
2. An die Stelle der nichtigen Klausel tritt grundsätzlich das **dispositive Gesetzesrecht**, was § 306 Abs. 2 BGB für das deutsche Recht explizit anordnet; der Vertrag bleibt also grundsätzlich wirksam (§ 306 Abs. 1 BGB), was dem Grundsatz der Restgültigkeit entspricht (Art. 20 Abs. 2 OR). Nach § 306 Abs. 3 BGB ist der (gesamte) Vertrag indessen unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung des anwendbaren dispositiven Gesetzesrechts «eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde».

¹⁰⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1156; KOLLER, OR AT, § 23 N 75; PROBST, N 68 zu Art. 8 UWG; PICHONNAZ, Le centenaire, S. 194; jetzt auch GAUCH, Werkvertrag, Nr. 200 und 287 (entgegen der Voraufgabe); BIERI, Rz. 10; wohl auch KUT/STAUBER, Rz. 130; unklar MORIN, S. 520 einerseits und S. 525 andererseits; abweichend DESSEMONTET, Commentaire Romand, N 74 zu Art. 1 OR («relativement nulle»).

¹⁰⁸ BBl 2009, S. 6152 unten und 6179 («und daher die Nichtigkeit der Klausel als die angemessene Folge erscheint»).

¹⁰⁹ Amtl. Bull. 2011, Nationalrat, S. 229, Votum Bundesrat SCHNEIDER-AMMANN, zum bundesrätlichen Entwurf zu Art. 8 UWG. Gl. M. gestützt auf die Entstehungsgeschichte FORNAGE, Nr. 1028 und 1037.

b) Besondere Klagerechte

1. Der **Konsumentin**, die durch die missbräuchlichen AGB benachteiligt wird, stehen sodann auch die besonderen lauterkeitsrechtlichen Rechtsbehelfe nach Art. 9 und 11 UWG zur Verfügung.¹¹⁰
2. Auch den **Konsumentenschutzorganisationen** stehen nach Massgabe von Art. 10 Abs. 2 lit. b UWG die Klagen nach Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG zu. Diese Klageberechtigung war für den Bundesrat einer der Gründe, die Materie im UWG (und nicht im OR oder in einem Spezialgesetz) unterzubringen.¹¹¹
3. Schliesslich räumt der neue Art. 10 Abs. 3 UWG dem **Bund** ein Klagerecht ein, «wenn er es zum Schutz des öffentlichen Interesses als nötig erachtet», namentlich (lit. b) wenn die Interessen mehrerer Personen oder einer Gruppe von Angehörigen einer Branche oder andere Kollektivinteressen bedroht oder verletzt sind. In den parlamentarischen Beratungen wurde dieses Klagerecht vorwiegend im Zusammenhang mit unlauteren Gewinnversprechen, Internetbetrügereien, verschleierte Offertanfragen und Schneeballsystemen genannt.¹¹² Öffentliche Interessen können jedoch auch bedroht sein, wenn Unternehmen oder ganze Branchen missbräuchliche AGB verwenden; in solchen Fällen kann demnach das Klagerecht des Bundes ebenfalls aktuell werden, zumal die Bestimmung einem allgemeinen Schutz des lautereren Wettbewerbs dient.¹¹³

4. Intertemporales Recht

1. Der neue Art. 8 UWG **tritt am 1. Juli 2012 in Kraft**. Er wird – selbstverständlich – auf alle Banken-AGB Anwendung finden, die an oder nach diesem Datum verwendet werden, insbesondere also auf alle ab dem 1. Juli 2012 abgeschlossenen Bankverträge, welche vorformulierte Klauseln enthalten.

¹¹⁰ Zum Beispiel GAUCH, Werkvertrag, Nr. 200.

¹¹¹ BBl 2009, S. 6162.

¹¹² Amtl. Bull. 2011, Nationalrat, S. 230 f., Voten LEUTENEGER OBERHOLZER, MARKWALDER, SOMMARUGA und Bundesrat SCHNEIDER-AMMANN.

¹¹³ BBl 2009, S. 6163 oben; gl. M. SCHÖBLI, S. 63.

2. Was aber gilt für **die vor diesem Datum abgeschlossenen Verträge**, die AGB enthalten? Die Frage interessiert namentlich mit Bezug auf solche AGB, die unter dem bisherigen Art. 8 UWG unbedenklich, nach dem neuen Art. 8 UWG hingegen unlauter und damit nichtig sind.

Da das UWG zu dieser Frage keine Bestimmung enthält, sind die **Art. 1 ff. SchlT ZGB** anwendbar.¹¹⁴ Diese gehen vom Grundsatz der Nichtrückwirkung aus (Art. 1 SchlT ZGB), der jedoch in wichtigen Fällen (etwa Art. 2–4 SchlT ZGB) durchbrochen wird. Beim Inkrafttreten des bisherigen Art. 8 UWG ist die intertemporale Frage, soweit ersichtlich, nicht thematisiert worden.

3. Auszugehen ist vom **Grundsatz der Nichtrückwirkung** (Art. 1 SchlT ZGB). Insbesondere unterliegen grundsätzlich die vor dem 1. Juli 2012 «vorgenommenen Handlungen in bezug auf ihre rechtliche Verbindlichkeit und ihre rechtlichen Folgen auch in Zukunft den bei ihrer Vornahme geltend gewesenen Bestimmungen» (Art. 1 Abs. 2 SchlT ZGB). Mit den «Handlungen» sind insbesondere auch Verträge gemeint.¹¹⁵ Daher lässt sich als Grundsatz – und insbesondere unter Vorbehalt von Art. 2 SchlT ZGB – Folgendes feststellen: Ist ein (Bank-)Vertrag mit Einbezug von AGB vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts gültig zustande gekommen, so bleibt das frühere Recht für dessen gesamten Inhalt massgebend; die Voraussetzungen der rechtlichen Verbindlichkeit des Vertrags – namentlich auch die Frage von Inhaltsmängeln – werden mit anderen Worten nach der zur Zeit des Vertragsabschlusses geltenden Rechtsordnung beurteilt.¹¹⁶

Art. 3 SchlT ZGB, der Rechtsverhältnisse betrifft, «deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird», ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht anwendbar. Diese – in ihrer Tragweite nach wie vor umstrittene¹¹⁷ – Bestimmung, die dem Schutz des Vertrauens der Beteiligten auf erworbene Rechte dient, bezieht sich nicht auf die durch Parteiwillen festgelegten Vertragswirkungen.¹¹⁸ Selbst die

¹¹⁴ Anstelle vieler TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 119 N 6 mit Hinweisen.

¹¹⁵ MUTZNER, N 4 und 9 zu Art. 1 SchlT ZGB; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 119 N 7 f.

¹¹⁶ MUTZNER, N 36, 51 f. und 60 ff. zu Art. 1 SchlT ZGB.

¹¹⁷ Illustrativ SCHUMACHER RAINER, Zur Revision des Bauhandwerkerpfandrechts: Intertemporales Recht, BN 2011, S. 1 ff., besonders S. 11 f. und 14 ff.

¹¹⁸ So BGE 133 III 105 E. 2.3.4 S. 114; 126 III 421 E. 3c/cc S. 429; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 119 N 12; vgl. auch VISCHER, Basler Kommentar, N 3 ff. zu Art. 3 SchlT ZGB.

zwingende Natur einer Rechtsvorschrift reicht für sich allein für eine Rückwirkung nicht aus.¹¹⁹

4. Zu prüfen bleibt demnach, ob gestützt auf **Art. 2 SchlT ZGB** eine **Rückwirkung** stattfindet. Der neue Art. 8 UWG findet auch auf die vor seinem Inkrafttreten abgeschlossenen Verträge Anwendung, wenn er als Bestimmung anzusehen ist, «die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt» ist. Für die Bejahung eines solchen *Ordre-Public-Charakters des neuen Art. 8 UWG* sprechen nach der hier vertretenen Auffassung gute Gründe: Die Bestimmung setzt der massenweisen Wegbedingung demokratisch gesetzten, dispositiven Gesetzesrechts eine Schranke und ermöglicht erstmals eine wirksame Inhaltskontrolle gewisser Verträge. Sie bezweckt, ein Mindestmass inhaltlicher Vertragsgerechtigkeit (für Konsumentinnen und Konsumenten) zu ermöglichen und unlauteres Geschäftsgebaren – das Art. 2 UWG zugleich als widerrechtlich erklärt – zu unterbinden. Insofern gehört Art. 8 UWG zu den Grundpfeilern der neuen (konsumentenschutzrechtlichen) Ordnung, verkörpert mit anderen Worten grundlegende sozialpolitische und ethische Anschauungen.¹²⁰ Die mit dieser Vorschrift angestrebten Zwecke liegen zu einem wesentlichen Teil im öffentlichen Interesse¹²¹ und sind höher zu gewichten als das Vertrauen der AGB-Verwender an der Weitergeltung unlauterer vorformulierter Bestimmungen.¹²²

¹¹⁹ BGE 116 III 120 E. 3d S. 126.

¹²⁰ Zu diesen Voraussetzungen der Anwendbarkeit von Art. 2 SchlT ZGB vgl. etwa BGE 133 III 105 E. 2.1.3 und 2.1.4 S. 109 f.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 119 N 10; vgl. auch VISCHER, Basler Kommentar, N 3 f. zu Art. 2 SchlT ZGB.

¹²¹ Zutreffend führt die bundesrätliche Botschaft zum UWG aus, dass die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken und damit auch die Bekämpfung unlauterer AGB im öffentlichen Interesse liegt (BBl 2009, S. 6156).

¹²² Zu dieser Interessenabwägung allgemein BGE 133 III 105 E. 2.1.4 S. 109 f.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 119 N 10.

IV. Ausgewählte Vertragsklauseln

1. Vorbemerkungen

1. Ob eine AGB-Klausel vor dem revidierten Art. 8 UWG Stand hält, lässt sich – von der abstrakten Kontrolle im Klageverfahren von Konsumentenorganisationen und des Bundes abgesehen – nur im konkreten Fall prüfen. Die folgenden ausgewählten Klauselbeispiele aus der **Praxis**¹²³ wurden teilweise vor dem 1. Januar 2012 (Inkrafttreten des revidierten Sachenrechts) verfasst, teilweise später. Stets wird bei der Analyse davon ausgegangen, dass:
 - die Bankkundin eine Konsumentin und die Bank die Verwenderin der AGB ist;
 - die betreffende vorformulierte Bestimmung grundsätzlich vom Konsens der Parteien erfasst wird (Konsenskontrolle), formgültig ist und auch nicht an der Auslegungskontrolle scheitert. Konsens- und Auslegungsfragen werden im Folgenden daher nur dann zur Sprache kommen, wenn die betreffende Klausel dazu Anlass gibt.
2. Im Folgenden werden demnach (mit einzelnen Ausnahmen) die Konsens- und die Auslegungskontrolle «übersprungen» und die Überprüfung auf die **Inhaltskontrolle** beschränkt. Geprüft wird mit anderen Worten, ob die jeweilige Klausel im Sinn von Art. 8 UWG «in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten» vorsieht. Dies wird hier bezüglich der jeweiligen Klausel versucht – im Wissen darum, dass im konkreten Streitfall der gesamte Vertrag berücksichtigt werden muss.
3. Eine gewisse **Vergleichsgrösse** stellen bei dieser Prüfung die von den deutschen Banken üblicherweise verwendeten AGB¹²⁴ dar, die von Lehre

¹²³ Zu weiteren Bank-AGB im Lichte der europäischen Richtlinie SCHWARZ, S. 170 ff.

¹²⁴ Muster der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der privaten Banken (Stand: 31. Oktober 2009) zwischen Kunde und Bank, <www.bankenverband.de/downloads/102009/mu0911-re-agb.pdf> (besucht am 24. Februar 2012), im Folgenden als «deutsche Banken-AGB» bezeichnet. Vgl. dazu etwa auch BUNTE in SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI, § 4 N 1 ff.; EMCH/RENZ/ARPAGAU, Nr. 176.

und Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt der §§ 305 ff. BGB ausführlich diskutiert worden sind.

2. Sofortige oder rasche Kündbarkeit von Dauerverträgen und Schuldbriefen

a) Allgemeines

1. Musterklauseln.¹²⁵

- a. «Die BANK behält sich vor, bestehende Geschäftsbeziehungen, insbesondere zugesagte oder erteilte Kredite, mit sofortiger Wirkung aufzuheben, wobei allfällige Forderungen sofort zur Rückzahlung fällig werden. Vorbehalten bleiben anderslautende Abmachungen.»¹²⁶
- b. «Die BANK ist berechtigt, diesen Kredit und allfällige weitere Kredite mit einer Frist von ... Tagen vorzeitig zu kündigen, wenn:
 - der Kunde sich mit der Zahlung von Zinsen oder vereinbarten Amortisationen auf diesem und allfälligen weiteren Krediten – auch solchen anderer Gläubiger – in Verzug befindet;
 - die Pfandgrundstücke nach Ansicht der BANK in ihrem Wert vermindert wurden und nicht mehr genügend Deckung bieten;
 - sich die Finanz- oder Ertragslage des Kunden nach Ansicht der BANK wesentlich verschlechtert hat oder eine solche Verschlechterung absehbar ist;
 - sich die Kreditkosten der BANK durch Massnahmen der Nationalbank oder anderer Behörden erhöhen (z.B. Einführung von Mindestreserven, Erhöhung der Eigenmittelanforderungen).»
- c. «Die BANK ist berechtigt, die Grundpfandforderungen anstelle der gesicherten Forderungen geltend zu machen. Abweichend von allfälligen Kündigungsbestimmungen auf den Grundpfandtiteln und abweichend von im Grundbuch eingetragenen Nebenvereinbarungen bedarf es dazu

¹²⁵ Vgl. auch die Klauseln bei BETSCHART, Nr. 694, 702 und 706 ff.

¹²⁶ Art. 11 der Musterbedingungen der Schweizerischen Bankiervereinigung (1966), abgedruckt bei HARDEGGER, S. 42 und 192. EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Nr. 702, bezeichnen unter anderem diese Klausel als nach wie vor typisch, «obwohl es heute keine Standard-AGB der Banken mehr gibt».

keiner besonderen Kündigung der Grundpfandforderungen. Die Kündigung und Fälligkeit einer gesicherten Forderung gilt auch als Kündigung und Fälligkeit der Grundpfandforderungen. Vorbehalten bleiben zwingende gesetzliche Kündigungsvorschriften.

Diese Regelung ist auch für Grundpfandrechte anwendbar, die im Zeitpunkt ihrer Errichtung einer gesetzlichen Kündigungsbeschränkung unterstanden haben, sofern diese gesetzliche Bestimmung im Zeitpunkt der Kündigung nicht mehr in Kraft ist oder sich auf die vorgesehene Kündigung nicht beschränkend auswirkt.»

2. Als **allgemeine Vorbemerkung** ist – noch ausserhalb der Inhaltskontrolle – festzuhalten: Den AGB gehen nach dem Gesagten die individuell vereinbarten Auflösungsbestimmungen vor (Konsenskontrolle: *Vorrang individueller Abreden*), was auch die Musterklausel a in fine als Vorbehalt festhält. Die Rangordnung der massgebenden Abreden kann freilich unklar sein, was meines Erachtens auf Musterklausel c zutrifft: Unter welchen Voraussetzungen soll diese Klausel den Abreden auf dem (an sich «individuelleren») Grundpfandtitel vorgehen? Das dürfte nach der hier vertretenen Auffassung nur ausnahmsweise zu bejahen sein – allenfalls dann, wenn der Grundpfandtitel diesbezüglich klar auf die anderen Abreden verweist.¹²⁷ Musterklausel c zwingt demnach zur heiklen Auslegung über die Rangfolge von Texten, und diese Auslegung ist im Zweifel gegen die AGB-Verwenderin auszulegen (Auslegungskontrolle: «*in dubio contra stipulatorem*»).
3. Was aber gilt hinsichtlich der Kündbarkeit, wenn individuelle Abreden fehlen (oder in einer Weise lauten wie Musterklausel b) und wenn die AGB-Klauseln auch vor der Auslegungskontrolle Bestand haben? **Zu unterscheiden** ist zwischen der Forderung aus dem Darlehensvertrag (Forderung aus dem Grundverhältnis) und der Schuldbriefforderung. Ich beginne mit Letzterer:

b) Schuldbriefforderung

1. Für den Schuldbrief – genauer: für die im Schuldbrief verkörperte Forderung – sieht **Art. 847 Abs. 1 ZGB** (auch für den Gläubiger) dispositiv eine halbjährige Kündigungsfrist auf Ende jeden Monats vor. Eine abwei-

¹²⁷ Kritisch auch BETSCHART, Nr. 713 f.

chende Vereinbarung «darf für den Gläubiger keine kürzere Kündigungsfrist als drei Monate vorsehen, ausser wenn sich der Schuldner mit der Zahlung der Amortisationen oder der Zinsen in Verzug befindet» (Art. 847 Abs. 2 ZGB). Diese Mindestfrist schützt den Schuldner vor Klauseln, welche der Gläubigerin ein beliebiges – nicht an die genannten Voraussetzungen gebundenes – jederzeitiges (oder auch nur kurzfristiges) Kündigungsrecht einräumen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die entsprechenden Klauseln individuell ausgehandelt oder in AGB enthalten sind.¹²⁸ Das ist für beide Musterklauseln (a und b) zu beachten und bedeutet unter anderem, dass kürzere als dreimonatige Kündigungsfristen beispielsweise auch dann nichtig sind, wenn sie für den Fall der Erhöhung von Kreditkosten der Bank durch Massnahmen der Nationalbank vereinbart wurden.

Unter dem Gesichtspunkt des Schuldnerschutzes überrascht es, dass die zwingende Vorschrift vom Gesetzgeber nur für den Schuldbrief erlassen wurde, nicht aber für die Grundpfandverschreibung – wo das analoge Schutzbedürfnis des Pfandschuldners besteht. Hier stellt freilich das Pfandrecht ein blosses Sicherungsrecht dar (und verkörpert anders als der Schuldbrief keine eigenständige Forderung), sodass die Frage der Kündbarkeit im Zusammenhang mit der Forderung aus dem Grundverhältnis zu behandeln ist (nachfolgend c)).

2. Die genannte zwingende Kündigungseinschränkung von Art. 847 Abs. 2 ZGB gilt nach dem Gesagten ungeachtet des Umstands, ob die abweichende Parteiabrede individuell ausgehandelt oder von der Bank vorformuliert worden ist. Ergeben sich aus **Art. 8 UWG** für AGB-Klauseln weitere Einschränkungen – immer bezogen auf Fälle, in denen der Schuldner sich nicht mit der Zahlung von Amortisationen oder der Zinsen in Verzug befindet? Dazu sind folgende Überlegungen festzuhalten:
 - Gemessen am dispositiven Gesetzesrecht (Art. 847 Abs. 1 ZGB: halbjährige Kündigungsfrist) begründen nach der hier vertretenen Auffassung *Abreden, die eine weniger als viermonatige Kündigungsfrist (also weniger als zwei Drittel der gesetzlichen Frist) vorsehen, ein erhebliches Missverhältnis* der vertraglichen Rechte und Pflichten der Parteien zum Nachteil des Kunden.

¹²⁸ Vgl. vorne II./4.

- Schutzwürdige Interessen der Bank, welche die schutzwürdigen Kundeninteressen überwiegen, sind (ausserhalb des Verzugsfalls) zu verneinen, im fraglichen Zeithorizont auch im Fall von Massnahmen der Nationalbank; demnach ist das Missverhältnis als «**ungerechtfertigt**» unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben anzusehen.
 - Besondere Beachtung verdient im vorliegenden Zusammenhang die Abrede einer kurzen (kürzeren als viermonatigen) Kündigungsfrist für den **Fall der Wertverminderung des Pfandgrundstücks**. Diesbezüglich sind die Art. 808 ff. ZGB zu beachten, welche dem Pfandgläubiger gewisse Rechte einräumen.¹²⁹ Wertverminderungen, die ohne Verschulden des Schuldners eintreten, geben gemäss Art. 810 Abs. 1 ZGB dem Gläubiger jedoch nur insoweit ein Recht auf Sicherstellung oder Abbezahlung, als der Eigentümer für den Schaden gedeckt wird. Das Gesetz weist in den Fällen unverschuldeter Wertverminderungen durchaus dem Gläubiger erhebliche Risiken zu.¹³⁰
3. **Zusammenfassend** sind bezüglich der Schuldbriefforderung vertragliche Verkürzungen der Kündigungsfrist (ausserhalb der Verzugsfälle) in Individualabreden nur auf drei Monate möglich (Art. 847 Abs. 2 ZGB), während vorformulierte Abreden nach der hier vertretenen Auffassung unter dem Gesichtspunkt von Art. 8 UWG bereits kritisch sind, wenn sie auf weniger als vier Monate lauten. Lässt sich die Unlauterkeit der Klausel bejahen, so ist diese nichtig und wird durch die halbjährliche Kündigungsfrist (auf Ende jeden Monats) von Art. 847 Abs. 1 ZGB ersetzt.
4. Der Vollständigkeit halber ist schliesslich darauf hinzuweisen, dass Musterklausel c in ihrem zweiten Absatz auch **intertemporale Fragen** aufwirft (vgl. auch vorne II./4. und Art. 28 SchlT ZGB):
- Haben die Parteien – bei der Schuldbrieferrichtung vor dem 1. Januar 2012 – keine Kündigungsfrist vereinbart, so gilt das dispositives Recht des bisherigen Rechts (Art. 844 Abs. 1 aZGB); eine ordentliche Kündigung ist in diesem Fall für Gläubiger und Schuldner «je nur auf sechs Monate und auf die üblichen Zinstage» möglich.
 - Bestanden bei Errichtung des betreffenden Schuldbrief zwingende kantonale Kündigungseinschränkungen (gestützt auf Art. 844 Abs. 2

¹²⁹ Vgl. dazu TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 111 N 9 ff.

¹³⁰ TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 111 N 10 in fine; relativierend BETSCHART, Nr. 759 ff.

aZGB) und haben die Parteien diese in ihren Vertrag aufgenommen, so lässt sich diese Kündigungsabrede nach der hier vertretenen Auffassung nicht auf dem Weg von AGB-Abreden aufheben.

c) Darlehensforderung (Forderung aus dem Grundverhältnis)

1. Das soeben Gesagte bezieht sich auf die Schuldbriefforderung. Hiervon zu trennen ist die Forderung aus dem Grundverhältnis, namentlich die Forderung auf Rückzahlung eines gewährten Darlehens. **Art. 318 OR** lässt eine Vereinbarung über den «Verfall auf beliebige Aufforderung hin» zu und ordnet an, dass mangels einer solchen Abrede (und mangels der Vereinbarung eines bestimmten Rückzahlungstermins) ein Darlehen auf sechs Wochen (ab Aufforderung) gekündigt werden kann. Ausserdem ist zu beachten, dass eine Darlehensforderung – als Forderung in einem Dauerschuldverhältnis – auch ohne besondere Abrede gekündigt werden kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, wenn also Umstände gegeben sind, welche der Darlehensgeberin die Fortsetzung des Verhältnisses unzumutbar machen.

Im vorliegenden Zusammenhang stellen sich die Fragen, ob besondere Regeln gelten, wenn das Darlehen grundpfandgesichert ist (vermag Art. 847 Abs. 2 ZGB hier «auszustrahlen?»), und ob sich der «Verfall auf beliebige Aufforderung hin» auch in AGB vereinbaren lässt.

2. Die Frage nach der «**Ausstrahlungskraft**» (Anwendbarkeit) der zwingenden Schuldbriefbestimmung **von Art. 847 Abs. 2 ZGB** auf eine durch Grundpfandverschreibung gesicherte Forderung kann derzeit noch nicht endgültig beantwortet werden, sondern bedarf näherer Untersuchung. Nach der hier vertretenen Auffassung sprechen für die Bejahung der Frage gute Gründe:¹³¹ Der genannten Bestimmung liegt die gesetzgeberische Wertung zugrunde, dass der Schuldner, der seine Zins- und Amortisationspflichten erfüllt, nicht eine Kündigungsfrist von unter drei Monaten soll hinnehmen müssen.¹³² Dieses Schutzbedürfnis besteht für den Schuldner ohne Rücksicht darauf, ob seine Darlehensschuld durch einen Schuldbrief oder aber eine Grundpfandverschreibung gesichert ist. Bejaht man die Anwendbarkeit der zwingenden Kündigungseinschränkung von Art. 847 Abs. 2 ZGB auf durch Grundpfandverschreibung gesicherte For-

¹³¹ Befürwortend auch BETSCHART, Nr. 727.

¹³² Vgl. vorne II./4.

derungen, so gilt sie ungeachtet des Umstands, ob die abweichende Parteiabrede individuell ausgehandelt oder von der Bank vorformuliert worden ist.

Wurde die Kündigungsfrist durch vorformulierte Vertragsabrede festgelegt, so erweist sich nach der hier vertretenen Auffassung überdies eine kürzere als viermonatige Kündigungsfrist unter dem Gesichtspunkt von Art. 8 UWG als problematisch (vorne b)).

3. Verneint man die Anwendung der zwingenden Bestimmung von Art. 847 Abs. 2 ZGB auf durch Grundpfandverschreibung gesicherte Darlehensforderungen, so stellt sich noch immer die Frage, ob im Blick auf **Art. 8 UWG** eine *vorformulierte* Kündigungsbestimmung beliebig kurz sein kann. Meines Erachtens ist diese Frage zu verneinen: Die dispositive gesetzliche Kündigungsfrist von Art. 318 OR beträgt sechs Wochen. Unter diesem Gesichtspunkt begründen nach der hier vertretenen Auffassung *Abreden, die eine weniger als vierwöchige Kündigungsfrist (also weniger als zwei Drittel der gesetzlichen Frist¹³³) vorsehen, ein erhebliches Missverhältnis* der vertraglichen Rechte und Pflichten der Parteien zum Nachteil des Kunden. Hinsichtlich der Frage, ob das Missverhältnis im Blick auf Treu und Glauben «**ungerechtfertigt**» im Sinn von Art. 8 UWG ist, muss meines Erachtens wie folgt unterschieden werden:

- Liegt im konkreten Fall für eine Kündigung der Darlehensforderung *kein wichtiger Grund* (und auch kein Fall von Schuldnerverzug) vor, so sind schutzwürdige Interessen der Bank, welche die schutzwürdigen Kundeninteressen überwiegen, grundsätzlich zu verneinen.¹³⁴ Die Vereinbarung einer kürzeren als vierwöchigen Frist verstösst alsdann gegen Art. 8 UWG, ist nichtig und wird durch die sechswöchige Kündigungsfrist von Art. 318 OR ersetzt.
- Liegt demgegenüber *ein wichtiger Grund* für die Kündigung der Darlehensforderung vor, so ist im Einzelfall abzuwägen, ob die Interessen der Bank jene des Kunden an einer kurzen Kündigungsfrist überwiegen.¹³⁵ Sind die Bankinteressen höher zu bewerten, erweist sich die vorformulierte Benachteiligung des Kunden nicht als ungerechtfertigt im

¹³³ Vgl. zu diesem Gesichtspunkt bereits vorne b).

¹³⁴ Unter dem Gesichtspunkt der europäischen Richtlinie vgl. auch SCHWARZ, S. 171.

¹³⁵ Zur Frage, ob die Verschlechterung der Bonität des Schuldners einen wichtigen Grund darstellt, zurückhaltend BETSCHART, Nr. 739 ff.

Sinn von Art. 8 UWG. Die Bewertung der Rechtfertigung der vorformulierten Klausel hat nach den Geboten von Treu und Glauben zu geschehen und folgt damit den gleichen Kriterien, welche auch für die Bewertung des «wichtigen Grundes» massgebend sind. Insbesondere fordern Treu und Glauben (mit dem Gebot der schonenden Rechtsausübung als Teilgehalt) ein Mindestmass an Rücksichtnahme auf den Schuldner.¹³⁶ Dazu zeigt eine rechtsvergleichende Sicht Folgendes auf:

4. Die **deutschen Banken-AGB** regeln in Ziffer 19 die Kündigungsrechte der Bank und sehen hierfür (etwa für die Kündigung der gesamten Geschäftsverbindung oder einzelner Geschäftsbeziehungen) die Einhaltung «einer angemessenen Kündigungsfrist» und die Rücksichtnahme «auf die berechtigten Belange des Kunden» vor (Abs. 1);¹³⁷ damit nimmt die Klausel Bezug auf die Rechtsprechung, welche einen im Sinn von § 242 BGB angemessenen Abwicklungszeitraum für den Kunden fordert.¹³⁸ Eine «fristlose» Kündigung ist bei Krediten und Kreditzusagen ohne feste Laufzeit oder abweichende Kündigungsregelung möglich, doch muss die Bank wiederum «auf die berechtigten Belange des Kunden Rücksicht nehmen» (Abs. 2) und ihm insbesondere – bei Kündigung ohne Kündigungsfrist – eine für die Abwicklung angemessene Frist einräumen (Abs. 5). Allgemein darf die Kündigung nicht zur Unzeit erfolgen und nicht rechtsmissbräuchlich sein.¹³⁹ Aus wichtigem Grund – etwa bei Falschangaben des Kunden – erlaubt Abs. 3 die fristlose Kündigung der gesamten Geschäftsverbindung oder einzelner Geschäftsbeziehungen; doch bedarf es dann, wenn der wichtige Grund in einer Vertragsverletzung besteht, grundsätzlich zunächst einer erfolglosen Nachfristansetzung oder Abmahnung (zur angemessenen Frist für die Abwicklung vgl. wiederum Abs. 5).¹⁴⁰

¹³⁶ Vgl. auch BETSCHART, Nr. 749.

¹³⁷ Diese Formulierung ersetzt nach Kritik in Lehre und Rechtsprechung die Wendung in der früheren Fassung, nach welcher die Bank «nach freiem Ermessen» kündigen konnte (BUNTE in SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI, § 24 N 2 f.).

¹³⁸ Dazu BUNTE in SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI, § 24 N 11, wo je nach Einzelfall eine Frist von vier bis sechs Wochen postuliert wird.

¹³⁹ BUNTE in SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI, § 24 N 16 ff.

¹⁴⁰ Vgl. dazu ausführlich BUNTE in SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI, § 24 N 28 ff.

d) Zum Pauschalvorbehalt des zwingenden Gesetzesrechts in AGB

1. Im vorliegenden Zusammenhang (Musterklausel c) und zu anderen Fragen kommt es vor, dass die vorformulierten Bestimmungen ein Recht des Kunden stark einschränken, dann aber den **pauschalen Vorbehalt** des zwingenden Rechts hinzufügen (Beispiel: «Vorbehalten bleiben zwingende gesetzliche Kündigungsvorschriften»). Hat dies auf die Beurteilung nach Art. 8 UWG einen Einfluss?
2. Durch einen solchen Pauschalvorbehalt wird eine nach Art. 8 UWG unlautere Klausel **nicht unbedenklich**. Im Umfang zwingender Gesetzesvorschriften haben die Parteien keine rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht; gegenteilige Abmachungen sind von vornherein unwirksam (Art. 19 und 20 OR). Das zwingende Gesetzesrecht bleibt daher «von Rechts wegen» stets vorbehalten, und ein AGB-Vorbehalt verbessert die Stellung der Konsumenten nicht. Im Gegenteil wird die *Transparenz gehemmt*, indem dem rechtsunkundigen Konsumenten die Verdrängung der AGB durch das zwingende Gesetzesrecht nicht bekannt ist. Die Frage der Vereinbarkeit von AGB-Klauseln mit Art. 8 UWG muss daher unabhängig von solchen Pauschalvorbehalten beantwortet werden. Soweit ein Vorbehalt zur Intransparenz oder gar zur Täuschung des Kunden führt, ist dieser Umstand sogar zu Lasten des AGB-Verwenders zu berücksichtigen.

3. Verwertungswahlrechte

a) Allgemeines

1. Musterklauseln:¹⁴¹

- a. «Bei Fälligkeit der gesicherten Forderung oder eines Teils derselben ist die BANK nach ihrer Wahl berechtigt, die Grundpfandforderungen durch Betreibung auf Grundpfandverwertung oder durch ordentliche Betreibung auf Pfändung bzw. Konkurs geltend zu machen. Stattdessen ist sie auch berechtigt, die Grundpfandrechte freihändig, namentlich durch Selbsteintritt, zu verwerten und sich aus dem Erlös für ihre gesicherten Forderungen bezahlt zu machen. Im Falle des Selbsteintritts werden Kapital und Zinsen der Grundpfandforderungen ohne ausdrückliche Kündigung im Zeitpunkt des Selbsteintritts sofort zur Zahlung fällig. Der Erlös wird auf

¹⁴¹ Vgl. auch die weiteren Beispiele bei BETSCHART, Nr. 779 ff.

die gesicherten Forderungen angerechnet. Ein Überschuss steht dem Kreditgeber zu. (...)»

- b. «Die BANK ist berechtigt, die Grundpfandforderungen anstelle der gesicherten Forderungen geltend zu machen. (...)»
2. Bei den **vorformulierten Verwertungswahlrechten** tauchen regelmässig zwei Sachfragen auf, wie Musterklausel a zeigt: einerseits der Vorausverzicht des Schuldners auf das «beneficium excussionis realis» (dazu nachfolgend b)), andererseits das Recht der Bank zur freihändigen Verwertung des Grundpfandrechts bzw. zum Selbsteintritt (nachfolgend c)).

Es existieren jedoch auch AGB-Klauseln, welche die Bank für befugt erklären, «die Grundpfandforderungen anstelle der gesicherten Forderungen geltend zu machen» (Musterklausel b¹⁴²). Diese Formulierung überrascht, da diese Befugnis bei der Sicherungsübereignung von Schuldbriefen das selbstverständliche Ziel des Sicherungsgeschäfts darstellt (dazu b)) und sich demnach von selbst aus der Sicherungsübereignung ergibt, mit anderen Worten nicht vereinbart werden muss. Ich vermag in dieser Klausel demnach keinen normativen Gehalt zu erkennen, weshalb ich nicht näher darauf eingehe; namentlich enthält Musterklausel b – für sich allein – keinen Verzicht des Schuldners auf das «beneficium excussionis realis», was im Sinn der *Auslegungskontrolle* hier immerhin festgehalten werden soll.

b) Vorausverzicht des Schuldners auf das «beneficium excussionis realis»

1. Bei der **Sicherungsübereignung von Schuldbriefen** (zur Sicherung einer Darlehensforderung) ist der Fiduziar «gleichzeitig Gläubiger der parallel bestehenden Forderung aus dem Grundverhältnis und der Grundpfandforderung».¹⁴³ Er hat grundsätzlich die Wahl, Betreuung auf Pfändung (für die Grundforderung/Darlehensforderung) oder Betreuung auf Grundpfandverwertung (für die Schuldbriefforderung und das Grundpfandrecht) anzuheben, doch steht diese Wahl unter dem Vorbehalt der *Verteidigungsrechte des Schuldners* – nach dem Bundesgericht unter dem

¹⁴² In den mir vorliegenden AGB findet diese Klausel ihre Fortsetzung mit Anordnungen zur sofortigen oder raschen Kündbarkeit (vorne IV./2./a), Musterklausel c).

¹⁴³ BGE 134 III 71 E. 3 S. 73, mit Hinweisen.

Vorbehalt des *beneficium excussionis realis*.¹⁴⁴ Der Schuldner kann zwar auf diese Verteidigungsrechte verzichten, doch stellt sich (für den Schuldbrief, aber auch für die Grundpfandverschreibung) die Frage, ob dieser Verzicht wirksam auch in *vorformulierten* Bestimmungen festgehalten werden kann. Folgendes ist zu überlegen:

2. Die Wirksamkeit eines Verzichts des Schuldners auf das *beneficium excussionis realis*¹⁴⁵ in AGB (vorformulierter Vorausverzicht) wirft zunächst Fragen im Sinn der **Konsenskontrolle** auf. Zwar hat das Bundesgericht einen solchen Verzicht nicht als ungewöhnlich angesehen, weil er zu keiner wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führe und auch nicht in erheblichem Mass aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus falle.¹⁴⁶ Doch weiss der rechtsunkundige Schuldner in aller Regel nicht, dass er mit der Übernahme der betreffenden, von der Bank vorformulierten Klausel hinsichtlich der Verwertung auf ein ihm zustehendes *gesetzliches (Verteidigungs-)Recht verzichtet*. Es stellt sich daher die Frage, ob die Bank im Fall der Globalübernahme der AGB nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen darf, der Kunde sei mit diesem Verzicht einverstanden. Nach der hier vertretenen Auffassung sind für den AGB-Verzicht auf das Verteidigungsrecht jene Regeln anwendbar, die von der Rechtsprechung zum Verzicht auf den Wohnsitzgerichtsstand entwickelt worden sind.¹⁴⁷ Ohne besondere Hinweise und Erklärungen werden bloss global akzeptierte AGB-Verzichte auf das *beneficium excussionis realis* somit mangels wirksamer Übernahme in den Einzelvertrag nicht Vertragsbestandteil.¹⁴⁸
3. Hält man AGB-Vorausverzichte des Schuldners auf das *beneficium excussionis realis* demgegenüber unter dem Gesichtspunkt der Konsenskontrolle für im konkreten Fall vereinbart, bleibt die **Lauterkeitsfrage** zu prüfen. Im Jahr 2004 hat das Bundesgericht unter dem Regime des *bisherigen Art. 8 UWG* die Unlauterkeit verneint – allerdings ohne nähere Auseinan-

¹⁴⁴ BGE 134 III 71 E. 3 S. 73, (wohl obiter dictum; die Hauptaussage des Entscheids betrifft die Frage des genügenden Rechtsöffnungstitels); zur Lehre, die dem Schuldner eine materiell-rechtliche Einrede gewährt, vgl. vorne II./3.

¹⁴⁵ Das Analoge gilt für den Verzicht auf die von der Lehre (vorne II./3.) vertretene materiell-rechtliche Einrede. Diese Konstruktion ist im Folgenden stets mitgemeint, wenn von *beneficium excussionis realis* die Rede ist.

¹⁴⁶ BGer Urteil 7B.249/2003 vom 7. Januar 2004 E. 5.

¹⁴⁷ Dazu etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1144 ff.

¹⁴⁸ Ähnliche Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei BETSCHART, Nr. 802 ff.

dersetzung und mit dem blossen Hinweis, es liege in casu entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers keine versteckte Regelung vor.¹⁴⁹

4. Bei einer Inhaltskontrolle, wie sie nunmehr nach dem **neuen Art. 8 UWG** möglich ist, muss geprüft werden, ob die Klausel in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentin ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten vorsieht. Dazu lässt sich Folgendes überlegen: Nach der dispositiven gesetzlichen Ordnung soll der Gläubiger, dessen Schuldner sich im Verzug befindet, primär die als Sicherheit gegebene Pfandsache verwerten lassen und sich aus dem Erlös bezahlt machen (Art. 816 Abs. 1 ZGB und Art. 41 Abs. 1^{bis} SchKG). Die «Reservierung» gewisser Vermögensstücke des Schuldners für einen bestimmten Gläubiger stellt geradezu den Sinn und Zweck jeder Pfandsicherheits-Bestellung dar. Spiegelbild dieser Privilegierung des Gläubigers ist der *Schutz des Schuldners in seinem Vertrauen*, dass der Gläubiger sich im Vollstreckungsfall denn auch tatsächlich vorweg aus dem Verwertungserlös des Pfandgegenstands befriedigt. Gemessen an diesem dispositiven Gesetzesrecht bilden vorformulierte Abreden, welche dem Gläubiger die freie Wahl zwischen Pfandverwertung und gewöhnlicher Betreuung erlauben (und dem Schuldner die Verteidigungsrechte gegen dieses Vorgehen verwehren), ein **erhebliches Missverhältnis** der vertraglichen Rechte und Pflichten der Parteien zum Nachteil des Kunden dar.

Schutzwürdige Interessen der Bank, welche die schutzwürdigen Kundeninteressen daran, dass zuerst die Pfandsicherheit verwertet wird, überwiegen, sind zu verneinen (die Bank ist bei sorgfältiger Kreditvergabe durch die Sicherheit ausreichend geschützt), sodass das Missverhältnis als «**ungerechtfertigt**» unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben anzusehen ist.

c) Recht der Bank zur freihändigen Verwertung des Grundpfandrechts bzw. zum Selbsteintritt

1. Musterklausel a erklärt die Bank für berechtigt, anstelle der Betreuung auf Grundpfandverwertung (oder auf Pfändung oder Konkurs), «die Grundpfandrechte freihändig, namentlich durch Selbsteintritt, zu verwer-

¹⁴⁹ BGer Urteil 7B.249/2003 vom 7. Januar 2004 E. 5 in fine; kritisch BETSCHART, Nr. 806 ff.

ten und sich aus dem Erlös für ihre gesicherten Forderungen bezahlt zu machen». Aus dieser Formulierung ergeben sich bei der **Sicherungsübereignung von Schuldbriefen** vorweg Fragen im Rahmen der *Auslegungskontrolle*, einerseits zum Freihandverkauf, andererseits zum Selbsteintritt:

2. Soweit die vorformulierte Klausel von der **freihändigen Verwertung des Grundpfandrechts** spricht, ist unklar, auf welchen Verwertungsgegenstand sie sich bezieht:

- Gemeint sein kann einerseits die freihändige Verwertung des *Grundstücks*. In diesem Fall müsste die Abrede jedoch öffentlich beurkundet sein, zumal sie auf die Übertragung von Grundeigentum abzielt (Art. 657 Abs. 1 ZGB).¹⁵⁰ Da es an der öffentlichen Beurkundung der AGB (insbesondere der Sicherungsabrede) regelmässig fehlt, wäre die Klausel formungültig und daher unwirksam.
- Gemeint sein kann andererseits die freihändige Verwertung des *Schuldbriefs* (als Wertpapier beim Papier-Schuldbrief oder als Wertrecht beim Register-Schuldbrief). Bei dieser Bedeutung bedarf die Klausel nicht der öffentlichen Beurkundung, doch tauchen neue Probleme auf:

3. Die **freihändige Verwertung des Schuldbriefs**, die «namentlich durch **Selbsteintritt**» geschieht (Musterklausel a), ergibt sich bereits aus dem Wesen der Sicherungsübereignung: Die Bank ist auf Grund der Übereignung schon (fiduziarische) Eigentümerin des Schuldbriefs und Gläubigerin der Schuldbriefforderung; ihre Befugnisse ergeben sich aus der Sicherungsabrede: Die Bank ist – als Folge der Nichtbezahlung des Schuldners und damit als Folge des Eintritts des Sicherungsfalls – befugt, den Schuldbrief zu veräussern, ohne dadurch gegen ihre Pflichten aus der Sicherungsabrede zu verstossen.¹⁵¹ Die Vereinbarung der Befugnis zur freihändigen Verwertung des Schuldbriefs und des Selbsteintritts machen demnach keinen Sinn.

Hinzu kommt der Umstand, dass für Schuldbriefe **kein Markt** besteht, sodass es schwer fällt, den Wert zu bestimmen, zu welchem die Gläubigerin den Schuldbrief übernehmen kann.¹⁵²

¹⁵⁰ Vgl. auch BETSCHART, Nr. 830.

¹⁵¹ BETSCHART, Nr. 835.

¹⁵² Zu diesem Problem vgl. BETSCHART, Nr. 836 ff.

4. Soweit Musterklausel a vorsieht, im Fall des Selbsteintritts würden «Kapital und Zinsen der Grundpfandforderungen ohne ausdrückliche Kündigung im Zeitpunkt des Selbsteintritts **sofort zur Zahlung fällig**», gilt das vorne zur Kündigung Gesagte (IV./2.). Die Unterschreitung der dreimonatigen Kündigungsfrist von Art. 847 Abs. 2 ZGB ist wegen des Zahlungsverzugs zulässig. Doch erscheint eine «sofortige» Fälligkeit unter dem Gesichtspunkt von Art. 8 UWG und Art. 2 Abs. 1 ZGB (Treu und Glauben, Gebot der Rücksichtnahme auf den Schuldner) als heikel. Wie bereits erwähnt (IV./2./c)), sehen die deutschen Muster-AGB in Ziffer 19 Abs. 5 auch im Fall der Kündigung ohne Kündigungsfrist die Pflicht der Bank vor, «dem Kunden für die Abwicklung (insbesondere für die Rückzahlung eines Kredits) eine angemessene Frist einzuräumen ...».

4. Zustimmung zur Weiterübertragung von Schuldbriefen

a) Allgemeines

1. Musterklausel:

«Die BANK kann ihre Rechte aus dem Kreditverhältnis unter Einschluss allfälliger dafür haftender Sicherheiten, wie namentlich Schuldbriefe und andere Sicherheiten, ganz oder teilweise Dritten im In- und Ausland übertragen. Sie darf die im Zusammenhang mit dem Kreditverhältnis stehenden Informationen und Daten allen an der Übertragung beteiligten Dritten, inklusive allfälliger Rating-Agenturen, jederzeit zugänglich machen und wird diesbezüglich vom Bankgeheimnis entbunden. Soweit solche Dritte nicht dem schweizerischen Bankgeheimnis unterstehen, wird eine Weitergabe nur erfolgen, wenn sich diese zur Geheimhaltung verpflichten und diese Verpflichtung auch eventuellen weiteren Vertragspartnern überbinden. Jeder Erwerber ist berechtigt, die erworbene Forderung weiter zu übertragen, wenn sich der jeweils nächste Erwerber wiederum zur Geheimhaltung verpflichtet. (...)»

2. Die Klausel wirft eine ganze Reihe von Problemen auf. Ich behandle davon nur **zwei Fragen**: einerseits das Recht der Bank auf Weiterübertragung des (sicherungsübereigneten) Schuldbriefs (b)) und andererseits die Entbindung vom Bankgeheimnis (c)).

b) Recht der Bank zur Weiterübertragung des Schuldbriefs

1. Die Weiterübertragung von (sicherungsübereigneten) Schuldbriefen schafft grundsätzlich **für den Schuldner besondere Gefahren**: Wie ausgeführt (II./3.), darf der Gläubiger eine solche Weiterübertragung nicht vornehmen, ohne gleichzeitig die Forderung aus dem Grundverhältnis mit zu übertragen. Wird der Schuldbrief allein weiterübertragen, riskiert der Schuldner gegenüber dem gutgläubigen Dritterwerber¹⁵³ den *Verlust von Einreden* (Art. 848 und Art. 862 Abs. 1 ZGB), namentlich der Einrede der teilweisen Rückzahlung der Schuld. Angesichts der Komplexität von Schuldbriefrecht im Allgemeinen und Sicherungsübereignung im Besonderen ist dieses Doppelzahlungsrisiko dem durchschnittlichen Schuldner nicht bewusst.
2. Die Musterklausel enthält das Recht der Bank (und damit die – im Text freilich wenig deutlich gemachte – Zustimmung des Kunden) zur Weiterübertragung von sicherungsübereigneten Schuldbriefen *ohne gleichzeitige Mitübertragung der Forderung aus dem Grundverhältnis*. Unter dem Gesichtspunkt der **Konsenskontrolle** ist es nach der hier vertretenen Auffassung – gerade auch wegen der vagen Formulierung der Klausel und der Komplexität der Materie – fraglich, ob die Bank nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen kann, der Kunde habe die Tragweite der Klausel verstanden und dieser zugestimmt. Angesichts der erheblichen Gefahren, welche eine solche Weiterübertragung in sich birgt, ist ein Konsens nur bei einlässlicher Erläuterung der Klausel zu bejahen, jedenfalls aber nicht bei blosser Globalübernahme.
3. Besteht die Klausel die Konsenskontrolle, stellt sich die **Frage ihrer Lauterkeit** im Sinn von Art. 8 UWG (Inhaltskontrolle). Nach dem Gesagten ist die Weiterübertragung von sicherungsübereigneten Schuldbriefen durch die Bank für den Schuldner gefährlich, wenn sie ohne gleichzeitige Mitübertragung der Forderung aus dem Grundverhältnis erfolgt (was die vorformulierte Klausel gestattet). Die Klausel schafft demnach zum Nachteil des Kunden ein **erhebliches Missverhältnis** der vertraglichen Rechte und Pflichten der Parteien. Schutzwürdige Interessen der Bank, welche die schutzwürdigen Kundeninteressen überwiegen, sind meines Erachtens bezüglich der voraussetzungslosen Weitergabe der Schuldbriefe zu

¹⁵³ Zu den Anforderungen an die Gutgläubigkeit vgl. vorne II./3.

verneinen, sodass das Missverhältnis als «**ungerechtfertigt**» unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben anzusehen ist. Die Klausel verstösst mit anderen Worten gegen Art. 8 UWG und ist nichtig.

c) Entbindung vom Bankgeheimnis

1. Auch die in der Musterklausel vorformulierte Entbindung der Bank vom Bankgeheimnis erweist sich als problematisch: Unklar ist zunächst unter dem Gesichtspunkt der **Konsenskontrolle**, ob der Kunde überhaupt erkennt, dass er auf Grund der Klausel auf Persönlichkeitsrechte nach allgemeinem Privatrecht und nach Datenschutzrecht verzichtet, ganz besonders bei grenzüberschreitender Datenbekanntgabe (Art. 6 DSGVO). Wiederum stellt sich daher die Frage, ob die Bank im Fall der Globalübernahme der AGB nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen darf, der Kunde sei mit diesem Verzicht auf Teile seines Persönlichkeitsrechts einverstanden. Nach der hier vertretenen Auffassung sind für diesen AGB-Verzicht jene Regeln anwendbar, die von der Rechtsprechung zum Verzicht auf den Wohnsitzgerichtsstand entwickelt worden sind (vorher IV./3./b)). Ohne besondere Hinweise und Erklärungen werden bloss global akzeptierte AGB-Verzichte auf das Bankgeheimnis somit mangels wirksamer Übernahme in den Einzelvertrag nicht Vertragsbestandteil.
2. Hält die Musterklausel vor der Konsenskontrolle stand, stellt sich die **Frage ihrer Lauterkeit** im Sinn von Art. 8 UWG (Inhaltskontrolle). Versteht man das Bankgeheimnis (Bankkundengeheimnis) – wie dies gerade von Bankenseite betont wird – als Recht von grundlegender Tragweite für den Bankkunden und bedenkt man überdies, dass eine Datenweitergabe ins Ausland nach Art. 6 DSGVO besonderen Einschränkungen unterliegt,¹⁵⁴ so schafft die vorformulierte Entbindung der Bank vom Bankgeheimnis zum Nachteil des Kunden ein **erhebliches Missverhältnis** der vertraglichen Rechte und Pflichten der Parteien. Refinanzierungsbedürfnisse der Bank sind zwar zu beachten, vermögen nach der hier vertretenen Auffassung jedoch eine pauschale Entbindung vom Bankgeheimnis nicht zu rechtfertigen.

¹⁵⁴ Art. 6 Abs. 1 DSGVO untersagt grundsätzlich eine Weitergabe von Personendaten ins Ausland, «wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Personen schwerwiegend gefährdet würde, namentlich weil eine Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz gewährleistet». Ausnahmen sind unter anderem dann möglich, wenn «die betroffene Person im Einzelfall eingewilligt hat» (Art. 6 Abs. 2 lit. b DSGVO).

tigen. Das Missverhältnis ist demnach als «**ungerechtfertigt**» unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben anzusehen. Die Klausel verstösst auch insoweit gegen Art. 8 UWG und ist nichtig.

5. Verrechnungsverzichte

1. Musterklausel:

«Der Kreditnehmer verzichtet darauf, seine Verpflichtungen durch Verrechnung mit allfälligen ihm der BANK und/oder einem allfälligen Erwerber der Rechte aus diesem Kreditverhältnis gegenüber zustehenden Ansprüche zu tilgen, auch wenn seine Verrechnungsforderung gegen die BANK oder den Erwerber infolge Insolvenz oder Überschuldung uneinbringlich ist.»

2. **Art. 126 OR** lässt Verrechnungsverzichte im Allgemeinen zu, doch bestehen einzelne Sonderbestimmungen, welche die Verrechnung in bestimmten Situationen zwingend zulassen (Art. 265 und 294 OR sowie Art. 13 ff. KKG). Vorformulierte Verrechnungsverzichte verkürzen einerseits die ausserprozessuale Rechtsdurchsetzung des Kunden (zwingen ihn mit anderen Worten zu eigenen prozessualen Anstrengungen) und überbinden ihm – wie im Fall der Musterklausel – Insolvenzrisiken der Bank oder des Dritterwerbers.¹⁵⁵ Die Klausel schafft demnach zum Nachteil des Kunden ein **erhebliches Missverhältnis** der vertraglichen Rechte und Pflichten der Parteien. Schutzwürdige Interessen der Bank, welche die schutzwürdigen Kundeninteressen überwiegen, sind zu verneinen, sodass das Missverhältnis als «**ungerechtfertigt**» unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben anzusehen ist. Die Klausel verstösst mit anderen Worten gegen Art. 8 UWG und ist nichtig.

3. Eine **Rechtsvergleichung** bestätigt diese Bewertung: Ziffer 1b des *Klauselkatalogs der europäischen Richtlinie* verpönt «Klauseln, die darauf abzielen oder zur Folge haben, dass die Ansprüche des Verbrauchers gegenüber dem Gewerbetreibenden oder einer anderen Partei, einschliesslich der *Möglichkeit, eine Verbindlichkeit gegenüber dem Gewerbetreibenden durch eine etwaige Forderung gegen ihn auszugleichen*, ausgeschlossen oder ungebührlich eingeschränkt werden, wenn der Gewerbetreibende eine der vertrag-

¹⁵⁵ SCHMID, Klauselkatalog der AGB-Richtlinie, S. 64 f.

lichen Verpflichtungen ganz oder teilweise nicht erfüllt oder mangelhaft erfüllt». Auch § 309 Ziffer 3 BGB bezeichnet Aufrechnungsverbote als unzulässig, soweit unbestrittene oder rechtskräftige Forderungen zur Aufrechnung gestellt werden.

V. Der Schutz der Nicht-Konsumenten vor unbilligen AGB

1. Die **lauterkeitsrechtliche Inhaltskontrolle von AGB** hat der Gesetzgeber in der UWG-Revision vom 17. Juni 2011 ausdrücklich auf Klauseln beschränkt, die zum Nachteil von Konsumentinnen und Konsumenten lauten. Die Formulierung «insbesondere» («Unlauter handelt insbesondere, ...») stellt hierbei eine Konkretisierung des allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Grundsatzes von Art. 2 UWG dar.
2. **Ausserhalb des Lauterkeitsrechts** besteht – so viel ist unbestritten – jedenfalls eine Inhaltskontrolle der Verträge durch das *zwingende Gesetzesrecht*; dieses dient der Durchsetzung grundlegender gesetzgeberischer Wertungen und lässt den Parteien aus diesem Grund keinerlei Gestaltungsspielraum. So sind Vertragsklauseln (sowohl in AGB als auch in individuell ausgehandelten Verträgen) beispielsweise dann nichtig, wenn sie die Haftung des Vertragsschuldners für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit wegbedingen (Art. 100 Abs. 1 OR) oder eine übermässige Einschränkung des Persönlichkeitsrechts einer Partei bewirken (Art. 27 Abs. 2 ZGB).
3. Ob sodann ausserhalb des Lauterkeitsrechts und dieser punktuellen Sondervorschriften **Raum für eine allgemeine Inhaltskontrolle vorformulierter Geschäftsbedingungen** besteht, hat der Gesetzgeber offengelassen. Für die Bejahung der Frage sprechen nach der hier vertretenen Auffassung gute Gründe.¹⁵⁶ So muss auch ausserhalb der Verträge mit Konsumenten gelten, was Bundesrat SCHNEIDER-AMMANN in der parlamentarischen Beratung festgehalten hat:

«Die Vertragsfreiheit gilt, wie jede andere Freiheit auch, nicht absolut. Unter Vertragsfreiheit ist insbesondere nicht die Freiheit der stärkeren Vertragspartei zu verstehen, das dispositive Vertragsrecht so stark zu ihren Gunsten abzuändern, dass ein krasses Missverhältnis zwischen den Vertragsparteien entsteht.»

¹⁵⁶ Zum Ganzen vgl. wiederum SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 17 ff.

Als gesetzliche Anknüpfungspunkte können nach der hier vertretenen Auffassung das allgemeine Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB), die öffentliche Ordnung (Art. 19 OR)¹⁵⁷ oder der weit ausgelegte Übervorteilungstatbestand (Art. 21 OR) dienen. Auf diese Bestimmungen kann sich eine benachteiligte Vertragspartei zur Geltendmachung der Unwirksamkeit der betreffenden unfairen Klausel berufen, während die besonderen UWG-Klagemöglichkeiten von Art. 9 f. UWG (mit Einschluss des Klagerechts der Konsumentenorganisationen) entfallen.

Rechtsvergleichend fällt auf, dass ausländische Rechtsordnungen und private Regelwerke – mit gewissen Einschränkungen – eine Inhaltskontrolle von AGB durchaus auch ausserhalb der Verträge mit Konsumenten vorsehen. Dies gilt etwa für das deutsche Recht (§ 310 Abs. 1 BGB), das englische Recht (Unfair Contract Terms Act 1977)¹⁵⁸ und den Vorentwurf zu einem gemeinsamen Referenzrahmen (Draft Common Frame of Reference, Buch II, Art. 9:401 ff., insbesondere Art. 9:405).¹⁵⁹

4. Schliesslich bleibt darauf hinzuweisen, dass Art. 8 UWG nur die Inhaltskontrolle der AGB regelt (und auf Konsumentinnen beschränkt), während die Bestimmung zur **Konsens- und Auslegungskontrolle** (vorne III./1.) nichts aussagt. Insbesondere die Ungewöhnlichkeitsregel findet daher – als Instrument der Konsenskontrolle – weiterhin und auch auf Nicht-Konsumenten Anwendung, mag darin bisweilen auch eine verdeckte Inhaltskontrolle liegen.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Zum Beispiel KRAMER, N 158 zu Art. 19–20 OR; BETSCHART, Nr. 319 ff.

¹⁵⁸ Art. 3 Abs. 1 lautet: «This section applies as between contracting parties where one of them deals as consumer *or* on the other's written standard terms of business» (Hervorhebung hinzugefügt). Zur Umsetzung der EU-Richtlinie hat Grossbritannien zunächst im Jahr 1994 und erneut im Jahr 1999 (aktuelle Fassung) zusätzlich die «Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations» erlassen.

¹⁵⁹ Zum Letzteren vgl. auch WILDHABER, S. 541.

¹⁶⁰ Ebenso STÖCKLI, S. 187; im Ergebnis gl. M. PICHONNAZ, Le centenaire, S. 193 f.

VI. Zusammenfassung

1. Die neue Regelung von Art. 8 UWG tritt am 1. Juli 2012 in Kraft, drei Monate später als die übrigen geänderten UWG-Bestimmungen. Die Vorschrift wird – trotz gewissen Schwächen, wie der Beschränkung auf Konsumentenschutz und des hohen Abstraktionsgrads – nach der hier vertretenen Auffassung von erheblicher Tragweite für die AGB-Vertragswirklichkeit sein, auch und gerade für die AGB der Banken. Die Schweiz wird mit dem Inkrafttreten der neuen Ordnung nicht mehr das «archaische Eldorado inhaltlich unkontrollierter AGB» sein.¹⁶¹ Dies ist mit Nachdruck zu begrüßen, und es ist den Gerichten jene Kreativität und jener Mut zu wünschen, welche nötig sind, um aus gesetzgeberischen Anstrengungen erst gerechtes Recht zu formen.
2. Einige ausgewählte Bank-AGB habe ich in meinem Vortrag analysiert und bin zum Schluss gekommen, dass sie vor Art. 8 UWG nicht standhalten. Ob die Gerichte dieser Analyse folgen, wird die Zukunft zeigen. So oder so sind die Banken jedoch aufgerufen, problematische Klauseln zu beseitigen und um Vertragsfairness besorgt zu sein. Die von PETER GAUCH an der Bankrechtstagung 2006 geäußerte Feststellung, «dass insgesamt eine Reform der gebräuchlichen Banken-AVB erforderlich ist»,¹⁶² trifft nach wie vor zu. Eine Durchsicht der AGB mag die Banken auch zum Schluss führen, ihre Kunden (noch) sorgfältiger über die Tragweite einschneidender Abreden zu beraten und gewisse Fragen nur noch in Individualabreden (nicht mehr in AGB) zu regeln.
3. Diese Durchsicht der AGB sollte sich nicht auf die Verträge mit Konsumenten beschränken, sondern auch die Geschäftsverbindungen mit den gewerblichen Kunden (insbesondere KMU) umfassen. Zwar hat der Gesetzgeber gegenüber den Nichtkonsumenten in der UWG-Revision vom 17. Juni 2011 keine umfassende lauterkeitsrechtliche Inhaltskontrolle gewollt. Es bleibt indessen auch in Verträgen unter Wirtschaftsunternehmen

¹⁶¹ Diese Aussage von PETER GAUCH (GAUCH, Die Vertragshaftung der Banken, S. 214; wiederaufgenommen in der Abschiedsvorlesung: GAUCH, Ein «regelrechter» Schluss, ZSR 128/2009 I, S. 228) wurde in den parlamentarischen Beratungen zum UWG wiederholt zitiert: Amtl. Bull. 2010, Ständerat, S. 938, Votum Bundesrätin LEUTHARD; Amtl. Bull. 2011, Nationalrat, S. 222 und 227, Voten WYSS und LEUTENEGGER OBERHOLZER.

¹⁶² GAUCH, Die Vertragshaftung der Banken, S. 225.

auf jeden Fall bei der – grösstenteils nicht AGB-typischen, sondern auf alle Verträge bezogenen – Inhaltskontrolle, wie sie zwingende Gesetzesbestimmungen vorsehen (zum Beispiel Art. 27 ZGB, Art. 100 und 256 OR), sowie bei den Instrumenten der Konsens- und Auslegungskontrolle. Eine weitergehende inhaltliche Überprüfung unfairer Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist wünschenswert und nach der hier vertretenen Auffassung *de lege lata* möglich. Als gesetzliche Anknüpfungspunkte kommen etwa das allgemeine Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB), die öffentliche Ordnung (Art. 19 OR) oder der weit ausgelegte Übervorteilungstatbestand (Art. 21 OR) in Betracht. Auch hier sind die Gerichte aufgerufen, dem Missbrauch der Vertragsfreiheit durch marktmächtige Unternehmen Einhalt zu gebieten.

Anhang

1. Art. 8 UWG (Fassung vom 17. Juni 2011) in den drei Amtssprachen des Bundes
2. Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl EG vom 21. April 1993, Nr. L 95, S. 29 ff.

Art. 8 UWG

(Fassung vom 17. Juni 2011, Inkrafttreten am 1. Juli 2012,
AS 2011, S. 4909 ff.)

Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen

«Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.»

Utilisation de conditions commerciales abusives

«Agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat.»

Utilizzazione di condizioni commerciali abusive

«Agisce segnatamente in modo sleale chiunque utilizza condizioni commerciali generali che, violando il principio della buona fede, comportano a detrimento dei consumatori un notevole e ingiustificato squilibrio tra i diritti e gli obblighi contrattuali.»

II

(Nicht veröffentlichungsbedürftige Rechtsakte)

RAT

RICHTLINIE 93/13/EWG DES RATES
vom 5. April 1993
über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen

DER RAT DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN –

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, insbesondere auf Artikel 100a,

auf Vorschlag der Kommission ⁽¹⁾,

in Zusammenarbeit mit dem Europäischen Parlament ⁽²⁾,

nach Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses ⁽³⁾,

in Erwägung nachstehender Gründe :

Es müssen Maßnahmen zur schrittweisen Errichtung des Binnenmarktes bis zum 31. Dezember 1992 getroffen werden. Der Binnenmarkt umfaßt einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist.

Die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Vertragsklauseln zwischen dem Verkäufer von Waren oder dem Dienstleistungserbringer einerseits und dem Verbraucher andererseits weisen viele Unterschiede auf, wodurch die einzelnen Märkte für den Verkauf von Waren und die Erbringung von Dienstleistungen an den Verbraucher uneinheitlich sind; dadurch wiederum können Wettbewerbsverzerrungen bei den Verkäufern und den Erbringern von Dienstleistungen, besonders bei der Vermarktung in anderen Mitgliedstaaten, eintreten.

Namentlich die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über mißbräuchliche Klauseln in Verträgen mit Verbrauchern weisen beträchtliche Unterschiede auf.

Die Mitgliedstaaten müssen dafür Sorge tragen, daß die mit den Verbrauchern abgeschlossenen Verträge keine mißbräuchlichen Klauseln enthalten.

¹ ABl. Nr. C 73 vom 24. 3. 1992, S. 7.

² ABl. Nr. C 326 vom 16. 12. 1991, S. 108, und ABl. Nr. C 21 vom 25. 1. 1993.

³ ABl. Nr. C 159 vom 17. 6. 1991, S. 34.

Die Verbraucher kennen im allgemeinen nicht die Rechtsvorschriften, die in anderen Mitgliedstaaten, für Verträge über den Kauf von Waren oder das Angebot von Dienstleistungen gelten. Diese Unkenntnis kann sie davon abhalten, Waren und Dienstleistungen direkt in anderen Mitgliedstaaten zu ordern.

Um die Errichtung des Binnenmarktes zu erleichtern und den Bürger in seiner Rolle als Verbraucher beim Kauf von Waren und Dienstleistungen mittels Verträgen zu schützen, für die die Rechtsvorschriften anderer Mitgliedstaaten gelten, ist es von Bedeutung, mißbräuchliche Klauseln aus diesen Verträgen zu entfernen.

Den Verkäufern von Waren und Dienstleistungsbringern wird dadurch ihre Verkaufstätigkeit sowohl im eigenen Land als auch im gesamten Binnenmarkt erleichtert. Damit wird der Wettbewerb gefördert und den Bürgern der Gemeinschaft in ihrer Eigenschaft als Verbraucher eine größere Auswahl zur Verfügung gestellt.

In den beiden Programmen der Gemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher ⁽⁴⁾ wird die Bedeutung des Verbraucherschutzes auf dem Gebiet mißbräuchlicher Vertragsklauseln hervorgehoben. Dieser Schutz sollte durch Rechtsvorschriften gewährleistet werden, die gemeinschaftsweit harmonisiert sind oder unmittelbar auf dieser Ebene erlassen werden.

[Nr. L 95/30]

Gemäß dem unter dem Abschnitt „Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher“ festgelegten Prinzip sind entsprechend diesen Programmen Käufer von Waren oder Dienstleistungen vor Machtmissbrauch des Verkäufers oder des Dienstleistungserbringers, insbesondere vor vom Verkäufer einseitig festgelegten Standardverträgen und vor dem mißbräuchlichen Ausschluß von Rechten in Verträgen zu schützen.

Durch die Aufstellung einheitlicher Rechtsvorschriften auf dem Gebiet mißbräuchlicher Klauseln kann der Verbraucher besser geschützt werden. Diese Vorschriften sollten für alle Verträge zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern gelten. Von dieser Richtlinie ausgenommen sind daher insbesondere Arbeitsverträge sowie Verträge auf dem Gebiet des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts.

Der Verbraucher muß bei mündlichen und bei schriftlichen Verträgen – bei letzteren unabhängig davon, ob die Klauseln in einem oder in mehreren Dokumenten enthalten sind – den gleichen Schutz genießen.

Beim derzeitigen Stand der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften kommt allerdings nur eine teilweise Harmonisierung in Betracht. So gilt diese Richtlinie insbesondere nur für Vertragsklauseln, die nicht einzeln ausgehandelt wurden. Den Mitgliedstaaten muß es freigestellt sein, dem Verbraucher unter Beachtung des Vertrags einen besseren Schutz durch strengere einzelstaatliche Vorschriften als den in dieser Richtlinie enthaltenen Vorschriften zu gewähren.

⁴ ABl. Nr. C 92 vom 25. 4. 1975, S. 1, und ABl. Nr. C 133 vom 3. 6. 1981, S. 1.

Bei Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, in denen direkt oder indirekt die Klauseln für Verbraucherverträge festgelegt werden, wird davon ausgegangen, dass sie keine mißbräuchlichen Klauseln enthalten. Daher sind Klauseln, die auf bindenden Rechtsvorschriften oder auf Grundsätzen oder Bestimmungen internationaler Übereinkommen beruhen, bei denen die Mitgliedstaaten oder die Gemeinschaft Vertragsparteien sind, nicht dieser Richtlinie zu unterwerfen; der Begriff „bindende Rechtsvorschriften“ in Artikel 1 Absatz 2 umfaßt auch Regeln, die nach dem Gesetz zwischen den Vertragsparteien gelten, wenn nichts anderes vereinbart wurde.

Die Mitgliedstaaten müssen jedoch dafür sorgen, daß darin keine mißbräuchlichen Klauseln enthalten sind, zumal diese Richtlinie auch für die gewerbliche Tätigkeit im öffentlich-rechtlichen Rahmen gilt.

Die Kriterien für die Beurteilung der Mißbräuchlichkeit von Vertragsklauseln müssen generell festgelegt werden.

Die nach den generell festgelegten Kriterien erfolgende Beurteilung der Mißbräuchlichkeit von Klauseln, insbesondere bei beruflichen Tätigkeiten des öffentlich-rechtlichen Bereichs, die ausgehend von einer Solidargemeinschaft der Dienstleistungnehmer kollektive Dienste erbringen, muss durch die Möglichkeit einer globalen Bewertung der Interessenlagen der Parteien ergänzt werden. Diese stellt das Gebot von Treu und Glauben dar. Bei der Beurteilung von Treu und Glauben ist besonders zu berücksichtigen, welches Kräfteverhältnis zwischen den Verhandlungspositionen der Parteien bestand, ob auf den Verbraucher in irgendeiner Weise eingewirkt wurde, seine Zustimmung zu der Klausel zu geben, und ob die Güter oder Dienstleistungen auf eine Sonderbestellung des Verbrauchers hin verkauft bzw. erbracht wurden. Dem Gebot von Treu und Glauben kann durch den Gewerbetreibenden Genüge getan werden, indem er sich gegenüber der anderen Partei, deren berechtigten Interessen er Rechnung tragen muß, loyal und billig verhält.

Die Liste der Klauseln im Anhang kann für die Zwecke dieser Richtlinie nur Beispiele geben; infolge dieses Minimalcharakters kann sie von den Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer einzelstaatlichen Rechtsvorschriften, insbesondere hinsichtlich des Geltungsbereichs dieser Klauseln, ergänzt oder restriktiver formuliert werden.

Bei der Beurteilung der Mißbräuchlichkeit von Vertragsklauseln ist der Art der Güter bzw. Dienstleistungen Rechnung zu tragen.

Für die Zwecke dieser Richtlinie dürfen Klauseln, die den Hauptgegenstand eines Vertrages oder das Preis-/Leistungsverhältnis der Lieferung bzw. der Dienstleistung beschreiben, nicht als mißbräuchlich beurteilt werden. Jedoch können der Hauptgegenstand des Vertrages und das Preis-/Leistungsverhältnis bei der Beurteilung der Mißbräuchlichkeit anderer Klauseln berücksichtigt werden. Daraus folgt unter anderem, daß bei Versicherungsverträgen die Klauseln, in denen das versicherte Risiko und die Verpflichtung des Versicherers deutlich festgelegt oder abgegrenzt werden, nicht als mißbräuchlich beurteilt werden, sofern diese Einschränkungen bei der Berechnung der vom Verbraucher gezahlten Prämie Berücksichtigung finden.

Die Verträge müssen in klarer und verständlicher Sprache abgefaßt sein. Der Verbraucher muß tatsächlich die Möglichkeit haben, von allen Vertragsklauseln Kenntnis zu nehmen. Im Zweifelsfall ist die für den Verbraucher günstigste Auslegung anzuwenden.

Die Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, daß in von einem Gewerbetreibenden mit Verbrauchern abgeschlossenen Verträgen keine mißbräuchlichen Klauseln verwendet werden. Wenn derartige Klauseln trotzdem verwendet werden, müssen sie für den Verbraucher unverbindlich sein; die verbleibenden Klauseln müssen jedoch weiterhin gelten und der Vertrag im übrigen auf der Grundlage dieser Klauseln für beide Teile verbindlich sein, sofern ein solches Fortbestehen ohne die mißbräuchlichen Klauseln möglich ist.

In bestimmten Fällen besteht die Gefahr, daß dem Verbraucher der in dieser Richtlinie aufgestellte Schutz entzogen wird, indem das Recht eines Drittlands zum anwendbaren Recht erklärt wird. Es sollten daher in dieser Richtlinie Bestimmungen vorgesehen werden, die dies ausschließen.

[Nr. L 95/31]

Personen und Organisationen, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates ein berechtigtes Interesse geltend machen können, den Verbraucher zu schützen, müssen Verfahren, die Vertragsklauseln im Hinblick auf eine allgemeine Verwendung in Verbraucherverträgen, insbesondere mißbräuchliche Klauseln, zum Gegenstand haben, bei Gerichten oder Verwaltungsbehörden, die für die Entscheidung über Klagen bzw. Beschwerden oder die Eröffnung von Gerichtsverfahren zuständig sind, einleiten können. Diese Möglichkeit bedeutet jedoch keine Vorabkontrolle der in einem beliebigen Wirtschaftssektor verwendeten allgemeinen Bedingungen.

Die Gerichte oder Verwaltungsbehörden der Mitgliedstaaten müssen über angemessene und wirksame Mittel verfügen, damit der Verwendung mißbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen ein Ende gesetzt wird. –

HAT FOLGENDE RICHTLINIE ERLASSEN:

Artikel 1

(1) Zweck dieser Richtlinie ist die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über mißbräuchliche Klauseln in Verträgen zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern.

(2) Vertragsklauseln, die auf bindenden Rechtsvorschriften oder auf Bestimmungen oder Grundsätzen internationaler Übereinkommen beruhen, bei denen die Mitgliedstaaten oder die Gemeinschaft – insbesondere im Verkehrsbereich – Vertragsparteien sind, unterliegen nicht den Bestimmungen dieser Richtlinie.

Artikel 2

Im Sinne dieser Richtlinie bedeuten:

- a) mißbräuchliche Klauseln: Vertragsklauseln, wie sie in Artikel 3 definiert sind;
- b) Verbraucher: eine natürliche Person, die bei Verträgen, die unter diese Richtlinie fallen, zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann;
- c) Gewerbetreibender: eine natürliche oder juristische Person, die bei Verträgen, die unter diese Richtlinie fallen, im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt, auch wenn diese dem öffentlich-rechtlichen Bereich zuzurechnen ist.

Artikel 3

(1) Eine Vertragsklausel, die nicht im einzelnen ausgehandelt wurde, ist als mißbräuchlich anzusehen, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht.

(2) Eine Vertragsklausel ist immer dann als nicht im einzelnen ausgehandelt zu betrachten, wenn sie im voraus abgefaßt wurde und der Verbraucher deshalb, insbesondere im Rahmen eines vorformulierten Standardvertrags, keinen Einfluß auf ihren Inhalt nehmen konnte.

Die Tatsache, daß bestimmte Elemente einer Vertragsklausel oder eine einzelne Klausel im einzelnen ausgehandelt worden sind, schließt die Anwendung dieses Artikels auf den übrigen Vertrag nicht aus, sofern es sich nach der Gesamtwertung dennoch um einen vorformulierten Standardvertrag handelt.

Behauptet ein Gewerbetreibender, daß eine Standardvertragsklausel im einzelnen ausgehandelt wurde, so obliegt ihm die Beweislast.

(3) Der Anhang enthält eine als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste der Klauseln, die für mißbräuchlich erklärt werden können.

Artikel 4

(1) Die Mißbräuchlichkeit einer Vertragsklausel wird unbeschadet des Artikels 7 unter Berücksichtigung der Art der Güter oder Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrages sind, aller den Vertragsabschluß begleitenden Umstände sowie aller anderen Klauseln desselben Vertrages oder eines anderen Vertrages, von dem die Klausel abhängt, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beurteilt.

(2) Die Beurteilung der Mißbräuchlichkeit der Klauseln betrifft weder den Hauptgegenstand des Vertrages noch die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen, sofern diese Klauseln klar und verständlich abgefaßt sind.

Artikel 5

Sind alle dem Verbraucher in Verträgen unterbreiteten Klauseln oder einige dieser Klauseln schriftlich niedergelegt, so müssen sie stets klar und verständlich abgefaßt sein. Bei Zweifeln über die Bedeutung einer Klausel gilt die für den Verbraucher günstigste Auslegung. Diese Auslegungsregel gilt nicht im Rahmen der in Artikel 7 Absatz 2 vorgesehenen Verfahren.

Artikel 6

(1) Die Mitgliedstaaten sehen vor, daß mißbräuchliche Klauseln in Verträgen, die ein Gewerbetreibender mit einem Verbraucher geschlossen hat, für den Verbraucher unverbindlich sind, und legen die Bedingungen hierfür in ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften fest; sie sehen ferner vor, daß der Vertrag für beide Parteien auf derselben Grundlage bindend bleibt, wenn er ohne die mißbräuchlichen Klauseln bestehen kann.

(2) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit der Verbraucher den durch diese Richtlinie gewährten Schutz nicht verliert, wenn das Recht eines Drittlands als das auf den Vertrag anzuwendende Recht gewählt wurde und der Vertrag einen engen Zusammenhang mit dem Gebiet der Mitgliedstaaten aufweist.

[Nr. L 95/32]

Artikel 7

(1) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, daß im Interesse der Verbraucher und der gewerbetreibenden Wettbewerber angemessene und wirksame Mittel vorhanden sind, damit der Verwendung mißbräuchlicher Klauseln durch einen Gewerbetreibenden in den Verträgen, die er mit Verbrauchern schließt, ein Ende gesetzt wird.

(2) Die in Absatz 1 genannten Mittel müssen auch Rechtsvorschriften einschließen, wonach Personen oder Organisationen, die nach dem innerstaatlichen Recht ein berechtigtes Interesse am Schutz der Verbraucher haben, im Einklang mit den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften die Gerichte oder die zuständigen Verwaltungsbehörden anrufen können, damit diese darüber entscheiden, ob Vertragsklauseln, die im Hinblick auf eine allgemeine Verwendung abgefaßt wurden, mißbräuchlich sind, und angemessene und wirksame Mittel anwenden, um der Verwendung solcher Klauseln ein Ende zu setzen.

(3) Die in Absatz 2 genannten Rechtsmittel können sich unter Beachtung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften getrennt oder gemeinsam gegen mehrere Gewerbetreibende desselben Wirtschaftssektors oder ihre Verbände richten, die gleiche allgemeine Vertragsklauseln oder ähnliche Klauseln verwenden oder deren Verwendung empfehlen.

Artikel 8

Die Mitgliedstaaten können auf dem durch diese Richtlinie geregelten Gebiet mit dem Vertrag vereinbare strengere Bestimmungen erlassen, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher zu gewährleisten.

Artikel 9

Die Kommission legt dem Europäischen Parlament und dem Rat spätestens fünf Jahre nach dem in Artikel 10 Absatz 1 genannten Zeitpunkt einen Bericht über die Anwendung dieser Richtlinie vor.

Artikel 10

(1) Die Mitgliedstaaten erlassen die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften, um dieser Richtlinie spätestens am 31. Dezember 1994 nachzukommen. Sie setzen die Kommission unverzüglich davon in Kenntnis.

Diese Vorschriften gelten für alle Verträge, die nach dem 31. Dezember 1994 abgeschlossen werden.

(2) Wenn die Mitgliedstaaten diese Vorschriften erlassen, nehmen sie in den Vorschriften selbst oder durch einen Hinweis bei der amtlichen Veröffentlichung auf diese Richtlinie Bezug. Die Mitgliedstaaten regeln die Einzelheiten der Bezugnahme.

(3) Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission den Wortlaut der wichtigsten innerstaatlichen Rechtsvorschriften mit, die sie auf dem unter die Richtlinie fallenden Gebiet erlassen.

Artikel 11

Diese Richtlinie ist an die Mitgliedstaaten gerichtet.

Geschehen zu Luxemburg am 5. April 1993.

Im Namen des Rates

Der Präsident

N. HELVEG PETERSEN

ANHANG

KLAUSELN GEMÄSS ARTIKEL 3 ABSATZ 3

1. Klauseln, die darauf abzielen oder zur Folge haben, daß
 - a) die gesetzliche Haftung des Gewerbetreibenden ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, wenn der Verbraucher aufgrund einer Handlung oder Unterlassung des Gewerbetreibenden sein Leben verliert oder einen Körperschaden erleidet;
 - b) die Ansprüche des Verbrauchers gegenüber dem Gewerbetreibenden oder einer anderen Partei, einschließlich der Möglichkeit, eine Verbindlichkeit gegenüber dem Gewerbetreibenden durch eine etwaige Forderung gegen ihn auszugleichen, ausgeschlossen oder ungebührlich eingeschränkt werden, wenn der Gewerbetreibende eine der vertraglichen Verpflichtungen ganz oder teilweise nicht erfüllt oder mangelhaft erfüllt;
 - c) der Verbraucher eine verbindliche Verpflichtung eingeht, während der Gewerbetreibende die Erbringung der Leistungen an eine Bedingung knüpft, deren Eintritt nur von ihm abhängt;
 - d) es dem Gewerbetreibenden gestattet wird, vom Verbraucher gezahlte Beträge einzubehalten, wenn dieser darauf verzichtet, den Vertrag abzuschließen oder zu erfüllen, ohne daß für den Verbraucher ein Anspruch auf eine Entschädigung in entsprechender Höhe seitens des Gewerbetreibenden vorgesehen wird, wenn dieser selbst es unterläßt;
 - e) dem Verbraucher, der seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, ein unverhältnismäßig hoher Entschädigungsbetrag auferlegt wird;
 - f) es dem Gewerbetreibenden gestattet wird, nach freiem Ermessen den Vertrag zu kündigen, wenn das gleiche Recht nicht auch dem Verbraucher eingeräumt wird, und es dem Gewerbetreibenden für den Fall, daß er selbst den Vertrag kündigt, gestattet wird, die Beträge einzubehalten, die für von ihm noch nicht erbrachte Leistungen gezahlt wurden;
 - g) es dem Gewerbetreibenden – außer bei Vorliegen schwerwiegender Gründe – gestattet ist, einen unbefristeten Vertrag ohne angemessene Frist zu kündigen;
 - h) ein befristeter Vertrag automatisch verlängert wird, wenn der Verbraucher sich nicht gegenteilig geäußert hat und als Termin für diese Äußerung des Willens des Verbrauchers, den Vertrag nicht zu verlängern, ein vom Ablaufzeitpunkt des Vertrages ungebührlich weit entferntes Datum festgelegt wurde;
 - i) die Zustimmung des Verbrauchers zu Klauseln unwiderlegbar festgestellt wird, von denen er vor Vertragsabschluß nicht tatsächlich Kenntnis nehmen konnte;

- j) der Gewerbetreibende die Vertragsklauseln einseitig ohne triftigen und im Vertrag aufgeführten Grund ändern kann;
 - k) der Gewerbetreibende die Merkmale des zu liefernden Erzeugnisses oder der zu erbringenden Dienstleistung einseitig ohne triftigen Grund ändern kann;
 - l) der Verkäufer einer Ware oder der Erbringer einer Dienstleistung den Preis zum Zeitpunkt der Lieferung festsetzen oder erhöhen kann, ohne daß der Verbraucher in beiden Fällen ein entsprechendes Recht hat, vom Vertrag zurückzutreten, wenn der Endpreis im Verhältnis zu dem Preis, der bei Vertragsabschluß vereinbart wurde, zu hoch ist;
 - m) dem Gewerbetreibenden das Recht eingeräumt ist zu bestimmen, ob die gelieferte Ware oder erbrachte Dienstleistung den Vertragsbestimmungen entspricht, oder ihm das ausschließliche Recht zugestanden wird, die Auslegung einer Vertragsklausel vorzunehmen;
 - n) die Verpflichtung des Gewerbetreibenden zur Einhaltung der von seinen Vertretern eingegangenen Verpflichtungen eingeschränkt wird oder diese Verpflichtung von der Einhaltung einer besonderen Formvorschrift abhängig gemacht wird;
 - o) der Verbraucher allen seinen Verpflichtungen nachkommen muß, obwohl der Gewerbetreibende seine Verpflichtungen nicht erfüllt;
 - p) die Möglichkeit vorgesehen wird, daß der Vertrag ohne Zustimmung des Verbrauchers vom Gewerbetreibenden abgetreten wird, wenn dies möglicherweise eine Verringerung der Sicherheiten für den Verbraucher bewirkt;
 - q) dem Verbraucher die Möglichkeit, Rechtsbehelfe bei Gericht einzulegen oder sonstige Beschwerdemittel zu ergreifen, genommen oder erschwert wird, und zwar insbesondere dadurch, daß er ausschließlich auf ein nicht unter die rechtlichen Bestimmungen fallenden Schiedsgerichtsverfahren verwiesen wird, die ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel ungebührlich eingeschränkt werden oder ihm die Beweislast auferlegt wird, die nach dem geltenden Recht einer anderen Vertragspartei obläge.
2. Tragweite der Buchstaben g), j) und l)
- a) Buchstabe g) steht Klauseln nicht entgegen, durch die sich der Erbringer von Finanzdienstleistungen das Recht vorbehält, einen unbefristeten Vertrag einseitig und – bei Vorliegen eines triftigen Grundes – fristlos zu kündigen, sofern der Gewerbetreibende die Pflicht hat, die andere Vertragspartei oder die anderen Vertragsparteien alsbald davon zu unterrichten.

- b) Buchstabe j) steht Klauseln nicht entgegen, durch die sich der Erbringer von Finanzdienstleistungen das Recht vorbehält, den von dem Verbraucher oder an den Verbraucher zu zahlenden Zinssatz oder die Höhe anderer Kosten für Finanzdienstleistungen in begründeten Fällen ohne Vorankündigung zu ändern, sofern der Gewerbetreibende die Pflicht hat, die andere Vertragspartei oder die anderen Vertragsparteien unverzüglich davon zu unterrichten, und es dieser oder diesen freisteht, den Vertrag alsbald zu kündigen.

Buchstabe j) steht ferner Klauseln nicht entgegen, durch die sich der Gewerbetreibende das Recht vorbehält, einseitig die Bedingungen eines unbefristeten Vertrages zu ändern, sofern es ihm obliegt, den Verbraucher hiervon rechtzeitig in Kenntnis zu setzen, und es diesem freisteht, den Vertrag zu kündigen.

- c) Die Buchstaben g), j) und l) finden keine Anwendung auf
- Geschäfte mit Wertpapieren, Finanzpapieren und anderen Erzeugnissen oder Dienstleistungen, bei denen der Preis von den Veränderungen einer Notierung oder eines Börsenindex oder von Kursschwankungen auf dem Kapitalmarkt abhängt, auf die der Gewerbetreibende keinen Einfluß hat;
 - Verträge zum Kauf oder Verkauf von Fremdwährungen, Reiseschecks oder internationalen Postanweisungen in Fremdwährung.
- d) Buchstabe l) steht Preisindexierungsklauseln nicht entgegen, wenn diese rechtmäßig sind und der Modus der Preisänderung darin ausdrücklich beschrieben wird.

Sicherungsübereignung und Sicherungseintragung von Schuldbriefen

Prof. Dr. Daniel Staehelin*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	140
Materialien.....	142
I. Sicherungsübereignung und Sicherungseintragung.....	143
1. Schuldbriefforderung und Forderung aus dem Grundverhältnis.....	143
2. Bankenpraxis.....	145
II. Kündigungsbestimmungen.....	145
1. Dispositive 6-Monatsfrist	145
2. Zwingende 3-Monatsfrist.....	146
III. Schuldbriefzinsen.....	148
1. Keine Zinsen vor Entstehung der Schuldbriefforderung.....	148
2. Tatsächlich geschuldete Zinsen.....	149
IV. Schuldbriefschuldner und Drittsicherungsgeber	151
V. Der "vinkulierte" Schuldbrief.....	152
VI. Verwertung.....	154
1. Grundsätze.....	154
2. BGer. vom 16. Februar 2012, 5A_32/2011 (BGE 138 III 182).....	156
VII. Schluss.....	158

* Advokat und Notar, Titularprofessor der Universität Basel.

Literaturverzeichnis

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 21. Mai 2012.

- BÄR ROLF, Der indirekte Hypothekarkredit – Zur Sicherungsübereignung und Verpfändung von Schuldbriefen, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Theorie und Praxis der Grundpfandrechte*, Berner Bankrechtstag 1996, Bern 1996, S. 105 ff.
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Rechtsgeschäftliche Errichtung von Grundpfandrechten – Umfang des Formzwangs und zeitlicher Beginn der Pfandsicherheit, *ZBGR* 1996, S. 217 ff.
- DE GOTTRAU NICOLAS, Transfert de propriété et cession à fin de garantie: principes, et applications dans le domaine bancaire, in: Iynedjian (Hrsg.), *Sûretés et garanties bancaires*, Lausanne 1997, S. 173 ff.
- DENYS CHRISTIAN, Cédule hypothécaire et mainlevée, *JdT* 2008 II, S. 3 ff.
- DÜRR DAVID, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, *Das Grundpfand*, Systematischer Teil und Art. 793-804 ZGB, Zürich 2009.
- Der neue Register-Schuldbrief und sein Einsatz, *SJZ* 2012, S. 133 ff.
- FLURY HANS, *Die Grundpfandtitel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Diss. Basel 1942.
- FOËX BÉNÉDICT, La cédule hypothécaire de registre, in: Jürg Schmid (Hrsg.), *Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht*, Einblick in die Revision des Immobiliarsachenrechts, Zürich 2012, S. 343 ff.
- GAMMETER ALEXANDER, *Der Register-Schuldbrief und die Sicherungsübereignung*; in: *Jusletter* 21. Februar 2011.
- HAAS RAPHAËL, *Errichtung und Ausgestaltung des Register-Schuldbriefs*, in: Jürg Schmid (Hrsg.), *Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht*, Einblick in die Revision des Immobiliarsachenrechts, Zürich 2012, S. 293 ff.
- HIGI PETER, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Das Obligationenrecht, Art. 253 – 265 OR, Miete*, 4. Aufl., Zürich 1994.
- HOMBURGER ARTHUR / MARTI HANS, *Schuldbrief*, Schweizerische Juristische Kartothek (SJK) 639, Genf 1942.
- HUBER EUGEN, *Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements*, Bd. II, *Das Sachenrecht*, 2. Aufl., Bern 1914.
- KAMERZIN SIDNEY, *Le contrat constitutif de cédule hypothécaire*, Diss. Fribourg, Zürich 2003.
- KOLLER ALFRED, *Kreditsicherung mittels Eigentümerschuldbriefen: direkte oder indirekte Sicherung?*, *ZGRG* 1998, S. 88 ff.
- *Nochmals zur Kreditsicherung mittels Eigentümerschuldbriefen: Ist die indirekte Sicherung überholt?*, in: R. J. Schweizer/ H. Burkert/ U. Gasser (Hrsg.), *Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag*, Zürich 2002, S. 189 ff.
- LEEMANN HANS, *Berner Kommentar, Sachenrecht, II. Abteilung, Art. 730-918 ZGB*, Bern 1925.
- MÖCKLI PETER, *Das Eigentümergrundpfandrecht*, Diss. Bern 2001.
- MOSER PETER, *Die Verpfändung von Grundpfandtiteln*, Diss. Zürich 1989.

- PFÄFFLI ROLAND, Der papierlose Register-Schuldbrief, Jusletter 9. Juli 2007.
- PFÄFFINGER MONIKA, Sicherungsübereignung und Einreedeordnung beim Schuldbrief, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht, Einblick in die Revision des Immobiliarsachenrechts, Zürich 2012, S. 239 ff.
- PIOTET DENIS, Le droit transitoire de la revision du Code civil du 11 décembre 2009 et la pratique notariale, BN 2010, S. 225 ff.
- La nouvelle cédula de registre, in: not@lex 2010, S. 1 ff.
- SCHMID-TSCHIRREN CHRISTINA, «Papierlose» Wertpapiere, in: Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Bundesamtes für Jusitz (Hrsg.), Aus der Werkstatt des Rechts, Festschrift zum 65. Geburtstag von Heinrich Koller, Basel 2006, S. 183 ff.
- Überblick über den Stand der Gesetzesrevision des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts, ZBGR 2006, S. 1 ff.
 - Die Botschaft zur Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Bereich des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts, ZBGR 2007, S. 389 ff.
 - Der neue Register-Schuldbrief, Rechtliche Konzeption und praktischer Nutzen des „papierlosen“ Schuldbriefs, ST 2008, S. 1029 ff.
 - Der Register-Schuldbrief: Neues Instrument für die Banken, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Kreditsicherheiten, Basel 2008, S. 1 ff.
 - Elektronische öffentliche Beurkundung und Grundpfandrechte: Neuerungen, insbesondere der Register-Schuldbrief, ZBGR 2011, S. 1 ff.
- SCHMID JÖRG, Der «papierlose» Schuldbrief, ZBGR 2006, S. 45 ff.
- Neuerungen im Grundpfandrecht, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht, Einblick in die Revision des Immobiliarsachenrechts, Zürich 2012, S. 205 ff.
- SCHMID JÖRG / HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 3. Aufl., Zürich 2009.
- STAEHELIN DANIEL, Betreuung und Rechtsöffnung beim Schuldbrief, AJP 1994, S. 1255 ff.
- Der Schuldbrief in der aktuellen Revision des ZGB, BJM 2006, S. 1 ff.
 - Der sicherungseingetragene vinkulierte zinstragende Register-Schuldbrief mit separaten Nebenvereinbarungen, in: F. Lorandi/D. Staehelin (Hrsg.), Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Zürich 2011, S. 209 ff.
 - Art. 842-865 ZGB in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 4. Aufl., Basel 2011.
 - Art. 79-84 SchKG, in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. Aufl., Basel 2010.
- STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels face à la dématérialisation des papiers-valeurs, in: Le centenaire du Code civil suisse: colloque du 5 avril 2007, Association franco-suisse de Paris II, Paris 2008, S. 145 ff.
- La nouvelle réglementation de la cédula hypothécaire, in: Jusletter 3. Mai 2010 = Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 1. Schweizerischer Notarenkongress, Muri 2010, S. 55 ff.
 - Le débiteur cédulaire, in: F. Lorandi/D. Staehelin (Hrsg.), Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Zürich 2011, S. 225 ff.

- Les nouvelles dispositions générales sur les cédulas hypothécaires, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht, Einblick in die Revision des Immobiliarsachenrechts, Zürich 2012, S. 267 ff.
- VOLLENWEIDER MARKUS F., Die Sicherungsübereignung von Schuldbriefen als Sicherungsmittel der Bank, Diss. Freiburg i.Ü. 1994.
- WEISS STEFAN, Der Register-Schuldbrief, Kritische Analyse des Schuldbriefsrechts unter besonderer Berücksichtigung des bundesrätlichen Entwurfs vom 27. Juni 2007, Diss. Luzern, Zürich 2009.
- Die gesetzliche Verankerung der Sicherungsübereignung – eine kritische Auseinandersetzung mit dem bundesrätlichen Entwurf zum neuen Schuldbriefrecht, ZBJV 2009, S. 125 ff.
- WIEGAND WOLFGANG, Die Grundpfandrechte – Die Konzeption des ZGB und ihre Entwicklung in der Praxis, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Theorie und Praxis der Grundpfandrechte, Berner Bankrechtstag 1996, Bern 1996, S. 63 ff.
- Der papierlose Schuldbrief – Einführung eines Registergrundpfandrechts in der Schweiz und die Auswirkungen auf die Bankpraxis, in: Stefan Grundmann, Brigitte Haar, Hanno Merkt et alii (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt, Berlin 2010, Band II, S. 3339 ff.
- WIEGAND WOLFGANG/ BRUNNER CHRISTOPH, Vorschläge zur Ausgestaltung des Schuldbriefes als papierloses Registerpfand, in: Bibliothek zur ZSR, Beiheft 39, Basel/Genf/München, 2003.
- WIELAND CARL, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Zürich 2009.
- ZOBL DIETER, Probleme bei der Verpfändung von Eigentümerschuldbriefen, ZBGR 1978, S. 193 ff.
- Zur Sicherungsübereignung von Schuldbriefen, ZBGR 1987, S. 281 ff.
- Berner Kommentar Art. 888-915 ZGB. Die beschränkten dinglichen Rechte: Das Fahrnispfand mit kurzem Überblick über das Versatzpfand, Bern 1996.
- ZOBL DIETER/THURNHERR CHRISTOPH, Berner Kommentar Art. 884-887 ZGB. Die beschränkten dinglichen Rechte: Das Fahrnispfand, Systematischer Teil, Bern 2010.

Materialien

- BERICHT ZUM VORENTWURF, Vernehmlassungsvorlage, Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Immobiliarsachen- und Grundbuchrecht) Bericht zum Vorentwurf, 2004, abrufbar unter: <www.bj.admin.ch>.
- BOTSCHAFT zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 27. Juni 2007, BBl 2007, S. 5283 ff.
- PROTOKOLLE der Komm. des SR vom 14./15. April 2008 und vom 15./16. September 2009 und der Komm. des NR vom 21./22. August 2009.

I. Sicherungsübereignung und Sicherungseintragung¹

1. Schuldbriefforderung und Forderung aus dem Grundverhältnis

Die grösste inhaltliche Änderung der Teilrevision vom 11.12.2009 (in Kraft seit 1.1.2012) beim Schuldbrief, neben der Einführung des Register-Schuldbriefes, betrifft die Aufhebung der Vermutung, dass durch Errichtung eines Schuldbriefes die zu Grunde liegende Forderung durch Novation getilgt wird. Neu soll nun der Gläubiger die Schuldbriefforderung vermutungsweise zusätzlich zu der Forderung, die ihm aus dem Grundverhältnis (meist Darlehensvertrag) gegenüber dem Schuldner zusteht, erhalten (Art. 842 Abs. 2 ZGB). Dies betrifft sowohl den Register-Schuldbrief wie auch den Papier-Schuldbrief. Immer dann, wenn die Grundforderung nicht durch Novation getilgt werden soll und auch keine Hingabe erfüllungshalber vereinbart wurde, liegt eine Sicherungsübereignung vor². Gemäss diesem Konzept, welches vor ca. 25 Jahren in der Bankenpraxis eingeführt wurde³, stehen dem Schuldbriefgläubiger zwei Forderungen zu, einerseits die Darlehensforderung und andererseits die Schuldbriefforderung. Diese beiden Forderungen werden durch die Sicherungsabrede verknüpft, womit drei verschiedene Rechtsverhältnisse zwischen Gläubiger und Schuldner bestehen. Das Konzept der Sicherungsübereignung, welches sich in der Hypothekarpraxis durchgesetzt hat, wird nun zum gesetzlich vermuteten Normalfall. Beim Register-Schuldbrief kann nun nicht mehr gut von "Sicherungsübereignung" gesprochen werden, da kein Eigentum am Wertpapier übertragen, sondern nur noch das Gläubigerrecht an einer Buchforderung bestellt wird⁴. Daher wird im Folgenden der Begriff der "Sicherungseintragung" verwendet. Die Vermutung der Sicherungseintragung gilt für die Errichtung durch

¹ Manche Gedanken vorliegenden Vortrages finden sich auch in meiner Kommentierung der neuen Bestimmungen zum Schuldbrief (Art. 842-865 ZGB) in der 4. Auflage des Basler Kommentars zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II sowie in meinem Beitrag "Der sicherungseingetragene vinkulierte zinstragende Register-Schuldbrief mit separaten Nebenvereinbarungen" in der Festschrift für Ivo Schwander.

² D. STAEHELIN, AJP 1994, S. 1256 f.; WIEGAND, Berner Bankrechtstag 1996, S. 102; BÄR, Berner Bankrechtstag 1996, S. 130; WIEGAND/BRUNNER, S. 33.

³ ZOBL, ZBGR 1987, S. 281 ff.

⁴ Ich danke für diesen Hinweis meiner Assistentin Eva Bachofner, MLaw.

den Schuldner⁵ zu Gunsten eines Gläubigers, nicht aber für die Übertragung durch den Gläubiger an einen Dritten. Die Vermutung gilt ebenfalls für die Übertragung eines Eigentümerschuldbriefes durch den Schuldner an den Gläubiger. Diese ist wohl formell Übertragung durch den Gläubiger (Art. 858 Abs. 1 ZGB), materiell jedoch Errichtung durch den Schuldner (Art. 857 Abs. 1 ZGB). Für die Sicherungseintragung gelten - soweit nichts anderes vereinbart wurde - folgende Grundsätze⁶:

- Der Gläubiger wird vollumfänglich Gläubiger der Schuldbriefforderung und damit Eigentümer eines eventuellen Papier-Schuldbriefes, ist jedoch dem Schuldner gegenüber obligatorisch verpflichtet, die Schuldbriefforderung nur in dem Umfang geltend zu machen, wie ihm ein Anspruch aus dem Grundverhältnis zusteht.
- Der Schuldner kann alle Einreden, die er aus dem Grundverhältnis gegenüber dem Gläubiger hat, auch der Schuldbriefforderung entgegenhalten. Diese Einreden sind zudem auch einem bösgläubigen Dritterwerb des Titels gegenüber zulässig (Art. 842 Abs. 3 ZGB).
- Die Begründung der zu sichernden Forderung wie auch die Sicherungsabrede sind formfrei gültig.
- Der Gläubiger ist berechtigt, die Schuldbriefforderung dann einzuziehen, wenn der Schuldner seine fällige Leistung aus dem Grundverhältnis nicht erbringt. Anderslautende Vereinbarungen vorbehalten, muss jedoch zuerst die Schuldbriefforderung durch Kündigung fällig gestellt werden. Die Fälligkeit der Darlehensforderung bewirkt nicht automatisch auch die Fälligkeit der Schuldbriefforderung.
- Der Gläubiger ist verpflichtet, vor der gesicherten Forderung die Schuldbriefforderung zu realisieren. Betreibt der Gläubiger den Schuldner persönlich, statt zuerst den Schuldbrief durch Grundpfandbetreibung zu verwerten, so kann sich der Schuldner zwar nicht mittels Beschwerde auf das beneficium excussionis realis berufen, hat aber eine entsprechende materiellrechtliche dilatorische Einrede, die er durch Rechtsvorschlag geltend zu machen hat.

⁵ Wobei im Folgenden angenommen wird, dass Schuldner und Eigentümer identisch sind.

⁶ Vgl. BSK ZGB II-D. STAEHELIN, Art. 842 N 49 ff. m. weit. Hinw.; VOLLENWEIDER, passim.; PFAFFINGER, Sicherungsübereignung und Einredeordnung, passim; STEINAUER, Les nouvelles dispositions générales, S. 285 f.

- Der Gläubiger eines sicherungseingetragenen resp. sicherungsübereigneten Schuldbriefes ist verpflichtet, diesen einem Dritten nicht ohne die gesicherte Forderung weiterzuveräußern.
- Das Verhältnis zwischen gesicherter Forderung und Schuldbriefforderung ist nicht akzessorisch. Bei Zession der gesicherten Forderung geht der Schuldbrief nicht von Gesetzes wegen auf den Zessionar über, doch ist der Zedent gegenüber dem Schuldner verpflichtet, dem Zessionar auch den Schuldbrief zu übertragen. Bei Tilgung der gesicherten Forderung fällt der Schuldbrief nicht von Gesetzes wegen an den Schuldner zurück, doch erhält dieser einen obligatorischen Rückübertragungsanspruch.

2. Bankenpraxis

Die Sicherungsübereignung wird in der Praxis durch standardisierte Bankenverträge geregelt. Die Vorlagen der meisten Institute sind sich dabei sehr ähnlich⁷. Der Schuldner hat dabei einen Hypothekarkreditvertrag, die Sicherungsvereinbarung und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank zu unterschreiben. Diese Vorlagen sind nun an den Register-Schuldbrief anzupassen. Weitere wichtige Änderungen des neuen Rechts betreffen die Kündigungsbestimmungen sowie die Beschränkungen des Zinspfandrechts.

II. Kündigungsbestimmungen

1. Dispositive 6-Monatsfrist

Die Zahlung der im Schuldbrief verkörperten Wertpapierpapierforderung (beim Papier Schuldbrief) resp. Buchforderung (beim Register-Schuldbrief) kann gefordert werden, wenn sie fällig ist. Die Fälligkeit kann entweder durch Zeitablauf oder durch Kündigung eintreten. Die Fälligkeit durch Zeitablauf muss besonders vereinbart werden. Der Ablauf der Zeit kann an ein künftiges Ereignis geknüpft werden (z.B. die Fälligkeit der durch Sicherungsübereignung des Schuldbriefes gesicherten Forderung⁸). Ohne beson-

⁷ Vgl. die div. Muster bei VOLLENWEIDER im Anhang.

⁸ BGE 123 III 97, S. 99.

dere Vereinbarung kann die Schuldbriefforderung durch Kündigung fällig gestellt werden. Bis zur Teilrevision des Sachenrechts vom 11.12.2009 konnten die Parteien die Kündigungsfristen und -termine frei vereinbaren (Art. 844 Abs. 1 aZGB), sofern nicht kantonale Bestimmungen die Kündbarkeit einschränkten (Art. 844 Abs. 2 aZGB). Der Vorbehalt des kantonalen Rechts wurde nunmehr aufgehoben.

Bestehen keine Vereinbarungen über Kündigungsfristen und -termine, so beträgt nunmehr als dispositives Recht die Frist sechs Monate und der Termin ist das Ende jeden Monats (Art. 847 Abs. 1 ZGB). Vor der Teilrevision des Sachenrechts vom 11.12.2009 waren die dispositiven Kündigungstermine die üblichen Zinstage (Art. 844 Abs. 1 aZGB).

In intertemporaler Hinsicht gilt das alte Recht, wonach sich der dispositive Kündigungstermin nach den üblichen Zinstagen richtet, für alle vor dem 1.1.2012 errichteten Schuldbriefe, da der neue gesetzliche Termin Ende Monat dispositiver Natur ist (Art. 28 SchlT ZGB)⁹. Kantonale Vorschriften, welche die Kündbarkeit einschränken, gelten gemäss Art. 28 SchlT ZGB weiter für alle vor dem 1.1.2012 errichteten Schuldbriefe¹⁰. Das kantonale Recht kann jedoch diese Einschränkungen rückwirkend aufheben¹¹.

2. Zwingende 3-Monatsfrist

Im neuen Recht darf eine von den dispositiven gesetzlichen Kündigungsfristen abweichende Vereinbarung für den Gläubiger keine kürzere Kündigungsfrist als drei Monate vorsehen, ausser für den Fall, dass sich der Schuldner mit der Zahlung von Zinsen oder Amortisationen in Verzug befindet (Art. 847 Abs. 2 ZGB). In intertemporaler Hinsicht enthält Art. 847 Abs. 2 ZGB eine zwingende Bestimmung und gilt daher gemäss Art. 28 in fine SchlT ZGB ab dem 1.1.2012 auch für die vorher errichteten Schuldbriefe¹².

Die Einschränkung von Art. 847 Abs. 2 ZGB gilt nur für die Schuldbriefforderung, nicht auch für die gesicherte Forderung aus dem Grundverhältnis, denn diese wird nicht durch das Sachenrecht normiert. Ist nun die weiterhin verbreitete Vertragsbestimmung, wonach die Schuldbriefforderung

⁹ PIOTET, BN 2010, S. 230 f.; SCHMID, Neuerungen im Grundpfandrecht, S. 215.

¹⁰ PIOTET, BN 2010, S. 231.

¹¹ BSK ZGB II-D. STAEBELIN, Art. 847 N 5.

¹² PIOTET, BN 2010, S. 231; SCHMID, Neuerungen im Grundpfandrecht, S. 216.

eo ipso ohne Kündigung fällig wird, wenn die gesicherte Forderung aus dem Grundverhältnis fällig wird, eine Fälligstellung durch Zeitablauf auf Grund einer Resolutivbedingung, die nicht der Einschränkung von Art. 847 Abs. 2 ZGB unterliegt, oder ist sie eine Kündigungsbestimmung, auf welche die Einschränkung von Art. 847 Abs. 2 ZGB Anwendung findet¹³?

Auch wenn die erste Auffassung die formal richtige ist, möchte ich die zweite vorziehen. Die Einschränkung der Fälligstellung der Schuldbriefforderung auf einen kürzeren Zeitraum als drei Monate für einen Schuldner, der nicht in Verzug ist, soll nicht möglich sein. Dem Schuldner diesen Schutz zu geben, war wohl auch der Wille des Gesetzgebers¹⁴, der das vorliegende Problem offensichtlich gar nicht erkannte. Es kann nicht sein, dass das Gesetz einerseits den Schuldnerschutz verstärken will, andererseits diese Verstärkung gerade für die nunmehr zum Normalfall erklärte Sicherungsübereignung, resp. -eintragung keine Anwendung finden soll. Der Begriff der Kündigung ist daher weit auszulegen und sollte auch auf die Fälligstellung durch eine Resolutivbedingung Anwendung finden, zumindest soweit die Resolutivbedingung materiell einer Kündigung entspricht, was bei einer Fälligstellung durch Fälligkeit der Grundforderung der Fall ist.

Für die Fristauslösung ist bei der Fälligstellung durch eine Resolutivbedingung an Stelle des Zugangs der Kündigungserklärung der Eintritt der Resolutivbedingung massgebend. Ohne dass dies besonders vereinbart worden sein muss, wird dann von Gesetzes wegen die Schuldbriefforderung erst drei Monate nach Eintritt der Resolutivbedingung fällig. Die Fälligkeit kann diesfalls auch im Laufe eines Monats eintreten, Art. 847 Abs. 2 ZGB handelt nur von Kündigungsfristen nicht von Kündigungsterminen. Bei gesicherten Forderungen aus dem Grundverhältnis mit fester Laufzeit, die ohne Kündigung fällig werden und gleichzeitig die Fälligkeit der Schuldbriefforderung bewirken sollen, wird dann ohne Einschränkung auf diesen Termin auch die Schuldbriefforderung fällig, soweit die Laufzeit mindestens drei Monate dauert.

Da im Fall der Sicherungsübereignung, resp. -eintragung für die Schuldbriefforderung vor Eintritt des Sicherungsfalles keine Amortisationen und Zinszahlungen vereinbart werden, resp. Zinszahlungen gestundet sind,

¹³ Vgl. zur analogen Problematik von resolutiv bedingten Mietverträgen ZK-HIGI, Art. 255 OR N 36, 43 f.

¹⁴ Amtl. Bull. Ständerat 2008, S. 419, Votum JANIÄK; SCHMID, Neuerungen im Grundpfandrecht, S. 215.

kann der Fall von Art. 847 Abs. 2 ZGB zweiter Satzteil, wonach eine Fälligkeit mit einer kürzeren Frist möglich ist, wenn sich der Schuldner mit der Zahlung der Amortisationen oder der Zinsen in Verzug befindet, beim sicherungsübereigneten, resp. -eingetragenen Schuldbrief gar keine Anwendung finden¹⁵. Damit nicht der Schuldbrief immer erst 3 Monate nach der gesicherten Forderung fällig wird, empfiehlt es sich, in die Sicherungsvereinbarung zusätzlich zur automatischen Fälligkeit die Klausel aufzunehmen, wonach die Schuldbriefforderung jederzeit mit einer Frist von 3 Monaten gekündigt werden kann, wenn die Grundforderung gekündigt worden ist, auch wenn sie wegen Laufens der Kündigungsfrist noch nicht fällig ist.

Erfolgt eine Kündigung unter Missachtung der Mindestfrist von Art. 847 Abs. 2 ZGB so ist sie nicht ungültig, sondern gilt für den nächstmöglichen Termin. Art. 266a Abs. 2 OR, der dies für das Mietrecht statuiert, entspricht einem allgemeinen Rechtsgrundsatz¹⁶.

III. Schuldbriefzinsen

1. Keine Zinsen vor Entstehung der Schuldbriefforderung

Für die Schuldbriefforderung sind nur Zinsen zu bezahlen, wenn dies vereinbart wurde¹⁷. Weder eine Vereinbarung über die Verzinsung der gesicherten Forderung aus dem Grundverhältnis, noch die Vereinbarung eines Maximalzinses (Art. 99 Abs. 1 lit. e GBV; Art. 40 Abs. 1 Bst. d aGBV) für die Schuldbriefforderung gilt ohne weiteres als Vereinbarung eines Zinses für die Schuldbriefforderung. Bei sicherungsübereigneten Schuldbriefen konnten die Parteien bis zur Teilrevision des Sachenrechts vom 11. Dezember 2009 den Beginn des Laufs der grundpfandrechtl. gesicherten Zinsen frei vereinbaren. Daher konnten Zinsen der Schuldbriefforderung eine Kapitalforderung aus dem Grundverhältnis sichern, womit eine Maximalhypothek im Kleide einer Kapitalhypothek kriert werden konnte¹⁸. Zudem konnte

¹⁵ BSK ZGB II-D. STAEHELIN, Art. 847 N 6.

¹⁶ Vgl. BGer Urteil 4C.278/2005 vom 8. Mai 2008 E. 4.1 unter Verweis auf BSK OR II-D. STAEHELIN, Art. 545/546 N 22.

¹⁷ KAMERZIN, S. 258; WIEGAND/BRUNNER, S. 41; WEISS, S. 63; STEINAUER, Les nouvelles dispositions générales, S. 289 unter Vorbehalt einer ev. Anwendung von Art. 313 Abs. 2 OR.

¹⁸ BGE 115 II 349, S. 359.

auch ein früherer Beginn des pfandrechlich gedeckten Zinsenlaufs vereinbart werden, z.B. drei Jahre vor dem letzten Zinstag (entsprechend der Pfandhaft gemäss Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Eine derartige Abrede war nach nicht unproblematischer Ansicht des Bundesgerichts auch dann gültig, wenn der Zinsenlauf vor der Errichtung des Schuldbriefes begann¹⁹. Diese Rechtsprechung war abzulehnen, im Range nachgehende Grundpfandgläubiger sollten darauf vertrauen dürfen, dass der Zinsenlauf erst mit der Entstehung der Schuldbriefforderung beginnt. Daher wurde mit der Änderung vom 11. Dezember 2009 Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB durch den Zusatz ergänzt, dass beim Schuldbrief nur die "tatsächlich geschuldeten Zinsen" pfandgesichert sind. Wurde zu Gunsten eines Gläubigers ein Schuldbrief errichtet, welcher dem Gläubiger im Sinne einer Sicherungseintragung resp. einer Sicherungsübereignung zusätzlich zu seiner Grundforderung bestellt wurde, so ist die Schuldbriefforderung frühestens ab Grundbuchanmeldung pfandgesichert, selbst wenn ein früherer Termin vereinbart worden ist²⁰. Wurde ein Eigentümerschuldbrief einem Gläubiger übertragen, so beginnt der Zinsenlauf beim Register-Schuldbrief frühestens mit der Umbuchung und beim Papier-Schuldbrief frühestens mit der Übergabe des Titels. In intertemporaler Hinsicht gilt das neue Verbot des rückwirkenden Zinsenlaufs als zwingende gesetzliche Bestimmung gemäss Art. 26 Abs. 2 SchlT ZGB auch für die vor dem 1. Januar 2012 errichteten oder begebenen Schuldbriefe²¹.

2. Tatsächlich geschuldete Zinsen

Gemäss den Gesetzesmaterialien geht die in den Räten umstritten gewesene Änderung von Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB noch weiter: Die nachgehenden Grundpfandgläubiger sollten darauf vertrauen dürfen, dass das Zinsenpfandrecht nur für tatsächlich entstandene Zinsen benützt werden kann²². Gemäss den Materialien bezieht sich diese Aussage auf die tatsächlich entstandenen Zinsen aus dem Grundverhältnis. Pfandgesicherte Schuldbrief-

¹⁹ BGE 115 II 349, S. 355 ff.; a.M. ZOBL, ZBGR 1978, S. 220; MOSER, S. 160; BRÜCKNER, ZBGR 1996, S. 245; BSK ZGB II (3. Aufl.)-STAEHELIN, Art. 854 N 26.

²⁰ WIEGAND/BRUNNER, S. 45.

²¹ PIOTET, BN 2010, S. 230; SCHMID, Neuerungen im Grundpfandrecht, S. 215.

²² BOTSCHAFT, BBI 2007, S. 5317; vgl. auch die Diskussionen gemäss den PROTOKOLLEN in der Komm. des SR 14./15. April 2008 und vom 15./16. September 2009 und in der Komm. des NR vom 21./22. August 2009.

zinsen sollten bei der Sicherungseintragung resp. einer Sicherungsübereignung von Schuldbriefen (Art. 842 Abs. 2 ZGB) nur zur Deckung von Zinsen aus dem Grundverhältnis verwendet werden dürfen²³. Damit sollte der Auffassung des Bundesgerichts entgegengetreten werden, dass Schuldbriefzinsen auch zur Deckung einer Kapitalforderung aus dem Grundverhältnis dienen könnten. Dadurch wird eine Verknüpfung zwischen grundpfandrechtl. gesicherter Schuldbriefforderung und der Forderung aus dem Grundverhältnis hergestellt, welche den Grundsätzen der gesetzlich vermuteten Sicherungseintragung resp. Sicherungsübereignung von Art. 842 Abs. 2 ZGB (Nichtakzessorietät) diametral widerspricht. Es ergeben sich zudem praktische Probleme, wenn ein sicherungseingetragener resp. sicherungsübereigneter Schuldbrief mehrere Forderungen aus dem Grundverhältnis mit verschiedenen Zinssätzen sichert oder wenn in einem Kontokorrentverhältnis die Zinsen zum Kapital geschlagen werden.

Abzulehnen ist die in der Literatur anzutreffende Auffassung, wonach bei einem sicherungseingetragenen resp. sicherungsübereigneten Schuldbrief (Art. 842 Abs. 2 ZGB) von Gesetzes wegen gar keine grundpfandgesicherten Zinsen für die Schuldbriefforderung entstehen können (selbst wenn dies so vereinbart worden sei), solange der Schuldner seinen Verpflichtungen aus dem Grundverhältnis nachkommt und der Gläubiger seine Sicherheit nicht geltend machen kann²⁴. Es ist kein Grund ersichtlich, wieso die Parteien nicht vereinbaren können sollten, dass eine gestundete Forderung Zinsen tragen kann und diese Zinsen auch gestundet sind.

Auf Grund der Neufassung von Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB beginnen bei der Fahrnisverpfändung (Art. 859 Abs. 1 ZGB) eines Eigentümerschuldbriefes (Art. 857 Abs. 2 ZGB) – anders als bei der Sicherungseintragung resp. Sicherungsübereignung – die Zinsen der Schuldbriefforderung erst dann zu laufen, wenn der Eigentümerschuldbrief in der Forderungspfandverwertung verwertet oder sonstwie jemandem, der mit dem Schuldner nicht identisch ist, zu Eigentum übertragen wird, da erst dann die Schuldbriefforderung entsteht²⁵ und erst dann "tatsächlich geschuldete Zinsen" entstehen können.

²³ DÜRR, SJZ 2012, S. 137; SCHMID, Neuerungen im Grundpfandrecht, S. 214 f.; vgl. WIEGAND/BRUNNER, S. 44; GAMMETER, Jusletter 21. Februar 2011, Rz. 26.

²⁴ WEISS, S. 72; STEINAUER, Jusletter 3. Mai 2010, Rz. 33 Fn. 50.

²⁵ BSK ZGB II-D. STAEHELIN, Art. 869 N 9; Art. 860 N 12.

IV. Schuldbriefschuldner und Drittsicherungsgeber

Jeder Schuldbrief hat und braucht einen Schuldner. Wer Schuldner ist, muss von Bundesrechts wegen (leider) weder im Grundbuch noch auf dem Titel eingetragen werden²⁶. Die Kantone dürfen jedoch weiterhin den Schuldner eintragen, Basel-Stadt z.B. führt diese Praxis auch unter dem neuen Recht fort. Damit ist es für den Grundbuchverwalter jederzeit ersichtlich, wer bei Änderungen als Schuldner handeln darf.

Der Schuldnerwechsel vollzieht sich ausserhalb des Grundbuches²⁷. Als Nachweis der Schuldnerschaft dient bei fehlendem Eintrag in das Grundbuch der Errichtungsakt, resp. eine Schuldübernahmeerklärung²⁸. Eine Schuldentlassungserklärung muss der entlassene Schuldner bei Nichteintragung im Grundbuch ewig aufbewahren, da Grundpfandforderungen nicht verjähren (Art. 807 ZGB).

In den Sicherungsvereinbarungen der Banken verpflichtet sich meist der Kreditschuldner als neuer Schuldner der Schuldbriefforderung, die Bank entlässt die bisherigen Schuldner aus der Schuldpflicht. Es kommt indes auch vor, dass sich nicht der Kreditschuldner, sondern der Sicherungsgeber als neuer Schuldbriefschuldner zu verpflichten hat.

Grundsätzlich sind beim Schuldbrief Drittpfandverhältnisse möglich, Schuldbriefschuldner und Pfandeigentümer müssen nicht identisch sein (Art. 845 ZGB). Bei der Sicherungsübereignung kommt als dritte Partei der Kreditschuldner hinzu. Dass tatsächlich drei verschiedene Parteien involviert sind, ist selten, jedoch möglich z.B. wenn ein Schuldbriefgläubiger der Bank einen Schuldbrief zur Sicherung der Kreditforderung eines Dritten übergibt. In den häufigeren Fällen übergibt ein Grundeigentümer der Bank einen Eigentümerschuldbrief zur Sicherung der Kreditschuld eines anderen. Dann spielt es eine Rolle, ob der Kreditschuldner oder der Sicherungsgeber Schuldbriefschuldner ist. Von Bedeutung ist die Person des Schuldbriefschuldners insbesondere in der Betreuung auf Grundpfandverwertung, da Betriebener hier der Schuldbriefschuldner ist²⁹. Unter diesem Aspekt ist es sinnvoller, den Kreditschuldner als Schuldbriefschuldner zu bezeichnen,

²⁶ STEINAUER, FS Schwander, S. 226 ff.; BSK ZGB II-D. STAEHELIN, Art. 861 N 9; Art. 857 N 5.

²⁷ Zum Schuldnerwechsel vgl. BSK ZGB II-D. STAEHELIN, Art. 852 N 27 ff.

²⁸ BGE 129 III 12, S. 15 ff.

²⁹ BSK ZGB II-D. STAEHELIN, Art. 861 N 9; Art. 857 N 5.

ansonsten er gar nicht in das Pfandverwertungsverfahren einbezogen würde; der Sicherungsgeber, der meist auch Grundeigentümer ist, ist in dieser Eigenschaft von Gesetzes wegen Mitbetriebener (Art. 153 Abs. 2 lit. a SchKG).

Mit dieser Lösung lässt sich auch die Frage vermeiden, ob ein Schuldbriefschuldner, der nicht Kreditschuldner ist, für den Pfandausfall haftet. Das Bundesgericht hat dies für den Fall einer Verpfändung von Eigentümer-schuldbriefen verneint, weil dann noch gar keine Schuldbriefforderung besteht, für den Fall der Begebung zu vollem Recht hingegen bejaht³⁰. Wohl müsste diese Rechtsprechung unter dem neuen Recht, welches von der Sicherungsübereignung, resp. -eintragung als Normalfall ausgeht, überdacht werden, denn es entspricht sicher nicht dem mutmasslichen Parteiwillen, dass der Drittsicherungsgeber nicht nur ein Pfandrecht geben, sondern persönlich auch noch für den Pfandausfall haften will. Da jedoch Praxisänderungen vom Bundesgericht nur zurückhaltend vorgenommen werden, sollte das Problem dadurch gelöst werden, dass der Kreditschuldner auch Schuldbriefschuldner wird.

V. Der "vinkulierte" Schuldbrief

Die Parallelität von Schuldbriefforderung und gesicherter Forderung wird durchbrochen, wenn die Schuldbriefforderung ohne die gesicherte Forderung übertragen wird. Im Normalfall wird bei einem Wechsel der finanzierenden Bank, sei es infolge einer Handänderung oder ausserhalb, die Sicherungsvereinbarung und der Kreditvertrag mit der alten Bank aufgehoben, der Schuldbrief an die neue Bank übertragen und mit dieser ein neuer Kreditvertrag und eine neue Sicherungsvereinbarung abgeschlossen. Dies erfolgt mit Zustimmung aller Parteien und ist problemlos.

In diversen Verträgen wird die Bank ermächtigt, Kreditforderung und Schuldbriefforderung weiter zu veräussern. Dies erfolgt namentlich zwecks Refinanzierung im Zuge einer Securitisation³¹. Beim Register-Schuldbrief stellen sich hierbei die Probleme, dass die Übertragung oder Verpfändung nur durch konstitutiven Registereintrag erfolgen kann, dass dieser Regis-

³⁰ BGE 107 III 128 E. 5 S. 134; ZK-DÜRR, Syst. Teil N 310.

³¹ BSK ZGB II-D. STAEHELIN, Art. 858 N 42 ff.

tereintrag bei zahlreichen Grundbuchämtern in der ganzen Schweiz zu erfolgen hat und dass Schuldner und Eigentümer davon erfahren können³².

Ob die Bank ermächtigt ist, ohne Zustimmung des Schuldners Kreditforderung und Schuldbriefforderung zu übertragen, ist fraglich, namentlich das Bankgeheimnis stellt hierbei Hürden auf. Auf jeden Fall ist der Gläubiger eines sicherungseingetragenen resp. sicherungsübereigneten Schuldbriefes verpflichtet, diesen einem Dritten nicht ohne die gesicherte Forderung weiterzuveräussern. Diese Vereinbarung ist keine ungültige vertragliche Beschränkung der Verfügungsmacht, welche auch bei schlechtem Glauben des Dritterwerbers der Gültigkeit einer vertragswidrigen Weiterveräusserung nicht entgegenstehen würde, sondern eine Einschränkung der Übertragbarkeit der Forderung, die einem bösgläubigen (nicht aber einem gutgläubigen) Dritterwerber entgegengehalten werden kann. Im Gegensatz zu Sachen, welche nicht mit allgemeiner Wirkung gegen Dritte als unübertragbares Gut ausgestaltet werden können, ist dies bei Forderungen im Allgemeinen (Art. 164 Abs. 1 OR) und auch bei Wertpapierforderungen (Art. 967 Abs. 3 OR) möglich. Demgemäss ist dies auch beim Register-Schuldbrief als Buchforderung zulässig. Es ist sodann anerkannt, dass der Schuldbrief als unübertragbares Wertpapier ausgestaltet werden kann³³. Ein entsprechendes Übertragungsverbot kann im Grundbuch unter den "Bemerkungen" aufgeführt werden³⁴. Gemäss neuem Recht wird nun vermutet, dass ein Schuldbrief vom Schuldner als Sicherheit übertragen wurde (Art. 842 Abs. 2 ZGB) und dass auf Grund der Sicherungsabrede der Schuldbrief nicht ohne die gesicherte Forderung übertragen werden kann.

Erhält der Dritte nur den Schuldbrief ohne die gesicherte Forderung, so stellt sich die Frage nach seinen Nachforschungspflichten, die er einhalten muss, damit er noch als gutgläubig bezeichnet werden kann. Wohl könnte sich dieser Dritterwerber auf die Vermutung von Art. 3 Abs. 1 ZGB berufen. Diese Vermutung wird indes durch diejenige von Art. 842 Abs. 2 ZGB kompensiert, wonach vermutungsweise ein durch die Sicherungsabrede verknüpftes Grundverhältnis besteht. Der Dritterwerber muss sich daher beim früheren Gläubiger nach dem Bestehen dieses Grundverhältnisses erkundi-

³² D. STAEHELIN, BJM 2006, S. 16.

³³ BGE 63 II 225, S. 229.

³⁴ BK-LEEMANN, Art. 869 aZGB N 29; FLURY, S. 42; HOMBURGER/MARTI, SJK 639, S. 6.

gen und Einsicht in die entsprechenden Belege verlangen³⁵. Soweit diese glaubhaft erscheinen, darf er darauf vertrauen. Eine Pflicht, sich zusätzlich beim Schuldner über das Grundverhältnis zu erkundigen besteht nicht. Ansonsten wäre es gar nicht möglich, einen Schuldbrief gutgläubig ohne Kenntnis der Einreden aus dem Grundverhältnis zu erwerben. Das Gesetz setzt jedoch in Art. 842 Abs. 3 ZGB voraus, dass es gutgläubige Dritterwerber gibt, womit die Voraussetzungen an den guten Glauben nicht derart einengend umschrieben werden dürfen, dass ein gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen wird.

Der Schuldbrief ist somit vom Verkehrspfandrecht, das der Mobilisierung des Bodenwertes dienen soll³⁶ zur vinkulierten Buch- oder Wertpapierforderung mutiert, deren Übertragbarkeit vermutungsweise eingeschränkt ist.

VI. Verwertung

1. Grundsätze

Der Gläubiger ist berechtigt, die Schuldbriefforderung dann einzuziehen, wenn der Schuldner seine fällige Leistung aus dem Grundverhältnis nicht erbringt. Verzug des Schuldners ist nicht erforderlich (Sicherungsfall, Art. 891 Abs. 1 analog). Hierzu bedarf es keiner expliziten Ermächtigung in der Sicherungsvereinbarung³⁷. Anderslautende Vereinbarungen vorbehalten, muss neben der Schuldbriefforderung auch die Forderung aus dem Grundverhältnis fällig sein. Die mangelnde Fälligkeit der gesicherten Forderung aus dem Grundverhältnis ist eine Einrede, die der Schuldner gemäss Art. 842 Abs. 3 ZGB dem Gläubiger sowie bösgläubigen Dritterwerbern entgegenhalten kann.

Wird - was üblicherweise geschieht - die Schuldbriefforderung geltend gemacht, ohne dass vorgängig der Selbsteintritt erklärt wird, so erlischt die Grundforderung erst in dem Moment, in dem die Schuldbriefforderung (z.B. durch Verwertung des Unterpandes und Verteilung des Erlöses) getilgt wird. Solange laufen die Zinsen der Grundforderung weiter. Diesfalls ist der

³⁵ PIOTET, not@lex 2010, S. 4; STEINAUER, Jusletter 3. Mai 2010, Rz. 33 Fn. 50; a.M. WEISS, S. 160.

³⁶ E. HUBER, S. 204.

³⁷ WEISS, S. 65.

Gläubiger nur berechtigt, die Schuldbriefforderung im Umfang der gesicherten Forderung aus dem Grundverhältnis geltend zu machen³⁸. Dies ist eine Einrede, die der Schuldner gemäss Art. 842 Abs. 3 ZGB dem Gläubiger sowie bösgläubigen Dritterwerbenden entgegenhalten kann³⁹. Vorbehalten bleibt eine vertragliche Vereinbarung, wonach der Gläubiger die gesamte Schuldbriefforderung einziehen darf und erst danach einen Überschuss dem Schuldner zurückgeben muss. Eine derartige Klausel muss jedoch ausdrücklich und klar sein; im Zweifel ist 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 muss⁴⁰. Eine derartige Klausel wird zudem angesichts des neuen Art. 8 UWG problematisch sein⁴¹.

Ein Selbsteintritt vor Einleitung der Grundpfandverwertung mit Abrechnung zum Nominalwert und Auszahlung des allfälligen Überschusses an den Schuldner ist auch ohne Vereinbarung möglich und selbst im Konkurs des Schuldners zulässig⁴². Durch den Selbsteintritt geht die Grundforderung in der Höhe der Schuldbriefforderung samt Zinsen unter, für einen allfällig ungedeckt bleibenden Betrag haftet der Schuldner weiterhin persönlich. Mit der Erklärung des Selbsteintritts hört der Zinsenlauf der Grundforderung auf⁴³, die Schuldbriefzinsen laufen jedoch weiter. Hat der Gläubiger dem Schuldner einen allfälligen Überschuss ausbezahlt, ist er berechtigt, die volle Schuldbriefforderung in Betreuung zu setzen. In allen Fällen ist der Gläubiger voll abrechnungs- und anrechnungspflichtig und darf nicht mehr fordern als das, was der Schuldner aus der Grundforderung schulden würde, würde sie fortbestehen und weiterhin Zinsen tragen, denn nur die Grund-

³⁸ BGE 136 III 288, S. 292; Court de Justice GE, SJZ 2005, S. 430 ff.; ZOBL, ZBGR 1987, S. 291 f.; BK-ZOBL, Art. 901 N 161; D. STAEHELIN, AJP 1994, S. 1260; VOLLENWEIDER, S. 164; BÄR, S. 115; DE GOTTRAU, S. 214; KAMERZIN, S. 90; a.M. KOLLER, FS Druey, S. 196, wonach die ganze Schuldbriefforderung in Betreuung gesetzt werden darf, ein allfälliger Mehrerlös jedoch dem Schuldner herauszugeben ist.

³⁹ BGE 119 II 326, S. 329; 115 II 349, S. 354; DENYS, JdT 2008 II, S. 15.

⁴⁰ A.M. KOLLER, FS Druey, S. 196 Fn. 23.

⁴¹ Vgl. hierzu den Beitrag von Jörg Schmid in diesem Tagungsband.

⁴² BGE 119 II 326, S. 328; BK-ZOBL/THURNHERR, syst. Teil vor Art. 884 N 1488; D. STAEHELIN, AJP 1994, S. 1260; VOLLENWEIDER, S. 157; DE GOTTRAU, S. 216 f.; KOLLER, ZGRG 1998, S. 91; a.M. WIEGAND/BRUNNER, S. 48 ff.

⁴³ BGE 119 II 326 E. 2d S. 328.

forderung, nicht aber das zu Grunde liegende Schuldverhältnis erlischt durch den Selbsteintritt⁴⁴. Auch nach erfolgtem Selbsteintritt kann der Schuldner die persönlichen Einreden gemäss Art. 842 Abs. 3 ZGB aus dem Grundgeschäft erheben⁴⁵. Daher darf, anderslautende Abreden vorbehalten, solange ein Überschuss nicht ausbezahlt wurde, der Gläubiger auch nach dem Selbsteintritt die Schuldbriefforderung nur in der Höhe der gesicherten Forderung aus dem Grundverhältnis geltend machen. Möglich (indes auf Grund des neuen Art. 8 UWG problematisch) wäre eine vertragliche Vereinbarung, wonach der Gläubiger die gesamte Schuldbriefforderung in Betreuung setzen darf und erst nach erfolgter Verwertung des Grundstückes einen Überschuss dem Schuldner auszuhändigen hat (sog. aufgeschobene Abrechnung)⁴⁶.

2. BGer. vom 16. Februar 2012, 5A_32/2011 (BGE 138 III 182)

Problematisch ist der Entscheid des Bundesgerichtes vom 16. Februar 2012 5A_32/2011 (BGE 138 III 182). Dort sicherten insgesamt 10 Schuldbriefe, die auf sieben Liegenschaften lasteten, mittels Sicherungsübereignung einen Kredit, der in verschiedene Teilbeträge mit verschiedenen Fälligkeiten aufgeteilt war. Weil der Schuldner weder Zinsen bezahlte noch vertragsgemäss amortisierte, kündigte die Bank den Rahmenkreditvertrag, sämtliche Einzelkreditverträge wie auch sämtliche aus den Schuldbriefen resultierenden Beträge. Anschliessend betrieb die Bank den Schuldner für sämtliche 10 Schuldbriefe auf Grundpfandverwertung. Der Schuldner erhob Rechtsvorschlag. Im Rechtsöffnungsverfahren stellte der Richter fest, dass die dritte Festhypothek im Zeitpunkt der Anhebung der Betreuung noch nicht zur Rückzahlung fällig gewesen war. Gemäss der Sicherungsvereinbarung war die Bank berechtigt, bei mehreren Sicherheiten nach ihrem Ermessen die Reihenfolge der Verwertung und die Verteilung des Erlöses festzulegen. Das Bundesgericht hielt fest, dass bei der Sicherungsübereignung nur für so viele Schuldbriefe Rechtsöffnung erteilt werden kann, wie Forderungen aus dem

⁴⁴ Vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1849j.

⁴⁵ BGE 119 II 326 E. 2e S. 329; D. STAEHELIN, AJP 1994, S. 1260; WIEGAND/BRUNNER, S. 50; a.M. ZOBL, ZBGR 1987, S. 294; VOLLENWEIDER, S. 170, wonach der Gläubiger nach dem Selbsteintritt unbeschränkt die Schuldbriefforderung geltend machen könne und erst danach abrechnen müsse.

⁴⁶ KGer TG, BISchK 2002, S. 21; BK-ZOBL, Art. 891 N 62; KOLLER, FS Druey, S. 196; MÖCKLI, S. 123; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1849m.

Grundverhältnis fällig sind (E.2). Die Bank, welche über die Ermächtigung verfügte, die Reihenfolge der Verwertung zu bestimmen, habe es vor Einleitung der Betreibung unterlassen, dem Schuldner anzuzeigen, welche Reihenfolge sie einzuhalten wünscht (E.4.2 in fine). Das Bundesgericht hat so dann direkt Art. 798 Abs. 3 ZGB angewandt, wonach dann, wenn auf mehreren Grundstücken für eine Forderung als Gesamtpfand ein Grundpfandrecht errichtet wurde und nichts anderes vereinbart wurde, die Belastung nach dem Wertverhältnis der Grundstücke erfolgt. Es hat schliesslich die fällige Kreditforderung auf den gesamten höheren Nominalbetrag sämtlicher 10 Schuldbriefe aufgeteilt und für die Betreibung, die den Weg an das Bundesgericht fand, bloss anteilmässig Rechtsöffnung erteilt.

Der direkte Rückgriff auf Art. 798 Abs. 3 ZGB ist falsch, denn es lag kein Gesamtpfand im Sinne von Art. 798 Abs. 2 ZGB vor. Diese Bestimmung kommt bloss zur Anwendung, wenn für eine Forderung ein Grundpfand auf mehreren Grundstücken errichtet werden soll. Sie bezieht sich beim Schuldbrief indes nur auf die Schuldbriefforderung, nicht auf die Forderung aus dem Grundverhältnis, denn für letztere besteht gar kein Grundpfand, nur die Schuldbriefforderung ist durch ein Grundpfand gesichert. Da in casu die Schuldbriefe nicht auf mehreren Grundstücken lasteten (alle Titel belasteten bloss je ein Grundstück), konnte Art. 798 ZGB und somit auch dessen Abs. 3 bezüglich der anteilmässigen Aufteilung keine direkte Anwendung finden.

Richtigerweise hätte das Bundesgericht die Lösung in der Auslegung der Sicherungsabrede finden müssen. Diese und nicht Art. 798 Abs. 3 ZGB regelt das Vorgehen, wenn bloss ein Teil der gesicherten Forderung fällig ist. Es hätte abklären müssen, ob die Klausel, wonach die Bank, gemäss ihrem Ermessen die Reihenfolge der Verwertung und die Verteilung des Erlöses festlegen darf, die Ermächtigung enthält, alle Schuldbriefe gleichzeitig in Betreibung zu setzen und nach erfolgter Verwertung den Erlös auf die Grundforderung aufzuteilen und einen Überschuss dem Schuldner auszuzahlen. Das Gericht hätte dann wohl zum Schluss kommen müssen, dass eine entsprechende Ermächtigung in casu nicht vorlag. Da die Sicherungsübereignung für diesen Fall keine ausdrückliche Regelung enthielt, hätte sie vom Gericht gemäss dem mutmasslichen Parteiwillen ergänzt werden müssen. Eine Lösung wäre hierbei die analoge Anwendung von Art. 798 Abs. 3 ZGB, die anteilmässige Aufteilung gewesen. Möglich wäre auch gewesen, auf die Reihenfolge der Zustellung der Zahlungsbefehle abzustellen, bei Gleichzeitigkeit auf die Betreibungsnummern. Da der Schuldbrief für seine gesamte

Nominalforderung einen Rechtsöffnungstitel enthält, hat der Schuldner mit seiner Einrede aus dem Grundverhältnis diejenigen Schuldbriefe zu bezeichnen, für welche nur teilweise Rechtsöffnung erteilt werden soll⁴⁷.

Nur die Begründung, nicht aber das Ergebnis des Entscheides ist somit falsch. Hinzuzufügen wäre, dass die teilweise Verweigerung der Rechtsöffnung den Gläubiger nicht daran hindert, im nachfolgenden Lastenbereinungsverfahren die erst dann fällig gewordene Teilforderung aus dem Kreditverhältnis einzugeben⁴⁸. Ist auch zum Zeitpunkt der Verwertung eine Teilforderung aus dem Grundverhältnis immer noch nicht fällig, wird der Schuldbrief auf den noch nicht fälligen Betrag der Grundforderung reduziert und in diesem Umfange dem Ersteigerer überbunden (Art. 135 Abs. 1 SchKG).

VII. Schluss

Für neue Hypothekarverträge, namentlich mit Register-Schuldbriefen, empfiehlt sich die Formulierung neuer Sicherungsvereinbarungen. Die bisherigen Sicherungsvereinbarungen behalten indes für die bestehenden Vertragsverhältnisse weiterhin ihre Gültigkeit und müssen nicht sofort angepasst werden. Auf Grund der Einschränkung des Zinspfandrechts empfiehlt sich jedoch die Überprüfung, ob noch ausreichend Deckung vorhanden ist.

⁴⁷ Vgl. BSK SchKG I-D. Staehelin, Art. 82 N 79.

⁴⁸ BGE 136 III 288 E. 3.4 S. 293.

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 cédule 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 SchlT 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_bewilligungen.assetref/content/dam/documents/JGK/GBA/de/GBA_Formular_9_g-reg_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-

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.

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-

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-Schuldbriefs *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-Schuldbriefs 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 *riskanter* 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 *Forderungspfandrech*t⁵⁴. 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 Forderungspfandgläubiger⁵⁹.

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

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. hievor.

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. hievor.

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

(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).

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 Mitglieder*⁷⁵.

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.