

Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR)

Herausgegeben von Jörg Schmid im Auftrag der  
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

Band 42

**Stefan Weiss**

# **Der Register-Schuldbrief**

**Kritische Analyse des Schuldbriefrechts  
unter besonderer Berücksichtigung des  
bundesrätlichen Entwurfs vom 27. Juni 2007**

Schulthess § 2009

# Inhaltsverzeichnis

<b>EINLEITUNG.....</b>	<b>1</b>
<b>KAPITEL 1: GRUNDLAGEN .....</b>	<b>5</b>
<b>§ 1 Das Schuldbriefrecht de lege lata .....</b>	<b>5</b>
<b>I. Die Rechtsquellen.....</b>	<b>5</b>
1. Bundesrecht.....	5
2. Kantonales Recht .....	6
<b>II. Der Schuldbrief im System der Grundpfandrechte .....</b>	<b>7</b>
1. Der Begriff des Grundpfandrechts im Allgemeinen .....	7
2. Der Begriff des Schuldbriefs.....	9
3. Die weiteren Grundpfandarten .....	11
A. Die Grundpfandverschreibung .....	11
B. Die Gült.....	12
<b>III. Die Kennzeichen des geltenden Schuldbriefrechts .....</b>	<b>13</b>
1. Die Forderung aus dem Grundverhältnis .....	13
A. Vorbemerkungen.....	13
B. Die Sicherung variabler Forderungen .....	13
C. Die Sicherung zukünftiger Forderungen .....	14
a) Die Abkehr vom Bestimmtheiterfordernis.....	15
b) Die Konkretisierung für das Schuldbriefrecht.....	16
D. Die Bedeutung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.....	18
a) Die Ungewöhnlichkeitsregel.....	18
b) Die bundesgerichtliche Rechtsprechung.....	19
c) Die Meinung der Lehre.....	20
d) Stellungnahme .....	20
e) Fazit .....	21
E. Zusammenfassung.....	22
2. Die Vermutung der Novation.....	22
A. Die Vermutungsfolgen .....	23
a) Die Tilgung der alten Schuld .....	23
b) Der Ausschluss der Einreden .....	23
B. Die Vermutungsbasis .....	24
a) Die Begründung einer neuen Schuld .....	24
b) Das Bestehen einer alten Schuld.....	25
C. Die praktische Bedeutung der Novation .....	26
D. Zusammenfassung.....	27

3.	Die Nicht-Akzessorietät des Schuldbriefs .....	27
A.	Der Begriff und die Funktion der Akzessorietät .....	27
B.	Der Schuldbrief als nicht-akzessorisches Grundpfandrecht.....	28
C.	Die wirtschaftliche Bedeutung der Nicht-Akzessorietät.....	29
D.	Zusammenfassung.....	31
4.	Die Wertpapierqualität des Schuldbriefs .....	31
A.	Allgemeines .....	31
B.	Die Bedeutung der Begebung .....	32
C.	Die Funktionen des Rechtsinstituts Wertpapier.....	33
a)	Die Legitimationsfunktion .....	33
b)	Die Transportfunktion.....	33
c)	Die Verkehrsschutzfunktion .....	34
D.	Der schuldnerlose Schuldbrief als atypisches Wertpapier .....	37
a)	Die Ausgangslage .....	37
b)	Die Folgen für die Praxis.....	37
c)	Die Kritik der Lehre.....	38
E.	Zusammenfassung.....	39
5.	Die Bedeutung der Publizitätsmittel .....	39
A.	Das Publizitätsprinzip im Allgemeinen.....	39
B.	Die Publizitätsmittel beim Schuldbrief .....	39
a)	Der Besitz .....	39
b)	Das Grundbuch .....	40
c)	Der Urkundeninhalt .....	40
C.	Die Bedeutung des Besitzes insbesondere .....	40
D.	Zusammenfassung.....	42
<b>IV.</b>	<b>Der Eigentümerschuldbrief .....</b>	<b>42</b>
1.	Allgemeines.....	42
A.	Die Einordnung nach sachenrechtlichen Kriterien.....	43
B.	Die Einordnung nach obligationenrechtlichen Kriterien.....	43
2.	Die Entstehung des Eigentümerschuldbriefs .....	44
A.	Die ursprüngliche und nachträgliche Entstehung.....	44
B.	Die Formvorschrift.....	44
3.	Die Entstehung der Schuldbriefforderung .....	45
4.	Die Verfügung über den Eigentümerschuldbrief .....	46
5.	Keine Vermutung der Novation bei der Begebung des Eigentümerschuldbriefs.....	48
6.	Zusammenfassung.....	49
<b>§ 2</b>	<b>Der Schuldbrief in der Rechtspraxis.....</b>	<b>50</b>
<b>I.</b>	<b>Das direkte Grundpfand .....</b>	<b>50</b>
1.	Der Gegenstand des Pfandrechts.....	50
2.	Die Realisierung des Pfandrechts.....	50

<b>II. Die Verpfändung des Schuldbriefs als Faustpfand .....</b>	<b>51</b>
1. Vorbemerkungen .....	51
2. Der Gegenstand des Pfandrechts.....	51
3. Die Realisierung des Pfandrechts.....	52
A. Die amtliche Verwertung des Faustpfands.....	52
B. Die private Verwertung des Faustpfandes .....	53
4. Zusammenfassung.....	55
<b>III. Die Sicherungsübereignung .....</b>	<b>56</b>
1. Allgemeines.....	56
2. Das Nebeneinander der beiden Forderungen .....	57
3. Die Sicherungsvereinbarung .....	59
A. Allgemeines .....	59
B. Ausgewählte Bestimmungen der Sicherungsvereinbarung.....	62
a) Die Kündigungsbestimmungen.....	62
b) Die Verzinsung der Schuldbriefforderung.....	63
c) Der Ausschluss der Einrede des beneficium excussionis realis .....	64
4. Die Verwertungsarten .....	65
A. Die amtliche Verwertung .....	65
B. Die private Verwertung.....	66
a) Der freihändige Verkauf .....	66
b) Der Selbsteintritt .....	68
5. Der Umfang der Pfandhaftung .....	69
A. Grundsätzliches.....	69
B. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts .....	70
C. Die Kritik der Lehre .....	71
D. Würdigung und Postulat de lege ferenda .....	71
a) Die Problemstellung .....	72
b) Der Schuldbrief als Maximalhypothek .....	72
6. Zusammenfassung.....	75
<b>IV. Die Hypothekenverbriefung .....</b>	<b>76</b>
1. Zur Hypothekenverbriefung im Allgemeinen .....	76
2. Die Folgen für den Schuldbriefschuldner .....	77
<b>§ 3 Der Revisionsbedarf des geltenden Schuldbriefrechts.....</b>	<b>79</b>
<b>I. Vorbemerkungen .....</b>	<b>79</b>
<b>II. Der Revisionsbedarf .....</b>	<b>80</b>
 <b>KAPITEL 2: DIE TEILREVISION DES SCHULDBRIEFRECHTS ...</b>	<b>85</b>
 <b>§ 4 Überblick über die Neuerungen .....</b>	<b>85</b>

<b>I.</b>	<b>Die Ziele der Teilrevision .....</b>	<b>85</b>
<b>II.</b>	<b>Die Schwerpunkte der Revision .....</b>	<b>86</b>
1.	Die Einführung des Register-Schuldbriefs.....	86
2.	Die Sicherungsübereignung .....	90
3.	Der Wegfall der Vorbehalte zu Gunsten des kantonalen Rechts.....	92
<b>III.</b>	<b>Die Gesetzssystematik.....</b>	<b>93</b>
<b>§ 5</b>	<b>Parallelen im nationalen und internationalen Recht.....</b>	<b>94</b>
<b>I.</b>	<b>Das Bucheffektengesetz.....</b>	<b>94</b>
1.	Der Abschied vom Wertpapier.....	94
2.	Der Inhalt des Bucheffektengesetzes .....	96
3.	Die Auswirkungen auf den Register-Schuldbrief .....	98
<b>II.</b>	<b>Die internationalen Parallelen.....</b>	<b>99</b>
1.	Die europäischen Rechtsordnungen .....	100
2.	Die Eurohypothek .....	101
A.	Die Ausgangslage .....	101
B.	Die möglichen Grundzüge einer Eurohypothek.....	103
C.	Der Vergleich mit dem Register-Schuldbrief.....	104
 <b>KAPITEL 3: DIE ERRICHTUNG DES REGISTER-</b>		
<b>SCHULDBRIEFS.....</b>		<b>107</b>
<b>§ 6</b>	<b>Der Rechtsgrund für die Eintragung.....</b>	<b>107</b>
<b>I.</b>	<b>Der Vertrag auf Errichtung eines Grundpfandes .....</b>	<b>108</b>
1.	Der personelle Umfang des Formzwangs .....	108
2.	Der materielle Umfang des Formzwangs.....	110
A.	Der Rang des Grundpfandrechts .....	111
B.	Die Schuldbriefart.....	112
C.	Die Sicherungsart.....	113
D.	Der Maximalzinssatz.....	114
E.	Die Art der Verwertung .....	115
<b>II.</b>	<b>Die Errichtung durch einseitige Erklärung .....</b>	<b>115</b>
1.	Die Gründe für die Einführung der Beurkundungspflicht .....	116
2.	Die Abgrenzung zur vertraglichen Errichtung.....	117
3.	Postulat de lege ferenda .....	118
<b>III.</b>	<b>Zusammenfassung .....</b>	<b>120</b>
<b>§ 7</b>	<b>Die Grundbucheintragung .....</b>	<b>121</b>

<b>I.</b>	<b>Der Inhalt der Grundbuchanmeldung im Allgemeinen.....</b>	<b>121</b>
<b>II.</b>	<b>Die Grundbuchanmeldung des Register-Schuldbriefs.....</b>	<b>121</b>
1.	Vorbemerkungen.....	121
2.	Die Anmeldung gestützt auf eine vertragliche Errichtung.....	122
3.	Die Anmeldung gestützt auf eine einseitige Errichtung .....	123
4.	Der Rückzug der Anmeldung.....	125
<b>III.</b>	<b>Zusammenfassung .....</b>	<b>126</b>
<b>§ 8</b>	<b>Der Eintrag in das Grundbuch.....</b>	<b>127</b>
<b>I.</b>	<b>Der Inhalt des Eintrages .....</b>	<b>127</b>
1.	Die Bezeichnung mit einer Ziffer oder Litera .....	127
2.	Die Schuldbriefart .....	127
3.	Die Bezeichnung des Gläubigers .....	129
4.	Die Pfandsumme .....	130
5.	Der Zinsfuß .....	131
A.	Der Maximalzinssatz.....	131
B.	Die Schuldbriefzinsen .....	131
6.	Die Pfandstelle, das Datum der Eintragung und der Hinweis auf die Belege.....	132
7.	Die Nebenvereinbarungen.....	132
8.	Der Name des Schuldners .....	134
<b>II.</b>	<b>Zusammenfassung .....</b>	<b>135</b>
<b>§ 9</b>	<b>Die Wirkungen der Grundbucheintragung.....</b>	<b>136</b>
<b>I.</b>	<b>Die konstitutive Wirkung der Grundbucheintragung .....</b>	<b>136</b>
1.	Die Wirkung der Eintragung bezüglich des Grundpfandrechts .....	138
2.	Die Wirkung der Eintragung bezüglich der Schuldbriefforderung .....	139
A.	Die Entstehung der Schuldbriefforderung.....	139
B.	Die rechtliche Qualifikation der Schuldbriefforderung .....	140
a)	Der Verlust der Wertpapierqualität.....	140
b)	Die Schuldbriefforderung als Buchrecht .....	140
C.	Keine Novation der Forderung aus dem Grundverhältnis.....	141
3.	Die Wirkung der Eintragung bezüglich der Nebenvereinbarungen .....	142
A.	Grundsätzliches .....	142
B.	Die Eintragung des Maximalzinsfußes .....	142
<b>II.</b>	<b>Die positive Rechtskraft .....</b>	<b>143</b>
1.	Der Begriff und die Bedeutung der positiven Rechtskraft.....	143
2.	Der Gegenstand des öffentlichen Glaubens .....	144

3. Die Person des Dritterwerbers .....	146
4. Die Gutgläubigkeit .....	147
<b>III. Zusammenfassung .....</b>	<b>147</b>
<b>KAPITEL 4: EINZELFRAGEN .....</b>	<b>149</b>
<b>§ 10 Die Einreden des Schuldners .....</b>	<b>149</b>
<b>I. Die Einreden gegen den Gläubiger aus dem Grundverhältnis.....</b>	<b>149</b>
<b>II. Die Einreden gegen den Dritten .....</b>	<b>151</b>
1. Die Einreden aus dem Grundbucheintrag .....	152
A. Allgemeines .....	152
B. Die Einreden aus den Abzahlungsbestimmungen .....	152
a) Die Einreden bezüglich der effektiv geleisteten Rückzahlungen.....	153
b) Die Einreden bezüglich der vereinbarten Abzahlungen .....	153
C. Die Einreden aus den Nebenbestimmungen.....	155
2. Die Einreden aus dem Grundverhältnis .....	158
<b>III. Würdigung .....</b>	<b>160</b>
1. Die Gesetzessystematik.....	160
2. Der Schutz des Schuldners.....	161
A. Das Verhältnis zur Verkehrsfähigkeit.....	161
B. Das Verhältnis zum öffentlichen Glauben des Grundbuches.....	162
<b>IV. Zusammenfassung .....</b>	<b>163</b>
<b>§ 11 Die Übertragung des Register-Schuldbriefs.....</b>	<b>165</b>
<b>I. Die Bestimmung von Art. 858 Abs. 1 E-ZGB.....</b>	<b>165</b>
1. Der Inhalt der Regelung .....	165
2. Der Anwendungsbereich von Art. 858 Abs. 1 E-ZGB .....	166
A. Der persönliche Anwendungsbereich.....	166
B. Der sachliche Anwendungsbereich .....	168
<b>II. Die allgemeinen Erfordernisse der Übertragung.....</b>	<b>169</b>
1. Der Übertragungsvertrag.....	169
A. Die Qualifikation des Vertrages.....	169
B. Die Form des Verpflichtungsgeschäftes .....	170
a) Die Konzeption des Gesetzesentwurfs.....	170
b) Kritik.....	170
2. Das Verfügungsgeschäft .....	172
A. Die Verfügung über den Register-Schuldbrief.....	172
B. Das Verhältnis zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft.....	173

a)	Das Kausalitätsprinzip .....	174
b)	Das Verhältnis zum neuem Schuldbriefgläubiger .....	174
c)	Würdigung .....	177
3.	Die Eintragung in das Grundbuch .....	178
A.	Die Prüfungspflichten des Grundbuchverwalters .....	178
B.	Die Vornahme der Grundbucheintragung .....	178
4.	Die Verfügungsbefugnis des Veräußerers .....	179
<b>III.</b>	<b>Die Übertragung der Zinsen .....</b>	<b>180</b>
1.	Die Ausgangslage .....	180
2.	Die ausstehenden Zinsforderungen .....	181
3.	Die zukünftigen Zinsforderungen .....	182
A.	Grundsätzliches .....	182
B.	Die zukünftigen Zinsen bei vertragskonformer Schuldbriefübertragung .....	182
C.	Die zukünftigen Zinsen bei nicht vertragskonformer Schuldbriefübertragung .....	184
<b>IV.</b>	<b>Zusammenfassung .....</b>	<b>185</b>
<b>§ 12</b>	<b>Die Umwandlung der Schuldbriefart .....</b>	<b>187</b>
<b>I.</b>	<b>Grundsätzliches zur Umwandlung .....</b>	<b>187</b>
<b>II.</b>	<b>Die systematische Stellung von Art. 33b E-SchlT ZGB .....</b>	<b>189</b>
1.	Der Schlusstitel .....	189
2.	Der Regelungsgehalt von Art. 33b E-SchlT ZGB .....	189
3.	Fazit .....	189
<b>III.</b>	<b>Der Inhalt von Art. 33b E-SchlT ZGB .....</b>	<b>190</b>
1.	Der Wortlaut .....	190
2.	Der Tatbestand .....	191
A.	Der altrechtliche Papier-Schuldbrief .....	191
B.	Das Verpflichtungsgeschäft .....	191
a)	Die Parteien der Umwandlungsvereinbarung .....	192
b)	Der Inhalt der Umwandlungsvereinbarung .....	195
c)	Die Form der Umwandlungsvereinbarung .....	195
C.	Das Verfügungsgeschäft .....	196
3.	Die Rechtsfolge .....	196
4.	Kritische Würdigung .....	197
<b>IV.</b>	<b>Ein alternativer Lösungsvorschlag .....</b>	<b>198</b>
<b>V.</b>	<b>Zusammenfassung .....</b>	<b>199</b>
<b>§ 13</b>	<b>Verpfändung, Pfändung und Nutzniessung .....</b>	<b>201</b>
<b>I.</b>	<b>Die Verpfändung .....</b>	<b>201</b>



1.	Die Entstehungsgeschichte.....	201
A.	Das Verpfändungsverbot des Vorentwurfs .....	201
B.	Die Kritik in der Vernehmlassung .....	202
C.	Der Gesinnungswandel im Gesetzesentwurf.....	202
D.	Kritische Würdigung.....	203
a)	Die Verpfändung eines Eigentümer-Register-Schuldbriefs.....	204
b)	Die Verpfändung durch den Grundpfandgläubiger .....	205
c)	Stellungnahme .....	206
2.	Die Begründung des Pfandrechts .....	207
A.	Der Pfandvertrag .....	207
B.	Das Verfügungsgeschäft und die Grundbucheintragung.....	209
3.	Der Untergang des Pfandrechts.....	210
<b>II.</b>	<b>Die Pfändung.....</b>	<b>210</b>
<b>III.</b>	<b>Die Nutzniessung.....</b>	<b>212</b>
1.	Der Anwendungsbereich .....	212
2.	Die Entstehung der Nutzniessung .....	212
A.	Der Nutzniessungsvertrag .....	213
B.	Die Bestellung der Nutzniessung .....	213
3.	Die Wirkung der Nutzniessung .....	213
<b>IV.</b>	<b>Zusammenfassung .....</b>	<b>213</b>

## **KAPITEL 5: ABSCHLIESSENDE WÜRDIGUNG ..... 215**

<b>§ 14</b>	<b>Die Regelung des Register-Schuldbriefs .....</b>	<b>215</b>
<b>I.</b>	<b>Verstoss gegen die Prinzipien des Grundbuchrechts .....</b>	<b>215</b>
<b>II.</b>	<b>Kein Verbot der Verpfändbarkeit .....</b>	<b>217</b>
<b>III.</b>	<b>Die mangelnde Eignung als Vollstreckungstitel.....</b>	<b>217</b>
<b>IV.</b>	<b>Schlussfolgerung .....</b>	<b>217</b>
<b>§ 15</b>	<b>Die gesetzliche Verankerung der Sicherungsübereignung .....</b>	<b>218</b>
<b>I.</b>	<b>Die (zu) geringe Regelungsdichte .....</b>	<b>218</b>
1.	Allgemeines.....	218
2.	Form und Mindestinhalt der Sicherungsvereinbarung .....	219
3.	Die Schuldbriefzinsen .....	220
4.	Die Regelung der Verwertung .....	220
<b>II.</b>	<b>Der Schuldbrief als Maximalhypothek.....</b>	<b>220</b>
<b>III.</b>	<b>Der Schutz des Schuldners.....</b>	<b>221</b>
<b>IV.</b>	<b>Schlussfolgerung .....</b>	<b>221</b>

---

**GESETZESREGISTER ..... 223**

**SACHREGISTER..... 229**