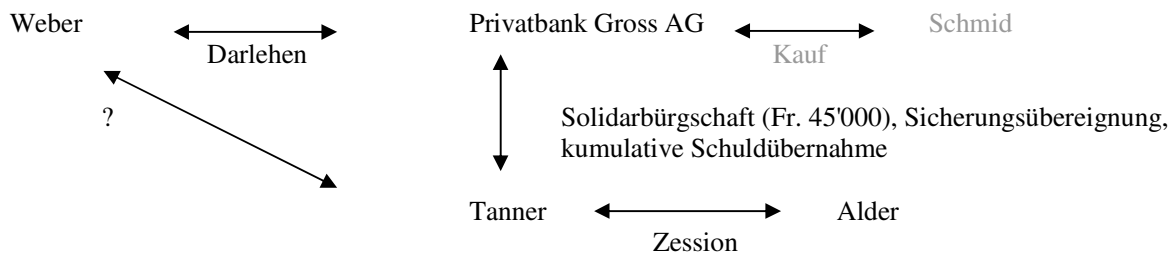


Die Privatbank

Methode

Der Grundsachverhalt hat sich tatsächlich so ereignet.¹ Was die Parteien gemacht haben, ist nicht restlos klar und erschliesst sich erst nach einer gründlichen Sachverhaltsanalyse. Die Schwierigkeit liegt darin, die Voraussetzungen sauber zu definieren, die Tanner zum Subrogationsgläubiger machen. Es gibt mehrere Rechtsgrundlagen, aber nicht alle passen. Empfehlenswert ist eine Skizze, um auch die rechtlichen Verhältnisse gut sichtbar darzustellen:



Vom Sachverhalt her ist eigentlich einzig das Verhältnis Weber-Tanner nicht beschrieben. Es lässt sich nicht ableiten, weshalb Tanner die Sicherheiten für die Schuld Webers stellt – dies spielt aber für die Lösung des Falles nur eine untergeordnete Rolle.² Die Frage nach den Ansprüchen aus dem Innenverhältnis der Bürgschaft und der Sicherungsübereignung lässt sich somit nur abstrakt beantworten.³

Frage: Ist Alder Gläubiger Webers geworden?

Damit Tanner eine Forderung an Alder abtreten kann, muss er deren Gläubiger sein. Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob *Tanner* überhaupt eine Forderung gegen Weber hatte.

Subrogation

Die Rechtsgrundlage der Subrogation ist Art. 110 Ziff. 1 OR. Normalerweise geht eine Forderung durch Tilgung unter (Art. 114 OR). Bei der Subrogation entsteht jedoch die besondere Situation, dass die Forderung in der Person des zahlenden Dritten weiterlebt.⁴ Als Dritter im Sinne von Art. 110 Ziff. 1 OR gilt nur eine Person,

¹ Vgl. den Sachverhalt zum Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 13. März 2006, Erw. 3c, Internet: http://www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/rechtsprechung/kantonsgericht/Entscheide_2006/bz_2005_71.html (abgerufen am 26. Februar 2010).

² Im richtigen Fall geschah die Sicherungsübereignung zur Absicherung einer Vertragsübernahme (Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 13. März 2006, Erw. 2a): „Jedoch führte der Beklagte [das wäre hier Weber] anlässlich einer Einvernahme (...) selbst aus, dass er ursprünglich durch die Firma C [hier wäre das Tanner] getätigte Devisentermingeschäfte „privat übernommen“ habe, wobei ein Schuldbrief über Fr. 300'000.- auf der Liegenschaft der Firma C [Tanner] als Sicherheit bei der Bank hinterlegt worden sei (...). Diese Sachverhaltsdarstellung deckt sich mit derjenigen von Herrn E, dem Kundenbetreuer der Firma C [Tanner] bei der Bank. Dieser sagte (...) aus, dass der Beklagte [Weber] (...) den Wunsch geäußert habe, die Devisenterminkontrakte, welche bisher über die Firma C [Tanner] abgewickelt worden seien, persönlich zu übernehmen. Die Bank habe dem Beklagten daraufhin mitgeteilt, dass dies nur gegen Sicherstellung durch die Firma C [Tanner] gemacht würde, worauf der Beklagte einen nachrangigen Schuldbrief über Fr. 300'000.- auf der Liegenschaft eingereicht habe (...).“ Somit ist wahrscheinlich, dass Weber Angestellter oder Organ der Firma C. war – dies könnte man aus der „privaten Übernahme“ der Kontrakte schliessen. Eindeutig ist dies aber nicht. Das Kantonsgericht nahm dennoch ein Auftragsverhältnis an, vgl. Erw. 3c des Entscheides.

³ Vgl. zum Verhältnis Bürge-Hauptschuldner BSK-Pestalozzi, OR 507 N 2 – es gibt einen Anspruch nach Art. 507 OR und den Anspruch aus dem Innenverhältnis, das hier nicht definiert ist.

⁴ Vgl. besonders anschaulich von Tuhr/Escher, S. 28.

die nicht in die Obligation verstrickt ist.⁵ Tanner ist jedoch aus mehreren Gründen in die Obligation „verstrickt“.

Vorliegend ist Tanner *erstens* eine Verpflichtung gegenüber der Privatbank eingegangen, „die Schuld Webers zurückzuführen“. Es stellt sich die Frage, was darunter zu verstehen ist. Es könnte sich um eine externe Schuldübernahme (privativ oder kumulativ) handeln.⁶ Die privative Schuldübernahme gemäss Art. 176 OR, bei welcher der ursprüngliche Schuldner aus der Schuld entlassen wird,⁷ ist vorliegend nicht einschlägig. Der Sachverhalt erwähnt, dass die Schuld Webers direkt auf seinem Konto bei der Privatbank beglichen worden ist. Dies bedeutet, dass sie bis zu diesem Zeitpunkt weiterbestand. Weber ist also durch die kumulative Schuldübernahme (auch Schuldbeitritt genannt) nicht frei geworden, sondern erst im Zeitpunkt der tatsächlichen Begleichung der Schuld durch Tanner. Es kann sich somit nur um die im Gesetz nicht geregelte *kumulative Schuldübernahme* handeln. Dadurch entsteht eine solidarische Verpflichtung des Übernehmers.⁸ Es ist aber weiter notwendig, den Schuldbeitritt von der Bürgschaft abzugrenzen. Die Lehre sieht ein Indiz für den Schuldbeitritt im eigenen Interesse des Schuldübernehmers.⁹ Dieses könnte man hier bejahen, denn er will den sicherungsübereigneten Schuldbrief und mittelbar sein Grundstück nicht verlieren. Die Verpflichtung zur „Rückführung“ klingt auch nicht gerade wie ein Einstehen unter der Bedingung der Zahlungsunfähigkeit oder des Verzugs des Hauptschuldners, sondern eher wie die bedingungslose Begründung einer eigenständigen Schuld.¹⁰

Tanner hat gemäss Sachverhalt *zweitens* den auf seiner Liegenschaft lastenden Inhaberschuldbrief sicherungsübereignet. Es handelt sich somit um einen noch nicht begebenen Inhaberschuldbrief oder einen zurück erhaltenen Schuldbrief (Art. 873 ZGB).¹¹ Dies bedeutet, dass Tanner persönlicher Schuldner der Privatbank geworden ist (vgl. Art. 842 ZGB).¹² *Drittens* ist er eine Solidarbürgschaft eingegangen, wenn auch nur in beschränkter Höhe und – aufgrund des Sachverhalts jedoch nicht genau feststellbar – eher für den Fr. 120'000 übersteigenden Teil.

Es handelt sich somit aus mehreren Gründen nicht mehr um eine fremde Schuld, die Tanner getilgt hat. Art. 110 Ziff. 1 OR ist folglich nicht anwendbar. Art. 110 Ziff. 1 OR ist überdies nur auf *verpfändete Sachen* anwendbar – hier aber wurde der Inhaberschuldbrief *sicherungsübereignet*. Das Kantonsgericht St. Gallen hat für diesen Fall eine *analoge Anwendung* von Art. 110 Ziff. 1 OR bejaht.¹³ Es ist jedoch vorgängig zu prüfen, ob nicht auch andere, direkt anwendbare Normen existieren, bevor eine analoge Anwendung bejaht wird – die Hürde der Verstrickung Tanners in die Schuld würde trotz analoger Anwendung von Art. 110 OR auf die Sicherungsübereignung bestehen bleiben.

⁵ Vgl. BGE 53 II 25 ff., 29; vgl. BGE 60 II 178 ff., 183; vgl. ZR 1940, Nr. 2, S. 3; vgl. CHK-Reetz/Graber, OR 110 N 15; vgl. BSK-Gonzenbach, OR 110 N 9; vgl. ZK-Oser/Schönenberger, OR 110 N 3.

⁶ Vgl. dazu BSK-Tschäni, OR 176 N 1 f.

⁷ Vgl. Huguenin, OR AT, N 1412.

⁸ Vgl. BSK-Tschäni, OR 176 N 2; vgl. Huguenin, OR AT, N 1408.

⁹ Vgl. Huguenin, OR AT, N 1416, mit weiteren Hinweisen.

¹⁰ Vgl. zu diesem Indiz Huguenin, OR AT, N 1415.

¹¹ Vgl. BSK-Staehelin, ZGB 859 N 6; vgl. den Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 13. März 2006, Erw. 3b, (vgl. den Link in Fn. 1).

¹² Zum Wesen der Sicherungsübereignung vgl. BGE 119 II 326 ff., 327 f.: „*Grundpfandtitel, in der Regel Schuldbriefe, können nicht nur immobilarsachenrechtlich durch Übertragung verwertet werden, womit der Nehmer zum Grundpfandgläubiger wird, sondern auch mobiliarpfandrehtlich durch Verpfändung, was den Nehmer zum Faustpfandgläubiger macht (...). Statt bloss ein beschränkt dingliches Recht zu begründen, wie bei der Verpfändung, können die Schuldbriefe dem Gläubiger zur Sicherung seiner Forderung auch fiduziarisch zu Eigentum übertragen werden, sofern dieser Vorgang nicht mit einem Besitzeskonstitut verbunden ist (...). Die Zulässigkeit dieser Art der Kreditsicherung ist ungeachtet des Fehlens einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage seit jeher von Lehre und Praxis anerkannt worden (...). b) Wie alle fiduziarischen Rechtsgeschäfte zeichnet sich auch die Sicherungsübereignung dadurch aus, dass der Fiduziar mehr kann als er darf. Die wertpapierrechtliche Legitimation erlaubt ihm, gegenüber Dritten als unbeschränkter Rechtsträger aufzutreten. Aufgrund der Sicherungsabrede ist er dem Fiduzianten verpflichtet, von dieser überschüssenden Rechtsmacht nur im vereinbarten Rahmen Gebrauch zu machen (...).*“

¹³ Vgl. den Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 13. März 2006, Erw. 3c, (vgl. den Link in Fn. 1); vgl. Vollenweider Markus, S. 96, Fn. 250, der ohne Begründung Subrogation auch bei Sicherungsübereignung bejaht.

Aus dem Recht des Schuldbriefs ist Art. 845 Abs. 1 ZGB zu beachten, der auf die in Art. 827 Abs. 2 ZGB enthaltene Subrogation verweist. Tanner haftet mit seinem Grundstück ursprünglich für die Schuld Webers, also eines Dritten. Art. 827 Abs. 2 ZGB ist jedoch nur ein Anwendungsfall des Art. 110 Ziff. 1 OR und unterliegt somit denselben Einschränkungen.¹⁴

Anwendbar bleibt aber die sich aus dem Schuldbeitritt ergebende Solidarität mit Subrogation der Gläubigerrechte (Art. 148/149 OR). Die Subrogation gemäss Art. 149 OR ist auf die echte Solidarität beschränkt¹⁵ – diese liegt hier vor, denn durch die kumulative Schuldübernahme wird Tanner aus demselben Grund Schuldner.¹⁶ Tanner hat durch die externe, kumulative Schuldübernahme eine Solidarschuld begründet (siehe oben) und diese beglichen. Daraus ergibt sich die neue Gläubigerstellung Tanners. Diese ist in der Höhe zwar auf den Wert der Regressforderung gemäss Art. 148 OR beschränkt. Mangels besonderer Angaben dürfte Weber jedoch im Innenverhältnis für die ganze Schuld haften (siehe dazu unten).¹⁷ Tanner kann folglich aus Art. 149 Abs. 1 OR sämtliche Gläubigerrechte gegen Weber geltend machen.¹⁸ Durch das Eingehen der Solidarbürgschaft ergibt sich, falls diese nicht den Fr. 120'000 übersteigenden Betrag betreffen sollte, ebenfalls eine Subrogation aufgrund des Art. 507 Abs. 1 OR. Diese erfolgt jedoch nur für max. Fr. 45'000. Es ist deshalb Tanner zu raten, sich nur hilfsweise auf die Subrogation gemäss Art. 507 Abs. 1 OR zu berufen.

Regress

Aus Art. 148 Abs. 1 OR ergibt sich die Möglichkeit, auf Weber aufgrund des Solidarschuldverhältnisses zurückzugreifen. Das Verhältnis zwischen Weber und Tanner lässt sich aus dem Sachverhalt nicht bestimmen. In Frage kommen ein Auftrag oder ein gesellschaftsrechtliches Verhältnis, vielleicht aber auch nur eine Schenkung oder eine Geschäftsführung ohne Auftrag.¹⁹ Beim Auftrag – dies dürfte zugleich die realistische und häufigste Wahl sein²⁰ – richtet sich die Regressforderung nach Art. 402 OR. Weber hätte folglich im Innenverhältnis für die ganze Schuld einzustehen.²¹

Frage: Sind die Sicherheiten übergegangen?

Übergang des Sicherungseigentums am Schuldbrief

Die Forderung ist durch Subrogation gemäss Art. 149 Abs. 1 OR an Tanner übergegangen (siehe oben). Er kann somit als Gläubiger die Forderung an Alder gemäss Art. 164 OR abtreten. Bei einer Abtretung gehen alle

¹⁴ Vgl. BSK-Trauffer, ZGB 827 N 6; vgl. BGER 4C.15/2004, Erw. 5.1: „Aux termes de l'art. 110 ch. 1 CO, le tiers qui paie le créancier est légalement subrogé, jusqu'à due concurrence, aux droits de ce dernier lorsqu'il dégreve une chose mise en gage pour la dette d'autrui et qu'il possède sur cette chose un droit de propriété ou un autre droit réel. Selon l'art. 845 al. 1 CC, le propriétaire d'un immeuble sur lequel a été constitué une cédula hypothécaire est soumis, lorsqu'il n'est pas personnellement tenu, aux règles applicables en matière d'hypothèques. Cette disposition renvoie, notamment, à l'art. 827 CC, qui n'est qu'une application de l'art. 110 ch. 1 CO. D'où il suit que le tiers qui paie pour dégrever son immeuble est légalement subrogé aux droits du créancier qu'il désintéresse (arrêt 4C.472/1995 du 3 octobre 1996 consid. 1b et les arrêts cités). Il faut considérer comme un tiers, au sens de l'art. 110 CO, uniquement une personne qui n'est impliquée en aucune qualité dans l'obligation (...)“

¹⁵ Vgl. CHK-Mazan, OR 149 N 1.

¹⁶ Vgl. Bucher, OR AT, S. 498: „Die Gesetzgebung unterscheidet von der Solidarität die blosse Anspruchskonkurrenz, auch «unechte» Solidarität genannt. Der Unterschied der beiden Fälle besteht darin, dass solidarische Forderungen aus demselben Rechtsgrund, konkurrierende Forderungen dagegen aus verschiedenen Rechtsgründen entstehen. Konsequenterweise müssten dies im Vertragsrecht dazu führen, dass Solidarität nur bei gemeinsam begründeten Schulden angenommen würde, während anerkannt ist, dass diese auch aus einem (nachträglichen) Schuldbeitritt folgen kann.“

¹⁷ Vgl. BGE 103 II 137 ff., 139 f.: „L'action récursoire qui appartient selon l'art. 148 al. 2 CO au débiteur solidaire - en l'espèce à l'associé - qui a payé plus que sa part, et cela pour l'excédent, n'implique aucune solidarité entre les associés recherchés; ceux-ci ne sont tenus, chacun, que pour leur propre quote-part, avec les accessoires justifiés (...). Quant à l'art. 149 al. 1 CO, en dépit de sa rédaction, il ne subroge le débiteur solidaire aux droits du créancier qu'à concurrence du droit de recours dont il jouit selon l'art. 148 (...)“; vgl. Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N 3746 und dort Fn. 75.

¹⁸ Vgl. Bucher, OR AT, S. 497: „OR 149/I stärkt die Position des leistenden Schuldners. Durch Subrogation gehen bis zur Höhe seiner Regressansprüche die Rechte des befriedigten Gläubigers (einschliesslich Nebenrechte) auf ihn über. Die Erfüllung bewirkt somit nicht Untergang, sondern Übergang der Hauptforderung, insoweit Regressrechte erworben werden.“

¹⁹ Vgl. BK-Zobl, ZGB 884 N 987-993; vgl. zum Verhältnis Bürge-Hauptschuldner BSK-Pestalozzi, OR 507 N 2.

²⁰ Vgl. BK-Zobl, ZGB 884 N 987.

²¹ Vgl. dazu BK-Zobl, ZGB 884 N 989.

Nebenrechte auf den Zessionar über (Art. 170 Abs. 1 OR). Das Sicherungseigentum steht jedoch nicht in einem Verhältnis der Akzessorietät zur zedierten Forderung, denn es handelt sich nicht wie beim Pfandrecht um ein Nebenrecht, sondern um ein Vollrecht.²²

Beim Sicherungseigentum gibt es eine *obligatorische Verpflichtung* im Rahmen des *pactum fiduciae*, das Sicherungseigentum nach Befriedigung wieder zurückzugeben – an den Fiduzianten (vgl. auch Art. 889 Abs. 1 ZGB analog zum Faustpfand).²³ In diesem Fall wird Tanner wieder Eigentümer des Inhaberschuldbriefes. Damit endet die Sicherungsübereignung.²⁴

Zobl bejaht bei der Abtretung der Sicherungsforderung eine Vermutung, dass eine *obligatorische Verpflichtung des Zedenten* zur Übertragung des Sicherungseigentums an den Zessionaren bestehe. Auch die Zustimmung des Fiduzianten zu dieser Vertragsübernahme sei in der Sicherungsabrede stillschweigend enthalten.²⁵ In diesem Fall, bei dem Tanner die durch ihn gesicherte Forderung beglichen hat, kann dies nicht zutreffend sein. Es ist nicht anzunehmen, dass Tanner bezüglich der Forderung gegen Weber, die er nur erhalten hat, weil er für Weber bezahlt hat, auch noch für die Bonität Webers einstehen will. Zessionsrechtlich wäre dies nur bei einer besonderen Abrede der Fall (Art. 171 Abs. 2 OR), was noch deutlicher gegen eine stillschweigende Zustimmung spricht.

Übergang der Solidarbürgschaft Tanners an Alder

Tanner ist gegenüber der Privatbank eine Solidarbürgschaft für Webers Schulden in der Höhe von max. Fr. 45'000 eingegangen. Die Bürgschaft verhält sich im Unterschied zur Sicherungsübereignung akzessorisch zur Hauptschuld (Art. 492 Abs. 1 und 2 OR). Aus dem Sachverhalt geht nicht eindeutig hervor, ob die Bürgschaft sich nur auf den Fr. 120'000 übersteigenden Teil bezieht. Im vorliegenden Fall ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass die Solidarbürgschaft auch nach Rückführung der Fr. 120'000 bestehen bleiben soll. Tanner ist die Rückzahlungsverpflichtung und die Solidarbürgschaft gleichzeitig, aber als separate Verpflichtung eingegangen. Er hätte, wenn die beiden Verpflichtungen dieselben Forderungen betreffen sollten, gleich einen Schuldbetritt über Fr. 165'000 eingehen können. Die Solidarbürgschaft bleibt somit für die Privatbank vollumfänglich erhalten.

Die Frage der Subrogation kann jedoch offen bleiben. Bei der Befriedigung der Privatbank ginge die Forderung der Privatbank gegen Weber auf Tanner im Umfang von Fr. 45'000 über (Art. 507 Abs. 1 und 2 OR). Damit erlischt jedoch die Bürgschaft Tanners bezüglich der Subrogationsforderung, denn man kann nicht sein eigener Bürge sein.²⁶ Er hat folglich auf jeden Fall nur noch die „nackte“ Forderung gegenüber Weber an Alder zediert.

²² Vgl. BK-Zobl, Syst. Teil vor ZGB 884 N 1368-1371, speziell N 1368: „Eine analoge Anwendung der pfandrechtlichen Akzessorietät fällt deshalb ausser Betracht, weil das Eigentum ein Vollrecht darstellt, das Pfandrecht dagegen von Gesetzes wegen als Nebenrecht ausgebildet ist (...). Auch ginge es nicht an, das Eigentum als umfassendstes dingliches Recht zum blossen Nebenrecht einer Forderung zu degradieren. Während Pfandrecht und Bürgschaft aufgrund ihrer Funktion eine Forderung zwingend voraussetzen, ist das beim Eigentum nicht der Fall (...); dieses kann als selbständiges Recht unabhängig vom Vorliegen einer Forderung existieren und übertragen werden.“

²³ Vgl. BK-Zobl, Syst. Teil vor ZGB 884 N 1378 und 1443; vgl. auch die pfandrechtlichen Bestimmungen, BK-Zobl, vor ZGB 888-890 N 41.

²⁴ Vgl. auch die analoge Situation beim Drittpfand, BK-Zobl, ZGB 884 N 958: „Das Pfandrecht erlischt nur dann, wenn Verpfänder und Pfandeigentümer identisch sind (...).“; zu Ausnahmen siehe ZR 1940, Nr. 2, S. 3 und BK-Zobl, vor ZGB 888-890 N 42.

²⁵ Vgl. BK-Zobl, Syst. Teil vor ZGB 884 N 1406.

²⁶ Vgl. von Tuhr/Escher, S. 28, Fn. 37a: „Doch geht ein solches Nebenrecht häufig deshalb unter, weil es gerade der Nebenverpflichtete, wie der Bürge (...) oder der Pfandeigentümer (...) ist, auf den das Gläubigerrecht übergeht.“; vgl. BK-Giovanoli, OR 509 N 15a; vgl. BGE 70 II 271 ff., 273: „Der zahlende Bürge erfüllt aber auch nicht die Schuld des Hauptschuldners, sondern seine eigene, auf dem Bürgschaftsvertrag mit dem Gläubiger beruhende Verpflichtung, die auf Ersatzleistung im Falle des Ausbleibens der Leistung des Hauptschuldners geht (...). Aus diesem Grund bewirkt denn auch die Zahlung des Bürgen lediglich den Untergang seiner eigenen, selbständigen Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger, während die Hauptschuld dadurch nicht erlischt, sondern, sofern die Bürgschaft gültig ist, als Regressforderung auf den zahlenden Bürgen übergeht (...).“

Variante

Schmid vs Tanner: Bezahlung von Fr. 300'000 (Art. 842 ZGB)

Der Schuldbrief schafft eine persönliche Forderung (vgl. Art. 842 ZGB). Er beschränkt sich nicht auf den Wert des Grundstücks.²⁷ Tanner schuldet Schmid somit Fr. 300'000, sofern dieser tatsächlich Eigentümer des Inhaberschuldbriefes und damit Tanners Gläubiger geworden ist, was in einem ersten Schritt abzuklären ist.

Beim vorliegenden Fall ist das Eigentum zu Sicherungszwecken auf die Privatbank Gross übertragen worden. Diese ist somit Eigentümerin geworden – sie hat das Vollrecht inne. Das bedeutet, dass sie das Eigentum auch an Dritte übertragen kann, was sie vorliegend getan hat. Ein Inhaberschuldbrief wird durch *traditio ex iusta causa* übertragen.²⁸ Die causa liegt im Kaufvertrag über den Schuldbrief als Wertpapier (Art. 184 Abs. 1 OR). Tanner kann sich auch nicht darauf berufen, dass Schmid möglicherweise bösgläubig gewesen sei. Die Regeln zum gutgläubigen Erwerb vom *Nichtberechtigten* (Art. 933 ff. ZGB i.V.m. Art. 714 Abs. 2 ZGB) sind nicht anwendbar, weil er vom *Berechtigten* erwirbt. Der gute Glaube ersetzt die fehlende Verfügungsbefugnis. Diese liegt aber bei der Sicherungsübereignung vor.²⁹ Schmid kann folglich bezüglich der Verfügungsbefugnis gar nicht bösgläubig sein, denn die Privatbank als Eigentümerin des Inhaberschuldbriefes darf diesen verkaufen. Die dadurch verletzte Sicherungsabrede wirkt nur im Verhältnis zwischen der Bank und Tanner.

Weiss er hingegen, dass die Privatbank durch die Veräusserung die Sicherungsabrede verletzt, stellt sich die Frage nach der Sittenwidrigkeit dieses Vorgehens (Art. 19/20 OR). Lehre und Rechtsprechung bejahen bei einer Verletzung vertraglicher Rechte Dritter die Sittenwidrigkeit nur dann, wenn zum Vertragsbruch weitere Umstände hinzukommen, die das Verhalten als besonders anstössig erscheinen lassen.³⁰ Im Sachverhalt finden sich keine Angaben, die auf solche Umstände schliessen lassen.

Tanner kann auch gegenüber Schmid nicht geltend machen, dass die Sicherung zwischen der Privatbank und ihm nur für eine Forderung in der Höhe von Fr. 120'000 erfolgt sei und sich nicht auf die vollen Fr. 300'000 bezogen habe, ebenso wenig kann er vorbringen, dass Schmid nur Fr. 80'000 dafür bezahlt habe. Er kann Schmid nur diejenigen Einreden entgegenhalten, die sich aus der Urkunde ergeben oder die er persönlich gegenüber Schmid hat (vgl. Art. 872 ZGB). Die in Art. 156 Abs. 2 SchKG vorgesehene Kürzung des Inhabertitels auf den Erlös findet hier keine analoge Anwendung.³¹ Schmid kann folglich die ganze Forderung gegenüber Tanner geltend machen. Bei der Sicherungsübereignung findet selbstredend keine Tilgung der gesicherten Forderung durch Novation im Sinne des Art. 855 ZGB statt – die gesicherte Forderung besteht weiter, neben der abstrakten Schuldbriefforderung.³² Wenn Schmid jedoch bezüglich der Sicherungsabrede bösgläubig ist, d.h. wenn er weiss, dass gemäss Sicherungsabrede die Forderung aus Schuldbrief nur bei Fälligkeit und im Umfang der gesicherten Forderung geltend gemacht werden darf, dann hat Tanner diese persönliche Einrede auch gegen Schmid (vgl. Art. 855 Abs. 2 ZGB).³³ Der Sachverhalt erwähnt keine diesbezüglichen Indizien. Die Tatsache,

²⁷ Vgl. BSK-Staehelin, ZGB 842 N 2.

²⁸ Vgl. BSK-Staehelin, ZGB 869 N 5 f.

²⁹ Vgl. BK-Zobl, Syst. Teil vor ZGB 884 N 1427; vgl. Zobl, ZBGR 1987, S. 288.

³⁰ Vgl. BSK-Huguenin, OR 19/20 N 41; vgl. Urteil BGer 4C.273/2002, Erw. 3.2.

³¹ Vgl. Art. 156 Abs. 2 SchKG: „Vom Grundeigentümer zu Faustpfand begebene Eigentümer- oder Inhabertitel werden im Falle separater Verwertung auf den Betrag des Erlöses herabgesetzt.“; dieser Absatz findet auf den privat verwerteten Inhabertitel keine Anwendung (vgl. BSK-Staehelin, ZGB 855 N 11 und 859 N 13), aus dem *argumentum a fortiori* erst recht nicht auf den sicherungsübereigneten Schuldbrief, der vorliegend überdies gar nicht *verwertet* worden ist.

³² Vgl. Staehelin, AJP 1994 S. 1256 f.; vgl. BSK-Staehelin, ZGB 855 N 11; vgl. Bär, Berner Bankrechtstag 1996, S. 121; vgl. Zobl, ZBGR 1987, S. 286: „Die in Art. 855 Abs. 1 ZGB aufgestellte Vermutung, wonach durch die Errichtung eines Schuldbriefes das Schuldverhältnis, das dieser zugrunde liegt, durch Novation getilgt wird, spielt bei der Sicherungsübereignung – im Gegensatz zum direkten Hypothekengeschäft – mit Bezug auf den zu sichernden Forderungsbereich per definitionem nicht (Art. 855 Abs. 2 ZGB).“; fraglich ist auch, ob die in Art. 855 Abs. 1 ZGB enthaltene Vermutungsbasis einer vorbestehenden Schuld i.c. wirklich zutreffend ist – der Sachverhalt schweigt sich darüber aus. Wiegand, Berner Bankrechtstagung 1996, S. 90 ff. sieht die Vermutungsbasis bei der einseitigen Errichtung als nicht erfüllt, andere Autoren hingegen schon (vgl. BSK-Staehelin, ZGB 855 N 7, der eine Novation auch bei Eigentümerschuldbriefen und nicht begebenen Inhaberschuldbriefen sieht, unabhängig davon, ob es sich um einen neuen oder bereits bestehenden Schuldbrief handelt).

³³ Vgl. zu diesem Fall BSK-Staehelin, ZGB 855 N 13: „Aus der Sicherungsabrede ergibt sich indes, (...) dass die Schuldbriefforderung nur bei Fälligkeit (...) und im Umfange der gesicherten Forderung (...) geltend gemacht werden darf. Dies ist nun eine

dass ein Schuldbrief über Fr. 300'000 für bloss Fr. 80'000 verkauft wird, könnte alle möglichen Ursachen haben – immerhin ist es ein *nachrangiger* Schuldbrief, der vielleicht nicht mehr vollumfänglich gedeckt ist.

Tanner vs Privatbank: Schadenersatz, Fr. 300'000 (Art. 890 Abs. 2 ZGB analog)

Die veräusserte, sicherungsübereignete Sache erinnert stark an das eigenmächtig veräusserte Pfand (Art. 890 Abs. 2 ZGB). In der Lehre wird deshalb die *analoge Anwendung* dieser *Kausalhaftung* auch für die Sicherungsübereignung bejaht.³⁴ Die Voraussetzungen der Haftung nach Art. 890 Abs. 2 ZGB sind ein Schaden, die Kausalität, die Vertragsverletzung, nicht aber das Verschulden.³⁵ An Stelle der Pfandvertragsverletzung tritt die Verletzung der Sicherungsabrede. Sämtliche Voraussetzungen bilden Thema der Auseinandersetzung beim Vertragsanspruch (siehe unten).

Tanner vs Privatbank: Schadenersatz, Fr. 300'000 (Art. 97 Abs. 1 OR)

Durch die Veräusserung des Schuldbriefs hat die Privatbank die Sicherungsabrede verletzt. Sie kann zwar über ihr Eigentum verfügen, darf dies aber aufgrund der obligatorisch wirkenden Sicherungsabrede in diesem Zeitpunkt noch nicht. Der Sachverhalt erwähnt, dass Tanners Zahlung noch rechtzeitig erfolgt, kurz nach dem Verkauf des Schuldbriefs. Anwendbar sind die Regeln der Vertragsverletzung bzw. der verschuldeten Unmöglichkeit der Rückgabe (beides erfasst in Art. 97 Abs. 1 OR).³⁶ Da es sich um einen Innominatkontrakt handelt, kann der genaue Vertragstypus nicht eruiert werden. Die Privatbank trifft ein Verschulden, denn das Sicherungseigentum darf sie nur in Übereinstimmung mit der Sicherungsabrede verwenden, um nach Bezahlung der Schuld die Sache wiederum herausgeben zu können. Das weiss man als Bank, folglich ist von einem vorsätzlichen Verhalten der Bank auszugehen.

Der Schaden liegt in der Inanspruchnahme durch Schmid in der Höhe von Fr. 300'000. Dadurch wird Tanners Vermögen unfreiwillig geschmälert. Dies ist ein Schaden im Sinne der Differenzhypothese. Die adäquate und natürliche Kausalität zwischen der schädigenden Handlung und dem eingetretenen Schaden liegt vor: Es ist nach Lebenserfahrung und dem allgemeinen Lauf der Dinge zu erwarten, dass der Erwerber des Schuldbriefs diesen im vollen Umfange beim Schuldner einfordert und durch die Veräusserung des Schuldbriefs in Verletzung der Sicherungsabrede dem Schuldner eine zusätzliche Schuld aufgebürdet wird.

Tanner vs Privatbank: Schadenersatz, Fr. 300'000 (Art. 41 Abs. 1 OR)

Einzigster Unterschied zum vertraglichen Anspruch ist die Widerrechtlichkeit an Stelle der Vertragsverletzung. Die Widerrechtlichkeit lässt sich vorliegend über die Schutznorm von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB begründen.³⁷

persönliche Einrede, die der Schuldner aufgrund von Abs. 2 einem bösgläubigen Dritterwerber entgegenhalten kann.“; vgl. auch BSK-Staehelin, ZGB 874 N 12; vgl. ZBGR 1979, S. 109: „Jedermann ist berechtigt, nicht bestehende Forderungen anzuerkennen und dafür Pfandrechte zu bestellen, bzw. in der Schuldverpflichtung und im Pfandrechtsvertrag höhere Beträge einzusetzen, als sie wirklich geschuldet sind. Er geht damit lediglich das Risiko ein, dass ein gutgläubiger Erwerber des Pfandtitels die darin verbrieft höhere Forderung geltend zu machen berechtigt ist.“; nach Bär, Berner Bankrechtstag 1996, S. 114 und 120, hat der Schuldner nur die sog. *Arglisteinrede* (Art. 979 Abs. 2 OR, die gemäss Bär, Berner Bankrechtstag 1996, S. 120 auch für den Schuldbrief gelte – die Einrede gegen bösgläubige Dritte gemäss Art. 855 Abs. 2 ZGB sei als *Arglisteinrede* zu verstehen, vgl. Bär, Berner Bankrechtstag, S. 122, Fn. 58).

³⁴ Vgl. BK-Zobl, Syst. Teil vor ZGB 884 N 1439; vgl. BK-Zobl, ZGB 890 N 51.

³⁵ Vgl. BK-Zobl, ZGB 890 N 48-55; vgl. Zobl, ZBGR 1987, S. 289.

³⁶ Vgl. BK-Zobl, Syst. Teil vor ZGB 884 N 1439; vgl. Zobl, ZBGR 1987, S. 289.

³⁷ Vgl. BSK-Niggli/Riedo, StGB 138 N 28; vgl. Donatsch, Strafrecht III, S. 118 f.; vgl. Art. 138 StGB – relevant ist Abs. 2 von Ziff. 1, weil der Schuldbrief aufgrund der Sicherungsübereignung keine fremde Sache ist: „1. Wer sich eine ihm anvertraute fremde bewegliche Sache aneignet, um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern, wer ihm anvertraute Vermögenswerte unrechtmässig in seinem oder eines anderen Nutzen verwendet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft. Die Veruntreuung zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen wird nur auf Antrag verfolgt.“