

VISCHER

Die Zeitschrift BLÄTTER FÜR SCHULDBETREIBUNG UND KONKURS hat freundlicherweise die Genehmigung erteilt, dass arrestpraxis.ch den nachfolgenden Entscheid auf der Website online zugänglich macht.

Sämtliche Rechte verbleiben aber bei der Zeitschrift BLÄTTER FÜR SCHULDBETREIBUNG UND KONKURS.

38). Art. 271 Abs. 1 SchKG – Arrest. Wann kommt einer Hinterlegung sicherheitshalber Pfandcharakter im Sinn von Art. 271 SchKG zu?

Art. 271 al. 1 LP. – Séquestre. Quand une consignation à titre de sûreté peut-elle constituer un gage au sens de l'article 271 LP?

Für eine fällige Rückforderung aus Darlehensvertrag erwirkte X. gegen den im Ausland wohnenden Schuldner Y. einen Arrestbefehl. Arrestgegenstand waren zwei Grundstücke. Der Schuldner wendete im nachfolgenden Arrestaufhebungsprozess gegen den Arrestbefehl ein, es bestünde eine genügende Sicherheit. Er machte geltend, zwei bei Dr. N. sicherheitshalber hinterlegte Schuldbriefe, die auf den verarrestierten Liegenschaften lasteten, stellten eine dem Pfandrecht gleichwertige Sicherheit dar. Das Obergericht zog in Erwägung:

3. a) Der Kläger Y. argumentiert, bei der Übergabe der Schuldbriefe handle es sich um eine Hinterlegung sicherheitshalber. Eine solche Hinterlage werde vom Bundesgericht als «Pfand» im Sinne von Art. 271 SchKG betrachtet. Sodann sei die Übergabe der Schuldbriefe unter der beidseitig anerkannten Voraussetzung erfolgt, dass auf die fraglichen Grundstücke kein Arrest gelegt werde. Durch die Entgegennahme der Schuldbriefe habe

der Beklagte X. auf ein allfälliges Recht, einen Arrest zu verlangen, verzichtet. Ein solcher Verzicht sei verbindlich.

b) Der in Art. 271 Abs. 1 SchKG verwendete Begriff «Pfand» hat den in Art. 37 Abs. 3 SchKG festgelegten Sinn, umfasst also sowohl das Grund- als auch das Faustpfand. Das Grundpfand beinhaltet die Grundpfandverschreibung, den Schuldbrief, die Gült, die Grundpfandrechte des alten Rechts, die Grundlasten und jedes Vorzugsrecht auf bestimmte Liegenschaften sowie das Pfandrechte an der Zugehör einer Liegenschaft (Art. 37 Abs. 1 SchKG). Vorliegend ist in erster Linie die Tragweite des Begriffes Faustpfand im Sinn von Art. 271 Abs. 1 SchKG zu untersuchen. Der Ausdruck Faustpfand begreift gemäss Art. 37 Abs. 2 SchKG auch die Viehverpfändung, das Retentionsrecht und das Pfandrechte an Forderungen. Nebst dem gibt es dem Faustpfand verwandte Tatbestände, die in ihrer Wirkung dem Pfand im Sinn der erwähnten betreibungsrechtlichen Bestimmung gleichkommen. Die Ausweitung des Begriffes auf Sicherheiten, die dem Pfand ebenbürtig sind, ist grundsätzlich gerechtfertigt (vgl. *Mattmann*, Die materiellen Voraussetzungen der Arrestlegung nach Art. 271 SchKG, Diss. Freiburg, S. 23). Die Frage ist nur, unter welchen Voraussetzungen – aus betreibungsrechtlicher Sicht – von ebenbürtiger Sicherheit gesprochen werden kann. Nach *Mattmann* sind Kautions- und Hinterlegung sicherheitshalber bei einem Dritten trotz ihrer pfandähnlichen Wirkung keine dem Pfand ebenbürtigen Sicherheiten (a.a.O., S. 24). Dem ist nicht ohne weiteres beizupflichten. Die Frage kann aber vorläufig offenbleiben; denn es ist vorerst zu prüfen, ob der Hinterlegung der zwei Inhaberschuldbriefe überhaupt pfandähnliche Sicherungsfunktion zukommt.

c) In der mit Quittung betitelten Urkunde sind die vereinbarten Verpflichtungen beziehungsweise Rechte wie folgt umschrieben:

«Herr Dr. N., Rechtsanwalt und Notar, B., bestätigt, auftrags von Herrn Y., Kanada, zwei Schuldbriefe à je Fr. 300 000.– lastend auf GB ... erhalten zu haben.

Die Schuldbriefe werden von Herrn Dr. N. verwahrt, bis das Darlehen von Herrn Y. gegenüber Herrn X., in W., in Höhe von Fr. 500 000.– (allenfalls plus Zinsen) zurückbezahlt ist. Sobald die Darlehensrückzahlung erfolgt ist, werden die beiden Schuldbriefe dem Eigentümer unverzüglich ausgehändigt.

Herr Dr. N. verpflichtet sich, die Schuldbriefe nicht an Herrn X. herauszugeben oder sonstwie über die Schuldbriefe zu verfügen, diese zu belasten usw.»

Die «Quittung» wurde vom Anwalt des Klägers verfasst und vom damaligen Anwalt des Beklagten unterzeichnet. Beide sind rechtskundig. Gemäss dem Text der Vereinbarung bestätigt Dr. N., im Auftrag des Klägers Y. die zwei Schuldbriefe erhalten zu haben, und verpflichtet sich, diese wieder zurückzugeben, wenn das Darlehen beglichen worden ist. Der Rückgabeanspruch der Klägers ist suspensivbedingt und insofern liegt keine gewöhnliche Hinterlegung vor. Die Abrede, die Schuldbriefe nicht dem

Beklagten auszuhändigen, und die Untersagung jeglicher Verfügungen machen deutlich, dass die Titel nicht zur Verfügung des Beklagten gehalten werden.

Der Sicherheitshinterlegungsvertrag – so wie er gemeinhin verstanden wird – ist ein Rechtsgeschäft, an welchem drei Parteien beteiligt sind: der «Hinterleger», der in der Regel der Schuldner ist, der «Aufbewahrer oder die Hinterlegungsstelle» und der Gläubiger, der Destinatär der Sicherstellung ist. Der Aufbewahrer verwahrt die hinterlegte Sache zum Zwecke der Sicherung im Interesse des Gläubigers und verpflichtet sich, sie unter bestimmten Voraussetzungen dem Gläubiger herauszugeben oder zwecks spezieller (zum Beispiel privater) Verwertung zu seiner Verfügung zu halten (*Zobl*, Berner Kommentar, Systematischer Teil, N. 1204 und 1224 ff.; *Oftinger/Bär*, Zürcher Kommentar, Systematischer Teil, N. 203; *Bärlocher*, Der Hinterlegungsvertrag, in Schweizerisches Privatrecht, Band VII/1, S. 660). Die so ausgestaltete Hinterlegung dürfte als Vertrag sui generis qualifiziert werden (*Oftinger/Bär*, a.a.O., Syst. Teil, N. 214, *Bärlocher*, a.a.O., S. 660; andere Autoren vertreten die Auffassung, es liege ein Vertrag zugunsten Dritter vor, s. *Zobl*, a.a.O., Syst. Teil, N. 1228 und die dortigen Hinweise). Das dem begünstigten Gläubiger am Hinterlegungsobjekt eingeräumte Recht ist nach einhelliger Auffassung als vertragliches Pfandrechte zu verstehen (BGE 102 Ia 235 Erw. 2e mit Hinweisen, *Zobl*, a.a.O., Syst. Teil, N. 1213). Bei Fälligkeit der mit der Hinterlage gesicherten Forderung ist der Gläubiger berechtigt, zur Realisierung des Pfandrechts zu schreiten. Er hat dies mittels Betreibung auf Pfandverwertung geltend zu machen, es sei denn die Parteien hätten die Frage der Verwertung anders geregelt. Steht dem Gläubiger der Weg zur Betreibung auf Pfandverwertung offen und ist eine genügende Deckung vorhanden, besteht in der Tat eine dem Pfand ebenbürtige Sicherheit, die eine Arrestlegung nicht rechtfertigt. Unter diesen Voraussetzungen wäre die Einrede der genügenden Pfanddeckung gützuheissen.

d) An der zwischen dem Kläger Y. und Dr. N. getroffenen Vereinbarung wirkt der Beklagte X. nicht direkt mit. Dies allein steht der Annahme eines Sicherheitshinterlegungsvertrags im oben beschriebenen Sinn nicht entgegen. Fraglich ist indessen, ob die Hinterlegung, wie sie die Parteien vereinbart haben, eine dingliche Sicherstellung bewirkte, das heisst, ob die Übereinkunft auf die Errichtung eines Pfandrechts, wie es dem Sicherheitshinterlegungsvertrag eigen ist, gerichtet war. Die Verpflichtung, die Schuldbriefe dem Beklagten X. nicht auszuhändigen, zusammen mit der Abrede, auch sonstwie nicht über die Titel zu verfügen, stehen der Annahme, die Parteien hätten eine dingliche Sicherstellung zugunsten des Beklagten X. vereinbart, klar entgegen. Nach der Aktenlage bestehen keine genügenden Anhaltspunkte, welche die Annahme rechtfertigen, die übereinstimmenden Willensäusserungen würden nicht dem entsprechen, was in der Quittung festgehalten worden ist. Der Kläger Y. lässt ausführen, die Parteien des Hinterlegungsvertrages hätten «eine direkte Verwertung ähnlich einem Pfandrechte» ausgeschlossen. Der Aufbewahrer, Dr. N. wäre

aber verpflichtet gewesen, im Rahmen eines Vollstreckungsverfahrens die Schuldbriefe an die Vollstreckungsbehörde herauszugeben. Dies sei denn auch die Meinung der Parteien gewesen (...). Etwas anderes ist nicht erwiesen. Damit wird gesagt, dass die Hinterlegung der Schuldbriefe keine dingliche Sicherstellung bezweckte, Dr. N. nicht die Funktion eines Pfandhalters ausübt und der Beklagte keine Pfandrechte am Hinterlegungsobjekt hat. Dies stimmt mit dem objektiven Gehalt der in der Quittung vom 9. Oktober 1989 festgehaltenen Willensäußerungen überein. Das Vereinbarte ist demnach kein Sicherheitshinterlegungsvertrag im oben beschriebenen Sinn. Freilich verfolgt auch die getroffene Vereinbarung einen Sicherungszweck: Es geht darum, Vermögenswerte des Schuldners für ein allfälliges betreibungsrechtliches Zwangsvollstreckungsverfahren zu erhalten. Aber der Beklagte hat damit keine Sicherstellung erhalten, die in ihrer Wirkung derjenigen gleichkommt, die ein Pfandgläubiger oder Destinatar eines typischen Sicherheitshinterlegungsvertrages hat.

(In den weiteren Erwägungen verwarf das Obergericht den Einwand, die Entgegennahme der Schuldbriefe bedeute Verzicht auf das Recht, einen Arrest zu verlangen und wies die Arrestaufhebungsklage ab. Eine staatsrechtliche Beschwerde des Klägers wurde vom Bundesgericht am 1. April 1992 abgewiesen.)

OBERGERICHT SOLOTHURN, Zivilkammer, 12. November 1991.