

Über die Maximalhypothek (Höchstpfandrecht)

Autor(en): **Schönberg, S.**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse =
Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II.
Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **46 (1927)**

Heft 1

PDF erstellt am: **22.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-895986>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern. Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Über die Maximalhypothek (Höchstpfandrecht).

(Vortrag, gehalten an der Jahresversammlung der Vereinigung Schweizerischer Notare in Basel am 3. Oktober 1926.)

Von Dr. S. SCHÖNBERG, Basel.

Je und je bestand das Bedürfnis, nicht nur für eine feste, bestimmte Forderung ein Pfandrecht bestellen zu können, sondern auch die unbestimmten Forderungen, entweder noch nicht bestehende, wie z. B. Sicherstellungsansprüche für das Frauengut (für den Fall des Verlustes desselben), oder solche mit unbestimmtem Betrage (wie sie z. B. die Kreditverhältnisse mit sich bringen), durch ein Pfandrecht sicherzustellen. Wir sprechen in diesen Fällen von einer „Maximalhypothek“ oder einem „Höchstpfandrecht“. Im ZGB findet sich zwar kein terminus technicus für sie; nach Art. 794 müsste sie das ZGB „Höchstbetragshypothek“ nennen.

Die wirtschaftliche Bedeutung der Maximalhypothek, namentlich in ihrer vorzüglichen Verwendung zur Sicherstellung von Krediten, ihre Ähnlichkeit mit der Eigentümerhypothek (soweit ihr nämlich keine oder noch keine existente Forderung zugrunde liegt) mit den daraus sich ergebenden rechtlichen Konsequenzen, macht sie eines Versuches zur besondern Darstellung, wie sie sich auswirkt, wert.

Das Schweizerische Pfandrecht baut sich bekanntlich auf die in den drei Rechtsgruppen unserer alten kantonalen Rechte enthaltenen pfandrechtlichen Institutionen auf;¹⁾ in allen drei Rechtsgruppen war diesen Bedürfnissen Rechnung getragen. Eine Gruppe hatte das gemeine Recht zur Grundlage, und tendierte daher nach Publizität der Hypotheken, d. h. danach, dass der Umfang des Pfand-

¹⁾ Vgl. zum folgenden: Huber Bd. III S. 458 ff. und Bd. IV S. 801 ff.

rechts, für das ein Grundstück verhaftet ist, für jedermann bekannt sein soll. Das führte dazu, dass eine Fixierung der Pfandsomme verlangt wurde, und zwar auch in Fällen, in denen die Höhe der Forderung nicht feststand. Damit war die Höchstbetraghypothek gegeben. Die Bücher, welche im Laufe der Zeit zu öffentlichen Registern wurden, mussten angeben, bis zu welchem Betrage das Grundstück in Anspruch genommen werden konnte.

Eine zweite Gruppe von kantonalen Rechten hatte das Gültrecht akzeptiert, wobei allerdings für eine Forderung mit unbestimmtem Betrage die Errichtung eines Pfandrechts als Gült unmöglich war. Aber auch diese Kantone hatten besondere Institutionen geschaffen zur Sicherstellung von Schadensbeträgen, deren Höhe noch nicht feststand, oder überhaupt für schwankende Schuldverhältnisse.

So hatte Bern den Schadlosbrief, durch welchen eine Liegenschaft für eine in dem Schadlosbriefe angegebene Summe eingesetzt wurde, für allen Schaden, den der Aussteller oder sogar ein Dritter einem andern zufügen konnte.

In Schwyz hatte man die Kautionssscheine, und in Waadt und Freiburg die „Gardanses de dams“, mit denen jemand eine Hypothek errichtete zugunsten einer andern Person, „pour la garantir des pertes qu'elle pourrait éprouver par suit d'un engagement contracté ou d'un danger imminent auquel elle se trouverait exposée,“ von seiten des Ausstellers.

Ferner hatten Waadt und Freiburg die „Assignats“, mit welchen der Ehemann „assure la restitution des biens mobiliers qu'il reçoit de sa femme à l'époque du mariage et durant le mariage, et lui constitue à cet effet un ou plusieurs immeubles en hypothèque“.

Zum gleichen Zwecke waren in den Rechten der beiden Appenzell und von Schwyz die „Wiederlegsbriefe“ und in Luzern die sogenannten „Aufschläge“ vorgesehen.

Die dritte Gruppe schliesslich sind die Rechte mit gemischter Grundversicherungsform; hier ist nur eine Art

der Grundversicherung vorhanden und diese musste allen verschiedenen Zwecken dienen. Auch in diesen Rechten waren für unsere Pfandart Bestimmungen vorgesehen. So liess es Zürich zu, dass ein Grundstück auch für zukünftige Forderungen verhaftet werden konnte, wenn die Forderung, für welche die Grundversicherung bestellt wurde, in bestimmter Geldsumme verzeichnet oder mindestens in solcher begrenzt war. Ferner wurde für die Leistungen auf „Leibgedingen“, d. i. Verpfändungsverträgen oder für andere Naturalleistungen, die Angabe einer Kapitalsumme zugelassen, bis auf welche im äussersten Falle das Grundstück haftete; die gleiche Regelung hatte das Graubündnerrecht getroffen.

Eine eigenartige Grundversicherung für eine Schuld, deren Grösse noch nicht feststand, sah das Zürcher und das Schaffhauser Privatgesetzbuch vor; es hiess dort: „Ist zwar die Existenz und Qualität der Schuld, sowie die Verpflichtung des Schuldners zur Pfandbestellung im allgemeinen klar, aber die Grösse der Schuld zweifelhaft, so hat der Gerichtspräsident unter den obigen Voraussetzungen mit Bezug auf den wahrscheinlichen Betrag eine provisorische Versicherung durch das Grundbuch anzuordnen.“

Entsprechende Vorschriften waren sodann in Aargau getroffen worden: für Fruchtniessungs-, Gebrauchs- und Wohnungsrechte war der Umfang zu werten und ein entsprechender Betrag für das Pfandrecht zu bestimmen, und ebenso konnte unter Festsetzung eines bestimmten Betrages auch für Forderungen, die erst infolge übernommener Lieferung von Geld und Waren (Krediteröffnung) nach und nach entstanden waren, Pfandrechte errichtet werden. Auch Solothurn liess die Verschreibung eines Unterpfandes für künftige Forderungen zu.

Nach diesen Vorbildern wurde in das ZGB Art. 794 mit folgendem Wortlaut aufgenommen: „Bei Bestellung des Grundpfandes ist in allen Fällen ein bestimmter Betrag der Forderung in Landesmünze anzugeben. Ist der Betrag

der Forderung unbestimmt, so wird ein Höchstbetrag angegeben, bis zu dem das Grundstück für alle Ansprüche des Gläubigers haftet.“ Damit ist die Höchstbetragshypothek oder Maximalhypothek, auch Ultimathypothek genannt, gesetzlich normiert.

Die Worte: „Ist der Betrag der Forderung unbestimmt,“ sind in weitestem Sinne zu verstehen. Es braucht überhaupt keine Forderung zu bestehen, es genügt, wenn eine solche möglicherweise entstehen könnte, z. B. bei der Sicherstellung einer Bürgschaftsverpflichtung. Wir haben hier somit eigentlich ein anormales Pfandrecht vor uns. Während sonst das Pfandrecht nur neben oder besser gesagt hinter einer Forderung auftritt, d. h. akzessorisch ist, kann hier ein Pfandrecht bestehen, ohne dass überhaupt eine Forderung besteht. Trotzdem haben wir es hier nicht mit jener Verselbständigung des Pfandrechts zu tun, wie sie in der Eigentümerhypothek zutage tritt. Der wesentliche Unterschied zwischen der Maximalhypothek ohne bereits entstandene Forderung und dem Eigentümerpfandrecht liegt ja darin, dass bei dieser das Grundstück von Anfang an zugunsten des Gläubigers gebunden ist, während bei der letzteren das Pfandrecht zu freier Verfügung des Eigentümers steht und von ihm nach Belieben zugunsten irgend eines Berechtigten verwendet werden kann; zu der letzteren gehört auch in schwächerer Form die vorbehaltene leere Pfandstelle oder der Rangvorbehalt, in etwas ausgeprägterer Form das Pfandrecht, das nach Rückzahlung der ihm zugrunde liegenden Forderung zurückgeblieben ist, und in der idealsten Form der Inhaberschuldbrief oder die Inhabergült, wodurch die moderne Bestrebung nach Mobilisierung der Immobiliewerte ihren Abschluss gefunden hat. Gleichwohl wollen wir uns aber schon hier mit dem Gedankengang, der von der Maximalhypothek zum Eigentümerpfandrecht führt, vertraut machen. Denken wir an den Fall einer Kredithypothek, wobei das ihr zugrunde liegende Kreditverhältnis erschöpft ist, der ausbezahlte Betrag mit allen weiteren

Ansprüchen des Gläubigers jedoch die Höhe der Maximalhypothek nicht erreicht. Dem Kreditgläubiger steht das Pfandrecht zweifellos nur soweit zu, als er aus dem Kreditverhältnis irgendwie forderungsberechtigt ist; das folgt aus der Akzessorietät des Pfandrechts. Der darüber hinaussteigende Betrag der Hypothek steht materiell nicht dem Hypothekargläubiger, sondern dem Eigentümer zu. Die Maximalhypothek ist somit in diesem Falle zum Teil in der Hand des Eigentümers ein Eigentümerpfandrecht geworden. Wir werden uns später diesen Vorgang zunutze machen. — Das Pfandrecht besteht zwar bei der Maximalhypothek nicht in dem Sinne akzessorisch, dass es immer neben einer bestehenden Forderung einhergeht. Es ist auch kein selbständiges Pfandrecht; es besteht vielmehr, wenn auch nicht ohne Forderung, so doch nicht ohne eventuelle zukünftige Forderung. Formell besteht es natürlich mit dem Eintrag im Grundbuch, materiell jedoch wirkt es erst in die Zukunft, wenn der Forderungsanspruch, der durch sie sichergestellt sein soll, existent geworden ist. Wir wollen aber festhalten, dass das Pfandrecht bei der Maximalhypothek materiell so lange keine rechtliche Wirkung hat, als die durch sie sichergestellte Forderung nicht besteht. Gleichwohl aber ist sie kein durch das Entstehen der Forderung bedingtes Pfandrecht, sondern das Grundstück ist durch sie von Anfang an zugunsten des Hypothekargläubigers gebunden; sie ist von Anfang an eine wirkliche Hypothek. Sie muss daher, wie wir später sehen werden, im Falle der Pfandverwertung als Hypothek behandelt werden, solange das ihr zugrunde liegende Rechtsverhältnis nicht liquidiert ist, ohne Rücksicht darauf, ob im Momente der Pfandverwertung eine Forderung besteht.

Durch die Maximalhypothek gelten nun als sichergestellt: alle Ansprüche, die aus dem Rechtsverhältnis resultieren, zu dessen Sicherheit die Hypothek errichtet worden ist. Dabei wird es genügen müssen, wenn ganz generell angegeben ist, zugunsten wessen die Forderungen

lauten; Spezialisierung der Forderung ist nicht erforderlich, ja nicht einmal, je nach dem, Angabe des Schuldners selbst. Wird aber der Kreis der versicherten Forderungen irgendwie bestimmt, so dürfen zugunsten des gleichen Gläubigers nur Forderungen aus diesem Kreise durch die Maximalhypothek gedeckt werden, und es könnte eventuell seitens der übrigen Gläubiger des Eigentümers angefochten werden, wenn etwa andere Forderungen zur Deckung durch dieses Pfandrecht herangezogen würden.

Die zeitliche Entstehung der so pfandversicherten Pfandforderungen ist für das Pfandrecht ohne Bedeutung; auch wenn die einzelne Forderung vielleicht später entsteht, als das Pfandrecht der Maximalhypothek im Grundbuch eingetragen worden ist, so erlangt sie doch Pfandrecht in dem Rang, in dem die (eventuell vorher bestellte) Höchsthypothek eingetragen worden ist (vgl. Art. 825 ZGB). Für den Gläubiger ist dies natürlich ein gewaltiger Vorteil gegenüber den andern Gläubigern des Eigentümers; das macht auch die Maximalhypothek zu einer so ausserordentlich praktischen Institution.

Die Höhe der Forderungen, die durch die Maximalhypothek sichergestellt werden, wird im Grundbuch nicht eingetragen. Der öffentliche Glaube erstreckt sich denn auch nur auf das Pfandrecht und nicht auch auf diese Forderungen. Aus diesem Grunde kann die Maximalhypothek nur in Form einer Grundpfandverschreibung errichtet werden. Dies ergibt sich auch ausserdem aus dem Gesetz, wenn wir die Art. 824 f. über die Grundpfandverschreibung und die Art. 842 und 847 über die Schuldbriefe und Gülten vergleichen. Während Art. 824 von „jeder beliebigen, gegenwärtigen oder zukünftigen oder bloss möglichen Forderung“ spricht, und auch Art. 825 für die Grundpfandverschreibung „Forderungen mit unbestimmtem oder wechselndem Betrage“ vorsieht, ist in den Art. 842 und 847 nur von „Forderung“ schlechthin die Rede. Die Gült, mit ihrem Charakter als Reallast, kann ohnehin nicht in Frage kommen. Die Schuldbrief- und

Gültforderungen, als echte Wertpapierforderungen, gelten als durch die vom Grundbuchamt für sie ausgestellten Schuldbriefe und Gülten, die Wertpapiere darstellen, bewiesen; die aus dem Schuldbrief und der Gült sich ergebenden Forderungen nehmen am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil. Beim Schuldbrief wie bei der Gült erwirbt der gutgläubige Erwerber die Forderung, wie sie im Grundbuch und im Wertpapier enthalten ist, während es in der Natur der Sache liegt, dass der Schuldner bei derartigen labilen Rechtsverhältnissen, wie sie der Maximalhypothek zugrunde zu liegen pflegen, die Möglichkeit haben muss, gegen jeden neuen Gläubiger alle Einreden geltend zu machen, die ihm gegenüber dem ersten Gläubiger zustehen würden. Die Grundpfandverschreibung hingegen eignet sich einzig für solche schwankenden Rechtsverhältnisse, wie sie durch die Maximalhypothek gewöhnlich sichergestellt werden.

Für die Bestellung des Höchstpfandrechts gilt natürlich Art. 799 Abs. 2, wonach für die Bestellung eines jeden Grundpfandes die Errichtung einer öffentlichen Urkunde vorgeschrieben ist. Der Bundesrat hat zwar im Jahre 1915 in einem Rekurse²⁾ für den Fall, dass ein Zinsfuß für ein Vorgangspfandrecht mangels Zustimmung des Nachgangspfandrechts nicht eingetragen werden kann, entschieden, dass dann hinter allen Pfandrechten im letzten Range ein Höchstpfandrecht im kapitalisierten Wertbetrage des nicht versicherten Zinses eingetragen werden könne, und da nach Ansicht des Bundesrates die Zinsen als Akzessorium der Pfandrechte ohne besondere Verpfändung mitverpfändet sind, genüge in diesem Falle die schriftliche Ermächtigung zur Eintragung der Maximalhypothek für den nicht verpfändeten Zins.

Diese Lösung wird wohl nach der heutigen abgeänderten Fassung des Art. 818 Abs. 2 kaum mehr praktische

²⁾ Vgl. Schweiz. Jur. Zeitg. XII S. 115.

Bedeutung haben; sie schien uns aber auch früher dem Gesetz Zwang anzutun.

Die hauptsächlichsten Anwendungsfälle für die Maximalhypothek sind diejenigen für die Frauengutsforderungen, wobei das Pfandrecht so lange besteht, als der Ehemann die Verwaltung hat. Ferner die sogenannte Schadenshypothek; hier tritt das Pfandrecht materiell erst mit dem Eintritt des Schadensfalles ins Leben, während vorher nur ein formales Pfandrecht mit der Möglichkeit zukünftiger Entstehung besteht. Das weitaus grösste Anwendungsgebiet bieten die Kreditverträge, seien es einfache Kreditverträge oder Kontokorrentverträge, bei welchen nur der Schluss-Saldo pfandrechtl. sichergestellt wird. Die einzelnen Forderungen können sogar getilgt werden und durch andere — natürlich immer aus dem gleichen Rechtsverhältnis — ersetzt werden. Das Pfandrecht wird hievon nicht berührt; es braucht weder gelöscht noch neu eingetragen zu werden. Materiell kommt hier das Pfandrecht erst mit der Ziehung des Schluss-Saldos zur Entstehung. Ausser diesen Fällen kann natürlich jedes rechtlich schützbares Rechtsverhältnis durch eine Maximalhypothek gesichert werden, vorausgesetzt, dass das Interesse in Form eines Betrages fixiert ist (z. B. für Miete, Pacht etc.), und dass im Eintretensfalle des Anspruchs an Hand des Errichtungsaktes klar entschieden werden kann, ob diese Forderung unter die durch das Pfandrecht sichergestellten gehört.

Während des Krieges gewann die Maximalhypothek noch Bedeutung zur Sicherstellung der sogenannten „Goldhypothecken“. Der Bundesrat hat in einem Rekursentscheid des Jahres 1924³⁾ entschieden, dass eine mit einer Goldklausel versehene Hypothek in das Grundbuch nicht eingetragen werden kann, d. h. dass die Goldklausel nicht

³⁾ BRB vom 15. Januar 1924 betreffend die Beschwerde des Marius Piquet, Notar in Lausanne, gegen den Entscheid des Reg.-Rates des Kantons Waadt als Aufsichtsbehörde über das Grundbuch betreffend Eintragung einer Goldhypothek.

mit dinglicher Wirksamkeit ausgestattet werden kann. Bei einer Eintragung, bei welcher das Grundstück nicht für den angegebenen Nennwert der Pfandforderung in Landesmünze, sondern für den jeweiligen Goldwert der Forderung haften würde, wäre dem Requisit der Angabe eines bestimmten Forderungsbetrages in Landesmünze nicht Genüge geleistet (Art. 794 Abs. 1). Die Pfandsumme könne daher nicht in Goldfranken eingetragen werden; die dingliche Sicherstellung derartiger Schuldverhältnisse könne aber durch die Eintragung einer auf Landesmünze lautenden Maximalhypothek gemäss 794 Abs. 2 ZGB erfolgen. Die Zahlung kann somit in Goldfranken ausbedungen werden, doch muss alsdann eben im Grundbuch als Pfandsumme ein Betrag in Landesmünze eingetragen werden, der dem Gläubiger zur Deckung für alle seine Risiken als ausreichend erscheint.

Es ist auch möglich, dass die Hypothek zugunsten mehrerer Gläubiger errichtet wird, aber nur, wenn der Anteil zum vornherein fest bestimmt ist, oder wenn sie zugunsten aller Gläubiger gemeinsam lautet; unzulässig wäre aber die Bestellung zugunsten mehrerer Gläubiger in der Weise, dass die Hypothek für den zweiten Gläubiger nur dann und insoweit in Betracht kommt, wenn und insoweit die festgestellten Forderungen des ersten Gläubigers unter dem Höchstbetrage der Sicherungshypothek bleiben. Eine solche Unbestimmtheit und Bedingtheit des Berechtigten ist von den Gerichten mit Recht abgelehnt worden.

Wie gross das Pfandrecht sich auswirkt, ergibt sich beim Höchstbetragspfandrecht immer erst, wenn das ihr zugrunde liegende Rechtsverhältnis beendet ist. Auf alle Fälle aber ist die Höchstgrenze der Haftung gezogen durch den Maximalbetrag der Hypothek. Ferner haftet das Grundstück in diesem Betrage nicht nur für die Forderung selbst, sondern für alle Ansprüche des Gläubigers, folglich vorab für die Zinsen. Es ist daher unzulässig, die Zinsen auch noch im Grundbuch einzutragen.

Andererseits ist hier die Pfandhaftung für die Zinsen nicht durch die Beschränkung des Art. 818 eingeengt, wonach das Pfandrecht nur für drei verflossene Jahreszinsen und den laufenden Jahreszins Sicherheit bietet, sondern für die der Maximalhypothek zugrunde liegende Forderung können beliebig viele rückständige Zinsen hinzugerechnet und dem Pfandrecht unterstellt werden, wenn nur der Gesamtforderungsbetrag innert der durch das Höchstpfandrecht gezogenen maximalen Höhe bleibt.

Für die Kosten der Betreibung hingegen haftet das Grundstück nach allgemeiner Ansicht auch bei Maximalhypotheken ausser dem Betrag der Pfandsumme. Auch bei den festen Hypotheken dürfen ja die Betreibungsposten noch ausser dem Betrag der Pfandsumme aus dem Erlös für das Unterpfand getilgt werden. Weitere Kosten hingegen, z. B. die Kosten des Anwalts für die Besorgung der Betreibung oder für einen hiezu eventuell notwendigen Rechtsstreit dürfen keineswegs weder aus dem Erlös für das Grundstück, soweit er die Höchsthypothek überstiegen hat, bezogen werden, noch dürfen diese Kosten in den Höchstbetrag der Hypothek eingerechnet werden. Sollten aber von vornherein diese Kosten aus dem Unterpfand gedeckt werden können, so müsste eine solche Vereinbarung in die Errichtungsurkunde aufgenommen werden. Das gleiche gilt für die Forderung auf Kommissionsgebühr für Beschaffung der Hypothek; soll das Unterpfand mit der Maximalhypothek auch für diese haften, so müsste dies ausdrücklich vereinbart werden.

Der Forderungskomplex, zugunsten dessen die Maximalhypothek errichtet worden ist, kann nachträglich durch Vereinbarung des Eigentümers und Schuldners einerseits und des Hypothekargläubigers andererseits geändert oder ausgedehnt werden. Der Nachgangsgläubiger muss sich dies gefallen lassen, sofern nicht die Maximalhöhe der Hypothek erhöht wird. Auf die Beibehaltung des Hypothekengrundes des Höchstpfandrechtes hat der Nachgangsgläubiger keinen Anspruch, wenn er

auch im Falle der Pfandverwertung durch die Änderung schlechter gestellt würde. Für ihn gilt nur die im Grundbuch eingetragene Maximalsumme; solange diese nicht erhöht wird, wird sein Recht nicht verletzt.

Vielfach kommt es nun vor, dass Maximalhypotheken, namentlich Kredithypotheken übertragen werden. Wir wollen der Einfachheit halber für die folgende Betrachtung von der Kredithypothek ausgehen; für die anderen Maximalhypotheken kommt eine Übertragung ohnehin weniger in Frage. Vor allem ist daran festzuhalten: eine Übertragung der Hypothek schlechthin, des Pfandrechts allein, kann nicht stattfinden. Wir haben gesehen, dass die Maximalhypothek, auch wenn ihr noch keine Forderung zurzeit zugrunde liegen sollte, kein selbständiges Pfandrecht, sondern von Haus aus ein akzessorisches Pfandrecht ist, das in enger Beziehung mit der teilweise bereits entstandenen oder zukünftigen Forderung aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis steht. Wohl ist es hingegen möglich, dass die Kredithypothek mit den zukünftigen aus dem Kreditvertrag zu erwartenden Forderungen übertragen wird. Genügt aber zu diesem Zwecke lediglich eine Abtretungserklärung vom bisherigen auf den nunmehrigen Gläubiger? Wir wollen vorausschicken, dass sich die Frage für die Grundbuchämter sehr einfach löst. Auf Grund eines solchen Zessionsaktes vom bisherigen an den nunmehrigen Gläubiger merkt das Grundbuchamt den neuen Gläubiger vor, ohne dass es sich um die internen Konsequenzen kümmern könnte, besonders da es sich in den meisten Fällen seiner Kenntnis entzieht, welche Absicht mit der Abtretung verfolgt wird. Betrachten wir folgenden Fall: Die Firma A gibt der Firma B einen Kredit; die Firma B bestellt der Firma A zur Sicherheit für alle ihre Ansprüche aus dem Kreditverhältnis eine Maximalhypothek. Die Firma A gibt dann ihr Geschäft auf und überträgt dasselbe an eine Firma C. Die Firma C soll alle Verträge der früheren Firma A und damit auch den Kreditvertrag der Firma B übernehmen und erhält

nun auch die Kredithypothek dieser Firma übertragen. Ist nun die Firma C durch die blosse Abtretung dieser Kredithypothek genügend für die Zukunft gesichert? Ist in jenem Zeitpunkte der Kredit erschöpft, so ist die neue Firma durch die Hypothek in gleicher Weise wie die alte gläubigerische Firma versichert. Ist aber in jenem Zeitpunkte der Kredit noch nicht erschöpft und muss die neue Firma in der Folge wegen der Übernahme des Kreditvertrages noch weitere Beträge der schuldnerischen Firma kreditieren, so dass also nach der Abtretung noch neue Forderungen entstehen, so ist es mit der Deckung aus der Kredithypothek schlecht bestellt. Weshalb? Wir müssen wieder davon ausgehen, dass das Pfandrecht ein akzessorisches ist, d. h. nur soweit besteht, als eine Forderung ihr zugrunde liegt. Im Zeitpunkte der Übertragung der Kredithypothek konnte somit das Pfandrecht nur soweit übertragen werden, als der Gesamtbetrag der damaligen Schuld der schuldnerischen Firma betrug. Das Pfandrecht war, soweit keine Forderung darin war, inhaltlos und konnte daher nicht abgetreten werden. Für die weiteren Forderungen, die die neue gläubigerische Firma durch Fortsetzen des Kreditverhältnisses erworben hat, ist die nunmehrige Gläubigerin durch die Maximalhypothek nicht gedeckt. Der Richter müsste auf Klage des Eigentümers und Schuldners die Löschung der ganzen Maximalhypothek verfügen, sofern der Schuldner die kreditierte Forderung bis zu dem Betrage zurückbezahlt hat, als die Schuld im Zeitpunkte der Übertragung der Maximalhypothek von der alten auf die neue gläubigerische Firma betragen hat. Hätte der neue Gläubiger dies vermeiden wollen, so hätte er sich nicht mit der blossen Zession der Maximalhypothek begnügen dürfen, sondern er hätte ausserdem die Zustimmungserklärung des Schuldners und Eigentümers einholen müssen. Ferner müsste dieser ganze Nachtrag zu der Kredithypothek in öffentlicher Urkunde errichtet werden, da er doch eine Änderung am Pfandrechtverhältnis bedeutet. Über das letztere

Erfordernis ist Lehmann⁴⁾ anderer Meinung, der für diesen Fall einen bloss schriftlichen Akt als genügend erachtet.

Aus der Akzessorietät des Pfandrechts folgt ferner folgende Lösung für den Fall, dass aus der Reihe der durch die Maximalhypothek sichergestellten Forderungen eine herausgenommen und zediert wird. (Wir wollen dabei die Frage ausser acht lassen, ob das Pfandrecht, soweit es durch diese Forderung in Anspruch genommen wird, ohne weiteres mitübergeht oder ob das ausdrücklich in der Zession erwähnt werden muss.) Wir wollen annehmen, diese einzelne Forderung wird mit der für sie bestellten Deckung zediert. Damit geht dieser Teil des Pfandrechts auf den Zessionar über; er könnte sich für diesen Teil im Grundbuch als Gläubiger vormerken lassen. Der Rest der Maximalhypothek verbleibt dem bisherigen Gläubiger zur Sicherheit für seine sonstigen Forderungen. Sollten nun seine übrigen Forderungen den Maximalbetrag des Höchstpfandrechts auch übersteigen, so steht ihm dennoch nur die Differenz zwischen dem Betrage der abgetretenen Forderung und der Pfandsomme der Maximalhypothek als Deckung aus der Maximalhypothek zur Verfügung.

Handelt es sich jedoch um einen jener bekannten Konto-Korrent-Kreditverträge, deren wir oben Erwähnung getan haben, und wird dann auch nur der jeweilige Saldo durch eine Maximalhypothek sichergestellt, so kann wohl eine einzelne Forderung zediert werden; sie scheidet aber damit aus dem Verbande der sichergestellten Forderungen aus und wird zu einer rein persönlichen Forderung. Die Übertragung mit der Hypothek ist in diesem Falle ausgeschlossen.

Ergibt die Abtretungserklärung, dass der Schuldner die ganze Schuld bezahlt hat, und dass der Gläubiger keinen Anspruch mehr an den Schuldner hat, so kann die Maximalhypothek überhaupt nicht mehr übertragen werden. Sie ist eigentlich ein Eigentümerpfandrecht geworden,

⁴⁾ In seinem Kommentar zum Sachenrecht des ZGB, 2. Aufl. S. 898.

und der Eigentümer kann auf Erteilung einer Löschungsbevollmächtigung gegen den Gläubiger klagen.

Der Erwerber einer Maximalhypothek muss sich alle Einreden seitens des Schuldners gefallen lassen wie ein anderer Zessionar; die gleichen Einreden stehen auch dem Eigentümer der Unterpfandsliegenschaft zu, wenn er nicht Schuldner ist. Einzig auf den Eintrag aus dem Grundbuch, auf den Bestand des Pfandrechts und dessen eingetragene Höhe kann sich der neue Gläubiger berufen.

Im übrigen können natürlich auch aus einem Kreditvertrag die zukünftigen Forderungen zediert werden. Aber, wie wir oben gesehen haben, ein künftiges Pfandrecht kann nicht zediert werden. Dieses wird erst mit der Entstehung der Forderung existent, und niemand kann mehr Rechte übertragen als er selbst hat; daran ändert auch die Eintragung einer Maximalhypothek nichts.

Auch für die durch eine Maximalhypothek sichergestellten Forderungen hat ferner Art. 807 des ZGB Geltung, wonach Forderungen, für die ein Grundpfand eingetragen ist, keiner Verjährung unterliegen; dies gilt auch hier, trotzdem sich hier die Forderungen und das Pfandrecht nicht so decken wie bei der festen Hypothek. Wie wir schon gesehen haben, hört die materielle Geltung bei der Maximalhypothek auf, sobald das Grundverhältnis liquidiert ist, während allerdings in formaler Beziehung ein Pfandrecht zugunsten des Hypothekargläubigers zurückbleibt und der Eigentümer in diesen Fällen vom Gläubiger Löschung verlangen könnte. Sind nun noch Nachgangsgläubiger vorhanden, so könnten auch diese ein Interesse an der Löschung dieser leeren Hypothek haben, nämlich dann, wenn ihnen das Nachrückungsrecht zusteht. Wieland⁵⁾ will in diesem Falle so weit gehen, dass die Nachgangsgläubiger, denen das Recht des Nachrückens zusteht, den Eintrag der erledigten Maximalhypothek durch Anhebung der Grundbuchberichtigungs-

⁵⁾ Wieland, Kommentar zum Sachenrecht des ZGB S. 345 oben.

klage, Art. 975 ZGB, beseitigen können. Ostertag⁶⁾ ist der Meinung, dass das dem Gläubiger bestellte Nachrückensrecht ihn auch berechtige, in diesem Falle nachzurücken; Guhl⁷⁾ jedoch glaubt, das Nachrücken habe diese Wirkung nur, wenn das ausdrücklich vereinbart wird.

Bei der Schlussabrechnung der der Maximalhypothek zugrunde liegenden Forderungen kann sich nun herausstellen, dass der Gesamtbetrag der Forderungen höher ist als der Betrag des Höchstpfandrechts. Für den den Hypothekarbetrag übersteigenden Betrag hat dann der Gläubiger nur eine gewöhnliche Forderung. Liegt eine Mehrheit der Forderungen vor, so wird dem Gläubiger nach allgemeiner Anschauung das Recht zugesprochen, selbst zu bestimmen, welche der Forderungen er durch die Maximalhypothek als gedeckt erachten will. Wird ihm in diesem Falle ein Teil der Forderungen zurückbezahlt, so ist er sogar berechtigt, diese Zahlung an den den Höchstbetrag der Hypothek übersteigenden Betrag anzurechnen (vgl. auch OR Art. 85), während er dann für seine sämtlichen übrigen Forderungen noch die ganze Maximalhypothek beanspruchen kann.

Wie der Gläubiger der Maximalhypothek nicht mehr Deckung für seine Forderung hat als bis zum Betrage der Pfandsomme, so geht sie auch den Nachgangspfandrechten nur mit dem Betrage der Pfandsomme vor. Wir haben gesehen, dass der Umfang der Maximalhypothek durch den Betrag der Pfandsomme limitiert ist, und dass auch Art. 818 nach dem Wortlaut von ZGB Art. 794 Abs. 2 für die Maximalhypothek keinerlei Geltung haben kann. Wie es daher unrichtig ist, wenn für das Höchstpfandrecht ausser der Pfandsomme noch ein Zins im Errichtungsakt zur Eintragung vorgesehen ist (was irrtümlicherweise oft stipuliert wird), ebenso unrichtig ist es, die Maximal-

⁶⁾ Ostertag, Kommentar zum Sachenrecht des ZGB, III. Abteilung Art. 959 Randnote 46.

⁷⁾ Guhl, Über das System der festen Pfandstelle, Schweiz. Jur. Zeitg. Jahrg. XI S. 37.

hypothek durch ein festes Pfandrecht mit verzinslicher Forderung ersetzen zu wollen. In der Regel wird dabei auch noch ausserdem die Eintragung eines Zinses verlangt. Da der ursprünglich vereinbarte Zins, wenn ein solcher für die durch die Maximalhypothek sichergestellten Forderungen festgesetzt ist, im Pfandrecht der Maximalhypothek inbegriffen ist und für den Nachgangsgläubiger nicht zum Ausdruck kommt, kann auch bei der Ersetzung Art. 818 Abs. 2 nicht zur Geltung gebracht werden, so dass sich etwa der Nachgangsgläubiger die Ersetzung der Maximalhypothek durch eine feste Hypothek, zuzüglich eines Zinses bis zu 5%, gefallen lassen müsste. Der Nachgangsgläubiger braucht sich nicht mehr voranstellen zu lassen als ihm bisher vorging, und das ist bei einer vorgehenden Maximalhypothek nur der Betrag der Pfandsumme. Würde diese gelöscht, so würde ja auch eine leere Pfandstelle nur in diesem Umfange entstehen. Materiell betrachtet sollte allerdings ein festes Pfandrecht mit Zins eingetragen werden können, wenn die Pfandsumme und vier Jahreszinse (ZGB Art. 818 Abs. 2) zusammen nicht mehr betragen, als der Betrag des zu ersetzenden Höchstpfandrechts ausmache. Es ist jedoch fraglich, ob es den Grundbuchämtern zukommt, im Zweifel materiell darüber zu entscheiden, ob ein Betrag, der an Stelle eines vorgehenden Pfandrechts eingetragen werden soll, das zur Verfügung stehende Pfandloch überschreite, oder ob nicht vielmehr der Entscheid hierüber dem Richter zusteht. Die Prüfung des Grundbuchamts hat sich auf die Beobachtung formaler Kriterien für die Einhaltung des zur Verfügung stehenden Raumes zu beschränken. Nach der Weisung, welche die Justizkommission des Kantons Basel-Stadt für das Grundbuchamt Basel zur Behandlung der leeren Pfandstellen erlassen hat, muss die Eintragung daher verweigert werden, wenn an Stelle des Vorgangspfandrechts ein solches mit höherem Kapital errichtet werden soll — dieser Fall ist nicht strittig — und ferner auch dann, wenn der Zinsfuss des neuen Pfandrechts höher ist, auch für den Fall, dass

das neue Kapital niedriger wäre als der Betrag der leeren Pfandstelle, also in unserem Falle: als der Pfandsumme der Maximalhypothek. Da die Ersetzung durch ein festes Pfandrecht ohne Zinshaftung fast unmöglich ist, wird nichts anderes übrig bleiben als die Zustimmung (sogen. Rücktrittserklärung) des nachgehenden Gläubigers einzuholen. Es ist aber nicht zu verkennen, dass die Durchführung dieser Praxis den Beteiligten grosse Schwierigkeiten bereiten kann.

Aus der Anwendung dieser Praxis folgt ferner, dass auch ein festes Pfandrecht durch eine Maximalhypothek nur bis zum Kapitalbetrage der ersteren ersetzt werden kann. Materiell könnte ja auch gefolgert werden, dass der Nachgangsgläubiger in diesem Falle die Ersetzung gestatten müsse in einem Gesamtbetrage des bisherigen Kapitalbetrages plus vier Jahreszinsen, da ja dies alles an Wert ihm vorweg hätte können aus dem Unterpfand befriedigt werden.

Zur Erläuterung folgendes Beispiel:

a) bisheriger Tatbestand:

I. Rang: Fr. 50,000.— zu 6% feste Hypothek.

II. „ „ 30,000.— feste Hypothek.

b) Kann nach Löschung der ersten Hypothek eine Maximalhypothek im Betrage von Fr. 62,000.— an dessen Stelle eingetragen werden, da ja der Vorgang für die II. Hypothek nach Art. 818 Abs. 2 soviel an Wert betragen könnte?

Der Tatbestand wäre dann:

I. Rang: Fr. 62,000.— Maximalhypothek,

II. „ „ 30,000.— feste Hypothek.

c) Nach obiger Behandlung ist jedoch nur folgende Lösung zulässig:

I. Rang: Fr. 50,000.— Maximalhypothek (würde diese in kleinerem Betrage errichtet, so würde ev. eine leere Pfandstelle entstehen),

II. „ „ 30,000.— feste Hypothek.

Tatsächlich ist der Nachgangsgläubiger durch eine derartige Ersetzung besser gestellt, denn in Zukunft geht ihm nur der Kapitalbetrag ohne die Haftung für Zinsen vor.

Zum Schlusse wollen wir noch kurz das Schicksal der Maximalhypothek im Falle der Zwangsversteigerung der Unterpfandsliegenschaft betrachten. In den Kollokationsplan muss der ganze im Grundbuch eingetragene Betrag aufgenommen werden, soweit nicht im Lastenbereinigungsverfahren ein anderer Konkursgläubiger, oder der Schuldner oder der Eigentümer selbst die Reduktion des Pfandrechts gerichtlich feststellen lässt. Wenn der Kreditgläubiger den Kredit auch gerade kündigt, kann eine Reduktion der Kredithypothek auf den Betrag der Ansprüche des Kreditgläubigers eintreten; läuft hingegen der Kreditvertrag noch weiter, so muss der ganze Betrag der Pfandsumme eingestellt werden, trotzdem noch nicht feststeht, wie weit das Pfandrecht in Anspruch genommen wird. Auch ist es dem Schuldner unbenommen, weitere Kreditschulden einzugehen, trotzdem die Liegenschaft gepfändet ist; allerdings wird dadurch die Maximalhypothek in stärkerem Masse belastet, aber da ja (vgl. weiter oben) die Pfandsumme nicht grösser wird, kann die blossе Beschlagnahme das nicht hindern. Anders steht die Sache bei Konkurs des Schuldners; doch auch dort kann event. die Konkursverwaltung das Kreditverhältnis weiter fortsetzen, soweit das zur Abwicklung der Geschäfte der Masse erforderlich ist. Jedenfalls muss die Kredithypothek, solange der Kreditvertrag noch nicht ganz abgewickelt ist beim geringsten Angebot, unter dem die Versteigerung zulässig ist, voll berücksichtigt werden (vgl. SchKG Art. 141 Abs. 1, 142 Abs. 2).

Aus den vorstehenden Ausführungen wird erhellen, dass die Maximalhypothek eine Institution ist, der man in rechtlicher Beziehung alle Sorgfalt angedeihen lassen muss.
