

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RT130063-O/U.doc

Mitwirkend: Die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und  
lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. L. Stünzi

## Urteil vom 28. Juni 2013

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**Bank B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 8. April 2013 (EB120362-G)**

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Die Vorinstanz hat der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchstellerin) mit Urteil vom 8. April 2013 für den Betrag von Fr. 2'900'000.– zuzüglich Zins zu 5% seit 7. Juli 2012 sowie den aus dem Urteil entstehenden Kosten- und Entschädigungsfolgen provisorische Rechtsöffnung erteilt (Urk. 21).
2. Dagegen erhob die Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchsgegnerin) innert Frist Beschwerde (Urk. 20). Mit Verfügung vom 29. April 2013 wurde auf Antrag der Gesuchsgegnerin die Vollstreckbarkeit von Dispositivziffer 1 des angefochtenen Urteils aufgeschoben (Urk. 23). Die Beschwerdeantwort der Gesuchstellerin datiert vom 17. Juni 2013 (Urk. 26) und wurde der Gesuchsgegnerin zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 27).

### **II.**

#### 1. Prozesshintergrund / Parteistandpunkte

1.1 Zwischen den Parteien besteht eine öffentlich beurkundete Solidarbürgschaftsverpflichtung, in welcher sich die Gesuchsgegnerin zur Sicherung des gewerblichen Kredits von Fr. 550'000.– zugunsten der Hauptschuldnerin "A'. \_\_\_\_\_ AG" als Solidarbürgin verpflichtete (Urk. 4/6). Die Gesuchsgegnerin war zum damaligen Zeitpunkt Verwaltungsrätin, Aktionärin und Geschäftsführerin der Hauptschuldnerin.

Neben dieser geschäftlichen Beziehung ging die Gesuchsgegnerin auch als Privatperson vertragliche Beziehungen mit der Gesuchstellerin ein. So haben die Parteien am 10. Juni 2009 in Erneuerung eines bereits bestehenden Hypothekarvertrages (Urk. 4/15) einen grundpfandgesicherten Vertrag über eine Festhypothek im Betrag von Fr. 2'400'000.– geschlossen (Urk. 4/16).

Am 15. März 2007 vereinbarten die Parteien sodann die Sicherungsübereignung eines Namensschuldbriefes, datiert 14. September 1990, lastend im 1. Rang, auf

GB ..., Einfamilienhaus, ...-Strasse ..., C.\_\_\_\_\_ im Nominalwert von Fr. 2'400'000.– (vgl. Urk. 4/21 und 22). Gemäss Präambel des Vertrages diene diese Sicherungsübereignung zur Deckung "für alle der Bank jetzt oder in Zukunft aus geschäftlichen Beziehungen zustehenden Ansprüchen, aus welchem Rechtsgrund auch immer" (Urk. 4/21 Ziffer 1). Ziffer 2 der Vereinbarung hält sodann fest, dass die Gesuchstellerin berechtigt sei, die Schuldbriefforderung plus den Gegenwert von drei jeweils verfallenen Jahreszinsen und des laufenden Zinses zu je 10% im Jahr anstelle ihrer Forderungen irgendwelcher Art gegen den Grundeigentümer und den Schuldner aus bereits abgeschlossenen oder künftig abzuschliessenden üblichen Bankgeschäften geltend zu machen (Urk. 4/21 Ziffer 2).

1.2 Der Bestand und die Fälligkeit der Hypothekarforderung sowie der Forderung aus Solidarbürgschaft werden von der Gesuchsgegnerin nicht (mehr) bestritten. Umstritten ist einzig die Frage, ob die Bürgschaftsforderung durch den Schuldbrief Grundpfandgesichert sei. Die Gesuchstellerin stellt sich mit der Vorinstanz auf den Standpunkt, auf das Parteiverhältnis sei das alte Sachenrecht anwendbar, weshalb nach Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 aZGB zusätzlich zur Kapitalforderung und den Kosten für die Betreuung und Verzugszinsen drei verfallene Jahreszinsen und der seit dem letzten Zinstag laufende Zins (als abstrakte Grösse) durch das Grundpfandrecht gesichert seien. Damit erhöhe sich der Betrag der Pfandhaft, und der in Betreuung gesetzte Betrag von Fr. 500'000.– aus der Solidarbürgschaftsverpflichtung sei von dieser Deckung erfasst.

Die Gesuchsgegnerin hält hingegen dafür, dass in Anwendung von Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 des revidierten Sachenrechts (fortan revZGB), welches am 1. Januar 2012 in Kraft getreten ist, das Grundpfand dem Gläubiger neben der Kapitalforderung und den Kosten für die Betreuung und Verzugszinsen nur für die tatsächlich geschuldeten Zinsen eine Pfandsicherung biete. Da keine Zinsausstände bestehen würden, könne das Grundpfand lediglich für die Kapitalforderung von Fr. 2'400'000.– zuzüglich Betreibungs- und Verzugszinskosten in Anspruch genommen werden.

## 2. Intertemporales Sachenrecht

2.1 Im vorliegenden Beschwerdeverfahren dreht sich der Streit einzig um die Auslegung von Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB und um die Frage, ob auf das vorliegende Parteiverhältnis das alte oder das revidierte Sachenrecht anwendbar ist. Dies ist entscheidend, da die Neufassung von Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB für den Gläubiger einer mit Schuldbrief grundpfandgesicherten Forderung einschneidende Konsequenzen hat. Zum besseren Verständnis hierzu ein kurzer Überblick:

- Art. 818 Abs. 1 ZGB regelt (sowohl nach altem wie auch nach neuem Recht) den Umfang der Sicherheit eines Grundpfandrechts, d.h. den Betrag, bis zu welchem das Grundpfand bei einem ausreichenden Verwertungsergebnis Sicherheit für die Forderung bietet. Während bei der sogenannten Maximalhypothek (Art. 794 Abs. 2 ZGB) die eingetragene Pfandsumme als Höchstbetrag gilt, bis zu welchem das Grundpfand für alle Ansprüche des Gläubigers haftet, bietet ihm die sogenannte Kapitalhypothek über die eingetragene Kapitalsumme hinaus noch Sicherheit für gewisse Nebenforderungen, so namentlich für die Betreibungs- und Verzugszinskosten sowie nach Ziff. 3 für drei zur Zeit der Konkurseröffnung oder des Pfandverwertungsbegehrens verfallene Jahreszinse und den seit dem letzten Zinstag laufenden Zins (Zinsenpfandrecht). Um dieses Zinsenpfandrecht dreht sich die vorliegende Auseinandersetzung.
- Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 aZGB sicherte der Schuldbrief im Falle einer Sicherungsübereignung bei entsprechender Abrede bis zum Betrag der Schuldbriefforderung (vorliegend Fr. 2'400'000.–) zuzüglich der darauf abstrakt geschuldeten Zinsen beliebige Forderungen irgendwelcher Art aus dem Grundverhältnis. Die Schuldbriefzinsen durften demnach nicht nur zur Deckung tatsächlich entstandener Zinsen, sondern auch zur Deckung einer Kapitalforderung beansprucht werden, selbst wenn die eigentliche Zinsforderung aus dem Grundverhältnis bereits bezahlt oder gar nicht geschuldet war. Das Bundesgericht ging demnach nicht von echten, sondern von rein abstrakten bzw. nur "rechnungsmässigen" Zinsen aus und anerkannte dabei, dass diese Form der Zinsberech-

nung einer Erhöhung des pfandgesicherten Kapitalbetrages gleichkommt (vgl. BGE 115 II 349).

- Nach Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 revZGB, welcher um einen zweiten Halbsatz dahingehend ergänzt wurde, dass beim Schuldbrief nunmehr nur die effektiv geschuldeten Zinsen pfandgesichert sind, lässt eine solche (abstrakte) Erhöhung des pfandgesicherten Kapitalbetrages zur Deckung einer Kapitalforderung nicht mehr zu. Die gesuchstellerische Ansicht, wonach eine solche entgegen dem klaren Gesetzeswortlaut auch nach der Revision des Sachenrechts möglich sein soll (vgl. Urk. 26 S. 4), ist mit Verweis auf die herrschende Lehre (BSK ZGB II-Staehelin, Art. 846 ZGB N 21 und 24; BSK ZGB II-Trauffer/Schmid-Tschirren, Art. 818 ZGB N 11; Wiegand/Brunner, Vorschläge zur Ausgestaltung des Schuldbriefes als papierloses Registerpfand, in: ZSR, Beiheft 39, Basel/Genf/München 2003, S. 44; Gammeter, Der Register-Schuldbrief und die Sicherungsübereignung, in: Jusletter 21. Februar 2011, Rz 26) und die bundesrätliche Botschaft (BBl 2007, 5317) zu verwerfen.
  
- Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass bei Anwendung des alten Sachenrechts eine Pfandsicherung im Betrag der Kapitalforderung von Fr. 2'400'000.– zuzüglich Betreuungskosten und Verzugszinsen sowie für drei verfallene Jahreszinsen zu 9% im Betrag von Fr. 648'000.– sowie den laufenden Zins bestehen würde (vgl. Urk. 21 S. 6). Da nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 aZGB dieser abstrakte Zinsbetrag zur Deckung einer beliebigen Forderung aus dem Grundverhältnis verwendet werden kann, wäre es der Gesuchstellerin möglich, auch für die Forderung aus Solidarbürgschaft die Pfandhaft zu beanspruchen. Dies unabhängig der Tatsache, dass effektiv keine Zinsausstände bestehen.

Bei Anwendung des neuen Sachenrechts würde hingegen nur eine Pfandsicherung für die Kapitalforderung im Betrag von Fr. 2'400'000.– zuzüglich die Kosten für Betreuung und Verzugszinsen bestehen. Mangels vorhandener Zinsausstände (vgl. Urk. 21 S. 13) würde sich dieser Betrag nicht weiter erhöhen. Die Gesuchstellerin wäre mithin nur berechtigt, für den Betrag von

Fr. 2'400'000.– nebst 5% Zins seit 7. Juli 2012 und den Betreuungskosten  
Betreibung auf Pfandverwertung zu verlangen.

2.2 Die sachenrechtlichen Übergangsbestimmungen finden sich in Art. 17 ff. SchIT ZGB. Für die vorliegende Frage ist Art. 26 SchIT einschlägig. Nach Art. 26 Abs. 1 SchIT beurteilen sich die Rechte und Pflichten des Gläubigers und des Schuldners, soweit es sich um Vertragswirkungen handelt, nach dem bisherigen Recht. In Bezug auf die von Gesetzes wegen eintretenden und vertraglich nicht abzuändernden Wirkungen gilt indes nach Art. 26 Abs. 2 SchIT auch für die schon bestehenden Pfandrechte das neue Recht. Es ist mithin zu fragen, ob die Erhöhung der Pfandhaft um die abstrakte Rechnungsgrösse der drei verfallenen Jahreszinse und des laufenden Zinses zur Deckung beliebiger Forderungen aus dem Grundverhältnis eine gesetzliche oder eine vertragliche Wirkung darstellt.

2.3 Die Erhöhung der Pfandhaft bei Kapitalhypotheken um die Nebenforderungen wie Kosten für Betreuung und Verzugszinsen sowie drei verfallene Jahreszinse und den seit dem letzten Zinstag laufenden Zins stellt sowohl nach altem wie auch nach revidiertem Sachenrecht eine gesetzliche Wirkung dar. Es handelt sich um den gesetzlich vorgeschriebenen, vertraglich nicht abänderbaren Umfang der Pfandhaft (BSK ZGB II-Wittibschlager, Art. 26 SchIT ZGB N 3. Der nach revidiertem Sachenrecht neu gefasste Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB, wonach beim Schuldbrief nur die tatsächlich geschuldeten Zinsen pfandgesichert sind, stellt mithin eine gesetzliche Wirkung dar. Die Tatsache, dass nach bisherigem Recht die Verwendung des um die abstrakte Grösse von drei verfallenen Jahreszinsen erhöhten Pfandbetrages vertraglich auf beliebige Forderungen ausgeweitet werden konnte, ist für die Beurteilung der vorliegend massgeblichen Frage irrelevant. Wenn nämlich das Gesetz für mittels Schuldbrief gesicherte Forderungen den Umfang der Pfandhaft zwingend auf tatsächlich geschuldete Zinsen beschränkt, bleibt kein Raum mehr für eine vertragliche Verwendungsabrede von rein rechnerisch bestehenden Zinsen. Dies entspricht dem Willen des Gesetzgebers, welcher mit der neuen Regelung der Auffassung des Bundesgerichts, wonach Schuldbriefzinsen auch zur Deckung einer Kapitalforderung aus dem Grundverhältnis verwendet werden dürfen, entgegneten wollte (BSK ZGB II-Staehelin, Art. 846

ZGB N 21; BBI 2007, 5317). Als zwingende gesetzliche Bestimmung gilt die Beschränkung der Pfandhaft bei Schuldbriefen gemäss Art. 26 Abs. 2 SchIT auch für die vor dem 1. Januar 2012 errichteten oder begebenen Schuldbriefe (BSK ZGB II-Staehelin, Art. 846 ZGB N 19, mit Verweis auf Piotet, BN 2010, 230).

2.4 Im Lichte der gemachten Erwägungen ist mit Bezug auf den Umfang der Pfandhaft entgegen der Vorinstanz auf Art. 26 Abs. 2 SchIT abzustellen und entsprechend das neue Recht anwendbar. Danach sind bei Schuldbriefen nur die tatsächlich geschuldeten Zinsen pfandgesichert. Die Vorinstanz hat unangefochten festgehalten, dass zwischen den Parteien keine Zinsausstände bestehen. Vor diesem Hintergrund bietet der vorliegend der Betreuung auf Pfandverwertung zugrunde liegende Namensschuldbrief lediglich Sicherheit für die Kapitalforderung im Betrag von Fr. 2'400'000.– zuzüglich 5% Zins seit 7. Juli 2012 sowie den Betreuungskosten (hierzu nachstehend Erw. III. 2). Nur in diesem Umfang kann die Gesuchstellerin die Betreuung auf Pfandverwertung fortsetzen. Die Beschwerde ist in diesem Punkt daher gutzuheissen und der Gesuchstellerin nur über den Betrag von Fr. 2'400'000.– zuzüglich 5% Zins seit 7. Juli 2012 sowie den Betreuungskosten provisorische Rechtsöffnung zu erteilen.

### III.

1. Abschliessend ist über die Kosten des erst- sowie zweitinstanzlichen Verfahrens zu entscheiden.
2. Vor Vorinstanz begehrte die Gesuchstellerin provisorische Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 2'916'294.30 nebst 5% Zins seit 7. Juli 2012. Nach erfolgter Korrektur des vorinstanzlichen Urteils wird dem Begehren im Umfang von Fr. 2'400'000.– nebst 5% Zins seit 7. Juli 2012 sowie Betreuungskosten stattgegeben. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, die von der Vorinstanz unangefochten auf Fr. 2'000.– festgesetzten Kosten des Verfahrens im Umfang von 5/6 der Gesuchsgegnerin und im Umfang von 1/6 der Gesuchstellerin aufzuerlegen. Entsprechend dem Verfahrensausgang ist die Gesuchsgegnerin sodann zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine auf 2/3 reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 318 Abs. 3 ZPO analog). Die Gesuchsgegnerin kritisiert in ihrer Be-

schwerde zwar die Höhe der erstinstanzlich auf Fr. 36'000.– festgesetzten Parteientschädigung (vgl. Urk. 20 S. 4). Sie unterlässt es aber, diesen Antrag zu beziffern und kommt damit ihrer Begründungspflicht nicht nach. Im Übrigen führt eine teilweise Anerkennung des gesuchstellerischen Rechtsbegehrens im vorinstanzlichen Verfahren (Urk. 20 S. 4, Urk. 10 S. 2) nicht zur Reduktion der Gebühr (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Daher bleibt es bei der erstinstanzlich festgesetzten vollen Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 36'000.– und die Gesuchsgegnerin ist zu verpflichten, die Gesuchstellerin mit Fr. 24'000.– (= 2/3) zu entschädigen. Mangels eines entsprechenden Antrages ist zur Prozessentschädigung kein Mehrwertsteuersatz zuzusprechen (vgl. das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Zürcher Obergerichts vom 17. Mai 2006).

3. Im Beschwerdeverfahren obsiegt die Gesuchsgegnerin mit Ausnahme des nicht ins Gewicht fallenden Antrages hinsichtlich der Parteientschädigung vollumfänglich. Es rechtfertigt sich daher, der Gesuchstellerin die Kosten des Verfahren aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind in Anwendung von § 48 i.V.m. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 1'500.– festzulegen und ausgangsgemäss der Gesuchstellerin aufzuerlegen. Überdies ist die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung zu bezahlen, welche in Anwendung von § 4 i.V.m. § 9 und 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 6'000.– festzusetzen ist. Mangels eines entsprechenden Antrages ist zur Parteientschädigung kein Mehrwertsteuersatz zuzusprechen (vgl. das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Zürcher Obergerichts vom 17. Mai 2006).

#### **Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositiv-Ziffern 1 bis 5 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 8. April 2013 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

" 1. Der Gesuchstellerin wird *provisorische* Rechtsöffnung erteilt in der  
Betreibung Nr. ..., Betreibungsamt D.\_\_\_\_\_,

Zahlungsbefehl vom 9. Juli 2012, für  
CHF 2'400'000.– nebst Zins zu 5 % seit 7. Juli 2012  
sowie für die Kosten und Entschädigung gemäss Ziff. 2 bis 5 dieses Urteils.  
Im Mehrumfang (bis CHF 2'900'000.–) wird das Begehren abgewiesen. Im Um-  
fang von CHF 16'294.30 wird das Begehren als Gegenstandlos abgeschrieben.

2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
  3. Die Gerichtskosten werden der Gesuchstellerin im Umfang von 1/6 (Fr. 333.35) und der Gesuchsgegnerin im Umfang von 5/6 (Fr. 1'666.65) auferlegt.
  4. Die Gerichtskosten werden mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 2'000.– verrechnet, sind ihr jedoch von der Gesuchsgegnerin im Umfang von Fr. 1'666.65 zu ersetzen.
  5. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 24'000.– zu bezahlen."
2. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
  3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
  4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit dem Kostenvorschuss der Gesuchsgegnerin verrechnet. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin den geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– zu ersetzen.
  5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 6'000.– zu bezahlen.
  6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen innert 10 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen

Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 28. Juni 2013

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. L. Stünzi

versandt am:

se