

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT190064-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Blesi Keller

Beschluss vom 9. Juli 2019

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Fürsprecher lic. iur. X1._____ und / oder

Rechtsanwalt Dr. iur. X2._____

gegen

B._____,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht
Zürich vom 11. April 2019 (EB181602-L)**

Erwägungen:

I.

1.1. Die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchstellerin) ist eine Schweizer Bank. Die Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchsgegnerin) ist Alleineigentümerin des Grundstückes C._____ ... in D._____ (Grundbuch Blatt 1, Kataster Nr. 2, E._____). Die Gesuchsgegnerin und F._____ (deren Ehegatte) erklärten sich am 4. November 2010 im Zusammenhang mit der Umfinanzierung der Liegenschaft C._____ ... in D._____ unterschrieben mit einer Finanzierungsofferte der Gesuchstellerin betreffend einen Kreditbetrag von Fr. 6'600'000.– als Hypothekar-Darlehen einverstanden (Urk. 1 S. 8; Urk. 5/12; Urk. 18 S. 17). Gleichentags unterzeichneten die Parteien einen "Pfandvertrag", welcher als Pfänder zwei Inhaberschuldbriefe vom 24. März 2005 bzw. 12. November 2010 (damals noch neu zu errichten) mit Nennwert von Fr. 5'500'000.– bzw. Fr. 1'400'000.– bezeichnete (vgl. Urk. 5/24, insbesondere Ziffer 15). Das Pfandrecht sollte der Gesuchstellerin zur Sicherung aller Forderungen gegenüber F._____ aus bereits abgeschlossenen oder im Rahmen der Geschäftsbeziehung künftig abzuschliessenden Verträgen dienen (Urk. 1 S. 9; Urk. 5/24 Ziffer 2; Urk. 18 S. 18). Die Schuldbriefe lasten im 1. und 2. Rang auf der Liegenschaft C._____ ... in D._____ (Urk. 5/24 Ziffer 15).

1.2. Mit Rahmenkreditvertrag vom 12. August 2013 gewährte die Gesuchstellerin F._____ eine Kreditlimite von maximal Fr. 22'688'000.–. Die Benützung des Kredits sowie der Zinssatz und allfällige Amortisationen sollten in einer Produktevereinbarung festgelegt werden (vgl. Urk. 5/23). Der Rahmenkreditvertrag ersetzte denjenigen vom 21. September 2011 (Urk. 5/22) bzw. vom 4. November 2010 (Urk. 1 S. 9; Urk. 5/21; Urk. 18 S. 18). Mit Produktevereinbarung vom 16. Dezember 2016 erklärte F._____ unterschrieben, der Gesuchstellerin einen von dieser gewährten "Festen Vorschuss" in der Höhe von Fr. 6'301'750.– zu schulden (Urk. 5/30). Die Produktevereinbarung ersetzte diejenige vom 27. April 2016 und 30. Mai 2016 (vgl. Urk. 5/28-30), welchen wiederum die Produktever-

einbarungen vom 18. November 2010 (Urk. 5/25) und 11. April 2011 (Urk. 5/26) über Fr. 1'400'000.– sowie die Produktevereinbarung vom 11. April 2011 über Fr. 5'075'000.– (Urk. 5/27) vorausgegangen waren.

1.3. Mit Schreiben vom 29. Mai 2017 forderte die Gesuchstellerin F. _____ auf, ihr per 31. Mai 2017 den dannzumal noch ausstehenden "Festen Vorschuss" von Fr. 6'285'250.– sowie Halbjahreszinsen von Fr. 28'629.25 zu überweisen (Urk. 5/33). Innert Frist leistete F. _____ nur eine Zahlung in der Höhe des Halbjahreszinses (Urk. 5/34). In der Folge leitete die Gesuchstellerin für Fr. 6'285'250.– die Betreuung auf Verwertung eines Faustpfandes ein (vgl. Urk. 3a; Urk. 3b). Dagegen erhoben sowohl der betriebene Schuldner (F. _____) am 22. November 2017 als auch die Gesuchsgegnerin als Drittpfandeigentümerin am 20. Dezember 2017 Rechtsvorschlag (Urk. 3a+3b = Urk. 5/2+5 S. 2), wobei F. _____ seinen Rechtsvorschlag mit Schreiben vom 29. November 2017 wieder zurückzog (Urk. 5/4). Am 8. November 2018 ersuchte die Gesuchstellerin die Vorinstanz um ... des Rechtsvorschlags der Gesuchsgegnerin in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 7 (Zahlungsbefehl vom 22. November 2017) sowohl hinsichtlich der betriebenen Forderung als auch des Pfandrechts und um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung für Fr. 6'285'250.– nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Juni 2017 (Urk. 1 S. 2). Betreffend den Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens kann auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 27 S. 2).

2. Mit Urteil vom 11. April 2019 wies die Vorinstanz das Rechtsöffnungsgesuch ab (Urk. 27 S. 8, Dispositivziffer 1). Gegen diesen Entscheid erhob die Gesuchstellerin fristgerecht Beschwerde mit den folgenden Anträgen (Urk. 25a; Urk. 26 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 11. April 2019 (Geschäfts-Nr. EB181602-L/U), vollumfänglich aufzuheben.
2. Es sei der von der Gesuchsgegnerin gegen den am 12. Dezember 2017 zugestellten Zahlungsbefehl Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 7 erhobene Rechtsvorschlag zu beseitigen und der Gesuchstellerin für CHF 6'285'250 nebst Zins zu 5% seit dem 1. Juni 2017 provisorische Rechtsöffnung zu erteilen.

3. Eventuell sei die Sache an die Vorinstanz zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen des Obergerichts zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin."

Die Gesuchstellerin hat einen Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– geleistet (Urk. 31; Urk. 32). Die Beschwerdeantwort, worin die Gesuchsgegnerin die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde beantragt (Urk. 34 S. 2), datiert vom 31. Mai 2019. Am 14. Juni 2019 hat die Gesuchstellerin eine sog. freiwillige Replik eingereicht, welche der Gesuchsgegnerin zur Kenntnis gebracht wurde (Prot. S. 6; Urk. 38; Urk. 39).

3. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei hat die beschwerdeführende Partei in der Beschwerdebegründung (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden, es sei denn, ein Mangel springe geradezu ins Auge. Abgesehen von dieser Relativierung gilt auch im Beschwerdeverfahren der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO). Die Beschwerdeinstanz ist deshalb weder an die in den Parteieingaben vorgetragene Argumente noch an die Erwägungen der Erstinstanz gebunden. Sie kann die Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der Argumentation der Erstinstanz abweichenden Begründung abweisen (sog. Motivsubstitution; vgl. BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21, N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 m.w.Hinw.). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind sodann im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Novenverbot, Art. 326 Abs. 1 ZPO).

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-25).

II.

1. Gemäss Art. 82 SchKG kann der Gläubiger, dessen Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanererkennung beruht, die provisorische Rechtsöffnung verlangen (Abs. 1). Der Richter spricht dieselbe aus, insofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanererkennung entkräften, sofort glaubhaft macht (Abs. 2). In einer Betreibung auf Pfandverwertung kann, wie dies die Gesuchsgegnerin getan hat (vgl. Urk. 5/6), durch den Rechtsvorschlag sowohl die Forderung als auch das Pfandrecht bestritten werden. Diesfalls muss sowohl für die Forderung als auch für das Pfandrecht Rechtsöffnung verlangt und ein entsprechender Titel vorgelegt werden (vgl. BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 165 f.; Vock/Aeppli-Wirz, in: Kren Kostkiewicz/Vock, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 82 N 30). Provisorische Rechtsöffnung für das Pfandrecht kann erteilt werden, wenn eine unterzeichnete oder in öffentlicher Urkunde festgestellte Pfandanerkennung vorliegt. Beim Faustpfand sind eigentliche Pfandanerkennungen, die sich auf ein bereits begründetes Pfandrecht beziehen, jedoch selten. In der Praxis wird daher der Vertrag, welcher die Verpflichtung zur Errichtung des Faustpfandrechts enthält, regelmässig als Rechtsöffnungstitel akzeptiert (vgl. hierzu Urk. 27 S. 4; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 169; Vock/Aeppli-Wirz, a.a.O., Art. 82 N 31).

2.1. Die Vorinstanz hielt korrekterweise (vgl. *hierzu OGer ZH RT 160191 vom 30.01.2017 E. 3.2.*) fest, dass die Frage, ob ein gültiger Rechtsöffnungstitel vorhanden sei, vom Gericht unabhängig von allfälligen Einreden und Einwendungen (Urk. 27 S. 4) und damit von Amtes wegen zu prüfen sei. Sie kam – nach entsprechender Prüfung – zum Schluss, es fehle an einem Rechtsöffnungstitel für das Faustpfandrecht, und wies das Rechtsöffnungsgesuch gesamthaft ab. Ob die beantragte Rechtsöffnung auch aus anderen Gründen nicht zu erteilen gewesen wäre, liess sie offen (Urk. 27 S. 7).

2.2. Zur Frage, ob ein Rechtsöffnungstitel für das Faustpfandrecht vorliegt, erwog die Vorinstanz das Folgende: Die Parteien hätten am 4. November 2010

einen Pfandvertrag unterzeichnet. Im Gesuch bringe die Gesuchstellerin vor, die Schuldbriefe seien ihr zu Faustpfand übergeben worden, erläutere dies aber nicht weiter. Dem Pfandvertrag lasse sich jedoch nicht ohne Weiteres entnehmen, dass die Schuldbriefe der Gesuchstellerin zu Faustpfand abgetreten worden wären und die Gesuchsgegnerin sich damit im Sinne eines provisorischen Rechtsöffnungstitels für das Pfandrecht verpflichtet hätte, ein Faustpfand an den Schuldbriefen zu errichten. Ein (im Entscheid wörtlich zitierter) Passus in Ziffer 1 des Vertrages lasse sogar das Gegenteil vermuten:

"Soweit Wertpapiere nicht auf den Inhaber lauten, werden sie im Sinne von Art. 900 bzw. 901 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (nachfolgend ZGB) an die Bank zu Faustpfand abgetreten."

Demnach würden Wertpapiere bei denen es sich nicht um Inhaberpapiere handle, der Bank als Faustpfand abgetreten. Im Umkehrschluss lasse dieser Wortlaut die Auslegung zu, dass Inhaberschuldbriefe der Bank gerade nicht zu Faustpfand begeben werden sollen. Bei den ins Recht gelegten Schuldbriefen vom 24. März 2005 und 12. November 2010 handle es sich unzweifelhaft um Inhaberschuldbriefe (Urk. 27 S. 5).

Die Bezeichnung "Faustpfand", so die Vorinstanz weiter, werde schliesslich noch an einer weiteren Stelle in Ziffer 1 des Pfandvertrages verwendet. Die Vorinstanz zitiert wiederum wörtlich aus dem "Pfandvertrag" was folgt:

"Ist der Schuldbrief noch zu errichten, so erfolgt die vorläufige Sicherstellung der Bank durch direktes Grundpfandrecht bis zur rechtsgültigen Übergabe des Schuldbrieftitels zu Faustpfand. Im Falle eines Drittpfandes erteilt der Kreditnehmer hiermit im Sinne von Art. 857 Abs. 3 ZGB unwiderruflich die ausdrückliche Einwilligung zur direkten Aushändigung des Schuldbrieftitels an die Bank."

Vor dem Hintergrund der insgesamt sehr allgemein gehaltenen inhaltlichen Formulierung des Pfandvertrages lasse jedoch auch dieser Abschnitt keine klaren Schlüsse zur angeblich vereinbarten Verwendungsart der Schuldbriefe als Faustpfänder zu. Es scheine sich hier um einen Passus zu handeln, der erst dann zur Anwendung gelange, sollte tatsächlich eine Begebung der Schuldbriefe zu Faustpfand vereinbart worden sein. Dies ergebe sich aber gerade nicht eindeutig aus dem Vertragsdokument. Im Übrigen würden, so die Vorinstanz, keine weiteren

Formulierungen für ein Faustpfand sprechen. So sei beispielsweise die zwischen den Parteien geschlossene Vereinbarung bloss als "Pfandvertrag" und nicht als "Faustpfandvertrag" benannt worden. Weiter würden darin die auf der letzten Seite aufgeführten Schuldbriefe nur als "Pfänder" und nicht als "Faustpfänder" bezeichnet. Die Auslegung des Vertrages führe somit nicht zu einem eindeutigen Ergebnis (Urk. 27 S. 5 f.).

In der Folge legt die Vorinstanz (zutreffend) dar, wieso für provisorische Rechtsöffnungstitel strenge Anforderungen gelten würden. Stütze sich ein Gläubiger auf einen Vertrag, der unterschiedlich ausgelegt werden könne, sei daher die Rechtsöffnung zu verweigern und der Gläubiger auf den ordentlichen Prozessweg mit vorgängigem Schlichtungsverfahren zu verweisen. Die Vorinstanz kommt zum Schluss, dass sich nach dem Gesagten eine Auslegung des Pfandvertrages nicht mit jener Eindeutigkeit vornehmen lasse, die für die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung nötig wäre. Hinzu komme, dass eine unklare Bestimmung im Zweifel zulasten derjenigen Partei auszulegen sei, die sie verfasst habe; vorliegend also zulasten der Gesuchstellerin ("in dubio contra stipulatorem"). Es könne daher nicht von einer Verpflichtung der Gesuchsgegnerin zur Errichtung eines Faustpfandes an den Schuldbriefen vom 24. März 2005 bzw. 12. November 2010 ausgegangen werden (Urk. 27 S. 6 f.).

3. Die Gesuchstellerin rügt, die Gesuchsgegnerin habe vor Vorinstanz explizit anerkannt, mit ihr einen Faustpfandvertrag abgeschlossen zu haben (Urk. 26 S. 7 f.), und die Vorinstanz selbst habe festgestellt, dass die Gesuchsgegnerin ihr ein Pfandrecht an den Schuldbriefen eingeräumt habe (Urk. 26 S. 8 f.). Weiter komme von den drei Arten, wie ein Schuldbrief zur Sicherung einer Forderung hingegeben werden könne, vorliegend einzig die Verpfändung zu Faustpfand in Frage (Urk. 26 S. 9 f.). Sodann halte der Pfandvertrag in klarer Weise fest, dass die Schuldbriefe zu Faustpfand verpfändet worden seien (Urk. 26 S. 10 f.).

Zusammenfassend führt die Gesuchstellerin an, die Vorinstanz habe auf der Ebene des Sachverhalts zunächst korrekt festgestellt, dass die Gesuchsgegnerin ihr im Pfandvertrag ein Pfandrecht an den Schuldbriefen eingeräumt habe. Bei diesem Pfandrecht könne es sich logischer Weise nur um ein Faustpfandrecht han-

deln. Die Gesuchsgegnerin habe in ihrer Stellungnahme anerkannt, dass ein Faustpfandvertrag abgeschlossen worden sei. Der wirkliche Willen der Parteien, wonach ein Faustpfandrecht an den beiden Schuldbriefen errichtet worden sei, sei somit erstellt. Einer Auslegung des Pfandvertrages habe es überhaupt nicht bedurft. Die Vorinstanz sei alsdann in nicht nachvollziehbarer Weise zum Schluss gekommen, es sei nicht klar, ob es sich beim Pfandrecht an den Schuldbriefen um ein Faustpfand handle. Damit habe die Vorinstanz Bundesrecht willkürlich und i.S.v. Art. 320 lit. a ZPO unrichtig angewandt. Sie habe einerseits eine Auslegung vorgenommen, obwohl der wirkliche Wille aller Parteien zur Erstellung eines Faustpfandes erstellt gewesen sei. Andererseits habe sie Art. 900 und 901 ZGB falsch und willkürlich angewandt. Zugleich müsse sich die Vorinstanz eine i.S.v. Art. 320 lit. b ZPO offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts vorwerfen lassen. Obwohl die Vorinstanz selbst festgestellt habe, dass an den Schuldbriefen ein Pfandrecht erstellt worden sei, ver falle sie später in einen Widerspruch und komme zum falschen Schluss, dass kein Faustpfand bestellt worden sei. Diese offensichtlich widersprüchliche und falsche Sachverhaltsfeststellung sei kausal für die Abweisung des Rechtsöffnungsbegehrens gewesen (Urk. 26 S. 12 f.).

4.1. Der Inhalt eines Vertrages bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Wenn kein solcher ausgemacht werden kann, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden sind, verstanden werden durften und mussten (BGE 132 III 24 E. 4, BGE 131 III 606, E. 4.1, BGE 130 III 66 E. 3.2; je mit Hinweisen).

4.2. Zum subjektiven Willen der Parteien hat sich die Vorinstanz nicht geäussert. Sie führt einzig an, die Gesuchstellerin bringe im Gesuch vor, die Schuldbriefe seien ihr zu Faustpfand übergeben worden, erläutere dies aber nicht weiter (Urk. 27 S. 5). Gestützt auf den Grundsatz, dass die Frage, ob ein gültiger Rechtsöffnungstitel vorliegt, von Amtes wegen zu prüfen sei (vgl. Urk. 27 S. 4), legt sie nachfolgend den Vertrag allein gestützt auf dessen Wortlaut nach dem

Vertrauensprinzip aus. Es kann vorliegend offen bleiben, ob dieses Vorgehen korrekt ist, da die von der Vorinstanz vorgenommene Auslegung, wie nachfolgend aufgezeigt wird (vgl. II./E. 4.3. ff.), einer Überprüfung nicht standhält und keine Partei vor Vorinstanz einen dahingehenden übereinstimmenden Parteiwillen behauptet hat, dass mit dem Pfandvertrag etwas anderes als ein Faustpfand an den Schuldbriefen hätte begründet werden sollen. Die Gesuchsgegnerin hat denn vor Vorinstanz, worauf die Gesuchstellerin zu Recht hinweist (Urk. 26 S. 7 f.), nie geltend gemacht, sie habe sich durch die Unterzeichnung des "Pfandvertrages" nicht zur Erstellung von Faustpfändern an den Inhaberschuldbriefen verpflichtet bzw. verpflichten wollen. Sie machte nur geltend, es sei nicht klar, was sie mit dem Pfandvertrag habe absichern wollen, die von ihr und F._____ gleichentags unterzeichnete Finanzierungsofferte über Fr. 6'600'000.- (Urk. 5/12) oder den ebenfalls vom 4. November 2010 datierenden - allein von F._____ unterzeichneten - Rahmenkreditvertrag über Fr. 15'143'500.- (Urk. 5/21; Urk. 18 S. 11). Sodann berief sich die Gesuchsgegnerin auf eine Nichtigkeit des Pfandvertrages zufolge übermässiger Bindung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 19 Abs. 2 OR (vgl. Urk. 18 S. 13 und 18).

4.3.1. Der von den Parteien am 4. November 2010 unterzeichnete "Pfandvertrag" hält unter Ziffer 1 ("Parteien, Pfänder") einleitend den Namen und die Adresse der Gesuchsgegnerin fest. Hernach wird in Absatz 1 angeführt, die "unterzeichnete Partei (in diesem Vertrag "Pfandgeber" genannt) räumt hiermit der A._____ (nachfolgend Bank genannt) ein Pfandrecht ein an den nachstehend verzeichneten Wertpapieren, unverbrieften Wertrechten (namentlich Wertpapieren mit aufgeschobenem Titeldruck), Sparheften aller Art, Metalldepotbeständen, Wertsachen, Waren und sonstigen Werten, welche diese gegenwertig und zukünftig für ihn aufbewahrt bzw. verwaltet oder bei einem Dritten unter ihrem Namen aufbewahren bzw. verwalten lässt. Soweit Wertpapiere nicht auf den Inhaber lauten, werden sie im Sinne von Art. 900 bzw. 901 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches an die Bank zu Faustpfand abgetreten". Sodann werden unter Ziffer 15 ("Verzeichnis der Pfänder") die beiden vorab erwähnten "Inhaberschuldbriefe" über Fr. 5'500'000.- und Fr. 1'400'000.- (vgl. vorne I./E. 1.1.) ange-

führt, wobei Letzterer im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung noch zu erstellen war (Urk. 5/24).

4.3.2. Aus dem Wortlaut des Vertrages ergibt sich klar, dass die Gesuchsgegnerin mit dessen Unterzeichnung der Gesuchstellerin ein Pfandrecht an den zwei erwähnten Inhaberschuldbriefen einräumt (Urk. 5/24 Ziffer 1 und 15). Pfandrechte sichern eine Forderung. Das Schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB) regelt die Grundpfänder (Art. 793 ff.) und die Fahrnispfänder (Art. 884 ff.). Die Pfandrechte gehören zu den beschränkt dinglichen Rechten. Es sind Sicherungsrechte. Der Berechtigte hat die Befugnis, im Fall der Nichtzahlung einer Schuld die verpfändete Sache (ausnahmsweise: das verpfändete Recht) verwerten zu lassen und sich aus dem Erlös bezahlt zu machen. Der Pfandgläubiger wird nicht Eigentümer der Pfandsache (vgl. hierzu Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, S. 8 N 32 und S. 443 N 1463 ff.). Entsprechend wird in Ziffer 4 des von den Parteien unterzeichneten Pfandvertrages ("Verwaltung der Pfänder") vermerkt, die Bank sei berechtigt, aber nicht verpflichtet, alle jene Rechte und Entscheidungen zu treffen, welche dem Pfandgeber als Eigentümer der Pfänder zustünden. Weiter halten die Absätze 3 und 4 von Ziffer 5 ("Zusätzliche Bestimmungen für die Verpfändung von Grundpfandtiteln/Grundpfandforderungen") fest, dass die Bank im Verzugsfalle berechtigt sei, die Schuldbriefe zu Eigentum zu übernehmen (Urk. 5/24). Vorliegend ist unbestritten, dass die beiden Schuldbriefe der Gesuchstellerin übergeben wurden, jedoch das Eigentum daran bei der Gesuchsgegnerin verblieb (vgl. Urk. 1 S. 8, S. 10; Urk. 18 S. 17 f.). Damit kommt, wie die Gesuchstellerin zu Recht anführt (vgl. Urk. 26 S. 9 f.), von den von der Vorinstanz angeführten drei Möglichkeiten (vgl. Urk. 27 S. 4), wie die Parteien einen Schuldbrief zur Sicherung einer Forderung verwenden können (zu Sicherungszwecken [Sicherungsübereignung bzw. -übertragung], als direktes Grundpfand oder als indirektes Grundpfand [Fahrnispfand am Schuldbrief]), allein die Errichtung eines Fahrnispfandes in Frage (vgl. hierzu Alexandra Dal Molin-Kränzlin, Die Verknüpfung zwischen gesicherter Forderung und grundpfandbezogenen Sicherungsrechten, Eine Untersuchung zur Akzessorietät und zum Akzessorietätsersatz bei Immobiliarsicherheiten, Diss. 2016, S. 23 ff. Rz 81 ff.). Diese Tatsache hat das Rechtsöffnungsgericht entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin (Urk. 34

S. 25 f.), bei der Prüfung, ob ein genügender Rechtsöffnungstitel für das geltend gemachte Pfandrecht vorliegt, zu berücksichtigen. Weil die verpfändete Schuldbriefforderung bei Papierschuldbriefen, welche vorliegend vorhanden sind (vgl. Urk. 5/9+10), in einem Wertpapier (vgl. hierzu BSK ZGB II-Staehelin, Art. 842 N 1) verkörpert ist, geht die Rechtsprechung und die Lehre davon aus, dass es sich dabei um eine gewöhnliche Faustpfandverpfändung nach Art. 884 ff. ZGB und nicht um ein Forderungspfandrecht nach Art. 899 ff. ZGB handelt (vgl. hierzu BGE 48 III 138; Daniel Staehelin, *Betreibung und Rechtsöffnung beim Schuldbrief*, AJP 1994, S. 1257; Dal Molin-Kränzlin, a.a.O., S. 27 Rz 87; BSK ZGB II-Bauer, Art. 899 N 27).

4.3.3. Beim von der Gesuchsgegnerin unterzeichneten Vertrag handelt es sich um einen Standard-Pfandvertrag der Gesuchstellerin. Darin wird nicht allein die Verpflichtung zur Errichtung eines Faustpfandes an Inhaberschuldbriefen geregelt. Vielmehr deckt Ziffer 1 Absatz 1 des Vertrages sämtliche gemäss ZGB (Art. 884 ff.) möglichen Fahrnispfänder ab; erwähnt werden Wertsachen, Sparhefte, Wertpapiere etc. (Urk. 5/24). Die Spezifizierung, was im konkreten Fall verpfändet wird, erfolgt unter Ziffer 15 ("Verzeichnis der Pfänder"). Entgegen der Ansicht der Vorinstanz (vgl. Urk. 27 S. 6) wird denn der Vertrag in zutreffender Weise nicht als "Faustpfandvertrag", sondern (allgemein) als "Pfandvertrag" bezeichnet und in Ziffer 15 wird nicht von Faustpfändern, sondern von "Pfändern" gesprochen.

4.3.4. Die Begründung eines Fahrnispfandes setzt den Abschluss eines Pfandvertrages voraus (sog. Verpflichtungsgeschäft). Die eigentliche Pfandbestellung erfolgt hingegen erst durch den Vollzug des Pfandvertrages (sog. Verfügungsgeschäft; vgl. BSK ZGB II-Bauer, Art. 884 N 14). Die Anforderungen hinsichtlich des Verfügungsgeschäfts bei der Verpfändung von Wertpapieren sind in Art. 901 ZGB geregelt. Demnach sind Inhaberpapiere wie bewegliche Sachen nach den Grundsätzen des Faustpfandprinzips zu verpfänden. Es genügt die Besitzübertragung der Urkunde an den Pfandgläubiger (Art. 901 Abs. 1 ZGB; vgl. BK-Zobl, Art. 901 ZGB N 49), die hier unbestrittenermassen erfolgt ist (Urk. 1 S. 8 N 15, S. 10 N 21; Urk. 18 S. 17 N 65, S. 18 N 72). Bei Ordrepapieren ist neben

der Übergabe des Besitzes an den Pfandgläubiger ein Indossament auf der Urkunde selbst anzubringen. Statt der Indossierung ist gemäss Art. 901 Abs. 2 ZGB auch eine Abtretungserklärung auf der Urkunde selbst oder auf einem separaten Schriftstück zulässig. Auf der Urkunde selbst erzeugt die Abtretungserklärung dieselben Wirkungen wie das Indossament (vgl. BSK ZGB II-Bauer, Art. 901 N 7). Für die Verpfändung von Namenpapieren bedarf es einer Abtretungserklärung (BSK ZGB II-Bauer, Art. 901 N 8). Sowohl Namen- als auch Ordrewertpapiere können somit mittels Abtretungserklärung auf den Pfandgläubiger übertragen werden. Art. 901 ZGB gilt ausschliesslich für Wertpapiere. Diese können jedoch auch nach Massgabe von Art. 900 ZGB verpfändet werden (sog. forderungs- oder zessionsrechtliche Verpfändung des Wertpapiers), was sich insbesondere bei Zweifeln über die Wertpapierqualität einer Urkunde empfiehlt, um die Konstituierung des Pfandrechts sicherzustellen (vgl. BSK ZGB II-Bauer, Art. 900 N 1 und Art. 901 N 2; BK-Zobl, Art. 900 ZGB N 1).

Der von der Vorinstanz zitierte Passus aus Ziffer 1 des Standard-Pfandvertrages, wonach, soweit Wertpapiere nicht auf den Inhaber lauten, diese im Sinne von Art. 900 bzw. 901 Abs. 2 ZGB an die Bank zu Faustpfand abgetreten werden, beinhaltet nach dem Gesagten das für die Verpfändung von Ordre- und Namenwertpapieren allenfalls notwendige Verfügungsgeschäft. Der Satz regelt somit, wie die Gesuchstellerin zu Recht vorbringt, nicht "ob" eine Sache oder eine Forderung verpfändet werden soll (vgl. Urk. 26 S. 10 f.), sondern die Bestellung des Pfandes. Mit Bezug auf die Verpfändung von Inhaberwertpapieren muss diesbezüglich nichts geregelt werden, weil die Übergabe des Titels zur Verpfändung genügt. Aus diesem Satz den Umkehrschluss ziehen zu wollen, dass gemäss Pfandvertrag Inhaberschuldbriefe bzw. allgemein Inhaberwertpapiere "der Bank gerade nicht zu Faustpfand" begeben würden (Urk. 27 S. 5), geht fehl. Es wird denn bezeichnenderweise nur Art. 901 Abs. 2 ZGB, welcher sich mit der Übertragung von Namen- und Ordrepapieren befasst, angeführt. Unerwähnt bleibt Art. 901 Abs. 1 ZGB. Die Erwähnung von Art. 900 ZGB dient der Sicherstellung der Konstituierung des Pfandrechts bei Urkunden deren Wertpapierqualität umstritten ist.

4.3.5. Damit ist aufgrund des Wortlautes des Vertrages und der Besitzübertragungen davon auszugehen, dass die beiden Schuldbriefe zu Faustpfand begeben werden sollten. Auch der von der Vorinstanz im Weiteren zitierte Vertragsspassus Ziffer 1 Absatz 2 unterstreicht dies. So regelt er den Fall, dass im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Pfandvertrages ein Schuldbrieftitel noch zu errichten ist, wie es vorliegend der Fall war. Diesfalls soll die vorläufige Sicherstellung der Bank bis zur rechtsgültigen Übergabe "des Schuldbrieftitels zu Faustpfand" durch ein direktes Grundpfandrecht erfolgen (Urk. 5/24). Aus dieser Formulierung ergibt sich klar, dass der noch zu errichtende Schuldbrief zu "Faustpfand" begeben werden soll.

5. Aus dem Gesagten erhellt, dass sich aus dem Pfandvertrag klar ergibt, dass sich die Gesuchsgegnerin dazu verpflichtete, ein Faustpfand an den beiden Schuldbriefen zu errichten. Da die Auslegung des Vertrages nach dem Wortlaut zu einem eindeutigen Ergebnis führt und weitere Umstände, welche nach dem Vertrauensprinzip zu beachten wären, weder behauptet werden noch sich aus den Akten ergeben, kommt die Unklarheitenregel von vornherein nicht zur Anwendung (Urk. 26 S. 12; vgl. BGer 5C.31/2006 vom 10.07.2006, E. 3.3; BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 40). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz den Pfandvertrag nicht rechtskonform ausgelegt hat (Art. 320 lit. a ZPO). Die Beschwerde der Gesuchstellerin ist gutzuheissen. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien im Beschwerdeverfahren muss nicht mehr eingegangen werden. Das Urteil der Vorinstanz ist aufzuheben (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

6. Die Vorinstanz hat der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 31. Januar 2019 Frist angesetzt, um die vollständigen "Basisdokumente vom Januar 2010 sowie vom 1. Januar 2016" einzureichen (vgl. Urk. 20 S. 2, insbesondere Dispositivziffer 1). Gleichzeitig wurde der Gesuchstellerin die Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 13. Dezember 2018 "zur Wahrung des rechtlichen Gehörs" zugestellt, mit dem Hinweis, dass eine allfällige schriftliche Äusserung hierzu innert 10 Tagen ab Zustellung der Verfügung zu erfolgen habe (Urk. 20 S. 2, Dispositivziffer 2). Mit Eingabe vom 14. Februar 2019 reichte die Gesuchstellerin die verlangten Dokumente nach (Urk. 23/1-2) und nahm zur Eingabe der Gesuchsgegnerin Stel-

lung (Urk. 22 S. 2 ff.). Das Doppel dieser Eingabe wurde der Gesuchsgegnerin erst mit dem Endentscheid zugestellt (Urk. 22 S. 8, Dispositivziffer 6). Mit diesem Vorgehen wurde das rechtliche Gehör der Gesuchsgegnerin verletzt (vgl. BGE 138 I 484 E. 2; BGer 5A_82/2015 vom 16.6.2015, E. 4.1). Das Verfahren vor Vorinstanz wurde nicht rechtmässig zu Ende geführt. Die Vervollständigung des Sachverhalts kann aufgrund des umfassenden Novenverbots im Beschwerdeverfahren nicht nachgeholt werden (vgl. Art. 326 Abs. 1 ZPO; BGer 5A_872/2012 vom 22.02. 2013, E. 3; BGer 5A_405/2011 vom 27.09.2011, E. 4.5.3 m.w.Hinw.). Eine Heilung der Gehörsverletzung fällt damit ausser Betracht, weshalb das Verfahren nicht zur Spruchreife geführt werden kann. Dieser offensichtliche und als solcher auch ohne ausdrückliche Rüge in der Beschwerdeschrift beachtliche Mangel (vgl. vorstehend I./E. 3) führt dazu, dass das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen ist, zur Fortsetzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

III.

1. Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens beträgt Fr. 6'285'250.–. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

2. Die Verteilung der zweitinstanzlichen Gerichtskosten sowie der Entscheid über eine allfällige Parteientschädigung bleibt dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO; KUKO ZPO-Schmid, Art. 104 N 7; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 104 N 7; BK ZPO I-Sterchi, Art. 104 N 16). Dies gilt auch für die Verteilung der Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens, welche nach Massgabe des Verfahrensausgangs von der Vorinstanz neu zu verlegen sind.

Es wird beschlossen:

1. Das Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 11. April 2019 wird aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
4. Es wird vorgemerkt, dass die Gesuchstellerin einen Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– geleistet hat.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 6'285'250.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 9. Juli 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Blesi Keller

versandt am:
am