



Die private Verwertung von Faustpfändern sowie von Sicherheiten an Bucheffekten unter besonderer Berücksichtigung des Selbsteintritts

ADRIAN DÖRIG



DAVID WEBER

Nach konstanter Lehre und Rechtsprechung ist die private Verwertung der Pfandsache durch den Pfandgläubiger zulässig, wenn sie auf einer entsprechenden Vereinbarung zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpfänder beruht. Ausgeschlossen ist sie aber im Konkurs des Verpfänders. Der Selbsteintritt des Pfandgläubigers ist als eine besondere Form der privaten Faustpfandverwertung nur zulässig, wenn die Pfandsache zudem einen Markt- oder Börsenpreis bzw. einen objektiv feststellbaren Verkaufswert hat oder eine besondere Ermächtigung oder die nachträgliche Genehmigung des Verpfänders vorliegt.

Unter dem Bucheffektengesetz ist die private Sicherheitenverwertung auch in einem Zwangsvollstreckungsverfahren gegen den Sicherungsgeber zulässig, wenn die Sicherheit an einem repräsentativen Markt gehandelt wird. Nach der Auffassung der Autoren können ausserhalb von Zwangsvollstreckungsverfahren gestützt auf eine entsprechende Abrede zwischen den Parteien auch Sicherheiten, die nicht an einem repräsentativen Markt gehandelt werden, privat und insbesondere mittels Selbsteintritt des Sicherungsnehmers verwertet werden.

Selon la doctrine et la jurisprudence constantes, la réalisation privée du gage par le créancier gagiste est admissible lorsqu'elle repose sur une convention correspondante entre le créancier gagiste et le constituant. Elle est toutefois exclue dans le cadre de la faillite du constituant. L'appropriation de l'objet du gage par le créancier gagiste en tant que forme particulière de la réalisation privée d'un gage mobilier n'est autorisée que lorsque l'objet du gage a également un prix de marché ou est coté à la bourse, c'est-à-dire qu'il a une valeur vénale objectivement constatable ou lorsque le constituant a donné un pouvoir spécifique ou son consentement ultérieur à ce sujet.

Dans le cadre de la loi sur les titres intermédiaires, la réalisation privée de sûretés est aussi admise dans une procédure d'exécution forcée contre le donneur de sûretés, si la sûreté est négociée sur un marché représentatif. De l'avis des auteurs, hors de procédures d'exécution forcée et sur la base d'un accord correspondant entre les parties, il est également possible de réaliser des sûretés qui ne sont pas négociées sur un marché représentatif, à titre privé et en particulier par le biais d'une appropriation par le bénéficiaire de la sûreté.

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage und Problemstellung
- II. Faustpfandverwertung im Allgemeinen
- III. Private Faustpfandverwertung im Besonderen
 1. Zulässigkeit und Anwendungsbereich
 2. Arten der privaten Faustpfandverwertung und Abgrenzung
 - a. Selbstverkauf
 - b. Selbsteintritt
 - c. Verfallsvertrag
 3. Dogmatische Einordnung der privaten Faustpfandverwertung
 4. Voraussetzungen und Verfahren der privaten Faustpfandverwertung
 - a. Vertragliche Vereinbarung
 - b. Androhung der Verwertung
 - c. Pflichtverletzung und Haftungsfolgen
- IV. Selbsteintritt des Pfandgläubigers im Besonderen
 1. Problematik
 2. Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Selbsteintritts
 - a. Übersicht
 - b. Fehlen einer Benachteiligungsgefahr für den Verpfänder
 - c. Besondere Ermächtigung des Pfandgläubigers
 - d. Genehmigung des Verpfänders
 3. Pflichten des selbsteintretenden Pfandgläubigers
- V. Private Sicherheitenverwertung nach Bucheffektengesetz
 1. Sicherheiten nach Bucheffektengesetz im Allgemeinen
 2. Private Sicherheitenverwertung im Allgemeinen
 3. Selbsteintritt des Sicherungsnehmers im Besonderen
- VI. Fazit und Schlussbemerkung

I. Ausgangslage und Problemstellung

Banken behalten sich in ihren Pfandverträgen bzw. Allgemeinen Geschäftsbedingungen regelmässig das Recht vor, die von Kunden oder Kreditnehmern verpfändeten Waren oder Wertpapiere privat zu verwerten, einschliesslich der Befugnis zum Selbsteintritt. Die private Faustpfandverwertung und der Selbsteintritt des Pfandgläubigers wurden durch die Gerichtspraxis und die Lehre seit langem legitimiert. Das Bucheffektengesetz (BEG)¹ regelt die private Verwertung von Sicherheiten und den Selbsteintritt des Sicherungsnehmers in den Art. 31 (Verwertungsbefugnis) und Art. 32 (Ankündigung und Abrechnung) nun ausdrücklich. Diese Regelung sollte nach der Absicht des Gesetzgebers die bisherige Gerichtspraxis kodifizieren.

Ziel des vorliegenden Aufsatzes ist die Auslegung und kritische Beurteilung der Bestimmungen des Bucheffektengesetzes zur privaten Verwertung von Sicherheiten an Bucheffekten, insbesondere zum Selbsteintritt des Sicherungsnehmers, vor dem Hintergrund der bisherigen Praxis

Die Autoren danken lic. iur. TANJA GUSTINETTI HENZ, Rechtsanwältin, LL.M. für die kritische Durchsicht des Manuskripts. Allfällige Hinweise oder Bemerkungen nehmen die Autoren gerne entgegen (adoerig@vischer.com).

¹ Bundesgesetz vom 3. Oktober 2008 über Bucheffekten (SR 957.1).

zur privaten Faustpfandverwertung und zum Selbsteintritt des Pfandgläubigers. Die Autoren gehen dabei wie folgt vor: Eingangs werden die bisherige Praxis zur privaten Faustpfandverwertung sowie deren dogmatische Begründung erläutert². Nach der kurzen Darstellung der Regelung von Art. 31 f. BEG beantworten die Autoren ausgewählte Streitfragen unter Berücksichtigung der bisherigen Praxis zur privaten Faustpfandverwertung. Es folgen eine Zusammenfassung der Ergebnisse und eine kritische Würdigung.

II. Faustpfandverwertung im Allgemeinen

Nach Art. 891 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB)³ hat der Pfandgläubiger im Falle der Nichtbefriedigung das Recht, sich aus dem Erlös des Pfandes bezahlt zu machen. Auf welchem Weg der Pfandgläubiger dieses Recht geltend machen muss, wird dagegen nicht präzisiert.

Die amtliche Zwangsvollstreckung nach dem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG)⁴ stellt aus gesetzssystematischer Sicht das ordentliche Pfandverwertungsverfahren dar: Wenn über einen Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, werden alle Pfandgegenstände zur Konkursmasse gezogen⁵, wobei die Pfandgläubiger aus dem Verwertungserlös der Pfandgegenstände vorab befriedigt werden⁶.

Andernfalls erfolgt die Liquidierung des Pfandes mittels Betreuung auf Pfandverwertung⁷.

In beiden Verfahren erfolgt die Verwertung grundsätzlich mittels öffentlicher Versteigerung, wobei unter gewissen Voraussetzungen auch der freihändige Verkauf zulässig ist⁸.

² Im Rahmen des vorliegenden Aufsatzes werden nur Zweiparteienverhältnisse erläutert. Die Begriffe Schuldner, Verpfänder und Pfand Eigentümer werden demnach synonym verwendet.

³ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

⁴ Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1).

⁵ Art. 198 SchKG.

⁶ Art. 219 Abs. 1 SchKG.

⁷ Art. 151 ff. SchKG. Dies gilt unabhängig davon, ob der Schuldner der Konkursbetreibung unterliegt: Art. 41 Abs. 1 SchKG.

⁸ Art. 156 i.V.m. Art. 125 SchKG und Art. 130 SchKG, resp. Art. 256 Abs. 1 und 2 SchKG.

III. Private Faustpfandverwertung im Besonderen

1. Zulässigkeit und Anwendungsbereich

Daneben ist auch die private Faustpfandverwertung denkbar, da sie vom Zwangsvollstreckungsrecht nicht grundsätzlich ausgeschlossen wird⁹. Nach konstanter Lehre und Rechtsprechung ist – zumindest im Bereich des Fahrnispfandrechts – die private Verwertung der Pfandsache durch den Pfandgläubiger zulässig, wenn sie auf einer entsprechenden Vereinbarung zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpfänder beruht¹⁰.

Dies gilt indessen nicht uneingeschränkt. Das Bundesgericht hat entschieden, dass ein privates Verwertungsrecht des Pfandgläubigers nicht mehr ausgeübt werden könne, wenn über den Verpfänder der Konkurs eröffnet wurde¹¹. In diesem Fall trete zum Schutz der übrigen Gläubiger anstelle der privaten zwingend die amtliche Verwertung¹².

⁹ Vgl. BGE 24 II 440, E. 3: Das SchKG regelt «lediglich einerseits die Voraussetzungen, unter welchen die Betreuung als Art der Zwangsvollstreckung zulässig ist und andererseits die Formen, in welchen sie durchgeführt wird, ohne irgendwie den Schluss zu rechtfertigen, dass die Betreuung auf Pfandverwertung die einzig zulässige Form für die Realisierung von Faustpfändern sein solle.» Kritisch KARL OFTINGER/ROLF BÄR, Zürcher Kommentar zum ZGB, IV. Band, Abt. 2/c, das Fahrnispfand, Zürich 1981, Art. 891 N 48.

¹⁰ BGE 119 II 344 ff.; BGE 118 II 112 (= Pra 1992, Nr. 201), E. 2.; BGE 116 III 23, E. 2; grundlegend: BGE 24 II 441, E. 3; ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 891 N 2 und N 48; DIETER ZOBL, Berner Kommentar zum ZGB, Band IV, 2, Abt., 5. Teilband, 2. Unterteilband, Das Fahrnispfand mit kurzem Überblick über das Versatzpfand, Art. 888–906 ZGB, 2. A., Bern 1996, Art. 891 N 28; THOMAS BAUER, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, 3. A., Basel 2007, Art. 891 N 20; PETER REETZ/MICHAEL S. GRABER, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, Art. 884–894 ZGB, Art. 891 N 12; PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. A., Zürich 2002, 1050; URS EMCH/HUGO RENZ/RETO ARPAGAU, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. A., Zürich 2004, Rz. 1049; PETER LOSER, Kein Staatsmonopol bei der Grundpfandverwertung, Möglichkeiten und Grenzen der privaten Verwertung von Grundstücken, AJP/PJA 1998, 1193 ff., 1196; ELISABETH MOSKRIC, Der Lombardkredit, Zürich 2003, 225.

¹¹ BGE 116 III 23, E. 2; BGE 81 III 57; BGE 44 III 45, E. 2; vgl. auch BGE 24 II 440, E. 3.

¹² Das Gleiche gilt nach der Rechtsprechung im Falle einer Pfändung oder Arrestierung der Pfandsache: BGE 116 III 23, E. 2; BGE 81 III 57; unlängst bestätigt in BGE 136 III 436, E. 3.3; kritisch BK-ZOBL (FN 10), Art. 891 N 35 f.; BSK-BAUER (FN 10), Art. 891 N 35; LOSER (FN 10), 1198.

Eine Ausnahme gilt im Anwendungsbereich des Bankengesetzes (BankG)¹³- sowie des Börsengesetzes (BEHG)¹⁴: Nach Art. 27 Abs. 3 BankG bleibt die rechtliche Verbindlichkeit im Voraus geschlossener Abreden über die freihändige Sicherheitenverwertung von angeordneten Sanierungs- oder Zwangsvollstreckungsmassnahmen unberührt, sofern die entsprechenden Effekten oder Finanzinstrumente an einem repräsentativen Markt gehandelt werden. Durch letztere Voraussetzung werden die übrigen Gläubiger vor unsorgfältiger Verwertung geschützt und ein angemessener Verwertungserlös sichergestellt¹⁵. Diese Regelung ist zu begrüssen und verallgemeinerungsfähig. Es ist nicht einzusehen, welche Gläubigerinteressen durch eine private Faustpfandverwertung gefährdet sein sollen, wenn die Verwertung zum objektiven Veräusserungswert des Pfandgegenstands erfolgt¹⁶.

Die Rechtslage im Fall einer Nachlassstundung ist hingegen nicht geklärt. Der Zweck der Nachlassstundung besteht darin, dem Schuldner durch das Verbot von Betreibungshandlungen¹⁷ Zeit für die Vorbereitung eines Nachlassvertrags zu verschaffen¹⁸. Jedoch sind die Pfandgläubiger einem allfälligen Nachlassvertrag für den durch das Pfand gedeckten Forderungsbetrag nicht unterworfen¹⁹ und jedenfalls nach Ablauf der Nachlassstundung ohne weiteres zur Pfandverwertung befugt²⁰, insbesondere auch zur privaten²¹. Weshalb sollte den Pfandgläubigern zur Vorbereitung eines Nachlassvertrags ein Recht

entzogen werden, das ihnen selbst durch die gerichtliche Bestätigung eines Nachlassvertrags überhaupt nicht entzogen werden kann? Es kann höchstens geltend gemacht werden, dass die übrigen Gläubiger – wie im Fall einer Konkursöffnung – vor einer unsorgfältigen Verwertung zu schützen sind und ein angemessener Verwertungserlös sichergestellt werden muss²². Aufgrund der voranstehenden Erwägungen vermag dies freilich nur insofern zu überzeugen, als für die Pfandsache kein objektiv feststellbarer Veräusserungswert besteht, ansonsten keine Gefährdung von Gläubigerinteressen droht und die private Faustpfandverwertung auch während der Nachlassstundung zulässig sein muss²³. Jedenfalls sind beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung die Faustpfandgläubiger aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in keinem Fall verpflichtet, ihr Pfand den Liquidatoren abzuliefern und bleiben zur amtlichen und gegebenenfalls auch zur privaten Faustpfandverwertung (einschliesslich Selbsteintritt) berechtigt²⁴.

Die Rechtslage bei einem Konkursaufschub nach Art. 725a des Schweizerischen Obligationenrechts (OR)²⁵ ist ebenfalls ungeklärt, sollte nach der hier vertretenen Auffassung aber analog zur Nachlassstundung behandelt werden. Ein Konkursaufschub dient dazu, eine Generalexekution vorläufig zu verhindern, um eine Sanierung der Gesellschaft zu ermöglichen²⁶. Die Anordnungen des Richters haben sich auf den Erhalt des Vermögens und die Sicherstellung der Gläubigergleichbehandlung zu beschränken²⁷. Sofern für die Pfandsache ein objektiv feststellbarer Veräusserungswert besteht, ist nach dem Gesagten deshalb die private Faustpfandverwertung zuzulassen. Andernfalls kann der Richter einen Rechtsstillstand auch für private Faustpfandverwertungen anordnen²⁸.

¹³ Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (SR 952.0).

¹⁴ Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (SR 954.1). Vgl. Art. 36a BEHG.

¹⁵ MARTIN HESS/EVA KÜNZI, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler (Hrsg.), Basler Kommentar, Bankengesetz, Basel 2005, Art. 27 N 21.

¹⁶ Vgl. Botschaft zum Bucheffektengesetz sowie zum Haager Wertpapierübereinkommen vom 15. November 2006, BBl 2006, 9315 ff., 9381 und Bericht der vom Eidgenössischen Finanzdepartement eingesetzten technischen Arbeitsgruppe zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Verwahrung und Übertragung von Bucheffekten (Bucheffektengesetz) und die Ratifizierung des Haager Übereinkommens über die auf bestimmte Rechte an intermediär-verwahrten Wertpapieren anzuwendende Rechtsordnung (Haager Wertpapierübereinkommen) vom 15. Juni 2004, 77.

¹⁷ Art. 297 Abs. 1 SchKG; vgl. BGE 102 III 109, E. 1.

¹⁸ KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 5. A., Zürich 2011, Bd. II, 111.; CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS M. KULL/MARTIN KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. III, 4. A., Zürich 2001, Art. 297 N 6.

¹⁹ Art. 310 Abs. 1 SchKG.

²⁰ BSK-BAUER (FN 10), Art. 891 N 18; KURT AMMON/DOMINIK GASSER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. A., Bern 1997, § 55 N 7 f.

²¹ MOSKRIC (FN 10), 235.

²² Im Falle einer Ablehnung des Nachlassvertrags ist unmittelbar mit einer Konkursöffnung zu rechnen, vgl. Art. 309 SchKG.

²³ A.M. MOSKRIC (FN 10), 234 f. und THOMAS BAUER/OLIVIER HARI/VINCENT JEANNERET/KARL WÜTHRICH in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. A., Basel 2010, Art. 324 N 4. Weitergehend dagegen BSK-BAUER (FN 10), Art. 891 N 34. Offen gelassen bei ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 891 N 53.

²⁴ Art. 324 SchKG; vgl. JÄGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 18), Art. 324 N 12; BSK-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 23), Art. 324 N 12.

²⁵ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220).

²⁶ HANSPETER WÜSTNER, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3. A., Basel 2008, Art. 725a N 4.

²⁷ Entscheidung des BGer H.301/99 vom 18. Juli 2000, E. 5.

²⁸ Weitergehend BSK-BAUER (FN 10), Art. 891 N 14.

2. Arten der privaten Faustpfandverwertung und Abgrenzung

Die private Faustpfandverwertung kann sowohl mittels Selbstverkauf als auch mittels Selbsteintritt erfolgen. Die vertragliche Vereinbarung dieser grundsätzlich zulässigen Verwertungsarten ist im Folgenden kurz darzulegen und von der verpönten Verfallsabrede abzugrenzen.

a. Selbstverkauf

Die Verwertung des Pfandgegenstands durch den Pfandgläubiger mittels Verkauf an einen Dritten wird als Selbstverkauf bezeichnet²⁹ und ist weitgehend mit der amtlichen Faustpfandverwertung vergleichbar. Insbesondere sind sowohl die öffentliche Versteigerung³⁰ als auch der Freihandverkauf³¹ zulässige Verwertungsarten³². Der Selbstverkauf unterscheidet sich vom amtlichen Verfahren primär dadurch, dass die Pfandverwertung nicht durch den Betreibungsbeamten, sondern durch den Pfandgläubiger selbst erfolgt. Dies vereinfacht und beschleunigt das Verwertungsverfahren, was regelmässig im Interesse beider Parteien liegt³³.

b. Selbsteintritt

Der Selbsteintritt ist eine Form der privaten Pfandverwertung, bei welcher der Pfandgläubiger die Pfandsache nicht an einen Dritten verkauft, sondern selbst erwirbt³⁴. Es handelt sich konzeptionell um einen Sonderfall des Selbstverkaufs, wobei der Verwertungserlös mangels eines tatsächlichen Leistungsaustauschs nur rechnerisch ermittelt wird. Der Vorteil des Selbsteintritts gegenüber dem Selbstverkauf besteht für den Pfandgläubiger darin, dass die Suche nach einem Kaufinteressenten und das Risiko seiner Zahlungsunfähigkeit entfallen³⁵. Der Selbsteintritt ist aber mit dem Nachteil behaftet, dass der zur

Verrechnung gebrachte Verwertungserlös schwierig zu bestimmen resp. zu überprüfen sein kann.

c. Verfallsvertrag

Der Verfallsvertrag ist definiert als Abrede, wonach die Pfandsache dem Gläubiger als Eigentum zufallen soll, wenn er nicht befriedigt wird³⁶. Eine derartige Abrede ist ungültig und damit nichtig im Sinne von Art. 20 OR³⁷. Das Verbot des Verfallsvertrags bezweckt den Schutz des Verpfänders vor Übervorteilung. Es soll verhindern, dass ein Schuldner in finanzieller Schieflage sein Eigentum suspensiv bedingt veräussert, in der Hoffnung, seinen Zahlungsverpflichtungen doch noch rechtzeitig nachkommen zu können³⁸. Der wucherische Charakter des Verfallsvertrags äussert sich darin, dass der Pfandgegenstand im Falle der Nichtbefriedigung des Pfandgläubigers ohne Rücksicht auf seinen Wert in das Eigentum des Pfandgläubigers übergehen soll, insbesondere ohne Pflicht auf Abrechnung und Herausgabe des Überschusses³⁹. Aus diesem Schutzzweck ergibt sich auch, dass die Hingabe des Pfandgegenstands an den Pfandgläubiger zu Eigentum dann zulässig ist, wenn sie erst nach Eintritt der Fälligkeit verabredet wurde⁴⁰, da sie diesfalls in voller Kenntnis der eigenen Zahlungsunfähigkeit erfolgt⁴¹.

Der Selbsteintritt fällt nicht unter das Verbot des Verfallsvertrags, da er dem Pfandgläubiger nur das Recht auf Befriedigung aus dem *Erlös* des Pfands, nicht aber aus dem Vollrecht einräumt⁴². Massgeblich für die Abgrenzung ist deshalb, dass der Pfandgläubiger beim Selbsteintritt über die Verwertung ordnungsgemäss abrechnen, den Preis von seiner Pfandforderung abziehen und dem Verpfänder einen allfälligen Überschuss herausgeben muss⁴³.

²⁹ BK-ZOBL (FN 10), Art. 891 N 50; BSK-BAUER (FN 10), Art. 891 N 19; CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 891 N 13; MOSKRIC (FN 10), 228; LOSER (FN 10), 1199.

³⁰ Art. 229 ff. OR.

³¹ Art. 187 ff. OR.

³² BK-ZOBL (FN 10), Art. 891 N 49 ff.; BSK-BAUER (FN 10), Art. 891 N 31; CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 891 N 13; EMCH/RENTZ/ARPAGAU (FN 10), N 1052; MOSKRIC (FN 10), 227; LOSER (FN 10), 1199.

³³ BSK-BAUER (FN 10), Art. 891 N 22; CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 891 N 15.

³⁴ ALFRED KOLLER, Der Selbsteintritt des Pfandgläubigers, ZBJV 1994, 375 ff., 376.

³⁵ Vgl. ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 891 N 60 und LOSER (FN 10), 1199 f.

³⁶ Art. 894 ZGB.

³⁷ ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 894 N 14; BK-ZOBL (FN 10), Art. 984 N 2; CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 891 N 10; MOSKRIC (FN 10), 231.

³⁸ ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 894 N 4 und N 8; BK-ZOBL (FN 10), Art. 894 N 1; BSK-BAUER (FN 10), Art. 894 N 2; CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 894 N 1.

³⁹ ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 894 N 7; BK-ZOBL (FN 10), Art. 894 N 15; CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 894 N 7.

⁴⁰ BGE 41 III 437, E. 3.

⁴¹ ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 894 N 11; BK-ZOBL (FN 10), Art. 894 N 18; BSK-BAUER (FN 10), Art. 894 N 10; MOSKRIC (FN 10), 232; a.M. CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 894 N 8.

⁴² BK-ZOBL (FN 10), Art. 891 N 44; BSK-BAUER (FN 10), Art. 894 N 8.

⁴³ BGE 119 II 344, E. 2.b; ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 891 N 21 und N 62; BK-ZOBL (FN 10), Art. 891 N 45; BSK-BAUER (FN 10), Art. 894 N 16; CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 894 N 7; EMCH/RENTZ/ARPAGAU (FN 10), Rz. 1051; MOSKRIC (FN 10), 232; vgl. auch BGE 64 II 415.

3. Dogmatische Einordnung der privaten Faustpfandverwertung

Während das amtliche Pfandverwertungsverfahren streng normiert ist, hat die private Faustpfandverwertung als Schöpfung privater Vertragsgestaltung keine gesetzliche Regelung erfahren. Es stellt sich damit die Frage nach der dogmatischen Einordnung der privaten Faustpfandverwertung und den allenfalls (analog) anzuwendenden Rechtsnormen⁴⁴.

Die private Faustpfandverwertung ist mit dem Pfandvertrag in Zusammenhang zu stellen. Jener begründet zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpfänder ein Rechtsverhältnis mit obligatorischen Rechten und Pflichten⁴⁵. Dabei handelt es sich um einen Innominatvertrag⁴⁶. Die Befugnis zur privaten Verwertung des Faustpfandes regelt die Modalitäten des primären Anspruchs des Pfandgläubigers auf Verwertung des Pfandgegenstands im Fall der Nichtbefriedigung. Aus systematischer Sicht stellt das Recht auf private Verwertung deshalb eine Nebenabrede des Pfandvertrags dar⁴⁷.

Inhaltlich umfasst das Recht auf private Verwertung die Befugnis des Pfandgläubigers, den Pfandgegenstand des Verpfänders zu verkaufen und sich aus dem Erlös Befriedigung zu verschaffen. Strukturbildendes Merkmal dieser Abrede ist das Handeln für fremde Rechnung⁴⁸, was für Stellvertretungsverhältnisse charakteristisch ist⁴⁹. Die Befugnis des Pfandgläubigers zur Vornahme einer

Rechtshandlung für Rechnung des Schuldners ergibt sich aus einer entsprechenden Abrede im Pfandvertrag, ist demnach rechtsgeschäftlich. Da der Pfandgläubiger bei der Verwertung des Faustpfandes in eigenem Namen handelt⁵⁰, weist die Befugnis zur Privatverwertung alle Merkmale einer rechtsgeschäftlich eingeräumten Befugnis zur indirekten Vertretung des Verpfänders auf. Zur weiteren Auslegung der Befugnis zur privaten Faustpfandverwertung sind nach der hier vertretenen Auffassung deshalb die für die indirekte Stellvertretung entwickelten Regeln heranzuziehen.

Die Befugnis zum Handeln für fremde Rechnung eröffnet ausserdem einen gewissen Zusammenhang zu den Dienstleistungsverträgen, insbesondere zum Auftrag als deren Grundtypus⁵¹, was freilich nicht unbestritten ist. Richtig ist, dass Auftragsrecht jedenfalls nicht direkt anwendbar sein kann, fehlt es doch regelmässig an einer Verpflichtung des Pfandgläubigers, den Pfandgegenstand tatsächlich zur Verwertung bringen zu müssen⁵². Dagegen geht die ganz grundsätzliche Ablehnung gegenüber der analogen Anwendung auftragsrechtlicher Normen zu weit⁵³. Dies gilt insbesondere für die Frage nach dem Umgang mit den teils konfligierenden Interessen zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder. Es ist augenfällig, dass die Interessenlage des Verpfänders mit derjenigen eines Kommittenten⁵⁴ und diejenige des Pfandgläubigers mit

⁴⁴ In Lehre und Praxis wird ausgeführt, das obligatorische Rechtsverhältnis zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger werde vom Prinzip von Treu und Glauben beherrscht: ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 890 N 6; BGE 73 III 13. Dies ist richtig, gilt jedoch für alle obligatorischen Rechtsverhältnisse und hilft für die Lösung konkreter Rechtsfragen kaum weiter. Jedenfalls entbindet Art. 2 ZGB den Rechtsanwender nicht von einer dogmatischen Einordnung des zur Anwendung gebrachten Rechtsinstituts.

⁴⁵ ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 890 N 4; BK-ZOBL (FN 10), Art. 890 N 8.

⁴⁶ CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 884 N 4; EMCH/RENZ/ARPA-GAUS (FN 10), Rz. 1040.

⁴⁷ Vgl. BGE 64 II 415 ff.: Das Bundesgericht führt aus, dass der Pfandvertrag «die Rechte des Faustpfandgläubigers ausdehnen und insbesondere festlegen [kann], auf welche Art der Erlös des Pfandes zu gewinnen ist, aus dem er sich bezahlt machen darf.»

⁴⁸ BSK-BAUER (FN 10), Art. 891 N 19; CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 891 N 11; LOSER (FN 10), 1199.

⁴⁹ Dass die private Pfandverwertung für Rechnung des Verpfänders erfolgt, ergibt sich aus der Pflicht des Pfandgläubigers, über die Verwertung abzurechnen und dem Verpfänder einen allfälligen Überschuss herauszugeben: vgl. BGE 119 II 344, E. 2.b. Im Falle eines Ausfalls behält der Pfandgläubiger das Recht, den Schuldner aufgrund dessen persönlicher Haftbarkeit im Umfang der Unterdeckung zu belangen: ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 891 N 26; vgl. Art. 158 SchKG.

⁵⁰ ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 891 N 60: Privatverwertung ist die Befugnis «zur Übertragung fremden Eigentums in eigenem Namen.»

⁵¹ Vgl. Art. 394 Abs. 2.

⁵² BSK-BAUER (FN 10), Art. 891 N 4; CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 891 N 7. Insbesondere aus diesem Grund ist die Anwendung des jederzeitigen Widerrufsrechts von Art. 404 OR auf die private Verwertungsbefugnis nicht sachgerecht: Vgl. ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 891 N 50 und LOSER (FN 10), 1196.

⁵³ So aber CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 891 N 14, da eine Pfandbestellung primär dem Eigeninteresse des Pfandgläubigers diene. Dagegen ist einzuwenden, dass ein Eigeninteresse des Beauftragten die analoge Anwendung auftragsrechtlicher Bestimmungen nicht grundsätzlich ausschliesst (unter Umständen aber die Haftungsbeschränkung von Art. 399 Abs. 2 OR, wie die zitierten Autoren zu Recht festhalten: vgl. BGE 118 II 347, E. 2.). Ferner ist nicht zu übersehen, dass der Schuldner den Pfandvertrag regelmässig im eigenen Interesse an der Kreditgewährung durch den Pfandgläubiger eingeht und die Erlaubnis der privaten Faustpfandverwertung durchaus auch im Interesse des Verpfänders liegt: vgl. ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 891 N 3 und 49; BK-ZOBL (FN 10), Art. 891 N 30; BSK-BAUER (FN 10), Art. 891 N 22.

⁵⁴ Der Verpfänder hat primär ein Interesse daran, dass bei der Verwertung des Pfandgegenstandes ein möglichst hoher Erlös erzielt wird, da die Verwertung ja für seine Rechnung erfolgt. Dies gilt entsprechend auch für einen Kommittenten, der einen Dritten mit dem Verkauf von Sachen oder Wertpapieren beauftragt: Art. 425 Abs. 1 OR.

derjenigen eines Verkaufskommissionärs⁵⁵ vergleichbar ist. Der Umgang mit der Interessenlage zwischen Kommittent und Kommissionär ist im Kommissionsrecht und subsidiär im Auftragsrecht⁵⁶ gesetzlich geregelt. Es bietet sich deshalb an, die analoge Anwendung der entsprechenden Normen auf die private Faustpfandverwertung zumindest in Betracht zu ziehen, insbesondere soweit die entsprechenden Normen die in Frage stehende Interessenlage in verallgemeinerungsfähiger Weise behandeln. Dies entspricht – allerdings regelmässig ohne nähere Begründung – auch der herrschenden Lehre⁵⁷ und Rechtsprechung⁵⁸.

4. Voraussetzungen und Verfahren der privaten Faustpfandverwertung

a. Vertragliche Vereinbarung

Die private Faustpfandverwertung ist nur zulässig, wenn sie vertraglich vereinbart wurde, was für das Verhältnis zwischen Banken und ihren Kunden regelmässig zutrifft⁵⁹. Die Erlaubnis zur privaten Faustpfandverwertung kann rechtsgültig auch mittels Allgemeiner Geschäftsbe-

dingungen vereinbart werden, da sie nach dem Gesagten nicht als ungewöhnlich bezeichnet werden kann⁶⁰. Eine Ausnahme von diesem Erfordernis besteht dann, wenn die Pfandsache rascher Verderbnis oder Wertverlust ausgesetzt ist⁶¹. Diesfalls ist der Pfandgläubiger auch ohne Zustimmung des Verpfänders berechtigt, nicht aber verpflichtet, die Pfandsache durch einen sogenannten Notverkauf zu verwerten⁶². Dies entspricht im Wesentlichen der Rechtslage von Art. 427 Abs. 3 i.V.m. Art. 52 Abs. 3 OR⁶³.

Fehlt die Zustimmung des Verpfänders und sind die Voraussetzungen für einen Notverkauf nicht erfüllt, liegt in der privaten Verwertung eine eigenmächtige Verfügung des Pfandgläubigers über die Pfandsache im Sinne von Art. 890 Abs. 2 ZGB, die zur verschuldensunabhängigen Haftung des Pfandgläubigers führt⁶⁴. Ein Schaden entsteht regelmässig dann, wenn ein Dritter infolge seines guten Glaubens in seinem Erwerb geschützt wird⁶⁵. Eine derartige eigenmächtige Verfügung kann aber durch nachträgliche Genehmigung des Verpfänders geheilt werden⁶⁶.

b. Androhung der Verwertung

In Lehre und Praxis besteht Einigkeit, dass die private Verwertung dem Verpfänder anzudrohen ist⁶⁷. Die Funk-

⁵⁵ Für den Pfandgläubiger ist die Höhe des Verwertungserlöses von sekundärer Bedeutung, da er sich daraus zwar unmittelbar Befriedigung verschaffen kann, ihm aber im Falle eines Ausfalls eine Ersatzforderung gegenüber dem Verpfänder zusteht. Ein Pfandgläubiger wird das Interesse an einem möglichst hohen Verwertungserlös regelmässig dem Interesse unterordnen, dass es überhaupt bzw. möglichst rasch zur Verwertung kommt, da nur dann ein Erlös besteht, aus dem er sich Befriedigung verschaffen kann. Vergleichbares gilt für den Kommissionär, dessen Provisionsanspruch zwar regelmässig vom erzielten Verkaufserlös abhängt, aber nur entsteht, wenn es überhaupt zu einem Verkauf kommt: Art. 432 Abs. 1 OR.

⁵⁶ Art. 425 Abs. 2 OR.

⁵⁷ ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 891 N 62, unterstellen die private Faustpfandverwertung «auf Grund der Ähnlichkeit der Interessenlage» zumindest teilweise den Regeln des Kommissionsrechts. So auch EMCH/RENZ/ARPAGAUS (FN 10), Rz. 1053; MOSKRIC (FN 10), 229; LOSER (FN 10), 1205 f. BK-ZOBL (FN 10), Art. 891 N 52 will die auftragsrechtlichen Haftungsbestimmungen zumindest teilweise analog auf die private Faustpfandverwertung anwenden. Ebenso BSK-BAUER (FN 10), Art. 891 N 32.

⁵⁸ Vgl. BGE 119 II 344, E. 2.b. Auch für die Frage der Haftung des zur privaten Faustpfandverwertung befugten Pfandgläubigers scheint das Bundesgericht Auftragsrecht zumindest analog anzuwenden: BGE 118 II 112 (= Pra. 1992 Nr. 201), E. 2. In der Vereinbarung über die private Verwertung scheint ein auftragsrechtliches Element als mitenthaltend gesehen zu werden: HEINZ REY, Faustpfand: Bemerkungen zu BGE 118 II 112, ZBJV 1994, 221 ff., 223; a.M. CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 891 N 14.

⁵⁹ ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 891, N 49; BK-ZOBL (FN 10), Art. 891 N 20; BSK-BAUER (FN 10), Art. 891 N 24; CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 891 N 15; EMCH/RENZ/ARPAGAUS (FN 10), Rz. 1050.

⁶⁰ BK-ZOBL (FN 10), Art. 891 N 30; BSK-BAUER (FN 10), Art. 891 N 24; EMCH/RENZ/ARPAGAUS (FN 10), Rz. 1050; MOSKRIC (FN 10), 226.

⁶¹ BSK-BAUER (FN 10), Art. 890 N 6; CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 891 N 5. In einem solchen Fall gebieten die beidseitigen Interessen eine unverzügliche Verwertung: BK-ZOBL (FN 10), Art. 890 N 40.

⁶² BK-ZOBL (FN 10), Art. 891 N 32; BSK-BAUER (FN 10), Art. 891 N 23; CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 891 N 12.

⁶³ Dass den Pfandgläubiger – im Unterschied zum Kommissionär – keine Verpflichtung zum Notverkauf trifft, ist sachgerecht, trifft doch den Pfandgläubiger auch generell keine Pflicht, den Pfandgegenstand überhaupt zur Verwertung zu bringen.

⁶⁴ ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 890 N 39 und Art. 891 N 50; BK-ZOBL (FN 10), Art. 890 N 49 und N 55; BSK-BAUER (FN 10), Art. 891 N 23; MOSKRIC (FN 10), 226 f.; a.M. CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 890 N 8, die jedoch in der eigenmächtigen (und somit vorsätzlichen) Verfügung über die Pfandsache stets ein Verschulden erblicken. Vgl. auch ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 890 N 40.

⁶⁵ ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 890 N 24; BSK-BAUER (FN 10), Art. 890 N 8.

⁶⁶ CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 891 N 12. Dies ergibt sich auch aus den Regeln des Stellvertretungsrechts, vgl. Art. 38 Abs. 1 OR und KOLLER (FN 34), 378.

⁶⁷ ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 891 N 57; CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 891 N 12; MOSKRIC (FN 10), 227; LOSER (FN 10), 1198; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 7. März 1995, ZR 95, 148.

tion, der Inhalt sowie die dogmatische Begründung der Verwertungsandrohung sind dagegen mit gewissen Unklarheiten behaftet⁶⁸, die im Folgenden zu klären sind.

Die wohl herrschende Lehre ist der Auffassung, dass für die Verwertung des Faustpfandes nur die Fälligkeit der Pfandforderung, nicht aber der Verzug des Verpfänders erforderlich sei⁶⁹. Sie leitet das Erfordernis einer Verwertungsandrohung aus einer Ergänzung des Pfandvertrags «modo legislatoris» resp. gestützt auf Treu und Glauben her, was zu den genannten Unsicherheiten führt⁷⁰. Aus den allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen ergibt sich aber, dass die mit einer verspäteten Erfüllung verbundenen Rechtsfolgen den Verzug des Schuldners voraussetzen⁷¹. Ferner muss der Gläubiger, wenn er einen anderen Rechtsbehelf als die Durchsetzung der Erfüllung geltend machen will, dem Schuldner regelmässig eine Frist ansetzen, innert welcher dieser noch befreiend leisten kann⁷². Weshalb von diesen Grundsätzen bei faustpfandgesicherten Forderungen abgewichen werden soll, ist nicht einzu-
sehen⁷³.

⁶⁸ Wo einzelne Autoren lediglich eine Verwertungsandrohung fordern, verlangen andere das Setzen einer Nachfrist zur Erfüllung. Das Bundesgericht wiederum auferlegt dem Pfandgläubiger die Pflicht, «dem Verpfänder rechtzeitig das Datum der privaten Verwertung mitzuteilen»: BGE 118 II 112, E. 2.

⁶⁹ So BSK-BAUER (FN 10), Art. 891 N 5 und BK-ZOBL (FN 10), Art. 891 N 7; a.M. CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 891 N 3.

⁷⁰ So CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 891 N 12 bzw. BSK-BAUER (FN 10), Art. 891 N 25 und ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 891 N 48.

⁷¹ Vgl. Art. 103 ff. OR. Ist nicht ein bestimmter Verfalltag verabredet (s. Art. 102 Abs. 2 OR), muss sich der Schuldner zum Fälligkeitstermin lediglich leistungsbereit halten, nicht aber von sich aus leisten. Letzteres muss er erst, wenn der Gläubiger die Leistung einfordert: ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2009, § 55 N 4 ff.; vgl. BERNHARD BERGER, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008, Rz. 1643.

⁷² Vgl. Art. 107 ff. OR. BERGER (FN 71), N 1678; INGBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. A., Bern 2009, Rz. 66.15. In der Lehre ist denn auch anerkannt, dass die Verwertungsandrohung dazu dient, dem Verpfänder Gelegenheit zu geben, die Pfandverwertung durch Befriedigung des Pfandgläubigers abzuwenden: BSK-BAUER (FN 10), Art. 891 N 25; CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 891 N 12; MOSKRIC (FN 10), 227.

⁷³ Im amtlichen Verwertungsverfahren wird der Schuldner spätestens mit dem Zahlungsbefehl in Verzug gesetzt (BK-ZOBL [FN 10], Art. 890 N 7; LOSER [FN 10], 1198) und zur Erfüllung innert 20 Tagen aufgefordert (Art. 69 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG), so dass der Pfandgläubiger Mahnung und Nachfristansetzung nicht selber vornehmen muss. Vor diesem Hintergrund ist die Auffassung richtig, dass die Verwertungsandrohung bei der privaten Verwertung den Zahlungsbefehl im amtlichen Verfahren ersetzt: vgl. ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 891 N 57; BK-ZOBL (FN 10), Art. 891 N 46; BSK-BAUER (FN 10), Art. 891 N 25; CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 891 N 12.

Aus dieser dogmatischen Begründung der Verwertungsandrohung ergeben sich auch die Anforderungen an ihren Inhalt. Sofern sich dies nicht infolge Abrede eines Verfalltags oder einer vorbehaltenen und gehörig vorgenommenen Kündigung erübrigt, muss die Verwertungsandrohung eine unmissverständliche Aufforderung an den Schuldner enthalten, die geschuldete Leistung zu erbringen⁷⁴. Ferner muss sie, die Ausnahmen von Art. 108 OR vorbehalten, eine angemessene Nachfrist zur nachträglichen Erfüllung enthalten⁷⁵.

Aus Art. 102 Abs. 2 OR und Art. 108 OR ergibt sich allerdings auch, dass der Schuldner rechtsgeschäftlich auf die Androhung der Verwertung verzichten kann⁷⁶. Ferner kann eine Verwertungsandrohung unterbleiben, wenn die Voraussetzungen für einen Notverkauf erfüllt sind⁷⁷.

c. Pflichtverletzung und Haftungsfolgen

Es ist unbestritten, dass der Pfandgläubiger dem Verpfänder für schuldhaftes Pflichtverletzungen bei der Verwertung schadenersatzpflichtig wird. Die Einzelheiten, insbesondere die geltenden Sorgfaltspflichten sowie der Sorgfaltsmassstab sind dagegen mit gewissen Unsicherheiten behaftet.

Aus der rechtsgeschäftlichen Natur des Pfandvertrags im Allgemeinen und der Befugnis zur Privatverwertung im Besonderen ergibt sich, dass die Haftung des Pfandgläubigers vertraglicher Natur ist und sich grundsätzlich nach Art. 97 ff. OR richtet⁷⁸. Der Pfandgläubiger haftet dem Verpfänder für die getreue und sorgfältige Verwertung des Pfandgegenstands⁷⁹, was unbestritten sein dürfte. Unklar und vom Bundesgericht offen gelassen ist dagegen die Frage, ob sich der Pfandgläubiger unter gegebenen

⁷⁴ SCHWENZER (FN 72), Rz. 65.08; BERGER, Rz. 1648.

⁷⁵ Vgl. Art. 107 Abs. 1 OR; BSK-BAUER (FN 10), Art. 981 N 28; CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 891 N 12; LOSER (FN 10), 1198; vgl. Art. 107 Abs. 1 OR und Art. 69 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG sowie BGE 118 II 112, E. 1. MOSKRIC (FN 10), 227 f. erkennt in der Ankündigung der Verwertung bereits eine derartige Fristansetzung. Bei Geldschulden dürfte eine Frist von 20 Tagen genügen: vgl. Art. 69 Ziff. 2 SchKG.

⁷⁶ BK-ZOBL (FN 10), Art. 890 N 48; BSK-BAUER (FN 10), Art. 891 N 26; CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 891 N 5; MOSKRIC (FN 10), 227 f.; LOSER (FN 10), 1199.

⁷⁷ CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 891 N 5; BSK-BAUER (FN 10), Art. 890 N 9.

⁷⁸ BK-ZOBL (FN 10), Art. 891 N 52; LOSER (FN 10), 1205. A.M. ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 891 N 58, die die Haftung des Pfandgläubigers aus Art. 2 ZGB ableiten, wofür nach der hier vertretenen Auffassung kein Anlass besteht.

⁷⁹ BK-ZOBL (FN 10), Art. 891 N 51; MOSKRIC (FN 10), 228; LOSER (FN 10), 1199; vgl. Art. 398 i.V.m. Art. 321a OR sowie BSK-BAUER (FN 10), Art. 891 N 32.

Umständen auf die Haftungsbeschränkung von Art. 398 Abs. 3 OR berufen kann⁸⁰. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies zu bejahen⁸¹.

Problematischer erscheint die Konkretisierung der dem Pfandgläubiger obliegenden Sorgfaltspflichten. Mangels besonderer gesetzlicher oder vertraglicher Regel sind diese aus Art. 2 ZGB herzuleiten⁸², wonach der Pfandgläubiger gehalten ist, dem Verpfänder vermeidbaren Schaden zu ersparen, soweit dies mit seinen eigenen Interessen vereinbar ist⁸³. Hinsichtlich des Zeitpunkts der Verwertung ist dem Pfandgläubiger ein grosses Ermessen einzuräumen⁸⁴. Da es ihm frei steht, ob er das Pfand überhaupt zur Verwertung bringen will⁸⁵ und er beim Fehlen eines Verschuldens nicht für die Wertbeständigkeit der Pfandsache haftet⁸⁶, kann ihn keine Pflicht zur Verwertung des Pfandgegenstands in einem möglichst günstigen Zeitpunkt treffen. Insbesondere trifft den Pfandgläubiger im Falle eines bestehenden oder drohenden Wertverlusts des Pfandgegenstands keine Pflicht zu einem Notverkauf⁸⁷. Etwas anderes gilt jedoch, wenn der Pfandgläubiger den Pfandgegenstand absichtlich oder in treuwidriger Weise in einem für den Verpfänder ungünstigen Zeitpunkt verwertet. So muss dem Verpfänder das Recht zugestanden werden, bei Fälligkeit der Pfandforderung und drohendem Wertverlust des Pfandgegenstandes die Verwertung zu verlangen, ansonsten der Pfandgläubiger schadenersatzpflichtig wird⁸⁸.

Im Übrigen besteht – vorbehalten anders lautender Abrede – kein Anlass, dem Pfandgläubiger ein haftungsbefreiendes Ermessen einzugestehen. Insbesondere hat er den Pfandgegenstand auf einem geeigneten Markt⁸⁹ sowie in einem geeigneten Verfahren zu verwerten⁹⁰. Dem Pfandgläubiger sind dabei gewisse Anstrengungen zuzumuten, sofern dies nicht mit übermässigem Verlust an Zeit und Geld verbunden ist⁹¹. Jedenfalls haftet der Pfandgläubiger dem Verpfänder, wenn der Verwertungserlös verschuldetermassen ungenügend ausfällt⁹².

IV. Selbsteintritt des Pfandgläubigers im Besonderen

1. Problematik

Nach dem Gesagten unterscheidet sich der Selbsteintritt vom Privatverkauf dadurch, dass der Pfandgläubiger den Pfandgegenstand nicht an einen Dritten verkauft, sondern selbst erwirbt⁹³. Der Pfandgläubiger handelt als Verkäufer für Rechnung des Verpfänders, als Käufer dagegen für eigene Rechnung, womit der Selbsteintritt alle Merkmale des Selbstkontrahierens aufweist⁹⁴. Das Kontrahieren des Stellvertreters mit sich selbst birgt die Gefahr, «dass der Vertreter seine Stellung dazu missbraucht, um sich selber auf Kosten des Vertretenen einen Vorteil zukommen zu lassen», insbesondere durch die «Erwerbung einer Ware zu einem niedrigeren als dem Verkehrswert.»⁹⁵ Das Bundesgericht hat deshalb in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass das Selbstkontrahieren unzulässig ist, es sei denn die Natur des Geschäfts schliesse eine Benachteiligungsgefahr des Vertretenen aus oder dieser habe den Vertreter zum Vertragsschluss mit sich selbst besonders ermächtigt oder diesen nachträglich genehmigt⁹⁶. Diese Rechtsprechung ist auch auf Sachverhalte anzuwenden, die Merkmale einer indirekten Stellvertretung aufweisen, wie bspw. die private Faustpfandverwertung⁹⁷.

⁸⁰ BK-ZOBL (FN 10), Art. 891 N 52; BSK-BAUER (FN 10), Art. 891 N 32; LOSER (FN 10), 1205. Zweifelhaft BGE 118 II 112, E. 2. A.M. CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 891 N 14.

⁸¹ Die von CHK-REETZ/GRABER (FN 10) geäusserten Einwände vermögen in ihrer Absolutheit nicht zu überzeugen. Insbesondere ist daran zu erinnern, dass das Erzielen eines möglichst hohen Verwertungserlöses primär im Interesse des Verpfänders liegt. Es ist nicht einzusehen, warum entgegen der Regel von Art. 398 Abs. 3 OR der Beizug eines *Spezialisten* (bspw. eines auf Kunstgegenstände spezialisierten Auktionshauses, vgl. BGE 118 II 112) im Interesse des Verpfänders an einem möglichst hohen Verkaufserlös nicht haftungsbeschränkend wirken sollte; vgl. CAROLINE GEHRER/GION GIGER, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, Art. 394–406 OR, Art. 399 N 10 f.

⁸² ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 891 N 56; BK-ZOBL (FN 10), Art. 891 N 52.

⁸³ ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 891 N 56. Ohne den zweiten Halbsatz auch BK-ZOBL (FN 10), Art. 891 N 52, BSK-BAUER (FN 10), Art. 891 N 32, MOSKRIC (FN 10), 227, LOSER (FN 10), 1199 und BGE 118 II 112, E. 2.

⁸⁴ BSK-BAUER (FN 10), Art. 891 N 33.

⁸⁵ ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 891 N 27; BK-ZOBL (FN 10), Art. 891 N 11.

⁸⁶ Art. 890 Abs. 1 ZGB; CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 890 N 7; BSK-BAUER (FN 10), Art. 890 N 6.

⁸⁷ ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 890 N 20.

⁸⁸ ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 891 N 27; CHK-REETZ/GRABER (FN 10), Art. 891 N 7.

⁸⁹ ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 891 N 56; LOSER (FN 10), 1199.

⁹⁰ BK-ZOBL (FN 10), Art. 891 N 49; LOSER (FN 10), 1199.

⁹¹ BGE 118 II 112, E. 2.

⁹² BGE 118 II 112, E. 2.; BSK-BAUER (FN 10), Art. 891 N 32; weniger streng ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 891 N 58.

⁹³ Auf die daraus resultierende Schwierigkeit der Bestimmung des anzurechnenden Verkaufserlöses wurde bereits hingewiesen.

⁹⁴ KOLLER (FN 34), 376.

⁹⁵ BGE 39 II 561, E. 3.

⁹⁶ Präzisierende Zusammenfassung der Rechtsprechung in BGE 89 II 321, E. 5.; grundlegend BGE 39 II 561, E. 3; vgl. auch BGE 127 III 332.

⁹⁷ S. KOLLER (FN 34), 376 ff. mit ausführlicher und überzeugender Begründung. So wohl auch BK-ZOBL (FN 10), Art. 891 N 59, und BSK-BAUER (FN 10), Art. 894 N 18.

2. Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Selbsteintritts

a. Übersicht

Lehre und Rechtsprechung erachten den Selbsteintritt des Pfandgläubigers im Rahmen einer privaten Pfandverwertung gestützt auf Art. 436 OR als zulässig. Vorausgesetzt für die Zulässigkeit sei immerhin, dass die Pfandsache einen Markt- oder Börsenpreis aufweise⁹⁸. Damit wird das Verhältnis von Grundsatz und Ausnahme nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Selbstkontrahieren in sein Gegenteil verkehrt. Indessen besteht aufgrund des manifesten Interessenkonflikts des selbsteintretenden Pfandgläubigers kein Anlass dazu, vom allgemeinen Grundsatz abzuweichen, wonach das Selbstkontrahieren unzulässig ist, sofern nicht ein besonderer Rechtfertigungsgrund⁹⁹ vorliegt.

Nichts anderes ergibt sich aus Art. 436 OR, der im Kommissionsrecht einen der genannten Rechtfertigungsgründe konkretisiert und ins positive Recht übernimmt¹⁰⁰. Im Folgenden sind nach dem Vorbild von Art. 436 Abs. 1 OR die Rechtfertigungsgründe für das Selbstkontrahieren nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu erläutern und zu konkretisieren.

b. Fehlen einer Benachteiligungsgefahr für den Verpfänder

Nach dem Gesagten ist der Selbsteintritt des Pfandgläubigers zulässig, wenn für den Verpfänder aufgrund der Natur des Geschäfts eine Benachteiligungsgefahr ausgeschlossen ist¹⁰¹.

Es wurde bereits ausgeführt, dass sich der Interessenkonflikt bei der privaten Pfandverwertung im All-

gemeinen und beim Selbsteintritt des Pfandgläubigers im Besonderen wie im Kommissionsrecht auf den Verkaufserlös¹⁰² resp. auf dessen Bestimmung¹⁰³ bezieht. Das Kommissionsrecht erlaubt deshalb den Selbsteintritt des Kommissionärs dann, wenn für die gehandelte Ware ein Markt- oder Börsenpreis besteht. Diesfalls stellt der Markt- oder Börsenpreis den objektiven Veräusserungswert der Ware dar, womit eine Benachteiligung des Kommittenten ausgeschlossen ist. Nachdem ausgeführt wurde, dass die Interessenlage bei der privaten Faustpfandverwertung mit derjenigen bei der Kommission übereinstimmt, fehlt auch beim Vorliegen eines Markt- oder Börsenpreises für die Pfandsache eine Benachteiligungsgefahr für den Verpfänder. In Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist deshalb der Selbsteintritt des Pfandgläubigers ausnahmsweise zulässig, wenn die Pfandsache einen Markt- oder Börsenpreis hat.

Das Bestehen eines Markt- oder Börsenpreises stellt einen selbständigen Rechtfertigungsgrund dar. Der Selbsteintritt ist damit auch ohne ausdrückliche vertragliche Vereinbarung zulässig, wenn dem Pfandgläubiger im Pfandvertrag die Befugnis zur privaten Verwertung eingeräumt wurde und die Pfandsache im Zeitpunkt des Selbsteintritts einen Markt- oder Börsenpreis hat¹⁰⁴.

aa. Pfandsache mit Markt- oder Börsenpreis

Als Marktpreis gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Preis, der infolge regelmässiger Geschäftsabschlüsse für eine Ware bestimmter Gattung und Art an einem bestimmten Handelsplatz zu einer bestimmten Zeit erzielt wird¹⁰⁵. Beim Börsenpreis handelt es sich um eine Unterart des Marktpreises, wobei sich der Preis auf an der Börse gehandelte Waren, Wertpapiere und Devisen bezieht¹⁰⁶. Erforderlich für das Vorliegen eines Markt- oder Börsenpreises ist somit der regelmässige Handel mit der entsprechenden Ware dergestalt, dass ein Durchschnittskurs feststellbar ist¹⁰⁷. Daran fehlt es, wenn es sich bei der fraglichen Ware um ein Liebhaberobjekt handelt

⁹⁸ BK-ZOBL (FN 10), Art. 891 N 57 f.; BSK-BAUER (FN 10), Art. 894 N 17; KOLLER (FN 34), 377; EMCH/RENZ/ARPAGAU (FN 10), Rz. 1053; MOSKRIC (FN 10), 229; anscheinend a.M. ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 891 N 62, und LOSER (FN 10), 1200.

⁹⁹ Fehlen einer Benachteiligungsgefahr für den Vertretenen, besondere Ermächtigung des Vertreters oder Genehmigung des Vertretenen.

¹⁰⁰ Vgl. MARKUS PFENNINGER in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, Art. 425–439 OR, Art. 436 N 2. Der Kommissionär ist nur dann zum Selbsteintritt befugt, wenn die fragliche Ware einen Markt- oder Börsenpreis hat.

¹⁰¹ Es ist nur sachgerecht, wenn eine Regel zum Schutz des Vertretenen vor einem Interessenkonflikt des Vertreters dann nicht angewendet wird, wenn sich der Interessenkonflikt im konkreten Fall nicht nachteilig auf den Vertretenen auswirken kann und damit der Schutzzweck wegfällt: vgl. GEORG GAUTSCHI, Berner Kommentar, VI. Band, 2. Abt., 6. Teilband, Besondere Auftrags- und Geschäftsverhältnisse sowie Hinterlegung, Art. 425–491 OR, 2. A., Bern 1962, Art. 436 N 2a.

¹⁰² WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, V. Band, Abteilung 3, Art. 419–529 OR, 2. A., Zürich 1945, Art. 436 N 4.

¹⁰³ Vgl. BK-GAUTSCHI (FN 101), Art. 436 N 4a.

¹⁰⁴ Entscheid des BGer 4C.177/2001 vom 1. Februar 2002; BGE 119 II 344.

¹⁰⁵ BGE 49 II 77, E. 3.

¹⁰⁶ MARIUS SCHRANER, Zürcher Kommentar, V. Band, Abteilung 1/e, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68–96 OR, 3. A., Zürich 2000, vor Art. 68–96 N 44; ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, VI. Band, 1. Abteilung, 4. Teilband, Art. 68–96 OR, Bern 2005, vor Art. 68–96 N 45.

¹⁰⁷ HERBERT SCHÖNLE, Zürcher Kommentar, V. Band, Abteilung 2/a, Kauf und Schenkung, 3. A., Zürich 1993, Art. 191 N 41.

oder der Verkaufspreis von den persönlichen, besonderen Umständen beim Käufer oder Verkäufer abhängt¹⁰⁸. Da beim Selbsteintritt des Pfandgläubigers ähnlich wie bei der Schadensberechnung nach Art. 191 Abs. 3 OR eine abstrakte Anrechnung des Markt- oder Börsenpreises vorgenommen wird, dürfte da wie dort genügen, dass im fraglichen Zeitpunkt «die Verkäuflichkeit zu einem nach objektiven Gesichtspunkten feststellbaren üblichen Preis bestanden hat.»¹⁰⁹

Für börsenkotierte Aktien wird ein Börsenpreis regelmässig zu bejahen sei. Bei nicht-kotierten Aktien liegt definitionsgemäss nie ein Börsenpreis und nur äusserst selten ein Marktpreis vor. Bei grösseren Beteiligungen an börsenkotierten Aktien kann man ebenfalls von keinem Börsenpreis sprechen, da einerseits der Verkauf eines grösseren Aktienpakets zu einem Kurssturz führen und andererseits mit dem Verkauf einer wesentlichen Beteiligung regelmässig ein sog. Paketzuschlag¹¹⁰ erzielt werden könnte. Der Börsenkurs der Aktien entspricht in diesen Fällen folglich nicht ihrem objektiven (Einzel-)Veräusserungswert.

bb. Objektiv feststellbarer Verkaufswert

Daneben ist es aber auch denkbar, dass eine Benachteiligung des Pfandgläubigers ausgeschlossen ist, wenn kein Markt- oder Börsenpreis besteht oder obwohl im konkreten Fall nicht zum Markt- oder Börsenpreis abgerechnet wird¹¹¹. Die Einzelheiten sind jedoch umstritten.

Jedenfalls ist der Selbsteintritt dann zulässig, wenn ein Markt- oder Börsenpreis nur als Anhaltspunkt dient und aus anderen Gründen eine objektive Bewertung der Pfandgegenstände im Zeitpunkt des Selbsteintritts möglich ist. Auch dann kann in der Regel eine Übervorteilung des Schuldners ausgeschlossen werden¹¹². Dies ist beispielsweise im bereits erwähnten Fall gegeben, wo für ein grösseres Aktienpaket ein Paketzuschlag erzielt werden kann¹¹³.

Ob ein objektiv feststellbarer Verkaufswert auch dann genügt, wenn er sich in keiner Weise auf einen Markt-

oder Börsenpreis abstützt¹¹⁴, wurde durch die Gerichtspraxis noch nicht entschieden. Das Bundesgericht hatte einen Fall zu beurteilen, bei dem die Abrechnung über einen Selbsteintritt des Pfandgläubigers mittels einer Unternehmensbewertung erfolgte, konnte die hier interessierende Frage aber offen lassen¹¹⁵. Richtigerweise muss ein objektiv feststellbarer Verkaufswert genügen, erscheint diesfalls doch eine Benachteiligungsgefahr des Verpfänders ausgeschlossen. Fraglich ist, wann ein Verkaufswert objektiv feststellbar ist. Von Teilen der Lehre wird eine Schätzung durch einen neutralen Dritten im Sinne eines Sachverständigengutachtens (sog. «Fairness Opinion») als ausreichend angesehen¹¹⁶. Andere stehen dem zumindest für den Fall einer Unternehmensbewertung ablehnend gegenüber, da der errechnete Verkäuflichkeitwert je nach angewendeter Bewertungsmethode stark differenzieren könne. Nach der hier vertretenen Auffassung ist im Sinne der bundesgerichtlichen Formulierung, wonach eine Benachteiligungsgefahr für den Vertretenen *ausgeschlossen* sein muss, ein strenger Massstab anzulegen. Einer Unternehmensbewertung kommt höchstens dann der Charakter einer objektiven Feststellung des Veräusserungswerts zu, wenn hinsichtlich der Auswahl der Bewertungsmethode eine feste Branchenübung besteht und der beigezogene Sachverständige die Anforderungen von Art. 728 Abs. 1 OR an die Unabhängigkeit der beteiligten Personen erfüllt.

c. Besondere Ermächtigung des Pfandgläubigers

In den übrigen Fällen ist der Selbsteintritt des Pfandgläubigers nur, aber immerhin dann zulässig, wenn er vom Verpfänder hierzu besonders ermächtigt wurde¹¹⁷. Diese Ermächtigung kann sowohl mittels Abrede im Pfandvertrag, als auch mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen erteilt werden. Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat entschieden, dass die Abrede des Selbsteintritts in der Bankpraxis nicht ungewöhnlich sei, insbesondere da im konkreten Fall die Gegenpartei mit den Usanzen der Branche vertraut war¹¹⁸.

¹⁰⁸ BGE 89 II 214, E. 5.c.

¹⁰⁹ ZK-SCHÖNLE (FN 107), Art. 191 N 42.

¹¹⁰ Unter einem Paketzuschlag versteht man den Mehrwert eines Aktienpakets gegenüber dem Börsenwert einer kleineren Anzahl Aktien: MAX BOEMLE/MAX GSELL/JEAN-PIERRE JETZER/PAUL NYFFELER/CHRISTIAN THALMANN, Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, 827. Die Möglichkeit zur Gewährung eines Paketzuschlags ist im Anwendungsbereich des Börsengesetzes indessen beschränkt (vgl. Art. 32 Abs. 4 BEHG).

¹¹¹ Vgl. ZK-OFTINGER/BÄR (FN 9), Art. 891 N 62.

¹¹² BGE 119 II 344.

¹¹³ BK-ZOBL (FN 10), Art. 891 N 60; vgl. ROLF BÄR, ZBJV 1995, 437 f., Fn 1.

¹¹⁴ Kritisch KOLLER (FN 34), 377.

¹¹⁵ Entscheid des BGer 4C.177/2001 vom 1. Februar 2002, E. 2.b.

¹¹⁶ BK-ZOBL (FN 10), Art. 891 N 59; EMCH/RENZ/ARPAGAU (FN 10), Rz. 1054.

¹¹⁷ So ist auch im Kommissionsrecht anerkannt, dass dem Kommissionär durch besondere Abrede der Selbsteintritt auch dort gestattet werden kann, wo Waren ohne Markt- oder Börsenpreis in Frage stehen: ZK-SCHÖNENBERGER (FN 102), Art. 436 N 13; CHK-PFENNINGER (FN 100), Art. 436 N 4.

¹¹⁸ ZR 95 (1996), 147 f.

Eine blosser Ermächtigung zum Selbsteintritt löst freilich die Probleme bei der Bestimmung des anzurechnenden Verwertungserlöses nicht. Fehlt sowohl ein Markt- oder Börsenpreis als auch ein objektiv feststellbarer Verkaufswert, so ist die Bestimmung des anzurechnenden Verwertungserlöses mangels objektiver Kriterien faktisch der Willkür des Pfandgläubigers anheimgestellt. Zwar trifft den Pfandgläubiger nach wie vor eine Pflicht zur Abrechnung über das Resultat der Verwertung, jedoch ist diese Abrechnung mangels objektiver Kriterien keinerlei Überprüfung zugänglich. Dies vermag nicht nur wertungsmässig nicht zu überzeugen, sondern steht auch mit Art. 894 ZGB im Widerspruch, da der Verpfänder diesfalls der gleichen Übervorteilungsgefahr ausgesetzt ist wie bei einer Verfallsabrede.

Nach der hier vertretenen Auffassung muss die besondere Ermächtigung zum Selbsteintritt des Pfandgläubigers deshalb auch eine objektive Bestimmung des anzurechnenden Verwertungserlöses ermöglichen, ansonsten sie grundsätzlich ungültig ist. Denkbar ist einerseits die Festlegung eines bestimmten Betrags aufgrund einer vor der Verpfändung vorgenommenen Schätzung. Befürchtet der Pfandgläubiger einen Wertverlust der Pfandsache, wird er diesfalls auf den Selbsteintritt verzichten und zum Selbstverkauf schreiten. Andererseits können insbesondere bei der Verpfändung von Aktien die Bewertungsmethode und ein zuständiger, unabhängiger Sachverständiger vorgängig vereinbart werden, womit sich die Parteien sein Bewertungsergebnis als Verkaufswert des Pfandgegenstands anrechnen lassen müssen.

d. Genehmigung des Verpfänders

Wenn weder eine besondere Ermächtigung vorliegt, noch eine Benachteiligungsgefahr ausgeschlossen werden kann, ist der Selbsteintritt nur dann zulässig, wenn er vom Verpfänder nachträglich genehmigt wird. Mit anderen Worten ist der Selbsteintritt für den Verpfänder unverbindlich, wogegen sich der Pfandgläubiger vom Verpfänder beim Selbsteintritt behaften lassen muss¹¹⁹.

Das Gleiche muss gelten, wenn zwar eine Ermächtigung zum Selbsteintritt vorliegt, aber eine objektive Bestimmung des anzurechnenden Verwertungserlöses nicht möglich ist. Die Nichtigkeitsfolge von Art. 894 ZGB erscheint hier nicht angemessen¹²⁰.

¹¹⁹ KOLLER (FN 34), 378.

¹²⁰ Überhaupt ist zweifelhaft, ob eine Verfallsabrede tatsächlich unheilbar nichtig ist. Da eine entsprechende Abrede nach Eintritt der Fälligkeit gültig verabredet werden kann, ist nicht einzusehen, warum dem durch die Norm geschützten Verpfänder nach Wegfall der

3. Pflichten des selbsteintretenden Pfandgläubigers

Für den selbsteintretenden Pfandgläubiger gelten die allgemeinen Pflichten im Zusammenhang mit der privaten Faustpfandverwertung. Jedenfalls ist auch beim Selbsteintritt die Verwertung vorgängig anzudrohen und der Pfandgläubiger haftet unter den bereits ausgeführten Voraussetzungen. Ferner hat er den massgeblichen Verkauflichkeitswert an die Pfandforderung anzurechnen und dem Verpfänder einen allfälligen Überschuss herauszugeben¹²¹.

V. Private Sicherheitenverwertung nach Bucheffektengesetz

1. Sicherheiten nach Bucheffektengesetz im Allgemeinen

Mit der Schaffung der Bucheffekte als neues Vermögensobjekt *sui generis* führte der Gesetzgeber auch ein neues Regime zur Bestellung und Verwertung von Sicherheiten an ebendiesem Vermögensobjekt ein. In der Literatur herrscht einige Unsicherheit hinsichtlich der Tragweite der neuen Regeln und ihrem Verhältnis zum gemeinen Schuld- und Sachenrecht. Ein Teil der Literatur geht davon aus, dass die Regelung des BEG abschliessend sei und die Regelung des Zivilgesetzbuchs (einschliesslich des Obligationenrechts) verdränge¹²². Diese Auffassung ist abzulehnen, da sie auf einem Missverständnis von Art. 901 Abs. 3 ZGB beruht, wonach sich die Verpfändung von Bucheffekten ausschliesslich nach dem BEG richtet. Es ergibt sich von selbst, dass das BEG nur für diejenigen Sachverhalte ausschliessliche Geltung beanspruchen kann, die es auch tatsächlich regelt, mitunter «die Verfügung über Bucheffekten und [deren] Wirkung gegenüber Dritten»¹²³.

Übervorteilungsgefahr nicht auch eine Genehmigungsmöglichkeit eingeräumt werden kann; vgl. Art. 21 Abs. 1 OR sowie BERGER (FN 71), Rz. 1097.

¹²¹ KOLLER (FN 34), 378.

¹²² LUCA DALLA TORRE/MARTIN GERMANN, 12 Antworten zum neuen Bucheffektengesetz, GesKR 2009, 573 ff., 578; LUCA DALLA TORRE/BENJAMIN LEISINGER/OLIVIER MOSIMANN/MATTHIAS REY/ANSGAR SCHOTT/MARTIN KARL WEBER, Sicherheiten nach Bucheffektengesetz – theoretische und praktische Aspekte, recht 2010, 16 ff., 16; so wohl auch HARALD BÄRTSCHL, Die rechtliche Umsetzung des Bucheffektengesetzes, AJP/PJA 2009, 1071 ff., 1080.

¹²³ Überschrift zum 5. Kapitel des Bucheffektengesetzes. Vgl. hierzu auch FLORIAN BAUMGARTNER, Reguläre Pfandrechte und pfand-

Demnach ist davon auszugehen, dass das BEG insbesondere hinsichtlich der Bestellung einer Sicherheit lediglich das Verfügungsgeschäft, nicht aber das Verpflichtungsgeschäft regelt. Sicherheiten nach dem BEG können demnach auf Grundlage der bisherigen Vertragstypen bestellt werden¹²⁴, lediglich die Form einer derartigen Verfügung über eine Bucheffekte richtet sich nach Art. 24 f. BEG¹²⁵. Bedauerlicherweise hat sich der Gesetzgeber insbesondere hinsichtlich der Verwertung von Sicherheiten an Bucheffekten nicht konsequent an diese Abgrenzung gehalten¹²⁶. Dies tut nach der hier vertretenen Ansicht dem soeben Gesagten keinen Abbruch, ist aber bei der Auslegung der Art. 31 f. BEG zu berücksichtigen.

2. Private Sicherheitenverwertung im Allgemeinen

Nach Art. 31 Abs. 1 BEG ist die private Verwertung einer Sicherheit an Bucheffekten unter den im Sicherungsvertrag vereinbarten Voraussetzungen zulässig, wenn die fraglichen Bucheffekten an einem repräsentativen Markt gehandelt werden. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Bestimmung eine rasche und einfache Verwertung ermöglichen, was nach seinem Dafürhalten bei einer Verwertung durch die Zwangsvollstreckungsbehörden nicht zu erwarten sei¹²⁷.

Vor diesem Hintergrund fragt sich, ob sich das Recht zur Privatverwertung direkt aus dem Gesetz ergibt, oder ob es im Sicherungsvertrag vorgesehen werden muss. Die Lehre hierzu ist gespalten¹²⁸, wogegen die Materialien

deutlich Stellung nehmen: «Ob eine Sicherungsnehmerin oder ein Sicherungsnehmer ein Recht zur freihändigen Verwertung von Sicherheiten hat, ergibt sich nicht aus dem BEG, sondern aus der Sicherungsvereinbarung.»¹²⁹ Dass der Gesetzgeber darauf verzichtet hat, das Erfordernis einer entsprechenden Abrede zum Norminhalt zu machen, ist nicht etwa als ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers aufzufassen¹³⁰, sondern ergibt sich aus dem naheliegenden Grund, dass eine derartige Abrede nicht in jedem Fall, insbesondere nicht bei einem Notverkauf¹³¹, notwendig ist¹³². Die in den Materialien und von Teilen der Lehre vertretene Auffassung ist zudem sachgerecht, stellt die Befugnis zur privaten Verwertung doch eine Nebenabrede des Sicherungsvertrags¹³³, d.h. des vom BEG nicht zu regelnden Verpflichtungsgeschäfts, dar.

Unklarheiten ergeben sich auch im Zusammenhang mit dem Erfordernis des Handels an einem repräsentativen Markt. Nach den Materialien liegt ein repräsentativer Markt vor, «wenn für Vermögenswerte der geschuldeten Art und Güte an einem bestimmten Ort eine minimale Anzahl gleichartiger Geschäfte abgeschlossen wird, so dass sich ein angemessener Preis für das Vermögenobjekt feststellen lässt.»¹³⁴ Wie beim Erfordernis des Markt- oder Börsenpreises ist somit darauf abzustellen, dass ein Handel der fraglichen Ware mit einer gewissen Regelmässigkeit erfolgt, so dass ein Durchschnittskurs feststellbar ist¹³⁵.

In der Lehre ist umstritten, ob das Erfordernis des Handels an einem repräsentativen Markt für die Befugnis zur Privatverwertung zwingend sei¹³⁶. Nach der hier vertretenen Auffassung kann Art. 31 Abs. 1 BEG jedenfalls nicht derart zu verstehen sein, dass die Privatverwertung einer Sicherheit nur dann zulässig ist, wenn die Sicherheit an einem repräsentativen Markt gehandelt wird. Ein derartiges Erfordernis würde wiederum das Verpflichtungsgeschäft beschlagen, welches vom Geltungsbereich

rechtsähnliche Sicherheiten an Bucheffekten, AJP/PJA 2011, 1355 ff., 1360.

¹²⁴ Insbesondere können Bucheffekten verpfändet werden: vgl. Art. 901 Abs. 3 ZGB.

¹²⁵ MARTIN HESS/KATJA STÖCKLI, Das Bucheffektengesetz. Grundzüge und Missverständnisse, Anwaltsrevue 2010, 115 ff., 117; BAUMGARTNER (FN 123), 1356; so wohl auch BÉNÉDICT FOËX, in: Hans Kuhn/Barbara Graham-Siegenthaler/Luc Thévenoz (Hrsg.), The Federal Intermediated Securities Act (FISA) and the Hague Securities Convention (HSC), Bern 2010, Prel. Cmts Art. 31–32, N 14; vgl. auch ZBINDEN, 7. Nichts anderes ergibt sich aus dem von der gegenteiligen Lehrmeinung zitierten Entscheid des BVGer A-1665/2006 vom 13. Juli 2009, E. 3.2.7, wonach im Geltungsbereich des BEG der Begriff Eigentum nicht im engen sachenrechtlichen Sinn zu verstehen ist.

¹²⁶ Anders noch der Entwurf zum Wertpapierverwahrungsgesetz, Art. 24. Vgl. hierzu auch BAUMGARTNER (FN 123), 1356.

¹²⁷ BOTSCHAFT (FN 15), 9380; BERICHT (FN 15), 76.

¹²⁸ Im ersten Sinne: DALLA TORRE/GERMANN (FN 122), GesKR 2009, 579; DALLA TORRE/LEISINGER/MOSIMANN/REY/SCHOTT/WEBER (FN 122), recht 2010, 26. Im zweiten Sinne: BÄRTSCHI (FN 122), 1082; MARTIN LANZ, Aktientransfer unter dem neuen Bucheffektengesetz, in: Thomas U. Reutter/Thomas Werlen (Hrsg.), Kapital-

markttransaktionen IV, Zürich 2009, 211; FISA-FOËX (FN 125), Art. 31 N 17.

¹²⁹ BOTSCHAFT (FN 15), 9382; BERICHT (FN 15), 78.

¹³⁰ So etwa DALLA TORRE/GERMANN (FN 122), GesKR 2009, 579.

¹³¹ FISA-FOËX (FN 125), Art. 31 N 33.

¹³² Insbesondere bei einer Sicherheitenbestellung mittels Sicherungsübereignung bedarf die Befugnis zur privaten Verwertung keiner besonderen Vereinbarung: vgl. BERICHT (FN 15), 77.

¹³³ FISA-FOËX (FN 125) Art. 31 N 29; vgl. die Ausführungen vorne.

¹³⁴ BOTSCHAFT (FN 15), 9381; BERICHT (FN 15), 76.

¹³⁵ Vgl. HESS/STÖCKLI (FN 125), 119.

¹³⁶ Zwingend: HESS/STÖCKLI (FN 125), 118 Fn. 28. Dispositiv: DALLA TORRE/GERMANN (FN 122), GesKR 2009, 580; DALLA TORRE/LEISINGER/MOSIMANN/REY/SCHOTT/WEBER (FN 122), recht 2010, 27; BÄRTSCHI (FN 122), 1083 Fn. 112; LANZ (FN 128), 212. Differenziert: FISA-FOËX (FN 125), Art. 31 N 14 f. und N 39; BAUMGARTNER (FN 123), 1367.

des BEG ausgenommen ist. Zwar ist der Lehre insofern zuzustimmen, als dass das Erfordernis des Handels an einem repräsentativen Markt für den Sicherungsgeber einen gewissen Schutz darstellen würde¹³⁷. Weshalb aber der Besteller einer Sicherheit an Bucheffekten ein höheres Schutzbedürfnis ausweisen sollte als ein gewöhnlicher Pfandbesteller, ist nicht einzusehen. Nach den vorne ausgeführten Grundsätzen ist ein objektiver Veräusserungswert der Pfandsache nur vorausgesetzt, wenn die Verwertung ohne besondere Ermächtigung hierzu durch Selbsteintritt des Pfandgläubigers oder nach Eröffnung des Konkurses resp. bei Anordnung von Sanierungs- oder Schutzmassnahmen über den Verpfänder erfolgen soll¹³⁸. Im Interesse der Privatautonomie ist dieser Grundsatz auch unter dem BEG anzuwenden¹³⁹.

Damit ist auch der Bezug zu Art. 31 Abs. 2 BEG hergestellt, wonach die Befugnis zur Privatverwertung auch in einem Zwangsvollstreckungsverfahren gegen die Sicherungsgeberin oder den Sicherungsgeber sowie bei Anordnung von Sanierungs- oder Schutzmassnahmen jeglicher Art bestehen bleibt. Mit dieser Vorschrift bezweckte der Gesetzgeber die Korrektur der als überschüssend empfundenen Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach die private Faustpfandverwertung im Konkurs des Verpfänders oder bei Pfändung oder Arrestierung der Pfandsache gänzlich ausgeschlossen sei. Sofern die zur Verwertung gebrachten Bucheffekten an einem repräsentativen Markt gehandelt werden, ist in der Tat nicht einzusehen, welche schutzwürdigen Gläubigerinteressen bei einer Privatverwertung in einem Zwangsvollstreckungsverfahren¹⁴⁰ oder bei Anordnung von Sanierungs- oder Schutzmassnahmen tangiert sein sollten¹⁴¹. Dagegen ist i.S.v. Art. 27 Abs. 3 BankG davon auszugehen, dass die Befugnis zur Privatverwertung nur dann auch im Zwangsvollstreckungsverfahren oder bei der Anordnung von Sanierungs- oder Schutzmassnahmen bestehen bleibt, wenn das Erfordernis des Handels an einem repräsentativen Markt erfüllt ist¹⁴².

Die Haftungsnorm von Art. 31 Abs. 4 BEG, zumindest in der zu Gesetzestext gewordenen Fassung, bietet ebenfalls zu Unklarheiten Anlass. Im Entwurf besagte die entsprechende Norm nur, dass die Haftung gegenüber dem Sicherungsgeber des Sicherungsnehmers, der zur Verwertung von Bucheffekten schreitet, ohne dass die Voraussetzungen dafür vorliegen, vorbehalten bleibe. Damit wäre, was nach der hier vertretenen Auffassung aus systematischer Sicht richtig gewesen wäre, lediglich eine Selbstverständlichkeit kodifiziert worden¹⁴³. Der Gesetzgeber wählte dagegen, ohne nähere Begründung, die Formulierung einer eigentlichen Haftungsnorm. Damit ist unklar, ob Art. 31 Abs. 4 BEG generell als verschuldensabhängige Haftung aufzufassen ist, oder ob für den Fall einer eigenmächtigen Veräusserung einer zu Pfand empfangenen Bucheffekte weiterhin die verschuldensunabhängige Haftung von Art. 890 Abs. 2 ZGB gelten soll¹⁴⁴.

Nach Art. 32 Abs. 2 BEG ist die Verwertung der Sicherungsgeberin oder dem Sicherungsgeber anzukündigen. Dieser Grundsatz entspricht der bisherigen Rechtslage, ergibt sich aber bereits aus der Voraussetzung des Verzugs und hätte damit keiner ausdrücklichen Erwähnung im Gesetz bedürft¹⁴⁵. Zumal der Gesetzgeber aber zu einer eigentlichen Kodifikation des privaten Verwertungsrechts geschritten ist, lässt die Erwähnung der Androhungspflicht zumindest als konsequent erscheinen. Problematisch ist dagegen der zweite Satz, wonach die Sicherungsgeberin oder der Sicherungsgeber auf die Ankündigung nur verzichten kann, wenn sie oder er eine qualifizierte Anlegerin oder ein qualifizierter Anleger ist. Dadurch wird nicht nur ohne jegliche Begründung gegenüber der bisherigen Praxis zur privaten Faustpfandverwertung überschüssend in die Privatautonomie eingegriffen, sondern auch mit den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechts und mit der internationalen Praxis gebrochen. Die genannte Regelung wird denn auch einhellig kritisiert¹⁴⁶. Immerhin wird dem Sicherungsnehmer wie bisher das Recht einzuräumen sein, ohne vorgängige Androhung zur Verwertung zu schreiten, wenn die Voraussetzungen für einen Notverkauf erfüllt sind¹⁴⁷.

¹³⁷ FISA-FOEX (FN 125), Art. 31 N 14 f.

¹³⁸ Beim Selbsteintritt ist freilich in jedem Fall vorausgesetzt, dass der anzurechnende Veräusserungswert bestimmbar ist, sei es aufgrund objektiver Umstände oder aufgrund Parteiabrede.

¹³⁹ So auch DALLA TORRE/LEISINGER/MOSIMANN/REY/SCHOTT/WEBER (FN 122), recht 2010, 28, und LANZ (FN 128), 212. Der BERICHT (FN 15), 78, sieht die Rechtfertigung dieses Erfordernisses denn auch primär im Gläubigerschutz für den Konkursfall des Sicherungsgebers.

¹⁴⁰ Wozu wohl auch die Arrestierung der Pfandsache gerechnet werden kann; vgl. BGE 136 III 437, E. 3.6 (obiter dictum).

¹⁴¹ BOTSCHAFT (FN 15), 9381; BERICHT (FN 15), 77.

¹⁴² So wohl auch LANZ (FN 128), 212.

¹⁴³ BERICHT (FN 15), 78.

¹⁴⁴ So FISA-FOEX (FN 125), Art. 31 N 57, und BAUMGARTNER (FN 123), 1363.

¹⁴⁵ Bezüglich des Inhalts der Verwertungsandrohung ist deshalb auf die voranstehenden Ausführungen zu verweisen. Vgl. FISA-FOEX (FN 125), Art. 32 N 20.

¹⁴⁶ HESS/Stöckli (FN 125), 119; DALLA TORRE/LEISINGER/MOSIMANN/REY/SCHOTT/WEBER (FN 122), recht 2010, 26; DALLA TORRE/GERMANN (FN 122), GesKR 2009, 580; FISA-FOEX (FN 125), Art. 32 N 25.

¹⁴⁷ FISA-FOEX (FN 125), Art. 31 N 26.

3. Selbsteintritt des Sicherungsnehmers im Besonderen

Das BEG behandelt den Selbsteintritt des Sicherungsnehmers als eine dem Selbstverkauf gleichberechtigte Verwertungsart. Dies ist zumindest dann sachgerecht, wenn die Bucheffekte an einem repräsentativen Markt gehandelt wird, da diesfalls keine Benachteiligungsgefahr für den Sicherungsgeber besteht. Wenn auf das Erfordernis des Handels an einem repräsentativen Markt verzichtet wird und keine andere Bewertungsmethode festgelegt wurde, welche eine solche Benachteiligungsgefahr ausschliesst, ist für den Selbsteintritt des Sicherungsnehmers weiterhin eine besondere Ermächtigung sowie eine Bestimmbarkeit des Veräusserungswerts oder die Genehmigung durch den Sicherungsgeber zu verlangen.

Art. 32 Abs. 2 BEG kodifiziert die Praxis des Bundesgerichts und die herrschende Lehrmeinung, wonach der Selbsteintritt dann kein verbotenes Verfallgeschäft darstellt, wenn der Sicherungsnehmer zur Abrechnung und zur Herausgabe eines allfälligen Überschusses verpflichtet ist¹⁴⁸.

VI. Fazit und Schlussbemerkung

Die rechtlichen Rahmenbedingungen der privaten Faustpfandverwertung im Allgemeinen und des Selbsteintritts des Pfandgläubigers im Besonderen entbehren zwar teilweise der dogmatischen Durchdringung, sind aber im Resultat sachgerecht. Unter Rückgriff auf allgemeine Prinzipien lassen sich zudem klare Anforderungen an die Einräumung des Rechts auf private Faustpfandverwertung und das Vorgehen des Pfandgläubigers bei derselben formulieren. Namentlich wurde geklärt, dass auch Waren und Wertschriften ohne Markt- und Börsenpreis privat verwertet werden können, wobei für den Selbsteintritt des Pfandgläubigers der Anrechnungspreis regelmässig mittels vertraglicher Vereinbarung bestimmt oder bestimmbar gemacht werden muss. Erfolgt die Privatverwertung resp. der Selbsteintritt des Pfandgläubigers zum Markt- oder Börsenpreis, ist nicht nur ihre grundsätzliche Zulässigkeit ausser Frage gestellt. Vielmehr sind Haftungsrisiken für den Pfandgläubiger sowie eine Benachteiligung des Verpfänders weitgehend ausgeschlossen. Vor diesem Hintergrund muss das Verbot der privaten Verwertung ei-

nes Pfandes mit objektivem Veräusserungswert im Konkurs eines nicht dem Banken- oder Börsenrecht unterstellten Verpfänders als überschüssend kritisiert werden.

Diese Fehlleistung der Rechtsprechung wurde zumindest im Anwendungsbereich des BEG durch den Gesetzgeber korrigiert. Es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht angesichts dessen seine Rechtsprechung zum allgemeinen Konkursrecht überdenkt, ansonsten Sicherungsnehmer an Bucheffekten gegenüber den übrigen Pfandgläubigern ohne sachlichen Grund privilegiert werden¹⁴⁹. Im Übrigen wurde durch die Regelung der privaten Sicherheitenverwertung in Art. 31 f. BEG wenig gewonnen, was für sich genommen keinen Anlass zu Kritik gibt, bezweckte der Gesetzgeber doch primär eine Kodifizierung der bestehenden Praxis. Indessen wurde mit dem zwingenden Charakter der Verwertungsandrohung abermals ein überschüssender Eingriff in die Privatautonomie vorgenommen und eine weitere Rechtsungleichheit zur privaten Faustpfandverwertung geschaffen.

Schliesslich ist zu bedauern, dass der Gesetzgeber mit der ausdrücklichen Regelung der privaten Sicherheitenverwertung an Bucheffekten verschiedentlich in einen Bereich eingreift, den das BEG überhaupt nicht regeln sollte und damit in der Literatur zu diversen Unklarheiten Anlass gibt. Namentlich die über die Jahre gewonnene Klarheit hinsichtlich der Voraussetzungen für und die Anforderungen an die private Verwertung von Pfandgegenständen ohne Markt- oder Börsenpreis, insbesondere auf dem Wege des Selbsteintritts, wird von der Literatur zum BEG in Frage gestellt. Diese Entwicklung ist zu bedauern. Es bleibt zu hoffen, dass das Bundesgericht mit seiner Rechtsprechung zur Klärung der Rechtslage beitragen und weitere Ungleichheiten zur privaten Faustpfandverwertung vermeiden kann. Insbesondere erscheint es wünschenswert, dass die in der Praxis bewährte Privatautonomie bei der Einräumung und Ausgestaltung der privaten Faustpfandverwertung, insbesondere beim Selbsteintritt des Pfandgläubigers, auch im Anwendungsbereich des BEG gewahrt bleibt.

¹⁴⁸ BOTSCHAFT (FN 15), 9382. Sinngemäss auch HESS/STÖCKLI (FN 125), 119; BERICHT (FN 15), 77.

¹⁴⁹ In BGE 136 III 437, E. 3.6 konnte das Bundesgericht die bisherige Rechtsprechung noch ungeachtet der Regelung im BEG fortführen, da die strittige Privatverwertung noch vor Inkrafttreten des BEG vollzogen wurde.