

Inhaltsübersicht

1. Teil:	Grundlagen	1
§ 1	Einführung	1
§ 2	Begriffe	7
2. Teil:	Die Zusammensetzung des Hypothekenportfolios einer Bank	13
§ 3	Fragestellung	13
§ 4	Charakteristika der Grundpfandarten des ZGB	15
§ 5	Einsatz der Grundpfandarten bei der Forderungsbesicherung	46
§ 6	Fazit Teil 2	60
3. Teil:	Das Hypothekenportfolio als Sicherheit bei der Refinanzierung	63
§ 7	Fragestellung	63
§ 8	Dingliche Rechte am Hypothekenportfolio einer Bank	65
§ 9	Bankinternes Sondervermögen	83
§ 10	Hypothekarfonds	95
§ 11	Pfandbrief	102
§ 12	Anleihenstiel mit Grundpfandrecht	119
§ 13	Bündelung eines Hypothekenportfolios in einer juristischen Person	130
§ 14	Fazit Teil 3	133
4. Teil:	Mortgage-backed Securities im Besonderen	136
§ 15	Fragestellung	136
§ 16	Grundlagen	137
§ 17	Übertragung von Grundpfandsicherheiten an das SPV	169
§ 18	Geheimhaltungspflichten der Bank	228
§ 19	Konkursrechtliche Fragestellungen	259
§ 20	Andere rechtliche Fragestellungen	268
§ 21	Verbriefung Schweizerischer Hypothekarkreditforderungen	296
§ 22	Fazit Teil 4	314

Inhaltsverzeichnis

Literatur	XX
Materialien / Internationale Richtlinien	XXXV
Abkürzungen	XXXVI

1. Teil: Grundlagen	1
§ 1 Einführung	1
I. Fragestellung	1
II. Merkmale des Hypothekengeschäfts	2
III. Merkmale der Refinanzierung	3
IV. Verknüpfung von Hypothekengeschäft und Refinanzierung	4
V. Aufbau der Arbeit	5
§ 2 Begriffe	7
I. Sicherheit	7
II. Grundpfandrecht	8
III. Hypothekenportfolio	9
IV. Refinanzierung	10
V. Mortgage-backed Securities	11
2. Teil: Die Zusammensetzung des Hypothekenportfolios einer Bank	13
§ 3 Fragestellung	13
§ 4 Charakteristika der Grundpfandarten des ZGB	15
I. Grundpfandverschreibung	15
A. Grundkonzept	15
B. Sicherstellung beliebiger Forderungen	16
C. Akzessorietät	16

D.	Keine Verkörperung in einem Wertpapier	18
E.	Weitergabe der Grundpfandsicherheit durch die Bank	18
1.	Zession der Grundforderung	18
2.	Verpfändung / Sicherungszession der Grundforderung	19
F.	Obligation mit Grundpfandverschreibung / Hypothekarobligation	20
G.	Zusammenfassung	21
II.	Schuldbrief	22
A.	Grundkonzept	22
B.	Sicherstellung besonderer Forderungen	23
C.	Unabhängigkeit vom Grundverhältnis	23
D.	Eintrag im Grundbuch und öffentlicher Glaube	27
E.	Verbriefung in einem Wertpapier	28
F.	Eigentümerschuldbrief	28
G.	Einsatzmöglichkeiten im Verhältnis Kreditnehmer – Bank	31
1.	Übertragung zu Eigentum (direktes Grundpfandrecht)	32
2.	Verpfändung (indirektes Grundpfandrecht)	34
3.	Sicherungsübereignung	35
H.	Möglichkeiten der Bank, Schuldbriefe bei der Refinanzierung einzusetzen	38
I.	Zusammenfassung	40
III.	Gült	40
IV.	Revision des Grundpfandrechts	41
A.	Vorgeschichte	41
B.	Grundzüge des vorgeschlagenen Register-Schuldbriefs	42
C.	Übertragungsarten beim Register-Schuldbrief	44
§ 5	Einsatz der Grundpfandarten bei der Forderungsbesicherung	46
I.	Kantonale Rahmenbedingungen	46
II.	Vertraglicher Gestaltungsspielraum	49

A.	Akzessorietät der Pfandrechte als Grenze der Vertragsfreiheit	49
B.	Generelle Pfandklausel	49
C.	Wiederauszahlungsklausel	52
III.	Forderungsarten	54
A.	Forderungslaufzeit	54
1.	Kurzfristige Forderungen	54
2.	Langfristige Forderungen	55
B.	Flexibilität des Forderungsbetrags	56
1.	Fester Forderungsbetrag	56
2.	Variabler Forderungsbetrag	56
C.	Mehrheit von Forderungen	57
D.	Kombinationen und nachträgliche Änderungen	57
E.	Praxis	58
F.	Zusammenfassung	59
§ 6	Fazit Teil 2	60
3. Teil:	Das Hypothekenportfolio als Sicherheit bei der Refinanzierung	63
§ 7	Fragestellung	63
§ 8	Dingliche Rechte am Hypothekenportfolio einer Bank	65
I.	Eigentum	65
A.	Allgemeines	65
1.	Objekt	65
2.	Rechtsgeschäftlicher Erwerb von Fahrniseigentum	66
3.	Spezialitätsprinzip	68
B.	Gemeinschaftliches Eigentum	69
1.	Miteigentum	70
a)	Grundlagen	70
aa)	Allgemeines	70

	bb)	Begründung von Miteigentum	70
	cc)	Aufhebung von Miteigentum	71
	dd)	Modifiziertes und labiles Miteigentum	71
	b)	Miteigentum an einem Hypothekenportfolio	72
	aa)	Theorie	72
	bb)	Praxis	74
	2.	Gesamteigentum	76
II.		Beschränkte dingliche Rechte	77
	A.	Allgemeines	77
	1.	Begriff und Arten	77
	2.	Fahrnispfandrecht	78
	a)	Verpfändung von Wertpapieren	78
	b)	Verpfändung von Forderungen, für welche kein Wertpapier besteht	79
	3.	Spezialitätsprinzip	79
	4.	Gemeinschaftliches Pfandrecht	80
	B.	Verpfändung eines Hypothekenportfolios	81
	a)	Theorie	81
	b)	Praxis	81
§ 9		Bankinternes Sondervermögen	83
I.		Allgemeines	83
	A.	Begriff und Merkmale	83
	B.	Entstehungsgeschichte	84
	C.	Abgrenzung gegenüber Anlagefonds	86
	D.	Anforderungen an die Begründung	87
	1.	Vermögen bestehender Kunden	87
	2.	Vermögensverwaltungsauftrag	87
	3.	Keine öffentliche Werbung	88
	4.	Gesonderte Buchführung	89
	E.	Zulässige Anlagen	89
	1.	Allgemein	89
	2.	Interessenkonflikt im Zusammenhang mit Hypotheken	91
	F.	Jederzeitiges Widerrufsrecht der Anleger und Bewertung der Anteile	92
	G.	Buchhalterische Behandlung	93
	H.	Steuern	93
II.		Hypothekenportfolio als bankinternes Sondervermögen	94

	A. Theorie	94
	B. Praxis	95
§ 10	Hypothekarfonds	95
I.	Allgemeines	95
	A. Charakteristika von Anlagefonds	95
	B. Entstehungsgeschichte des Hypothekarfonds	97
II.	Geltende Regelung	99
III.	Praktische Bedeutung und Revision des Anlagefondsgesetzes	100
	A. Praktische Bedeutung	100
	B. Revision des Anlagefondsgesetzes	100
§ 11	Pfandbrief	102
I.	Allgemeines	102
	A. Entstehungsgeschichte	102
	B. Praktische Bedeutung	104
II.	Geltende Regelung	106
	A. Übersicht	106
	B. Grundpfandgesicherte Forderungen	107
	C. Pfandregister der Hypothekarinstitute	108
	1. Eintragung der Deckung	108
	2. Wirkung der Eintragung: Registerpfandrecht	109
	D. Pfandbriefinstitute	111
	E. Darlehen der Pfandbriefinstitute an die Hypothekarinstitute	113
	F. Pfandregister der Pfandbriefinstitute	114
	1. Eintragung der Deckung	114
	2. Wirkung der Eintragung	115
	G. Pfandbriefe	116
III.	Fazit	117
§ 12	Anleihenstiel mit Grundpfandrecht	119
I.	Allgemeines	119

A.	Absicht des Gesetzgebers	119
B.	Praktische Bedeutung	120
C.	Revision des ZGB	122
II.	Geltende Regelung	123
A.	Artikel 875 Ziffer 1 ZGB	123
1.	Konzept	123
2.	Anleihe	123
a)	Allgemeines	123
b)	Anleihensschuldner	123
c)	Gläubiger	124
d)	Emittent	124
e)	Anleihenstiel	125
3.	Grundpfandrecht	126
4.	Stellvertreter	127
B.	Artikel 875 Ziffer 2 ZGB	127
C.	Artikel 876 – 883 ZGB	128

§ 13	Bündelung eines Hypothekenportfolios in einer juristischen Person	130
-------------	--	------------

§ 14	Fazit Teil 3	133
-------------	---------------------	------------

4. Teil:	Mortgage-backed Securities im Besonderen	136
-----------------	---	------------

§ 15	Fragestellung	136
-------------	----------------------	------------

§ 16	Grundlagen	137
-------------	-------------------	------------

I.	Konzept	137
II.	Begriffe	139
A.	Securitisation / Asset Securitisation	139
1.	Securitisation	139
2.	Asset Securitisation	139
B.	Mortgage-backed Securities	141
III.	Hauptbeteiligte und Rechtsverhältnisse	142
A.	Hauptbeteiligte	142

1. Originator (Bank)	142
2. Special Purpose Vehicle (SPV)	142
3. Obligor (Hypothekarschuldner)	143
4. Servicer	144
5. Investor	144
B. Rechtsverhältnisse	145
1. Hypothekarschuldner – Bank	145
2. Bank – Special Purpose Vehicle	146
3. Hypothekarschuldner – Special Purpose Vehicle	146
4. Special Purpose Vehicle – Investoren	147
IV. True Sale	148
V. Abgrenzungen	152
A. Mortgage-backed Securities - Pfandbrief	152
B. Mortgage-backed Securities – Anleihenstiel mit Grundpfandrecht	154
VI. Vor- und Nachteile von Mortgage-backed Securities	155
A. Vorteile	155
1. Neue Refinanzierungsquelle	155
2. Eigenmittelloptimierung / Leverage	156
3. Erweiterung des Kreises der Kapitalgeber, Bewirtschaftung Hypothekarkreditportfolio	157
B. Nachteile	158
VII. Praktische Bedeutung von Mortgage-backed Securities	158
A. USA	158
B. Europa	161
1. Deutschland	163
2. Italien	164
3. Dänemark	165
C. Schweiz	166
§ 17 Übertragung von Grundpfandsicherheiten an das SPV	169
I. Fragestellung	169
II. Schuldbrief	171
A. Schuldbrief im Eigentum der Bank	171

1. Ausgangslage	171
2. Übertragung an das SPV zu (uneingeschränktem) Eigentum	172
a) Übertragung Schuldbrief	173
b) Erfüllung Forderung des SPV gegenüber der Bank	173
c) Eigentum am Schuldbrief	173
d) Schuldbriefforderung	174
e) Grundpfandrecht	175
f) Ergebnis	175
3. Verpfändung an das SPV	175
a) Verpfändung Schuldbrief	175
b) Eigentum am Schuldbrief	176
c) Schuldbriefforderung	176
d) Grundpfandrecht	177
e) Forderung des SPV	177
f) Faustpfandrecht	178
g) Ergebnis	178
4. Sicherungsübereignung an das SPV	179
a) Übertragung Schuldbrief	179
b) Eigentum am Schuldbrief	180
c) Schuldbriefforderung	180
d) Grundpfandrecht	180
e) Sicherungsabrede	180
f) Forderung des SPV	180
g) Ergebnis	181
5. Fiduziarische Ausübung der Rechte zu Gunsten des SPV	181
a) Eigentum am Schuldbrief	181
b) Schuldbriefforderung	182
c) Grundpfandrecht	182
d) Treuhandabrede	182
e) Ergebnis	183
B. Verpfändeter Schuldbrief	183
1. Ausgangslage	183
2. Selbständiger Einsatz des Schuldbriefs	184
a) Keine Übertragung des Eigentums am Schuldbrief	185
b) Weiterverpfändung an das SPV	185
aa) Zustimmung zur Weiterverpfändung	185
bb) Weiterverpfändung	187
cc) Eigentum am Schuldbrief	188
dd) Schuldbriefforderung	188
ee) Grundpfandrecht	188
ff) Grundforderung	188
gg) Faustpfandrecht	188
hh) Forderung des SPV	189
ii) Faustpfandrecht	189
jj) Ergebnis	189
3. Einsatz als Akzessorium der Grundforderung	190
a) Zession der Grundforderung an das SPV	190
aa) Zession der Grundforderung	190

bb)	Eigentum am Schuldbrief	191
cc)	Schuldbriefforderung	191
dd)	Grundpfandrecht	191
ee)	Forderung des SPV	192
ff)	Grundforderung	192
gg)	Faustpfand am Schuldbrief	192
hh)	Ergebnis	193
b)	Verpfändung der Grundforderung an das SPV	193
c)	Sicherungszession der Grundforderung an das SPV	194
4.	Fiduziarische Rechtsausübung zu Gunsten des SPV	194
C.	Sicherungsübereigneter Schuldbrief	195
1.	Ausgangslage	195
2.	Selbständiger Einsatz des Schuldbriefs	195
a)	Keine Weitergabe zu (unbeschränktem) Eigentum	195
b)	Verpfändung an einen Dritten	196
aa)	Verpfändung Schuldbrief	196
bb)	Grundforderung	198
cc)	Eigentum am Schuldbrief	198
dd)	Schuldbriefforderung	198
ee)	Grundpfandrecht	198
ff)	Sicherungsabrede, Zustimmung zur Verpfändung	199
gg)	Forderung des SPV	199
hh)	Faustpfandrecht	199
ii)	Ergebnis	199
c)	Sicherungsübereignung an einen Dritten	200
aa)	Übertragung Schuldbrief	200
bb)	Eigentum am Schuldbrief	201
cc)	Schuldbriefforderung	201
dd)	Grundpfandrecht	201
ee)	Grundforderung	201
ff)	Sicherungsabrede, Zustimmung zur Übertragung	201
gg)	Forderung des SPV	201
hh)	Sicherungsabrede	202
ii)	Ergebnis	202
3.	Einsatz von Grundforderung und Schuldbrief	202
a)	Vorfrage: Erfordernis der Zustimmung des Hypothekarschuldners	202
b)	Einräumung von Rechten an der Grundforderung	205
aa)	Zession	205
bb)	Verpfändung	206
cc)	Sicherungszession	207
c)	Einräumung von Rechten am sicherungsübereigneten Schuldbrief	207
aa)	Verpfändung des Schuldbriefs an das SPV	208
aaa)	Sicherungsabrede, Zustimmung zur Verpfändung	208
bbb)	Zession der Grundforderung	208
ccc)	Grundforderung	208
ddd)	Faustpfandrecht	209
eee)	Eigentum am Schuldbrief	209
fff)	Schuldbriefforderung	209

	ggg)	Grundpfandrecht	209
	hhh)	Forderung des SPV	210
	iii)	Ergebnis	210
	bb)	Sicherungsübereignung des Schuldbriefs an das SPV	210
	aaa)	Zession der Grundforderung	211
	bbb)	Übernahme Sicherungsabrede durch das SPV	211
	ccc)	Übertragung Eigentum am Schuldbrief	211
	ddd)	Schuldbriefforderung	211
	eee)	Grundpfandrecht	212
	fff)	Forderung des SPV	212
	ggg)	Ergebnis	212
	4.	Fiduziarische Rechtsausübung zu Gunsten des SPV	212
III.		Grundpfandverschreibung	213
	A.	Akzessorietät	213
	1.	Gewöhnliche Grundpfandverschreibung	213
	2.	Obligation mit Grundpfandverschreibung (Hypothekarobligation)	213
	B.	Übertragung an das SPV	214
	1.	Gewöhnliche Grundpfandverschreibung	214
	a)	Zession an das SPV	214
	b)	Verpfändung und Sicherungszession	214
	2.	Obligation mit Grundpfandverschreibung	215
IV.		Übertragung des ganzen Vertragsverhältnisses	215
	A.	Institut der Vertragsübernahme	215
	B.	Übertragung von Hypothekarkreditverhältnissen	216
	1.	Form der Zustimmung	216
	2.	Zeitpunkt der Zustimmung	218
V.		Sonderfragen	218
	A.	Grundpfandsicherheiten, welche mehrere Forderungen sichern	218
	B.	Notifikation	221
	C.	Verrechnung	222
	D.	Retentionsrecht	223
VI.		Fazit § 17	225
§ 18		Geheimhaltungspflichten der Bank	228
	I.	Fragestellung	228
	II.	Bankkundengeheimnis	228

A.	Grundlagen	228
1.	Quellen	228
2.	Objekt und Umfang	229
B.	Auswirkungen auf die Möglichkeit der Weiterübertragung von Grundpfandrechten	230
1.	Zustimmung des Hypothekarschuldners	230
a)	Erfordernis der Zustimmung	230
b)	Form der Zustimmung	232
c)	Aufklärung des Bankkunden	233
d)	Mehrfache Zustimmung	234
e)	Praktische Probleme bei bestehenden Hypothekarkunden	234
f)	Zeitpunkt der Zustimmung	236
g)	Widerruf der Zustimmung	237
aa)	Vertragsrechtliche Sicht	237
bb)	Persönlichkeitsrechtliche Sicht	238
cc)	Strafrechtliche Sicht	239
2.	Auswirkungen eines Verstosses gegen das Bankgeheimnis	240
a)	Grundsätze von Art. 20 OR	240
aa)	Widerrechtlichkeit	240
bb)	Sittenwidrigkeit	241
b)	Verletzung der Grundlagen des Bankgeheimnisses im Einzelnen	242
aa)	Vertragsverletzung	242
bb)	Persönlichkeitsrechtsverletzung	243
cc)	Verletzung von Art. 47 BankG	245
c)	Folge der Widerrechtlichkeit	246
d)	Verpflichtung und Verfügung	250
3.	Anonyme Zession?	251
4.	Verbesserungsmöglichkeiten de lege ferenda?	254
a)	Gültigkeit der Zession trotz verletzter Geheimhaltungspflicht	255
b)	Recht zur Offenlegung von Daten ohne Zustimmung der Kunden	256
c)	Fazit zu den Vorschlägen de lege ferenda	257
III.	Datenschutzgesetz	257
IV.	Fazit § 18	258
§ 19	Konkursrechtliche Fragestellungen	259
I.	Grundproblem	259
II.	Konkurs der Bank	260
A.	Gültigkeit und Bestand der Abtretung	260
1.	Gültigkeit der Abtretung im Konkurs	260
2.	Bestand der Abtretung	261
B.	Legalzession / Aussonderung	262

	C. Verrechnung	264
III.	Konkurs des Special Purpose Vehicle	266
§ 20	Andere rechtliche Fragestellungen	268
I.	Regulatorische Fragestellungen	269
	A. Bei der Bank	269
	1. Eigenmittelunterlegung nach Bankenverordnung	269
	2. Konsolidierung	270
	3. Eigenmittelunterlegung gemäss Basler Ausschuss für Bankenaufsicht	273
	a) Basel I 273	
	b) Basel II 274	
	B. Beim Special Purpose Vehicle	277
	1. Unterstellung unter das Bankengesetz?	277
	2. Unterstellung unter das Börsengesetz?	280
	3. Unterstellung unter das Anlagefondsgesetz?	281
	4. Unterstellung unter das Geldwäschereigesetz?	282
	5. Lex Koller	282
	C. Beim Investor	284
II.	Steuerrechtliche Fragestellungen	285
	A. Bei der Bank	285
	1. Gewinnsteuer	285
	2. Umsatzabgabe	285
	3. Mehrwertsteuer	286
	B. Beim Special Purpose Vehicle	286
	1. Emissionsabgabe bei Gründung des SPV	286
	2. Kapitalsteuer auf dem Eigenkapital des SPV	287
	3. Gewinnsteuer / Quellensteuer	288
	a) Gewinnsteuer	288
	b) Quellensteuer	288
	4. Emissionsabgabe bei der Emission der Mortgage-backed Securities	289
	5. Mehrwertsteuer	290
	C. Beim Investor	290
	1. Quellensteuer?	290
	2. Verrechnungssteuer	291

	3. Umsatzabgabe beim Handel mit Mortgage-backed Securities	292
III.	Internationalprivatrechtliche Fragestellungen	293
	A. Streitigkeiten im Zusammenhang mit Kreditverträgen und Grundpfandsicherheiten	293
	1. Gerichtsstands- und Rechtswahl	293
	2. Zwingende Zuständigkeitsvorschriften	294
	3. Zwingende Bestimmung des anwendbaren Rechts	294
	B. Andere Streitigkeiten	295
§ 21	Verbriefung Schweizerischer Hypothekarkreditforderungen	296
I.	Mortgage-backed Securities-Transaktionen	296
	A. Transaktion TELL	297
	B. Transaktion SWISSACT	301
	1. Übertragung von Forderungen und Sicherheiten auf das SPV	303
	2. Pfandhalter, Retentionsrecht	303
	3. Mehrheit von Forderungen	304
	4. Verrechnung	305
	5. Ausfallrisiko	306
	a) Keine grundpfandrechtliche Absicherung der Investoren	306
	b) Grundpfandverwertung	307
	6. Steuerfragen	308
	a) Zürcher Kantonalbank	308
	b) Swissec AG	309
	c) Swissact 2001-1 Sub-Trust	309
	d) Investoren	310
	e) Tax Ruling	311
	f) Fazit	311
	7. Anwendbares Recht	311
II.	Synthetische Transaktionen	313
§ 22	Fazit Teil 4	314