

Alexander Baumann

Die *hypothèque rechargeable* –
eine wiederaufladbare Hypothek
als Grundschild *à la française*?

14

Schriften zum
internationalen Privat-
und Verfahrensrecht

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
A. Vorüberlegungen.....	1
I. Im Westen etwas Neues?.....	1
II. Gegenstand und Gang der Untersuchung.....	3
B. Klärung einiger Grundbegriffe der Untersuchung.....	4
I. Wiederaufladbarkeit und Wiederverwendbarkeit.....	4
II. Akzessorietät.....	5
III. Zusammenhang zwischen Bestimmtheit und Akzessorietät.....	8
IV. Abstraktionsprinzip, Konsensprinzip und Akzessorietät.....	9

Teil 1

Die Beweggründe für die Einführung der wiederaufladbaren Hypothek

Kapitel 1

Die vertragliche Hypothek vor der Reform von 2006

§ 1: Überblick zu den Sicherheiten an Grundstücken	13
A. Vielfältige Sicherungsformen an Grundstücken.....	13
I. Vertragliche Hypothek (hypothèque conventionnelle).....	13
II. Nutzungspfandrecht (antichrèse).....	13
III. Sicherungsrechte kraft Gesetzes.....	14
1. Gesetzliche Hypothek (hypothèque légale).....	14
2. Spezialimmobiliärprivileg (privilège spécial immobilier).....	15
3. Generalprivileg (privilège général).....	16
IV. Richterliche Hypotheken (hypothèques judiciaires).....	16
V. Eigentum als Kreditsicherheit.....	17
1. Immobilienleasing (crédit bail immobilier).....	17
2. Eigentumsvorbehalt (clause de réserve de propriété).....	17
3. Verkauf mit Rückkaufsrecht (vente à rémérer).....	18
VI. Vielfältige Grundpfandrechtsformen im deutschen Recht.....	18

B. Die Bedeutung der vertraglichen Hypothek in der Praxis.....	19
I. Heterogenität der französischen Kreditsicherungspraxis.....	19
1. Überblick zur historischen Entwicklung.....	19
2. Der Bedeutungsverlust der vertraglichen Hypothek.....	20
II. Monopolisierung im deutschen Recht durch die Grundschild.....	22
1. Historische Gründe für die Vielfalt im deutschen Recht.....	22
2. Die Sicherungsgrundschild als die praxisbestimmende Sicherheit 23	
§ 2: Gründe für den Bedeutungsverlust der vertraglichen Hypothek.....	25
A. Bisherige Grundstrukturen.....	25
I. Bestellung der Hypothek.....	25
1. Dogmatische Unterschiede bei der Bestellung.....	25
a. Bestellungsverfahren.....	25
b. Drittwirksamkeit durch Registereintragung.....	26
aa. Aufbau des Registersystems.....	26
bb. Funktion der Register.....	28
cc. Zeitliche Begrenzung der Eintragung.....	28
dd. Folge: Kein gutgläubiger Erwerb möglich.....	29
2. Forderungsbindung bei der Bestellung.....	30
a. Entstehungsakzessorietät.....	30
aa. Grundsatz.....	30
bb. Hypothekarische Sicherung der Darlehensvaluta bei unwirksamen Darlehensvertrag.....	31
cc. Sicherung bedingter Forderungen.....	32
b. Sicherung einer Vielzahl von Forderungen.....	33
aa. Kontokorrent- und Krediteröffnungsverträge.....	33
bb. Übereinstimmungen mit der deutschen Höchstbetragshypothek.....	33
cc. Übereinstimmungen mit der verdeckten Höchstbetragshypothek.....	34
dd. Grenze der Gemeinsamkeit: Festlegung der gesicherten Forderung.....	35
II. Übertragung der Hypothek.....	35
1. Unselbstständige Übertragung (transmission à titre accessoire).....	36
2. Selbstständige Übertragung (transmission à titre principal).....	37

a. Abtretung des Vorrangs (Cession de rang ou d'antériorité).....	37
b. Subrogation à l'hypothèque.....	37
c. Novation.....	38
3. Publizierungs- und Übertragungserleichterungen	38
4. Unterschiedlicher Schutz des Rechtsverkehrs.....	39
III. Erlöschen und Wiederverwendung der Hypothek.....	40
1. Unterscheidungsmerkmal Erlöschensakzessorietät.....	40
a. Erlöschensakzessorietät der französischen Hypothek.....	40
b. Kein Erlöschen der deutschen Hypothek bei Erlöschen der gesicherten Forderung.....	41
c. Kein Erlöschen der Grundsuld bei Zahlungen an den Gläubiger.....	42
2. Folgen für die Wiederverwendbarkeit.....	43
a. Französische Hypothek.....	43
aa. Keine echte Wiederverwendbarkeit.....	43
bb. Akzessorietät als Kostenfaktor.....	43
b. Wiederverwendbarkeit der deutschen Grundpfandrechte.....	44
aa. Forderungsauswechslung nach § 1180 BGB.....	44
bb. Höchstbetragshypothek, verdeckte Höchstbetragshypothek und abstrahierte Hypothek.....	45
cc. Eigentümergrundpfandrechte.....	46
dd. Sicherungsgrundsuld.....	47
ee. Gesetzlicher Lösungsanspruch nach § 1179a BGB.....	47
ff. Zwischenergebnis.....	49
IV. Verwertung des Sicherungsrechts.....	50
1. Zwangsvollstreckung.....	50
a. Verfahrensüberblick.....	50
b. Risiken der Hypothek bei der Erlösverteilung.....	51
c. Kritik am Zwangsvollstreckungsrecht.....	52
2. Die Hypothek bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners.....	53
a. Probleme der Hypothek in der Insolvenz.....	53
b. Überschuldung von Verbrauchern.....	56
c. Unvorhersehbarkeit und Zweifel als eigentliche Schwäche.....	56

B. Die Konkurrenten der Hypothek.....	57
I. Privilège du prêteur de deniers.....	57
1. Kostenvorteil.....	57
2. Strukturelle Grenzen.....	58
II. Cautionnement mutuel.....	59
1. Bürgschaftsmodell zur Sicherung von Immobiliarkrediten.....	59
a. Konzept.....	59
b. Vorteile des Sicherungsmodells.....	60
2. Bedenken.....	62
a. Selektivität.....	62
b. Verquickung der Interessen von Kreditgeber und Bürgen.....	63
c. Subjektivierung der Kreditsicherung.....	63
d. Grenzen der Personalsicherheiten bei der Kreditsicherung	64
C. Zwischenergebnis Kap. 1.....	65

Kapitel 2

Die Reform von 2006

§ 3: Die allgemeine Reform der Kreditsicherheiten.....	67
A. Das Ziel einer umfassenden Erneuerung des Rechtsgebiets.....	67
I. Strukturelle Neuordnung.....	68
II. Inhaltliche Erneuerung.....	69
B. Schwachstellen der Reform.....	70
I. Gesetzgeberische Unzulänglichkeiten.....	70
1. Kritik an der Gesetzgebungstechnik.....	70
2. Gegenständliche Grenzen der Reform.....	70
a. Ausschluss wichtiger Rechtsgebiete.....	70
b. Nachträgliche Einführung der treuhänderischen Sicherungsübereignung.....	71
aa. Kontext und Konzept.....	71
bb. Ständige Weiterentwicklung, insb. die wiederaufladbare Treuhand.....	72

II. Folgen der Defizite der Reform 2006.....	74
1. Skepsis aufgrund der gesetzgeberischen Fragmentierung.....	74
2. Schlussfolgerungen für die wiederaufladbare Hypothek.....	74
a. Ausklammerung wichtiger Bereiche.....	74
b. Nebenrolle der wiederaufladbaren Hypothek.....	75
§ 4: Die Zielrichtung der wiederaufladbaren Hypothek.....	77
A. Die wiederaufladbare Hypothek als wirtschaftspolitisches Instrument. 77	
I. Die politische Entscheidung für die wiederaufladbare Hypothek.....	77
1. Der politische Ursprung der wiederaufladbaren Hypothek.....	77
2. Förderung von Konsum und Wirtschaftswachstum	79
II. Die Idee der wiederaufladbaren Hypothek.....	80
1. Die kredit- und konsumfördernde Wirkung.....	81
a. Zum Verhältnis von Grundvermögen und Grundpfandrecht.....	81
b. Funktionsweise des Hypothekendarlehens auf Lebenszeit.....	82
c. Funktionsweise der wiederaufladbaren Hypothek.....	82
d. Von der Mobilisierung des Grundvermögens zur Erhöhung des Wirtschaftswachstums.....	83
aa. Erhöhung der Grundeigentümerquote?.....	83
bb. Förderung des Wirtschaftswachstums.....	84
2. Konzeptionelle Grenzen.....	85
a. Fraglicher konjunktureller Effekt.....	85
b. Politische Brisanz.....	86
B. Internationale Bezugspunkte.....	87
I. Vorbilder der wiederaufladbaren Hypothek.....	87
1. Inspiration durch die angelsächsischen Rechtsordnungen.....	88
2. Europäische Vorbilder?.....	89
a. Die hypothèque omnibus: ein belgischer Präzedenzfall.....	89
b. Deutschland, die Schweiz und die Eurohypothek.....	90
3. Mehrere Vorbilder?.....	92
II. Verbindungen zu Subprime- und Finanzkrise?.....	93
C. Zwischenergebnis Kap. 2.....	94

Teil 2**Die Ausgestaltung der wiederaufladbaren Hypothek****Kapitel 3****Erstsicherung und Wiederverwendung**

§ 5: Bestellung	99
A. Beibehaltung der Grundstruktur	99
I. Bestellungsverfahren	99
1. Änderung der Bestellungskosten	100
a. Kostensenkung	100
aa. Senkung der Notargebühren bei der Bestellung	100
bb. Senkung der Kosten für die mainlevée	101
cc. Vergleich mit der bisherigen Rechtslage	102
b. Relativierung der Kostensenkung	103
aa. Kopplung des privilège du prêteur de deniers	103
bb. Vergleich mit dem deutschen Recht	103
2. Veränderungen bei der Wirksamkeitsdauer der Registereintragung	104
a. Verlängerung der Wirksamkeitsdauer	104
b. Konflikt zwischen Erneuerungspflicht und Wiederaufladbarkeit	105
II. Akzessorietät und Bestimmtheitsgrundsatz	106
1. Die wiederaufladbare Hypothek als akzessorisches Recht	106
2. Änderungen der Regelungen zur Bestimmtheit	107
a. Bestätigung bisheriger Lockerungen der Bestimmtheit hinsichtlich der gesicherten Forderung	107
b. Bestätigung alter Grenzen	108
c. Unterschied zur belgischen hypothèque omnibus	109
B. Wiederaufladbarkeit durch Wiederaufladbarkeitsklausel	110
I. Entstehungsvoraussetzungen	110
1. Einfügung der Wiederaufladbarkeitsklausel	110
2. Besondere Schutzvorschriften	110
a. Vorschriften zum Verbraucherschutz	111
b. Schutzvorschriften für Kleinunternehmer	112

II. Umwandlung statt Neubestellung.....	112
1. Umwandlung vertraglicher Hypotheken.....	113
a. Alt-Hypotheken.....	113
b. Neu-Hypotheken.....	114
2. Umwandlung nicht-vertraglicher Sicherungsrechte.....	115
a. Begrenzte Einbeziehung des privilège du prêteur de deniers....	115
b. Keine Umwandlung anderer dinglicher Sicherungsrechte.....	116
III. Auswirkungen der Wiederaufladbarkeit auf die Verbindung von wiederaufladbarer Hypothek und Erstforderung.....	116
1. Betragsmäßige Verknüpfung von wiederaufladbarer Hypothek und Erstforderung.....	116
a. Bedeutung der Fragestellung.....	116
b. Argumente für eine Kopplung.....	117
c. Die liberale Lösung.....	119
d. Bewertung.....	120
e. Ausstrahlung auf die einfache vertragliche Hypothek.....	121
2. Folgen der Unwirksamkeit der Erstforderung.....	123
a. Akzessorische Bindung an die Erstforderung?.....	123
b. Wiederverwendbarkeit sticht Akzessorietät?.....	123
c. Übertragung der Argumentation bei nichtigen, aber valutierten Forderungen?.....	124
d. Drohender Konflikt mit dem Konsensprinzip.....	125
IV. Zusammenfassung.....	126
 § 6: Wiederverwendung durch Wiederaufladung	129
A. Flexibilisierung durch Wiederaufladung.....	129
I. Aufgabe der Erlöschensakzessorietät.....	129
1. Erlöschensakzessorietät bei der einfachen vertraglichen Hypothek.....	129
2. Keine Erlöschensakzessorietät bei der wiederaufladbaren Hypothek.....	130
a. Abkopplung beim Erlöschen, Bindung im Umfang.....	130
b. Die forderungslose wiederaufladbare Hypothek als eine Art Eigentümergrundpfandrecht.....	130
II. Die Wiederaufladung der Hypothek mit neuen Forderungen.....	132

1. Gegenständliche Wiederverwendung.....	132
a. Neuvaluierung und Sicherung zusätzlicher Forderungen.....	132
b. Zulässiger Wiederaufladungsbetrag.....	132
aa. Problembestimmung.....	133
bb. Meinungsbild und praktische Folgen.....	134
2. Personelle Flexibilisierung.....	135
a. Keine Sicherungsreserve für den Gläubiger, sondern für den Eigentümer.....	135
b. Praktische Notwendigkeit der Mitwirkung vorrangiger Gläubiger.....	136
B. Einschränkungen der Wiederaufladung.....	137
I. Inhaltlicher Gestaltungsrahmen.....	137
1. Geltung des Bestimmtheitsgrundsatzes.....	137
2. Ausschluss „wiederaufladbarer“ Kreditformen.....	137
3. Ordre public-Regelung.....	138
4. Kein Ausschluss der Co-Inhaberschaft möglich.....	139
II. Förmlicher Gestaltungsrahmen.....	139
1. Form der Wiederaufladung.....	139
a. Notarielle Mitwirkung.....	139
b. Publizierung.....	140
2. Kosten der Wiederaufladung.....	140
a. Notarkosten.....	141
b. Gebühren des Hypothekenbewahrers.....	142
c. Keine Registrierungssteuern.....	142
C. Vergleich mit dem deutschen Recht.....	142
I. Kaum Übereinstimmungen mit der Grundschild.....	142
II. Einordnung innerhalb des Hypothekenrechts	143
1. Mehr als bloße Forderungsauswechslung.....	143
2. Keine Ähnlichkeit mit der Höchstbetragshypothek.....	143
3. Keine Übereinstimmung mit verdeckter Höchstbetragshypothek und abstrahierter Hypothek.....	144
4. Übereinstimmungen mit der (Buch-)Hypothek.....	144
III. Schwierigkeiten bei der Wiederaufladung.....	145
1. Rechtsunsicherheit bei bereits bestehenden Sicherungen Dritter.....	145
2. Schwerfälligkeit durch formale Anforderungen.....	146

D. Hintergrund der unterschiedlichen Formerfordernisse.....	147
I. Registereintragung.....	147
1. Co-Inhaberschaft erfordert Transparenz.....	147
2. Folge der Akzessorietät.....	149
II. Begründungslinien für den Notarzwang.....	150
1. Höherer Schuldnerschutz?.....	150
2. Zusammenhang zwischen notarieller Form und Registereintragung.....	151
3. Notarielle Mitwirkung als Auswirkung des Konsensprinzips?.....	152
E. Zusammenfassung.....	153

Kapitel 4

Mehrpersonenkonstellationen bei der Wiederaufladung

§ 7: Rangerhalt.....	155
A. Rangerhalt durch die wiederaufladbare Hypothek.....	155
I. Grundregeln bei der Rangordnung.....	155
II. Rangerhalt bei Wiederaufladung.....	156
III. Vergleich mit dem deutschen Recht.....	157
1. Rangfolge.....	157
2. Rangreservierung.....	157
3. Rangerhalt.....	158
B. Problemfelder.....	159
I. Okkulte Wiederaufladung?.....	159
1. Fehlende Transparenz mangels Registrierungspflicht.....	159
2. Fragwürdige Gefährdungslage.....	159
3. „Okkulte“ Rechtspositionen im deutschen Hypothekenrecht.....	160
II. Unklare Regelungen zur nachträglichen Rangänderung.....	160
1. Einschränkung der Rangabtretung durch Art. 2422 Abs. 6 CC?...160	
2. Erschwerung der Abtretung durch die Co-Inhaberschaft.....	161
III. Ausnahmen vom Rangerhalt.....	161
1. Kein Rangerhalt bei bestimmten nachfolgenden Hypotheken.....	161
2. Hintergrund der Ausnahmeregelung.....	162
a. Erhalt der Wirksamkeit der vorläufigen Hypothek.....	162

b. Prinzipielle Unvereinbarkeit nicht-vertraglicher Hypotheken mit der wiederaufladbaren Hypothek.....	162
3. Gesetzlich nicht geregelte Konstellation.....	164
IV. Rangfolge innerhalb der wiederaufladbaren Hypothek.....	168
1. Kein Rangerhalt.....	168
2. Die negativen Folgen der Co-Inhaberschaft.....	168
C. Zusammenfassung.....	169
§ 8: Übertragung.....	171
A. Anwendung der Regelungen der einfachen vertraglichen Hypothek...171	
I. Dogmatische Probleme aufgrund der Akzessorietätslockerung.....171	
1. Akzessorische Übertragung eines halb-akzessorischen Rechts....171	
2. Rein theoretische Relevanz des Problems.....172	
3. Vergleich mit den deutschen Grundpfandrechten.....173	
II. Verkappte Übertragung durch Wiederaufladung.....173	
1. Übertragungswirkung der Wiederaufladung durch Dritte.....173	
2. Risiken für neue Gläubiger mangels gutgläubigen Erwerbs.....174	
a. Abhängigkeit von vorangegangenen Sicherungsgeschäften....174	
b. Schutz durch notarielle Mitwirkung?.....175	
B. Deutsche Annäherung durch das Risikobegrenzungs-gesetz.....176	
I. Risiken der Schuldner bei der Übertragung von Grundschulden nach dem alten Recht.....	176
1. Bisherige Entwicklungslinien im Gläubiger-Schuldnerverhältnis 176	
a. Sicherungsausbau in der Praxis.....	176
b. Bedeutung der Übertragung von Grundschulden.....177	
aa. Refinanzierung und Verwertung.....	177
bb. Umschuldung.....	179
2. Verkehrsschutz sticht Schuldnerschutz.....	179
a. (Potentielle) Gefahr durch gutgläubigen Erwerb.....	179
aa. Gutgläubiger Erwerb bei der Sicherungsgrundschuld.....	179
bb. Parallelen zur Verkehrshypothek.....	182
cc. Unterschiede beim Schuldnerschutz.....	184
b. Kritik an der Veräußerung von Sicherungsgrundschulden.....	186
aa. Relativierung der Gefahr des gutgläubigen Erwerbs.....	186
bb. Risikogeschäft Grundpfandrechtsverkauf.....	187

II. Änderungen durch das Risikobegrenzungs-gesetz.....	189
1. Begrenzung des Schuldner-risikos.....	189
a. Schutzmaßnahmen.....	189
b. Ausschluss des gutgläubigen einredefreien Erwerbs.....	189
c. Grenzen des Schuldnerschutzes.....	190
aa. Kompromiss zwischen Gläubiger- und Schuldnerinteressen.....	190
bb. Lückenhafte Regelungen.....	191
2. Folgen für das Verhältnis Hypothek-Grundschild.....	192
a. Annäherung der Grundschild an die Hypothek.....	192
aa. Sicherungsgrundschild und Sicherungshypothek.....	192
bb. Teil-Akzessorietät der Grundschild?.....	193
cc. Aufgabe der Treuhand?.....	194
b. Tendenz zur Verkehrshypothek?.....	195
aa. Wiederverwendbarkeit.....	195
bb. Verkehrsfähigkeit.....	197
cc. Folgerung: Kein klarer Vorteil.....	197
III. Neuere Rechtsprechung.....	198
1. Das Urteil des BGH vom 30. März 2010.....	198
2. Einschränkung der bisherigen Rechtsprechung.....	199
3. Verhältnis zu § 1192 Abs. 1a BGB.....	200
4. Reichweite der Entscheidung.....	202

Teil 3

Folgerungen: Merkmale des Wiederaufladungskonzepts

§ 9: Strukturelle Besonderheiten.....	205
A. Wiederaufladbarkeit und Akzessorietät.....	205
I. Teilaufhebung der Akzessorietät.....	205
1. Anknüpfungspunkt Erlöschensakzessorietät.....	205
2. Problempunkt Entstehungsakzessorietät.....	206
II. Erhalt des akzessorisch vermittelten Schuldnerschutzes.....	207
B. Die neue Gläubiger-Schuldner-Beziehung.....	208

I. Die wiederaufladbare Hypothek als Sicherungsreserve des Eigentümers.....	208
II. Komplikationen der neuen Rechtsverteilung.....	209
1. Die fragwürdige Idee der Co-Inhaberschaft.....	209
2. Auswirkungen auf andere Konstellationen.....	210
C. Weitere Unstimmigkeiten.....	211
I. Wiederaufladbarkeit und nicht-vertragliche Sicherungsrechte.....	211
II. Wiederaufladbarkeit ohne vertragliche Flexibilität.....	212
III. Konsumkredit, Subprime und Verbraucherschutz.....	212
IV. Wiederaufladbarkeit und wirtschaftlicher Nutzen.....	213
§ 10: Die wiederaufladbare Hypothek als Detaillösung.....	215
A. Sonderformcharakter als Kompromiss.....	215
B. Unberücksichtigte Fragestellungen.....	215
I. Unveränderte nationale Problemfelder.....	215
1. Probleme bei der Verwertung der Sicherheit.....	215
a. Neuerungen bei der Einzelverwertung.....	216
aa. Verfallklausel und richterliche Zuteilung.....	216
bb. Defizite der neuen Verwertungsmechanismen.....	217
cc. Reform des Zwangsvollstreckungsrechts.....	218
b. Neue Konkurrenz	219
aa. Anpassungen der fiducie-sûreté.....	219
bb. Wiederaufladbare Hypothek vs. (wiederaufladbare) treuhänderische Sicherungsübereignung?.....	220
2. Wirtschaftliche Interessen der Banken.....	221
II. Die wiederaufladbare Hypothek und die Eurohypothek.....	223
1. Übersicht zu bisherigen Initiativen.....	223
2. Eine wiederaufladbare Eurohypothek?.....	224
3. Konturen einer europäischen Kompromisslinie.....	225
4. Ausblick.....	226
Zusammenfassung.....	229
Sommaire.....	233
Literaturverzeichnis.....	237
Abkürzungsverzeichnis.....	263