Abstrakte Sicherheiten

in China und Deutschland

Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

Doktor der Rechte (Dr. iur.)

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

Meiying Fu
geboren in Peking, VR China

Freiburg im Breisgau
Mai 2016

Erstgutachter: Prof. Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner

Zweitgutachter: Prof. Dr. Yuanshi Bu

Dekan: Prof. Dr. Boris Paal

Tage der mündlichen Prüfung: 19.04, 03.05. und 04.05. 2016

Dissertationsort: Freiburg

Jahr der Veröffentlichung: 2017

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis 22

Kapitel 1

Die Abstraktion und die Abstraktheit im deutschen Recht 25

§ 1. Die Bedeutung des Trennungs- und Abstraktionsprinzips 25

I. Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip im BGB 25

II. Kausale und abstrakte Zuwendungen 26

III. Zur Terminologie 32

§ 2. Abstraktion und sachenrechtliche Grundsätze 36

I. Abstraktion und Trennung von Schuld- und Sachenrechten 36

II. Abstraktion und *numerus clausus* der Sachenrechte 40

III. Abstraktion, Trennung und Spezialität 42

IV. Abstraktion und Publizität 42

§ 3. Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip bei Sicherungsrechten 47

I. Trennungsprinzip 47

II. Abstraktionsprinzip 49

III. Vergleich zum schweizerischen Recht 50

§ 4. Abstraktheit im Sinne der Nichtakzessorietät 63

I. Die Bedeutung der Abstraktheit im Sinne der Nichtakzessorietät 63

II. Formen der Abstraktheit im Sinne der Nichtakzessorietät 65

§ 5. Vorteile der Nichtakzessorietät 67

I. Kostensparende Flexibilität 67

II. Dispositionsfreiheit 69

III. Attraktivität 70

§ 6. Die positive Rolle des Trennungs- und Abstraktionsprinzips bei nichtakzessorischen Sicherheiten 71

I. Verkehrsschutz 71

II. Gestaltungsfreiheit und Flexibilität 73

Kapitel 2

Die Abstraktheit der Grundschuld 75

§ 7. Konkurrenz der Grundpfandrechte im deutschen BGB 75

I. Der Begriff des Grundpfandrechts im BGB 75

II. Differenzierung von Hypothek und Grundschuld 75

III. Grundschuld als nichtakzessorische Sicherheit 76
IV. Der überwiegende Siegeszug der Grundschuld in der deutschen Kreditpraxis 76
V. Grundschuld und Sicherungsgrundschuld 77
§ 8. Die Abstraktheit der Grundschuld 77
I. Die Bedeutung der Abstraktheit der Grundschuld 77
II. Der Sicherungsvertrag und die Sicherungsabrede 86
III. Hauptinhalte des Sicherungsvertrags 93
IV. Haftungsübernahme und Unterwerfungserklärung 100
V. Der Rückgewähranspruch als Ausdruck vertraglicher Akzessorietät 109
VI. Löschungsvormerkung und Löschungsanspruch 131
VII. Irreführende Angst vor überschießender dinglicher Rechtsmacht 136
§ 9. Die Sicherungsgrundschuld 141
I. Entstehung und Mängel der Sicherungsgrundschuld 141
II. Abtretungsprobleme 142
III. Das Einwendungssystem bei Grundschulden 144
IV. Analyse der Risiken der Sicherungsgrundschuld in der Praxis 154
§ 10. Eigentümergrundpfandrechte im BGB 163
I. Entstehung der Eigentümerhypothek 163
II. Entstehung der Eigentümergrundschuld 163
III. Funktion der Eigentümergrundschuld 164
IV. Die vorläufige und künftige Eigentümergrundschuld 165
V. Die Sicherungsabtretung der Eigentümergrundschuld 169
VI. Hypothek als potenzielle Eigentümergrundschuld 169
§ 11. Die nicht valutierte Grundschuld 170
I. Unanwendbarkeit der §§ 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 BGB 170
II. Ansprüche des Grundschuldbestellers 171
III. Teilweise nicht valutierte Grundschuld 172
§ 12. Die Sicherungsgrundschuld in der Zwangsvollstreckung 172
I. Die Möglichkeit der Doppelunterwerfung in die Zwangsvollstreckung von Grundschuld und Forderung 172
II. Überleben der Grundschuld in der Zwangsversteigerung 180
III. Der Rückgewähranspruch in der Zwangsvollstreckung 181
IV. Der Löschungsanspruch in der Zwangsversteigerung 185
V. Die Pfändung der Eigentümergrundschuld 186

VI. Die nicht valutierte Grundschuld in der Zwangsvollstreckung 188
§ 13. Die Sicherungsgrundschuld in der Insolvenz 188
I. Auswirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens 188
II. Insolvenzanfechtung 191
III. Absonderungsberechtigung der Grundpfandgläubiger 197
IV. Andere Enzelfragen 205
V. Grundpfandrechte im Insolvenzplanverfahren 211
Kapitel 3
Die Entwicklung nichtakzessorischer Sicherheiten im chinesischen Recht 213
§ 14. Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip im chinesischen Recht 213
I. Die historische Entwicklung des chinesischen Zivilrechts 213
II. Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip in Taiwan 216
III. Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip in Festland China 219
§ 15. Die Entwicklung der Hypothek im chinesischen Recht 245
I. Der Monismus im chinesischen Recht: die Akzessorietät 245
II. Die sog. „unabhängige Sicherheit“ im chinesischen Recht 251
III. Der Hypothekenvertrag im chinesischen Recht 257
IV. Erwerb der Hypothek im chinesischen Recht 261
V. Gutgläubiger Erwerb der Hypothek 264
VI. Die Eintragungswirkung 275
VII. Unwirksamkeit der Hypothek 278
VIII. Verwertung der Hypothek 285
IX. Gründe für das Erlöschen der Hypothek 294
§ 16. Andere atypische Immobiliarsicherheiten des chinesischen Rechts 299
I. Die „*housing mortgage*“ des chinesischen Rechts 299
II. Die Höchstbetragshypothek bei Immobilien 302
III. Der „Hypothekenfonds“ im chinesischen Recht 307
§ 17. Probleme beim Verständnis von Grundsatzfragen des Rechts der Grundpfandrechte 308
I. Schwierigkeiten bei einer Einführung der deutschen Grundschuld 308
II. Verwechslung von Abstraktheit und Verbriefung 310
III. Vermengung zwischen Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit des Grundpfandrechts 313
IV. Die Problematik des Eigentümergrundpfandrechts im chinesischen Recht 313
§ 18. Einführung der Nichtakzessorietät von Sicherheiten durch die Sicherungsübereignung von Grundstücken? 316

I. Streit über die Sicherungsübereignung in der chinesischen Literatur 316

II. Die Ansicht des OVG zur Sicherungsübereignung 318

III. Die Fahrnishypothek und die Sicherungsübereignung..... 320

IV. Die Sicherungsübereignung von Grundstücken als Durchbruch der Nichtakzessorietät im chinesischen Recht? 323

V. Mögliche Konkurrenz zwischen Hypothek und Sicherungsübereignung von Grundstücken 326

Kapitel 4

Schlussbetrachtung 329

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 22

Kapitel 1

Die Abstraktion und die Abstraktheit im deutschen Recht 25

§ 1. Die Bedeutung des Trennungs- und Abstraktionsprinzips 25

I. Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip im BGB 25

1. Trennungsprinzip 25

2. Abstraktionsprinzip 25

II. Kausale und abstrakte Zuwendungen 26

1. Zuwendung und Leistung 27

2. Zweck, Motiv und *causa* 27

3. *Causa* und Rechtsgrund 27

4. Trennung zwischen *Primär-* und *Sekundärcausa* 28

5. Kausale und abstrakte Verpflichtungen 29

a) Kausale Verpflichtungen 29

b) Abstrakte Verpflichtungen 30

6. Kausale und abstrakte Verfügungen 30

a) Abstrakte Verfügungen 30

b) Kausale Verfügungen 31

III. Zur Terminologie 32

1. Kausalheit und Abstraktion 32

2. Akzessorietät und Nichtakzessorietät (Abstraktheit) 32

3. Verbleibende Wechselwirkungen zwischen Akzessorietät, Nichtakzessorietät und Abstraktionsprinzip am Beispiel der Grundpfandrechte 34

4. Fazit 35

§ 2. Abstraktion und sachenrechtliche Grundsätze 36

I. Abstraktion und Trennung von Schuld- und Sachenrechten 36

1. Die absolute Trennung der Sachenrechte von Schuldrechten im deutschen BGB . 36

2. Die Beschränkung der Losgelöstheit dinglicher Rechte von ihrem Zweck 36

3. Die Sonderstellung des Anwartschaftsrechts im deutschen Recht 37

4. Treuhandeigentum oder fiduziarische Übertragungen? 38

II. Abstraktion und *numerus clausus* der Sachenrechte 40

III. Abstraktion, Trennung und Spezialität 42
IV. Abstraktion und Publizität 42
1. Die Bedeutung der Publizität 42
2. Das Traditionsprinzip bei beweglichen Sachen 43
3. Die natürliche Abstraktheit der Immobilien 44
4. Publizität und ihre Gutglaubenswirkung 45
a) Rechtsscheinträger mit verschiedener Qualität 45
b) Gutgläubiger Erwerb verschiedener Qualität 45
5. Kurze Zusammenfassung 46
§ 3. Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip bei Sicherungsrechten 47
I. Trennungsprinzip 47
II. Abstraktionsprinzip 49
1. Effizienz durch das Abstraktionsprinzip 49
2. Kurze Zusammenfassung 50
III. Vergleich zum schweizerischen Recht 50
1. Das Grundpfand in der Schweiz 50
a) Die Grundpfandverschreibung 51
b) Der Schuldbrief 53
1) Die Schuldbrieforderung 53
2) Der Papier-Schuldbrief 55
3) Der Register-Schuldbrief 57
4) Kurze Zusammenfassung 58
2. Die Sicherungsübereignung in der Schweiz 59
3. Fazit 61
§ 4. Abstraktheit im Sinne der Nichtakzessorietät 63
I. Die Bedeutung der Abstraktheit im Sinne der Nichtakzessorietät 63
1. Wirtschaftliches Ziel und rechtliches Verhältnis 63
2. Akzessorietät 63
3. Nichtakzessorietät 64
II. Formen der Abstraktheit im Sinne der Nichtakzessorietät 65
1. Entstehungsabstraktheit 65
2. Umfangsabstraktheit 66
3. Zuständigkeitsabstraktheit 66
4. Durchsetzungsabstraktheit 66

5. Erlöschensabstraktheit 67
§ 5. Vorteile der Nichtakzessorietät 67
I. Kostensparende Flexibilität 67
II. Dispositionsfreiheit 69
III. Attraktivität 70
§ 6. Die positive Rolle des Trennungs- und Abstraktionsprinzips bei nichtakzessorischen Sicherheiten 71
I. Verkehrsschutz 71
II. Gestaltungsfreiheit und Flexibilität 73
Kapitel 2
Die Abstraktheit der Grundschuld 75
§ 7. Konkurrenz der Grundpfandrechte im deutschen BGB 75
I. Der Begriff des Grundpfandrechts im BGB 75
II. Differenzierung von Hypothek und Grundschuld 75
III. Grundschuld als nichtakzessorische Sicherheit 76
IV. Der überwiegende Siegeszug der Grundschuld in der deutschen Kreditpraxis 76
V. Grundschuld und Sicherungsgrundschuld 77
§ 8. Die Abstraktheit der Grundschuld 77
I. Die Bedeutung der Abstraktheit der Grundschuld 77
1. Die konstruktive Bedeutung der Abstraktheit der Grundschuld 77
2. Die Rechtsnatur der Sicherungsgrundschuld 78
a) Reguläre Grundschuld oder Rechtsverhältnis? 78
b) Die Drittwirkung des Sicherungsvertrags als Ausnahme 80
c) Der § 1192 Abs. 1a BGB n. F. als eine durch die Novelle neu eingeführte Ausnahme 80
3. Bewertung der Einführung des § 1192 Abs. 1a BGB 82
4. Identität der Sicherungsgrundschuld 84
5. Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip und die Funktionsweise der Abstraktheit bei Sicherungsgrundschulden 84
6. Abstraktheit und Verbriefung 85
II. Der Sicherungsvertrag und die Sicherungsabrede 86
1. Konstruktive Abstraktheit und vertragliche Akzessorietät 86
2. Das Wesen des Sicherungsvertrags 86
a) Der Sicherungsvertrag als Treuhandvertrag 86
b) Die Rechtsnatur des Sicherungsvertrags 87

3. Die Sicherungsabrede als vertragliche Zweckbestimmung 88
4. Quellen des Sicherungsvertrags 89
5. Parteien des Sicherungsvertrags 90
a) Sicherungsnehmer 90
b) Sicherungsgeber 90
1) Darlehensnehmer als Sicherungsgeber 90
2) Streit im Schrifttum 91
3) Analyse und Lösung 92
III. Hauptinhalte des Sicherungsvertrags 93
1. Die Verpflichtung zur Bestellung einer bestimmten Grundschuld 93
2. Die Sicherungsabrede 93
a) Schuldrechtliche Vinkulierung und Rückgewähranspruch 93
b) Änderung der Sicherungsabrede 95
c) Die Sicherungsabrede und das Zurückbehaltungsrecht 95
1) Zurückbehaltungsrecht des Sicherungsnehmers 95
2) Zurückbehaltungsrecht des Sicherungsgebers 96
3. Das Problem der Übersicherung 96
4. Verbot der Zahlung auf die Grundschuld selbst 98
5. Andere typische Vereinbarungen in der Praxis 100
IV. Haftungsübernahme und Unterwerfungserklärung 100
1. Haftungsübernahme durch Schuldversprechen bzw. Schuldanerkenntnis 100
2. Kumulation von Haftungsübernahme und doppelte Vollstreckungsunterwerfung 100
a) Zusammenwirken mit der Grundschuld 100
1) Zusätzliche Sicherheit aus dem Schuldanerkenntnis 101
2) Vollständige Ersetzung der Darlehensforderung durch das Schuldanerkenntnis 101
3) Die Beziehung zwischen Grundschuld und Schuldanerkenntnis 101
b) Zusammenwirken mit der (Verkehrs)Hypothek 102
3. Zulässigkeit 104
a) Generelle Zulässigkeit bei Personenidentität 104
b) Art und Weise der Kumulation 104
c) Einmalige Durchsetzbarkeit 105
d) Die additive Zuordnung 105

4. Beweislaständerung durch abstrakte Zahlungsverpflichtung 106
a) Funktion des Schuldanerkenntnisses bzw. Schuldversprechens 106
b) Formelle Erscheinungsform und rechtlicher Zweck 107
5. Das abstrakte Schuldversprechen und das abstrakte Schuldanerkenntnis als selbständige nichtakzessorische Sicherheiten im Schuldrecht 108
V. Der Rückgewähranspruch als Ausdruck vertraglicher Akzessorietät 109
1. Die Rechtsnatur des Rückgewähranspruchs 109
2. Der Gläubiger des Rückgewähranspruchs 111
3. Inhalt des Rückgewähranspruchs 112
4. Entstehung und Fälligkeit des Rückgewähranspruchs 112
5. Die Selbständigkeit des Rückgewähranspruchs 114
6. Die Sicherungsabrede als Grundlage des Rückgewähranspruchs 115
a) Die ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung 115
b) Ursprüngliches oder nachträgliches Nichtbestehen des Sicherungszwecks 115
1) Nichterfüllung und Unwirksamkeit des Darlehensvertrags 115
2) Übersicherung 116
3) Erlöschen der gesicherten Forderung 117
4) Die isolierte Abtretung der Grundschuld bzw. der gesicherten Forderung 117
5) Andere Gründe für den Fortfall der gesicherten Forderung 118
7. Ausschluss und Einschränkung des Rückgewähranspruchs 119
a) Ausschluss des Rückgewähranspruchs 119
b) Einschränkung des Rückgewähranspruchs 119
1) Ausschluss des Abtretungsanspruchs 119
2) Mitwirkung des Sicherungsnehmers 120
3) Lösung 121
8. Eintragbarkeit des Rückgewähranspruchs 122
9. Abtretbarkeit des Rückgewähranspruchs 122
a) Zulässigkeit 122
b) Nachteile des Zessionars 123
c) Mehrfache Abtretungen 124
d) Mehrfachzugriff 125
e) Funktionen der Abtretung des Rückgewähranspruchs 125
1) Die Abtretung des Rückgewähranspruchs über vorrangige Grundschulden: zur Verstärkung des Löschungsanspruchs 125

2) Die Abtretung des Rückgewähranspruchs über gleich- oder nachrangige Grundschulden: zur Verstärkung der Rangstelle oder zum Erwerb einer zusätzlichen Sicherheit? 126
f) Ausschluss und Einschränkung der Abtretbarkeit des Rückgewähranspruchs.. 128
10. Vereitelung des Rückgewähranspruchs durch die isolierte Abtretung der Grundschuld 129
11. Abtretung des Anspruchs auf Rückübertragung des Rückgewähranspruchs . 129
VI. Löschungsvormerkung und Löschungsanspruch..... 131
1. Die Einführung des gesetzlichen Löschungsanspruchs 131
2. Die Wirkung des gesetzlichen Löschungsanspruchs..... 132
3. Überlegungen gegen den gesetzlichen Löschungsanspruch..... 133
a) Systematischer Widerspruch..... 133
b) Belastung für die Refinanzierung 134
4. Das Verhältnis zwischen Löschungs- und Rückgewähranspruch 136
VII. Irreführende Angst vor überschießender dinglicher Rechtsmacht..... 136
1. Konkurrenz zwischen persönlicher und dinglicher Haftung..... 136
2. Die konstruktive Abstraktheit und die vertragliche „Akzessorietät“ bei Grundschulden 138
a) Die konstruktive Abstraktheit der Grundschuld..... 138
b) Die vertragliche „Akzessorietät“ der Sicherungsgrundschuld 139
3. Irreführende Angst vor Grundschulden 139
§ 9. Die Sicherungsgrundschuld 141
I. Entstehung und Mängel der Sicherungsgrundschuld..... 141
II. Abtretungsprobleme 142
1. Abtretung der Grundschuld..... 142
a) Gemeinsame Abtretung von Grundschuld und Forderung..... 142
b) Isolierte Abtretung der Grundschuld 142
2. Isolierte Abtretung der Forderung 143
III. Das Einwendungssystem bei Grundschulden..... 144
1. Die bisherige Rechtslage..... 144
a) Verhältnis zwischen dem ursprünglichen Gläubiger und dem Eigentümer..... 144
b) Verhältnis zwischen dem Zessionar und dem Eigentümer 144
2. Kontrolle der Risiken bei Sicherungsgrundschulden durch ältere Rechtsprechung 145
3. Die Sicherungsgrundschuld unter dem Risikobegrenzungsgesetz 147

a) Der globale Schutz des Eigentümer-Schuldners gegenüber dem Zessionar 147
b) Die Reform des Kündigungsrechts bei Sicherungsgrundschulden 149
1) Als zwingendes dingliches Recht 149
2) Einfluss auf die notarielle Praxis 151
c) Einfluss auf das Zwangsvollstreckungsrecht 152
4. Die Eintragbarkeit der Einreden gegen die Grundschuld 153
a) Geringere Bedeutung vor dem Hintergrund des Risikobegrenzungsgesetzes .. 153
b) Überlegung der Eintragbarkeit des Sicherungszwecks 154
IV. Analyse der Risiken der Sicherungsgrundschuld in der Praxis 154
1. Die moderne Entwicklung und das Sicherheitspaket der Sicherungsgrundschuld 154
2. Risiken aus der Abstraktheit der Grundschuld 155
3. Risiken aus der sofortigen Fälligkeit des Grundschuldkapitals 156
4. Risiken aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis bzw. Schuldversprechen 157
5. Risiken aus der sofortigen Zwangsvollstreckungsunterwerfung 157
a) Die dingliche Vollstreckungsunterwerfung bei Sicherungsgrundschulden 157
1) Erleichterung des Vollstreckungszugriffs 157
2) Entfesselung von der fiduziarischen Bindung 159
b) Die persönliche Vollstreckungsunterwerfung bei abstrakter Zahlungsverpflichtung 162
§ 10. Eigentümergrundpfandrechte im BGB 163
I. Entstehung der Eigentümerhypothek 163
II. Entstehung der Eigentümergrundschuld 163
III. Funktion der Eigentümergrundschuld 164
1. Im Hinblick auf die Ranginteressen 164
2. Verwertungsmöglichkeit der Eigentümergrundschuld 165
IV. Die vorläufige und künftige Eigentümergrundschuld 165
1. Die vorläufige Eigentümergrundschuld 165
a) Verfügungsmöglichkeit 165
b) Zwischenfinanzierung 166
1) Lösung 166
2) Durch Hypotheken 166
aa) Briefhypothek 166
bb) Buchhypothek 167
3) Durch Grundschulden 168

2. Die künftige Eigentümergrundschuld 168
V. Die Sicherungsabtretung der Eigentümergrundschuld 169
VI. Hypothek als potenzielle Eigentümergrundschuld 169
§ 11. Die nicht valutierte Grundschuld 170
I. Unanwendbarkeit der §§ 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 BGB 170
II. Ansprüche des Grundschuldbestellers 171
1. Ansprüche gegen den ursprünglichen Gläubiger 171
2. Ansprüche gegen den Rechtsnachfolger des ursprünglichen Gläubigers 171
III. Teilweise nicht valutierte Grundschuld 172
§ 12. Die Sicherungsgrundschuld in der Zwangsvollstreckung 172
I. Die Möglichkeit der Doppelunterwerfung in die Zwangsvollstreckung von Grundschuld und Forderung 172
1. Bloß prozessrechtlicher Charakter der Vollstreckungsunterwerfung 172
a) Häufung doppelter Haftungen 172
b) Dogmatische Grundlagen der Vollstreckungsunterwerfung 172
c) Verschlimmerung durch die globale Kumulation 174
2. Ausgangspunkt des BGH 174
3. Durch den Sicherungsvertrag treuhänderisch gebundene Vollstreckungsunterwerfung? 175
a) Zum Hintergrund 175
b) Die „Märzentscheidung“ des BGH vom 30.03.2010 175
1) Die Auffassung des Bankrechtssenats 175
2) Literaturkritik über die Entscheidung 176
3) Anwendungsbereich der Entscheidung 177
c) Die „Befreiungsentscheidung“ des BGH vom 29.06.2011 178
d) Weitere Entwicklung 179
4. Fazit 180
II. Überleben der Grundschuld in der Zwangsversteigerung 180
III. Der Rückgewähranspruch in der Zwangsvollstreckung 181
1. Pfändbarkeit des Rückgewähranspruchs 181
2. Vertraglicher oder dinglicher Rückgewähranspruch 182
3. Bestimmtheitserfordernis des Rückgewähranspruchs 183
4. Selbständigkeit des Rückgewähranspruchs 183
5. Der Rückgewähranspruch in der Zwangsversteigerung 183

IV. Der Löschungsanspruch in der Zwangsversteigerung 185
V. Die Pfändung der Eigentümergrundschuld 186
VI. Die nicht valutierte Grundschuld in der Zwangsvollstreckung 188
§ 13. Die Sicherungsgrundschuld in der Insolvenz 188
I. Auswirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens 188
1. Sofortige Fälligkeit persönlicher Forderungen 188
2. Verlust der Verfügungsbefugnis 190
II. Insolvenzanfechtung 191
1. Die Rechtsnatur der Insolvenzanfechtung 191
a) Die dinglichen Theorien 192
b) Die schuldrechtliche Theorie 192
c) Die haftungsrechtliche Theorie 193
2. Rechtsprechung 193
3. Würdigung und Stellungnahme 195
4. Die Anfechtung von Sicherungsgrundschulden 196
III. Absonderungsberechtigung der Grundpfandgläubiger 197
1. Das Absonderungsrecht 197
2. Durchsetzung der Absonderungsrechte 198
a) Verwertung durch den Insolvenzverwalter 199
1) Zwangsversteigerung 199
2) Freihändige Veräußerung 200
b) Verwertung durch Grundpfandgläubiger 201
3. Haftungsumfang des Insolvenzschuldners 202
a) Persönliche und dingliche Haftung 202
b) Rein dingliche Haftung 203
c) Rein persönliche Haftung 203
4. Wechsel des Absonderungsberechtigten 204
5. Erlöschen des Absonderungsrechts 204
a) Leistung auf das Sicherungsrecht 204
b) Tilgung der gesicherten Forderung 204
c) Veräußerung des Grundstücks 205
d) Verzicht 205
IV. Andere Enzelfragen 205
1. Der Rückgewähranspruch in der Insolvenz 205

a) Unsicherheit der Insolvenzfestigkeit des Rückgewähranspruchs 205
b) Abtretung des Rückgewähranspruchs 207
2. Der gesetzliche Löschungsanspruch des nachrangigen Gläubigers in der Insolvenz 208
3. Die Eigentümergrundschuld in der Insolvenz..... 210
4. Die nicht oder nicht ganz valutierte Sicherungsgrundschuld in der Insolvenz..... 210
V. Grundpfandrechte im Insolvenzplanverfahren..... 211
Kapitel 3
Die Entwicklung nichtakzessorischer Sicherheiten im chinesischen Recht..... 213
§ 14. Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip im chinesischen Recht..... 213
I. Die historische Entwicklung des chinesischen Zivilrechts 213
1. Das Zivilgesetzbuch der Republik China 213
2. Die Allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts der Volksrepublik China..... 214
3. Das Sicherheitengesetz..... 214
4. Das Vertragsgesetz 215
5. Das Sachenrechtsgesetz 215
6. Das Gesetz über die Haftung wegen unerlaubter Handlung..... 215
II. Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip in Taiwan..... 216
1. Der Begriff des dinglichen Rechtsgeschäfts in China und Taiwan..... 216
2. Die „Unabhängigkeit und abstrakte Natur des dinglichen Rechtsgeschäfts“ in Taiwan 217
3. Kurze Bemerkung 218
III. Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip in Festland China..... 219
1. Die schwierige Lage wegen hybrider Rechtskulturen in China 219
2. Literaturstreitigkeiten..... 221
a) Befürworter und Gegner des Trennungs- und Abstraktionsprinzips 221
1) Ausgangspunkte der Befürworter 221
2) Die Kritik der Gegenmeinungen 222
b) Streitige Auseinandersetzung bezüglich derzeitiger Gesetze 224
1) Bleibende Unklarheiten bezüglich des Einheits- und Trennungsprinzips 224
2) § 51 Vertragsgesetz 226
3. Zwischenbemerkung 229
4. Das Sicherheitengesetz und das Sachenrechtsgesetz 231
a) Nebeneinander vom Sicherheitengesetz und Sachenrechtsgesetz 231

b) Tendenz zum Trennungsprinzip 232
5. Die Auffassung des chinesischen Obersten Volksgerichts (OVG) 235
a) Entscheidungen 235
b) Höchstrichterliche Erläuterungen 237
1) Vor dem Sachenrechtsgesetz 237
2) Seit dem Sachenrechtsgesetz 238
6. Bemerkung 239
7. Der Dualismus im Sachenrecht und das sog. *„Entgegenhaltungsprinzip“* 240
a) Das Gesetz und die höchstrichterlichen Erläuterungen 241
b) Analyse der Vorschrift des § 24 Sachenrechtsgesetz 242
c) Bemerkung zum Entgegenhaltungsprinzip 244
§ 15. Die Entwicklung der Hypothek im chinesischen Recht 245
I. Der Monismus im chinesischen Recht: die Akzessorietät 245
1. Akzessorietätsregelung der Hypothek 245
2. Die zusätzliche Bedeutung der Akzessorietät im chinesischen Recht: § 172 Sachenrechtsgesetz 246
3. Ablehnende Haltung des OVG gegenüber nichtakzessorischen Rechten 248
4. Weitere Schwierigkeiten 249
5. Lockerungen des Akzessorietätsprinzips durch die Rechtsprechung 250
II. Die sog. „unabhängige Sicherheit“ im chinesischen Recht 251
1. Unterschiedliche Denkansätze 251
2. Unabhängige Bürgschaft? 252
3. Die untergeordnete Rolle des Sicherungsvertrags im chinesischen Recht 254
4. Bemerkung 255
III. Der Hypothekenvertrag im chinesischen Recht 257
1. Rechtsnatur und Wirksamkeit 257
2. Unwirksamkeit 260
3. Erfüllung 260
IV. Erwerb der Hypothek im chinesischen Recht 261
1. Aufgrund der Eintragung 261
a) Die alte Rechtslage 261
b) Die neue Rechtslage 262
2. Aufgrund des Hypothekenvertrags 262
3. Gesetzliche Hypotheken 263

4. Aufgrund des Erbfalls 263
5. Aufgrund einer Übertragung 264
V. Gutgläubiger Erwerb der Hypothek 264
1. Die dogmatische Fragwürdigkeit 264
a) Fehlende ausdrückliche Regelung des öffentlichen Glaubens des Grundbuches 264
b) Die unbewegliche und bewegliche Sachen vermengende Norm 265
c) Verfügung über unbewegliche Sachen durch den Nichtberechtigten 266
1) Zweifel an der Anwendung des § 51 Vertragsgesetz auf Hypotheken 266
2) Fehlende dingliche Rechtsinhaberschaft bei unbeweglichen Sachen 267
3) Konkludente Regelung des öffentlichen Glaubens des Grundbuches 268
4) Unterschiedliche Kriterien für die Gutgläubigkeit 270
5) Fazit 271
2. Tatbestände des § 106 Sachenrechtsgesetz 271
a) Die große Frage des „angemessenen Preises“ 271
b) Die Auffassung des OVG 273
c) Gutgläubiger Erwerb bei Abtretung der Hypothek 274
VI. Die Eintragungswirkung 275
1. Die Eintragungswirkung bei der Hypothek an unbeweglichen Sachen 275
2. Die Eintragungswirkung bei der Fahrnishypothek 276
3. Keine einheitliche Eintragungsbehörde 277
VII. Unwirksamkeit der Hypothek 278
1. Geringer systematischer Stellenwert von Einwendungen und Einreden 278
2. Gründe für die Unwirksamkeit einer Hypothek 279
a) Unwirksamkeit des Hypothekenvertrags 279
b) Unwirksamkeit der zu sichernden Forderung 279
c) Fehlende Verfügungsbefugnis am Hypothekengegenstand 280
d) Fehlende Genehmigung von anderen Gesamthandseigentümern 280
e) Fehlen des Hypothekengegenstandes 280
f) Verstoß gegen Treu und Glauben 281
g) Verstoß gegen Verfallverbot 281
3. Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Hypothek 281
a) Haftungsgrundlagen 281
b) Subsidiaritätsprinzip 282

c) Unwirksamkeit des Sicherungsvertrags bei Wirksamkeit des Darlehensvertrags 282
d) Unwirksamkeit des Sicherungsvertrags wegen der Unwirksamkeit des Darlehensvertrags 283
e) Unwirksamkeit sowohl des Darlehens- als auch des Sicherungsvertrags 283
4. Ausgleichsanspruch des Eigentümers 283
5. Rechtsfolgen bei Rücktritt vom Darlehensvertrag 283
6. Rechtsfolgen bei Aufhebung des Darlehensvertrages 284
VIII. Verwertung der Hypothek 285
1. Voraussetzungen der Verwertungsreife 285
a) Gesetzliche Regelung 285
b) Parteivereinbarung 285
2. Voraussetzungen eines gerichtlichen Verwertungsverfahrens 286
a) Urteil als Vollstreckungsvoraussetzung? 286
b) Gescheiterte Parteivereinbarung als formelle Antragsvoraussetzung 286
c) Nachrangige Gläubiger 287
3. Die Verwertungsweise im Rahmen hypothekarischer Haftung 288
a) Eigentumsübergang des Sicherungsgutes aufgrund Vereinbarung 288
b) Verwertung im Gerichtsverfahren 288
4. Rechtswirkungen der Hypothek gegenüber Dritten 289
a) Rechtswirkungen gegenüber dem Mieter 289
b) Rechtswirkungen gegenüber dem Erwerber des Sicherungsgutes 290
1) Voraussetzungen der Wirksamkeit von der Veräußerung des Sicherungsgutes 290
aa) Aufklärungspflicht des Schuldners 290
bb) Einwilligung des Gläubigers 291
2) Entbehrlichkeit der Einwilligung 291
c) Rechtswirkungen gegenüber anderen Inhabern von beschränkt dinglichen Rechten 293
5. Befriedigung des Hypothekengläubigers aus Restvermögen des Schuldners 293
IX. Gründe für das Erlöschen der Hypothek 294
1. Erlöschen der zu sichernden Forderung 294
2. Untergang des Sicherungsguts 295
3. Verjährung der zu sichernden Forderung 295
a) Im deutschen Recht 295

b) Im chinesischen Recht 295
4. Verzicht der Hypothek 298
5. Schuldübernahme ohne Zustimmung des Sicherungsgebers 299
§ 16. Andere atypische Immobiliarsicherheiten des chinesischen Rechts 299
I. Die „*housing mortgage*“ des chinesischen Rechts 299
II. Die Höchstbetragshypothek bei Immobilien 302
1. Beschränkte Akzessorietät der Höchstbetragshypothek 302
a) Haftungsbegrenzung bei der Höchstbetragshypothek 302
b) Entstehungsakzessorietät 305
c) Übertragungsakzessorietät 305
d) Erlöschensakzessorietät 305
2. Die Feststellung der gesicherten Forderungen 306
3. Kurze Bemerkung 307
III. Der „Hypothekenfonds“ im chinesischen Recht 307
§ 17. Probleme beim Verständnis von Grundsatzfragen des Rechts der Grundpfandrechte 308
I. Schwierigkeiten bei einer Einführung der deutschen Grundschuld 308
II. Verwechslung von Abstraktheit und Verbriefung 310
1. Verbriefung und Nichtakzessorietät 310
2. Verbindung von Hypothekenbrief und Forderungsurkunde 312
III. Vermengung zwischen Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit des Grundpfandrechts 313
IV. Die Problematik des Eigentümergrundpfandrechts im chinesischen Recht 313
§ 18. Einführung der Nichtakzessorietät von Sicherheiten durch die Sicherungsübereignung von Grundstücken? 316
I. Streit über die Sicherungsübereignung in der chinesischen Literatur 316
II. Die Ansicht des OVG zur Sicherungsübereignung 318
1. Die alte Rechtslage 318
2. Die neue Rechtslage 319
III. Die Fahrnishypothek und die Sicherungsübereignung 320
1. Bewertung der Verankerung der Fahrnishypothek im chinesischen Recht 320
2. Das Verhältnis von Fahrnishypothek und Sicherungsübereignung 322
IV. Die Sicherungsübereignung von Grundstücken als Durchbruch der Nichtakzessorietät im chinesischen Recht? 323
V. Mögliche Konkurrenz zwischen Hypothek und Sicherungsübereignung von Grundstücken 326

Kapitel 4

Schlussbetrachtung 329

Abkürzungsverzeichnis

Baur/Stürner	Baur, Jürgen Fritz/Stürner, Rolf, Sachenrecht
Baur/Stürner Insolvenzrecht	Baur, Fritz/Stürner, Rolf, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Band II Insolvenzrecht
Baur/Stürner/Bruns	Baur, Fritz/Stürner, Rolf/Bruns, Alexander, Zwangsvollstreckungsrecht
Bearbeiter in Jaeger, InsO	Jaeger Kommentar zur Insolvenzordnung/Bearbeiter
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
Brox/Walker	Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich, Zwangsvollstreckungsrecht
Clemente	Clemente, Clemens, Recht der Sicherungsgrundschuld
DUDEN	DUDEN, Deutsches Universalwörterbuch
Esser/Schmidt	Esser, Josef/Schmidt, Eike, Schuldrecht, Band I Allgemeiner Teil, Teilband 1
Esser/Weyers	Esser, Josef/Weyers, Hans-Leo, Schuldrecht, Band II Besonderer Teil, Teilband 1
Flume	Flume, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft
Gaul/Schilken/Becker-Eberhard	Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht
Hess	Hess Kommentar zum Insolvenzrecht
Hrsg.	herausgegeben
InsO	Insolvenzordnung
InsR/Gottwald	Insolvenzrechts-Handbuch, herausgegeben von Gottwald, Peter
Larenz/Canaris	Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm,

	Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band Besonderer Teil, 2. Halbband
Münch	Münch, Joachim, Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch
MünchKommBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MünchKommInsO	Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung
MünchKommZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
Nerlich/Römermann	Nerlich/Römermann Insolvenzordnung Kommentar
OVG	Oberstes Volksgericht (der Volksrepublik China)
Rosenberg/Schwab/Gottwald	Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht
Soergel/Bearbeiter	Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Stadler	Stadler, Astrid, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion
Staudinger/Bearbeiter	Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Stein/Jonas/Bearbeiter	Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessrecht
Uhlenbruck/Bearbeiter	Uhlenbrucker Kommentar zur Insolvenzordnung
Westermann/Gursky/Eickmann	Westermann, Harm Peter/Gursky, Karl-Heinz/Eickmann, Dieter, Sachenrecht
Wieling	Wieling, Hans Josef, Sachenrecht, Band 1
Wilhelm	Wilhelm, Jan, Sachenrecht
Windscheid	Windscheid, Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts
Wolf/Neuner	Wolf, Manfred/Neuner, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts

Wolfsteiner	Wolfsteine, Hans, Die vollstreckbare Urkunde
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung

Kapitel 1

Die Abstraktion und die Abstraktheit im deutschen Recht

§ 1. Die Bedeutung des Trennungs- und Abstraktionsprinzips

I. Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip im BGB

1. Trennungsprinzip

Das **Trennungsprinzip** besagt, dass das kausale Verpflichtungsgeschäft und das Vollzugsgeschäft im Ausgangspunkt rechtlich *eigenständige* Wirksamkeitsvoraussetzungen haben. Das Trennungsprinzip beschreibt juristisch nichts anderes als die Selbständigkeit des Verpflichtungs- und Vollzugsgeschäfts. Im Alltagsleben erlaubt es bei der Güterbewegung praktisch eine Trennung zwischen *Planung* und *Vollzug*. Es verlangt, dass für die Erfüllung eines Verpflichtungsgeschäfts in der Regel noch ein weiteres Verfügungsgeschäft zum „Vollzug" notwendig wird [1]. Den Gegensatz zum Trennungsprinzip bildet das **Einheitsprinzip** [2]. Wie sich die Beziehung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft gestaltet, ist keine Frage des Trennungsprinzips, sondern eine Frage der Wahl zwischen Kausal- und Abstraktionsprinzip. Wesentlich ist, dass die Parteien beim Trennungsprinzip die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts und des Verfügungsgeschäfts an unterschiedliche Voraussetzungen knüpfen können [3]. Dieser rechtliche Spielraum schafft nicht nur doppelte Flexibilität für die Parteien, sondern auch gestalterische Freiheit für das gesamte deutsche Rechtssystem.

2. Abstraktionsprinzip

Inhalt des **Abstraktionsprinzips** ist es, die zwei durch das Trennungsprinzip getrennten Rechtsgeschäfte (Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft) als rechtlich voneinander *unabhängig* zu behandeln[4]. Im Unterschied zum weltweit dominierenden **Kausalprinzip**[5] besagt das Abstraktionsprinzip, dass das Verfügungsgeschäft keinen Rechtsgrund (*causa*) in sich tragen muss (innere/inhaltliche Abstraktion) und ferner auch ohne Gültigkeit des zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts wirksam

[1] Wolf, Manfred / Neuner, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Auflage, München 2012, § 29 Rn. 23.
[2] Jauernig, Othmar, Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip, JuS 1994, 721.
[3] Medicus, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Auflage, Heidelberg 2010, § 20 Rn. 223.
[4] Vgl. Wolf/Neuner, § 29 Rn. 65ff. Auch Köbler, Gerhard, Juristisches Wörterbuch für Studium und Ausbildung, 15. Auflage, München 2012, S. 6.
[5] Siehe Jauernig, JuS 1994, 721, 722.

werden kann (äußerliche Abstraktion)[6]. In der deutschen Rechtsordnung zeigt sich die Besonderheit eines abstrakten Rechtsgeschäfts materiell-rechtlich hauptsächlich von seiner „negativen" Seite, wenn nämlich sein Rechtsgrund nicht besteht, das abstrakte Rechtsgeschäft aber dennoch gültig ist.[7]

Das Abstraktionsprinzip ist *apriorisch* weder „richtig", noch „unrichtig"[8], sondern es ist lediglich eine Frage der rechtstechnischen Konstruktion der Abhängigkeit[9]. Das Abstraktionsprinzip betrachtet die Zuwendung des Verfügungsgeschäfts losgelöst von möglichen Fragwürdigkeiten des ihm zugrunde liegenden Kausalgeschäfts[10]. Dabei erscheint das Verfügungsgeschäft rechtlich vereinfacht. Das Verpflichtungsgeschäft enthält in der Regel die rechtliche Ausformung eines vollen Lebenssachverhalts. Demgegenüber ergibt sich aus dem Verfügungsgeschäft meist nur, ob auf ein subjektives Recht oder ein Rechtsverhältnis verändernd eingewirkt wird.

Unter dem Abstraktionsprinzip braucht der Nacherwerber prinzipiell die Wirksamkeit der *causa* des Vorerwerbs gar nicht nachzuprüfen, so dass es die Zirkulation von Rechten *kostensparend* ermöglicht. Beispielsweise können Dritte wegen des Abstraktionsprinzips einer Einzel- bzw. Gesamtvollstreckung grundsätzlich nicht so leicht widersprechen wie in Rechtsordnungen, die das Einheits- oder Kausalprinzip kennen. Damit sind auch Sicherheiten unter dem Abstraktionsprinzip werthaltiger, wenn sie in Krisenfällen durchgesetzt werden sollen. Auch bei Irrtumsfällen wird die Verkehrssicherheit durch das „Abschneiden der Wirksamkeitskette" zwischen dem Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft mithilfe des Abstraktionsprinzips besser geschützt.

Dass das abstrakte Geschäft ohne *causa* grundsätzlich wirksam ist, bedeutet jedoch nicht, dass der Erwerber die Sache endgültig behalten darf. Der Zuwendende kann grundsätzlich vom Zuwendungsempfänger die erworbenen Gegenstände nach Kondiktionsrecht, also insbesondere nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB zurückverlangen[11]. In diesem Sinne sind die Vorschriften des Bereicherungsrechts das notwendige Korrelat zur Institution des abstrakten Zuwendungsgeschäfts[12].

II. Kausale und abstrakte Zuwendungen

[6] Medicus, § 20 Rn. 225. Hier benutze ich nicht den Begriff „inhaltliche/äußerliche Abstraktheit", weil der Begriff der „Abstraktheit" später anders verwendet wird. Vgl. aber Wolf/Neuner, § 29 Rn. 27, 66. Auch Jauernig, JuS 1994, 721, 722.

[7] Flume, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage, Berlin Heidelberg 1979, § 12 I 2. Auch Wolf/Neuner, § 29 Rn. 67.

[8] Flume, § 12 III 3.

[9] Stadler, Astrid, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, Tübingen 1996, § 1 Teil 1 B, S. 8.

[10] Flume, § 12 III 3.

[11] Medicus, § 20 Rn. 227.

[12] Flume, § 12 I 2.

1. Zuwendung und Leistung

Hauptfunktion des Privatrechts ist die Regelung von Vermögensverschiebungen. Vermögensvermehrungen werden durch **Zuwendungen** verwirklicht. Eine Zuwendung ist jede bewusste und zweckgerichtete Vermögensvermehrung zugunsten anderer[13] bzw. jede Hingabe eines Vermögensgegenstands von einer Person an eine andere[14]. Wird eine Zuwendung durch ein Rechtsgeschäft erbracht, so kommt es zu einem **Zuwendungsgeschäft**. Eine Zuwendung unter Berücksichtigung des mit ihr verfolgten Zwecks ist **Leistung** [15] im Sinne des Schuldrechts [16], weshalb die Rechtsprechung auch unter „Leistung" die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens versteht [17]. Zuwendung und Leistung sind also insoweit synonym. Fällt der verfolgte Zweck weg, so muss dem Zuwendenden der Gegenstand der Verfügung nach Kondiktionsrecht zurückgewährt werden.

2. Zweck, Motiv und *causa*

Im allgemeinen Sprachgebrauch werden Zweck [18] und Motiv [19] oft synonym verwendet. Dennoch, mit Motiv bezeichnet man normalerweise den Beweggrund[20] bzw. die Ursache einer bereits vollzogenen Handlung. Dagegen beschreibt der Zweck ein Ziel und lenkt den Blick in die Zukunft [21]. Juristisch betrachtet ist die Differenzierung zwischen Motiv und Zweck in aller Regel unerheblich[22]. Vielmehr ist es regelmäßig notwendig, aus der Vielzahl tatsächlicher Motive oder Zwecksetzungen, welche eine Willenserklärung tragen und bestimmen, die rechtlich erheblichen auszusondern[23]. Rechtlich erheblich ist der Zweck, der zwischen den Parteien vereinbart wurde[24], oder das Motiv, das beide Parteien bewegt. Folgerichtig ist die *causa* einer Zuwendung der vereinbarte Zweck bzw. das gemeinsame Motiv[25].

3. *Causa* und Rechtsgrund

[13] Palandt BGB / Hartwig Sprau, 71. Auflage, München 2014, § 812 Rn. 3.
[14] Köbler, S. 509. Vgl. auch DUDEN, Deutsches Universalwörterbuch, 7. Auflage, Mannheim, Zürich 2011, S. 2091.
[15] Köbler geht einfach davon aus, dass die Leistung der Gegenstand der Verpflichtung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger sei. Siehe Köbler, S. 264.
[16] Klinke, Ulrich, Causa und genetisches Synallagma, Zur Struktur der Zuwendungsgeschäfte, Berlin 1983, S. 18.
[17] BGHZ 40, 272, 277; 50, 227, 231, 232; BGH WM 1978, 1053, 1054; 1983, 792, 793; ZIP 1994, 1098, 1099. Siehe MünchKommBGB/M. Schwab, Band 5 Schuldrecht Besonderer Teil III, 6. Auflage, München 2013, § 812 Rn. 41.
[18] Siehe DUDEN, S. 2093.
[19] Siehe DUDEN, S. 1215.
[20] Siehe Köbler, S. 284.
[21] Stadler, § 1 Teil 1 C, S. 10.
[22] Vgl. Westermann, Harm Peter, Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht, Berlin 1967, S. 99, 100.
[23] Stadler, § 1 Teil 1 C, S. 10.
[24] Klinke, S. 33.
[25] Stadler, § 1 Teil 1 C, S. 10. Klinke, S. 33.

Wird der von Parteien verfolgte und vereinbarte Zweck erreicht, dann wird die *causa* [26], der vereinbarte Zweck, zum **Rechtsgrund** für das Behaltendürfen. Rechtsgrund [27] in diesem Sinne ist folglich der mit der Zuwendung verfolgte vereinbarte und schon erreichte Zweck[28]. Insoweit fallen *causa* und Rechtsgrund juristisch auseinander. Die *causa* ist lediglich der vereinbarte Zweck, auch als „*causa* im subjektiven Sinne" bezeichnet.

Um als Rechtsgrund qualifiziert zu sein, muss der Zweck nicht nur vereinbart, sondern auch schon erreicht sein. Damit ist der Rechtsgrund *objektiv*[29] definiert bzw. die „*causa* im objektiven Sinne". Nicht die *causa* im subjektiven Sinne, sondern der Rechtgrund kann den Erwerb und das Behalten einer Zuwendung rechtfertigen. Im Bereicherungsrecht ist der Rechtsgrund für das Behaltendürfen einer Sache ausschlaggebend. Was nach § 812 Abs. 1 BGB überprüft wird, ist streng genommen also nicht, ob das der Leistung zugrunde liegende Grundgeschäft fehlerhaft ist, sondern ob der vereinbarte oder typische Zweck der Leistung im Rahmen der wirtschaftlichen Güterbewegung erreicht worden ist, also lediglich die objektive Richtigkeit und Gerechtigkeit einer Vermögensverschiebung[30].

4. Trennung zwischen *Primär-* und *Sekundärcausa*

Enthält eine Zuwendung nicht nur einen Zweck, so begründet sie sowohl einen *Primärzweck* als auch einen *Sekundärzweck*. Beispielsweise kauft ein Käufer ein Grundstück, weil er darauf ein Haus bauen möchte. Während die Vereinbarung des Primärzwecks die *Primärcausa* bildet, begründet die Vereinbarung des Sekundärzwecks dementsprechend die *Sekundärcausa*. In aller Regel muss die *Primärcausa* im schuldrechtlichen Vertrag ausdrücklich vereinbart werden, sonst ist der Vertrag mangels einer *causa* unwirksam. Hingegen wird eine *Sekundärcausa* nur bei wenigen Vertragstypen gesetzlich geregelt und ist dann bei der Wahl der Vertragsart als Vertragsinhalt mitzuvereinbaren[31]. Ansonsten kann die *Sekundärcausa* bei der *Vertragsauslegung* und dem Fehlen bzw. dem Wegfall der *Geschäftsgrundlage* eine Rolle spielen.

Die *Primärcausa* entspricht häufig einem lediglich *rechtlichen* Zweck, die *Sekundärcausa* hingegen oft einem *wirtschaftlichen*. Ein typischer Fall ist der Sicherungsvertrag. Die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung ist die *Primärcausa* des Sicherungsvertrags, während der Sicherungszweck, also die Vereinbarung, die Sicherheit nur zur Sicherung einer Forderung zu verwenden, eine *Sekundärcausa*

[26] Im normalen Sprachgebrauch und auch nach anderer Meinung ist der Begriff *causa* mit dem Begriff „Grund" synonym, also seine lateinische Entsprechung. Vgl. DUDEN. 367. Auch Köbler, S. 85. Nach hier vertretener Ansicht unterscheidet sich die *causa* aber vom Rechtsgrund im subjektiven und objektiven Sinne.
[27] Vgl. auch Köbler, S. 342.
[28] Klinke, S. 60.
[29] Westermann, S. 17.
[30] Westermann, S. 82.
[31] Klinke, S. 55.

bildet[32]. Diese Gestaltung des Sekundärzwecks im Sicherungsvertrag wird in der Regel auch als *Sicherungsvereinbarung* oder *Sicherungsabrede* bezeichnet[33]. Ist die Verpflichtung zur Übertragung einer Sicherheit unwirksam, so muss die Sicherheit nach den Vorschriften des Kondiktionsrechts zurückgewährt werden. Ist der Sicherungszweck gescheitert, da beispielsweise die gesicherte Forderung nicht oder nicht mehr besteht, so fällt die akzessorische Sicherheit gesetzlich und „automatisch" an den Sicherungsgeber zurück. Bei nichtakzessorischer Sicherheit entsteht hingegen lediglich ein vertraglicher Rückgewähranspruch. Daher schafft die Nichtakzessorietät einer Sicherheit auch eine Form der *Nichtautomatik*, ähnlich der Funktionsweise des Abstraktionsprinzips.

5. Kausale und abstrakte Verpflichtungen

a) Kausale Verpflichtungen

In der deutschen Rechtsordnung sind **Verpflichtungsgeschäfte** solche Rechtsgeschäfte, durch die sich eine Person einer oder mehreren anderen gegenüber zu einem bestimmten Dulden, Tun oder Unterlassen verbindlich verpflichtet[34], die also lediglich eine Verpflichtung begründen[35]. Verpflichtungsgeschäfte schaffen nur Ansprüche[36] oder wenigstens einen Rechtsgrund für das Behalten von Leistungen[37]. Sie beschreiben lediglich ein rechtliches „Sollen". Die Verpflichtung bezieht sich folglich darauf, was geduldet, getan oder unterlassen werden *soll*. Ob der Inhalt von Verpflichtungsgeschäften tatsächlich vollzogen wird, ist jedoch unabhängig von ihrer rechtlichen Entstehung oder Wirksamkeit zu betrachten.

Im deutschen Recht sind Verpflichtungen regelmäßig *kausal*[38]. Der kausale Charakter der Verpflichtungsgeschäfte äußert sich darin, dass ein Verpflichtungsgeschäft immer eine *causa* haben muss und ohne *causa* folglich unwirksam ist. Viele Verpflichtungsgeschäfte wie z.B. der Kaufvertrag rechtfertigen sich völlig aus sich selbst heraus[39]. Hier sind *causa* und Rechtsgrund der Zuwendung stets Inhalt des Vertragstyps. Eine Rechtfertigung durch einen Rechtsgrund außerhalb der Typizität des Kaufvertrags, indem der Verkäufer einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung und der Käufer einen Anspruch auf Übereignung und Übergabe der Sache erhalten, ist somit nicht nötig[40]. Nach der h.M. ist die *causa* eines synallagmatischen Vertrags der

[32] Klinke, S. 53.
[33] Siehe ausführlich in dieser Arbeit § 8 II 3 und III 2.
[34] Wolf/Neuner, § 29 Rn. 28.
[35] Siehe Köbler, S. 458.
[36] Anspruch ist das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (§ 194 Abs. 1 BGB). Ein Anspruch kann nicht nur auf Schuldverhältnissen, sondern auch auf absoluten Rechten beruhen, z.B. der dingliche Herausgabeanspruch nach § 985 BGB. Siehe Köbler, S. 21, 22.
[37] Medicus, § 20 Rn. 207. Auch Wolf/Neuner, § 29 Rn. 30.
[38] Lorenz, Stephan, Grundwissen – Zivilrecht: Abstrakte und kausale Rechtsgeschäfte, JuS 2009, 489, 490.
[39] Lorenz, JuS 2009, 489.
[40] Flume, § 12 I 1.

Austauschzweck[41]. Beispielsweise ist der Käufer zur Kaufpreiszahlung prinzipiell nur verpflichtet, weil der Verkäufer sich zugleich zur Übereignung und Übergabe der Sache verpflichtet.

Primärcausa und Rechtsgrund sind bei Verpflichtungsgeschäften identisch. Denn eine Verpflichtung stellt nur einen gedanklichen Willenskonsens der Parteien ohne Vollzug dar, wobei die Vertragsurkunde lediglich eine Nachweisfunktion erfüllt. Häufig spricht man bei Verpflichtungsgeschäften überhaupt nicht von „ihrer" *causa* oder „ihrem" Rechtsgrund, weil das wirksame Verpflichtungsgeschäft seine *causa* als Bestandteil bereits in sich trägt.

b) Abstrakte Verpflichtungen

Das BGB kennt auch abstrakte Verpflichtungsgeschäfte, so das Schuldversprechen des § 780 BGB und das Schuldanerkenntnis des § 781 BGB. Sie schaffen zwar ebenso wie Verpflichtungsgeschäfte nur eine Verpflichtung, tragen jedoch keine *causa* in sich und können folglich auch ohne sie wirksam sein. Das abstrakte Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis spielen im modernen deutschen Recht bei Kreditsicherheiten, insbesondere bei Sicherungsgrundschulden, eine sehr wichtige Rolle. Sie werden unter § 8 IV und § 9 IV ausführlich untersucht.

6. Kausale und abstrakte Verfügungen

a) Abstrakte Verfügungen[42]

Im deutschen Recht sind **Verfügungsgeschäfte** solche Rechtsgeschäfte, die unmittelbar durch Belastung, Übertragung, Aufhebung oder Inhaltsänderung auf den Bestand eines Rechts einwirken[43]. Im Unterschied zur Verpflichtung ist diese Einwirkung nicht nur eine durch einen Anspruch gestaltete Vorbereitung, sondern gerade der unmittelbare *Vollzug* der Verpflichtungsgeschäfte[44]. Gegenstand einer Verfügung ist immer ein bestehendes subjektives Recht oder ein Rechtsverhältnis[45]. In der Regel wird das Verfügungsgeschäft in der deutschen Rechtsordnung als *abstraktes* Geschäft[46] bezeichnet, wobei die rechtliche Beurteilung des Verfügungsgeschäfts grundsätzlich von dem ihm zugrunde liegenden kausalen Rechtsvorgang losgelöst ist[47].

Im Gegensatz zur Komplexität der Zwecksetzung von Verpflichtungsgeschäften, die oft vielfältige Zwecke der Parteien verfolgen, sind Verfügungsgeschäfte im deutschen

[41] Stadler, § 1 Teil 1 C, S. 11.
[42] Verfügung im Rechtssinne ist die anordnende Bestimmung. Im Privatrecht beschränkt sich die Verfügung – außerhalb des Erbrechts – auf Verfügungsgeschäfte, also dingliche Rechtsgeschäfte. Siehe Köbler, S. 449.
[43] Stadler, § 1 Teil 1 C, S. 16. Auch Wolf/Neuner, § 29 Rn. 31.
[44] Medicus, § 20 Rn. 208.
[45] Wolf/Neuner, § 29 Rn. 32.
[46] Lorenz, JuS 2009, 489, 490.
[47] Baur, Jürgen Fritz / Stürner, Rolf, Sachenrecht, 18. Auflage, München 2009, § 4 Rn. 23.

Recht prinzipiell *zweckneutral*. Diese „Neutralität“ des Verfügungsgeschäfts führt dazu, dass dingliche Rechte im deutschen Recht in der Regel ebenfalls zweckneutral[48] sind. Warum eine Zuwendung in einer bestimmten Verfügung erfolgt, ist nie aus sich heraus verständlich und lässt sich nur unter Zuhilfenahme *außerhalb* des dinglichen Rechtsgeschäfts liegender Umstände ermitteln[49]. Grundsätzlich liegt der „Zweck“ des Verfügungsgeschäfts im Vollzug des Verpflichtungsgeschäfts, z.B. durch Eigentumsübertragung. Auch bei unvollständiger Eigentumsübertragung bleibt der Rechtsgrund grundsätzlich bestehen. Bereicherungsrecht ist deshalb grundsätzlich nur anwendbar, wenn das Verpflichtungsgeschäft unwirksam ist.

Auch das abstrakte Verpflichtungsgeschäft verschafft dem Zuwendungsempfänger nur einen Anspruch. Demgegenüber begründet das Verfügungsgeschäft eine *volle Rechtsposition*. Selbst wenn z.B. der Kaufvertrag als Grundgeschäft unwirksam ist, kann der Käufer kraft des Abstraktionsprinzips durch die Übereignung und Übergabe das volle Eigentum erwerben. Allerdings ist er in diesem Falle in der Regel nach Bereicherungsrecht zur Rückgewähr verpflichtet [50] . Bei Störungen des Verpflichtungsgeschäfts besteht die Möglichkeit, vom Vertrag zurückzutreten und/oder Schadensersatz zu fordern, was wiederum erneute Verfügungsgeschäfte zur Folge haben kann. Vor einer Rückübereignung kann der Käufer als Eigentümer trotzdem die Kaufsache weiter dinglich wirksam veräußern. Der Dritterwerber erwirbt grundsätzlich volles Eigentum vom Berechtigten, also dem Käufer.

Die Abstraktion von Rechtsgeschäften, also das Abstraktionsprinzip, räumt Parteien die Möglichkeit ein, die Wirksamkeit eines abstrakten Verfügungsgeschäfts durch Vereinbarung einer Bedingung vom Bestehen eines Rechtsgrundes, also der Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts, abhängig zu machen[51]. Dies gilt aber nicht für vom Gesetz ausdrücklich als bedingungsfeindlich angesehene Verfügungsgeschäfte, wie z.B. die Auflassung nach § 925 Abs. 2 BGB. Eine ähnliche Abdingbarkeit ist auch für das Trennungsprinzip möglich, weil das anspruchsbegründende Verpflichtungsgeschäft und das Verfügungsgeschäft mit seiner Begründung einer vollen Rechtsposition entweder räumlich und zeitlich getrennt oder einheitlich gestaltet werden können, während dies einer Rechtsordnung des Einheitsprinzips überhaupt unmöglich ist. Trennungs- und Abstraktionsprinzip erlauben also größtmögliche Flexibilität und Effizienz.

b) Kausale Verfügungen

Ausnahmsweise sind manche Verfügungsgeschäfte, wie z.B. Vergleich (§ 779 BGB) und Aufrechnung (§ 389 BGB), gleichzeitig auch kausal. Eine solche Doppelfunktion ergibt sich dann in der Regel unmittelbar aus dem Gesetz.

[48] Siehe § 2 I 2 in dieser Arbeit.
[49] Stadler, § 1 Teil 1 C, S. 12. Siehe auch Lorenz, JuS 2009, 489, 490.
[50] Lorenz, JuS 2009, 489, 490.
[51] Flume, § 12 III 1.

III. Zur Terminologie

1. Kausalheit und Abstraktion

Die Rechtsbeziehung zwischen dem Verfügungs- und dem Verpflichtungsgeschäft beschreibt das Begriffspaar **Kausalheit**[52] und **Abstraktion**[53]. Die Begriffe Kausalheit und Abstraktion stehen für den Grad der Abhängigkeit zweier Rechtsgeschäfte voneinander.

Wörtlich genommen bezeichnet „Kausalheit" die Abhängigkeit eines Rechtsgeschäfts von seiner *causa*[54], meist die Abhängigkeit des Verfügungsgeschäfts von seinem Kausalgeschäft [55] . Die Kausalheit entspricht somit dem Kausalprinzip. Ein Rechtsgeschäft ist also der Kausalheit unterworfen, wenn es in seiner Wirksamkeit von der Erreichung eines rechtlichen Zwecks abhängig ist[56].

Im Gegensatz dazu ist ein Rechtsgeschäft dementsprechend *abstrakt*, wenn seine Wirksamkeit von einer *causa* grundsätzlich völlig unabhängig ist. Die Abstraktion *im engeren Sinne* entspricht dem Abstraktionsprinzip. Nach elementaren Regeln der deutschen Rechtsordnung müssen alle verfügenden Geschäfte in der Regel dem Prinzip der Abstraktheit folgen, unabhängig davon, ob sie sich auf akzessorische oder nichtakzessorische dingliche Rechte beziehen. Ausnahmen gibt es nur bei eindeutiger gesetzlicher Regelung.

Es ist immer irreführend und nicht eindeutig, wenn der Begriff der Abstraktion *im weiteren Sinne* verwendet wird, also im allgemeinen Sinne einer Losgelöstheit einer Rechtstatsache von einer anderen. In diesem Sinne deckt der Begriff der *Abstraktion* nicht nur das Abstraktionsprinzip, sondern auch das Trennungsprinzip, die allgemeine Trennung zwischen Schuld- und Sachenrechten, die Losgelöstheit dinglicher Rechte von ihrem Zweck, usw. Zum Schutz vor fehlender Eindeutigkeit wird allerdings „Abstraktion" in dieser Arbeit immer *im engeren Sinne* und damit im Sinne einer Adhäsion zum Abstraktionsprinzip verwendet.

2. Akzessorietät und Nichtakzessorietät (Abstraktheit)

Während die Begriffe Kausalheit und Abstraktion die rechtliche Beziehung zweier Rechtsgeschäfte betreffen, beschreiben die Begriffe **Akzessorietät** und **Nichtakzessorietät** die Abhängigkeit zweier Rechte [57] . Rechtlich bedeutet die

[52] Dabei ist insbesondere die Kausalheit von der Kausalität als eine Ursächlichkeit eines Ereignisses für einen Erfolg zu unterscheiden. Siehe Köbler, S. 235. Auch DUDEN, S. 978.
[53] Rechtlicht bedeutet die Abstraktion ein „Abstrahieren", also in fast allen Fällen im Sinne des Abstraktionsprinzips. Siehe DUDEN, S. 102.
[54] Stadler, § 1 Teil 1 B, S. 19.
[55] Stadler, § 8 Teil 4 B, S. 603.
[56] Stadler, § 1 Teil 1 B, S. 19.
[57] Michel, Arndt, Überschießende Rechtsmacht als Problem abstrakter und nicht-akzessorischer Konstruktionen, 1. Auflage, Baden-Baden 2000, S. 56.

Akzessorietät die Abhängigkeit eines rechtlichen Umstands von einem anderen[58]. Der Gegenstand der Akzessorietät bzw. Nichtakzessorietät in dieser Arbeit soll lediglich die rechtliche Beziehung zwischen dem sog. „Haupt-“ und „Nebenrecht“[59] bzw. dem führenden und dem geführten Recht[60] betreffen. Häufig bezeichnet die Akzessorietät bzw. Nichtakzessorietät die Beziehung zwischen der Sicherheit und der gesicherten Forderung, die ihrerseits aber nicht dem Kausalgeschäft (Sicherungsvertrag) entfließt, sondern einen anderen vertraglichen (Darlehensvertrag) oder gesetzlichen (Schuldversprechen bzw. Schuldanerkenntnis) Entstehungsgrund hat[61].

Ein Recht im Sinne eines Nebenrechts ist *akzessorisch*, wenn es nach Untergang des Hauptrechts ebenfalls nicht mehr bestehen kann. Diese Abhängigkeit ist lediglich einseitig, da sie den Gleichlauf des Nebenrechts mit dem Hauptrecht beschreibt. Umgekehrt gilt sie nicht. Typische Fälle der Akzessorietät sind Sicherungsrechte wie Bürgschaft (§ 767 BGB), Hypothek (§§ 1113, 1153 BGB), Pfandrecht (§ 1204 BGB) und Vormerkung[62], die das BGB als akzessorische Rechte regelt. Die Akzessorietät der Sicherungsrechte zeigt sich in vielfältiger Weise[63].

Im Gegensatz dazu ist ein Recht *nichtakzessorisch*, wenn es im Hinblick auf Entstehung, Umfang, Durchsetzbarkeit usw. vom Hauptrecht konstruktiv vollkommen unabhängig ist. Beispiel dafür sind die nichtakzessorischen Sicherungsrechte. Im deutschen Recht gibt es die Sicherungsgrundschuld als das vom Gesetz vorgesehene nichtakzessorische Sicherungsrecht, sowie die Sicherungsübereignung und -abtretung als vom Gesetz tolerierte nichtakzessorische Sicherheiten. Die Nichtakzessorietät von Sicherungsrechten geht konstruktiv davon aus, dass das nichtakzessorische Sicherungsrecht in gewissem Umfang der Durchsetzung der gesicherten Forderung kraft vertraglicher Gestaltung dient und trotzdem dinglich entstehen und bestehen darf, wenn die gesicherte Forderung nicht besteht oder später wegfällt. In gewissem Sinne beinhalten die Begriffe Akzessorietät bzw. Nichtakzessorietät eine Beschreibung der Funktionsweise der *Sekundärcausa* [64] , nämlich des Sicherungszwecks, der sich *gesetzlich automatisch* oder *parteiinitiativ* auf schuldrechtlicher Basis verwirklicht.

Die zwei Begriffspaare, also Kausalheit und Abstraktion sowie Akzessorietät und Abstraktheit im Sinne der Nichtakzessorietät, beschreiben also ganz unterschiedliche Situationen. Streng logisch gibt es zwischen beiden Begriffspaaren gar keine unmittelbare konstruktive Beziehung. Im deutschen Recht folgen alle dinglichen

[58] Köbler, S. 11. Über „akzessorisch“ siehe auch DUDEN, S. 121.
[59] Weber, Hanjörg, Sicherungsgeschäfte, 4. Auflage, München 1994, S. 54. Prantl, Pia, Die Abstraktheit des Wechsels, Heidelberg 1989, S. 71.
[60] Medicus, Dieter, Die Akzessorietät im Zivilrecht, JuS 1971, 497ff.
[61] Stadler, § 8 Teil 4 B, S. 603.
[62] Bei der Vormerkung wird der zu sichernde Anspruch als das Hauptrecht angesehen. Weil dieser Anspruch gültig entstanden sein und noch bestehen muss, ist die Vormerkung „akzessorisch“. Siehe Baur/Stürner, § 20 Rn. 14ff.
[63] Siehe Medicus, JuS 1971, 497ff.
[64] Siehe § 1 II 4 dieser Arbeit.

Rechte den Regeln des Verfügungsgeschäfts, das regelmäßig dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip unterliegt. Die Hypothek ist im deutschen Recht beispielsweise akzessorisch, obwohl das die Hypothek konstituierende Verfügungsgeschäft dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip folgt.

Im Sinne der Nichtakzessorietät von Sicherungsrechten wird oft auch von der **Abstraktheit**[65] und **abstrakten Sicherheiten** gesprochen. Natürlich versteht sich Abstraktheit in diesem Zusammenhang nicht mehr im allgemeinen Sinne, sondern nur *im Sinne der Nichtakzessorietät*, also in einem sehr engen und spezifischen Sinne, weil sie lediglich die Beziehung zweier Rechte beschreibt.

Problematisch ist dabei, dass die Bezeichnung „abstrakte Sicherheit" von Anfang an irritieren kann, weil sie sofort an das Abstraktionsprinzip denken lässt. Ob Nichtakzessorietät von Sicherheiten überhaupt etwas mit dem Abstraktionsprinzip zu tun hat, ist hoch fragwürdig. Diese Frage wird § 3 II dieser Arbeit weiter untersuchen. Aus diesem Grund wird im Folgenden möglichst wenig die Bezeichnung „abstrakte Sicherheit", sondern der Begriff „nichtakzessorische Sicherheit" verwendet, obwohl der Sprachgebrauch beide Begriffe identisch benützt. Jedenfalls ist „nichtakzessorische Sicherheit" als schärfere Terminologie die bessere Lösung, weil alle dinglichen Rechte im deutschen Recht schon ohnehin abstrakt sind und Abstraktheit im Sinne der Nichtakzessorietät *überhaupt nicht* Abstraktion im Sinne des Abstraktionsprinzips bedeutet[66].

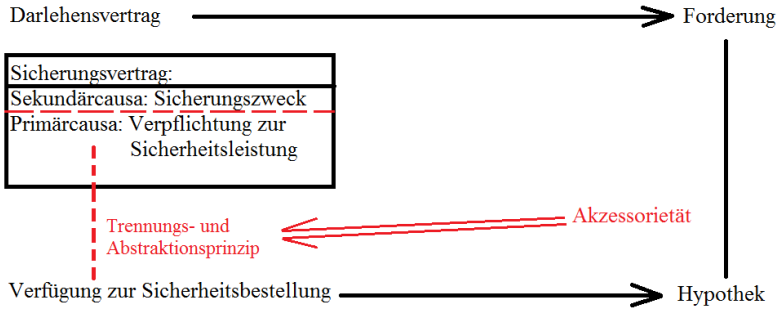
3. Verbleibende Wechselwirkungen zwischen Akzessorietät, Nichtakzessorietät und Abstraktionsprinzip am Beispiel der Grundpfandrechte

Grundsätzlich gibt es keinen wesentlichen Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld, wenn der Sicherungsvertrag unwirksam ist, wobei dieser Fall in der Praxis allerdings kaum auftaucht. Bei dieser Fallgestaltung zeigen sich Besonderheiten des Abstraktionsprinzips. Der Fall hat mit Akzessorietät und Nichtakzessorietät nichts zu tun. Die Sicherheit ist zwar wirksam bestellt, der Sicherungsnehmer ist aber verpflichtet, die Sicherheit nach den Vorschriften des Kondiktionsrechts an den Sicherungsgeber zurück zu gewähren.

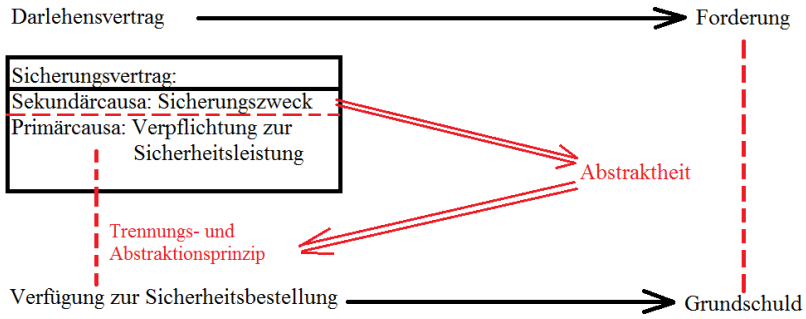
Der Unterschied zwischen Akzessorietät und Nichtakzessorietät wird offenbar, wenn der Sicherungsvertrag zwar wirksam ist, die gesicherte Forderung jedoch nicht entsteht oder untergeht. In diesem Fall geht die akzessorische Hypothek als Eigentümerhypothek bzw. -grundschuld automatisch an den Sicherungsgeber. Die akzessorische Wirkung funktioniert in der Weise, dass sie eine gesetzliche „Automatik" schafft, die mangels der gesicherten Forderung ohne weiteres zur dinglichen Rückübertragung der Sicherheit führt. Diese „automatische" dingliche Rückübertragung durchbricht nun in gewisser Weise faktisch auch das

[65] Rechtlich bedeutet die Abstraktheit das „Abstraktsein", hier in dieser Arbeit nur im Sinne der Nichtakzessorietät. Siehe DUDEN, S. 102.
[66] Stadler, § 8 Teil 4 B, S. 604.

Abstraktionsprinzip, weil sich die Rückabwicklung des Sicherungsvertrags sozusagen von selbst verwirklicht.



Im Gegensatz dazu geht die nichtakzessorische Grundschuld im gleichen Fall nicht automatisch an den Sicherungsgeber, sondern es wird nur ein schuldrechtlicher Rückgewähranspruch aufgrund des Sicherungsvertrages ausgelöst. Die *Sekundärcausa* des Sicherungsvertrages bewirkt eine „schuldrechtliche Rückgewähr" statt der dinglichen „Rückgewährautomatik". Die gesetzliche „Automatik" versagt wegen fehlender Akzessorietät. Die *Sekundärcausa* kann die Sicherheit nicht automatisch dinglich zurückübertragen wie bei der Akzessorietät, sondern die Sicherheit muss eigens mithilfe eines Verfügungsgeschäfts zur Rückgewähr gebracht werden. Dieses Ergebnis entspricht dem Abstraktionsprinzip.



4. Fazit

Es ergibt sich sonach, dass die Wahl zwischen Akzessorietät und Nichtakzessorietät mit dem Abstraktionsprinzip zwar unmittelbar nichts zu tun hat. Sie beschränkt jedoch die konsequente Durchsetzung des Abstraktionsprinzips bei akzessorischen Sicherheiten. Die Beziehung zwischen dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip und der Nichtakzessorietät von Sicherheiten wird im folgenden § 3 II näher untersucht.

§ 2. Abstraktion und sachenrechtliche Grundsätze

I. Abstraktion und Trennung von Schuld- und Sachenrechten

1. Die absolute Trennung der Sachenrechte von Schuldrechten im deutschen BGB

Das BGB kennt eine absolute Trennung von Schuld- und Sachenrechten im subjektiven Sinne[67]. Der Grundsatz der **Absolutheit**[68] dinglicher Rechte[69] bedeutet, anders als im Schuldrecht, wo die Verpflichtungen nur zwischen den Parteien bestehen, dass dingliche Rechte gegenüber jedermann wirksam sind. Auch dieser Grundgedanke stammt aus der Lehre *Savignys*, dass ein Sachenrecht eine Herrschaftsmacht einer Person über körperliche Gegenstände gegenüber jedermann enthalte, während sich ein Schuldrecht lediglich auf eine Herrschaftsmacht über die Handlungen anderer bestimmten Personen beziehe[70]. Logischerweise erzwingt eine solche Trennung von Schuld- und Sachenrechten die Trennung von Planung und Vollzug [71] bei der Güterbewegung. Sie ist im deutschen Recht durch das Trennungsprinzip gewährleistet.

Prinzipiell ergibt sich aus einem Schuldrecht nur der Anspruch eines Berechtigten gegenüber einem anderen, ein Tun bzw. Unterlassen zu verlangen. Die *Zuordnungsfunktion* eines Sachenrechts zeigt sich hingegen darin, dass eine Sache unmittelbar dem Vermögen einer bestimmten Person zugeordnet wird und diese gegenüber jeder Beeinträchtigung ein Zugriffsrecht auf die Sache selbst erhält[72].

Aus der Trennung von Schuld- und Sachenrechten folgen im BGB weitere Prinzipien wie *Abstraktion*, *Spezialität*, *Publizität* und *numerus clausus* der Sachenrechte. Sie alle sprechen zwar unterschiedliche Gesichtspunkte rechtlicher Konstruktion an, stehen aber dennoch wechselseitig miteinander in gedanklicher Verbindung.

2. Die Beschränkung der Losgelöstheit dinglicher Rechte von ihrem Zweck

Aus der konsequenten Trennung von Schuld- und Sachenrechten folgt notwendig ein dingliches Recht, das sich selbst von seinem Zweck loslöst. Logisch gesehen sind

[67] Das Wort „Recht“ wird in einem objektiven und in einem subjektiven Sinn verwendet. Objektiv bedeutet es so viel wie „Rechtsordnung“ oder „rechtliche Regelung“. Subjektiv meint „Recht“ dagegen die „Berechtigung“. Siehe Medicus, § 10 Rn. 61.

[68] Das subjektive Recht kann Herrschaftsrecht (absolutes Recht), Anspruch (relatives Recht) oder Gestaltungsrecht sein. Das absolute Recht ist das Recht der ausschließlichen Herrschaft einer Person. Es wirkt gegenüber jedermann. Soweit es sich auf eine Sache bezieht, ist es ein dingliches Recht. Siehe Köbler, S. 336.

[69] Baur/Stürner, § 4 Rn. 3.

[70] Savigny, Friedrich Carl von, System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840, Band I, Buch 2, § 53, S. 339, 340.

[71] Der Vollzug ist die Verwirklichung (Vollziehung) einer Anordnung oder Vorstellung. Siehe Köbler, S. 478.

[72] Wieling, Hans Josef, Sachenrecht, Band 1, Heidelberg, Berlin 1990, S. 14ff.

dingliche Rechte im deutschen Recht damit *natürlich abstrakt*. Unter Geltung des Trennungs- und Abstraktionsprinzips wird die Losgelöstheit auch dinglicher Sicherungsrechte von ihrem Zweck im deutschen Recht jedenfalls „auf einer ersten Ebene“ nicht durchbrochen. Eigentlich müssten zwar alle dinglichen Sicherheiten aufgrund der absoluten Trennung von Schuld- und Sachenrechten nichtakzessorisch sein, da ein dingliches Recht gar keinen Zweck im Sinne der Sicherung einer (schuldrechtlichen) Forderung in sich tragen dürfte, sondern eine solche Zweckbindung der schuldrechtlichen Ebene vorbehalten bleiben müsste. Trotz des Abstraktionsprinzips gibt es aber im deutschen Recht auch einige akzessorische Sicherungsrechte. Durch die „automatische“ Rückübertragung einer akzessorischen Sicherheit bei Nichtbestehen oder Untergang der gesicherten Forderung wird die Losgelöstheit des dinglichen Rechts jedoch im Ergebnis durchbrochen und „auf einer zweiten Ebene“ beschränkt. Die Losgelöstheit besteht auch bei akzessorischen Rechten insoweit, als die Effizienz des dinglichen Rechts vom schuldrechtlichen Sicherungsvertrag unabhängig ist und die Zweckbindung nur hinsichtlich der Darlehensforderung durchschlägt. Die „Drei-Stufen-Konstruktion“ mit ihrer Trennung von Darlehens- und Sicherungsvertrag trägt diesem Umstand Rechnung.[73]

In Rechtsordnungen, die das Trennungsprinzip in Verbindung mit dem Kausalprinzip kennen, ist die Unabhängigkeit dinglicher Sicherungsrechte deutlich reduziert und *doppelt* beschränkt, wenn dingliche Sicherungsrechte zugleich akzessorisch zur Forderung und von der *causa* des Sicherungsvertrages abhängig sind.

3. Die Sonderstellung des Anwartschaftsrechts im deutschen Recht

Während *Raiser* das **Anwartschaftsrecht**[74] lediglich als ein „Eigentumsfragment“[75] definierte, ging *Flume* davon aus, dass eine Anwartschaft die „begriffliche Zusammenfassung der Vorwirkungen des bedingten Eigentumserwerbs vor Eintritt der Bedingung“[76] und damit dogmatisch Volleigentum darstellt. *Blomeyer* ging noch weiter, indem er lehrte, dass der Vorbehaltskäufer schon mit der aufschiebend bedingten Übereignung Eigentum erwerbe und der Vorbehaltsverkäufer nur ein besitzloses Verfallpfandrecht behalte[77]. Die Rechtsprechung geht eher wie *Flume* davon aus, dass das Anwartschaftsrecht eine bloße Vorstufe des Eigentums und im Vergleich zum Eigentum „kein aliud, sondern ein wesensgleiches minus“[78] sei.

Nach § 449 Abs. 1 BGB ist beim Eigentumsvorbehalt im Zweifel davon auszugehen, dass das Eigentum unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des

[73] Siehe Stadler, § 8 A, S. 562ff.
[74] Die Anwartschaft im weiteren Sinne ist die einer bestimmten Person zustehende, rein tatsächliche Aussicht auf ein später zu erwartendes Amt oder Recht. Diese Anwartschaft ist selbst noch kein Recht. Im engeren Sinne ist Anwartschaft nur die schon zu einem Recht verdichtete, dem Berechtigten grundsätzlich nicht mehr durch einseitige Handlung des Geschäftsgegners entziehbare Aussicht, also das Anwartschaftsrecht, das dem Vollrecht wesensgleiche Minus. Siehe Köbler, S. 24.
[75] Raiser, Ludwig, Dingliche Anwartschaften, Tübingen 1961, S. 68.
[76] Flume, Werner, Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers, AcP Band 161 (1962), 385, 394.
[77] Blomeyer, Arwed, Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers, AcP Band 162 (1963), 191, 193f.
[78] BGHZ 28, 16, 21, 23.

Kaufpreises übertragen wird. Nach Abs. 2 kann der Verkäufer die Kaufsache erst dann zurückverlangen, wenn er auch vom Kaufvertrag zurückgetreten ist[79]. Damit taucht die Frage auf, ob das Anwartschaftsrecht vom Kaufvertrag kausalabhängig ist. Nach Auffassung *Sericks*[80] beispielsweise stammt das Anwartschaftsrecht aus einer „kausalen Übereignung", der Eigentumsvorbehalt sei eine echte Durchbrechung des Abstraktionsprinzips. Dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen. Denn nach dem Wortlaut des § 449 Abs. 1 BGB ist das Anwartschaftsrecht deutlich nicht von der Wirksamkeit des Kaufvertrags, sondern von der Vollzahlung des Kaufpreises abhängig. Damit bleibt die eigentliche Streitfrage, ob das Abstraktionsprinzip gilt, unberührt[81]. Deshalb kann der Vorbehaltskäufer trotz der Unwirksamkeit des Kaufvertrags durch Vollzahlung des Kaufpreises Eigentum erwerben[82], der Vorbehaltsverkäufer müsste nach Kondiktionsrecht Rückabwicklung verlangen. Ohne Abstraktionsprinzip könnte ein derartiger Verkehrsschutz nicht ohne weiteres gewährleistet werden. Folgerichtig wird davon ausgegangen, dass das Anwartschaftsrecht grundsätzlich vom Kaufvertrag *kausalunabhängig* ist[83] und somit auch keine Ausnahme vom Abstraktionsprinzip voraussetzt.

Die Geltung des Abstraktionsprinzips auch beim Eigentumsvorbehalt erklärt sich m.E. auch aus der Trennung von *Primär-* und *Sekundärcausa*. Ähnlich wie beim Darlehens- und Sicherungsvertrag existieren bei einem Kaufvertrag unter Eigentumsvorbehalt zwei vereinbarte Zwecke. Während die Verpflichtung zur Übereignung und Übergabe die *Primärcausa* darstellt, liegt in der Bedingung, den Kaufpreis voll zu zahlen, eine sichernde *Sekundärcausa*. Dabei ist das Anwartschaftsrecht lediglich mit der *Sekundärcausa* unmittelbar verknüpft und nicht von der *Primärcausa* kausalabhängig. Somit gilt zwischen der *Primärcausa* und der Verfügung in Gestalt einer bedingten Übereignung das Trennungs- und Abstraktionsprinzip.

4. Treuhandeigentum oder fiduziarische Übertragungen?

In der modernen Kreditpraxis spielen die Sicherungsübereignung und -abtretung eine immer größere Rolle. Beide Rechtsinstitutionen sind heute als Treuhandgeschäfte[84] ausgestaltet.

---

[79] Siehe Baur/Stürner, § 59 Rn. 18ff.

[80] Serick, Rolf, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band I, Heidelberg 1963, S. 53f.

[81] Stoll, Hans, Bemerkungen zu Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, ZHR 128 (1966), 239, 242.

[82] Lindemann, Achim, Die Durchbrechung des Abstraktionsprinzips durch die höchstrichterliche Rechtsprechung seit 1900, Dissertation der Universität Konstanz, Konstanz 1989, S. 74.

[83] Auch Flume, AcP Band 161 (1962), 385, 388. Marotzke, Wolfgang, Die Aufhebung grundpfandrechtbelasteter Eigentumsanwartschaften, AcP Band 186 (1986), 490, 510ff.

[84] Treuhand ist das Rechtsverhältnis, bei dem ein Teil nach außen mindestens ein Vermögensrecht als eigenes Recht hat, dieses aber aufgrund einer schuldrechtlichen Abrede (Treuhandvertrag, Sicherungsvertrag) ganz oder teilweise im Interesse des anderen Teils ausüben soll. Dient die Treuhand hauptsächlich den Interessen des Treuhänders, so ist sie eigennützig.

Es ist leicht zu verstehen, dass es in einer Rechtsordnung, die das Trennungsprinzip kennt, keine Schwierigkeiten macht, eine Übereignung [85] sicherungshalber zu erklären. Die neuere Dogmatik fiduziarischer Rechtsgeschäfte stammt aus dem *Pandektensystem* und „entwickelte sich gemeinsam mit bzw. auf der Grundlage einer strikten Trennung von Schuld- und Sachenrechten sowie der abstrakt gestalteten Eigentumsübertragung“[86].

Die wesentliche Besonderheit der Sicherungsübereignung sowie anderer nichtakzessorischer Sicherheiten liegt in der Verschaffung eines Vollrechts als Sicherheit nach außen einerseits *und* seiner Beschränkung auf einen Sicherungszweck durch eine rein schuldrechtliche Verknüpfung im Innenverhältnis zwischen Sicherungsgeber und -nehmer andererseits. Es liegt nahe, dass diese Wirkung nur ohne weiteres gewährleistet werden kann, wenn Schuldrechte und Sachenrechte getrennt durch zwei verschiedene Rechtsgeschäfte gestaltet sind. Die Diskrepanz zwischen dem *wirtschaftlichen Bedürfnis* und dem *rechtlichen Bewirken* bei fiduziarischen Übereignungen kann mittels des Trennungsprinzips [87] überwunden werden. Allerdings berührt das alles das Abstraktionsprinzip im Grunde genommen nicht.

Folgerichtig ist bei der Sicherungsübertragung von einer **fiduziarischen Übereignung** und nicht von einem *Treuhandeigentum* auszugehen. Die fiduziarische Übereignung ist eine Bezeichnung für eine *normale Übereignung*, zu der noch eine schuldrechtliche Vereinbarung tritt, deren Inhalt gerade eine Vinkulierung dieser Übereignung darstellt. Die fiduziarische Übereignung entfaltet auf dinglicher Ebene volle Wirkung, während ihre Vinkulierung sich lediglich auf der schuldrechtlichen Ebene auswirkt. Wesentlich ist dabei, dass der Treuhänder nach außen voller Eigentümer wird, jedoch im Innenverhältnis zum Treugeber schuldrechtlich verpflichtet ist, seine dingliche Rechtsstellung nur entsprechend dem vereinbarten Zweck auszuüben[88].

Diese Gestaltung, also eine Vollrechtsübertragung mit schuldrechtlicher Vinkulierung, erlaubt § 137 S. 2 BGB ausdrücklich. Wenn Schuld- und Sachenrechte nicht getrennt wären, bestünde überhaupt nicht die Möglichkeit einer Konstruktion der Kombination zwischen einer Vollrechtsposition und ihrer „externen“ Vinkulierung i.S.d. § 137 BGB. Wenn die Übereignung kausalabhängig wäre, könnte jeder Mangel aus dem vinkulierenden Grundgeschäft auf die Vollrechtsposition durchschlagen, sodass auch seine Verkehrsfähigkeit leiden müsste. Hier lässt sich beobachten, dass die Losgelöstheit der Verfügung von ihrer Zweckbestimmung bei

---

Sicherungsübereignungen und -abtretungen sind also eigennützige Treuhand. Die Treuhand wird auf Latein *fiducia* genannt. Siehe Köbler, S. 421.

[85] Nach der Terminologie des deutschen BGB ist Übereignung die Übertragung des Eigentums an einer Sache, also ein dingliches Rechtsgeschäft. Siehe Köbler, S. 424.

[86] Stadler, § 5 Teil 1 A, S. 103. Otten, Giseltraud, Die Entwicklung der Treuhand im 19. Jahrhundert. Die Ausbildung des Treuhandbegriffs des modernen Rechts, Göttingen 1975, S. 49ff.

[87] Ausführlich siehe in dieser Arbeit § 3 II.

[88] Baur/Stürner, § 3 Rn. 34.

fiduziarischen Übertragungen noch deutlicher als bei gewöhnlichen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften hervortritt[89].

Die Dogmatik des Eigentums braucht bei fiduziarischer Übereignung nicht grundlegend korrigiert zu werden. Es tritt jedoch in bestimmten Zusammenhängen eine „Relativierung des Eigentums", also eine Unterscheidung zwischen wirtschaftlichem und rechtlichem bzw. formellem Eigentum ein. Als Besonderheit des treuhänderischen Eigentums kommt es zu einer neuen Form der *Kombination*, nämlich des Zusammenwirkens zwischen der normalen dinglichen Übereignung und ihrer schuldrechtlichen Vinkulierung.

Die *Sekundärcausa* des Sicherungsvertrags, nämlich die Vinkulierung des Eigentums, gilt als schuldrechtliche Verknüpfung in der Regel zwar nur *inter partes*, sie wird bei der Sicherungsübereignung im Krisenfalle aber teilweise *verdinglicht*. So steht dem Sicherungsnehmer in der Insolvenz des Sicherungsgebers nach §§ 50, 51 InsO nur ein Absonderungsrecht zu, während der Sicherungsgeber in der Insolvenz des Sicherungsnehmers ein Aussonderungsrecht hat[90]. Es ist m.E. davon auszugehen, dass das Absonderungsrecht des Sicherungsnehmers als eine vom Gesetz vorgesehene Ausnahme zu betrachten ist, ohne dass das Abstraktionsprinzip generell durchbrochen wird. Es beschreibt die rechtliche Beziehung zwischen der *Primärcausa* und der Verfügung, während es allerdings für die *Sekundärcausa* der Sicherungsübereignung eine Durchbrechung erfährt.

Die Theorie der fiduziarischen Übereignung harmonisiert die Sicherungsübereignung mit dem Grundsatz des *numerus clausus* der Sachenrechte, ohne dass das Konstrukt eines besonderen Treuhandeigentums mit diesem Grundsatz in Konflikt geraten würde.

II. Abstraktion und *numerus clausus* der Sachenrechte

Der Grundsatz des ***numerus clausus*** [91] der Sachenrechte besagt, dass die im Sachenrecht möglichen dinglichen Berechtigungen grundsätzlich im Gesetz geregelt sein müssen (Typenzwang) und auch der Inhalt der hiernach möglichen Berechtigungen mindestens in Umrissen zwingend durch das Gesetz festgelegt werden muss (Typenfixierung)[92].

Dieser Grundsatz findet häufig Erwähnung, wenn er mit der weiter reichenden Vertragsfreiheit [93] des Schuldrechts verglichen wird. Der Unterschied liegt darin

[89] Stadler, § 8 Teil 4 B, S. 606.
[90] Baur/Stürner, § 57 Rn. 31, 39.
[91] *Numerus clausus* bedeutet auf Latein eine zahlenmäßige Beschränkung. Siehe Köbler, S. 299.
[92] Baur/Stürner, § 1 Rn. 7.
[93] Vertragsfreiheit ist die Freiheit, Verträge zu schließen und grundsätzlich ihren Inhalt zu bestimmen. Sie ist eine Folge der durch Art. 2 GG geschützten allgemeinen Handlungsfreiheit. Gegenüber dem

begründet, dass ein Sachenrecht prinzipiell eine absolute Drittwirkung einschließt, während sich eine schuldrechtrechtliche Beziehung in der Regel lediglich *inter partes* auswirkt. Wäre ein Sachenrecht auch vertraglich frei gestaltbar, so könnte jedermann auf den Privatbereich anderer übergreifen, was ein geregeltes Zusammenleben der Menschen empfindlich stören würde[94]. Zum Erhalt der Funktionsfähigkeit der Sachenrechte müssen sie inhaltlich zuverlässig erkennbar und genau abgrenzbar sein. Der Grundsatz des *numerus clausus* der Sachenrechte und das Abstraktionsprinzip haben gleichermaßen verkehrsschützende Funktion.

Wegen der grundsätzlichen inhaltlichen Vertragsfreiheit des Schuldrechts kann der Inhalt einer schuldrechtlichen Rechtsposition vertraglich beschränkt werden, wie z.B. nach § 399 BGB die Verfügungsbefugnis über eine Forderung. Wegen des Typenzwangs und der Typenfixierung der Sachenrechte kann die Verfügungsbefugnis über Sachenrechte hingegen nach § 137 BGB inhaltlich nicht ausgeschlossen bzw. beschränkt werden. Dieser Ausschluss von Verfügungsverboten verbessert die Verkehrsfähigkeit von Sachenrechten im Sinne verbesserter Funktionsfähigkeit des Abstraktionsprinzips[95].

Zwar wirken der Grundsatz des *numerus clausus* der Sachenrechte und das Abstraktionsprinzip häufig im Sinne des Verkehrsschutzes zusammen, sie entstammen aber unterschiedlichen Quellen. Der *numerus clausus*-Grundsatz entspringt der „natürlichen Absolutheit“ der Sachenrechte und ist dabei ein logisches Ergebnis der Trennung von Schuld- und Sachenrechten, während das Abstraktionsprinzip jedoch ein eher technisches Instrument der Jurisprudenz darstellt. Der *numerus clausus* setzt das Abstraktionsprinzip nicht voraus, wie dies Rechtsordnungen dokumentieren, welche zwar die Unterscheidung von Schuld- und Sachenrecht kennen, nicht aber das Abstraktionsprinzip.

Auch ein Abstraktionsprinzip ohne *numerus clausus* ist logisch denkbar. Trotzdem muss zweifellos eingeräumt werden, dass der *numerus clausus* die Durchsetzung des Zwecks des Abstraktionsprinzips erleichtert[96]. Wenn der Inhalt des Sachenrechts bereits gesetzlich normiert ist, muss der gesetzliche Inhalt eines dinglichen Rechts nicht in der Verfügung wiederholt werden. Das Verfügungsgeschäft der Übereignung verschafft eine Rechtsposition mit fest fixiertem Inhalt, sodass ihr Inhalt überhaupt nicht nochmals überdacht zu werden braucht. Das Abstraktionsprinzip „konzentriert“ sich darauf, die Wirksamkeit der Verfügungsgeschäfte zu regeln. Nur bei den Sachenrechten, die durch das Gesetz inhaltlich nicht genau bestimmt sind, muss man im Verfügungsgeschäft weitere nähere Festlegungen zum Inhalt treffen.

---

numerus clausus des Sachenrechts beschreibt die schuldrechtliche Vertragsfreiheit die Entscheidungsfreiheit der Parteien über den Inhalt eines Schuldrechts. Siehe Köbler, S. 465.

[94] Baur/Stürner, § 1 Rn. 3.

[95] Stadler, § 5 Teil 1 B, S. 112.

[96] Stadler, § 5 Teil 1 B, S. 112.

III. Abstraktion, Trennung und Spezialität

Der Grundsatz der **Spezialität** besagt, dass dingliche Rechte nur an bestimmten einzelnen Sachen möglich sind[97], also nicht an Sachgesamtheiten oder noch nicht individualisierten Sachen bestehen können[98]. Dieser Grundsatz gilt nur für Verfügungsgeschäfte, also dingliche Rechtsgeschäfte. Deshalb müssen Verfügungsgeschäfte über dingliche Rechte konkrete und einzelne Gegenstände als selbständige Rechtsobjekte betreffen[99]. In diesem Sinne wird der Grundsatz der Spezialität auch als **Bestimmtheitsgrundsatz** bezeichnet.

Gedanklicher Ausgangspunkt dieses Grundsatzes ist die Absolutheit dinglicher Rechte. Das dingliche Recht darf sich nur auf eine bestimmte Sache beziehen, sonst würde wegen entstehender Unklarheiten das Zusammenleben mit anderen ernsthaft gefährdet. Die notwendige Rechtsklarheit wird durch den Grundsatz Spezialität der Sachenrechte gestärkt.

Im Schuldrecht werden *Gattungsschuld*[100] und *Stückschuld*[101] unterschieden. In der modernen Warengesellschaft ist die Stückschuld häufig durch die Gattungsschuld abgelöst und erlangt damit immer größere Bedeutung.[102] Im Unterschied zum französischen Recht nimmt das Kaufrecht des deutschen BGB auch die Gattungsschuld als Ausgangspunkt seiner Gestaltung. Dies wird durch das Trennungsprinzip ermöglicht. Wegen seines höheren Differenzierungsgrads lassen sich Verpflichtung und Verfügung nach verschiedenen Voraussetzungen gestalten, wobei eine Sache zunächst als Gattung *verkauft* und dann durch Konkretisierung der Gattung nach dem Spezialitätsgrundsatz *übereignet* wird. Diese Flexibilität kann ein Einheitsprinzip so nicht leisten. Da das Trennungsprinzip zwangsläufig eine Vorstufe des Abstraktionsprinzips darstellt, kann man davon ausgehen, dass die Abstraktion die Durchsetzung des Spezialitätsgrundsatzes erleichtert[103].

IV. Abstraktion und Publizität

1. Die Bedeutung der Publizität

[97] Baur/Stürner, § 4 Rn. 17.
[98] Siehe Köbler, S. 390.
[99] Stadler, § 5 Teil 1 C, S. 114.
[100] Gattungsschuld ist die Schuld eines nicht nach individuellen, sondern nur nach gattungsmäßigen Merkmalen bestimmten Gegenstands. Siehe Köbler, S. 160.
[101] Stückschuld ist die auf einen nach besonderen, einzelnen Merkmalen bestimmten Leistungsgegenstand gerichtete Schuld. Siehe Köbler, S. 406, 407.
[102] Esser, Josef / Schmidt, Eike, Schuldrecht, Band I Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Auflage, Heidelberg 1995, § 13 I, S. 222.
[103] Stadler, § 5 Teil 1 C, S. 115.

Der **Publizitäts-** bzw. **Offenkundigkeitsgrundsatz** bedeutet, dass jede sachenrechtliche Veränderung neben der dinglichen Einigung[104] zusätzlich noch eines Publizitätsaktes bzw. Realaktes bedarf, also offenkundig werden[105] muss. Die Publizitätsträger sind im deutschen BGB die Grundbucheintragung bei Immobilien und die Besitzübergabe bzw. die Übergabesurrogate bei Mobilien. Die Einigung und die äußerliche Kennbarmachung bewirken gemeinsam im Sinne eines „Doppeltatbestands"[106] die Änderung der Inhaberschaft an Sachenrechten. Weil ein Verfügungsgeschäft die Einwirkung auf ein subjektives Recht nicht nur in Gestalt eines Anspruchs plant, sondern unmittelbar vollzieht, bedeutet das zugleich, dass ein dingliches Rechtsgeschäft wegen des Publizitätsgrundsatzes mit der Einigung einen Offenkundigkeitsakt verbinden muss.

Der Publizitätsgrundsatz folgt in gewisser Weise aus der Absolutheit der Sachenrechte. Wegen der absoluten Drittwirkung der Sachenrechte müssen sie von außen für jedermann erkennbar und zuzuordnen sein. Diesem Transparenzbedürfnis kann nur durch die Publizität, also die Übergabe bzw. die Eintragung, Rechnung getragen werden.

Die Übergabe bzw. die Eintragung als bloßer Realakt waren nicht von Anfang an von der dinglichen Einigung sauber getrennt, wie es sich heute im modernen deutschen Zivilrecht darstellt. Nach der ursprünglichen Theorie *Savignys* war die Übergabe selbst ein „wahrer Vertrag", also der „dingliche Vertrag" seiner Theorie[107]. An dieser sog. *Einheitstheorie*, welche die Einigung und die Übergabe zunächst als untrennbares Ganzes ansah, wurde noch von *Windscheid*[108] weiter festgehalten. Hingegen versuchte *Puchta*[109], auf diese Einheitstheorie zu verzichten. Die sog. *Selbständigkeitstheorie* wurde aber erst durch die zweite Kommission[110] in das deutsche BGB eingearbeitet. Der Eigentumsübergang beweglicher Sachen nach § 929 S. 1 BGB ist deshalb ein bis heute bestehender Ausdruck des *Doppeltatbestands*[111], der die dingliche Einigung von einer Übergabe bzw. einem Übergabesurrogat unterscheidet.

2. Das Traditionsprinzip bei beweglichen Sachen

Aus dem Publizitätsprinzip folgt das sog. **Traditionsprinzip**. Dieses Prinzip bezieht sich grundsätzlich nur auf bewegliche Sachen, weil der lateinische Begriff *traditio* im Deutschen lediglich *Übergabe* bedeutet[112] und ein Liegenschaftsrecht im modernen

[104] Über die sachenrechtliche Terminologie siehe Baur/Stürner, § 5 Rn. 2. Im deutschen BGB beschränkt sich die „Einigung" aufgrund dieser Terminologie auf den dinglichen Vertrag.
[105] Siehe Köbler, S. 330.
[106] Baur/Stürner, § 5 Rn. 3.
[107] Savigny, Band III, Berlin 1840, §140, S. 312. Savigny, Obligationenrecht, Band II, Berlin 1853, Neudruck 1973, §78, S. 257.
[108] Windscheid, Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I, Düsseldorf 1862, § 171, S. 882f.
[109] Puchta, Georg Friedrich, Vorlesung über das heutige römische Recht, Leipzig 1873, § 148, S. 335.
[110] Stadler, § 5 Teil 1 D, S. 124.
[111] Baur/Stürner, § 5 Rn. 3.
[112] Köbler, S. 420.

Geschäftsverkehr überhaupt nicht durch eine reine Übergabe offenbar gemacht werden kann.

Das Traditionsprinzip besagt nur, dass zum Eigentumsübergang einer beweglichen Sache eine Übergabe der Sache hinzutreten muss. Ob ein lediglich dinglicher oder einheitlicher Vertrag neben der Übergabe besteht, ist keine Frage dieses Prinzips. Also verlangt das Traditionsprinzip nicht unbedingt ein Trennungsprinzip. Im heutigen deutschen Zivilrecht ist das Traditionsprinzip mit dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip kombiniert. Im Unterschied hierzu lässt sich das Traditionsprinzip auch mit dem Einheitsprinzip kombinieren, wenn zum Eigentumsübergang einer beweglichen Sache neben dem einheitlichen Vertrag noch eine Übergabe der Sache als reiner Realakt erforderlich ist[113].

Das Traditionsprinzip im Mobiliarsachenrecht ist aber nicht stark genug, um das Trennungs- und Abstraktionsprinzip abzulösen oder zu ersetzen. Denn dieses Prinzip wird häufig durch Übergabesurrogate i.S.d. §§ 929 S. 2, 930 f. BGB durchbrochen. In vielen modernen Geschäftsformen, wie z.B. Leasing, Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung usw., verliert der Besitz als Rechtsscheinträger seine Bedeutung, sodass die Tradition in vielen Bereichen des modernen Wirtschaftslebens nicht stattfindet und der dingliche Vertrag trotzdem besteht.

3. Die natürliche Abstraktheit der Immobilien

Bei Immobilien wird heutzutage eine Eintragung neben der Einigung als eine natürliche Notwendigkeit betrachtet, während auf die Übergabe bei beweglichen Sachen nicht selten verzichtet wird. Die Publizität spielt damit im Immobiliarsachenrecht der Gegenwart eine wichtigere Rolle als im Mobiliarsachenrecht. Die Eintragung als Mittel der Publizität ist im Immobiliarsachenrecht weltweit sehr verbreitet. Für das Liegenschaftsrecht ist deshalb eine Form der Trennung zwischen Kauf und Vollzug in Ländern, in denen die Eintragung ins Grundbuch als ein Tatbestand zur Änderung des Sachenrechts an unbeweglichen Sachen anerkannt wird, schwerlich zu verneinen, sogar unabhängig davon, ob das Trennungsprinzip in diesen Ländern ausdrücklich anerkannt wird oder nicht oder ob auf das Abstraktionsprinzip ausdrücklich verzichtet wird. Die notwendige Eintragung führt in der Praxis zu einer Trennung von Planung und Vollzug. Diese zeitliche und räumliche Trennung entspricht praktischer Notwendigkeit im Liegenschaftsverkehr.

In diesem Sinne kann man im Liegenschaftsrecht von einer *natürlichen Abstraktheit* sprechen, solange auf eine absolute Publizitätswirkung nicht verzichtet werden soll. Diese Auswirkung des Publizitätsgrundsatzes im Liegenschaftsrecht führt zu einer vertieften Sinngebung der Trennung von Schuld- und Sachenrechten sowie von

[113] In China wird diese Möglichkeit das „Prinzip der schuldrechtlichen Förmlichkeit“ genannt, durch die manche das Trennungs- und Abstraktionsprinzip ersetzen möchten. Es ist aber nach der Verabschiedung des Sachenrechtsgesetzes VR China immer weniger vertretbar.

Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften. Das erklärt auch, warum ein übereilter Verzicht auch bei beweglichen Sachen im Interesse eines stimmigen Gesamtsystems letztlich nicht überzeugend ist.[114]

4. Publizität und ihre Gutglaubenswirkung

a) Rechtsscheinträger mit verschiedener Qualität

Die Publizitätsträger erzeugen auf dreierlei Weise rechtliche Wirkung, nämlich in Gestalt ihrer Übertragungs-, Vermutungs- und Gutglaubenswirkung [115] . Die Übertragungswirkung verlangt, dass bei einer Rechtsübertragung ein entsprechender Publizitätsakt vollzogen wird. Die Vermutungswirkung räumt dem Publizitätsakt eine Rechtsscheinfunktion ein, sodass der Besitzer einer beweglichen Sache und der im Grundbuch eingetragene Rechtsinhaber von der Rechtsordnung mit höherer Wahrscheinlichkeit als Berechtigter betrachtet werden.

Zwar haben Eintragung und Übergabe beide als Rechtsscheinträger Publizitätsfunktion. Beide Funktionen wirken sich allerdings in ihrer Qualität unterschiedlich aus. Öffentlicher Glaube aufgrund der Richtigkeitsvermutung des Grundbuches ergibt sich allein aus der Eintragung im Grundbuch, sodass die Vermutung der Richtigkeit des Grundbuchs bei fehlender Kenntnis der Unrichtigkeit einen Schutz höherer Qualität genießen kann. Demgegenüber verdient die Qualität des guten Glaubens bei Besitz und Übergabe nur schwächeren Schutz.

b) Gutgläubiger Erwerb verschiedener Qualität

Im Rahmen der Gutglaubenswirkung wird davon ausgegangen, dass ein wirksamer Erwerb prinzipiell den unzerstörten Rechtsschein des Publizitätsträgers des Vormanns voraussetzt. Die Publizität der Sachenrechte, also ihre Eintragung oder ihr Besitz, bewirken den *öffentlichen Glauben* des Grundbuchs nach § 891 BGB für Immobilien und die *Vermutungswirkung* zugunsten des Besitzes nach § 1006 BGB bei beweglichen Sachen.

Beim gutgläubigen Erwerb i.S.d. § 932 BGB ist der subjektive Glaube des Erwerbers relevant. Es ist schwer vertretbar, die Richtigkeit der Zuordnung des Eigentums an einer beweglichen Sache lediglich aus dem Besitz abzuleiten. Es wird vom Erwerber etwas mehr verlangt, sodass die Kenntnis des rechtmäßigen Besitzers oder Unkenntnis aufgrund von grober Fahrlässigkeit die Gutgläubigkeit zerstört. Somit spielt die Redlichkeit beim gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen eine ausschlaggebende Rolle.

Grundlage des Erwerbs eines im Grundbuch eingetragenen Liegenschaftsrechts ist materiell-rechtlich[116] der öffentliche Glaube i.S.d. § 892 BGB, also die Vermutung

[114] Siehe Baur/Stürner, § 5 Rn. 43.
[115] Siehe Baur/Stürner, § 4 Rn. 9ff.
[116] Baur/Stürner, § 23 Rn. 3.

der Richtigkeit der Eintragung im Grundbuch, während der § 891 BGB lediglich eine Beweislastnorm ist[117]. Zunächst kann ein Erwerber das dingliche Recht am Grundstück erwerben, wenn er redlich an die Richtigkeit der Eintragung im Grundbuch glaubt. Es kann aber die Bedeutung der Eintragung anders als bei beweglichen Sachen mittels der hoheitlich verantworteten Eintragung verstärkt werden, mit der Folge, dass der Erwerber die Eintragung gar nicht kennen muss. Aufgrund der Richtigkeitsvermutung des Grundbuchs ist der subjektive Glaube des Erwerbers weniger relevant als bei beweglichen Sachen. In logischer Konsequenz ist die Ausnahme von redlichem Erwerb nur gegeben, wenn der Erwerber die Unrichtigkeit der Eintragung schlechthin *positiv kennt*[118]. Das ist auch der Grund, warum man lieber vom „öffentlichen Glauben des Grundbuches" spricht als von einem „gutgläubigen Erwerb des Liegenschaftsrechts".

In der Tat versteckt sich trotz dieser Unterschiedlichkeit m.E. ein gemeinsames Rechtsprinzip hinter dem gutgläubigen Erwerb von beweglichen Sachen und dem gutgläubigen Erwerb von unbeweglichen Sachen aufgrund des öffentlichen Glaubens des Grundbuches: der **Vertrauensschutz**, wie er sich auch im Bereich des Handelsrechts beim Handelsregister findet.

5. Kurze Zusammenfassung

In der deutschen Rechtsordnung dient das Zusammenwirken von Abstraktion, Publizität und gutgläubigem Erwerb gemeinsam dem Verkehrsschutz.[119] Diese Kumulation mit ihrer Verzahnung von Publizität und Abstraktion ist weltweit einmalig[120]. Vergegenwärtigt man sich, dass heute bei Sicherungsrechten häufig genug Publizität *fehlt*, und es dann nicht nur bei Sicherungsübertragungen gar keine Publizität gibt, sondern sogar bei Grundpfandrechten nicht selten Divergenzfälle zwischen Buch- und wahrer Rechtslage auftreten, muss darüber nachgedacht werden, ob das Gesetz im Falle von Sicherungsrechten bei fehlender Publizität trotzdem einen notwendigen gutgläubig lastenfreien Erwerb erlaubt.

Eine kausal gestaltete Rechtsordnung verzichtet auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs hinsichtlich seiner positiven Rechtswirkung und damit auch auf die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von Buchberechtigten, oder sie verlangt dem Erwerber mehr ab, um seine Redlichkeit außerhalb des Grundbuchs zu beweisen[121].

Im Ergebnis lässt sich nicht feststellen, dass die Publizität das Trennungs- und Abstraktionsprinzip voraussetzt oder umgekehrt. Die materiell-rechtliche Unabhängigkeit beider Rechtsgeschäfte gilt aus der Sicht des modernen deutschen Rechts auch ohne Publizität. Die Inkonsequenz der Durchsetzung der Publizität beim

[117] Baur/Stürner, § 23 Rn. 2.
[118] Baur/Stürner, § 23 Rn. 30.
[119] Stadler, § 5 Teil 1 E, S. 131.
[120] Stadler, § 5 Teil 1 D, S. 127.
[121] Stadler, Viertes Kapitel B I, S. 729.

Zusammenwirken vom Trennungs- und Kausalprinzip liegt darin begründet[122], dass der Eigentumsübergang aufgrund des Kausalprinzips beim Wegfall des Grundgeschäfts zur automatischen Rückabwicklung führt, ganz so, als ob die Übereignung niemals erfolgt wäre. Hier ist ein Publizitätsakt bei automatischer Rückübereignung folglich überflüssig. Daher wird der Publizitätsgrundsatz unter Geltung des Kausalprinzips bei der Rückabwicklung mangels eines wirksamen Grundgeschäfts offensichtlich völlig durchbrochen.

Hingegen erfolgt die Rückabwicklung beim Zusammenwirken vom Trennungs- und Abstraktionsprinzip nicht automatisch, sondern muss durch erneute rückwärtige Übertragung vollzogen werden, womit Publizität wieder erforderlich ist.

§ 3. Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip bei Sicherungsrechten

I. Trennungsprinzip

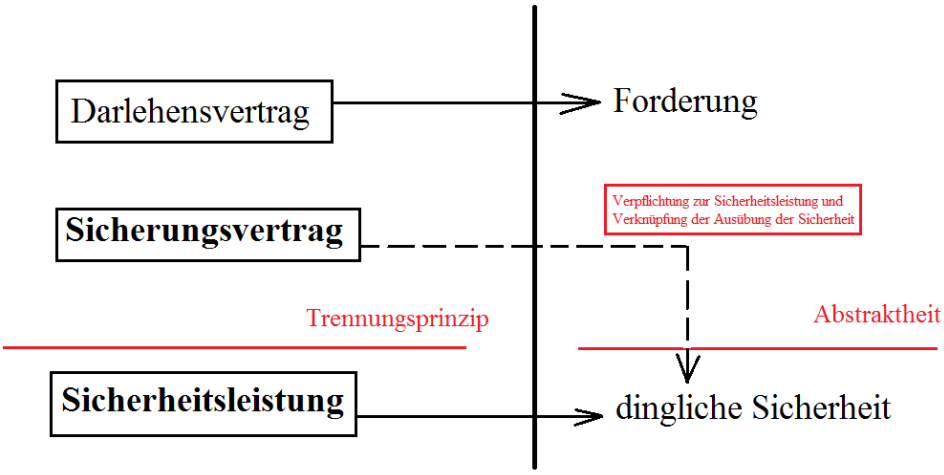
Eine Sicherheit kann natürlich, wie in Frankreich, in einem einheitlichen Rechtsgeschäft vereinbart werden und anschließend nach einem hinzutretenden Publizitätsakt ihre dingliche Wirkung entfalten. Allerdings ist eine einwandfreie nichtakzessorische Sicherheit dogmatisch unmöglich unter dem Einheitsprinzip zu gestalten.

Der Ausgangspunkt nichtakzessorischer Sicherheiten liegt in der Unabhängigkeit der Sicherheit von der Forderung begründet. *Nur* wenn die Forderung und die Sicherheit in zwei Rechtsgeschäften getrennt ausgestaltet werden, erscheint es möglich, dass die Forderung und die Sicherheit selbst in unterschiedlichem Umfang getrennt voneinander legitimiert und damit voneinander unabhängig sind. Um das Kernbedürfnis, also die *Umfangsabstraktheit*, zu befriedigen, bedarf es unabdingbar des Trennungsprinzips als Voraussetzung.

Die Umfangsabstraktheit bedeutet die Möglichkeit einer Abweichung der dinglichen Sicherheit von der gesicherten Forderung. Nach dem Sicherungsvertrag ist der Sicherungsgeber verpflichtet, eine dingliche Sicherheit zugunsten des Sicherungsnehmers zu leisten. An sich vereinbaren Parteien im Sicherungsvertrag nicht zusätzlich den Umfang der Sicherheit, wie z.B. dass der Sicherungsgeber zur Leistung einer Grundschuld in Höhe von 100.000 Euro verpflichtet sei, obwohl die Forderung nur 50.000 Euro beträgt. Der Umfang der Sicherheit, zu der sich der Sicherungsgeber im Sicherungsvertrag verpflichtet hat, ist grundsätzlich mit dem der Forderung identisch. Die Möglichkeit zur Abweichung ist nur aufgrund des Trennungsprinzips gewährleistet, da die dingliche Sicherheit aufgrund des Trennungsprinzips vom Sicherungsvertrag getrennt erfolgt. Selbst wenn Parteien im

[122] Stadler, § 5 Teil 1 D, S. 131.

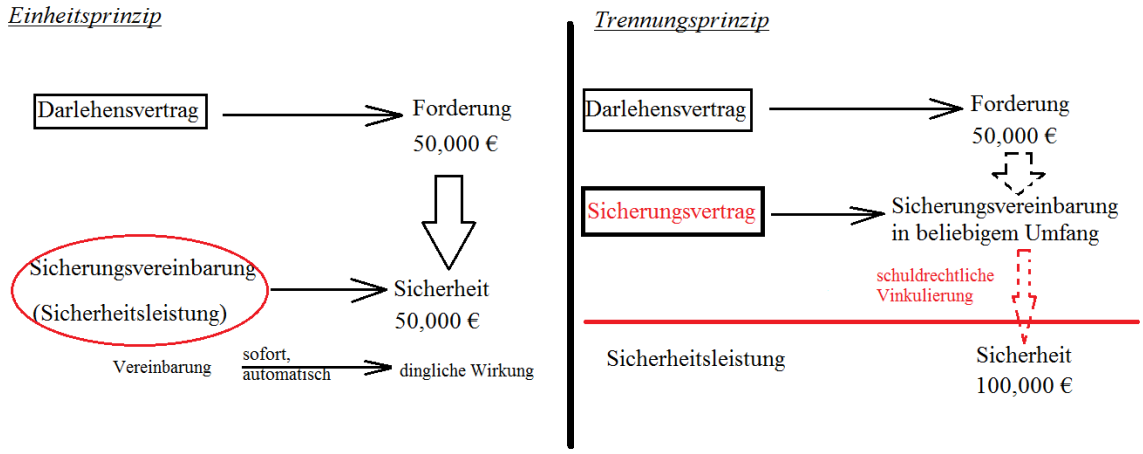
Sicherungsvertrag ungewöhnlicherweise zusätzlich den Umfang der Sicherheit im Sinne einer Verpflichtung vereinbaren, besteht wegen des Trennungsprinzips die Möglichkeit einer Abweichung der Sicherheitenbestellung von der Sicherungsvereinbarung.



Das Trennungsprinzip begünstigt im *doppelten* Sinne die Stabilität sowohl des Darlehensvertrags als Grundlage der gesicherten Forderung einerseits als auch der kausalen Verpflichtung zur Sicherheitsleistung im Sicherungsvertrag andererseits. Die Verknüpfung zwischen der Forderung und der Sicherheit wird *weitgehend* gelockert. Das verstärkt die Nichtakzessorietät der Sicherheit. Der schuldrechtliche Sicherungsvertrag funktioniert wie ein Staudamm, um das Verhältnis zwischen der Sicherheit und der gesicherten Forderung möglichst flexibel halten zu können. Dank des Trennungsprinzips können der Umfang der Forderung, der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung und der Sicherheit selbst möglicherweise in *dreifacher* Weise abweichend voneinander erfolgen.

Ein Beispiel: In einem Sicherungsvertrag wird vereinbart, dass ein Grundstück im Wert von 100.000 Euro eine Forderung in Höhe von 50.000 Euro absichert. Mithilfe des Trennungsprinzips können die Beträge der gesicherten Forderung, der Sicherungsvereinbarung und der Sicherheit zwar identisch sein, müssen es aber nicht. Diese Umfangsabstraktheit bzw. Abweichungsmöglichkeit gilt also nicht nur zwischen der Forderung und der Sicherheit, sondern ferner zwischen der Forderung und der Sicherungsvereinbarung, natürlich auch zwischen der Sicherungsvereinbarung und der dinglichen Sicherheit. Aufgrund des

Trennungsprinzips können damit der Forderungsaustausch, die Forderungserhöhung und -senkung lediglich aufgrund einer Änderung der schuldrechtlichen Sicherungsvereinbarung verwirklicht werden.



Das Trennungsprinzip ist sonach eine *zwangsläufige Voraussetzung* der Gestaltung nichtakzessorischer Sicherheiten. Dieses Ergebnis wird klar, wenn man bedenkt, dass eine konsequente Unterscheidung von Schuld- und Sachenrechten ohne Trennungsprinzip scheitert. Denn die Dynamik nichtakzessorischer Konstruktionen erklärt sich daraus, dass zwischen Schuld- und Sachenrechten dogmatisch absolut differenziert wird und dass das dingliche Recht in der Regel keine *causa* in sich tragen muss[123].

II. Abstraktionsprinzip

1. Effizienz durch das Abstraktionsprinzip

Ohne Abstraktionsprinzip läuft das Trennungsprinzip Gefahr, zu einer lediglich gedanklichen Zergliederung zu verkümmern, sodass es falsch wäre, voreilig auf das Abstraktionsprinzip zu verzichten. Die Trennung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften ist im Alltag gelegentlich zwar schwer darstellbar, vor allem im Hinblick auf die Benennung der einzelnen Geschäfte, weniger bezüglich ihrer unterschiedlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen. Das Abstraktionsprinzip stellt sich damit als die konsequente Fortführung des Trennungsprinzips dar.

Unter Geltung des Kausalprinzips entfaltet die nichtakzessorische Sicherheit nur dann Wirkung, wenn auch der Sicherungsvertrag wirksam ist. Ist der Sicherungsvertrag unwirksam, so scheitert die nichtakzessorische Sicherheit ebenfalls. In Ermangelung des Abstraktionsprinzips fehlt es dann bei nichtakzessorischen Sicherheiten am Verkehrsschutz, und ihre Attraktivität ist damit schwächer, weil Sicherheiten mit allen Fragwürdigkeiten der Sicherungsvereinbarung belastet sind. Angesichts leidender

[123] Siehe § 2 I 2 dieser Arbeit.

Attraktivität können nichtakzessorische Sicherheiten sich dann nur schwer im Verkehr durchsetzen, obwohl rein dogmatisch aufgrund des Trennungsprinzips auch ohne Abstraktionsprinzip ihre Effizienz möglich erscheint.

Ohne Abstraktionsprinzip kann eine Kette von Übertragungen nichtakzessorischer Sicherheiten nur unter Schwierigkeiten im Verkehr Wirkung entfalten, weil nach dem Kausalprinzip stets die Wirksamkeit der einzelnen Sicherungsverträge gewährleistet sein muss. Damit kann der Grundgedanke der Abstraktheit der Sicherheiten ebenfalls nur schwer seine Vorteile zum Tragen bringen. Das Abstraktionsprinzip fördert deshalb mittels des Verkehrsschutzes die *Effizienz* nichtakzessorischer Sicherheiten.

Die Frage bleibt allerdings, inwiefern das Fehlen des Abstraktionsprinzips tatsächlich auf die Effizienz nichtakzessorischer Sicherheiten einwirkt. Wie dargelegt gibt es die Unwirksamkeit des Sicherungsvertrags in der Praxis kaum. Ein solcher Fall wäre z.B. denkbar, wenn eine Partei geisteskrank wäre. Dann wären aber alle Geschäfte, auch der Darlehensvertrag und die dingliche Sicherheitenbestellung durchgehend unwirksam. Die Effizienz nichtakzessorischer Sicherheiten wird sonach bei fehlendem Abstraktionsprinzip faktisch nur eingeschränkt reduziert, z.B. wenn in einer Übertragungskette ein Sicherungsvertrag nicht besteht, die Übertragung der Sicherheit aber wirksam erfolgt ist. Vom praktischen Ergebnis her beeinflusst das Abstraktionsprinzip die wirksame Bestellung nichtakzessorischer Sicherheiten also kaum, sondern es leidet eher nur ihre theoretische Effizienz. Dieses Ergebnis wird klarer, wenn man die Entwicklung nichtakzessorischer Sicherheiten in Rechtsordnungen beobachtet, die nur das Kausalprinzip kennen.

2. Kurze Zusammenfassung

Es kann daran festgehalten werden, dass weniger das Abstraktionsprinzip, sondern vor allem das Trennungsprinzip für die Gestaltung nichtakzessorischer Sicherheiten wesentlich ist.

Das Abstraktionsprinzip dient der konsequenten Durchführung der Nichtakzessorietät und erhöht die Effizienz nichtakzessorischer Sicherheiten[124]. Vom theoretischen Ergebnis her erhöht das Abstraktionsprinzip nämlich mittels des Verkehrsschutzes die Attraktivität[125] nichtakzessorischer Sicherheiten. Ob diese *Effizienzsteigerung* praktisch relevant ist, hängt von vielen anderen Umständen ab, z.B. vom akademischen Niveau einer Rechtsordnung, ihrem allgemeinen Entwicklungsstand, und auch von politischen Vorgaben.

III. Vergleich zum schweizerischen Recht

1. Das Grundpfand in der Schweiz

[124] Weiter auch in dieser Arbeit § 6.
[125] Genauer auch in dieser Arbeit § 5 III.

Das schweizerische Grundpfandrecht ist seinem Wesen nach ebenso wie in Deutschland Verwertungsrecht[126]. Es wird nach den Vorschriften des schweizerischen Zivilgesetzbuchs, zuletzt geändert seit dem 01.01.2012, als *Grundpfandverschreibung* oder als *Schuldbrief* bestellt. Andere Arten des Grundpfandes sind nicht zulässig[127]. Hiernach gilt der Grundsatz des *numerus clausus* der Grundpfandrechte [128] im schweizerischen Recht.

Bei der Bestellung des Grundpfandes ist nach Art. 794 ZGB in allen Fällen ein bestimmter Betrag der Forderung anzugeben. [129] Das Grundpfand ist also im schweizerischen Recht grundsätzlich akzessorisch[130]. Ist der Betrag der Forderung unbestimmt, so wird immer ein Höchstbetrag angegeben, [131] bis zu dem das Grundstück für alle Ansprüche des Gläubigers haftet. Eine nichtakzessorische Grundschuld, wie sie im deutschen Recht besteht, gibt es im schweizerischen Recht nicht.

Die Bestellung des Grundpfandrechts erfolgt im schweizerischen Recht regelmäßig ebenso aufgrund der „Drei-Stufen-Konstruktion“ wie in Deutschland, also durch ein schuldrechtliches Pfandrechtgeschäft und eine dingliche Verfügung samt einem Darlehensvertrag. [132] Nach Art. 799 Abs. 1 ZGB entsteht das Grundpfand vorbehaltlich der gesetzlichen Ausnahmen mit der Eintragung in das Grundbuch[133]. Das Grundpfand ist daher in der Schweiz grundsätzlich Buchrecht. Demzufolge entfällt das schweizerische Grundpfand nach Art. 801 Abs. 1 ZGB auch grundsätzlich mit der Löschung der Eintragung.

a) Die Grundpfandverschreibung

Die Grundpfandverschreibung[134] ist ein klassisches Grundpfandrecht.[135] Demzufolge darf sie in der Schweiz lediglich zum Zweck der Sicherung einer Forderung verwendet werden, wobei sie nach Art. 824 ZGB[136] „eine beliebige, gegenwärtige,

[126] Roberto, Vito / Hrubesch-Millauer, Stephanie, Sachenrecht, 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG Bern 2012, Rn. 620.
[127] Die Gült ist seit 1.1.2012 im schweizerischen Recht abgeschafft. Siehe Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 590, 691.
[128] Schmid, Jörg / Hürlimann-Kaup, Bettina, Sachenrecht, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf, 2012, Rn. 1487.
[129] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1505.
[130] Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 623.
[131] Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 599.
[132] Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 598ff.
[133] Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 605.
[134] Hier ist nur die sog. vertragliche Grundpfandverschreibung gemeint. Über die gesetzlichen Grundpfandrechte siehe Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 642ff.
[135] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1491, 1598.
[136] Das schweizerische Zivilgesetzbuch wird nach der Fassung vom 01.07.2014 in den Webseiten der schweizerischen Bundesbehörden zitiert, siehe http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html#a80.

zukünftige oder bloß mögliche Forderung“ [137] sichern kann. Die Grundpfandverschreibung ist im schweizerischen Recht grundsätzlich akzessorisch[138]. Die Akzessorietät gilt insbesondere im Hinblick auf ihre *Übertragung* und ihren *Untergang*. [139] Vor der Konkretisierung der gesicherten Forderung besteht die Grundpfandverschreibung nur *formell*, während ihr *materielle* Wirkung erst zukommt, wenn die Forderung tatsächlich entsteht.[140]

Grundsätzlich erstreckt sich die Gutglaubenswirkung bei der Grundpfandverschreibung nur auf das Grundpfandrecht, nicht aber auf die obligatorische gesicherte Forderung.[141] Im Hinblick auf die Grundpfandverschreibung wird damit nach Art. 937 Abs. 1 ZGB durch die Eintragung ins Grundbuch nur eine Vermutung für den Bestand des Grundpfandrechts geschaffen, nicht aber ein Nachweis der gesicherten Forderung.[142]

Die Grundpfandverschreibung wird im schweizerischen Recht auch „Hypothek“ genannt[143] wie im deutschen Recht. Sie ist in der Praxis als sog. *Maximalhypothek* oder als sog. *Kapitalhypothek* ausgestaltet[144].

Bei der Grundpfandverschreibung kann nach Art. 825 Abs. 2 ZGB auf Verlangen des Gläubigers ein Auszug aus dem Grundbuch ausgestellt werden. Diese Urkunde stellt allerdings grundsätzlich nur eine Beweisurkunde[145] und in der Regel kein Wertpapier dar [146]. Somit ist die Grundpfandverschreibung aus traditioneller Sicht nur sehr

[137] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1491, 1597. Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 591, 631. Auch Studer, Josef, Repetitorium Sachenrecht, 2. Auflage, Verlag orell füssli, Zürich 2012, 2.7.2, S. 143. Ernst, Wolfgang, Sachenrecht in a nutshell, 2. Auflage, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2013, § 15 2 a) bb), S. 134.

[138] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1602. Ernst, Sachenrecht in a nutshell, § 15 1, S. 131. Siehe Studer, Repetitorium Sachenrecht, 2.7.5, S. 146. Auch „Informationen zum Grundpfandrecht in der Schweiz“ in den Webseiten, die von dem Verlag LawMedia AG, Kloten, verantwortlich sind, Herausgegeber und Autoren Bürgi Nägeli Rechtsanwälte, Zürich. (Hiernach Abkürzung: „Informationen/Bürgi Nägeli“ mit der Webadresse.) http://www.grundpfandrecht.ch/grundpfandverschreibung/akzessorietaet-des-pfandrechtes-zur-forderung.

[139] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1602ff.

[140] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1601. Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 634.

[141] Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 635. Ernst, Sachenrecht in a nutshell, § 15 2 a) dd), S. 137.

[142] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1600.

[143] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1595.

[144] Ernst, Sachenrecht in a nutshell, § 15 1, S. 135. Auch „Informationen zur Finanzierung von Immobilien in der Schweiz“ in den Webseiten, die von dem Verlag LawMedia AG, Kloten, verantwortlich sind, Herausgegeber und Autoren Bürgi Nägeli Rechtsanwälte, Zürich. Die Webadresse: http://www.immobilien-finanzieren.ch/sicherheiten/die-grundpfandverschreibung. (Hiernach Abkürzung: „Immobilien Finanzieren/Bürgi Nägeli“.)

[145] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1599. Studer, Repetitorium Sachenrecht, 2.7.2, S. 143 und 2.7.5, S. 146.

[146] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1491. Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 637. Studer, Repetitorium Sachenrecht, 2.7.2, S. 143. Auch Immobilien Finanzieren/Bürgi Nägeli.

eingeschränkt verkehrsfähig. Das lässt sich hingegen anders sehen im Hinblick auf die künftige Elektronisierung des Grundbuches.

Nach Art. 826 ZGB kann der Eigentümer des belasteten Grundstückes bei Wegfall der Forderung vom Gläubiger verlangen, dass er die Löschung der Eintragung bewilligt. In diesem Fall wird ein gesetzlicher Löschungsanspruch bezüglich der Grundpfandverschreibung verschafft.

Nach Art. 824 Abs. 2 ZGB können der Grundstückseigentümer und der persönliche Schuldner bei der Grundpfandverschreibung auch auseinanderfallen[147]. Nach Art. 827 Abs. 1 ZGB kann der Eigentümer mangels der Notwendigkeit einer Personenidentität vom Schuldner das Pfandrecht unter den gleichen Voraussetzungen ablösen, unter denen der Schuldner zur Tilgung der Forderung befugt ist. Befriedigt er den Gläubiger, so geht das Forderungsrecht nach Art. 827 Abs. 2 ZGB gesetzlich auf ihn über. Diese Lösung ist vergleichbar mit dem deutschen Hypothekenrecht.

Wird das mit einer Grundpfandverschreibung belastete Grundstück veräußert, so bleibt die Haftung des Grundpfandes und des Schuldners nach Art. 832 Abs. 1 ZGB unverändert[148], wenn es nicht anders vereinbart ist. Hat der Erwerber des Grundstücks die persönliche Forderung übernommen[149], so wird der persönliche Schuldner nach Abs. 2 frei, wenn der Gläubiger diesem gegenüber nicht innerhalb eines Jahres schriftlich erklärt, seine Haftung beibehalten zu wollen.

b) Der Schuldbrief

1) Die Schuldbriefforderung

Durch den Schuldbrief wird nach Art. 842 Abs. 1 ZGB eine persönliche Forderung[150] – eine sog. *Schuldbriefforderung* – begründet, die „grundpfändlich“, d.h. durch ein Grundpfandrecht, sichergestellt ist.[151] Die Errichtung des Schuldbriefes ließ früher[152] die ursprüngliche Grundforderung untergehen[153] und führte durch die gesetzlich

[147] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1491.
[148] Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 641. Studer, Repetitorium Sachenrecht, 2.7.2, S. 144.
[149] Auch Studer, Repetitorium Sachenrecht, 2.7.2, S. 144. Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 641.
[150] Dies wird auch in der französisch-sprachigen Literatur gleich formuliert, nämlich dass „der Schuldbrief (auch) eine Forderung beinhaltet“. („La cédule hypothécaire est une créance personnelle garantie par un gage immobilier.“) Das ist auch zutreffend, wenn der Schuldbrief als Zusammenwirken zwischen schuldrechtlicher Schuldbriefforderung und dinglichem Grundpfandrecht angesehen wird. Siehe Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1805.
[151] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1492.
[152] Einfache historische Darstellung siehe Fasel, Urs, Repetitorium zum Schweizerischen Sachenrecht, 2. Auflage, Verlag Stämpfli, Bern 2012, Frage 336, S. 144.
[153] Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 672. Auch Informationen/Bürgi Nägeli auf der Webseite http://www.grundpfandrecht.ch/schuldbrief/unabhaengigkeit-von-urspruenglicher-forderung#a1.

vermutete Novation zum Verzicht des Schuldners auf alle Einrede aus dem Grundverhältnis[154].

Seit 01.01.2012 besteht die Schuldbriefforderung nach Art. 842 Abs. 2 ZGB hingegen „neben der zu sichernden Forderung[155], die dem Gläubiger gegenüber dem Schuldner aus dem Grundverhältnis gegebenenfalls zusteht, wenn nichts anderes vereinbart ist". Dies beschreibt den sog. „Dualismus von Schuldbriefforderung und persönlicher gesicherter Forderung"[156]. Nur ausnahmsweise besteht eine Novationswirkung bei entsprechender Vereinbarung[157]. Als sog. „Grundverhältnis" ist hier nicht die Sicherungsabrede[158] gemeint, sondern das Rechtsverhältnis, aus dem sich die gesicherte Darlehensforderung ergibt, wie z.B. der Darlehensvertrag.

Nach der gesetzgeberischen Erläuterung bedeutet die Abschaffung der Novationsvermutung nichts anderes als die „gesetzliche Verankerung der Sicherungsübereignung von Schuldbriefen",[159] die demzufolge zum gesetzlichen Grundmodell der Sicherung von Forderungen mittels Schuldbriefen geworden ist.[160]

Der Schuldner sollte grundsätzlich wegen des Nebeneinanders von Schuldbriefforderung und Grundforderung die persönlichen Einreden entgegenhalten können, die sich aus dem Grundverhältnis ergeben. Allerdings darf sich die Schuldbriefforderung nach Art. 846 Abs. 1 ZGB nicht „auf das Grundverhältnis beziehen"[161]. Sie ist also eine neue abstrakte Forderung[162]. Der Schuldner kann Einreden aus dem Grundverhältnis im Umfang des Gutglaubensschutzes[163] nur eingeschränkt[164] oder grundsätzlich nicht[165] geltend machen. Nach Art. 842 Abs. 3 und Art. 849 ZGB kommen andere Einreden ausnahmsweise dazu[166], die Einreden der Verjährung, die Einreden aus dem Pfandrechtseintrag, aus dem Pfandtitel und solche Einreden, die dem Schuldner „persönlich gegen den ihn belangenden Gläubiger zustehen"[167], wie z.B. der Verrechnung. Jede gutgläubige Person ist nach Art. 848 und Art. 849 Abs. 2 ZGB bei beiden Schuldbriefarten[168] auch hinsichtlich der

[154] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1843.
[155] Studer, Reprtitorium Sachenrecht, 2.7.3, S. 144. Auch Fasel, Repetitorium zum Schweizerischen Sachenrecht, Frage 337, S. 145. Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1810. Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 669. Ernst, Sachenrecht in a nutshell, § 15 4 b) bb), S. 160.
[156] Fasel, Repetitorium zum Schweizerischen Sachenrecht, Frage 341, S. 147.
[157] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1492, 1846ff.
[158] Aber gegen Ernst, Sachenrecht in a nutshell, § 15 4 b) cc), S. 162.
[159] Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 669.
[160] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1843a, 1843b, 2019.
[161] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1492, 1811.
[162] Ernst, Sachenrecht in a nutshell, § 15 4 b) bb), S. 160. Auch Informationen/Bürgi Nägeli.
[163] Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 670.
[164] Siehe Studer, Repetitorium Sachenrecht, 2.7.3, S. 144.
[165] Siehe Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1492. Auch Studer, Repetitorium Sachenrecht, 2.7.5, S. 146.
[166] Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 670.
[167] Fasel, Repetitorium zum Schweizerischen Sachenrecht, Frage 341, S. 147.
[168] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1820.

Schuldbriefforderung [169] geschützt. Im Unterschied zur Grundpfandverschreibung nimmt damit beim Schuldbrief nach Art. 848 ZGB nicht nur das Grundpfandrecht, sondern auch die Schuldbriefforderung am öffentlichen Glauben des Grundbuches teil.[170] Art. 862 ZGB schafft weitergehenden öffentlichen Glauben des Pfandtitels als Wertpapier[171].

Es besteht im schweizerischen Recht zwar kein „forderungsloser Schuldbrief", während die „forderungslose Hypothek" nach § 1138 BGB im deutschen Recht möglich ist. Es existiert jedoch die Gefahr im schweizerischen Recht, dass der Gläubiger in vollem Umfang der Schuldbriefforderung ins Gesamtvermögen des Sicherungsgebers vollstrecken kann, obwohl die Schuldbriefforderung nicht in der eingetragenen Höhe besteht. [172] Ob dieser Verkehrsschutz hinsichtlich der Schuldbriefforderung nötig ist, ist hoch fraglich.

Die Schuldbriefforderung darf nach Art. 846 Abs. 1 ZGB keine Bedingungen oder Gegenleistungen beinhalten. Es dürfen in Bezug auf den Bestand des Schuldbriefes und des Pfandrechts grundsätzlich keinerlei Unsicherheiten bestehen[173]. Demzufolge kann der Schuldbrief in der Regel nur eindeutig bestimmte und klare Forderungen sichern[174], das sog. „Spezialitätsprinzip"[175]. Das galt ebenso vor der Reform.[176] Der Gesetzgeber bevorzugt beim Schuldbrief immer eine transparente Rechtslage[177]. In der schweizerischen Bankenpraxis wird der Schuldbrief zwar auch zur Sicherung künftiger Forderungen verwendet. Nach Ansicht des schweizerischen Bundesgerichts sind aber auch nur solche Forderungen beim Schuldbrief zulässig, „mit denen die Parteien bei Abschluss des Pfandvertrages vernünftigerweise rechnen durften"[178].

2) Der Papier-Schuldbrief

Seit 01.01.2012 wird der Schuldbrief nach Art. 843 ZGB entweder als *Register-Schuldbrief* oder als *Papier-Schuldbrief* ausgestaltet[179]. Beim Papier-Schuldbrief wird nach Art. 860 Abs. 1 ZGB neben der Eintragung ins Grundbuch immer noch ein

[169] Siehe Studer, Repetitorium Sachenrecht, 2.7.5, S. 146. Auch Fasel, Repetitorium zum Schweizerischen Sachenrecht, Frage 339, S. 146. Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1820ff.
[170] Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 679. Auch Ernst, Sachenrecht in a nutshell, § 15 4 c) dd) aaa), S. 170.
[171] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1820b, 1845j.
[172] Siehe Ernst, Sachenrecht in a nutshell, § 15 4 c) dd) aaa), S. 170.
[173] Siehe Studer, Repetitorium Sachenrecht, 2.7.3, S. 144. Auch Informationen/Bürgi Nägeli auf der Webseite http://www.grundpfandrecht.ch/schuldbrief/sicherstellung-nur-besonderer-forderungen.
[174] Studer, Repetitorium Sachenrecht, 2.7.5, S. 146. Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 668.
[175] Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 621.
[176] Ahnsehl, Dominique Oliver, Die deutsche Grundschuld und der schweizerische Schuldbrief: eine rechtsvergleichende Studie, München 2011, II 1, S. 32.
[177] Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 668. Siehe auch Das schweizerische Zivilgesetzbuch, begründet von Tuor, Peter, 13. Auflage, bearbeitet und herausgegeben von Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/ Rumo-Jungo, Alexandra, Zürich 2009, § 113 Rn. 20.
[178] Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, BGE 108 II 47ff.
[179] Siehe Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 592, 673. Studer, Repetitorium Sachenrecht, 2.7.3, S. 145.

Schuldbrief als Pfandtitel ausgestellt[180]. Der Schuldbrief dient neben der Sicherung einer Forderung noch der „Mobilisierung des Bodenwerts“[181]. In diesem Sinne wird der Schuldbrief im schweizerischen Recht auch „Verkehrsgrundpfandrecht“ [182] genannt. Zur Aushändigung des Pfandtitels muss der Schuldner grundsätzlich ausdrücklich und schriftlich einwilligen, ebenso der Eigentümer, wenn Schuldner und Eigentümer nicht identisch sind[183].

Das wesentliche Merkmal des Papier-Schuldbriefes ist unabhängig von der Reform[184] zum 01.01.2012 die kombinierte Verkörperung [185] des Grundpfandrechts und der Schuldbriefforderung in einer Schuldbriefurkunde. Die Geltendmachung und die Übertragung der im Papier-Schuldbrief verbrieften Rechte sind aufgrund des Wertpapiercharakters des Briefs von der Besitzübertragung des Pfandtitels abhängig [186]. Auch die Übertragung [187], Verpfändung und Geltendmachung der Schuldbriefforderung setzt nach Art. 863 Abs. 1 und Art. 864 Abs. 1 ZGB den Besitz des Pfandtitels voraus. Der Gläubiger des Grundpfandrechts und der Inhaber der Schuldbriefforderung sind immer identisch. Immer hängen Grundpfandrecht und Schuldbriefforderung zusammen.

Ist die Schuldbriefforderung vollständig getilgt, so kann der Schuldner nach Art. 853 Nr. 2 ZGB verlangen, dass der Gläubiger ihm den Pfandtitel des Papier-Schuldbriefes *unentkräftet* herausgibt. [188] Darin liegt eine eingeschränkte Nichtakzessorietät des Papier-Schuldbriefes, da das Grundpfandrecht im Schuldbrief bei Erledigung des Sicherungszwecks fortbestehen kann.

Sowohl die Grundbucheintragung als auch der Pfandtitel des Papier-Schuldbriefes nehmen am öffentlichen Glauben teil [189]. Bei der Nichtübereinstimmung von Pfandtitel und Eintragung ist nach Art. 862 Abs. 2 ZGB das Grundbuch maßgebend[190].

Der Papier-Schuldbrief als Wertpapier darf nach Art. 855 ZGB im Grundbuch nicht ohne weiteres gelöscht werden, wenn der Pfandtitel noch nicht entkräftet oder durch

[180] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1492, 1823.
[181] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1802.
[182] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1492.
[183] Fasel, Repetitorium zum Schweizerischen Sachenrecht, Frage 343, S. 149.
[184] Der Papier-Schuldbrief war im ZGB von Anfang an geregelt. Siehe Ernst, Sachenrecht in a nutshell, § 15 4 a), S. 158. Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 673.
[185] Siehe Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1809. Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 669. Ernst, Sachenrecht in a nutshell, § 15 4 b) aa), S. 159.
[186] Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 674. Auch Informationen/Bürgi Nägeli in der Webseite http://www.grundpfandrecht.ch/schuldbrief/verkoerperung-des-papier-schuldbriefs-in-einem-wertpapier.
[187] Siehe Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1837ff.
[188] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1838b.
[189] Auch Informationen/Bürgi Nägeli.
[190] Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 680. Studer, Repetitorium Sachenrecht, 2.7.3, S. 145.

das Gericht für kraftlos erklärt ist[191]. Dieses Verfahren dient der Trennung des Pfandrechts vom Papier.[192]

3) Der Register-Schuldbrief

Im Gegensatz zum Papierschuldbrief hat der vom Gesetzgeber seit 01.01.2012 zugelassene Register-Schuldbrief [193] keine Wertpapierfunktion. Der Register-Schuldbrief ist ein reines Buchrecht[194] und papierlos, da er konstitutiv[195] mit der bloßen Eintragung ins Grundbuch entsteht und bei ihm auf die Ausstellung eines Wertpapiers - analog zur Grundpfandverschreibung - verzichtet wird[196]. Mittels des Register-Schuldbriefes erstrebt der Gesetzgeber wesentliche Erleichterungen für den Geschäftsverkehr insbesondere durch die Elektronisierung des Grundbuches, da alle Kosten für die Ausfertigung, Aufbewahrung und Übermittelung des Pfandtitels ebenso wie das Verlustrisiko entfallen.[197] Der Register-Schuldbrief ist in der Tat eine durch die Reform eingeführte Neuerung gegenüber dem bisherigen schweizerischen Recht.

Die Übertragung des Register-Schuldbriefes erfolgt nach Art. 858 Abs. 1 ZGB konstitutiv[198] „durch Eintragung des neuen Gläubigers ins Grundbuch aufgrund einer schriftlichen Erklärung des bisherigen Gläubigers“[199], also sozusagen als Umbuchung. Die bloße Tilgung führt damit nicht zum Untergang des Register-Schuldbriefes. Es bedarf hier der Löschung der Grundbucheintragung[200]. Nach Art. 859 erfolgt die Verpfändung des Register-Schuldbriefes „durch Eintragung des Fahrnispfandgläubigers ins Grundbuch aufgrund einer schriftlichen Erklärung des im Grundbuch eingetragenen Gläubigers“ und die Pfändung „durch Einschreibung der Verfügungsbeschränkung in das Grundbuch“. Die Umwandlung eines Papier-Schuldbriefes in einen Register-Schuldbrief ist grundsätzlich zulässig[201].

Vergleichbar dem Papier-Schuldbrief kann der Titel des Register-Schuldbriefes möglicherweise auch weiter verwendet werden. Ist die Schuldbrieforderung vollständig getilgt, so kann der Schuldner nach Art. 853 Nr. 1 ZGB verlangen, dass

---

[191] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1838ff.
[192] Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 684.
[193] Einfache historische Darstellung siehe Fasel, Repetitorium zum Schweizerischen Sachenrecht, Frage 334, S. 143. Ernst, Sachenrecht in a nutshell, § 15 4 a), S. 157.
[194] Ernst, Sachenrecht in a nutshell, § 15 4 a), S. 158.
[195] Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 682.
[196] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1816, 1839. Studer, Repetitorium Sachenrecht, 2.7.3, S. 145. Auch Informationen/Bürgi Nägeli in der Webseite http://www.grundpfandrecht.ch/schuldbrief/register-schuldbrief-als-papierloses-registerpfand.
[197] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1817.
[198] Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 683.
[199] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1841.
[200] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1842. Auch Informationen/Bürgi Nägeli.
[201] Siehe Studer, Repetitorium Sachenrecht, 2.7.3, S. 146. Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 683a. Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1839b. Auch Informationen/Bürgi Nägeli in der Webseite http://www.grundpfandrecht.ch/schuldbrief/umwandlung-papier-schuldbrief-in-register-schuldbrief.

der Gläubiger der Übertragung des Register-Schuldbriefes auf den Namen des Schuldners zustimmt.[202] Diese Möglichkeit zur Weiterverwendung bei Erledigung des Sicherungszwecks schafft eine eingeschränkte Nichtakzessorietät beim Register-Schuldbrief.

Normalerweise sind die Rechte, die nur aufgrund des Grundbuches bestehen können, eingeschränkt verkehrsfähig. Allerdings liegt in der Idee der neuen Einführung des Register-Schuldbriefes die große Möglichkeit, seine Zirkulationsfähigkeit durch Elektronisierung des Grundbuches zu erhöhen. Dies kann auch als „Renaissance des Buchrechts" bezeichnet werden.

4) Kurze Zusammenfassung

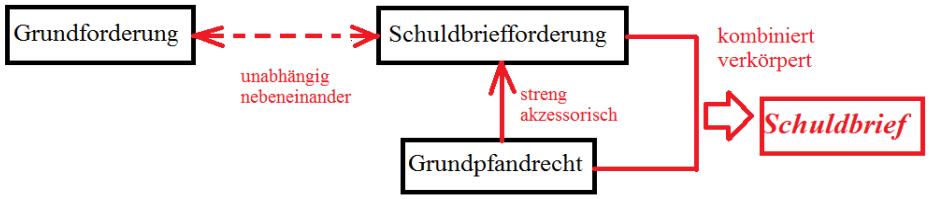
Der schweizerische Gesetzgeber schafft im Schuldbrief eine seltene Konstruktion, bei der eine gesetzlich fiktionale abstrakte Forderung durch ein akzessorisches Grundpfandrecht gesichert wird. Der Gesetzgeber hat jedoch mit Inkrafttreten der Immobiliarsachenrechts-Revision zum 01.01.2012 durch Art. 842 Abs. 2 ZGB den bislang geltenden Grundsatz der „Novationsvermutung" aufgegeben[203]. Dadurch wird mit der gesetzlichen Regelung eine „dispositive Parallelität"[204] von akzessorischer Grundforderung und abstrakter Schuldbriefforderung vermutet.

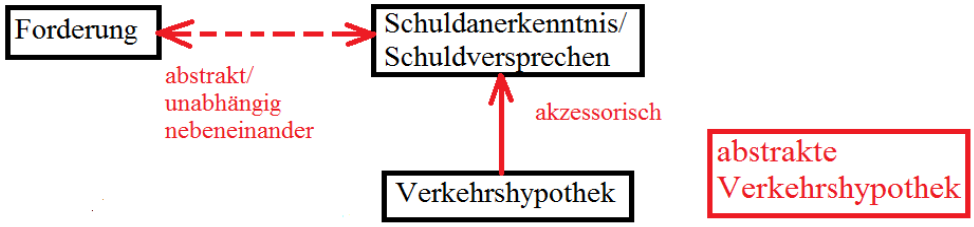
In der schweizerischen Literatur wird der Schuldbrief „aufgrund des gesetzlich vorgesehenen Vertrauensschutzes" als „nicht-akzessorisches Grundpfand" angesehen[205]. Meines Erachtens ist dies hinsichtlich der Schuldbriefforderung allerdings fraglich. Die Nichtakzessorietät der Sicherheit ist eine *konstruktive* Unabhängigkeit der Sicherheit von der gesicherten Forderung. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Schuldbriefforderung zur Erhaltung des Akzessorietätsdogmas des schweizerischen Grundpfandrechts als eine Art der gesetzlichen Fiktion zu betrachten ist. Der Schuldbrief ist hinsichtlich seiner Errichtung nicht akzessorisch zu der dem Darlehensverhältnis entstammenden Grundforderung selbst[206], hingegen ist er streng akzessorisch zu der hiervon zu unterscheidenden abstrakten Schuldbriefforderung[207]. Bemerkenswert ist allerdings, dass der schweizerische Gesetzgeber in Art. 853 ZGB für Schuldbriefe bei Erledigung des Sicherungszwecks die Möglichkeit zur Weiterverwendung überlässt, während hingegen strenge Akzessorietät bei Errichtung des Schuldbriefes durch die fiktionale Schuldbriefforderung verlangt wird. Der schweizerische Schuldbrief ist also hinsichtlich seiner Weiterverwendung eingeschränkt nichtakzessorisch.

---

[202] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1842b.
[203] Fasel, Repetitorium zum Schweizerischen Sachenrecht, Frage 337, S. 145.
[204] Siehe Fasel, Repetitorium zum Schweizerischen Sachenrecht, Frage 337, S. 145. Auch Informationen/Bürgi Nägeli in der Webseite http://www.grundpfandrecht.ch/schuldbrief/unabhaengigkeit-von-urspruenglicher-forderung.
[205] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1820c.
[206] Ernst, Sachenrecht in a nutshell, § 15 4 b) bb), S. 160.
[207] Vgl. Stadler, § 8 Teil 4 A, S. 601, 602. Ahnsehl, Die deutsche Grundschuld und der schweizerische Schuldbrief, II 1, S. 33 und III 1, S. 57. Vgl. auch Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1492.

Meiner Auffassung nach ist die Konstruktion des schweizerischen Schuldbriefes mit der deutschen „abstrakten Verkehrshypothek“ vergleichbar. Allerdings werden im deutschen Recht das Schuldanerkenntnis und die Verkehrshypothek (möglicherweise auch die gesicherte Forderung) separat abgetreten, während das dingliche Verwertungsrecht und die Schuldbriefforderung im schweizerischen Recht immer einem identischen Gläubiger zustehen. Im Vergleich zur abstrakten Verkehrshypothek ist die Novation beim Schuldbrief wirklich ein „unnötiger Mechanismus“. Ihre Abschaffung durch das neue Recht ist also sehr zu begrüßen.[208]





Es wird auch die Auffassung vertreten, dass der Schuldbrief vom praktischen Ergebnis her der deutschen Grundschuld nahestehe[209]. Das ist allerdings nach Erlass des Risikobegrenzungsgesetzes auch fraglich, da der gutgläubig einredefreie Erwerb seit dem Jahre 2008 bei der Sicherungsgrundschuld fast vollständig unmöglich ist.

2. Die Sicherungsübereignung in der Schweiz

Die schweizerische Sicherungsübereignung ist ein fiduziarisches Rechtsgeschäft[210] wie im deutschen Recht. Dank des Trennungsprinzips ist eine überschießende

[208] Ahnsehl, Die deutsche Grundschuld und der schweizerische Schuldbrief, III 1, S. 57.
[209] Mühl/Petereit, Rn. 808, S. 300.
[210] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 2013. Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 746.

dingliche Rechtsmacht konstruktiv möglich.[211] Es gibt allerdings keine Sicherungsübereignung im Sinne des deutschen Rechts aufgrund der Verabredung eines Besitzkonstituts[212] . Die Sicherungsübereignung deutscher Art ist im schweizerischen Recht nach Art. 717 ZGB gegenüber Dritten unwirksam,[213] da im ZGB das strenge Faustpfandprinzip[214] gilt. Die dinglich nicht wirkende Sicherungsübereignung ist von geringer Bedeutung.

In der Schweiz ist die Sicherungsübereignung von Schuldbriefen zulässig[215] und in der Praxis von immer größerer Bedeutung.[216] Dazu kann der Schuldner oder ein Dritter das Vollrecht am Schuldbrief wie das Eigentum zur Sicherung einer Forderung auf den Gläubiger übertragen[217], unabhängig davon, ob die gesicherten Forderungen bereits bestehen, nur zukünftig oder bloß möglich sind. Der Gläubiger ist aufgrund der Sicherungsabrede schuldrechtlich verpflichtet, dass er seine überschießende Rechtsmacht aufgrund der aus dem Schuldbrief fließenden Befugnisse nur nach dem vereinbarten Sicherungszweck verwendet und sie bei Wegfall der Forderung wieder an den Sicherungsgeber rücküberträgt.[218] Beispielsweise ist es dem Gläubiger grundsätzlich verboten, den Schuldbrief weiter zu übertragen, da die Schuldbrieforderung nach Art. 848 ZGB stets gutgläubig erworben werden kann.[219]

Bei einer Sicherungsübereignung von Schuldbriefen bedarf es beim Papier-Schuldbrief der Übertragung des Besitzes am Pfandtitel auf den Gläubiger und beim Register-Schuldbrief der Eintragung des neuen Gläubigers ins Grundbuch aufgrund einer schriftlichen Erklärung des bisherigen Gläubigers.[220] Ist die gesicherte Forderung fällig und der Gläubiger nicht befriedigt, so kann er die Verwertung des Grundstückes oder nur des Schuldbriefes als solchem verlangen[221].

Die Übertragung des Eigentums am Schuldbrief bedeutet in der Regel nicht die Novation der zugrunde liegenden Darlehensforderung. Die Sicherungsübereignung des Schuldbriefes schafft im Gegensatz zu dem „direkten“ Schuldbrief für den

---

[211] Fasel, Repetitorium zum Schweizerischen Sachenrecht, Frage 390, S. 172. Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 746.
[212] Siehe Studer, Repetitorium Sachenrecht, 3.3.6, S. 160.
[213] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 2020. Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 745.
[214] Siehe Studer, Repetitorium Sachenrecht, 3.3.1, S. 154.
[215] Siehe Studer, Repetitorium Sachenrecht, 2.7.3, S. 146. Ernst, Sachenrecht in a nutshell, § 15 4 d) gg), S. 183.
[216] Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Helbing Lichtenhahn Verlag, 3. Auflage, Basel 2007, herausgegeben von Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim Peter / Geiser, Thomas, bearbeitet von Staehelin, Daniel, Art. 855, Rn. 12.
[217] Siehe Webseite von den Notariaten im Kanton Zürich, http://www.notariate.zh.ch/gru_hyp_sch_sic.php. Auch Informationen/Bürgi Nägeli in der Webseite http://www.grundpfandrecht.ch/schuldbrief/schuldbrief-begebung.
[218] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1844, 1844g, 1844h.
[219] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1844k.
[220] Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1844e.
[221] Siehe Webseite von der Notariate im Kanton Zürich, http://www.notariate.zh.ch/gru_hyp_sch_sic.php.

Gläubiger unter anderem den Vorteil, dass das Grundstück als Sicherheit für mehrere Forderungen dienen kann[222].

Problematisch ist allerdings, dass die Bezeichnung „(Sicherungs-)Übereignung“ nicht gut zum Register-Schuldbrief passt. Aus diesem Grund wird im Sprachgebrauch auch die Bezeichnung „Sicherungseintragung“ [223] in der schweizerischen Literatur verwendet.

3. Fazit

Es ist offenkundig, dass der schweizerische Gesetzgeber sich grundsätzlich gegen die abstrakte Natur des Grundpfandrechts und für die Akzessorietät entschieden hat.[224] Allerdings lässt er eine gewisse Lockerung der Akzessorietät zu, wobei die Grundpfandverschreibung beliebige, zukünftige oder bloß mögliche Forderungen und der Schulbrief eine abstrakte Schuldbrieforderung sichern kann und bei Erledigung des Sicherungszwecks möglicherweise weiter verwendet wird. Ferner ist das Akzessorietätsprinzip beim Schuldbrief auch dadurch gelockert, dass nicht nur das Grundpfandrecht, sondern auch die Schuldbrieforderung gutgläubig erworben werden kann.[225]

Die Konstruktion des Schuldbriefes ist mit derjenigen der deutschen abstrakten Verkehrshypothek vergleichbar. Der Abstraktionsgrad des Schuldbriefes ist naheliegend geringer als derjenige der deutschen Grundschuld. Der schweizerische Schuldbrief ist im Unterschied zum deutschen Recht dadurch geprägt, dass sich die Rechtspraxis überwiegend an der gesetzlichen Regelung orientiert und der Rechtsdogmatik ein geringer Spielraum überlassen ist. Das ist offenkundig, wenn man bedenkt, dass die Haftungsverstärkung durch die Kombination mit dem abstrakten Schuldanerkenntnis im deutschen Recht beim schweizerischen Schuldbrief genau gesetzlich geregelt wird.

Trotzdem wird durch die Sicherungsübereignung von Schuldbriefen in der Tat ein ähnliches Ergebnis wie bei der deutschen Briefgrundschuld erzielt.[226] Dieses Ergebnis ergibt insbesondere die „Kumulation der Abstraktheit“ im deutschen Recht[227], wenn ein abstraktes Schuldanerkenntnis über den Betrag einer Grundschuld abgegeben wird.

Die „Drei-Stufen-Konstruktion“ i.S.d. deutschen Rechts gilt wegen des Trennungsprinzips auch im schweizerischen Recht [228] . Zur Entstehung des

[222] Auch die Webseite von den Notariaten im Kanton Zürich.
[223] Staehelin, Daniel, Sicherungsübereignung und Sicherungseintragung von Schuldbriefen, in Immobilienfinanzierung, herausgegeben von Emmenegger, Susan, Basel 2012, S. 139 ff. Siehe Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rn. 1843b.
[224] Ganz eindeutig Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 623.
[225] Siehe Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 623.
[226] Ahnsehl, Die deutsche Grundschuld und der schweizerische Schuldbrief, III 1, S. 57.
[227] Ausführlich in dieser Arbeit siehe § 8 IV.
[228] Siehe Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 598ff.

Grundpfandrechts ist das Zusammenspiel zwischen dem obligatorischen Pfandrechtsgeschäft und der dinglichen Verfügung erforderlich. Der Pfandvertrag, der dem Sicherungsvertrag im deutschen Recht ähnelt[229], bedarf beim Grundpfand nach Art. 799 Abs. 2 ZGB zwangsläufig der öffentlichen Beurkundung. Als Rechtsgrund für die dingliche Verfügung beinhaltet er im Wesentlichen eine gesetzliche Zweckbestimmung[230] entsprechend der Regelung im Sicherungsvertrag zu deutschen Hypotheken. Parteiautonome Gestaltung spielt anders als im deutschen Recht eine geringere Rolle. Der schweizerische Gesetzgeber hat den Parteien wenig Privatautonomie und Gestaltungsspielraum überlassen. Hingegen entwickelte sich das deutsche Grundschuldrecht auf der Basis der Auslegung des Sicherungszweckes im Sicherungsvertrag, weil die Grundschuld von Anfang an im deutschen BGB in sehr wenigen Normen geregelt war. Jede einzelne Norm des Hypothekenrechts muss hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit auf die Grundschuld im konkreten Fall nachgeprüft werden.

Beim schweizerischen Schuldbrief ist neben dem Grundpfandrecht auch die gesicherte Forderung verbrieft. Demzufolge kann jeder Gläubiger, der den Schuldbrief dank der höheren Verkehrsfähigkeit des Schuldbriefes schnell und einfach erwerben kann, sowohl in das belastete Grundstück als auch aufgrund der Forderung in das Gesamtvermögen des Schuldners vollstrecken. Damit bestünde in der Schweiz eine höhere Gefahr der Mehrfachbelastung. In der deutschen Kreditpraxis ist es allerdings sehr üblich, dass ein abstraktes Schuldanerkenntnis neben der Grundschuld oder der Hypothek samt einer sofortigen Zwangsvollstreckungsunterwerfung abgegeben wird. Insbesondere nach der Abschaffung der Novationsvermutung liegen die deutsche und die schweizerische Rechtsordnung einander nahe.

Überlegt man Details der Fallpraxis, wie z.B. die Vinkulierungsfunktion des Sicherungsvertrages, die Konkurrenz zwischen persönlicher und dinglicher Haftung [231] , die Möglichkeiten des gutgläubigen Erwerbs sowohl des Grundpfandrechts als auch der Forderung, usw., dann ergeben sich im deutschen und im schweizerischen Recht und bei einer nichtakzessorischen und einer akzessorischen Sicherheit ähnliche Ergebnisse. Die deutsche Rechtsordnung kennt grundsätzlich das Abstraktionsprinzip, nicht hingegen das schweizerische Recht[232]. Das bedeutet, wie oben dargelegt, dass unabhängig vom Abstraktionsprinzip eine Sicherheit nichtakzessorisch sein kann, also die Einführung der nichtakzessorischen Sicherheiten nicht vom Abstraktionsprinzip abhängt. Beim Trennungsprinzip hingegen ähneln sich die deutsche und die schweizerische Rechtsordnung. Das Abstraktionsprinzip garantiert nur die konsequente Durchführung und bessere Effizienz des Trennungsprinzips. Das Trennungsprinzip entfließt der Dogmatik und ihrer Logik.

[229] Fasel, Repetitorium zum Schweizerischen Sachenrecht, Frage 310, S. 132.
[230] Aber gegen Ernst, Sachenrecht in a nutshell, § 15 4 b) cc), S. 161.
[231] Im schweizerischen Recht siehe Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 624ff.
[232] Ganz eindeutig Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Rn. 27ff, 605.

Hingegen ist das Abstraktionsprinzip nur das Ergebnis rechtspolitischer Entscheidung. In diesem Sinne ist das Trennungsprinzip als die einzige zwingende Voraussetzung der Gestaltung nichtakzessorischer Sicherheiten zu betrachten.

§ 4. Abstraktheit im Sinne der Nichtakzessorietät

I. Die Bedeutung der Abstraktheit im Sinne der Nichtakzessorietät

1. Wirtschaftliches Ziel und rechtliches Verhältnis

Die Kreditsicherheit dient der Sicherung eines Zahlungsanspruchs des Sicherungsnehmers. Sie sichert die Interessen des Sicherungsnehmers für den Fall, dass der Sicherungsgeber nicht freiwillig zahlt bzw. außerstande ist, seinen Kredit zurückzuzahlen. In diesem Fall wird dem Sicherungsnehmer ein privilegierter Zugriff gegenüber anderen Gläubigern des Sicherungsgebers eingeräumt, um das Sicherungsgut zu verwerten und seine Ansprüche aus dem Verwertungserlös zu befriedigen.

Nach der rechtlichen Konstruktion sind Forderung und Sicherheit zwei verschiedene subjektive Rechte. Beide werden jedoch gemeinsam verwendet, um ein gemeinsames *wirtschaftliches* Ziel zu verwirklichen. *Wirtschaftlich* interessiert sich der Sicherungsnehmer stets dafür, wie viel Geld er im Sicherungsfalle tatsächlich aus einer Sicherheit erlösen kann, das macht die wirtschaftliche Attraktivität der Sicherheit aus. *Rechtlich* folgt die Attraktivität einer Sicherheit vor allem[233] aus der Gestaltung des Verhältnisses zwischen der gesicherten Forderung und der Sicherheit, insbesondere ihrer rechtlichen Flexibilität. Sie ist der innere Grund für die Existenz nichtakzessorischer Sicherheiten. Deshalb werden die Kreditsicherheiten von akzessorischen und nichtakzessorischen Rechten unterschieden.

2. Akzessorietät

Akzessorietät bezeichnet die unmittelbare Abhängigkeit eines Rechts von einem anderen, im Kreditsicherungsrecht die Abhängigkeit eines Sicherungsrechts von der gesicherten Forderung. Bei Akzessorietät setzt der Bestand einer Sicherheit unbedingt die Existenz einer wirksamen Forderung voraus.

Akzessorietät einer Sicherheit bedeutet also eine einseitige Verbindung zwischen zweckidentischen Rechten. Das eine Recht bestimmt nämlich das Schicksal des anderen, nicht aber umgekehrt. Die Akzessorietät bewirkt eine rechtstechnische Vereinfachung, indem die den wirtschaftlichen Zweck des *Primärverhältnisses* (z.B. Kreditverhältnis) berücksichtigende Regelung nur für dieses Primärverhältnis

[233] Ferner bezieht sich das z.B. hauptsächlich auch auf die Einwendungen und Einreden gegen die Sicherheit.

getroffen zu werden braucht. Sie wird dann durch das rechtliche Gestaltungsmittel Akzessorietät auf das *Sekundärverhältnis* (z.B. dem Sicherungsverhältnis) ohne weiteres übertragen[234].

Die Akzessorietät unterliegt als gesetzgeberisches Werkzeug zur Regelung des Verhältnisses von Sicherungsrecht und gesicherter Forderung der gesetzgeberischen Disposition.[235] Der Gesetzgeber kann sie nämlich als Gestaltungsmittel einsetzen oder auf sie verzichten. Es gibt also kein „Dogma“ [236] der Akzessorietät von Sicherheiten[237]. Die Akzessorietät von Sicherheiten erweist sich vielmehr als ein „offenes Strukturprinzip“[238].

Wie oben bereits dargelegt ist[239], sind Abstraktion als sachenrechtlicher Grundsatz und Akzessorietät kein gegensätzliches Begriffspaar. Die „Drei-Stufen-Konstruktion“ bestimmt das Verhältnis zwischen Akzessorietät und Abstraktion vielmehr in anderer Weise. Einerseits harmonisiert die Akzessorietät insoweit mit der äußeren Abstraktion, als einem dinglichen Sicherungsrecht ein Sicherungsvertrag als Verpflichtungsgeschäft zu Grunde liegt, während die gesicherte Forderung aus dem Darlehensvertrag folgt. Andererseits harmonisieren auch innere Abstraktion und Akzessorietät eines Sicherungsrechts, weil die gesicherte Forderung gerade keine *causa* des dinglichen Sicherungsrechts ist. In der Akzessorietät einer Sicherheit liegt also keine Durchbrechung des Abstraktionsprinzips, und es besteht auch kein Spannungsverhältnis zum Abstraktionsprinzip[240].

Bestimmte Wirkungen der Akzessorietät lassen sich auch bei abstrakten Sicherheiten vertraglich erzeugen [241] . Beispielsweise kann die Grundschuld als Sicherungsgrundschuld durch Vertrag in den Dienst der Sicherung einer Forderung gestellt werden. Man spricht dann untechnisch von vertraglicher Akzessorietät.

3. Nichtakzessorietät

Nichtakzessorietät bezeichnet die unmittelbare rechtliche Unabhängigkeit der Sicherheit von der gesicherten Forderung. In diesem Sinne wird für die Nichtakzessorietät synonym auch der Begriff der **Abstraktheit** [242] **(im engeren Sinne)** von Sicherheiten gebraucht.

---

[234] Medicus, JuS 1971, 497, 498.
[235] Dollinger, Boris, Die Forderungsabhängigkeit der Sicherungsgrundschuld, Berlin 2014, S. 35.
[236] Über die Bedeutung des Dogmas für die moderne Rechtswissenschaft umfassend siehe Stürner JZ 2012, 10ff.
[237] Habersack, JZ 1997, 864. Schürnbrand, AcP Band 204 (2004), 186. Lettl, WM 2000, 1316.
[238] Dollinger, S. 35, 230. Schürnbrand, AcP Band 204 (2004), 186. Lettl, WM 2000, 1316. Habersack, JZ 1997, 864.
[239] Siehe diese Arbeit § 1 III.
[240] Dollinger, S. 230.
[241] Dollinger, S. 230.
[242] Wie oben dargelegt, sollte man zur Vermeidung von Verwechslung die Bezeichnung „abstrakte Sicherheit“ als Begriff eigentlich möglichst vermeiden. Siehe in dieser Arbeit § 1 III 2.

Mit diesem Begriff der Abstraktheit wird die Sicherheit zunächst von ihrem Zweck abstrahiert. Dieser Begriff der Abstraktheit drückt nur eine konstruktive Losgelöstheit der Sicherheit von ihrem Zweck aus, nicht aber, dass die abstrakte Sicherheit gar keine *causa* brauche. Bei nichtakzessorischen Sicherheiten findet sich ihre *causa* im Sinne einer Zwecksetzung neben der die Sicherheitsbestellung als solche rechtfertigenden *causa* als *Sekundärcausa* im Sicherungsvertrag. Die Herauslösung dieser *causa* aus der Sicherheit führt zur konstruktiven dogmatischen Isolation der Forderung von der Sicherheit auf der dinglichen Ebene und damit zur Stabilität der Sicherheit.

Sowohl die Akzessorietät als auch die Nichtakzessorietät haben also dogmatisch zum Abstraktionsprinzip keinen engeren Bezug, weil sie beide nur die Beziehung zweier Rechte betreffen.[243] Dies wird ganz klar, wenn man sich vergegenwärtigt, dass sowohl die akzessorische Hypothek als auch die nichtakzessorische Grundschuld im deutschen Recht unter der uneingeschränkten Geltung des Abstraktionsprinzips geschaffen worden sind. Hingegen ist das Trennungsprinzip eine zwangsläufige unmittelbare Voraussetzung der Gestaltung nichtakzessorischer Konstruktionen.

II. Formen der Abstraktheit im Sinne der Nichtakzessorietät

Während das Abstraktionsprinzip als eine Aufhebung der Abhängigkeit des Verfügungsgeschäfts vom Verpflichtungsgeschäft und damit eine Loslösung der dinglichen Zuwendung von ihrem unmittelbaren Zweck beschrieben werden kann, muss die Nichtakzessorietät bzw. die Abstraktheit von Sicherheiten als Verzicht auf die konstruktive Abhängigkeit eines dinglichen Sicherungsrechts von einer *causa* im Sinne eines vereinbarten wirtschaftlichen Sicherungszwecks verstanden werden[244]. Die Abstraktheit der Sicherheiten entfaltet sich rechtsdogmatisch auf verschiedenen Ebenen:

1. Entstehungsabstraktheit

Bei der **Entstehungsabstraktheit** wird davon ausgegangen, dass die Entstehung des „geführten“ Rechts das „führende“ Recht überhaupt nicht voraussetzt. Selbst wenn das „führende“ Recht nicht bzw. nicht mehr entsteht, bleibt das „geführte“ Recht *dinglich* wirksam existent. Ob das „geführte“ Recht *schuldrechtlich* rückabgewickelt werden muss, ist eine andere rechtliche Frage, die zunächst davon abhängt, ob und inwieweit die Parteien im Sicherungsvertrag Entsprechendes vereinbart haben.

Die Entstehungsabstraktheit bietet die grundsätzliche Möglichkeit, dass eine nichtakzessorische Sicherheit möglicherweise ohne wirksame Forderung weiterveräußert werden kann, sodass sie die Verkehrsfähigkeit der

[243] Ganz klar Baur/Stürner, § 36 Rn. 76a.
[244] Siehe Stadler, § 8 Teil 4 B, S. 604, 605.

nichtakzessorischen Sicherheit verstärkt, falls der Gesetzgeber dies nicht – wie im § 1192 Abs. 1a BGB – ausdrücklich untersagt.

2. Umfangsabstraktheit

Umfangsabstraktheit bedeutet, dass das „führende" Recht den Umfang des „geführten" Rechts nicht bestimmt. So kann z.B. eine Sicherheit den ganzen oder nur teilweisen Umfang der gesicherten Forderung decken oder den Umfang der Forderung überschreiten. Die Möglichkeit der *Übersicherung* [245] entsteht nur bei nichtakzessorischen Sicherheiten. Die Abstraktheit hinsichtlich des Umfangs erlaubt die Sicherheit für beliebig viele Forderungen unabhängig davon, ob die Forderungen schon anfänglich vorhanden sind oder ihre Entstehung lediglich zu erwarten ist. Der Sicherungsumfang kann ferner jederzeit beliebig ausgedehnt werden. Die Abstraktheit des Deckungsumfangs ist Quelle der Flexibilität nichtakzessorischer Sicherheiten.

Die Umfangsabstraktheit ist nicht gleichbedeutend mit einer ungerechtfertigten Durchsetzbarkeit der Sicherheit. Es muss zwischen dem rechtlichen „Können" auf der dinglichen Ebene und dem rechtlichen „Dürfen" auf der schuldrechtlichen Ebene getrennt werden. Der Sicherungsnehmer darf seine Sicherheit nur in dem Umfang durchsetzen, in dem er die Forderung valutiert hat, obwohl eine nichtakzessorische Sicherheit ohne wirksame Forderung dinglich wirksam ist. Gegen die Verwirklichung der ganz oder teilweise nichtvalutierten Sicherheit kann der Sicherungsgeber seinen Rückgewähranspruch einredeweise geltend machen.

3. Zuständigkeitsabstraktheit

Die **Zuständigkeitsabstraktheit** bedeutet, dass die Inhaber des „führenden" und des „geführten" Rechts nicht unbedingt identisch sein müssen. Diese Fälle werden auch als sog. *Divergenzfälle* bezeichnet. Die Forderung und die Sicherheit gehören also verschiedenen Personen. Der Grund für diese Fallgestaltung liegt häufig in der Möglichkeit der getrennten Übertragung von Forderung und nichtakzessorischer Sicherheit. Deshalb wird die Zuständigkeitsabstraktheit auch als **Übertragungsabstraktheit** bezeichnet. Bei nichtakzessorischen Sicherheiten schaffen Divergenzfälle komplizierteste Sachlagen, die in der Kreditpraxis möglichst vermieden werden sollen. Sie sind eine negative Nebenwirkung genommener Flexibilität. Eine andere Frage der Divergenz ist gegeben, wenn Dritte abstrakte Sicherheiten als Treuhänder für einen bzw. mehrere Forderungsinhaber halten, wie dies vor allem bei Konsozialfinanzierungen der Fall ist. Solche Divergenz schafft die Zuständigkeitsabstraktheit als eine Form sehr sinnvoller Flexibilität.

4. Durchsetzungsabstraktheit

Bei der **Durchsetzungsabstraktheit** wird zwar davon ausgegangen, dass nichtakzessorische Sicherheiten prinzipiell *dinglich* auch durchsetzbar sind, selbst wenn eine gesicherte Forderung nicht oder nicht mehr vorhanden ist. Diese Form der

[245] Siehe in dieser Arbeit § 8 III 3.

Abstraktheit bleibt aber überwiegend rein dogmatischer Natur, weil den dinglich wirksam durchsetzbaren nichtakzessorischen Sicherheiten grundsätzlich die Sicherungseinrede bzw. der Rückgewähranspruch entgegengehalten werden kann, wenn die gesicherte Forderung wegfällt. Es besteht also faktisch keine Durchsetzungsabstraktheit wegen der Auswirkungen des Sicherungsvertrags.

5. Erlöschensabstraktheit

Die **Erlöschensabstraktheit** besagt, dass nichtakzessorische Sicherheiten nicht automatisch erlöschen, wenn die gesicherte Forderung schon erloschen ist. Wegen der Verknüpfung von Forderung und Sicherheit mit Hilfe der Sicherungsabrede mangelt es hier nur an der Automatik des Gleichlaufs der nichtakzessorischen Sicherheit mit der gesicherten Forderung. Prinzipiell ist der Sicherungsnehmer dem Sicherungsgeber schuldrechtlich verpflichtet, die forderungslose nichtakzessorische Sicherheit zurück zu gewähren.

§ 5. Vorteile der Nichtakzessorietät

I. Kostensparende Flexibilität

Der Aspekt von bestehender oder nicht bestehender Akzessorietät betrifft das Rechtsverhältnis zwischen der Sicherheit und der zu sichernden Forderung und somit von zwei subjektiven Rechten. Im Fall der nichtakzessorischen Ausgestaltung dieses Rechtsverhältnisses stehen die beiden Rechte unabhängig nebeneinander. Demgegenüber betrifft das Abstraktionsprinzip, welches das Trennungsprinzip voraussetzt, die Ausgestaltung der Rechtsbeziehung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft als unabhängiges Rechtsverhältnis. Beide Rechtsinstrumente bewirken in ihrem Zusammenwirken ein hohes Maß an Flexibilität.

Der deutsche Gesetzgeber hat mit der Geltung des Trennungsprinzips die Grundvoraussetzung für nichtakzessorische dingliche Rechte geschaffen. Dabei hat er die dinglichen Rechte als absolute Rechte ausgestaltet, deren *causa* im bereicherungsrechtlichen Sinne im schuldrechtlichen Grundgeschäft liegt. Grundsätzlich geht der Gesetzgeber aufgrund des Trennungsprinzips von der Zweckneutralität eines dinglichen Rechts aus. Dies bewirkt, dass das dingliche Recht vom Grundsatz her *natürlich abstrakt*[246] ist, d.h. von der zu sichernden Forderung unabhängig ist, soweit der Gesetzgeber keine andere Regelung trifft. Die Nichtakzessorietät hat zur Folge, dass die Wirksamkeit der dinglichen Sicherheit vom Forderungsbestand dogmatisch nicht berührt wird und damit die Wirksamkeit der zu sichernden Forderung nicht voraussetzt.

[246] Siehe § 2 I 2 dieser Arbeit.

Aufgrund des Trennungsprinzips kann eine dingliche Sicherheit ihre *causa* nicht in sich selbst tragen, sondern sie ist im zugrunde liegenden Grundgeschäft, also im Sicherungsvertrag, zu suchen. Die *causa* einer dinglichen Sicherheit ist somit der im Sicherungsvertrag vereinbarte Sicherungszweck.[247] Das Trennungsprinzip ermöglicht damit die sog. fiduziarische Konstruktion, wobei die Parteien die dingliche Sicherheit im schuldrechtlichen Sicherungsvertrag parteiwillkürlich vinkulieren können. Demzufolge können dingliche nichtakzessorische Sicherheiten sehr flexibel beliebige Forderungen in beliebigem Umfang sichern. Darüber hinaus ist insbesondere die „unkomplizierte Forderungsauswechselung, Kreditaufstockung, Umschuldung und Neuvalutierung ohne Rangverluste“ jederzeit durchführbar [248] . Es ist auch offenkundig, dass in diesem Mechanismus nur das Abstraktionsprinzip die vollständige Durchsetzung nichtakzessorischer Sicherheiten in konsequenter Weise gewährleisten kann.

Dabei gewährleistet der Sicherungsvertrag, dass der Sicherungsgeber trotz der überschießenden dinglichen Rechtsmacht aus der Nichtakzessorietät nicht einem erhöhten Haftungsrisiko ausgesetzt ist. Das gilt generell ebenso für andere subjektive Rechte als Sicherungsgegenstände, wenn sie als Kreditsicherungsmittel übertragen werden. Als Sicherungsgegenstände kommen z.B. das Eigentum, die Forderung und die Grundschuld[249] in Betracht.

Der Vorteil der Nichtakzessorietät im Sinne der kostensparenden Flexibilität erklärt vor allem die herausragende Rolle der Grundschuld bei den dinglichen Kreditsicherheiten und ihre offenkundigen Vorteile gegenüber der Hypothek. Die Grundschuld als nichtakzessorische Immobiliarsicherheit kann beliebig viele und austauschbare Forderungen des Gläubigers sichern. Ein Forderungswechsel kann jederzeit durch eine schriftliche bzw. sogar durch eine mündliche Änderung der Sicherungsabrede ohne Änderung der Grundbucheintragung durchgeführt werden[250]. Demgegenüber lassen sich Änderungen in Bezug auf den Forderungsbestand bei der akzessorischen Verkehrshypothek nur schwer durchführen. Die Hypothek wird zwar in der deutschen Rechtsordnung wie die Grundschuld unter Geltung des Trennungs- und Abstraktionsprinzips gesetzgeberisch gestaltet. Mangels der Abstraktheit ist aber bei der Verkehrshypothek hinsichtlich des Forderungswechsels nach § 1180 Abs. 1 BGB immer eine Eintragung ins Grundbuch erforderlich, die in der Praxis für beide Parteien einen hohen Kosten- und Zeitaufwand mit sich bringt.

Im deutschen Recht erwirbt der Sicherungsnehmer bei der Sicherungsübereignung Volleigentum, welches er als absolutes Recht gegenüber jedermann geltend machen kann. Eine Einschränkung der Verfügungsbefugnis besteht nur im Verhältnis zum Sicherungsgeber in Bezug auf den im Sicherungsvertrag vereinbarten

[247] Siehe § 1 II dieser Arbeit.
[248] Stadler, § 8 Teil 4 B, S. 607 und Viertes Kapitel, B II, S. 732. Auch Baur/Stürner, § 36 Rn. 79a.
[249] Über das Verhältnis zwischen Grundschuld und Sicherungsgrundschuld aus meiner Sicht siehe § 8 I 2 dieser Arbeit.
[250] Baur/Stürner, § 36 Rn. 79a.

Sicherungszweck. Das Eigentum bleibt beim Sicherungsnehmer aufgrund seiner Absolutheit sowie des geltenden Trennungs- und Abstraktionsprinzips auf der dinglichen Ebene stets unberührt, und zwar unabhängig vom Forderungsbestand, welcher entsprechend den Vorgaben des Sicherungsvertrages beliebig austauschbar oder änderbar ist. Nur wenn der Sicherungsnehmer sein Eigentum vertragswidrig bzw. entgegen dem Sicherungszweck ausübt oder der Sicherungszweck z.B. wegen Tilgung entfällt, hat der Sicherungsgeber einen Anspruch auf Rückabwicklung der Sicherheit, Schadensersatz oder Unterlassung. Bis zur Geltendmachung solcher Ansprüche kann der Sicherungsnehmer über das auf ihn übertragene Volleigentum frei verfügen, auch wenn sein vertragswidriges Verhalten Schadensersatzansprüche begründet.

Das deutsche System mit seinem Trennungs- und Abstraktionsprinzip verwirklicht aus dogmatischer Sicht die grundlegende Entscheidung des Gesetzgebers für die grundsätzliche Ausgestaltung dinglicher Rechte als unabhängige Rechte mit absoluter dinglicher Wirkung gegenüber jedermann. Diese Ausgestaltung zeigt sich besonders bei Verwendung nichtakzessorischer dinglicher Rechte als Kreditsicherungsmittel. Damit hat der deutsche Gesetzgeber sich vom Grundsatz her für die Nichtakzessorietät dinglicher Rechte entschieden, soweit er hiervon keine abweichende Regelung trifft. Das Gesetz kann um der Rechtssicherheit willen die Nichtakzessorietät wie bei der Grundschuld ausdrücklich regeln. Es besteht allerdings die Möglichkeit, die Nichtakzessorietät bei fehlender Akzessorietät durch vertragliche Vereinbarungen parteiwillkürlich zu kontrollieren, z.B. indem ein ursprünglich selbständiges dingliches Recht durch einen Sicherungsvertrag mit einer zu sichernden Forderung verknüpft wird, was wiederum eine vertragliche Akzessorietät darstellt. Hingegen besteht bei unterstellter akzessorischer Regelung im Gesetz gar keine Flexibilität, zwischen Akzessorietät und Abstraktheit auszuwählen. Ferner ist die Ausgestaltung nichtakzessorischer Sicherheiten unter Geltung des Einheitsprinzips mangels der Selbständigkeit dinglicher Rechte nicht überzeugend durchführbar.

II. Dispositionsfreiheit

Aus der Dispositionsfreiheit aufgrund der Nichtakzessorietät ergibt sich zunächst, dass Parteien durch einen Sicherungsvertrag die dingliche Sicherheit willkürlich entweder akzessorisch oder nicht akzessorisch, also abhängig oder unabhängig, von der gesicherten Forderung verknüpfen dürfen. Diese Wahlfreiheit ist bei lediglich akzessorischen Sicherheiten undenkbar. Diese Art der Dispositionsfreiheit drückt auch eine Flexibilität im weiteren Sinne aus.

Die Dispositionsfreiheit bei Grundschulden geht insofern weiter, als der Sicherungsgeber zur Rangbewahrung zunächst eine Eigentümergrundschuld für sich selbst bestellen darf. Später kann er seine Eigentümergrundschuld direkt an seinen Gläubiger abtreten, um seine Forderung zu sichern. Dann wandelt sich die

Eigentümergrundschuld in eine Fremdgrundschuld oder -hypothek. Dies ist in einer Rechtsordnung, die lediglich akzessorische Grundpfandrechte kennt, vollkommen unmöglich. Dieser Vorteil der deutschen Rechtsordnung erweist sich insbesondere bei Zwischenfinanzierung[251] als sinnvoll.

III. Attraktivität

Attraktivität ist hauptsächlich ein wirtschaftlicher Begriff. Im Unterschied zur Verbriefung[252] ist die Abstraktheit der Sicherheiten ein relevantes Mittel zur Stärkung ihrer Attraktivität. Für die Attraktivität ist es wichtig, ob der Gläubiger tatsächlich durch seine Sicherheit befriedigt werden kann. Eine entscheidende Rolle spielt dabei die *Durchsetzbarkeit*, bei welcher es auf die Wirksamkeit einerseits und den Bestand von Einwendungen und Einreden[253] gegen die Sicherheit andererseits ankommt.

Die sog. Attraktivität nichtakzessorischer Sicherheiten wird häufig mit ihrer kostensparenden Flexibilität und ihrer Verkehrsfähigkeit begründet. Der Sicherungsnehmer kann über das Sicherungsgut zur weiteren Refinanzierung bzw. zur Umschuldung verfügen. Er kann z.B. das Sicherungsrecht an seinen eigenen Gläubiger weiterveräußern, um eigene Verbindlichkeiten zu sichern. Dies bedeutet für den ursprünglichen Sicherungsgeber nur einen Wechsel seines Gläubigers und muss ihn prinzipiell auch nicht benachteiligen. Dies verstößt in der Regel auch nicht gegen die Vereinbarung im Sicherungsvertrag, wonach der Sicherungsnehmer über das Sicherungsgut „nur zum Sicherungszweck“ verfügen darf, es sei denn, die weitere Veräußerung des Sicherungsgutes wurde bereits im Sicherungsvertrag ausdrücklich ausgeschlossen. Die Flexibilität im weiteren Sinne beinhaltet zugunsten des Gläubigers mehrere Möglichkeiten, über seine Sicherheiten zu verfügen und sie zu verwerten, was zur Folge hat, dass er als Kreditgeber-Sicherungsnehmer Kredite in unterschiedlicher Form gewähren kann.

Die Vorteile zugunsten des Gläubigers führen in der Praxis möglicherweise zu Gefahren für den Eigentümer-Sicherungsgeber. Allerdings lassen sich potenzielle dogmatische Vorteile in der Praxis nicht unbedingt tatsächlich umsetzen. Die Durchsetzbarkeit einer Sicherheit richtet sich in der Praxis nach den konkreten Vereinbarungen im Sicherungsvertrag. Die Parteien haben die Gestaltungsfreiheit, alle Vor- und Nachteile der Sicherheit für beide Seiten vertraglich zu kontrollieren. Die Parteien können z.B. für konkrete Situationen im Sicherungsvertrag Einreden vereinbaren, die zusammen mit gesetzlichen Einwendungen dazu dienen, die potenziellen Vor- und Nachteile unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien zu gestalten und zu „managen“. Die Attraktivität nichtakzessorischer Sicherheiten

[251] Siehe Baur/Stürner, § 46 Rn. 22ff.
[252] Ausführlich über die Verbriefung siehe in dieser Arbeit § 8 I 6.
[253] Ausführlich über das Einwendungssystem siehe in dieser Arbeit § 9 III ff.

führt somit bei sinnvoller vertraglicher Gestaltung nicht zur Benachteiligung des Sicherungsgebers.

Wenn man insbesondere die Situation bei Hypotheken und Grundschulden vergleicht, nähern sich in der Praxis die Ergebnisse bei akzessorischen und nichtakzessorischen Sicherheiten an. In gravierender Weise wirkt sich die konstruktive Unterscheidung von Akzessorietät und Nichtakzessorietät nicht auf die praktischen Rechtsfolgen aus. Es ist davon auszugehen, dass den Einwendungen und Einreden im Hinblick auf die Durchsetzbarkeit von Sicherheiten in der Praxis eine Schlüsselrolle zukommt, während die konstruktive Nichtakzessorietät lediglich einen potenziell größeren Spielraum für Parteien und insbesondere den Gläubiger im Sinne kostensparender Flexibilität eröffnet. Die Nichtakzessorietät betrifft so besehen nur den Mechanismus der Einreden, wobei die Einreden bei nichtakzessorischen Sicherheiten nicht mehr „gesetzlich-automatisch", sondern *parteieninitiativ* zum Tragen kommen. Die Abstraktheit wendet sich vor allem gegen die gesetzliche Automatik des Schuldner- bzw. Eigentümerschutzes.

Ferner beruhte die Attraktivität der abstrakten Sicherheit teilweise auf ihrer gesteigerten Verkehrsfähigkeit in Gestalt des gutgläubigen (einredefreien) Erwerbs. Der deutsche Gesetzgeber hat jedoch bei Sicherungsgrundschulden seit dem Jahr 2008 gutgläubigen einredefreien Erwerb fast vollständig ausgeschlossen[254].

§ 6. Die positive Rolle des Trennungs- und Abstraktionsprinzips bei nichtakzessorischen Sicherheiten

I. Verkehrsschutz[255]

Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip gewährleistet die Stabilität der dinglichen Zuordnung, sodass dauerhaft Rechtsklarheit und -sicherheit im Sinne einer Trennung von schuldrechtlicher Beziehung und dinglichem Recht geschaffen ist. In der deutschen Rechtsordnung „dienen das Abstraktionsprinzip, die sachenrechtliche Publizität und der gutgläubige Erwerb gemeinsam in hohem Maße dem Verkehrsschutz"[256], wobei das Abstraktionsprinzip auch als grundsätzliche Ergänzung des gutgläubigen Erwerbs dient[257].

Die regelmäßig zeitliche Verschiebung zwischen dem Abschluss des Kaufvertrages und der Eintragung ins Grundbuch lässt das Immobiliarsachenrecht „natürlich abstrakt"[258] erscheinen, soweit der Eigentumsübergang von unbeweglichen Sachen

[254] Ausführlich in dieser Arbeit § 8 I ff., § 9 III 3 und VI 2 ff.
[255] Im Ganzen und ausführlicher siehe Stadler, Viertes Kapitel, B I.
[256] Stadler, § 5 Teil 1 E, S. 131.
[257] Siehe Baur/Stürner, § 5 Rn. 43.
[258] Siehe § 2 IV 3 dieser Arbeit.

die Eintragung ins Grundbuch in einer Rechtsordnung immer voraussetzt. Als Minimum gilt eine abgeschwächte Form des Trennungsprinzips, soweit der Eigentumsübergang nicht lediglich durch einen Kaufvertrag erfolgen kann. Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip gewährleistet die Richtigkeit des Grundbuchs in einem umfassenden Umfang, weil alle Mängel des Grundgeschäfts grundsätzlich die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts nicht berühren können. Diese „große Richtigkeitsgewähr des Grundbuchs" erlaubt auch einen weitergehenden gutgläubigen Erwerb unbeweglicher Sachen aufgrund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, weil im deutschen Recht grundsätzlich nur positive Kenntnis Gutgläubigkeit ausschließen kann. Diese Verstärkung des gutgläubigen Erwerbs rechtfertigt umgekehrt das Abstraktionsprinzips.[259]

Auch in Rechtsordnungen, die kein Abstraktionsprinzip kennen, wird das Verpflichtungsgeschäft trotz seiner Mängel oft möglichst aufrechterhalten, um die dingliche Zuordnung zu schützen.[260] Eine Rechtsordnung, die das Kausalprinzip verwirklicht, kann den öffentlichen Glauben des Grundbuchs aber grundsätzlich nicht in konsequenter Weise voll umsetzen, weil die Wirksamkeit eines eingetragenen Immobiliarsachenrechts immer von den Mängeln des Grundgeschäfts erfasst ist. Demzufolge wäre die Gutglaubenswirkung des Grundbuchs in solchen Rechtsordnungen nicht durch das materielle Recht ausreichend stabilisiert, redlicher Erwerb und Gutgläubigkeit ließen sich nicht in großem Umfang auf den Grundbuchstand stützen. Damit wäre die Verkehrsfähigkeit von Rechten an Immobilien stark reduziert.

Im Mobiliarsachenrecht braucht sich der Sicherungsnehmer bei der Sicherungsübereignung aufgrund des Abstraktionsprinzips um die Rechtsbeziehung zwischen dem Sicherungsgeber und dem Veräußerer des späteren Sicherungseigentümers grundsätzlich nicht zu kümmern. Somit ist das zu Sicherungszwecken übereignete Eigentum wegen der Unterbrechungswirkung des Abstraktionsprinzips sehr stabil und besonders verkehrsfähig[261].

Bedeutsam ist die Verkehrsschutzfunktion des Abstraktionsprinzips ferner für die heute insbesondere in Bankgeschäften sehr häufigen Forderungsabtretungen.[262] Der Zessionar muss sich bereits beim ersten Abtretungsvorgang um das Grundgeschäft (der Abtretungsvertrag) nicht kümmern und kann seine Forderung weiter abtreten. Das Abstraktionsprinzip ist für solche Kettenabtretungen von großer Bedeutung. Eine Forderung als Sicherheit ist oft nur bei einer ausreichenden Sicherheit für die Forderung sinnvoll. Beides wird häufig gemeinsam in einem sog. „Finanzprodukt" angeboten. Hier gewährleistet das Abstraktionsprinzip die Verkehrsfähigkeit und die Stabilität sowohl der Forderung als auch der zugehörigen Sicherheit, weil die dingliche Sicherheit nicht im forderungsbegründenden Darlehensvertrag, sondern im

[259] Siehe Stadler, Viertes Kapitel, B I, S. 729.
[260] Siehe Baur/Stürner, § 5 Rn. 43.
[261] Auch Stadler, Viertes Kapitel, B I, S. 729.
[262] Siehe Stadler, Viertes Kapitel, B I, S. 730.

Sicherungsvertrag ihre *causa* findet und damit zwischen beiden Rechten keine unmittelbare Verknüpfung besteht. Die Nichtakzessorietät kann die Flexibilität der Sicherheit bei Umschuldung oder Neuvalutierung garantieren. Folgerichtig gewährleisten das Abstraktionsprinzip einerseits und die Abstraktheit im Sinne der Nichtakzessorietät andererseits gemeinsam die Sicherheit des Finanzprodukts im Interesse von beiden Parteien. Es kann also festgehalten werden, dass die Kumulation von Abstraktionsprinzip und Nichtakzessorietät die Flexibilität und die Sicherheit von Sicherungsrechten in einem hohen Maß bedingt.

II. Gestaltungsfreiheit und Flexibilität[263]

Grundsätzlich kann die Beziehung zwischen dem Verpflichtungs- und dem Verfügungsgeschäft unter dem Trennungsprinzip parteiwillkürlich entweder abstrakt oder kausal gestaltet werden. Darüber hinaus kann eine Sicherheit unter Geltung des Prinzips der Nichtakzessorietät ebenfalls parteiwillkürlich mit der zu sichernden Forderung entweder akzessorisch oder nichtakzessorisch verknüpft werden. Die Parteien können grundsätzlich ihre Rechtsbeziehungen auf der schuldrechtlichen und sachenrechtlichen Ebene individuell nach ihren Bedürfnissen gestalten. Beispielsweise kann das Verpflichtungsgeschäft unter einer bestimmten Bedingung geschlossen werden, während das Verfügungsgeschäft bedingungsfrei erfolgt, oder umgekehrt. Darin liegt ein hohes Maß an Dispositionsfreiheit, weil schuldrechtlicher Vertrag und dingliche Einigung im deutschen Recht aufgrund des Trennungsprinzips unterschiedlichen Regeln unterliegen können.[264]

Solche Gestaltung ist in den Rechtsordnungen, die dem Einheitsprinzip folgen, nicht möglich, weil Planung und Vollzug miteinander verknüpft sind und gleichzeitig wirksam werden müssen. Beim Kausalprinzip sind beide Rechtsgeschäfte zwar konstruktiv getrennt, vom Ergebnis her aber miteinander streng verbunden.

Die Gestaltungsflexibilität des Trennungs- und Abstraktionsprinzips eröffnet gleichzeitig einen größeren Spielraum für Rechtsinnovationen.[265] So lassen sich neue moderne Sicherungsgeschäfte aufgrund der konsequenten Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften ins BGB einbeziehen, wie z.B. der Eigentumsvorbehalt[266] und die Sicherungsübertragung. Die fiduziarische Übertragung wird durch Auslegung des § 137 BGB in die deutsche Rechtsordnung inkorporiert. Diese Innovationsmöglichkeit ist in Rechtsordnungen, die lediglich das Kausal- oder das Einheitsprinzip kennen, oft nur auf Kosten des Systembruchs möglich.

Da sich obligatorische und dingliche Dispositionen aufgrund des Trennungs- und Abstraktionsprinzips jeweils getrennt schuldrechtlichen und sachenrechtlichen

[263] Im Ganzen und ausführlicher siehe Stadler, Viertes Kapitel, B II und III.
[264] Stadler, Viertes Kapitel, B II, S. 732.
[265] Stadler, Viertes Kapitel, B III, S. 733.
[266] Auch Stadler, Viertes Kapitel, B II, S. 732.

Vorschriften unterwerfen müssen,[267] eröffnet das Trennungs- und Abstraktionsprinzip nicht zuletzt auch einen größeren Spielraum für die Gesetzgebung. Der Gesetzgeber kann z.B. trotz des zum Sicherungszweck übereigneten Volleigentums in der Insolvenz des Sicherungsgebers dem Sicherungsnehmer lediglich ein Absonderungsrecht einräumen, während dem Sicherungsgeber in der Insolvenz des Sicherungsnehmers nach der Tilgung der gesicherten Forderung ein Aussonderungsrecht zusteht. Dadurch wird die Vertragsfreiheit gewahrt und das Ergebnis der fiduziarischen Übertragung in Krisenfällen ausnahmsweise haftungsrechtlich korrigiert.

[267] Stadler, Viertes Kapitel, B II, S. 732.

Kapitel 2

Die Abstraktheit der Grundschuld

§ 7. Konkurrenz der Grundpfandrechte im deutschen BGB

I. Der Begriff des Grundpfandrechts im BGB

Zwar kennt das deutsche BGB den Begriff **Grundpfandrecht** nicht[268], es besteht aber heute Einigkeit, dass er als Oberbegriff die Hypothek, Grund- und Rentenschuld zusammenfasst[269]. Die Vielfalt der Grundpfandrechte im deutschen BGB ist weltweit einzigartig. In den meisten anderen Ländern, wie z.B. in China und Taiwan, gibt es hingegen nur ein einziges akzessorisches Grundpfandrecht, nämlich die Hypothek. Ungeachtet dessen, ob dem deutschen Gesetzgeber die Vielfältigkeit der Grundpfandrechte damals bewusst gewesen war oder nicht, ist die gesetzliche Unterscheidung zwischen akzessorischen und nichtakzessorischen Grundpfandrechten rückblickend aus Sicht des 21. Jahrhunderts sehr weise, ebenso die Tatsache, dass der Gesetzgeber die nichtakzessorische Grundschuld gesetzlich geregelt hat[270] und nicht voreilig in Anlehnung an die Renaissance des Römischen Rechtes darauf verzichtet hat.

II. Differenzierung von Hypothek und Grundschuld

Weil die Rentenschuld nur eine Unterart der Grundschuld[271] ist, lässt sich die Vielfalt der Grundpfandrechte reduzieren auf die Konkurrenz zwischen Hypothek und Grundschuld. Im Wirtschaftsverkehr treten Hypothek und Grundschuld gleichwertig nebeneinander auf, soweit sie dazu dienen, den Berechtigten durch Verwertung des belasteten Grundstücks zu befriedigen. In rechtlicher Hinsicht hingegen werden die beiden Grundpfandrechte unterschieden. Der Hauptunterschied zwischen Hypothek und Grundschuld liegt in dem unterschiedlichen Grad der gesetzlichen Verknüpfung zwischen der gesicherten Forderung und dem Grundpfandrecht.[272]

---

[268] Baur/Stürner, § 36 Rn. 1. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/Wolfsteiner, Hans, Berlin 2009, Einl. Zu §§ 1113ff. Rn. 1.

[269] Vgl. auch Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/Konzen, Horst, Band 16 Sachenrecht 3, Stuttgart Berlin Köln Mainz 2001, vor § 1113 Rn. 1.

[270] Insbesondere Baur/Stürner, § 36 Rn. 77ff. und § 44.

[271] Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem. zu 1199ff. Rn. 6. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/Eickmann, Dieter, 6. Auflage, München 2013, § 1199 Rn. 2. Soergel/Konzen, § 1199 Rn. 1. Auch Baur/Stürner, § 47 Rn. 4.

[272] Baur/Stürner, § 36 Rn. 59. Vgl. auch Westermann, Harm Peter / Gursky, Karl-Heinz / Eickmann, Dieter, Sachenrecht, 8. Auflage, Heidelberg 2011, § 113 Rn. 1. MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 1. Soergel/Konzen, § 1191 Rn. 1.

Die Entstehung einer Hypothek setzt stets eine gesicherte Forderung voraus. Für die Wirksamkeit der Grundschuld hingegen spielt die gesicherte Forderung *konstruktiv* gar keine Rolle, obwohl gerade die in der Praxis so oft verwendete Sicherungsgrundschuld zur Sicherung einer Geldforderung dient. Man kann auch davon ausgehen, dass die Hypothek immer den Sicherungszweck als ihre *causa* in sich tragen muss, während die Grundschuld ihre *causa* stets aus einem außerhalb von ihr selbständig existierenden Sicherungsvertrag suchen kann.[273]

III. Grundschuld als nichtakzessorische Sicherheit[274]

Während die Hypothek zu der gesicherten Forderung konstruktiv akzessorisch ist, besteht die Grundschuld im deutschen Recht als die sog. *nichtakzessorische Sicherheit*. Jede nichtakzessorische Sicherheit braucht demzufolge unbedingt eine schuldrechtliche Zweckbestimmung, um ihre reale Durchsetzbarkeit rechtlich kontrollieren zu können.

Die Grundschuld ist die einzige gesetzlich geregelte, dingliche nichtakzessorische Sicherheit. Daneben bestehen noch die Sicherungsübereignung und die Sicherungsabtretung als vom Gesetz akzeptierte nichtakzessorische Sicherheiten. Auch das Schuldversprechen und das Schuldanerkenntnis i.S.d. §§ 780, 781 BGB existieren als schuldrechtliche nichtakzessorische Sicherheiten und werden zusätzlich zur Sicherung einer Forderung verwendet.

IV. Der überwiegende Siegeszug der Grundschuld in der deutschen Kreditpraxis

Unabhängig von den historischen Gründen[275], die der Vielfalt der deutschen Grundpfandrechte zugrunde liegen, überrascht die Entwicklung im Hinblick auf die praktische Anwendung der Grundpfandrechte. Obwohl die Hypothek im deutschen BGB ausführlich geregelt ist, wird in der Praxis überwiegend die Grundschuld verwendet[276], insbesondere die Sicherungsgrundschuld. Damit hat die Grundschuld seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges einen weitgehenden Siegeszug gegenüber der Hypothek angetreten[277].

Kurz- und mittelfristige Kredite werden in Deutschland heute fast völlig durch die Grundschuld, insbesondere in Form der Briefgrundschuld gesichert. Hingegen spielt die Hypothek nur noch bei langfristigen Krediten eine Rolle. Tatsächlich wird aber auch in diesem Bereich immer häufiger die Grundschuld anstelle der Hypothek

[273] Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem. zu 1191ff. Rn. 2. Auch Baur/Stürner, § 36 Rn. 77a.
[274] Zur Terminologie siehe § 1 III 2 dieser Arbeit.
[275] Vgl. Baur/Stürner, § 36 Rn. 61. Stürner, in Festschrift Serick, S. 377, 379.
[276] Adams, Michael, Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte: ein Beitrag zur Reform der Mobiliarsicherheiten, Athenäum, 1980, S. 11. Siehe Baur/Stürner, § 44 Rn. 5.
[277] Staudinger/Wolfsteiner, Einl. zu §§ 1113ff. Rn. 29.

verwendet.[278] Auch die in anderen Ländern bevorzugte Höchstbetragshypothek ist im deutschen Recht wegen der Entstehung der Grundschuld von geringer Bedeutung.

Das Interesse an der Höchstbetragshypothek in anderen Rechtsordnungen findet seine Erklärung in den Vorteilen von nichtakzessorischen Sicherheiten, z.B. der kostensparenden Flexibilität, der Dispositionsfreiheit und der tatsächlichen Attraktivität[279]. Auch im romanischen Rechtskreis besteht in den letzten Jahrzehnten die deutliche Tendenz zur Lockerung der Akzessorietät bei Grundpfandrechten[280], wie z.B. durch die Einführung der „*hypothèque rechargeable*“[281] im französischen Code Civil.

V. Grundschuld und Sicherungsgrundschuld

Die Grundschuld als ein Begriff bezeichnet dogmatisch keinen Zweck. Dieser ist rechtlich konstruktiv unerheblich. Wird der Grundschuld ein Zweck zugeordnet, weil sie z.B. als Sicherungsmittel genutzt wird, so wird der Begriff „Sicherungsgrundschuld“ verwendet.

Das BGB kannte den Begriff „Sicherungsgrundschuld“ ursprünglich nicht. Die Grundschuld kann konstruktiv zu beliebigen Zwecken erfolgen, sie muss nicht zwingend einen Sicherungszweck verfolgen. Trotzdem belegt die Praxis offenkundig eine überwiegende Verknüpfung der Grundschuld mit der gesicherten Forderung. Im Jahre 2008 wurde eine Legaldefinition der Sicherungsgrundschuld in § 1192 Abs. 1a ins deutsche BGB eingeführt.[282]

§ 8. Die Abstraktheit der Grundschuld

I. Die Bedeutung der Abstraktheit der Grundschuld

1. Die konstruktive Bedeutung der Abstraktheit der Grundschuld

Die Grundschuld ist ein dingliches **Verwertungsrecht**[283], aus dem eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist. Der wesentliche Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld liegt in der jeweiligen dogmatischen Konstruktion. Während das Gesetz die Hypothek als akzessorisches Recht regelt, wird bei der Grundschuld eine zu sichernde Forderung *nicht* vorausgesetzt. Bei der Hypothek wird

[278] Siehe Baur/Stürner, § 44 Rn. 5.
[279] Siehe in dieser Arbeit § 5.
[280] Baur/Stürner, § 64 Rn. 30.
[281] Siehe Baur/Stürner, § 64 Rn. 14.
[282] MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 5. Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem. zu §§ 1191ff. Rn. 24.
[283] Baur/Stürner, § 3 Rn. 39ff.

die zu sichernde Forderung als das „primäre Recht“ und die Hypothek als „sekundäres Recht“ angesehen. Demgegenüber steht die Grundschuld mit der gesicherten Forderung „auf einer Stufe“[284]. Sie ist also kein „Anhängsel“[285] der Forderung. Selbst wenn die gesicherte Forderung nicht entsteht oder später getilgt wird, erlischt die Grundschuld zunächst dinglich *nicht automatisch* [286] oder wandelt sich *nicht automatisch* in eine Eigentümergrundschuld um.

Diese sog. **Abstraktheit oder Nichtakzessorietät der Grundschuld** ist eine **konstruktive**[287] **Unabhängigkeit** der Grundschuld gegenüber der Forderung. Die Grundschuld muss also nicht zwangsläufig zur Sicherung einer Forderung dienen, auch wenn dies möglich ist.

2. Die Rechtsnatur der Sicherungsgrundschuld

a) Reguläre Grundschuld oder Rechtsverhältnis?

In erster Linie stellt sich die Frage, wo die sog. **Sicherungsgrundschuld** im Gefüge der Liegenschaftsrechte einzuordnen ist, insbesondere nachdem § 1192 Abs. 1a BGB eingefügt worden ist. Ist eine Grundschuld zur Sicherung eines Anspruchs bestellt worden, liegt eine Sicherungsgrundschuld vor, also eine Grundschuld mit Sicherungszweck.

Ausgehend vom Wortlaut des § 1192 Abs. 1a BGB wird die Sicherungsgrundschuld üblicherweise als eine *reguläre Grundschuld* angesehen, allerdings kommt neben dieser Grundschuld noch ein sich aus der schuldrechtlichen Sicherungsabrede ergebender Sicherungszweck hinzu, wonach die Grundschuld einen Anspruch oder eine Forderung sichern muss.[288]

Die Sicherungsgrundschuld entsteht konstruktiv aus dem *Zusammenwirken* zwischen der Grundschuld und dem Sicherungszweck. Dogmatisch kann sie allerdings nicht einfach als reguläre Grundschuld angesehen werden, da dingliche Rechte nach dem Grundgedanken des deutschen BGB wegen der „Loslösung der rechtlichen Beurteilung des dinglichen Rechtsgeschäfts von dem zugrunde liegenden, kausalen Rechtsvorgang“ [289] völlig zweckfrei, also natürlich abstrakt, sind. Bei der Sicherungsgrundschuld hingegen ergibt sich der Sicherungszweck aus dem schuldrechtlichen Sicherungsvertrag. Wenn die Sicherungsgrundschuld als ein rein dingliches Recht behandelt wird, verstößt dennoch ihre Zweckgebundenheit offen gegen den Grundsatz der sachenrechtlichen *Zweckfreiheit*. Aus § 137 BGB ergibt sich, dass der Sicherungszweck als eine zweckgebundene Verfügungsbeschränkung nicht in einem Verfügungs-, sondern nur durch ein Verpflichtungsgeschäft geregelt

[284] Wilhelm, Jan, Sachenrecht, 4. Auflage, Berlin 2010, Rn. 1469, S. 604.
[285] Vgl. Baur/Stürner, § 36 Rn. 59.
[286] Baur/Stürner, § 36 Rn. 77 und 77a.
[287] Systematisch siehe Baur/Stürner, § 36 Rn. 77ff.
[288] Vgl. auch in dieser Arbeit § 2 I 4.
[289] Siehe Baur/Stürner, § 4 Rn. 23.

werden kann. Das besagt nichts anderes, als dass der Sicherungszweck bei nichtakzessorischen Sicherheiten nach deutschem Recht nicht dinglich sein kann und somit der Sicherungszweck nur schuldrechtlich geregelt werden kann. In diesem Sinne ist die Definition der Sicherungsgrundschuld als ein rein dingliches Recht mangels der Übereinstimmung mit § 137 BGB dogmatisch problematisch. Hierin zeigt sich, dass die Vorschrift des § 1192 Abs. 1a BGB im Hinblick auf die sachenrechtliche Dogmatik problematisch ist.[290] Wenn auf die dogmatische Eindeutigkeit Wert gelegt wird, kann diese Unstimmigkeit nicht ohne weiteres übergangen werden.

Liegt kein Sicherungsvertrag vor, kann es keine Sicherungsgrundschuld geben, sondern dogmatisch nur eine *isolierte Grundschuld*, obwohl die isolierte Grundschuld fast nie in der Praxis auftaucht. Es liegt also ein untrennbarer Zusammenhang zwischen dem Sicherungsvertrag und der Sicherungsgrundschuld vor. Das Wesen aller nichtakzessorischen Sicherheiten liegt nun darin, dass sich der Sicherungszweck nicht gesetzlich, sondern allein aus einem Sicherungsvertrag, abhängig vom Willen der Parteien, ergibt.

Vergleicht man die Sicherungsgrundschuld mit der **Sicherungsübereignung**, erkennt man zwischen beiden Konstruktionen sofort eine Übereinstimmung. Bei beiden handelt es sich um eine **Sicherungstreuhand**[291]. Sowohl Sicherungsgrundschuld als auch Sicherungsübereignung setzen einen Sicherungsvertrag voraus und folgen daher dem Trennungsprinzip. Der Sicherungsgrundschuld liegt damit ein Zusammenwirken zwischen der dinglich regulären Grundschuld und einer schuldrechtlichen Vinkulierung zugrunde. Aus meiner Sicht ist diese Überlegung wichtig, besonders wenn man sich die bestehenden dogmatischen Unstimmigkeiten in der Legaldefinition von § 1192 Abs. 1a BGB vor Augen führt. Die Konstruktion eines Zusammenwirkens zwischen einer Vollrechtsübertragung und einer rein schuldrechtlichen Vinkulierung wird in der deutschen Rechtsordnung durch § 137 S. 2 BGB zugelassen[292]. Hier steht das dingliche Vollrecht schon in einer spezifischen Position, in der es in einer sehr engen Beziehung zu einem schuldrechtlichen Anspruch[293] steht.

M.E. kann daher grundsätzlich *nicht* davon ausgegangen werden, dass die Sicherungsgrundschuld eine *Sondergrundschuld* - d.h. ein spezifisches dingliches Recht - ist, weil gerade diese Theorie gegen den im deutschen Recht geltenden Grundgedanken der sachenrechtlichen Abstraktion[294] verstößt und darüber hinaus auch nicht mit der Vorschrift des § 137 BGB in Einklang steht. Während die Grundschuld selbst immer ein subjektives dingliches Recht ist, stellt die sog. Sicherungsgrundschuld aus meiner Sicht eher nicht ein dingliches Recht dar.

[290] Meyer, André, WM 2010, 58, 64.
[291] Baur/Stürner, § 3 Rn. 34.
[292] Baur/Stürner, § 3 Rn. 34.
[293] Vgl. Staudinger/Wolfsteiner, § 1192 Rn. 34.
[294] Staudinger/Wolfsteiner, § 1192 Rn. 35.

Stattdessen ist in ihr eher ein *Rechtsverhältnis* zu sehen, das aufgrund des Trennungsprinzips gebildet wird.

b) Die Drittwirkung des Sicherungsvertrags als Ausnahme

Grundsätzlich ist die Vinkulierung der Sicherungsgrundschuld aus dem Sicherungsvertrag aufgrund des Trennungsprinzips nur schuldrechtlicher Natur. Also wirkt die Sicherungsabrede grundsätzlich nur zwischen dem Sicherungsgeber und dem Sicherungsnehmer *inter partes*. Nur wenn das Gesetz etwas anderes vorschreibt, entwickelt die schuldrechtliche Vinkulierung aufgrund des Sicherungsvertrags neben der Sicherungsgrundschuld *ausnahmsweise* eine Drittwirkung. Diese „Prinzip-Ausnahme-Auslegung" ergibt sich aus der Vorschrift des § 137 BGB, auf die m.E. nicht ohne weiteres verzichtet werden kann, weil diese dem Grundgedanken des deutschen BGB entspricht. Wenn eine Grundschuld auch als eine „Sicherungsgrundschuld" auftreten kann, besagt das nur, dass diese Grundschuld bereits mit einem Sicherungszweck verknüpft ist.

Beispielsweise kann nach § 1157 S. 1 BGB eine Einrede, die dem Eigentümer aufgrund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Sicherungsvertrags gegen die Grundschuld zusteht, auch dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden. Diese Einrede kann der Eigentümer nach der neuen Regelung jedem Grundschuldzessionar entgegenhalten, und zwar unabhängig davon, ob der Zessionar gutgläubig ist, weil der § 1192 Abs. 1a BGB diese Drittwirkung hinsichtlich der Einreden aus dem Sicherungsvertrag vorsieht.

c) Der § 1192 Abs. 1a BGB n. F. als eine durch die Novelle neu eingeführte Ausnahme

Mit dem Risikobegrenzungsgesetz ist seit dem Jahre 2008 eine weitere wichtige Ausnahme für die Sicherungsgrundschuld hinzugekommen. Wahrscheinlich ist der Umstand, dass für die letzte Reform gründliche Vorarbeiten fehlen[295], die Ursache für die Rechtsunsicherheit, welche die Einführung des § 1192 Abs. 1a BGB in der Praxis und Rechtsprechung mit sich gebracht hat, ebenso für die überschießenden Wirkungen[296], die dieser Vorschrift in der Literatur zugemessen werden.

Seit der Reform strahlt der Sicherungsvertrag im Falle der Grundschuldzession auf das neue Kreditverhältnis in der Weise aus, dass der Eigentümer alle Einreden, die ihm durch den mit dem bisherigen Gläubiger bestehenden Sicherungsvertrag gewährt werden, auch dem Zessionar entgegenhalten könnte, und zwar *unabhängig* davon, ob sich diese Einreden aus dem Grundbuch bzw. dem Grundschuldbrief ergeben. Der gutgläubig einredefreie Erwerb der Sicherungsgrundschuld ist damit fast völlig

[295] Baur/Stürner, § 45 Rn. 67l. Mayer, André, WM 2010, 58, 62. Auch Stadler, in Festschrift Strätz, Regenstauf 2009, S. 519, 535.

[296] Siehe BGH JZ 2010, 791 = NJW 2010, 2041 = BGHZ 185, 133 = DNotZ 2010, 542; BGH DNotZ 2011, 751ff; BGH DNotZ 2012, 53; BGH DNotZ 2012, 287; BGH DNotZ 2012, 288, 289. Ausführlich in dieser Arbeit siehe § 8 VII.

ausgeschlossen.[297] Die Kontinuität der Einreden bzw. die Transmissionswirkung des Sicherungsvertrags behandelt alle Einreden aus dem Sicherungsvertrag in vollem Umfang gegenüber allen Dritten als wirksam, sogar ohne dass die Einreden ins Grundbuch eingetragen bzw. im Grundschuldbrief vermerkt werden müssen. Somit ist die Sicherungsgrundschuld nach ihrer Abtretung in gewisser Hinsicht sogar der streng akzessorischen Sicherungshypothek gleichgestellt[298].

Obwohl die Grundschuld konstruktiv nichtakzessorischer Natur ist, bewirkt § 1192 Abs. 1a BGB im Hinblick auf die Durchsetzung der Sicherungsgrundschuld eine strenge akzessorische Anknüpfung an den Sicherungsvertrag und damit auch an die gesicherte Forderung. Nach der Reform ist diese Anknüpfung sogar nicht mehr rein wirtschaftlicher, sondern auch rechtlicher Natur.[299] Weil der Eigentümer häufig auch der Sicherungsgeber im Sicherungsvertrag ist, ist der Sicherungsvertrag faktisch schon Bestandteil der Sicherungsgrundschuld geworden[300].

Die Einführung des § 1192 Abs. 1a BGB bewirkt zwar in gewisser Hinsicht eine Verdinglichung des Sicherungsvertrags bei Sicherungsgrundschulden. § 1192 Abs. 1a BGB regelt m.E. aber keine neuartige Sicherungsgrundschuld, sondern stellt nur eine gesetzliche Sonderregelung der bisherigen Sicherungsgrundschuld für den Fall des gutgläubigen Erwerbs dar. Der ist aber nur eine Facette der Sicherungsgrundschuld. Damit ist § 1192 Abs. 1a BGB insoweit als Ausnahmevorschrift anzusehen, als der Sicherungsvertrag hier dinglich behandelt wird. Insoweit verhält sich die Sicherungsgrundschuld nach der neuen Vorschrift in diesem Detail streng akzessorisch[301], vergleichbar mit der streng akzessorischen Sicherungshypothek. Die Novelle kann aber nicht als *grundsätzliche Einführung der konstruktiven Akzessorietät* für die Sicherungsgrundschuld angesehen werden, denn der Begriff der Abstraktheit oder Nichtakzessorietät hat vorwiegend Bedeutung in Bezug auf die *Konstruktion*. Die Erledigung des Sicherungszwecks führt allerdings vom Grundsatz her nicht automatisch zum Erlöschen der Sicherungsgrundschuld, sondern hat nur einen Rückgewähranspruch zur Folge.

Nach wie vor können die Einreden, die dem Eigentümer aufgrund des zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Sicherungsvertrages gegen die Grundschuld zustehen, *immer noch* nach § 1157 S. 1 BGB auch dem neuen Gläubiger entgegengehalten werden. Dies galt auch schon bevor die neue Vorschrift des § 1192 Abs. 1a BGB eingeführt wurde. Die Novelle schließt lediglich den § 1157 S. 2 BGB aus. Der Streit bezieht sich also nur auf den Punkt des gutgläubig einredefreien Erwerbs. Mit der Novelle wurde daher nur ein spezifischer Ausnahmefall geregelt. Dies erklärt, warum die Sicherungsgrundschuld hinsichtlich des gutgläubig

[297] Siehe Dieckmann, Johann Andreas, NZM 2008, 865, 870. Auch Baur/Stürner, § 45 Rn. 67aff.
[298] Dieckmann, NZM 2008, 865, 873.
[299] Meyer, WM 2010, 58, 62.
[300] Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem. zu 1191ff. Rn. 27.
[301] Dieckmann, NZM 2008, 865, 871.

einredefreien Erwerbs früher mit der Verkehrshypothek verglichen wurde, heute hingegen Parallelen mit der Sicherungshypothek aufweist.

3. Bewertung der Einführung des § 1192 Abs. 1a BGB

Der ideale Zustand der Sicherheit, wie *Stürner*[302] bereits im Jahre 1992 formuliert hat, ist das Zusammenwirken zwischen dem einfachen dinglichen Recht und der kautelarjuristischen Feinarbeit auf der schuldrechtlichen Ebene. Dies kann bei Immobilien mithilfe der *durch Sicherungsabrede domestizierten* deutschen Grundschuld [303] erreicht werden. Wird die Drittwirkung des Sicherungsvertrags ausgeweitet, und zwar über die Beschränkung auf den gutgläubigen Erwerb in § 1192 Abs. 1a BGB hinaus, dann ist die Unterscheidung von einfachem dinglichen Recht und Feinarbeit auf der schuldrechtlichen Ebene nicht mehr möglich.

In der Praxis hat sich die Sicherungsgrundschuld schon vor Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes der Verkehrshypothek immer mehr angenähert. In Fällen der Abtretung wird die Sicherungsgrundschuld beim gutgläubigen Erwerb sogar unter das Niveau der Sicherungshypothek gedrückt [304] . Die Annäherung zwischen Sicherungsgrundschuld und Verkehrshypothek erscheint wie eine „Replikation“ des Grundpfandrechts. Das führt auch dazu, dass die über einen langen Zeitraum bestehende Konkurrenz zwischen Grundschuld und Hypothek als Folge der Typenfixierung im deutschen BGB allmählich an Bedeutung verliert.

Es muss akzeptiert werden, dass die partielle Verdinglichung des Sicherungsvertrags durch § 1192 Abs. 1a BGB kaum mit dem bisherigen Charakter der Grundschuld als einem von einer Forderung unabhängigen dinglichen Recht in Einklang zu bringen ist.[305] Der Grund hierfür liegt darin, dass Eigentümer bei der Verkehrshypothek in Bezug auf den durch die Novelle für die Grundschuld beseitigten gutgläubig einredefreien Erwerb gleichwohl mit Risiken rechnen müssen, insbesondere wenn man mit § 1138 BGB argumentiert. Damit ist die Lösung, die nur die Sicherungsgrundschuld zum Gegenstand hat, lückenhaft. Das vom Eigentümer zu tragende Risiko ist ursächlich im Mechanismus des deutschen Grundbuchsystems zu sehen. [306] Es ist keine Folge der Abstraktheit der Grundschuld. Während des Gesetzgebungsverfahrens gab es hierzu meiner Ansicht nach zutreffende Vorschläge[307], die jedoch bedauerlicherweise kein Gehör fanden. Hiernach „sollte der gutgläubige Erwerb von nichtvalutierten Grundpfandrechten (nicht nur, wie oft argumentiert, Grundschulden) durch Banken und Unternehmen bei grober Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein. Grobe Fahrlässigkeit sollte insbesondere bei

[302] Siehe Stürner, in Festschrift Serick, S. 377, 379.
[303] Baur/Stürner, § 45 Rn. 67l.
[304] Staudinger/Wolfsteiner, § 1192 Rn. 32.
[305] Meyer, WM 2010, 58, 61.
[306] Sehr sinnvoll siehe Baur/Stürner, § 45 Rn. 67l.
[307] Siehe insbesondere den Vorschlag Rolf Stürners in seiner Stellungnahme im Vorfeld der Expertenanhörung vom 23.1.2008.

fehlender Kontrolle der Valutierung unwiderleglich vermutet werden. § 1138 und § 1157 wären insoweit zu modifizieren.“[308]

Nach § 1192 Abs. 1a S. 2 BGB findet § 1157 S. 2 BGB keine Anwendung. Das bedeutet zugleich, dass die Vorschriften der §§ 892, 894 bis 899, 1140 BGB hinsichtlich der umstrittenen Einrede ebenso keine Anwendung finden können. Durch diese Verweisstruktur des Gesetzgebers ist der öffentliche Glaube im Hinblick auf die Verkehrsfähigkeit der Sicherungsgrundschuld erschüttert. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs ist eine Besonderheit des deutschen Liegenschaftsrechts. Er dient der Sicherheit, der Einfachheit und der schnellen Abwicklung im Rechtsverkehr. Das Vertrauen in den öffentlichen Glauben des Grundbuchs war m.E. auch eine wichtige Voraussetzung für den Aufschwung der deutschen Wirtschaft nach dem Zweiten Weltkrieg. Die plötzliche „Paralysierung“ des öffentlichen Glaubens hinsichtlich des Grundschuldverkehrs ist m.E. eine überraschende Wendung.

Die Situation auf der Schuldnerseite bleibt nach der Reform unberührt. Dem Sicherungsnehmer war ursprünglich eine große Macht mit Entscheidungsmonopol eingeräumt.[309] Die Reform hat zugunsten der Praxis auf eine gesunde Entwicklung der Dogmatik des deutschen Grundpfandrechts verzichtet. Eine gesunde Entwicklung der deutschen Grundschuld wäre m.E. gewährleistet, wenn der Grundsatz der konstruktiven Nichtakzessorietät auf der dinglichen Ebene beibehalten würde und die Parteien durch Sicherungsverträge kautelarjuristisch und gewillkürt, allerdings unter Kontrolle der Rechtsprechung stehend, ihre Sicherungsinteressen bei der Sicherungsgrundschuld gestalten könnten. Es steht fest, dass kein besonderer Anlass in der Rechtspraxis für die Gesetzesänderung bestanden hat.[310]

Die bis zur Reform bestehende Regelung der Grundschuld hatte aus meiner Sicht bedeutenden Vorbildcharakter im Rahmen der bestehenden Grundpfandrechte, und zwar nicht nur europa-, sondern auch weltweit und insbesondere für das chinesische Recht. Allerdings verhindert die aktuelle Reform eine weitere positive Entwicklung der deutschen Grundschuld als ein Rechtsinstitut. Das deutsche Rechtssystem ist aufgrund des Trennungs- und Abstraktionsprinzips sehr flexibel. Es hat im Rahmen dieser geltenden Prinzipien bereits viele neue Rechtsinstitute reibungslos integriert. Vor dem Hintergrund, dass die Grundschuld über einen Zeitraum von hundert Jahren in der Rechtspraxis große Akzeptanz fand, kann die Reform 2008 nicht nachvollzogen werden.

Gerade als Ausländer halte ich es für wünschenswert, dass die deutsche Rechtsordnung ihre besonderen Ausprägungen beibehält. Um ihrer Rolle als Vorbild für viele andere Rechtsordnungen weiterhin gerecht werden zu können, sollte sie sich

[308] Siehe Stürner, Rolf, Transparenz bei Verkäufen von Kreditforderungen, Stellungnahme zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung zum Risikobegrenzungsgesetz am 23.01.2008.
[309] Goecke Zeitschrift für das Notariat, herausgegeben vom Verein für das Notariat in Rheinpreußen, 1901, 198, 203. Siehe Heinze, Christian, AcP Band 211 (2011), 103, 151.
[310] Meyer, WM 2010, 58, 59. Stadler, in Festschrift Strätz, Regenstauf 2009, S. 519, 535.

nicht allzu sehr durch das Recht der Europäischen Union beeinflussen lassen. Der Grund, warum ich § 1192 Abs. 1a S. 2 BGB als eine Ausnahmeregelung ansehe, liegt auch darin, dass die bisherige Sicherungsgrundschuld im BGB sofort wieder aufleben würde, wenn die Novelle nochmals korrigiert werden würde.

4. Identität der Sicherungsgrundschuld

Im Hinblick auf den Charakter der Sicherungsgrundschuld als ein Rechtsverhältnis möchte ich im Folgenden ihre Identität untersuchen.

Aus meiner Sicht weist die Bezeichnung Sicherungsgrundschuld auf ein Zusammenwirken zwischen der normalen (isolierten) Grundschuld und der Sicherungsabrede hin, d.h. auf ein Zusammenwirken zwischen der dinglichen Grundschuldbestellung und der schuldrechtlichen Sicherungsabrede mit daraus folgender Geltung des Trennungsprinzips. Die Grundschuld bleibt wegen ihrer konstruktiven Abstraktheit immer bis zur Löschung im Grundbuch hinsichtlich ihrer Identität bestehen, selbst wenn sie sich als Eigentümergrundschuld ohne Absicherung einer Forderung bzw. eines Anspruchs in der Hand des Eigentümers befindet.

Demgegenüber ist die Identität der Sicherungsgrundschuld stets von der Identität des Sicherungszwecks abhängig. Weil sich der Sicherungszweck aus der Sicherungsabrede ergibt, treten Sicherungsabrede und Sicherungsgrundschuld beide jedoch immer gemeinsam auf. Immer wenn die Sicherungsabrede inhaltlich verändert wird, also ein neuer Sicherungszweck hinzukommt, erhält die Sicherungsgrundschuld eine neue Identität. Durch die Untersuchung der Identität der Sicherungsgrundschuld ergibt sich eindeutig, dass die Vereinbarung eines Sicherungszwecks zur Gestaltung einer Sicherungsgrundschuld erforderlich ist. Dieses Zusammenwirken kann nur mithilfe des Trennungsprinzips gelöst werden.

5. Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip und die Funktionsweise der Abstraktheit bei Sicherungsgrundschulden

Die Abstraktheit der Sicherungsgrundschuld wird in der Weise durchgeführt, dass die Rückabwicklung einer nichtakzessorischen Sicherheit bei fehlendem Sicherungszweck zunächst dinglich nicht automatisch erfolgt und der Eigentümer in diesem Fall z.B. wegen der Nichtvalutierung lediglich einen Rückgewähranspruch erhält. Damit wandelt sich die Sicherungsgrundschuld auch nicht automatisch in eine Eigentümergrundschuld um.

Die Sicherungsgrundschuld beinhaltet ein hohes Maß an Flexibilität, was zu einem großen Gestaltungsspielraum im Rahmen des Sicherungsvertrages führt. Das Trennungsprinzip ermöglicht es, dass sowohl dem Bedürfnis nach Flexibilität Rechnung getragen wird in Bezug auf umfangreiche Geschäftsverbindungen als auch

dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit[311]. Das Abstraktionsprinzip gewährleistet die Effizienz[312] nichtakzessorischer Konstruktionen.

6. Abstraktheit und Verbriefung

Es können sowohl die Grundschuld als auch die Hypothek auf dem Papier verbrieft werden. Die Abstraktheit bzw. die Akzessorietät des Grundpfandrechts enthalten rechtsdogmatisch immer eine Aussage über ihre Beziehung zu der gesicherten Forderung. Die Frage, in welchem Umfang ein Grundpfandrecht von der zu sichernden Forderung abhängig ist, ist aber losgelöst von seiner Verbriefung zu beantworten, d.h. es kommt nicht darauf an, ob das Grundpfandrecht schon verbrieft ist oder nicht. Die Verbriefung des Grundpfandrechts berührt seine dogmatische Abstraktheit bzw. Akzessorietät vom Grundsatz her nicht. Demzufolge führt die Verbriefung einer Hypothek nicht zur Aufhebung ihrer Akzessorietät zur Forderung. Die Verbriefung erhöht lediglich die Zirkulationsfähigkeit des Grundpfandrechts, weil die Nachweisfunktion des Grundbuchs durch den Brief ersetzt wird und eine Einsicht ins Grundbuch nicht mehr erforderlich ist.

Die dogmatische Abstraktheit der Grundschuld ist dabei für den Wirtschaftsverkehr von größerer *Attraktivität* [313] als die Verbriefung. Ihre Attraktivität steht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Umfang der tatsächlichen Verwertungsmöglichkeit, d.h. wieviel Geld aus der Verwertung des Grundpfandrechts tatsächlich erlangt werden kann. In ihrem rechtlichen Bestand ist die Grundschuld aber abhängig von ihrer *vollen Durchsetzbarkeit*. Entscheidend hierfür ist sowohl die Wirksamkeit des Grundpfandrechts als auch der Bestand aus Einwendungen und Einreden, die ihm entgegengehalten werden. Eine relevante Rolle im Hinblick auf die Durchsetzbarkeit des Grundpfandrechts spielt der gutgläubige Erwerb.

In der Praxis kaufen in fast allen Fällen lediglich Banken als Professionelle das Grundpfandrecht als ein Finanzprodukt. Sie sind in erster Linie an der Verwertbarkeit des Grundpfandrechts interessiert, also daran, wie viel Geld sie verdienen können. Hingegen ist die schnelle Zirkulation des Grundpfandrechts für Banken meist von geringerer Bedeutung.

Andererseits bringt der Bestand der Grundpfandbriefe in der Praxis immer mehr Divergenzfälle zwischen Buchlage und wahrer Rechtslage. Es ist eindeutig abzusehen, dass das Grundbuch in Zukunft völlig elektronisiert werden wird. Mithilfe der Elektronisierung des Grundbuchs wird die Zirkulationsgeschwindigkeit des Grundpfandrechts weiter erhört, während die Divergenzfälle durch Abschaffung des Briefrechts endgültig wegfallen werden. In diesem Sinne kann die Verbriefung lediglich als ein temporäres Rechtsinstitut angesehen werden. Die dogmatische

[311] Ausführlich siehe in dieser Arbeit § 3 II 1.
[312] Ausführlich siehe in dieser Arbeit § 3 II 2.
[313] Ausführlich siehe in dieser Arbeit § 5 III.

Abstraktheit bzw. Akzessorietät wird dagegen immer ein Thema bleiben, solange ein Recht als Kreditsicherungsmittel verwendet wird.

II. Der Sicherungsvertrag und die Sicherungsabrede

1. Konstruktive Abstraktheit und vertragliche Akzessorietät

Der Sicherungsvertrag gewährleistet dem Sicherungsnehmer einer Grundschuld den Zugriff auf den Gegenstand vorrangig vor allen anderen Gläubigern.[314] Der Sicherungsvertrag spielt auch im Verwertungsstadium eine Rolle, da er bei Verwertung des Grundstücks und der Umwandlung der Grundschuld in einen Auszahlungsanspruch am Verwertungserlös die Partizipation des Gläubigers an diesem Auszahlungsanspruch regelt.[315]

Die Grundschuld ist von der zugrunde liegenden Forderung *konstruktiv unabhängig*. Die Abstraktheit der Sicherungsgrundschuld zeigt sich aber praktisch lediglich als fehlende gesetzliche Automatik einer Rückabwicklung der Sicherheit auf der dinglichen Seite bei Erledigung des Sicherungszwecks. Dem Eigentümer steht gegen die Inanspruchnahme aus der nicht valutierten Grundschuld der vertragliche Rückgewähranspruch als Ausdruck des Sicherungswecks zu. In diesem Sinne ist die Sicherungsgrundschuld vom praktischen Ergebnis her auch *akzessorisch*. Nur ist diese Akzessorietät *nicht konstruktiv*, sondern *vertraglich*[316], also *parteigewillkürt*.

Das Nebeneinander von konstruktiver Abstraktheit und vertraglich hergestellter Akzessorietät ist kein Widerspruch bei nichtakzessorischen Konstruktionen. Aus der konstruktiven Abstraktheit resultiert die rechtliche Flexibilität. Die vertragliche Akzessorietät gewährleistet durch die Feststellung des Sicherungszwecks die Sicherheit der Kreditgeschäfte. Flexibilität und Sicherheit sind die zwei wichtigsten Grundelemente der wirtschaftlichen Praxis. Nur die konstruktive Abstraktheit kann diesen beiden Grundelementen gerecht werden, die notwendige Flexibilität lässt sich im Rahmen der konstruktiven Akzessorietät schwer erreichen. Die Kombination von konstruktiver Abstraktheit und vertraglicher Akzessorietät kann nur mit Hilfe des Trennungsprinzips erreicht werden.

2. Das Wesen des Sicherungsvertrags

a) Der Sicherungsvertrag als Treuhandvertrag

Der Sicherungsvertrag kann die Grundschuld mit der Forderung verknüpfen und eine schuldrechtliche Abhängigkeit der Grundschuld von der Forderung schaffen.[317] Er

[314] Kesseler, Christian, ZIP 2014, 110, 116.
[315] Kesseler, ZIP 2014, 110, 111.
[316] Hier ist mit „vertraglich“ selbstverständlich nur der schuldrechtliche Vertrag als Verpflichtungsgeschäft gemeint.
[317] Clemente, Clemens, Recht der Sicherungsgrundschuld, 2. Auflage, Köln 1992, § 3 Rn. 225, S. 52.

bestimmt, wann der Grundschuldgläubiger von seiner dinglichen Rechtsmacht Gebrauch machen darf, also aus der Grundschuld vorgehen kann, nämlich die sog. „Verwertungsreife“.[318] Der Sicherungsvertrag regelt das Schicksal der Grundschuld[319] und alle die Grundschuld betreffenden Fragen[320], wie z.B. wann die Grundschuld an den Sicherungsgeber zurückgegeben werden muss, wann die Grundschuld verwertet werden darf, was der Eigentümer-Sicherungsgeber der Geltendmachung der Grundschuld entgegenhalten darf, was passiert, wenn der Sicherungsnehmer vertragswidrig die Rechte aus der Grundschuld ausgeübt hat, usw. In diesem Sinne ist der Sicherungsvertrag der Nukleus des Schuldnerschutzes[321].

Nach der ganz h.L.[322] begründet der Sicherungsvertrag ein *Treuhandverhältnis*, durch das der Sicherungsnehmer als Grundschuldgläubiger nach außen hin eine über den Sicherungsvertrag hinausgehende Rechtsmacht erhält. Der Sicherungsvertrag ist daher im Grunde genommen [323] ein **Treuhandvertrag**. Das gilt sowohl bei Sicherungsgrundschulden als auch bei Sicherungsübertragungen. Das Rechtsverhältnis nichtakzessorischer Sicherheiten im deutschen Recht ist konstruktiv einem Treuhandverhältnis vergleichbar.

Nach dem Trennungsprinzip ist die fiduziarische Vinkulierung aufgrund des Sicherungsvertrags lediglich schuldrechtlicher Natur. Die Besonderheit liegt darin, dass der Sicherungsgeber unter Berufung auf den Sicherungsvertrag selbst die Initiative ergreifen muss, um ein Vorgehen des Sicherungsnehmers aus der Grundschuld zu verhindern. Es wirkt hier als Konsequenz des geltenden Abstraktionsprinzips nicht der Mechanismus eines automatischen Wegfalls der Grundschuld.

b) Die Rechtsnatur des Sicherungsvertrags

Die Rechtsnatur des Sicherungsvertrags ist streitig.[324] Grundsätzlich steht es aber außer Zweifel, dass er ein zweiseitiger Vertrag ist. Selbst wenn der Eigentümer zugleich auch der persönliche Schuldner ist und sowohl die Pflichten zur Darlehensgewährung als auch diejenigen zur Sicherheitsgewährung in einer Vertragsurkunde geregelt sind, liegt trotzdem kein gegenseitiger Vertrag vor, weil die Sicherheitsgewährung keine Gegenleistung i.S.d. *Synallagmas*[325] in Bezug auf die Darlehensgewährung darstellt.

[318] Baur/Stürner, § 45 Rn. 10.
[319] Baur/Stürner, § 45 Rn. 10.
[320] Clemente, § 3 Rn. 226, S. 52.
[321] Zetzsche, Dirk, AcP Band 209 (2009), 543, 545.
[322] Baur/Stürner, § 45 Rn. 9. MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 12. Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem. zu 1191ff. Rn. 26.
[323] Der Einfluss aus dem Risikobegrenzungsgesetz wird unten noch ausführlich untersucht.
[324] MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 14. Clemente, § 3 Rn. 230, S. 53.
[325] Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem. zu 1191ff. Rn. 31. MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 14. Westermann/Gursky/Eickmann, § 114 Rn. 9, S. 867. Vgl. auch Huber, Ulrich, Die Sicherungsgrundschuld, Heidelberg 1965, S. 84. Clemente, § 3 Rn. 230, S. 53.

Die Sicherheitsleistung ist prinzipiell keine rechtliche Voraussetzung für die Darlehensgewährung, obwohl der Darlehensgeber in der Praxis normalerweise unbedingt eine Sicherheit verlangt. Die rechtliche Voraussetzung ist vielmehr beim endgültigen Darlehen in der Verzinsungsvereinbarung[326] zu sehen.

Beim Darlehensvertrag, der den Darlehensgeber dazu verpflichtet, ein Darlehen zu gewähren, besteht eine Hauptleistungspflicht des Darlehensnehmers darin, dieses Darlehen rechtzeitig zurückzuführen. Beim Sicherungsvertrag, der den Sicherungsgeber verpflichtet, eine Sicherheit zu gewähren, besteht eine Hauptleistungspflicht des Sicherungsnehmers darin, diese Sicherheit nach Erledigung ihres Zweckes an den Sicherungsgeber zurückzugeben.

Nur wenn der Darlehensnehmer seine Pflicht aus dem Darlehensvertrag endgültig nicht erfüllt hat, kann sich der Sicherungsnehmer aus der Sicherheit befriedigen. Es handelt sich hier um zwei separate schuldrechtliche Verträge. Durch die Grundschuldbestellung soll die gesicherte Forderung nicht erfüllt, sondern nur „gesichert“ werden[327]. Die Erfüllungswirkung in Bezug auf den Darlehensvertrag tritt erst ein, nachdem der Verwertungserlös aus der Sicherheit dem Sicherungsnehmer zugeteilt worden ist.

In der Literatur ist streitig, ob es sich beim Sicherungsvertrag um einen gegenseitigen Vertrag handelt. Diese Frage hat lediglich Bedeutung für die Anwendbarkeit der §§ 320 ff. BGB. In der Regel gibt es sowohl beim Darlehens- als auch beim Sicherungsvertrag eine Zeitverschiebung zwischen den wechselseitigen Leistungen. Das bedeutet, dass es bei beiden Verträgen unmöglich ist, die Leistungen *Zug-um-Zug* i.S.d. § 322 BGB abzuwickeln. Damit sind die Einreden in §§ 320, 321 BGB sinnlos. Auch § 326 BGB, der den Schuldner von der Gegenleistung befreit, findet auf den Sicherungsvertrag keine Anwendung, da es an der Gegenleistung fehlt. Die Verpflichtung des Sicherungsgebers zur Sicherheitsleistung steht nicht in gegenseitiger Abhängigkeit zur Verpflichtung des Sicherungsnehmers zur Rückgewähr der Sicherheit nach Erledigung des Sicherheitszwecks. Aus diesem Grund ist die Gegenseitigkeit der Leistungen beim Sicherungsvertrag zu verneinen.

Der Sicherungsvertrag ist also ein „unvollkommen zweiseitig verpflichtender Vertrag atypischer Art“.[328] Es kommt jedoch auf den Parteiwillen an, ob zwei getrennte Verträge geschlossen werden oder ob der Sicherungsvertrag als eine Nebenabrede in den Darlehensvertrag aufgenommen wird.

3. Die Sicherungsabrede als vertragliche Zweckbestimmung

Der Kerninhalt des Sicherungsvertrags ist die Vereinbarung des Sicherungszwecks. Um den Anforderungen einer Sicherheit zu genügen, bedarf jedes subjektive Recht

[326] RGZ 161, 52, 56. Westermann/Gursky/Eickmann, § 114 Rn. 9, S. 867.
[327] Clemente, § 3 Rn. 233, S. 54.
[328] MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 14. Clemente, § 3 Rn. 230, S. 53. Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem. zu 1191ff. Rn. 31. Westermann/Gursky/Eickmann, § 114 Rn. 9, S. 867.

aus einem Sicherungsvertrag eines Sicherungszwecks, auch wenn dieses Recht konstruktiv nichtakzessorisch ist. Aus dem Sicherungszweck ergibt sich, „in welches Grundstück (Sicherungsgut) bis zu welcher Höhe (Sicherungsumfang) aus welcher Grundschuld (Sicherungsgut) wegen welcher Forderung (Sicherungsobjekt) vollstreckt werden kann“[329].

Der Sicherungsvertrag einer *akzessorischen* Sicherheit besteht aus einem Teil, nämlich der Verpflichtung zur Bestellung einer akzessorischen Sicherheit. Die *gesetzliche Zweckbestimmung* ist hier von Gesetzes wegen automatisch Inhalt des Sicherungsrechts. Dies bedeutet, dass die Verknüpfung zwischen der gesicherten Forderung und der akzessorischen Sicherheit vom Gesetzgeber ausdrücklich und zwingend bestimmt wird.

Der Sicherungsvertrag einer *nichtakzessorischen* Sicherheit besteht aus zwei Teilen. Er enthält zum einen die Verpflichtung zur Bestellung einer nichtakzessorischen Sicherheit und zum anderen eine *vertragliche Zweckbestimmung*. Es bedarf hier anders als bei der akzessorischen Sicherheit nicht einer gesetzlichen Zweckbestimmung. Die Zweckbestimmung erfolgt hier allein im Rahmen der Vertragsfreiheit. Das schließt natürlich nicht aus, dass gesetzliche Normen ausdrücklich Ausnahmen regeln und Rechtsprechung für nichtakzessorische Sicherheiten Rahmen vorsieht.

Die vertragliche Zweckbestimmung wird üblicherweise bei nichtakzessorischen Sicherheiten im Sicherungsvertrag in Gestalt einer **Sicherungsabrede** bzw. **Sicherungsvereinbarung** gestaltet,[330] die als *Kernstück* des Sicherungsvertrages angesehen werden. Sie ist damit die *causa* für nichtakzessorische Konstruktionen[331]. Im Sicherungsvertrag einer akzessorischen Sicherheit gibt es hingegen keine Sicherungsabrede, weil der Sicherungszweck bei der akzessorischen Sicherheit schon gesetzlich bestimmt wird.

Die Entwicklung des Sicherungsvertrags, genauer gesagt, der Sicherungsabrede bei nichtakzessorischen Sicherheiten, gilt als eine wesentliche rechtsdogmatische Entdeckung [332] . Weil der Sicherungsvertrag im BGB keiner systematischen gesetzlichen Regelung unterliegt, ist er das Lieblingsinstrument der Banken. Er ermöglicht eine weitgehend flexible Handhabung des Sicherungszwecks. Durch das Zusammenwirken zwischen dem obligatorischen Sicherungsvertrag und der dinglichen Sicherheit kann eine Sicherheit sich nicht nur auf eine Kreditforderung beziehen, es beseht mittels der sog. weiten Zweckerklärung die Möglichkeit, sie für alle denkbaren künftigen Kredite zu reservieren[333].

4. Quellen des Sicherungsvertrags

[329] Zetzsche, AcP Band 209 (2009), 543, 552.
[330] Baur/Stürner, § 45 Rn. 9.
[331] MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 13. Zetzsche, AcP Band 209 (2009), 543, 545.
[332] Derleder, Peter, ZIP 2009, 2221.
[333] Derleder, ZIP 2009, 2221.

Für Juristen ist es unproblematisch, den *Vertrag* und die *Vertragsurkunde* zu unterscheiden. Es ist juristisch möglich, dass in einer Urkunde mehrere Verträge aufgenommen sind. Umgekehrt kann sich aber ein Vertrag auch in mehreren Urkunden befinden.

In der Kreditpraxis werden mehrere zum Sicherungsvertrag gehörende Teile, die rechtlich grundsätzlich eine Einheit bilden sollen, häufig separat in verschiedenen Vertragsurkunden aufgespalten.[334] Der Inhalt des Sicherungsvertrages kann sich aus Bestandteilen des Darlehensvertrages, der Grundschuldbestellungsurkunde und einem meist mit Zweckerklärung oder ähnlichem Zusatz überschriebenen Formular zusammensetzen.[335]

Der Sicherungsvertrag ist grundsätzlich formfrei[336], soweit sich das Formbedürfnis nicht aus anderen Vertragsteilen ergeben sollte[337]. Daher sind praktisch die zum Sicherungsvertrag gehörenden Teile, je nachdem, wo sie sich befinden, teils notariell beurkundet oder beglaubigt, teils aber nur schriftlich oder gar nur konkludent vereinbart.[338]

5. Parteien des Sicherungsvertrags

a) Sicherungsnehmer

Die Bezeichnungen „Sicherungsnehmer“ und „Sicherungsgeber“ ergeben sich aus dem Sicherungsvertrag. Sie sind Parteien des Sicherungsvertrags.

Der Sicherungsnehmer ist grundsätzlich derjenige, der nach dem Sicherungsvertrag bis zur Erledigung des Sicherungszwecks die Grundschuld erhalten und behalten kann. Er ist meist auch der Gläubiger der Grundschuld und auch der Darlehensgeber. Es gibt zwar grundsätzlich keine Schwierigkeit bei der Bestimmung des Sicherungsnehmers, jedoch können sich die Verhältnisse komplizieren, wenn ein Treuhänder bei Konsortialfinanzierungen für mehrere Banken die Grundschuld hält.

b) Sicherungsgeber

1) Darlehensnehmer als Sicherungsgeber

Die Bestimmung des Sicherungsgebers spielt in der Praxis häufig eine relevante Rolle, weil der Sicherungsgeber auch Inhaber des Rückgewähranspruchs ist.

Die Bestimmung des Sicherungsgebers ist einfach in Fällen der *Eigensicherung*, wenn der Darlehensnehmer dem Sicherungsnehmer zur Sicherung eigener Forderungen an seinem eigenen Grundstück eine Grundschuld bestellt oder eine

[334] Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem. zu 1191ff. Rn. 212.
[335] Clemente, § 3 Rn. 244, S. 56.
[336] BGHZ 100, 82.
[337] BGH NJW 1994, 2885. Siehe Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem. zu 1191ff. Rn. 212.
[338] Clemente, § 3 Rn. 245, S. 56.

Eigentümergrundschuld abtritt[339]. Hier sind Sicherungsgeber, Darlehensnehmer und Grundstückseigentümer zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses personengleich[340].

Problematisch hingegen ist die Bestimmung des Sicherungsgebers in Fällen der *Drittsicherung*, insbesondere beim Fehlen einer Vertragsurkunde, wenn der Darlehensnehmer (persönlicher Schuldner) und der Eigentümer des belasteten Grundstücks personenverschieden sind. Es gibt keine Regel, wonach der Eigentümer, der mit dem Darlehensnehmer nicht personengleich ist, automatisch als Sicherungsgeber zu gelten hat. Der Sicherungsvertrag ist auch kein typischer im Gesetz geregelter Vertrag. Damit gibt es auch keine speziellen zwingenden Gesetzesnormen.[341]

Der Schwierigkeit der Bestimmung des Sicherungsgebers kann mit einer ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarung begegnet werden. Fehlt es aber an einer solchen, dann ist nur eine Auslegung des Sicherungsvertrags denkbar. Diese führt in der Praxis häufig zu dem Ergebnis, dass nicht der Grundstückseigentümer, sondern der Darlehensnehmer der Sicherungsgeber ist.[342] Das ist nicht verwunderlich. Denn in der Praxis findet eine Darlehensgewährung regelmäßig gegen Sicherheitsbestellung statt. Bei der Kreditvergabe ist es der Darlehensnehmer, der zur Sicherheitsbestellung verpflichtet wird, weil das Kreditverhältnis auch nur zwischen ihm und dem Darlehensgeber besteht. Selbst wenn ein Eigentümer als ein Dritter dem Darlehensgeber eine Grundschuld bestellt, kann der Sicherungsnehmer aus seinem eigenen Horizont auch erkennen, dass die Bestellung oder Abtretung der Grundschuld auf Geheiß des Darlehensnehmers erfolgt[343] und der Darlehensnehmer „Herr der Grundschuld“ ist.[344]

2) Streit im Schrifttum

Die Praxis stimmt mit der Auffassung des BGH überein, wonach der Darlehensnehmer mangels ausdrücklicher Vereinbarung in der Regel als Sicherungsgeber anzusehen ist, weil er zur Sicherheitsbestellung verpflichtet ist und dem Gläubiger das Recht durch schuldrechtliche Abreden mit einem anderen verschafft hat.[345] Im Schrifttum wird diese Rechtsprechung allerdings teilweise abgelehnt[346]. Der Hauptgrund liegt darin, dass der Eigentümer das Vermögensopfer erbringe und deshalb den Umfang des damit verbundenen Risikos bestimmen

[339] Clemente, § 3 Rn. 251, S. 58.
[340] MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 21.
[341] Clemente, § 3 Rn. 252, S. 58.
[342] Clemente, § 3 Rn. 253, S. 58. Andere Meinungen: Reinicke, Dietrich / Tiedtke, Klaus, WM 1991, Beilage 5, S. 3f. Geberdiel, Heinz / Gladenbeck, Martin, Kreditsicherung durch Grundschulden, 8. Auflage, Berlin 2008, Rn. 10. 3. 5.
[343] Clemente, § 3 Rn. 253, S. 58.
[344] BGH WM 1969, 209, 210; ZIP 1989, 157, 159; ZIP 1990, 439.
[345] BGH WM 1969, 209; NJW 1989, 1732; BGHZ 106, 1 = NJW 1989, 521; BGHZ 110, 241 = NJW 1990, 1601; BGH NJW 1991, 1821; NJW-RR 1996, 234. Siehe MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 22.
[346] Reinicke/Tiedtke, WM 1991, Beilage 5, S. 3f. Geberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rn. 10. 3. 5. Siehe MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 22.

könne[347]. Somit sollte der Eigentümer als Sicherungsgeber angesehen werden. Wäre der Grundstückseigentümer als Sicherungsgeber eine Partei des Sicherungsvertrages, könnte er damit alle Einreden aus dem Sicherungsvertrag, insbesondere den Rückgewähranspruch, geltend machen. Demzufolge würde er ein erheblich geringeres Risiko tragen.

Diese Überlegung ist zwar nicht unrichtig. Denkbar sind aber auch die Fälle, bei welchen weder der Darlehensnehmer noch der Grundstückseigentümer Sicherungsgeber sind.[348] Nach einer Entscheidung des BGH[349] bestellte die Klägerin, die nicht Darlehensnehmerin war, zugunsten der beklagten Bank eine Grundschuld als Sicherheit auf einem Grundstück, das einem Dritten gehörte, der ebenso wenig Darlehensnehmer war. Hier waren sowohl die Klägerin als die Sicherungsgeberin als auch der Grundstückeigentümer weitere Dritte.

Fraglich ist ebenfalls, ob der Schuldner-Eigentümer alleiniger Sicherungsgeber ist, wenn er nur Bruchteilseigentümer ist. Vernünftigerweise sind alle Miteigentümer Sicherungsgeber, sodass ihnen der Rückgewähranspruch aus dem Sicherungsvertrag nach § 747 S. 2 BGB gemeinschaftlich zusteht.

3) Analyse und Lösung

Würde zwischen Darlehensnehmer und Sicherungsgeber Personenidentität bestehen, wäre der Darlehensgeber weniger Ungewissheiten ausgesetzt, weil ihm sowohl beim Darlehens- als auch beim Sicherungsvertrag jeweils dieselbe Person als Vertragspartner gegenüberstehen würde.

Würde hingegen der Eigentümer als Sicherungsgeber angesehen werden, hätte er von Anfang an über alle Einreden aus dem Sicherungsvertrag die Kontrolle und könnte damit alle seine Verlustrisiken besser erkennen und damit minimieren.

Meines Erachtens sollte der Darlehensnehmer in der Regel zugleich der Sicherungsgeber sein, soweit der Sicherungsvertrag nichts anderes vorschreibt, und zwar unabhängig davon, ob der Sicherungsvertrag dies ausdrücklich oder nur konkludent regelt. Bestellt hingegen ein Eigentümer als Dritter zugunsten eines Darlehensgeber-Sicherungsnehmers eine Grundschuld, kann der Sicherungsnehmer aus seinem Horizont davon ausgehen, dass dieser Eigentümer schon alle Risiken und potenziellen Verluste kennt und tragen will. Das Innenverhältnis zwischen Eigentümer und persönlichem Schuldner braucht der Sicherungsnehmer normalerweise nicht zu kümmern. Der Eigentümer gilt also in diesem Fall als weniger schutzbedürftig.

[347] MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 22.
[348] Clemente, § 3 Rn. 255, S. 59.
[349] BGH ZIP 1990, 299.

III. Hauptinhalte des Sicherungsvertrags

1. Die Verpflichtung zur Bestellung einer bestimmten Grundschuld

Aufgrund des Sicherungsvertrags ist der Sicherungsgeber vor allem verpflichtet, dem Sicherungsnehmer eine Sicherheit durch eine Grundschuld zu verschaffen, unabhängig davon, ob der persönliche Schuldner und der Grundstückseigentümer identisch sind, und auch unabhängig davon, ob der Sicherungsgeber eine neue Grundschuld bestellt oder nur eine ihm bereits zustehende Grundschuld abtritt.[350] Der Sicherungsvertrag ist somit der Rechtsgrund des dinglichen Bestellungsgeschäfts, also dessen *causa*.[351] In diesem Sinne ergibt sich aus dem Sicherungsvertrag dogmatisch die *Primärcausa* und damit die Verpflichtung zur Bestellung einer bestimmten Grundschuld. Ist die *Primärcausa* unwirksam, so ist die dingliche Grundschuldbestellung *bereicherungsrechtlich* kondizierbar.

2. Die Sicherungsabrede

a) Schuldrechtliche Vinkulierung und Rückgewähranspruch

Die Sicherungsabrede beinhaltet die vertragliche Zweckbestimmung und ist - wie oben dargelegt - das *Kernstück* des Sicherungsvertrags bei nichtakzessorischen Sicherheiten. Aus ihr ergibt sich die *Sekundärcausa* für die Rückabwicklung der Grundschuld nach Entfallen des Sicherungszwecks. Ohne Sicherungsabrede kann ein „Sicherungsvertrag“ nicht wirksam zustande kommen. Aus diesem Grund werden die Begriffe „Sicherungsabrede“ und „Sicherungsvertrag“ für nichtakzessorische Sicherheiten oft synonym verwendet[352]. Allerdings kann die Sicherungsabrede als die Angabe einer vertraglichen Zweckbestimmung erkennbar nicht alle Inhalte des Sicherungsvertrags decken. Es sollte daher m.E. der Begriff „Sicherungsabrede“ nur *im engeren Sinne* als vertragliche Zweckbestimmung verstanden werden, während der Begriff „Sicherungsvertrag“ alle Vereinbarungen bezüglich der Sicherung enthält.

Fehlt die Sicherungsabrede ursprünglich oder entfällt sie später, so ist die Grundschuldbestellung wegen des gleichzeitigen Wegfalls des ganzen Sicherungsvertrags bereicherungsrechtlich kondizierbar.[353] Der genaue Inhalt des Kondiktionsanspruchs richtet sich je nach Wahl des Eigentümers auf Rückübertragung, Verzicht oder Aufhebung der Grundschuld.[354]

Ist die Sicherungsabrede zwar wirksam zustande gekommen, besteht aber die gesicherte Forderung von vorneherein nicht oder erlischt sie später z.B. wegen Tilgung, so folgt aus der Sicherungsabrede[355] ein vertraglicher

[350] Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem. zu 1191ff. Rn. 39.
[351] MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 22, § 1191 Rn. 13. Baur/Stürner, § 45 Rn. 10. Westermann/Gursky/Eickmann, § 114 Rn. 8, S. 867.
[352] Wie z.B. MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 13.
[353] MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 15.
[354] Baur/Stürner, § 45 Rn. 24.
[355] Ausführlich siehe in dieser Arbeit § 8 II.

Rückgewähranspruch[356]**,** der oft auch ausdrücklich vereinbart wird. Folgt man der h.M., kann davon ausgegangen werden, dass der Rückgewähranspruch schon mit Abschluss des Sicherungsvertrags entsteht, jedoch aufschiebend bedingt durch den Fortfall des Sicherungszwecks[357] ist. Ob der Sicherungszweck endgültig weggefallen ist, lässt sich nach Ansicht des BGH[358] im Wege der Auslegung der Sicherungsabrede ermitteln. Wenn die Sicherungsabrede eine Revalutierung der Grundschuld erlaubt, tritt die aufschiebende Bedingung erst mit dem endgültigen Ende der Geschäftsbeziehung ein.

In der Praxis wird zwischen „engen" und „weiten" Sicherungsvereinbarungen bzw. -abreden differenziert [359] . Bei der *engen* Sicherungsvereinbarung wird davon ausgegangen, dass das Sicherungsgut vertraglich nur zur Sicherung *einer* bestimmten Forderung überlassen wird. In diesem Fall ist das Schicksal des Rückgewähranspruchs nur und ausschließlich von der Höhe der *einzelnen* gesicherten Forderung abhängig. Im Unterschied dazu gibt es die *weite* Sicherungsvereinbarung, bei der die Grundschuld nicht allein der Sicherung einer bestimmten Forderung dient, sondern die Zweckvereinbarung *offen* gestaltet ist, wobei auch künftige Verbindlichkeiten des Sicherungsgebers einbezogen werden können. Im letzteren Fall ist ein Rückgewähranspruch erst dann vorgesehen, wenn endgültig feststeht, dass aufgrund des konkreten Sicherungsvertrags vom Sicherungsnehmer keine bzw. nur noch eingeschränkte Rechte bezüglich der Grundschuld geltend gemacht werden können. Also ist die Rechtsposition des Inhabers des Rückgewähranspruchs bei der weiten Sicherungsvereinbarung wesentlich unsicherer.

Aufgrund des Sicherungszwecks ergibt sich aus der Sicherungsabrede auch die Verpflichtung des Sicherungsnehmers, im möglichen und zumutbaren Umfange die Interessen des Sicherungsgebers zu wahren.[360] Die Schutzpflichten richten sich im Wesentlichen darauf, die Grundschuld nur entsprechend dem Sicherungszweck zu verwenden. Daraus ergeben sich beispielsweise die Pflicht zur Auskunft und Rechnungslegung bei Verwertung der Grundschuld, die Pflicht zur vollen Geltendmachung der nicht voll valutierten Grundschuld in der Zwangsvollstreckung bei gleichzeitiger Erstattung des Mehrerlöses, und möglicherweise auch das Verbot der isolierten Abtretung der Grundschuld.[361]

Insbesondere das Verbot der isolierten Abtretung ist in der Praxis sehr relevant. Obwohl es grundsätzlich nur *inter partes* gilt, kann eine bei Verstoß gegen diese Schutzpflicht drohende, potenzielle Schadensforderung einen gewissen Druck auf den

[356] Baur/Stürner, § 45 Rn. 26. Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem. zu 1191ff. Rn. 140ff. MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 17. Jetzt auch Westermann/Gursky/Eickmann, § 114 Rn. 11, S. 867 u. § 116 Rn. 3, S. 879.
[357] Baur/Stürner, § 45 Rn. 28. BGH NJW 1982, 2768, 2769; 1985, 800; 1989, 1732, 1733; 1991, 1821; 2013, 2894; NJW-RR 1994, 847.
[358] BGH NJW 2013, 2894.
[359] Siehe Kesseler, NJW 2007, 3466, 3467f.; NJW 2012, 577, 578.
[360] Clemente, § 3 Rn. 235, S. 54.
[361] Clemente, § 3 Rn. 235, S. 54, 55.

Sicherungsnehmer ausüben, die Grundschuld stets mit der gesicherten Forderung gemeinsam zu gebrauchen. Dadurch wird die überschießende Rechtsmacht aus dem Treuhandcharakter der Sicherungsgrundschuld in der Praxis erheblich eingeschränkt. Die Angst vor der nichtakzessorischen Grundschuld ist daher immer weniger begründet.

b) Änderung der Sicherungsabrede

Durch die Sicherungsabrede werden die Forderungen bestimmt, die von der Grundschuld gesichert werden. Mit der Sicherungsabrede wird demzufolge der Sicherungszweck *konkretisiert*. Wird der Sicherungszweck inhaltlich verändert, wie z.B. beim Austausch alter gegen neuer Forderungen, muss die Sicherungsabrede ebenso verändert werden. Dazu bedarf es einer erneuten Vereinbarung zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer.

Im Ergebnis wird bei der Änderung der Sicherungsabrede ein neuer Sicherungsvertrag abgeschlossen, da mit der Änderung der Sicherungsabrede das Kernstück des Sicherungsvertrages betroffen wird. Diese Art der Aktualisierung des Sicherungsvertrags kommt in der Kreditpraxis sehr häufig vor, wie z.B. in Fällen der Neuvalutierung und Umschuldung. Solche Änderungen des Sicherungsvertrags sind bei nichtakzessorischen Grundschulden ziemlich einfach, weil alle Einzelheiten auf der dinglichen Ebene unberührt bleiben. Hingegen kann dies bei akzessorischen Hypotheken häufig nicht ohne weiteres durchgeführt werden, da stets Änderungen auf der dinglichen Ebene berücksichtigt werden müssen.[362]

Ist der Rückgewähranspruch des Sicherungsgebers abgetreten, verpfändet oder gepfändet, so muss der Zessionar oder Pfandgläubiger an der Änderung des Sicherungsvertrags mitwirken.[363] Dabei ist der Zessionar des Rückgewähranspruchs gegenüber dem Sicherungsgeber grundsätzlich verpflichtet, der Änderung der Sicherungsabrede zuzustimmen. Dies fällt unter seine grundlegende Verpflichtung, die berechtigten Interessen des Sicherungsgebers zu berücksichtigen und diesen nicht unbillig in seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit zu behindern.[364] Nach der Rechtsprechung[365] können nachrangige Gläubiger solchen Änderungen auch nicht widersprechen.

c) Die Sicherungsabrede und das Zurückbehaltungsrecht

1) Zurückbehaltungsrecht des Sicherungsnehmers

Prinzipiell hat der Sicherungsnehmer kein über die Sicherungsabrede hinausgehendes Zurückbehaltungsrecht i.S.d. § 273 BGB[366], da er sonst eine zusätzliche dingliche

[362] Vgl. Baur/Stürner, § 36 Rn. 79a, 79b.
[363] Clemente, § 4 Rn. 263, S. 62.
[364] Clemente, § 4 Rn. 264, S. 62, 63.
[365] BGH ZIP 1985, 89, 93; ZIP 1988, 696, 698; ZIP 1989, 1174, 1176.
[366] MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 67.

Sicherheit [367] für seine Forderung hätte. Könnte der Sicherungsnehmer dem Rückgewähranspruch des Sicherungsgebers ein weitergehendes Zurückbehaltungsrecht entgegenhalten, so würde die Vinkulierung des Sicherungsvertrags bedeutungslos. Die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts würde auch gegen die Sicherungsabrede verstoßen, weil der Sicherungsnehmer die Grundschuld nicht entsprechend dem Sicherungszweck verwenden würde. Bei Fälligkeit des Rückgewähranspruchs ist die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts daher völlig ausgeschlossen.[368]

Auch der BGH versucht, das Zurückbehaltungsrecht des Sicherungsnehmers zu beschränken. In dem zu entscheidenden Fall berief sich eine Sparkasse aufgrund eines Schadensersatzanspruchs wegen Betrugs auf ihr Zurückbehaltungsrecht gegen den Rückgewähranspruch des Sicherungsgebers. Der BGH lässt das Zurückbehaltungsrecht der Sparkasse an dem Erfordernis Gegenseitigkeit[369] scheitern. Er geht davon aus, dass sich das Zurückbehaltungsrecht aufgrund des Erfordernisses der Gegenseitigkeit nur auf Forderungen der Sparkasse aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung und auf bankmäßig erworbene Forderungen gegenüber dem Sicherungsgeber beziehen kann, nicht aber auf den Rückgewähranspruch.

2) Zurückbehaltungsrecht des Sicherungsgebers

Hingegen wird dem Sicherungsgeber ein Zurückbehaltungsrecht bezüglich des Rückzahlungsanspruchs des Sicherungsnehmers nach § 273 BGB aufgrund seines Rückgewähranspruchs eingeräumt. [370] Im praktischen Ergebnis kann der Sicherungsgeber gegen die Erfüllung des Rückzahlungsanspruchs des Sicherungsnehmers grundsätzlich Zug um Zug die Rückgewähr der Grundschuld und Übergabe des Grundschuldbriefes verlangen.

Hier ist der Rückgewähranspruch zwar erst nach Erfüllung der Rückzahlungspflicht des Sicherungsgebers i.S.d. § 273 BGB fällig, der Sicherungsgeber kann aber sein Zurückbehaltungsrecht problemlos Zug um Zug gegen die Erfüllung des Rückgewähranspruchs geltend machen. [371] Andernfalls ginge das Zurückbehaltungsrecht des Sicherungsgebers völlig ins Leere.

3. Das Problem der Übersicherung

Unter *Übersicherung* wird verstanden, dass der Umfang der Grundschuld den Betrag der gesicherten Forderung nicht nur vorübergehend weit übersteigt und damit zwischen Sicherheit und Forderung kein ausgewogenes Verhältnis besteht, das die

[367] OLG Köln ZIP 1983, 926, 928.
[368] BGH ZIP 1985, 149; 1988, 829; 1994, 1347. OLG Köln ZIP 1983, 926. Siehe MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 67.
[369] BGH NJW 1985, 849, 850.
[370] BGH ZIP 1982, 1051, 1053. Siehe MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 68.
[371] BGHZ 73, 317, 319 = NJW 1979, 1203; BGHZ 111, 154 = NJW 1990, 2067; BGHZ 116, 244 = NJW 1992, 556. Siehe MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 68.

berechtigten Interessen von beiden Seiten berücksichtigt.[372] Das Fortbestehen der Übersicherung kann für den Sicherungsgeber nicht nur die Nutzung des Grundstücks zu Sicherung weiterer Forderungen verhindern, sondern es kann ihm auch ein Eingriff in sein Vermögen drohen, was zur Folge hat, dass der Sicherungsgeber in der Zwangsvollstreckung oder Insolvenz ungerechtfertigten Verlust dulden müsste.[373]

Die Übersicherung ist im Grunde genommen ein spezifisches Phänomen bei nichtakzessorischen Sicherheiten, wie z.B. bei Grundschulden und Sicherungsübertragungen. Im Gegensatz hierzu wird die übersteigende Sicherheit bei akzessorischen Sicherheiten automatisch unwirksam.

Da Grundstückswerte relativ stabil sind, ist die Problematik der Übersicherung bei Grundschulden im Gegensatz zu Sicherungsübertragungen in der Regel beiden Parteien bewusst. Sie wird in den meisten Fällen von Kreditparteien bewusst geduldet und sogar planmäßig vereinbart. Es wird beispielsweise eine Grundschuld in der Höhe des ganzen Grundstückswerts vereinbart, obwohl der Betrag der gesicherten Forderung offensichtlich niedriger ist als der Grundstückswert. Das Motiv des Sicherungsnehmers zielt offenbar darauf ab, seine Forderung so umfassend wie möglich auch im Hinblick auf weitere Kosten und Verbindlichkeiten abzusichern. Umgekehrt braucht der Sicherungsgeber aber grundsätzlich auch keine Angst davor zu haben, dass der Sicherungsnehmer über seine Forderung hinaus mehr beansprucht, zumal dem nichtvalutierten Teil der Grundschuld immer der Rückgewähranspruch entgegengehalten werden kann.

Allerdings kann der Umstand, dass die Grundschuld ursprünglich nur teilweise valutiert wurde, nicht rechtfertigen, dass die Parteien künftig bis zur Tilgung der vorhandenen Forderung diesen Zustand belassen wollten. Es gibt grundsätzlich keine Regel, dass das geduldete Eintreten der Übersicherung für ihr Fortbestehen eine durchschlagende Rechtfertigung verleihen kann.[374] In diesem Zusammenhang ist der Ausgangspunkt einer Würdigung immer, dem Gläubiger ausreichende Sicherheit einzuräumen.

Seit der Entscheidung des Großen Zivilsenats des BGH [375] zu revolvierenden Globalsicherheiten wird davon ausgegangen, dass sich auch bei Grundschulden der vertragliche Freigabeanspruch mit der Erfüllung gesicherter Forderungen fortlaufend aktualisiert und nicht mehr dem Ermessen des Sicherungsnehmers überlassen bleiben dürfe. Die Deckungsgrenze dürfe neben der gesicherten Forderung Kosten und Zinsschwankungen hinzurechnen, und betrage 110% der gesicherten Forderung. Unter Berücksichtigung der Bagatellgrenze von 5% könne die Grundschuld nicht 115% der gesicherten Forderung überschreiten. Andernfalls werde der Rückgewähranspruch automatisch ausgelöst. Der Schätzwert der Sicherheiten könne

[372] BGH NJW 1991, 2768; BGHZ 124, 371. Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem. zu 1191ff. Rn. 76.
[373] BGH ZIP 1990, 857, 858.
[374] BGH ZIP 857, 858.
[375] BGHZ 137, 212ff = NJW 1998, 671.

bei kombinierten Sicherheiten - wie z.B. Grundschuld, Sicherungsübereignung, -abtretung, usw. - insoweit eine Rolle spielen, als die Unterwertigkeit eines Teils eine höhere Besicherung durch Grundschulden rechtfertigen mag. Die Grenze für das Entstehen eines Freigabeanspruchs für ein Sicherungsgut liege regelmäßig bei 150% des Schätzwerts.[376]

4. Verbot der Zahlung auf die Grundschuld selbst

In der Praxis wird üblicherweise im Sicherungsvertrag vereinbart, dass die Zahlungen des Sicherungsgebers (häufig auch des Eigentümer-Schuldners) nicht auf die Grundschuld selbst, sondern nur auf die persönliche Forderung erfolgen dürfen. Dieses Phänomen gilt grundsätzlich auch bei anderen nichtakzessorischen Sicherheiten. Somit gibt es bei der Grundschuld *keine Doppeltilgung*, weil die persönliche Haftung aus der gesicherten Forderung, gegebenenfalls auch aus dem abstrakten Schuldversprechen bzw. Schuldanerkenntnis, mit der dinglichen Haftung aus der Grundschuld konkurriert. Dementsprechend haben Parteien die Dispositionsbefugnis zu einer Anrechnungsvereinbarung, wobei das sog. Tilgungsproblem [377] bei Grundschulden besteht. Im Gegensatz dazu geht das Grundpfandrecht bei der akzessorischen Hypothek mit Zahlungen des Sicherungsgebers fortlaufend und automatisch an ihn zurück über, es tritt also automatisch die Doppeltilgungswirkung ein.

Der Grund dafür, dass die Zahlungen auf die Grundschuld in der Praxis üblicherweise im Sicherungsvertrag ausdrücklich verboten werden,[378] liegt häufig darin, dass die Zahlungen auf die Grundschuld praktisch den Gläubiger in der Weise beeinträchtigen, dass in Bezug auf den getilgten Betrag keine Grundschuldzinsen mehr geltend gemacht werden können. Dies führt bei laufender Tilgung zur Reduzierung und schließlich zum Wegfall der laufenden Grundschuldverzinsung. Damit verringert sich für den Gläubiger durch den Entfall der Grundschuldzinsen auch der Sicherungsumfang. [379] Dieses Verbot führt tatsächlich auch dazu, dass die Grundschuld selbst trotz fortlaufender Tilgung der gesicherten Forderung stets bestehen bleibt. Diese Möglichkeit des *Nichtgleichlaufs* von Grundschuld und Forderung ergibt sich aus der Abstraktheit der Grundschuld. Man kann auch davon ausgehen, dass die schuldrechtliche Vereinbarung dieses Verbots der Zahlung auf die Grundschuld die dingliche Abstraktheit der Grundschuld verstärkt. Mit Fortschreiten der Zahlungen auf die gesicherte Forderung wird der nichtvalutierte Teil der Grundschuld immer größer.

Sicherungsgeber und -nehmer können als Parteien des Sicherungsvertrags eine Tilgungsbestimmung vereinbaren. Dementsprechend ist auch eine nachträgliche Abbedingung des Zahlungsverbotes denkbar in der Weise, dass der Gläubiger einer

[376] Baur/Stürner, § 45 Rn. 33.
[377] Baur/Stürner, § 45 Rn. 44.
[378] Baur/Stürner, § 45 Rn. 45.
[379] Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem. zu 1191ff. Rn. 82.

Zahlung auf die Grundschuld nicht widerspricht. Grundsätzlich kann sich der Schuldner allerdings nicht einseitig und gegen den Willen des Gläubigers von einer vertraglichen Vereinbarung lösen.[380] Zahlt der Sicherungsgeber vereinbarungswidrig auf die Grundschuld, so ist der Gläubiger dazu befugt, die Leistung zurückzuweisen.[381] Wenn der Gläubiger allerdings diese Leistung annimmt oder ihr zumindest nicht widerspricht, so wird das Zahlungsverbot dadurch individuell stillschweigend abbedungen.[382]

Bei der Frage, ob es sich bei der Zahlung des Eigentümers um eine Zahlung auf die Grundschuld handelt, die mit der Grundschuld in einem wirtschaftlichen Zusammenhang steht (Grundschuldablösung) oder ob die Zahlung auf die persönliche Forderung erfolgt, stellt der BGH darauf ab, dass es auf den bei Zahlung erklärten Willen ankomme. Fehlt es an einer ausdrücklichen Erklärung, so könne sich aus den näheren Umständen, insbesondere der Interessenlage der Beteiligten, eine stillschweigende Willenserklärung darüber ergeben.[383] Eine Tilgungsbestimmung sei auch dann maßgebend, wenn die Grundschuld mehrere Forderungen sichere, selbst dann, wenn sie sich gegen verschiedene Schuldner richte.[384]

Der BGH geht in diesem Fall allerdings davon aus, dass eine Anrechnungsabrede das Bestimmungsrecht des Schuldners nach § 366 Abs. 1 BGB ausschließt.[385] Die Rechtsprechung wendet hier im Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger § 366 Abs. 1 BGB analog an, obwohl zwischen diesen beiden kein Schuldverhältnis vorliegt. Es ist in diesem Zusammenhang allerdings zu hinterfragen, ob diese Vorschrift hier überhaupt der richtige Anknüpfungspunkt ist, oder ob Grundschuld und persönliche Forderung hier überhaupt „gleichartige Leistungen“ i.S.v. § 366 Abs. 1 BGB darstellen. Hierzu sollte man sich nochmals die Fälle vergegenwärtigen, bei denen die Vorschrift zur Anwendung kommt. Dies ist der Fall, wenn der Gläubiger gegenüber dem Schuldner mehrere Forderungen hat und der Schuldner bestimmen kann, welche der Forderungen getilgt werden sollen.

Die Literatur[386] verneint die „Gleichartigkeit der Leistungen“ i.S.v. § 366 Abs. 1 BGB in Bezug auf die Zahlung aus dem Grundstück einerseits, d.h. aus dem Erlös der Grundstücksverwertung, und die Zahlung aus dem ganzen Vermögen andererseits unter Verweis auf die unterschiedlichen Haftungsgegenstände, die hinter diesen Zahlungspflichten stehen. Daher ist § 366 Abs. 1 BGB zwar im Verhältnis zwischen mehreren Forderungen bzw. mehreren Grundschulden anwendbar, aber nicht im Verhältnis zwischen Grundschuld und der gesicherten Forderung. Die Auffassung ist vorzuziehen.

[380] MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 111.
[381] MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 112. Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem. zu 1191ff. Rn. 82.
[382] BGH MDR 1971, 120. BGH NJW 1976, 2340. Baur/Stürner, § 45 Rn. 45. MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 112.
[383] BGH NJW 1976, 2340, 2341.
[384] BGH NJW-RR 1989, 1036, 1037.
[385] BGH ZIP 1995, 1404, 1405 = BGH DNotZ 1996, 1026, 1027.
[386] Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem. zu 1191ff. Rn. 86.

5. Andere typische Vereinbarungen in der Praxis

Neben der Sicherungsabrede als dem Kernstück des Sicherungsvertrags und den oben genannten Vereinbarungen gibt es noch weitere Vereinbarungen im Sicherungsvertrag, wie z.B. die Haftungsübernahme durch ein Schuldversprechen bzw. Schuldanerkenntnis und die Vereinbarung über den Rückgewähranspruch. Beide sind in der Rechtspraxis von Bedeutung und werden nachfolgend ausführlich dargestellt.

IV. Haftungsübernahme und Unterwerfungserklärung

1. Haftungsübernahme durch Schuldversprechen bzw. Schuldanerkenntnis

Häufig wird in den gebräuchlichen *Grundschuldbestellungsformularen* im Sicherungsvertrag ein Anerkenntnis übernommen. Dies erfolgt z.B. mit dem Passus der Eigentümer anerkennt, „die Zahlung des Grundschuldbetrages“ oder „des Geldbetrages in Höhe des Grundschuldbetrages“ persönlich zu schulden. Hiermit geht in der Regel eine persönliche Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung, unter Umständen noch ein Nachweisdispens, einher.[387] Dieses Anerkenntnis ist weder eine Garantie, noch eine Bürgschaft, noch eine Schuldübernahme der Rückzahlungsforderung des Sicherungsgebers, sondern ein **selbständiges abstraktes Schuldversprechen** oder **Schuldanerkenntnis** i.S.d. §§ 780, 781 BGB.[388] Die Selbständigkeit des Schuldversprechens bzw. Schuldanerkenntnisses hat zur Folge, dass es wirksam ist, unabhängig von der Entstehung und der Wirksamkeit der Grundschuld sowie einem späteren Verzicht des Gläubigers.[389] Hierbei richtet sich der Inhalt des Versprechens auf eine *persönliche Haftung*, die mit der dinglichen Haftung aus der Grundschuld im Umfang identisch ist.

Bei den Begriffen „Schuldversprechen“ und „Schuldanerkenntnis“ handelt es sich nur um unterschiedliche Formulierungen mit gleicher inhaltlicher Bedeutung, die keine praktischen Auswirkungen haben.[390] Sie beide werden deshalb in meiner Arbeit gleichbedeutend verwendet.

2. Kumulation von Haftungsübernahme und doppelte Vollstreckungsunterwerfung

a) Zusammenwirken mit der Grundschuld

[387] Clemente, § 5 Rn. 346, S. 90.
[388] Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem. zu 1191ff. Rn. 185. Clemente, § 5 Rn. 348, S. 91. BGH DNotZ 1958, 580; BGH NJW 1976, 567; BGH NJW 1991, 286; BHG NJW 1992, 971; BGH DNotZ 2001, 379; BGH NJW 2004, 59; BGH NJW 2004, 62; BGH ZIP 2005, 1357; BGH NJW-RR 2006, 490; BGH NJW 2008, 3208.
[389] BGH NJW 1992, 971; OLG Koblenz WM 2008, 1918. Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem. zu 1191ff. Rn. 186.
[390] Clemente, § 5 Rn. 348, S. 91.

1) Zusätzliche Sicherheit aus dem Schuldanerkenntnis

In die Praxis wird die Haftung häufig in der Weise verschärft, dass formularmäßig ein abstraktes Schuldanerkenntnis *zusätzlich* zur kausalen Darlehensforderung abgegeben wird und darüber hinaus die doppelte Vollstreckungsunterwerfung[391], die einerseits gerichtet ist auf Duldung der Vollstreckung aus der Grundschuld in das Grundstück und andererseits auf Vollstreckung aus der abstrakten Zahlungspflicht in das gesamte Vermögen des Versprechenden. In diesem „Sicherungspaket der Banken"[392] stehen materiell-rechtlich das abstrakte Schuldanerkenntnis und die nichtakzessorische Grundschuld als Sicherungsmittel *nebeneinander*, wobei doppelte Abstraktheiten parallel kumuliert werden. Dadurch wird die Sicherheit der Grundschuld verstärkt, indem der Gläubiger jedenfalls für den ausgefallenen Betrag aus dem Schuldanerkenntnis mit Vollstreckungsunterwerfung in sonstiges Vermögen des Schuldners weiter vollstrecken kann[393]. Dies gilt solange wie die Grundschuld in der Vollstreckung nur teilweise verwirklicht wird. [394] In diesem Sinne sind Schuldversprechen bzw. Schuldanerkenntnis *nichtakzessorische Sicherheiten des Schuldrechts*.

2) Vollständige Ersetzung der Darlehensforderung durch das Schuldanerkenntnis

Schlimmer ist die denkbare Variante, dass die Forderung aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis die Darlehensforderung vollständig ersetzt und diese neue Forderung anschließend durch eine Grundschuld gesichert wird. Mithilfe dieser sog. „abstrakte Sicherungsgrundschuld" versucht man tatsächlich, die unerwünschte Rechtsfolge des § 1192 Abs. 1a BGB zu vermeiden, wonach forderungsbezogene Einreden den Vollstreckungszugriff hindern. [395] Aus meiner Sicht geht der Abstraktionsgrad, der dieser Konstruktion zugrunde liegt, zu weit. Meines Erachtens sollten das abstrakte Schuldanerkenntnis und die dazu parallel konstruierte Grundschuld jeweils ausschließlich die Kreditforderung sichern. Eine darüber hinaus gehende Sicherung einer abstrakten Zahlungsverpflichtung durch die nichtakzessorische Grundschuld sollte nicht vorgenommen werden. In diesem Fall bleibt noch zu klären, ob das abstrakte Schuldanerkenntnis als schuldrechtliche nichtakzessorische Sicherheit überhaupt anerkannt ist und als solches durch die Sicherungsabrede vinkuliert werden kann.

3) Die Beziehung zwischen Grundschuld und Schuldanerkenntnis

In zahlreichen Fällen wird im Sicherungsvertrag von Anfang an schon die Verpflichtung aufgenommen, dass der Sicherungsgeber zusätzlich zur Grundschuld die persönliche Haftung durch Schuldanerkenntnis übernimmt und sich darüber

[391] Die Vollstreckungsunterwerfung wird ausführlich in dieser Arbeit § 12 I dargestellt.
[392] Wörtlich siehe Stürner, JZ 2010, 774, 775.
[393] Baur/Stürner, § 45 Rn. 16. BGH NJW 1990, 392, 393.
[394] BGH NJW 1990, 392, 393; 1991, 286; NJW-RR 1987, 59. Siehe Baur/Stürner, § 45 Rn. 16, S. 579.
[395] Zetzsche, AcP Band 209 (2009), 543, 573.

hinaus der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft. Ursprünglich stand dahinter das Bestreben, einen persönlichen Anspruch mit der Möglichkeit des sofortigen Vollstreckungszugriffs in das Gesamtvermögen zu gewinnen. Dieser sollte sich auf der Schuldnerseite gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer richten, auf der Gläubigerseite sollte sie nicht nur dem jeweiligen Grundschuldinhaber zustehen, sondern sollte auch in einer Art *umgekehrter Akzessorietät*[396] mit der Grundschuld stehen und fallen.[397]

Der BGH hat für die Beziehung zwischen Grundschuld und Schuldanerkenntnis in seiner jüngeren Rechtsprechung den Akzessorietätsgedanken aufgegriffen. Nach Ansicht des BGH ist nur derjenige Rechtsnachfolger des in einer notariellen Urkunde genannten Gläubigers, der sowohl Gläubiger des Anspruchs aus dem Schuldanerkenntnis als auch Gläubiger der Grundschuld ist. Das ist nur dann der Fall, wenn der Schuldner in der Urkunde die persönliche Haftung in der Weise übernommen hat, dass der jeweilige Gläubiger der Grundschuld ihn hieraus in Anspruch nehmen kann. [398] Folglich wirkt sich dieses Urteil zugunsten des Schuldnerschutzes aus. Das Urteil ist aus dogmatischer Sicht im Hinblick auf die Abstraktheit des Schuldanerkenntnisses anzuzweifeln, zumal aufgrund der Selbständigkeit des Schuldanerkenntnisses seine Wirksamkeit unabhängig von der Entstehung der Grundschuld gegeben ist[399] und diese auch dann fortbesteht, wenn der Gläubiger auf die Grundschuld verzichtet.[400]

b) Zusammenwirken mit der (Verkehrs)Hypothek

Es ist in der Praxis auch möglich, dass das abstrakte Schuldanerkenntnis mit der akzessorischen Verkehrshypothek kombiniert ist. Diese Konstruktion ist die sog. „abstrakte (Verkehrs)Hypothek“[401]. Der BGH hat über diese Problematik noch nicht abschließend entschieden[402], obwohl die abstrakte Hypothek bei der Personenidentität von Schuldner und Eigentümer in der Rechtsprechung[403] schon grundsätzlich für zulässig gehalten wird.

Das OLG Köln [404] geht generell von der Zulässigkeit [405] der abstrakten Verkehrshypothek aus, mit der Begründung[406], dass die durch eine Hypothek zu

[396] Die sog. umgekehrte Akzessorietät bedeutet, dass die Ansprüche, etwa aus einem abstrakten Schuldversprechen, der Grundschuld in der Weise folgen sollten, dass sie dem jeweiligen Inhaber der Grundschuld zustehen. Vgl. Staudinger/Wolfsteiner, § 1154 Rn. 82, S. 433.
[397] Staudinger/Wolfsteiner, Vor §§ 1191ff., Rn. 184, S. 803.
[398] BGH DNotZ 2008, 833 mit Anm. Wolfsteiner.
[399] BGH NJW 1992, 971.
[400] OLG Koblenz WM 2008, 1918.
[401] Baur/Stürner, §40 Rn. 46.
[402] Baur/Stürner, §40 Rn. 46.
[403] BGH NJW 1991, 1677 = JZ 1991, 874 mit Anmerkung von Eickmann; NJW 1992, 972. Auch OLG Stuttgart NJW 1979, 222f.
[404] OLG Köln DNotZ 2013, 768.
[405] Gleich wie OLG Stuttgart NJW 1979, 222, 223 und OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 111.
[406] OLG Köln DNotZ 2013, 768, 769.

sichernde Forderung auf jedem rechtlich zulässigen Schuldgrund beruhen kann, so dass auch der Anspruch aus einem abstrakten Schuldanerkenntnis ohne weiteres hypothekenfähig ist.

Durch eine derartige Konstruktion wird auch nach Ansicht des OLG Köln[407] eine dingliche Sicherung erreicht, deren Abstraktionsgrad faktisch demjenigen der Grundschuld nach bisherigem Recht entspricht. Insbesondere nach der Sachenrechtsreform versucht man durch diese abstrakte Verkehrshypothek den Ausschluss des gutgläubig einredefreien Erwerbs von Grundpfandrechten und die zwingende sechsmonatige Kündigungsfrist der Sicherungsgrundschuld zu umgehen. Daher besitzt die abstrakte Verkehrshypothek das Potenzial, „die Flexibilität der Grundschuld mit der Verkehrsfähigkeit der Hypothek zu vereinen und damit aus Sicht des Gläubigers zum Grundpfandrecht der Wahl aufzusteigen“[408]. Die Literatur[409] führt daher aus, dass „die Kreditinstitute zur Verkehrshypothek für ein abstraktes Schuldversprechen ausweichen, wenn sie klug beraten sind“. Es wird auch die Auffassung vertreten, dass „der Schuldner bei der Verkehrshypothek den aus der Abstraktheit des Grundpfandrechts resultierenden Gefahren ausgesetzt ist, allerdings ohne den Schutz zu genießen, den der Gesetzgeber für ihn bei der Sicherungsgrundschuld in §§ 1192 Abs. 1a, 1193 BGB vorgesehen hat“.[410]

Wäre das vollständig der Fall, verlöre die fiduziarische Konstruktion im Hinblick auf das Grundpfandrecht zunehmend an Bedeutung, weil Gläubiger ihr Ziel in der Tat auch schon durch gesetzliche Rechtsverhältnisse verwirklichen könnten und die Sicherungsabrede in der Praxis an Bedeutung verlieren würde.

Diese Entwicklung sollte eingehender untersucht werden, insbesondere, wenn das abstrakte Schuldanerkenntnis die Darlehensforderung völlig ersetzt und zusätzlich für diese abstrakte Zahlungsverpflichtung noch eine Hypothek bestellt wird. Im Fall der abstrakten Hypothek bei fortbestehender Darlehensforderung finden §§ 401, 1153 BGB im Hinblick auf die Akzessorietät der Hypothek immer noch Anwendung. Somit kann über die Hypothek und die abstrakte Zahlungsverpflichtung nur gemeinsam verfügt werden. Damit bleiben die bestehenden Einreden aus dem Sicherungsvertrag unberührt. Die Möglichkeit eines gutgläubig einredefreien Erwerbs der Verkehrshypothek, die das abstrakte Schuldanerkenntnis sichert, existiert dann kaum. Aus diesem Grund muss man die „Renaissance der Hypothek“ noch mit einem Fragezeichen versehen.

Problematisch ist also nur der Fall, dass das abstrakte Schuldanerkenntnis als selbständige nichtakzessorische Forderung zusammen mit der Sicherungsgrundschuld auftritt. Auch in diesem Fall müsste aber das Schuldanerkenntnis als

[407] OLG Köln DNotZ 2013, 768, 771.
[408] Heinze, AcP Band 211 (2011), 103, 151.
[409] Staudinger/Wolfsteiner, § 1113 Rn. 30.
[410] Böttcher, Roland, NJW 2015, 840, 841. OLG Köln DNotZ 2013, 768, 772.

nichtakzessorische Sicherheit nach dem Grundgedanken[411] aller nichtakzessorischen Konstruktionen durch eine Sicherungsabrede vinkuliert werden.

3. Zulässigkeit

a) Generelle Zulässigkeit bei Personenidentität

Der Gebrauch des Schuldversprechens und Schuldanerkenntnisses als nichtakzessorische Sicherheiten ist von Gesetzes wegen nicht verboten und damit generell zulässig. Auch die Kombination aus nichtakzessorischer Grundschuld und abstrakter Zahlungsverpflichtung verstößt nach der h.L.[412] und Rechtsprechung[413] nicht gegen § 307 BGB. Seit der Entscheidung des IX. Senats des BGH vom 18.12.1986[414] steht für die Praxis die Wirksamkeit fest[415], soweit der Schuldner mit dem Eigentümer identisch ist. Der BGH begründet dies damit, dass der Schuldner schon durch §§ 767, 769 ZPO und Schadensersatzpflichten der Bank ausreichend gesichert werde.[416] Ob das Schuldanerkenntnis auf die Forderung oder den Grundschuldbetrag abgegeben wird, ist von geringer Bedeutung, weil der Übersicherung der Grundschuld parteiinitiativ ein Rückgewähranspruch entgegengesetzt wird. Hingegen ist eine formularmäßige persönliche Haftungsübernahme nach h.L.[417] und Rechtsprechung[418] wegen Verstoßes gegen § 307 BGB grundsätzlich unzulässig, wenn die Grundschuld ausschließlich eine fremde Schuld sichert, also der Eigentümer vom Schuldner verschieden ist.

b) Art und Weise der Kumulation

Zu der Frage, ob die formularmäßige Übernahme einer persönlichen Haftung aus einem Schuldanerkenntnis für den Grundschuldbetrag, verbunden mit der Vollstreckungsunterwerfung in das gesamte Vermögen, überhaupt vollstreckbar ist, wenn der Sicherungsgeber ein am Kreditverhältnis unbeteiligter Dritter ist, ist die Formulierung des BGH unklar.[419] Zumindest könne eine solche Haftungsübernahme für eine fremde Schuld nicht durch ein Schuldanerkenntnis mit Unterwerfungsklausel in der Grundschuldbestellungsurkunde wirksam herbeigeführt werden,[420] weil keine Identität zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Sicherungsgeber aus der

[411] Siehe § 8 IV 5 dieser Arbeit.
[412] Staudinger/Wolfsteiner, Vor §§ 1191ff., Rn. 189, S. 805. Baur/Stürner, § 45 Rn. 15 und § 40 Rn. 45. Baur, Fritz / Stürner, Rolf / Bruns, Alexander, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Auflage, Heidelberg 2006, Rn. 16.19.
[413] BGH NJW-RR 1990, 246; BGHZ 99, 274; BGHZ 114, 9; BGH ZIP 2003, 2346; OLG Stuttgart NJW 1979, 222. Dietlein, Max Josef, JZ 1977, 637. Schulz, Dietmar, ZIP 2008, 1858. Gegen Stürner, JZ 1977, 431 u. BWNotZ 1977, 106; 1978, 2.
[414] BGH ZIP 1987, 439.
[415] Clemente, § 5 Rn. 362, S. 97.
[416] BGHZ 99, 274 gegen Stürner, JZ 1977, 638, 639 und 431, 432. Siehe Baur/Stürner, §40 Rn. 45, S. 540. Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 16.19.
[417] Baur/Stürner, § 45 Rn. 15. Staudinger/Wolfsteiner, Vor §§ 1191ff., Rn. 190, S. 805, 806.
[418] BGHZ 114, 9; OLG Oldenburg NJW 1985, 152; OLG Stuttgart NJW 1987, 71.
[419] BGHZ 99, 274, 285.
[420] BGH NJW 1991, 1677. Baur/Stürner, § 45 Rn. 15. Kritisch: Stürner, DNotZ 1992, 97ff.

dem Schuldanerkenntnis besteht. Der BGH sieht hier in der Haftungsübernahme durch das Schuldanerkenntnis nicht eine Nebenbestimmung zum Sicherungsvertrag, sondern eine „Nebenabrede zur Grundschuldbestellung“.[421] Das bedeutet, dass nach Auffassung des BGH eine zusätzliche persönliche Haftung des zur Sicherung bereiten Dritten durch eine gesonderte Vereinbarung begründet werden muss. Zu der inhaltlichen Frage, ob der Dritteigentümer formularmäßig überhaupt zur persönlichen Haftung herangezogen werden darf, wird nicht Stellung bezogen[422]. Damit hat der BGH sich faktisch nur gegen die Art und Weise der Vereinbarung in der Grundschuldbestellungsurkunde ausgesprochen.[423] Dem BGH folgend müssten Banken statt bisher lediglich einer Urkunde nunmehr zwei Urkunden unterschreiben und beurkunden lassen. M.E. ist es von geringer Bedeutung, ob das Schuldanerkenntnis in der Grundschuldbestellungsurkunde oder in einer weiteren Urkunde gesondert erklärt wird, da es trotz seiner schuldrechtlichen Natur als nichtakzessorische Sicherheit ohnehin Bestandteil des Sicherungsvertrages ist[424].

c) Einmalige Durchsetzbarkeit

Es stellt sich weiter die Frage, ob der Gläubiger das Schuldanerkenntnis *kumulativ* zur Grundschuld verwerten kann, um es als Sicherheit für weitergehende kausale Forderungen einzulösen, insbesondere wenn die Grundschuld schon voll befriedigt ist.[425] Der BGH geht prinzipiell davon aus, dass der Gläubiger, auch wenn die gesicherte Forderung höher ist als die Grundschuld, aus der Urkunde den angegebenen Betrag *nur einmal* verlangen und vollstrecken kann[426], obwohl die persönliche Schuld in Höhe des Grundschuldbetrags in der Grundschuldbestellungsurkunde anerkannt wird.[427] Nach dieser Auffassung dienen Grundschuld und abstraktes Schuldanerkenntnis bzw. Schuldversprechen gemeinsam demselben Sicherungszweck.[428] In der Literatur wird davon ausgegangen, dass analog zur Sicherungsgrundschuld ein sog. „Sicherungsversprechen“ besteht, dessen gemeinsame *causa* die Sicherungsabrede ist.[429]

d) Die additive Zuordnung

Unter bestimmten Voraussetzungen erkennt der BGH[430] die „additive“ Zuordnung beider Sicherheiten an. Es muss dann im Urkundentext oder zumindest mündlich bei der Erörterung des Erklärungsinhalts klar zum Ausdruck gebracht werden, dass der Schuldner die beiden Sicherheiten in Höhe des Grundschuldbetrags „kumulativ nebeneinander“ bestellen und sich sowohl aus der Grundschuld als auch aus dem

[421] Staudinger/Wolfsteiner, Vor §§ 1191ff., Rn. 190, S. 806.
[422] Baur/Stürner, §40 Rn. 45.
[423] Stürner, DNotZ 1992, 97, 98.
[424] Staudinger/Wolfsteiner, Vor §§ 1191ff., Rn. 190, S. 806.
[425] Siehe Baur/Stürner, § 45 Rn. 16.
[426] BGHZ 99, 274, 280f.; NJW 1988, 707, 708; NJW-RR 2000, 1358.
[427] BGH NJW 1988, 707.
[428] BGHZ 98, 256. BGH WM 1976, 254; 2003, 2375. Siehe Zetzsche, AcP Band209 (2009), 543, 567.
[429] Zetzsche, AcP Band 209 (2009), 543, 567.
[430] BGH NJW-RR 2000, 1358. Auch BGH NJW 1988, 707, 708.

Schuldanerkenntnis und damit in „doppelter Höhe“ der Zwangsvollstreckung unterwerfen soll.

4. Beweislaständerung durch abstrakte Zahlungsverpflichtung

a) Funktion des Schuldanerkenntnisses bzw. Schuldversprechens

Mit dem „grundlosen“ Schuldanerkenntnis und der damit verbundenen abstrakten persönlichen Haftung wird der Schuldner stark gefährdet, weil es gegenüber der Grundschuld eine *isolierte Zusatz-Kreditsicherheit* darstellt[431]. In der Formularpraxis unterliegt dieses Problem häufig dem AGB-Recht.

In der Praxis besteht die Funktion des abstrakten Schuldanerkenntnisses im Wesentlichen in der Beweislastumkehr [432] oder in einem Verzicht des Fälligkeitsnachweises durch den Sicherungsgeber im Unterschied zu dem Fall, in dem der Gläubiger sich auf die kausale Forderungen beruft. Dies hat zur Folge, dass der Rückgewähranspruch ausscheidet, solange das abstrakte Schuldanerkenntnis in Verbindung mit der Vollstreckungsunterwerfung eine wirksame Verbindlichkeit aus dem Darlehensvertrag sichert.[433]

Insgesamt kann festgehalten werden, dass dieses Sicherheitspaket der Banken im Ergebnis die Prozessführungslast und die Beweislast zuungunsten des Bankkunden verschiebt [434] . Insbesondere gegen die formularmäßige Verwendung dieser Konstruktion durch die Banken sind in der Literatur schon sehr früh Bedenken geltend gemacht worden [435] . Auch die strikten Befürworter dieser Konstruktion stimmen dahingehend überein, dass die Beweislast des Gläubigers dadurch verbessert und die des Schuldners verschlechtert wird.[436] In der Tat wird der Schuldner über diese Konstruktion gezwungen, die Voraussetzungen der Bereicherungseinrede bzw. der Sicherungsabrede darzulegen und zu beweisen. Dabei ist es unerheblich, ob die Beweislastumkehr unmittelbar vereinbart wird oder das Ergebnis einer rechtlichen Konstruktion ist.[437]

Bei der Frage der Anwendbarkeit des AGB-Rechts auf diese Konstruktion stellt die Literatur im Ausgangspunkt darauf ab, ob es sich hier um eine rechtsgeschäftliche oder eine gesetzliche Beweislastumkehr handelt. [438] Soweit hier eine Beweislastumkehr durch Rechtsgeschäft bejaht wird, führt dies zur Anwendbarkeit

[431] Everts, Arne, DNotZ 2012, 245, 247.
[432] Vgl. auch Larenz, Karl / Canaris, Claus-Wilhelm, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Auflage, München 1994, § 61 I 1. a), S. 25. Esser, Josef/Weyers, Hans-Leo, Schuldrecht, Band II Besonderer Teil, Teilband 1, 8. Auflage, Heidelberg 1998, § 41 I, S. 366 u. III 1., S. 368. Baur/Stürner, § 40 Rn. 45.
[433] BGH NJW 2008, 3208, 3209.
[434] Stürner, JZ 2010, 774, 775.
[435] Baur, Fritz, in Festschrift Demelius, 1973, S. 315. Stürner, JZ 1974, 157; JZ 1977, 638.
[436] Dietlein, Max Josef, Kreditsicherung der Banken und das neue AGBG, JZ 1977, 637, 638.
[437] Stürner, JZ 1977, 431, 432.
[438] Staudinger/Coester-Waltjen, Berlin 2006, § 309 Nr. 12, Rn. 5.

von § 309 Nr. 12 BGB. Hingegen wird vorgebracht, dass diese Konstruktion ja gerade die vom Gesetzgeber in den §§ 780, 781 BGB ausdrücklich vorgesehene „gesetzliche Beweislaständerung“ konkretisiert und daher eine Kontrolle durch AGB-Recht nicht erforderlich sei. Der Versuch, durch die Differenzierung zwischen rechtsgeschäftlicher und gesetzlicher Beweislastumkehr diese Konstruktion von der Reichweite des § 309 Nr. 12 BGB auszuklammern, ist nicht nachvollziehbar, da die Parteien zwar durch ein Rechtsgeschäft eine neue Anspruchsgrundlage schaffen,[439] aber in diesem Rechtsgeschäft nur eine „gesetzliche“ Beweislaständerung erzielt wird.[440]

Grundsätzlich sollte diese Konstruktion mittels der §§ 780, 781 BGB einer Kontrolle durch das AGB-Recht unterliegen.[441] Es kann davon ausgegangen werden, dass die Kumulation von abstrakter Zahlungsverpflichtung und Grundpfandrecht vom ursprünglichen BGB-Gesetzgeber nicht vorausgesehen wurde. Ebenso wird davon ausgegangen, dass das Schuldversprechen und das Schuldanerkenntnis gem. §§ 780, 781 BGB ursprünglich nicht auf eine zusätzliche Sicherung der Haftungsmasse für den Darlehensgläubiger abstellte, sondern eher eine Änderung der Beweislast gegenüber dem Darlehensvertrag bezweckte.[442] Bei kumulierten Sicherheiten würde das abstrakte formularmäßige Schuldanerkenntnis wegen unangemessener Benachteiligung des Schuldners nach § 309 Nr. 12 BGB von Anfang an scheitern.[443]

b) Formelle Erscheinungsform und rechtlicher Zweck

Die Kritik und Überlegung *Stürners* in den 70er Jahren[444] überzeugt auch noch bis heute und sollte uns jedenfalls zum Nachdenken anregen.

Man hat den Eindruck, dass das deutsche Recht auf allen Gebieten *Effizienz* anstrebt. Beispiele hierfür sind u.a. das Trennungs- und Abstraktionsprinzip, der öffentliche Glauben des Grundbuchs, der gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen, der allgemeine Vertrauensschutz und die allgemeine Verschärfung der Kaufmannshaftung im HGB, die Abstraktheit der Grundschuld, usw. Die Kumulation von abstrakter Zahlungsverpflichtung und nichtakzessorischer Grundschuld geht m.E. zu weit.

Insbesondere am Beispiel des Schuldversprechens und Schuldanerkenntnisses zeigt sich der Unterschied zwischen der *faktischen Erscheinungsform* und der *rechtlichen Gestaltungsmöglichkeit*[445]. In der Praxis werden das Schuldversprechen und das Schuldanerkenntnis häufig entsprechend ihrem ursprünglich zugedachten *wahren Rechtszweck* verwendet, um z.B. eine schon bestehende Schuld „anzuerkennen“, zu „deklarieren“, eine Beweislastsituation zu verändern, eine Zugriffsmöglichkeit zu

[439] Staudinger/Coester-Waltjen, Berlin 2006, § 309 Nr. 12, Rn. 5.
[440] Stürner, JZ 1977, 639, 640.
[441] Stürner, BWNotZ 1978, 2, 3.
[442] Stürner, JZ 1977, 639, 640.
[443] Stürner, BWNotZ 1978, 2, 3.
[444] Stürner, JZ 1977, 639ff. BWNotZ 1978, 2ff.
[445] Vgl. Larenz/Canaris, § 61 II 1., S. 31.

erleichtern. Auch dieser wahre rechtliche Zweck sollte vom AGB-Recht geprüft werden.

Wie *Stürner* in den 90er Jahren richtig wiederholte[446], hatte der BGH lange Zeit keine tragfähige Begründung abgegeben, warum einerseits die Beweislastumkehr als Folge des Gebrauches eines gesetzlichen Instituts nicht der Kontrolle des § 309 Nr. 12 BGB unterworfen wird, der formularmäßige Gebrauch gesetzlicher Institute allerdings in anderen Fällen durch eine AGB-Kontrolle eingeschränkt wird. Für eine AGB-Kontrolle bei Anwendung der §§ 780, 781 BGB muss entscheidend sein, ob der einzige oder ganz überwiegende Zweck in der Beweislastumkehr liegt oder ob noch weitere Zwecke den Einsatz des gesetzlichen Instituts rechtfertigen.[447]

Auch bei vorrangiger Berücksichtigung der Interessen der Banken, die in einem weltweiten Wettbewerb der Banken zu bestehen haben[448], ist m. E eine AGB-Kontrolle, die sich am Zweck der gesetzlichen Beweislastumkehr ausrichtet, bei der Lösung der heute fortlaufend auftretenden Fälle von sehr relevanter Bedeutung. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass das Schuldanerkenntnis im chinesischen Recht in der Praxis nur eine geringe Rolle spielt, besteht m.E. keine Notwendigkeit, die Kumulation von Schuldanerkenntnis und Grundpfandrecht auf das chinesische Recht zu übertragen. Dort gibt es bis heute nur die Hypothek als akzessorisches Grundpfandrecht. Demzufolge muss als zwangsläufige Voraussetzung für die nichtakzessorische Sicherheit zunächst das Trennungsprinzip eingeführt werden. Eine Beschäftigung mit einem Einzelproblem, wie z.B. der Haftungskumulation, erscheint vor der Klärung dieser Grundsatzfragen zu diesem Zeitpunkt nicht angebracht. Erst wenn das Zusammenspiel zwischen Bankenpraxis und Gesetzgebung fortgeschritten ist, können Detailprobleme Bedeutung erlangen.

5. Das abstrakte Schuldversprechen und das abstrakte Schuldanerkenntnis als selbständige nichtakzessorische Sicherheiten im Schuldrecht

Historisch gesehen ist die Figur des abstrakten Schuldvertrags ein spätes Produkt der deutschen Rechtsdogmatik des 19. Jahrhunderts[449], im Rechtsvergleich ist es eine charakteristische Eigenart des deutschen Rechts[450]. Da die Beweislastumkehr ein erhöhtes Risiko für den Sicherungsgeber bedeutet, wird sie von zahlreichen Ländern abgelehnt.

Das Schuldanerkenntnis führt zur Loslösung von der ursprünglichen *causa* i. S. eines Grundes, der die Zuwendung rechtfertigt[451] und zur Begründung der Selbständigkeit der Forderung, wobei letztere verglichen werden kann mit der Selbständigkeit des

[446] Stürner, DNotZ 1992, 97, 99.
[447] Stürner, DNotZ 1992, 97, 99.
[448] Siehe Stürner, JZ 2010, 774, 775, 776.
[449] Schmidt, Karsten, Herausgeber, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, Berlin 1990, S. 173ff.
[450] Kübler, Friedrich, Feststellung und Garantie, Tübingen 1967, S. 16ff. Siehe Larenz/Canaris, § 61 I 1. a), S. 25.
[451] Larenz/Canaris, § 61 I 2. a), S. 26.

Verfügungsgeschäfts aufgrund des Abstraktionsprinzips und der Selbständigkeit der nichtakzessorischen Sicherheit. Grundsätzlich kann dem Schuldanerkenntnis nur die Bereicherungseinrede und der Kondiktionsanspruch entgegengesetzt werden, es sei denn, es verstößt gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten. Das Schuldanerkenntnis lässt sich wegen der hieraus ergebenden Risiken nur schwer domestizieren, was bis heute zu stark kritisiert wird[452].

In diesem Zusammenhang muss berücksichtigt werden, dass Schuldanerkenntnis im Zusammenwirken mit Grundpfandrechten zur Sicherung von Forderungen eigentlich nicht der gesetzgeberischen Absicht entspricht, die hinter den §§ 780, 781 BGB steht. In diesem Fall wird eine *zusätzliche selbständige* Personalsicherheit neben der Grundpfandrechtshaftung als dingliche Sicherheit gestellt. Sieht man das Schuldanerkenntnis als nichtakzessorische Sicherheit im Schuldrecht an, besteht es unabhängig von der gesicherten Forderung mit der Folge, dass es ebenso wie die Grundschuld durch die Sicherungsabrede vinkuliert werden muss, auch unabhängig davon, ob dies in der Sicherungsabrede ausdrücklich vereinbart wird. Es werden daher im Sicherungsvertrag die Grundschuld und das Schuldanerkenntnis als *zweifach sichernde Verknüpfungen* aufgenommen. Dabei ist das Schuldanerkenntnis von der gesicherten Forderung ebenso nur *konstruktiv* abstrakt wie die Sicherungsgrundschuld. Dies bedeutet, dass beide zweckfrei sein *können*. In der Kreditpraxis wird allerdings das Schuldanerkenntnis durch die Sicherungsabrede dem Sicherungszweck zugeordnet, was zu einer *vertraglichen* Akzessorietät führt. Der Sicherungsvertrag kann sowohl dem Schuldanerkenntnis als auch der Grundschuld parteigewillkürte Akzessorietät verleihen. Im Hinblick auf diese Rechtsfigur liegt in Entsprechung zur Sicherungsgrundschuld ein „Sicherungsversprechen“ vor, dessen gemeinsamer Rechtsgrund die Sicherungsabrede ist.[453]

Die eigentliche Bedeutung des abstrakten Schuldanerkenntnisses liegt darüber hinaus im *Zusammenspiel* mit der Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung. [454] Von besonderem Interesse ist für den Gläubiger neben der dinglichen Haftung aus der Grundschuld die persönliche Haftung und die Vollstreckungserleichterung aus der Beweislaständerung, also die sekundäre Zugriffsmöglichkeit auf das Gesamtvermögen des Versprechenden, während seine Zugriffsmöglichkeit aus der dinglichen Haftung der Grundschuld unberührt bleibt.

V. Der Rückgewähranspruch als Ausdruck vertraglicher Akzessorietät

1. Die Rechtsnatur des Rückgewähranspruchs

[452] Vgl. MünchKommBGB/Habersack, Band 5 Schuldrecht Besonderer Teil III, 6. Auflage, München 2013, § 780 Rn. 5ff.
[453] Zetzsche, AcP Band 209 (2009), 543, 567.
[454] Clemente, § 5 Rn. 352, S. 92.

Eine Besonderheit der Grundschuld als Sicherungsrecht liegt darin, dass bei Befriedigung oder bei Wegfall der gesicherten Forderungen keine Eigentümerrechte an dem Grundpfandrecht entstehen, sondern nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf Rückgewähr der entsprechenden Sicherheit entsprechend der Vereinbarung im Sicherungsvertrag, welcher der Grundschuld zugrunde liegt.[455]

Die schuldrechtliche Natur des Rückgewähranspruchs ist unstreitig. Der BGH[456] führt dazu aus, dass der Sicherungsnehmer nach Maßgabe des allgemeinen Schuldrechts zum Schadensersatz verpflichtet ist, wenn er den Rückgewähranspruch schuldhaft nicht erfüllt. Ist der Rückgewähranspruch abgetreten worden, steht der Anspruch auf Schadensersatz dem Zessionar zu.

Der Rückgewähranspruch bei Sicherungsgrundschulden beinhaltet den Anspruch des Sicherungsgebers gegenüber dem Sicherungsnehmer auf Rückgewähr der Grundschuld, nachdem sich der Sicherungszweck erledigt hat. Hierbei garantiert die Abstraktheit die dinglich *konstruktive* Unabhängigkeit der Grundschuld, während der Rückgewähranspruch eine *vertragliche* Verknüpfung der Grundschuld mit der gesicherten Forderung herstellt.

Hinsichtlich der Rechtsnatur des Rückgewähranspruchs besteht keine vollständige Einigkeit. Nach der ganz h.M. [457] ist der Rückgewähranspruch ein vertraglicher Anspruch aus dem Sicherungsvertrag, oder genauer gesagt aus der Sicherungsabrede [458] . Ergibt die Auslegung des Sicherungsvertrags, dass der Sicherungszweck nicht oder nicht mehr besteht, hat dies einen Rückgewähranspruch zur Folge. Also ist der Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld in den meisten Fällen ein Vertragsrecht, dessen Verletzung in der Regel einen schuldrechtlichen Schadensersatzanspruch auslöst.[459]

Eine Mindermeinung verneint einen vertraglichen Anspruch mit der Begründung, dass die Einrede des § 320 BGB[460], wie oben dargelegt, aufgrund des fehlenden *Synallagmas* des Sicherungsvertrags von vornherein ausscheidet. Nach dieser Meinung soll das schuldrechtliche Kreditgeschäft endgültig scheitern, wenn die Forderung nicht entstanden ist. Dies führe automatisch zur Mangelhaftigkeit des Sicherungsvertrags mit der Folge, dass der Eigentümer seine Grundschuld nach Bereicherungsrecht, also nach § 812 Abs. 1 S. 2 BGB, kondizieren kann.[461]

[455] Kesseler, ZIP 2014, 110.
[456] BGH WM 2013, 1070.
[457] Baur/Stürner, § 45 Rn. 26. Staudinger/Wolfsteiner, Vor §§ 1191ff., Rn. 140, S. 790. MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 130. Wilhelm, Rn. 1741, S. 696. Auch Westermann/Gursky/Eickmann, § 114 Rn. 11, S. 867 u. § 116 Rn. 3, S. 879, aber prinzipiell nur bei Tilgungsfällen.
[458] Clemente, § 7 Rn. 383, S. 105.
[459] BGH NJW 2013, 2894; DNotZ 2013, 760, 762.
[460] BGH WM 1967, 955. Dazu insbesondere Jäckle, Wolfgang, JZ 1982, 50, 52.
[461] Westermann/Gursky/Eickmann, § 114 Rn. 26, S. 870.

Den oben dargelegten Meinungen ist gemeinsam, dass sie an das Scheitern des Sicherungszwecks anknüpfen. Auch die Bereicherungslehre setzt ein endgültiges Scheitern des Sicherungsvertrags voraus. Es ist unbestritten, dass der Rückgewähranspruch ein Ergebnis der Auslegung des Sicherungszwecks ist. Demzufolge ist die Anspruchsgrundlage des Rückgewähranspruchs ebenfalls der Sicherungsvertrag, da der Sicherungszweck auch in allen Fällen dem Sicherungsvertrag zugrunde liegt. Meiner Auffassung nach sollte damit in aller Regel an der Vorrangigkeit der vertraglichen Anspruchsgrundlagen festgehalten werden.

Der Rückgewähranspruch ist das wichtigste Instrument zur Kontrolle der Sicherungsgrundschuld. Die überschießende dingliche Rechtsmacht, die aus der Abstraktheit der Grundschuld resultiert und die Flexibilität der Grundschuld gewährleistet, lässt sich nur mithilfe des schuldrechtlichen Rückgewähranspruchs dem Parteiwillen unterwerfen. Nur durch diese Lösung kann die überschießende dingliche Rechtsmacht, zu deren Nutzung der Kreditgeber in der Praxis gerne neigt, durch Parteiwillen vinkuliert werden, ohne dass die Flexibilität der Sicherheit geschädigt wird. Andernfalls würde die überschießende dingliche Rechtsmacht als Instrument der Flexibilität von Sicherheiten leiden. Wird die Sicherungsabrede als Anspruchsgrundlage des Rückgewähranspruchs akzeptiert, so hat dies zudem den Vorteil, dass der Sicherungsvertrag die konstruktive Möglichkeit eröffnet, über die Sicherungsgrundschuld hinaus auch Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung und generell alle nichtakzessorischen Sicherheiten zu kontrollieren.

Ungeachtet dogmatischer Streitigkeiten wird davon ausgegangen, dass bei gestörtem Sicherungsverhältnis oder gestörtem bzw. beendetem Kreditverhältnis niemals automatisch eine Eigentümergrundschuld entsteht, sondern der Sicherungsnehmer zur Rückgewähr der Grundschuld verpflichtet ist. Aufgrund der Nichtanwendbarkeit des § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB auf die Grundschuld entsteht hier nur ein vertraglicher Rückgewähranspruch.[462]

2. Der Gläubiger des Rückgewähranspruchs

Der Rückgewähranspruch stammt aus dem Sicherungsvertrag, sodass Rückgewährgläubiger nur der Sicherungsgeber als eine Partei des Sicherungsvertrags[463] sein kann. In diesem Zusammenhang ist wieder die Frage von Bedeutung, wer der Sicherungsgeber des Sicherungsvertrags ist. Wie oben dargelegt, kann Sicherungsgeber üblicherweise der Eigentümer oder der persönliche Schuldner sein, häufig kann zwischen ihnen auch Personenidentität in Gestalt des Eigentümer-Schuldners bestehen.

Daneben besteht auch die Möglichkeit, dass der Rückgewähranspruch durch einen unechten oder echten Vertrag zugunsten Dritter gestaltet wird, wobei die Grundschuld

[462] Baur/Stürner, §45 Rn. 26.
[463] BGH NJW 1974, 2279; NJW 1985, 800; NJW 1986, 2108. Staudinger/Wolfsteiner, Vor §§ 1191ff., Rn. 142, S. 790. Clemente, § 7 Rn. 404, S. 111.

nach Erledigung des Sicherungszwecks einem Dritten abgetreten wird. In diesen Fällen wird die Rückgewähr der Grundschuld häufig unter die aufschiebende Bedingung gestellt, dass der Dritte die gesicherte Forderung beglichen hat.[464] Das sind oft die Fälle der Zwischenfinanzierung. Wurde der Rückgewähranspruch ausschließlich einem Dritten eingeräumt, so ist die Pfändung des Rückgewähranspruchs durch die Gläubiger des Sicherungsgebers in der Tat sinnlos.[465]

Steht der Rückgewähranspruch mehreren Personen gemeinsam als Sicherungsgeber zu und fehlt auch eine konkrete Vereinbarung, so findet grundsätzlich das Recht der Bruchteilgemeinschaft in §§ 741 ff. BGB Anwendung.[466]

3. Inhalt des Rückgewähranspruchs

Die „Rückgewähr" beinhaltet die Verpflichtung des Sicherungsnehmers, die frühere Rechtsposition des Sicherungsgebers wieder herzustellen. Diese Verpflichtung auf Rückgewähr ist eine Wahlschuld i.S.d. § 262 BGB[467], die dem Sicherungsgeber als Gläubiger gegenüber dem Sicherungsnehmer ein Wahlrecht einräumt auf Rückübertragung der Grundschuld nach § 1154 BGB, Verzicht auf die Grundschuld nach §§ 1169, 1168 BGB oder Aufhebung der Grundschuld nach §§ 875, 1183 BGB. [468] Bestehen zugunsten des Sicherungsnehmers mehrere Grundschulden desselben Sicherungsgebers, so erstreckt sich das Wahlrecht des Sicherungsnehmers auch darauf, welche der Grundschulden freizugeben ist.[469]

4. Entstehung und Fälligkeit des Rückgewähranspruchs

Wie oben dargelegt, spielt es praktisch keine Rolle, ob der Rückgewähranspruch von Anfang an mit Abschluss des Sicherungsvertrags aufschiebend bedingt entsteht[470] oder ob er erst nach Erlöschen der Forderung zustande kommt. Allerdings treten nach der letztgenannten Auffassung einige dogmatische Schwierigkeiten bei der Abtretung des Rückgewähranspruchs auf. Die beiden Auffassungen, die auf Entstehung und Fälligkeit des Anspruchs abstellen, setzen sich mit der Frage auseinander, wann der Rückgewähranspruch geltend gemacht werden kann. Wird der Rückgewähranspruch unter die aufschiebende Bedingung gestellt, [471] dass sich der Sicherungszweck erledigt, so ist er bis zum Eintritt der Bedingung *noch nicht fällig*.

---

[464] Staudinger/Wolfsteiner, Vor §§ 1191ff., Rn. 144, S. 791.
[465] OLG Koblenz ZIP 2007, 2208.
[466] BGH ZIP 1982, 154; ZIP 1986, 900, 903; NJW-RR 1990, 1202. Siehe Clemente, § 7 Rn. 405, S. 112.
[467] Clemente, § 7 Rn. 393, S. 107.
[468] BGH NJW 1985, 800, 801; NJW-RR 1994, 847, 848. Baur/Stürner, §45 Rn. 28. Staudinger/Wolfsteiner, Vor §§ 1191ff., Rn. 153, S. 794. MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 123. Clemente, § 7 Rn. 391, S. 106.
[469] BGH NJW-RR 2003, 45.
[470] Neuere Bestätigung siehe BGH NJW 2013, 2894 = DNotZ 2013, 760 = WM 2013, 1070.
[471] Staudinger/Wolfsteiner, Vor §§ 1191ff., Rn. 145, S. 791. MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 123. Clemente, § 7 Rn. 384, S. 105. Baur/Stürner, § 45 Rn. 28.

Dabei ist im Wege der Auslegung der Sicherungsvereinbarung zu ermitteln, ob sich der Sicherungszweck erledigt hat.[472] Grundsätzlich wird davon ausgegangen, dass Erledigung des Sicherungszwecks und damit verbundene Fälligkeit des Rückgewähranspruchs erst mit der endgültigen Nichtvalutierung oder der Tilgung der gesicherten Forderung eintritt. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Erledigung des Sicherungszwecks nicht zwangsläufig die Beendigung des Sicherungsvertrags bedeutet.[473] Der Sicherungsvertrag wird selbst dann nicht beendet, wenn die Forderung endgültig nicht valutiert oder schon getilgt ist. Er besteht weiter als Anspruchsgrundlage des Rückgewähranspruchs fort. Ist ein weiter Sicherungszweck vereinbart, der eine Revalutierung der Grundschuld erlaubt, wird der Rückgewähranspruch allerdings erst dann fällig sein, wenn eine Revalutierung nicht mehr erfolgt, weil z.B. die Geschäftsbeziehung endet.[474]

Der Sicherungsgeber, also der Rückgewährberechtigte, kann die Erfüllung der gesicherten Forderung auch von der Rückgewähr der Grundschuld abhängig machen, nämlich als sog. „Zug-um-Zug-Leistung".[475] In Fällen der teilweisen Tilgung kann der Rückgewähranspruch auch nur teilweise entstehen.[476] Denkbar ist allerdings, dass der Teilrückgewähranspruch die vom Gläubiger betriebene Zwangsvollstreckung durch Vollstreckungsgegenklage grundsätzlich nicht verhindern kann, so dass sich der Teilrückgewähranspruch in der Zwangsversteigerung normalerweise zu einem Anspruch auf Rückgewähr des Übererlöses aus dem nichtvalutierten Teil der Grundschuld reduziert. Da alle vor- und gleichrangigen Gläubiger privilegiert durch den Versteigerungserlös befriedigt werden, ist der Erlös häufig nicht hinreichend und der Teilrückgewähranspruch deshalb gegenstandslos. Dem Sicherungsgeber steht damit nur ein letztrangiger Anspruch zu, soweit die Sicherungsabrede nichts anderes vorschreibt.[477] Dies setzt eine endgültige Übersicherung voraus, mit der der Sicherungszweck entfallen ist.[478] Im Zweifel geht der BGH[479] grundsätzlich vom Entfallen des Sicherungszwecks aus.

Bei der *Umschuldung* wird erst der bisherige Sicherungsvertrag zwischen dem Schuldner und dem Altgläubiger beendet, bevor ein neuer Sicherungsvertrag zwischen dem Schuldner und dem Neugläubiger abgeschlossen wird. Der Altgläubiger tritt die Grundschuld Zug um Zug gegen die Ablösung der Darlehensforderung durch den Neugläubiger ab. Dabei erlischt der Rückgewähranspruch des Schuldners gegenüber dem Altgläubiger mit der Beendigung des zwischen ihnen bestehenden Sicherungsvertrags. Zugleich wird im Rahmen eines neuen Sicherungsvertrags ein Rückgewähranspruch gegenüber dem

[472] Siehe BGH NJW 2013, 2894 = DNotZ 2013, 760, 763 = WM 2013, 1070.
[473] Vgl. aber Staudinger/Wolfsteiner, Vor §§ 1191ff., Rn. 146, S. 792.
[474] BGHZ 191, 277, Rn. 13 ff. = DNotZ 2012, 931; DNotZ 2013, 760, 763.
[475] Clemente, § 7 Rn. 421, S. 117.
[476] BGH ZIP 1990, 857.
[477] BGH WM 1983, 961, 963; ZIP 1990, 857. Siehe Clemente, § 7 Rn. 422, S. 117, 118.
[478] BGH NJW 1984, 169, 171; 2013, 2894; DNotZ 2013, 760, 763.
[479] BGH NJW 1985, 800, 801; ZIP 1990, 857.

Neugläubiger vereinbart. Weil der Sicherungszweck des bisherigen Sicherungsvertrags sich mit dem Wechsel des Kreditgläubigers erledigt hat, ist der bisherige Rückgewähranspruch bereits vor seiner Fälligkeit und natürlich auch seiner Erfüllung schon erloschen.

Die *Neuvalutierung* erfolgt stets nach einer normalen Tilgung der Forderung, wobei die Grundschuld nach Tilgung der Forderung als eine neue Sicherheit an einen neuen Gläubiger abgetreten wird, um eine neue Forderung zu sichern. Auch in diesem Fall schließt der Neugläubiger mit dem Kreditschuldner in aller Regel einen neuen Sicherungsvertrag, während der alte Sicherungsvertrag wegen Erledigung des Sicherungszweckes erlischt. In diesem Zusammenhang bestehen zwei Varianten. Der Sicherungsgeber-Eigentümer kann den Altgläubiger zur Abtretung der Grundschuld an den Neugläubiger veranlassen. In diesem Fall verzichtet der Sicherungsgeber endgültig auf die Geltendmachung seines Rückgewähranspruchs gegenüber dem Altgläubiger, zumal durch den neuen Sicherungsvertrag ein neuer Rückgewähranspruch gegenüber dem Neugläubiger begründet wird. Im anderen Fall wird der Rückgewähranspruch möglicherweise bereits erfüllt und kann der Sicherungsgeber-Eigentümer seine Eigentümergrundschuld an den Neugläubiger abtreten. Allerdings wird die Neuvalutierung bzw. Refinanzierung in diesem Fall stets vom Löschungsanspruch gleich- oder nachrangiger Gläubiger gefährdet.

Die Darlegungs- und Beweislast für die Entstehung und Fälligkeit des Rückgewähranspruchs liegt grundsätzlich beim Sicherungsgeber,[480] wohingegen der Sicherungsnehmer selbstverständlich das Entstehen der Forderung beweisen muss.

5. Die Selbständigkeit des Rückgewähranspruchs

Der Rückgewähranspruch ist ein völlig selbständiges Recht, obwohl ihm der Sicherungsvertrag zugrunde liegt. Wie der BGH[481] ausdrücklich dargelegt hat, sind die Ansprüche auf Rückgewähr vorrangiger Grundschulden keine Nebenrechte des nach §§ 1192 Abs. 2, 1150, 268 Abs. 1 und 3 BGB abgelösten Grundpfandrechts. Sie gehen damit auch nicht automatisch nach §§ 401 Abs. 1, 412 BGB auf den Ablösenden über, wenn jemand die gesicherte Forderung getilgt hat.

Veräußert der rückgewährberechtigte Eigentümer ein Grundstück, das mit einer Grundschuld belastet ist, geht der Rückgewähranspruch nicht automatisch auf den Erwerber des Grundstücks über[482]. Damit kann der neue Eigentümer sämtliche Rechte aus dem Sicherungsvertrag, insbesondere den Rückgewähranspruch, nur dann geltend machen, wenn der Erwerber in den Sicherungsvertrag eingetreten ist bzw. ihm einzelne Ansprüche besonders abgetreten worden sind.[483] Hat der Erwerber eine

[480] BGH NJW 2000, 1108; 2002, 1578, 1580. Baur/Stürner, § 45 Rn. 30. Staudinger/Wolfsteiner, Vor §§ 1191ff., Rn. 151, S. 793.
[481] BGHZ 104,26 = NJW 1988,1665.
[482] BGH NJW 2003, 2673 = LMK 2003, 184 mit Anmerkung Stürner/Kern für Zwangsversteigerung.
[483] BGH WM 1989, 1926, 1927; WM 1986, 763, 765. Lettl, Tobias, Das Entstehen des Rückgewähranspruchs bei Sicherungsgrundschulden, WM 2002, 788, 789.

Grundschuld aus dem Kaufpreis „abzulösen“, weil er das Darlehen in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hat, so wird in der Regel der Rückgewähranspruch stillschweigend auf den Erwerber abgetreten[484] und damit ihm als Drittem ein vertraglicher Rückgewähranspruch eingeräumt.[485] Auch wenn der Erwerber die durch Grundschuld gesicherte Forderung übernimmt und er deshalb ein Interesse daran hat, den Rückgewähranspruch und seinen gegenüber dem Schuldner bestehenden Ausgleichsanspruch zu sichern, geht der Rückgewähranspruch nicht automatisch über, sondern es bedarf als Folge der Selbständigkeit des Rückgewähranspruchs immer einer gesonderten Abtretung.[486]

Die Selbständigkeit des Rückgewähranspruchs weist zur Abstraktheit der Sicherungsgrundschuld in Gestalt des Fehlens einer gesetzlichen Automatik oder einer *cessio legis*[487] eine Parallele auf. Will man einen Rückgewähranspruch sekundär erwerben, muss dies ausnahmslos über eine gesonderte rechtsgeschäftliche Abtretung erfolgen[488]. Andernfalls kann der Rückgewähranspruch nur durch eine primäre Vereinbarung im Sicherungsvertrag erworben werden.

6. Die Sicherungsabrede als Grundlage des Rückgewähranspruchs

a) Die ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung

Der Rückgewähranspruch wird in der Regel in der Sicherungsabrede individuell ausdrücklich vereinbart. Fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung, geht der BGH[489] von einem *ermessensunabhängigen* Rückgewähranspruch aus, wenn die Grundschuld endgültig nicht mehr benötigt wird. Im Übrigen ergibt er sich bereits aus der Auslegung der Sicherungsabrede. Dieses Ergebnis resultiert aus der fiduziarischen Rechtsnatur der Sicherungsabrede. Die hauptsächliche Rechtsfunktion der Sicherungsabrede ist die Verknüpfung der Grundschuld mit einem Sicherungszweck.

b) Ursprüngliches oder nachträgliches Nichtbestehen des Sicherungszwecks

1) Nichterfüllung und Unwirksamkeit des Darlehensvertrags

Wird der wirksame Darlehensvertrag von Anfang an vollständig oder nur teilweise nicht erfüllt, so fehlt es in dem entsprechenden Umfang auch an der zu sichernden Forderung und damit der Valutierung der Grundschuld, was zur Auslösung des Rückgewähranspruchs führt. Auch im Falle der Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit des Darlehensvertrags steht dem Sicherungsgeber ein Rückgewähranspruch auf die gesamte Grundschuld oder einen Teil der Grundschuld aus dem wirksamen Sicherungsvertrag bzw. der Sicherungsabrede zu. Ein Kondiktionsanspruch nach § 812 Abs. 1 BGB scheidet grundsätzlich aus, soweit die Sicherungsabrede wirksam ist.

[484] BGH WM 1991, 723, 725. Siehe Lettl, WM 2002, 788, 789.
[485] Staudinger/Wolfsteiner, Vor §§ 1191ff., Rn. 142, S. 790.
[486] BGH NJW 1991, 1821, 1822; 1990, 576; 1986, 2108, 2109; 1983, 2502.
[487] Baur/Stürner, §45 Rn. 96.
[488] BGHZ 104,26, 29 = NJW 1988,1665, 1666. Baur/Stürner, §45 Rn. 96.
[489] BGH WM 1996, 476 = NJW 1996, 2092, 2093.

In der Praxis ist es möglich, dass Darlehensvertrag und Sicherungsvertrag entsprechend dem Parteienwillen zu einer rechtlichen Einheit verbunden werden[490]. Es ist auch möglich, dass der Sicherungsvertrag vollständig als Nebenvertrag[491] des Darlehensvertrags behandelt wird, was zur Folge hat, dass die Unwirksamkeit des Darlehensvertrags automatisch die Unwirksamkeit des Sicherungsvertrags nach sich zieht. In diesem Fall kann aufgrund des geltenden Abstraktionsprinzips der Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld lediglich auf Bereicherungsrecht gestützt werden. Es wäre zu überlegen, ob in Rechtsordnungen, in denen nur das Trennungsprinzip, aber kein Abstraktionsprinzip angewendet wird,[492] nichtakzessorische Sicherheiten überhaupt Bestand haben, wenn die miteinander verbundenen Verträge unwirksam sind. Unter diesen Voraussetzungen können Mängel aus dem Darlehensvertrag die dingliche Sicherheit beeinflussen. Das zeigt, dass die bereits an früherer Stelle erörterte Effizienzfrage[493] in einigen Punkten von Bedeutung ist.

Im Interesse des Sicherungsgebers ist es in der Rechtspraxis möglich, dass die Fälligkeit einer bestimmten Forderung als Bedingung für eine Grundschuld aufgestellt wird [494] . Eine solche *akzessorietätsersetzende* Regelung ist Ausdruck der Dispositionsfreiheit [495] , die sich aus der Abstraktheit der Grundschuld ergibt. Umgekehrt können die Parteien bei akzessorischen Sicherheiten wie der Hypothek nicht vereinbaren, dass diese keine Forderung sichert. Es besteht bei Akzessorietät also keine Dispositionsfreiheit in Bezug auf nichtakzessorische Regelungen.

2) Übersicherung

Die nachträgliche Übersicherung bezieht sich häufig auf die zwischenzeitliche Tilgung der gesicherten Forderung bzw. die erhebliche Erhöhung des Grundstückswertes. Sie führt zur Entstehung eines Anspruchs auf Rückgewähr eines entsprechenden Teils der Grundschuld.

Die ursprüngliche Übersicherung ist in der Praxis oft beabsichtigt, um nicht nur die primäre Forderung und weitere Forderungen selbst, sondern auch alle Zinsen und Verfahrenskosten zu decken. Eine anfängliche und planmäßige Übersicherung liegt vor, wenn bei der Festlegung der Grundschuldhöhe im Sicherungsvertrag beiden Parteien bewusst ist, dass die gesicherte Forderung nicht schon bei Vertragsbeginn, sondern erst künftig und möglicherweise auch nicht in Höhe der Grundschuld entstehen wird. Das bedeutet, dass der Sicherungsgeber von Anfang an bereit ist, die gegenwärtige Übersicherung zu dulden. Diese anfängliche Übersicherung löst daher grundsätzlich keinen Rückgewähranspruch aus. Die Übersicherungsabsicht rechtfertigt die ursprüngliche Übersicherung, solange keine Partei unter wirtschaftlichem oder rechtlichem Druck ihre Willenserklärung abgegeben hat.

[490] Lettl, WM 2002, 788, 790.
[491] Das ist sogar die h.M. in China.
[492] Denkbar ist die chinesische Rechtsordnung. Siehe § 14 I ff. dieser Arbeit.
[493] Allgemein siehe in dieser Arbeit § 3 II.
[494] Lettl, WM 2002, 788, 791.
[495] Allgemein siehe in dieser Arbeit § 5.

War die Übersicherung hingegen nicht beabsichtigt, so entsteht der Rückgewähranspruch. Es ist lediglich eine Frage der Dogmatik, ob als Grundlage für den Anspruch auf Rückgewähr das Rechtsinstitut der Störung der Geschäftsgrundlage [496] oder die Sicherungsabrede selbst herangezogen wird. Die Grenze, die nicht überschritten werden darf, wird als „maßgebliche Deckungsgrenze“ [497] bezeichnet. Bei ihrer Feststellung wird lediglich auf Zahlen abgestellt. Die in Prozent angegebenen Zahlengrenzen bezüglich der Übersicherung hat der BGH[498] bereits für alle nichtakzessorischen Sicherheiten festgelegt. Werden sie überschritten, wird der Rückgewähranspruch automatisch ausgelöst. Der Schätzwert der Sicherheiten i.S.d. § 237 BGB kann nur bei kombinierten Sicherheiten eine Rolle spielen, also wenn es z.B. neben der Grundschuld noch Mobiliarsicherheiten gibt.[499]

3) Erlöschen der gesicherten Forderung

Mit der vollständigen Tilgung der Forderung erledigt sich der Sicherungszweck und entsteht gleichzeitig der Rückgewähranspruch. Die teilweise Tilgung der gesicherten Forderung führt zu einem entsprechenden anteiligen Rückgewähranspruch. Dieser Teilrückgewähranspruch kann allerdings die Zwangsvollstreckung nicht verhindern. Betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld in vollem Umfang, so kann der Eigentümer, soweit er zugleich Inhaber des Rückgewähranspruchs ist, mit seinem Teilrückgewähranspruch in entsprechendem Umfang gegen den Anspruch des Gläubigers auf den gesamten Versteigerungserlös aufrechnen.[500]

4) Die isolierte Abtretung der Grundschuld bzw. der gesicherten Forderung

Gegenstand der neuen Regelung des § 1192 Abs. 1a BGB ist die isolierte Abtretung der Grundschuld. Mit der gesetzlichen Verdinglichung des Sicherungsvertrags ist die Frage, ob die isolierte Abtretung der Grundschuld auch den Sicherungszweck entfallen lässt, nur noch von geringer Bedeutung, da der Eigentümer stets die Einreden aus dem Sicherungsvertrag geltend machen kann.[501]

Unabhängig von der neuen gesetzlichen Regelung stellt sich noch die Frage, ob der Sicherungszweck aufgrund der isolierten Abtretung der gesicherten Forderung endgültig wegfallen kann. [502] Grundsätzlich verstößt die isolierte Abtretung der Forderung gegen den Grundgedanken des Sicherungsvertrags, weil seine Hauptfunktion darin besteht, Forderung und Sicherheit nach ihrem wirtschaftlichen Zweck rechtlich kombiniert zu regeln. Dennoch ist die Abtretung als

[496] Lettl, WM 2002, 788, 792.
[497] Siehe BGH NJW 1998, 671ff. = WM 1998, 227ff.
[498] BGH NJW 1998, 671 = WM 1998, 227.
[499] Baur/Stürner, § 45 Rn. 33. Lettl, WM 2002, 788, 793; s. auch oben III.3.
[500] Vgl. § 8 V dieser Arbeit.
[501] Allgemein siehe in dieser Arbeit § 8 I ff. und ausführlich § 9 II.
[502] BGH WM 1985, 12, 13.

Verfügungsgeschäft nach dem Abstraktionsprinzip wirksam, zumal der Sicherungsvertrag prinzipiell kein dinglich wirksames Abtretungsverbot i.S.d. § 399 BGB beinhaltet, sondern als eine rein schuldrechtliche Vinkulierung angesehen wird, welche die Zweckbindung der Grundschuld enthält.[503]

Nach der Rechtsprechung des BGH[504] führt der Wegfall des Sicherungszwecks automatisch zur Entstehung des Rückgewähranspruchs. Der BGH hält es im Fall der isolierten Forderungsabtretung auch für möglich, dass keine Zweckerledigung eintritt, wenn es eine entsprechende (sogar stillschweigende) Sicherungsvereinbarung dahin gibt, dass die in der Hand des Gläubigers verbleibende Grundschuld auch die abgetretene Forderung weiter sichert.[505] In diesem Falle wird zwar kein Rückgewähranspruch begründet, es steht jedoch dem Zessionar der isoliert abgetretenen Forderung ein Anspruch auf Mitübertragung der dinglichen Sicherheit, also der Grundschuld, zu[506], zumal es hier wegen der Unanwendbarkeit des § 401 Abs. 1 BGB keinen gesetzlichen Übergang des nichtakzessorischen Sicherungsrechts gibt. Das gleiche gilt im Falle des gesetzlichen Forderungsübergangs.[507] Danach kann der Eigentümer bei Geltendmachung der isoliert abgetretenen Forderung dem Zessionar alle Einwendungen und Einreden aus dem Sicherungsvertrag entgegenhalten in dem Sinne, dass der Zessionar Zug um Zug alle zur Umschreibung oder Löschung erforderlichen Grundschuldurkunden aushändigen muss. Solange die Grundschuld noch nicht abgetreten wurde, begründet der Rückgewähranspruch des Eigentümer-Schuldners auch ein Zurückbehaltungsrecht[508] in der Weise, dass der bisherige Grundschuldinhaber bei der Aushändigung sämtlicher Urkunden an den Zessionar mitwirken muss.

Vor der Abtretung der Grundschuld an den Zessionar der Forderung kann der bisherige Grundschuldinhaber grundsätzlich auch gegenüber dem Schuldner aus der Grundschuld vorgehen. Allerdings sind diese Fälle sehr selten, weil der bisherige Grundschuldinhaber hier mangels Erledigung der gesicherten Forderung nach dem Zessionsvertrag gegenüber dem Zessionar zum Schadensersatz verpflichtet ist, wenn er aus dem Grundschulderlös befriedigt wird. Um die Gefahr der Doppelinanspruchnahme abzuwehren, kann der Eigentümer dem Zessionar der Forderung bei endgültiger Erledigung des Sicherungszwecks darüber hinaus einen gesetzlichen Rückgewähranspruch in Form eines Verzichtsanspruchs nach § 1169 BGB entgegenhalten.[509]

5) Andere Gründe für den Fortfall der gesicherten Forderung

[503] Baur/Stürner, § 45 Rn. 68, S. 596, Fn. 1. BGH NJW-RR 1991, 305. Lettl, WM 2002, 788, 794.
[504] BGH NJW-RR 1992, 305.
[505] BGH NJW-RR 1992, 305.
[506] BGH NJW-RR 1992, 305, 306.
[507] Baur/Stürner, § 45 Rn. 69. BGHZ 92, 374, 378; 88, 228, 232; 110, 41, 43; NJW-RR 1993, 386, 390; 1995, 589.
[508] Baur/Stürner, § 45 Rn. 68. Siehe BGH NJW 1982, 2768, 2769; 1987, 838, 839; 1991, 1821.
[509] Baur/Stürner, § 45 Rn. 70. Siehe BGH NJW 1985, 800, 801; NJW-RR 2008, 780, 782; BGHZ 108, 237, 243.

Der Sicherungszweck entfällt grundsätzlich mit dem Wegfall der gesicherten Forderung, z.B. bei Ausschluss der Valutierungspflicht, Unmöglichkeit i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB, Störung der Geschäftsgrundlage oder Restschuldbefreiung, usw.

Allerdings wird nach § 216 Abs. 2 BGB kein Rückgewähranspruch durch die Verjährung der gesicherten Forderung ausgelöst.

7. Ausschluss und Einschränkung des Rückgewähranspruchs

a) Ausschluss des Rückgewähranspruchs

Der Sicherungsvertrag regelt die Voraussetzungen für die Ausübung des Sicherungsrechts und schließt damit die Ausübung außerhalb des festgelegten Sicherungszwecks aus. Aus diesem Grund ist der Rückgewähranspruch tatsächlich dem Sicherungszweck *immanent*. Dementsprechend kann der Rückgewähranspruch keinesfalls vollständig ausgeschlossen werden. Andernfalls wäre der Vertrag auch gar kein „Sicherungsvertrag“ mehr.[510] Der Ausschluss des Rückgewähranspruchs durch AGB ist darüber hinaus wegen grob unbilliger Benachteiligung unwirksam.[511]

b) Einschränkung des Rückgewähranspruchs

1) Ausschluss des Abtretungsanspruchs

Ist der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner und Sicherungsgeber, so besteht in der Praxis die Möglichkeit, die Durchsetzung des Rückgewähranspruchs in der Weise einzuschränken, dass der Eigentümer vom Gläubiger nur den Verzicht, die Aufhebung oder die Abgabe der Löschungsbewilligung[512] verlangen kann, nicht aber die Abtretung der Grundschuld. Der Abtretungsanspruch kann entsprechend der Vorschrift des § 399 BGB in der Sicherungsabrede ausgeschlossen oder eingeschränkt werden, indem die Abtretung der Grundschuld von der Zustimmung des Sicherungsnehmers abhängig gemacht wird.[513] Der Zweck dieser Regelung liegt darin, dass die Wiederverwendung der nicht mehr valutierten Grundschuld als Sicherungsmittel verhindert wird.

Eine Schwächung erfährt der Rückgewähranspruch allerdings auch durch den gesetzlichen Löschungsanspruch des gleich- oder nachrangigen Gläubigers gem. §§ 1179a, 1179b BGB. Hiernach kann der gleich- oder nachrangige Grundschuldgläubiger hinsichtlich seiner Grundschuld zwar nicht direkt aufrücken, aber in Gestalt des Löschungsanspruchs beim Eigentümer verlangen, dass der Eigentümer seine Rangstelle an den gleich- oder nachrangigen Gläubiger abtreten muss. Ohne Einschränkung des Abtretungsanspruchs hätte der Eigentümer die Verfügungsmacht über die Rangstelle der Grundschuld. Dies hätte zur Folge, dass im Wege der Abtretung des Rückgewähranspruches die Rangstelle an einen neuen

[510] Staudinger/Wolfsteiner, Vor §§ 1191ff., Rn. 156, S. 794. Lettl, WM 2002, 788, 796.
[511] Baur/Stürner, § 45 Rn. 31. Lettl, WM 2002, 788, 796.
[512] Lettl, WM 2002, 788, 797. Staudinger/Wolfsteiner, Vor §§ 1191ff., Rn. 157, S. 795.
[513] Lettl, WM 2002, 788, 797.

Gläubiger abgetreten werden könnte, was wiederum verhindern würde, dass der nachrangige Gläubiger im Rang aufrücken würde. Die Einschränkung des Abtretungsanspruchs hingegen bedeutet, dass der Eigentümer gleichzeitig seine Verfügungsmacht über die Rangstelle auf den nachrangigen Gläubiger abgibt.

Zweifellos bedeutet der Ausschluss des Abtretungsanspruchs für den Sicherungsgeber immer ein Opfer in Bezug auf seine Vermögensinteressen. Auch wenn die Einschränkung des Rückgewähranspruchs Ausdruck der Vertragsfreiheit ist, kann sie als Knebelung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit angesehen werden. Dies hat m.E. zur Folge, dass eine formularmäßige Einschränkung des Rückgewähranspruchs durch AGB nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB generell unangemessen ist.

Letztlich geht der BGH[514] ausdrücklich davon aus, dass eine durch AGB des Sicherungsnehmers eingeführte Klausel, die den auf Rückgewähr der Grundschuld gerichteten Anspruch des Sicherungsgebers auf die Löschung des Grundpfandrechts beschränkt, unwirksam ist, selbst wenn der Sicherungsgeber als Inhaber des Rückgewähranspruches im Zeitpunkt der Rückgewähr nicht mehr Grundstückseigentümer ist. Der unmittelbare Grund liegt darin, dass die Effizienz der Rückgewähr durch die Beschränkung von Wahlmöglichkeiten des Sicherungsgebers beeinträchtigt wird. Dies ändert sich auch nicht, wenn der Eigentumswechsel durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung erfolgt, der neue Eigentümer nicht in den Sicherungsvertrag eintritt und damit der frühere Eigentümer allein Sicherungsgeber bleibt.[515] Zur Begründung führt der BGH aus, dass die Vorschrift des § 1179a BGB nicht die Rückgewähr, sondern nur deren Folgen regelt, wenn die Grundschuld durch Verzicht oder Übertragung an den Eigentümer zum Entstehen einer Eigentümergrundschuld geführt hat. Weitergehend begünstigt der Rückgewähranspruch nachrangige Gläubiger auch nicht, weil sie an dem maßgeblichen Sicherungsvertrag gar nicht beteiligt sind. Deshalb bleiben Interessen der nachrangigen Gläubiger bei der AGB-Kontrolle außer Betracht.[516]

2) Mitwirkung des Sicherungsnehmers

Wenn der Eigentümer-Sicherungsgeber das mit einer Grundschuld belastete Grundstück veräußert, stellt die Grundschuld zugunsten eines Dritten eine Wertminderung dar, die sich auf die Höhe des Kaufpreises auswirkt. In der Regel wird die Höhe der eingetragenen Grundschuld vom Kaufpreis in Abzug gebracht. In diesem Fall erwirbt der neue Eigentümer ein mit einer Grundschuld belastetes Grundstück. Tilgt nun der alte Eigentümer nach Eigentumsübergang die persönliche Forderung, kann infolge des bereits erfolgten Eigentumsübergangs keine Eigentümergrundschuld beim alten Eigentümer mehr entstehen. Ist der Rückgewähranspruch in der Weise eingeschränkt, dass der alte Eigentümer vom Sicherungsnehmer nur den Verzicht auf die Grundschuld verlangen kann, ist er im

[514] BGH NJW 2014, 3772.
[515] BGH NJW 2014, 3772, 3773, 3774.
[516] BGH NJW 2014, 3772, 3774.

Falle der Tilgung der persönlichen Forderung einem besonderen Risiko ausgesetzt. Durch den erklärten Verzicht wird die Fremdgrundschuld in eine Eigentümergrundschuld des neuen Eigentümers umgewandelt. Der alte Eigentümer ist also für seinen Ausgleichsanspruch dinglich nicht gesichert, da er keine Fremdgrundschuld erwirbt.[517] Besteht im Fall des Verzichts oder bei Löschung der Grundschuld für den Sicherungsgeber das Risiko einer Vermögenseinbuße, muss dieses Risiko eingeschränkt werden, indem ihm im Wege der Auslegung des Sicherungsvertrages zumindest ein Abtretungsanspruch bzw. ein Anspruch auf Zustimmung des Sicherungsnehmers zur Abtretung zugesprochen wird.[518]

Der BGH hat die formularmäßige Verkürzung des Rückgewähranspruchs auf Löschung oder Verzicht auch dann für unwirksam erklärt, wenn im Zeitpunkt der Geltendmachung des Rückgewähranspruchs das Eigentum am belasteten Grundstück durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung übertragen wurde.[519] Ferner verletzt der Sicherungsnehmer auch seine Treuhänderpflichten gegenüber dem Sicherungsgeber, wenn eine Rückgewähr an den mit dem Sicherungsgeber nicht identischen Eigentümer ohne Einwilligung des Sicherungsgebers erfolgt.[520] Hiervon unabhängig ist ein formularmäßiger Zustimmungsvorbehalt über die Abtretung eines Rückgewähranspruchs wirksam, wenn der Sicherungsgeber mit dem Eigentümer nicht identisch ist.[521] Soweit die Einschränkung des Rückgewähranspruchs unwirksam ist, bleibt auch das bei der Geltendmachung des Rückgewähranspruchs bestehende Wahlrecht des Sicherungsgebers unberührt. Eine Unwirksamkeit der Einschränkung des Rückgewähranspruchs wirkt sich in der Regel nicht auf die Wirksamkeit des Sicherungsvertrags aus, weil die Einschränkung des Rückgewähranspruchs nur eine „Überraschungsklausel“ i.S.d. AGB-Rechts darstellt. Eine wirksame Einschränkung des Rückgewähranspruchs kann daher als spezifischer Regelungsinhalt der Sicherungsabrede nur aufgrund ausdrücklicher Vereinbarung erfolgen.

3) Lösung

Der Rückgewähranspruch hat die Funktion, die künftige „Flussrichtung“ der Grundschuld nach Erledigung ihres Sicherungszwecks festzulegen. Deshalb erstreckt sich der Zweck vieler Einschränkungen des Rückgewähranspruchs darauf, künftige Komplikationen bei Kreditverhältnissen zu vermeiden[522]. Es gibt selbstverständlich zahlreiche Fälle, in denen die Ausübung des Rückgewähranspruchs zu einem unerwünschten Ergebnis in der Weise führt, dass die Grundschuld endgültig an eine sozusagen „falsche Person“ zurückgegeben wird. Aus diesem Grund sollte m.E. die

[517] Vgl. BGH ZIP 1989, 700, 701.
[518] Staudinger/Wolfsteiner, Vor §§ 1191ff., Rn. 157, S. 795. BGH WM 1990, 464. Lettl, WM 2002, 788, 797.
[519] BGH ZIP 1989, 700.
[520] BGH ZIP 1989, 157.
[521] BGH WM 1990, 464. Lettl, WM 2002, 788, 797.
[522] Clemente, § 7 Rn. 428, S. 119.

Zulässigkeit der formularmäßigen Einschränkung des Rückgewähranspruchs in den AGB im Einzelfall beurteilt werden.

Es ist davon auszugehen, dass Einschränkungen nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB generell unwirksam sind, wenn Personenverschiedenheit zwischen Sicherungsgeber und Eigentümer besteht, es sei denn, die Einschränkung beeinflusst die Rechtslage jedes Betroffenen nicht oder nur in sehr geringem Umfang unangemessen. Demgegenüber sind Einschränkungen bei Personenidentität von Sicherungsgeber und Eigentümer grundsätzlich zulässig, es sei denn, sie benachteiligen die Betroffenen unangemessen.

Der Ausgangspunkt für diese Beurteilung liegt darin, dass dem Eigentümer, insbesondere wenn er zugleich Sicherungsgeber ist, zur Wahrung seiner berechtigten Vermögensinteressen zumindest eine *effektive Rückgewährmöglichkeit* verbleiben muss. Eine sog. effektive Rückgewähr ist z.B. nicht gegeben, wenn der Eigentümer-Sicherungsgeber seinen Rückgewähranspruch in der Zwangsversteigerung hinsichtlich des Versteigerungserlöses nicht geltend machen darf.[523] Der BGH[524] hat festgestellt, dass die Beschränkung des Rückgewähranspruchs auf den Fall der Löschung unwirksam ist, wenn im Zeitpunkt der Rückgewähr das mit einer Grundschuld belastete Grundstück durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung seinen Eigentümer gewechselt hat.

8. Eintragbarkeit des Rückgewähranspruchs

Der Rückgewähranspruch kann durch Vormerkung gem. § 883 BGB im Grundbuch dinglich gesichert werden.[525] Die Vormerkung kann bereits zum Zeitpunkt des Vorliegens einer Eigentümergrundschuld durch Bewilligung des Eigentümers eingetragen werden, d.h. bevor aufgrund einer Valutierung aus der Eigentümergrundschuld eine Fremdgrundschuld entsteht.[526] Dies hat zur Folge, dass eine Verfügung des Gläubigers, die gegen die eingetragene Vormerkung verstößt, nach § 888 BGB gegenüber dem Vormerkungsberechtigten, welcher häufig der Eigentümer ist, durchschlagend unwirksam ist. Die Vormerkung ist akzessorisch und geht damit mit der Abtretung des Rückgewähranspruchs nach § 401 BGB automatisch auf den Zessionar über.[527]

9. Abtretbarkeit des Rückgewähranspruchs

a) Zulässigkeit

Der Rückgewähranspruch wird in der Praxis oft schon vor der Ausübung des Wahlrechts abgetreten. Auch wenn er wahlweise zur Abtretung, Aufhebung und zum

[523] Staudinger/Wolfsteiner, Vor §§ 1191ff., Rn. 156, S. 795.
[524] BGHZ 106, 375 = NJW 1989, 1349.
[525] MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 137. Clemente, § 7 Rn. 443, S. 124. Siehe BGHZ 160, 168, 174; OLG Hamm NJW-RR 1990, 273.
[526] Clemente, § 7 Rn. 443, S. 124.
[527] Baur/Stürner, § 45 Rn. 97.

Verzicht berechtigt, ist er als subjektives Recht nur in seiner „Gesamtheit“ abtretbar. [528] Damit erhält der Zessionar automatisch das Wahlrecht bei der Geltendmachung des Rückgewähranspruchs, sofern dieses nicht schon im Sicherungsvertrag wirksam eingeschränkt worden ist. Der Rückgewähranspruch ist als Kreditsicherungsmittel oder Vermögenswert im Grunde genommen nur dann sinnvoll, wenn er die Abtretung der Grundschuld beinhaltet. Richtet er sich hingegen auf Verzicht oder Aufhebung der Grundschuld, läuft er praktisch ins Leere.

Die Abtretung des Rückgewähranspruchs als seine wichtigste Verwertungsform kann nach §§ 398 ff. BGB formfrei und sogar stillschweigend erfolgen. [529] Die stillschweigende Abtretung wird insbesondere angenommen, wenn die Grundschuld in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen wird. [530] Prinzipiell kann ein Rückgewähranspruch auch vor Erledigung des Sicherungszwecks im Voraus abgetreten werden, unabhängig davon, ob er in dogmatischer Hinsicht als ein zukünftiger Anspruch[531] oder nur als aufschiebend bedingter Anspruch[532] angesehen wird. Allerdings muss der Anspruch spätestens zum Zeitpunkt der Abtretung hinsichtlich seiner Entstehung nach Gegenstand und Umfang bestimmbar sein.[533]

Wird der abgetretene Rückgewähranspruch nach endgültigem Wegfall des Sicherungszwecks gegenstandslos, weil der Zessionar in diesem Fall keine Fremdgrundschuld mehr erwerben kann, so hat er gegenüber dem Zedenten einen Anspruch auf Schadensersatz.[534] Ob der abgetretene Rückgewähranspruch durch eine Vormerkung gesichert werden kann, ist für die Entstehung der Schadensersatzpflicht unerheblich.[535]

Die Rechtsprechung [536] geht weiter davon aus, dass mit der Abtretung des Rückgewähranspruchs auch der Übergang des dinglichen Anspruchs aus den §§ 1192 Abs. 1, 1169 BGB verbunden ist. Betreibt der Grundpfandgläubiger die Zwangsversteigerung des Grundstücks, so hat der Zessionar aufgrund des auf ihn übergegangenen Rückgewähranspruchs einen Anspruch auf den Übererlös.

b) Nachteile des Zessionars

Der Zessionar eines Rückgewähranspruchs kann grundsätzlich eine von der Sicherungsabrede gedeckte Neuvalutierung nicht verhindern, auch wenn hierdurch der Eintritt der aufschiebenden Bedingung für die Entstehung des

[528] Clemente, § 7 Rn. 476, S. 134.
[529] Baur/Stürner, § 45 Rn. 90.
[530] Clemente, § 7 Rn. 474, S. 134. BGH ZIP 1983, 1044.
[531] Baur/Stürner, § 45 Rn. 93. Clemente, § 7 Rn. 475, S. 134.
[532] In der Rechtsprechung: BGH NJW 1977,247; 2008, 292; NJW-RR 1994, 847; NJW 2013, 2894 = DNotZ 2013, 760.
[533] BGH ZIP 1985, 89, 92. Clemente, § 7 Rn. 475, S. 134. Baur/Stürner, §45 Rn. 93.
[534] BGH DNotZ 2013, 760, 762.
[535] BGH DNotZ 2013, 760, 762.
[536] BGH ZIP 1985, 89, 91.

Rückgewähranspruchs hinausgeschoben wird.[537] Ebenso wenig kann der Zessionar bei Sicherungsreife einer nach der Sicherungsabrede zulässigen freihändigen Verwertung der Grundschuld entgegentreten, obwohl hierdurch der Rückgewähranspruch erlischt und die Bedingung nicht mehr eintreten kann.[538] In beiden Fällen realisiert sich das mit dem Erwerb des Rückgewähranspruchs verbunden Risiko dahingehend, dass er ins Leere läuft.

Soweit die Sicherungsabrede in Bezug auf den Rückgewähranspruch und seine aufschiebende Bedingung inhaltlich geändert wird, ist eine Mitwirkung des Zessionars erforderlich, da dieser nach erfolgter Abtretung der Alleinverfügungsberechtigte des Rückgewähranspruchs ist. Demzufolge bedarf auch eine Neuvalutierung, die in der Sicherungsabrede nicht vorgesehen ist und nach Abtretung des Rückgewähranspruchs erfolgt, grundsätzlich der Zustimmung des Zessionars.[539]

c) Mehrfache Abtretungen

Der Rückgewähranspruch kann, auch wenn dies nur selten vorkommt, *mehrfach* abgetreten werden. Nach dem *Prioritätsprinzip* [540] ist allerdings nur die erste Abtretung wirksam, die nachfolgenden Abtretungen sind mangels Abtretungsgegenstands unwirksam. Ein gutgläubiger Erwerb des Rückgewähranspruchs ist auch nicht möglich.

Problematisch sind die Fälle, in denen der Eigentümer den Rückgewähranspruch hintereinander an zwei verschiedene Gläubiger abgetreten hat und der Sicherungsnehmer nur von der letzteren Abtretung Kenntnis hat. Tritt der Sicherungsnehmer nun die Grundschuld zur Erfüllung des Rückgewähranspruchs an den „nachrangigen Gläubiger“ ab, so wird er im Hinblick auf seine Unkenntnis nach den §§ 408, 407 BGB geschützt[541]. Der gutgläubige Sicherungsnehmer soll bei mehrfacher Abtretung durch den Rückgewährberechtigten das Risiko einer Schadensersatzpflicht nicht tragen müssen. Um weitere Abtretungen zu verhindern, besteht für den ersten Zessionar nur die Möglichkeit, seinen abgetretenen Rückgewähranspruch durch eine Vormerkung sichern zu lassen. Andernfalls kann er von dem bisherigen Rückgewährberechtigten lediglich Schadensersatz verlangen.

Es wird im Folgenden angenommen[542], dass der Eigentümer E zugunsten des Gläubigers G1 eine Grundschuld in Höhe von 30.000 Euro im Grundbuch bestellt hat. Zur Sicherung der Rangstelle des G1 wird im Sicherungsvertrag zwischen E und G1 vereinbart, dass im Falle nachfolgender Grundschuldbestellungen zugunsten anderer Gläubiger alle daraus resultierenden Rückgewähransprüche an G1 im Voraus

[537] BGH NJW 2013, 2894; DNotZ 2013, 760, 763. Auch Kesseler, NJW 2007, 3466, 3468.
[538] BGH NJW 2013, 2894; DNotZ 2013, 760, 763. Auch Gnamm, Peter, ZIP 1986, 822, 825.
[539] BGH NJW 2013, 2894; DNotZ 2013, 760, 764.
[540] Clemente, § 7 Rn. 479, S. 135.
[541] Clemente, § 7 Rn. 479, S. 135.
[542] Nach BGH ZIP 1985, 89ff.

abgetreten werden, soweit diese später bestellten Grundschulden gegenwärtig oder künftig gegenüber der Grundschuld des G1 im Rang vorgehen oder ihr gleichstehen. Werden z.B. nach der ersten Grundschuldbestellung zugunsten G1 zwei weitere Grundschulden zugunsten von G2 und G3, einmal in Höhe von 20.000 Euro und einmal in Höhe von 10.000 Euro, bestellt und wird gleichzeitig ein Rangrücktritt des G1 im Grundbuch vermerkt, so sind die Grundschulden zugunsten von G2 und G3 gegenüber der Grundschuld zugunsten von G1 vorrangig. Aufgrund der Vorausabtretung kann allerdings G1 von den vorrangigen Gläubigern G2 und G3 die Abtretung der Grundschulden an sich selbst verlangen. Wegen der Vorausabtretung ist G1 Inhaber sämtlicher Rückgewähransprüche, auch wenn sie erst künftig entstehen sollten. Damit ist der G1 auch immer der vorrangige Gläubiger der Grundschuld. Die Rückgewähransprüche von G2 und G3 gehen damit ins Leere. Auch gilt hier das Prioritätsprinzip mit der Folge, dass nachfolgende Verfügungen über den Rückgewähranspruch, der sich auf alle künftig vor- bzw. gleichrangigen Grundschulden bezieht, unwirksam sind. Damit schließt die Vorausabtretung aller gegenwärtigen und künftig möglichen Rückgewähransprüche die ganze Verfügungskapazität aller nachrangigen Gläubiger über die Grundschuld aus.

d) Mehrfachzugriff

Wird der Rückgewähranspruch im Voraus abgetreten, wird eine spätere Pfändung dieses Anspruchs durch Gläubiger des Zedenten (häufig des Eigentümer-Sicherungsgebers) völlig sinnlos.[543] Ist die Abtretung des Rückgewähranspruchs noch von einer einzuholenden Genehmigung abhängig, ist eine Pfändung, die nach der Abtretung vorgenommen wird, wirksam, solange noch keine Genehmigung vorliegt.[544]

e) Funktionen der Abtretung des Rückgewähranspruchs

1) Die Abtretung des Rückgewähranspruchs über vorrangige Grundschulden: zur Verstärkung des Löschungsanspruchs

Der Rückgewähranspruch des Sicherungsgebers dient als ein Kontrollinstrument der Vinkulierung der Ausübung der Grundschuld. Er gewährleistet ihre Verwendung im Rahmen des vereinbarten Sicherungszwecks und stellt einen Vermögenswert dar, wenn seine Geltendmachung auf die Abtretung der Grundschuld gerichtet ist.

Grundsätzlich kann der gesetzliche Löschungsanspruch aufgrund §§ 1179a, 1179b BGB zwar die Abtretung des Rückgewähranspruchs durch den Eigentümer an einen neuen Gläubiger im Falle der Neuvalutierung nicht verhindern. Ebenso wenig kann der Löschungsanspruch die Pfändung des Rückgewähranspruchs durch einen Gläubiger des Eigentümers verhindern[545]. Die nachrangigen Grundschuldgläubiger können sich aber vom Eigentümer alle Rückgewähransprüche gegen vorrangige

[543] BGH DNotZ 1958, 383.
[544] BGHZ 70, 299.
[545] Baur/Stürner, § 46 Rn. 48.

Gläubiger im Voraus abtreten lassen und diese durch eine vom vorrangigen Gläubiger bewilligte Vormerkung sichern. Dies führt faktisch zur Sicherung des Löschungsanspruchs[546], der den Erhalt der Rangfolge bezweckt. Das bedeutet, dass aufgrund der Abtretung der Rückgewähransprüche auf vorrangige Grundschulden der nachrangige Gläubiger im Rang aufrückt, sobald die durch vorrangige Grundschuld gesicherte Forderung getilgt ist und er seine Rückgewähransprüche geltend macht.

Nach Auffassung des BGH kann die Abtretung der Rückgewähransprüche an einen nachrangigen Gläubiger entweder der Verstärkung der bestehenden Sicherheit des nachrangingen Gläubigers oder der Erweiterung des Kreditrahmens des abtretenden Eigentümers dienen.[547] Ob das eine oder das andere gewollt ist, beurteilt sich nach dem Inhalt der Sicherungsabrede. Im Zweifel dienen die Abtretungen nach der „Unklarheitsregel“ des § 305c Abs. 2 BGB lediglich der Verstärkung der Grundschuldsicherheit[548] i. S. einer Rangverbesserung, soweit die Sicherungsabrede nicht etwas anderes vorschreibt.[549]

2) Die Abtretung des Rückgewähranspruchs über gleich- oder nachrangige Grundschulden: zur Verstärkung der Rangstelle oder zum Erwerb einer zusätzlichen Sicherheit?

Der vorrangige Gläubiger kann zur Sicherung seiner Rangstelle gegenüber dem Eigentümer verlangen, dass alle Rückgewähransprüche über gleich- und nachrangige Grundschulden im Voraus an ihn abgetreten werden. Eine besondere Konstellation[550] ist gegeben, wenn nach der Vorausabtretung eine Umkehr der Rangfolge dahingehend eingetreten ist, dass die bislang nachfolgenden nachrangigen Grundschulden vor- oder gleichrangig werden. In diesem Fall kann der Gläubiger, der zwischenzeitlich seinen Rang verloren hat, aufgrund der Vorausabtretung der Rückgewähransprüche von den zwischenzeitlich vorrangigen Gläubigern der Grundschulden die Übertragung dieser vorrangigen Grundschulden an sich selbst verlangen.

Diese Vorausabtretung führt dazu, dass alle nachfolgenden Grundschulden sogar bei eingetretener Vorrangigkeit ins Leere laufen. Sie bedeutet eine Einschränkung der Verfügungsbefugnis des Eigentümers und der anderen Gläubiger in der Weise, dass durch sie eine Einflussnahme auf die Rangstelle verhindert wird. Dies kann darüber hinaus als Einschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit des Zedenten angesehen werden[551].

Richten sich die Rückgewähransprüche auf Aufhebung oder Verzicht der Grundschuld, so wird die Rangstelle der vorrangigen Grundschuld hierdurch zusätzlich verstärkt, da demzufolge der vorrangige Gläubiger im Hinblick auf seine

[546] Über Löschungsanspruch und Löschungsvormerkung siehe diese Arbeit § 8 VI.
[547] BGHZ 104, 26, 29.
[548] BGH ZIP 1990, 298, 299.
[549] BGHZ 110, 108ff. Baur/Stürner, § 46 Rn. 48.
[550] Vgl. BGH ZIP 1989, 89ff. Vgl. Clemente, § 7 Rn. 487ff., S. 138f.
[551] Clemente, § 7 Rn. 491, S. 140.

Grundschuld keine Mitbewerber mehr hat und der „einzige Gläubiger“ werden kann. Bemerkenswert ist weiter, dass der vorrangige Gläubiger durch Geltendmachung seiner Rückgewähranspruche über gleich- und nachrangige Grundschulden möglicherweise eine zusätzliche eigenständige Sicherheit erwerben kann, wenn sich dieser Anspruch auf Abtretung gleich- und nachrangiger Grundschulden richtet. Ob vorrangige Gläubiger solche abgetretene nach- und gleichrangige Grundschulden verwenden, um ihre weiteren Forderungen zu sichern, bleibt in der Rechtsprechung noch offen.[552] Zweifelsfrei ist allerdings, dass in diesem extremen Fall die an den vorrangigen Gläubiger abgetretenen Grundschulden, für die Sicherungsverträge zwischen dem Eigentümer und den gleich- oder nachrangigen Gläubigern bestehen, von den Bindungen der zugrunde liegenden Sicherungsverträge entfesselt sind. Zur Verwendung solcher Grundschulden durch den vorrangingen Gläubiger muss ein neuer Sicherungsvertrag zwischen dem Eigentümer und dem vorrangigen Gläubiger abgeschlossen werden, um die Durchsetzbarkeit der Grundschulden zu regeln. Andernfalls wären die abgetretenen Grundschulden mangels *causa* bereicherungsrechtlich gescheitert.

Erfolgt die Vorausabtretung durch AGB, sollten diese m.E. unwirksam sein, wenn sie von Anfang an den Zweck verfolgt, weitere Forderungen des vorrangigen Gläubigers zu sichern. Bei unterstellter Wirksamkeit würde die Vorausabtretung für den Eigentümer und nach- und gleichrangige Gläubiger einen Verlust der Rangstelle bedeuten. Auch wenn der vorrangige Gläubiger selbst bereits befriedigt wurde und er nunmehr versucht, durch Geltendmachung der Rückgewähransprüche die nachfolgenden Grundschulden zu erwerben, um diese danach zu verwerten, sollte dies m.E. unzulässig sein, es sei denn, der vorrangige Gläubiger hat die Forderungen, die den abgetretenen Grundschulden zugrunde liegen, selbst getilgt.

Nach der Auffassung des BGH[553] zur Vorausabtretung von Rückgewähransprüchen über vorrangige Grundschulden soll die Abtretung lediglich den Zweck der Vorrangsicherung verfolgen, sie soll aber den Gläubiger nicht dazu berechtigen, sich über die Höhe seiner eigenen, nachrangigen Grundschuld hinaus zu befriedigen. Es sollte m.E. in Anlehnung an die bestehende Rechtsprechung zu den Rückgewähransprüchen über vorrangigen Grundschulden auch hinsichtlich des Wirkungsumfangs der Vorausabtretung davon ausgegangen werden, dass auch in diesem Fall lediglich eine Verstärkung der eigenen Grundschuld bewirkt wird, nicht aber eine zusätzliche Befriedigungsmöglichkeit für weitere Forderungen bestehen soll. Dies ist nicht erforderlich, weil der vorrangige Gläubiger auch ohne Vorausabtretung die Möglichkeit hat, seine Forderungen bereits aus seiner eigenen vorrangigen Grundschuld zu befriedigen.

Eine Individualvereinbarung, die dem vorrangigen Gläubiger bei weiteren Forderungen die Möglichkeit einräumt, aus den abgetretenen Rückgewähransprüchen

[552] Siehe Clemente, § 7 Rn. 493, S. 140.
[553] BGH ZIP 1990, 298.

vorzugehen, ist hingegen zulässig, soweit der Eigentümer seine Willenserklärung nicht unter wirtschaftlichem Zwang abgegeben hat.

f) Ausschluss und Einschränkung der Abtretbarkeit des Rückgewähranspruchs

Während der Rückgewähranspruch selbst im Sicherungsvertrag nicht vollständig ausgeschlossen werden darf, kann seine Abtretbarkeit hingegen nach § 399 BGB grundsätzlich ausgeschlossen oder nur eingeschränkt werden z.B. durch ein Zustimmungserfordernis des Sicherungsnehmers.[554] In diesem Fall ist die Abtretung des Rückgewähranspruchs, die ohne Zustimmung des Gläubigers der Grundschuld und Schuldners des Rückgewähranspruchs erfolgt, damit nicht nur gegenüber dem Schuldner, sondern auch gegenüber jedem Dritten unwirksam.[555]

Hinsichtlich der Zustimmung des Sicherungsnehmers wird allerdings die Auffassung vertreten, dass der Sicherungsnehmer im Interesse des Sicherungsgebers grundsätzlich zur Zustimmung verpflichtet sei. Auch wenn die Einschränkung der Abtretbarkeit nachträglich vereinbart wird, müsste der Sicherungsnehmer die Zustimmung geben.[556]

Die formularmäßige Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts der Bank wird nach der Rechtsprechung des BGH[557] auch dann als wirksam angesehen, wenn zwischen dem Sicherungsgeber und dem Eigentümer keine Personenidentität besteht. Der BGH stellt hier auf das schützenswerte Interesse der Banken an einer vereinfachten Verwaltung der Sicherheiten ab und sieht im Zustimmungsvorbehalt ein Instrument, das der Unübersichtlichkeit bei Mehrfach- und Teilabtretungen im Falle freier Abtretbarkeit entgegenwirken soll.[558] Es wird hingegen von der Unwirksamkeit einer derartigen Klausel über den Zustimmungsvorbehalt nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB ausgegangen, wenn kein schützenswertes Interesse des Verwenders am Abtretungsverbot besteht oder wenn die Interessen des Sicherungsgebers an einer freien Abtretbarkeit ohne Zustimmungsvorbehalt des Sicherungsnehmers überwiegen.[559]

Über diese Problematik liegt noch keine Grundsatzentscheidung des BGH vor[560]. M.E. müsste zunächst unterschieden werden, ob Sicherungsgeber und Eigentümer identisch sind. Bei Personenidentität ist eine solche Einschränkung generell zulässig. In einem weiteren Schritt ist bei der Frage, ob eine Einschränkung der Abtretbarkeit berechtigt sein soll, auf den Zweck abzustellen, der mit dem Zustimmungsvorbehalt im Einzelfall verfolgt wird. Im Übrigen finden alle allgemeinen Voraussetzungen zur

[554] Staudinger/Wolfsteiner, Vor §§ 1191ff., Rn. 161, S. 796. Baur/Stürner, § 46 Rn. 98. Clemente, § 7 Rn. 484, S. 137.
[555] Vgl. BGHZ 40, 156, 160; 102, 293, 300; ZIP 1990, 439.
[556] Clemente, § 7 Rn. 484, S. 137.
[557] BGH ZIP 1990, 439.
[558] BGH ZIP 1990, 439, 440.
[559] BGH IBR 2006, 608. Staudinger/Wolfsteiner, Vor §§ 1191ff., Rn. 162, S. 797.
[560] Siehe Staudinger/Wolfsteiner, Vor §§ 1191ff., Rn. 162, S. 797.

Vormerkungsfähigkeit künftiger Ansprüche, und damit auch der Rückgewähransprüche Anwendung. Nach der Ansicht des BGH[561] soll dies ebenso für die Rückgewähransprüche des nachrangigen Grundschuldgläubigers i.S.d. §§ 1179, 1179a BGB gelten.

Eine besondere Fallkonstellation liegt vor, wenn der Eigentümer-Sicherungsgeber auf dem eigenen Grundstück eine Grundschuld bestellt hat und es danach an einen Dritten veräußert.[562] Es besteht dann keine Personenidentität zwischen dem Inhaber des Rückgewähranspruchs und dem Eigentümer. Dem Sicherungsgeber-Veräußerer sollte hier gegen den Sicherungsnehmer ein Anspruch auf Zustimmung zur Abtretung des Rückgewähranspruchs eingeräumt werden, da andernfalls der neue Eigentümer keinen Rückgewähranspruch erwerben könnte mit der Folge, dass er im Fall der Grundschuldleistung keinen Anspruch auf Abtretung der Grundschuld an sich selbst hätte. Der neue Eigentümer könnte in diesem Fall keine Eigentümergrundschuld erwerben.

10. Vereitelung des Rückgewähranspruchs durch die isolierte Abtretung der Grundschuld

Die Erfüllung des Rückgewähranspruchs kann mangels Gegenstands dadurch unmöglich werden, dass der Sicherungsnehmer die Grundschuld vertragswidrig isoliert an einen Dritten abgetreten hat. Zur Abwehr dieser Gefahr müssen Parteien im Sicherungsvertrag die Frage der Abtretbarkeit der Grundschuld ausdrücklich und ausführlich regeln. Das Einwendungssystem und die Risikoanalyse bei isolierter Abtretung der Grundschuld werden im Abschnitt zur Sicherungsgrundschuld weiter unten eingehend dargelegt.[563]

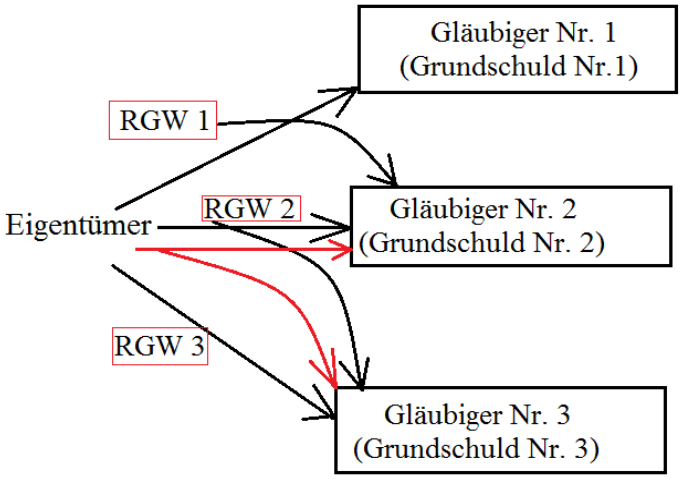
11. Abtretung des Anspruchs auf Rückübertragung des Rückgewähranspruchs

Eine komplizierte Konstellation liegt vor, wenn es mindestens drei Grundschuldgläubiger gibt und dem Eigentümer gegenüber jedem von ihnen ein Rückgewähranspruch zusteht. Im Falle der Abtretung eines Rückgewähranspruches an einen nachrangigen Grundschuldgläubiger erwirbt dieser nur den Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld des unmittelbar vorrangigen Gläubigers, nicht aber die Rückgewähransprüche anderer vorrangiger Gläubiger. Auch hier gilt im Falle der Mehrfachabtretung der Grundsatz der Priorität, mit der Folge, dass beispielsweise der an einen Gläubiger abgetretene Rückgewähranspruch nicht nochmals an einen anderen nachrangigen Gläubiger abgetreten werden kann.

Ein nachrangiger Gläubiger kann über den Rückgewähranspruch gegenüber dem unmittelbar vorrangigen Gläubiger hinaus weitere bereits abgetretene Rückgewähransprüche, die sich auf vor- oder gleichrangige Grundschulden beziehen, nur dann erwerben, wenn sie an den Eigentümer zurück abgetreten werden.

[561] BGH NJW 2006, 2408 = BGHZ 166. 319.
[562] Vgl. BGHZ 110, 241.
[563] Siehe in dieser Arbeit § 9 II und III.

Der Rückgewähranspruch beinhaltet die Rückgabe der nichtakzessorischen Sicherheit und ergibt sich direkt aus dem Sicherungsvertrag. Wird er gegenüber dem Eigentümer erfüllt, entsteht häufig eine Eigentümergrundschuld. Im Falle der Vorausabtretung des Rückgewähranspruchs an einen Gläubiger ist der Eigentümer nicht mehr Inhaber des Rückgewähranspruchs. Entfällt nun aber das Sicherungsinteresse des Gläubigers, an welchen der Rückgewähranspruch im Voraus abgetreten worden war, weil z.B. die zu sichernde Forderung erfüllt wurde, so steht dem Eigentümer ein *Anspruch auf Rückübertragung des abgetretenen Rückgewähranspruchs* gegenüber dem Gläubiger zu. Wird dieser Anspruch allerdings vom Eigentümer vor Erfüllung an einen gleich- oder nachrangigen Grundschuldgläubiger abgetreten, so enthält dieser einen eigenen Anspruch auf Rückübertragung der Grundschuld gegenüber dem vorrangigen Gläubiger. Macht nun der gleich- oder nachrangige Gläubiger diesen Anspruch gegenüber dem vorrangigen Gläubiger geltend, wird die vorrangige Grundschuld an ihn übertragen, so dass er mit dieser neu erworbenen Grundschuld eigene Forderungen sichern kann.



In der Praxis ist die Fallkonstellation[564] anzutreffen, in welcher der Eigentümer für die Gläubiger G1, G2 und G3 nacheinander jeweils drei Grundschulden bestellt und in drei Sicherungsverträgen drei Rückgewähransprüche begründet werden. In der Folge tritt der Eigentümer den gegenüber Gläubiger G1 bestehenden Rückgewähranspruch „RGW 1“ an den Gläubiger G2 und den gegenüber dem Gläubiger G2 bestehenden Rückgewähranspruch „RGW 2“ an den Gläubiger G3 ab mit dem Ziel, deren Rangstelle zu sichern. Aufgrund der Abtretung des gegenüber G1 bestehenden Rückgewähranspruchs „RGW 1“ an den Gläubiger G2 ist der Eigentümer nicht mehr Inhaber des Rückgewähranspruchs. Dieser geht aufgrund seiner Unabhängigkeit auch dann nicht automatisch an den Eigentümer zurück, wenn der Gläubiger G2 kein Sicherungsinteresse mehr hat, weil z.B. seine eigene Forderung bereits getilgt ist.

[564] Nach BGHZ 104, 26ff. = ZIP 1988, 633ff.

Vielmehr verbleibt der abgetretene Rückgewähranspruch beim Gläubiger G2. Der Eigentümer hat jedoch in dieser Situation aus der Sicherungsabrede einen Anspruch auf Rückübertragung des abgetretenen Rückgewähranspruchs „RGW 1“ gegenüber dem Gläubiger G2. Der Gläubiger G3 hat im Interesse der eigenen Rangsicherung und des damit verbundenen Erwerbs aller vorrangigen Grundschulden darüber hinaus die Möglichkeit, sich vom Eigentümer noch zusätzlich dessen Anspruch auf Rückübertragung des Rückgewähranspruchs gegenüber dem Gläubiger G2 abtreten zu lassen. Mit dieser Gestaltung wird eine optimale Rangsicherung bewirkt.

Ein Anspruch auf Rückübertragung des Rückgewähranspruchs „RGW 1“ kann vom Gläubiger G3 erst dann geltend gemacht werden, nachdem er die Grundschuld des Gläubigers G2 abgelöst hat. Jedoch kann der G2 den Anspruch des Gläubigers G3 auf Rückübertragung des Rückgewähranspruchs zerstören, indem er z.B. mit dem Gläubiger G1 eine Umschuldung durchführt und in diesem Zusammenhang die Grundschuld des Gläubigers G1 auf ihn übertragen wird. Demzufolge erlischt der Rückgewähranspruch des G2 gegen G1, also der „RGW 1“, weil sich die Forderung und die Schuld in einer Person vereinigt haben[565]. Dementsprechend ist der Anspruch auf Rückgewähr dieses Rückgewähranspruchs „RGW 1“ auch gegenstandslos, obwohl er schon vom Eigentümer an den G3 im Voraus abgetreten wird.

Unabhängig hiervon stellt sich die Frage, ob der G3 noch Schadensersatzansprüche gegen den Eigentümer oder den G2 hat. Der an den Gläubiger G3 abgetretene Rückgewähranspruch „RGW 2“ gegenüber dem Gläubiger G2 bleibt hiervon unberührt.

Hier wird das Phänomen deutlich, dass der sich aus dem Sicherungsvertrag ergebende Rückgewähranspruch als Regelungsinstrument besteht, um die Rechtsverhältnisse zwischen Sicherungsgeber und einzelnen Gläubigern einerseits und zwischen mehreren Gläubigern nacheinander andererseits zu steuern.

VI. Löschungsvormerkung und Löschungsanspruch

1. Die Einführung des gesetzlichen Löschungsanspruchs

Das deutsche Grundpfandrecht folgt dem Prinzip der Rangreservierung und -wahrung [566] . Die Einhaltung dieses Prinzips wird durch die Institution der Eigentümergrundschuld gem. § 1163 Abs. 1 S. 2 BGB gewährleistet. Es fehlt an einer gesetzlichen Automatik insoweit, als die Fremdgrundschuld nach Tilgung der gesicherten Forderung nicht automatisch an den Eigentümer zurückgeht, sondern dem Eigentümer lediglich ein Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld zusteht und bei Erfüllung des Rückgewähranspruchs erst eine Eigentümergrundschuld mit der entsprechenden Rangstelle entsteht. Dies wiederum hat zur Folge, dass die Frage, ob

[565] BGH ZIP 1988, 633, 634.
[566] Staudinger/Wolfsteiner, § 1179a, Rn. 1, S. 617.

der nachrangige Gläubiger bei Erledigung eines vorrangigen Grundpfandrechts im Rang aufrückt, nach dem ursprünglichen Grundgedanken des BGB und seinem System nach tatsächlich der Dispositionsmacht des Eigentümers überlassen wurde.

Im Interesse der gleich- oder nachrangigen Gläubiger an einer Rangverbesserung wurde später mit § 1179a BGB der gesetzliche Löschungsanspruch eingeführt, nach dem der Eigentümer beim Vereinigungsfall vom Grundstückseigentum und Grundschuld in seiner Hand zur Löschung der Eigentümergrundschuld verpflichtet ist mit der Folge, dass gleich- oder nachrangige Grundschuldgläubiger im Rang aufrücken. Vor der Einführung des gesetzlichen Löschungsanspruchs konnten gleich- oder nachrangige Gläubiger ein Aufrücken nur dadurch erreichen, dass sie mit dem Eigentümer die Löschung vor- oder gleichrangiger Grundpfandrechte vereinbarten, sobald diese sich mit dem Eigentumsrecht in einer Person vereinigten[567]. Mit dieser Vereinbarung sollte die Verfügungsmacht des Eigentümers über seine Eigentümergrundschuld und deren Rangstelle eingeschränkt und die Qualität der Grundpfandrechte gleich- oder nachrangiger Gläubiger wegen verbesserter Möglichkeit des Aufrückens verstärkt werden. Dieser vereinbarte Löschungsanspruch konnte auch im Sicherungsvertrag durch eine weitere Vereinbarung der Vormerkung nach § 883 BGB gesichert werden. Das war die ursprüngliche Löschungsvormerkung.

2. Die Wirkung des gesetzlichen Löschungsanspruchs

Mit der Einführung des § 1179a BGB ist der gesetzliche Löschungsanspruch auch gleichzeitig Inhalt jedes Grundpfandrechts geworden[568] und stellt damit ein dingliches Recht dar[569]. Dabei entfaltet der gesetzliche Löschungsanspruch dieselbe Wirkung wie die Löschungsvormerkung[570], d.h. er bewirkt eine relative Unwirksamkeit der Verfügung, die den Löschungsanspruch vereitelt. Die Frage, ob es sich beim Löschungsanspruch um einen gegenwärtigen oder künftigen Anspruch handelt, ist danach zu beantworten, ob Grundpfandrecht und Eigentumsrecht bereits bei einer Person liegen oder dieser Fall erst zu einem späteren Zeitpunkt eintritt.

Nach § 1196 Abs. 3 BGB gilt der Löschungsanspruch nicht für die rechtsgeschäftlich bestellte vorläufige Eigentümergrundschuld, da andernfalls die rechtsgeschäftliche Bestellung der Eigentümergrundschuld ins Leere laufen würde. Der gesetzliche Löschungsanspruch ist nach § 1196 Abs. 3 BGB allerdings dann anwendbar, nachdem die Grundschuld einem Sicherungszweck dient, d.h. wenn der Vereinigungsfall lediglich aufgrund der Erfüllung des Rückgewähranspruchs erfolgt, was wiederum im Interesse gleich- oder nachrangiger Gläubiger den gesetzlichen Löschungsanspruch nach § 1179a BGB auslöst. [571] Demzufolge ist nur die ursprüngliche rechtsgeschäftliche Eigentümergrundschuld „vollwertig“. Da sie bislang nicht als

[567] Baur/Stürner, § 46 Rn. 34.
[568] BGHZ 99, 363, 369. MünchKommBGB/Eickmann, § 1179a Rn. 1. Jerschke, Hans-Ulrich, DNotZ 1977, 708, 734.
[569] Baur/Stürner, § 46 Rn. 40. Staudinger/Wolfsteiner, § 1179a, Rn. 11, S. 621.
[570] Staudinger/Wolfsteiner, § 1179a, Rn. 62, S. 633.
[571] BGHZ 99, 363, 367.

Sicherheit verwendet worden ist, ist sie nicht vom gesetzlichen Löschungsanspruch bedroht. Man nennt dies die sog. „Entwertung der Eigentümergrundschuld“.[572]

Nach § 1179a Abs. 5 BGB kann der gesetzliche Löschungsanspruch durch eine Vereinbarung ganz oder nur für einen bestimmten Vereinigungsfall ausgeschlossen werden[573]. Diese bedarf allerdings der Eintragung ins Grundbuch. Dieser Ausschluss kann auch einseitig durch den Eigentümer erfolgen.[574] Dementsprechend ist die bewilligte Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB n. F. für die meisten Fälle schon überflüssig[575].

3. Überlegungen gegen den gesetzlichen Löschungsanspruch

a) Systematischer Widerspruch

Die Einführung des gesetzlichen Löschungsanspruchs ist nicht das Ergebnis rechtsdogmatischer Überlegungen, sie verfolgt vielmehr die Entlastung des Grundbuchs, da mit der Verdinglichung des Löschungsanspruchs die Eintragung einer Löschungsvormerkung entbehrlich wird.[576]

Der gesetzliche Löschungsanspruch bedeutet für den Eigentümer ein Vermögensopfer, weil ihm dadurch die Verfügungsmacht über die Rangstelle entzogen wird und diese auf gleich- bzw. nachrangige Gläubiger übergeht. Damit steht der gesetzliche Löschungsanspruch in einem „unauflösbaren systematischen Widerspruch“[577] zu dem im BGB vorherrschenden Grundsatz der Rangreservierung. Die Literatur zweifelt im Hinblick auf die erhebliche Einschränkung der Dispositionsmacht des Eigentümers sogar die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift an.[578]

Der BGH hat hingegen die Verfassungswidrigkeit verneint.[579] Er geht davon aus, dass die Rechtsposition des Eigentümers von Anfang an wegen der Ausschlussmöglichkeit des Löschungsanspruchs samt der Eintragungsmöglichkeit ins Grundbuch nach § 1179a Abs. 5 BGB nicht verschlechtert wird, so dass der Eigentümer seine Eigentümergrundschuld trotz zwischenzeitlicher Abtretung immer wieder als Sicherungsmittel verwenden kann und sowohl er als auch der Zessionar der Grundschuld gar nicht auf Zustimmung zur Löschung verpflichtet sind.[580] Dies ist zwar denkbar. Allerdings erfolgt der Eigentümerschutz nach der Einführung des gesetzlichen Löschungsanspruchs immer auf Initiative, also auf Kosten, des Eigentümers. Das ist aus meiner Sicht ebenso eine Belastung für den Eigentümer.

---

[572] Baur/Stürner, § 46 Rn. 41.
[573] MünchKommBGB/Eickmann, § 1179a Rn. 39. Baur/Stürner, § 46 Rn. 44.
[574] OLG Düsseldorf NJW 1988, 1798. Baur/Stürner, § 46 Rn. 44.
[575] Siehe Baur/Stürner, § 46 Rn. 46.
[576] Kesseler, ZIP 2014, 110, 113.
[577] Staudinger/Wolfsteiner, § 1179a, Rn. 6, S. 619.
[578] Staudinger/Wolfsteiner, § 1179a, Rn. 9, S. 620.
[579] BGHZ 99, 363. Auch Baur/Stürner, § 46 Rn. 38. K. Schmidt, JuS 1988, 154.
[580] BGHZ 99, 363, 370.

Meiner Auffassung nach war die Einführung des gesetzlichen Löschungsanspruchs überflüssig, da dasselbe Ziel auch erreicht werden kann durch schuldrechtliche Vereinbarung des Löschungsanspruchs mitsamt seiner Vormerkung im individuellen Vertrag oder in den AGBs und einer nachfolgenden Wirksamkeitskontrolle durch das AGB-Recht. Dabei ist von der Akzessorietät der Vormerkung zum Löschungsanspruch auszugehen. Denkbar ist auch, dass die Rechtsprechung in bestimmten Konstellationen eine stillschweigende Vereinbarung des Löschungsanspruchs als zustande gekommen ansieht. Auf diese Weise würde die Problematik gelöst werden können, ohne dass es zu einem systematischen Widerspruch käme.

Aufgrund der unterschiedlichen Behandlung von schuldrechtlichen Ansprüchen und dinglichen Rechten in der Insolvenzordnung kann die Verdinglichung des Löschungsanspruchs von Gesetzes wegen möglicherweise zu seiner Unanfechtbarkeit im Insolvenzverfahren führen. Dies bewirkt im Vergleich zum rechtsgeschäftlichen Löschungsanspruch eine Verstärkung der Rechtsposition gleich- und nachrangiger Gläubiger.[581] Meiner Auffassung nach sollte allerdings die Verdinglichung von obligatorischen Rechten aufgrund der Absolutheit dinglicher Rechte vorher grundsätzlich sorgfältig geprüft werden.

Während die nichtakzessorische Grundschuld über ein hohes Maß an Flexibilität verfügt, bewirkt der gesetzliche Löschungsanspruch gerade eine Einschränkung dieser Flexibilität, weil durch ihn die Dispositionsfreiheit des Eigentümers über die Rangstelle eingeschränkt wird und er als Sicherungsgeber damit unmöglich gegen Kreditgewährung weitere Sicherheiten flexibel anbieten kann. Somit ist die Einführung des gesetzlichen Löschungsanspruchs m.E. eine Reduzierung der Abstraktheit der Grundschuld ohne Berücksichtigung der Systematik des Gesetzbuches.

b) Belastung für die Refinanzierung

Die Verdinglichung des Löschungsanspruchs führt zu neuen Schwierigkeiten in der Kreditpraxis. Im Falle der mehrfachen Grundschuldbestellung zugunsten verschiedener Gläubiger wird ein weiterer Gläubiger nur dann dazu bereit sein, dem Eigentümer ein neues Darlehen zu gewähren, wenn er eine Sicherheit in der Weise erhält, dass der Eigentümer seine Eigentümergrundschuld, die nach Erfüllung der Forderung eines vorrangigen Gläubigers aufgrund der Geltendmachung des Rückgewähranspruchs entstanden ist, an ihn abtritt, insbesondere ohne dass diese vom gesetzlichen Löschungsanspruch eines gleich- oder nachrangigen Gläubigers bedroht ist. In diesem Fall wird der Eigentümer sicherstellen müssen, dass die Eigentümergrundschuld rechtsbeständig ist[582].

[581] Über diese Problematik siehe § 13 IV 2 dieser Arbeit.
[582] Kollhosser, Helmut, Neue Probleme und Verpfändung von Grundschulden, JA 1979, 232.

In der Regel muss der Eigentümer beweisen, dass die Voraussetzungen für die Entstehung des gesetzlichen Löschungsanspruchs nicht vorliegen oder der Anspruch schon ausgeschlossen ist bzw. sein kann. Die Voraussetzungen für die Entstehung des gesetzlichen Löschungsanspruchs liegen nicht vor, wenn z.B. die Forderung des gleich- oder nachrangigen Gläubigers getilgt wird, so dass er kein Sicherungsinteresse mehr hat, das einen gesetzlichen Löschungsanspruch rechtfertigen würde. Die Voraussetzungen liegen auch dann nicht vor, wenn der Rückgewähranspruch des Eigentümers gegenüber dem vorrangigen Gläubiger bereits im Voraus abgetreten wurde, weil in diesem Fall überhaupt unmöglich eine Eigentümergrundschuld entsteht, auf die sich der gesetzliche Löschungsanspruch beziehen könnte. Der gesetzliche Löschungsanspruch kann auch ausgeschlossen werden. Aufgrund seiner Verdinglichung ist hierzu allerdings eine dingliche Einigung zum Verzicht und eine entsprechende Eintragung ins Grundbuch erforderlich. Hieraus wird deutlich, dass der vom Gesetzgeber beabsichtigte Zweck der Entlastung wieder neue Belastungen der Grundbücher nach sich zieht, die mit zusätzlichen Kosten verbunden sind.

Vom gesetzlichen Löschungsanspruch ist auch die offene Eigentümerbriefgrundschuld betroffen, die in der Kreditpraxis das wichtigste Instrument des Eigentümers zur Finanzierung und Refinanzierung ist, weil ihre Abtretung außerhalb des Grundbuchs und damit kostensparend erfolgen kann. Obwohl der Gesetzgeber in § 1196 Abs. 3 BGB die ursprüngliche Eigentümergrundschuld ausdrücklich vom Anwendungsbereich des gesetzlichen Löschungsanspruchs ausnimmt und diese unbeschadet abgetreten werden kann, besteht für jeden eventuellen Kreditgeber das Problem, dass er von außen schwer beurteilen kann, ob die Eigentümerbriefgrundschuld bereits an einen anderen Gläubiger abgetreten worden ist. Ein vorsichtiger Kreditgeber wird zu seiner Sicherheit bestimmt zusätzlich Grundbucheinsicht nehmen oder die Vorlage der Grundschuldurkunde als Nachweis verlangen. Durch diese Nachweisschwierigkeiten für den Eigentümer werden die grundsätzlichen Vorteile der Briefgrundschuld, die darin bestehen, dass über sie außerhalb des Grundbuchs verfügt werden kann, deutlich eingeschränkt.

Die Einführung des gesetzlichen Löschungsanspruchs hat zur Folge, dass Eigentümergrundschulden in der Praxis nur dann verkehrsfähig sind, wenn es keine gleich- oder nachrangigen Gläubiger gibt oder wenn diese auf etwaige Löschungsansprüche durch dingliche Einigung und Grundbucheintragung verzichtet haben.[583] Dies erklärt auch, warum der Gläubiger in der Praxis ein Interesse daran hat, das Grundbuch einzusehen, bevor er eine Briefgrundschuld als Sicherheit akzeptiert. [584] Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Zirkulationsfähigkeit der Briefgrundschuld durch den gesetzlichen Löschungsanspruch reduziert wird.

[583] Staudinger/Wolfsteiner, § 1179a Rn. 81.
[584] Siehe Staudinger/Wolfsteiner, § 1155 Rn. 2, § 1179a Rn. 78.

4. Das Verhältnis zwischen Löschungs- und Rückgewähranspruch

Während die Hypothek bei Wegfall oder Tilgung der Forderung automatisch auf den Eigentümer übergeht und dann nach § 1177 BGB sofort in seiner Person eine Eigentümergrundschuld begründet, kann der Inhaber des Rückgewähranspruchs darüber bestimmen, ob Eigentum und Grundschuld in einer Person zusammenfallen.[585] Die Einführung des gesetzlichen Löschungsanspruchs ist häufig auch gleichzeitig mit einer Entwertung des Rückgewähranspruchs verbunden, weil die mit seiner Geltendmachung entstandene Eigentümergrundschuld nach ihrer Entstehung sofort und automatisch mit dem gesetzlichen Löschungsanspruch belastet wird. Damit ist fraglich, ob die Ausübung des Rückgewähranspruchs für den Eigentümer noch sinnvoll ist.

Wenn der Eigentümer die Erfüllung seines Rückgewähranspruchs nicht verlangt und diesen an einen Dritten abtritt, um beispielsweise neue Forderungen zu sichern, entsteht keine Eigentümergrundschuld, was zur Folge hat, dass der Löschungsanspruch auch nicht geltend gemacht werden kann. Damit kann der Löschungsanspruch die Abtretung des Rückgewähranspruchs an einen Dritten nicht verhindern, ebenso wenig auch seine Pfändung durch den Gläubiger des Eigentümers, sofern der Rückgewähranspruch noch nicht erfüllt ist.[586] Der gleich- oder nachrangige Grundschuldgläubiger kann seinen Löschungsanspruch nur dadurch sichern, dass er den Eigentümer seinen Rückgewähranspruch gegen den vorrangigen Gläubiger an sich selbst abtreten[587] und diesen abgetretenen Anspruch durch eine vom vorrangigen Gläubiger bewilligte Vormerkung sichern lässt.[588]

Auch wenn der Rückgewähranspruch an einen Dritten abgetreten ist und der Gläubiger aus der Fremdgrundschuld die Zwangsvollvollstreckung betreibt, ist der Zessionar auch dazu berechtigt, seinen Rückgewähranspruch z.B. noch im Verteilungsverfahren geltend zu machen, sofern zum Zeitpunkt des Zuschlags beim Eigentümer noch keine Eigentümergrundschuld entstanden ist, durch welche der gesetzliche Löschungsanspruch ausgelöst wird.[589] Um der Gefahr des gesetzlichen Löschungsanspruchs vorzubeugen, kann sich der Zessionar des Rückgewähranspruchs, der in der Regel ein nachrangiger Grundpfandgläubiger ist, durch Eintragung einer Vormerkung schützen.[590]

VII. Irreführende Angst vor überschießender dinglicher Rechtsmacht

1. Konkurrenz zwischen persönlicher und dinglicher Haftung

[585] Kesseler, ZIP 2014, 110, 114, 115.
[586] Baur/Stürner, § 46 Rn. 48. BGHZ 160, 168ff, 172ff; 166, 319ff, 324f; 108, 237, 244.
[587] Ausführlich auch siehe § 8 V 9 e) 1) dieser Arbeit.
[588] Baur/Stürner, § 46 Rn. 48.
[589] BGHZ 108, 237, 244; 99, 363, 365.
[590] OLG Hamm NJW-RR 1990, 272, 273.

Während die Haftung aus der Grundschuld auf den Zugriff des Grundstücks beschränkt ist, erstreckt sich die Haftung für die zugrunde liegende Forderung auf das Gesamtvermögen des persönlichen Schuldners. Bei Identität zwischen Eigentümer und Schuldner hat der Gläubiger ein Wahlrecht dahingehend, ob er aufgrund der Grundschuld in das Grundstück oder ob er aufgrund der Forderung in das Gesamtvermögen des Eigentümer-Schuldners einklagt. Bei der akzessorischen Hypothek wirkt sich die Differenzierung zwischen persönlicher und dinglicher Haftung wegen des gesetzlichen Forderungsübergangs im Fall der Tilgung nach § 1143 Abs. 1 BGB praktisch nicht aus. Damit ist die Konkurrenz zwischen persönlicher und dinglicher Haftung lediglich bei der nichtakzessorischen Grundschuld von Bedeutung.

Nach der Ansicht des BGH[591] findet § 1143 BGB auf die Grundschuld keine entsprechende Anwendung, weil § 1143 Abs. 1 BGB auf dem Grundsatz der untrennbaren Verbindung zwischen Hypothek und gesicherter Forderung beruht. Damit geht die gesicherte Forderung nicht kraft Gesetzes auf den Eigentümer über, wenn der nicht persönlich haftende Eigentümer auf die Grundschuld zahlt. Die Ablösung der Grundschuld durch den Grundstückseigentümer berührt somit zwar nicht den Bestand der persönlichen Forderung[592]. Diese Ansicht entspricht und entsprach auch immer der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung.[593] Allerdings kann der aus der Grundschuld befriedigte Sicherungsnehmer den persönlichen Schuldnern aus der gesicherten Forderung nicht mehr in Anspruch nehmen, weil dies zu einer rechtsmissbräuchlichen doppelten Befriedigung führen würde.

Die Zahlung des persönlichen Schuldners führt grundsätzlich zur Tilgung der persönlichen Forderung. Ist er zugleich Sicherungsgeber der Grundschuld, so wird in der Rechtsprechung davon ausgegangen, dass in der Regel mit seiner Zahlung auch ohne ausdrückliche Bestimmung zugleich die gesicherte Forderung erfüllt wird[594]. Die Doppeltilgung führt sowohl zum Erlöschen der persönlichen Forderung als auch zur Entstehung einer Eigentümergrundschuld. Auch wenn die Sicherungsabrede keine ausdrückliche Anrechnungsvereinbarung enthält, soll der Sicherungsgeber nach dem Sinn und Zweck der Abrede nicht zweimal leisten müssen[595]. Leistet der Eigentümer, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, freiwillig nur „auf die persönliche Forderung“, so hat er grundsätzlich nur einen schuldrechtlichen Anspruch aus der Sicherungsabrede auf Rückübertragung der Grundschuld. Nach der Auffassung des BGH[596] soll hier auch § 401 BGB entsprechende Anwendung finden. Hierbei geht der BGH allerdings nicht von einer „vollen entsprechenden Anwendung“, sondern nur von einer (normalen) „entsprechenden Anwendung“ des § 401 BGB aus. Demzufolge

[591] BGHZ 105, 154, 157.
[592] BGHZ 80, 228, 230.
[593] Siehe auch RGZ 150, 371, 374; KG NJW 1961, 414, 415.
[594] BGHZ 105, 154, 157.
[595] BGH NJW 1987, 838, 839.
[596] BGHZ 80, 228, 232.

ist der befriedigte Gläubiger statt eines gesetzlichen Übergangs lediglich aus dem Grundgedanken des § 401 BGB verpflichtet, solche Grundschulden auf den ablösenden Gesamtschuldner zu übertragen. Dieser Übertragung der Grundschuld auf den zahlenden Gesamtschuldner stehen nach Auffassung des BGH[597] auch nicht die Interessen des Sicherungsgebers entgegen. Andererseits werden die Interessen des Gläubigers durch § 426 Abs. 2 S. 2 BGB in der Weise gewahrt, dass die Übertragung nicht zu seinem Nachteil geltend gemacht werden kann.[598] Als Gesamtschuldner sind hier der persönliche Schuldner und der Eigentümer hinsichtlich ihres Innenverhältnisses gemeint, weil der Eigentümer in manchen Entscheidungen des BGH[599] auch „dinglicher Schuldner" genannt wird.

Zum Ausgleich des Innenverhältnisses zwischen dem persönlichen Schuldner und dem Eigentümer soll nach Auffassung des BGH darüber hinaus § 426 BGB angewendet werden. Dem ablösenden ausgleichsberechtigten Gesamtschuldner wird neben seinem etwaigen Anspruch aus dem Innenverhältnis noch der gesetzliche Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB gewährt.[600]

Auch wenn eine Doppelinanspruchnahme vom Grundsatz her aufgrund der Trennung zwischen persönlicher und dinglicher Haftung möglich ist, tritt dieser Fall in der Praxis wegen der fiduziarischen Bindung der Sicherungsabrede kaum ein. Dennoch lässt die denkbare Doppelinanspruchnahme den falschen Eindruck entstehen, dass die Grundschuld den Eigentümer im Vergleich zu der Hypothek schlechter stellt. Dieses Vorurteil hat u.a. zu der sachenrechtlichen Reform im Jahre 2008 geführt[601].

2. Die konstruktive Abstraktheit und die vertragliche „Akzessorietät" bei Grundschulden

a) Die konstruktive Abstraktheit der Grundschuld

Der Gesetzgeber hat die Grundschuld als ein von der zu sichernden Forderung unabhängiges nichtakzessorisches dingliches Recht ausgestaltet. Nach dem Wortlaut der §§ 1191, 1192 BGB muss die Grundschuld nicht eine Forderung sichern. Hieraus ergibt sich eine Dispositionsbefugnis der Parteien dahingehend, dass es ihnen überlassen ist, ob sie über die Sicherungsabrede eine Abhängigkeit der Grundschuld von der Forderung herstellen wollen oder nicht. Der Gesetzgeber hat sich bei der Grundschuld tolerant gezeigt, indem er über ihre Abstraktheit einen Gestaltungsspielraum zugelassen hat, ganz im Gegensatz zur Hypothek, die aufgrund ihrer Akzessorietät „während ihrer gesamten Dauer" in unmittelbarer Abhängigkeit

[597] BGHZ 80, 228, 233.
[598] BGHZ 80, 228, 234.
[599] Wie z.B. BGHZ 80, 228. In der BGH NJW 2003, 2673 = LMK 2003, 184 werden sogar die „persönliche und dingliche Schuld" differenziert. Allerdings sind diese Begriffe offenkundig dogmatisch unsauber.
[600] BGHZ 80, 228, 233.
[601] Ausführlich siehe Baur/Stürner, § 45 Rn. 67l.

von der zu sichernden Forderung steht, ohne dass die Parteien hiervon gestalterisch abweichen können.

Die Abstraktheit der Grundschuld hat dogmatisch nur insoweit konstruktive Bedeutung, als die Grundschuld für ihre Entstehung keine *causa* voraussetzt, dennoch aber den Gestaltungsspielraum eröffnet, sie über den Sicherungsvertrag mit einer *causa* zu verknüpfen.

b) Die vertragliche „Akzessorietät" der Sicherungsgrundschuld

Sichert eine Grundschuld eine Forderung bzw. einen Anspruch, wie § 1192 Abs. 1a BGB in der Legaldefinition der Sicherungsgrundschuld formuliert, so wird diese Grundschuld schon durch einen Sicherungsvertrag mit einem Sicherungszweck fiduziarisch verknüpft. Aufgrund der fiduziarischen Vinkulierung ist die Sicherungsgrundschuld nach Erledigung des Sicherungszwecks nicht mehr durchsetzbar. Der Gläubiger kann also aus dem Grundstück nicht mehr befriedigt werden. Insoweit ist die Sicherungsgrundschuld in Bezug auf ihre Durchsetzbarkeit „akzessorisch". Die Verknüpfung der Grundschuld mit einer Forderung im Sicherungsvertrag begründet eine vertragliche Akzessorietät. Der Sicherungsvertrag kann hierbei als schuldrechtliche Verpflichtung zu beschränktem Gebrauch eines dinglichen Rechts i.S.v. § 137 S. 2 BGB angesehen werden.

Aus der konstruktiven Abstraktheit der Grundschuld ergibt sich für die Parteien die Möglichkeit, die Grundschuld über den Sicherungsvertrag zu einer akzessorischen Rechtsposition umzuwerten. Die Geltendmachung des Rückgewähranspruchs kann damit als Ausdruck der vertraglichen „Akzessorietät" angesehen werden.

3. Irreführende Angst vor Grundschulden

Allen abstrakten Konstruktionen immanent ist die Zulassung einer überschießenden dinglichen Rechtsmacht, die allerdings über die schuldrechtliche fiduziarische Sicherungsabrede unter Kontrolle gehalten wird. Nur bei Geltung des Trennungsprinzips kann die abstrakte Konstruktion dazu führen, dass das sachenrechtliche „Können" über das schuldrechtliche „Dürfen" hinausgehen kann. Für den Gläubiger bedeutet die abstrakte Konstruktion allerdings eine zusätzliche Flexibilität dahingehend, dass er über die Grundschuld dinglich frei verfügen kann, weil die Vinkulierung in der Sicherungsabrede nicht eine dingliche Beschränkung der Verfügungsmacht zur Folge hat und er daher z.B. mit der Abtretung der Grundschuld eigene Forderungen in beliebigem Umfang weiter sichern kann. Hierin besteht der Hauptunterschied zur Hypothek, die grundsätzlich nicht ohne Forderung isoliert abgetreten werden kann und ohne Forderung sowieso keinen rechtlichen Bestand hat. Die Verwendung abstrakter Sicherheiten entspricht in einem höheren Maß den Interessen des Gläubigers an mehr Sicherheit und Flexibilität als die Verwendung akzessorischer Sicherheiten und führt im Ergebnis dazu, dass mehr Kredite in Umlauf gebracht werden können. Auf der anderen Seite werden die Interessen des Sicherungsgebers durch den Sicherungsvertrag hinreichend gewahrt.

Die Gefahr der Doppelinanspruchnahme, die sich bei nichtakzessorischen Sicherheiten aus der Trennung zwischen persönlicher und dinglicher Haftung ergibt, führt bei oberflächlicher Betrachtungsweise schnell zum Eindruck, dass der Eigentümer schlechter gestellt würde als bei akzessorischen Sicherheiten, dies umso mehr, als die Grundschuld in der Praxis oftmals mit der abstrakten Zahlungsverpflichtung aus einem Schuldanerkenntnis oder einem Schuldversprechen kombiniert wird. Tatsächlich ist nicht von einer Schlechterstellung auszugehen, da die Praxis mit dem Sicherungsvertrag die Gefahr der Doppelinanspruchnahme einschränkt.

In der Tat ist eine Gefahr der Doppelinanspruchnahme in der Lebenswirklichkeit gering, weil die abtretende Bank sowohl dem Schuldner als auch der erwerbenden Bank haftet. Eine Haftung kann sich aus Verstößen gegen den Sicherungsvertrag ergeben, soweit in ihm eine isolierte Abtretung der Grundschuld ausgeschlossen wird oder Aufklärungspflichten geregelt werden[602]. Mit der fiduziarischen Bindung des Sicherungsvertrags kann daher die Gefahr der Doppelinanspruchnahme bzw. der Durchsetzung einer nicht oder nicht mehr valutierten Grundschuld wirksam ausgeschlossen werden.

Die Angst vor nichtakzessorischen Sicherheiten, insbesondere der Sicherungsgrundschuld, ist unberechtigt. Sie beruht auf einem Missverständnis der Bedeutung der abstrakten Konstruktion und der Nichtakzessorietät der Grundschuld und verkennt, dass die Abstraktheit der Grundschuld nur von konstruktiver Bedeutung ist. Während die Grundschuld selbst konstruktiv ganz nichtakzessorisch bleibt, hängt die praktische Durchsetzbarkeit der Sicherungsgrundschuld vollständig von der Sicherungsabrede ab. Parteigewillkürte vertragliche Vereinbarungen schränken sämtliche aus der Nichtakzessorietät stammenden Risiken bei Sicherungsgrundschulden ohne Systembruch ein und unterliegen der gerichtlichen Kontrolle, ohne dass hierdurch die zugunsten des Gläubigers bestehende rechtliche Flexibilität, die aus dem Trennungsprinzip und der Selbständigkeit dinglicher Rechte resultiert, eingeschränkt wird. Dabei gewährleistet das Abstraktionsprinzip zusätzlich die effektive Durchsetzung der Flexibilität.

Auch wenn die Grundschuld und die Hypothek aus dogmatischer Sicht erhebliche Unterschiede aufweisen, hat sich die Grundschuld bereits vor der Reform den Ergebnissen der Hypothek angenähert. Dies erklärt sich zum einen mit der Anwendbarkeit von Hypothekenrecht auf die Grundschuld, soweit es nicht Akzessorietät voraussetzt, zum anderen erfolgt die Annäherung der Grundschuld an die Hypothek über die Auslegung des Sicherungsvertrags. Auch hinsichtlich des gutgläubigen Erwerbs eines nicht oder nicht mehr valutierten Grundpfandrechts steht die Praxis sowohl bei der Verkehrshypothek als auch bei der Sicherungsgrundschuld vor ähnlichen Problemen, die kontrolliert werden müssen. Diese Gefahr des gutgläubigen Erwerbs besteht allerdings unabhängig von der dogmatischen

[602] Baur/Stürner, § 45 Rn. 67l.

Konstruktion und betrifft allein den öffentlichen Glauben des Grundbuches in Bezug auf alle bestehenden Grundpfandrechte[603].

Die bislang durchgeführte Reform führt zu einer ungleichen Behandlung des gutgläubigen forderungslosen Erwerbs bei Sicherungsgrundschuld und Hypothek[604]. In der Literatur wird daher die Meinung vertreten, dass für alle Grundpfandrechte der gleiche Maßstab hinsichtlich der Bösgläubigkeit gelten sollte. Mit einer Reform, die für alle Grundpfandrechte gilt, sollte daher im Falle des forderungslosen Erwerbs „der Maßstab der Bösgläubigkeit in §§ 1138, 1157 BGB auf *grobe Fahrlässigkeit* herabgesetzt“ und das Erfüllungsrecht nach Abtretung entsprechend geändert werden[605].

§ 9. Die Sicherungsgrundschuld

I. Entstehung und Mängel der Sicherungsgrundschuld

Als ein beschränkt dingliches Recht setzt die Entstehung der Grundschuld grundsätzlich eine dingliche Einigung und Eintragung i.S.d. § 873 BGB voraus. Bei der Briefgrundschuld tritt noch die Übergabe des Grundschuldbriefs hinzu. [606] Einigung und Eintragung begründen das Bestellungsgeschäft als ein dingliches Geschäft[607]. Sichert die Grundschuld nach § 1192 Abs. 1a BGB einen Anspruch bzw. eine Forderung, so entsteht eine Sicherungsgrundschuld. In diesem Fall ist noch eine fiduziarische Bindung in Gestalt des Sicherungsvertrags erforderlich, der die Grundschuld mit der gesicherten Forderung verknüpft. Wird kein Sicherungsvertrag abgeschlossen, so ist lediglich eine isolierte Grundschuld gegeben.

Bei der Sicherungsgrundschuld können sowohl dingliche als auch schuldrechtliche Mängel auftreten. Ist die Grundschuldbestellung als ein Verfügungsgeschäft mangelhaft oder wird der Brief noch nicht übergegeben, so ist die Grundschuld nach § 1163 Abs. 2 BGB eine Eigentümergrundschuld[608].

Ist nur der Sicherungsvertrag als fiduziarische Vinkulierung mangelhaft, so lässt dies die Wirksamkeit der Grundschuld aufgrund des Abstraktionsprinzips unberührt, der Sicherungsnehmer ist allerdings nach Bereicherungsrecht gem. § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB dazu verpflichtet, die Grundschuld an den Sicherungsgeber zurückzugeben[609].

[603] Über die Risiken der Sicherungsgrundschuld siehe § 9 IV dieser Arbeit.
[604] Siehe auch § 8 I 2 c) dieser Arbeit.
[605] Ausführlich siehe Baur/Stürner, § 45 Rn. 67l.
[606] Baur/Stürner, § 44 Rn. 8.
[607] MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 9.
[608] Baur/Stürner, § 44 Rn. 8. BGH NJW 1997, 2751.
[609] MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 15. Baur/Stürner, § 45 Rn. 24.

Eine andere Konstellation ist gegeben, wenn der Sicherungsvertrag wirksam zustande gekommen ist und keine gesicherte Forderung besteht, sei es von Anfang an oder erst nachträglich. In diesem Fall wird lediglich ein schuldrechtlicher Rückgewähranspruch aus dem Sicherungsvertrag begründet[610].

II. Abtretungsprobleme

1. Abtretung der Grundschuld

a) Gemeinsame Abtretung von Grundschuld und Forderung

Grundsätzlich können die Grundschuld und die gesicherte Forderung zusammen abgetreten werden. Dieser einheitliche Vorgang wird ursprünglich mit der Sicherungsabrede bezweckt, wenn auch aufgrund der Abstraktheit der Grundschuld hiervon abweichende Konstellationen denkbar sind. Dabei erfolgt die Abtretung der Forderung nach §§ 398 ff. BGB, während die Abtretung der Grundschuld entsprechend der Vorschrift von § 1192 i.V.m. §§ 1154 ff. BGB geregelt wird[611].

Im Fall der gemeinsamen Abtretung von Grundschuld und Forderung ist die Konstellation vergleichbar mit derjenigen der Verkehrshypothek. Die Rechtsposition des Eigentümers wird nicht wesentlich verändert, da ihm die Einwendungen und Einreden nach §§ 401, 1157 S. 1 BGB zustehen. Ist er weder der persönliche Schuldner noch der Sicherungsgeber, so kann er in den Sicherungsvertrag eintreten und somit einen Rückgewähranspruch erwerben. Tritt er nicht in den Sicherungsvertrag ein, hat er noch einen dinglichen Anspruch aus §§ 1192, 1169 BGB[612].

b) Isolierte Abtretung der Grundschuld

Es stellt sich hier vor allem die Frage, wann der Grundschuldgläubiger die Grundschuld abtreten darf, ohne dass gleichzeitig die gesicherte Forderung übertragen wird. Grundsätzlich wird dies im Sicherungsvertrag geregelt. Fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung, so muss auf den Sinn und Zweck der Sicherungsgrundschuld[613] oder der fiduziarischen Bindung abgestellt werden.

Grundsätzlich ist die isolierte Abtretung der Grundschuld vor Eintritt des Sicherungsfalls nach dem Sinn und Zweck der fiduziarischen Bindung verboten[614], soweit der Sicherungsgeber sie nicht später genehmigt. Es ist festzuhalten, dass dieses

[610] MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 17. BGH NJW 1989, 1732, 1733; 1982, 2768, 2769; NJW-RR 1989, 173, 175; NJW 1992, 1620.
[611] Baur/Stürner, § 45 Rn. 56.
[612] BGH NJW 1985, 800, 801; NJW-RR 2008, 780, 782. Baur/Stürner, § 45 Rn. 56. Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem. zu §§ 1191ff. Rn. 280.
[613] MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 96.
[614] Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem. zu §§ 1191ff. Rn. 234. MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 98.

Verwertungsverbot kein dingliches Abtretungsverbot i.S.d. § 399 BGB, sondern eine rein schuldrechtliche Vinkulierung nach § 137 S. 2 BGB darstellt[615]. Ein Verstoß gegen die Sicherungsabrede kann daher einen vertraglichen Unterlassungsanspruch und Schadensersatzpflichten aus positiver Vertragsverletzung begründen[616].

Die isolierte Abtretung der Grundschuld als Verwertungsform ist nach Eintritt der Verwertungsreife grundsätzlich zulässig, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes im Sicherungsvertrag vereinbart wird[617]. Die gesicherte Forderung erlischt aber in Höhe des erzielten Erlöses[618] und der Rückgewähranspruch des Eigentümers geht auch unter[619].

Die isolierte Abtretung der Grundschuld hat zur Folge, dass die im Sicherungsvertrag vorgenommene Verknüpfung mit der zu sichernden Forderung gelöst wird, womit faktisch der Sicherungscharakter der Sicherungsgrundschuld in Bezug auf die im Sicherungsvertrag bestimmte Forderung verloren geht.

2. Isolierte Abtretung der Forderung

Der Gläubiger darf grundsätzlich die gesicherte Forderung ohne Grundschuld abtreten. Die Abtretung der Forderung erfolgt aufgrund der Abstraktheit der Grundschuld separat, d.h. die Grundschuld geht nicht gleichzeitig nach § 401 BGB auf den neuen Gläubiger über[620]. Allerdings kann sich ein Anspruch auf Mitübertragung der dinglichen Sicherheit, also der Grundschuld, aus dem der Abtretung zugrunde liegenden Schuldverhältnis ergeben[621].

Der Eigentümer kann grundsätzlich sowohl bei der Abtretung der Forderung als auch bei der Abtretung der Grundschuld nach § 1157 S. 1 BGB dem Zessionar gegenüber alle Einreden aus dem Sicherungsvertrag entgegenhalten. Im Fall der Befriedigung des Gläubigers durch Zahlung des Eigentümers kann der Eigentümer verlangen, dass ihm Zug um Zug die für die Umschreibung bzw. Löschung der Grundschuld erforderlichen Urkunden ausgehändigt werden[622]. Auch wenn die Vorschrift des § 1144 BGB nicht unmittelbar auf die Grundschuld angewendet werden kann, kann ihr Grundgedanke aus dem Sicherungsvertrag hergeleitet werden[623] und einen entsprechenden Anspruch des Eigentümers begründen. Der Anspruch auf Aushändigung der zur Löschung oder Umschreibung erforderlichen Urkunden kann

[615] BGH NJW 1982, 2768, 2769.
[616] BGH NJW 1982, 2768, 2769; NJW-RR 1987, 139, 141. MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 96. Baur/Stürner, § 45 Rn. 59.
[617] MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 97. Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem. zu §§ 1191ff. Rn. 281.
[618] BGH NJW 1982, 2768, 2769; WM 1989, 488. MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 101.
[619] BGH NJW 1979, 717. Baur/Stürner, § 45 Rn. 59.
[620] BGH NJW 1974, 100, 101; NJW-RR 1995, 589.
[621] BGHZ 92, 374, 378; 88, 228, 232; 110, 41, 43; NJW-RR 1993, 386, 390; 1995, 589. Baur/Stürner, § 45 Rn. 69. Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem. zu §§ 1191ff. Rn. 285.
[622] BGH NJW 1982, 2768, 2769; 1987, 838, 839; 1991, 1821.
[623] Baur/Stürner, § 45 Rn. 68.

nach § 273 BGB auch ein Zurückbehaltungsrecht[624] gegen die Inanspruchnahme des Gläubigers begründen.

III. Das Einwendungssystem bei Grundschulden

1. Die bisherige Rechtslage

a) Verhältnis zwischen dem ursprünglichen Gläubiger und dem Eigentümer

Oftmals liegen Einwendungen gegen den Bestand des dinglichen Rechts[625] vor, die in Mängeln des dinglichen Bestellungsgeschäfts der Grundschuld begründet sind. Sie können sich sowohl gegen die Existenz der Grundschuld als auch auf die Rechtszuständigkeit des die Grundschuld geltend machenden richten. Dementsprechend werden sie *bestandsvernichtende* oder *bestandsändernde Einwendungen*[626] genannt.

Ist der Eigentümer gleichzeitig auch der Sicherungsgeber, so stehen ihm auch die Einreden aus dem Sicherungsvertrag zu [627] , insbesondere die sog. *eigentümerbezogenen Einreden*[628], wie z.B. der Rückgewähranspruch.

Aufgrund der fehlenden Akzessorietät kann der Eigentümer die sog. *schuldnerbestimmten Einreden*[629] i.S.d. § 1137 BGB nicht geltend machen[630], wenn er nicht zugleich der persönliche Schuldner und auch keine Partei des Sicherungsvertrags ist. Beim unterstellten Eintritt in den Sicherungsvertrag bzw. bei der unterstellten Extraabtretung der Rechte oder wenigstens des Rückgewähranspruchs aus der Sicherungsabrede kann der Eigentümer entsprechende Rechte geltend machen[631]. Er kann darüber hinaus auch alle Rechte, die sich auf die gesicherte Forderung beziehen, insbesondere den Anspruch i.S.d. § 1169 BGB, nach Erledigung des Sicherungszwecks geltend machen.[632]

b) Verhältnis zwischen dem Zessionar und dem Eigentümer

Der Eigentümer kann alle Einwendungen gegen den Bestand des dinglichen Rechts auch gegenüber dem Zessionar der Grundschuld entgegenhalten, soweit dieser nicht Gutglaubensschutz[633] i.S.d. § 892 BGB[634] genießt.

---

[624] Baur/Stürner, § 45 Rn. 68.
[625] MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 85.
[626] Baur/Stürner, § 44 Rn. 17 und auch § 38 Rn. 64 bei der Hypothek.
[627] Baur/Stürner, § 45 Rn. 73. Siehe BGH NJW 1989, 1732, 1733.
[628] MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 89. Baur/Stürner, § 44 Rn. 18.
[629] MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 86.
[630] Baur/Stürner, § 44 Rn. 19.
[631] Baur/Stürner, § 45 Rn. 77 und § 44 Rn. 19. Siehe BGH NJW 1990, 576; 1986, 2108, 2109.
[632] Baur/Stürner, § 45 Rn. 56. Siehe BGH NJW 1985, 800, 801; NJW-RR 2008, 780, 782.
[633] MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 90.
[634] Baur/Stürner, § 44 Rn. 20, 21.

Aufgrund des § 1192 Abs. 1a S. 2 BGB findet § 1157 S. 1 BGB nach wie vor Anwendung. Damit kann der Eigentümer die Einreden aus dem Sicherungsvertrag prinzipiell auch gegenüber dem Zessionar geltend machen[635]. Bei Unwirksamkeit des Sicherungsvertrags steht dem Eigentümer die Einrede aus ungerechtfertigter Bereicherung zu.

Bereits nach altem Recht konnte der Eigentümer die Einreden aus dem Sicherungsvertrag nach §§ 1157, 1192 BGB a.F. gegenüber dem Zessionar geltend machen, wenn dieser nicht gutgläubig war, d.h. wenn die Einreden sich aus dem Grundbuch ergaben oder wenn der Zessionar positive Kenntnis von ihnen hatte. Es bestand also für den Zessionar grundsätzlich die Möglichkeit des gutgläubigen einredefreien Erwerbs, was nach neuem Recht nicht mehr zulässig ist[636].

2. Kontrolle der Risiken bei Sicherungsgrundschulden durch ältere Rechtsprechung

Der IX. Zivilsenat des BGH hat bereits in seiner Entscheidung vom 18.12.1986[637] die kumulative Bestellung mehrerer Sicherheiten ausdrücklich anerkannt, so z.B. die gemeinsame notarielle Beurkundung der Sicherungsgrundschuld und des abstrakten Schuldanerkenntnisses sowie der jeweiligen Unterwerfungserklärungen in die sofortige Zwangsvollstreckung. Wie oben bereits dargelegt, geht der BGH davon aus, dass beim Vorliegen mehrerer Sicherheiten, die möglicherweise in verschiedenen Urkunden geregelt werden, ein rechtlicher Zusammenhang zwischen den Sicherheiten nur durch den gemeinsamen Sicherungszweck hergestellt wird. Dabei sichert das Schuldanerkenntnis entsprechend der Zweckerklärung nicht allein den Grundschuldbetrag, sondern darüber hinaus auch die weitergehenden Kreditverbindlichkeiten des Schuldners aus seiner bankmäßigen Geschäftsverbindung mit dem Gläubiger, so wie dies auch der Fall ist bei Sicherungsrechten, die vielleicht in anderen Urkunden aufgeführt sind. Das Schuldanerkenntnis ist somit nach Auffassung des BGH ein selbständiges Sicherungsmittel für sämtliche Kreditforderungen des Gläubigers gegenüber dem Schuldner. [638] Der Sicherungsnehmer kann solange den vollen Betrag sowohl aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis als auch aus der Grundschuld vollstrecken bis alle gesicherten persönlichen Forderungen getilgt sind.[639]

Hiervon abweichend geht der III. Zivilsenat des BGH in seiner Entscheidung vom 3.12.1987 [640] davon aus, dass eine vollstreckbare Urkunde, in der als materiell-rechtliche Haftungsgrundlage kumulativ die Grundschuld und das Schuldanerkenntnis aufgeführt werden sowie die doppelte Unterwerfungserklärung, dahin gehend auszulegen sei, dass der Gläubiger aus der Urkunde den angegebenen Betrag nur

[635] Baur/Stürner, § 45 Rn. 34.
[636] Dieckmann, NZM 2008, 865, 868. Baur/Stürner, § 45 Rn. 61. Wilhelm, Rn. 1768, S. 711.
[637] BGH ZIP 1987, 439.
[638] BGH ZIP 1987, 439, 441.
[639] BGH ZIP 1987, 439, 441. Clemente, § 5 Rn. 355, S. 93.
[640] BGH ZIP 1988, 80.

einmal verlangen und vollstrecken könne, und zwar auch in den Fällen, in denen die Forderung höher sei. Zur Begründung führt der BGH aus, dass sich die Haftung des Schuldners für die Grundschuldsumme durch die Haftungsübernahme nicht betragsmäßig verdopple, sondern nur gegenständlich über den belasteten Grundbesitz hinaus auf sein gesamtes Vermögen erweitere. Sowohl eine beabsichtigte betragsmäßige Haftungserweiterung durch die kumulative Bestellung von beiden Sicherheiten als auch eine Vollstreckungsunterwerfung in doppelter Höhe können sich unmittelbar aus dem Urkundentext ergeben. Sie können aber auch mündlich zum Ausdruck gebracht worden sein oder sich aus den besonderen Umständen des Einzelfalls herleiten lassen.[641]

Auch der XI. Zivilsenat des BGH[642] hat sich grundsätzlich den Ansichten des III. Senats zur Frage der betragsmäßig doppelten Haftungserweiterung angeschlossen, nämlich dass der Gläubiger den für die Grundschuld angegebenen Betrag aus der Urkunde nur einmal fordern und vollstrecken dürfe und er aus dem Schuldversprechen nicht mehr vorgehen könne, soweit er aus der Grundschuld Befriedigung erlangt habe. In diesem zugrunde liegenden Fall war allerdings die Grundschuld mangels Eintragung gar nicht entstanden, so dass sich das Problem der doppelten Inanspruchnahme gar nicht stellte, weil der Gläubiger nur aus dem Schuldversprechen vorgehen konnte.[643]

Der V. Zivilsenat des BGH hat in seiner Entscheidung vom 19.1.1990 [644] in Zusammenhang mit der Abtretung des Rückgewähranspruchs an den nachrangigen Grundschuldgläubiger ausgeführt, dass der Gläubiger nur den Vorrang ausnutzen dürfe, nicht aber über die Höhe seiner Grundschuld hinaus Befriedigung verlangen könne. Zur Begründung wird angeführt, dass die Abtretung der Rückgewähransprüche nicht zu einer Erhöhung des Sicherungsumfangs führen dürfe, sondern nur der Verstärkung bzw. Rangverbesserung dieser Sicherheit dienen dürfe.[645]

Es kann festgehalten werden, dass sich der Gläubiger beim kumulativen Vorliegen von persönlicher und dinglicher Sicherheit in einer Urkunde grundsätzlich nur einmal befriedigen darf, und zwar entweder aus der Grundschuld oder aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis. Mit beiden Sicherheiten soll die Forderung nur einmal gesichert werden. Die Kumulation dient also nicht der betragsmäßigen Erweiterung der Haftung, sondern lediglich der Verstärkung der Rechtsposition des Sicherungsnehmers.[646] Dies kann auch aus dem Sicherungszweck hergeleitet werden. Hiervon abweichende AGB-Vereinbarungen sind als Überraschungsklauseln i.S.v. §

[641] BGH ZIP 1988, 80, 82.
[642] BGH ZIP 1992, 104.
[643] BGH ZIP 1992, 104, 105.
[644] BGH ZIP 1990, 298.
[645] BGH ZIP 1990, 298, 299.
[646] Staudinger/Wolfsteiner, Vor §§ 1191ff., Rn. 194, S. 808.

305c BGB unwirksam[647]. Auch wenn die einmalige Verwendung nicht ausdrücklich im Sicherungsvertrag aufgeführt wird, wird sie als konkludente Vereinbarung unterstellt.[648]

Es ist in diesem Zusammenhang von Bedeutung, dass das abstrakte Schuldanerkenntnis als persönliche Sicherheit dogmatisch von der bestellten Grundschuld als dingliche Sicherheit unabhängig ist.[649] Dementsprechend kann der Gläubiger weiterhin die Zwangsvollstreckung aus der persönlichen Sicherheit in das Vermögen des Schuldners betreiben, wenn die Grundschuld in der Zwangsversteigerung nach § 91 Abs. 1 ZVG bereits erloschen ist und der Erlös zur Befriedigung der Forderung nicht ausgereicht hat.[650] Das Gleiche gilt, wenn die Grundschuld nicht zur Entstehung gelangt, z.B. mangels Eintragung gar nicht entsteht.[651] Damit soll nach der Rechtsprechung des BGH[652] in den Fällen der Kumulation von persönlicher und dinglicher Sicherheit eine Inanspruchnahme trotz (Teil)Versagens der Grundschuld in den genannten Ausnahmefällen noch zulässig sein.

Die Rechtsprechung hat sich damit lange Zeit beschäftigt, dass bei Konkurrenz von Grundschuld und Schuldanerkenntnis nach vollständiger Befriedigung des Gläubigers eine mögliche Doppelinanspruchnahme in der Zwangsvollstreckung kontrolliert wird. Es ist auch offenkundig, dass sich die Rechtsprechung des BGH bereits seit langer Zeit um Risiken der Sicherungsgrundschuld in der Praxis gekümmert hat. Bevor im Hinblick auf die Risikokontrolle eine gemeinsame Gesamtlösung für Hypothek und Grundschuld gefunden wird, sollte die neuere Rechtsprechung für konkrete Fälle weiter überarbeitet werden. Aus meiner Sicht erscheint die BGH-Rechtsprechung zur Kontrolle der mit der Sicherungsgrundschuld verbunden Risiken vor der Reform durchaus effektiv.

3. Die Sicherungsgrundschuld unter dem Risikobegrenzungsgesetz

a) Der globale Schutz des Eigentümer-Schuldners gegenüber dem Zessionar

Das neue Recht verfolgt mit der Neuregelung in § 1192 Abs. 1a S. 1 BGB den Zweck, die Rechtsposition des Eigentümers gegenüber dem alten und neuen Gläubiger gleichzustellen[653], lässt allerdings den Verkehrsschutz unberücksichtigt, da der gutgläubige einredefreie Erwerb der Sicherungsgrundschuld nur noch in seltenen Ausnahmefällen[654] möglich ist. Grundsätzlich lässt sich zusammenfassen, dass die Sicherungsgrundschuld durch die bestehenden Risiken[655] in der Praxis negativ

[647] BGHZ 110, 108.
[648] BGH NJW-RR 1987, 59; BGH DNotZ 1988, 487; BGH NJW 1992, 971.
[649] BGH ZIP 1992, 104.
[650] BGH ZIP 1990, 1390.
[651] BGH ZIP 1992, 104, 105.
[652] Wie z.B. BGH ZIP 1992, 104; ZIP 1990, 1390; ZIP 1992, 104.
[653] Baur/Stürner, § 45 Rn. 67a.
[654] Baur/Stürner, § 45 Rn. 61.
[655] Insbesondere siehe § 8 VII und § 9 IV dieser Arbeit.

belastet war und aus diesem Grund ein Reformbedürfnis vorhanden war. Zu bemerken bleibt allerdings, dass die Neuregelung des gutgläubigen Erwerbs aus dogmatischer Sicht nicht nachvollziehbar erscheint.

Es kann grundsätzlich festgehalten werden, dass der zwischen dem Eigentümer-Schuldner und dem Zedent (Altgläubiger) geschlossene Sicherungsvertrag sich bei isolierter Abtretung der Grundschuld nicht unmittelbar auf das Verhältnis des Eigentümer-Schuldners zum Zessionar (Neugläubiger) auswirkt. Vor der Reform war die Transmissionswirkung des zwischen Eigentümer-Schuldner und Zedent geschlossenen Sicherungsvertrages bei entsprechender Anwendung der Vorschrift des § 1157 S. 1 BGB auf die Sicherungsgrundschuld in der Weise durchbrochen, dass für den Zessionar nach § 1157 S. 2 BGB i.V.m. § 892 BGB die Möglichkeit des gutgläubig einredefreien Erwerbs der Grundschuld bestand, sofern ihm die Einreden nicht positiv bekannt oder sie nicht im Grundbuch bzw. Grundschuldbrief ersichtlich waren. In Bezug auf die Rechtsstellung des Eigentümers bestanden bei der Sicherungsgrundschuld auch mithilfe der Rechtsprechung des BGH bereits vor der Reform fast keine Unterschiede zur Verkehrshypothek[656], was jedoch bei der Reform leider unberücksichtigt blieb.

Vor der Reform bestand im Fall der positiven Kenntnis gem. § 1157 S. 2 BGB keine Informationspflicht des Zessionars[657] z.B. über Höhe der Valutierung der gesicherten Forderung oder eine bereits eingetretene Berechtigung des Zedenten zur Verwertung. Ebenso wenig bestand eine Informationspflicht hinsichtlich der Berechtigung des Eigentümers zur Geltendmachung seines Rückgewähranspruches. Nach altem Recht setzte die positive Kenntnis noch voraus, dass die Einrede aus dem Sicherungsvertrag im Zeitpunkt der Abtretung der Grundschuld schon bestanden hat. Daher begründete ihr nachträgliches Wirksamwerden auch dann keine positive Kenntnis, wenn sie sich z.B. als aufschiebend bedingtes Recht aus einer bereits bestehenden Sicherungsvereinbarung oder aufgrund einer Aktualisierung des alten Sicherungsvertrages ergab.[658] Eine positive Kenntnis umfasste mithin die kumulative Kenntnis von Sicherungscharakter *und* einredebegründenden Tatsachen[659].

Nach der Reform kann hingegen eine positive Kenntnis, die zum Ausschluss des gutgläubigen einredefreien Erwerbs führt, nur noch in seltenen Fällen gegeben sein und ist daher nur noch von geringer Bedeutung. Heute wie bereits vor der Reform führt die Anwendung der Vorschrift des § 1157 S. 1 BGB zu einer Ausdehnung des Eigentümerschutzes[660] hinsichtlich seiner Einreden aus der Sicherungsabrede in der Weise, dass er sie auch gegenüber dem Zessionar geltend machen kann. Eine Einschränkung ergab sich allerdings vor der Reform aus § 1157 S. 2 BGB, der die Geltendmachung der Einrede bei gutgläubigem Erwerb des Zessionars ausschloss.

[656] BGHZ 59, 1, 2; 103, 72, 82.
[657] BGHZ 103, 72, 82. Baur/Stürner, § 45 Rn. 64.
[658] BGHZ 85, 388; NJW-RR 1987, 139, 140. Baur/Stürner, § 45 Rn. 65.
[659] Dieckmann, NZM 2008, 865, 869.
[660] Derleder, 2009, 2221, 2222.

Die Novelle schließt mit der neuen Vorschrift des § 1192 Abs. 1a S. 1, 2. HS BGB nun den Vorbehalt des gutgläubigen Erwerbs gem. § 1157 S. 2 BGB aus. Infolgedessen können die sich aus dem Sicherungsvertrag mit dem bisherigen Gläubiger ergebenden Einreden vom Eigentümer auch gegenüber jedem Erwerber der Grundschuld entgegengehalten werden. Damit ist der Vorbehalt der Gutglaubenswirkung des Grundbuchs i.S.d. § 892 Abs. 1 BGB aufgehoben. Aus dem Wortlaut der Novelle ergibt sich nicht, dass die Einreden im Zeitpunkt der Abtretung der Grundschuld schon bestehen müssen. Vielmehr werden von der Vorschrift des § 1192 Abs. 1a S. 1 BGB auch solche Einreden erfasst, die erst nach Abtretung der Grundschuld zustande kommen [661]. Dadurch wird ein einredefreier Erwerb der Sicherungsgrundschuld fast vorbehaltslos ausgeschlossen.

Die neue Vorschrift des § 1192 Abs. 1a S. 2 BGB schließt die Anwendbarkeit von § 1157 S. 2 BGB in Bezug auf Einreden aus dem Sicherungsvertrag aus, mit der Folge, dass ein gutgläubiger einredefreier Erwerb der Sicherungsgrundschuld hinsichtlich dieser Einreden nicht möglich ist. Demzufolge ergibt sich aus der Anwendung des § 1157 S. 1 BGB eine nur sehr eingeschränkte Möglichkeit des gutgläubigen einredefreien Erwerbs, soweit es sich um Einreden handelt, die sich außerhalb des Sicherungsvertrages ergeben. Hierunter fallen z.B. die Einrede der Bereicherung i.S.d. § 821 BGB und die außerhalb des Sicherungsvertrages vereinbarten Einreden[662]. Von der Reform unberührt bleiben die Einwendungen gegen den dinglichen Bestand der Grundschuld[663], mit der Folge, dass hier ein gutgläubiger Erwerb weiterhin möglich ist.

Nach Art. 229 § 18 Abs. 2 EGBGB findet die neue Vorschrift des § 1192 Abs. 1a BGB, also über den Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs der Sicherungsgrundschuld frei von Einreden an dem Sicherungsvertrag, erst für Erwerbstatbestände nach dem 19. August 2008 Anwendung. Damit ist eine rückwirkende Anwendung vom Gesetzgeber ausdrücklich nicht gewollt.[664] Fraglich ist, ob eine Einrede trotz eines gutgläubigen Erwerbs vor dem 19. August 2008 bei einer erneuten Abtretung nach diesem Tag wieder erhoben werden kann. Der BGH hat diese Möglichkeit mit einem allgemein anerkannten sachenrechtlichen Grundsatz verneint, dass „ein einmal vollendeter einredefreier Erwerb des dinglichen Rechts auch für einen weiteren Rechtsnachfolger fortwirkt, selbst wenn dieser bösgläubig ist“.[665]

b) Die Reform des Kündigungsrechts bei Sicherungsgrundschulden

1) Als zwingendes dingliches Recht

[661] Baur/Stürner, § 45 Rn. 67a.
[662] Baur/Stürner, § 45 Rn. 67g. Derleder, ZIP 2009, 2221, 2222.
[663] Baur/Stürner, § 45 Rn. 67k.
[664] Siehe ganz klar Stürner, JZ 2010, 774 ff.
[665] BGH WM 2013, 2319, 2320. Früher RGZ 135, 357, 361 ff. Auch BGH WM 1986, 1386; WM 2001, 453.

Nach altem Recht konnte eine Grundschuld durch individuelle Vereinbarungen sofort fällig sein. Dies ist nach dem neuen § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB nicht mehr zulässig[666], soweit die Grundschuld eine Geldforderung sichert. Somit kann das Grundbuchamt eine „sofort fällige" Sicherungsgrundschuld ebenso nicht mehr eintragen.[667] Zur Eintragung der Grundschuld ist üblicherweise eine Eintragungsbewilligung des Eigentümers erforderlich, welche die Eigenschaft der Grundschuld als Sicherungsgrundschuld umfasst. Sonst findet die Vorschrift über die Fälligkeit der Sicherungsgrundschuld keine Anwendung. Fehlt es ausnahmsweise an einer derartigen Erklärung, kann das Grundbuchamt allerdings nicht ohne weiteres annehmen, dass die Grundschuld isoliert bestellt worden ist. Vielmehr bedarf es einer ergänzenden Erklärung über die Fälligkeit.[668]

Diese neue Regelung erfolgte unter dem Eindruck des Gesetzgebers, dass die Sicherungsgrundschuld unter altem Recht üblicherweise durch individuelle Vereinbarungen sofort fällig gestellt war oder sofort und fristlos gekündigt werden konnte, was nach Auffassung des Gesetzgebers zur Folge hatte, dass der Schuldner in eine schwierige Situation gestellt sei und damit mangels zwingenden Erfordernisses einer ausreichenden Frist zeitlich unter großem Handlungsdruck stehe.[669]

Aufgrund der Nichtakzessorietät der Grundschuld bleibt aber die Fälligkeit der schuldrechtlichen Forderung von der Neuregelung unberührt. Dies hat zur Folge, dass die Fälligkeit von Forderung und Grundschuld auseinanderfallen können. Jedoch führt die fiduziarische Bindung der Sicherungsabrede immer dazu, dass die Durchsetzbarkeit der Grundschuld blockiert ist, solange die Forderung nicht fällig ist.[670] Nach der neuen Vorschrift bleibt es dem Gläubiger eigentlich unbenommen, die Grundschuld vom Zeitpunkt ihrer Bestellung an mit einer Frist von sechs Monaten zu kündigen, was zum praktischen Ergebnis führt, dass die Grundschuld frühestens sechs Monate nach ihrer Bestellung fällig werden kann.[671]

Durch die neue Regelung wird auch eine sofortige Kündigung durch den Eigentümer ausgeschlossen. Im Fall der Abtretung der ungekündigten Grundschuld an einen Zessionar kann der Eigentümer aufgrund der auch für ihn geltenden sechsmonatigen Kündigungsfrist die Grundschuld nicht vor Ablauf dieses Zeitraums ablösen, um sie z.B. verwerten zu können. Dieser Umstand lässt Zweifel daran aufkommen, ob die neue Regelung den Eigentümer effektiv schützen kann[672].

Die Vorschrift des § 1193 BGB regelt dem Wortlaut nach, dass nur die dingliche Ebene der Grundschuld von der Regelung erfasst sein soll. Hieraus folgt, dass daher

[666] Staudinger/Wolfsteiner, § 1193 Rn. 3, 5; Baur/Stürner, § 45 Rn. 80; Schmid, Irene / Voss, Matthias, DNotZ 2008, 740, 745; Böttcher, NJW 2015, 840.
[667] Böttcher, NJW 2015, 840.
[668] Siehe Böttcher, NJW 2015, 840, 841.
[669] Siehe OLG Köln DNotZ 2013, 768, 771.
[670] Baur/Stürner, § 45 Rn. 80.
[671] Baur/Stürner, § 45 Rn. 48.
[672] Dieckmann, NZM 2008, 865, 868.

grundsätzlich die Möglichkeit besteht, zusätzliche abweichende schuldrechtliche Vereinbarungen im Sicherungsvertrag zu treffen, die sich jedoch nicht auf den dinglichen Bestand der Grundschuld auswirken. Im Falle der Verletzung einer derartigen schuldrechtlichen Vereinbarung besteht für den Eigentümer die Möglichkeit, gegen die vertragswidrige Verwertung der Grundschuld im Wege der Vollstreckungsabwehrklage vorzugehen und Schadensersatz geltend zu machen[673]. Die Kündigung i.S.d. § 1193 Abs. 1 BGB bezieht sich ausdrücklich nur auf das „Grundschuldkapital" und umfasst demnach nicht Grundschuldzinsen und sonstige Nebenleistungen[674].

Ebenso wenig wird das abstrakte Schuldanerkenntnis bzw. Schuldversprechen von der neuen Kündigungsregelung der Reform betroffen[675]. Daher können beide nach wie vor sofort fällig gestellt werden. Die Nichtanwendbarkeit der Vorschrift des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB hat zu einer Besserstellung der sog. „abstrakten Verkehrshypothek" in Bezug auf die sechsmonatige Kündigungsfrist geführt,[676] was das OLG Köln bereits in seinem Beschluss vom 19.4.2013[677] umfassend und ausdrücklich dargelegt hat. Es ergibt sich somit, dass der Gläubiger durch die Reform bei der „abstrakten Verkehrshypothek" besser gestellt wird als bei der Sicherungsgrundschuld.

Das zwingende Kündigungserfordernis in § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB, das materiell-rechtlich eine dingliche Regelung der Sicherungsgrundschuld darstellt, steht der Zwangsvollstreckung aus der vereinbarten Unterwerfung in die sofortige Zwangsvollstreckung gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO zunächst einmal nicht entgegen, kann aber nach § 767 Abs. 2 ZPO gemacht werden. Die h.M. führt zur Begründung an, dass die Vollstreckungsunterwerfung einen selbständigen prozessualen Anspruch begründet, der losgelöst von seiner materiell-rechtlichen Grundlage entsteht. Das Kündigungserfordernis der Grundschuld kann allerdings als Vollstreckungsbedingung i.S.d. § 727 ZPO eine Rolle spielen[678].

2) Einfluss auf die notarielle Praxis

Aufgrund der nach altem Recht bestehenden sofortigen Fälligkeit des Grundschuldkapitals bestand in der notariellen Praxis kein Anlass, die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung von weiteren Voraussetzungen abhängig zu machen[679]. Diese Rechtslage ist allerdings mit der gesetzlichen Einführung der sechsmonatigen Kündigungsfrist fraglich.

[673] Schmidt/Voss, DNotZ 2008, 740, 747.
[674] Schmidt/Voss, DNotZ 2008, 740, 745.
[675] Dieckmann, NZM 2008, 865, 868; Schmidt/Voss, DNotZ 2008, 740, 751; Staudinger/Wolfsteiner, § 1193 Rn. 8.
[676] Böttcher, NJW 2015, 840, 841.
[677] OLG Köln DNotZ 2013, 768, 771, 772.
[678] Schmidt/Voss, DNotZ 2008, 740, 753.
[679] Schmidt/Voss, DNotZ 2008, 740, 754.

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass der Notar die Beurkundung der Unterwerfungserklärung in die sofortige Zwangsvollstreckung abzulehnen habe, sofern die Kündigung mit der Sechsmonatsfrist nicht als Vollstreckungsbedingung in der Urkunde aufgeführt sei.[680] Demgegenüber wird auch vertreten, dass der Notar die Vollstreckungsklausel ohne ausdrückliche Aufnahme eines Verzichts auf den Nachweis der Fälligkeit des Grundschuldkapitals in der Unterwerfungserklärung erst erteilen dürfe, wenn ihm die Kündigung des Grundschuldkapitals nachgewiesen worden sei[681].

Der titulierte Anspruch i.S.d. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ist streng vom materiell-rechtlichen Anspruch, dem dinglichen Duldungsanspruch aus §§ 1192 Abs. 1, 1147 BGB, zu differenzieren. Eindeutig wird mit dem Ausschluss der sofortigen und fristlosen Kündigung nach § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB der Zweck verfolgt, den Eigentümer vor einer überstürzten Verwertung der Grundschuld durch den Gläubiger zu schützen und ihm Zeit zu gewähren[682]. Dennoch ist das Kündigungserfordernis in § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB wegen seines materiell-rechtlich dinglichen Charakters vom titulierten Vollstreckungsanspruch zu unterscheiden. Hieran anknüpfend geht die Bundesnotarkammer m.E. zutreffend davon aus, dass die vollstreckbare Ausfertigung nach wie vor auch ohne Nachweis der Fälligkeit erteilt werden darf[683]. Bei bestehender materiell-rechtlicher Divergenz, z.B. bei Nichtfälligkeit des Grundschuldkapitals, wird auf die Geltendmachung dieser Einrede in der Vollstreckungsgegenklage nach §§ 767, 797 Abs. 4 ZPO verwiesen. Es liegt dann beim Gläubiger, im Vollstreckungsgegenklageverfahren die Fälligkeit des Grundschuldkapitals zu beweisen.[684] Es kann von der Begründetheit der Klage in den Fällen ausgegangen werden, in denen das Grundschuldkapital mangels Kündigung noch nicht fällig ist. Für den Schuldner bleibt nach wie vor lediglich die Verschiebung der Prozessführungslast[685], die sich aus der vollstreckbaren Urkunde ergibt.

c) Einfluss auf das Zwangsvollstreckungsrecht

Nach § 769 Abs. 1 S. 2 ZPO n. F. ist die Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht von einer Sicherheitsleistung abhängig zu machen, wenn der Schuldner zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage ist und die Rechtsverfolgung durch ihn hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet. Das Risikobegrenzungsgesetz hat mit § 769 Abs. 1 S. 2 ZPO n. F. und § 1192 Abs. 1a BGB n. F. zu einer eindeutigen Verbesserung der Rechtslage des Eigentümers geführt. Dieser ist nicht nur materiell-rechtlich besser gestellt in der Weise, dass er auch gegenüber dem Zessionar der Sicherungsgrundschuld sämtliche Einreden geltend machen kann, er ist auch

[680] Staudinger/Wolfsteiner, § 1193 Rn. 8.
[681] Schmidt/Voss, DNotZ 2008, 740, 755.
[682] Schmidt/Voss, DNotZ 2008, 740, 748.
[683] Vgl. das Rundschreiben Nr. 23/2008, verfügbar unter www.bnotk.de/Bundesnotarkammer/Aufgaben-und-Taetigkeiten/Rundschreiben/2008-23.php.
[684] Piekenbrock, Andereas, Das Sicherheitenpaket der Realkreditgläubiger: Ein juristisches Schauspiel, ZZP 2012, 171, 185.
[685] Piekenbrock, ZZP 2012, 171, 189.

prozessual besser gestellt, indem die Zwangsvollstreckung auch ohne Erbringung einer Sicherheitsleistung eingestellt werden kann.

Eine weitere Verbesserung der Eigentümerstellung erfolgt mit der Einführung des § 799a ZPO, die eine verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung vorsieht, wenn ein Zessionar die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde betreibt und die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde für unzulässig erklärt wird. Meiner Auffassung nach ist die Verbesserung der Rechtsposition des Schuldner-Eigentümers grundsätzlich wünschenswert, es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, warum dieser Schutz lediglich auf Fälle der Zession beschränkt wird.

In der Literatur wird aus dem Umstand, dass es sich bei der Vorschrift des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB, der die sechsmonatige Kündigungsfrist vorsieht, um zwingendes Recht handelt, gefolgert, dass ein Nachweisverzicht als Normverstoß i.S.v. § 134 BGB anzusehen ist, was automatisch zu dessen Unwirksamkeit führt, ohne dass es hierzu einer vorherigen umfangreichen Interessensabwägung bedarf.[686] Dies könnte sich verschärfend auf der prozessualen Ebene auswirken. Es wird auch die weitergehende Ansicht[687] vertreten, dass jede Form der Befreiung von der Nachweispflicht bei Klauselerteilung in „entsprechender“ Anwendung des § 134 BGB als Verstoß gegen ein Verbotsgesetz mit entsprechender Nichtigkeitsfolge zu werten sei.[688] Nach meiner Auffassung zutreffender Ansicht ist die Prüfung materiell-rechtlicher Fristen nicht Aufgabe der Vollstreckungsorgane.[689] Die Vorschrift des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB schränkt lediglich die rechtgeschäftliche Gestaltungsmacht ein, was nicht automatisch zur Anwendung des § 134 BGB führt[690]. Solche Einwendungen gegen den titulierten Anspruch sollten ebenfalls mit der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO geltend gemacht werden. Es wird in der Literatur auch kritisiert, dass der Gesetzgeber bislang versäumt habe, das BeurkG und/oder die BnotO sowie die ZPO in Bezug auf die offenen Fragen bei der Erteilung der Vollstreckungsklauseln zu ändern.[691]

4. Die Eintragbarkeit der Einreden gegen die Grundschuld

a) Geringere Bedeutung vor dem Hintergrund des Risikobegrenzungsgesetzes

Bis zu der Reform fand die Vorschrift des § 1157 S. 2 i.V.m. § 892 BGB Anwendung, nach der ein gutgläubiger einredefreier Erwerb der Grundschuld möglich war. Der Eigentümer konnte dies generell verhindern, indem er sämtliche Einreden aus dem Sicherungsvertrag oder aus anderen Vereinbarungen im Grundbuch eingetragen ließ[692].

[686] Siehe Hecht, Johannes, Die Struktur der Grundpfandrechte nach dem Risikobegrenzungsgesetz, Verlag Carl Heymanns, Köln 2012, 178. Derleder, ZIP 2009, 2221, 2224.
[687] Wie z.B. Zöller ZPO/Stöber, Kurt, 29. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2012, § 797 Rn. 12.
[688] Auch Derleder, ZIP 2009, 2221, 2224, 2229.
[689] Everts, DNotZ 2013, 730, 737.
[690] Everts, DNotZ 2013, 730, 733.
[691] Everts, DNotZ 2013, 730, 739.
[692] MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 95.

Aufgrund der mit der Reform eingetretenen Drittwirkung der Einreden aus dem Sicherungsvertrag ist nur noch die Eintragung von Einreden außerhalb des Sicherungsvertrags und von Bereicherungseinreden von Bedeutung.

b) Überlegung der Eintragbarkeit des Sicherungszwecks

Hinsichtlich der Eintragbarkeit des Sicherungszwecks in Anlehnung an die Vorschrift des § 1157 S. 2 BGB vertrete ich die Auffassung, dass die fiduziarische Bindung bereits ausreichend ist, um die bei der Sicherungsgrundschuld und anderen nichtakzessorischen Sicherheiten auftretenden Risiken effizient einzugrenzen. Der sich aus dem Trennungsprinzip ergebende fiduziarische Charakter der Sicherungsgrundschuld und anderer nichtakzessorischer Sicherheiten sollte erhalten bleiben im Hinblick auf ihr hohes Maß an Flexibilität und Sicherheit. Der fiduziarische Charakter der Sicherungsgrundschuld würde bei der Eintragung ihres Sicherungszwecks ins Grundbuch verloren gehen. Diese Verdinglichung des Sicherungszwecks würde sowohl gegen das Trennungsprinzip als auch gegen den Grundgedanken abstrakter Konstruktionen verstoßen. Nach der sachenrechtlichen Reform spielen diese Überlegungen nur noch eine geringe Rolle.

IV. Analyse der Risiken der Sicherungsgrundschuld in der Praxis

1. Die moderne Entwicklung und das Sicherheitspaket der Sicherungsgrundschuld

Die von den Banken maßgeblich bestimmte Entwicklung der Sicherungsgrundschuld erweckt den Anschein, dass mit ihr zuungunsten des Eigentümer-Schuldners hohe Risiken verbunden sind. Es wird kritisiert, dass der Gläubiger *einerseits* eigentlich zu viel erhalte und *andererseits* die Verwertung der Sicherungsgrundschuld zu schnell erfolge[693]. Das „Zuviel“ ergib sich aus der Nichtakzessorietät der Grundschuld und dem von Banken üblicherweise zusätzlich vereinbarten abstrakten Schuldanerkenntnis bzw. Schuldversprechen. Die schnelle Verwertung der Sicherungsgrundschuld wird von den Banken erreicht über eine „doppelte Zwangsvollstreckungsunterwerfung“, und zwar mithilfe der Unterwerfung in die sofortige Zwangsvollstreckung i.S.d. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO sowohl hinsichtlich der Sicherungsgrundschuld als auch hinsichtlich des abstrakten Schuldanerkenntnisses.

Die in der Praxis beliebte Kombination der Sicherungsgrundschuld mit dem abstrakten Schuldanerkenntnis bzw. -versprechen hat das Misstrauen gegen die Sicherungsgrundschuld vergrößert[694]. In der Literatur wird kritisiert, dass der BGH den Argumenten gegen die abstrakte Zahlungsverpflichtung von Anfang an „kein Gehör geschenkt“ hat[695]. Aus meiner Sicht erscheint die Auffassung des BGH zu

[693] Dieckmann, BWNotZ 2011, 42, 59.
[694] Historisch siehe Stürner, JZ 1977, 431; 638.
[695] Stürner, JZ 2010, 774, 775.

dieser Problematik bislang nicht nachvollziehbar. Zunächst hatte der Bankrechtssenat des BGH mit einer Entscheidung sogar eine „gesetzesdurchbrechende Rechtsfortbildung“[696] vorgenommen, die einen „fast legislativen Charakter“[697] hatte, in der Folge ist der BGH dann aber von seiner ursprünglichen Auffassung auch wieder abgewichen[698]. Daher dauert die Diskussion über die Risiken in Bezug auf das mit der Sicherungsgrundschuld verbundene Sicherheitspaket noch an.

Immobilienkredite sind heute ein Bündel [699] aus mehreren Rechtsverhältnissen, bestehend aus einem Darlehensvertrag, einem Sicherungsvertrag und einer sofortigen Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung. Die vollstreckbare Sicherungsgrundschuld moderner Prägung hat insbesondere durch die Kumulation abstrakter dinglicher und persönlicher Haftung mitsamt der doppelten Zwangsvollstreckungsunterwerfung eine sehr komplexe Struktur erhalten, die mit der Entwicklung eines „neuen Rechtsinstituts“[700] verglichen werden kann. In der Literatur wird hierzu die Auffassung vertreten, dass mit der Reform im Jahre 2008 sogar eine „neue Sicherungsgrundschuld“[701] erschaffen worden sei. Nach einer aus meiner Sicht zutreffenden Meinung in der Literatur zieht die Komplexität des mit der Sicherungsgrundschuld verbundenen Sicherheitspakets ein Zusammenwirken sowohl von materiellem und prozessualem Recht als auch von Real- und Personalsicherheit nach sich[702].

2. Risiken aus der Abstraktheit der Grundschuld

Aus der Abstraktheit der Grundschuld ergibt sich eine überschießende dingliche Rechtsmacht, die über das Interesse des Gläubigers an der Befriedigung seiner Forderung hinausgeht. Die Problematik stellt sich allerdings nur bei nichtakzessorischen Sicherheiten und wird daher z.B. im Zusammenhang mit der isolierten Grundschuld mangels Vorliegens einer zu sichernden Forderung nicht angesprochen. Die überschießende Rechtsmacht ist ein Ergebnis des fiduziarischen Charakters der Sicherungsgrundschuld, der aufgrund des Trennungsprinzips entsteht. Bei nichtakzessorischen Sicherheiten ermöglicht das Trennungsprinzip eine Beschränkung der überschießenden dinglichen Rechtsmacht durch die schuldrechtliche Sicherungsabrede.

Grundsätzlich ist die abredewidrige Verwertung der Sicherungsgrundschuld zwar zunächst dinglich wirksam, der Schuldner-Eigentümer kann aber der Verwertung in diesen Fällen mit einem Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch

[696] BGH JZ 2010, 791 = NJW 2010, 2041 = BGHZ 185, 133 = DNotZ 2010, 542; Stürner, JZ 2010, 774, 777.
[697] Stavorinus, Hagen, NotBZ 2010, 281.
[698] BGHZ 190, 172ff. = DNotZ 2011, 751ff.
[699] Zetzsche, AcP Band 209 (2009), 543, 545.
[700] Stürner, in Festschrift für Serick, S. 377, 381.
[701] Wörtlich siehe Derleder, ZIP 2009, 2221.
[702] Dieckmann, BWNotZ 2011, 42, 45, 46.

entgegentreten [703] , der sich aus der Sicherungsabrede ergibt. Wird die Sicherungsabrede im Wege der Vollstreckungsabwehrklage einredeweise geltend gemacht, so ist die Sicherungsgrundschuld faktisch undurchsetzbar. Ungeachtet dessen lässt aber allein schon die theoretische Verwertbarkeit die Angst vor der nichtakzessorischen Sicherungsgrundschuld fortbestehen.

Ein Ergebnis ist „überschießend", wenn das rechtliche „Können" auf der dinglichen Ebene über das rechtliche „Dürfen" auf der schuldrechtlichen Ebene, festgelegt durch die Sicherungsabrede, hinausgeht. Der überschießenden Rechtsmacht kann jedoch mit dem Sicherungsvertrag ausreichend entgegengetreten werden. In diesem Falle ist die Sicherungsgrundschuld nur noch ein leeres und wertloses Recht[704], weil sie nicht mehr durchsetzbar ist. In der Praxis ist das mit der Sicherungsgrundschuld verbundene Missbrauchsrisiko auch deshalb gering, weil die abtretende Bank bei Verstößen gegen die Sicherungsabrede sowohl gegenüber dem Schuldner-Eigentümer als auch gegenüber der erwerbenden Bank haftet[705]. Nach abschließender Würdigung kann nicht von einer tatsächlichen Durchsetzbarkeit der Sicherungsgrundschuld entgegen der Sicherungsabrede ausgegangen werden, da das Missbrauchsrisiko im Hinblick auf die theoretische Verwertungsmöglichkeit nur als gering anzusehen ist.

Die Abstraktheit der Sicherungsgrundschuld führt also im Ergebnis nicht zu einem höheren Risiko für den Sicherungsgeber-Eigentümer, sie hat lediglich zur Folge, dass mangels Akzessorietät nicht wie bei der Hypothek eine gesetzliche Automatik ausgelöst wird, was sich allerdings auf das Ergebnis nicht auswirkt. Zwischen Sicherungsgrundschuld und Verkehrshypothek bestanden schon vor der Reform Parallelen sowohl auf der wirtschaftlichen Ebene in Bezug auf die Verwertbarkeit als auch auf der rechtlichen Ebene, die in fast allen Fällen zu gleichen Ergebnissen führen. Der Grund, warum die Sicherungsgrundschuld gegenüber der Verkehrshypothek in der Praxis bevorzugt wird, liegt in ihrer dogmatisch begründeten konstruktiven Flexibilität, die sich aus der Abstraktheit der Grundschuld und dem Treuhandcharakter der Sicherungsgrundschuld ergibt.

Problematisch war vor der Reform grundsätzlich nur der Fall, dass die Sicherungsgrundschuld isoliert an einen Zessionar abgetreten wurde, weil sie in diesem Falle aus der fiduziarischen Bindung der Sicherungsabrede „befreit" war. In diesem Fall war die Frage zu stellen, ob hier überhaupt von einer „Sicherungsgrundschuld" gesprochen werden konnte. Diese Problematik soll nachfolgend ausführlich dargelegt werden.

3. Risiken aus der sofortigen Fälligkeit des Grundschuldkapitals

Bereits nach altem Recht bestand die sechsmonatige Kündigungsfrist der Grundschuld, sie war jedoch dispositiv. Es konnte hiervon abweichend, z.B. im

[703] Neuere Rechtsprechung siehe BGH DNotZ 2013, 760ff.
[704] Baur/Stürner, § 36 Rn. 77a.
[705] Ausführlich siehe Baur/Stürner, § 45 Rn. 67l.

Sicherungsvertrag, die sofortige Kündigung vereinbart werden, was dem Gläubiger ermöglichte, die Grundschuld willkürlich ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sofort fällig zu stellen. Dieser erleichterte Zugriff hatte sich in der Praxis durchgesetzt, wenn auch der zu schnelle Zugriff materiell-rechtlich kritisiert wurde.[706]

Mit der Einführung des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB im Jahre 2008 wurde die sechsmonatige Kündigungsfrist für zwingendes Recht erklärt. Damit stellt sich in der Praxis das bisherige Problem der zu schnellen Verwertbarkeit nicht mehr.

4. Risiken aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis bzw. Schuldversprechen

Die Haftungsübernahme durch das abstrakte Schuldanerkenntnis bzw. Schuldversprechen nach §§ 780, 781 BGB ist schon in § 8 IV ff. dieser Arbeit ausführlich erörtert worden.

Die Kumulation von abstraktem Schuldanerkenntnis und der Sicherungsgrundschuld erweitert den Zugriff des Gläubigers in Bezug auf die Vollstreckungsgegenstände[707] dahingehend, dass er über die Vollstreckung in das Grundstück hinaus auch die Mobiliarvollstreckung betreiben kann. Aus meiner Sicht ergeben sich die wesentlichen Probleme der Sicherungsgrundschuld aus der von der Praxis bevorzugten Haftungskumulation und nicht, wie so oft behauptet, aus der Nichtakzessorietät. Von Bedeutung ist sowohl die Haftungserweiterung in Bezug auf den Haftungsgegenstand als auch die Beweislaständerung.

Die aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis resultierende überschießende Rechtsmacht kann m.E. mit der Sicherungsabrede fiduziarisch vinkuliert werden. Hierbei stellt sich aber die Frage, ob Einreden aus dem Sicherungsvertrag dem abstrakten Schuldanerkenntnis entgegengehalten werden können. Ebenso stellt sich die Frage, ob solche Einreden unter Anwendung von § 1192 Abs. 1a BGB einer Verdinglichung in der Weise unterliegen, dass sie vom gutgläubigen Erwerb nicht erfasst werden. Dies sollte unter Hinweis darauf bejaht werden, dass die abstrakte Zahlungsverpflichtung im Schuldrecht eine selbständige nichtakzessorische Sicherheit darstellt.[708]

5. Risiken aus der sofortigen Zwangsvollstreckungsunterwerfung

a) Die dingliche Vollstreckungsunterwerfung bei Sicherungsgrundschulden

1) Erleichterung des Vollstreckungszugriffs

Die unter § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO aufgeführte vollstreckbare Urkunde wurde von der Literatur von Anfang an als ein „Damoklesschwert“[709] bzw. als eine „gefährliche

[706] Derleder, ZIP 2009, 2221, 2222.
[707] Derleder, ZIP 2009, 2221, 2223.
[708] Vgl. Zetzsche, AcP Band 209 (2009), 543, 553.
[709] Bollenbeck, Rheinische Notarzeitschrift 1901, 205, 206f.

Waffe“[710] angesehen[711], da sie eine Ausnahme des Grundsatzes „Erkenntnisverfahren vor Vollstreckungsverfahren“ [712] darstellt. Trotzdem hat sich die Vollstreckungsunterwerfung bei Sicherungsgrundschulden in der deutschen Kreditpraxis überwiegend durchgesetzt.

Aus ausschlaggebenden rechtspolitischen Gründen [713] wird dieses Erkenntnisverfahren-Vorrang-Prinzip in wichtigen Fällen vom BGH [714] abgelehnt. Diese Geschichte wird nachfolgend in § 12 I noch ausführlich untersucht.

Die Sicherungsgrundschuld berechtigt den Gläubiger nicht zur freihändigen Veräußerung des Grundstücks[715]. Nach dem Wortlaut des § 1147 BGB kann die Verwertung eines Grundpfandrechts nur „im Wege der Zwangsvollstreckung“, d.h. in einem gerichtlichen Vollstreckungsverfahren, erfolgen. Im Fall der vertragswidrigen Zwangsvollstreckung aus der Sicherungsgrundschuld stehen dem Sicherungsgeber-Eigentümer die vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe nach §§ 767, 797 ZPO zur Verfügung. Darüber hinaus stehen ihm ggfs. Schadensersatzansprüche zu. Die initiative Durchsetzung der Verwertung der Grundschuld kann nur im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen und setzt damit einen Titel voraus. Dies kann z.B. ein Urteil oder eine vollstreckbare Urkunde sein. Ohne Titel ist eine Grundschuld wenig wert[716], weil sie nicht durchsetzbar ist. Das Grundpfandrecht ist materiell-rechtlich ein dingliches Verwertungsrecht, zu dessen prozessualer Umsetzung es eines Titels bedarf. In diesem Sinne ermöglicht erst die Vollstreckungsunterwerfung bezüglich der Sicherungsgrundschuld die initiative Verwertung der Sicherheit[717].

Da die Verwertung von Grundpfandrechten nur im Rahmen eines gerichtlichen Vollstreckungsverfahrens erfolgen kann, sollte der Gläubiger, der die Zwangsvollstreckung aus einer Urkunde betreibt, dem Gläubiger gleichgestellt sein, der Inhaber eines rechtskräftigen Urteils ist. Die Grundpfandgläubiger sind gegenüber den Gläubigern, die über andere Realsicherheiten verfügen - wie z.B. Gläubiger, die durch Pfandrecht oder Sicherungsübertragung gesichert sind - insoweit benachteiligt, als sie nicht wie diese bei Sicherungsreife die Sicherheit ohne weiteres verwerten können[718], ohne dass es eines Titels bedarf.

Mit der dinglichen Zwangsvollstreckungsunterwerfung wird die Prozessführungslast vom Gläubiger auf den Eigentümer übertragen, was zu einer spürbaren Benachteiligung führt, und zwar ungeachtet der Möglichkeit, dass der Schuldner im Zwangsvollstreckungsverfahren häufig auf die Rechtsbehelfe zurückgreifen muss.

[710] Merckens, Otto, DNotV 1905, 541, 548.
[711] Siehe auch Dieckmann, BWNotZ 2011, 42, 45, 47.
[712] Stürner, JZ 1977, 431f.; JZ 1977, 639f.; BWNotZ 1979, 76f.
[713] Stürner, JZ 2010, 774, 775.
[714] BGHZ 99, 275.
[715] Dieckmann, BWNotZ 2011, 42, 51.
[716] Dieckmann, WM 2010, 1254, 1260.
[717] Dieckmann, BWNotZ 2011, 42, 51, 52; WM 2010, 1254, 1260.
[718] Dieckmann, WM 2010, 1254, 1260.

Auch wenn die Vollstreckungsunterwerfung im Hinblick auf die Benachteiligung des Schuldners nicht unproblematisch ist, bewirkt sie über den erleichterten Vollstreckungszugriff eine schnellere Durchsetzung des materiellen Rechts und erhöht damit die Effizienz des Zwangsvollstreckungsverfahrens. Folgerichtig ist die dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung letztlich akzeptabel.

In der Praxis lassen sich die Banken vom beurkundenden Notar häufig entsprechend den ausgehandelten vertraglichen Bedingungen vorsorglich bereits bei Vertragsschluss die für die Vollstreckung nach § 725 ZPO erforderliche Vollstreckungsklausel erteilen.[719] Dabei wird der Notar üblicherweise in der Grundschuldbestellungsurkunde angewiesen, dem Gläubiger eine vollstreckbare Ausfertigung zum Zwecke der Zwangsvollstreckung zu erteilen. Unter diesen Voraussetzungen kann der Gläubiger nach Zustellung des Vollstreckungstitels an den Eigentümer unter Einhaltung einer zweiwöchigen Wartefrist Maßnahmen zur Zwangsvollstreckung in das Grundstück und auch in das sonstige Vermögen des Schuldners einleiten.[720] Um dieser Sicherheit willen können sogar manche möglichen Leistungsstörungen zunächst einmal ignoriert werden. Die in der Kreditpraxis der Immobilien bestehende dichte Kohärenz aus verschiedenen rechtlichen Instrumenten[721] beruht auch darauf, dass es für den Gesetzgeber schwer ist, die komplexen Sachverhalte der Kreditpraxis zu verstehen und den daraus resultierenden notwendigen Regelungsbedarf zu erkennen.

Ein Problem, für das der Gesetzgeber noch keine konkrete Lösung bietet, ergibt sich im Zusammenhang mit der Erteilung der Vollstreckungsklausel durch Notare, wodurch der Vollstreckungszugriff erleichtert wird. Der BGH hat versucht, dieses Risiko über den Sicherungsvertrag zu kontrollieren.[722] Er übersieht allerdings[723], dass es sich bei dem erleichterten Vollstreckungszugriff um eine prozessuale Problematik handelt, die nicht mit dem Sicherungsvertrag, sondern nur mit vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfen gelöst werden kann.[724]

2) Entfesselung von der fiduziarischen Bindung

Die bestehende Rechtslage hat zu einer irreführenden Angst vor der Abstraktheit der Grundschuld[725] und zu einem grundsätzlichen Misstrauen gegenüber der rein fiduziarischen Vinkulierung der Sicherungsgrundschuld geführt. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen Grundschuld oder Forderung isoliert abgetreten werden und die Grundschuld nicht mehr durch den Sicherungsvertrag domestiziert wird.

[719] Derleder, ZIP 2009, 2221, 2223.
[720] Schmid/Voss, DNotZ 2008, 740, 741.
[721] Derleder, ZIP 2009, 2221, 2223.
[722] Siehe BGH JZ 2010, 791 = NJW 2010, 2041 = BGHZ 185, 133 = DNotZ 2010, 542.
[723] Ausführlich siehe z.B. Stürner, JZ 2010, 774ff.
[724] Ausführlich siehe § 12 I 3ff. dieser Arbeit.
[725] Siehe auch § 8 VII dieser Arbeit.

So vertritt beispielsweise *Schimansky*[726] die Auffassung, dass eine Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung eine unangemessene Benachteiligung des Kreditnehmers darstelle und damit nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam sei, sofern der Sicherungsvertrag die Abtretung der Kreditforderung durch die Bank an beliebige Dritte vorsehe.[727]

Dieser Gedanke hat den Bankrechtssenat des BGH[728] im Jahre 2010 dazu veranlasst, in Fällen alten Rechts Vollstreckungsmaßnahmen aus der Unterwerfungserklärung nur dann zuzulassen, wenn der Zessionar in den Sicherungsvertrag eintritt. Auch in dieser Entscheidung[729] werden die Bedenken deutlich, die der Bankrechtssenat im Hinblick auf die Risiken im Falle der Loslösung der Grundschuld vom Sicherungsvertrag bei der isolierten Abtretung von Grundschuld oder Forderung hat. Der Bankrechtssenat hat, wenn auch dogmatisch fehlerhaft[730], das Problem über den Sicherungsvertrag gelöst, der wie bereits oben dargelegt, ein Mittel darstellt, um die materiell-rechtlichen Risiken aus der überschießenden dinglichen Rechtsmacht der Grundschuld abzuwehren.

Vor dem Hintergrund der internationalen Entwicklung der Finanzprodukte weicht *Stürner* von seiner früheren zutreffenden Argumentation[731] ab, die wie später *Schimansky* und der Beschluss des Landgerichts Hamburg[732] auf den Schuldner-Eigentümer-Schutz abstellte. In wieder zutreffender Weise misst *Stürner* nunmehr dem Interesse der Banken und der Gesamtwirtschaft an ausreichender Flexibilität zur Verbesserung ihrer Wettbewerbsfähigkeit[733] den Vorrang zu. Die eingeschränkte Durchsetzbarkeit der Sicherheit, welche für die Forderung bestellt wird, führe zwangsläufig zu einer Verschlechterung der Wettbewerbsfähigkeit. Vor diesem Hintergrund müssten nunmehr die durchaus zutreffenden Ausgangsbedenken zurücktreten[734].

Generell kann festgehalten werden, dass bereits die isolierte Abtretung zahlreiche materiell-rechtliche Gegenrechte aufgrund des Sicherungsvertrags entstehen lässt, so z.B. der Rückgewähranspruch, der dem Gläubiger vom Eigentümer in dem die Zwangsvollstreckung vorangehenden Erkenntnisverfahren und auch noch während des Zwangsvollstreckungsverfahrens mit der Vollstreckungsgegenklage entgegengehalten werden kann. Es lässt sich zusammenfassen, dass die

[726] Schimansky, Herbert, WM 2008, 1049ff.
[727] Schimansky, WM 2008, 1049, 1051, 1052.
[728] BGH JZ 2010, 791 = NJW 2010, 2041 = BGHZ 185, 133 = DNotZ 2010, 542.
[729] Diese Entscheidung wird in § 12 I 3 dieser Arbeit ausführlicher untersucht.
[730] Ausführlich siehe § 12 I 3 b) 2) dieser Arbeit.
[731] Siehe Stürner, JZ 1977, 431f.; 1977, 639f.
[732] LG Hamburg WM 2008, 1450. „Die formularmäßige Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung ist als unangemessene Benachteiligung des Kreditnehmers i.S.v. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB zu qualifizieren, wenn die Bank die Kreditforderung frei an beliebige Dritte abtreten kann. Die Abtretung von Kreditforderung und Grundschuld ist zwar wirksam, die Erteilung einer Vollstreckungsklausel jedoch unzulässig."
[733] Stürner, JZ 2010, 774, 775.
[734] Ausführlich Stürner, JZ 2010, 774, 775.

Unterwerfungserklärung des Schuldners zu einer Verschiebung der Prozessführungslast zu seinen Ungunsten[735] führt. Dabei wird der Eigentümer in der Regel der Bestellung einer Fremdgrundschuld ohne Sicherungsvertrag nicht zustimmen. Im Falle der Verwertung einer nicht oder nicht ganz valutierten Sicherungsgrundschuld obliegt ihm die Rechtsschutzinitiative[736], d.h. er muss die Rechtsbehelfe im Zwangsvollstreckungsverfahren in Anspruch nehmen.

Ebenso kann festgehalten werden, dass die im Rahmen der Sicherungsgrundschuld auftretenden Probleme nicht auf dem Treuhandcharakter der Sicherungsgrundschuld, sondern vielmehr auf dem Rechtsschein des Grundbuchs bzw. des Grundpfandbriefs beruhen[737]. Die Darlehensforderung dient heute nicht mehr allein der Wahrung eines zweiseitigen Schuldrechtsverhältnisses, sie stellt insbesondere in Verknüpfung mit der Sicherheit ein hoch zirkulationsfähiges Gut des Bankgeschäfts dar[738]. Dies führt häufig zu Divergenzen zwischen Buchlage und wahrer Rechtslage. Die Divergenzfälle stellen sich in gleicher Weise bei der Verkehrshypothek mit gesetzlicher Bindung wie bei der Sicherungsgrundschuld mit fiduziarischer Bindung und führen zur Problematik des gutgläubigen einredefreien Erwerbs. Auch stehen die Schwierigkeiten nicht im Zusammenhang mit der Nichtakzessorietät der Grundschuld. Probleme entstehen in Bezug auf den Maßstab der Bösgläubigkeit, der wiederum auf die positive Kenntnis abstellt.[739]

Der Bankrechtssenat des BGH will unter altem Recht zu demselben Ergebnis wie die neue Vorschrift des § 1192 Abs. 1a BGB gelangen, indem er den Eintritt des Zessionars in den Sicherungsvertrag verlangt. Obwohl sich der Gesetzgeber in Art. 229 § 18 Abs. 2 EGBGB eindeutig gegen eine rückwirkende Anwendung der neuen Vorschrift auf zurückliegende Fälle ausgesprochen hat, wird über die Rechtsprechung des Bankrechtsenats des BGH genau diese nicht gewollte „Rückwirkung“ versucht. Entgegen der Auffassung des Bankrechtssenats des BGH hält die Literatur den Eintritt des Zessionars in den Sicherungsvertrag zum Schutz des Eigentümers nicht für erforderlich mit der Begründung, dass der Eigentümer dem Zessionar mit der rechtszerstörenden Einrede nach § 1169 BGB entgegentreten kann, die ihn dazu berechtigt, vom Zessionar den Verzicht auf die Grundschuld zu verlangen.[740] Dieser Anspruch auf Verzicht wird bei der Sicherungsgrundschuld aus dem Sicherungszweck hergeleitet. *Stürner* kommt damit zu dem Ergebnis, dass „die Vinkulierung der Grundschuld durch den Sicherungsvertrag die Zession überlebt, soweit dies zum Schutz des Eigentümers notwendig ist“[741].

[735] Siehe auch Stürner, JZ 2010, 774, 775.
[736] Dieckmann, BWNotZ 2011, 42, 59.
[737] Stürner, JZ 2010, 774, 777.
[738] Ausführlich Stürner, ZHR 173(2009), 363.
[739] Ausführlich Baur/Stürner, § 45 Rn. 67l.
[740] Siehe Baur/Stürner, § 45 Rn. 56. Hierzu BGH NJW 1985, 800, 801; NJW-RR 2008, 780, 782, auch BGHZ 108, 237, 243.
[741] Stürner, JZ 2010, 774, 777.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Sicherungsgrundschuld unter altem Recht aufgrund der fiduziarischen Vinkulierung keine größeren Risiken verursachte als die Verkehrshypothek. Hieran änderte sich auch nichts im Fall der Abtretung der Sicherungsgrundschuld ohne Eintritt des Zessionars in den Sicherungsvertrag. Auch wenn die Sicherungsgrundschuld sozusagen „aus ihrer fiduziarischen Bindung entfesselt war", bewirkte dies kein höheres Risiko für den Eigentümer als bei der Verkehrshypothek. *Stürner* betrachtet die Auffassung des Bankrechtssenats in Bezug auf die von der entfesselten Grundschuld ausgehende Gefahr als unzutreffend und schreibt zutreffend, dass die schiefe Behauptung besonderer Gefährlichkeit der Grundschuld „durch vielfache Wiederholung nicht richtiger wird". [742] Das Verständnis der konstruktiven Abstraktheit und der vertraglichen Akzessorietät bei nichtakzessorischen Sicherheiten ist sogar im deutschen Recht, das ein Vorbild für das chinesische Recht darstellt, nicht immer voll entwickelt. Wie bei der Verkehrshypothek war unter altem Recht aber folgerichtig gutgläubiger einredefreier Erwerb möglich.

b) Die persönliche Vollstreckungsunterwerfung bei abstrakter Zahlungsverpflichtung

Das abstrakte Schuldanerkenntnis erzielt die „gesetzliche Beweislaständerung" im Rahmen eines Rechtsgeschäfts [743]. In den Fällen der Abtretung der abstrakten Forderung sind §§ 404 ff. BGB grundsätzlich anwendbar [744]. Die fiduziarische Bindung ist bei der abstrakten Zahlungsverpflichtung also von entscheidender Bedeutung, da aus ihr ein Gegenrecht i.S.d. § 404 BGB, ohne dass es auf den Eintritt des Erwerbers in den Sicherungsvertrag ankommt.

Die Sicherungsabrede kann beim abstrakten Schuldanerkenntnis als eine Art *causa* angesehen werden. Dementsprechend muss der Sicherungsnehmer diese persönliche Sicherheit aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis nach Kondiktionsrecht zurückgewähren, wenn die Sicherungsabrede unwirksam ist. Hingegen hat die Rückabwicklung im Falle der Wirksamkeit des Sicherungsvertrags durch Geltendmachung des vertraglichen Rückgewähranspruchs zu erfolgen, wenn die Forderung, für welche die persönliche Sicherheit bestellt ist, nicht mehr besteht oder von Anfang an nicht bestand. Das abstrakte Schuldanerkenntnis kann als eine schuldrechtliche nichtakzessorische Sicherheit angesehen werden, was sich besonders in den oben aufgeführten Fällen der Rückabwicklung zeigt.

Auch wenn es dem Gläubiger nicht möglich ist, aufgrund der dinglichen Vollstreckungsunterwerfung die Vollstreckung aus der Sicherungsgrundschuld zu betreiben, so bleibt es ihm unbenommen, die Vollstreckung aufgrund der persönlichen Vollstreckungsunterwerfung aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis in das Gesamtvermögen des Schuldner-Eigentümers betreiben. Es besteht kein Anlass zur

[742] Stürner, JZ 2010, 774, 776.
[743] Stürner, JZ 1977, 639, 640.
[744] Stürner, JZ 2010, 774, 777. Bork, Reinhard, WM 2010, 2057, 2061.

Angst, weil der Schuldner-Eigentümer auch in diesem Fall alle Einwendungen und Einreden aus dem Sicherungsvertrag gegen den Zahlungsanspruch des Gläubigers aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis entgegengehalten kann. Wegen § 404 BGB gilt dies auch gegenüber dem Rechtsnachfolger unabhängig von Gutgläubigkeit.

§ 10. Eigentümergrundpfandrechte im BGB

I. Entstehung der Eigentümerhypothek

Bei Pfandrechten an beweglichen Sachen ist nach § 1205 Abs. 1 S. 1 BGB eine Übergabe des Pfandgegenstandes vom Eigentümer an den Gläubiger erforderlich. Es kann deshalb im Gegensatz zu den Grundpfandrechten nur an fremden Sachen bestellt werden. Bei Grundpfandrechten hingegen ist im Gesetz in §§ 1163, 1177, 1196 BGB die Inhaberschaft des Grundpfandrechts in der Hand des Eigentümers vorgesehen. Allerdings setzt eine Eigentümerhypothek wegen des Akzessorietätsdogmas eine bestehende Forderung voraus.[745] Bei Wegfall der Forderung wandelt sich die Eigentümerhypothek gem. § 1177 Abs. 1 BGB automatisch in eine Eigentümergrundschuld.

So entstehet die Eigentümerhypothek nach § 1177 Abs. 2 BGB grundsätzlich in den Fällen[746], in denen

- der Eigentümer, der mit dem Schuldner nicht personengleich ist, nach § 1142 BGB die Hypothek abgelöst hat, weil in diesem Fall Forderung und Hypothek gemeinsam nach §§ 1143 Abs. 1, 1153 BGB auf ihn übergehen;
- der Gläubiger seine Forderung nach § 1153 BGB an den Eigentümer, der mit dem Schuldner nicht identisch ist, abgetreten hat;
- der nur dinglich haftende Eigentümer Erbe des Gläubigers wird;
- der Gläubiger das Grundstückseigentum von dem nur dinglich haftenden Eigentümer durch Rechtsgeschäft oder Erbschaft erworben hat;
- der Eigentümer bei Ausschluss des Gläubigers gem. § 1171 BGB nur dinglich haftet;
- der nur dinglich haftende Eigentümer im Falle der Gesamthypothek die Forderung erwirbt.

II. Entstehung der Eigentümergrundschuld

[745] Baur/Stürner, § 36 Rn. 100. MünchKommBGB/Eickmann, § 1177 Rn. 9.
[746] Siehe MünchKommBGB/Eickmann, § 1177 Rn. 10. Auch Staudinger/Wolfsteiner, § 1177 Rn. 22. Soergel/Konzen, § 1177 Rn. 6.

Solange die Forderung nicht entstanden ist oder nachträglich erlischt, besteht das Eigentümergrundpfandrecht nur in der Form einer Eigentümergrundschuld. Somit entsteht eine Eigentümergrundschuld grundsätzlich[747] bei

- Nichtentstehung der Forderung, § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB;
- Erlöschen der Forderung, § 1163 Abs. 1 S. 2 BGB;
- der Briefhypothek bis zur Briefübergabe, § 1163 Abs. 2 BGB;
- Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek, § 1168 BGB;
- Vereinigung von Grundschuld und Eigentum in einer Person, § 889 BGB;
- Ausschluss des unbekannten Gläubigers, §§ 1170 f. BGB;
- Erwerb der Zwangshypothek durch den Eigentümer nach § 868 ZPO.

Es werden hinsichtlich der Entstehung der Eigentümergrundschuld drei Fallgruppen unterschieden[748]: Die Eigentümergrundschuld ist

- vorläufig nach § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB, z.B. wenn eine Hypothek schon bestellt, aber noch nicht valutiert wird, oder endgültig nach § 1163 Abs. 1 S. 2, z.B. wenn die gesicherte Forderung getilgt wird;
- ursprünglich, z.B. wenn der Eigentümer nach § 1196 BGB für sich selbst eine Grundschuld bestellt, oder nachträglich, z.B. wenn zunächst ein Fremdgrundpfandrecht vorgelegen hat;
- offen, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich ist, oder verdeckt, wenn sie aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist.

Zusammenfassend entsteht eine Eigentümergrundschuld in den Fällen[749]

- der Bestellung, gem. § 1196 BGB;
- des Vorhandenseins von Entstehungsmängeln bei Fremdgrundpfandrechten;
- der Tilgung, gem. §§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1142, 1143, 1153, 1177 Abs. 2 BGB;
- des Verzichts der Hypothek und des Erlasses der Forderung, gem. §§ 1168, 1163 Abs. 1 S. 2 BGB;
- der Konsolidation, gem. §§ 889, 1177 BGB.

III. Funktion der Eigentümergrundschuld

1. Im Hinblick auf die Ranginteressen

Die wesentliche Bedeutung der Eigentümergrundschuld liegt in der sog. Rangaufspeicherung und automatischen Rangrückgewähr[750]. Der Eigentümer kann

[747] Siehe Staudinger/Wolfsteiner, § 1177 Rn. 6. Soergel/Konzen, § 1177 Rn. 2.
[748] Siehe Baur/Stürner, § 36 Rn. 101ff.
[749] Siehe Baur/Stürner, § 36 Rn. 104ff. Auch Staudinger/Wolfsteiner, § 1163 Rn. 19ff. MünchKommBGB/Eickmann, § 1163 Rn. 3 ff. Soergel/Konzen, § 1163 Rn. 7 ff.
[750] Baur/Stürner, § 46 Rn. 6. Westermann/Gursky/Eickmann, § 118 Rn. 1.

mit der Bestellung der Eigentümergrundschuld nach § 1196 BGB für sich selbst oder einen Gläubiger den besseren Rang an seinem Grundstück *aufspeichern* und die spätere Bestellung von Fremdgrundpfandrechten erleichtern[751]. Wird die zu sichernde Forderung getilgt, so sieht das Gesetz in aller Regel nicht ein Aufrücken der nachberechtigten Grundpfandgläubiger, sondern die automatische Rückgewähr der Rangstelle an den Eigentümer vor.[752]

Die Bestellung der Eigentümergrundschuld setzt nach § 1196 Abs. 2 BGB materiell-rechtlich die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt und die Eintragung ins Grundbuch vor. Darüber hinaus verlangt das Grundbuchrecht in den §§ 19, 29 GBO die Eintragungsbewilligung des Eigentümers in öffentlich beglaubigter oder beurkundeter Form und den Antrag auf Eintragung.[753] Gem. § 1196 Abs. 2 2. HS BGB findet die Vorschrift des § 878 BGB Anwendung. Danach berühren Verfügungsbeschränkungen, die nach der Abgabe der Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt erfolgen, die Wirksamkeit der Eigentümergrundschuld nicht.

2. Verwertungsmöglichkeit der Eigentümergrundschuld

Mit der Abtretung der Eigentümergrundschuld entsteht eine Fremdgrundschuld oder Fremdhypothek. Dadurch können dem Eigentümer als Sicherungsnehmer neue Darlehen gewährt werden. Damit ist die Eigentümergrundschuld für den Eigentümer wie ein selbständiges Vermögensrecht beherrschbar[754]. Mit der Pfändung der Eigentümergrundschuld entsteht ein Pfändungspfandrecht, das als Vorbereitung ihrer Verwertung zugleich einen Vermögenswert darstellt.

IV. Die vorläufige und künftige Eigentümergrundschuld

1. Die vorläufige Eigentümergrundschuld

a) Verfügungsmöglichkeit

Das Gesetz regelt die Entstehung der vorläufigen Eigentümergrundschuld, wenn

- eine Hypothek nach § 1113 Abs. 2 BGB für eine künftige oder bedingte Forderung bestellt wird;
- die gesicherte Forderung nach § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB noch nicht entstanden ist;
- der Brief nach § 1163 Abs. 2 BGB noch nicht übergeben ist.

[751] Westermann/Gursky/Eickmann, § 118 Rn. 1.
[752] Baur/Stürner, § 46 Rn. 6.
[753] Baur/Stürner, § 46 Rn. 16.
[754] Staudinger/Wolfsteiner, § 1177 Rn. 15.

In diesen Fällen ist die Eigentümergrundschuld auflösend bedingt und der künftige „Hypothekar“ hat ein Anwartschaftsrecht zum Erwerb eines Vollgrundpfandrechts. Diese Anwartschaft bedeutet zugleich eine Belastung der Eigentümergrundschuld.[755]

Die vorläufige Eigentümergrundschuld stellt bereits einen gegenwärtigen Vermögenswert dar. Im Fall der Valutierung des Grundpfandrechts verwandelt sich die Eigentümergrundschuld in eine Fremdgrundschuld oder Fremdhypothek. Vor diesem Hintergrund muss der Gläubiger die Eigentümergrundschuld vom Eigentümer quasi durch Valutierung *abkaufen* [756] . Die Verfügung über eine vorläufige Eigentümergrundschuld ist grundsätzlich zulässig, soweit hierdurch das Anwartschaftsrecht des Gläubigers nicht beeinträchtigt wird.[757]

b) Zwischenfinanzierung

1) Lösung

Zur Risikobegrenzung zahlt der endgültige Kreditgeber die Darlehenssumme in der Regel nicht vor Baubeginn aus, sondern entweder schrittweise nach der Fertigstellung eines jeweiligen Bauabschnitts oder insgesamt nach der Fertigstellung eines wesentlichen Bauabschnitts. Damit stellt sich für den Eigentümer das Bedürfnis nach einem Zwischenkredit durch einen weiteren Kreditgeber.[758] Hier besteht nun das Problem der dinglichen Sicherung des Zwischenkreditgebers, wenn der Eigentümer den Hauptkredit dinglich durch eine Hypothek gesichert hat und diese mangels Forderung wegen noch nicht erfolgter Auszahlung des Hauptdarlehens noch nicht zustande gekommen ist[759].

Das Problem wird grundsätzlich dadurch gelöst, dass der Darlehensnehmer als Gegenleistung für Auszahlung des Zwischenkredits sowohl seinen Anspruch auf Auszahlung der Darlehensvaluta gegenüber dem Hauptkreditgeber als auch die bei ihm entstandene vorläufige Eigentümergrundschuld an den Zwischenkreditgeber abtritt, mit der Folge, dass bei diesem eine Hypothek entsteht. Der Zwischenkreditgeber ist nach Vollendung des Baus aufgrund der zwischen ihm und dem Eigentümer vereinbarten Sicherungsabrede dazu verpflichtet, die Hypothek an den Hauptkreditgeber gegen Auszahlung des Hauptdarlehens abzutreten. Innerhalb dieses Stadiums ist der Belastungsgegenstand der dinglichen Sicherheit immer das Grundstück des Eigentümers.

2) Durch Hypotheken

aa) Briefhypothek

[755] Siehe Baur/Stürner, § 46 Rn. 20. Auch Rimmelspacher, Bruno, Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Abtretung einer vorläufigen Eigentümergrundschuld – BayObLG, WPM 1970, 48, in JuS 1971, 14, 16. Staudinger/Wolfsteiner, § 1163 Rn. 33, 37.
[756] MünchKommBGB/Eickmann, § 1163, Rn. 44. Rimmelspacher, JuS 1971, 14, 16.
[757] MünchKommBGB/Eickmann, § 1163, Rn. 44. Baur/Stürner, § 46 Rn. 21.
[758] MünchKommBGB/Eickmann, § 1163, Rn. 45. Rimmelspacher, JuS 1971, 14.
[759] Baur/Stürner, § 46 Rn. 22, § 37 Rn. 41.

Bei Briefhypotheken tritt der Eigentümer dem Zwischenkreditgeber seine Eigentümergrundschuld und seinen Anspruch auf Valutierung gegen den Hauptkreditgeber durch Abtretungserklärung ab. Hierzu muss er noch den Brief übergeben. Ist ein Dritter im Besitz des Briefes, wird die Briefübergabe nach §§ 985, 1154 Abs. 1 S. 1, 1117 Abs. 1 S. 2, 931 BGB durch Abtretung seines gegenüber dem Dritten bestehenden Herausgabeanspruchs ersetzt.[760]

Bei bereits teilweise erfolgter Auszahlung des Hauptkredits kann auch nur für einen Teilbetrag ein Zwischenkredit gewährt werden. In diesem Fall kann entweder ein Teilbrief gebildet oder Mitbesitz am Brief zwischen Haupt- und Zwischenkreditgeber eingeräumt werden.[761]

bb) Buchhypothek

Bei Buchhypotheken ist grundsätzlich die Eintragung des Zwischenkreditgebers ins Grundbuch erforderlich. Aufgrund der Geltung des sog. Voreintragungsgrundsatzes i.S.d. § 39 GBO[762] stellt sich allerdings das Problem, dass der Eigentümer nach Eintragung der Hypothek zugunsten des Hauptkreditgebers im Grundbuch nicht mehr als Berechtigter ausgewiesen ist und aus diesem Grund eine Eintragung des Zwischenkreditgebers scheitert. Es sei denn, die Hypothek des Hauptkreditgebers ist noch nicht eingetragen[763]. Dieser Fall ist aber selten.

Eine Eintragung kann in dieser Situation nur dann erfolgen, wenn der eingetragene Hauptkreditgeber dem Grundbuchamt gegenüber eine Berichtigungsbewilligung erteilt oder wenn sich die Unrichtigkeit des Grundbuches nachweisen lässt[764]. Diese Vorgehensweise bietet keine Lösung des Problems, weil in beiden Fällen der Hauptkreditgeber nicht mehr dinglich gesichert ist.

Die dingliche Sicherung des Zwischenkreditgebers wird üblicherweise auch dadurch erreicht, dass ihm im Sicherungsvertrag ein Anspruch auf Abtretung der Eigentümergrundschuld unter der aufschiebenden Bedingung eingeräumt wird, dass die Valutierung nicht erfolgt und dieser möglicherweise auch dann durch eine Vormerkung gesichert wird.[765] Eine Valutierung des Hauptkredits kann scheitern, wenn der Hauptkreditgeber die Auszahlung endgültig ablehnt, wenn er in Insolvenz gerät oder wenn die Valutierung durch Einreden oder Einwendungen dauerhaft ausgeschlossen wird.

Eine andere Konstellation mit einem hohen Risiko für den Zwischenkreditgeber ist gegeben, wenn der Eigentümer seinen Zahlungsanspruch gegenüber dem Hauptkreditgeber nicht an den Zwischenkreditgeber abgetreten, hingegen aber seine

[760] BGHZ 53, 60. MünchKommBGB/Eickmann, § 1163, Rn. 50. Staudinger/Wolfsteiner, § 1163 Rn. 37.
[761] MünchKommBGB/Eickmann, § 1163, Rn. 50. Baur/Stürner, § 37 Rn. 44.
[762] Baur/Stürner, § 46 Rn. 21. Vgl. auch Staudinger/Wolfsteiner, § 1163 Rn. 112.
[763] Rimmelspacher, JuS 1971, 14, 16.
[764] MünchKommBGB/Eickmann, § 1163, Rn. 47.
[765] BayObLG WM 1970, 48. MünchKommBGB/Eickmann, § 1163, Rn. 48.

Eigentümergrundschuld an den Hauptkreditgeber abgetreten hat. Erfolgt z.B. eine teilweise Auszahlung des Hauptkredits an den Eigentümer selbst, den dieser entgegen Treu und Glauben nicht an den Zwischenkreditgeber weiterleitet und wird auch der weitergehende Zahlungsanspruch des Eigentümers gegenüber dem Hauptkreditgeber nicht an den Zwischenkreditgeber abgetreten, so ist er dinglich nicht gesichert und kann lediglich aus dem Sicherungsvertrag gegen den Eigentümer vorgehen.

Die Konstellation ist denkbar, wenn nach der Bestellung einer Eigentümergrundschuld zugunsten eines anderen Gläubigers ein nachrangiges Grundpfandrecht eingetragen wird. Der Eigentümer kann in diesem Fall zwar noch über seine Eigentümergrundschuld verfügen, dessen Wert ist allerdings für jeden weiteren Kreditgeber fraglich, weil das mit der Abtretung der Eigentümergrundschuld umwandelnde Grundpfandrecht des weiteren Kreditgebers nach § 1179a BGB stets mit dem gesetzlichen Löschungsanspruch des nachrangigen Gläubigers belastet ist. Daher wird die Lösung durch die Abtretung der Eigentümergrundschuld heute auch nicht mehr praktiziert.[766]

3) Durch Grundschulden

Die dingliche Sicherung des Zwischenkreditgebers lässt sich mit der Grundschuld aufgrund ihrer Abstraktheit leichter konstruieren als mit der Hypothek. Die Grundschuld kann direkt zugunsten des Zwischenkreditgebers bestellt werden und sie kann dann unmittelbar gegen Darlehensauszahlung vom Zwischen- an den Hauptkreditgeber abgetreten werden.

Die Grundschuld kann aber auch sofort zugunsten des Hauptkreditgebers bestellt werden. Bei dieser Gestaltung wird zwischen Eigentümer, Haupt- und Zwischenkreditgeber vereinbart, dass die Grundschuld während der Zwischenfinanzierung vom Hauptkreditgeber treuhänderisch für den Zwischenkreditgeber gehalten wird und der Hauptkredit direkt an ihn ausbezahlt wird.[767]

2. Die künftige Eigentümergrundschuld

In jedem Grundpfandrecht steckt eine Eigentümergrundschuld. Sie tritt nach Tilgung der gesicherten Forderung durch den Schuldner, bei Tilgung der Grundschuld durch den Eigentümer und in anderen Vereinigungsfällen auf.

Die Verfügung über künftige Eigentümergrundschulden ist grundsätzlich unzulässig [768] . Dies liegt zum einen daran, dass es schwierig ist, noch nicht entstandene Rechte ins Grundbuch einzutragen, zum anderen wäre die Klarheit des

[766] Staudinger/Wolfsteiner, § 1163 Rn. 39.
[767] Kollhosser, Helmut, Die neuen gesetzlichen Löschungsansprüche, JA 1979, 176, 180. Baur/Stürner, § 46 Rn. 24.
[768] RGZ 145, 343, 353. BGHZ 53, 60, 64.

Grundbuchs gefährdet[769]. Damit ist die Vormerkung eines Anspruchs auf Übertragung einer künftigen Eigentümergrundschuld ebenfalls unzulässig [770] , soweit diese Eigentümergrundschuld aus einer Hypothek entstehen soll.

V. Die Sicherungsabtretung der Eigentümergrundschuld

Es ist auch möglich, dass die Eigentümergrundschuld zur Sicherung abgetreten wird. In der Praxis wird diese Gestaltung vorgenommen, wenn der Sicherungsgeber aus irgendwelchen Gründen nicht wünscht, dass der Sicherungsnehmer als Grundschuldgläubiger im Grundbuch erscheint.[771]

VI. Hypothek als potenzielle Eigentümergrundschuld

Das beschränkt dingliche Recht erlischt grundsätzlich, wenn es sich mit dem Eigentum vereinigt. Diese sog. Konsolidation stammt aus dem alten Grundsatz *nulli res sua servit*[772]. Vom Eintritt der Konsolidation macht die Vorschrift des § 889 BGB eine Ausnahme in den Fällen, in denen der Eigentümer des Grundstücks das Recht oder umgekehrt der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt.

Der Gesetzgeber hat im BGB die akzessorische Hypothek und die nichtakzessorische Grundschuld nebeneinander geregelt und es in das Belieben der Parteien gestellt, für welches Grundpfandrecht sie sich entscheiden. Dabei kann die Eigentümergrundschuld als Verbindungsglied zwischen Hypothek und Grundschuld angesehen werden. Solange die zu sichernde Forderung bei Vereinigungsfällen nicht besteht, geht das Gesetz von einer Eigentümergrundschuld aus. Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt worden ist, nicht entstanden oder erloschen, so ist der Eigentümer gem. § 1163 Abs. 1 BGB Inhaber des Grundpfandrechts, das aber nach § 1177 BGB nicht als Eigentümerhypothek, sondern als Eigentümergrundschuld bezeichnet wird.[773] In diesem Zusammenhang wird die Auffassung vertreten, dass die Ausnahmevorschrift des § 889 BGB wesentlich dazu beigetragen hat, dass die Bestellung nichtakzessorischer Eigentümerrechte heute weitestgehend zugelassen wird.[774]

Jede Hypothek ist eine potenzielle Eigentümergrundschuld. Man kann davon ausgehen, dass die Eigentümergrundschuld das Fundament der Grundpfandrechte darstellt. Mit der Eigentümergrundschuld können Fälle gelöst werden, in denen die zu

[769] RGZ 145, 343, 353.
[770] OLG Hamm NJW-RR 1990, 272.
[771] Kommanns, Theo, Das Grundpfandrecht als fiduziarische Sicherheit. Ein Beitrag zur Lehre von der Sicherungsgrundschuld, Dissertation Köln, Düsseldorf 1939, S. 58.
[772] „*Niemandem dient seine eigene Sache.*“ MünchKommBGB//Kohler, § 889, Rn. 1 Fußnote 3. Staudinger/ Gursky, Berlin 2008, § 889, Rn. 1.
[773] Baur/Stürner, § 36 Rn. 99.
[774] Staudinger/Gursky, § 889, Rn. 10.

sichernde Forderung bei Vereinigungsfällen nicht besteht. Sowohl Fremdgrundschuld als auch -hypothek können an den Eigentümer zurückfallen, wenn sich der Sicherungszweck erledigt hat, sei es vertraglich, sei es gesetzlich. Im Falle der Sicherungsgrundschuld werden durch die Abtretung des Rückgewähranspruchs vielfältige Möglichkeiten zur Refinanzierung geschaffen. In diesem Sinne stellt die Eigentümergrundschuld ein Instrument dar, durch welches Hypothek und Grundschuld im Hinblick auf ihre vergleichbare wirtschaftliche Zielsetzung trotz bestehender dogmatischer Unterschiede miteinander verknüpft werden. Damit steht die Eigentümergrundschuld häufig am Beginn und am Ende eines Sicherungsvorgangs durch Grundpfandrechte. Es kann somit festgehalten werden, dass sich hinter jedem Grundpfandrecht auch eine Eigentümergrundschuld verbirgt[775], die den dogmatischen Gegensatz zwischen Akzessorietät und Abstraktheit überbrückt.

§ 11. Die nicht valutierte Grundschuld

I. Unanwendbarkeit der §§ 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 BGB

Von einer nichtvalutierten Grundschuld spricht man, wenn eine Grundschuld zur Sicherung einer Forderung bestellt worden, diese aber nicht oder noch nicht entstanden ist. [776] In diesem Sinne ist die nichtvalutierte Grundschuld Sicherungsgrundschuld, da diese Grundschuld bereits mit einem Sicherungszweck verknüpft ist. Dabei hängt es vom Willen der Parteien ab, ob die nichtvalutierte Grundschuld nur vorläufig oder endgültig ist.

Im Falle einer Anwendbarkeit der §§ 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 BGB auf die Grundschuld würde die nichtvalutierte Grundschuld dem Eigentümer in der Form einer Eigentümergrundschuld zustehen. Diese Frage wurde allerdings bereits vom Reichsgericht [777] ausdrücklich verneint. Es gab zwar früher noch streitige Auseinandersetzungen[778]. Die h.M.[779] lehnt jedoch die Anwendbarkeit der §§ 1163 Abs. 1 ff. BGB auf die Grundschuld ab mit der Begründung, dass in ihnen hypothekentypische Fragen geregelt werden.

[775] Vgl. auch Baur/Stürner, § 46 Rn. 29.
[776] Bähr, Kurt, Die nichtvalutierte Grundschuld, Dissertation Erlangen, Approbiert 1935, S. 10. Vgl. auch Baur/Stürner, § 45 Rn. 26.
[777] RGZ 60, 251ff.
[778] Dernburg, Heinrich, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens, 4. Auflage, Halle 1908, § 246 5., S. 824, 825. Vgl. auch Bähr, S. 11ff. Meuschke, Gerhard, Nicht valutierte Grundschuld, insbesondere ihre Stellung in der Zwangsversteigerung, Dissertation Göttingen, Berlin 1931, S. 20ff. Lohman, Franz, Zur Lehre von der Grundschuld unter besonderer Berücksichtigung der nichtvalutierten Grundschuld, ihrer Pfändung und ihrer Stellung in der Zwangsversteigerung, Dissertation, Emsdetten 1933, S. 29ff.
[779] Staudinger/Wolfsteiner, § 1163 Rn. 126. MünchKommBGB/Eickmann, § 1163 Rn. 73.

Folglich steht die nicht oder noch nicht valutierte Grundschuld dem Gläubiger als Fremdgrundschuld zu.[780] Diese Rechtsfolge resultiert aus der Abstraktheit der Grundschuld. Daher ergeben sich aus der *Nichtvalutierung* spezifische Probleme bei nichtakzessorischen Sicherheiten.

II. Ansprüche des Grundschuldbestellers

1. Ansprüche gegen den ursprünglichen Gläubiger

Die Nichtvalutierung der Grundschuld berührt ihre dingliche Wirksamkeit nicht. Nach der ganz h.M. [781] kann in diesem Zusammenhang ein vertraglicher Rückgewähranspruch aus dem Sicherungsvertrag hergeleitet werden. Der Gläubiger ist daher schuldrechtlich verpflichtet, die erworbene Grundschuld an den Sicherungsgeber zurück zu gewähren, soweit die gesicherte Forderung nicht oder nicht ganz entsteht[782], also die Grundschuld nicht oder nicht ganz valutiert ist. Wird der Rückgewähranspruch durchgesetzt, so entsteht bei der Rückübertragung der Fremdgrundschuld an den Eigentümer eine Eigentümergrundschuld, vorausgesetzt der Eigentümer ist auch der Partner des Sicherungsvertrags. Der Rückgewähranspruch wird in der Praxis oft zur Refinanzierung abgetreten. Er kann der Grundschuld in Gestalt der Sicherungsabrede einredeweise entgegengehalten werden,[783] wobei dies die Geltendmachung dieser Grundschuld dauerhaft ausschließt.[784]

2. Ansprüche gegen den Rechtsnachfolger des ursprünglichen Gläubigers

Die Selbständigkeit des Rückgewähranspruchs ist schon oben in § 8 V 5. untersucht. Der neue Eigentümer kann somit im Falle der Veräußerung des Grundstücks gegenüber dem bisherigen Gläubiger ohne besondere Abtretung den Rückgewähranspruch aus dem Sicherungsvertrag grundsätzlich nicht geltend machen.[785]

§ 1157 S. 1 BGB findet auf die Grundschuld entsprechende Anwendung.[786] Folgerichtig kann der Eigentümer alle gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger bestehenden Einreden auch dem neuen Gläubiger entgegenhalten. Die bei Sicherungsgrundschulden auftretenden Einwendungen und Einreden sowie der Rückgewähranspruch wurden bereits oben in § 9 III und IV ausführlich untersucht, ebenso der Ausschluss des gutgläubig einredefreien Erwerbs nach der Reform.

---

[780] Bähr, S. 19. Meuschke, S. 30. Lohman, S. 32.

[781] Baur/Stürner, § 45 Rn. 26. Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem. zu §§ 1191ff. Rn. 140. Heute auch Westermann/Gursky/Eickmann, § 114 Rn. 11, § 116 Rn. 3. Dagegen MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 17.

[782] RGZ 78, 67. Vgl. auch Bähr, S. 19. Meuschke, S. 31. Lohman, S. 33.

[783] BGH NJW-RR 1987, 1291; 2003, 11, 12. Baur/Stürner, § 45 Rn. 26.

[784] Bähr, S. 21. Meuschke, S. 33.

[785] Vgl. Bähr, S. 22.

[786] Staudinger/Wolfsteiner, § 1157 Rn. 21ff. MünchKommBGB/Eickmann, § 1157 Rn. 22. Vgl. auch Baur/Stürner, § 44 Rn. 20ff.

Wird bei Pfandreife die Grundschuld verwertet, wandelt sich der Rückgewähranspruch in einen Anspruch auf Herausgabe des Übererlöses.[787]

III. Teilweise nicht valutierte Grundschuld

Ist die Grundschuld nur zum Teil durch eine Forderung gedeckt, also teilweise nichtvalutiert, so wird die Grundschuld nicht in zwei Teile aufgeteilt. Die dogmatische Unabhängigkeit der Grundschuld von der gesicherten Forderung führt dazu, dass der nichtvalutierte Teil dinglich als Fremdgrundschuld angesehen wird. Die teilweise nichtvalutierte Grundschuld entsteht damit in voller Höhe als eine Fremdgrundschuld, während der Sicherungsvertrag dem Eigentümer im Umfang des nichtvalutierten Teils einen Teilrückgewähranspruch einräumt.

§ 12. Die Sicherungsgrundschuld in der Zwangsvollstreckung

I. Die Möglichkeit der Doppelunterwerfung in die Zwangsvollstreckung von Grundschuld und Forderung

1. Bloß prozessrechtlicher Charakter der Vollstreckungsunterwerfung

a) Häufung doppelter Haftungen

Das abstrakte Schuldanerkenntnis bewirkt eine Erweiterung des Haftungszugriffs über das dinglich belastete Grundstück des Schuldner-Eigentümers hinaus auf dessen ganzes Vermögen. Somit kann der Gläubiger jederzeit die Zwangsvollstreckung in das ganze Vermögen des Schuldners betreiben, soweit er aus der Grundschuld nicht ganz befriedig wird. Diese Kumulation von persönlicher und dinglicher Haftung im Individualvertrag birgt also die große Gefahr[788] der doppelten Inanspruchnahme. Das ist das wichtigste Problem, das in der heutigen Kreditpraxis behandelt werden muss.

b) Dogmatische Grundlagen der Vollstreckungsunterwerfung

Die sog. „Vollstreckungsunterwerfung“ in der Form einer vollstreckbaren Urkunde i.S.d. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO bewirkt keine materiell-rechtliche Haftungsübernahme. Der als Grundlage der Errichtung in dieser Vorschrift liegende Anspruch ist nach der h.L. [789] ein Anspruch im prozessualen Sinn. Dieser prozessuale Anspruch ist ausschließlich das Korrelat zu der materiell-rechtlichen Leistungspflicht des

[787] Staudinger/Wolfsteiner, § 1147 Rn. 65, Vorbem. zu §§ 1191ff. Rn. 140.
[788] Baur/Stürner/Bruns, Rn. 16.19.
[789] Rosenberg, Leo / Schwab, Karl Heinz / Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, 17. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2010, § 92. MünchKommZPO/Becker-Eberhard, 3. Auflage, München 2008, § 253, Rn. 70.

Schuldners und nicht etwa das materielle Rechtsverhältnis selbst, aus dem diese Leistungspflicht hergeleitet wird. Die materiell-rechtliche Leistungspflicht ist lediglich Gegenstand der Unterwerfungserklärung, die wiederum den prozessualen Anspruch begründet. [790] Die herrschende Lehre [791] qualifiziert die Unterwerfungserklärung als Prozesshandlung und nicht als Willenserklärung materiellen Rechts mit der Begründung, dass sie keine materielle, sondern ausschließlich prozessuale Wirkung erzeuge.

In der Vollstreckungsunterwerfung wird auch ein Verzicht auf präventiven Rechtsschutz und dessen Ersatz durch repressiven Rechtsschutz gesehen, wobei sich die Inhalte nicht unterscheiden, sondern lediglich die zeitliche Abfolge.[792] Anders als das materiell-rechtliche abstrakte Schuldanerkenntnis führt die Vollstreckungsunterwerfung also auf jeden Fall zu keinerlei Beweislaständerung.

Es ist auch fraglich, ob es für die Errichtung einer vollstreckbaren Urkunde als eines prozessualen Verfügungsgeschäfts [793] noch einer *causa* bedarf. Formell ist die Vollstreckungsunterwerfung vom materiell-rechtlichen Anspruch, nach dem sie errichtet wird, vollständig unabhängig [794] . Dies hat zur Folge, dass materiell-rechtlicher und prozessualer Anspruch nicht immer deckungsgleich sind. Hat der vollstreckbar gestellte Anspruch im prozessualen Sinn einen größeren Umfang als der materiell-rechtlich begründete Anspruch, oder besteht der materiell-rechtliche Anspruch überhaupt nicht, so lässt sich die Verbindung zwischen prozessualem und materiellem Anspruch, d.h. die Rückführung des prozessualen Anspruchsumfangs auf den Umfang des materiell-rechtlichen Anspruchs, über die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO herstellen. [795] Damit ist die Vollstreckungsunterwerfung akzessorisch und trägt ihre *causa* nicht in sich selbst, sondern extern. Dogmatisch liegt der Vollstreckungsunterwerfung eine materiell-rechtliche Gestaltung als *causa* zugrunde, häufig in der Praxis z.B. ein abstraktes Schuldanerkenntnis bzw. eine dingliche Grundschuld. Fehlt es an dieser *causa*, so kann die vollstreckbare Urkunde kondizierbar sein.[796] Auch wenn der Schuldner die Vollstreckungsgegenklage nicht oder nicht rechtzeitig erhoben hat, kann er nach Beendigung der Zwangsvollstreckung mit einer Leistungsklage aus Bereicherungsrecht versuchen, dem Gläubiger den Vollstreckungserfolg wieder zu entziehen. [797] Diese kausale Verknüpfung zwischen Schuldanerkenntnis und

[790] OLG Celle DNotZ 1969, 105. Wolfsteiner, Hans, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2006, § 14 Rn. 14.9, S. 126. Stürner, ZZP 233, 234. Münch, § 4 III 3 a), S. 76, 77. Auch Baur/Stürner/Bruns, Rn. 16.18. MünchKommZPO/Wolfsteiner, 3. Auflage, München 2007, § 794 Rn. 145. Streitig, insbesondere Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Auflage, München 2010, § 13 Rn. 51, 52.
[791] Siehe Wolfsteiner, § 11 Rn. 11.10, S. 73, 74. Auch Stürner, ZZP 233, 234.
[792] Stürner, ZZP 233, 234. Münch, § 4 III 3 b), S. 80.
[793] Wolfsteiner, § 19 Rn. 19.48, S. 194. MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 794 Rn. 252.
[794] Stein/Jonas/Münzberg, vor § 704 ZPO, Rn. 22.
[795] BGH NJW 1997, 2887; 2000, 951. Wolfsteiner, § 14 Rn. 14.17, S. 129.
[796] Wolfsteiner, § 19 Rn. 19.50, S. 194. Stein/Jonas/Münzberg, vor § 704 ZPO, Rn. 23.
[797] Münch, § 13 I 3 a), S. 351.

Vollstreckungsunterwerfung erschließt in der Praxis einen Spielraum, um ihre Kombination möglicherweise durch AGB-Recht zu kontrollieren.

Die Literatur[798] geht weiter davon aus, dass der Anspruch i.S.v. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO nur genügend konkretisiert sei, wenn die Unterwerfungserklärung dem allgemeinen prozessualen Bestimmtheitsgebot genügt. Hierzu führt der BGH in seiner Entscheidung vom 19.12.2014[799] aus, dass eine pauschale Unterwerfungserklärung mit dem Konkretisierungsgebot des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO unvereinbar und deshalb unzulässig ist. Ein Verstoß führt zur Unwirksamkeit der Unterwerfungserklärung. Sie kann mit der Vollstreckungsabwehrklage analog § 767 ZPO geltend gemacht werden.

c) Verschlimmerung durch die globale Kumulation

Die Vollstreckungsunterwerfung ist grundsätzlich zulässig, soweit § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO das vorhergehende Erkenntnisverfahren in die Disposition der Parteien stellt. Allerdings besteht das Problem auch, dass die Verknüpfung von Schuldanerkenntnis und Grundschuld sowie doppelter Vollstreckungsunterwerfung die Gefahren eines schnellen und erweiterten Vollstreckungszugriffs bereits in hohem Maße erhöht. In der Rechtspraxis der Banken wird durch die Verwendung dieser Konstruktion, d.h. den Verbund zweier gesetzlich vorgesehener Institute in einseitigen Regelungen der AGB-Bestimmungen, häufig ein vom Gesetz nicht erwünschtes Ergebnis herbeigeführt. Vor diesem Hintergrund ist eine richterliche Kontrolle der Gestaltung zwingend erforderlich.

2. Ausgangspunkt des BGH

Unter Bezugnahme auf die zutreffende Formulierung des BGH[800] ist die notariell beurkundete Vollstreckungsunterwerfung eine ausschließlich auf das Zustandekommen eines Vollstreckungstitels gerichtete einseitige Prozesshandlung, die nur prozessrechtlichen Grundsätzen untersteht. Sie ist nicht auf eine Änderung der materiellen Rechtslage gerichtet und hat auch keine materiell-rechtlichen Auswirkungen. Damit bleibt sie von der etwaigen Unwirksamkeit des mitbeurkundeten materiellen Rechtsgeschäfts unberührt. Der BGH[801] geht weiter davon aus, dass die Beweislast in den Regelungsbereich des materiellen Rechts fällt, da Beweislastregeln und materiell-rechtliche Ansprüche untrennbar miteinander verbunden seien. Damit trägt der Gläubiger die Beweislast für sämtliche Anspruchsvoraussetzungen auch in den Fällen, in denen sich der Schuldner wegen dieses Anspruchs in einer notariellen Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Diese Feststellung über den Charakter der Vollstreckungsunterwerfung ist grundsätzlich durchaus zu begrüßen.

[798] MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 794 Rn. 160. Stein/Jonas/Münzberg, § 794 Rn. 111.
[799] BGH MDR 2015, 361.
[800] BGHZ 147, 203ff.
[801] BGHZ 147, 203, 209.

Der BGH[802] hat die Kumulation von Schuldanerkenntnis und Grundschuld bei bestehender Personenidentität zwischen Schuldner und Eigentümer grundsätzlich für zulässig erachtet und bei der Wirksamkeitskontrolle von AGBs, die eine Kumulation in Höhe des Grundschuldbetrags zum Gegenstand haben, eine Überraschung nach § 305c BGB und eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB verneint. Denn der Haftungsumfang des Schuldner-Eigentümers werde durch die Einbeziehung des Schuldanerkenntnisses nicht verändert. Der BGH[803] geht hingegen bei nicht bestehender Personenidentität zwischen Eigentümer und Schuldner davon aus, dass AGBs, die eine Haftungserweiterung durch das abstrakte Schuldanerkenntnis und die persönliche Vollstreckungsunterwerfung regeln, nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unzulässig sein sollen. Dies ist z.B. der Fall, wenn der mit dem Schuldner nicht personengleiche Eigentümer im Grundschuldbestellungsformular auch die persönliche Haftung übernimmt und sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft.

3. Durch den Sicherungsvertrag treuhänderisch gebundene Vollstreckungsunterwerfung?

a) Zum Hintergrund

Man kann das abstrakte Schuldanerkenntnis als *causa* der prozessualen Vollstreckungsunterwerfung ansehen. Wenn die abstrakte Zahlungsverpflichtung in der Regel durch den Sicherungsvertrag vinkuliert wird, stellt sich auch die ähnliche Frage, ob die Vollstreckungsunterwerfungen in die Reichweite des Sicherungsvertrags einbezogen werden müssen.

b) Die „Märzentscheidung“ des BGH vom 30.03.2010

1) Die Auffassung des Bankrechtssenats

Der BGH führte in einer früheren Entscheidung vom 30.03.2010[804] aus, dass der Zessionar einer Sicherungsgrundschuld aus der Unterwerfungserklärung nur unter der Voraussetzung vorgehen könne, dass er *in den Sicherungsvertrag eingetreten sei*. Aus der Urkunde ergäben sich keine Anhaltspunkt dafür, dass die Unterwerfung auch zugunsten eines noch nicht näher bestimmten künftigen Grundschuldinhabers erfolgen solle. Daher könne nicht jeder künftige Inhaber der Grundschuld durch eine umschreibende Klausel nach §§ 795 S. 1, 727 Abs. 1 ZPO auch die Titelfunktion der Unterwerfungserklärung in Anspruch nehmen. Vielmehr sei bei einer formularmäßig erfolgten Erklärung nach § 305c Abs. 2 BGB davon auszugehen, dass sich die Vollstreckungsunterwerfung nur auf die Ansprüche aus der *treuhänderisch gebundenen* Sicherungsgrundschuld erstrecken würden. Ein Grundschuldgläubiger, der den Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag nicht beigetreten sei, habe eine

[802] BGHZ 99, 274; NJW 2004, 59, 61.
[803] BGHZ 114, 9, 14f. Baur/Stürner/Bruns, Rn. 16.19.
[804] Siehe BGH JZ 2010, 791 = NJW 2010, 2041 = BGHZ 185, 133 = DNotZ 2010, 542.

solche Rechtsposition nicht erworben, so dass er nicht Rechtsnachfolger hinsichtlich des titulieren Anspruchs i.S.d. § 727 Abs. 1 ZPO geworden sei.

2) Literaturkritik über die Entscheidung

Der Bankrechtssenat des BGH unterstellt im Fall der Abtretung der Sicherungsgrundschuld den Eintritt des Zessionars in den bisherigen Sicherungsvertrag und sieht ihn als Rechtsnachfolger i.S.d. § 727 ZPO an. Demzufolge darf eine Vollstreckungsklausel bei Abtretung der Sicherungsgrundschuld nur aufgrund einer Vollstreckungsunterwerfung bei einer „sicherungsvertraglich gebundenen Grundschuld" erteilt werden, d.h. wenn der Zessionar zuvor in den bisherigen Sicherungsvertrag eingetreten ist.

Demgegenüber wird nachvollziehbar von der Literatur zum einen die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 727 ZPO mangels Rechtsnachfolge abgelehnt, zum anderen wird die Auffassung vertreten, dass die Entfesselung aus der fiduziarischen Bindung in der Praxis im Falle der Rechtsnachfolge zu einer *stillschweigenden Bedingung* der Vollstreckbarkeit in die Grundschuld i.S.d. § 726 ZPO führt, wenn kein neuer Sicherungsvertrag zwischen Eigentümer und Grundschuldzessionar besteht.[805] Damit dürfe der Zessionar in diesem Fall die Vollstreckungsklausel nur erhalten, wenn er nach § 726 Abs. 1 ZPO, nicht nach § 727 ZPO, seinen Eintritt in den Sicherungsvertrag durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden beweisen kann, soweit er mit dem Eigentümer den Sicherungsvertrag nicht erneuert hat.

Der Anspruch auf Duldung der Vollstreckungsunterwerfung ist wie oben bereits dargelegt ein prozessualer Anspruch, während hingegen der Sicherungsvertrag und die durch ihn vinkulierte Grundschuld materiell-rechtlicher Natur sind. Folgt man der Auffassung des Bankrechtssenats, so existiert plötzlich ein *sicherungsvertraglich gebundener prozessualer Anspruch*, bei dem Rechtsnachfolge möglich wäre.[806] Einen solchen Anspruch gibt es jedoch aus dogmatischer Sicht nicht, weil „sich materiell-rechtliche Elemente nur auf die prozessuale Ebene heben lassen, indem man sie nach § 726 ZPO zur Bedingung der Vollstreckbarkeit macht und die Unterwerfungserklärung entsprechend auslegt". [807] Weiter kann auch festgehalten werden, dass lediglich die Grundschuld selbst und nicht die prozessuale Unterwerfungserklärung sicherungsvertraglich gebunden ist. Gegenstand des Sicherungsvertrags kann nicht der prozessuale Anspruch, sondern nur die Grundschuld sein.[808]

Diese Entscheidung des Bankrechtssenats war unübersehbar eigentümerfreundlich, da dem Eigentümer alle Rechte aus dem Sicherungsvertrag gegenüber dem Zessionar erhalten blieben. Durch den Eintritt in den Sicherungsvertrag versuchte der Senat für

[805] Stürner, JZ 2010, 774, 776.
[806] Stürner, JZ 2010, 774, 776.
[807] Wolfsteiner, Rn. 14.22ff; dessen 2. Auflage, München 2006, Rn. 17.47ff. Münch, S. 233ff. Siehe Stürner, JZ 2010, 774, 776.
[808] Kesseler, WM 2011, 486, 487.

Altfälle vor dem 18.08.2008 erworbener Grundschulden, dem Eigentümer eine Rechtsstellung zu verschaffen, die teilweise dem neuen § 1192 Abs. 1a BGB entspricht[809], obwohl diese zeitliche Rückwirkung nach Art. 229 § 18 Abs. 2 EGBGB vom Gesetzgeber nicht gewollt ist.[810] Damit hat diese Entscheidung einen „fast legislativen" Charakter[811].

3) Anwendungsbereich der Entscheidung

Der Entscheidung des Bankrechtssenats lag offenkundig der Sachverhalt der *Umschreibung der Vollstreckungsunterwerfung* zugrunde, wie ihr Leitsatz ausdrücklich sagt. Die Praxis zeigt allerdings, dass dieser Fall eine „mehr als untergeordnete Rolle" spielt[812], und dass es darüber hinaus verschiedene Zessionsarten gibt, die im Zusammenhang mit der *Umschuldung* und der *Neuvalutierung* für Forderungskäufe auftreten. Sowohl Umschuldung als auch Neuvalutierung können in der Praxis nur bei der nichtakzessorischen Grundschuld erfolgen.

Unter der Umschuldung versteht man quasi den Wechsel des Kreditgebers, indem der Neugläubiger die Darlehensverbindlichkeiten des Kreditschuldners bei dem Altgläubiger treuhänderisch Zug um Zug gegen Abtretung der Sicherheit ablöst und zugleich mit dem Kreditschuldner einen neuen Sicherungsvertrag abschließt.[813] Nachdem der Neugläubiger die Darlehensverbindlichkeit abgelöst hat, hat der Schuldner gegenüber dem Altgläubiger einen Rückgewähranspruch. Dieser wird von dem Altgläubiger in der Weise erfüllt, dass er die Grundschuld an den Neugläubiger abtritt.[814] Der „alte Sicherungsvertrag" zwischen dem Altgläubiger und dem Kreditschuldner besteht wegen Erledigung des bisherigen Sicherungszwecks nicht mehr. Folglich ist ein Eintritt weder nötig noch möglich[815].

Im Falle einer Neuvalutierung hingegen ist die alte Kreditforderung schon getilgt und die Grundschuld wird als eine neue Sicherheit an einen Neugläubiger abgetreten, um einen neuen Kredit zu sichern.[816] Auch hier schließt der Neugläubiger mit dem Kreditschuldner in aller Regel einen neuen Sicherungsvertrag ab, während der alte Sicherungsvertrag ebenfalls wegen Erledigung des Sicherungszwecks erlischt.

In der Praxis überwiegen die Fälle der Umschuldung und Neuvalutierung, in denen ein neuer Sicherungsvertrag abgeschlossen wird. Somit sind die Fälle, in denen der Zessionar in den bisherigen Sicherungsvertrag eintritt, von geringer Bedeutung.[817] Es

[809] Vgl. auch Bork, WM 2010, 2057, 2062.
[810] Stürner, JZ 2010, 774, 776. Everts, DNotZ 2011, 724.
[811] Stavorinus, NotBZ 2010, 281.
[812] Bolkart, DNotZ 2010, 483, 503ff. Kesseler, WM 2011, 486, 488.
[813] Everts, DNotZ 2011, 724, 725; NJW 2011, 567, 568.
[814] Bork, WM 2010, 2057, 2061.
[815] Bork, WM 2010, 2057, 2061.
[816] Everts, DNotZ 2011, 724, 725; NJW 2011, 567, 568.
[817] Vgl. auch Kesseler, WM 2011, 486, 491.

stellt sich in diesen Fällen auch nicht das Rechtsnachfolgeproblem i.S.d. § 727 ZPO.[818]

Problematisch ist, ob nach der Auffassung des Bankrechtssenats der Kreditschuldner der Vollstreckung durch den Neugläubiger etwas entgegensetzen kann, zumal er seinen Eintritt in einen *nicht mehr existierenden Altsicherungsvertrag* nicht beweisen kann. In der notariellen Praxis stellt sich auch das Problem, dass der Notar unter Umständen gar nicht wissen kann, ob die bei ihm beantragte Klauselumschreibung auf einem vom Schuldner veranlassten Gläubigerwechsel oder auf einem einfachen Forderungskauf beruht.[819]

c) Die „Befreiungsentscheidung" des BGH vom 29.06.2011

In einer neueren Entscheidung schließt sich der VII. Zivilsenat des BGH der Auffassung des Bankrechtssenats (XI. Zivilsenats des BGH) ausdrücklich nicht an.[820] Er geht davon aus, dass der Notar bei der Auslegung einer notariellen Unterwerfungserklärung im Klauselerteilungsverfahren grundsätzlich nur von dem Wortlaut der Urkunde ausgehen muss. Wenn eine Vollstreckungsbedingung i.S.d. § 726 Abs. 1 ZPO im Wortlaut der notariellen Urkunde nicht angelegt ist, verbietet sich für den Notar die Annahme einer solchen Bedingung. Ebenso unzulässig ist die Auslegung des Notars, dass sich die in einer notariellen Urkunde enthaltene Unterwerfungserklärung wegen Ansprüchen aus einer Grundschuld nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld erstreckt, wenn dies im Wortlaut der notariellen Urkunde nicht angelegt ist. Der Notar muss daher *ungeachtet der Entscheidung des BGH v. 30.03.2010 (XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133)* dem Zessionar einer Sicherungsgrundschuld die Klausel als Rechtsnachfolger erteilen, soweit die Rechtsnachfolge in die Ansprüche durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen werden kann. Dabei kann der Schuldner die Einwendung, dass sich die Unterwerfungserklärung nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld erstrecke und der Zessionar nicht in die treuhänderische Bindung eingetreten sei, nur mit der Vollstreckungsabwehrklage nach § 768 ZPO geltend machen (*abweichend von BGH, Versäumnisurt. v. 30.3.2010 – XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133*). Der VII. Zivilsenat nimmt offenkundig die Literaturmeinungen auf.

Der VII. Zivilsenat des BGH geht zutreffend von der Formalisierung des Klauselerteilungsverfahrens aus, sodass der Titel ungeachtet materiell-rechtlicher Kriterien nur auf seine formelle Vollstreckungsfähigkeit überprüft wird. Die Annahme einer Vollstreckungsbedingung nach § 726 Abs. 1 ZPO stellt daher eine Ausnahme dar. Hängt die Vollstreckung nach dem Inhalt des Titels vom Eintritt einer vom Gläubiger bewiesenen materiell-rechtlichen Tatsache ab, so darf die Vollstreckungsklausel nur erteilt werden, wenn dieser Nachweis nach Maßgabe des §

[818] Everts, NJW 2011, 567, 568. Stürner, JZ 2010, 774, 778.
[819] Kesseler, WM 2011, 486, 491.
[820] Siehe BGHZ 190, 172ff. = DNotZ 2011, 751ff.

726 Abs. 1 ZPO geführt wird. Hiernach muss die im Klauselerteilungsverfahren zu berücksichtigende Abhängigkeit der Vollstreckbarkeit durch den Titel selbst festgestellt sein und sich aus diesem klar ergeben.[821] Aus diesem Grund muss die Auslegung des Notars vom Wortlaut der Urkunde ausgehen, es sei denn, diese materiell-rechtliche Vollstreckungsabhängigkeit wird durch eine richterliche Entscheidung nach § 768 ZPO bewiesen.

In der Folge häufen sich in der Praxis die Fälle, in denen eine Vollstreckungsbedingung nach § 726 ZPO in den Wortlaut der Urkunde bewusst und ausdrücklich aufgenommen wird.[822]

d) Weitere Entwicklung

Der VII. Zivilsenat des BGH hat kurz nach der „Befreiungsentscheidung“ in seiner Entscheidung vom 28.07.2011 [823] nochmals bestätigt, dass im Klauselerteilungsverfahren der Eintritt des Zessionars in die zwischen Schuldner und Zedenten bestehende Sicherungsvereinbarung für die Annahme einer Rechtsnachfolge i.S.v. § 727 ZPO vom Notar nicht zu prüfen ist.

In seiner weiteren Entscheidung vom 27.10.2011[824] betont der VII. Zivilsenat, dass zur Erteilung der Vollstreckungsklausel gegenüber dem Rechtsnachfolger auf Gläubigerseite auch in Fällen der Umschuldung und Neuvalutierung der Nachweis des Abschlusses eines neuen Sicherungsvertrags nicht vorausgesetzt wird.

Für die Praxis besteht angesichts der geltenden Rechtsprechung die Möglichkeit, in die Vollstreckungsurkunde einen Passus aufzunehmen, wonach nur der „jeweilige Grundschuldgläubiger“ berechtigt sein soll, aufgrund der persönlichen Haftung aus dem Schuldversprechen bzw. Schuldanerkenntnis gegen den Schuldner zu vollstrecken.[825] In einer weiteren Entscheidung vom 24.11.2011[826] bejaht der VII. Zivilsenat des BGH diese sich aus dem Wortlaut der Urkunde ergebende Vollstreckungsbedingung i.S.d. § 726 Abs. 1 ZPO, wonach die auf einem Schuldversprechen bzw. Schuldanerkenntnis beruhende Vollstreckung eines jeden Rechtsnachfolgers des in der Grundschuldurkunde bezeichneten Gläubigers vom Erwerb der Grundschuld abhängt. Allerdings verneint der BGH nicht einen solchen Eintritt in den Sicherungsvertrag durch individuelle Vereinbarungen. Dies ist z.B. der Fall, wenn der für die Nachfolge in die Rechte aus einer formularmäßigen Vollstreckungsunterwerfung für eine Sicherungsgrundschuld erforderliche Eintritt in

[821] BGH DNotZ 2011, 751, 755, 756.
[822] Everts, DNotZ 2011, 724, 728.
[823] BGH DNotZ 2012, 53.
[824] BGH DNotZ 2012, 287.
[825] BGH DNotZ 2008, 833 = NJW 2008, 918, 919.
[826] BGH DNotZ 2012, 288, 289.

den Sicherungsvertrag auch durch Abschluss eines Vertrags zugunsten des Sicherungsgebers erfolgt.[827]

4. Fazit

Abschließend kann festgehalten werden, dass die *ungerechtfertigte Doppelinanspruchnahme* des Schuldners bei Zulässigkeit des abstrakten Schuldversprechens bzw. Schuldanerkenntnisses samt Zwangsvollstreckungsunterwerfung neben der Grundschuld eine besondere Gefahr darstellt. Angesichts der nicht rückgängig zu machenden materiell-rechtlichen Zulässigkeit des Schuldanerkenntnisses neben der Grundschuld in Deutschland sollte eine Trennung von Grundschuld und Schuldanerkenntnis möglichst verhindert werden. Hierfür spricht auch, dass mit dem Schuldanerkenntnis nicht eine doppelte Inanspruchnahme, sondern nur die Verstärkung der Grundschuldsicherheit bezweckt wird. Selbst wenn in der Grundschuldbestellungsurkunde der einschränkende Passus, nach dem nur der „jeweilige Grundschuldgläubiger“ [828] aufgrund des Schuldanerkenntnisses die Vollstreckung betreiben darf, nicht aufgenommen wurde, ist von einer beabsichtigten Verstärkung der Grundschuldsicherheit auszugehen. Eine Vollstreckung aus dem Schuldanerkenntnis in das ganze Vermögen sollte ausnahmsweise nur im Umfang der Restforderung zulässig sein, wenn Forderungen z.B. wegen schlechter Rangfolge der Grundschuld noch nicht ganz erfüllt werden.[829]

II. Überleben der Grundschuld in der Zwangsversteigerung

Nach § 44 Abs. 1 ZVG ist in der Zwangsversteigerung nur ein solches Gebot zugelassen, durch welches die dem Anspruch des Gläubigers vorgehenden Rechte sowie die aus dem Versteigerungserlös zu entnehmenden Kosten des Verfahrens gedeckt werden, also das sog. „geringste Gebot“. Es wird allein durch die Rangstelle des betreibenden Gläubigers bestimmt [830] . Bevor das Recht des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers befriedigt wird, müssen zuerst alle vorrangigen dinglichen Rechte wertmäßig gedeckt sein, weil sie im Regelfalle als Belastung bestehen bleiben. Im Anschluss daran werden dann nachrangige Rechte befriedigt. Zum Schutz vorrangiger Gläubiger muss das Gebot des Bieters in der Zwangsversteigerung mindestens das geringste Gebot decken, das sog. Deckungsprinzip [831] . Ein bei der Feststellung des geringsten Gebots zu berücksichtigendes Recht wird durch die tatsächliche Zahlung des Erstehers

[827] BGH DNotZ 2012, 748f.
[828] Everts, DNotZ 2012, 245, 248.
[829] Everts, DNotZ 2012, 245, 248, 249.
[830] Stöber, S. 156, Rn. 239.
[831] Baur/Stürner/Bruns, § 36 Rn. 36.5. Stöber, S. 156, Rn. 239. Vgl. auch Stöber, Zwangsversteigerungsgesetz, Kommentar zum ZVG, 19. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2009, § 44 Rn. 2ff. Dassler / Schiffhauser Kommentar zum Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung / Hinzen, Udo, 13. Auflage, Verlag Gieseking, Bielefeld 2008, § 44 Rn. 4.

(Bargebot) nicht abgegolten und bleibt nach § 52 Abs. 1 ZVG bestehen. Alle Rechte, die nicht in das geringste Gebot aufgenommen werden, erlöschen durch den Zuschlag.[832]

Haftet der Eigentümer zugleich persönlich und bleibt die Hypothek an seinem Grundstück in der Zwangsvollstreckung bestehen, so gilt das sog. Übernahmeprinzip[833], d.h. der Ersteher übernimmt nach § 53 Abs. 1 ZVG die persönliche Schuld in Höhe der Hypothek und muss dementsprechend einen niedrigen Preis bezahlen. Im Innenverhältnis erfolgt mit dem Zuschlag ein gesetzlicher Übergang der persönlichen Schuld. Im Außenverhältnis ist allerdings für die Befreiung des Schuldners gem. § 53 Abs. 1, 2. HS ZVG, der auf eine entsprechende Anwendung des § 416 BGB hinweist, noch die Genehmigung des Gläubigers erforderlich[834].

Bei der Grundschuld ist hingegen zusätzlich eine fristgerechte Anmeldung und gegebenenfalls auch eine Glaubhaftmachung der persönlichen Schuld und Haftung notwendig, [835] weil diese mangels Akzessorietät nicht automatisch mit der Grundschuld verbunden und auch nicht aus dem Grundbuch ersichtlich ist.[836] Die persönliche Schuld verbleibt nach wie vor bei dem Schuldner, d.h. dem bisherigen Eigentümer, wenn dieser sie nach § 53 Abs. 2 ZVG nicht spätestens im Versteigerungstermin angemeldet hat. In diesem Fall steht ihm nur ein Bereicherungsanspruch gegenüber dem Ersteher zu, wenn er aus dieser Schuld vom Grundschuldgläubiger in Anspruch genommen wird.[837]

III. Der Rückgewähranspruch in der Zwangsvollstreckung

1. Pfändbarkeit des Rückgewähranspruchs

Der Rückgewähranspruch kann verwertet werden, sei es durch Abtretung nach §§ 398 ff. BGB, sei es durch Verpfändung nach §§ 1273 ff. BGB. Er kann auch in der Zwangsvollstreckung vom Gläubiger des Sicherungsgebers nach §§ 857 Abs. 1, 829 ZPO *gepfändet* werden.[838] Dabei ist der Grundschuldgläubiger Drittschuldner. Mit der Pfändung des Rückgewähranspruchs ist auch der Anspruch auf Rückzahlung des Mehrerlöses gepfändet, wenn der rückgewährpflichtige Grundschuldgläubiger durch eine Verwertung der Grundschuld oder eine freiwillige Leistung des Eigentümers

[832] Vgl. Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 64 Rn. 5ff. Dassler/Schiffhauser/Hinzen, § 52 Rn. 6.
[833] Baur/Stürner/Bruns, § 36 Rn. 36.3.
[834] Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 64 Rn. 20. Baur/Stürner/Bruns, § 36 Rn. 36.4. Stöber, S. 182, Rn. 277.
[835] Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 64 Rn. 20. Baur/Stürner/Bruns, § 36 Rn. 36.4. Dassler/Schiffhauser/Hinzen, § 53 Rn. 20.
[836] Stöber, S. 183, Rn. 277.
[837] Stöber, S. 183, Rn. 277.
[838] BGH NJW 1975, 980; MDR 1959, 571; BGHZ 108, 237, 245. Baur/Stürner, § 45 Rn. 90, S. 602. Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem. zu §§ 1191ff. Rn. 294. MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 164.

einen Betrag erlangt hat, der die gesicherte Forderung übersteigt. Dabei ist eine selbständige Pfändung nicht erforderlich.[839]

Hat der bisherige Rückgewährgläubiger, also der Sicherungsgeber, vor der Pfändung bereits sein Wahlrecht auf Rückübertragung, Verzicht oder Aufhebung der Grundschuld ausgeübt, so gilt diese Wahl auch für den Pfändungsgläubiger. Die Pfändung kann sich also ebenfalls nur auf die gewählte Leistung beziehen. Es ist naheliegend, dass für den Pfandgläubiger kein Interesse mehr am Rückgewähranspruch besteht, wenn der Eigentümer die Aufhebung gewählt hat.[840] Hat der Eigentümer sein Wahlrecht noch nicht ausgeübt, so kann der Pfändungsgläubiger nach einem Überweisungsbeschluss gem. § 835 ZPO dieses selbst ausüben. Macht er die Rückabtretung der Grundschuld geltend, so geht die Grundschuld an den Eigentümer zurück, sodass eine Eigentümergrundschuld entsteht, welche wiederum Gegenstand eines Pfandrechts sein kann. Hier findet dann § 1287 BGB analoge Anwendung.[841]

Sogar die Pfändung eines künftigen Rückgewähranspruchs vor Beendigung des Kreditverhältnisses ist grundsätzlich möglich,[842] soweit der künftige Anspruch wie bei einer Abtretung so umschrieben werden kann, dass er spätestens bei seiner Entstehung nach Gegenstand und Umfang bestimmbar ist. Dies wird bejaht, wenn wiederum die mit der Grundschuld zu sichernde Einzelforderung bei Pfändung des Rückgewähranspruchs genügend individualisierbar ist.[843] Der BGH nannte diesen künftigen Rückgewähranspruch auch „den aufschiebend bedingten schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung der Grundschuld“. Dieser Anspruch kann schon vor Eintritt der Bedingung abgetreten werden mit der Folge, dass eine zeitlich spätere Pfändung dieses Anspruchs „ins Leere geht“.[844]

2. Vertraglicher oder dinglicher Rückgewähranspruch

Nach dem BGH [845] kann sich der *Anspruch auf Rückübertragung der Sicherungsgrundschuld* unmittelbar aus dem Sicherungsvertrag ergeben. Er ist allerdings auch im Gesetz verankert, wenn dem Eigentümer ein dinglicher *Anspruch auf Verzicht des Grundpfandrechts nach §§ 1192, 1169 BGB* zusteht. Während der *vertragliche* Anspruch sich nur gegen den Grundschuldgläubiger als Partei des Sicherungsvertrags richtet, können der dingliche Anspruch und die *dingliche* Einrede i.S.d. §§ 1192, 1169 BGB unter den Voraussetzungen der §§ 1192, 1157 BGB auch gegen den neuen Grundschuldgläubiger geltend gemacht werden. Der dingliche

[839] BGH NJW 1975, 980. Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem. zu §§ 1191ff. Rn. 295.
[840] Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem. zu §§ 1191ff. Rn. 296. Dagegen Wilhelm, JZ 1998, 18.
[841] Baur/Stürner/Bruns, § 32 Rn. 32.24. Vgl. auch Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem. zu §§ 1191ff. Rn. 297, spricht aber von „entsprechende Anwendung“.
[842] Baur/Stürner, § 45 Rn. 93, S. 602. Baur/Stürner/Bruns, § 32 Rn. 32.24.
[843] BGHZ 7, 365, 369ff; NJW 1985, 800.
[844] BGH DNotZ 1958, 383.
[845] BGH WM 1967, 566.

Anspruch ist ebenso abtretbar wie der vertragliche.[846] Nach Auffassung des BGH erstreckt sich die Abtretung des vertraglichen Rückgewähranspruchs auch auf den dinglichen Rückgewähranspruch aus §§ 1192, 1169 BGB.[847]

Die vom BGH vorgenommene Unterscheidung von vertraglichem und dinglichem Rückgewähranspruch ist von besonderer Bedeutung in den Fällen der Abtretung der Sicherungsgrundschuld. Der dingliche Anspruch auf Verzicht der Grundschuld nach § 1169 BGB garantiert, dass der Eigentümer bei einer Sicherungsgrundschuld gem. §§ 1192, 1157 BGB gegenüber einem Zessionar jedenfalls die Einrede des Forderungserlöschens behält [848], auch unabhängig von der Wirksamkeit des Sicherungsvertrags. Steht dem Eigentümer diese Einrede zu, so hat er in der Regel auch einen vertraglichen Rückgewähranspruch, ist also nicht auf § 1169 BGB angewiesen. Hat der Eigentümer keinen vertraglichen Rückgewähranspruch oder ist dieser verjährt, so richtet sich der Anspruch gem. § 1169 BGB seinem Wortlaut nach auch bei der Grundschuld grundsätzlich nur auf Verzicht oder Löschung, nicht aber auf anderweitige Rückgabe der Grundschuld.[849]

3. Bestimmtheitserfordernis des Rückgewähranspruchs

Angesichts der geschilderten komplexen Gestaltung ist bei der Pfändung eines Rückgewähranspruchs die Bestimmbarkeit der Sicherheit im Einzelfall problematisch.[850] In der Rechtsprechung wird die Frage der Zulässigkeit der in der Praxis verwendeten Formulierung, wonach „Ansprüche auf Rückübertragung aller gegebenen Sicherheiten“[851] gepfändet werden sollen, also die Zulässigkeit einer sog. Pauschalpfändung, teilweise bejaht [852] und teilweise verneint [853]. Es steht außer Zweifel, dass der Eigentümer bei einer Pauschalpfändung der Gefahr der Übersicherung ausgesetzt ist.[854]

4. Selbständigkeit des Rückgewähranspruchs

Die Selbständigkeit des Rückgewähranspruchs wurde schon in § 8 V 5. dieser Arbeit dargelegt.

5. Der Rückgewähranspruch in der Zwangsversteigerung

Im Zwangsversteigerungsverfahren wandelt sich der Rückgewähranspruch des Schuldner-Eigentümers in einen Erlösanspruch um. Diese Umwandlung bedeutet für den Sicherungsgeber allerdings eine Reduzierung seiner Einrede aus der

[846] BGH WM 1967, 566, 567.
[847] BGH NJW 1985, 800, 801. Schmidt, JuS 1985, 314, 315.
[848] MünchKommBGB/Eickmann, § 1169 Rn. 14.
[849] Staudinger/Wolfsteiner, § 1169 Rn. 27.
[850] Siehe Baur/Stürner/Bruns, § 32 Rn. 32.24.
[851] Hein, Thomas, Die Pfändung von Sicherheitenrückgewähransprüchen, Rpfleger 1987, 491 und Zum Bestimmtheitserfordernis bei der Pfändung von Sicherheitenrückgewähransprüchen, WM 1986, 1379.
[852] Z.B. LG Bielefeld Rpfleger 1987, 116; LG Berlin MDR 1977, 59 und WM 1986, 1384.
[853] Z.B. LG Köln WM 1980, 783; LG Limburg Rpfleger 1986, 487. LG Aachen Rpfleger 1991, 326.
[854] Siehe LG Limburg Rpfleger 1986, 487; Hein, Rpfleger 1987, 491, 492.

Sicherungsabrede, wenn seine Vollstreckungsgegenklage gegenüber der vollstreckbaren Grundschuldurkunde versagt hat.[855]

Bei teilweiser Nichtvalutierung der Sicherungsgrundschuld kann der Eigentümer vom Grundschuldgläubiger den „*Übererlös*“, d.h. den Differenzbetrag zwischen dem Nennbetrag der Grundschuld und dem tatsächlich valutierten Grundschuldbetrag, herausverlangen. Der Anspruch auf Übererlös gegenüber dem die Zwangsversteigerung betreibenden vorrangigen Gläubiger tritt nach dem Zuschlag an die Stelle des Rückgewähranspruchs und stellt eine Art Surrogat innerhalb des noch nicht beendeten Rechtsverhältnisses der Grundschuld dar.[856]

Der Eigentümer kann bereits im Verteilungsverfahren seinen Anspruch geltend machen, [857] z.B. durch einen Widerspruch gegen den Teilungsplan oder eine Widerspruchsklage. Dieser Anspruch wird mit der Leistung des an die Stelle der Grundschuld getretenen Versteigerungsanspruchs erfüllt[858]. Wenn dies keinen Erfolg hat, so besteht ein Pfandrecht auch noch an dem Recht des Sicherungsgebers auf Auskehrung des Mehrerlöses, der vom Gläubiger zur Forderungstilgung nicht benötigt wird.[859]

Wenn hingegen der nachrangige Grundschuldgläubiger die Zwangsversteigerung betreibt, so muss zunächst die Grundschuld des vorrangigen Gläubigers vom Gebot gedeckt sein. Ist diese vorrangige Grundschuld aber nicht oder nicht ganz valutiert, so steht dem nachrangigen Gläubiger gegenüber dem vorrangigen Gläubiger mangels Leistung kein Bereicherungsanspruch zu. Stattdessen kann er nur den Eigentümer in Anspruch nehmen, nachdem der vorrangige Gläubiger aus dem Versteigerungserlös voll befriedigt worden ist. Der Eigentümer kann aufgrund seines Rückgewähranspruchs vom vorrangigen Gläubiger den Übererlös verlangen. Das gilt auch, wenn der Eigentümer nach §§ 1150, 1192 Abs. 1, 268 BGB und § 75 ZVG vor der Zwangsversteigerung die nachrangige Grundschuld ablöst, um die vom nachrangigen Gläubiger betriebene Zwangsvollstreckung abzuwehren. Grundsätzlich steht der Anspruch auf den überschüssigen Betrag aus der Verwertung der Grundschuld dem Sicherungsgeber üblicherweise direkt zu. Er kann allerdings zur Tilgung weiterer Verbindlichkeiten an einen anderen Gläubiger abgetreten werden.[860]

Nach der Rechtsprechung des BGH [861] bleibt der Rückgewähranspruch des Eigentümers bezüglich des nichtvalutierten Teils dieser Grundschuld bestehen, soweit

[855] BGH ZIP 1990, 857, 858.
[856] Baur/Stürner/Bruns, § 36 Rn. 36.25. Vgl. auch Stöber, S. 324, Rn. 446d.
[857] BGH NJW 1975, 800; 1977, 247, 248; 1981, 1505, 1506; 1986, 2108, 2111; 1992, 1620; 2002, 1378; BGHZ 108, 237, 247, 248; 160, 168, 174; 166, 319, 326; NJW-RR 2008, 780,781; WM 2008, 602. Siehe Baur/Stürner, § 45 Rn. 50, 51. Baur/Stürner/Bruns, § 36 Rn. 36.38, 36.39. Vgl. auch Stöber, Kurt, Zwangsvollstreckung in das unbeweglichen Vermögen, ZVG-Handbuch, 9. Auflage, München 2010, S. 322, Rn. 446a.
[858] Stöber, S. 324, Rn. 446d.
[859] Stöber, Rpfleger 1959, 274. MünchKommBGB/Eickmann, § 1191 Rn. 172.
[860] BGH NJW 2005, 2398, 2399.
[861] BGH NJW-RR 1990, 1202.

die Grundschuld selbst nach dem Zuschlag fortbesteht. Der Eigentümer kann aufgrund seines Rückgewähranspruchs vom Gläubiger den „Übererlös“ herausverlangen, wenn der Gläubiger hinsichtlich seiner nichtvalutierten Grundschuld durch den Ersteher voll befriedigt wird.[862] Ist der Versteigerungserlös nicht oder gerade zur Befriedigung des Gläubigers hinreichend, ist der Sicherungsgeber dem Risiko ausgesetzt, dass der Rückgewähranspruch vollständig oder teilweise gegenstandslos wird.[863] Erfüllt der Gläubiger seine Rückgewährpflicht nicht und erteilt dennoch eine Löschungsbewilligung, so steht dem Eigentümer kein Bereicherungsanspruch gegenüber dem Ersteher zu.[864] Die Literatur führt zur Begründung aus, dass der Rückgewähranspruch keinen Zuweisungsgehalt habe, in den vom Ersteher eingegriffen worden sei.[865] Der Ersteher könne sich gegenüber dem Gläubiger durch Vollstreckungsgegenklage grundsätzlich nicht auf den Rückgewähranspruch berufen, es sei denn, er habe nach § 53 Abs. 2 ZVG auch die gesicherte Schuld übernommen und im Versteigerungstermin angemeldet. Soweit keine Schuldübernahme vorliege, hafte der Eigentümer nach wie vor persönlich und könne dem Gläubiger alle Rechte aus dem Sicherungsvertrag entgegenhalten.[866]

Nach dem BGH[867] kann der Eigentümer seinen Rückgewähranspruch zur Sicherung im Voraus an einen Dritten abtreten, auch wenn dieser Zessionar am Grundstück nicht berechtigt ist. Die Abtretung erfolgt nach § 398 BGB, wobei der Abtretungsvertrag formlos ist. Die Mitwirkung des Gläubigers und die Übergabe des Briefs sind nicht erforderlich[868]. Es ist sogar eine stillschweigende Abtretung denkbar, wenn der Grundstückserwerber in Anrechnung auf den Kaufpreis die Grundschuld übernimmt[869]. Im Falle der Abtretung der Grundschuld ist es problematisch, wenn der Gläubiger von der Abtretung des Rückgewähranspruchs durch den Eigentümer keine Kenntnis hat oder wenn deren Wirksamkeit zweifelhaft ist. Betreibt der Gläubiger hingegen die Zwangsversteigerung hinsichtlich der Grundschuld in vollem Umfang, so kann der Zessionar des Rückgewähranspruchs von ihm die Auskehrung des Übererlöses verlangen.[870]

IV. Der Löschungsanspruch in der Zwangsversteigerung

Der gesetzliche Löschungsanspruch in § 1179a BGB wirkt nach § 1179a Abs. 1 S. 3 BGB gleich wie eine aufgrund der Bewilligung des vorrangigen Gläubigers

[862] BGH NJW 2003, 2673, 2674.
[863] BGH ZIP 1990, 857, 858.
[864] BGH NJW 1993, 1919; 1974, 2279, 2280.
[865] Baur/Stürner, § 45 Rn. 52.
[866] Baur/Stürner, § 45 Rn. 52a.
[867] BGH NJW 1988, 1665. Stöber, S. 322, Rn. 446b.
[868] Stöber, S. 323, Rn. 446b.
[869] BGH NJW 1991, 1821.
[870] Baur/Stürner/Bruns, § 36 Rn. 36.39.

eingetragene Löschungsvormerkung. [871] Diese Sicherungswirkung des Löschungsanspruchs erstreckt sich weiter in die Zwangsversteigerung in der Weise, dass „der bisherige Eigentümer den auf die Eigentümergrundschuld entfallenden Betrag dem Löschungsberechtigten insoweit überlässt, als er diesem zustehen würde, wenn die Eigentümergrundschuld schon vor dem Zuschlag gelöscht werden würde“.[872]

Grundsätzlich entspricht die Reichweite des § 1179a BGB in der Zwangsvollstreckung der vollstreckungsrechtlichen Wirkung des Rückgewähranspruchs bei Grundschulden. [873] Nach der Abtretung des Rückgewähranspruchs an den nachrangigen Gläubiger dient der Anspruch seiner Rangverbesserung, aber nicht mehr seiner Befriedigung in vollem Umfang des Grundschuldbetrages. Der nachrangige Gläubiger kann nur dadurch ausreichend geschützt werden, dass er seinen abgetretenen Rückgewähranspruch durch eine bewilligte Vormerkung sichern lässt. Nur ein durch Vormerkung gesicherter Löschungsanspruch ist vollwertig.

V. Die Pfändung der Eigentümergrundschuld

Unter formalem Aspekt ist die Eigentümergrundschuld auch eine normale Grundschuld. Sowohl Rechtsprechung[874] als auch h.L.[875] gehen bei der Pfändung der Eigentümergrundschuld von der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die Pfändung von Hypothekenforderungen aus. Somit sind nach §§ 857 Abs. 6, 830 ZPO die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Eigentümer und die Übergabe des Grundschuldbriefes bzw. die Eintragung der Pfändung ins Grundbuch erforderlich.[876]

Es stellt sich hier allerdings das Problem, dass es bei der Eigentümergrundschuld an einem Drittschuldner fehlt, da sie eine rein dogmatische Konstruktion für Vereinigungsfälle darstellt, in denen Eigentum und Grundpfandrecht bei einer Person liegen. Eine Schwierigkeit besteht, wenn die Eigentümergrundschuld noch für einen anderen als den Eigentümer verbrieft oder eingetragen ist oder wenn an dem Grundstück Miteigentum besteht. In letzterem Fall wird nach der h.L.[877] noch die Erteilung eines Teilbriefs vorausgesetzt. Vor diesem Hintergrund wird in der

[871] Baur/Stürner, § 46 Rn. 39.
[872] BGHZ 108, 237, 240; 99, 363, 365; 166, 319, 323; 160, 168. Soergel/Konzen, § 1179a Rn. 23. Baur/Stürner, § 46 Rn. 53.
[873] Baur/Stürner, § 46 Rn. 53.
[874] RGZ 55, 379; BGHZ 58, 298, 303; NJW 1961, 601; 1979, 2045.
[875] Zöller/Stöber, Kommentar ZPO 27. Auflage, Köln 2009, § 857 Rn. 19, 20. Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Auflage, Verlag Vahlen, Köln/München 2008, § 23 Rn. 742.
[876] Siehe Baur/Stürner/Bruns, § 32 Rn. 32.19. Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 58 Rn. 15.
[877] Baur/Stürner/Bruns, § 32 Rn. 32.19.

Literatur[878] die abweichende Auffassung vertreten, wonach für die Pfändung einer Eigentümergrundschuld die Zustellung des Pfändungsbeschlusses nach § 857 Abs. 2 ZPO an den Schuldner schon ausreichend sei. Zur Begründung wird vorgetragen, dass für die Entstehung eines Pfändungspfandrechts schließlich die Übergabe bzw. Wegnahme des Grundschuldbriefs oder die Eintragung der Pfändung ins Grundbuch nicht vorausgesetzt werde. Sowohl Übergabe bzw. Wegnahme als auch Eintragung verfolgten lediglich den Zweck, einen gutgläubigen Erwerb Dritter auszuschließen.[879] Dieser Auffassung zufolge soll auch eine vorläufige bzw. künftige Eigentümergrundschuld nach § 857 Abs. 2 ZPO pfändbar sein.[880]

Aufgrund des Pfändungspfandrechts an der Eigentümergrundschuld kann der Gläubiger grundsätzlich durch Verwertung des Grundstücks befriedigt werden. Dies ergibt sich zum einen aus dem Umkehrschluss aus § 1197 BGB, der nur den Eigentümer von der Zwangsvollstreckung ausschließt, zum anderen aus dem Umstand, dass sich aus der Überweisung an Zahlungs statt eine Fremdgrundschuld ergibt.[881] Die Befriedigung des Gläubigers kann nach h.M. auch durch Überweisung zur Einziehung erfolgen.[882]

Die Geltendmachung eines Rückgewähranspruches führt häufig zur Entstehung einer Eigentümergrundschuld. Aufgrund des engen Verhältnisses zwischen Rückgewähranspruch und Eigentümergrundschuld kann sich die Eigentümergrundschuld ebenfalls auf den Versteigerungserlös erstrecken. Folglich kann der Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös nach §§ 857 Abs. 2, 829 ZPO auch noch gepfändet werden, wenn die Eigentümergrundschuld in der Zwangsversteigerung erlischt.[883]

Die auf den Namen des Schuldners als sog. offene Eigentümergrundschuld eingetragene Grundschuld wird nach ihrem Erlöschen durch Zuschlag von Amts wegen im Teilungsplan berücksichtigt, soweit diese Eigentümergrundschuld im Zeitpunkt der Eintragung des Versteigerungsvermerks schon im Grundbuch ersichtlich ist. Hingegen wird die Eigentümergrundschuld, die erst nach dem Versteigerungsvermerk eingetragen oder umgewandelt wird, gem. § 114 Abs. 1 ZVG im Teilungsplan aufgenommen, wenn sie spätestens bis zum Verteilungstermin angemeldet worden ist.[884]

[878] LG Frankfurt NJW 1952, 629. Baur/Stürner/Bruns, § 32 Rn. 32.20. Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 58 Rn. 17. Sottung, Rudolf, Die Pfändung der Eigentümergrundschuld, Verlag Heymann, Berlin/Köln 1957, S. 82ff. Stein/Jonas/Brehm, 22. Auflage, Tübingen 2004, § 857 Rn. 62ff.
[879] Baur/Stürner, §46 Rn. 12.
[880] Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 58 Rn. 21. Baur/Stürner/Bruns, § 32 Rn. 32.21.
[881] Baur/Stürner/Bruns, § 32 Rn. 32.22. Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 58 Rn. 20.
[882] BGH WPM 1988, 205, 207. OLG Köln NJW 1959, 2167. LG Bremen NJW 1955, 184.
[883] Baur/Stürner/Bruns, § 32 Rn. 32.23.
[884] Stöber, S. 310, Rn. 431.

Nach § 1197 Abs. 2 BGB ist eine Eigentümergrundschuld in der Zwangsversteigerung zugunsten des Eigentümers nicht verzinslich.[885] Eine Ausnahme besteht nach dieser Vorschrift für die Dauer der Zwangsverwaltung, wenn das Grundstück auf Antrag eines anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist. Eine Verzinsung beginnt, wenn durch Abtretung der Eigentümergrundschuld oder durch die Veräußerung des mit einer Eigentümergrundschuld belasteten Eigentums eine Fremdgrundschuld entstanden ist.[886]

VI. Die nicht valutierte Grundschuld in der Zwangsvollstreckung

Auch eine Grundschuld, die nicht oder nur teilweise valutiert ist, bleibt in ihrem ganzen Umfang eine Fremdgrundschuld. Im Umfang des nicht valutierten Teils hat der Besteller gegenüber dem Gläubiger einen Rückgewähranspruch. Die Vollstreckung aus dem Rückgewähranspruch ist bereits oben in § 12 III dargelegt.

Verzichtet der Grundschuldgläubiger in der Zwangsversteigerung nach dem Zuschlag auf die Grundschuld oder auf den Versteigerungserlös, so steht der Anteil am Erlös nach dem Surrogationsgrundsatz dem Vollstreckungsschuldner, also dem bisherigen Eigentümer, zu.[887] Dieser Verzicht bedarf auch nicht der Eintragung ins Grundbuch, sondern nur der formlosen Erklärung gegenüber dem Vollstreckungsschuldner oder dem Vollstreckungsgericht.[888] Dies ergibt sich auch bereits aus § 1168 BGB.[889] Der nach dem Zuschlag erklärte Verzicht macht den Zuschlag nicht rückgängig bzw. wendet die unfreiwillige Veräußerung des Grundstücks auch dann nicht ab, wenn die Grundschuld in ihrem überwiegenden Umfang nicht valutiert ist. Der Eigentümer kann aber nach § 826 BGB Schadensersatz verlangen.

§ 13. Die Sicherungsgrundschuld in der Insolvenz

I. Auswirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens

1. Sofortige Fälligkeit persönlicher Forderungen

Nach § 41 Abs. 1 InsO gelten nicht fällige Forderungen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens als fällig. Allerdings findet diese Vorschrift zunächst nur für

[885] BGH NJW 1977, 100.
[886] BGHZ 64, 316.
[887] BGHZ 39, 242; 160, 168. LG München KTS 1976, 247. Staudinger/Wolfsteiner, § 1168 Rn. 30. MünchKommBGB/Eickmann, § 1168 Rn. 24. Stöber, ZIP 1980, 833.
[888] BGHZ 39, 242.
[889] Das war nicht unstreitig. Siehe RGZ 55, 260; 60, 252. Vgl. Meuschke, S. 45ff. Mayr, Otto, Die nicht valutierte Grundschuld, Erlangen Dissertation, Düsseldorf 1934, S. 100ff. Bähr, S. 27ff. Lohmann, S. 38.

Insolvenzforderungen[890] Anwendung, also lediglich für persönliche Forderungen[891]. Es ist zunächst zu klären, inwieweit diese Vorschrift auch für absonderungsberechtigte Gläubiger, wie Inhaber von Grundpfandrechten, gilt[892].

Grundsätzlich ist zwischen dem dinglichen Absonderungsrecht selbst und der dem Absonderungsrecht zugrunde liegenden persönlichen Forderung zu unterscheiden.[893] Die Vorschrift des § 41 InsO ist auf die persönliche Forderung unproblematisch anwendbar[894], soweit der Gläubiger nach § 52 S. 2 InsO auf seine abgesonderte Befriedigung verzichtet oder mit ihr ausgefallen ist[895]. In Abweichung von der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts[896] wird vom BGH[897] die Anwendbarkeit des § 41 InsO bejaht, wenn der Eigentümer des belasteten Grundstücks zugleich auch der persönliche Schuldner ist[898], und zwar unabhängig davon, ob die Sicherungsrechte akzessorisch oder nichtakzessorisch sind[899]. Der BGH[900] möchte die nach der alten Konkursordnung auftretende Zwangslage des Gläubigers verhindern. Dieser musste entweder auf sein Absonderungsrecht verzichten, um nach § 64 KO am Konkurs teilnehmen zu können, oder einen etwaigen Ausfall bei der späteren Verwertung seines Absonderungsrechts in Kauf nehmen, wenn er seinen Ausfall nicht rechtzeitig nachweisen konnte.

Nach der neuen Insolvenzordnung gerät der Gläubiger nur noch selten in diese Zwangslage, weil die Vorschrift des § 165 InsO den Insolvenzverwalter auch zur Verwertung der Gegenstände mit Absonderungsrecht ermächtigt[901] und weil der absonderungsberechtigte Gläubiger nach § 52 S. 1 InsO ohne Einschränkungen, d.h. ohne Rücksicht auf den zu erwartenden Verwertungserlös, als Insolvenzgläubiger angesehen wird, soweit ihm der Schuldner zugleich persönlich haftet. Die Zwangsversteigerung kann der Insolvenzverwalter ferner nach § 172 ZVG ohne Rücksicht auf die Fälligkeit der Grundpfandrechte betreiben[902]. Nur wenn der Gläubiger selbst das Sicherungsgut verwertet, bleibt noch Raum für die analoge Anwendung des § 41 InsO[903].

---

[890] Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung / Bitter, Georg, 2. Auflage, Band 1, München 2007, § 41 Rn. 4. Uhlenbrucker Kommentar zur Insolvenzordnung / Knof, Béla, München 2010, § 41 Rn. 2. Jaeger Kommentar zur Insolvenzordnung / Henckel, Wolfram, Erste Auflage, Erster Band, Berlin 2004, § 41 Rn. 6.

[891] Städler, Hans Jörg, Grundpfandrechte in der Insolvenz, Tübingen 1998, § 6 A I 1), S. 169.

[892] MünchKommInsO/Bitter, § 41 Rn. 13. Henckel in Jaeger, InsO, § 41 Rn. 10.

[893] MünchKommInsO/Bitter, § 41 Rn. 13. Uhlenbruck/Knof § 41 InsO Rn. 7.

[894] Uhlenbruck/Knof § 41 InsO Rn. 7.

[895] MünchKommInsO/Bitter, § 41 Rn. 13.

[896] RGZ 86, 247, 248ff.; auch RGZ 93, 209, 212f.

[897] BGHZ 31, 337, 340ff.

[898] MünchKommInsO/Bitter, § 41 Rn. 15. Städler, § 6 A I 1), S. 170. Henckel in Jaeger, InsO, § 41 Rn. 10.

[899] Henckel in Jaeger, InsO, § 41 Rn. 12.

[900] BGHZ 31, 337, 340.

[901] MünchKommInsO/Bitter, § 41 Rn. 16. Uhlenbruck/Knof § 41 InsO Rn. 9.

[902] Henckel in Jaeger, InsO, § 41 Rn. 12.

[903] Uhlenbruck/Knof § 41 InsO Rn. 9. MünchKommInsO/Bitter, § 41 Rn. 16.

Die Vorschrift des § 41 InsO ist nicht auf ein isoliertes Absonderungsrecht[904] anwendbar, z.B. auf eine Grundschuld, die keine Forderung gegen den Gemeinschuldner sichert[905]. Ist das Grundpfandrecht zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht fällig, insbesondere nach Einführung des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB, so muss der Grundpfandgläubiger wählen, entweder auf die abgesonderte Befriedigung zu verzichten oder seine persönliche Forderung nicht geltend zu machen, um sich nur aus seinem Absonderungsrecht zu befriedigen. Es ist auch möglich, dass er beide Rechte nach entsprechenden Anteilen zugleich geltend macht[906].

2. Verlust der Verfügungsbefugnis

Nach §§ 80 ff. InsO verliert der Schuldner mit der Insolvenzeröffnung die Verfügungsbefugnis[907] über sein Vermögen, das nunmehr der Insolvenzverwaltung unterworfen ist. Die Verfügungsbefugnis geht nach § 80 Abs. 1 InsO auf den Insolvenzverwalter über. Von diesem Zeitpunkt an besteht ein Verfügungsverbot nach § 81 Abs. 1 S. 1 InsO[908]. Alle sonstigen nach diesem Zeitpunkt vorgenommenen Rechtshandlungen sind gem. § 81 InsO unwirksam[909]. Hierbei handelt es sich um eine absolute Unwirksamkeit. [910] Die gilt ebenso für ein vor Insolvenzeröffnung bestehendes Veräußerungsverbot gem. § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO[911].

Die Annahme der Valuta durch den Insolvenzschuldner bei Grundschulden unterliegt entsprechend der h.M. nach der Insolvenzeröffnung einer analogen Anwendung von § 81 Abs. 1 InsO. Demzufolge erwirbt der Gläubiger nach § 91 InsO auch nur eine einzelne behaftete Grundschuld[912] und auch kein Absonderungsrecht[913], wenn es nach der Insolvenzeröffnung zur Auszahlung der Valuta kommt. Dies wird damit begründet, dass die Voraussetzungen für eine nicht einredebehaftete, voll wirksame Grundschuld vor Verfahrenseröffnung noch nicht vollständig verwirklicht waren[914]. Nach der Insolvenzeröffnung ist der Erwerb eines Grundpfandrechts nach § 81 Abs. 1 S. 2 InsO nur möglich, wenn die Insolvenzeröffnung und das damit verbundene Verfügungsverbot im Grundbuch noch nicht eingetragen sind und dem Erwerber auch nicht bekannt waren[915]. Damit ist durch den Verweis auf die §§ 892, 893 BGB der

[904] BGH ZIP 2009, 228. Uhlenbruck/Knof § 41 InsO Rn. 7. MünchKommInsO/Bitter, § 41 Rn. 14. Auch Kuhn, Georg, MDR 1960, 490f. Städler, § 6 A I 1), S. 169.
[905] Uhlenbruck/Knof § 41 InsO Rn. 7. Henckel in Jaeger, InsO, § 41 Rn. 13.
[906] MünchKommInsO/Bitter, § 52 Rn. 15, 16.
[907] Baur, Fritz / Stürner, Rolf, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Band II Insolvenzrecht, 12. Auflage, Heidelberg 1990, § 7 Rn. 7.45.
[908] Zur Konkursordnung vgl. auch Baur/Stürner, Insolvenzrecht, § 8 Rn. 8.6ff.
[909] Uhlenbruck/Uhlenbruck § 81 InsO Rn. 1. MünchKommInsO/Ott/Vuia, § 81 Rn. 5.
[910] MünchKommInsO/Ott/Vuia, § 81 Rn. 13. Uhlenbruck/Uhlenbruck § 81 InsO Rn. 11. Windel in Jaeger, InsO, § 81 Rn. 15.
[911] §§ 24, 81 InsO.
[912] MünchKommInsO/Breuer, § 91 Rn. 13.
[913] Städler, § 4 A I 1), S. 58.
[914] Uhlenbruck/Uhlenbruck § 81 InsO Rn. 8.
[915] Städler, § 4 A I 1), S. 58. Windel in Jaeger, InsO, § 81 Rn. 62.

gutgläubige Erwerb auch nach der Insolvenzeröffnung geschützt. Er ist nur bei positiver Kenntnis ausgeschlossen, während grobe Fahrlässigkeit bei Verkennung der tatsächlichen Rechtslage irrelevant und unschädlich ist[916].

Wie bereits beim gutgläubigen Erwerb der Sicherungsgrundschuld ausführlich erörtert, sollte meiner Ansicht nach im Insolvenzverfahren der gutgläubige Erwerb bei grober Fahrlässigkeit ebenso ausgeschlossen sein wie bei positiver Kenntnis, um einem vermehrten Auftreten von Absonderungsrechten und einer dadurch bedingten Reduzierung der Insolvenzmasse wirksam entgegenzutreten. Im Zusammenhang mit den häufig auftretenden Divergenzfällen zwischen Buchlage und wahrer Rechtslage tritt das Problem des gutgläubigen Erwerbs auf, der jedoch gegenwärtig nicht einheitlich geregelt ist. Während bei Sicherungsgrundschulden fast alle Möglichkeiten des gutgläubig einredefreien Erwerbs nach § 1192 Abs. 1a BGB ausgeschlossen werden, ist ein gutgläubiger Erwerb der forderungslosen Verkehrshypothek nach § 1138 BGB möglich.[917] Diese unterschiedliche Regelung kann sich beim Erwerb eines schon bestehenden Grundpfandrechtes vom Gemeinschuldner auch im Insolvenzverfahren auswirken, so dass es zu einer Besserstellung des Gläubigers einer Verkehrshypothek kommen kann.

Nach Insolvenzeröffnung wird der leistende Schuldner des Insolvenzschuldners durch Leistung an diesen nur dann von der Leistung befreit, wenn der leistende Schuldner gutgläubig ist[918]. Bei unwirksamer Verfügung gem. § 81 Abs. 1 S. 1 InsO ist dem anderen Teil die Gegenleistung gem. § 81 Abs. 1 S. 3 InsO nach Bereicherungsrecht als Masseverbindlichkeit aus der Insolvenzmasse zurückzugewähren[919]. Besteht die Gegenleistung in einer durch ein akzessorisches Sicherungsrecht gesicherten Forderung, bleibt die ursprüngliche Forderung bestehen, da andernfalls die Sicherheit wegfallen würde[920].

II. Insolvenzanfechtung

1. Die Rechtsnatur der Insolvenzanfechtung

Die Unwirksamkeit nach §§ 81 ff. InsO tritt *ipso iure* ein, während die anfechtungsbedingte Unwirksamkeit vom Willen des Insolvenzverwalters abhängig ist[921]. Dieser kann Rechtshandlungen, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind und die Insolvenzgläubiger benachteiligen, zur Erhaltung der Insolvenzmasse nach §§ 129 ff. InsO anfechten.

[916] MünchKommInsO/Breuer, § 81 Rn. 22. Uhlenbruck/Uhlenbruck § 81 InsO Rn. 13.
[917] Windel in Jaeger, InsO, § 81 Rn. 67.
[918] § 82 InsO.
[919] MünchKommInsO/Ott/Vuia, § 81 Rn. 25. Uhlenbruck/Uhlenbruck § 81 InsO Rn. 18.
[920] Uhlenbruck/Uhlenbruck § 81 InsO Rn. 18. MünchKommInsO/Ott/Vuia, § 81 Rn. 26.
[921] Baur/Stürner, Insolvenzrecht, § 8 Rn. 8.9.

Die Rechtsnatur der Insolvenzanfechtung ist allerdings bis heute[922] streitig. Dieser Streit ist nicht nur akademischer Natur, sondern ist auch von Bedeutung für die Frage, ob dem Insolvenzverwalter die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO zusteht, wenn „ein Gläubiger in anfechtbarer Weise ein Pfändungspfandrecht an einem Gegenstand des schuldnerischen Vermögens erlangt hat“[923] oder wenn der anfechtungsrechtlich zur Rückgewähr verpflichtete Empfänger der anfechtbaren Leistung selbst in die Insolvenz fällt.

a) Die dinglichen Theorien

Die **dinglichen Theorien** gehen davon aus, dass das der Anfechtung unterliegende Verfügungsgeschäft und damit der Erwerb des Anfechtungsgegners dinglich unwirksam sind[924]. Die Auffassungen gehen dahingehend auseinander, ob das Anfechtungsrecht erst mit der Anfechtungserklärung, welche entsprechend § 142 Abs. 1 BGB rückwirkend rechtsgestaltende Kraft[925] enthält, die dingliche Unwirksamkeit auslösen könne[926], oder ob tatsächlich eine schon mit der Vornahme der benachteiligenden Rechtshandlung unmittelbar kraft Gesetzes eintretende Unwirksamkeit[927] für die Anfechtung vorausgesetzt werde[928] und mit dem Anfechtungsanspruch lediglich die mit der Insolvenzeröffnung eingetretene Unwirksamkeit[929] deklariert werde.

b) Die schuldrechtliche Theorie

Im Gegensatz zu den dinglichen Theorien vertritt die **schuldrechtlichen Theorie** die Auffassung, dass durch die Anfechtung ein gesetzliches Schuldverhältnis begründet werde, welches wiederum einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Anfechtungsgegner auf Rückgewähr des anfechtbar Empfangenen zur Insolvenzmasse auslöse[930]. Es wird davon ausgegangen, dass also keine unmittelbare

[922] Kreft Insolvenzordnung/Kreft, Gerhart, Verlag C. F. Müller, 7. Auflage, Heidelberg 2014, § 129 Rn. 67.
[923] Nerlich/Römermann/Nerlich, (Hrsg.), Insolvenzordnung Kommentar, München 2013, § 129 Rn. 6. Braun, (Hrsg.), Insolvenzordnung Kommentar, Verlag C.H. Beck, 6. Auflage, München 2014, § 129 Rn. 5.
[924] Gerhardt, Walter, Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, Göttingen 1969, S. 2. MünchKommInsO/Kirchhof, Vor §§ 129 bis 147, Rn. 13.
[925] MünchKommInsO/Kirchhof, Vor §§ 129 bis 147, Rn. 14. Gerhardt, S. 2. Baur/Stürner, Insolvenzrecht, § 18 Rn. 18.7. Henkel in Jaeger, InsO, § 143 Rn. 5.
[926] Hellwig, Konrad, ZZP 26(1899), 474ff. MünchKommInsO/Kirchhof, Vor §§ 129 bis 147, Rn. 15.
[927] Geib, Von Otto, Die Zwangsvollstreckung in den anfechtbaren Erwerb eines Kriegsteilnehmers, AcP Band 113 (1915), 335, 336, 362f; Die Gläubigeranfechtung und § 864 Abs. 2 ZPO, AcP Band 115 (1917), 58ff., 65; Gläubigeranfechtung durch Einrede, AcP Band 119 (1921), 157ff., 166.
[928] Lenhard, Alfred, Natur und Wirkung der Gläubigeranfechtung, ZZP 38, 165ff., 175. Gerhardt, S. 4. MünchKommInsO/Kirchhof, Vor §§ 129 bis 147, Rn. 15. Henkel in Jaeger, InsO, § 143 Rn. 6.
[929] Baur/Stürner, Insolvenzrecht, § 18 Rn. 18.7. Marotzke, Wolfgang, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, München 1985, S. 89, 299ff., 369f., 390; KTS 1987, 1, 5ff. und 569, 570ff.
[930] Baur/Stürner, Insolvenzrecht, § 18 Rn. 18.12. Gerhardt, S. 6. BGHZ 22, 128, 134; NJW 1962, 1200, 1201; WM 1970, 756; BGHZ 59, 353, 356. MünchKommInsO/Kirchhof, Vor §§ 129 bis 147, Rn. 17. Henkel in Jaeger, InsO, § 143 Rn. 7.

dingliche Wirkung eintrete[931]. Der Anfechtungsanspruch sei kein rechtsgeschäftlicher Anspruch, sondern ergebe sich unmittelbar aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis.[932] Er entstehe nach Insolvenzeröffnung, sobald die gesetzlichen Anfechtungsvoraussetzungen erfüllt seien[933]. Der Anspruch auf Rückgewähr des anfechtbaren Empfangenen sei aber kein Anspruch aus Kondiktionsrecht[934]. Eine Kondiktion in sonstiger Weise sei auch ebensowenig gegeben wie eine Leistungskondiktion[935], weil es sowohl am Eingriffsobjekt als auch am Eingriffstatbestand fehle[936]. Auch die deliktische Natur des Rückgewähranspruchs wird verneint[937].

c) Die haftungsrechtliche Theorie

Nach der **haftungsrechtlichen Theorie**[938] bleibt die Güterzuordnung durch Insolvenzanfechtung verfügungsrechtlich unberührt[939]. Allerdings wird der vom Insolvenzschuldner erworbene Gegenstand „haftungsrechtlich" der Insolvenzmasse[940] zugewiesen mit der Folge, dass die Gegenstände „haftungsrechtlich" dem Gläubigerzugriff erhalten bleiben, obwohl der Erwerber die Gegenstände wirksam erlangt hat[941]. Nach der von *Paulus*[942] unterstellten sog. „haftungsrechtlichen Unwirksamkeit" bedarf es keines schuldrechtlichen Rückgewähranspruchs zur Wiederbegründung der bisherigen Haftungsmasse des Insolvenzschuldners.

2. Rechtsprechung

Die frühere Rechtsprechung des RG und im Anschluss daran der BGH folgten bis zur Entscheidung des BGH vom 23.10.2003[943] der schuldrechtlichen Theorie[944]. Eine deliktische oder bereicherungsrechtliche Einordnung wurde und wird bis heute abgelehnt[945]. Allerdings wurde der Anfechtungsanspruch von der Rechtsprechung entgegen seiner schuldrechtlichen Natur gelegentlich auch als ein die Veräußerung hinderndes Recht i.S.d. § 771 ZPO angesehen[946].

---

[931] Gerhardt, S. 6.
[932] BGHZ 101, 286, 288. MünchKommInsO/Kirchhof, Vor §§ 129 bis 147, Rn. 17.
[933] Gerhardt, S. 8. Henkel in Jaeger, InsO, § 143 Rn. 7.
[934] BGHZ 15, 333, 337; 41, 98, 103. Uhlenbruck/Hirte § 143 InsO Rn. 2.
[935] Baur/Stürner, Insolvenzrecht, § 18 Rn. 18.14. Dagegen Gerhardt, S. 177, 261.
[936] Baur/Stürner, Insolvenzrecht, § 18 Rn. 18.14. Wacke, Andreas, Zur Geschichte und Dogmatik der Gläubigeranfechtung, ZZP 83(1970), 418, 424ff. Uhlenbruck/Hirte § 143 InsO Rn. 2.
[937] BGHZ 97, 87, 95; 104, 355, 360. Baur/Stürner, Insolvenzrecht, § 18 Rn. 18.16.
[938] Gerhardt, S. 12. Paulus, Gotthard, Sinn und Formen der Gläubigeranfechtung, AcP Band 155 (1956), 277, 301.
[939] Paulus, AcP Band 155 (1956), 277, 301.
[940] Paulus, AcP Band 155 (1956), 277, 301. Baur/Stürner, Insolvenzrecht, § 18 Rn. 18.18.
[941] Hess Kommentar zum Insolvenzrecht / Hess, Harald, Band II, Heidelberg 2007, § 143 Rn. 57.
[942] Paulus, AcP Band 155 (1956), 277, 299ff.
[943] BGHZ 156, 350, 358ff.
[944] So z.B. RGZ 42, 365, 367; 103, 113, 121; BGHZ 15, 333, 337; BGH ZIP 1990, 246. Henkel in Jaeger, InsO, § 143 Rn. 16. Gerhardt, ZIP 2004, 1675.
[945] BGH ZIP 1986, 787, 790; BGHZ 15, 333, 337; BGH ZIP 1990, 246.
[946] RGZ 18, 393f; 30, 394, 397; 40, 371f.

Der damals für das Konkursrecht zuständige VIII. Zivilsenat des BGH hat ausdrücklich ausgeführt, dass der durch die Insolvenzanfechtung ausgelöste Rückgewähranspruch wegen seiner rein schuldrechtlichen Wirkung im Konkurs des Rückgewährschuldners kein Aussonderungsrecht begründe.[947]

Der IX. Zivilsenat des BGH hat jedoch bereits in seiner Entscheidung vom 24.06.2003[948] zur Verneinung der schuldrechtlichen Theorie dargelegt, dass sich in der Insolvenz des Anfechtungsgegners die Wirkung des Rückgewähranspruchs als Wertersatzanspruch nicht unmittelbar aus einzelnen Theorien herleiten ließe, sondern auf die Wertungen abzustellen sei, die den einschlägigen Gesetzesnormen erkennbar zugrunde liegen würden.[949] In seiner Entscheidung gleichen Datums[950] hat der IX. Zivilsenat darüber hinaus in der Insolvenz einen strengen Zusammenhang zwischen haftungsrechtlicher Güterzuordnung und der dinglichen Natur eines Rechts gelöst. Die haftungsrechtliche Zuordnung werde zwar in der Regel nach dinglichen Gesichtspunkten vorgenommen, weil das dingliche Recht im Grundsatz ein absolutes Herrschaftsrecht bezeichne. Dies einschränkend wird jedoch betont, dass schuldrechtliche Ansprüche bei einer den Normzweck beachtenden wertenden Betrachtungsweise zu einer vom dinglichen Recht abweichenden Vermögenszuordnung führen könnten.[951]

In nachfolgender Entscheidung vom 23.10.2003[952] hat der IX. Zivilsenat in der Insolvenz des Anfechtungsgegners unabhängig von der obligatorischen Natur des Anfechtungsanspruchs ein Aussonderungsrecht des Insolvenzverwalters nach § 47 InsO grundsätzlich bejaht.[953] Bei der Frage, ob dem Gläubiger in der Insolvenz des Schuldners ein Aussonderungsrecht eingeräumt wird, wird entscheidend darauf abgestellt, welchem Vermögen der streitige Gegenstand nach Inhalt und Zweck der gesetzlichen Regelung im maßgeblichen Zeitpunkt zuzuordnen sei[954].

Die Rechtsprechung des BGH zeigte in jener Zeit bereits eine offenkundige Affinität zur sog. „haftungsrechtlichen Zuordnung“[955], ohne sich jedoch ausdrücklich auf die „haftungsrechtliche Theorie“ zu beziehen. Die Literatur[956] schloss hieraus auf eine Abkehr des BGH von der lange Zeit vorherrschenden[957] schuldrechtlichen Theorie. Neuere Kommentierungen[958] besagen, dass das Anfechtungsrecht insgesamt „gesetzlich zu eigenartig und vielschichtig ausgestaltet ist, als dass es uneingeschränkt

[947] BGHZ 71, 296, 302.
[948] BGHZ 155, 199.
[949] BGHZ 155, 199, 203.
[950] BGHZ 155, 227.
[951] BGHZ 155, 227, 233.
[952] BGHZ 156, 350.
[953] BGHZ 156, 350, 359.
[954] BGHZ 156, 350, 359.
[955] Uhlenbruck/Hirte § 143 InsO Rn. 3A. Hess § 143 Rn. 74.
[956] Henkel in Jaeger, InsO, § 143 Rn. 17.
[957] Dazu siehe Baur/Stürner, Insolvenzrecht, § 18 Rn. 18.12.
[958] MünchKommInsO/Kirchhof, Vor §§ 129-147 Rn. 37. Kreft/InsO/Kreft, § 129 Rn. 71. Auch Rosenberg/Gaul/Schilken, § 35 II, S. 537f.

von einer der dargestellten Theorien allein erfasst werden könnte.“ Fehlt es an ausdrücklichen Regelungen, so wird die Frage „aus Systematik und Zweck des Anfechtungsrechts wertend“ beantwortet.[959]

Mit seinem Urteil vom 21.9.2006[960] bestätigt der IX. Zivilsenat des BGH allerdings wieder die schuldrechtliche Natur des Rückgewähranspruchs bei der Insolvenzanfechtung mit der Begründung, dass die Anfechtung nach §§ 129 ff. InsO gem. § 143 Abs. 1 S. 1 InsO nicht zur Nichtigkeit des angefochten Rechtsgeschäfts führt und demnach ein schuldrechtlicher Rückgewähranspruch entsteht.[961]

3. Würdigung und Stellungnahme

Meiner Auffassung nach ist der Grundgedanke der haftungsrechtlichen Theorie zutreffend, wonach dingliche Zuordnung und Haftung dogmatisch getrennt behandelt werden und die materiell-rechtliche Rechtszuständigkeit und die haftungsrechtliche Güterzuordnung auseinanderfallen[962] können. Damit weicht die Haftungstheorie, wie von der Literatur[963] vorgebracht, vom Grundsatz ab, dass das materielle Recht nicht zwischen dem Eigentum und der haftungsrechtlichen Zuordnung unterscheiden können soll. Diese Inkonsequenz ist allerdings akzeptabel, weil sie bereits in § 47 InsO zum Ausdruck kommt und im Dienst des Bedürfnisses der Rechtspraxis an einer Mehrung der Insolvenzmasse steht.

Bei genauerer Betrachtung entspricht aber nur die schuldrechtliche Theorie der geltenden Dogmatik, weil sie dem Abstraktionsprinzip folgt. Mit ihr werden die Trennung von Schuld- und Sachenrecht sowie das Trennungs- und Abstraktionsprinzip in konsequenter Weise befolgt.

Hiervon abweichend stellt die Theorie der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit bzw. die haftungsrechtliche Theorie zumindest in Teilen darauf ab, dass „die Zuordnung eines Gegenstandes mittels der Figur des subjektiven Rechts keine einheitliche sein muss, sondern nach den unterschiedlichen Funktionen der Zuordnung differenziert werden kann“ [964] . Die haftungsrechtliche Theorie erstrebt in erster Linie ergebnisorientiert die Zuordnung der Gegenstände zur Insolvenzmasse, ohne auf Rechtsdogmatik und -logik besonders viel Rücksicht zu nehmen.[965]. Damit verdient diese Theorie meiner Meinung nach unter pragmatischen Aspekten den Vorzug. Die Literatur [966] vertritt allerdings teilweise die zutreffende Auffassung, dass die Wirksamkeit der Rechtsinhaberschaft und Rechtsmacht des Anspruchsgegners bei gleichzeitiger haftungsrechtlicher Zuordnung des konkreten Gegenstandes zum

[959] Kreft/InsO/Kreft, § 129 Rn. 71. MünchKommInsO/Kirchhof, Vor §§ 129-147 Rn. 37.
[960] BGH ZIP 2006, 2176 = NZI 2007, 42.
[961] BGH ZIP 2006, 2176, 2177.
[962] Schmidt, JZ 1987, 889.
[963] Siehe Hess § 143 Rn. 65.
[964] Henkel in Jaeger, InsO, § 143 Rn. 27.
[965] Siehe Baur/Stürner, Insolvenzrecht, § 18 Rn. 18.19.
[966] Uhlenbruck/Hirte § 143 InsO Rn. 3A.

Vermögen des Insolvenzschuldners mit der deutschen Rechtsordnung nur eingeschränkt harmoniere. Dies führt m.E. zu einer Haftungspriorität bzw. einem Haftungsmonopol zugunsten der Insolvenzmasse. Durch die Differenzierung zwischen der sog. haftungsrechtlichen und der dinglichen Unwirksamkeit wird im Ergebnis das Abstraktionsprinzip modifiziert.

Bei der Anwendung der Haftungstheorie stellt sich im Gegensatz zur schuldrechtlichen Theorie das Problem, dass der Erwerber bei Verfügungen des Insolvenzschuldners, die vor Insolvenzeröffnung vorgenommenen werden, aufgrund der haftungsrechtlichen Zuordnung des verfügten Gegenstandes zur Insolvenzmasse keinen Verkehrsschutz genießt. Wenn auch der Grundgedanke der Haftungstheorie zu vernünftigen Ergebnissen führt, sollte dennoch wegen ihrer konstruktiven Schwäche und des fehlenden Verkehrsschutzes die schuldrechtliche Theorie Vorrang haben, während die haftungsrechtliche Theorie ergänzend angewendet wird[967].

4. Die Anfechtung von Sicherungsgrundschulden

Grundsätzlich ist eine Rechtshandlung vor Insolvenzeröffnung nach § 129 Abs. 1 InsO anfechtbar, wenn die Insolvenzgläubiger durch sie benachteiligt sind. Hierunter fallen allerdings nicht Ablösungszahlungen, die der Insolvenzschuldner vor Insolvenzeröffnung an einen Absonderungsberechtigten erbringt, weil der Gläubiger aus dem Absonderungsrecht befriedigt werden kann[968]. Demzufolge ist die Zahlung, die der Insolvenzschuldner an den Inhaber einer unanfechtbaren Sicherungsgrundschuld zum Zweck der Ablösung erbringt, unanfechtbar.

Eine Ablösungszahlung stellt zum einen keine Befriedigung eines Insolvenzgläubigers i.S.d. §§ 130, 131 InsO dar, zum anderen wird der Insolvenzmasse aufgrund der bestehenden Absonderungsberechtigung auch nicht geschadet[969]. Demzufolge ist eine Ablösungszahlung nur dann nach §§ 130, 131 InsO anfechtbar, wenn sie auf ein seinerseits anfechtbares Grundpfandrecht erfolgt.

Wurde z.B. die Sicherungsabrede sechs Monate vor der Insolvenzeröffnung und die Bestellung der Sicherungsgrundschuld erst einen Monat vor der Insolvenzeröffnung vorgenommen, so kann diese Sicherungsgrundschuld nach § 130 InsO wegen kongruenter Deckung angefochten werden, wenn der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kannte.

Ist eine Sicherungsgrundschuld ins Grundbuch eingetragen oder der Grundschuldbrief übergeben worden, so kann der Insolvenzverwalter im Falle einer unwirksamen Sicherungsabrede die Löschung der eingetragenen Grundschuld oder die Rückgabe des Briefes nach Bereicherungsrecht oder nach Anfechtung der Grundschuldbestellung herbeiführen. Hinsichtlich der Anfechtungswirkung wird auf die bereits oben dargelegten Theorien verwiesen.

[967] Vgl. Baur/Stürner, Insolvenzrecht, § 18 Rn. 18.19.
[968] RGZ 90, 69, 71f. Henkel in Jaeger, InsO, § 130 Rn. 27.
[969] Henkel in Jaeger, InsO, § 130 Rn. 27.

Eine inkongruente Deckung liegt im Fall der Übersicherung vor, wenn z.B. die Grundschuld den in der Sicherungsvereinbarung genannten Betrag überschreitet[970]. Dieser Fall tritt bei der nichtakzessorischen Grundschuld nicht selten auf. Nach der Rechtsprechung des BGH [971] soll auch eine erkennbare Übersicherung bei der Würdigung nur erheblich sein, wenn die Beteiligten eine Benachteiligung der übrigen Insolvenzgläubiger erkannten und wollten.

Aufgrund der Abstraktheit der Grundschuld führt die Anfechtung des Grundgeschäfts nicht automatisch zur Unwirksamkeit der nichtakzessorischen Grundschuld. Dies hat zur Folge, dass die Grundschuld separat vom Darlehens- bzw. Sicherungsvertrag angefochten werden muss.

III. Absonderungsberechtigung der Grundpfandgläubiger

1. Das Absonderungsrecht

Die Sicherungsqualität von Grundpfandrechten hat sich in der Insolvenz des Sicherungsgebers durch die Möglichkeit der abgesonderten Befriedigung gegenüber anderen Gläubigern bewährt[972]. Nach § 49 InsO können Grundpfandgläubiger des Sicherungsgebers im Insolvenzverfahren als Inhaber von Immobiliarsicherungsrechten abgesondert befriedigt werden[973].

Das Absonderungsrecht ist ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus bestimmten Massegegenständen [974], welches auf Erlangung des Verwertungserlöses gerichtet ist[975]. Der „Vorzug“ erklärt sich im doppelten Sinne[976]. Der absonderungsberechtigte Gläubiger muss einerseits seine Forderung nicht als Insolvenzforderung anmelden und feststellen lassen, andererseits erhält er nicht nur die Insolvenzquote, sondern wird aus dem Verwertungserlös bis zur vollen Höhe seines Anspruchs befriedigt. Mit dem nicht befriedigten Teil seiner Forderung kann er am Insolvenzverfahren teilnehmen und eine entsprechende Quote beanspruchen. Das Absonderungsrecht selbst ist akzessorisch mit dem „Grundlagerecht“, welches Absonderungsqualität schafft, und ist somit auch übertragbar. Liegt das Absonderungsrecht einer nichtakzessorischen Sicherheit zugrunde, wie z.B. Sicherungsgrundschulden, so bedarf es zur Übertragung des Absonderungsrechts neben der Abtretung der gesicherten Forderung noch zusätzlich der separaten Abtretung der Grundschuld[977].

[970] MünchKommInsO/Kirchhof, § 131, Rn. 19.
[971] BGH NJW 2001, 2545, 2548.
[972] Stürner, Grundpfandrechte in der Insolvenz, in Festschrift Hagen, Köln 1999, S. 209.
[973] Baur/Stürner, Insolvenzrecht, § 18 Rn. 15.2. Staudinger/Wolfsteiner, Vorbem. zu §§ 1191 ff. Rn. 260.
[974] Henkel in Jaeger, InsO, Vor §§ 49-52 Rn. 7. Uhlenbruck/Brinkmann § 49 InsO Rn. 1.
[975] Kindler, Ingo, Grundpfandrechte im Insolvenzverfahren, Berlin 2009, S. 28.
[976] Siehe MünchKommInsO/Ganter, Vor §§ 49-52, Rn. 1.
[977] Henkel in Jaeger, InsO, Vor §§ 49-52 Rn. 19.

Die absonderungsberechtigten Gläubiger können nicht die Herausgabe des Gegenstandes aus der Insolvenzmasse verlangen[978], weil nur das Aussonderungsrecht zur Nichtzugehörigkeit eines Gegenstandes zur Insolvenzmasse führt [979]. Üblicherweise begründen Grundpfandrechte lediglich eine Absonderung, weil sie ihrem Zweck nach nur einen wertmäßigen und nicht einen gegenständlichen Zugriff sichern sollen.

Jedes Absonderungsrecht bedarf einer gesetzlichen Grundlage [980], die im Insolvenzverfahren zur Absonderung berechtigt. Die meisten zur Absonderung führenden Rechte werden in §§ 49-51 InsO geregelt, es gibt darüber hinaus aber auch andere Rechte[981]. Hierbei ist zu beachten, dass die insolvenzrechtliche Zuweisung nicht unbedingt der materiell-rechtlichen Zuordnung entspricht. Ein Beispiel hierfür ist das zur Sicherheit übertragene Eigentum, das ungeachtet der dinglichen Güterzuordnung in der Insolvenz des Sicherungsgebers lediglich zur Absonderung berechtigt. Das ist ein Ergebnis der vom materiellen Sachverhalt abweichenden sog. haftungsrechtlichen Zuweisung. Die Absonderungsqualität setzt noch voraus, dass die Bestellung des Grundpfandrechts wirksam ist. Dies setzt weiter voraus, dass die Verfügungsbefugnis bei Bestellung des Grundpfandrechts nach §§ 81 ff. InsO nicht ausgeschlossen und die Bestellung nach §§ 129 ff. InsO nicht anfechtbar gewesen ist.

2. Durchsetzung der Absonderungsrechte

Grundsätzlich haben sowohl der Insolvenzgläubiger nach § 165 InsO als auch die Grundpfandgläubiger die Befugnis, ein Grundstück zu verwerten, an dem ein Absonderungsrecht besteht[982]. Darüber hinaus darf auch der Massegläubiger i.S.d. §§ 53 ff. InsO nach Erwerb eines vollstreckbaren Titels die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung gegen den Insolvenzverwalter in ein massezugehöriges Grundstück betreiben [983]. Möglich ist auch, dass ungesicherte Gläubiger die Verwertung eines Grundstücks aufgrund eines persönlichen Titels weiterverfolgen, wenn der Versteigerungsvermerk im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung schon ins Grundbuch eingetragen oder der Anordnungsbeschluss der Zwangsversteigerung dem Schuldner zugestellt worden ist[984].

Der Grund, warum es mehrere Verwertungsberechtigte des Grundpfandrechts gibt, liegt darin, dass das Wesen eines Grundpfandrechts den Zugriff auf den Wert bzw. den Erlös des Grundstücks sichert. Dabei ist unbeachtlich, wer tatsächlich das Grundstück verwertet. Die Verwertung im Wege der Immobiliarabsonderung wird nach dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (ZVG),

[978] Kindler, S. 29. Hess § 49 Rn. 8.
[979] Uhlenbruck/Brinkmann § 49 InsO Rn. 2. MünchKommInsO/Ganter, Vor §§ 49-52, Rn. 3.
[980] Henkel in Jaeger, InsO, Vor §§ 49-52 Rn. 14.
[981] MünchKommInsO/Ganter, Vor §§ 49-52, Rn. 16.
[982] Henkel in Jaeger, InsO, Vor §§ 49-52 Rn. 30. Kindler, S. 39.
[983] MünchKommInsO/Ganter, § 49, Rn. 76a. Uhlenbruck/Brinkmann § 49 InsO Rn. 29.
[984] Kindler, S. 39.

durchgeführt[985]. Die Absonderungsbefriedigung wird faktisch durchgeführt als ob es keine Insolvenz gäbe,[986] jedoch enthält das ZVG einige besondere Vorschriften zur Koordination mit dem Insolvenzverfahren.

a) Verwertung durch den Insolvenzverwalter

1) Zwangsversteigerung

Nach § 165 InsO und § 172 ZVG ist der Insolvenzverwalter berechtigt, die Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung eines unbeweglichen Gegenstands, an dem ein Absonderungsrecht besteht, zu betreiben[987]. Beantragt der Insolvenzverwalter die Zwangsversteigerung des Grundstücks, so wirkt der Anordnungsbeschluss nicht als Beschlagnahme i. S. eines Veräußerungsverbots, sodass der Verwalter das Grundstück und die mithaftenden Gegenstände noch freihändig veräußern kann[988]. Der Insolvenzverwalter benötigt aber im Unterschied zum Fall der vom Grundpfandgläubiger beantragten Zwangsversteigerung keinen Vollstreckungstitel[989]. Es genügt der Nachweis der Zugehörigkeit zur Insolvenzmasse. Diese ergibt sich z.B. aus der Eintragung des Insolvenzvermerks in Abteilung 2 des Grundbuchs[990].

Nach Insolvenzeröffnung sind die Grundpfandgläubiger nach § 28 Abs. 2 InsO zur Anzeige ihrer Sicherungsrechte verpflichtet[991]. Der Insolvenzverwalter ist demzufolge nicht verpflichtet, Sicherungsrechte der Absonderungsberechtigten selbst zu ermitteln[992].

Die Zwangsversteigerung durch den Insolvenzverwalter bietet gegenüber der freihändigen Verwertung einige Vorteile [993]: Der beim Freiverkauf bestehende Gewährleistungsanspruch besteht nach § 56 S. 3 ZVG nicht. Das bestehende Vorkaufsrecht kann entsprechend dem Umkehrschluss aus § 1098 Abs. 1 S. 2 BGB nicht ausgeübt werden[994]. Die Abrechnung der Absonderungsrechte ist einfacher und zuverlässiger, weil keine Schadensersatzansprüche wegen etwaiger ungünstiger Verwertung drohen[995]. Nachträgliche Grundpfandrechte erlöschen nach § 52 Abs. 1 S. 2 ZVG. Die Erfolgsperspektive hinsichtlich der Befriedigung von Ansprüchen wird u.a. auch dadurch verbessert, dass im Zwangsversteigerungsverfahren auf Verlangen

[985] Henkel in Jaeger, InsO, Vor §§ 49-52 Rn. 30. Hess § 49 Rn. 30.
[986] Baur/Stürner, § 40 Rn. 53.
[987] Städtler, S. 265ff. Henkel in Jaeger, InsO, Vor §§ 49-52 Rn. 49. Uhlenbruck/Brinkmann § 49 InsO Rn. 27.
[988] Moth, Johannes M., ZIP 1999, 945, 947. Henkel in Jaeger, InsO, Vor §§ 49-52 Rn. 51. Kindler, S. 42.
[989] Moth, ZIP 1999, 945, 946. Kindler, S. 41.
[990] Knees, Klaus-Niels, Die Bank als Grundpfandrechtsgläubiger in der Unternehmensinsolvenz, ZIP 2001, 1568, 1579.
[991] Henkel in Jaeger, InsO, Vor §§ 49-52 Rn. 52.
[992] OLG Köln ZIP 1982, 1107. Henkel in Jaeger, InsO, Vor §§ 49-52 Rn. 54.
[993] Siehe Kindler, S. 41.
[994] Stöber, Kurt, Vorkaufsrechte in der Zwangsversteigerung, NJW 1988, 3121, 3122.
[995] Lwowski, Hans-Jürgen / Tetzlaff, Christian, Verwertung unbeweglicher Gegenstände im Insolvenzverfahren, WM 1999, 2336. Stöber, Erlöschen der Auflassungsvormerkung und Erbbauzins-Reallast bei der Insolvenzverwalterversteigerung, NJW 2000, 3600, 3603.

des Insolvenzverwalters gem. § 174a ZVG bei der Feststellung des geringsten Gebots nur die den Ansprüchen aus § 10 Abs. 1 Nr. 1a ZVG vorgehenden Rechte berücksichtigt werden [996] und das Erfordernis bestimmter öffentlich-rechtlicher Genehmigungen entfällt[997].

Damit ergibt sich für die Grundpfandgläubiger bei einer durch den Insolvenzverwalter betriebenen Zwangsversteigerung ein ernsthaftes Ausfallrisiko [998] . Der Grundpfandgläubiger kann jedoch den drohenden Ausfall im Versteigerungstermin nach § 74a Abs. 1 S. 1 ZVG mit einem Antrag auf Versagung des Zuschlags abwehren, wenn das abgegebene Meistgebot einschließlich des Kapitalwertes der nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleibenden Rechte sieben Zehnteile des Grundstückswertes unterschreitet. Bis zum Schluss der Verhandlung im Versteigerungstermin hat der Grundpfandgläubiger nach § 174 ZVG das Recht, dass bei der Feststellung des geringsten Gebots nur die seinem Anspruch vorgehenden Rechte berücksichtigt werden [999] . Dies ist allerdings nur sinnvoll, wenn der Insolvenzverwalter nicht bereits einen Antrag nach § 174a ZVG gestellt hat[1000].

2) Freihändige Veräußerung

Der Insolvenzverwalter kann das einem Absonderungsrecht unterliegende Grundstück auch freihändig, also rechtsgeschäftlich, veräußern [1001], solange es nicht wirksam beschlaggenommen ist[1002]. Die freihändige Veräußerung erfolgt häufig durch eine freiwillige Vereinbarung mit dem Grundpfandgläubiger[1003]. Dazu ist jedoch nach § 160 Abs. 1 InsO eine Zustimmung des Gläubigerausschusses bzw. der Gläubigerversammlung erforderlich[1004]. Allerdings führt die freihändige Veräußerung nicht zur Verwertung von Absonderungsrechten, denn die Belastungen des Grundstücks bestehen fort [1005] , weil § 52 Abs. 1 S. 2 ZVG nur bei der Zwangsversteigerung anwendbar ist[1006]. Der Käufer wird damit oft am Erwerb eines mit Grundpfandrechten belasteten Grundstücks nicht interessiert sein, insbesondere wenn die Grundpfandrechte den Wert des Grundstücks selbst übersteigen[1007]. Dem Problem wird dadurch begegnet, dass im Rahmen der freihändigen Veräußerung mit den Absonderungsberechtigten die Aufhebung der Belastungen [1008] oder eine

[996] Lwowski/Tetzlaff, WM 1999, 2336. Insolvenzrechts-Handbuch/Gottwald, Peter, herausgegeben von Gottwald, Peter, 3. Auflage, München 2006, § 42 Rn. 97. Henkel in Jaeger, InsO, Vor §§ 49-52 Rn. 50.
[997] InsR/Gottwald, § 42 Rn. 88.
[998] Kindler, S. 43.
[999] Henkel in Jaeger, InsO, Vor §§ 49-52 Rn. 50.
[1000] Kindler, S. 44.
[1001] Hess § 49 Rn. 32.
[1002] Städtler, S. 254f., 265. Henkel in Jaeger, InsO, Vor §§ 49-52 Rn. 48.
[1003] Uhlenbruck/Brinkmann § 49 InsO Rn. 30.
[1004] Kindler, S. 46.
[1005] Henkel in Jaeger, InsO, Vor §§ 49-52 Rn. 48.
[1006] Kindler, S. 47.
[1007] Gerhard, Rn. 146. Kindler, S. 48.
[1008] Lwowski/Tetzlaff, WM 1999, 2336, 2337. Knees, ZIP 2001, 1568, 1573.

zumindest teilweise Übernahme der Grundpfandrechte durch den Erwerber bei gleichzeitiger Reduzierung des Kaufpreises[1009] vereinbart werden.

In der Regel wird bei einer erfolgreichen freihändigen Veräußerung ein höherer Erlös erzielt als bei der Zwangsversteigerung, was nicht nur den absonderungsberechtigten Gläubigern zu Gute kommt, sondern auch zu einer Erhöhung der Insolvenzmasse führt[1010].

b) Verwertung durch Grundpfandgläubiger

Soweit das Eigentum des belasteten Grundstücks dem Insolvenzschuldner gehört, kann sich der Grundpfandgläubiger grundsätzlich nach §§ 1113, 1147 BGB durch Verwertung des Grundstücks befriedigen, *cum grano salis* „als gäbe es keine Insolvenz“ [1011]. Die §§ 49, 52 InsO berechtigen die Grundpfandgläubiger zur selbständigen Verwertung des Absonderungsgegenstandes im Wege der Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung nach ZVG außerhalb des Insolvenzverfahrens[1012]. Daneben steht dem Insolvenzverwalter nach § 165 InsO ein Initiativrecht zu[1013]. Die Verwertung der Absonderungsgegenstände ist demzufolge durch eine sog. Doppelinitiative gekennzeichnet[1014].

Liegt vor dem Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung eine wirksame Beschlagnahme des Grundstücks nach § 22 Abs. 1 ZVG vor, sei es durch Zustellung des Beschlusses zur Anordnung der Zwangsversteigerung an den Insolvenzschuldner oder durch Eingang des Antrags auf Eintragung des Zwangsvollstreckungsvermerks beim Grundbuchamt, so kann die Zwangsversteigerung ohne Unterbrechung nach § 240 ZPO[1015] oder ohne Umschreibung des Titels [1016] gegen den Insolvenzverwalter weiter durchgeführt werden [1017]. Die Fortführung einer vor Insolvenzeröffnung betriebenen Zwangsversteigerung verstößt dabei nicht gegen § 89 Abs. 1 InsO, weil der Grundpfandgläubiger im Insolvenzverfahren insoweit kein Insolvenzgläubiger ist.

Der Grundpfandgläubiger benötigt im Gegensatz zum Insolvenzverwalter zur Verwertung des Grundstücks einen Vollstreckungstitel. Dies ist in der Praxis häufig eine vollstreckbare Urkunde. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens muss der Grundpfandgläubiger den Titel gegen den Insolvenzverwalter umschreiben lassen[1018], soweit die Beschlagnahme des Grundstücks nicht, wie oben dargelegt, bereits vor Insolvenzeröffnung erfolgt ist[1019]. Nur in den Fällen, in denen der Insolvenzverwalter

[1009] Kindler, S. 48.
[1010] Kindler, S. 46.
[1011] Baur/Stürner, § 40 Rn. 53.
[1012] Uhlenbruck/Brinkmann § 49 InsO Rn. 25.
[1013] Stürner, in Festschrift Hagen, S. 209, 212. Baur/Stürner, § 40 Rn. 53.
[1014] Baur/Stürner, Insolvenzrecht, § 15 Rn. 15.8.
[1015] Uhlenbruck/Brinkmann § 49 InsO Rn. 26.
[1016] Lwowski/Tetzlaff, WM 1999, 2336, 2338. Stöber, NZI 1998, 105, 106.
[1017] Kindler, S. 60. Henkel in Jaeger, InsO, Vor §§ 49-52 Rn. 28.
[1018] Kindler, S. 60. Uhlenbruck/Brinkmann § 49 InsO Rn. 26.
[1019] Uhlenbruck/Brinkmann § 49 InsO, Vor §§ 49-52 Rn. 28.

die Zwangsversteigerung betreibt, kann der Grundpfandgläubiger nach § 174 ZVG eine Ausbietung auf der Grundlage seines dinglichen Anspruchs erwirken, ohne dass die Vollstreckbarkeit seines Grundpfandrechts vorliegen muss[1020].

Die Grundpfandgläubiger müssen allerdings stets damit rechnen, dass der Insolvenzverwalter von seinem Recht Gebrauch macht, die von ihnen betriebene Zwangsversteigerung nach § 30d ZVG einstweilig einstellen zu lassen [1021]. Andernfalls könnte die sofortige Verwertung eines mit einem Absonderungsrecht belasteten Grundstücks die Fortführung des Insolvenzverfahrens erheblich stören, was z.B. der Fall ist, wenn der Betrieb oder das Unternehmen des Insolvenzschuldners auf dem versteigerten Grundstück geführt wird [1022]. Die im Insolvenzverfahren angeordnete Einstellung der Zwangsversteigerung ist jedoch nach § 30f Abs. 1 ZVG auf Antrag des Gläubigers wieder aufzuheben[1023], wenn alle Voraussetzungen für die Einstellung entfallen sind[1024], u.a. wenn die Auflagen nach § 30e ZVG nicht beachtet werden, ebenso wenn der Insolvenzverwalter oder der Schuldner im Falle des § 30d Abs. 2 ZVG der Aufhebung zustimmt. Wird die Fortsetzung der Zwangsversteigerung nicht durch Antrag auf Aufhebung der Einstellung binnen sechs Monaten verlangt, so ist das Vollstreckungsverfahren nach § 31 Abs. 1 S. 2 ZVG aufzuheben.

3. Haftungsumfang des Insolvenzschuldners

a) Persönliche und dingliche Haftung

Hat der Insolvenzschuldner dem Gläubiger zur Sicherung seiner Forderung ein Grundpfandrecht an seinem eigenen Grundstück bestellt, so haftet er dem Gläubiger sowohl persönlich als auch dinglich. Damit hat der Grundpfandgläubiger ein Absonderungsrecht an dem Grundstück in der Insolvenzmasse und zugleich eine Forderung gegen den Insolvenzschuldner. Die absonderungsberechtigten Gläubiger sind nach § 52 S. 1 InsO im Umfang ihrer gesamten Forderung[1025] zugleich auch Insolvenzgläubiger, soweit ihnen der Schuldner auch persönlich haftet. Das bedeutet, dass diese Vorschrift für Grundschulden nur Anwendung finden kann, wenn der Insolvenzschuldner zugleich auch persönlich haftet [1026], also im Falle des Zusammentreffens von persönlicher und dinglicher Haftung [1027]. Daher ist die Vorschrift des § 52 InsO bei der isolierten Grundschuld unanwendbar.

Die Grundpfandgläubiger sind allerdings aufgrund des Ausfallprinzips[1028] gem. § 52 S. 2 InsO nur im Fall des Verzichts auf die abgesonderte Befriedigung oder bei deren

[1020] Henkel in Jaeger, InsO, Vor §§ 49-52 Rn. 32.
[1021] Kindler, S. 60. Hess § 49 Rn. 48.
[1022] Henkel in Jaeger, InsO, Vor §§ 49-52 Rn. 58.
[1023] Uhlenbruck/Brinkmann § 49 InsO § 49 Rn. 39. Henkel in Jaeger, InsO, Vor §§ 49-52 Rn. 63.
[1024] Stöber, NZI 1998, 105, 110. Wenzel, Frank, NZI 1999, 101, 102.
[1025] RGZ 155, 95, 99, 101. Uhlenbruck/Brinkmann § 52 InsO Rn. 2. MünchKommInsO/Ganter, § 52, Rn. 17. Henkel in Jaeger, InsO, § 52 Rn. 21.
[1026] Henkel in Jaeger, InsO, § 52 Rn. 4.
[1027] Hess § 52 Rn. 9.
[1028] Hess § 49 Rn. 21.

Ausfall zur anteilsmäßigen Befriedigung aus der Insolvenzmasse berechtigt[1029]. Es ist auch ein Teilverzicht auf die Absonderungsberechtigung möglich[1030]. Beim Ausfall kann der Umfang der ergänzenden Haftung aus der Insolvenzmasse erst bei der Verteilung des Verwertungserlöses berücksichtigt werden[1031]. Es besteht für den Gläubiger auch die Möglichkeit, seine Forderungsanmeldung auf den zu erwartenden Ausfall zu beschränken[1032], um überhaupt im Insolvenzverfahren berücksichtigt zu werden. Seine Stellung als Insolvenzgläubiger ist zwar schwächer, ermöglicht aber immerhin eine anteilsmäßige Befriedigung aus der Insolvenzmasse.

Zahlungen des Insolvenzverwalters an einen Grundschuldgläubiger werden nicht auf die gesicherte Forderung, sondern auf die Grundschuld angerechnet, weil der Insolvenzverwalter nur das aufgrund der Grundschuld bestehende Absonderungsrecht zu berücksichtigen hat. Eine Vereinbarung, dass Zahlungen grundsätzlich nur auf die gesicherte Forderung angerechnet werden, ist für den Verwalter nicht bindend[1033].

b) Rein dingliche Haftung

Hat der Insolvenzschuldner auf seinem eigenen Grundstück ein Grundpfandrecht zur Sicherung einer Fremdforderung bestellt, so haftet er dem Grundpfandgläubiger nur dinglich. Dem absonderungsberechtigten Gläubiger steht somit keine Insolvenz- oder Masseforderung gegen den Insolvenzschuldner zu. In diesem Fall findet § 52 InsO keine Anwendung mit der Folge, dass ein etwaiger Ausfall nicht zur Befriedigung aus der Insolvenzmasse führt, sondern vom nicht befriedigten Grundpfandgläubiger nur gegenüber dem persönlichen Schuldner geltend gemacht werden kann[1034].

Wenn trotz wirksamer Bestellung der Grundschuld die zu sichernde Forderung noch nicht oder endgültig nicht valutiert ist und die Grundschuld nach der Sicherungsabrede eigentlich nicht durchsetzbar ist, kann der Insolvenzverwalter dem Insolvenzgläubiger, der sich auf sein Absonderungsrecht beruft, den Rückgewähranspruch des Insolvenzschuldners einredeweise entgegenhalten.

c) Rein persönliche Haftung

Wird eine Forderung gegen den Insolvenzschuldner durch ein Grundstück eines Dritten gesichert, so haftet er dem Gläubiger nur persönlich. Damit ist dieser Gläubiger nur ein Insolvenz- oder Massegläubiger, d.h. er hat also kein Absonderungsrecht[1035]. Selbst wenn der Gläubiger von dem Dritten aus der dinglichen Sicherheit teilweise befriedigt wird, kann er ungeachtet des § 52 InsO nach

[1029] Baur/Stürner, Insolvenzrecht, § 15 Rn. 15.15.
[1030] Hess § 52 Rn. 31.
[1031] Henkel in Jaeger, InsO, § 52 Rn. 21. MünchKommInsO/Ganter, § 52, Rn. 18. Uhlenbruck/Brinkmann § 52 InsO Rn. 2, 7.
[1032] MünchKommInsO/Ganter, § 52, Rn. 18. Henkel in Jaeger, InsO, § 52 Rn. 22.
[1033] BGH NJW 1994, 2692. MünchKommInsO/Ganter, Vor §§ 49-52, Rn. 52.
[1034] MünchKommInsO/Ganter, Vor §§ 49-52, Rn. 54.
[1035] RGZ 22, 325, 331; 59, 367, 368.

§ 43 InsO auch für seine Forderung in voller Höhe verhältnismäßige Befriedigung aus der Insolvenzmasse suchen, soweit noch ein Ausfall vorliegt.

4. Wechsel des Absonderungsberechtigten

Erfolgt ein Wechsel des Absonderungsberechtigten, so ist zwischen akzessorischen und nichtakzessorischen Sicherheiten zu unterscheiden.

Das Absonderungsrecht aufgrund einer akzessorischen Sicherheit geht mit der Abtretung der ihr zugrunde liegenden Forderung kraft Gesetzes automatisch auf den neuen Gläubiger über. Dies gilt nicht für das Absonderungsrecht aufgrund einer nichtakzessorischen Sicherheit, wie z.B. einer Grundschuld, mit der Folge, dass diese zusätzlich abgetreten werden muss. Ein dinglich haftender Insolvenzschuldner, der zugleich auch persönlich haftet, läuft aufgrund der Sicherungsabrede nie die Gefahr einer Doppelinanspruchnahme. Er muss seine Forderung nur Zug um Zug gegen Rückgewähr der Sicherheit erfüllen, wobei ihm oder dem Insolvenzverwalter nach § 404 BGB noch die Einrede des Zurückbehaltungsrechts zusteht[1036].

Nach der Ansicht des BGH [1037] kann der Ersteher eines Grundstücks in der Zwangsversteigerung, der aufgrund einer stehen gebliebenen Grundschuld dinglich in Anspruch genommen werden kann, dem Grundpfandgläubiger grundsätzlich keine Einreden entgegenhalten, die sich aus dem zwischen dem bisherigen Eigentümer-Sicherungsgeber und dem Gläubiger-Sicherungsnehmer abgeschlossenen Sicherungsvertrag ergeben[1038].

5. Erlöschen des Absonderungsrechts

a) Leistung auf das Sicherungsrecht

Das Absonderungsrecht geht mit Erlöschen des Sicherheitsrechts infolge der Leistung auf die Sicherheit unter. Im bankmäßigen Sicherungsvertrag wird häufig vereinbart, dass Zahlungen lediglich auf die durch die Grundschuld gesicherte Forderung verrechnet werden[1039]. Fehlt eine Anrechnungsvereinbarung, so soll im Einzelfall nach Interessenlage entschieden werden [1040]. Leistungen des Insolvenzverwalters erfolgen allerdings grundsätzlich nur auf die Grundschuld. An abweichende Anrechnungsvereinbarungen ist er nicht gebunden ist[1041].

b) Tilgung der gesicherten Forderung

Wird bei einer akzessorischen Sicherheit die zu sichernde Forderung getilgt, so erlischt das Absonderungsrecht zugleich mit dem Sicherungsrecht. Demgegenüber

[1036] MünchKommInsO/Ganter, Vor §§ 49-52, Rn. 106.
[1037] BGH BKR 2003, 627 mit Anmerkung von Gsell, Beate.
[1038] Hess § 49 Rn. 31.
[1039] Clemente, § 3 Rn. 239, S. 55. Auch in dieser Arbeit § 8 III 4.
[1040] BGH NJW 1987, 838, 839. MünchKommInsO/Ganter, Vor §§ 49-52, Rn. 113.
[1041] BGH NJW 1994, 2692. MünchKommInsO/Ganter, Vor §§ 49-52, Rn. 113. Uhlenbruck/Brinkmann § 49 InsO Rn. 47. Gerhardt, ZIP 1980, 165, 167.

führt bei einer nichtakzessorischen Sicherheit die Tilgung der zu sichernden Forderung nur zum Entstehen eines vertraglichen Rückgewähranspruchs.

c) Veräußerung des Grundstücks

Eine nachrangige Grundschuld kann erlöschen, wenn das Grundstück im Zwangsversteigerungsverfahren, das von einem vorrangigen Grundpfandgläubiger betrieben wird, versteigert und diese nachrangige Grundschuld nicht bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt wird. In der Regel wird allerdings der Insolvenzverwalter zur Erhöhung der Insolvenzmasse und zum Zweck des Erlöschens nachrangiger Grundpfandrechte selbst die Zwangsversteigerung betreiben.

d) Verzicht

Das Erlöschen des Absonderungsrechts kann auch aufgrund eines Verzichts erfolgen. Hierzu kann es kommen, wenn die Verwertung aussichtslos oder schwierig ist, d.h. sie vom Ausfall bedroht ist[1042]. Der Verzicht bleibt auch nach Beendigung des Insolvenzverfahrens wirksam[1043]. Ein bloßes Versprechen, das Absonderungsrecht im Insolvenzverfahren nicht geltend zu machen, ist kein Verzicht[1044]. Steht dem Eigentümer gegen das Sicherungsrecht eine rechtszerstörende Einrede nach § 1169 BGB zu, begründet diese zugleich gegenüber dem Gläubiger einen Anspruch auf Verzicht auf das Absonderungsrecht.

IV. Andere Enzelfragen

1. Der Rückgewähranspruch in der Insolvenz

a) Unsicherheit der Insolvenzfestigkeit des Rückgewähranspruchs

Wie bereits oben dargelegt, besteht der Rückgewähranspruch des Schuldner-Eigentümers, der nur bei nichtakzessorischen Sicherheiten auftritt, grundsätzlich auch in der Zwangsversteigerung fort[1045]. Er wandelt sich bei Erlöschen der Grundschuld vollständig oder teilweise in einen Anspruch auf Rückgewähr des Versteigerungserlöses im Verteilungsverfahren um.[1046] Hieran sollte sich auch nichts ändern, wenn die Zwangsversteigerung während des Insolvenzverfahrens betrieben wird.

Wie der Rückgewähranspruch im Insolvenzverfahren behandelt wird, hängt auch vom Verständnis über die Abstraktheit der Grundschuld ab. Die Literatur[1047] vertritt die zutreffende Auffassung, dass im Insolvenzverfahren nur solche Rechtspositionen für

[1042] MünchKommInsO/Ganter, Vor §§ 49-52, Rn. 120.
[1043] Henkel in Jaeger, InsO, § 52 Rn. 31.
[1044] MünchKommInsO/Ganter, Vor §§ 49-52, Rn. 121.
[1045] Baur/Stürner, § 45 Rn. 50.
[1046] BGH NJW 1977, 247.
[1047] Kesseler, NJW 2012, 577, 578.

exklusive Befriedigungsrechte in Betracht kommen können, die bereits vor Insolvenzeröffnung aus dem Vermögen des Insolvenzschuldners wirtschaftlich ausgeschieden waren. Eine exklusive Befriedigung aus einer Grundschuld scheidet daher aus, wenn der Sicherungsgeber in Insolvenz gerät und Teile der Grundschuld nicht valutiert sind. Diese nicht valutierten Teile der Grundschuld gehören daher zum Vermögen des Sicherungsgeber-Insolvenzschuldners und fallen in die Insolvenzmasse.[1048] Soweit und solange die Grundschuld noch Forderungen sichert, kann der Sicherungsnehmer die Rückgewähr der Grundschuld verweigern, so dass der Rückgewähranspruch im entsprechenden Umfang nicht durchsetzbar[1049] ist und sein Inhaber auch grundsätzlich keine insolvenzfeste Rechtsposition hat.[1050] Auch die Durchsetzbarkeit des Rückgewähranspruchs im Insolvenzverfahren setzt voraus, dass er der Einflussnahme des Schuldners im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung entzogen ist.[1051]

Der BGH hat bereits früher in seiner Entscheidung vom 09.02.1990[1052] gegen die Realisierungsmöglichkeit des Rückgewähranspruchs Bedenken geäußert. Er geht davon aus, dass die Realisierung des Rückgewähranspruchs zum einen „von der Zahlungsfähigkeit des Sicherungsgebers“, zum anderen davon abhängt, „ob und inwieweit die Grundschuld zur Sicherung anderer Verbindlichkeiten des Sicherungsgebers revalutiert werden könne“. Vor diesem Hintergrund kam der BGH zu dem Ergebnis, dass der Rückgewähranspruch nur begrenzten Wert hat, solange die Revalutierung der Grundschuld noch möglich ist.[1053]

Es besteht Einigkeit in Rechtsprechung und Literatur, dass darüber hinaus zwischen engen und weiten Sicherungszweckvereinbarungen zu unterscheiden ist[1054]. Bei der engen Sicherungsabrede, die nur eine bestimmte Forderung sichert, wird ein gegenwärtiger Rückgewähranspruch des Sicherungsgebers bejaht, sofern der Grundschuldbetrag die Forderung endgültig überschreitet.[1055] In diesem Fall ist der Rückgewähranspruch mit hoher Wahrscheinlichkeit durchsetzbar und damit auch insolvenzfest.

Bei der weiten Sicherungsabrede hingegen kann die Grundschuld mehrere oder sogar künftige Forderungen sichern. Hier ist der Rückgewähranspruch üblicherweise erst mit dem Ende der Geschäftsbeziehung oder Kündigung des Sicherungsvertrags durchsetzbar.[1056] In extremen Fällen ist der Rückgewähranspruch möglicherweise niemals durchsetzbar, z.B. wenn eine weite unkündbare und unbeschränkte

[1048] Kesseler, NJW 2007, 3466, 3467.
[1049] Gaberdiel, Heinz, Kreditsicherung durch Grundschulden, 7. Auflage, München 2004, Rn. 723ff. Kesseler, NJW 2007, 3466, 3467.
[1050] Kesseler, NJW 2012, 577, 578.
[1051] Kesseler, NJW 2007, 3466, 3467.
[1052] BGHZ 110, 241.
[1053] BGHZ 110, 241, 246.
[1054] Kesseler, NJW 2012, 577, 578.
[1055] Kesseler, NJW 2012, 577, 578.
[1056] Kesseler, NJW 2007, 3466, 3467.

Sicherungsvereinbarung gegeben ist.[1057] Dementsprechend ist bei einer weiten Sicherungsvereinbarung die Insolvenzfestigkeit des Rückgewähranspruchs nicht sicher gegeben.

b) Abtretung des Rückgewähranspruchs

Grundsätzlich ist der vom Schuldner nach Insolvenzeröffnung abgetretene Rückgewähranspruch nicht durchsetzbar, weil die Abtretung bereits nach § 81 Abs. 1 InsO unwirksam ist. Erfolgt die Abtretung des Rückgewähranspruchs allerdings vor der Insolvenzeröffnung, so ist seine Durchsetzbarkeit von der Erledigung des Sicherungszwecks abhängig.

Der BGH[1058] hat früher bereits angenommen, dass der Rückgewähranspruch unter der aufschiebenden Bedingung steht, dass die gesicherte Forderung getilgt wird. Soweit die aufschiebende Bedingung für die Rückgewähr der Grundschuld erst nach Insolvenzeröffnung eintritt, ist der Erwerb des Rückgewähranspruchs nach § 91 InsO unwirksam. Hierbei ist, wie oben bereits dargelegt, zwischen enger und weiter Sicherungsvereinbarung der Grundschuld zu unterscheiden. Das durch § 91 InsO geregelte Erwerbsverbot kann, nach der Ausführung des BGH[1059], „noch eingreifen, obwohl der Verfügungstatbestand schon abgeschlossen ist, solange sich der Rechtserwerb nicht vollendet hat“.

Trat der Eigentümer vor Insolvenzeröffnung seinen Rückgewähranspruch als eine Sicherheit auf einen Zessionar ab, so konnte der aufschiebend bedingte Rechtserwerb nach der älteren Rechtsprechung des BGH trotz des § 15 KO nach Insolvenzeröffnung erfolgen[1060]. Zur Begründung führte der BGH damals aus, dass der schuldrechtliche Rückgewähranspruch schon vor der Insolvenzeröffnung dem Vermögen des Insolvenzschuldners entzogen worden sei[1061].

Der BGH ist mit seiner Entscheidung vom 09.03.2006 [1062] von dieser älteren Rechtsprechung abgewichen mit der nunmehr geltenden Auffassung, dass der Zessionar des Rückgewähranspruchs keine gesicherte Rechtsposition erlangt und sein Rechtserwerb deshalb nicht insolvenzfest ist.

In seiner neueren Entscheidung hat der BGH [1063] nunmehr ausdrücklich die Anwendbarkeit des § 91 InsO bejaht. Er hat ausgeführt, dass die Sicherungsabtretung des Anspruchs auf Rückgewähr einer Grundschuld nur dann ein Absonderungsrecht im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Zedenten begründet, wenn eine Revalutierung der Grundschuld ohne Zustimmung des Zessionars ausscheidet. Der BGH führt hierzu wörtlich aus: „Der Sicherungswert einer Grundschuld ist trotz

[1057] Kesseler, NJW 2007, 3466, 3467.
[1058] BGH NJW 1977, 247.
[1059] BGH NJW 2012, 229.
[1060] BGH NJW 1977, 247.
[1061] BGH NJW 1977, 247.
[1062] BGH NJW 2006, 2408.
[1063] BGH NJW 2012, 229.

Abtretung des Rückgewähranspruchs aus dem Vermögen und der Insolvenzmasse des Sicherungsgebers nicht endgültig ausgeschieden, soweit der Sicherungsnehmer allein oder im Einvernehmen mit dem Sicherungsgeber selbst oder mit dem Insolvenzverwalter über dessen Vermögen, etwa zur Sicherung eines Massekredits, die Grundschuld revalutieren kann, ohne dadurch den Inhalt des Rückgewähranspruchs zu verändern“. Das Absonderungsrecht nach § 51 Nr. 1 InsO scheitert aufgrund der Möglichkeit der Revalutierung, welche eine auflösende Bedingung i.S.v. § 158 Abs. 2 BGB darstellt. Soweit die Sicherungsabrede Re- oder Neuvalutierung erlaubt, könne der Rückgewähranspruch mehrmals aufschiebend bedingt werden. In diesem Fall ist der wiederholt aufschiebend bedingte Rückgewähranspruch aufgrund § 91 InsO nicht wirksam erworben und kann nicht Grundlage einer abgesonderten Befriedigung sein, sofern diese Rechtsbedingung erst nach Insolvenzeröffnung eintritt.[1064]

Damit wird von der Literatur zutreffend ausgeführt, dass die Insolvenzfestigkeit des Erwerbs des Rückgewähranspruchs gegeben sein könne, wenn dieser Anspruch bereits vor Verfahrenseröffnung unbedingt durchsetzbar war [1065] . Denn der Rechtserwerb scheitert zweifellos an § 91 InsO, wenn die Bedingung beim Rückgewähranspruch erst nach Insolvenzeröffnung eintritt.

2. Der gesetzliche Löschungsanspruch des nachrangigen Gläubigers in der Insolvenz

In der Insolvenz bewirkt der gesetzliche Löschungsanspruch grundsätzlich wie in der Zwangsvollstreckung die Vollwirkung einer Vormerkung, soweit bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Eigentümergrundschuld bereits bestanden hat.[1066]

Auch wenn die vorrangige Grundschuld zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung nicht mehr valutiert war, verneinte die frühere Rechtsprechung des BGH [1067] die Insolvenzfestigkeit des Löschungsanspruchs, wenn ein Vereinigungsfall i.S.v. § 1179a Abs. 1 BGB als anspruchsbegründende Voraussetzung für einen Löschungsanspruch nicht vorlag. Der BGH sprach sich in diesem Fall auch gegen eine Sicherungsmöglichkeit des Löschungsanspruchs durch Eintragung einer Vormerkung aus, mit der Begründung, dass der Löschungsanspruch zu diesem Zeitpunkt lediglich ein künftiger Anspruch sei, wenn seine Entstehung erst vom Willen des Schuldners bzw. überhaupt erst der Vornahme eines Rechtsgeschäfts anhängig sei [1068] . Der BGH hat bei der Beurteilung der Insolvenzfestigkeit des Löschungsanspruchs als künftigen Anspruch auf dessen Vormerkungsfähigkeit

[1064] BGH NJW 2012, 229, 230.
[1065] Kesseler, NJW 2012, 577.
[1066] Baur/Stürner, § 46 Rn. 53.
[1067] BGHZ 166, 319. Rein, Andreas, NJW 2006, 2470.
[1068] BGHZ 166, 319, 324. MünchKommInsO/Ganter, § 49, Rn. 75c.

abgestellt und diese zutreffend nur dann bejaht, wenn für den künftigen Anspruch bereits ein sicherer Rechtsboden und die entsprechende Seriosität gegeben ist[1069].

In seinem neueren Urteil vom 27.04.2012 [1070] gibt der BGH seine bisherige Ansicht [1071] ausdrücklich auf und bejaht nunmehr Insolvenzfestigkeit des Löschungsanspruchs nach § 1179a Abs. 1 S. 1 BGB. Der BGH bejaht den Löschungsanspruch mit der in Satz 3 der Vorschrift normierten Vormerkungswirkung auch in den Fällen, in denen der vor- oder gleichrangige Grundpfandrechtsgläubiger erst nach Versteigerung des Grundstücks im Verteilungsverfahren auf sein vorrangiges Recht verzichtet. Der BGH bezieht sich auf die Wirkung der Vormerkung nach § 106 Abs. 1 S. 1 InsO i.V.m. § 1179a Abs. 1 S. 3 BGB und verweist darauf, dass der durch Vormerkung gesicherte Löschungsanspruch sich bereits nach früherem Recht gem. § 24 KO als konkursfest erwies. Auch die Einführung des § 1179a BGB führt im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte und den Normzweck nicht zu einer anderen Beurteilung. Der Inhaber des Löschungsanspruchs hat über die Vormerkungswirkung nach § 1179a Abs. 1 S. 3 BGB i.V.m. § 106 Abs. 1 S. 1 InsO einen Anspruch auf Befriedigung aus der Insolvenzmasse. Hierbei kommt es nach Auffassung des BGH [1072] nicht darauf an, ob die Voraussetzungen des Löschungsanspruchs bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgelegen haben oder ob sich das Eigentum erst zu einem späteren Zeitpunkt mit dem vorrangigen Grundpfandrecht in einer Person vereinigt. Dies führt eindeutig zu einer Verstärkung des Vormerkungsschutzes.

Das Problem ist allerdings immer, dass der Löschungsanspruch i.S.d. § 1179a BGB tatsächlich lediglich erst nach dem Vereinigungsfall eintreten kann, sodass er sich faktisch nur auf eine etwaige künftige Rechtsposition bezieht. Somit ist dieser Löschungsanspruch gegenüber dem durch eine Vormerkung gesicherten Anspruch i.S.d. § 883 BGB, der Erfüllungsfähigkeit voraussetzt, etwas ganz besonders. Es fehlt an dem sog. Identitätsprinzip[1073]. Ein weiteres Problem tritt im Zusammentreffen mit dem Rückgewähranspruch auf, der sich auf die Rückgewähr der Grundschuld richtet. Der Insolvenzverwalter kann als Anspruchsinhaber den Rückgewähranspruch mit Zustimmung des Grundschuldgläubigers erneut als Sicherheit für andere Forderungen verwenden, an Dritte abtreten oder auf ihn verzichten. Eine Widerspruchsmöglichkeit des nachrangigen Gläubigers besteht nicht [1074] . Mit der Geltendmachung des Rückgewähranspruchs läuft allerdings der Löschungsanspruch ins Leere. Im Fall der Kollision der beiden Ansprüche befindet sich der Löschungsanspruch deutlich in einer schwächeren Position. Über den Löschungsanspruch besteht Unsicherheit vor dem Hintergrund, dass seine Entstehung abhängig ist vom Willen anderer - z.B. des Eigentümers, des vorrangigen Gläubigers, des Insolvenzverwalters - oder von der

[1069] BGHZ 166, 319, 323. Vgl. auch BGHZ 149,1,9; 12, 115, 117f.; 134, 182, 185.
[1070] BGH NJW 2012, 2274ff.
[1071] BGHZ 166, 319 = NJW 2006, 2408.
[1072] BGH NJW 2012, 2274, 2275.
[1073] Kesseler, NJW 2012, 2240, 2242.
[1074] Vgl. BGHZ 166, 319, 325.

Vornahme eines Rechtsgeschäfts[1075]. Der BGH hatte in zutreffender Weise bereits in seinem früheren Urteil vom 09.03.2006 [1076] auf diese Schwächen des Löschungsanspruchs hingewiesen. Angesichts der bestehenden Problematik in Bezug auf die Insolvenzfestigkeit des Löschungsanspruchs ist die Abweichung des BGH von seiner früheren Auffassung wenig überzeugend.

Es wird auch in der Literatur[1077] die Frage in zutreffender Weise diskutiert, ob sich über die Vormerkung des Löschungsanspruchs eine Anwartschaft auf das etwaige, bei Befriedigung oder Verzicht entstehende künftige Eigentümerrecht konstruieren lasse. In diesem Zusammenhang wäre die Wirksamkeit des Erwerbs des Eigentümerrechts einer Prüfung nach § 91 InsO zu unterstellen[1078]. Die Ausblendung dieser Prüfung im neuesten Urteil erscheint problematisch.

3. Die Eigentümergrundschuld in der Insolvenz

Während § 1197 BGB Abs. 1 dem Eigentümer, zu dessen Gunsten eine Eigentümergrundschuld besteht, die Zwangsvollstreckung in sein eigenes Grundstück untersagt, ist der Insolvenzverwalter im Falle der Insolvenz des Eigentümers zur Zwangsverwertung des mit einer Eigentümergrundschuld belasteten Massegrundstücks im Interesse der Insolvenzgläubiger berechtigt [1079] . Der Insolvenzverwalter kann sogar nach §§ 165 InsO, 174a ZVG ohne Eigentümergrundschuld erstrangig zwangsversteigern [1080] . Wird das Grundstück zwangsweise versteigert, so gehört der Teil des Versteigerungserlöses, der auf die Rangstelle der Eigentümergrundschuld entfällt, der Insolvenzmasse [1081] . Auch der Löschungsanspruch nach § 1179a BGB kann die Zugehörigkeit des Versteigerungserlöses zur Insolvenzmasse nur verhindern, wenn er nach § 1179a Abs. 1 S. 3 BGB vormerkungsgleich gesichert ist[1082].

4. Die nicht oder nicht ganz valutierte Sicherungsgrundschuld in der Insolvenz

Eine nicht oder nur teilweise valutierte Sicherungsgrundschuld ist mit einem entsprechenden vertraglichen Rückgewähranspruch belastet und daher grundsätzlich im entsprechenden Umfang zuungunsten des Sicherungsnehmers nicht durchsetzbar. Es stellt sich mithin im Fall der Insolvenz die Frage, wie der Rückgewähranspruch zu behandeln ist.

[1075] BGHZ 166, 319, 324.
[1076] BGHZ 166, 319, 324ff.; 134, 182, 184f.; 149,1, 3.
[1077] Kesseler, NJW 2012, 2240, 2242.
[1078] Kesseler, NJW 2012, 2240, 2243.
[1079] MünchKommBGB/Eickmann, § 1197 Rn. 8. Staudinger/Wolfsteiner, § 1197 Rn. 6. Soergel/Konzen, § 1997 Rn. 2.
[1080] Staudinger/Wolfsteiner, § 1197 Rn. 6.
[1081] Henkel in Jaeger, InsO, § 49 Rn. 24.
[1082] Henkel in Jaeger, InsO, § 49 Rn. 25.

Der BGH[1083], wie oben dargelegt, vertritt die Auffassung, dass der Erwerb des Rückgewähranspruchs im Falle seiner Abtretung nach § 91 Abs. 1 InsO unwirksam ist, wenn die Erledigung des Sicherungszwecks als aufschiebende Bedingung erst nach Insolvenzeröffnung eintritt. Weiter stellt der BGH[1084] fest, dass die Abtretung des Rückgewähranspruchs die Belastung des zur Insolvenzmasse gehörenden Grundstücks, an dem eine Grundschuld bestellt ist, verstärkt, wenn durch die Abtretung die zuvor bestehende Einrede der Nichtvalutierung abgeschnitten wird. Nach der Durchführung des Zwangsversteigerungsverfahrens in das Grundstück soll im Fall der ganz oder teilweisen Nichtvalutierung der Grundschuld ein etwaiger Übererlös an den Rückgewährberechtigten fallen, sofern er nicht einem der nachrangigen Grundpfandgläubiger zusteht. In diesem Fall kann der Rückgewähranspruch notfalls mit dem Widerspruch gegen den aufgestellten Teilungsplan geltend gemacht werden. Dies soll auch im Fall der freihändigen Veräußerung gelten, weil die Veräußerung des Grundstücks den Rückgewähranspruch grundsätzlich unberührt lasse[1085].

Der BGH[1086] geht auch davon aus, dass der Rückgewähranspruch nicht valutierter Teile einer Sicherungsgrundschuld dem Zessionar ein Widerspruchsrecht i.S.d. §§ 115 Abs. 1 ZVG, § 876 ZPO im Verteilungsverfahren einräumen könne, weil auch ein schuldrechtlicher Anspruch zur Begründung eines solchen Widerspruchsrechts qualifiziert sei.

V. Grundpfandrechte im Insolvenzplanverfahren

Im Unterschied zum Verfahren der Insolvenzverwertung wird durch den Insolvenzplan eine flexible und wirtschaftlich möglichst optimale Gestaltung der Position der Gläubiger und des Schuldners unter Einbeziehung aller Beteiligten angestrebt[1087], wobei den Verfahrensbeteiligten mit dem Insolvenzplan eine Option auf eine Privatisierung der Insolvenzabwicklung eingeräumt wird[1088]. Dadurch wird auch eine von der Masseverwertung abweichende Verfahrensgestaltung mit dem Ziel der Unternehmenssanierung ermöglicht[1089].

Nach § 223 Abs. 1 S. 1 InsO wird das Recht der Grundpfandgläubiger zur Befriedigung aus den Gegenständen, an denen Absonderungsrechte bestehen, vom Insolvenzplan nicht berührt, soweit in diesem nichts anderes bestimmt ist[1090]. Im

[1083] BGH NJW 2012, 229.
[1084] BGH NJW-RR 2008, 780, 781.
[1085] BGH NJW-RR 2008, 780, 781.
[1086] BGH NJW 2002, 1578, 1579.
[1087] Hess Vor § 217 Rn. 15.
[1088] MünchKommInsO/Eidenmüller, Vor §§ 217 bis 269, Rn. 1.
[1089] Kindler, S. 105.
[1090] MünchKommInsO/Breuer, § 223 Rn. 7. Hess Vor § 223 Rn. 1. Uhlenbruck/Lüer, InsO, § 223 Rn. 5.

Insolvenzplan kann nach § 223 Abs. 2 InsO durch abweichende Regelungen zulasten des Absonderungsberechtigten[1091] in Grundpfandrechte eingegriffen[1092] werden.

Weil bei der Festlegung der Rechte im Insolvenzplan im Rahmen der Gruppenbildung von Gläubigern nicht alle absonderungsberechtigten Gläubiger, gleichgültig ob aufgrund von Immobiliar- oder Mobiliarsicherheiten und gleichgültig ob vor- oder nachrangig, nach § 222 Abs. 1 Nr. 1 InsO in einer Gruppe zusammengefasst werden müssen, führen möglicherweise zum einen die unterschiedlichen Werthaltigkeiten des Sicherungsgutes zwischen Grundpfand- und Mobiliarsicherheiten[1093], zum anderen die verschiedenen Ranginteressen zu einer äußerst zersplitterten Gruppenbildung[1094].

Durch einen bestätigten Insolvenzplan können die Forderungen und die dinglichen Sicherheiten nach § 223 Abs. 2 InsO gekürzt bzw. gestundet werden. Zur Änderung sachenrechtlicher Verhältnisse können nach § 228 S. 1 InsO die erforderlichen Willenserklärungen der Beteiligten in den gestaltenden Teil des Insolvenzplans aufgenommen werden[1095]. Auch wenn die erforderlichen Mehrheiten i.S.d. § 244 InsO nicht erreicht werden, gilt die Zustimmung einer Abstimmungsgruppe nach § 245 InsO trotzdem als erteilt, wenn der Insolvenzplan die Grundpfandgläubiger nicht schlechter stellt, als sie bei der Liquidation stünden. Das ist das sog. Obstruktionsverbot [1096] , welches die Gruppenmehrheit vor Einzelgläubigern schützt [1097] . Nach § 251 InsO kann allerdings auf Antrag eines einzelnen Grundpfandgläubigers die Bestätigung des Insolvenzplans versagt werden, wenn er durch den Plan voraussichtlich schlechter gestellt würde, als er ohne einen Plan stünde. Damit dient die Vorschrift des § 251 InsO dem sog. Minderheitenschutz, indem sie einzelne Gläubiger davor schützt, dass sie gegen ihren Willen den Rechtswirkungen des Plans nach § 254 InsO unterworfen werden[1098].

[1091] MünchKommInsO/Breuer, § 222 Rn. 51.
[1092] MünchKommInsO/Breuer, § 223 Rn. 16. Hess Vor § 223 Rn. 4.
[1093] Stürner, in Festschrift Hagen, S. 209, 214.
[1094] Stürner, in Festschrift Hagen, S. 209, 214.
[1095] MünchKommInsO/Breuer, § 229 Rn. 5.
[1096] Hess § 245 Rn. 2. MünchKommInsO/Breuer, § 245 Rn. 8ff.
[1097] Hess § 252 Rn. 6.
[1098] Uhlenbruck/Lüer, InsO, § 251 Rn. 1.

Kapitel 3

Die Entwicklung nichtakzessorischer Sicherheiten im chinesischen Recht

§ 14. Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip im chinesischen Recht

I. Die historische Entwicklung des chinesischen Zivilrechts

1. Das Zivilgesetzbuch der Republik China

In China fehlt es an der Tradition und der Kultur des Zivilrechts. Verwaltungs- und Strafrecht waren in der chinesischen Rechtsgeschichte in vielen tausend Jahren im Interesse eines funktionierenden Staates von vorrangiger Bedeutung, dies vor dem Hintergrund, dass die Rechtsprechung in China in den Aufgabenbereich der Verwaltung fiel. Eine Trennung der verschiedenen Rechtsgebiete wurde nicht vorgenommen. Die strafrechtlichen Vorschriften stellten jedoch den überwiegenden Teil dieses gemischten Regelungswerkes. Demgegenüber nahm das Zivilrecht nur eine untergeordnete Rolle ein. Während in der westlichen Welt die privaten Verhältnisse der Bürger den Regelungen des Zivilrechts unterworfen sind, welche zu erheblichen Teilen auf das Römische Recht zurückgehen, wurden die Repräsentanten des Staates in China erst am Ende der Qing Dynastie (im Jahre 1911), als sich der Staat in einer nationalen Krise befand, dazu gezwungen, ein Zivilrecht im modernen Sinne zu akzeptieren. Dementsprechend hatte sich in China vor allem im Bereich des Zivilrechts lange Zeit keine Fachsprache i.S.d. Jurisprudenz ausgebildet.

Auch der ursprünglich starke Einfluss von Japan verhinderte die Ausbildung einer eigenen juristischen Kultur und hatte am Anfang des 20. Jahrhunderts geradezu eine „Japanisierung“ der chinesischen Jurisprudenz zur Folge. Viele juristische Begriffe wurden vom japanischen Rechtssystem übernommen, welches sich seinerseits am deutschen Recht ausgerichtet hat. Die übernommenen „japanischen“ Begriffe sind Fremdwörter in der chinesischen Sprache. Selbst wenn sie wortgleich in der chinesischen Sprache auftreten, haben sie eine unterschiedliche Bedeutung. Die meisten aus der japanischen Rechtssprache übernommenen Fachbegriffe haben eine besondere, von der Alltagssprache abweichende juristische Bedeutung.

Blickt man auf die chinesische Rechtsgeschichte zurück, so wird deutlich, dass erstmals mit dem „*Entwurf des Zivilrechts für das Große Qing*“ im Jahre 1911 europäische Zivilrechtsgrundsätze umgesetzt wurden. Das hierauf basierende *Zivilgesetzbuch der Republik China* konnte jedoch erst im Jahr 1929 nach dem Untergang der Qing-Dynastie anlässlich der „Xinhai-Revolution“ in Kraft treten. Sein Aufbau entspricht weitestgehend demjenigen des deutschen BGB, es finden sich darin aber auch Einflüsse des schweizerischen und japanischen Rechts. Indem das Zivilgesetzbuch der Republik China, welches einen wesentlicher Teil der chinesischen

Rechtsordnung ausmacht, aus dem deutschen und in geringem Umfang auch aus dem schweizerischen Recht den Aufbau und die Systematik übernahm, fand eine Integration in *das europäisch-kontinentale* und *überwiegend das deutsche Rechtssystem* statt.

Als das erste Zivilgesetzbuch in der chinesischen Rechtsgeschichte ist dieses Gesetzbuch eine Tochter des deutschen BGB und der deutschen Jurisprudenz. Viele im BGB verankerten Begriffe und Grundsätze wurden bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts in das ZGB der Republik China aufgenommen. So gelangt das Trennungs- und Abstraktionsprinzip, welches im Gegensatz zu anderen europäischen Ländern nur in der deutschen Rechtsordnung durchgängig Geltung beansprucht, auch im ZGB der Republik China zur Anwendung. Aufgrund seiner weitestgehenden Übereinstimmung mit dem deutschen BGB wurde deutsche Rechtstradition in das chinesische Recht übernommen. Vor diesem Hintergrund ist dieses Gesetzesbuch auch weltweit auffällig.

Die Entwicklung einer modernen Rechtsordnung wurde allerdings aufgrund des Bürgerkriegs in den Jahren 1945 bis 1949 und dessen Ausgang seit dem Jahre 1949 fast vollständig unterbrochen. Während die Rechtsordnung der Republik China mit dem neuen Zivilgesetzbuch in Taiwan bis heute weiterhin Geltung beansprucht, wurde sie in China von den Machthabern der Kommunistischen Partei außer Kraft gesetzt.

2. Die Allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts der Volksrepublik China

In den Jahren nach 1949 bis 1979 war quasi die gesamte bestehende Rechtsordnung aus politischen Gründen unter der Herrschaft der Kommunistische Partei Chinas und insbesondere während der sog. „Kulturrevolution“ in Festland China (der Volksrepublik China) außer Kraft gesetzt. Demzufolge gestaltete sich die im Jahr 1979 eingeleitete „Offenpolitik“ und die damit verbundene Öffnung der Privatwirtschaft bei gleichzeitig fortbestehender staatlicher Kontrolle im Hinblick auf eine notwendige Zivilkodifizierung als schwierig. In der Folge traten einzelne Zivilgesetze in China[1099] in Kraft, wie z.B. das „Wirtschaftsvertragsgesetz“, das „Ehegesetz“, das „Erbgesetz“, das „Konkursgesetz“, das „Technikvertragsgesetz“, usw.

Mit den „*Allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts der Volksrepublik China*“ trat am 01.01.1987 in China nach dem Jahr 1949 erstmals ein Zivilgesetz in Kraft, mit dem die *Privatautonomie* umgesetzt wurde, wenn auch sein Regelungsinhalt noch unvollständig war.

3. Das Sicherheitengesetz

[1099] Nachfolgend wird die „Volksrepublik China“ stets als „China“ („chinesisch“) oder „Festland China“ bezeichnet, während die „Republik China“ nur mit „Taiwan“ gleichbedeutend ist.

Am 01.10.1995 trat das „*Sicherheitengesetz der Volksrepublik China*“ in Kraft, mit welchem fünf verschiedene Sicherungsrechte gesetzlich normiert werden. Hierunter fallen die Bürgschaft, die Hypothek, die Zurückbehaltung, das Pfandrecht an beweglichen Sachen und die Anzahlung. Erstmals wird seitdem im chinesischen Recht zwischen Personal- und Realsicherheiten differenziert.

4. Das Vertragsgesetz

Das „*Vertragsgesetz der Volksrepublik China*“ trat nach 6-jähriger[1100] Ausarbeitung am 01.10.1999 in Kraft. Mit ihm wurden bestehende Vertragsgesetze in einem Gesetz zusammengefasst. Hierunter fallen das *Wirtschaftsvertragsgesetz*, das *Technikvertragsgesetz* und das *Gesetz über Verträge mit Ausländern*. In der Folge hat der chinesische Gesetzgeber Regelungen aus verschiedenen Rechtsordnungen *gemischt* übernommen. Nachdem das Vertragsgesetz auf der deutschen Rechtsgeschäftslehre beruht, wurden auch einige Institute aus dem englischen und US-amerikanischen *common law-System* und der japanischen Rechtsordnung einbezogen.

Die Vermischung von Regelungen aus verschiedenen Rechtsordnungen ist außergewöhnlich. Wenn sie auch mangels vorausgegangener Erfahrung heftiger Kritik ausgesetzt ist, wird sich erst in Zukunft ihre Praktikabilität erweisen und ein abschließendes Urteil möglich sein. Die bislang geäußerte Kritik wird allerdings vom chinesischen Gesetzgeber nicht ernst genommen, so dass eine Änderung in absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist.

5. Das Sachenrechtsgesetz

Am 01.10.2007 trat nach 13-jähriger[1101] Ausarbeitung das „*Sachenrechtsgesetz der Volksrepublik China*“ in Kraft. In diesem Gesetz wird erstmals seit 1949 ausdrücklich das Privateigentum neben dem Staatseigentum normiert und gleichwertig geschützt. Damit gewinnt das Sachenrechtsgesetz Symbolcharakter, auch wenn es dogmatisch noch viele Probleme und Lücken aufweist. Ebenso wie das oben aufgeführte Vertragsgesetz hat es sich am deutschen Recht orientiert und viele Regelungen des Sachenrechts aus dem deutschen BGB übernommen. Da aber auch hier Regelungen aus anderen Rechtsordnungen übernommen wurden, wie z.B. die sog. „Fahrnishypothek“ aus den USA und das sog. „Entgegenhaltungsprinzip“ aus Japan und Frankreich, ist man auch hier mit den Vor- und Nachteilen konfrontiert, die im Zusammenhang mit der Vermischung von Regelungen aus verschiedenen Rechtsordnungen auftreten.

6. Das Gesetz über die Haftung wegen unerlaubter Handlung

[1100] Siehe Wang , Liming / Yi, Jun, Das chinesische Zivilrecht nach der Reform, in der Zeitschrift „chinesische Solzialwissenschaft“, Jahrgang 2008, Nr. 6.
[1101] Siehe Wang, Liming / Yi, Jun, Das chinesische Zivilrecht nach der Reform, in der Zeitschrift „chinesische Solzialwissenschaft“, Jahrgang 2008, Nr. 6.

Mit dem Inkrafttreten des „*Gesetzes über die Haftung wegen unerlaubter Handlung der Volksrepublik China*“ am 01.07.2010 wurde der „letzte Schritt“ der Zivilkodifizierung vollzogen. Das künftige Zivilgesetzbuch als Gesamtwerk stellt zwar unter formalem Aspekt eine bedeutsame Leistung in der Gesetzgebungsgeschichte dar, es darf allerdings nicht übersehen werden, dass angesichts zahlreicher ungeklärter Rechtsfragen im chinesischen Recht eine weitere Ausarbeitung des Gesetzeswerkes unbedingt notwendig ist.

II. Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip in Taiwan

1. Der Begriff des dinglichen Rechtsgeschäfts in China und Taiwan

Während im deutschen Zivilrecht zwischen dem Verpflichtungs- und dem Verfügungsgeschäft unterschieden wird, werden von Juristen in China und Taiwan die Begriffe des „schuldrechtlichen“ und „dinglichen“ Rechtsgeschäfts vorgezogen. Eine Erklärung hierfür liegt vermutlich in der Verwendung der japanischen Rechtssprache. Die Geltung des deutschen Trennungs- und Abstraktionsprinzip und die damit verbundene sog. „Unabhängigkeit und abstrakte Natur des dinglichen Rechtsgeschäfts“ wird auch im chinesischen und taiwanischen Recht mit der Unterscheidung zwischen „schuldrechtlichen“ und „dinglichen“ Rechtsgeschäften zum Ausdruck gebracht. Trotz unterschiedlicher Begrifflichkeiten und Formulierung handelt es sich inhaltlich in der Regel um dasselbe Prinzip.

In China und Taiwan gibt es mehrere Lehren, die sich mit dem Begriff des „dinglichen Rechtsgeschäfts“ befassen. Nach der *Rechtswirkungslehre* ist ein dingliches Rechtsgeschäft gegeben, wenn es sich auf der Sachenrechtsebene auswirkt.[1102] Hierunter fallen nach der *Zwecklehre* alle Rechtsgeschäfte, welche die Bestellung, die Änderung, die Aufhebung und die Übertragung eines dinglichen Rechts zum Gegenstand haben.[1103] Die *Tatbestandslehre* verlangt für die Änderung eines dinglichen Rechts eine Willenserklärung und einen Publizitätsakt, der einer besonderen Form bedarf.[1104] Nach der *Inhaltslehre* wird ein dingliches Rechtsgeschäft nur dann angenommen, wenn mit ihm ein dingliches Recht unmittelbar geändert oder

[1102] Hu, Changqing, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Verlag der Universität für Politik und Rechtswissenschaft, Peking 1997, S. 189. Wang, Zejian, Grundfragen der Anwendung der Vorschriften des Allgemeinen Teils des ZGB für dingliche Rechtsgeschäfte, in seinem Werk „Forschungen zu den zivilrechtlichen Lehren und der Rechtsprechung“, Fünfter Band, Verlag der Universität für Politik und Rechtswissenschaft, Peking 1998, S. 5.

[1103] Shi, Shangkuan, Sachenrecht, Verlag der Universität für Politik und Rechtswissenschaft, Peking 2000, S. 18. Zheng, Yubo, Sachenrecht des Zivilrechts, Taipei 1998, S. 35. Sun, Xianzhong, Das moderne deutsche Sachenrecht, Verlag des Gesetzes, Peking 1997, S. 57.

[1104] Yao, Ruiguang, Sachenrecht des ZGB, Taipei 1995, S. 18. Yang, Yuling, Sachenrecht des ZGB, Taipei 1984, S. 9. Xie, Zaiquan, Sachenrecht des ZGB, Erster Band, Verlag der Universität für Politik und Rechtswissenschaft, Peking 1999, S. 68. Wang, Zejian, Die Diskussion über die Lehre von der Abstraktion des dinglichen Rechtsgeschäfts, in „Forschungen zu den zivilrechtlichen Lehren und der Rechtsprechung“, Erster Band, Taipei 1983, S. 291.

übertragen wird.[1105] Es wird deutlich, dass die unterschiedlichen Lehren sich inhaltlich nur geringfügig unterscheiden.

In Bezug auf die Wirksamkeitsvoraussetzungen des dinglichen Rechtsgeschäfts werden allerdings in Taiwan unterschiedliche Auffassungen vertreten. Es geht dabei um die Frage, ob die Wirksamkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts selbst die Eintragung bzw. Übergabe erfordert. Nach der h.M. in Taiwan setzt die Entstehung des wirksamen dinglichen Rechtsgeschäfts lediglich die Willenserklärungen der Parteien voraus.[1106] Allerdings ist dieser Streit rein akademischer Natur und hat im Grunde genommen keine praktischen Auswirkungen.[1107]

2. Die „Unabhängigkeit und abstrakte Natur des dinglichen Rechtsgeschäfts“ in Taiwan

Die Entwicklung des chinesischen Zivilrechts beschränkt sich nicht ausschließlich auf das „Kopieren“ der bestehenden deutschen Rechtsordnung. Mit der weitestgehenden Übernahme des deutschen BGB ist auch deutsche Rechtsentwicklung in das chinesische und taiwanische Recht eingeflossen, die auf das Pandektensystem zurückgeht. Während die Adaptation in Taiwan vollzogen ist, bestehen in Festland China noch immer systembedingte Hindernisse.

Eine Differenzierung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften wird in Taiwan im *Zivilgesetzbuch der Republik China* durchgeführt. Die Vorschrift des § 758 Abs. 1 ZGB der Republik China findet auf unbewegliche Sachen Anwendung und lautet wörtlich: „Die Rechtsgeschäfte zum Erwerb, zur Bestellung, zum Verzicht und Übertragung des Sachenrechts unbeweglicher Sachen sind ohne Eintragung unwirksam.“ Die nachfolgende Vorschrift des § 761 Abs. 1 ZGB, welche auf bewegliche Sachen Anwendung findet, lautet: „Die Übereignung des Sachenrechts an einer beweglichen Sache ist ohne Übergabe unwirksam. Ist der Erwerber schon im Besitz der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Sachenrechts.“ Die h.M.[1108] in Taiwan versteht unter dem „Rechtsgeschäft“ i.S.v. § 758 ZGB das dingliche Rechtsgeschäft und unter der „Einigung“ i.S.v. § 761 ZGB den dinglichen Vertrag, was sich als identisch mit dem deutschen BGB darstellt. Sowohl die Mehrheit der Literatur[1109] als auch der Oberste Gerichtshof in Taiwan erkennen die

[1105] Zeng, Shixiong, Die Gegenwart und Zukunft des Allgemeinen Teils des ZGB, Verlag der Universität für Politik und Rechtswissenschaft, Peking 2001, S. 163. Liang, Huixing, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Verlag des Gesetzes, Peking 1996, S. 155.

[1106] In China und Taiwan ist die Terminologie, z.B. die „Einigung“ im Sachenrecht, nicht so präzise wie in Deutschland. Wang, Zejian, Grundfragen der Anwendung der Vorschriften des Allgemeinen Teils des ZGB für dingliche Rechtsgeschäfte, in „Forschungen zu den zivilrechtlichen Lehren und der Rechtsprechung“, Fünfter Band, S. 5.

[1109] Xie, Zaiquan, Sachenrecht des ZGB, S. 68.

[1108] Wang, Zejian, Die Diskussion über die Lehre von der Abstraktion des dinglichen Rechtsgeschäfts, in „Forschungen zu den zivilrechtlichen Lehren und der Rechtsprechung“, Erster Band, S. 312. Xie, Zaiquan, Sachenrecht des ZGB, S. 67. Mei, Zhongxie, Der Sinn des Zivilrechts, S. 92, 513.

[1109] Wang, Zejian, Die Diskussion über die Lehre von der Abstraktion des dinglichen Rechtsgeschäfts, in „Forschungen zu den zivilrechtlichen Lehren und der Rechtsprechung“, Erster Band, S. 312. Shi,

„Unabhängigkeit und abstrakte Natur des dinglichen Rechtsgeschäfts“ als Grundprinzipien des taiwanischen Zivilrechts an.

Der taiwanische Oberste Gerichtshof führt hierzu wörtlich aus: „Es ist zwischen schuldrechtlichen und dinglichen Rechtsgeschäften zu differenzieren. Während das schuldrechtliche Rechtsgeschäft ein Kausalgeschäft zur Gestaltung der Schuldverhältnisse darstellt, richtet sich das dingliche Rechtsgeschäft unmittelbar auf die Änderung eines dinglichen Rechts. Zum Zwecke der Rechtsklarheit und Verkehrssicherheit tritt das dingliche Rechtsgeschäft neben dem Kausalgeschäft als ein abstraktes Geschäft auf.“[1110]

Unabhängigkeit und abstrakte Natur des dinglichen Rechtsgeschäfts gelten in Taiwan nicht nur bei der Übereignung, sondern auch bei der Bestellung beschränkter Sachenrechte. Nach der taiwanischen Rechtsprechung muss die Bestellung einer Hypothek an unbeweglichen Sachen schriftlich erfolgen. Demgegenüber unterliegt der schuldrechtliche Vertrag, welcher der Bestellung einer Hypothek zugrunde liegt, nicht der Schriftform.[1111]

3. Kurze Bemerkung

In der sachenrechtlichen Reform in Taiwan im Jahre 2009 wurden „Unabhängigkeit und abstrakte Natur des dinglichen Rechtsgeschäfts“ ausdrücklich wiederholt[1112] und in manchen Vorschriften[1113] sogar verstärkt. Es entsteht der Eindruck, dass die meisten chinesischen Juristen eine „Taiwan-Mentalität“ besitzen und sie stets eine direkte Übertragung des taiwanischen ZGB in Festland China erwarten. Ihre Gegner wollen sich selbst als Gesetzgeber profilieren und verfolgen das Ziel einer vom taiwanischen ZGB abweichenden Kodifizierung. Ungeachtet ihrer eigentlichen Zielvorstellung kommt es nicht selten zu fast wörtlichen Übernahmen aus dem taiwanischen ZGB.

Seit dem Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches der Republik China hat sich gezeigt, dass sich die juristischen präzisen Begriffe und die Logik des deutschen BGB unproblematisch und reibungslos in China anwenden lassen. Die seitdem gewonnenen Erfahrungen mit dem deutschen Recht sollten den chinesischen Gesetzgeber (der

---

Shangkuan, Sachenrecht, S. 21ff. Wang, Zejian, Allgemeiner Teil des Zivilrechts, Verlag der Universität für Politik und Rechtswissenschaft, Peking 2001, S. 262ff. Wang, Zejian, Sachenrecht des Zivilrechts, Band I: Allgemeiner Teil und Eigentum, Verlag der Universität für Politik und Rechtswissenschaft, Peking 2001, S. 85ff.

[1110] Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs der Republik China, Zivilsachen im Jahre 1999 Nr. 1310. Auch die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs der Republik China, Zivilsachen im Jahre 2000 Nr. 961.

[1111] Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs der Republik China, Zivilsachen im Jahre 1981 Nr. 453.

[1112] Yu, Haiyong, Zweifel an der Lehre vom dinglichen Rechtsgeschäft, im „Beiträge zur Eintragung unbeweglicher Sachen“, Verlag des Gesetzes, Peking 2007.

[1113] Beispielsweise wird der § 758 ZGB der Republik China um den Abs. 2 ergänzt: „Dieses Rechtsgeschäft muss schriftlich sein.“ Folglich benötigt ein dingliches Rechtsgeschäft in Taiwan nach dem Gesetzeswortlaut unbedingt eine schriftliche Form.

Volksrepublik) allerdings nicht dazu veranlassen, eigenmächtig voreilige Änderungen der übernommenen Gesetzesvorschriften vorzunehmen und sich hierdurch von der deutschen Rechtstradition und Kontinuität wieder zu entfernen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das taiwanische Zivilrecht, welches sich unmittelbar am deutschen Zivilrecht ausgerichtet hat, eine Vorbildfunktion für die Volksrepublik China einnimmt und sich an ihm bereits gezeigt hat, dass auf Basis der vom deutschen Recht übernommenen Systematik und Logik eine eigenständige Rechtsentwicklung möglich ist. Da bereits heute nicht wenige Juristen der Volksrepublik China auf diese positive Entwicklung blicken, die keiner Beeinflussung durch das sowjetische Zivilrecht ausgesetzt war, könnte die taiwanische Rechtsordnung in Zukunft die Schlüsselrolle für eine Vereinheitlichung des Rechts in Gesamtchina einnehmen. Eine denkbare Integration der Rechtsordnungen im Festland China und in Taiwan kann vielleicht auch die künftige Vereinigung Chinas fördern.

III. Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip in Festland China

1. Die schwierige Lage wegen hybrider Rechtskulturen in China

Bis heute steht die Gesetzgebung in China vor den in einer „hybriden Rechtskultur" zwangsläufig auftretenden Problemen.

Seit der Wirtschaftsreform[1114] im Jahr 1978 versucht der chinesische Gesetzgeber, sich dem bislang vorherrschenden Einfluss des sowjetischen Rechtssystems zu entziehen. Das Gesetz „Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts der Volksrepublik China" von 1986[1115] war der erste Schritt aus der Bevormundung. Auffallend in diesem Gesetz ist die Regelung in der Vorschrift des § 72 Abs. 2. Hiernach setzt der Eigentumsübergang, dem ein Vertrag zugrunde liegt, die Übergabe voraus, es sei denn, das Gesetz schreibt etwas anderes vor. Die Vorschrift ist von besonderer Bedeutung, weil hiermit das Trennungsprinzip eingeführt wurde, auch wenn zu diesem Zeitpunkt sicher noch keine konkreten Vorstellungen über die Rechtsanwendung dieser Vorschrift bestanden.

Man hat den Eindruck, dass in den 1990er Jahren das chinesische Recht auch einem starken Einfluss durch das japanische Recht unterlag. In diesem Zeitraum wurden das *Sicherheitengesetz* und das *Vertragsgesetz* ausgearbeitet. Beide Gesetze orientieren sich an den Grundsätzen des japanischen Rechts, und insbesondere das Vertragsgesetz steht offenkundig nicht im Einklang mit dem in der Vorschrift des § 72 Abs. 2 der „Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts" verankerten Trennungsprinzip. Die

[1114] Demgegenüber ist seitdem bis heute die „Politikreform" in der Volksrepublik China unglaublich mühsam.

[1115] Vor kurzem wurde von chinesischen Juristen der Vorschlag gemacht, dass dieses Gesetz schnellstmöglich modifiziert werden sollte und künftig „Allgemeiner Teil des ZGB der Volksrepublik China" werden sollte.

Vermengung von Rechtsvorschriften aus verschiedenen Rechtsordnungen, die sich an unterschiedlichen Rechtsgrundsätzen ausrichten, hat dauerhaft im chinesischen Recht zu Widersprüchen und Unsicherheiten geführt. So bestehen auch hinsichtlich der Geltung des Trennungs- und Abstraktionsprinzips im chinesischen Recht bis heute noch Zweifel. Insgesamt kann man jedoch davon ausgehen, dass der Einfluss der deutschen Rechtsordnung insbesondere auf der akademischen Ebene überwiegen wird, nachdem bereits seit den 1980er Jahren viele im BGB verankerten pandektistische Begriffe und Rechtsprinzipien in der chinesischen Literatur anerkannt sind, wie z.B. das Schuldverhältnis, das dingliche Recht, der Vertrag, usw. Es kann davon ausgegangen werden, dass dem Gesetzgeber in der Volksrepublik China die sich aus einer hybriden Rechtskultur ergebenden Folgen und die hiermit verbundenen Probleme nicht bewusst sind, was sich insbesondere im Umgang mit sich widersprechenden Regelungen zeigt. Auch die Gesetzgebung in Taiwan ist außer vom deutschen Recht nicht frei von fremden Einflüssen.

Hier ist der Einfluss der USA deutlich spürbar. Die Vorschriften der §§ 94 Nr. 2 und 108 Vertragsgesetz regeln die Institution des sog. „*anticipatory breach*“ aus den USA. Auch hier sollten die Probleme, die im Zusammenhang mit dem Zusammentreffen von Grundsätzen verschiedener Rechtsordnungen auftreten, nicht unterschätzt werden.

Insgesamt kann festgehalten werden, dass der chinesische Gesetzgeber bis heute dazu neigt, selektiv Rechtsinstitutionen und Rechtsbegriffe aus dem Ausland zu übernehmen, ohne die dahinter stehende Systematik zu reflektieren. Ebenso bleibt ungeklärt, ob die dahinter stehenden Rechtsgrundsätze im chinesischen Recht tatsächlich Geltung haben sollen. Antworten auf die bestehenden Fragen und Unsicherheiten finden sich allein in der Rechtsprechung des Chinesischen Obersten Volksgerichts (Abkürzung als OVG), dessen Leitlinien allerdings auch nur „vermuten“ lassen, ob ein Rechtsprinzip im chinesischen Recht Anwendung findet oder nicht. Häufig führen derartige „Vermutungen“ zu weiteren Verunsicherungen. Daher sollte der Gesetzgeber der Volksrepublik China seine Versäumnisse aus der Vergangenheit nicht mehr wiederholen und es sich zur Aufgabe machen, eigene rechtliche Leitgedanken zu entwickeln, bevor er fremde Regelungen aus fremden Rechtsordnungen unbesehen übernimmt. Bei der Übernahme fremder Vorschriften sollte er sich mit den Folgen auseinandersetzen und zur Vermeidung von Unsicherheiten eindeutig Stellung beziehen, welche Rechtsgrundsätze Geltung beanspruchen. Nur auf diese Weise kann der Gesetzgeber den Problemen wirksam entgegentreten, die im Zusammenhang mit einer hybriden Rechtskultur auftreten.

Nicht zuletzt werden Irritationen durch unrichtige Publikationen in China verursacht, die nicht dem wissenschaftlichen Standard entsprechen. So bezieht sich z.B. ein neueres Lehrbuch aus dem Jahre 2015 auf eine Veröffentlichung aus dem Jahr 1957, in welcher ausgeführt wurde, dass die h.M. in Deutschland „in letzter Zeit“ auf das

Abstraktionsprinzip verzichtet habe.[1116] Es kann dahingestellt bleiben, ob derartige Falschmeldungen in Bezug auf das geltende deutsche Recht bewusst oder unbewusst erfolgen.

2. Literaturstreitigkeiten

a) Befürworter und Gegner des Trennungs- und Abstraktionsprinzips

1) Ausgangspunkte der Befürworter

In der chinesischen Literatur stehen sich Befürworter [1117] und Gegner [1118] des Trennungs- und Abstraktionsprinzips gegenüber.

Xianzhong Sun [1119] hat als erster zwischen dem „Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft“ im Sinne des deutschen BGB unterschieden. Im Zusammenhang mit den Unsicherheiten, die in Bezug auf die Vertragserfüllung bestehen, befasste er sich zunächst [1120] mit dem Verpflichtungsgeschäft. Hierbei ging es z.B. um das Problem, dass das Wirksamwerden des Kaufvertrages den Eigentumsübergang nicht automatisch bewirkt und der Käufer daher noch nicht sicher weiß, ob er Eigentümer werden kann. Nach *Xianzhong Sun* entfaltet der (Kauf)Vertrag lediglich eine obligatorische Wirkung, so dass zusätzlich ein dingliches Rechtsgeschäft (Verfügungsgeschäft) erforderlich ist. Dieses kann sich sowohl auf die Bestellung und den Erwerb als auch auf die Änderung und Aufhebung des dinglichen Rechts richten.

[1116] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, Verlag des Rechtssystems, 3. Auflage, Peking 2015, S. 201.

[1117] Sun, Xianzhong, Ursprung und Sinn der Lehre vom dinglichen Rechtsgeschäft, in der Zeitschrift „Forschungen der Jurisprudenz“, Jahrgang 1996 Kapitel 18 Nr. 3. Sun, Xianzhong, Sachenrecht, Verlag des Gesetzes, Peking 2001, S. 153. Ge, Yunsong, Forschungen über die Theorie des dinglichen Rechtsgeschäfts, in der Zeitschrift „Chinesische und Ausländische Jurisprudenz“, Band 16 Nr. 6, Peking 2004, S. 724. Ge, Yunsong, Beiträge zu schwierigen Fragen des Sachenrechtsgesetzes, in der „Lehrzeitschrift der Huadong-Universität für Politik und Rechtswissenschaft“, Jahrgang 2007 Nr. 6, Shanghai 2007, S. 118.

[1118] Liang, Huixing, Zur Frage, ob das chinesische Zivilrecht das dingliche Rechtsgeschäft anerkennt, in seinem Werk „Forschung zu zivilrechtlichen Lehren und zur Gesetzgebung“, Verlag der Universität für Politik und Rechtswissenschaft, Peking 1993, S. 126. Liang, Huixing, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, S. 202. Wang, Liming, Beiträge zu einigen Fragen des dinglichen Rechtsgeschäfts, in der Zeitschrift „Chinesische Rechtswissenschaften“, Peking 1997, Jahrgang 1997 Nr. 3. Wang, Liming, Sachenrecht, Verlag der Universität für Politik und Rechtswissenschaft, Peking 1998, S. 48ff.

[1119] Siehe z.B. Sun, Xianzhong, Systembildung in der Rechtsgeschäftslehre und der zivilrechtlichen Kodifizierung, in der Zeitschrift „Yuelu-Kommentar der Jurisprudenz“, Changsha 2003, S. 123ff. Dieser Beitrag besteht aus einigen Teilen der Vorträge, die er seit 2001 in vielen chinesischen Hochschulen gehalten hat. Sun, Xianzhong, Ursprung und Sinn der Lehre vom dinglichen Rechtsgeschäft. Sun, Xianzhong, Das Trennungsprinzip zwischen Grund und Erfolg des Wechsels im Sachenrecht, in der Zeitschrift „Forschungen der Jurisprudenz“, Jahrgang 1999 Nr. 5. Sun, Xianzhong, Nochmalige Diskussion der Lehren zum dinglichen Rechtsgeschäft, in der Zeitschrift „Chinesische Solzialwissenschaft“, Jahrgang 2001 Nr. 5.

[1120] Sun, Xianzhong, Systembildung in der Rechtsgeschäftslehre und der zivilrechtlichen Kodifizierung, S. 133ff.

Die Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft entspricht seiner Auffassung nach auch dem „Menschenverstand“[1121].

Heute wird auch in China die Auffassung vertreten[1122], dass das Trennungsprinzip eine logische Konsequenz der Differenzierung zwischen obligatorischen und dinglichen Rechten sei. Dieser Auffassung folgend erfordert die Übertragung eines dinglichen Rechts auch im chinesischen Recht eine dingliche Einigung.

Nach der Lehre des taiwanischen Juristen *Yongqin Su*[1123] ist auch bei Geschäften des täglichen Lebens die Unterscheidung zwischen drei Rechtsgeschäften zur Verwirklichung der Privatautonomie unvermeidbar, wobei eingeräumt wird, dass es sich bei dem im Zivilrecht allgemein verwendeten Begriff des „Rechtsgeschäfts“ um einen sehr abstrakten Begriff handelt. *Yongqin Su* weist auch zutreffend darauf hin, dass diese Differenzierung durch alleinige Verwendung von Begriffen wie „Kauf“ und „Miete“ nicht erfolgt, weil diese Begriffe nur einen geringen Abstraktionsgrad aufweisen.

2) Die Kritik der Gegenmeinungen

Hiervon abweichend vertreten *Yi Wang* und seine Anhänger[1124] die Auffassung, dass die Differenzierung zwischen verschiedenen Rechtsgeschäften unter Anwendung des Trennungs- und Abstraktionsprinzips lebensfremd sei und deshalb auf die dahinter stehende Logik verzichtet werden könne. Nach seiner Auffassung „müsse das Recht nicht stets logisch sein“, weil auch mit Gesetzen, die der Logik entsprechen, nicht alle Fälle in der Praxis gelöst werden könnten. Bei der Frage der Anwendung des Trennungsprinzips handele es sich lediglich um eine zur Auswahl stehende Auslegungsmethode, während die Frage der Anerkennung des Abstraktionsprinzips eigentlich nur eine Wertentscheidung im Hinblick auf die schützenswerten Interessen der Vertragspartner darstelle. Die von *Yi Wang* vorgetragene Argumentation rechtfertigt meiner Meinung nach nicht eine generelle Ablehnung des Trennungs- und Abstraktionsprinzips. Sie kann allenfalls nur im Einzelfall zur Begründung von Ausnahmen herangezogen werden.

[1121] Sun, Xianzhong, Systembildung in der Rechtsgeschäftslehre und der zivilrechtlichen Kodifizierung, S. 135, 136.
[1122] Ge, Yunsong, Forschungen über die Theorie des dinglichen Rechtsgeschäfts, S. 724. Ge, Yunsong, Beiträge zu schwierigen Fragen des Sachenrechtsgesetzes, S. 118.
[1123] Su, Yongqin, Die Selbständigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts und anderen betroffenen Fragen, im Werk „Forschungen zu streitigen Fragen des Sachenrechts im Zivilrecht“, herausgegeben von Su, Yongqin, Wunan-Verlag, Taibei 1999, S. 26, 27.
[1124] Beispielsweise ist Wang, Yi, der Meinung, dass die Anerkennung des Trennungsprinzips eine Frage der Auswahl der Auslegungsweise und die Anerkennung des Abstraktionsprinzips eine Frage der Wertentscheidung ist. Siehe Wang, Yi / Guan, Shufang, „Optionen der Gesetzgebung bei der Wahl der Strategie für den Verkehrsschutz beim Übergang des dinglichen Rechts“, in der Zeitschrift „Solzialwissenschaft des Zhejiang“, Jahrgang 2005 Nr. 6, S. 81.

Eine Auseinandersetzung mit den Gegnern in Festland China, die das Trennungs- und das Abstraktionsprinzip z.B. lediglich als eine gesetzliche Fiktion ansehen und damit eine dingliche Einigung generell verneinen[1125], soll an dieser Stelle nicht erfolgen.

Viele Gegner beschränken sich bei der Erörterung der Anwendbarkeit des Trennungs- und Abstraktionsprinzips nur auf die Übergabe beweglicher Sachen und lassen die unbeweglichen Sachen bewusst oder unbewusst immer außer Acht. Sie beziehen sich im ersten Schritt in ihrer Kritik immer noch auf *Savigny*, der bereits im 18. Jahrhundert als erster das Erfordernis der dinglichen Einigung für die Übertragung beweglicher Sachen eingeführt hat. Hierbei zitieren sie wörtlich[1126] die aus seinem Werk „System des heutigen Römischen Rechts" stammende Formulierung „*Die Tradition ist ein wahrer Vertrag*", ohne sich jedoch mit der dahinter stehenden Dogmatik auseinanderzusetzen. Anschließend verneinen die Gegner in China im zweiten Schritt sofort die Notwendigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts bei beweglichen Sachen. Sie erachten diese Konstruktion bei Geschäften des Alltags für schlichtweg überflüssig und lebensfremd. Die Bedeutung des Trennungs- und Abstraktionsprinzips für unbewegliche Sachen wird völlig verkannt, was wiederum nicht verwundert, nachdem man es fehlerhaft versäumt hat[1127], die Anwendbarkeit der Prinzipien auf unbewegliche Sachen zu erstrecken und dieses Versäumnis in China[1128] bis heute fortbesteht.

Andere Gegner[1129] des Trennungs- und Abstraktionsprinzips führen an, dass der Verkehrsschutz bereits durch andere Rechtsinstitutionen gewährleistet sei. Als Beispiel hierfür verweisen sie auf den gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen und bei unbeweglichen Sachen auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Daher sei das Abstraktionsprinzip im Hinblick auf den Verkehrsschutz nicht nötig. Manche

[1125] Wie z.B. die These, die dingliche Einigung sei eine Fiktion von Juristen, nur ein Zusammenwirken von Übergabe und Kaufvertrag könne Änderungen des Sachenrechts hervorbringen, die Eintragung sei ein Verwaltungsakt, das Abstraktionsprinzip schade dem Verkäufer sehr stark und verstoße gegen Treu und Glauben, etc. Siehe Wang, Liming, Beiträge zu einigen Fragen des dinglichen Rechtsgeschäfts, in der Zeitschrift „Chinesische Rechtswissenschaften", Jahrgang 1997 Nr. 3, Peking 1997, S. 61ff.

[1126] Siehe z.B. Wang, Liming, Beiträge zu einigen Fragen des dinglichen Rechtsgeschäfts. Chen, Huabin, Sachenrecht des Zivilrechts, 1. Auflage, Verlag des chinesischen Rechtssystems, Peking 2010, S. 130.

[1127] Ganz deutlich siehe Chen, Huabin, Sachenrecht des Zivilrechts, S. 144ff. Auch Wang, Liming, Beiträge zu einigen Fragen des dinglichen Rechtsgeschäfts.

[1128] Faktisch gibt es in China bewusst oder unbewusst, mehr oder weniger, Missverständnisse über deutsche Literatur. Beispielsweise hat Chen, Huabin, in seinem „Sachenrecht des Zivilrechts", in der Fußnote 2 auf der S. 147, einen Absatz aus Baur/Stürner Sachenrecht § 5 Rn. 40 in chinesischer Edition zitiert, „Wer in der Buchhandlung ein Buch kauft, bezahlt und sich gleich mitgeben lässt, wird es als lebensfremd bezeichnen, wenn ihm der Jurist sagt, es handle sich hier um einen Kaufvertrag und zwei Übereignungen (des Geldes und des Buches)." Dann erklärt er weiter, dass die Autoren Baur/Stürner der Meinung seien, die abstrakte Verfügung beweglicher Sachen sei völlig lebensfremd.

[1129] Siehe Chen, Huabin, Sachenrecht des Zivilrechts, S. 145, 146. Wang, Yi / Guan, Shufang, Optionen der Gesetzgebung bei der Wahl der Strategie für den Verkehrsschutz beim Übergang des dinglichen Rechts, S. 83ff. Wang, Liming, Beiträge zu einigen Fragen des dinglichen Rechtsgeschäfts, S. 67.

Gegner[1130] vertreten sogar die Auffassung, dass das Rechtsinstitut des gutgläubigen Erwerbs das Abstraktionsprinzip ersetze. Diese Auffassung ist allerdings falsch, weil der gutgläubige Erwerb meist nur für bewegliche Sachen und bei der fehlenden Verfügungsbefugnis eine Rolle spielt, während sich das Abstraktionsprinzip im ganzen Rechtssystem auswirkt. Insbesondere bei der fehlenden Verfügungsbefugnis gelangt das Abstraktionsprinzip gar nicht erst zur Anwendung, weil die dingliche Einigung gar nicht wirksam ist. Deshalb muss das Abstraktionsprinzip neben dem Rechtsinstitut des gutgläubigen Erwerbs stehen und kann durch dieses Institut nicht ersetzt werden. Vor diesem Hintergrund wird auch die Meinung vertreten, dass der gutgläubige Erwerb in den Fällen der fehlenden Verfügungsbefugnis nur eine „ergänzende Rolle“[1131] spielt.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Gegner des Trennungs- und Abstraktionsprinzips vor allem die Lebensfremdheit und die Kompliziertheit dieser rechtlichen Konstruktion kritisieren und nicht erkennen oder nicht sehen wollen, dass nur mithilfe der Abstraktion ein den Erfordernissen der modernen Marktwirtschaft entsprechender höherer Differenzierungsgrad auf der rechtlichen Seite hergestellt werden kann. Dabei verkennen sie, dass „freiheitliche Rechtsordnungen nie einfach sein können, weil Freiheit stets ein hohes Differenzierungspotential und Beweglichkeit verlangt.“[1132]

Stürner hat bereits im Jahre 1992 zutreffend ausgeführt: „Die heutige Dimension des Abstraktionsprinzips wird verkannt, wenn man es nur - wie vielfach - am Beispiel der Übereignung beweglicher Sachen diskutiert, um dann ergebnisorientiert und oft voreilig seine Bedeutungslosigkeit und Lebensfremdheit festzustellen. Das Abstraktionsprinzip trägt Rechtssicherheit und Einfachheit der dinglichen Zuordnung in sich und erlaubt trotzdem einen hohen Grad rechtlicher Differenzierung bei der Bewältigung vielseitiger wirtschaftlicher Gestaltung - darin liegt das Geheimnis seiner konstruktiven Überlegenheit, die sich gerade im Recht der Grundpfandrechte eindrucksvoll zeigt.“[1133] Meines Erachtens hat gerade die Unterschätzung der Vorteile des Abstraktionsprinzips, wie sie von *Stürner* knapp und zutreffend beschrieben werden, im chinesischen Recht zu Fehlern in systematischer Hinsicht geführt.

b) Streitige Auseinandersetzung bezüglich derzeitiger Gesetze

1) Bleibende Unklarheiten bezüglich des Einheits- und Trennungsprinzips

[1130] Siehe Wang, Yi / Guan, Shufang, „Optionen der Gesetzgebung bei der Wahl der Strategie für den Verkehrsschutz beim Übergang des dinglichen Rechts“. Wang, Liming, Beiträge zu einigen Fragen des dinglichen Rechtsgeschäfts, S. 67.

[1131] Tian, Shiyong, erklärt dies in anderer Weise, nämlich dass die Redlichkeit bei gutgläubigem Erwerb die Verfügungsbefugnis gesetzlich ersetzt, so dass der gutgläubige Erwerb ein besonderes Verfügungsgeschäft darstellt. Ich halte diese Argumentation für akzeptabel. Siehe Tian, Shiyong, Das dingliche Rechtsgeschäft, insbesondere im Vergleich zwischen dem Eigentumserwerb im Chinesischen und Deutschen Recht, Verlag der Universität für Politik und Rechtswissenschaft, Peking 2002, S. 261ff.

[1132] Stürner, in Festschrift für Rolf Serick, S. 377, 378.

[1133] Stürner, in Festschrift für Rolf Serick, S. 377, 388.

Seit dem Inkrafttreten neuerer Gesetze versuchen chinesische Juristen bei der Gesetzesauslegung das Trennungs- und Abstraktionsprinzip anzuwenden. Aufgrund der Beeinflussung des chinesischen Rechts durch verschiedene Rechtsordnungen und den Störfaktoren, mit denen eine hybride Rechtskultur zu kämpfen hat, ist dies oft schwierig.

Es muss vorangestellt werden, dass das chinesische Recht nicht über eine dem deutschen Recht vergleichbare klare Terminologie verfügt. Beispielsweise wird der Begriff „Vertrag" in verschiedenen chinesischen Gesetzen mit unterschiedlichem Bedeutungsgehalt verwendet. Da im chinesischen Recht die im BGB verwendeten Begriffe „dingliche Einigung" und „dinglicher Vertrag" nicht vorkommen, schwankt die Auslegung des Vertragsbegriffs in der chinesischen Rechtsordnung immer zwischen dem „einheitlichen" und dem „schuldrechtlichen" Vertrag.

Nach § 130 Vertragsgesetz ist der Kaufvertrag in diesem Gesetz ein Vertrag, durch den der Verkäufer das Eigentum der Kaufsache an den Käufer *überträgt* und der Käufer den Kaufpreis bezahlt. Dem Wortlaut dieser Vorschrift folgend wird die Auffassung vertreten, dass der Eigentumsübergang im chinesischen Recht unmittelbar aufgrund des „Kaufvertrages" ohne dingliche Einigung erfolge.[1134] Somit gilt im chinesischen Recht - ausgehend vom Vertragsgesetz - das Einheits- und nicht das Trennungsprinzip.

In der Literatur [1135] in Festland China wird seltsamerweise *innerhalb eines Kaufvertrags* zwischen dem Geschäftswillen, der auf die Gestaltung des Schuldverhältnisses und demjenigen, der auf den Eigentumsübergang gerichtet ist, unterschieden. Man darf diese Unterscheidung in Bezug auf die unterschiedlichen Formen des Geschäftswillens allerdings nicht mit einer im deutschen Recht verankerten Unterscheidung zwischen schuldrechtlichem und dinglichem Rechtsgeschäft gleichsetzen.

Während das Vertragsgesetz dem Einheitsprinzip folgt, differenziert das Sachenrechtsgesetz deutlich zwischen dem *Grundgeschäft* und dem *Vollzug* des Sachenrechtswechsels. Nach der Vorschrift des § 15 Sachenrechtsgesetz wird die Wirksamkeit eines Vertrages, der zur Bewirkung des Eigentumsübergangs verpflichtet, bei fehlender Eintragung ins Grundbuch nicht berührt, es sei denn, das Gesetz schreibt etwas anderes vor. Wenn auch das chinesische Recht nicht die dem deutschen BGB zugrunde liegende Terminologie konsequent verwendet, so werden in der Praxis dennoch die gleichen Ergebnisse erreicht wie bei der Anwendung des deutschen Trennungsprinzips. Ein Bekenntnis zum Abstraktionsprinzip erfolgt allerdings im Sachenrechtsgesetz nicht, mit der Folge, dass das Gesetz keine Antwort auf die Frage gibt, ob die Wirksamkeit des „Vertrages" die Wirksamkeit des

[1134] Liang, Huixing, Der Kampf um das chinesische Zivilgesetzbuch, Verlag des Gesetzes, Peking 2002, S. 250, 251.
[1135] Cui, Jianyuan, Erörterungen zur Verfügung von Nichtberechtigten, in der Zeitschrift „Forschungen der Rechtswissenschaften", Jahrgang 2003 Nr. 1.

Sachenrechtsübergangs beeinflusst. Damit ist die Anwendung des Abstraktionsprinzips im chinesischen Recht immer noch hoch streitig.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass das Trennungsprinzip, abgesehen von einigen Ausnahmen, im Sachenrechtsgesetz verankert ist, während dem Vertragsgesetz das Einheitsprinzip zugrunde liegt. Die sich hieraus ergebenden Probleme sind Folge der hybriden Rechtskultur.

2) § 51 Vertragsgesetz

Zu der Auslegung dieser Vorschrift besteht ein großer Meinungsstreit. Die Besonderheit der Vorschrift des § 51 Vertragsgesetz liegt darin, dass mit ihr der Wortlaut des § 185 des deutschen BGB in abweichender Form übernommen worden ist, der die Wirksamkeit der Verfügung eines Nichtberechtigten regelt. Während das taiwanische Recht[1136] mit § 118 ZGB die Vorschrift des § 185 des deutschen BGB ebenfalls in seinen *Allgemeinen Teil* aufgenommen hat, wurde der Wortlaut des § 185 BGB vom chinesischen Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 51 jedoch unmittelbar in das Vertragsgesetz Chinas aufgenommen, was zu einem eindeutigen Widerspruch in der Gesetzessystematik geführt hat.

Nach der wörtlichen Übersetzung des § 51 Vertragsgesetz wird „ein *Vertrag* vom Nichtberechtigten wirksam, wenn der Berechtigte den *Vertrag* genehmigt oder wenn der *Verfügende* nach Vertragsabschluss die *Verfügungsbefugnis* erhält". Nach diesem missglückten Wortlaut des § 51 Vertragsgesetz werden die in § 185 des deutschen BGB für die dingliche Verfügung eines Nichtberechtigten genannten Wirksamkeitsvoraussetzungen faktisch unmittelbar auf *Verträge* von Nichtberechtigten angewendet. Dies hat insbesondere bei Kaufverträgen zur Folge, dass die Wirksamkeit des Vertrages in Abhängigkeit von der Wirksamkeit der dinglichen Übereignung gestellt ist, auch wenn die chinesische h.L. vor dem Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes damals das Trennungsprinzip noch nicht anerkannte. Die hierbei zugrunde gelegte Systematik steht in eindeutigem Widerspruch zum Abstraktionsprinzip des deutschen BGB, wo der schuldrechtliche Vertrag und die dingliche Verfügung unabhängig voneinander zu beurteilen sind. Es stellt sich berechtigter Weise auch die grundsätzliche Frage nach der Rechtsnatur des „Vertrages im Sinne des Vertragsgesetzes", ob es sich nämlich um einen rein schuldrechtlichen, dinglichen oder gemischten Vertrag handelt. Es ist weiterhin zu überlegen, ob der systematische Widerspruch dadurch behoben werden kann, dass die Auslegung der Vorschrift des § 185 des deutschen BGB im Rahmen der Auslegung des § 51 Vertragsgesetz herangezogen wird.

Es ist festzuhalten, dass in den Fällen mit *positivem Ausgang*, in denen der Nichtberechtigte nachträglich die Verfügungsbefugnis erhält oder der Vertrag im

[1136] § 118 ZGB der Republik China. Diese Kopie aus fremdem Gesetzeswortlaut wird auch von Liang, Huixing, der das Trennungs- und Abstraktionsprinzip stark kritisiert hat, akzeptiert. Siehe Liang, Huixing, „Zum Verständnis des § 51 Vertragsgesetz", in der „Zeitung des Volksgerichts" am 8.1.2000.

Nachhinein genehmigt wird, die in verschiedenen Rechtsordnungen geltenden unterschiedlichen Prinzipien, d.h. das Einheits-, Trennungs-, Kausal- und auch das Abstraktionsprinzip, zum selben Ergebnis führen. Anders hingegen in den Fällen mit *negativem Ausgang*, z.B. wenn der Nichtberechtigte im Nachhinein keine Verfügungsbefugnis erhält und der Vertrag nicht genehmigt wird.

In der herrschenden Literatur[1137] wird einhellig davon ausgegangen, dass der Begriff „Vertrag" im Sinne des Vertragsgesetzes des chinesischen Rechts, vergleichbar mit der Regelung in Frankreich, vom Einheitsprinzip geprägt sei. Dem in der Vorschrift des § 51 Vertragsgesetz verwendeten Begriff „Verfügung"[1138] wird keine Bedeutung beigemessen. Nach einer in der Literatur maßgeblichen Meinung[1139] wird vertreten, dass § 51 Vertragsgesetz nur die Unwirksamkeit des „Vertrages" regele, hingegen nicht die Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts. Würde man dieser Auffassung folgen, so hätte dies zwangsläufig zur Folge, dass der Gläubiger im Falle der Unwirksamkeit des einheitlichen Vertrages auch keinen Anspruch auf Schadensersatz hätte und damit schutzlos wäre. Dieses offensichtlich ungerechte und damit unbefriedigende Ergebnis würde die Weiterentwicklung des chinesischen Rechts behindern.

Das häufige Auftreten unbefriedigender Ergebnisse aufgrund nicht eindeutiger Gesetzesformulierung hat schließlich dazu geführt, dass die im Vertragsgesetz verwendeten Begriffe in China schon lange Zeit hinterfragt und kritisiert werden. Es besteht noch immer keine Einigkeit darüber, ob die sog. „Verfügung" im chinesischen Recht dem Verfügungsgeschäft i.S.d. deutschen Zivilrechts entspricht[1140]. Allein die Existenz des Vertragsgesetzes wirft erneut die Frage nach der Rechtsnatur des Vertrages auf, zumal der Begriff des „Vertrages" über dieses Gesetz hinaus auch in weiteren chinesischen Gesetzen verwendet wird. Dabei ist bis heute noch nicht vollständig geklärt, ob damit ein schuldrechtlicher, einheitlicher oder gar dinglicher[1141] Vertrag gemeint ist.

[1137] Liang, Huixing, „Zum Verständnis des § 51 Vertragsgestz".

[1138] Die Auslegung des Begriffs „Verfügung" in § 51 Vertragsgesetz ist im chinesischen Recht ebenfalls streitig. Siehe z.B. Liang, Huixing, „Zum Verständnis des § 51 Vertragsgesetz" Han, Shiyuan, „Verfügung von Nichtberechtigten und Wirkung des Vertrags", in der „Zeitung des Volksgerichts" am 23.11.1999. Wang, Yi, Theorien zum Sachenrechtswechsel, Peking 2001, S. 216.

[1139] Insbesondere Liang, Huixing, „Zum Verständnis des § 51 Vertragsgesetz". Liang hält bis heute auch stark an dieser Meinung fest. Siehe sein Beitrag am 31.07.2012, „Die Begründung der Auslegungsregeln für die besondere Rechtswirkung des Kaufvertrags: Auslegung des § 3 der höchstrichterlichen Erläuterungen vom Chinesischen Obesten Volksgericht zum Kaufvertrag", auf der Webseite http://www.iolaw.org.cn/showarticle.asp?id=3366. Sowie sein öffentlicher Vortrag am 25.10.2012, inhaltlich auf der Webseite http://www.iolaw.org.cn/showNews.aspx?id=32696.

[1140] Über den Begriff der „Verfügung" im taiwanischen und chinesischen Recht siehe Wang, Zejian, Verkauf und Übertragung fremder Sachen, in „Forschungen zu den zivilrechtlichen Lehren und der Rechtsprechung", Vierter Band, Verlag der Universität für Politik und Rechtswissenschaft, Peking 2003, S. 145ff.

[1141] Manche chinesische Juristen aus der Praxis versuchen eine Auslegung dahin, dass der unwirksame „Vertrag" i.S.d. § 51 Vertragsgesetz die dingliche Einigung im Sinne des deutschen BGB sei. Siehe

Wie oben dargelegt, qualifiziert die h.L. in China[1142] den „Vertrag“ i.S.d. § 51 Vertragsgesetz grundsätzlich als „einheitlichen Vertrag“. Dabei beruft sie sich unter Bezugnahme auf § 130 Vertragsgesetz auf das hierin verankerte Einheitsprinzip. Es wird in diesem Zusammenhang auch vertreten, dass abweichende Auslegungen als Verstoß gegen den Grundgedanken des Vertragsgesetzes anzusehen seien[1143]. Dem ist aber wieder entgegenzuhalten, dass die Anwendung des Einheitsprinzips die hohe Zahl an unbefriedigenden Ergebnissen nicht zu reduzieren vermag.

Ausgehend vom Wortlaut des § 51 Vertragsgesetz wird in der Literatur auch die Auffassung vertreten, dass der Vertrag unter den in § 51 Vertragsgesetz genannten Voraussetzungen auch dann „unwirksam“ [1144] sei, wenn er lediglich als schuldrechtlicher[1145] Vertrag angesehen werden würde. Folgt man dieser Auffassung, so wäre eine Differenzierung zwischen schuldrechtlichem und dinglichem Vertrag im Zusammenhang mit dieser Vorschrift unerheblich. Dabei wird den nicht selten unbefriedigenden Ergebnissen zu wenig Rechnung getragen. Ebenso ist anzumerken, dass eine mit § 51 Vertragsgesetz vergleichbare Regelung auch in anderen Rechtssystemen nicht vorkommt.

Es fällt auf, dass einige Juristen in China offensichtlich nicht dazu bereit sind, den in Bezug auf die Vorschrift des § 51 Vertragsgesetz begangen Gesetzgebungsfehler einzuräumen und stattdessen um neue Theorien bemüht sind, um die „misslungene“ Vorschrift auszulegen. Der Versuch einer Korrektur erfolgt zuweilen auch über das später in Kraft getretene Sachenrechtsgesetz. Obwohl sie das im Sachenrechtsgesetz verankerte Trennungsprinzip akzeptieren, stößt das Abstraktionsprinzip bei ihnen auf Widerstand.

Nach einer starken Meinung in der Literatur umfasse der einheitliche/gemischte Vertrag i.S.d. § 51 Vertragsgesetz sowohl das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäft, auch wenn die Gesetzesvorschrift den Begriff des „dinglichen Verfügungsgeschäft“ nicht verwende und lediglich vom „Vertrag“ spreche, der auf die „Verfügung des Nichtberechtigten“ gerichtet ist. Nach dieser Meinung solle nur das im einheitlichen Vertrag enthaltene „Verfügungsgeschäft“ von der Unwirksamkeit erfasst werden, nicht hingegen der einheitliche Vertrag im Ganzen. Im Falle der fehlenden Genehmigung könne das Eigentum nicht übereignet werden mit der Folge, dass der Nichtberechtigte der Gegenseite allerdings zum Schadensersatz verpflichtet

---

Wang, Chuang, Beiträge zum Verkauf fremder Sachen und zur Verfügung von Nichtberechtigten, in der Zeitschrift „Volksjustiz“, Jahrgang 2000 Nr. 11, Peking 2000, S. 24.

[1142] Siehe Liang, Huixing, „Zum Verständnis des § 51 Vertragsgesetz“

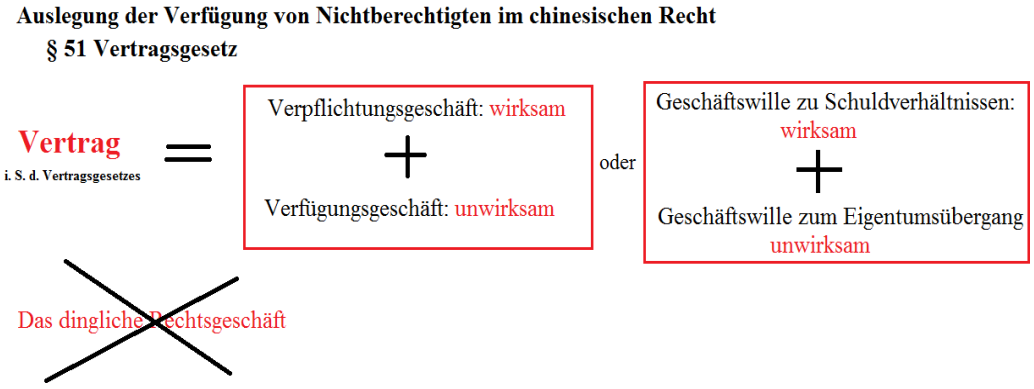
[1143] Siehe Liang, Huixing, „Sachenrechtswechsel und Verfügung von Nichtberechtigten“, in „Erörterungen der Rechtsprechung“, Verlag des Volksgerichts, Peking 2000, S. 50.

[1144] Cui, Jianyuan, Die Wirksamkeit des Vertrags mit Nichtberechtigten, in der Zeitschrift „Rechtswissenschaften des Hebei“, Jahrgang 2006 Nr. 3. Jiang, Ping, Die Genauigkeit der Auslegung des Vertragsgesetzes der VR China, Verlag der Universität für Politik und Rechtswissenschaft, Peking 1999, S. 42. Cui, Jianyuan, Erörterungen zur Verfügung von Nichtberechtigten.

[1145] Zu diesem Ergebnis als Folge der systematischen Auslegung siehe Tian, Shiyong, Das dingliche Rechtsgeschäft, S. 227ff.

sei, weil die fehlende Genehmigung die Wirksamkeit des einheitlichen Vertrages unberührt lasse. Dieser sei wirksam, während lediglich das „Verfügungsgeschäft“ schwebend unwirksam sei.[1146] Damit kombiniert diese Mindermeinung faktisch bei gleichzeitiger Anwendung des Trennungs- und Einheitsprinzips zwei sich widersprechende Prinzipien. Sie erzielt aber auf diese Weise zumindest vernünftige Ergebnisse. Im Rahmen dieser Auslegung der geltenden Vorschrift wird durch die aus dem deutschen BGB übernommenen Rechtsbegriffe eine neue Systematik geschaffen.

Teilweise wird innerhalb dieser Mindermeinung auch auf eine Übernahme der Terminologie aus dem deutschen BGB verzichtet und stattdessen zwischen dem „Geschäftswillen zur Gestaltung von Schuldverhältnissen“ und dem „Geschäftswillen zum Eigentumsübergang“ differenziert, um auf diese Weise einer Auseinandersetzung mit dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip aus dem Weg zu gehen. Lediglich die bei konkreter Fallgestaltung erforderliche Auslegung des § 51 Vertragsgesetz differenziert zwischen schuldrechtlicher und dinglicher Ebene, was durch die Verwendung des Begriffspaares „Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft“ zum Ausdruck kommt. Diese Auslegung soll es ermöglichen, die an sich fehlerhafte Vorschrift beizubehalten und dennoch unbefriedigende Ergebnisse zu vermeiden.[1147]



3. Zwischenbemerkung

Bis heute reagieren die Juristen in China, die an der Ausarbeitung der Vorschrift des § 51 Vertragsgesetz mitgewirkt haben, in Bezug auf die missglückte Formulierung und die Anwendung des Trennungsprinzips auch sehr zurückhaltend. Eine teleologische Auslegung dieser Vorschrift scheitert auch daran, dass die Stellungnahmen im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens und auch spätere Stellungnahmen nur wenig aussagekräftig sind. Dennoch erkennen Rechtsprechung und Rechtspraxis seit dem Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes, welches in Bezug auf Gesetzgebungstechnik

[1146] Han, Shiyuan, Verfügung von Nichtberechtigten und die Wirkung des Vertrags, in der „Zeitung des Volksgerichts“ am 23.11.1999.
[1147] Han, Shiyuan, Allgemeiner Teil des Vertragsrechts, 3. Auflage, Verlag des Gesetzes, Peking 2011, S. 226.

und Sprache dem Vertragsgesetz überlegen [1148] ist, das Trennungsprinzip als Grundprinzip der chinesischen Rechtsordnung an. Damit hätte das Sachenrechtsgesetz eine Änderung der Auslegung schon bestehender Gesetze zur Folge. In der Konsequenz wäre es daher wünschenswert, wenn sich der Gesetzgeber bei künftigen Gesetzesvorhaben am Trennungsprinzip orientieren würde.

In Abweichung zu § 51 Vertragsgesetz hat das ZGB Taiwan zwar den Wortlaut des § 185 des deutschen BGB vollständig übernommen, so dass sich Auslegungsprobleme, wie sie sich im Rahmen des § 51 Vertragsgesetz China stellen, eigentlich nicht auftreten hätten müssen. Allerdings hat die Auslegung durch den Obersten Gerichtshof Taiwan hier zu erheblicher Verwirrung beigetragen, weil dieser die „Verfügung" des Nichtberechtigten mit dem „Verkauf" durch den Nichtberechtigten (wörtlich „Verkauf fremder Sachen") gleichgesetzt hat. So wurde die dem deutschen BGB zugrunde liegende Differenzierung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft durch eine fehlerhafte Auslegung aufgehoben. Es wurde zeitweise in Taiwan nicht in konsequenter Weise zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft unterschieden. Zu dieser fehlerhaften Auslegung durch den Obersten Gerichtshof Taiwan hat der berühmte taiwanische Jurist *Zejian Wang*[1149] in einer Serie von Beiträgen[1150] kritisch Stellung genommen, mit der Folge, dass der Oberste Gerichtshof Taiwan seinen Fehler korrigiert hat und die übernommene Gesetzesvorschrift in Anlehnung an die deutsche Rechtsdogmatik auslegt.

Am Bespiel Taiwan wird deutlich, welche grundsätzlichen Probleme bei der Rezeption deutschen Rechts in einer fremden Rechtsordnung auftreten können. Sowohl China als auch Taiwan wurden durch die Übernahme der deutschen Vorschrift dazu gezwungen, sich mit der dahinter stehenden deutschen Rechtsdogmatik auseinanderzusetzen, insbesondere mit der Frage der Geltung des Trennungsprinzips. Dabei wurde bereits in Taiwan die Fehleranfälligkeit der Auslegung übernommener deutscher Rechtsvorschriften deutlich sichtbar. Während in Taiwan die Rechtsprechung bereits kein Problem darin sieht, den Auslegungsfehler unter konsequenter Anerkennung des Trennungsprinzips zu korrigieren, besteht die fehlerhafte Vorschrift des § 51 Vertragsgesetz in China weiterhin fort und sorgt weiterhin für Rechtsunsicherheit. Die Geschichte wiederholt sich häufig. Allerdings wurde mit dem Inkrafttreten des chinesischen Sachenrechtsgesetzes, welches sich eindeutig zum Trennungsprinzip bekennt, insbesondere durch eine entsprechende

[1148] Bu, Yuanshi, Einführung in das Recht Chinas, Verlag C. H. Beck, München 2009, S. 127.

[1149] Er hat in den 1960er Jahren in München bei Karl Larenz promoviert.

[1150] Wang, Zejian, Verkauf und Übertragung fremder Sachen, in „Forschungen zu den zivilrechtlichen Lehren und der Rechtsprechung", Vierter Band, S. 145ff. Wang, Zejian, Nochmalige Diskussion über Verkauf und Übertragung fremder Sachen, in „Forschungen zu den zivilrechtlichen Lehren und der Rechtsprechung", Vierter Band, S. 160ff. Wang, Zejian, Doppelverkauf, in „Forschungen zu den zivilrechtlichen Lehren und der Rechtsprechung des Zivilrechts", Vierter Band, S. 173ff. Wang, Zejian, Drittmalige Diskussion über Verkauf und Übertragung fremder Sachen, in „Forschungen zu den zivilrechtlichen Lehren und der Rechtsprechung", Fünfter Band, S. 47ff.

höchstrichterliche Rechtsprechung ein Richtungswechsel[1151] vorgenommen, die im Kaufvertragsrecht auf die Anwendung der Vorschrift des § 51 Vertragsgesetz verzichtet und eine neue Gesetzesvorschrift[1152] erlassen hat.

Hierüber wird weiter unten ausführlicher zu sprechen sein. Langfristig kann davon ausgegangen werden, dass die Vorschrift des § 51 Vertragsgesetz China und die sich in ihm manifestierende Beeinflussung durch das japanische Recht allmählich immer weniger Gewicht haben wird.

4. Das Sicherheitengesetz und das Sachenrechtsgesetz

a) Nebeneinander vom Sicherheitengesetz und Sachenrechtsgesetz

Das Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes in China bedeutet nicht zwangsläufig die Aufhebung des Sicherheitengesetzes. Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Personalsicherheiten des chinesischen Rechts momentan nur im Sicherheitengesetz ausführlich geregelt sind. Zwischenzeitlich sind somit in China mehrere Gesetze[1153] in Kraft getreten, welche u.a. auch Regelungen über Sicherungsrechte enthalten, z.B. die Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts, das Sicherheitengesetz, das Sachenrechtsgesetz, das Seerechtsgesetz usw. Dabei ist festzustellen, dass namentlich Sicherheiten- und Sachenrechtsgesetz bezüglich der Sicherungsrechte abweichende Regelungen enthalten, die oft einander widersprechen, was wiederum zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit beiträgt.

Nach dem in der Vorschrift des § 83 Gesetzgebungsgesetz[1154] und des § 178 Sachenrechtsgesetz[1155] verankerten Grundsatz der Vorrangigkeit des neueren Gesetzes genießt das Sachenrechtsgesetz gegenüber dem Sicherheitengesetz den

---

[1151] Der taiwanische Jurist Zejian Wang vergleicht den „Verkauf fremder Sachen“ mit einer „Elfe in der Jurisprudenz“, welche von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs Taiwan nunmehr „endlich gezähmt wird“. Diese wörtliche Darstellung stammt aus seinem Beitrag. Siehe Wang, Zejian, Nochmalige Diskussion über Verkauf und Übertragung fremder Sachen, in „Forschungen zu den zivilrechtlichen Lehren und der Rechtsprechung“, Vierter Band, S. 160ff.

[1152] Dies ist nur vor dem politischen Hintergrund verständlich, dass in China insbesondere in der Praxis die Grenze zwischen Legislative und Judikative nicht ganz eindeutig verläuft. Umso kurioser ist es, dass die an der missglückten Gesetzesvorschrift beteiligten Juristen die Vorgehensweise des Obersten Volksgerichts als eigenmächtig erachten und sich ihrerseits auf eine Trennung zwischen Legislative und Judikative berufen wollen.

[1153] Leitlinien für Entscheidungen in Zivilsachen bei Sicherungsrechten, herausgegeben von Xi, Xiaoming und dem Zweiten Zivilsenat des OVG, Verlag des Gesetzes, Peking 2014, S. 1.

[1154] § 83 Gesetzgebungsgesetz: „Wenn bei Gesetzen, Verwaltungsrechtsnormen, territorialen Rechtsnormen, Autonomie- und Einzelverordnungen oder Regeln, die von dem gleichen Organ festgesetzt wurden, besondere Regelungen und allgemeine Regelungen nicht übereinstimmen, finden die besonderen Regelungen Anwendung; wenn neue und alte Regelungen nicht übereinstimmen, finden die neuen Regelungen Anwendung.“ Die Übersetzungen von chinesischen Gesetzen in ihrer ursprünglichen Fassung habe ich auf der Webseite der Universität Göttingen (http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/chinarecht/inhalt.htm) persönlich überarbeitet.

[1155] § 178 Sachenrechtsgesetz: „Wo die Vorschriften des Sicherheitengesetzes mit denen dieses Gesetzes nicht übereinstimmen, finden die Vorschriften in diesem Gesetz Anwendung.“

Vorrang[1156]. Das chinesische OVG wendet das Prinzip der Vorrangigkeit allerdings nicht rückwirkend an. [1157] Bei Sicherungsgeschäften findet demzufolge das Sachenrechtsgesetz Anwendung, es sei denn, sie wurden vor dem Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes abgeschlossen. Eine divergierende Regelung in Sicherheiten- und Sachenrechtsgesetz ist insbesondere festzustellen bei der Eintragung der Hypothek, bei mehrfachen Bestellungen der Hypothek, bei Verfügungen über das Sicherungsgut und in Bezug auf die Akzessorietät der Hypothek.[1158]

b) Tendenz zum Trennungsprinzip

Nach § 41[1159] Sicherheitengesetz, der heute in der Rechtspraxis nach Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes keine Anwendung mehr findet, hing die Wirksamkeit des Hypothekenvertrages von der „Eintragung des Gegenstandes" ab. Die Formulierung dieser Vorschrift ist problematisch, weil die Rechtsnatur des Vertrages im chinesischen Recht von Anfang an unklar war. Da vor Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes überhaupt nicht zwischen schuldrechtlichem und dinglichem Vertrag unterschieden wurde, hatte die fehlende Eintragung der Hypothek früher nach dem Wortlaut dieser Vorschrift die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages zur Folge. Die Literatur kritisierte die Unwirksamkeit des gesamten Hypothekenvertrages und vertrat daher zur Vermeidung der Unwirksamkeit die Auffassung, dass der sog. Hypothekenvertrag i.S.d. § 41 Sicherheitengesetz ein dinglicher Vertrag[1160] sei und demzufolge die fehlende Eintragung der Hypothek die Wirksamkeit des Grundgeschäfts, das der Hypothekenbestellung zugrunde liegt, nicht beeinflusse.

Durch das Sachenrechtsgesetz wurde diese Unsicherheit beseitigt. Die Vorschrift des § 187 Sachenrechtsgesetz [1161] differenziert zwischen dem Hypothekenvertrag als Grundgeschäft und der Hypothek als dingliches Recht. Hiernach ist die Wirksamkeit des Hypothekenvertrages von der Eintragung unabhängig. Die Eintragung ist lediglich eine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Entstehung der Hypothek.

Insbesondere der amtliche Untertitel der Vorschrift des § 15 Sachenrechtsgesetz, der wörtlich übersetzt „*Prinzip der Trennung der Rechtswirkungen des Vertrages und des*

[1156] Siehe Xi, Xiaoming, seine Rede „Grundsätze der Wirkungsweise und Funktion der zivilrechtlichen Rechtsprechung bei der Gestaltung der Sozialharmonisierung und Justiz– ein Vortrag in einer Sitzung über zivilrechtliche Gerichtsurteile"(31.05.2007), in „Leitlinien zur zivilrechtlichen Rechtsprechung", Jahrgang 2007, Nr. 1, herausgegeben von Xi, Xiaoming und dem Zweiten Zivilsenat des OVG, Verlag des Volksgerichts, 2007, S. 56, 57.

[1157] The Collection of The Supreme People's Court's Judical Rules, 2009, 1. Auflage, Band für Versicherungs-, Wertpapier-, Gesellschafts-, Insolvenz- und Sicherheitenrecht, S. 1299.

[1158] Leitlinien für Entscheidungen in Zivilsachen bei Sicherungsrechten, S. 2.

[1159] § 41 Sicherheitengesetz: „Wenn die Parteien Vermögensgegenstände nach § 42 mit einer Hypothek belasten, müssen sie den Gegenstand der Hypothek registrieren, und der Hypothekenvertrag wird mit dem Tag der Registrierung wirksam."

[1160] Cheng, Xiao, Theorie und Praxis der chinesischen Hypothek, Verlag des Gesetzes, Peking 2002, S. 49.

[1161] § 187 Sachenrechtsgesetz: „Wenn an Vermögensgegenständen nach § 180 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 oder nach Nr. 5 an Gebäuden, die gerade im Bau sind, eine Hypothek bestellt wird, muss sie registriert werden. Die Hypothek ist zum Zeitpunkt der Registrierung bestellt."

dinglichen Rechts“ lautet, gibt Aufschluss über die dem Sachenrechtsgesetz zugrunde gelegte Rechtsdogmatik. Nach der amtlichen Auslegung[1162] wurde der Gesetzgeber aufgrund der notwendigen Unterscheidung zwischen Schuld- und Sachenrecht dazu veranlasst, die Vorschrift des § 15 Sachenrechtsgesetz zu erlassen. Damit hat das Bekenntnis zum Trennungsprinzip in § 15 Sachenrechtsgesetz den bislang umfangreichen Diskussionen über dessen grundsätzliche Geltung im chinesischen Recht den Boden entzogen. Es ist mit Sicherheit anerkennenswert, dass der chinesische Gesetzgeber sich mit dem Sachenrechtsgesetz zum Trennungsprinzip als Kernprinzip [1163] des chinesischen Sachenrechts bekannt hat. Dies kann in rechtsdogmatischer Hinsicht als großer Fortschritt angesehen werden. Andererseits ist allerdings festzustellen, dass der Gesetzgeber im Sachenrechtsgesetz - u. U. beabsichtigt - sowohl auf das Abstraktionsprinzip als auch auf den Begriff der „dinglichen Einigung“ verzichtet hat, was dieses Gesetz als Kompromisslösung[1164] erscheinen lässt.[1165]

Nach der Vorschrift des § 15 Sachenrechtsgesetz, der hauptsächlich den Eigentumsübergang beim Kaufvertrag regelt, bleibt die Wirksamkeit eines Vertrags über die Bestellung, Änderung, Übertragung oder das Erlöschen eines dinglichen Rechts an einer unbeweglichen Sache von der Eintragung des dinglichen Rechts unberührt. Dies hat ganz klar zur Folge, dass die fehlende Eintragung nicht zur Unwirksamkeit des Vertrages führt. Damit hat der Gesetzgeber durch diese Vorschrift tatsächlich auch die frühere Literaturmeinung zur Auslegung der Vorschrift des § 41 Sicherheitengesetz akzeptiert, welche bereits die Auffassung vertreten hat, dass die fehlende Eintragung der Hypothek die Wirksamkeit des Hypothekenvertrags unberührt lasse. Es wird auch deutlich, dass die Vorschrift des § 15 Sachenrechtsgesetz dem Trennungsprinzip folgend bei der Änderung eines dinglichen Rechts an einer unbeweglichen Sache zwischen *Planung* und *Vollzug* unterscheidet. Dies soll nach einhelliger Meinung in Literatur und Rechtsprechung auch für Änderungen eines dinglichen Rechts an einer beweglichen Sache gelten. Entsprechend der vom Gesetzgeber vorgenommenen Unterscheidung werden die Wirksamkeitsvoraussetzungen für *Planung* und *Vollzug* in verschiedenen Gesetzen geregelt. Während bei der *Planung* zur Änderung eines dinglichen Rechts grundsätzlich das Vertragsgesetz zur Anwendung gelangt, wird der *Vollzug* der Rechtsänderung im Sachenrechtsgesetz geregelt.[1166] Die Integration von Vertrags-

[1162] Forschungsgruppe des Obersten Volksgerichts zum Sachenrechtsgesetz, „Das Verständnis und die Anwendung von Vorschriften des Sachenrechtsgesetzes der VR China“, Verlag des Volksgerichts, 2007, 1. Auflage, § 15, S. 85.

[1163] He, Zhi, Beiträge zu schwierigen Fragen des Sicherungsrechts, Verlag des chinesischen Rechtssystems, Peking 2011, S. 37.

[1164] Das Trennungsprinzip war am 18.08.2006 von der fünften Kommission berücksichtigt, am 15.12.2006 bei der sechsten Kommission und im Entwurf vom Januar 2007 unbeachtet und weiter am 8.3.2007 von der siebten Kommission und in der endgültigen Fassung des Sachenrechtsgesetzes akzeptiert. Siehe Anleitung für Entscheidungen über Zivilsachen bei Sicherungsrechten, S. 14.

[1165] Siehe Leitlinien für Entscheidungen in Zivilsachen bei Sicherungsrechten, S. 13.

[1166] „Ausdauer für eine Justiz für das Volk und Justizharmonisierung, um das gerechte wirkungsvolle und maßgebliche System der zivilrechtlichen Rechtsprechung zu bauen“, am 09.04.2007, in „Hinweise

und Sachenrechtsgesetz ist allerdings ein anderes Problem, das vielleicht künftig bei der Kodifizierung des chinesischen Zivilgesetzbuches umfassend gelöst wird. Mit der Differenzierung zwischen *Planung* und *Vollzug* ist der chinesische Gesetzgeber endlich[1167] dem Trennungsprinzip gefolgt. Dies zeigt sich auch in dem Leitsatz des OVG „Vertrag ist Vertrag, Übertragung ist Übertragung“[1168].

Obwohl der chinesische Gesetzgeber sich mit der Regelung des § 15 Sachenrechtsgesetz für das Trennungsprinzip ausgesprochen hat, sind in der Literatur immer noch Gegner zu finden, die seine Geltung im Frage stellen. Zur Begründung führen sie an, dass ein Sachenrechtswechsel nach dem Sachenrechtsgesetz nicht aufgrund einer „dinglichen Einigung“ erfolge und der Gesetzgeber die Formulierung „dingliche Einigung“ in § 15 Sachenrechtsgesetz auch bewusst nicht verwendet habe[1169]. Im Hinblick auf die bestehende Rechtsprechung des OVG, welche die Geltung des Trennungsprinzips befürwortet, handelt es sich um einen rein akademischen Streit, zumal eine Änderung der Rechtsprechung zu dieser Frage nicht zu erwarten ist. Hinzu kommt, dass die Anwendung des Trennungsprinzips offenbar immer zu befriedigenden Ergebnissen[1170] führt, die selbst von den Gegnern nicht in Abrede gestellt werden können.

Ein Festhalten an einem missglückten Gesetzeswortlaut erübrigt sich auch schon deshalb, weil die Rechtsprechung des OVG die Vorschriften wie § 51 Vertragsgesetz, § 41 Sicherheitengesetz und § 130 Vertragsgesetz[1171] usw. bereits im Rahmen einer ergebnisorientierten Auslegung korrigiert hat [1172] und der Gesetzgeber dementsprechend dazu veranlasst worden ist, das Trennungsprinzip bei der Kodifizierung neuer Gesetze als geltendes Prinzip zugrunde zu legen.

Der von manchen Vertretern in der Literatur vorgeschlagene sog. „Mittelweg“ kombiniert das Einheitsprinzip, welches von einem einheitlichen Vertrag ausgeht, mit

---

und Verweise auf die zivilrechtliche Rechtsprechung“, herausgegeben vom Ersten Zivilsenat des Obersten Volksgerichts, Nr. 2, Jahrgang 2007, Verlag des Gesetzes, Peking 2007, S. 59.

[1167] Es ist logisch zwar deutlich, dass das Trennungs- ohne das Abstraktionsprinzip unmöglich in konsequenter Weise durchgeführt werden kann. Allerdings hat der chinesische Gesetzgeber endlich erkannt, wie der taiwanische Gesetzgeber bereits vorher, dass die deutsche Lösung für die chinesische Rechtspraxis geeigneter ist als die japanische Lösung. Das ist auf jeden Fall ein großer Fortschritt.

[1168] He, Beiträge zu schwierigen Fragen des Sicherungsrechts, S. 39.

[1169] Diese unlogische Auslegung wird in China zurzeit noch vertreten. Siehe z.B. Chen, Huabin, Sachenrecht des Zivilrechts, S. 136.

[1170] Genauer siehe Sun, Xianzhong, Das Trennungsprinzip zwischen Grund und Erfolg des Wechsels im Sachenrecht, S. 28ff. Dieses Ergebnis können die Gegner letztlich auch nicht leugnen. Siehe Liu, Jia‘an, Sachenrecht, Verlag der Universität für Politik und Rechtswissenschaft, Peking 2009, S. 85. Auch Chen, Huabin, Sachenrecht des Zivilrechts, S. 136.

[1171] § 130 Vertragsgesetz: „Der Kaufvertrag ist ein Vertrag, bei dem der Verkäufer dem Käufer das Eigentum am Vertragsgegenstand überträgt, der Käufer dem Verkäufer den Preis zahlt.“

[1172] The Collection of The Supreme People’s Court’s Judical Rules, Band für den Allgemeinen Teil, das Schuldrecht und das Sachenrecht, S. 67, 505.

dem Traditionsprinzip, das für den Eigentumsübergang einen Realakt voraussetzt.[1173] Somit sei Eigentumsübergang nach dieser Lösung ein Zusammenwirken zwischen einem Realakt und einem Vertrag, in dem nicht zwischen schuldrechtlicher und dinglicher Willenserklärung unterschieden sei. Ohne wirksamen Realakt könne der Vertrag vor allem keine dingliche Wirkung entfalten. Wollte man der Vertrag als schuldrechtlich unwirksam betrachten, stünde dieses Ergebnis offenkundig nicht in Einklang mit der chinesischen höchstrichterlichen Rechtsprechung, welche gerade im Fall des fehlenden Eigentumsübergangs zur Erreichung befriedigender Ergebnisse die Wirksamkeit des Grundgeschäfts unberührt lässt. Wollte man den schuldrechtlichen Vertrag als wirksam betrachten, setzte dieses Ergebnis das Trennungsprinzip voraus.

Nach der h.M. [1174] im chinesischen Recht gilt das Trennungsprinzip trotz der Einschränkung in § 15 Sachenrechtsgesetz weiter auch für bewegliche Sache, es sei denn, Gesetze schreiben etwas Abweichendes vor.

5. Die Auffassung des chinesischen Obersten Volksgerichts (OVG)

a) Entscheidungen

Das chinesische OVG hat auch schon vor Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes in einzelnen Entscheidungen das Trennungsprinzip angewendet.

Bevor auf Einzelentscheidungen eingegangen wird, soll zum besseren Verständnis der Entscheidung eingangs nochmals darauf hingewiesen werden, dass es in der chinesischen Rechtsordnung aufgrund des chinesischen Herrschaftssystems kein Privateigentum an Grundstücken gibt und sämtliche Grundstücke im Eigentum des Staates stehen. Dies hat zur Folge, dass die Nutzung eines Grundstücks erst erfolgen kann, wenn von staatlicher Seite gegen die Bezahlung von Landnutzungsrechtsgebühren ein sog. „Landnutzungsrecht“ eingeräumt wird. Die Bebauung eines Grundstücks setzt voraus, dass beim Grundstücksamt ein Landnutzungsrecht eingetragen wird und hierfür Gebühren bezahlt werden, die zusätzlich zur bestehenden Steuerlast anfallen. Der Staat hat sich auf diese Weise eine lukrative Einnahmequelle geschaffen, da die im Rahmen der Wohnungsnutzung anfallenden Landnutzungsrechtsgebühren zum Teil knapp 50% des „Preises“ für eine „Eigentumswohnung“ ausmachen. [1175] Die hierdurch hohen Preise stellen für die meisten Menschen in China eine außerordentliche finanzielle Belastung dar, an der sie in der Regel 20 bis 30 Jahre zu tragen haben. Da das hierzu notwendige Geld in der Regel von staatlichen Banken geliehen werden muss, profitiert der chinesische Staat

[1173] Über die denkbaren Kombinationen von Rechtsprinzipien bei beweglichen Sachen siehe ausführlich Baur/Stürner, § 51 Rn. 2.

[1174] Xi, Xiaoming, „Grundsätze der Wirkungsweise und Funktion der zivilrechtlichen Rechtsprechung bei der Gestaltung der Sozialharmonisierung und Justiz – ein Vortrag in einer Sitzung über zivilrechtliche Gerichtsurteile“ (31.05.2007), S. 55. Auch in „Leitlinien für Entscheidungen in Zivilsachen bei Sicherungsrechten“, S. 14.

[1175] Selbstverständlich fließt das Geld aus dem Verkauf von Grundstücken in China überwiegend in die Kasse der lokalen Regierungen. Dies folgt aus der „Reform des Steuersystems“ im Jahr 1994 in China.

auch an dem Finanzierungsgeschäft, dies insbesondere vor dem Hintergrund hoher Kreditzinsen (im September 2015 5,15%).

In einer Entscheidung im Jahre 2004 hat das OVG ein in erster Instanz ergangenes Urteil bestätigt, in welchem die Wirksamkeit des Vertrages angenommen wurde. Es sollen an dieser Stelle Auszüge aus der Entscheidung des OVG wörtlich übersetzt wiedergegeben werden:

> Die Firma Q hat bereits außerprozessual von der Behörde die „*Urkunde zum* Landnutzungsrecht *des staatlichen Grundstückes*“ erhalten. Damit kann das streitige Grundstück im Verkehr übertragen werden. Die Zahlung der Landnutzungsrechtsgebühren gehört zum Verhältnis der Rechte und Pflichten zwischen den Parteien im „*Vertrag zur Übertragung des Landnutzungsrechts*“ zwischen der Verwaltungsbehörde und der Firma Q. Ob diese Gebühren voll bezahlt werden, beeinflusst die Wirksamkeit des „*Vertrages zur Übertragung des Landnutzungsrechts*“ nicht.[1176]

In seiner Entscheidung hat das OVG die Berufung der Firma Q zurückgewiesen, welche sich auf die Unwirksamkeit des Vertrages zur Übertragung des Landnutzungsrechts berief mit der Begründung, dass die Landnutzungsrechtsgebühren nicht voll bezahlt worden seien.[1177] Es vertrat die Auffassung, dass die Wirksamkeit des Vertrages von der Nichtzahlung der Gebühren nicht berührt werden würde.

In einer weiteren Entscheidung des OVG im Jahre 2008[1178], die in Auszügen übersetzt wiedergegeben wird, hat das OVG zu § 15 Sachenrechtsgesetz ausdrücklich festgestellt:

> Die Vorschrift hat das *Prinzip der Trennung zwischen Grund und Vollzug bei der Änderung unbeweglicher Sachen* anerkannt. Erfolgt das Geschäft zur Sachenrechtsänderung nicht, bewirkt dies aber nicht zwangsläufig die Unwirksamkeit des Grundes, also des schuldrechtlichen Vertrages. Die „*Vereinbarung zur gemeinsamen Erschließung und die Ergänzungsvereinbarung*“ sind Grundgeschäfte zur Änderung des streitigen Landnutzungsrechts; es handelt sich um Geschäfte, welche die Entstehung des Schuldverhältnisses und nicht das dingliche Geschäft zur Übertragung des Landnutzungsrechts betreffen. Vorschriften, welche die Unwirksamkeit des dinglichen Geschäfts zur Übertragung des Hypothekengegenstandes regeln, z.B. bei fehlender Mitteilung der Übertragung an den Hypothekar, lassen die Grundgeschäfte unberührt.

[1176] The Collection of The Supreme People’s Court’s Judical Rules, Band für den Allgemeinen Teil, das Schuldrecht und das Sachenrecht, S. 505.
[1177] The Collection of The Supreme People’s Court’s Judical Rules, Band für den Allgemeinen Teil, das Schuldrecht und das Sachenrecht, S. 505.
[1178] Die Entscheidung auf Chinesisch siehe online unter http://www.court.gov.cn/qwfb/cpws/cpwsjc/201002/t20100221_1377.htm .

b) Höchstrichterliche Erläuterungen[1179]

1) Vor dem Sachenrechtsgesetz

Einen besonderen Stellenwert genießen die *höchstrichterlichen Erläuterungen des OVG* zu einzelnen Gesetzen oder Rechtsfragen, welche außerhalb konkreter Einzelfallentscheidung abgegeben werden und somit im engeren Sinne nicht unter die Rechtsprechung fallen. Sie haben *Gesetzescharakter*, auch wenn sie nicht im Gesetzgebungsverfahren zustande gekommen sind. Da sie von dem höchsten rechtsprechenden Organ und nicht von der Exekutive erlassen werden, stellen sie auch keine Rechtsverordnungen dar. Dessen ungeachtet werden diese Erläuterungen im chinesischen Recht wie Gesetze behandelt. Hierin wird deutlich, dass eine klare Trennung zwischen Legislative und Judikative in der chinesischen Rechtspraxis manchmal nicht besteht. Die Erläuterungen des OVG sind ungeachtet ihrer Rechtsnatur von enormer Bedeutung, weil sie wie Gesetze behandelt werden und diesen gegenüber sogar Vorrang genießen und weil ihr Inhalt in nachfolgenden Gesetzen Berücksichtigung findet.

Dies wird besonders deutlich bei den Erläuterungen des OVG zum Vertragsgesetz. Die Notwendigkeit dieser Erläuterungen ergab sich namentlich aus dem misslungenen Wortlaut der Vorschrift des § 51 Vertragsgesetz und den daraus resultierenden Auslegungsproblemen. Das OVG hat die im Zusammenhang mit einer „hybriden Rechtskultur“ auftretenden Probleme zutreffend erkannt und in Einzelfallentscheidungen den Versuch unternommen, unbefriedigende Ergebnisse mittels Anwendung des Trennungsgedankens zu korrigieren. Darüber hinaus hat sich das OVG in seinen Erläuterungen bereits vor Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes zum Trennungsprinzip bekannt.

Bereits im Jahre 1984 wurden vom OVG „Die Ausführungserläuterungen zu Fragen des Zivilrechts“[1180] veröffentlicht. In § 56 der „Ausführungserläuterungen zu Fragen des Zivilrechts“ vertritt das OVG die Auffassung, dass eine nur fehlende Eintragung die Wirksamkeit des Kaufvertrages über eine Wohnung unberührt lässt, soweit dieser bereits wirksam zustande gekommen ist, der Käufer den Kaufpreis schon bezahlt hat und die Wohnung besitzt.

[1179] Die chinesische Rechtspraxis kennt höchstrichterliche Erläuterungen. Sie sind eine Form justizieller Auslegung bestimmter Gesetze durch das OVG. Sie werden vom OVG festgestellt und veröffentlicht und sind in der Rechtspraxis für alle Gerichte verschiedener Instanzen in China absolut bindend. Im deutschen Sprachgebrauch können sie „Erklärungen, Erläuterungen oder Leitlinien“ genannt werden. Ich verwende in dieser Arbeit den Begriff „Erläuterung“. Höchstrichterliche Erläuterungen stehen in China Gesetzen gleich und sind manchmal sogar gegenüber Gesetzen vorrangig. „Selbst wenn logische Fehler des Gesetzgebers durch die Erläuterungen teilweise behoben wurden, bleibt ungeklärt, ob das OVG zu einer Auslegung *contra legem* befugt ist.“ Genauer siehe Bu, Einführung in das Recht Chinas, 2. Auflage, München 2017, § 4 Rn. 3 und 4, S. 22.

[1180] Siehe Systematisierung der Rechtsprechung zum Sachenrecht, herausgegeben von Li, Xiandong, Verlag des Gesetzes, Peking 2010, S. 149.

Im Jahre 2003 hat das OVG in seinen „Erläuterungen zu den Fragen des Kaufvertrages von Wohnungen“ [1181] den Trennungsgedanken nochmals bestätigt, wonach der Kaufvertrag von Wohnungen grundsätzlich nicht wegen fehlender Eintragung unwirksam ist.

2) Seit dem Sachenrechtsgesetz

„Die Erläuterungen des OVG zur Anwendung des Kaufvertragsrechts“, die am 01.07.2012 in Kraft getreten sind, wurden von dem Sachenrechtsgesetz, das im Jahr 2007 in Kraft getreten war, beeinflusst. Die Regelung des § 3 dieser Erläuterungen soll an dieser Stelle übersetzt werden:

> „Macht eine Partei die Unwirksamkeit eines Kaufvertrages geltend, mit der Begründung, dass der Verkäufer beim Abschluss des Vertrages kein Eigentum bzw. keine Verfügungsbefugnis an der Kaufsache hatte, darf das Volksgericht der Klage nicht stattgeben. Verlangt der Käufer vom Verkäufer dagegen Schadensersatz wegen Vertragswidrigkeit oder Rücktritts vom Kaufvertrag mit der Begründung, dass der Eigentumsübergang mangels des Eigentums bzw. der Verfügungsbefugnis des Verkäufers gescheitert ist, muss das Volksgericht der Klage stattgeben.“

Mit den „Erläuterungen zur Anwendung des Kaufvertragsrechts“ aus dem Jahr 2012 bringt das OVG Klarheit in das schwierige Verhältnis zwischen den einander widersprechenden Vorschriften der §§ 51 und 132 Vertragsgesetz. Das OVG folgt in seinen Erläuterungen dem Grundgedanken der Trennung zwischen Planung und Vollzug i.S.d. § 15 Sachenrechtsgesetz. Selbst wenn der Verkäufer beim Vertragsabschluss kein Eigentum bzw. keine Verfügungsbefugnis erhält, soll dieser Umstand die Wirksamkeit des Kaufvertrags als Grundgeschäft nicht berühren. Demgegenüber soll die Frage der endgültigen Wirksamkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts davon abhängig sein, ob der Verkäufer später das Eigentum bzw. die Verfügungsbefugnis erwirbt [1182]. Mit dieser Differenzierung hat das OVG die im deutschen BGB vorgenommene Trennung zwischen Grund- und Vollzugsgeschäft in das chinesische Recht eingeführt.

In einem Literaturbeitrag bestätigt der für den Erlass der „Erläuterungen zur Anwendung des Kaufvertragsrechts“ zuständige Richter, dass mit § 3 der Erläuterungen schon begrifflich eine eindeutige Trennung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft vorgenommen worden ist und mit der Verwendung des Begriffs „Verfügung“ in § 51 Vertragsgesetz genau das Verfügungsgeschäft i.S.d.

[1181] Siehe Systematisierung der Rechtsprechung zum Sachenrecht, S. 149.

[1182] Verständnis und Anwendung der höchstrichterlichen Erläuterungen für das Kaufvertragsrecht, herausgegeben von Xi, Xiaoming und dem Zweiten Zivilsenat des chinesischen Obersten Volksgerichts, Verlag des Volksgerichts, 1. Auflage, Peking 2012, § 3 Verfügung von Nichtberechtigten und Rechtswirkung des Kaufvertrages, S. 69.

deutschen Rechts gemeint ist[1183]. In der Praxis wird die Vorschrift des § 51 Vertragsgesetz durch § 3 der „Erläuterungen zur Anwendung des Kaufvertragsrechts“ verdrängt. Während das OVG offensichtlich keine Probleme hat, sich in seinen Erläuterungen als logische Konsequenz für die Anwendung des „Trennungsprinzips“ auszusprechen, nimmt es zur Frage der Anwendbarkeit des Abstraktionsprinzips bewusst keine Stellung mit der Begründung, dass dies Aufgabe der Gesetzgebungspolitik sei[1184]. Dabei führt das OVG weiter aus, dass die „Erläuterungen zur Anwendung des Kaufvertragsrechts“ allein im Zusammenhang mit der Vorschrift des § 15 Sachenrechtsgesetz abgegeben wurden und anlässlich der Diskussion über die Wirksamkeit der Verfügung von Nichtberechtigten keine Veranlassung bestanden habe, eine Stellungnahme zur Anwendung des Abstraktionsprinzips abzugeben[1185].

Die geltende Rechtsprechung des OVG folgt der Auslegungsmethode von *Han, Shiyuan*,[1186] die oben ausführlich besprochen ist. In einem Beschluss vom 26.10.2015[1187] ist das OVG davon ausgegangen, dass nach § 3 der „Erläuterungen des OVG zum Kaufvertragsrecht“ ein „Vertrag von Nichtberechtigten aus dem schuldrechtlichen und dinglichen Rechtsgeschäft“[1188] besteht. Die Wirksamkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts wird durch § 51 Vertragsgesetz geregelt[1189], während die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts, also des Kaufvertrages, nach § 3 dieser Erläuterungen beurteilt wird. Offenkundig folgt das OVG dem Trennungsprinzip.

Es wird deutlich, dass mithilfe der Erläuterungen des OVG ein Weg eröffnet ist, der es ermöglicht, Grundsätze des deutschen Rechts auch nachträglich im chinesischen Recht zu verankern. Auch wenn das OVG im Rahmen seiner Erläuterungen den Begriff des „dinglichen Rechtsgeschäfts“ bewusst vermeidet und auch eine Stellungnahme zum Abstraktionsprinzip bewusst unterlässt, so wird deutlich, dass die Geltung des Trennungsprinzips bereits einhellig anerkannt ist und eine Anerkennung des Abstraktionsprinzips in Zukunft aufgrund seiner Vorteile in der Praxis denkbar ist.

6. Bemerkung

[1183] Verständnis und Anwendung der höchstrichterlichen Erläuterungen für das Kaufvertragsrecht, S. 77.
[1184] Verständnis und Anwendung der höchstrichterlichen Erläuterungen für das Kaufvertragsrecht, S. 78.
[1185] Verständnis und Anwendung der höchstrichterlichen Erläuterungen für das Kaufvertragsrecht, S. 87.
[1186] Siehe Fußnoten 1149 und 1150.
[1187] Das war ein OVG-Beschluss für eine Drittwiderspruchsklage i.S.v. § 771 der deutschen ZPO. Siehe OVG-Beschluss, Revision für Zivilsachen Nr. 1884 im Jahr 2015, online verfügbar: http://www.court.gov.cn/wenshu/xiangqing-10672.html.
[1188] Diese ausdrückliche wörtliche Differenzierung von „schuldrechtlichem und dinglichem Rechtsgeschäft“ in der höchstrichterlichen Rechtsprechung stellt wieder einen starken Nachweis über die Tendenz zum Trennungsprinzip im chinesischen Recht dar.
[1189] Aus deutscher Sicht ist dies wirklich ein Systembruch, da das OVG keine Macht zur Gesetzesänderung hat und lediglich richtige Ergebnisse bringen kann. Es ist zu hoffen, dass dieses Problem bei der künftigen Kodifizierung des Zivilgesetzbuches gelöst werden kann.

Während der taiwanische Oberste Gerichtshof sich in seinen Entscheidungen offen zum Trennungs- und Abstraktionsprinzip bekannt hat[1190], hat das OVG China eine Übernahme der aus dem deutschen Recht stammenden Terminologie bewusst vermieden, obgleich bereits die in § 15 Sachenrechtsgesetz vorgenommene begriffliche Unterscheidung zwischen Planung und Vollzug und auch die „Erläuterungen des OVG zum Kaufvertragsrecht" zu einer faktischen Geltung des Trennungsprinzips geführt haben. Es bleibt abzuwarten, ob das OVG China in Zukunft eine eindeutige und unmissverständliche Haltung zum Trennungs- und Abstraktionsprinzip einnehmen wird.

Obwohl sich die Vorschrift des § 3 der „Erläuterungen zum Kaufvertragsrecht" ausdrücklich für die Geltung des Trennungsprinzips ausspricht, wird das Trennungsprinzip von einer Mindermeinung in der Literatur immer noch vehement abgelehnt[1191] und die Verwendung des Begriffs „dingliches Rechtsgeschäft" auch nach der Verabschiedung des Sachenrechtsgesetzes immer noch diskutiert[1192]. Ungeachtet dessen zeichnet sich im chinesischen Recht aber eine eindeutige Tendenz zur Befürwortung des Trennungsprinzips ab, zumal eine Regelung nichtakzessorischer Sicherheiten die Geltung des Trennungsprinzips voraussetzt und solche Regelungen im chinesischen Recht bislang fehlen.

Grundsätzlich stellt sich in der chinesischen Jurisprudenz das Problem der Anwendbarkeit sowohl bestehender als auch eingeführter Prinzipien. Viele richterlichen Entscheidungen – die Urteile des OVG ausgenommen – enthalten fast keine Begründung und teilen in der Regel unter Verweis auf die entsprechenden Gesetzesvorschriften und die angewandten Prinzipien nur das Ergebnis mit. Dies führt hinsichtlich der Anwendbarkeit von Gesetzesvorschriften und Prinzipien zu erheblichen Unsicherheiten in der Praxis. Als Folge zieht es die Praxis vor, geltende Prinzipien zu umgehen und über eine extensive Gesetzesauslegung zu wünschenswerten Ergebnissen zu gelangen. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass die Kodifizierung sich leichter gestaltet, während die Probleme im Wesentlichen bei der Anwendung des geltenden Rechts auftreten. Dabei können die Ansichten des OVG, die in seiner höchstrichterlichen Rechtsprechung und seinen Erläuterungen zum Ausdruck kommen, der Praxis nur eine Richtschnur bieten.

7. Der Dualismus im Sachenrecht und das sog. „*Entgegenhaltungsprinzip*"

[1190] Siehe die Entscheidungen des taiwanischen Obersten Gerichtshofs, Jahrgang 1999 Revision-Nr. 1310 und Jahrgang 2000 Revision-Nr. 961. „Es ist festzuhalten, dass Rechtsgeschäfte nach schuldrechtlichen und dinglichen differenziert sind. Erstere sind Kausalgeschäfte, um Schuldverhältnisse entstehen zu lassen, während letztere der Sachenrechtsänderung dienen. Zugunsten der Rechtsklarheit und des Verkehrsschutzes bestehen die dinglichen Rechtsgeschäfte neben den Grundgeschäften als abstrakte Geschäfte."

[1191] Siehe Liang, Huixing, Die Begründung der Auslegungsregeln für die besondere Rechtswirkung des Kaufvertrages. Er hat diesen Beitrag auf der Webseite des rechtswissenschaftlichen Instituts der Chinesischen Akademie der Sozialwissenschaften am 31.7.2012 veröffentlicht, und eine kostenlose Zulassung zur weiteren Übertragung durch alle Pressearten gewährt. Am Ende dieses Beitrags hat er sogar bestritten, dass „das OVG keine Macht hat, Gesetze zu ändern".

[1192] Bu, Yuanshi, Einführung in das Recht Chinas, S. 135.

a) Das Gesetz und die höchstrichterlichen Erläuterungen

Es gibt jedoch einen „Dualismus“ für die Übertragung des dinglichen Rechts im chinesischen Sachenrechtsgesetz. Das Trennungsprinzip wird nach der h.M. und der Rechtsprechung des OVG im chinesischen Recht akzeptiert, während das „quasi Einheitsprinzip“ ausnahmsweise im Gesetz vorgesehen ist.[1193]

Im chinesischen Recht besteht neben dem Trennungsprinzip auch das sog. „Entgegenhaltungsprinzip“. Dieses Prinzip besagt, dass der Berechtigte ohne Eintragung des dinglichen Rechts an „manchen besonderen beweglichen Sachen“ den Widerspruch eines gutgläubigen Dritten nicht abwehren kann.

Für die wirksame Übertragung dinglicher Rechte an unbeweglichen Sachen ist nach der Vorschrift des § 9 Sachenrechtsgesetz die Eintragung erforderlich, es sei denn, das Gesetz schreibt etwas anderes vor. Für die wirksame Übertragung dinglicher Rechte an beweglichen Sachen ist demgegenüber nach § 23 Sachenrechtsgesetz grundsätzlich die Übergabe erforderlich. Es gilt das sog. Traditions- oder Übergabeprinzip.[1194]

Die in § 24 Sachenrecht aufgeführten beweglichen Sachen wie z.B. Schiffe, Flugzeuge und Fahrzeuge unterliegen einer besonderen Regelung, weil sie in ein Register eingetragen werden können. Der chinesische Gesetzgeber hat aufgrund des hohen Wertes der in § 24 Sachenrechtsgesetz aufgeführten beweglichen Sachen wie z.B. Schiffe, Flugzeuge und Fahrzeuge usw., die Eintragung dieser besonderen Gegenstände in ein Register vorgesehen. Die Eintragung hat allerdings aufgrund des geltenden Übergabeprinzips, welches den Eigentumserwerb allein von der Übergabe der Sache abhängig macht, keine konstitutive Wirkung. Sie hat praktisch lediglich eine Warnfunktion.

Das OVG hat in § 10 seiner „Erläuterungen zum Kaufvertragsrecht“ die rechtliche Bedeutung der Eintragung u.a. hinsichtlich der oben genannten besonderen Gegenstände für den Fall des *Doppelverkaufs* geregelt, die an dieser Stelle übersetzt wiedergegeben werden soll:

> Nr. 1
>
> Wer zuerst den unmittelbaren Besitz der Sache erwirbt, kann vom Verkäufer die Eintragung der verkauften Sache verlangen.
>
> Nr. 2
>
> Wer zuerst als Eigentümer im Register eingetragen wird, kann vom Verkäufer die Übergabe der verkauften Sache verlangen.
>
> Nr. 3

[1193] Systematisierung der Rechtsprechung zum Sachenrecht, S. 158.
[1194] Über die Funktion des Publizitätsaktes vgl. Baur/Stürner, § 5 Rn. 42.

> Wer zuerst mit dem Verkäufer den Kaufvertrag abgeschlossen hat, kann vom Verkäufer Eintragung und Übergabe der gekauften Sache verlangen.
>
> Nr. 4
>
> Wird die verkaufte Sache an den Käufer übergeben, jedoch der anderer Käufer als Eigentümer eingetragen, kann der unmittelbare Besitzer vom Verkäufer die Eintragung verlangen.

Das OVG hat in § 10 der Erläuterungen u.a. hinsichtlich der in § 24 Sachenrechtsgesetz genannten besonderen beweglichen Sachen das Verhältnis zwischen Übergabe und Eintragung geregelt vor dem Hintergrund, dass der Eigentumserwerb prinzipiell bereits mit der Übergabe der Sache erfolgt. In den ersten beiden Nummern der Erläuterungen werden die wechselseitigen Wirkungen von Übergabe und Eintragung geregelt. Nach Nr. 1 der Erläuterungen begründet der aufgrund Übergabe erlangte unmittelbare Besitz an der Sache einen Anspruch auf Eintragung ins Register. Nach Nr. 2 begründet umgekehrt die Eintragung einen Anspruch auf Übergabe. In Nr. 4 hat das OVG die vorrangige Wirkung der Übergabe geregelt. Hiermit wird deutlich, dass das OVG das Vertrauen in den unmittelbaren Besitz höher bewertet als das Vertrauen in das öffentliche Register von beweglichen Sachen. Nach der Nr. 3 soll im Falle mehrerer Kaufverträge das Prioritätsprinzip gelten.

b) Analyse der Vorschrift des § 24 Sachenrechtsgesetz

Die Vorschrift des § 24 Sachenrechtsgesetz sieht vor, dass sich ein Dritter gegenüber dem Inhaber eines Rechts auf die fehlende Eintragung dieses dinglichen Rechts an den oben genannten *besonderen beweglichen Sachen* berufen kann, mit der Folge, dass der Inhaber sein Recht gegenüber dem Dritten nicht mehr durchsetzen kann und er grundsätzlich nur Ansprüche aus dem Grundgeschäft gegenüber dem bisherigen Verkäufer, z.B. Schadensersatz, geltend machen kann. Mit dieser Vorschrift misst der Gesetzgeber der fehlenden Eintragung eine besondere Bedeutung bei, auch wenn sie für den Eigentumsübergang selbst nicht erforderlich ist. Dem gutgläubigen Dritten wird das Recht eingeräumt, sich auf die fehlende Eintragung zu berufen mit der Folge, dass der Rechtsinhaber im Verhältnis zu dem Dritten nicht mehr sein dingliches Recht ausüben kann. Dieses sog. „Entgegenhaltungsprinzip“ stellt insoweit eine Ausnahme vom Übergabeprinzip[1195] dar, als der wirksame Eigentumsübergang bezüglich der im Gesetz besonders genannten beweglichen Sachen auch ohne Registereintragung erfolgen kann, die fehlende Eintragung allerdings von einem Dritten entgegengehalten werden kann und das absolute Eigentumsrecht damit eine Einschränkung im Verhältnis zu dem „gutgläubigen“ Dritten erfährt, weil es nicht mehr uneingeschränkt ausgeübt werden kann. Mit der Geltung des Entgegenhaltungsprinzips bei dinglichen Rechten an besonderen beweglichen Sachen erfährt das Eigentum eine Einschränkung dahingehend, dass es seinen Charakter als

[1195] Über das Traditionsprinzip bei Mobilien im deutschen Recht siehe Baur/Stürner, § 51 Rn. 1ff.

„absolutes Recht“ verliert. Die Übergabe entfaltet daher bei gleichzeitig fehlender Eintragung lediglich eine Eigentumswirkung „inter partes“ und weist mangels Drittwirkung mehr schuldrechtliche als dingliche Qualität auf.

Dazu können wir das Beispiel bilden, dass der bisherige Eigentümer E1 das Eigentum an dem bereits an den tatsächlichen Eigentümer E2 übereigneten Fahrzeug weiter an den E3 vermietet, wobei der E1 bereits den unmittelbaren Besitz an den E3 weiter überträgt. Ist das Fahrzeug nicht zugunsten des E2 im Register eingetragen, so kann der E3 nach § 24 Sachenrechtsgesetz den Herausgabeanspruch des E2 abwehren, soweit der Mietvertrag noch wirksam ist und der E3 über den Eigentumsübergang gar keine positive Kenntnis hat.

Im deutschen Recht ist der wirksame Eigentumserwerb von Schiffen und Rechten an Schiffen von einer Registereintragung abhängig, die vergleichbar ist mit dem Grundbucheintrag für unbewegliche Sachen. [1196] Demzufolge wird auf eine entsprechende Anwendung der Grundbuchvorschriften in den §§ 891 ff. BGB verwiesen. Dem Formerfordernis des Registereintrags als Voraussetzung für einen wirksamen Eigentumsübergang kommt eine Schutz- und Warnfunktion in der Weise zu, dass sich die Parteien zum einen über die Bedeutung des rechtsgeschäftlichen Eigentumsübergangs bewusst werden sollen und zugleich die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs ausgeschlossen werden soll.

Während die Warn- und Schutzfunktion im deutschen Recht mit dem Eintragungserfordernis verwirklicht wird, versucht der chinesische Gesetzgeber eine vergleichbare Wirkung mit dem Entgegenhaltungsprinzip zu erreichen, das dem Dritten die Möglichkeit einräumt, den Eigentümer bei fehlender Eintragung von seinem Eigentumsrecht auszuschließen. In einem weiteren Schritt kann der gutgläubige Dritte, der sich auf das Entgegenhaltungsprinzip i.S.d. § 24 Sachenrechtsgesetz beruft, die Sache möglicherweise weiter nach § 106 Sachenrechtsgesetz gutgläubig erwerben. Weil das Eigentum bereits mit der Übergabe wirksam auf einen Erwerber übergegangen ist, benötigt der Gesetzgeber vermutlich in den Fällen der fehlenden Eintragung ein Korrektiv, das den gutgläubigen Erwerb des Dritten ermöglicht. Durch das Entgegenhaltungsprinzip wird die Wirkung des Eigentums als absolutes Recht im Verhältnis zum gutgläubigen Dritten eingeschränkt und damit der gutgläubige Erwerb erst ermöglicht.

Ein weiteres Beispiel lässt sich im Fall des Doppelverkaufs bilden, dass nämlich der bisherige Eigentümer E1 den unmittelbaren Besitz an dem übereigneten Fahrzeug an den Käufer E2 übergeben, jedoch zugunsten des anderen Käufers E3 im Register eingetragen hat, wie der Fall in der Nr. 4 in § 10 der „Erläuterungen des OVG zum Kaufvertragsrecht“. In diesem Fall soll der E2 zunächst grundsätzlich nach dem Übergabeprinzip das Eigentum am Fahrzeug als bewegliche Sache erwerben. Der E3 kann allerdings nach § 24 Sachenrechtsgesetz alle Ansprüche aus dem

[1196] Baur/Stürner, § 31 Rn. 2ff.

Eigentumsrecht des E2 abwehren, weil dieser nicht als Berechtigter im Register eingetragen ist. Allerdings kann der E2 nach Nr. 4 in § 10 der Erläuterungen vom E1 die Eintragung verlangen. Zur Eintragung des E2 ist die Mitwirkung des E3 erforderlich. Ob der E3 zur Mitwirkung verpflichtet ist, hängt m.E. eigentlich davon ab, inwieweit der Gesetzgeber bei beweglichen Sachen, auch bei den in § 24 Sachenrechtsgesetz genannten besonderen beweglichen Sachen, in konsequenter Weise dem Übergabeprinzip folgen will. Wird diese Frage bejaht, so kann der E3 unmöglich nach § 106 Sachenrechtsgesetz das Fahrzeug gutgläubig erwerben und ist zur Mitwirkung bei der Neueintragung verpflichtet, so dass der E2 nach § 10 Nr. 4 der „Erläuterungen zum Kaufvertragsrecht" endgültig Eigentümer wird. Wird diese Frage verneint, so kann sich der E3 möglicherweise weiter nach § 106 Sachenrechtsgesetz auf den gutgläubigen Erwerb berufen, mit der Folge, dass der Kaufvertrag zwischen E1 und E2 unmöglich wird und damit die Vorschrift der Nr. 4 in § 10 der Erläuterungen sinnlos wird. Hier wird deutlich, dass das Entgegenhaltungsprinzip bei manchen besonderen beweglichen Sachen eine neue Frage wertender Zuordnung von Übergabe und Eintragung aufwirft.

c) Bemerkung zum Entgegenhaltungsprinzip

Indem der chinesische Gesetzgeber bei besonderen beweglichen Sachen, die in der Praxis häufig in einem Register einzutragen sind, fehlerhaft am Übergabeprinzip festhält, anstatt sich für das Eintragungsprinzip zu entscheiden, begeht er einen Systembruch, den er wiederum mit dem Entgegenhaltungsprinzip auf umständliche Weise zu korrigieren versucht.

Die Vorschrift des § 24 Sachenrechtsgesetz, welche das Entgegenhaltungsprinzip regelt, findet nicht nur auf Schiffe, sondern auch noch insbesondere auf Fahrzeuge Anwendung. Die Registereintragung eines Fahrzeugs nach chinesischem Recht ist wie oben dargelegt grundsätzlich keine Wirksamkeitsvoraussetzung für den Eigentumserwerb.

Auch die Übergabe des Kraftfahrzeugbriefs im deutschen Recht ist für den rechtsgeschäftlichen Eigentumsübergang an einem Fahrzeug nicht erforderlich. Die Übergabe des Fahrzeugbriefs hat nur Relevanz beim gutgläubigen Erwerb. Die herrschende Literatur[1197] nimmt grobe Fahrlässigkeit an, wenn der Fahrzeugbrief nicht übergeben wird und lehnt mit dieser Begründung einen gutgläubigen Erwerb des Fahrzeugs ab.

Das Entgegenhaltungsprinzip bewirkt eine Einschränkung der Drittwirkung des dinglichen Rechts an den in § 24 Sachenrechtsgesetz aufgeführten besonderen beweglichen Sachen, indem die Rechtsausübung des Rechtsinhabers eines absoluten Rechts gegenüber einem gutgläubigen Dritten aufgehoben wird. Dem Eigentümer der noch nicht eingetragenen Sache verbleibt lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch gegenüber dem Veräußerer auf Eintragung des Gegenstandes. Somit entfaltet das

[1197] Baur/Stürner, § 52 Rn. 26.

Eigentum bei fehlender Eintragung lediglich eine Wirkung „*inter partes*“. Dies führt zur Unterscheidung zwischen dinglichen Rechten mit und ohne Drittwirkung. Demzufolge ist die Eintragung von konstitutiver Bedeutung im Hinblick auf die Drittwirkung des dinglichen Rechts an den oben genannten besonderen beweglichen Sachen.

In der Konsequenz stellt das chinesische Sachenrecht bei dem für den gutgläubigen Erwerb normaler beweglicher Sachen erforderlichen Rechtsschein auf die Übergabe der Sache ab, während es bei den besonderen beweglichen Sachen i.S.v. § 24 Sachenrechtsgesetz auf die Eintragung abstellt. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass mit dem Entgegenhaltungsprinzip das Übergabe- und Eintragungsprinzip kombiniert werden, was wiederum zur Bildung unterschiedlicher Qualitäten von dinglichen Rechten und damit zur Rechtsunklarheit führt. Die im deutschen Recht vorgenommene strikte Unterscheidung zwischen Übergabe- und Eintragungsprinzip verdient meiner Meinung nach aus Gründen der Rechtslogik eindeutig den Vorzug.

§ 15. Die Entwicklung der Hypothek im chinesischen Recht

I. Der Monismus im chinesischen Recht: die Akzessorietät

1. Akzessorietätsregelung der Hypothek

Während das deutsche Sachenrecht drei Grundpfandrechte (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld) kennt, wird im chinesischen Sachenrechtsgesetz in den Vorschriften der §§ 179 ff. die „Hypothek“ als einziges Grundpfandrecht geregelt. Hinzu kommt besonders noch die im deutschen Recht nicht existierende Fahrnishypothek, d.h. eine Hypothek an beweglichen Sachen. Die Arbeit befasst sich nur ausführlich mit der Immobiliarhypothek im chinesischen Recht und verwendet im Folgenden für diese eindeutig den Begriff „Hypothek“, die „Fahrnishypothek“ wird sie als solche benennen, aber nur am Rande ansprechen.

Der Begriff „Akzessorietät“ wird vom chinesischen Gesetzgeber nicht ausdrücklich verwendet. Dennoch finden sich Vorschriften, in denen die akzessorische Wirkung eindeutig entsprechend dem deutschen Akzessorietätsverständnis geregelt ist. Die Übertragungs- und Umfangsakzessorietät ist in der Vorschrift des § 192 Sachenrechtsgesetz, die Erlöschensakzessorietät in den Vorschriften von § 177 Nr. 1 Sachenrechtsgesetz und § 52 Sicherheitengesetz geregelt. Damit ist die Hypothek auch im chinesischen Recht akzessorisch bezüglich des Umfangs, der Übertragung und des Erlöschens der Forderung. [1198] Eine Besonderheit ist allerdings, dass es sich in § 177 Sachenrechtsgesetz um einen gesetzlich geregelten Untergang der Hypothek bei

[1198] Stürner, Das neue chinesische Sachenrecht aus deutscher Sicht, S. 3, 14.

Unwirksamkeit der gesicherten Forderung handelt, wobei nach dem Wortlaut die Hypothek bei Unwirksamkeit der Forderung als unmittelbar „vernichtet“ (gelöscht) zu betrachten ist.

In einem Fall aus der Rechtsprechung[1199] waren sich Parteien im Hypothekenvertrag einig, eine Höchstbetragshypothek an einem Grundstück des Schuldners zu bestellen, auf dem früher zwischen beiden Parteien bereits eine Hypothek bestellt worden war. Die alte Forderung war aber zum Zeitpunkt des Abschlusses des neuen Hypothekenvertrages bereits getilgt. Das OVG geht davon aus, dass zur Bestellung der Höchstbetragshypothek eine neue Eintragung erforderlich ist, weil die alte Hypothek bereits mit Tilgung der alten Forderung erloschen war. Die Eintragungsbehörde konnte deshalb auch nicht die erneute Eintragung der Höchstbetragshypothek mit der Begründung verweigern, dass auf demselben Grundstück bereits eine Hypothek bestehe.

Die Akzessorietät ist auch im Vertragsgesetz geregelt. Nach § 81 Vertragsgesetz kann der Zessionar bei Abtretung einer Forderung alle Nebenrechte erwerben, es sei denn, ein Recht ist streng persönlicher Natur. Diese Vorschrift ist mit der des § 401 Abs. 1 des deutschen BGB vergleichbar. In seiner Entscheidung vom 28.12.2012[1200] hat das OVG ausdrücklich ausgeführt, dass der Zessionar bei Abtretung einer Forderung nach dieser Vorschrift auch die Hypothek erwirbt. [1201] In seinem Beschluss vom 29.09.2014[1202] hat das OVG auch die Auffassung vertreten, dass die Hypothek selbst nicht verjährt sei, sofern die zu sichernde Forderung noch nicht verjährt ist.

2. Die zusätzliche Bedeutung der Akzessorietät im chinesischen Recht: § 172 Sachenrechtsgesetz

Eine zusätzliche Regelung, die über die Akzessorietätsregelungen im deutschen Recht hinausgeht, findet sich in der Vorschrift des § 172 Abs. 1 S. 2 und 3 Sachenrechtsgesetz. Hiernach wird der Sicherungsvertrag als Nebenvertrag des Darlehensvertrages angesehen, mit der Folge, dass der Sicherungsvertrag mit Wegfall

[1199] Siehe OVG-Entscheidung vom 29.05.2013, Revision für Zivilsachen im Jahr 2013 Nr. 12, auf der Webseite von „China Judgements Online“, die Adresse lautet: http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/content/content?DocID=efee89a4-b647-11e3-84e9-5cf3fc0c2c18&KeyWord=%E6%8A%B5%E6%8A%BC%E6%9D%83.

[1200] Siehe OVG-Entscheidung, Revision für Zivilsachen im Jahr 2012 Nr. 181, auf der Webseite von „China Judgement Online“, die Adresse lautet: http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/content/content?DocID=f069eae0-b647-11e3-84e9-5cf3fc0c2c18&KeyWord=%E6%8A%B5%E6%8A%BC%E6%9D%83.

[1201] Ähnlich siehe OVG-Beschluss zum 29.12.2014 für Zivilsachen im Jahr 2014 Nr. 199, auf der Webseite von „China Judgement Online“, die Adresse lautet: http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/content/content?DocID=24da06df-74a5-4e3e-aa3f-3eaaf14afde6&KeyWord=%E6%8A%B5%E6%8A%BC%E6%9D%83.

[1202] Siehe OVG-Beschluss, Revision für Zivilsachen im Jahr 2014 Nr. 1310, auf der Webseite von „China Judgement Online“, die Adresse lautet: http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/content/content?DocID=e74cf402-a3c6-45af-9cb0-023fed5b7591&KeyWord=%E6%8A%B5%E6%8A%BC%E6%9D%83.

des Darlehensvertrages *automatisch* unwirksam wird. Man kann eine fast[1203] gleiche Vorschrift in § 5 Sicherheitengesetz finden.

In der chinesischen Literatur [1204] wird davon ausgegangen, dass § 172 Sachenrechtsgesetz die Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung regele. Es wird auch in diesem Zusammenhang der Begriff der Akzessorietät verwendet. Bei näherer Betrachtung der Vorschrift kann allerdings festgestellt werden, dass der chinesische Gesetzgeber mit dieser Regelung eine Akzessorietätswirkung erzielen möchte, allerdings von einem anderen Akzessorietätsverständnis ausgeht. Während der Akzessorietätsgedanke im deutschen Recht die Abhängigkeit zwischen Forderung und Sicherheit erfasst, wird mit der Vorschrift des § 172 Sachenrechtsgesetz eine Akzessorietät zwischen Darlehens- und Sicherungsvertrag begründet. Das deutsche Recht schafft lediglich eine Abhängigkeit zwischen zwei Rechten, das chinesische Recht darüber hinaus eine Abhängigkeit zwischen zwei Rechtsgeschäften. An dieser Stelle kommt das unterschiedliche Akzessorietätsverständnis zum Ausdruck. Die chinesische Literatur [1205] versucht teilweise dieses abweichende Verständnis anzupassen und führt aus, dass der Begriff „Abhängigkeit“ wegen der Abhängigkeit des Bürgschaftsvertrages vom Darlehensvertrag normalerweise nur auf die Bürgschaft Bezug nehme, während der Begriff „Akzessorietät“ grundsätzlich lediglich dingliche Sicherheiten betreffe. Diese Auslegung ist m.E. wenig überzeugend, weil der Anwendungsbereich des § 172 Sachenrechtsgesetz offenkundig alle dinglichen Sicherheiten erfassen soll.

Es ist davon auszugehen, dass diese chinesische Lösung aus einem Missverständnis des Trennungsprinzips beim Sicherungsrecht resultiert. Der chinesische Gesetzgeber versucht durch die Verknüpfung des Sicherungsvertrages mit dem Darlehensvertrag die Akzessorietät zwischen der Forderung und der dinglichen Sicherheit zu erreichen und geht dabei wohl davon aus, dass der Sicherungsvertrag im chinesischen Recht unmittelbar dingliche Wirkung entfalte. Dies verstößt offenkundig gegen § 15 Sachenrechtsgesetz und die höchstrichterlichen Erläuterungen des OVG. Vermutlich wird der Sicherungsvertrag vom chinesischen Gesetzgeber als einheitlicher Vertrag verstanden, und dieser Fehler findet sich bis heute in der Vorschrift des § 172 Sachenrechtsgesetz.

Die abweichenden Akzessorietätsvorstellungen sind jedoch von untergeordneter Bedeutung, weil sie zu gleichen Ergebnissen führen. Dem chinesischen Gesetzgeber gelingt es, trotz des Missverständnisses und der damit verbundenen Lösung, die erwünschte Akzessorietätswirkung zu schaffen. Aufgrund der Vorschrift des § 172 Sachenrechtsgesetz löst die Unwirksamkeit des Darlehensvertrages unmittelbar die Unwirksamkeit des Sicherungsvertrages aus. Mit der Unwirksamkeit des Sicherungsvertrags entfällt aufgrund des im chinesischen Recht geltenden

[1203] Nach § 5 Sicherheitengesetz können Parteien diese Abhängigkeit durch Vereinbarung ausschließen, während diese Möglichkeit durch § 172 Sachenrechtsgesetz ausgeschlossen wird.
[1204] Leitlinien für Entscheidungen in Zivilsachen bei Sicherungsrechten, S. 5.
[1205] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 41.

Kausalprinzips die *causa* für die Sicherheit, was wiederum zur Unwirksamkeit der Sicherheit führt. Das deutsche Recht gelangt bei abweichendem Akzessorietätsverständnis zum selben Ergebnis. Hier führt die Unwirksamkeit des Darlehensvertrages zum Fortfall der Forderung und aufgrund der Akzessorietät zum Fortfall der Fremdsicherheit. Es bleibt festzuhalten, dass mit der Vorschrift des § 172 Sachenrechtsgesetz die Akzessorietät der Sicherheiten im chinesischen Recht zusätzlich Betonung erfährt.

Diese Vorschrift stellt aber auch gleichzeitig ein generelles Hindernis für die Einführung nichtakzessorischer Rechte dar. Eine Einführung nichtakzessorischer Rechte in das chinesische Recht würde die Aufhebung der Vorschrift zwingend voraussetzen, da andernfalls die in § 172 Sachenrechtsgesetz geregelte Abhängigkeit zwischen Darlehens- und Sicherungsvertrag grundsätzlich zu einer einredebehafteten Sicherheit führen würde. Dabei wäre es von wenig praktischer Bedeutung, ob neben der Vorschrift des § 172 das in China geltende Kausalprinzip oder hypothetisch das Abstraktionsprinzip angewendet werden würde, da in beiden Fällen der unwirksame Darlehensvertrag die Unwirksamkeit des Sicherungsvertrages nach sich ziehen würde. Bei Geltung des Kausalprinzips wäre die Sicherheit aufgrund des unwirksamen Sicherungsvertrages von vornherein ebenso unwirksam, bei Geltung des Abstraktionsprinzips hingegen wäre die Sicherheit zwar wirksam, sie wäre allerdings aufgrund der Unwirksamkeit des Sicherungsvertrages einem Bereicherungsanspruch ausgesetzt.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass mit der Vorschrift des § 172 Sachenrechtsgesetz die Akzessorietät aller dinglichen Sicherheiten zusätzlich betont wird. Für die akzessorischen Rechte spielt diese Vorschrift keine relevante Rolle, weil die akzessorischen Rechte bei Wegfall des Darlehensvertrages wegen der Akzessorietät fast immer hinfällig sind. Fälle, in denen die Forderung bei Unwirksamkeit des Darlehensvertrages trotzdem wirksam bleibt, sind kaum denkbar. Erst der Blick auf die nichtakzessorischen Rechte, die bislang im chinesischen Recht nicht geregelt sind, rückt die Vorschrift in den Mittelpunkt der Diskussion, denn es ist m.E. genau diese Vorschrift, welche der Einführung nichtakzessorischer Rechte entgegensteht und auch die ablehnende Haltung des OVG gegenüber nichtakzessorischen Rechten maßgeblich beeinflusst.

3. Ablehnende Haltung des OVG gegenüber nichtakzessorischen Rechten

Das OVG erkennt die akzessorische Bindung der Hypothek an,[1206] steht aber nichtakzessorischen Sicherungsrechten grundsätzlich ablehnend gegenüber und stellt deren Sicherungscharakter in Frage.

Die Schwäche nichtakzessorischer Sicherheiten liege nach Auffassung des OVG darin, dass der Sicherungsgeber überhaupt keine Einreden gelten machen kann und

[1206] Leitlinien für Entscheidungen in Zivilsachen bei Sicherungsrechten, S. 5.

demzufolge die Haftung des Sicherungsgebers immer besteht, dies sogar in den Fällen, in denen die zu sichernde Forderung nicht existiert.[1207]

Das OVG betont einerseits die besondere Bedeutung der Vorschrift des § 15 Sachenrechtsgesetz, mit der das Trennungsprinzip eingeführt wird.[1208] In der Praxis wird das Trennungsprinzip allerdings nur im Kaufvertragsrecht konsequent umgesetzt, indem die Rechtswirkungen des schuldrechtlichen Vertrages und seines dinglichen Vollzuges unterschieden werden. Eine konsequente Anwendung des Trennungsprinzips würde die Möglichkeit nichtakzessorischer Sicherheiten nach sich ziehen, die allerdings bis heute im chinesischen Recht nicht genutzt wird.

Das OVG vertritt die fehlerhafte Auffassung, dass nichtakzessorische Rechte eine sehr strenge und nicht hinnehmbare Haftung des Sicherungsgebers zur Folge hätten.[1209] Die ablehnende Haltung des OVG beruht darauf, dass einerseits die Regelungswirkung des Sicherungsvertrags und andererseits seine Verknüpfungsfunktion verkannt werden, die sich auf die Verknüpfung von Schuld- und Sachenrechten richten. Die vom OVG vorausgesetzte Gefahr des Einredeverlustes ist daher offensichtlich nicht gegeben.

Wird eine nichtakzessorische Sicherheit im inländischen Verkehr vereinbart, so kann nach dem OVG nur davon ausgegangen werden, dass der Sicherungsvertrag wirksam zustande gekommen ist und allerdings bloß eine akzessorische Sicherheit entsteht.[1210] Der chinesische Gesetzgeber hat durch die Verknüpfung des Sicherungsvertrags mit dem Darlehensvertrag einerseits und den Ausschluss der parteigewillkürten Möglichkeit von unabhängigen Sicherungsverträgen andererseits das Akzessorietätsprinzip gestärkt. Es wird dabei deutlich, dass die Rechtsnatur des Sicherungsvertrages in untrennbarem Zusammenhang mit dem Akzessorietätsgedanken steht.

Das Obervolksgericht Sichuan hält in einer Entscheidung[1211] auch an der strengen Akzessorietät der Hypothek fest. Der Entscheidung lag der Sachverhalt zugrunde, dass die durch eine Hypothek zu sichernde Forderung bereits getilgt war und die Hypothek als Sicherheit für eine neue Forderung dienen sollte. Unter Hinweis auf den Akzessorietätsgrundsatz wurde in dieser Entscheidung zur Sicherung einer neuen Forderung die erneute Bestellung einer Hypothek gefordert, da die alte Hypothek mit der Forderungstilgung untergegangen ist.

4. Weitere Schwierigkeiten

In diesem Zusammenhang ist auch das Problem zu erörtern, dass chinesische Juristen nicht selten Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung haben, die sich oft nur am

[1207] Siehe Leitlinien für Entscheidungen in Zivilsachen bei Sicherungsrechten, S. 6.
[1208] Siehe Leilinien für Entscheidungen in Zivilsachen bei Sicherungsrechten, S. 13.
[1209] Siehe Leitlinien für Entscheidungen in Zivilsachen bei Sicherungsrechten, S. 6.
[1210] Leitlinien für Entscheidungen in Zivilsachen bei Sicherungsrechten, S. 7, 8, 9.
[1211] Siehe Leilinien für Entscheidungen in Zivilsachen bei Sicherungsrechten, S. 336.

Wortlaut der anzuwendenden Rechtsvorschriften ausrichtet, ohne auf die dahinter stehenden Prinzipien und die Systematik des Gesetzes Bezug nehmen. Dies liegt zum einen an der juristischen Ausbildung, die der Rechtssystematik und Rechtslogik zu wenig Beachtung schenkt und zum anderen daran, dass Gerichtsurteile oft nur eine unzureichende und manchmal sogar gar keine Begründung enthalten, was die Nachvollziehbarkeit der richterlichen Rechtsanwendung oft schwierig gestaltet. Dies führt im Kreditsicherungsrecht dazu, dass chinesische Juristen bei der akzessorischen Hypothek wohl zwischen dem Hypothekenvertrag als schuldrechtlichem Grundgeschäft und der Hypothek als dinglichem Recht unterscheiden. Sie können sich allerdings nicht richtig vorstellen, dass nichtakzessorische Rechte über einen Sicherungsvertrag kontrolliert werden können. Dies mag auch daran liegen, dass chinesische Juristen bei Fallprüfungen nicht systematisch vorgehen können. Sie unterscheiden grundsätzlich nicht zwischen Anspruchsentstehung einerseits und Anspruchsverhinderung und -vernichtung andererseits. Deshalb verkennen sie, dass auch nichtakzessorische Rechte über den Sicherungsvertrag kontrolliert werden könnten. Dies mag eine teilweise Erklärung dafür sein, warum nichtakzessorische Rechte bis heute nicht in das chinesische Recht aufgenommen worden sind.

5. Lockerungen des Akzessorietätsprinzips durch die Rechtsprechung

Seitens der Rechtsprechung des OVG besteht allerdings vor dem Hintergrund, dass der chinesische Gesetzgeber eine Aufnahme von nichtakzessorischen dinglichen Rechten bislang unterlassen hat, das Bedürfnis nach einer Lockerung der Akzessorietät bei der Hypothek.

Das OVG setzt sich in seiner Entscheidung[1212] über die in § 172 Sachenrechtsgesetz geregelte Verknüpfung von Darlehens- und Sicherungsvertag hinweg, indem es die Wirksamkeit des bei Hypothekenbestellung abgeschlossenen Sicherungsvertrages bei Erledigung der Hypothekeneintragung auch dann bejaht, wenn der Darlehensvertrag zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht abgeschlossen war. Nach § 172 Sachenrechtsgesetz wäre der Sicherungsvertrag in diesem Fall eigentlich nicht wirksam. Indem das OVG die Wirksamkeit des Sicherungsvertrages als Nebenvertrag zum Darlehensvertrag auch ohne Abschluss des Darlehensvertrages bejaht, wird gleichzeitig das Akzessorietätsprinzip umgangen. Bei strikter Anwendung des Akzessorietätsgedankens wäre mangels Forderung die Hypothekenbestellung zwingend unwirksam gewesen. Damit kann in der Entscheidung des OVG eine Lockerung des Akzessorietätsgrundsatzes gesehen werden.

Weitergehend besagt eine andere Entscheidung des OVG[1213] zur Nichtakzessorietät von Sicherungsrechten, dass nichtakzessorische Sicherheiten möglicherweise im „internationalen Wirtschaftsverkehr“ zulässig sein können.

[1212] Siehe die Entscheidung des Zweiten Zivilsenats des OVG, Zivilsachen im Jahre 2012 Nr. 56. Siehe Leitlinien für Entscheidungen in Zivilsachen bei Sicherungsrechten, S. 314ff.
[1213] Siehe He, Beiträge zu schwierigen Fragen der Sicherungsrechte, S. 13.

Wenn das OVG auch gewisse Lockerungen des Akzessorietätsprinzips zulässt, so hält es dennoch insgesamt am Akzessorietätsgrundsatz fest. Vereinbarungen im Sicherungsvertrag, welche die Akzessorietät lockern oder aufheben, sollen nach Auffassung des OVG zwar zulässig sein, aber keine Rechtswirkung auf dinglicher Ebene entfalten mit der Konsequenz, dass es entgegen dem wirksamen Sicherungsvertrag bei einem akzessorischen Recht bleibt.[1214]

Auch von Teilen der Literatur[1215] wird die strenge Akzessorietät der chinesischen Hypothek kritisiert und eine Lockerung der Akzessorietät bei der Hypothek gefordert. Daneben wird auch eine Regelung für „unabhängige dingliche Sicherheiten" gefordert[1216], womit die Einführung nichtakzessorischer Rechte in das chinesische Recht gemeint ist.

II. Die sog. „unabhängige Sicherheit" im chinesischen Recht

1. Unterschiedliche Denkansätze

Vorab ist nochmals anzumerken, dass Sicherungsrechte im chinesischen Recht vom Grundsatz her als akzessorische Rechte verstanden werden. Diesem Grundsatz folgend hat der chinesische Gesetzgeber die Hypothek und das Pfandrecht an beweglichen Sachen systematisch als akzessorische Sicherungsrechte gestaltet. Nichtakzessorische Regelungen wie z.B. die deutsche Grundschuld, sind bislang nicht in das chinesische Recht aufgenommen worden. Unklar ist allerdings, ob alles, was über strenge Akzessorietät hinausgeht, nichtakzessorische Sicherheiten sind oder nicht.

Dabei ist zu beachten, dass der chinesische Gesetzgeber den Begriff „nichtakzessorische" oder „unabhängige Sicherheit" selbst nicht verwendet hat. Hierzu bestand mangels Einführung unabhängiger Sicherheiten in das chinesische Recht keine Veranlassung. In Literatur, Rechtsprechung und Praxis wird die Akzessorietät und Abstraktheit von Sicherheiten aufgrund des Bedürfnisses nach nichtakzessorischen Regelungen zunehmend erörtert.[1217] Dabei wird abweichend vom deutschen Recht der Begriff der „unabhängigen Sicherheit" gebraucht.

Die unterschiedliche Begrifflichkeit geht m.E. zurück auf die Vorschrift des § 172 Sachenrechtsgesetz. Eine „unabhängige Sicherheit" ist demzufolge im Umkehrschluss zu § 172 gegeben, wenn die zwischen Darlehens- und Sicherungsvertrag bestehende Abhängigkeit vollständig aufgehoben ist. Nach der chinesischen Literatur soll eine unabhängige Sicherheit nur dann vorliegen können, wenn „der Sicherungsvertag kein

[1214] Leitlinien für Entscheidungen in Zivilsachen bei Sicherungsrechten, S. 7, 8, 9.
[1215] Z.B. siehe Systematisierung der Rechtsprechung zum Sachenrecht, S. 382.
[1216] Systematisierung der Rechtsprechung zum Sachenrecht, S. 384.
[1217] Siehe z.B. Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 40ff.

Nebenvertrag des Darlehensvertrags ist“.[1218] Damit werden im chinesischen Recht in Bezug auf die Akzessorietätswirkung dieselben Ergebnisse erzielt wie im deutschen Recht, auch wenn unterschiedliche Begriffe verwendet werden und von einem unterschiedlichen Akzessorietätsverständnis ausgegangen wird. Es ist deshalb davon auszugehen, dass das chinesische Verständnis der Akzessorietät *im Rahmen des chinesischen Rechts* auch nicht falsch ist. Die nichtakzessorische Sicherheit im deutschen Recht und die unabhängige Sicherheit sind im Rahmen des chinesischen Rechts ergebnisorientiert ein und dieselbe Sache. Der Unterscheidung zwischen beiden Begriffen ist insbesondere im Kontext des chinesischen Rechts von geringer praktischer Bedeutung.

Zur Rechtsnatur unabhängiger Sicherheiten gibt es mangels gesetzlicher Regelung nur wenige Stellungnahmen seitens des Gesetzgebers oder der Rechtsprechung. Es soll daher kurz ein Überblick über das Akzessorietätsverständnis der Literatur bei anderen im chinesischen Recht zugelassenen Sicherheiten, wie z.B. der Bürgschaft, gegeben werden.

Hier wird deutlich, dass der Begriff „Sicherheit“ im chinesischen Recht oft wesentlich weiter verstanden wird als sowohl im deutschen als auch im chinesischen Sachenrecht. Der Begriff „Sicherheit“ wird also häufig nicht sachenrechtsspezifisch verwendet. Unter Verzicht auf korrekte Rechtsdogmatik wird der Begriff zweckorientiert verstanden. Demzufolge werden subjektive Rechte als Sicherheit angesehen, wenn sie der weitergehenden rechtlichen Sicherstellung eines anderen subjektiven Rechts dienen. Auch die Sicherung aus dem nach der Nr. 458 der *ICC Uniform Rules On Demand Guarantees* (ICC URDG) in der chinesischen Rechtsordnung zugelassenen „*payment at sight*“,[1219] dessen Vorlage einen einredefreien Auszahlungsanspruch gegenüber einem Kreditinstitut begründet, wird als „Sicherheit“ verstanden, obwohl es sich hier streng genommen um ein im chinesischen Recht zugelassenes Wertpapier handelt. Damit erfüllt das „*payment at sight*“ im internationalen Rechtsverkehr m.E. eine der Bankbürgschaft vergleichbare Wirkung, bei welcher das Kreditinstitut die Erfüllung des schuldrechtlichen Zahlungsanspruchs garantiert. Eine Erklärung hierfür ist vielleicht darin zu sehen, dass das chinesische Sachenrechtgesetz erst im Jahr 2007 in Kraft getreten ist, eine Diskussion über die im Sachenrecht zu geltende Systematik im Vorfeld erst Ende der 1990er Jahre begonnen hat und bis zum Erlass des Sachenrechtsgesetzes die nach 1978 in Kraft getretenen einzelnen Handelsgesetze das Sicherheitenverständnis bereits in China geprägt hatten.

2. Unabhängige Bürgschaft?

Die Bürgschaft fällt in den Anwendungsbereich des § 5 Sicherheitengesetz, nach dem die Parteien die Unabhängigkeit des Sicherungsvertrages vom Darlehensvertrag parteiautonom vereinbaren können. Dieses Ergebnis ist klar, weil sich diese Vorschrift im „Allgemeinen Teil“ des Sicherheitengesetzes befindet und die

[1218] Siehe Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 40-41.
[1219] Siehe Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 42.

chinesische Bürgschaft in diesem Gesetz und nicht im Sachenrechtsgesetz geregelt wird. Diese Vorschrift stellt deutlich eine Lockerung der Abhängigkeit des Sicherungsvertrages vom Darlehensvertrag dar.

Diese Möglichkeit wird allerdings durch § 172 Sachenrechtsgesetz hinsichtlich aller dinglichen Sicherheiten ausgeschlossen, mit der Folge, dass heute im chinesischen Recht nur Gesetze die Unabhängigkeit des Sicherungsvertrags bei dinglichen Sicherheiten ausdrücklich regeln können. Dadurch wird eine Lockerungsmöglichkeit wiederum eingeschränkt. Die Literatur geht also logisch davon aus, dass die Ausgestaltung als unabhängige Sicherheit im Wege der Parteivereinbarung nur bei der Bürgschaft möglich sein soll.[1220] Demzufolge gibt es die sog. „unabhängige Bürgschaft“ im chinesischen Recht, die aus deutscher Sicht einem sog. Garantieversprechen entspricht.

Abschließend kann festgehalten werden, dass eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der Vorschrift des § 5 Sicherheitengesetz auf weitere Sicherheiten, die vom Gesetzgeber erst noch geregelt werden müsste, denkbar ist.

Das OVG[1221] hat eine vertragliche Vereinbarung über die Unabhängigkeit der inländischen Bürgschaft ausdrücklich nicht zugelassen. Im Umkehrschluss zu dieser eingeschränkten Zulässigkeit geht die Literatur[1222] davon aus, dass unabhängige Bürgschaften im internationalen Rechtsverkehr zulässig sein sollen. Auch das „*payment at sight*“ nach der Nr. 458 der *ICC Uniform Rules On Demand Guarantees* (ICC URDG) wird von Teilen der Literatur als unabhängige Sicherheit angesehen.[1223]

Ein Teil der Literatur vertritt auch die Auffassung, dass alle Rechtsordnungen der Welt bei der Regelung von Sicherheiten vom Grundsatz der Akzessorietät ausgehen würden.[1224] Vor diesem Hintergrund wird auch die durch Parteivereinbarung zustande gekommene unabhängige Sicherheit als Ausnahmefall angesehen. Die Literatur verkennt ganz offensichtlich, dass die Gesetzgeber anderer Rechtsordnungen vielfach die akzessorischen und nichtakzessorischen Rechte parallel geregelt haben.

Dieser Irrtum lässt sich auch aus der Vorschrift des § 172 Sachenrechtsgesetz erklären, der bei dinglichen Sicherheiten eine vertragliche Vereinbarung über die Unabhängigkeit von Darlehens- und Sicherungsvertrag ausschließt. Infolge des Grundsatzes der Abhängigkeit werden die Wirkungen, die vom Sicherungsvertrag ausgehen, als gering angesehen. An diesem Verständnis ändert auch die Regelung von § 5 Sicherheitengesetz nur wenig, der eine parteiautonome Regelung in Bezug auf die Abhängigkeit der Sicherheit einräumt, da diese Vorschrift nach Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes nur bei nichtdinglichen Sicherheiten wie z.B. der Bürgschaft, Anwendung findet.

[1220] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 204.
[1221] Siehe die Entscheidung des OVG für Wirtschaftssachen im Jahre 1998 Nr. 184.
[1222] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 46.
[1223] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 42.
[1224] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 40.

Es stellt sich m.E. allerdings die Frage, ob eine im Wege der Parteivereinbarung zustande gekommene unabhängige Bürgschaft eine in der Rechtspraxis sinnvolle Sicherheit darstellen kann, zumal es sich um eine persönliche Sicherheit handelt. Die Bürgschaft als eine persönliche Sicherheit bedeutet eine hohe persönliche Verbindung zwischen dem Bürgen und dem Schuldner und steht als eine reine „Verpflichtung“ mit dem Sicherungsvertrag „auf einer Stufe“. Dann fragt man sich natürlich, inwiefern eine Bürgschaft mittels der fiduziarischen Bindung durch den Sicherungsvertrag „flexibel“ verwendet werden könne, wie z.B. bei Refinanzierung oder Neuvalutierung.

3. Die untergeordnete Rolle des Sicherungsvertrags im chinesischen Recht

Die chinesische Literatur hat in der Diskussion über die gesetzliche Einführung unabhängiger Sicherheiten und deren Geltung im internationalen Rechtsverkehr die Kriterien für unabhängige Sicherheiten herausgearbeitet. Eine unabhängige Sicherheit soll nach Auffassung der Literatur in drei Fällen vorliegen,

1. wenn sie unbedingt erfolgt und nicht zurückgenommen werden kann[1225] oder
2. wenn sie gegen die Aushändigung des Briefs sofort befriedig werden muss oder
3. wenn der Sicherungsgeber keine Einreden aus dem Sicherungsvertrag hat.“[1226]

Zur Fallgruppe 1. ist anzumerken, dass die Vereinbarung einer unabhängigen Sicherheit zunächst den Abschluss eines wirksamen Sicherungsvertrags voraussetzt und im Anschluss hieran dann die Frage zu klären ist, ob darüber hinaus in diesem wirksamen Sicherungsvertrag ein Rücktritt ausgeschlossen ist und die Sicherheit ohne Bedingung vereinbart ist. Diese beiden Fragen betreffen inhaltliche Regelungen des Sicherungsvertrages.

Nach Auffassung der chinesischen Literatur[1227] hat die Aufhebung der Abhängigkeit zwischen Darlehens- und Sicherungsvertrag den Einredeverlust des Sicherungsgebers gegenüber dem Sicherungsnehmer zur Folge, was im Ergebnis zu dessen verstärkter Haftung führt. Es wird allerdings nicht näher ausgeführt, wie der Einredeverlust zustande kommt. Die Literatur geht vermutlich davon aus, dass sämtliche Einreden im Darlehensvertrag geregelt werden und diese infolge der Aufhebung der Abhängigkeit zwischen Darlehens- und Sicherungsvertrag vom Sicherungsgeber nicht mehr geltend gemacht werden können. Hiervon ausgehend kommt dem Sicherungsvertrag keine Funktion zu.

Die Literatur [1228] vertritt auch die Auffassung, dass der Sicherungsgeber dem Sicherungsnehmer nicht entgegenhalten könne, dass die zu sichernde Forderung nicht

[1225] He, Shaoqi, Theorien und Praxis über das Sicherungsrecht bei der internationalen Finanzierung, Verlag des Volksgerichts, Peking 2001, S. 30.
[1226] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 43.
[1227] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 44.
[1228] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 44.

zustande gekommen, unwirksam oder unvollstreckbar sei. Es wird ausgeführt, dass durch Vereinbarung der unabhängigen Sicherheit vollständig auf die Akzessorietät verzichtet worden sei und diese grundsätzlich gegen das Wesen der Sicherheit verstoße. Auf dieser Grundlage gelangt die Literatur zu der Überzeugung, dass das „traditionelle“ Sicherungsrecht bei unabhängigen Sicherheiten überhaupt keine Anwendung finden könne. Im Zusammenhang mit der strengen Haftung wird auch auf die hohen Risiken verwiesen, die bei der missbräuchlichen Gestaltung unabhängiger Rechte auftreten würden.

Aus alldem wird deutlich, dass der Sicherungsvertrag im chinesischen Recht eine *untergeordnete Rolle* spielt, was wiederum der Einführung unabhängiger Rechte entgegensteht. M.E. ist die Gestaltung der Bürgschaft als unabhängiges Recht im Rahmen des § 5 Sicherheitengesetz auch nicht vereinbar mit ihrer Eigenschaft als persönliche Sicherheit, zumal dem Sicherungsvertrag als Nebenvertrag des Darlehensvertrages hinsichtlich seiner Kontrollfunktion eine untergeordnete Bedeutung beigemessen wird. Es kann festgehalten werden, dass eine effiziente Kontrolle dinglicher Sicherungsrechte über die konkrete Ausgestaltung im Sicherungsvertrag offenbar scheitert, solange das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft nicht scharf getrennt werden. Es ist allerdings nur unter der Voraussetzung der umfassenden Geltung des Trennungsprinzips entsprechend der deutschen Vorschrift des § 137 BGB denkbar, dass der Sicherungsvertrag seine Funktion als Kontrollinstrument überhaupt wahrnehmen kann. Die Vorschrift des § 137 BGB ist m.E. ein Vorbild, wie das Trennungsprinzip in konsequenter Weise oder „in einer weiteren Dimension“ verstanden werden kann, was auch das chinesische Recht richtig lernen muss.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Literatur zwar den Versuch unternimmt, unabhängige Sicherungsrechte in das chinesische Rechtssystem zu integrieren, allerdings infolge des aus § 172 Sachenrechtsgesetz resultierenden Missverständnisses scheitert, weil auch diese Vorschrift ganz offenkundig die Kontrollmöglichkeiten des Sicherungsvertrages verkennt. Eine Aufhebung der Vorschrift des § 172 Sachenrechtsgesetz wäre deshalb vor allem die Voraussetzung für die Einführung unabhängiger Sicherungsrechte. In einem zweiten Schritt müsste allerdings die bisherige Rolle des Sicherungsvertrages als Nebenvertrag kritisch überdacht werden.

4. Bemerkung

Es kann festgehalten werden, dass die Vorschrift des § 172 Sachenrechtsgesetz zu vergleichbaren Ergebnissen führt wie das deutsche Sachenrecht. Hierbei darf aber nicht übersehen werden, dass die Akzessorietät im chinesischen Recht über das deutsche Akzessorietätsverständnis hinausgeht. Der chinesische Gesetzgeber hat sich zwar in zahlreichen Vorschriften am deutschen Verständnis der Akzessorietät orientiert, so z.B. bei der Übertragungs- und Umfangsakzessorietät, er weicht allerdings in den Vorschriften des § 5 Sicherheitengesetz und § 172

Sachenrechtsgesetz von der deutschen Regelung deutlich ab, indem er die Abhängigkeit des Sicherungsvertrags vom Darlehensvertrag geregelt hat. Die Literatur will hierin eine Akzessorietätsregelung sehen.

Vor diesem Hintergrund kommt man zu dem Ergebnis, dass die Vorschrift des § 172 Sachenrechtsgesetz ein Hindernis für die Einführung nichtakzessorischer dinglicher Rechte darstellt. Die darin geregelte gesetzliche Verknüpfung des Sicherungsvertrages mit dem Darlehensvertrag steht dem Bedürfnis der Kreditpraxis nach flexiblen dinglichen Sicherheiten im Wege.

An der bestehenden gesetzlichen Regelung ist zu kritisieren, dass eine Lockerung der Akzessorietät nur im Wege der Parteivereinbarung über die Vorschrift des § 5 Sicherheitengesetz möglich ist und diese Vorschrift auch seit dem Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes nur auf nichtdingliche Sicherheiten anwendbar ist. Dies führt, wie oben am Beispiel der Bürgschaft dargelegt, zu dem unbefriedigenden Ergebnis, dass nur die Bürgschaft im chinesischen Recht im Wege der Parteivereinbarung als unabhängiges Recht ausgestaltet werden kann, was sich m.E. mit dem Wesen der Bürgschaft als persönliche Sicherheit nicht vereinbaren lässt. Es finden sich allerdings auch im deutschen Recht Ausnahmen abstrakter persönlicher Sicherheiten, wie z.B. abstraktes Schuldanerkenntnis und Schuldversprechen. Sie werden von der deutschen Kreditpraxis als nichtakzessorische persönliche Sicherheiten eingesetzt. Die Rechtsprechung beanstandet dies nicht grundsätzlich und sieht in dieser Gestaltung lediglich in bestimmten Fällen ein besonders hohes und nicht hinnehmbares Haftungsrisiko.

Im deutschen Recht ist die Vorschrift des § 137 BGB für die dinglichen nichtakzessorischen Sicherheiten von besonderer Bedeutung, weil sie mit der Verwirklichung des Trennungsprinzips die Kontrolle dinglicher Rechte durch ein Verpflichtungsgeschäft vorsieht. Der Sicherungsvertrag stellt genau ein solches Verpflichtungsgeschäft dieser Art i.S.v. § 137 BGB dar. Er ist nicht wie im chinesischen Recht ein vom Darlehensvertrag abhängiger und untergeordneter Nebenvertrag, sondern übernimmt eine übergeordnete Rolle. Der chinesische Gesetzgeber sollte sich bei der Einführung nichtakzessorischer Rechte an der deutschen Vorschrift des § 137 BGB ausrichten. Dies ist möglich vor dem Hintergrund, dass das Trennungsprinzip bereits im chinesischen Recht überwiegend akzeptiert ist.

Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte der chinesische Gesetzgeber nichtakzessorische Sicherheiten ausdrücklich im Sinne des Grundsatzes eines *numerus clausus* regeln und deren Einführung nicht der Parteivereinbarung überlassen. Insbesondere persönliche Sicherheiten sollten aufgrund des hohen Haftungsrisikos von der Ausgestaltung als nichtakzessorische Sicherheiten ausgenommen werden. Es sollte an dieser Stelle auch ins Bewusstsein gerückt werden, dass auch die von der deutschen Kreditpraxis vorgenommene Kombination von Grundschuld und abstraktem Schuldanerkenntnis zu teilweise zweifelhaften Ergebnissen führt.

Insgesamt ist festzuhalten, dass der chinesische Gesetzgeber im Rahmen der Einführung nichtakzessorischer dinglicher Sicherheiten gefordert ist, die bestehenden missverständlichen Regelungen, welche z.B. die Abhängigkeit des Sicherungsvertrages vom Darlehensvertrag zum Gegenstand haben, aufzuheben und durch klare eindeutige Regelungen zu ersetzen. Dabei wäre es aus Gründen der Rechtslogik von Vorteil, wenn sich der Gesetzgeber bei Neuregelungen lediglich am deutschen Akzessorietätsbegriff ausrichten würde.

III. Der Hypothekenvertrag im chinesischen Recht

1. Rechtsnatur und Wirksamkeit

Der „Hypothekenvertrag“ ist im chinesischen Recht eine andere Bezeichnung für den Sicherungsvertrag bei Bestellung einer Hypothek. Bemerkenswert ist allerdings, dass der Sicherungsvertrag im deutschen Recht grundsätzlich bei nichtakzessorischen Sicherheiten als schuldrechtlicher Vinkulierung von relevanter Bedeutung ist, während er bei akzessorischen Sicherheiten lediglich als Grundgeschäft des dinglichen Bestellungsaktes eine geringere Rolle spielt. Diese geringere Rolle ist teilweise vergleichbar mit dem chinesischen Recht, weil bislang im chinesischen Recht nur akzessorische Sicherheiten geregelt sind. Demzufolge wird auch keine weitere ausführliche Problematik beim Hypothekenvertrag, wie z.B. der Rückgewähranspruch oder der Löschungsanspruch, im chinesischen Recht verblieben.

Nach § 185 Abs. 1 Sachenrechtsgesetz bedarf der Hypothekenvertrag der schriftlichen Form. Bis zum Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes im Jahr 2007 war der Hypothekenvertrag in § 41 Sicherheitengesetz geregelt. Nach dieser Vorschrift wurde der Hypothekenvertag erst mit der Eintragung der Hypothek wirksam. Indem der chinesische Gesetzgeber den Vertragsbegriff im Sicherheitengesetz verwendete, entschied er sich gleichzeitig für das dem Vertragsgesetz zugrunde liegende Einheitsprinzip, das nicht zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft unterscheidet. Die Anwendung des Einheitsprinzips auf den Hypothekenvertrag wurde von der Literatur stark kritisiert, zumal der Gläubiger bei fehlender Eintragung schutzlos war.[1229]

In der Vorschrift findet sich ein Gesetzgebungsfehler, der Teile der Literatur dazu veranlasste, im Hypothekenvertrag des Sicherheitengesetzes lediglich einen dinglichen Vertrag zu sehen, der den dinglichen Bestellungsakt beinhalten sollte.[1230] Diese Problematik wurde schon im taiwanischen Recht grundsätzlich diskutiert[1231],

[1229] Siehe Akademische Entwürfe zum chinesischen Sachenrecht, herausgegeben von Liang, Huixing, Peking 2000, S. 612.
[1230] Cheng, Xiao, Theorie und Praxis der chinesischen Hypothek, S. 49.
[1231] Siehe Wang, Zejian, “Kauf, Vereinbarung zur Bestellung der Hypotheken und das Rechtsgeschäft i.S.d. § 758 Zivilgesetzbuch“, in „Forschungen zu den zivilrechtlichen Lehren und der Rechtsprechung“,

wobei dann eine identische Auslegung wie die „Drei-Stufen-Konstruktion“ im deutschen Recht entwickelt wurde.

Auch das OVG erkannte vor dem Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes die Problematik, welche mit der Geltung des Einheitsprinzips bei der Anwendung der Vorschrift des § 41 Sicherheitengesetz verbunden war und reagierte hierauf in seinen „Erläuterungen zur Anwendung des Sicherheitengesetzes“. In § 56 Abs. 2 der Erläuterungen führte es aus, dass der Schuldner, welcher nach Abschluss des Hypothekenvertrages die Eintragung der Hypothek unter Verstoß gegen Treu und Glauben ablehnt, dem Gläubiger zum Schadensersatz verpflichtet ist. Das OVG äußert sich hier nicht ausdrücklich zur Wirksamkeit des Hypothekenvertrages, beendete allerdings mit der Gewährung des Schadensersatzanspruches die Schutzlosigkeit des Gläubigers. Darüber hinaus führt das OVG in § 59 seiner Erläuterungen aus, dass der Gläubiger in den Fällen, in denen die Hypothek von Amts wegen nicht eingetragen wurde, vom Schuldner die Eintragung der Hypothek und im Anschluss daran Befriedigung aus der Hypothek verlangen kann. [1232] Dementsprechend bejaht das OVG in seiner Rechtsprechung die Wirksamkeit des Hypothekenvertrages, auch wenn die Hypothek noch nicht eingetragen ist. Allerdings soll die Hypothek vor ihrer Eintragung noch keine Drittwirkung entfalten, die den Gläubiger zu einem Vorgehen gegenüber Dritten berechtigt.[1233]

Der Streit über die Rechtsnatur des Hypothekenvertrages i.S.d. § 41 Sicherheitengesetz wurde mit dem Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes im Jahr 2007 und dem nunmehr geltenden Trennungsprinzip beendet.[1234] Der Wortlaut des § 187 Sachenrechtsgesetz spricht nicht mehr vom Hypothekenvertrag, sondern nur noch von der Hypothek als dingliches Recht, welches erst mit der Eintragung wirksam bestellt ist. In Verbindung mit der Vorschrift des § 15 Sachenrechtsgesetz, nach welcher die Eintragung des dinglichen Rechts nicht zur Wirksamkeit des Kaufvertrages notwendig ist, wird nunmehr das Trennungsprinzip[1235] auch für das chinesische Hypothekenrecht verankert.

Auch nach der h.M. in der Literatur[1236] wird der Hypothekenvertrag entsprechend dem Grundgedanken der Vorschrift des § 15 Sachenrechtsgesetz lediglich mit seinem Zustandekommen wirksam, sofern gesetzlich nicht etwas anderes geregelt ist oder

---

Fünfter Band, S. 111ff. Die Entscheidung des taiwanischen obersten Gerichtshofs, Jahrgang 1981 Nr. 453.

[1232] „Praktische Angelegenheiten der Zivilgerichte“, herausgegeben vom Ersten Zivilsenat des Obersten Volksgerichts, Verlag des Gesetzes, Peking 2005, S. 59. Siehe auch „Zusammenfassung von Leitlinien der Rechtsprechung des Obersten Volksgerichts“, Band 2, herausgegeben von Liu, Dequan, Verlag des Volksgerichts, Peking 2009, S. 1325.

[1233] Zusammenfassung von Leitlinien der Rechtsprechung des Obersten Volksgerichts, Band 2, S. 1325, 1326.

[1234] Akademische Entwürfe zum chinesischen Sachenrecht, herausgegeben von Liang, Huixing, Peking 2000, S. 612. Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 197.

[1235] Siehe Leitlinien für Entscheidungen in Zivilsachen bei Sicherungsrechten, S. 12.

[1236] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 197.

Parteien etwas Abweichendes vereinbart haben.[1237] Die Literatur sieht auch in der gesetzlichen oder parteiautonomen Abweichung spezifische Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Hypothekenvertrages.[1238]

Nach ständiger Rechtsprechung des OVG findet die Vorschrift des § 41 Sicherheitengesetz endgültig keine Anwendung mehr.[1239] Die Richter des OVG unterscheiden in ihrer für die Rechtsprechung verbindlichen Literatur[1240] zwischen dem Sicherungsvertrag und der Hypothek und gewähren demzufolge dem Hypothekengläubiger, dessen Hypothek nicht eingetragen ist, einen Anspruch auf Sicherungsleistung oder auf Schadensersatz, soweit der Sicherungsvertrag wirksam zustande gekommen ist. In einem neueren Beschluss vom 30.12.2013[1241] hat das OVG nochmals bestätigt, dass nach §§ 15 und 187 Sachenrechtsgesetz das Wirksamwerden des Hypothekenvertrages von der Bestellung der Hypothek unabhängig ist.[1242] Damit steht fest, dass der Hypothekenvertrag seit dem Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes in der chinesischen Rechtsprechung als schuldrechtlicher Vertag angesehen wird. Jedoch hat das OVG in einer Entscheidung vom 05.11.2014[1243] die rückwirkende Anwendung der Vorschrift der §§ 15 und 187 Sachenrechtsgesetz ausdrücklich verneint, so dass für die Hypothekenverträge, die vor Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes abgeschlossen wurden, noch die Vorschrift des § 41 Sicherheitengesetz Anwendung findet.[1244]

[1237] Beispielsweise können Parteien das Wirksamwerden des Hypothekenvertrags von einer notariellen Beurkundung anhängig machen. Darüber hinaus kann das Gesetz z.B. vorsehen, dass das Wirksamwerden des Hypothekenvertrags die Zustimmung von der Verwaltungsbehörde voraussetzt.

[1238] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 198.

[1239] „Ausdauer für eine Justiz für das Volks und Justizharmonisierung, um das rechtliche, wirkungsvolle und maßgebliche System der zivilrechtlichen Rechtsprechung zu bauen“, am 09.04.2007, S. 59. Auch Zusammenfassung von Leitlinien in der Rechtsprechung des Obersten Volksgerichts, Band 2, S. 505. Auch He, Beiträge zu schwierigen Fragen der Sicherungsrechte, S. 215.

[1240] Siehe die Entscheidung des Zweiten Zivilsenats des OVG im Jahre 2009 Nr. 112.

[1241] Siehe OVG-Beschluss, Revision für Zivilsachen im Jahre 2013 Nr. 1876, veröffentlicht auf der Webseite von „China Judgement Online“, die Adresse lautet: http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/content/content?DocID=f15a0cae-0654-4eaa-b13c-c509b4a1ef31&KeyWord=%E6%8A%B5%E6%8A%BC%E6%9D%83.

[1242] Ähnlich siehe OVG-Entscheidung zum 23.10.2013, Revision für Zivilsachen im Jahr Nr. 76, auf der Webseite von „China Judgements Online“, die Adresse lautet: http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/content/content?DocID=f06e15f6-b647-11e3-84e9-5cf3fc0c2c18&KeyWord=%E6%8A%B5%E6%8A%BC%E6%9D%83. Auch OVG-Beschluss zum 5.2015, Revision für Zivilsachen im Jahr 2014 Nr. 2189, die Adresse lautet: http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/content/content?DocID=339560b7-7440-4486-85d3-bb4ed93740c6&KeyWord=%E6%8A%B5%E6%8A%BC%E6%9D%83. Ferner OVG-Entscheidung zum 16.12.2014, Revision für Zivilsachen im Jahr 2014 Nr. 142, die Adresse lautet: http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/content/content?DocID=e7e9ff0a-d4dc-40b0-bd84-7e18ecee2c84&KeyWord=%E6%8A%B5%E6%8A%BC%E6%9D%83.

[1243] Siehe OVG-Entscheidung, Revision für Zivilsachen im Jahr 2013 Nr. 67, auf der Webseite von „China Judgements Online“, die Adresse lautet: http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/content/content?DocID=fc3112fd-8489-4922-ae6d-0eb1d6db5675&KeyWord=%E6%8A%B5%E6%8A%BC%E6%9D%83.

[1244] Ähnlich OVG-Beschluss zum 14.2.2014, Revision für Zivilsachen im Jahr Nr. 2306, auf der Webseite von „China Judgements Online“, die Adresse lautet:

2. Unwirksamkeit

Wie bereits oben ausführlich dargelegt, ist der Hypothekenvertrag im chinesischen Recht nach der Vorschrift des § 172 Sachenrechtsgesetz als Sicherungsvertrag lediglich ein Nebenvertrag des Darlehensvertrages. Diese Akzessorietätsregelung hat zur Folge, dass auch seine Wirksamkeit von der Wirksamkeit des Darlehensvertrages abhängig ist. Darüber hinaus soll nach Auffassung der herrschenden Lehre der Hypothekenvertrag auch in den Fällen unwirksam sein, in denen z.B. das Sicherungsgut gesetzlichen Regeln nicht entspricht oder der Darlehensnehmer keine Verfügungsbefugnis über das Sicherungsgut hat.[1245]

Der unwirksame Hypothekenvertrag führt nach Auffassung der h.L. [1246] im chinesischen Recht, welches das Abstraktionsprinzip nicht kennt, zur Unwirksamkeit der bereits eingetragenen Hypothek und damit unmittelbar zur Unrichtigkeit des Grundbuchs. Insgesamt kann festgehalten werden, dass die Anwendung des Kausalprinzips [1247] im chinesischen Recht bei Unwirksamkeit des Hypothekenvertrages die Unwirksamkeit der Bestellung des dinglichen Rechts nach sich zieht.[1248] Der öffentliche Glaube an die Richtigkeit des Grundbuchs wird dadurch erschüttert. Demgegenüber lässt die Unwirksamkeit des Hypothekenvertrages im deutschen Recht unter Anwendung des Abstraktionsprinzips die Wirksamkeit des Bestellungsgeschäfts und die Richtigkeit des Grundbuchs unberührt, was zur Folge hat, dass der öffentliche Glaube des Grundbuchs dadurch gestärkt wird.

3. Erfüllung

Nachdem das chinesische Sachenrecht zwischen dem Hypothekenvertrag als schuldrechtlichem Grundgeschäft und der Hypothek als dinglichem Recht unterscheidet, treten die Probleme, die im Zusammenhang mit der Erfüllung des Hypothekenvertrages auftreten, in den Vordergrund.

Verweigert der Darlehensnehmer die Erfüllung des wirksamen Hypothekenvertrages endgültig, kann der Gläubiger grundsätzlich nach § 110 Vertragsgesetz [1249] die zwangsweise Erfüllung des Anspruchs gerichtlich geltend machen.

---

http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/content/content?DocID=e57c143c-e1ac-4152-8762-0b60e16d38b8&KeyWord=%E6%8A%B5%E6%8A%BC%E6%9D%83.

[1245] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 201.

[1246] Cui, Jianyuan, „Erörterungen zur Verfügung von Nichtberechtigten“, in der Zeitschrift „Forschungen der Rechtswissenschaften“, Jahrgang 2003, Nr. 1.

[1247] Ausführlich siehe § 14 III dieser Arbeit.

[1248] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 202.

[1249] § 110 Vertragsgesetz:“ Lehnt eine Vertragspartei die Erfüllung einer Forderung ab, die nicht auf eine Geldleistung gerichtet ist oder erfüllt sie diese nicht entsprechend der Vereinbarung, so kann die andere Vertragspartei die vertragsgemäße Erfüllung verlangen, es sei denn, 1) die Erfüllung ist von vornherein gesetzlich oder tatsächlich unmöglich, 2) der Vertragsgegenstand kann seiner Rechtsnatur nach nicht zwangsweise vollzogen werden oder die Kosten der Zwangsvollstreckung sind zu hoch, oder 3) der Gläubiger hat seinen Anspruch nicht in entsprechender Frist geltend gemacht. “

Demgegenüber lehnt die Literatur die zwangsweise Durchsetzung des Erfüllungsanspruchs ab, wenn das Sicherungsgut zerstört oder bereits veräußert ist, wenn es amtlich nicht zugelassen wurde oder eine Bestellung von Grundpfandrechten aus gesetzlichen Gründen nicht zulässig ist oder wenn der Darlehensnehmer in Bezug auf das Sicherungsgut nicht verfügungsbefugt ist.[1250] Die Eintragung der Hypothek als Erfüllung des Hypothekenvertrages hat in der Regel vor oder gleichzeitig mit der Valutierung des Darlehens zu erfolgen.

Der Gläubiger wird nach §§ 107 ff. Vertragsgesetz faktisch nicht von der Nichterfüllungshaftung ausgeschlossen. Das bedeutet, dass beide Parteien nach §§ 107, 110 Vertragsgesetz[1251] von der anderen Partei Schadensersatz verlangen können, wenn der Vertrag nicht oder nicht nach der Vereinbarung erfüllt wird. Dem Gläubiger wird beispielsweise ein Schadensersatzanspruch gewährt, wenn die Erfüllung unmöglich ist. Umgekehrt kann auch der Schuldner vom Gläubiger Schadensersatz verlangen, wenn der Gläubiger die Erfüllung unberechtigt ablehnt. Dies ist allerdings nicht der Fall, wenn der Gläubiger die Erfüllung aus berechtigten Gründen ablehnt, weil z.B. aufgrund der verspäteten Leistungserbringung das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung entfallen ist.

IV. Erwerb der Hypothek im chinesischen Recht

1. Aufgrund der Eintragung

a) Die alte Rechtslage

Wie bereits oben dargelegt, galt in China bis zum Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes im Jahr 2007 das Einheitsprinzip, welches nicht zwischen dem Hypothekenvertrag als schuldrechtlichem Grundgeschäft und der Hypothek als dinglichem Recht unterschied. Dies hatte zur Folge, dass der Hypothekenvertrag nach der Vorschrift des § 41 Sicherheitengesetz erst mit Eintragung der Hypothek wirksam wurde und der Hypothekengläubiger vor der Eintragung der Gefahr des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs eines Dritten ausgesetzt war.

Vor diesem Hintergrund ist die immer noch geltende Vorschrift des § 49 der „Erläuterungen des OVG zum Sicherheitengesetz“ zu sehen, welche dem Hypothekengläubiger den Anspruch auf Eintragung der Hypothek gewährt, obwohl der Hypothekenvertrag mangels Eintragung noch gar nicht wirksam war. In dieser Vorschrift führt das OVG aus, dass die Hypothek trotz fehlendender Eintragung ausnahmsweise wirksam ist, wenn bis zur letzten mündlichen Verhandlung im erstinstanzlichen Verfahren die Eintragung nachgeholt wird oder bis zu diesem

[1250] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 199.

[1251] § 107 Vertragsgesetz:“ Lehnt eine Partei endgültig ab, den Vertrag zu erfüllen, oder erfüllt sie nicht entsprechend der Vereinbarung, ist sie der anderen Seite gegenüber zur Weitererfüllung, zur Nacherfüllung oder zum Schadensersatz verpflichtet. “

Zeitpunkt die zur Eintragung erforderlichen Urkunden dem Gericht übergeben werden.

Obwohl sich die Rechtslage mit Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes im Jahr 2007 und dem darin verwirklichten Trennungsprinzip geändert hat, wird § 49 der Erläuterungen auch heute noch angewendet. [1252] Mit der Verwirklichung des Trennungsprinzips ist die Vorschrift nur noch in Bezug auf den Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs eines Dritten von Bedeutung. Der Eintragungsmangel, der nach dem Sachenrechtsgesetz die Unwirksamkeit der Hypothek nach sich zieht, kann unter Bezugnahme auf die Vorschrift des § 49 der Erläuterungen auch noch im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung nachgeholt werden.

b) Die neue Rechtslage

Nach Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes im Jahr 2007 wird die Hypothek an unbeweglichen Sachen gem. § 187 Sachenrechtsgesetz entsprechend dem *Eintragungsprinzip* ausnahmslos erst mit der Eintragung wirksam. Die Eintragung der Hypothek begründet nach der h.L. [1253] ebenso den öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Mit der Einführung des Trennungsprinzips in § 15 Sachenrechtsgesetz ist die Wirksamkeit des Hypothekenvertrages nicht mehr von der Eintragung der Hypothek abhängig.

Nach dem neuen Sachenrechtsgesetz ist eine nicht eingetragene Immobiliarhypothek unwirksam, so dass grundsätzlich die Möglichkeit des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs für einen gutgläubigen Dritten besteht. Diese Gefahr kann der Hypothekengläubiger grundsätzlich durch Eintragung einer Vormerkung i.S.v. § 20 Sachenrechtsgesetz abwehren. Darüber hinaus kann er sich allerdings nach wie vor auf die Vorschrift des § 49 der „Erläuterungen zum Sicherheitengesetz“ berufen und den Eintragungsmangel auch noch bis zur letzten mündlichen Verhandlung im erstinstanzlichen Verfahren nachholen und auf diese Weise einen gutgläubigen Erwerb verhindern. Somit beschränkt sich die Bedeutung des § 49 der Erläuterungen seit dem Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes auf die Fälle des gutgläubigen Erwerbs.

2. Aufgrund des Hypothekenvertrags

Im chinesischen Recht ist im Gegensatz zum deutschen Recht eine Hypothek an beweglichen Sachen möglich. In der Kreditpraxis werden Hypotheken an Produktionsanlagen, Rohstoffen, Zwischenprodukten, Fertigprodukten, Fahrzeugen, und noch fertig zu bauenden Schiffen und Flugzeugen bestellt. Ihr Anwendungsbereich entspricht weitestgehend dem Anwendungsbereich der Sicherungsübereignung im deutschen Recht.

[1252] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 226.
[1253] Siehe Leitlinien für Entscheidungen in Zivilsachen bei Sicherungsrechten, S. 16.

Im Gegensatz zur Hypothek an unbeweglichen Sachen entsteht die Fahrnishypothek nach dem in §§ 188, 189 Sachenrechtsgesetz verankerten *Vertragsprinzip* grundsätzlich bereits mit dem wirksamen Hypothekenvertrag. Auch wenn sie eingetragen werden kann, entfaltet die Eintragung keine konstitutive Wirkung. Die Eintragung hat allerdings die Drittwirkung der Fahrnishypothek zur Folge. Dementsprechend regelt die Vorschrift der §§ 188, 189 Sachenrechtsgesetz, dass der Hypothekengläubiger sein dingliches Recht nicht dem gutgläubigen Dritten entgegenhalten kann, sofern die Fahrnishypothek nicht eingetragen ist. Nach dem sog. *Entgegenhaltungsprinzip* entfaltet die Fahrnishypothek nur im Falle der Eintragung die Wirkung eines absoluten Rechtes, das gegenüber jedermann geltend gemacht werden kann. Die nicht eingetragene Fahrnishypothek entfaltet nur Vertragswirkung gegenüber dem Sicherungsgeber.

3. Gesetzliche Hypotheken

Die Hypothek kann im chinesischen Recht auch von Gesetzes wegen erworben werden. Das typische Beispiel ist die „Baubeauftragtenhypothek“ nach § 286 Vertragsgesetz. Der Baubeauftragte, welcher mit der Durchführung von Baumaßnahmen beauftragt ist, erwirbt nach dieser Vorschrift zu Beginn des Bauvorgangs eine Hypothek an dem zu errichtenden Gebäude.

Die Baubeauftragtenhypothek sichert den Baubeauftragten in der Weise, dass er im Falle der Nichtzahlung von Kosten, die im Zusammenhang mit der Errichtung des Gebäudes anfallen, vom Auftraggeber die Übertragung des errichteten Gebäudes verlangen kann oder bei Gericht die Zwangsversteigerung des errichteten Gebäudes beantragen kann, um vorzugsweise aus dem Versteigerungserlös befriedigt zu werden.

Das OVG hat in seiner „Rückmeldung über die Priorität von Baugebühren und -kosten“ ausgeführt, dass die Baubeauftragtenhypothek grundsätzlich anderen Hypotheken vorgeht. Dies ist allerdings nicht der Fall, wenn ein Käufer als Verbraucher bereits den Kaufpreis für eine Eigentumswohnung im Ganzen oder überwiegenden Umfang bezahlt hat. Dann hat der Käufer der Eigentumswohnung Priorität.[1254]

4. Aufgrund des Erbfalls

Die Hypothek gehört auch zum sog. „gesetzlichen Vermögen“ i.S.d. § 3 Nr. 7 Erbgesetz. Sie geht beim Tod des Hypothekengläubigers auf dessen Erben über. Besteht die Hypothek an unbeweglichen Sachen, sind die Erben als Rechtsnachfolger nach dem Eintragungsprinzip im Grundbuch einzutragen.

[1254] Bestätigt durch OVG-Beschluss vom 26.06.2014, Revision für Zivilsachen im Jahr 2013 Nr. 1690, auf der Webseite von „China Judgements Online“, die Adresse lautet: http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/content/content?DocID=30a0011b-0223-42eb-b1ea-169c4a6adead&KeyWord=%E6%8A%B5%E6%8A%BC%E6%9D%83. Ähnlich OVG-Beschluss vom 30.12.2013, Revision für Zivilsachen im Jahr 2013 Nr. 822.

5. Aufgrund einer Übertragung

Die Hypothek kann nach § 192 S. 2 Sachenrechtsgesetz aufgrund ihrer Akzessorietät grundsätzlich nur gemeinsam mit der Forderung übertragen werden, es sei denn, das Gesetz schreibt etwas anderes vor oder die Parteien vereinbaren etwas anderes. Mit dieser Einschränkung ist eine Parteivereinbarung möglich, nach der die Forderung abgetreten wird und die Hypothek dennoch beim bisherigen Hypothekengläubiger verbleibt. Dies ist als eine Lockerung der Akzessorietät anzusehen.

Das Gesetz regelt allerdings im Zusammenhang mit der Übertragung der Hypothek nicht ausdrücklich, ob der Erwerber der Hypothek erneut eintragen muss. Das OVG hält die erneute Eintragung der Hypothek nach § 9 seiner „Leitlinien über die Rechtsanwendung für die Fälle des Erwerbs, der Verwaltung und Verfügung der mangelhaften Kredite von staatlichen Banken“ für entbehrlich an, wenn die Hypothek mangelhafte Kredite von staatlichen Banken sichert.[1255] Kredite werden im chinesischen Recht dann als mangelhaft angesehen, wenn davon auszugehen ist, dass ihre Rückzahlung unwahrscheinlich ist. Die Literatur[1256] sieht in Anlehnung an die oben genannte Bestimmungen des OVG die nochmalige Eintragung der Hypothek bei deren Erwerb weitergehend grundsätzlich als nicht erforderlich an, sofern es sich um eine Hypothek an einer unbeweglichen Sache handelt und gleichzeitig die zu sichernde Forderung abgetreten wird. Die Literatur geht hierbei davon aus, dass die Hypothek aufgrund der bestehenden Akzessorietät auch die abgetretene Forderung weiterhin sichert, so dass es in diesem Fall keiner erneuten Eintragung mehr bedarf.[1257] Darin liegt auch eine Erhöhung der Flexibilität von Hypotheken.

§ 68 der vom Ministerium für staatliche Grundstücke und Naturressourcen erlassenen und am 01.01.2016 in Kraft getretenen Umsetzungsverordnung für die „Vorläufige Verordnung der Registrierung für Immobilien“ regelt die Abänderung des Grundbucheintrags im Falle einer Übertragung der Hypothek. Seitdem ist die Abänderungseintragung nach der Übertragung einer Hypothek im chinesischen Recht grundsätzlich erforderlich.

V. Gutgläubiger Erwerb der Hypothek

1. Die dogmatische Fragwürdigkeit

a) Fehlende ausdrückliche Regelung des öffentlichen Glaubens des Grundbuches

Es kann festgestellt werden, dass es im chinesischen Recht in Bezug auf den „guten Glauben“ keine dem § 892 BGB vergleichbare Vorschrift gibt, welche den öffentlichen Glauben an die Richtigkeit des Grundbuches schützt. Eine im Entwurf

[1255] Siehe § 9 der „Erläuterungen des OVG zur Rechtsanwendung für die Fälle des Erwerbs, der Verwaltung und Verfügung der mangelhaften Kredite von staatlichen Banken“, im Jahre 2001 Nr. 12.
[1256] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 232.
[1257] Xie, Zaiquan, Sachenrecht, S. 624.

des Sachenrechtsgesetzes noch aufgeführte vergleichbare Regelung wurde ohne Begründung gelöscht und damit nicht in die endgültige Fassung des Sachenrechtsgesetzes aufgenommen.[1258]

Demgegenüber wird die in § 891 BGB geregelte Vermutungswirkung der Rechtsinhaberschaft in § 16 Sachenrechtsgesetz vergleichbar geregelt.[1259] Für die Zuordnung und den Inhalt eines dinglichen Rechts ist nach § 16 S. 1 Sachenrechtsgesetz das Grundbuch (Immobilienregisterbuch) maßgebend. Der Gesetzgeber verwendet in dieser Vorschrift zwar ausdrücklich den Begriff „dingliches Recht", der sich dem Wortlaut nach sowohl auf unbewegliche als auch auf bewegliche Sachen beziehen kann. Es kann aber davon ausgegangen werden, dass es sich bei der Verwendung dieser Terminologie um ein Redaktionsversehen handelt, da nur dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs genießen und eine Anwendung der Vorschrift auf dingliche Rechte an beweglichen Sachen offenbar vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt war. Aufgrund der Bedeutungslosigkeit des Versehens in der Praxis soll hierauf nicht näher eingegangen werden.

b) Die unbewegliche und bewegliche Sachen vermengende Norm

Vor Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes wurde der gutgläubige Erwerb von Rechten zwar nicht ausdrücklich geregelt, aber in Rechtsprechung und Literatur zugelassen, ohne dass dies näher begründet wurde. Auch der gutgläubige Erwerb einer Hypothek wurde von der Literatur ohne weitere Begründung bejaht.[1260]

Mit Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes im Jahr 2007 wurde der gutgläubige Erwerb von dinglichen Rechten erstmals in China kodifiziert. Während im deutschen Recht der gutgläubige Erwerb von dinglichen Rechten an beweglichen und unbeweglichen Sachen in unterschiedlichen Normen geregelt wird,[1261] regelt das chinesische Sachenrecht beide Erwerbstatbestände in der Vorschrift des § 106 Sachenrechtsgesetz und damit in einer Norm.[1262] Maßgebliche Vertreter der

[1258] Siehe Liang, Huixing, Kommentare und kritische Überlegungen zu einigen Vorschriften im (zweiten) Entwurf des Sachenrechtsgesetzes, in der Zeitschrift „Moderne Jurisprudenz", Jahrgang 2005 Nr. 2, S. 8.

[1259] Über die Vergleichbarkeit im chinesischen Recht siehe Cheng, Xiao, „Die Vermutungswirkung des Grundbuchs", in der Zeitschrift „Forschungen der Jurisprudenz", Peking 2010, Nr. 3.

[1260] Siehe Rechtsfragen der Anwendung des Sicherheitengesetzes, herausgegeben von Li, Guoguang, Verlag des Volks Jilin, Changchun 2000, S. 210.

[1261] Ganz ausdrücklich Baur/Stürner, § 52 Rn. 25.

[1262] § 106 Sachenrechtsgesetz:" Veräußert ein Nichtberechtigter eine unbewegliche oder bewegliche Sache einem Erwerber, ist der Eigentümer befugt, die Sache zur Rückabwicklung zu verlangen; solange das Gesetz kein anderes bestimmt, erwirbt der Erwerber das Eigentum an dieser unbeweglichen oder beweglichen Sache, wenn
1. der Erwerber zu der Zeit, zu der er das Eigentum erwerben würde, in gutem Glauben ist;
2. die Veräußerung zu einem angemessenen Preis erfolgt;
3. die unbewegliche Sache unter Eintragungsbedürfnis schon eingetragen, und die bewegliche Sache schon dem Erwerber übergeben worden ist.

Gesetzgebung sehen die Regelung für bewegliche und unbewegliche Sachen in einer Vorschrift als eine „Besonderheit“ im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen an.[1263] Diese Vorschrift zieht erneut Streitigkeiten über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs im chinesischen Recht nach sich.[1264] Vergegenwärtigt man sich, dass sich der Charakter der Rechtsscheingrundlagen bei beweglichen und unbeweglichen Sachen strikt unterscheidet, ist diese gemischte Lösung im § 106 Sachenrechtsgesetz m.E. überhaupt nicht nachzuvollziehen.

Der in § 106 Abs. 1 Sachenrechtsgesetz geregelte gutgläubige Erwerb findet nach Abs. 3 der Vorschrift auch Anwendung auf die Hypothek. Damit ist auch der gutgläubige Erwerb der Hypothek im chinesischen Recht gesetzlich geregelt. Insgesamt kann festgehalten werden, dass der Gesetzgeber den gutgläubigen Erwerb abschließend in der Vorschrift des § 106 Sachenrechtsgesetz geregelt hat und es darüber hinaus keine weiteren Vorschriften gibt.

c) Verfügung über unbewegliche Sachen durch den Nichtberechtigten

1) Zweifel an der Anwendung des § 51 Vertragsgesetz auf Hypotheken

Beim gutgläubigen Erwerb der Hypothek stellen sich unterschiedliche Probleme. Wie bereits oben dargelegt, wird im chinesischen Recht das Trennungsprinzip nicht in konsequenter Weise in allen Bereichen umgesetzt.

Das OVG hat in § 3 der „Erläuterungen zum Kaufvertragsrecht“ im Jahre 2012 die Geltung des Trennungsprinzips lediglich im Bereich des Kaufvertragsrechts ausdrücklich bestätigt. [1265] Dies hat zur Folge, dass die Vorschrift des § 51 Vertragsgesetz [1266], der im Falle der Nichtberechtigung die Unwirksamkeit des Vertrages zur Folge hat, im Kaufvertragsrecht keine Anwendung mehr findet, so dass

---

Erwirbt der Erwerber gem. Abs. 1 das Eigentum an dieser unbeweglichen oder beweglichen Sache, kann der ursprüngliche Eigentümer vom Nichtberechtigten Schadensersatz verlangen.

Auf den Erwerb anderer Sachenrechte finden die vorstehenden beiden Absätze entsprechende Anwendung.“

[1263] Siehe Kommentar zum chinesischen Sachenrechtsgesetz, herausgegeben von Hu, Kangsheng, Verlag des Gesetzes, Peking 2007, S. 240.

[1264] Siehe Cui, Jianyuan, Sachenrecht, Verlag der Universität des Volks Chinas, Peking 2009, S. 75-76. Wang, Hongliang, „Die Relativierung des öffentlichen Glaubens für Registrierung von Immobilien“, in der Zeitschrift „Forschung des Rechtsvergleichs“, Peking 2009, Nr. 5. Auch Meng, Qinguo/Shen, Huiwen, „Die Ablehnung des öffentlichen Glaubens (des Grundbuchs) im Sachenrechtsgesetz“, in der Zeitschrift „Jurisprudenz im Osten“, Shanghai 2009, Nr. 5.

[1265] § 3 der „Erläuterungen des OVG über die Fragen der Rechtsanwendung des Kaufvertragsrechts“ im Jahre 2012 (Rechtserläuterungen 2012 Nr. 7): “Das Volksgericht darf der Klage nicht stattgeben, dass der Kaufvertrag dadurch unwirksam ist, wenn eine Partei geltend macht, dass der Verkäufer beim Vertragsabschluss kein Eigentum bzw. keine Verfügungsbefugnis an der Kaufsache hat. Das Volksgericht soll der Klage stattgeben, dass der Verkäufer dem Käufer wegen Vertragsverletzung oder Rücktritts zum Schadensersatz verpflichtet, wenn der Verkäufer mangels des Eigentums bzw. der Verfügungsbefugnis nicht zur Übertragung der Kaufsache erfüllen kann.“

[1266] § 51 Vertragsgesetz:“ Verfügt ein Nichtberechtigter eine Fremdsache, so ist der Vertrag dann wirksam, (nur) soweit der Berechtigte genehmigt oder der Nichtberechtigte nach Abschluss des Vertrages die Verfügungsbefugnis erwirbt.“

hier der Kaufvertrag des Nichtberechtigten zweifellos wirksam ist.[1267] Eine darüber hinausgehende Geltung des Trennungsprinzips für andere Rechtsbereiche wurde vom OVG zwar nicht ausdrücklich erklärt. Mit dem Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes hat der Gesetzgeber jedoch in der Vorschrift des § 187 Sachenrechtsgesetz eine Unterscheidung vorgenommen zwischen der Hypothek als dinglichem Recht und dem schuldrechtlichen Hypothekenvertrag und die Wirksamkeit des Hypothekenvertrages auch im Fall der fehlenden Eintragung geregelt. Mit dieser Vorschrift wurde somit die Geltung des Trennungsprinzips auch für das Hypothekenrecht gesetzlich festgeschrieben.

Dennoch verbleibt eine Rechtsunklarheit aufgrund der fortbestehenden Geltung des § 51 Vertragsgesetz für die „Verfügung über die Hypothek durch den Nichtberechtigten“. In diesem Zusammenhang ist problematisch, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf die Hypothek offenlässt, ob der „Vertrag“ i.S.v. § 51 Vertragsgesetz nur den schuldrechtlichen Hypothekenvertrag oder gegebenenfalls auch das dingliche Bestellungsgeschäft erfasst. Weder der chinesische Gesetzgeber noch die höchsten Richter haben diese Frage ausdrücklich geklärt.

Auch an dieser Stelle zeigen sich erneut die Widersprüche innerhalb des Gesetzes und die aus ihnen folgenden Unklarheiten für die Rechtspraxis. Es wird vermutlich noch einige Zeit dauern, bis die störenden Konstruktionen aus dem französischen und japanischen Recht, welche sich im Vertragsgesetz manifestiert haben, überwunden sind. Für künftige Kodifizierungen wird das am deutschen Recht ausgerichtete Sachenrechtsgesetz und das darin festgelegte Trennungsprinzip eine Rolle spielen. Der chinesische Gesetzgeber darf es nicht mehr unterlassen, das Verhältnis des § 51 Vertragsgesetz zum Trennungsprinzip zu klären.

Die bislang fehlende ausdrückliche Regelung veranlasst Teile der Literatur[1268] dazu, unter Anwendung des § 51 Vertragsgesetz die Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Hypothekenvertrages anzunehmen, wenn der Vertrag vom Nichtberechtigten geschlossen wird, sofern der Vertrag nicht nachträglich vom Berechtigten genehmigt wird. Dogmatisch erscheint dieses Ergebnis nicht nachvollziehbar. Weil die Literatur zur Unwirksamkeit des Hypothekenvertrages gem. § 51 Vertragsgesetz gelangt, liegen dann allerdings zugleich die tatbestandlichen Voraussetzungen für einen gutgläubigen Erwerb nach der Vorschrift des § 106 Sachenrechtsgesetz vor, der an die „Verfügung eines Nichtberechtigten“ anknüpft.[1269] Auf diese Weise wird im Ergebnis gegenüber Dritten der an sich unwirksame Hypothekenvertrag über den (dinglichen) gutgläubigen Erwerb geheilt.

2) Fehlende dingliche Rechtsinhaberschaft bei unbeweglichen Sachen

[1267] Siehe Xi, Xiaoming, „Grundsätzliche Entfaltung der Funktion der zivilrechtlichen Rechtsprechung, hinsichtlich der Gestaltung zur Sozialharmonisierung um die Justizgewährleistung zu bieten – ein Vortrag in einer Sitzung für zivilrechtliche Gerichtsurteile “ (31.05.2007), S. 55. Auch Zusammenfassung von Leitlinien der Rechtsprechung des Obersten Volksgerichts, Band 2, S. 67f.
[1268] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 235.
[1269] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 235.

Der Anwendungsbereich der Vorschrift des § 106 Sachenrechtsgesetz, in welcher der gutgläubige Erwerb geregelt ist, erstreckt sich ihrem Wortlaut nach auf alle dinglichen Rechte, d.h. auf dingliche Rechte sowohl an beweglichen als auch an unbeweglichen Sachen. Er setzt tatbestandlich die „Verfügung[1270] über ein dingliches Recht durch einen Nichtberechtigten“ voraus. Für die Hypothek bedeutet das, dass die Hypothek von einem Nichtberechtigten bestellt oder abgetreten worden ist.

Auch die Vorschrift des § 932 des deutschen BGB setzt die Verfügung eines Nichtberechtigten voraus. Ihr Anwendungsbereich erstreckt sich allerdings nur auf bewegliche Sachen. Während im chinesischen Recht eine ausdrückliche Regelung über die Auswirkung der Nichtberechtigung auf die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Hypothekenvertrages fehlt und immer noch das Einheitsprinzip mehr oder weniger im Raum steht, bleibt im deutschen Recht das Verpflichtungsgeschäft von gutgläubigem Erwerb grundsätzlich unberührt.

Es bleibt festzustellen, dass die Vorschrift des § 106 Sachenrechtsgesetz weitestgehend der Vorschrift des § 932 BGB entspricht, indem sie den gutgläubigen Erwerb im Falle *fehlender dinglicher Berechtigung* regelt. Im Unterschied zur deutschen Regelung erfasst die Vorschrift des § 106 Sachenrechtsgesetz in ihrem Anwendungsbereich zugleich den Erwerb von beweglichen und unbeweglichen Sachen. Während im deutschen Recht die Berechtigung des Verfügenden bei unbeweglichen Sachen vom öffentlichen Glauben des Grundbuches nach § 892 BGB umfasst ist, fehlt es im chinesischen Recht an einer vergleichbaren Regelung. Man muss sich fragen, wann ein Erwerber einer unbeweglichen Sache gutgläubig ist. Der chinesische Gesetzgeber regelt aber nicht die Voraussetzungen, unter denen eine Verfügung über einen unbeweglichen Gegenstand durch einen Nichtberechtigten vorliegt, ob sich die Nichtberechtigung nach der reinen Buchlage oder nach der wahren Rechtslage beurteilt. Ist die Buchlage aufgrund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs maßgeblich, so kommt es trotz einer unrichtigen Eintragung zu keiner „Verfügung von Nichtberechtigten“, und es findet damit die Vorschrift des § 106 Sachenrechtsgesetz keine Anwendung. Demzufolge könnte ein gutgläubiger Dritter auch nicht aufgrund des öffentlichen Glaubens das Eigentum an einer unbeweglichen Sache erwerben. Das ist offensichtlich widersprüchlich. Die *Verknüpfung* zwischen dem gutgläubigen Erwerb unbeweglicher Sachen und der Verfügung eines Nichtberechtigten in § 106 Sachenrechtsgesetz führt mangels ausdrücklicher Regelung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs im chinesischen Recht zu Unklarheiten.

3) Konkludente Regelung des öffentlichen Glaubens des Grundbuches

[1270] Die fehlende Einigkeit über die Begriffe der „Verfügung“ bzw. „Vertrag“ im chinesischen Recht ist ein Klischee. Soweit das Vertragsgesetz und das Sicherheitengesetz noch Anwendung finden, bleibt dieses Problem immer fort. Wegen der Einführung des § 15 Sachenrechtsgesetz ist die Tendenz zum Trennungsprinzip ganz klar, die auch vom OVG bestätigt wird. Der Fehler kann wahrscheinlich noch bis zur Kodifizierung des chinesischen Zivilgesetzbuches global gelöst werden.

Auch wenn es im chinesischen Recht an einer ausdrücklichen, dem § 892 BGB vergleichbaren Vorschrift fehlt,[1271] in welcher der öffentliche Glaube des Grundbuchs geregelt ist, und damit dieser öffentliche Glaube insbesondere wegen des § 106 Sachenrechtsgesetz im chinesischen Recht noch streitig ist, so ist doch auch im chinesischen Recht für die Beurteilung der Berechtigung einer Verfügung über einen unbeweglichen Gegenstand nach § 16 S. 1 Sachenrechtsgesetz grundsätzlich der Inhalt des Grundbuchs maßgeblich.[1272]

Der öffentliche Glaube des Grundbuches kann im chinesischen Recht trotz fehlender Regelung aus dem Grundgedanken des § 106 Sachenrechtsgesetz erschlossen werden. Aus dem Wortlaut dieser Vorschrift, dass ein dingliches Recht an einer unbeweglichen Sache von Nichtberechtigten gutgläubig erworben werden kann, soweit „das dingliche Recht bereits eingetragen ist“, ergibt sich, dass die Richtigkeit der Eintragung gesetzlich vermutet werden muss, weil diese Eintragung der Rechtsscheinträger bei unbeweglichen Sachen ist und ein gutgläubiger Dritter nur auf diese Eintragung vertrauen kann. Das Vorhandensein des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs ist im chinesischen Recht also m.E. offensichtlich, obwohl er nur konkludent geregelt ist. Eine Nichtberechtigung in Bezug auf einen unbeweglichen Gegenstand kann m.E. demzufolge ebenso wie im deutschen Recht nur in den Fällen vorliegen, in denen das Grundbuch unrichtig ist. Ein Teil der Literatur erzielt ein identisches Ergebnis.[1273]

Der deutsche Gesetzgeber schützt den guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs unter Bezugnahme auf den öffentlichen Glauben, solange das Grundbuch nicht wegen Unrichtigkeit nach § 894 BGB korrigiert wird. Auch im Falle der Unrichtigkeit des Grundbuchs wird daher bis zur Grundbuchberichtigung der gutgläubige Erwerb vom eingetragenen Nichtberechtigten geschützt. Auch im chinesischen Recht ist der gutgläubige Erwerb nach § 106 Sachenrechtsgesetz logischerweise so lange geschützt, bis der Berechtigte Klage auf Berichtigung des Grundbuchs erhebt.

Nach § 79 der vom Ministerium für staatliche Grundstücke und Naturressourcen erlassenen und am 01.01.2016 in Kraft getretenen Umsetzungsverordnung für die „Vorläufige Verordnung der Registrierung für Immobilien“ steht dem wahren

[1271] Bei der Diskussion des Sachenrechtsgesetzentwurfs wurde die Auffassung vertreten, dass der öffentliche Glaube bei unbeweglichen Sachen und der gutgläubige Erwerb bei beweglichen Sachen getrennt geregelt werden sollten. Siehe Sun, Xianzhong, Das Sachenrecht, S. 200ff. Wang, Liming, Forschungen zum Sachenrecht, Verlag der Universität des chinesischen Volkes, Peking 2002, S. 276. Liang, Huixing, „Kommentare und kritische Überlegungen zu einigen Vorschriften im (zweiten) Entwurf des Sachenrechtsgesetzes“, in der Zeitschrift „Moderne Jurisprudenz“, Peking 2005, Nr. 5. Allerdings wurde diese Auffassung vom Gesetzgeber nicht übernommen. Die Folge ist die Vorschrift des § 106 Sachenrechtsgesetz.

[1272] Vgl. auch Cheng, Xiao, „Differenzierung zwischen dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs und dem gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen“, in der Zeitschrift „Nationale und Internationale Jurisprudenz“, Peking 2010, Nr. 4, S. 524, 525.

[1273] Siehe Cheng, Xiao, Die Tatbestände des gutgläubigen Erwerbs unbeweglicher Sachen – zum Verständnis des § 106 Sachenrechtsgesetz VR China, S. 76.

Berechtigten der Berichtigungsanspruch gegenüber der „Eintragungsbehörde“ zu. Ob der Berechtigte bei Ablehnung der amtlichen Berichtigung eine Klage beim Gericht erheben kann, ist nach dieser Umsetzungsverordnung unklar.

4) Unterschiedliche Kriterien für die Gutgläubigkeit

Auch wenn der chinesische Gesetzgeber den Erwerb beweglicher und unbeweglicher Sachen gemeinsam in der Vorschrift des § 106 Sachenrechtsgesetz regelt, darf hierbei nicht übersehen werden, dass beim gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten an unterschiedliche Kriterien angeknüpft wird, wenngleich der Gesetzgeber diese nicht ausdrücklich benennt.

In der chinesischen Literatur[1274] findet sich häufig die Formulierung „Gutgläubiger Erwerb dinglicher Rechte an unbeweglichen Sachen“. Dies zeigt zwar, dass zwischen dem Erwerb von dinglichen Rechten an beweglichen und an unbeweglichen Sachen unterschieden wird. Eine wirklich differenzierte Betrachtung der für den gutgläubigen Erwerb unterschiedlichen maßgeblichen Kriterien in den beiden Fallgruppen erfolgt jedoch nicht.

Grundsätzlich werden auch im chinesischen Recht Eintragung und Übergabe als Realakte mit unterschiedlicher Rechtsscheinqualität angesehen.[1275] Das chinesische Sachenrecht orientiert sich zwar am deutschen Recht. Es fehlt hier aber eine dem deutschen Recht vergleichbare differenzierte Kodifizierung des gutgläubigen Erwerbs in Bezug auf bewegliche und unbewegliche Sachen.

Nach deutschem Recht scheidet bei beweglichen Sachen nach § 932 BGB der gutgläubige Erwerb bei positiver Kenntnis oder zumindest grob fahrlässiger Unkenntnis von der Nichtberechtigung des Veräußerers aus,[1276] bei unbeweglichen Sachen hingegen steht wegen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nach § 892 BGB nur die positive Kenntnis des Erwerbers dem gutgläubigen Erwerb entgegen. Demgegenüber spricht der chinesische Gesetzgeber in der Vorschrift des § 106 Sachenrechtsgesetz sowohl beim Erwerb von beweglichen als auch von unbeweglichen Sachen vom „guten Glauben“, ohne an dieser Stelle eine weitere Differenzierung hinsichtlich der unterschiedlichen Kriterien, die für den guten Glauben maßgeblich sind, vorzunehmen. Damit ist unklar, welcher Maßstab bei der Beurteilung der Bösgläubigkeit beim Erwerb beweglicher und unbeweglicher Sachen gilt.

[1274] Ye, Jinqiang, Öffentlicher Glaube der Registrierung: Der gutgläubige Erwerb unbeweglicher Sachen, in der Zeitschrift „Rechtliche Kommentare der Universität Xiamen“, Nr. 8, Verlag der Universität Xiamen, Xiamen 2004, S. 73ff. Cheng, Xiao, Die Tatbestände des gutgläubigen Erwerbs unbeweglicher Sachen– zum Verständnis des § 106 Sachenrechtsgesetz der VR China“, Jahrgang 2010 Nr. 5. Lu, Bixia, Der gutgläubige Erwerb unbeweglicher Sachen, in der Zeitschrift „Academic Forum“, Jahrgang 2012 Nr. 11. Sun, Zhe, Der gutgläubige Erwerb unbeweglicher Sachen, in der Zeitschrift „Rechtssystem und Gesellschaft“, Jahrgang 2012 Nr. 35. Insbesondere nach Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes ist diese Formulierung vielleicht schon durch die Gesetzgebung bestätigt.

[1275] Genauer siehe § 2 IV 4 dieser Arbeit.

[1276] Baur/Stürner, § 52 Rn. 25.

Aufgrund des Fehlens einer mit § 892 BGB vergleichbaren Vorschrift, die den öffentlichen Glauben des Grundbuchs regelt, stellt sich insbesondere beim Erwerb unbeweglicher Sachen die Frage, ob hier ebenso wie im deutschen Recht die Bösgläubigkeit nur im Fall der positiven Kenntnis anzunehmen ist. Diese Frage muss der chinesische Gesetzgeber ohne Vorbehalt klären.

5) Fazit

Man kann also davon ausgehen, dass in der Vorschrift des § 106 Sachenrechtsgesetz technische Gesetzgebungsfehler bestehen. Meines Erachtens sollten die dinglichen Rechte an beweglichen und unbeweglichen Sachen in verschiedenen Normen geregelt werden, da nur auf diesem Wege eine Rechtssystematik hergestellt werden kann, die den Unterschieden Rechnung trägt. Es wird in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen in Kapitel 1 unter § 2 IV 4 dieser Arbeit verwiesen, in dem die unterschiedlichen Qualitäten der Rechtsscheinträger von beweglichen und unbeweglichen Sachen ausführlich erörtert worden sind.[1277]

Vor allem muss eine einzelne Vorschrift über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs bei unbeweglichen Sachen in das Sachenrechtsgesetz oder das künftige Zivilgesetzbuch eingefügt und dabei gleichzeitig der „gutgläubige Erwerb“ nur für bewegliche Sachen geregelt werden.

2. Tatbestände des § 106 Sachenrechtsgesetz

a) Die große Frage des „angemessenen Preises“

Nach Auffassung der chinesischen Literatur ergibt sich der gutgläubige Erwerb einer Hypothek an einer unbeweglichen Sache aus der Geltung des Eintragungsprinzips und aus dem öffentlichen Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs.[1278]

Während die Vorschrift des § 932 BGB zur Beurteilung der Gutgläubigkeit bei beweglichen Sachen lediglich auf die Kenntnis der Eigentümerstellung des Verfügenden und die Vorschrift des § 366 HGB auf die Kenntnis der Verfügungsbefugnis des Verfügenden abstellt[1279], unterscheidet der chinesische Gesetzgeber nicht zwischen der Eigentümerstellung und Verfügungsbefugnis. In der Vorschrift des § 106 Sachenrechtsgesetz werden drei Tatbestandsvoraussetzungen für den Erwerb vom Nichtberechtigten aufgeführt, die kumulativ vorliegen müssen. Hierbei reicht nicht aus, dass der Erwerber nach Ziff. 1 der Vorschrift gutgläubig ist. Darüber hinaus muss die Sache nach Ziff. 2 zu einem „angemessenen Preis“ veräußert worden sein und nach Ziff. 3 ein hinreichender Rechtsschein durch Übergabe oder Eintragung gesetzt worden sein. Es fällt auf, dass der Gesetzgeber in Ziff. 1 den Begriff des „guten Glaubens“ verwendet, ohne jedoch seine Voraussetzungen zu benennen, wie sie § 932 Abs. 2 des deutschen BGB negativ regelt. Der hierdurch

[1277] Zum Allgemeinen siehe § 2 IV 4 dieser Arbeit.
[1278] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 242.
[1279] Baur/Stürner, § 52 Rn. 29f.

bedingten Rechtsunsicherheit wird ergebnisorientiert mit der Ziff. 2 der Vorschrift etwas begegnet, welche die Angemessenheit des Preises als selbständige Tatbestandsvoraussetzung aufführt, obwohl es sich hier eigentlich eher um ein Kriterium handelt, dass zur Beurteilung der Gutgläubigkeit in Ziff. 1 der Vorschrift herangezogen werden kann.

Im deutschen Recht wird folgerichtig der im schuldrechtlichen Grundgeschäft vereinbarte Preis auf seine Angemessenheit überprüft und das Ergebnis dieser Überprüfung als Kriterium für die Beurteilung der Gutgläubigkeit auf der dinglichen Ebene herangezogen.[1280] Die Unangemessenheit des Preises kann in der Praxis höchstens ein Indiz dafür sein, dass der Erwerber Eigentümerstellung oder Verfügungsbefugnis hätte weitergehend sorgfältiger prüfen müssen. Grundsätzlich wird davon ausgegangen, dass im Falle der Unentgeltlichkeit oder eines niedrigen Preises höhere Anforderungen an die Sorgfaltspflicht bei Beurteilung der Redlichkeit gestellt werden. Ob der Erwerber gutgläubig war, kann nicht lediglich danach entschieden werden, ob Erwerb zu einem angemessenen Preis erfolgt. Zusammenfassend lässt sich die Gutgläubigkeit des Erwerbers „nur im konkreten Fall unter Würdigung aller Umstände entscheiden“.[1281]

Insgesamt ist festzuhalten, dass im chinesischen Recht beim gutgläubigen Erwerb eine Differenzierung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen nicht vorgenommen wird und auch nicht zwischen Eigentümerstellung und Verfügungsbefugnis differenziert wird. Die bestehende Regelung lässt eine mit dem deutschen Recht vergleichbare systematische Beurteilung der Gutgläubigkeit nicht zu und zieht Rechtsunsicherheit und -unklarheit nach sich. Dies alles kann dadurch überwunden werden, dass ungeachtet des Gesetzeswortlautes in § 106 Sachenrechtsgesetz eine mit dem deutschen Recht vergleichbare Auslegung vorgenommen wird.

Von der chinesischen Literatur[1282] wird die in § 106 Abs. 1 Ziff. 2 Sachenrechtsgesetz normierte Tatbestandsvoraussetzung des „angemessenen Preises“ kritisiert mit der Begründung, dass der Preis und die Frage seiner Angemessenheit das schuldrechtliche Grundgeschäft betreffe und in keinem rechtlichen Zusammenhang mit der Hypothekenbestellung stehe. Es wird betont, dass die Hypothekenbestellung keine Gegenleistung der zu sichernden Forderung darstelle.

In diesem Zusammenhang wird darauf verwiesen, dass der deutsche Gesetzgeber die „Angemessenheit des Preises“ nicht als Kriterium der Gutgläubigkeit in den Gesetzestext aufgenommen habe und der Grund nach Auffassung der chinesischen Literatur vermutlich darin liege, dass der gutgläubige Erwerb ausschließlich das

[1280] Siehe ausführlich Baur/Stürner, § 52 Rn. 25ff.
[1281] Baur/Stürner, § 52 Rn. 25.
[1282] Siehe He, Beiträge zu schwierigen Fragen der Sicherungsrechte, S. 249.

dingliche Rechtsgeschäft betreffe, welches als Vollzugsgeschäft nur wenig Beurteilungsspielraum zulasse und daher grundsätzlich neutral sei.[1283]

Es mag sein, dass die Angemessenheit des Preises vor allem bei Anfechtungen im Konkursverfahren eine Rolle spielt. Dennoch bleibt zweifelhaft, ob dieser Umstand die Ausgestaltung des § 106 Sachenrechtsgesetz maßgeblich beeinflusst hat. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass andere Probleme im Konkursverfahren zu klären sind, z.B. ob die Konkursanfechtung eine schuldrechtliche, dingliche oder sog. haftungsrechtliche Auswirkung hat, und sogar ob das Trennungs- und Abstraktionsprinzip in einer Rechtsordnung anerkannt wird. Es wird auf die Ausführungen in dieser Arbeit unter § 13 II verwiesen.

b) Die Auffassung des OVG

Das OVG hat in seiner Rechtsprechung[1284] den Begriff des „gutgläubigen Erwerbs von Hypotheken“ bereits ausdrücklich verwendet.

In Abweichung von der gesetzlichen Regelung des § 106 Sachenrechtsgesetz differenziert das OVG zwischen dem gutgläubigen Erwerb von beweglichen und unbeweglichen Sachen. Bei unbeweglichen Sachen gilt nach OVG ungeachtet der fehlenden Kodifizierung der Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs. Es ist an dieser Stelle anzumerken, dass dieser Grundsatz bereits kurz vor dem Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes vom OVG angewandt wurde.[1285] Das OVG hält ungeachtet der neuen Regelung in § 106 Sachenrechtsgesetz nach wie vor an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, hat aber den gutgläubigen Erwerb unbeweglicher Sachen vor dem Hintergrund des neuen § 106 Sachenrechtsgesetz neu formuliert und stellt dabei ausdrücklich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ab.

Unter Aufrechterhaltung seiner bisherigen Auffassung verzichtet das OVG auf die in § 106 Abs. 1 Ziff. 2 Sachenrechtsgesetz ausdrücklich normierte Tatbestandsvoraussetzung des „angemessenen Preises“ und beurteilt den Erwerb der Hypothek vom Nichtberechtigten nur mit Bezug auf die beiden anderen in § 106 Abs. 1 Sachenrechtsgesetz aufgeführten Tatbestandsvoraussetzungen,[1286] d.h. mit Bezug auf die „Gutgläubigkeit des Erwerbers“ und die „Eintragung der Hypothek“[1287]. Das OVG nennt über den Gesetzeswortlaut hinaus in seiner Entscheidung weitere Fälle, in

[1283] Cheng, Xiao, Die Tatbestände des gutgläubigen Erwerbs unbeweglicher Sachen.
[1284] Siehe OVG-Beschluss, Revision für Verwaltungssachen im Jahr 2012 Nr. 476, auf der Webseite von „China Judgement Online“, die Adresse lautet: http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/content/content?DocID=eef6c7ab-adfb-44a7-b775-15c197683bd1&KeyWord=%E6%8A%B5%E6%8A%BC%E6%9D%83. Auch OVG-Beschlüsse, Revision für Verwaltungssachen im Jahr 2012 Nr. 471, 472 und 474.
[1285] Siehe in einer Rückmeldung an das Obere Volksgericht Liaoning, in “Zusammenfassung der Rechtsprechung des Obersten Volksgerichts“, Volum Nr. 2, S. 1317.
[1286] In China spielt das OVG in der Tat durch seine Erläuterungen eine relevante Rolle als „der zweite Gesetzgeber“.
[1287] Zusammenfassung von Leitlinien der Rechtsprechung des Obersten Volksgerichts, Band 2, S. 1319.

denen der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten ausscheidet. Der gutgläubige Erwerb wird verneint, wenn die Eintragung ausnahmsweise keinen öffentlichen Glauben besitzt, das Gesetz anderes vorschreibt, oder der unbewegliche Gegenstand zur Konkursmasse gehört. Die Zugehörigkeit zur Konkursmasse wird insbesondere in den Fällen angenommen, in denen der Besitz der unbeweglichen Sache bereits vor Konkurseröffnung auf den Schuldner übergegangen ist.[1288]

In einer Entscheidung unterstellt das OVG die Bezahlung eines „angemessenen Preises“ i.S.v. § 106 Abs. 1 Ziff. 2 Sachenrechtsgesetz in den Fällen, in denen der Sicherungsnehmer das Darlehen, welches von der Hypothek gesichert werden soll, bereits an den Darlehensnehmer/Sicherungsgeber ausgezahlt hat.[1289] Darüber hinaus führt das Oberlandesgericht Peking in einer vom OVG ausdrücklich bejahten Entscheidung [1290] ausdrücklich aus, dass die Gutgläubigkeit eines Dritten grundsätzlich vom Gesetz vermutet wird und damit der Dritte keine Beweislast tragen muss. Hingegen trägt der bisherige Berechtigte seine Beweislast für die Bösgläubigkeit des Dritten.

In einem Beschluss[1291] hat das OVG darüber hinaus aufgrund der Vorschrift des § 106 Abs. 3 Sachenrechtsgesetz den gutgläubigen Erwerb der Fahrnishypothek ebenfalls ausdrücklich anerkannt.

c) Gutgläubiger Erwerb bei Abtretung der Hypothek

Wie bereits oben dargelegt, gilt für die Hypothek im deutschen Recht der Akzessorietätsgrundsatz. Demzufolge kann der Eigentümer einer unbeweglichen Sache, an der eine Hypothek bestellt ist, die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden nach § 1137 BGB auch gegenüber dem Hypothekengläubiger geltend machen. Auch beim gutgläubigen Erwerb einer Hypothek wird im deutschen BGB die Geltung des Akzessorietätsgrundsatzes in der Vorschrift des § 1138 BGB beibehalten, nach welcher sich der gute Glaube ausdrücklich auch auf die zu sichernde Forderung erstreckt. Nach dieser Vorschrift kann eine eingetragene Hypothek auch bei Fehlen der zu sichernden Forderung unter den Voraussetzungen des § 892 Abs. 1 BGB gutgläubig erworben werden. In diesem Fall wird der gute Glaube an das Bestehen der Forderung ausnahmsweise geschützt, während der Zessionar allerdings lediglich aus der Hypothek vorgehen darf. [1292] Darüber hinaus regelt § 1138 den gutgläubigen einredefreien Erwerb der Hypothek.

[1288] Zusammenfassung von Leitlinien der Rechtsprechung des Obersten Volksgerichts, Band 2, S. 1319.

[1289] Siehe die Entscheidung des OVG: Guangdong Entwicklungsbank Niederlassung Foshan gegen Hengshun Sicherheiten GmbH und Hengsheng Industrie und Handels GmbH. Siehe Leitlinien für Entscheidungen in Zivilsachen bei Sicherungsrechten, S. 280ff.

[1290] Siehe die Entscheidung des Oberlandesgerichts Peking, im „Veröffentlichungsblatt des OVG“, Nr. 2 im Jahre 2011.

[1291] Siehe OVG-Beschluss, Revision für Zivilsachen im Jahr 2013 Nr. 103, auf der Webseite von „China Judgement Online“, die Adresse lautet: http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/content/content?DocID=f06b49eb-b647-11e3-84e9-5cf3fc0c2c18&KeyWord=%E6%8A%B5%E6%8A%BC%E6%9D%83.

[1292] Siehe Baur/Stürner, § 36 Rn. 82.

Im deutschen Recht werden somit die zu sichernde Forderung und die forderungsbezogenenen Einreden im Rahmen des gutgläubigen Erwerbs der Hypothek ausdrücklich berücksichtigt.

Im chinesischen Recht wird eine vergleichbare Unterscheidung auf gesetzlicher Ebene nicht vorgenommen. Dies folgt zum einen aus der einheitlichen Regelung des gutgläubigen Erwerbs von beweglichen und unbeweglichen Sachen in der Vorschrift des § 106 Sachenrechtsgesetz und zum anderen aus einer bislang fehlenden weiteren differenzierenden gesetzlichen Regelung des gutgläubigen Erwerbs der Hypothek. Vergegenwärtigt man sich die Existenz der Fahrnishypothek im chinesischen Recht, ist das Ausmaß fehlender Differenzierung sehr fragwürdig. Es kann festgehalten werden, dass das chinesische Recht hier lückenhaft ist, was zu einer erheblichen Rechtsunklarheit führt, wenn es um die Frage geht, ob die Hypothek auch bei nicht bestehender Forderung gutgläubig erworben werden kann oder um die Frage, ob sich der gutgläubige Erwerb einer Hypothek auch auf die forderungsbezogenen Einreden erstreckt.

Bisher hat weder chinesische Rechtsprechung noch Literatur die Problematik des gutgläubigen Erwerbs der Hypothek gut erfasst. Im Hinblick auf die bestehende Ausrichtung des chinesischen Sachenrechtsgesetzes sollte der chinesische Gesetzgeber die bestehende Gesetzeslücke durch eine den deutschen Vorschriften der §§ 1137 und 1138 BGB vergleichbare Kodifizierung schließen und im Interesse der Rechtssystematik in diesem Zuge auch eine differenziertere Regelung des bestehenden § 106 Sachenrechtsgesetz vornehmen.

Solange der chinesische Gesetzgeber allerdings untätig bleibt, sollte die chinesische Rechtsprechung beim gutgläubigen Erwerb der Hypothek den in den Vorschriften der §§ 1137 und 1138 BGB verwirklichten Akzessorietätsgedanken im Rahmen der Auslegung des guten Glaubens i.S.v. § 106 Sachenrechtsgesetz berücksichtigen.

VI. Die Eintragungswirkung

1. Die Eintragungswirkung bei der Hypothek an unbeweglichen Sachen

Im chinesischen Recht gilt für die Hypothek an unbeweglichen Sachen das *Eintragungsprinzip*. Die Eintragung der Hypothek ist damit ihre Wirksamkeitsvoraussetzung.

Die Vorschrift des § 16 Sachenrechtsgesetz führt aus, dass die Eintragung im Grundbuch maßgeblich ist für Inhalt und Inhaberschaft eines dinglichen Rechts an unbeweglichen Sachen. Darüber hinaus kann die Inhaberschaft dinglicher Rechte an unbeweglichen Sachen auch durch eine Rechtsurkunde nachgewiesen werden, die in der Regel neben der Grundbucheintragung vorliegt. Auch der chinesische Gesetzgeber geht von der Vermutungswirkung zugunsten der Richtigkeit des

Grundbuchs[1293] aus. Demzufolge ist nach der Vorschrift des § 17 Sachenrechtsgesetz bei bestehenden Divergenzen zwischen der Urkunde und dem Grundbuch grundsätzlich der Inhalt des Grundbuchs maßgeblich, sofern nicht die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen werden kann.

Demgegenüber findet sich im Sachenrechtsgesetz, wie oben dargelegt, keine dem deutschen Recht in § 892 BGB vergleichbare gesetzliche Regelung des öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Dessen ungeachtet erkennt die chinesische Literatur den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ausdrücklich an.[1294] Zur Begründung wird u.a. vorgetragen, dass der Abwendungsbereich der Vorschrift des § 106 Sachenrechtsgesetz den gutgläubigen Erwerb der Hypothek umfasse und daher der öffentliche Glaube des Grundbuchs konkludent vorausgesetzt sei.[1295]

2. Die Eintragungswirkung bei der Fahrnishypothek

Grundsätzlich wird die Bestellung eines dinglichen Rechts an einer beweglichen Sache oder seine Übertragung nach § 23 Sachenrechtsgesetz mit der Übergabe der Sache wirksam, sofern das Gesetz nichts anderes vorschreibt. Die Vorschrift des § 188 Sachenrechtsgesetz, welche die Fahrnishypothek regelt, stellt eine Ausnahme vom *Übergabeprinzip* i.S.v. § 23 Sachenrechtsgesetz dar. [1296] Gemäß § 188 Sachenrechtsgesetz gilt für die Fahrnishypothek das *Vertragsprinzip* mit der Folge, dass die wirksame Bestellung und Übertragung der Fahrnishypothek bereits mit dem wirksamen Hypothekenvertrag erfolgt, sofern das Gesetz nichts anderes vorschreibt. Die Fahrnishypothek kann zwar eingetragen werden, die Eintragung ist allerdings nicht Wirksamkeitsvoraussetzung, sie schützt den Erwerber der Fahrnishypothek vor dem gutgläubigen Erwerb Dritter. Solange der Erwerber der Fahrnishypothek als Rechtsinhaber nicht eingetragen ist, kann er nach § 188 Sachenrechtsgesetz seine Rechte aus der Fahrnishypothek nicht gegenüber einem gutgläubigen Dritten, der z.B. das Eigentum an der beweglichen Sache erworben hat, entgegenhalten. Es wird auf die Ausführungen zum *Entgegenhaltungsprinzip* in § 14 III 7 in dieser Arbeit verwiesen.

In seinem Beschluss vom 25.06.2013 [1297] hat das OVG gem. § 199 Nr. 3 Sachenrechtsgesetz zwar die Wirksamkeit einer Fahrnishypothek bejaht, allerdings ihre Prioritätswirkung ausdrücklich verneint, sofern die Fahrnishypothek nicht

[1293] Die Kommentar zum chinesischen Sachenrechtsgesetz, herausgegeben von Hu, Kangsheng, Verlag des Gesetzes, Peking 2007, S. 53, 54.
[1294] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 249.
[1295] Cheng, Xiao, „Differenzierung zwischen dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs und dem gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen“, in der Zeitschrift „Nationale und Internationale Jurisprudenz“, Peking 2010, Nr. 4, S. 524, 525.
[1296] Xu, Haiyan / Li, Li, Neueste Theorien zu dinglichen Sicherheiten und praktischen Fragen, 1. Auflage, Peking 2012, Verlag des chinesischen Rechtssystems, S. 262.
[1297] Siehe OVG-Beschluss, Revision für Zivilsachen im Jahr 2013 Nr. 444, auf der Webseite von „China Judgements Online“, die Adresse lautet: http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/content/content?DocID=f08f0f28-b647-11e3-84e9-5cf3fc0c2c18&KeyWord=%E6%8A%B5%E6%8A%BC%E6%9D%83.

eingetragen wird. Eine Fahrnishypothek ohne Eintragung ist eher schuldrechtlicher Natur.

Die *Verordnung zur Registrierung der Fahrnishypothek* [1298] regelt das Eintragungsverfahren bei der Fahrnishypothek. Die Eintragungsvoraussetzungen entsprechen in ihrer akzessorischen Ausgestaltung weitestgehend den Eintragungsvoraussetzungen für die Buch- und Sicherungshypothek im deutschen Recht. Zur Eintragung müssen der Eintragungsbehörde Urkunden vorgelegt werden, aus denen sich die Höhe der zu sichernden Forderung, der Sicherungsumfang, Fälligkeitstermine von Forderung und Fahrnishypothek und der Zustand des Sicherungsgutes ergeben. Die strenge Akzessorietät der eingetragenen Fahrnishypothek kommt in den Vorschriften der Registrierungsverordnung zum Ausdruck, welche die Eintragungsbedürftigkeit von inhaltlichen Änderungen und Löschung der Fahrnishypothek regeln. Wird die Fahrnishypothek hingegen nicht eingetragen, entfaltet sie nicht die Drittwirkung eines dinglichen Rechts und ist daher eher mit einem Vertragsrecht vergleichbar.

Bemerkenswert ist, dass das OVG in einem Beschluss [1299] bei Eintragung der Fahrnishypothek ausdrücklich von einer Untersuchungspflicht des Gläubigers ausgeht, wonach der Hypothekengläubiger mangels sorgfältiger Untersuchung des Sicherungsguts bei einer Fahrnishypothek das Ausfallrisiko tragen muss. Dadurch wird der öffentliche Glaube der Registrierung bei Fahrnishypotheken faktisch verweigert.

3. Keine einheitliche Eintragungsbehörde

In China besteht für die Praxis hinsichtlich der Eintragung dinglicher Rechte das Problem, dass die sachliche Zuständigkeit der Behörde nicht einheitlich geregelt ist. Auch das Sachenrechtsgesetz enthält hierzu keine eindeutige Regelung.

In der Vorschrift des § 10 Abs. 1 Sachenrechtsgesetz wird lediglich geregelt, dass die „lokalen Eintragungsbehörden“ für die Eintragung von Immobilien zuständig sind. Der zweite Absatz der Vorschrift enthält eine grobe Zuständigkeitsregelung, wonach „der Staat die einheitliche Eintragung der Immobilien durchführt“. Es wird darauf verwiesen, dass der „Umfang der einheitlichen Eintragung“ (Anwendungsbereich der gegenständlichen Eintragungspflicht), die „Bezeichnungen der Eintragungsbehörden“ (sachliche Zuständigkeit) und „Eintragungsarten“ in weiteren Gesetzen und Verwaltungsverordnungen geregelt werden.

[1298] Am 12.10.2007 trat die „Verordnung für die Registrierung der Fahrnishypothek bei gewerblichen Sachen bei der staatlichen Verwaltungsbehörde“ in Kraft.

[1299] Siehe OVG-Beschluss, Revision für Zivilsachen im Jahr 2013 Nr. 103, auf der Webseite von „China Judgements Online“, die Adresse lautet: http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/content/content?DocID=f06b49eb-b647-11e3-84e9-5cf3fc0c2c18&KeyWord=%E6%8A%B5%E6%8A%BC%E6%9D%83.

Hinsichtlich der Behördenzuständigkeit stellt sich in China das Problem, dass an verschiedenen Orten des Landes (Provinz/Landkreis/Gemeinde) unterschiedliche Verwaltungsabteilungen für das Eintragungsverfahren zuständig sind. Auch die vom chinesischen Staatsrat erlassene „Vorläufige Verordnung der Registrierung für Immobilien“, welche am 01.03.2015 in Kraft getreten ist, vermag dieses Problem nicht vollständig zu lösen. Da mit dem Eintragungsverfahren wirtschaftliche Vorteile verbunden sind, wie z.B. Steuereinnahmen und Gebühren, besteht von Seiten der bislang mit dem Eintragungsverfahren befassten Behörden kein Interesse an einer überregionalen einheitlichen Zuständigkeitsregelung.

Die Vorschrift des § 6 der „Vorläufigen Verordnung der Registrierung für Immobilien“ ermächtigt die Kreisregierungen in ihrem jeweiligen Kreisgebiet zur Errichtung einer Abteilung, welche als Registrierungsbehörde für die Registrierung unbeweglicher Sachen zuständig ist. Das „staatliche Ministerium für staatliche Grundstücke und Naturressourcen“ soll die Registrierung unbeweglicher Sachen leiten und überwachen. Auf diese Weise versucht die chinesische Zentralregierung, für alle Verwaltungsregionen eine einheitliche Durchführung der Registrierung unbeweglicher Sachen zu gewährleisten. Dies nimmt natürlich noch einige Zeit in Anspruch.

Eine vom Ministerium für staatliche Grundstücke und Naturressourcen veröffentlichte Umsetzungsverordnung für die „Vorläufige Verordnung der Registrierung für Immobilien“ trat am 01.01.2016 in Kraft. Auch in dieser Umsetzungsverordnung wird die einheitliche Behördenzuständigkeit weiterhin nicht ausdrücklich formuliert.

Eine besondere Zuständigkeitsregelung enthält die Vorschrift des § 42 Sicherheitengesetz für die Hypothek. Im Fall der Bestellung einer Hypothek auf einem Grundstück ohne Gebäude ist nach § 42 Nr. 1 Sicherheitengesetz die Verwaltungsbehörde des Grundstückes zuständig, welche das Landnutzungsrecht am Grundstück bewilligt hat. Handelt es sich hingegen um ein Grundstück mit Gebäude, fällt die Eintragungszuständigkeit nach § 42 Nr. 2 Sicherheitengesetz in den Zuständigkeitsbereich der Landkreisregierung.

Es bleibt abzuwarten, ob sich in der Verwaltungspraxis eine einheitliche Zuständigkeitsregelung für die Registrierung von Immobilien allein mittels der „Vorläufigen Verordnung der Registrierung für Immobilien“ durchsetzen lässt.

VII. Unwirksamkeit der Hypothek

1. Geringer systematischer Stellenwert von Einwendungen und Einreden

In China spielt die Rechtssystematik bei der Rechtsanwendung eher eine untergeordnete Rolle. Die Rechtsanwendung erfolgt häufig ergebnisorientiert. Im Vordergrund steht oft nur die Frage, ob ein subjektives Recht wirksam besteht oder nicht, ohne dass im Rahmen einer systematischen Prüfung zwischen

anspruchsbegründenden Voraussetzungen einerseits und anspruchshemmenden bzw. -vernichtenden Voraussetzungen andererseits differenziert wird. Diese Vorgehensweise kann damit erklärt werden, dass der „Lehre von der Anspruchsgrundlage“ im Studium der Rechtswissenschaften in China grundsätzlich nur eine geringe Bedeutung beigemessen wird. Dies hat zur Folge, dass bei der Rechtsanwendung nicht – wie im deutschen Recht – zwischen Anspruchsvoraussetzungen und Einreden bzw. Einwendungen scharf unterschieden wird.

2. Gründe für die Unwirksamkeit einer Hypothek

a) Unwirksamkeit des Hypothekenvertrags

Zwar gilt nach § 187 Sachenrechtsgesetz auch im Hypothekenrecht das Trennungsprinzip, die chinesische h.L. wendet aber dann trotzdem das Kausalprinzip an. Dies hat zur Folge, dass die Unwirksamkeit des Hypothekenvertrags unmittelbar die Unwirksamkeit der Hypothek nach sich zieht.[1300] Der Sicherungsgeber hat in diesem Fall einen dinglichen Anspruch auf „Herausgabe“ der Hypothek. Da im chinesischen Recht die Hypothek überwiegend akzessorisch ist und Eigentümerhypothek und -grundschuld grundsätzlich nicht anerkannt werden, sind Unwirksamkeit, Löschung und Aufhebung einer Hypothek nicht differenziert gesehen, sondern werden häufig lieber einheitlich als „Untergang“ oder „Wegfall“ der Hypothek bezeichnet. Damit beschränkt sich der sog. „Herausgabeanspruch“ auch lediglich auf die Löschung der Hypothek. Diese Problematik ist nicht so kompliziert wie die des Rückgewähranspruchs im deutschen Recht.

b) Unwirksamkeit der zu sichernden Forderung

In der chinesischen Literatur wird unter grundsätzlicher Geltung der Akzessorietät die Rechtsbeziehung zwischen der gesicherten Forderung und der Hypothek bislang nur wenig thematisiert. Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass das Kausal- bzw. Abstraktionsprinzip hier im Grunde genommen keine Rolle spielt, weil dieses nur die Beziehung zwischen zwei Rechtsgeschäften regelt, während die Beziehung zwischen Forderung und Hypothek der spezifischen Beziehung zwischen zwei Rechten gilt und damit nur die Frage der Akzessorietät bzw. Nichtakzessorietät betrifft. Die von Teilen der chinesischen Literatur[1301] vorgenommene Gleichstellung der Rechtsbeziehung zwischen dem „Hypothekenvertrag und der Hypothek“ mit der Rechtsbeziehung zwischen „Forderung und Hypothek“ ist daher abzulehnen.

Die chinesische Rechtsordnung gestaltet Sicherungsrechte grundsätzlich als akzessorische Rechte. Die Unwirksamkeit der zu sichernden Forderung hat daher unmittelbar die Unwirksamkeit der Hypothek zur Folge, so z.B. wenn die

[1300] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 281.
[1301] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 281.

Darlehenssumme nicht ausbezahlt wird oder der Darlehensvertrag unwirksam bzw. nichtig ist.

In diesen Fällen begründet die Unwirksamkeit der zu sichernden Forderung den gesetzlichen Untergang der Hypothek. Hierbei entsteht weder ein schuldrechtlicher Anspruch aus dem Hypotheken- oder Sicherungsvertrag wie im deutschen Recht noch ein gesetzlicher dinglicher „Herausgabeanspruch“. Dies lässt sich unmittelbar aus der Formulierung der Vorschrift des § 177 Sachenrechtsgesetz erschließen, wonach die Hypothek bei Unwirksamkeit der Forderung „vernichtet“ ist, wobei wahrscheinlich „gelöscht“ gemeint ist.

c) Fehlende Verfügungsbefugnis am Hypothekengegenstand

Nachdem das OVG in seinen „Erläuterungen zum Kaufvertragsrecht“ nur das Kaufvertragsrecht dem Regelungsbereich des § 51 Vertragsgesetz entzogen hat, untersteht der Hypothekenvertrag weiterhin der missglückten Regelung. Hiernach ist sowohl der Hypothekenvertrag, der von einem Nichtberechtigten geschlossen wird, als auch die Hypothek selbst kraft Kausalprinzips unwirksam, sofern nicht der unberechtigte Sicherungsgeber nachträglich die Verfügungsbefugnis erwirbt oder vom Berechtigten die Genehmigung erteilt wird. Eine Heilung durch nachträglichen Erwerb der Verfügungsbefugnis kann auch dann noch erfolgen, wenn die Hypothek bereits eingetragen ist.

Auch wenn keine Verfügungsbefugnis besteht, kann die eingetragene Hypothek vom Nichtberechtigten gutgläubig erworben werden. In diesem Zeitraum ist das Grundbuch als unrichtig anzusehen. Die in dieser Fallkonstellation auftretende Unrichtigkeit des Grundbuchs für einen gewissen Zeitraum führt zum Risiko des gutgläubigen Erwerbs.

d) Fehlende Genehmigung von anderen Gesamthandseigentümern

Die Regelung der Vorschrift des § 54 der „Erläuterungen des OVG zum Sicherheitengesetz“ beinhaltet die im deutschen Recht geregelten Fälle des Miteigentums nach Bruchteilen gem. §§ 1008 ff. BGB und des Gesamthandseigentums i.S.v. Gesamthandsgemeinschaft. Nach dem Satz 1 dieser Vorschrift kann der Miteigentümer entsprechend seinem Bruchteil eine Hypothek wirksam bestellen. Demgegenüber kann der Gesamthandseigentümer nach dem Satz 2 nur mit Genehmigung der anderen Gesamthandseigentümer eine Hypothek wirksam bestellen. Eine Genehmigung ist allerdings entbehrlich, wenn die anderen Gesamthandseigentümer der Bestellung trotz positiver Kenntnis nicht widersprechen. In diesem Fall kann die Hypothek gutgläubig erworben werden.

e) Fehlen des Hypothekengegenstandes

Während das Pfandrecht im deutschen Recht ausnahmsweise auch an einem künftigen Recht bestellt werden kann,[1302] kann im chinesischen Recht eine Fahrnishypothek[1303] nur an einer bestehenden, nicht aber an einer künftigen beweglichen Sache bestellt werden. Auch an einem zu errichtenden Gebäude können Sicherheiten bestellt werden. Hierbei werden in der Regel entsprechend den auszuführenden Bauabschnitten mehrere Hypotheken bestellt, so z.B. eine Hypothek an der Nutzungsrecht am noch unbebauten Grundstück und Hypotheken an den für die Errichtung des Baues benötigten Baurohstoffen. Das Sicherheitenpaket setzt sich eigentlich somit aus Immobiliar- und Fahrnishypotheken zusammen.

f) Verstoß gegen Treu und Glauben

Hat der Schuldner mehrere Gläubiger, deren Forderungen durch sein Gesamtvermögen nicht gedeckt werden, und bestellt er unter Verstoß gegen Treu und Glauben an allen vermögenswerten Gegenständen, an denen er ein Eigentums- oder Nutzungsrecht hat, nur zugunsten eines Gläubigers eine Hypothek, so können andere Gläubiger nach § 69 der „Erläuterungen des OVG zum Sicherheitengesetz“ die Hypothek anfechten.

Das in den Erläuterungen des OVG vor Eröffnung des Konkursverfahrens eingeräumte Anfechtungsrecht ist m.E. zugunsten der Interessen von allen Gläubigern auch nur dann sinnvoll, wenn mit der Anfechtungserklärung zugleich oder kurz später die Eröffnung des Konkursverfahrens verbunden wäre. Dies könnte in der Weise erfolgen, dass der anfechtende Gläubiger innerhalb einer vorgegebenen Frist die Eröffnung des Konkursverfahrens beantragen müsste. Andernfalls müsste die Anfechtungserklärung unwirksam sein.

g) Verstoß gegen Verfallverbot

Sowohl § 186 Sachenrechtsgesetz als auch § 40 Sicherheitengesetz regeln das Verfallverbot bei der Hypothek. Die Vorschrift des § 57 S. 2 der „Erläuterungen des OVG zum Sicherheitengesetz“ bestimmt darüber hinaus, dass die Wirksamkeit des Hypothekenvertrags von der Unwirksamkeit der Verfallklausel nicht berührt wird.

3. Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Hypothek

a) Haftungsgrundlagen

Wie bereits oben ausgeführt, führt die Unwirksamkeit des Sicherungsvertrages aufgrund des geltenden Kausalprinzips im chinesischen Recht automatisch zur Unwirksamkeit der Hypothek. In der Vorschrift des § 5 S. 2 Sicherheitengesetz wird die Haftung der Parteien grundsätzlich verschuldensabhängig geregelt. Für manche besondere Fälle erhalten die Vorschriften der §§ 7 bis 10 der „Erläuterungen des OVG zum Sicherheitengesetz“ weitergehende Regelungen. Nach der taiwanischen

[1302] Siehe Baur/Stürner, § 62 Rn. 12.
[1303] Rechtlich gibt es kein „künftiges Grundstück“.

Lehre[1304] beruht diese Haftung auf der sog. „*culpa in contrahendo*“, also dem Verschulden bei Vertragsschluss.

b) Subsidiaritätsprinzip

Im chinesischen Recht besteht für den Eigentümer im Verhältnis zum Darlehensschuldner nur eine *subsidiäre* Haftung gegenüber dem Sicherungsnehmer/Darlehensgläubiger, die der Höhe nach auf den Ausfall der zu sichernden Forderung begrenzt ist, d.h. der Eigentümer haftet nur dann, wenn der Darlehensschuldner nicht leisten kann.

Die haftungsrechtliche Inanspruchnahme des Eigentümers setzt nach § 131 der „Erläuterungen des OVG zum Sicherheitengesetz“ die erfolglose Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners voraus, auf welches ein einfacher Zugriff möglich ist. Der Gesetzgeber lässt zwar offen, was er unter einem „einfachen Zugriff“ versteht. Es kann aber davon ausgegangen werden, dass hierunter Bargeld, Bankkonten, Wertpapiere, Rohstoffe, Fahrzeuge oder andere bewegliche Sachen fallen, auf die ein erleichterter Zugriff möglich ist.

In einer Entscheidung führt das OVG[1305] ausdrücklich aus, dass der Charakter von Sicherheiten subsidiärer Natur ist. Bei fehlender Personenidentität von Eigentümer und Schuldner kann sich der Hypothekengläubiger nur durch Zwangsversteigerung oder freihändige Veräußerung des Sicherungsguts in Höhe des Sicherheitenbetrags befriedigen, er kann aber nicht vom Eigentümer den Beitritt zur gesicherten Forderung verlangen.

c) Unwirksamkeit des Sicherungsvertrags bei Wirksamkeit des Darlehensvertrags

Die Vorschrift des § 7 der „Erläuterungen des OVG zum Sicherheitengesetz“ regelt im Fall des unwirksamen Sicherungsvertrages bei Vorliegen eines wirksamen Darlehensvertrages die Schadensersatzpflicht der Parteien.

Nach dieser Vorschrift sind Sicherungsgeber und Eigentümer, sofern keine Personenidentität besteht, dem Gläubiger als Gesamtschuldner zum Schadensersatz verpflichtet, sofern den Gläubiger kein Verschulden trifft. Diese Regelung begründet für Eigentümer und Sicherungsgeber eine verschuldensunabhängige Haftung. Bei wirksamem Darlehensvertrag wird das Vertrauen des Gläubigers auf die Wirksamkeit des Sicherungsvertrages geschützt. Damit tragen Eigentümer und Sicherungsgeber die letzte Verantwortung für das wirksame Zustandekommen des Sicherungsvertrages.

Ist die Unwirksamkeit des Sicherungsvertrages vom Gläubiger und vom Eigentümer, d.h. von beiden Parteien des Sicherungsvertrages zu vertreten, so haftet der

[1304] Wang, Zejian, „Forschungen zu den zivilrechtlichen Lehren und der Rechtsprechung“, Erster Band, S. 90.

[1305] Siehe die Entscheidung des OVG vom 26.07.2007, Nr. 25 im Jahre 2007, im „Veröffentlichungsblatt des OVG“, Nr. 3 im Jahre 2008.

Eigentümer zwar allein, seine Haftung wird aber bei Ausfall der zu sichernden Forderung auf den hälftigen Teil des Ausfalls beschränkt.

d) Unwirksamkeit des Sicherungsvertrags wegen der Unwirksamkeit des Darlehensvertrags

Der Sicherungsvertrag ist im chinesischen Recht, wie bereits oben ausführlich dargelegt, nach § 5 Abs. 1 Sicherheitengesetz ein Nebenvertrag des Darlehensvertrages. Dies hat zur Folge, dass seine Unwirksamkeit die Unwirksamkeit des Sicherungsvertrages nach sich zieht.

Die Vorschrift des § 8 der „Erläuterungen des OVG zum Sicherheitengesetz" regelt nunmehr die Schadensersatzpflicht der Parteien für den Fall des unwirksamen Darlehens- und Sicherungsvertrages. Der Eigentümer haftet nicht, wenn ihn kein Verschulden an der Unwirksamkeit des Darlehensvertrages trifft. Liegt bei ihm Verschulden vor, so wird seine Haftung bei Ausfall der zu sichernden Forderung auf ein Drittel des Ausfalls beschränkt.

e) Unwirksamkeit sowohl des Darlehens- als auch des Sicherungsvertrags

Dieser Fall wird von chinesischen Gesetzen nicht ausdrücklich gedeckt. Aus meiner Sicht ist diese Frage identisch mit der Frage unter Ziff. d) oben. Deshalb kann auch die Vorschrift des § 8 der „Erläuterungen des OVG zum Sicherheitengesetz" entsprechende Anwendung finden.

4. Ausgleichsanspruch des Eigentümers

Nach § 9 der „Erläuterungen des OVG zum Sicherheitengesetz" kann der Eigentümer vom Schuldner Ausgleich verlangen, wenn das Sicherungsgut zur Haftung herangezogen wurde, obwohl der Sicherungsvertrag unwirksam ist.

5. Rechtsfolgen bei Rücktritt vom Darlehensvertrag

Nach § 10 der „Erläuterungen des OVG zum Sicherheitengesetz" haftet der Eigentümer auch nach dem Rücktritt vom Darlehensvertrag für ein vom Schuldner zu vertretendes Verschulden, sofern der Sicherungsvertrag nicht etwas anderes vorschreibt. Obwohl der Sicherungsvertrag im Falle des Rücktritts vom Darlehensvertrag als Nebenvertrag ebenfalls unwirksam ist, wird seine Wirksamkeit fingiert, um die Sicherungshaftung aufrechtzuerhalten.

Der Rücktritt ist im Vertragsgesetz geregelt. Die Vorschrift des § 93 Vertragsgesetz regelt den vertraglichen Rücktritt, § 94 den gesetzlichen Rücktritt. In der Vorschrift des § 97 Vertragsgesetz wird der Schadensersatzanspruch als Rechtsfolge des Rücktritts geregelt. Es wird allerdings nicht ausdrücklich gesagt, wer Schuldner der Schadensersatzleistung ist. Die chinesische Literatur [1306] bejaht vor diesem gesetzlichen Hintergrund eine auf die Höhe der Sicherheit begrenzte Haftung des

[1306] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 109.

Eigentümers, sofern ein vom Schuldner zu vertretendes Verschulden vorliegt. Im Fall der Erfüllung des Schadensersatzanspruches durch den Eigentümer kann dieser nach § 9 der „Erläuterungen des OVG zum Sicherheitengesetz“ gegenüber dem vorrangig haftenden Schuldner einen Ausgleichsanspruch geltend machen.

Die Literatur[1307] hat einen Ausschluss der Haftung des Eigentümers mit der Sicherheit für verschiedene Fallgruppen entwickelt. Hiernach entfällt die Haftung des Eigentümers, sofern der Rücktritt vom Darlehensvertrag aufgrund eines vom Gläubiger zu vertretenden Verschuldens erfolgt. Auch wenn das Darlehen zum Zeitpunkt des Rücktritts noch nicht ausbezahlt ist, entfällt eine Haftung des Eigentümers. In diesem Fall besteht mangels zu sichernder Forderung kein Sicherungsrecht und demzufolge keine Haftung aus der Sicherheit. Beim Fehlen eines rücktrittsbedingten Schadens scheidet die Haftung des Eigentümers aus. Hierunter gehört auch der Fall, dass der Schuldner den Schadensersatzanspruch bereits erfüllt hat.

6. Rechtsfolgen bei Aufhebung des Darlehensvertrages

Weder Rechtsprechung noch Literatur haben die Rechtsfolgen der einvernehmlichen Aufhebung von Darlehens- und Sicherungsvertrag ausführlich erörtert. Auf der Basis des Abhängigkeitsverhältnisses zwischen Darlehens- und Sicherungsvertrag im chinesischen Recht werden nachfolgend Fallkonstellationen der Aufhebung erörtert, die m.E. unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich ziehen.

Hierbei ist von Bedeutung, ob der Sicherungsvertrag als Nebenvertrag des Darlehensvertrages angesehen wird oder ob er als eigenständiger unabhängiger Vertrag neben dem Darlehensvertrag besteht. Die Qualifizierung des Sicherungsvertrages als Nebenvertrag oder als selbständiger Vertrag ist häufig maßgeblich für die Beantwortung der Frage, ob die Haftung des Eigentümers aus dem Sicherungsvertrag auch nach Aufhebung des Darlehensvertrages fortbesteht.

Ist der Sicherungsvertrag in der Regel ein Nebenvertrag des Darlehensvertrages, wie im chinesischen Recht, und kommt es in der Folge zur Aufhebung des Darlehensvertrages, so ist m.E. noch von maßgeblicher Bedeutung, ob die Aufhebung unter Beteiligung des Eigentümers erfolgt.

Bei einer Aufhebung des Darlehensvertrages ohne Beteiligung des Eigentümers wird der Sicherungsvertrag grundsätzlich nicht von der Aufhebungserklärung erfasst, es sei denn, der Schuldner ist selbst eine Partei des Sicherungsvertrages und mit dem Eigentümer nicht personenidentisch. Aus dem Rechtscharakter des Sicherungsvertrages als Nebenvertrag folgt allerdings, dass seine Unwirksamkeit auch ohne Beteiligung des Eigentümers allein durch Aufhebung des Darlehensvertrages herbeigeführt wird. Damit besteht keine Haftung des Eigentümers aus dem Sicherungsvertrag.

[1307] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 109.

Wird der Eigentümer bei der Aufhebung beteiligt, so ist darauf abzustellen, ob die gemeinsame Aufhebungserklärung nur den Darlehens- oder auch den Sicherungsvertrag erfassen soll. Umfasst die gemeinsame Aufhebung neben dem Darlehensvertrag auch den Sicherungsvertrag, dann wird dieser ungeachtet seines Charakters als Nebenvertrag ebenfalls unwirksam. Wird der Sicherungsvertrag von der Aufhebung bewusst ausgenommen, so wird er von der Unwirksamkeit des Darlehensvertrages nicht erfasst. Dies gilt auch, wenn der Ausschluss des Sicherungsvertrages stillschweigend (konkludent) erfolgt. Bei dieser Gestaltung verliert der Sicherungsvertrag m.E. durch das Einvernehmen der drei Parteien seinen Rechtscharakter als Nebenvertrag mit der Folge, dass er trotz Unwirksamkeit des Darlehensvertrages fortbesteht und die Haftung des Eigentümers weiter besteht. Damit würde faktisch neben der Aufhebung des Darlehensvertrages gleichzeitig eine Neuvereinbarung des Sicherungsvertrages erfolgen.

VIII. Verwertung der Hypothek

1. Voraussetzungen der Verwertungsreife

a) Gesetzliche Regelung

Die Verwertungsreife ist in den Vorschriften des § 195 Sachenrechtsgesetz und § 53 Sicherheitengesetz geregelt. Dem Wortlaut des Gesetzes folgend liegt Verwertungsreife grundsätzlich vor, wenn der Schuldner nach der Fälligkeit die Forderung nicht tilgen kann.

b) Parteivereinbarung

Die Parteien können allerdings nach § 195 Sachenrechtsgesetz die Verwertungsreife auch abweichend durch Vereinbarung regeln. So kann z.B. im Sicherungsvertrag vereinbart werden, dass der Verwertungsfall bereits dann vorliegen soll, wenn Vermögensübertragungen vorgenommen werden, die zu einer erheblichen Reduzierung des Schuldnervermögens führen. Denkbar ist auch eine Vereinbarung, die dem Gläubiger das Recht einräumt, das Sicherungsgut jederzeit zu verwerten. Die Literatur geht davon aus, dass die Aufnahme der parteiautonom vereinbarten Verwertungsreife in das Gesetz verhindern soll, dass der Schuldner sein Vermögen zum Nachteil seiner Gläubiger reduziert.[1308]

Auch wenn die Parteien nach § 195 Sachenrechtsgesetz die Voraussetzungen der Verwertungsreife abweichend durch Vereinbarung geregelt haben, findet diese Vorschrift hinsichtlich der Rechtsfolgen trotzdem Anwendung.

Mit der Zulässigkeit auch solch weitgehender Vereinbarungen räumt der Gesetzgeber den Parteien weite Gestaltungsmöglichkeiten ein. Auch wenn durch den jederzeit

[1308] Hu, Kangsheng, Kommentar zum chinesischen Sachenrechtsgesetz, S. 425.

möglichen Zugriff des Gläubigers auf das Sicherungsgut die Bereitschaft zur Vergabe von Krediten erhöht werden soll, wird m.E. der Schuldner mit einer solchen Regelung einem unbeherrschbaren Risiko ausgesetzt.

Die Vorschrift des § 176 S. 2 Sachenrechtsgesetz regelt für den Fall der Verwertung des Sicherungsgutes, dass der Darlehensschuldner dem Eigentümer zum Ausgleich verpflichtet ist.

2. Voraussetzungen eines gerichtlichen Verwertungsverfahrens

a) Urteil als Vollstreckungsvoraussetzung?

Abweichend von dem in § 53 Sicherheitengesetz geregelten Grundsatz, nach dem der Gläubiger erst dann die Zwangsvollstreckung betreiben darf, wenn er im Wege der Feststellungs- und Leistungsklage ein Urteil erlangt hat, verzichtet das Sachenrechtsgesetz aus Vereinfachungsgründen [1309] auf diese Zwangsvollstreckungsvoraussetzung und ermöglicht dem Gläubiger ohne vorausgegangenes Erkenntnisverfahren den direkten Zugriff auf das Sicherungsgut im gerichtlichen Verwertungsverfahren. Diese Gestaltung ist mit der deutschen vollstreckbaren Urkunde i.S.d. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO vergleichbar. Nur ist im chinesischen Recht nicht zwischen dem Anspruch aus der Hypothek und aus dem Schuldanerkenntnis, sowie zwischen dem materiellen Anspruch aus der Hypothek und dem prozessualen Anspruch aus der Zwangsvollstreckungsunterwerfung zu unterscheiden.

Soweit allerdings die materiellen Verwertungsvoraussetzungen zwischen den Parteien streitig sind, wie z.B. Höhe oder Bestehen der zu sichernden Forderung oder die Wirksamkeit des Sicherungsvertrages, muss zuvor ein Erkenntnisverfahren durchgeführt werden. Der Schuldner trägt die Prozessführungslast,[1310] d.h. er kann Einwendungen gegen das Verwertungsverfahren nur im Erkenntnisverfahren vorbringen und muss andernfalls die Verwertung des Sicherungsguts dulden. Der Gläubiger muss also nicht ein Erkenntnisverfahren einleiten.

Es ist jedoch zu bedenken, dass die vom chinesischen Gesetzgeber beabsichtigte Vereinfachung des Vewertungsverfahrens sich nicht umsetzen lässt, wenn der Schuldner mit der treuwidrigen Durchführung des Erkenntnisverfahrens allein das Ziel verfolgt, Zeit zu gewinnen und das Verwertungsverfahren hinauszuzögern.

Demgegenüber kann der Schuldner nach der taiwanischen ZPO wie im deutschen Recht nach Eröffnung des Zwangsvollstreckungsverfahrens die „Vollstreckungsabwehrklage“ i.S.d. § 767 ZPO erheben.

b) Gescheiterte Parteivereinbarung als formelle Antragsvoraussetzung

[1309] Hu, Kangsheng, Kommentar zum chinesischen Sachenrechtsgesetz, S. 428.
[1310] Siehe Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 292.

Die Vorschriften des § 195 Sachenrechtsgesetz und des § 53 Sicherheitengesetz regeln auch die Voraussetzungen für die Durchführung des gerichtlichen Verwertungsverfahrens. Hierbei verlangt der Gesetzgeber als formelle Antragsvoraussetzung, dass die Parteien den Versuch unternommen haben, sich über Art und Durchführung der Verwertung im Wege der Parteivereinbarung zu einigen,[1311] und dass eine solche Vereinbarung gescheitert ist. Damit räumt das Gesetz den Parteien die Möglichkeit ein, die Durchführung des gerichtlichen Verwertungsverfahrens durch Vereinbarung abzuwenden.

Die Parteien können z.B. vereinbaren, dass das Sicherungsgut im Falle der Verwertungsreife auf den Gläubiger übergeht und der zu ermittelnde Wert des Sicherungsgutes auf die Höhe der Forderung angerechnet wird. Im Ergebnis gilt dann die zu sichernde Forderung in Höhe des Wertes des übergegangenen Sicherungsgutes als getilgt. Aufgrund des Verfallsverbots kann allerdings die Anrechnung nicht schon vor Eintritt der Verwertungsreife im Sicherungsvertrag vereinbart werden.

Erst wenn eine Parteivereinbarung gescheitert ist, räumt das Gesetz dem Gläubiger das Recht ein, bei Gericht den freihändigen Verkauf des Sicherungsgutes oder die Durchführung des Zwangsversteigerungsverfahrens zu beantragen.

Damit wendet die erfolgreiche Vereinbarung der Parteien das gerichtliche Verwertungsverfahren ab, sofern die getroffene Vereinbarung nicht anfechtbar ist.[1312] Eine Anfechtbarkeit ist nach § 195 Abs. 1 S. 2 Sachenrechtsgesetz gegeben, wenn die Vereinbarung den Interessen anderer Gläubiger schadet. Sie berechtigt den benachteiligten Gläubiger zur Anfechtung innerhalb eines Jahres von dem Zeitpunkt an, zu dem er von der Vereinbarung Kenntnis hatte oder hätte haben müssen.

c) Nachrangige Gläubiger

Im chinesischen Recht kann wie im deutschen Recht grundsätzlich jeder Gläubiger, d.h. auch ein nachrangiger Gläubiger, die Verwertung des Sicherungsgutes im Gerichtsverfahren betreiben. Auch wenn die Forderung einer nachrangigen Hypothek früher fällig wird als die Forderung einer vorrangigen Hypothek, kann der nachrangige Gläubiger die Verwertung beantragen, wird aber nach der Vorschrift des § 78 Abs. 1 der „Erläuterungen des OVG zum Sicherheitengesetz“ nur nachrangig mit dem verbleibenden Verwertungserlös nach Befriedigung des vorrangigen Gläubigers befriedigt.

Im Gegensatz zum deutschen Recht findet sich im chinesischen Recht keine dem deutschen Recht in § 44 ZVG vergleichbare Regelung des sog. „geringsten Gebotes“. Vor diesem gesetzlichen Hintergrund fordern Vertreter der Literatur [1313] die Zurückweisung des Verwertungsantrags eines nachrangigen Gläubigers, sofern das Gesamtvermögen des Schuldners zur Befriedigung sämtlicher vorrangiger Rechte

[1311] Hu, Kangsheng, Kommentar zum chinesischen Sachenrechtsgesetz, S. 428.
[1312] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 291.
[1313] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 294.

nicht ausreicht. Mit diesem Lösungsvorschlag gelangt die Literatur zu vergleichbaren Ergebnissen wie sie im deutschen Recht über das gesetzlich geregelte „geringste Gebot“ erreicht werden.

3. Die Verwertungsweise im Rahmen hypothekarischer Haftung

a) Eigentumsübergang des Sicherungsgutes aufgrund Vereinbarung

Die Vorschrift des § 195 Abs. 1 Sachenrechtsgesetz regelt die Verwertung des Sicherungsgutes nach Eintritt der Verwertungsreife. Hiernach können die Parteien den Eigentumsübergang des Sicherungsgutes auf den Gläubiger, die nichtgerichtliche Versteigerung oder die freihändige Veräußerung des Sicherungsgutes vereinbaren. Eine Vereinbarung über den Eigentumsübergang des Sicherungsgutes soll aber nach § 195 Abs. 2 Sachenrechtsgesetz nach Einleitung des gerichtlichen Verwertungsverfahrens nicht mehr zulässig sein.

Bei der Vereinbarung des Eigentumsübergangs des Sicherungsgutes wird der zu ermittelnde Wert des Sicherungsgutes auf die zu sichernde Forderung angerechnet, so dass die Forderung in dieser Höhe erlischt. In den Fällen, in denen die Forderungshöhe den ermittelten Wert des Sicherungsgutes überschreitet, vereinbaren die Parteien die Aufhebung der Hypothek am Sicherungsgut, so dass die Vorschrift des § 192 Abs. 2 S. 1 Sachenrechtsgesetz, welche die Akzessorietät der Hypothek regelt, keine Anwendung mehr findet. Die Parteien werden eine solche Vereinbarung grundsätzlich treffen, wenn das Sicherungsgut und die Forderung sich wertmäßig ungefähr entsprechen und keine anderen nachrangigen dinglichen Rechte am Sicherungsgut bestehen.

Problematisch ist eine solche Vereinbarung über den Eigentumsübergang am Sicherungsgut, wenn sie zwischen einem nachrangigen Gläubiger und dem Schuldner getroffen wird. Diesen Fall hat der chinesische Gesetzgeber nicht geregelt. Nach der Auffassung in der Literatur[1314] sollten beim Eigentumsübergang des Sicherungsgutes alle vorrangigen Rechte am Sicherungsgut bestehen bleiben. Dies hat zur Folge, dass die vorrangigen Gläubiger ihr dingliches Recht auch gegenüber dem Erwerber geltend machen können.

b) Verwertung im Gerichtsverfahren

Wenn sich die Parteien über die Verwertung des Sicherungsgutes im Vorfeld nicht einigen können, erfolgt die Verwertung im Gerichtsverfahren durch Zwangsversteigerung, sofern kein freihändiger Verkauf erfolgt.

In der Regel wird das Sicherungsgut im Zwangsversteigerungsverfahren verwertet. Dabei erwirbt der Ersteher in der Zwangsversteigerung das Eigentum an der beweglichen Sache im Falle der Fahrnishypothek. Bei der Immobiliarhypothek erwirbt er lediglich das Landnutzungsrecht am Grundstück, da die chinesische

[1314] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 295.

Rechtsordnung kein Privateigentum an Grundstücken vorsieht. Der Erwerber erwirbt grundsätzlich lastenfrei, da alle anderen dinglichen Rechte bei der Ersteigerung erlöschen.

Nach der Vorschrift des § 61 Versteigerungsgesetz soll dem Ersteher bei bestehenden Mängeln am erstandenen Sicherungsgut ein Mängelanspruch nicht zustehen, wenn der Versteigerer und die vom Gericht mit der Versteigerung beauftragte Einrichtung im Zwangsversteigerungsverfahren ausdrücklich angekündigt haben, dass sie keine Angaben über den Zustand und die Qualität des Sicherungsgutes machen können. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass der in den §§ 110, 111 Vertragsgesetz geregelte allgemeine Mängelanspruch analog auch beim Erwerb im Zwangsversteigerungsverfahren Anwendung findet, sofern in ihm Angaben über den Zustand und die Qualität des Sicherungsgutes gemacht werden.

Das OVG führt in seinem Beschluss vom 14.12.2010 [1315] aus, dass der Hypothekengläubiger in einem Zwangsvollstreckungsverfahren, das von einem ungesicherten Gläubiger gegen sein Sicherungsgut betrieben wird, zwar immer Priorität hat. Er hat allerdings keinen Anspruch darauf, dass das Zwangsvollstreckungsverfahren eingestellt wird.

4. Rechtswirkungen der Hypothek gegenüber Dritten

a) Rechtswirkungen gegenüber dem Mieter

Nach § 190 Sachenrechtsgesetz bleibt das Mietverhältnis von der Hypothek unberührt, wenn das Sicherungsgut bei Abschluss des Hypothekenvertrags bereits vermietet war. Erfolgt die Vermietung des Sicherungsgutes hingegen nach der Bestellung der Hypothek, so kann der Mieter die Ansprüche des Hypothekars nicht abwehren, indem er sich auf seine Rechte aus dem Mietvertrag beruft. So kann sich der Mieter beispielsweise nicht auf sein Nutzungs- und Besitzrecht am Sicherungsgut berufen, wenn der Hypothekar nach der parteieinvernehmlichen freihändigen Veräußerung die Herausgabe des vermieteten Sicherungsgutes verlangt. Der Gesetzgeber gewährt also dem „späteren“ Mieter im Verhältnis zum Hypothekar keinen Vertrauensschutz in den Bestand des Mietvertrages, ohne hierbei auf seine positive Kenntnis von der Hypothek abzustellen.

Hat der Mieter allerdings bei Abschluss des Mietvertrages keine positive Kenntnis von der Hypothek, weil er vom Schuldner hierüber schriftlich nicht aufgeklärt wurde, ist der Schuldner nach § 66 der „Erläuterungen des OVG zum Sicherheitengesetz“

[1315] Siehe OVG-Beschluss für Vollstreckungssachen im Jahr 2010 Nr. 13, auf der Webseite von „China Judgements Online“, die Adresse lautet: http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/content/content?DocID=eff2c982-b647-11e3-84e9-5cf3fc0c2c18&KeyWord=%E6%8A%B5%E6%8A%BC%E6%9D%83.

dem Mieter zum Schadensersatz verpflichtet.[1316] Dabei trägt der Schuldner die Beweislast für die ordnungsgemäße Aufklärung.

Vom Gesetzgeber unbeantwortet bleibt die Frage, ob der Mieter seine Rechte aus dem Mietvertrag den Ansprüchen des Hypothekars entgegenhalten kann, wenn der Mietvertrag nach Abschluss des Hypothekenvertrages und vor der Eintragung der Hypothek geschlossen wurde. Hierbei handelt es sich zweifellos um eine Gesetzeslücke. M.E. sollte die umfassende Rechtsposition des Hypothekars gegenüber dem Mieter erst mit der Eintragung der Hypothek ins Grundbuch begründet werden.

Nach Auffassung der Literatur[1317] soll dem Mieter das Recht zum Rücktritt vom Mietvertrag zustehen, wenn die Hypothek den Zweck des Mietvertrags beeinträchtigt. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn die Vereinbarung einer kurzfristigen Kündbarkeit der Hypothek einer längeren Mietdauer im Mietvertrag entgegensteht.

Besteht eine Fahrnishypothek an einem vermieteten Gegenstand, so entfaltet diese im chinesischen Recht ohne Eintragung grundsätzlich keine dingliche Wirkung. Damit findet die Vorschrift des § 190 Sachenrechtsgesetz und auch des § 66 der „Erläuterungen des OVG zum Sicherheitengesetz“ bei der Fahrnishypothek keine Anwendung.

b) Rechtswirkungen gegenüber dem Erwerber des Sicherungsgutes

1) Voraussetzungen der Wirksamkeit von der Veräußerung des Sicherungsgutes

aa) Aufklärungspflicht des Schuldners

Nach § 49 Sicherheitengesetz ist der Schuldner dazu verpflichtet, den Gläubiger über die beabsichtigte Veräußerung des Sicherungsgutes und den Erwerber über die bestehende Hypothek am Sicherungsgut zu informieren. Verstößt der Schuldner gegen diese Aufklärungspflicht, so ist die Veräußerung unwirksam. Diese Vorschrift findet offenkundig nicht nur für dingliche, sondern auch für persönliche Sicherheiten Anwendung, weil das Sicherheitengesetz sowohl dingliche als auch persönliche Sicherheiten regelt.

Die Vorschrift des § 67 der „Erläuterungen des OVG zum Sicherheitengesetz“ regelt darüber hinaus, dass der Gläubiger bei einem Verstoß des Schuldners gegen die Aufklärungspflicht seine Rechte aus der Hypothek gegenüber dem Erwerber auch dann geltend machen kann, wenn der Erwerber als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist.

[1316] Bestätigt durch OVG-Beschluss vom 26.09.2014, Revision für die Sachen des staatlichen Schadensersatzes im Jahr 2014 Nr. 38, auf der Webseite von „China Judgements Online“, die Adresse lautet: http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/content/content?DocID=bf1adba8-2c1b-4f8d-bb99-b0c112ed0304&KeyWord=%E6%8A%B5%E6%8A%BC%E6%9D%83.

[1317] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 265.

Im Gegensatz hierzu ist die Aufklärungspflicht des Schuldners im deutschen Recht keine Voraussetzung für die Wirksamkeit der Veräußerung des Sicherungsgutes. Informiert der Schuldner den Gläubiger oder Erwerber nicht, muss er gegebenenfalls Schadensersatz leisten.

bb) Einwilligung des Gläubigers

Hiervon unabhängig regelt § 191 Abs. 2 Sachenrechtsgesetz, dass bei bestehender Hypothek die Veräußerung des Sicherungsgutes durch den Schuldner grundsätzlich ohne Einwilligung des Hypothekars unwirksam ist. Die Vorschrift differenziert wie die meisten Hypothekenvorschriften des Sachenrechtsgesetzes nicht zwischen Immobiliar- und Fahrnishypothek. Die Vorschriften mit „gemischtem" Regelungsgehalt sind grundsätzlich auf beide Hypothekenformen anwendbar.

Im Fall der fehlenden Einwilligung kann unterstellt werden, dass auch eine Parteivereinbarung bezüglich der Verwertungsart gem. § 195 Abs. 2 Sachenrechtsgesetz nach der Verwertungsreife nicht zustande gekommen ist. Dies berechtigt den Gläubiger dann, beim Gericht die Unwirksamkeit der Veräußerung nach § 191 Abs. 2 Sachenrechtsgesetz feststellen zu lassen und gleichzeitig die Durchführung des gerichtlichen Vollstreckungsverfahrens nach § 195 Abs. 2 Sachenrechtsgesetz zu beantragen. Weil der Gläubiger in diesem Fall auch gegenüber einem Dritten Herausgabe des Sicherungsgutes oder Grundbuchberichtigung verlangen kann, steht diese Regelung m.E. einem Verfolgungsrecht des Gläubigers gleich. Der Gläubiger wird häufig diesen Weg wählen, wenn die ohne seine Einwilligung vorgenommene Veräußerung ihn benachteiligt hätte.

Handelt es sich um unbewegliches Sicherungsgut, an dem eine Immobiliarhypothek besteht, ist ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb ausgeschlossen, da aufgrund der Eintragung der Hypothek im Grundbuch die positive Kenntnis des Erwerbers von der Hypothek unterstellt wird.

Handelt es sich um ein bewegliches Sicherungsgut, so stellt sich für den Gläubiger das Problem, dass er von der Eigentumsübertragung durch den Schuldner oft gar keine Kenntnis hat. Die Fahrnishypothek kann zwar ins Register eingetragen werden, um den gutgläubigen Erwerb eines Dritten zu verhindern. Ist sie allerdings nicht eingetragen, so kann der Gläubiger die Veräußerung des beweglichen Sicherungsgutes schwer kontrollieren, zumal er in der Regel auch keinen Besitz am Sicherungsgut hat. In der Rechtspraxis wird sich der Gläubiger bei der Fahrnishypothek mangels Kenntnis nur in seltenen Fällen auf die Unwirksamkeit der Veräußerung gem. § 191 Abs. 2 Sachenrechtsgesetz berufen. Anschließend ist ein gutgläubiger Erwerb des Sicherungsgutes bei der Fahrnishypothek ohne Eintragung oft möglich.

2) Entbehrlichkeit der Einwilligung

Einer Einwilligung bedarf es nach § 191 Abs. 2 Sachenrechtsgesetz nicht, wenn mit dem Verkaufserlös die zu sichernde Forderung vollständig getilgt wird. Mit dieser Vorschrift wird dem Erwerber das Ablösungsrecht gewährt, das zur Tilgung der Forderung und kraft Akzessorietät zum Erlöschen der Hypothek führt. Dabei soll das Einwilligungserfordernis des Gläubigers für die Veräußerung nur im Fall der vollständigen Forderungstilgung entfallen.[1318] Die nur teilweise Erfüllung der zu sichernden Forderung lässt das Einwilligungserfordernis des Gläubigers hingegen nicht entfallen. Auch bei teilweiser Erfüllung muss die Einwilligung des Gläubigers eingeholt werden.

Im deutschen Recht sind zur Aufhebung einer Hypothek nach dem Grundsatz in §§ 875, 1183 BGB die Zustimmung sowohl des Gläubigers als auch des Eigentümers sowie die Löschung im Grundbuch erforderlich.[1319] Andernfalls bleibt die Hypothek am Grundstück unberührt oder besteht nach Verzicht in der Form einer Eigentümergrundschuld fort. Die Veräußerung des Sicherungsgutes ist im deutschen Recht grundsätzlich auch ohne Einwilligung des Gläubigers wirksam und die Hypothek bleibt bei einem Eigentumsübergang in der Hand des Gläubigers bestehen. Der Gläubiger kann zwar nach § 267 Abs. 2 BGB die Leistung des Erwerbers ablehnen, wenn der Schuldner der Erfüllung widerspricht, dieser Widerspruch betrifft aber nur die Forderung sowie aufgrund der Akzessorietät mittelbar die Hypothek und berührt nicht die Wirksamkeit der Veräußerung. Mit Tilgung der zu sichernden Forderung durch den Erwerber wird die ursprüngliche Fremdhypothek bei Eigentumsübergang in eine Eigentümergrundschuld umgewandelt.

Im Gegensatz dazu hat der Gläubiger im chinesischen Recht nach § 191 Abs. 2 Sachenrechtsgesetz grundsätzlich kein Verweigerungsrecht i.S.d. § 267 Abs. 2 des deutschen BGB, sofern der Erwerber die Forderung vollständig erfüllt und damit die Hypothek kraft Akzessorietät erlischt. Demzufolge ist die Veräußerung ohne Einwilligung des Gläubigers wirksam. Da das chinesische Recht keine Eigentümergrundschuld kennt, muss die Hypothek in diesem Fall prinzipiell im Grundbuch gelöscht werden.

Man kann also davon ausgehen, dass der Eigentumsschutz im deutschen Recht stärker ausgeprägt ist als im chinesischen Recht, weil der Eigentümer grundsätzlich auch ohne Einwilligung des Gläubigers wirksam veräußern kann. Dies gilt in Abweichung zum chinesischen Recht uneingeschränkt auch in den Fällen, in denen der Verkaufserlös nicht ausreicht, um die zu sichernde Forderung zu tilgen.

Das OVG geht in seinem Beschluss vom 19.09.2012[1320] wörtlich statt von einem Ablösungsrecht von der „Ablösungspflicht“ des Erwerbers aus, wonach eine

[1318] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 268.
[1319] Baur/Stürner, § 36 Rn. 113.
[1320] Siehe OVG-Beschluss, Revision für Zivilsachen im Jahr 2012 Nr. 877, auf der Webseite von „China Judgements Online“, die Adresse lautet:

Veräußerung des Sicherungsgutes ohne Einwilligung des Gläubigers nur dann wirksam ist, wenn der Erwerber die Hypothek abgelöst hat.

Selbst wenn das Sicherungsgut verschenkt oder vererbt wird, bleibt die Hypothek nach § 68 der „Erläuterungen des OVG zum Sicherheitengesetz“ unberührt. Nach Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes muss dem Eigentümerwechsel des Sicherungsguts, der aufgrund einer Schenkung erfolgt, nach § 191 Abs. 2 Sachenrechtsgesetz auch vom Gläubiger zugestimmt werden.

Die Hypothek ist im chinesischen Recht unteilbar. Nach § 71 der „Erläuterungen des OVG zum Sicherheitengesetz“ kann der Gläubiger aufgrund des ganzen Sicherungsguts seine Hypothek geltend machen, wenn die gesicherte Forderung nur teilweise getilgt ist.

c) Rechtswirkungen gegenüber anderen Inhabern von beschränkt dinglichen Rechten

Die Vorschrift des § 193 Sachenrechtsgesetz gewährt dem Hypothekengläubiger einen Unterlassungsanspruch oder einen Anspruch auf Gewährung zusätzlicher Sicherheiten, wenn der Schuldner nach der Bestellung einer Hypothek weitere beschränkt dingliche Rechte zugunsten anderer Gläubiger bestellt, welche den Wert der Hypothek beeinträchtigen. Dem Hypothekengläubiger wird z.B. alternativ das Recht eingeräumt, die Hypothek zu kündigen oder die Tilgung der zugrunde liegenden Forderung zu verlangen.

Im deutschen Recht können solche Ansprüche ausdrücklich im Sicherungsvertrag geregelt werden oder sich aus diesem herleiten lassen.

5. Befriedigung des Hypothekengläubigers aus Restvermögen des Schuldners

Das chinesische Recht enthält keine grundsätzliche Regelung darüber, ob der Hypothekengläubiger den Schuldner ungeachtet der Hypothek auch in persönlicher Haftung in Anspruch nehmen und sich somit aus dem weiteren Vermögen des Schuldners befriedigen kann.

Nach § 53 Abs. 2 Sicherheitengesetz und § 73 S. 2 der „Erläuterungen des OVG zum Sicherheitengesetz“ kann der Gläubiger den Schuldner unabhängig von der Hypothek in persönlichen Haftung in Anspruch nehmen, sofern der Verwertungserlös aus der Hypothek nicht zur Befriedigung seiner Forderung ausreicht.

Hieraus ergibt sich, dass dem Hypothekengläubiger grundsätzlich kein Wahlrecht zwischen einer Inanspruchnahme des Schuldners aus der Hypothek oder aus persönlicher Haftung zusteht. Die Inanspruchnahme des Schuldners aus der persönlichen Haftung ist vielmehr subsidiär, d.h. sie setzt voraus, dass der

---

http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/content/content?DocID=f04e213c-b647-11e3-84e9-5cf3fc0c2c18&KeyWord=%E6%8A%B5%E6%8A%BC%E6%9D%83.

Verwertungserlös aus der Hypothek nicht zur vollständigen Befriedigung der Forderung ausgereicht hat.

Im Gegensatz hierzu will die Literatur[1321] dem Gläubiger ein Wahlrecht einräumen. Demzufolge soll es im Ermessen des Gläubigers stehen, ob er den Schuldner im Umfang seiner Forderung persönlich oder dinglich in Anspruch nehmen will. Auch bei Einräumung eines Wahlrechts ist grundsätzlich anzumerken, dass dem Gläubiger nur dann einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung zusteht, wenn er sich aus der Hypothek befriedigt. Nimmt er hingegen den Schuldner persönlich in Anspruch, hat er im Verhältnis zu anderen Gläubigern keinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung.

Es kann allerdings davon ausgegangen werden, dass der Gläubiger im Konkursverfahren von seinem Wahlrecht keinen Gebrauch mehr machen und sich allein für eine Vorgehensweise aus der Hypothek entscheiden wird, welche ihm ein Absonderungsrecht und damit das Recht auf vorzugsweise Befriedigung einräumt. Andernfalls stünde ihm lediglich eine Konkursforderung zu, die lediglich eine anteilsmäßige Befriedigung zur Folge hätte.

IX. Gründe für das Erlöschen der Hypothek

1. Erlöschen der zu sichernden Forderung

Die Hypothek fällt nach den Akzessorietätsvorschriften des § 177 Sachenrechtsgesetz und des § 52 Sicherheitengesetz unmittelbar mit dem Erlöschen der gesamten Forderung weg. Da es im chinesischen Recht im Gegensatz zum deutschen Recht keine Eigentümergrundschuld gibt, führt der Wegfall der Forderung grundsätzlich zum Wegfall der Hypothek.

Eine Forderung entfällt einerseits, wenn der Darlehensvertrag unwirksam ist oder wenn sie durch Tilgung oder Verzicht erlischt. Nach Eintritt der Verwertungsreife wird die Forderung im Wege der Verwertung des Sicherungsgutes getilgt. Unter die Verwertungsarten fallen, wie oben dargelegt, Zwangsversteigerung, freihändige Veräußerung und Eigentumsübergang des Sicherungsgutes auf den Gläubiger unter Anrechnung des Wertes des Sicherungsgutes auf die Forderung.

Für die Zeit vor dem Eintritt der Verwertungsreife gilt auch im chinesischen Recht der Grundsatz des Verfallsverbotes, d.h. die Parteien können auch nicht einvernehmlich einen Eigentumsübergang des Sicherungsgutes vor Eintritt der Verwertungsreife vereinbaren. Allerdings ist nach § 191 Abs. 2 Sachenrechtsgesetz auch vor dem Eintritt der Verwertungsreife die Veräußerung des Sicherungsgutes an einen Dritten wirksam, sofern der Erwerber die Forderung vollständig getilgt hat.

[1321] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 300.

Auch wenn der Gläubiger auf die zu sichernde Forderung verzichtet, fällt die Hypothek kraft Akzessorietät fort.

2. Untergang des Sicherungsguts

Da die Hypothek ein beschränktes dingliches Recht ist, führt der Untergang des Sicherungsgutes automatisch zum Erlöschen der Hypothek. Bei teilweisem Untergang des Sicherungsgutes bleibt die Hypothek am verbleibenden Bestand des Sicherungsgutes bestehen.

Ein besonderer Fall im chinesischen Recht ist der rechtliche Untergang des Sicherungsgutes bei Enteignung, wenn das Sicherungsgut von der Regierung eingezogen wird. Seitdem der chinesische Staat sich mit der Wirtschaftsreform des Jahres 1978 zu einem stärkeren Schutz des Privateigentums entschlossen hat, um mit dieser Maßnahme den Wirtschaftsaufschwung in Gang zu setzen, ist die Gefahr einer willkürlichen Enteignung zurückgegangen. Es bleibt allerdings aufgrund des immer noch bestehenden kommunistischen Systems und der damit verbundenen großen Staatsmacht ein Enteignungsrisiko bestehen.

3. Verjährung der zu sichernden Forderung

a) Im deutschen Recht

Die Verjährung ist eine zeitliche Rechtsausübungsschranke[1322]. Im deutschen Recht unterliegen der Verjährung nach § 194 BGB nur Ansprüche[1323]. Insbesondere unterliegen der Verjährung nicht Persönlichkeitsrechte und dingliche Rechte.[1324] Nach § 214 Abs. 1 BGB führt die Verjährung nicht zum Erlöschen des Anspruches, sondern begründet nur ein Leistungsverweigerungsrecht[1325], das nicht als Einwendung vom Gericht von Amts wegen beachtet werden muss, sondern nur als dauernde Einrede[1326] vom Schuldner gegenüber dem Gläubiger bei Gericht geltend gemacht werden kann. Allerdings kann das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete nach § 214 Abs. 2 S. 1 BGB auch dann nicht zurückgefordert werden, wenn in Unkenntnis der Verjährung geleistet worden ist. Die allgemeine Verjährungsfrist beträgt nach § 197 Abs. 1 BGB für 30 Jahre. Die Verjährung eines Anspruchs, für den eine Hypothek, besteht, hindert nach § 216 Abs. 1 BGB den Gläubiger nicht, sich aus der Sicherheit (dem belasteten Gegenstand) zu befriedigen.[1327]

b) Im chinesischen Recht

Im chinesischen Recht ist die „Verjährung“ ein kombinierter Begriff sowohl des materiellen als auch des prozessualen Rechts, da die Verjährung eigentlich im

[1322] Wolf/Neuner, § 22 Rn. 1.
[1323] Wolf/Neuner, § 22 Rn. 3. Medicus, Rn. 102, S. 50.
[1324] Wolf/Neuner, § 22 Rn. 3.
[1325] Wolf/Neuner, § 22 Rn. 54. Medicus, Rn. 120, S. 56.
[1326] Wolf/Neuner, § 22 Rn. 5.
[1327] Wolf/Neuner, § 22 Rn. 57. Medicus, Rn. 122, S. 56.

Chinesischen als „Verjährung des Prozesses“ bezeichnet wird. Nach der Verjährung des Prozesses hat die Partei ihr „Recht verloren, einen Prozess zu gewinnen“.

Die Verjährung wurde im chinesischen Recht nach der Wirtschaftsreform erstmals in den „Allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts“ im Jahr 1986 geregelt. Die Vorschrift des § 135 dieses Gesetzes regelte, dass der Gläubiger sein „ziviles Recht“ innerhalb einer Frist von zwei Jahren gerichtlich geltend machen konnte. Die nicht eingetretene Verjährung stellte damals nach dieser früheren Regelung quasi eine Prozessvoraussetzung dar.

Das OVG ist mit der Vorschrift des § 3 seiner „Erläuterungen zur Anwendung der Verjährung“ aus dem Jahr 2008 von diesem früheren Verjährungsverständnis abgewichen, indem es vergleichbar zur deutschen Regelung ausführt, dass das Gericht die Verjährung nicht von Amts wegen aufklären und berücksichtigen soll. Mithin kann auch im chinesischen Recht ein verjährter Anspruch noch gerichtlich geltend gemacht werden. Die Verjährung wird vom Gericht als anspruchshemmende Einrede allerdings nur berücksichtigt, wenn der Schuldner sich selbst auf sie beruft. In diesem Fall führt dies zur Abweisung der Klage.

In Abweichung zur früheren Regelung in den „Allgemeinen Vorschriften des Zivilrechts“, die vom Begriff des „zivilen Rechts“ ausging, verwendet das OVG in § 1 seiner „Erläuterungen zur Anwendung der Verjährung“ den Begriff des schuldrechtlichen Anspruches, auf dessen Verjährung sich der Schuldner berufen kann. Andere Ansprüche wie z.B. dingliche Ansprüche werden in dieser Vorschrift nicht benannt.

Während im deutschen Recht dingliche Rechte als Herrschaftsrechte nicht der Verjährung unterliegen, ist die Frage der Verjährung dinglicher Rechte im chinesischen Recht streitig, da es hierzu eine eindeutige grundsätzliche Regelung weder im Sachenrechtsgesetz noch an anderer Stelle gibt und das OVG diesen Punkt auch offengelassen hat.

Eine Bezugnahme auf die Verjährung dinglicher Rechte fand sich vor dem Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes in der Vorschrift des § 12 der „Erläuterungen des OVG zum Sicherheitengesetz“, nach welcher dem Hypothekengläubiger ausdrücklich das Recht eingeräumt wurde, seine Rechte aus der Hypothek auch nach Verjährungseintritt der zu sichernden Forderung innerhalb einer Frist von zwei Jahren gerichtlich geltend zu machen. Das Gericht musste die Hypothek „schützen“. Diese Vorschrift findet heute allerdings wegen des Widerspruches zum Sachenrechtsgesetz keine Anwendung mehr. Das Sachenrechtsgesetz, welches im Jahr 2007 in Kraft getreten ist, führt nunmehr in § 202 abweichend aus, dass der Gläubiger seine Ansprüche aus der Hypothek vor Verjährungseintritt der gesicherten Forderung bei Gericht geltend machen soll. Andernfalls könne die Hypothek „nicht durch das Gericht geschützt“ werden.

Im deutschen Recht würde an dieser Stelle die Vorschrift des § 216 BGB zur Anwendung kommen, wonach die Verjährung der Forderung den Gläubiger nicht daran hindert, sich aus der Hypothek zu befriedigen. Diese Vorschrift ist in Bezug auf die Durchsetzbarkeit der Hypothek von zentraler Bedeutung, zumal dingliche Rechte als Herrschaftsrechte nicht der Verjährung unterliegen können. Ohne die Vorschrift des § 216 BGB würde sich damit im deutschen Recht die Frage nach der Durchsetzbarkeit der Hypothek nach Verjährungseintritt der Forderung stellen. Anders als im chinesischen Recht wird im deutschen Recht an dieser Stelle ausdrücklich geregelt, ob und wie sich die Verjährung der Forderung auf die Durchsetzbarkeit des dinglichen Rechts auswirkt. Dabei stellt die Vorschrift des § 216 BGB ausdrücklich klar, dass die Durchsetzbarkeit der Hypothek durch den Verjährungseintritt bei der Forderung grundsätzlich keinen Schaden erleidet.

Der chinesische Gesetzgeber hat eine dem § 216 BGB vergleichbare Regelung nicht in das Gesetz aufgenommen. Es könnte die Frage gestellt werden, was passiert, wenn der Gläubiger im chinesischen Recht nach Verjährungseintritt der gesicherten Forderung dennoch seine Ansprüche aus der Hypothek gerichtlich geltend macht, oder was es eigentlich bedeutet, dass die Hypothek „nicht durch das Gericht geschützt“ werden kann. Der Vorschrift des § 202 Sachenrechtsgesetz ist m.E. im Wege der Auslegung zu entnehmen, dass der Verjährungseintritt der Forderung die Geltendmachung der Rechte aus der Hypothek faktisch verhindert. Die Hypothek ist in diesem Fall ein gerichtlich nicht mehr durchsetzbares dingliches Recht. Also stellt das Ergebnis einen Gegensatz zur Vorschrift des § 216 des deutschen BGB dar.

Auch hier gilt der in der Vorschrift des § 138 „Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts“ verankerte Grundsatz, dass der Schuldner ungeachtet des Verjährungseintritts den Anspruch noch freiwillig erfüllen kann. Dies ist begründet, weil die Verjährung nicht zum Untergang des Anspruches führt. Er bleibt bestehen und stellt einen Rechtsgrund für die erbrachte Leistung dar, die darum nicht rechtsgrundlos im Sinne der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung ist und somit auch bei Unkenntnis der Verjährung nicht zurückgefordert werden kann, wie die Vorschrift des § 214 Abs. 2 BGB dies ausdrücklich regelt.

Der Gesetzgeber geht zwar davon aus, dass die Hypothek selbst mit Verjährung der Forderung nicht verjährt ist.[1328] Diese Auslegung verstößt allerdings offenkundig gegen die Rechtsfolge in § 202 Sachenrechtsgesetz, nach welcher der Verjährungseintritt bei der Forderung die Geltendmachung der Rechte aus der Hypothek verhindern kann. Im Gegensatz hierzu steht die Nichtverjährbarkeit dinglicher Rechte im deutschen Recht deutlich mit der Rechtsfolge in § 216 BGB in Einklang. Nach § 202 Sachenrechtsgesetz kann man m.E. nur von der Verjährbarkeit der Hypothek ausgehen. Andernfalls müsste der chinesische Gesetzgeber die Vorschrift des § 202 Sachenrechtsgesetz modifizieren.

[1328] Hu, Kangsheng, Kommentar zum chinesischen Sachenrechtsgesetz, S. 441.

4. Verzicht der Hypothek

Im chinesischen Recht kann der Gläubiger nach §§ 177 Nr. 3, 194 Sachenrechtsgesetz und § 28 Abs. 2 Sicherheitengesetz auf die Hypothek verzichten. Die Hypothek erlischt mit dem Verzicht ebenso wie bei der einvernehmlichen Aufhebung, da es im chinesischen Recht in der Regel keine Eigentümergrundschuld gibt. Im deutschen Recht hingegen wird die Hypothek im Fall des Verzichts in eine Eigentümergrundschuld umgewandelt,[1329] die vom Eigentümer zur Sicherung weiterer Verbindlichkeiten verwendet werden oder auf seine Veranlassung gelöscht werden kann. Im Fall der Aufhebung der Hypothek entfällt sie und ist im Grundbuch zu löschen. In seinem Beschluss vom 12.10.2012[1330] geht das OVG davon aus, dass die Zahlungspflicht aus der gesicherten Forderung des Schuldners durch den Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek unberührt bleibt.

Auch im chinesischen Recht kann der Gläubiger nach § 194 Abs. 1 Sachenrechtsgesetz auf seine Rangstelle verzichten mit der Folge, dass er automatisch an die letzte Rangstelle tritt. Durch die Veränderung einer Hypothek, die aufgrund einer Vereinbarung zwischen Gläubiger und Eigentümer erfolgt, dürfen nach § 194 Abs. 1 S. 2, 2. HS Sachenrechtsgesetz andere Gläubiger nicht benachteiligt werden, es sei denn, andere Gläubiger genehmigen diese Veränderung schriftlich.

Der Verzicht kann ausdrücklich erklärt werden, er kann aber auch konkludent erfolgen, wenn der Gläubiger bei der Grundbuchbehörde die Löschung der Hypothek beantragt. Eine Verzichtserklärung ist allerdings entbehrlich, wenn die zu sichernde Forderung verjährt ist und die Hypothek damit bereits aus diesem Grund nach der Vorschrift des § 202 Sachenrechtsgesetz nicht mehr durchsetzbar ist.

Problematisch ist der Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek, wenn hinsichtlich seiner Forderung mehrere Sicherheiten von verschiedenen Sicherungsgebern bestehen. Dies ist z.B. der Fall, wenn die Forderung des Gläubigers sowohl durch eine Hypothek als auch durch eine Bürgschaft gesichert ist. In diesem Fall kann der Bürge durch den Verzicht des Gläubigers benachteiligt werden. Der chinesische Gesetzgeber hat in der Vorschrift des § 194 Abs. 2 Sachenrechtsgesetz nur für den Fall der bestehenden Personenidentität zwischen Schuldner und Eigentümer den Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek und auf die Rangstelle sowie die Inhaltsänderung der Hypothek geregelt. Hiernach können andere Sicherungsgeber in dem Umfang von ihrer Haftung befreit werden, in welchem der Gläubiger auf die grundsätzlich vorrangige dingliche Sicherheit verzichtet und damit keine Priorität am Sicherungsgut mehr hat. Anders liegt der Fall, wenn andere Sicherungsgeber die Forderung trotzdem weiter sichern wollen. Die Vorschrift erfasst allerdings nicht die Fälle, in denen

[1329] Siehe Baur/Stürner, § 36 Rn. 111, § 38 Rn. 91, § 41 Rn. 4.

[1330] Siehe OVG-Beschluss, Revision für Zivilsachen im Jahr 2012 Nr. 1096, auf der Webseite von „China Judgements Online“, die Adresse lautet: http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/content/content?DocID=f028feb0-b647-11e3-84e9-5cf3fc0c2c18&KeyWord=%E6%8A%B5%E6%8A%BC%E6%9D%83.

Schuldner und Eigentümer nicht personenidentisch sind. M.E. ist auch in diesen Fällen aufgrund der gleichgerichteten Interessenlage der anderen Sicherungsgeber die Vorschrift des § 194 Abs. 2 Sachenrechtsgesetz analog anzuwenden.

Im deutschen Recht gibt es für diesen Fall die grundlegende Vorschrift des § 776 BGB, wonach der Bürge insoweit frei wird, als er aus dem aufgegebenen Recht nach § 774 BGB hätte einen gesetzlichen Forderungsübergang als Ersatz erlangen können, wenn der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, z.B. eine Hypothek, aufgibt. Nachdem der BGH den ursprünglich von ihm selbst zugelassenen [1331] formularmäßigen Ausschluss des § 776 BGB wiederum für unzulässig[1332] erklärt hat, ergibt sich für diesen Fall auch im deutschen Recht ein ähnliches Ergebnis wie im chinesischen Recht.

5. Schuldübernahme ohne Zustimmung des Sicherungsgebers

Besteht keine Personenidentität zwischen Schuldner und Eigentümer-Sicherungsgeber und findet ein Schuldnerwechsel statt in der Weise, dass die Verbindlichkeiten zwischen Schuldner und Gläubiger in vollem Umfang oder nur teilweise von einem Dritten mit Zustimmung des Gläubigers übernommen werden, so kann der Sicherungsgeber nach § 175 Sachenrechtsgesetz und § 72 Abs. 2 der „Erläuterungen des OVG zum Sicherheitengesetz“ von seiner Haftung befreit werden, wenn er diese Schuldübernahme nicht schriftlich genehmigt. Ob die Hypothek in diesem Fall erlischt, ist im chinesischen Recht dogmatisch unklar.

Im deutschen Recht zieht dieser Fall ein gleiches Ergebnis wie im chinesischen Recht nach sich. Nach § 418 Abs. 1 BGB steht dem Verzicht gleich, wenn jemand die Verbindlichkeit des Schuldners übernimmt, ohne dass der Eigentümer der Schuldübername zustimmt.[1333] Nur entsteht im deutschen Recht in einem solchen Fall eine Eigentümergrundschuld.

§ 16. Andere atypische Immobiliarsicherheiten des chinesischen Rechts

I. Die „*housing mortgage*“ des chinesischen Rechts

In der chinesischen Rechtspraxis wird bei Immobiliengeschäften zur Sicherung der Kreditforderung auch häufig die „*housing mortgage*“ verwendet. Hierbei handelt es sich um ein Geschäftspaket, das ursprünglich von der englischen Rechtspraxis zur Forderungssicherung entwickelt wurde und in Hongkong eingesetzt wird beim Kauf von Immobilien, insbesondere Eigentumswohnungen. Während der englische Begriff

[1331] BGHZ 108, 179, 183.
[1332] BGHZ 144, 52 = NJW 2000, 1566; 2580; 2002, 295. Über die Grundschuld siehe Baur/Stürner, § 45 Rn. 85.
[1333] Siehe Baur/Stürner, § 38 Rn. 94.

„*mortgage*“ mit den Begriffen „ Verpfändung“ und „Hypothek“ aus deutscher Sicht übersetzt wird, weicht die „*housing mortgage*“ von der englischen „*mortgage*“ i. S. einer klassischen Sicherheit ab.[1334]

Beim Erwerb einer Eigentumswohnung ist die Sicherung durch eine „*housing mortgage*“ möglich. Gewährt der Verkäufer dem Käufer Ratenzahlung, wird zur Sicherung der Kaufpreisforderung vereinbart, dass der Eigentumsübergang erst nach Bezahlung der letzten Rate, d.h. mit vollständiger Erfüllung der Kaufpreisforderung, erfolgen soll. Der Käufer erwirbt somit ein aufschiebend bedingtes Eigentumsrecht an der Wohnung. Bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung besteht zugunsten des Verkäufers ein Eigentumsvorbehalt. Vor diesem Hintergrund bietet der Immobilienverkäufer dem Käufer häufig auch eine Möglichkeit zur Finanzierung der Kaufpreisforderung, um seine Forderung einmal vollständig tilgen zu lassen und dadurch seine Risiken zu minimieren. Eine Besonderheit liegt bei dieser Geschäftsabwicklung darin, dass der Verkäufer in der chinesischen Rechtspraxis die Bank benennt, bei welcher der Käufer den Kaufpreis finanzieren soll. Oft besteht ein Verhältnis der Zusammenarbeit, eine laufende Geschäftsverbindung oder sogar ein Vertragsverhältnis zwischen Immobilienverkäufer und dem benannten Kreditinstitut. Dabei wird der Darlehensvertrag in der chinesischen Praxis [1335] häufig als Nebenvertrag des Kaufvertrags ausgestaltet, so dass bei Unwirksamkeit des Kaufvertrages der Darlehensvertrag ebenso unwirksam ist.

Der Käufer bezahlt mit dem Bankdarlehen den vollständigen Kaufpreis, erwirbt aber selbst kein Eigentum an der Wohnung, weil sie zur Sicherheit an die finanzierende Bank übereignet wird. Aus deutscher Sicht taucht in diesem Zusammenhang vielleicht die Frage auf, ob der Käufer wegen des Eigentumsvorbehalts nach vollständiger Bezahlung des Kaufpreises in einer logischen Sekunde das Eigentum an der Wohnung erwirbt und es dann sofort an die Bank als Sicherheit übereignet oder ob der Verkäufer das Eigentum an der Wohnung zur Sicherheit an die Bank übereignet. Diese Frage spielt allerdings keine praktische Rolle.

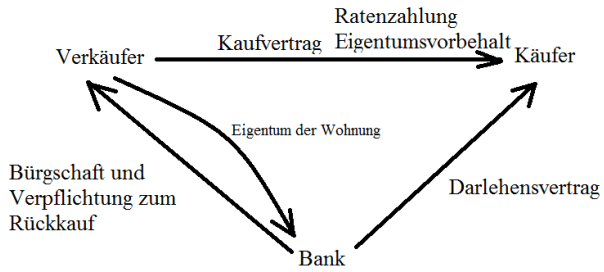
Eine weitere Besonderheit der „*housing mortgage*“ besteht darin, dass der Verkäufer in der Praxis häufig noch für die Forderung aus dem Darlehen, das zur Tilgung seiner Kaufpreisforderung verwendet wird, als zusätzliche Sicherheit bürgt. Diese Gestaltung birgt für ihn das Risiko, dass er bei der Zahlungsunfähigkeit des Käufers dem Risiko einer persönlichen Inanspruchnahme durch die Bank ausgesetzt ist, wenn die Verwertung der zur Sicherheit übereigneten Wohnung nicht vollständig ausreicht, um die Darlehensforderung der Bank zu tilgen. In der chinesischen Rechtspraxis ist es nicht unüblich, dass Verkäufer von Immobilien sich diesem Risiko aussetzen, um auf diese Weise den Geschäftsabschluss zu begünstigen. Dieses Risiko kann teilweise vom Verkäufer durch eine Erhöhung des Kaufpreises für die Wohnung auf den Käufer übertragen werden.

[1334] Sicherungsrechte im Rechtsvergleich, herausgegeben von Fei, Anling, Peking 2004, S. 232.
[1335] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 310.

Der Verkäufer kann eine persönliche Inanspruchnahme aus der Bürgschaft und auch eine wirtschaftlich nachteilige Verwertung des Sicherungsgutes durch die Bank verhindern, weil er sich im Rahmen der „*housing mortgage*“ gegenüber der Finanzierungsbank im Falle des Eintritts des Sicherungsfalls zum Rückkauf der zur Sicherheit an die Bank übereigneten Wohnung verpflichtet.

Bei abschließender Betrachtung bleibt festzuhalten, dass bei einer derartigen Vertragsgestaltung das wirtschaftliche Ausfallrisiko dem Verkäufer auferlegt ist. Dies wiederum erklärt einerseits die hohe Bereitschaft der Banken, ihr Kapital bei minimalem Ausfallrisiko zu verleihen und andererseits die hohen Immobilienpreise in China, weil die Verkäufer sich das ihnen auferlegte Risiko bezahlen lassen.

housing mortgage



Eine weitere Absicherung der Bank im Rahmen der „*housing mortgage*“ besteht in der Verpflichtung des Käufers, das Sicherungsgut zu versichern, zumal er auch den unmittelbaren Besitz hat. Die Literatur[1336] geht in diesem Zusammengang davon aus, dass der Versicherungsvertrag auch nur ein Nebenvertrag des Sicherungsvertrags ist. Dies hat wieder zur Folge, dass er mit Unwirksamkeit des Sicherungsvertrags ebenfalls unwirksam wird. Hier bestehen eindeutige Parallelen zur deutschen Kreditpraxis, wo z.B. bei Sicherungsübereignung eines Fahrzeugs an die Finanzierungsbank ebenfalls der Abschluss einer Vollkaskoversicherung verlangt wird.

Abschließend kann festgehalten werden, dass der Rechtscharakter der praktizierten „*housing mortgage*“ im chinesischen Recht in der Literatur streitig ist. Einige Autoren vertreten die Auffassung, dass sich hinter der „*housing mortgage*“ klassische im Gesetz kodifizierte Sicherheiten wie Hypothek, Pfandrecht an Forderung und

[1336] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 311.

Anwartschaftsrecht verbergen.[1337] Hiervon abweichend wird die „*housing mortgage*“ von manchen als eine für das chinesische Recht atypische Sicherheit betrachtet, die im Wesentlichen der Sicherungsübereignung[1338] des deutschen Rechts nahekommt, von anderen wiederum wird sie als eigenständige „besondere Sicherheit“ [1339] behandelt.

Die Bank kann in der Praxis vom Verkäufer nur Sicherheit verlangen, wenn der Käufer als Kreditnehmer die Kreditforderung nicht tilgen kann. In der Praxis wird die Bank zwischenzeitlich normalerweise nicht tatsächlich als Eigentümerin der Wohnung eingetragen, sondern sie nimmt nur einige das Eigentum betreffende Urkunden in Besitz. Ohne Eintragung der Bank kann die „*housing mortgage*“ schwerlich als dingliche Sicherheit wirklich greifen. Es scheint, dass die Konstellation eher mit einer Bürgschaft vergleichbar ist, die der Verkäufer der Bank bietet. Berücksichtigt man, dass die „*housing mortgage*“ aus England stammt und chinesische Juristen sie immer im Rahmen des europäisch-kontinentalen Rechts untersuchen und einordnen wollen, zeigen sich wieder die Schwierigkeiten einer hybriden Rechtskultur, wie sie das chinesischen Recht darstellt. Aus meiner Sicht kann die „*housing mortgage*“ im chinesischen Recht ihrem Wesen nach nur als Hypothek akzeptiert werden, selbst wenn Parteien in der Praxis eine Art Sicherungsübereignung vornehmen wollen. Insbesondere kann die Flexibilität der Sicherungsübereignung bei der „*housing mortgage*“ überhaupt nicht ausgenützt werden, weil die „*housing mortgage*“ immer nur eine ganz bestimmte Forderung sichert, nämlich die Forderung aus dem Kredit, durch den die durch Kauf der bestimmten Wohnung entstehende Kaufpreisforderung getilgt wird. Im Ergebnis ist die „*housing mortgage*“ im chinesischen Recht also streng akzessorisch.

II. Die Höchstbetragshypothek bei Immobilien

1. Beschränkte Akzessorietät der Höchstbetragshypothek

a) Haftungsbegrenzung bei der Höchstbetragshypothek

Im chinesischen Recht ist die Höchstbetragshypothek in den Vorschriften der §§ 59 ff. Sicherheitengesetz und der §§ 203 ff. Sachenrechtsgesetz ausdrücklich normiert. Ihre inhaltliche Ausgestaltung entspricht weitestgehend der deutschen Höchstbetragshypothek i.S.d. § 1190 BGB, die allerdings im Gegensatz zur

[1337] Siehe Xu, Haiyan / Li, Li, Neueste Theorien zu dinglichen Sicherheiten und praktischen Fragen, S. 384.
[1338] Siehe Xie, Zengyi / Ran, Hao, „Vergleich zwischen Vermögens- und Sachenrecht – Kommentare zum Entwurf des Sachenrechtsgesetzes“, in der Zeitschrift „Kommentar der globalen Jurisprudenz“, Jahrgang 2006 Nr. 1, S. 13. Auch der Akademische Entwürfe zum chinesischen Zivilgesetzbuch mit Begründungen: Sachenrecht, herausgegeben von Liang, Huixing, S. 674.
[1339] Siehe Huang, Zhiming / Zhang, Qi, Die rechtliche Einordnung der *housing mortgage*, in der Zeitschrift „Juristen“, Jahrgang 2001 Nr. 3, S. 80.

chinesischen Regelung nur an unbeweglichen Sachen bestellt werden kann und auch keine zeitliche Begrenzung vorsieht.

Nach der Vorschrift des § 203 Sachenrechtsgesetz können die Parteien vereinbaren, dass sämtliche bestehenden oder innerhalb eines *vereinbarten Zeitraums* entstehenden künftigen Forderungen mit einer Hypothek gesichert werden sollen, wobei die dingliche Haftung aus der Hypothek auf einen vereinbarten Höchstbetrag beschränkt wird. Es besteht somit im chinesischen Recht eine zeitliche und eine betragsmäßige Haftungsbegrenzung. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.

Der konkrete Betrag der dinglichen Haftung aus der Höchstbetragshypothek wird erst mit der Festlegung aller gesicherten Forderungen festgestellt. Die dingliche Haftung aus der Hypothek ist allerdings auf den vereinbarten Höchstbetrag beschränkt, wenn sämtliche im vereinbarten Zeitraum entstandenen Forderungen in ihrer Gesamthöhe den Höchstbetrag überschreiten. Soweit alle gesicherten Forderungen den Höchstbetrag nicht überschreiten, ist der vereinbarte Zeitpunkt maßgeblich, zu dem alle bestehenden Forderungen sofort abgerechnet werden müssen und künftige Forderungen nicht mehr abgerechnet werden dürfen. Ob der Gläubiger vor Ablauf des vereinbarten Zeitraums bei Nichttilgung aller fälligen Forderung nach § 195 Sachenrechtsgesetz als einer allgemeinen Regelung des Hypothekenrechts die Höchstbetragshypothek sofort kündigen kann, bestimmt sich grundsätzlich nach dem Sicherungsvertrag. Diese Frage sollte m.E. allerdings im chinesischen Recht verneint werden, es sei denn, der Gläubiger ist ausdrücklich durch den Sicherungsvertrag zu kündigen berechtigt. Andernfalls hätte die gesetzliche Regelung zum vereinbarten Zeitraum in § 203 Sachenrechtsgesetz ihre Bedeutung verloren. Es ist grundsätzlich nicht die Frage, ob eine bestimmte Forderung vor Ablauf des vereinbarten Zeitraums getilgt wird oder nicht. Relevant ist immer nur, dass alle bestehenden Forderungen nach Ablauf des vereinbarten Zeitraums bis zur Obergrenze des Höchstbetrages sofort abgerechnet und festgestellt werden müssen.

Ähnlich wie im deutschen Recht ist es die wesentliche Eigenart der Höchstbetragshypothek im chinesischen Recht, dass nur der Höchstbetrag der Haftung bestimmt ist, die jeweilige konkrete Haftung aber Schwankungen unterworfen ist. [1340] Selbstverständlich ist die konkrete Höhe aller gesicherten Forderungen innerhalb des vereinbarten Zeitraums auch schwankend. Es gibt noch eine Besonderheit der Höchstbetragshypothek im deutschen Recht, dass nämlich die Vorschrift des § 1163 BGB Anwendung findet. Hiernach ist die Höchstbetragshypothek eine wirkliche Hypothek/Fremdhypothek nur, soweit die jeweilige Forderung des Gläubigers reicht. Mit dem darüber hinausgehenden Teil ist sie eine Eigentümergrundschuld. [1341] Erst mit dem Zeitpunkt der Feststellung aller gesicherten Forderungen wird der Stand der Höchstbetragshypothek als dem

[1340] Siehe Baur/Stürner, § 42 Rn. 25.
[1341] RGZ 12, 110; 125, 133, 136; OLG Karlsruhe Rpfleger 2006, 182, 183. Siehe Baur/Stürner, § 42 Rn. 25.

Gläubiger zustehende Fremdhypothek oder als Eigentümergrundschuld endgültig bestimmt.[1342]

Dies gilt aber nicht im chinesischen Recht, da es dort grundsätzlich keine Eigentümergrundschuld gibt. M.E. wird die Höchstbetragshypothek im chinesischen Recht erst mit der Feststellung aller gesicherten Forderungen zu einer normalen (Fremd)Hypothek, die dem Akzessorietätsgrundsatz unterliegt. Diese Hypothek ist im chinesischen Recht aufschiebend bedingt mit der Feststellung der Forderungen. Vorher ist der Sicherungsgeber-Eigentümer nur schuldrechtlich verpflichtet, innerhalb des vereinbarten Zeitraums alle gesicherten Forderungen richtig zu berechnen und nach diesem Zeitraum greift die dingliche Haftung.

Die Haftung aus der Höchstbetragshypothek besteht im chinesischen Recht nicht für Forderungen, die erst nach dem vereinbarten Zeitraum entstanden sind. Die Parteien können nach § 203 Abs. 2 Sachenrechtsgesetz allerdings nachträglich vereinbaren, dass bisher nicht erfasste Forderungen, die bereits vor dem Stichtag entstanden waren, durch die Höchstbetragshypothek gesichert werden sollen. Nach § 82 der „Erläuterungen des OVG zum Sicherheitengesetz“ sind nachträgliche zeitliche Haftungserweiterungen und betragsmäßige Erhöhungen der Höchstbetragshypothek unzulässig, soweit sie nachrangige Gläubiger benachteiligen. Eine über die Haftungsobergrenze hinausgehende Inanspruchnahme soll nach Auffassung der chinesischen Literatur nur zulässig sein, wenn am Sicherungsgut keine nachrangigen Hypotheken bestellt sind [1343] und kein anderer Vollstreckungstitel vorliegt.[1344]

Das chinesische Recht kennt im Gegensatz zum deutschen Recht auch die Fahrnishypothek. Wird eine Hypothek am Gesamtvermögen eines Unternehmens bestellt, so spricht man von einer „*floating charge*“, die eigentlich ein Fremdbegriff aus dem englischen Recht ist. Die „*floating charge*“ war in der Diskussion über den Entwurf des Sachenrechtsgesetzes hoch streitig [1345], wurde dann allerdings vom chinesischen Gesetzgeber in §§ 181, 189 Sachenrechtsgesetz geregelt. Nach dem Wortlaut des § 181 Sachenrechtsgesetz erstreckt sich die dingliche Haftung einer *floating charge* im chinesischen Recht nur auf alle bewegliche Sachen. [1346] Im deutschen Recht wird demgegenüber die Sicherung künftiger Forderungen an beweglichen Sachen über die Sicherungsübereignung erreicht. Zu Recht wird in der

[1342] Baur/Stürner, § 42 Rn. 26.
[1343] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 317.
[1344] Xie, Zaiquan, Sachenrecht, S. 725.
[1345] Siehe Liang, Huixing, Kein Regelungsbedarf für die *floating charge*, online verfügbar: https://www.iolaw.org.cn/showArticle.aspx?id=1652. Dong, Xueli, Eigentumsübergang und Beschränkung bei der *floating charge*, ein Beitrag der chinesischen PostDoc-Foundation, online verfügbar: http://www.faxueyanjiu.com/ch/reader/create_pdf.aspx?file_no=20100105&year_id=2010&quarter_id=1&falg=1.
[1346] Siehe „Das Verständnis und die Anwendung von Vorschriften des Sachenrechtsgesetzes der VR China“, herausgegeben von Forschungsgruppe des OVG, Verlag des Volksgerichts, Peking 2007, S. 542.

deutschen Literatur[1347] zum chinesischen Recht die Auffassung vertreten, dass mit der Höchstbetragshypothek und der „*floating charge*“ ähnlich wie mit der französischen „*hypothèque rechargeable*“ [1348] oder der „*fiducie*“ [1349] ein gewisser Grad von Nichtakzessorietät erreicht ist.

b) Entstehungsakzessorietät

Da mit der Höchstbetragshypothek innerhalb des vereinbarten Zeitraums auch künftige Forderungen gesichert werden, die noch gar nicht entstanden sind, wird der Akzessorietätsgrundsatz insoweit aufgehoben. Die Wirksamkeit der Hypothek wird losgelöst von der bereits existierenden Wirksamkeit der Forderung. Die Entstehungsakzessorietät wird also bei der Höchstbetragshypothek bis zum Zeitpunkt der Feststellung der Forderungen quasi ausgesetzt.

c) Übertragungsakzessorietät

Das Sicherheitengesetz regelt zwar in der Vorschrift des § 61, dass die durch eine Höchstbetragshypothek gesicherte Forderung selbst nicht übertragen werden kann. In der Literatur hat das OVG die gesetzlich normierte Unzulässigkeit der Forderungsabtretung dahingehend teleologisch reduziert, dass hierunter nur Forderungen fallen sollen, die noch nicht festgestellt sind. Die Abtretung bereits festgestellter Forderungen soll hingegen nach Auffassung des OVG zulässig sein.[1350]

In einem weiteren Schritt hat das Sachenrechtsgesetz in der Vorschrift des § 204 auch die Teilabtretung noch nicht festgestellter Forderungen zugelassen. Die Höchstbetragshypothek selbst ist hingegen nicht übertragbar, soweit die Parteien nichts anderes vereinbaren. Weil eine Forderungsabtretung in solchen Fällen die Übertragung der Höchstbetragshypothek nicht automatisch nach sich zieht, ist die Akzessorietät aufgehoben, soweit die Forderung noch nicht festgestellt ist. Soweit das OVG die isolierte Abtretung von festgestellten Forderungen zulässt, entspricht dies der deutschen Regelung des § 1190 Abs. 4 BGB.

d) Erlöschensakzessorietät

Die Sicherung künftiger und noch nicht festgestellter Forderungen ist charakteristisch für die Höchstbetragshypothek. Der Umstand, dass der zu sichernde Forderungsbestand schwankend ist, soll nicht zum Erlöschen der Hypothek führen. Insoweit ist die Akzessorietät der Hypothek von einem festen Forderungsbestand losgelöst. Auch das Erlöschen einer bestimmten Forderung und die damit verbundene Änderung des Forderungsbestandes führen in Durchbrechung des Akzessorietätsgrundsatzes nicht zum Erlöschen der Hypothek.

[1347] Stürner, Das neue chinesische Sachenrecht aus deutscher Sicht, S. 3, 14.
[1348] Dazu Leutner/Rehberg, ZflR 2006, 817ff.; Klein/Tietz, RIW 2007, 101, 106.
[1349] Für die neue *fiducie* siehe Marini, Croqu, Dammann / Podeur, Witz Recueil Dalloz 2007, 1347ff; ferner Marini und Barriere JCPE 2007, 2050 und 2053; Fix, Die Fiducie-Sûreté, 2015.
[1350] Siehe Leitlinien für Entscheidungen in Zivilsachen bei Sicherungsrechten, S. 405ff.

2. Die Feststellung der gesicherten Forderungen

Da auch im chinesischen Recht der Forderungsbestand, welcher mit der Höchstbetragshypothek gesichert werden soll, variabel ist und auch künftige Forderungen umfasst, muss der nach oben begrenzte Haftungsumfang ermittelt werden, indem die Forderungen festgestellt werden.

Die Vorschrift des § 206 Sachenrechtsgesetz benennt die Voraussetzungen, unter denen die mit der Höchstbetragshypothek gesicherte Forderung festgestellt wird. Nach Ziff. 1 der Vorschrift muss grundsätzlich der vereinbarte Zeitraum abgelaufen sein. Bei Zweifeln wird dies nach Ziff. 2 spätestens zwei Jahre nach Bestellung der Höchstbetragshypothek angenommen. Die Ziff. 3 setzt weiter voraus, dass die Entstehung weiterer gesicherter Forderungen bereits ausgeschlossen ist. Nach Ziff. 4 führen Beschlagnahme und Arrest des Sicherungsgutes durch einen anderen Gläubiger zum vorzeitigen Ablauf des Zeitraums. Ist der Schuldner oder der Sicherungsgeber eine Gesellschaft, führen ihre Insolvenz oder Auflösung nach Ziff. 5 zum vorzeitigen Ablauf des Zeitraums. Die Ziff. 6 verweist in einem Vorbehalt auf weitere gesetzliche Gründe, die zum vorzeitigen Ablauf des Zeitraums führen, ohne diese jedoch konkret zu benennen. Während im chinesischen Recht die Voraussetzungen für die Feststellung der Forderung im Gesetz geregelt werden, geschieht dies in der deutschen Rechtspraxis in der Regel im Sicherungsvertrag, bei Streit durch Urteil.[1351]

Die Vorschrift des § 81 der „Erläuterungen des OVG zum Sicherheitengesetz“ regelt, dass die durch eine Höchstbetragshypothek gesicherten Forderungen nicht Forderungen umfassen, die erst nach Arrest oder Beschlagnahme des Sicherungsguts oder nach dem Konkurs des Schuldners oder Eigentümers begründet werden.[1352]

Es ist im chinesischen Recht davon auszugehen, dass mit der Feststellung der gesicherten Forderungen die Höchstbetragshypothek in eine normale Hypothek umgewandelt wird, bei welcher der Akzessorietätsgrundsatz wieder uneingeschränkt gilt. Der Gläubiger kann nun die Hypothek kündigen, wenn der Schuldner die bereits festgestellten gesicherten Forderungen nicht tilgt.

Beantragt ein Gläubiger die Zwangsversteigerung des Sicherungsguts, so bewirkt dies die Feststellung sämtlicher Forderungen von allen Gläubigern, zu deren Gunsten eine Höchstbetragshypothek am Sicherungsgut besteht.[1353] Auf diese Weise bleiben im Verwertungsverfahren die Rangstelle und die damit verbundene vorzugsweise Befriedigung der durch Höchstbetragshypothek gesicherten Gläubiger erhalten.

[1351] Baur/Stürner, § 42 Rn. 26.

[1352] Bestätigt durch OVG-Beschluss vom 22.04.2013, Revision für Zivilsachen im Jahr 2012 Nr. 212, auf der Webseite von „China Judgements Online“, die Adresse lautet: http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/content/content?DocID=f05e3059-b647-11e3-84e9-5cf3fc0c2c18&KeyWord=%E6%8A%B5%E6%8A%BC%E6%9D%83.

[1353] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 316.

3. Kurze Bemerkung

Der Charakter der Höchstbetragshypothek im chinesischen Recht ist m.E. vor und nach der Feststellung der gesicherten Forderungen unterschiedlich. Vor der Feststellung ist die Höchstbetragshypothek eine Sicherheit atypischer Art, während sie sich nach der Feststellung in eine normale Hypothek umwandelt. Mit anderen Worten kann auch davon ausgegangen werden, dass die Höchstbetragshypothek als eine normale Hypothek unter der aufschiebenden Bedingung der Feststellung der gesicherten Forderungen anzusehen ist.

Die wichtigste Voraussetzung für die Verwertung der Höchstbetragshypothek ist die Feststellung der gesicherten Forderungen. Das bedeutet m.E., dass die Höchstbetragshypothek im Hinblick auf ihre Verwertung akzessorisch ist. Im deutschen Recht wird die Höchstbetragshypothek wegen der Existenz der Grundschuld in der Praxis kaum verwendet. Hingegen findet sie in der chinesischen Literatur als ein wichtiges Instrument zur Lockerung der Akzessorietät im chinesischen Recht besondere Aufmerksamkeit. Aus meiner Sicht lässt sich die Akzessorietät nur schwer durch die Höchstbetragshypothek lockern, weil der gesetzliche Zwang zur Feststellung der gesicherten Forderung eine strenge Verknüpfung zwischen Forderung und Höchstbetragshypothek bewirkt und deshalb die in der Praxis relevante Refinanzierung oder Neuvalutierung usw. nicht einfach durch eine Höchstbetragshypothek verwirklicht werden können.

III. Der „Hypothekenfonds“ im chinesischen Recht

Nach Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes im Jahre 2008 richten manche deutsche Juristen ihren Blick wieder auf die Auferstehung der sog. „abstrakten Hypothek“[1354], um die Novelle zu umgehen. Im Gegensatz zum deutschen Recht kennt das chinesische Recht grundsätzlich nur akzessorische Grundpfandrechte. Da im chinesischen Recht keine mit dem deutschen Recht vergleichbaren Regelungen zum abstrakten Schuldanerkenntnis und Schuldversprechen existieren, ist für die Gestaltung einer „abstrakten Hypothek“ im chinesischen Recht in der Regel kein Raum.

In der chinesischen Kreditpraxis dient der sog. „Hypothekenfonds“ einerseits der Kapitalbeschaffung für große Immobilienprojekte. Zugleich ist er andererseits für Investoren auch eine besondere Kapitalanlage. Die Durchführung von Großprojekten im Immobiliensektor weckt einen großen Kapitalbedarf, der mit Hypothekenfonds gedeckt werden kann. Dazu wird häufig zuerst eine Projektgesellschaft gegründet, welche wiederum zur Sammlung vom Fremdkapital einen Hypothekenfonds einrichtet. Die Fondsanteile werden an der Börse als Wertpapiere verkauft und der

[1354] Siehe Heinze, AcP Band 211 (2011), 105ff. Redeker, ZIP 2009, 208, 211. Meyer, WM 2010, 58, 63. Lehmann, ZGS 2009, 214, 221. Bolkart, DNotZ 2010, 483, 486.

Verkaufserlös wird als Darlehen der Käufer/Investoren zur Finanzierung der Immobilie verwendet. Die Fondsanteile bestehen somit aus Forderungen der Käufer/Investoren gegen die Projektgesellschaft. Die Besonderheit des Hypothekenfonds liegt nun darin, dass jeder Käufer/Investor eines Fondsanteils dinglich mit einer Hypothek an der zu errichtenden Immobilie gesichert ist.

Die Urkunde über einen Fondsanteil an einem Hypothekenfonds kann als Wertpapier an der Börse gehandelt werden. Vergleichbar dem schweizerischen Schuldbrief werden Kreditforderung und Hypothek häufig in einer Urkunde kombiniert. Diese Kombination erfolgt allerdings im chinesischen Recht unter Verzicht auf die gesetzliche Fiktion einer Schuldbrieforderung. Insoweit wird über die ursprüngliche Kreditforderung hinaus keine weitere persönliche Forderung begründet. Da jede Hypothekenfondsurkunde jeweils grundsätzlich nur eine Forderung und eine Hypothek ausweist, ist strenge Akzessorietät gegeben. Dabei ist der Akzessorietätsgrad auch höher als derjenige des schweizerischen Schuldbriefes, weil es an einer zusätzlichen abstrakten persönlichen Forderung fehlt.

§ 17. Probleme beim Verständnis von Grundsatzfragen des Rechts der Grundpfandrechte

I. Schwierigkeiten bei einer Einführung der deutschen Grundschuld

Das richtige Verständnis der Grundschuld als einer rechtlichen Institution ist auch in Deutschland nicht einfach, insbesondere wenn man sich die aus dem falschen Eindruck vom Wesen der Sicherungsgrundschuld ergebende Sachenrechtsreform im deutschen Recht vergegenwärtigt.

Wie oben ausführlich dargelegt ist, kennt das chinesische Recht bei unbeweglichen Sachen nur das akzessorische Sicherungsrecht der Hypothek. Die Einführung nichtakzessorischer Sicherheiten in das chinesische Recht gestaltet sich äußerst schwierig, auch wenn das Trennungsprinzip, welches Grundvoraussetzung für die Gestaltung nichtakzessorischer Rechte ist, zumindest im Bereich des Kaufvertragsrechts bereits anerkannt ist.

Obwohl in Taiwan das Trennungs- und Abstraktionsprinzip im Sinne des deutschen Rechts anerkannt wird und sonst kaum in einem anderen Land der Welt,[1355] regelt das

[1355] Siehe Xie, Zaiquan, Sachenrecht des Zivilrechts, Erster Band, S. 62ff. Wang, Zejian, Allgemeiner Teil des Zivilrechts, S. 262ff. Wang, Zejian, Sachenrecht des Zivilrechts, Band I, Allgemeiner Teil und Eigentum, S. 85ff. Shi, Shangkuan, Sachenrecht, S. 18ff. Auch Wang, Zejian, Die Diskussion über die Lehre von der Abstraktion des dinglichen Rechtsgeschäfts, in „Forschungen zu den zivilrechtlichen Lehren und der Rechtsprechung“, Erster Band, S. 310ff. Wang, Zejian, Verkauf und Verfügung fremder Sachen, in „Forschungen zu den zivilrechtlichen Lehren und der Rechtsprechung“, Vierter Band, S. 145ff. Wang, Zejian, Nochmalige Diskussion über Verkauf und Verfügung fremder Sachen, in

taiwanische Recht auch keine nichtakzessorischen Rechte deutscher Art. Umso schwerer gestaltet sich die Aufnahme der spezifisch deutschen Grundschuld in das Rechtssystem Chinas.

In der chinesischen Literatur und gesetzgeberischen Kommentierung gibt es bis heute noch viele Missverständnisse über das deutsche Grundpfandrecht, wie z.B. im Hinblick auf die Einteilung der deutschen Grundpfandrechte in Buch- und Briefrechte und akzessorische und nichtakzessorische Rechte. Es sollen die in der chinesischen Literatur bestehenden fehlerhaften Vorstellungen nachfolgend kurz dargestellt werden: Von einigen Autoren wird die Verkehrshypothek mit der Briefhypothek vollkommen gleichgesetzt,[1356] von anderen Autoren wird sie als ein abstraktes Recht angesehen.[1357] Es gibt aber auch Autoren, welche Grundschuld und Hypothek gleichsetzen,[1358] weil ihnen offensichtlich die Abgrenzung schwerfällt. Zuweilen werden Einreden gegen die Hypothek in fehlerhafter Weise unter dem Aspekt der Wirksamkeit diskutiert, obwohl diese vielmehr die Durchsetzbarkeit der Hypothek betreffen.

Ob der Begriff „Grundschuld“ in China historisch[1359] nachweisbar ist, ist grundsätzlich von geringer Bedeutung, weil sich die Grundschuld im chinesischen Recht niemals als ein Kreditsicherungsmittel in der Praxis durchgesetzt hat. Viele

---

„Forschungen zu den zivilrechtlichen Lehren und der Rechtsprechung“, Vierter Band, S. 160ff. Wang, Zejian, Doppelverkauf, in „Forschungen zu den zivilrechtlichen Lehren und der Rechtsprechung“, Vierter Band, S. 173ff. Wang, Zejian, Drittmalige Diskussion über Verkauf und Verfügung fremder Sachen, in „Forschungen zu den zivilrechtlichen Lehren und der Rechtsprechung“, Fünfter Band, S. 47ff. Zur systematischen Untersuchung siehe auch Wang, Zejian, Kauf, Vereinbarung zur Bestellung der Hypotheken und das Rechtsgeschäft i.S.d. § 758 Zivilgesetzbuch, in „Forschungen zu den zivilrechtlichen Lehren und der Rechtsprechung“, Fünfter Band, S. 111, 114ff.

[1356] Chen, Benhan, Untersuchungen zu den dinglichen Sicherheiten im Rechtsvergleich, Verlag der Universität Wuhan, Wuhan 2003, S. 37.

[1357] Wang, Ying, Die Selbständigkeit der Hypothek ist nicht geeignet für die chinesische Rechtsordnung, in der Zeitschrift „Jurisprudenz des Zeitalters“, Jahrgang 2005 Nr. 2, S. 28. Chen, Benhan, Untersuchungen zu den dinglichen Sicherheiten im Rechtsvergleich, S. 37, 39, 40. He, Luyi/Gong, Zhao, Die Verselbständigung und die Verbriefung der Hypothek, in der „Studienzeitschrift der Universität Sanxia“, Jahrgang 2007 Nr. 29, S. 49. Liao, Huanguo/Xei, Wie, Moderne Tendenzen der dinglichen Sicherheiten, in der Zeitschrift „Social Scientist“, Jahrgang 2006 Nr. 4, S. 96. Pan, Lu, Die Selbständigkeit und Verkehrsfähigkeit der Hypothek, in der Zeitschrift „Economic Practice“, Jahrgang 2006 Nr. 14, S. 121. Hu, Zhicheng/Bu, Zhaogang, Forschungen zur Akzessorietät der Hypothek im Hinblick auf die Verbriefung des Vermögens, in der Zeitschrift „The Theory and Practice of Finance and Economics“, Jahrgang 2010 Volum 31 Nr. 166, S. 117. Fei, Anling, Sicherungsrechte in dem Rechtsvergleich, S. 170, 171. Seltsamerweise wird in der letzteren Literatur ein neuer Begriff „Allgemeine Hypothek“ für die Sicherungshypothek verwendet.

[1358] Beispielsweise wird formuliert: „Zur Verwirklichung der Zirkulationsfähigkeit der Hypotheken werden zwei Rechtsmittel im deutschen BGB anerkannt, nämlich die Verkehrshypothek und die Grundschuld.“ Siehe Chen, Benhan, Untersuchungen zu den dinglichen Sicherheiten im Rechtsvergleich, S. 42.

[1359] Ein Teil der Literatur findet, dass die Grundschuld im „Entwurf des Zivilgesetzbuches der Qing Dynastie“ am Anfang des 20. Jahrhunderts auftauchte. Mit Berücksichtigung des japanischen Rechts wurde dieser Entwurf nach dem Vorbild des deutschen und schweizerischen Rechts bearbeitet. Der Hauptbearbeiter dieses Entwurfs war ein Japaner. Siehe Ma, Jun, Die Kollision zwischen traditionellem und ausländischem Recht im Hinblick auf den Entwurf des Zivilgesetzbuches der Qing Dynastie, in der Zeitschrift „Monatszeitschrift der Geschichte“, Jahrgang 2008 Nr. 3.

chinesische Juristen haben gar keine Kenntnis von der Grundschuld als einem praktischen Kreditsicherungsmittel. Es wird vor dem Hintergrund des chinesischen Rechts auch nicht ohne weiteres verständlich, dass „Hypothek“ und „Grundschuld“ im wirtschaftlichen Sinne gar identische Funktionen als Verwertungsrecht an Grundstücken erfüllen, allerdings in rechtlich verschiedener Form. Obwohl manche Autoren das „Grundpfandrecht“ im Sinne des deutschen BGB darzustellen versuchen, gehen sie jedoch beim Begriff „Hypothek“ vom allgemeinen Sprachgebrauch aus, wobei Funktionen und Wirkungen der Grundschuld häufig auch unter der Bezeichnung „Hypothek“ in der chinesischen Literatur diskutiert werden. Das macht es manchmal schwierig zu unterscheiden, ob solche Autoren tatsächlich die Hypothek oder aber die Grundschuld im Sinne des deutschen BGB gemeint haben[1360]. Die Einführung nichtakzessorischer Sicherungsrechte in das chinesische Recht scheitert auch nicht zuletzt an solchen Missverständnissen.

Demgegenüber wird aber von Teilen der Literatur auch die Auffassung vertreten, dass ein Sicherungsrecht nicht zwangsläufig akzessorischer Natur sein muss. Als Begründung führen solche Autoren aus, dass das Sicherungsrecht in erster Linie ein Verwertungsrecht darstelle und das Interesse des Gläubigers nicht auf Besitz und Nutzung des Sicherungsgutes gerichtet sei.[1361] Sie sehen vermutlich in der strengen Akzessorietät ein Kontrollinstrument, das bei Verwertungsrechten nicht von Bedeutung ist. Diese Literaturmeinung lässt Parallelen zum Grundverständnis der nichtakzessorischen Sicherungsrechte im deutschen Recht erkennen.

In der chinesischen Literatur erfolgt die Diskussion nichtakzessorischer (unabhängiger) Sicherungsrechte allein unter dogmatischen Gesichtspunkten. Die Vorteile, die sich aus einer Anwendung der Grundschuld i.S.d. deutschen Rechts als Kreditsicherungsmittel für die chinesische Rechtspraxis ergeben könnten, werden bislang weder erörtert noch in Erwägung gezogen. Um diese erkennen zu können, wäre eine Diskussion über Anwendung und Mechanismus der Grundschuld in der Kreditpraxis sachdienlich.

II. Verwechslung von Abstraktheit und Verbriefung

1. Verbriefung und Nichtakzessorietät

Im chinesischen Recht ist ein Briefrecht bei Grundpfandrechten grundsätzlich ausgeschlossen. In Teilen der chinesischen Literatur wird wohl deshalb in der Verbriefung der Hypothek eine Lockerung der Akzessorietät gesehen. Es wird die Auffassung vertreten, dass mittels Verbriefung eine Verselbständigung i. S. einer

[1360] Vgl. Chen, Benhan, Untersuchungen zu den dinglichen Sicherheiten in dem Rechtsvergleich, S. 37, 39, 40, 41. Wang, Ying, Die Selbständigkeit der Hypothek ist nicht geeignet für chinesische Rechtsordnung, S. 28.
[1361] Systematisierung der Rechtsprechung zum Sachenrecht, S. 384.

Unabhängigkeit von Hypothek und zu sichernder Forderung hergestellt werde[1362] bzw. die ursprüngliche Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung damit durchbrochen werde[1363]. Einige Autoren wollen in der Verbriefung ein Mittel zur Verselbständigung der Hypothek „in höherem Maß“ sehen,[1364] andere wiederum sehen in der Verbriefung der Hypothek eine zwingende logische Voraussetzung für die Herbeiführung der Selbständigkeit der Hypothek.[1365]

Demgegenüber wird von anderen Teilen der Literatur auch bei der verbrieften Verkehrshypothek an der Akzessorietät der gesicherten Forderung festgehalten.[1366] Es wird ausgeführt, dass die Verbriefung des Grundpfandrechts seine dogmatische Abstraktheit bzw. Akzessorietät überhaupt nicht berührt[1367] und die Verbriefung der Hypothek ihre Akzessorietät zur Forderung aus dogmatischen Gründen nicht aufheben kann.[1368]

Die in der chinesischen Literatur geführte Diskussion verkennt m.E., dass der Verbriefung lediglich eine Beschleunigungsfunktion bei der Zirkulation der Hypothek zukommt. Die Verbriefung ermöglicht in der Praxis kurz zusammengefasst lediglich, dass das Grundpfandrecht mit Brief leichter außerhalb des Grundbuchs zirkulieren kann. Soweit Teile der Literatur in der Verbriefung der Hypothek ein Instrument der Akzessorietätslockerung sehen wollen, das zur Abstraktheit der Sicherheit führt, ist diese Schlussfolgerung unter dogmatischen Aspekten nicht haltbar. Dieser fehlerhaften Schlussfolgerung liegt vermutlich ein Missverständnis über die Rechtsnatur der deutschen Briefhypothek zugrunde.

Es kann allerdings davon ausgegangen werden, dass die von Teilen der Literatur in der Verbriefung gesehene Akzessorietätslockerung zur Begründung nichtakzessorischer Rechte im Zuge der fortschreitenden Digitalisierung als Argument an Bedeutung verlieren wird. Die Verbriefung wird ihre besondere Beschleunigungsfunktion mit vollständiger Digitalisierung des Grundbuches verlieren und voraussichtlich keine Bedeutung mehr haben. In der Folge werden in Zukunft die Divergenzfälle zwischen Buchlage, Brieflage und wahrer Rechtslage mit der Abschaffung des Briefrechts endgültig verschwinden. Vor diesem Hintergrund sollte

[1362] Wang, Ying, Die Selbständigkeit der Hypothek ist nicht geeignet für chinesische Rechtsordnung, S. 28, 30. He, Luyi / Gong, Zhao, Die Verselbständigung und die Verbriefung der Hypothek, S. 49. Wang, Danyu, Das Institut der Verkehrshypothek bei Kapitalanlagen, in der Zeitschrift „Sozialwissenschaften Hunan“, Jahrgang 2003 Hunan Nr. 6, S. 188.

[1363] Vgl. Hu, Zhicheng/Bu, Zhaogang, Forschungen zur Akzessorietät der Hypothek im Hinblick auf die Verbriefung des Vermögens, S. 116, 117. Pan, Lu, Die Selbständigkeit und Verkehrsfähigkeit der Hypothek, S. 121. Liao, Huanguo/Xie, Wei, Moderne Tendenzen der dinglichen Sicherheiten, S. 96, 97. He, Luyi / Gong, Zhao, Die Verselbständigung und die Verbriefung der Hypothek, S. 49.

[1364] He, Luyi / Gong, Zhao, Die Verselbständigung und die Verbriefung der Hypothek, S. 49.

[1365] Wang, Ying, Die Selbständigkeit der Hypothek ist nicht geeignet für chinesische Rechtsordnung, S. 28.

[1366] Vgl. Chen, Benhan, Untersuchungen zu den dinglichen Sicherheiten im Rechtsvergleich, S. 39, 40, 41, 49.

[1367] Ausführlich siehe in dieser Arbeit § 8 I 6.

[1368] Wang, Danyu, Das Institut der Verkehrshypothek bei Kapitalanlagen, in der Zeitschrift „Sozialwissenschaften Hunan“, S. 188.

auch die Literatur davon absehen, die Verbriefung als ein Lockerungsinstrument zu Lasten der Akzessorietät weiter zu diskutieren.

2. Verbindung von Hypothekenbrief und Forderungsurkunde

In der chinesischen Literatur[1369] wird von manchen Vertretern die Auffassung vertreten, dass Verbriefung der Hypothek und Schuldverschreibung der gesicherten Forderung in einer Urkunde verbunden werden können. Diese Gestaltung wird in der chinesischen Literatur als „japanische Lösung" bezeichnet.[1370] Sie weicht vom schweizerischen Schuldbrief[1371] insoweit ab, als hier die zu sichernde Forderung selbst mit der dinglichen Sicherheit verbunden ist, während mit dem schweizerischen Schuldbrief zusätzlich eine Schuldbrieforderung begründet wird, die neben die ursprüngliche Forderung tritt und mit der dinglichen Sicherheit verbunden wird.

Unter dogmatischem Aspekt besteht die Besonderheit des schweizerischen Schuldbriefs darin, dass er es sich bei der Schuldbrieforderung um eine fiktive abstrakte Forderung kraft Gesetzes handelt, welche im Verhältnis zur gesicherten Forderung eigenständig besteht. Der Schuldbrief selbst ist somit zur ursprünglichen gesicherten Forderung nichtakzessorisch, im Verhältnis zur Schuldbrieforderung ist er akzessorisch. Demgegenüber sind bei der chinesischen Gestaltung die in der Urkunde aufgenommene Hypothek und die zu sichernde Forderung streng akzessorisch. Bei dieser Gestaltung wird eine gesetzlich begründete fiktive Forderung nicht begründet. Damit ist diese in der chinesischen Literatur diskutierte Gestaltung mit der streng akzessorischen Sicherungshypothek im deutschen Recht vergleichbar. Im Vergleich zur Höchstbetragshypothek weist sie eindeutig weniger Flexibilität auf.

Die von der chinesischen Literatur vorgeschlagene Verbindung von Forderung und dinglicher Sicherheit in einer Urkunde birgt m.E. einige Probleme. Die Forderung begründet ein persönliches Recht, die Hypothek begründet ein dingliches Herrschaftsrecht. Es handelt sich hierbei um zwei unterschiedliche subjektive Rechte, deren Entstehungsvoraussetzungen ebenso unterschiedlich sind. Es stellt sich daher bei ihrer Verbriefung in einer Urkunde die Frage, inwieweit den unterschiedlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen der beiden Rechte Rechnung getragen werden kann und ob sich ein gutgläubiger Erwerb der verbrieften Hypothek auch auf die ebenfalls in der Urkunde verbriefte gesicherte Forderung erstreckt, wenn die Forderung beispielsweise schon vollständig getilgt ist. Auch wenn unzweifelhaft eine isolierte Übertragung der Hypothek oder Forderung aufgrund der Akzessorietät zu verneinen

[1369] Chen, Huabin, Theorien des Sachenrechts, Verlag der staatlichen Verwaltung, Peking 1998, S. 677. Wang, Ying, Die Selbständigkeit der Hypothek ist nicht geeignet für die chinesische Rechtsordnung, S. 34. Xie, Zhiguo/Wang, Xuexia, Die Systematisierung der Verbriefung von Hypotheken, in der Zeitschrift „Moderne Jurisprudenz", Jahrgang 2004 Peking, Band 18 Nr. 1 (insgesamt Nr. 103) S. 127.

[1370] Chen, Huabin, Theorien des Sachenrechts, S. 677. Wang, Ying, Die Selbständigkeit der Hypothek ist nicht geeignet für chinesische Rechtsordnung, S. 34. Li, Zhenghui/Liu, Jiangtian, Die Entwicklung der Selbständigkeit der Hypothek, in der Zeitschrift „Journal of Gansu Institut of Political Science and Law", Gansu 2004, Nr. 76, S. 84.

[1371] Siehe Art. 842 ZGB. Auch Ahnsehl, Dominique Oliver, Die deutsche Grundschuld und der schweizerische Schuldbrief, S. 31ff.

ist, bleibt offen, ob gegebenenfalls eine teilweise gemeinschaftliche Übertragung von Forderung und Hypothek zulässig sein soll. Weiter ist zu überlegen, ob der Schuldner nach Tilgung der in der Urkunde aufgeführten Forderung die Aushändigung der zusammengesetzten Urkunde verlangen darf. Schließlich stellt sich noch die Frage, ob der Gläubiger nach Aushändigung der zusammengesetzten Urkunde an den Schuldner diese wieder zurückverlangen kann, wenn sich die Tilgung im Nachhinein als unwirksam erweist.

Bislang hat die Literatur diese Fragen nicht erörtert, so dass eine Umsetzung der angedachten Gestaltung in der Praxis nicht zu erwarten ist.

III. Vermengung zwischen Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit des Grundpfandrechts

Ein wesentlicher Grund, welcher die Aufnahme der nichtakzessorischen Sicherheit in das chinesische Recht erschwert, liegt auf dogmatischer Ebene in der unzureichenden Differenzierung zwischen Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit einer dinglichen Sicherheit. Insgesamt kann festgestellt werden, dass die chinesische Literatur den Einreden und Einwendungen, welche die Durchsetzbarkeit von Verwertungsrechten betreffen, nur wenig Beachtung schenkt und die fehlende Durchsetzbarkeit als Wirksamkeitshindernis ansieht.

Diese Unterscheidung zwischen Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit ist jedoch gerade bei Verwertungsrechten von grundlegender Bedeutung und führt zu dem aus chinesischer Sicht nicht vorstellbaren Ergebnis, dass auch eine nichtvalutierte Sicherheit wirksam bestehen kann.[1372] So wird in China die Auffassung vertreten, dass die Nichtvalutierung automatisch die Unwirksamkeit nach sich zieht, obwohl sie dogmatisch nur eine Einrede darstellt, welche lediglich die Durchsetzbarkeit der an sich wirksamen Sicherheit verhindert.

In diesem Kontext steht auch die vom OVG vertretene Auffassung,[1373] dass nichtakzessorische Sicherheiten grundsätzlich eine strenge Sicherungshaftung begründen. Aus dieser These von der strengen Haftung lässt sich erschließen, dass das OVG keinen Raum lässt für Einreden und Einwendungen, welche Durchsetzbarkeit verhindern. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Einführung nichtakzessorischer Sicherheiten nicht erfolgen wird, solange das OVG an seiner These von der strengeren Haftung festhält und dabei Einreden bzw. Einwendungen unberücksichtigt lässt.

IV. Die Problematik des Eigentümergrundpfandrechts im chinesischen Recht

[1372] Vgl. Chen, Benhan, Untersuchungen zu den dinglichen Sicherheiten im Rechtsvergleich, S. 51.
[1373] Siehe § 15 I 3 dieser Arbeit.

Bislang hat der chinesische Gesetzgeber Eigentümergrundpfandrechte im Sinne der deutschen Regelung von Eigentümergrundschuld und Eigentümerhypothek nicht geregelt. Es geht hier um die Fälle, in denen sich Grundpfandrecht und Eigentum in einer Person vereinigen.

Hierzu bestand ursprünglich auch kein Bedarf, da im chinesischen Recht in Abweichung zur deutschen Regelung der Grundsatz der Rangbewahrung und Rangreservierung keine Geltung hat.[1374] Darüber hinaus stellt die Akzeptanz von Formen der Nichtakzessorietät die Grundvoraussetzung für eine Eigentümergrundschuld dar. Ohne eine Regelung nichtakzessorischer Grundpfandrechte bleiben Verständnis und Anwendung eines Eigentümergrundpfandrechts im chinesischen Recht immer schwierig.

Das OVG hat hierzu bereits vor Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes in der Vorschrift des § 77 der „Erläuterungen zum Sicherheitengesetz“ Stellung bezogen. Nach dieser Vorschrift kann der Eigentümer im Vereinigungsfall „seine Hypothek“ einem nachrangigen Hypothekengläubiger entgegenhalten. Außerhalb dieser Vorschrift besteht keine weitere Regelung für diese Problematik im chinesischen Recht.[1375] Das OVG vertritt die Auffassung, dass die Hypothek im Vereinigungsfall nicht untergeht[1376] und begründet dies mit einem grundsätzlich bestehenden Interesse des Eigentümers am Fortbestand der Hypothek. Es kann davon ausgegangen werden, dass mit dieser Formulierung erstmals dem Ranginteresse des Eigentümers und dem im chinesischen Recht bislang nicht geltenden Rangbewahrungsgrundsatz durch das OVG Rechnung getragen wird. Das OVG konkretisiert in seiner Vorschrift nicht die Vereinigungsfälle, in denen die Hypothek als Eigentümergrundpfandrecht fortbestehen soll. Es bleibt damit offen, ob die Vorschrift des § 77 der „Erläuterungen zum Sicherheitengesetz“ nur dann Anwendung findet, wenn das mit der Hypothek belastete Eigentum auf den Hypothekengläubiger übergeht, oder auch zur Anwendung gelangt, wenn der Eigentümer die gesicherte Forderung tilgt.

Die Literatur[1377] betrachtet den Regelungsinhalt der Vorschrift des § 77 der „Erläuterungen zum Sicherheitengesetz“ als Ausnahme von dem im chinesischen Recht geltenden Grundsatz, wonach im Vereinigungsfall die Hypothek samt ihrem Rang automatisch untergeht und nachrangige Hypotheken automatisch aufrücken. Es kann m.E. davon ausgegangen werden, dass die nachträgliche Eigentümerhypothek

[1374] Rechtsfragen der Anwendung des Sicherheitengesetzes, herausgegeben von Li, Guoguang, Jilin 2000, S. 280, 281.

[1375] § 762 des Zivilgesetzbuches der Republik China in Taiwan regelt:“ Vereinigt sich das Eigentum und das beschränkte Sachenrecht an derselben Sache in einer Person, so erlischt das beschränkte Sachenrecht wegen der Vereinigung, es sei denn, das Fortbestehen kann zugunsten des Eigentümers bzw. Dritten noch rechtliche Interessen geben.“

[1376] Zu bemerken ist, dass ein Autor aus dem chinesischen OVG davon ausgeht, dass sich eine „gesetzliche Eigentümerhypothek“ aus dieser Vorschrift ergibt. Siehe Jin, Jianfeng, Forschungen zu grundlegenden Regelungsfragen der Hypothek, in der Zeitschrift „Volksjustiz“, Jahrgang 2007 Nr. 19, S. 16.

[1377] Cheng, Xiao, Theorie und Praxis der chinesischen Hypotheken, S. 326f.

im chinesischen Recht bereits höchstrichterlich akzeptiert ist, soweit der Gesetzgeber später nicht ausdrücklich etwas anderes vorschreibt.

Der bis heute existierende Ausschluss des Privateigentums an Grundstücken im bestehenden wirtschaftlichen und politischen System Chinas bringt im juristischen Bereich oft Unklarheiten mit sich. Streng genommen könnte die Vorschrift des § 77 der „Erläuterungen zum Sicherheitengesetz" eigentlich nur in den Fällen Anwendung finden, in denen der Staat als Grundstückseigentümer Grundpfandrechte erwirbt. Hierbei ist z.B. an die Fälle zu denken, in denen der Staat als Grundstückseigentümer die Darlehensverbindlichkeiten eines staatlichen Unternehmens tilgt. In diesen Fällen geht die Hypothek aufgrund der Akzessorietät auf den Staat über. In der Praxis treten häufig die chinesischen staatlichen Banken juristisch an der Stelle des „Staates", um Darlehen für staatliche Unternehmen zu vergeben. Das OVG selbst hat jedoch in der Vorschrift des § 77 der „Erläuterungen zum Sicherheitengesetz" nicht konkretisiert, welche Vereinigungsfälle erfasst werden. Denkbar ist m.E. daher, dass mit der Vorschrift nicht nur der dogmatisch eindeutige Fall der Vereinigung von Staatseigentum und Hypothek in der Hand des Staates erfasst werden soll, sondern darüber hinaus auch der in der Praxis häufigere Fall der Vereinigung eines staatlich gewährten Landnutzungsrechtes mit der Hypothek in der Hand des privaten Nutzungsberechtigten.

Auch wenn Eigentümergrundpfandrechte im Sachenrechtsgesetz nicht geregelt sind, ist anzumerken, dass ein von der Literatur im Gesetzgebungsverfahren vorgelegter Entwurf[1378] vorgesehen hat, dass das beschränkt dingliche Recht erlischt, wenn der Eigentümer bzw. der Nutzungsberechtigte an Staatsgrundstücken dieses dingliche Recht erwirbt. Das beschränkt dingliche Recht sollte allerdings ausnahmsweise fortbestehen, wenn es für den Eigentümer oder den Nutzungsberechtigten noch von „rechtlicher Bedeutung" ist. Mit diesem Gesetzesentwurf hat die Literatur über die Regelung des OVG hinaus beim Erwerb des Grundstücks sowohl den Eigentümer als auch den Nutzungsberechtigten aufgeführt und damit ausdrücklich die Vereinigung von Landnutzungsrecht und Hypothek erfasst. Mit der Aufnahme der „rechtlichen Bedeutung" in den Gesetzesentwurf als Tatbestandsvoraussetzung für den Fortbestand des beschränkt dinglichen Rechts sollte das Ranginteresse des Eigentümers und des Nutzungsberechtigten gesetzlich geschützt werden. Ein anderer Literaturentwurf[1379] hat die Vorschrift des § 77 der „Erläuterungen zum Sicherheitengesetz" lediglich wörtlich übernommen, ohne eine weitere Differenzierung vorzunehmen. Keiner der beiden von der Literatur vorgelegten Entwürfe zur Regelung des Eigentümergrundpfandrechts ist in das Sachenrechtsgesetz eingegangen. Eine Begründung des Gesetzgebers für diese Entscheidung liegt nicht vor. Damit verbleibt

[1378] Siehe Akademische Entwürfe zum chinesischen Sachenrecht, herausgegeben von Liang, Huixing, Verlag der Literatur für Sozialwissenschaft, Peking 2000, § 38, S. 177.

[1379] Siehe Akademische Entwürfe zum chinesischen Sachenrechtsgesetz mit Begründungen, herausgegeben von Wang, Liming, Verlag des Chinesischen Rechtssystems, Peking 2001, § 415, S. 103.

es bis heute bei der unzureichenden Regelung nur durch die Vorschrift in den OVG-Erläuterungen.

Unklar ist weiter, ob die sog. „Eigentümerhypothek“ im chinesischen Recht sowohl ursprünglich als auch nachträglich entstehen kann[1380]. Da der chinesische Gesetzgeber bislang nur die akzessorische Hypothek geregelt hat, stellt sich aus dogmatischer Sicht nicht die Frage nach der Zulässigkeit einer ursprünglichen Eigentümergrundschuld. Vor diesem dogmatischen Hintergrund wird auch in der Literatur[1381] die Auffassung vertreten, dass die Eigentümerhypothek im chinesischen Recht nur durch nachträgliche Vereinigung von Hypothek und Eigentum auftreten kann. Beispiele hierzu sind der Erwerb des Eigentums durch den Hypothekar auf der Grundlage eines Kaufvertrages oder durch Erbschaft. Ein Vereinigungsfall kann aber ebenso dadurch eintreten, dass der Eigentümer die Hypothek ablöst.

§ 18. Einführung der Nichtakzessorietät von Sicherheiten durch die Sicherungsübereignung von Grundstücken?

I. Streit über die Sicherungsübereignung in der chinesischen Literatur

Die Sicherungsübereignung ist ihrem Wesen nach ein Zusammenwirken zwischen Sicherungsvertrag und dinglicher Übereignung mit Vereinbarung eines Besitzkonstituts i.S.d. § 930 BGB. Soweit eine Rechtsordnung das Trennungsprinzip kennt, ist die Anerkennung der Sicherungsübereignung dogmatisch nicht schwierig. Im Allgemeinen ist der Streit über die Sicherungsübereignung in der chinesischen Literatur ein Wiederholen der deutschen Rechtsgeschichte[1382], z.B. handelt es sich um die Problematik des Grundsatzes des *numerus clausus* der dinglichen Rechte[1383] oder um das Verbot der Verfallsabrede (*lex commissoria*)[1384] usw.

Bei der Diskussion des Entwurfs des Sachenrechtsgesetzes gab es in China zwei unterschiedliche Meinungen zur Sicherungsübereignung. In einem Literaturentwurf des chinesischen Zivilgesetzbuches wird die Auffassung vertreten, dass die

[1380] Vgl. Cheng, Xiao, Theorie und Praxis der chinesischen Hypotheken, S. 327. Auch Liu, Yingrong, Die Konkurrenz dinglicher Sicherheiten – Kommentare zu höchstrichterlichen Erläuterungen zum Sicherheitengesetz, in der Zeitschrift „Jurisprudenz Jianghuai“, Jahrgang 2002 Nr. 11.

[1381] Wu, Qingbao, Theorie und Praxis der Entscheidungen zu dinglichen Sicherheiten, Verlag des Volksgerichts, Peking 2007, S. 346.

[1382] Zur Sicherungsübereignung im Ganzen siehe Baur/Stürner, § 57.

[1383] Wang, Chuang, Die Forschungen zum Institut der Sicherungsübereignung, Peking 2000, Verlag des Gesetzes, S. 52-54. Zu bemerken ist, dass dieser Autor in China in der Praxis sehr stark vertreten ist, weil er als Richter im chinesischen Obersten Volksgericht tätig ist. Er hat auch sehr stark die Erläuterungen des OVG zum Kaufvertragsrecht beeinflusst, die endlich den § 51 Vertragsgesetz abgeschafft haben.

[1384] Die Argumentation im deutschen Recht siehe Staudinger/Wolfsteiner, § 1149 Rn. 26, S. 382. Gaul, AcP 168 (1968), 351, 382.

Sicherungsübereignung im Gesetz ausdrücklich geregelt werden sollte. Die Vertreter haben diese Auffassung darauf begründet, dass das Institut der englischen *mortgage* schon aus Hongkong herübergedrungen und diese *mortgage* der deutschen Sicherungsübereignung vergleichbar sei. Zur Einführung in die Praxis solle deshalb die Sicherungsübereignung im Gesetz verankert werden.[1385] Der Gesetzgeber hat diese Auffassung offenkundig nicht aufgenommen.

Hingegen wurde auch die Auffassung vertreten, dass der Anspruch des Sicherungsgebers auf Rückübertragung nur schuldrechtlicher Natur sei und es der Sicherungsübereignung auf jeden Fall an der Publizität fehle. Demzufolge könne deshalb die Sicherungsübereignung „nicht im Sachenrechtsgesetz“ geregelt werden.[1386] Weder der Gesetzgeber noch das OVG haben zu dieser Auffassung Stellung genommen, obwohl die Sicherungsübereignung letztendlich nicht im Sachenrechtsgesetz geregelt ist.

Eine deutlich unzutreffende Auffassung kommt zu dem Ergebnis, dass die atypischen Sicherheiten, wie z.B. Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt, angesichts der Differenzierung zwischen dem Recht der Schuldverhältnisse und dinglichen Rechten in einer Rechtsordnung unmöglich reibungslos einander zugeordnet werden könnten. Andernfalls gebe es technische Hindernisse, ferner werde die Entwicklung anderer Sicherheiten beeinträchtigt.[1387]

Nach vielmaligem Schwanken[1388] in Entwürfen des Sachenrechtsgesetzes innerhalb von sechs Jahren (2001-2007) hat der chinesische Gesetzgeber die Sicherungsübereignung letztendlich nicht aufgenommen.[1389] Trotzdem besteht der Streit über die Kodifizierung der Sicherungsübereignung in China noch fort. Nicht nachvollziehbar ist allerdings die Auffassung, dass die fehlende Regelung der Sicherungsübereignung im Sachenrechtsgesetz ein mit der taiwanischen Sachenrechtsreform identisches Ergebnis herbeiführt,[1390] weil die Sicherungsübereignung in Taiwan bereits lange Zeit gewohnheitsrechtlich und richterrechtlich anerkannt ist.[1391] Trotz der Aufnahme der Fahrnishypothek ins

[1385] Akademische Entwürfe zum chinesischen Zivilgesetzbuch mit Begründungen: Sachenrecht, herausgegeben von Liang, Huixing, 2. Auflage, Verlag der Literatur für Sozialwissenschaft, Peking 2007, S. 416.

[1386] Akademische Entwürfe zum chinesischen Sachenrechtsgesetz mit Begründung, herausgegeben von Wang, Liming, S. 419-420.

[1387] Akademische Entwürfe zum chinesischen Zivilgesetzbuch mit Begründungen der Rechtswissenschaftler, herausgegeben von Wang, Liming, Verlag des Gesetzes, Peking 2005, S. 339.

[1388] In einem akademischen Entwurf des Sachenrechts gab es die Regelung der Sicherungsübereignung. Siehe Akademische Entwürfe zum chinesischen Sachenrecht, herausgegeben von Liang, Huixing, Kapitel 10 Sicherungsübereignung (bearbeitet von Chen, Huabin), S. 776ff.

[1389] Die Sicherungsübereignung wird durch das im Jahre 2007 in Kraft getretene Sachenrechtsgesetz nicht anerkannt. Siehe Chen, Huabin, Theorien des Sachenrechts, S. 524. Auch Xu, Haiyan / Li, Li, Neueste Theorien zu dinglichen Sicherheiten und praktischen Fragen, S. 375-376.

[1390] Gao, Shengping, Vergleichende Analyse und Anwendung des Sachenrechts- und Sicherheitengesetzes, Verlag des Volksgerichts, 1. Auflage, Peking 2010, S. 66.

[1391] Bei der letzten Änderung des Buches Sachenrecht des taiwanischen ZGB versuchten viele Juristen, dass die Sicherungsübereignung in Taiwan außerhalb vom Gewohnheits- und Richterrecht noch im

Sachenrechtsgesetz wird die Normierung der Sicherungsübereignung in der chinesischen Literatur[1392] auch heute noch befürwortet.

Es ist m.E. irrelevant, ob die Sicherungsübereignung von beweglichen Sachen ausdrücklich im Gesetz geregelt ist, da sie nur ein Zusammenwirken von zwei gesetzlich bereits geregelten Instituten darstellt. Nicht nachvollziehbar ist auch, dass die Sicherungsübereignung nur eine Rolle spielen soll, wenn die Fahrnishypothek nicht geregelt wäre.[1393] *Wiegand* hat zum deutschen Recht zutreffend dargestellt, dass „die Übereignung zu Sicherungszwecken als solche weder ein Ergebnis richterlicher Rechtsfortbildung ist, noch sie gewohnheitsrechtlicher Anerkennung bedurfte, und sie vielmehr eine im BGB vorgesehene und mit der Systematik des Gesetzes zu vereinbarende Form der Übereignung darstellt. Die Sicherungsübereignung als Rechtsinstitut bildet einen Teil des Treuhandrechts und stellt somit ein im Gesetz nicht vorgesehenes Sachenrecht dar. Dessen Entwicklung und Anerkennung in allen Teilen des Privat- und Verfahrensrechtes ist das Ergebnis richterlicher Rechtfortbildung und hat heute in weiten Teilen gewohnheitsrechtliche Anerkennung gefunden“. [1394] Es kann damit m.E. davon ausgegangen werden, dass die Sicherungsübereignung von beweglichen Sachen im chinesischen Recht trotz der fehlenden Regelung im Gesetz auf der Basis des Trennungsprinzips anerkannt werden sollte, solange und wenn das OVG sie nicht ablehnt.

II. Die Ansicht des OVG zur Sicherungsübereignung

1. Die alte Rechtslage

Zu den sog. atypischen Sicherheiten außerhalb des Gesetzes, wie z.B. der Sicherungsübereignung und dem Eigentumsvorbehalt, hat das OVG bereits vor Inkrafttreten des Sachenrechtsgesetzes Stellung bezogen. Das OVG vertrat die Auffassung der sog. „eingeschränkten Anerkennung“. [1395] Wird eine neuartige

---

ZGB geregelt werden könnte. Es gibt aber letztendlich keinen Erfolg. Siehe Chen, Ronglong, Die Kodifizierung der atypischen dinglichen Sicherheiten, in der „Yue Dan Juristische Zeitschrift“, Jahrgang 1999, Nr. 49. Auch Cai, Mingcheng, Die Reform der dinglichen Sicherheiten und ihr Einfluss auf künftige Überlegungen in Lehre und Praxis, in der „Yue Dan Juristische Zeitschrift“, Jahrgang 2007, Nr. 146.

[1392] Siehe z.B. Chen, Xinyong / Xu, Jixiang, Gemeinsamkeit von Sicherungsübereignung und Fahrnishypothek, in der Zeitschrift „Legal Forum“ zum 05.07.2004, Kapitel 19 Nr. 4. Wang, Chuang, Forschungen zum Institut der Sicherungsübereignung, Verlag des Gesetzes Peking 2000; Wang, Chuang, Das Institut der Fahrnishypothek, in der Zeitschrift „Diskussionen über das Zivil- und Handelsrecht“, herausgegeben von Liang, Huixing, Verlag des Gesetzes, Peking 1995, S. 395ff. Ben, Han, Nochmalige Überlegungen zur Fahrnishypothek, in der Zeitschrift „Chinesische Jurisprudenz“, Jahrgang 2003 Nr. 2.

[1393] Gao, Shengping, Die Entwicklung der Mobiliarsicherheiten der kontinental-europäien Rechtsordnungen außerhalb des Rechts und ihre Vorbildwirkung für die sachenrechtliche Gesetzgebung Chinas, in der Zeitschrift „Politik und Recht“, Jahrgang 2006, Nr. 5.

[1394] Staudinger/Wiegand, Anh. Zu §§ 929-931, Rn. 55, S. 254, 255.

[1395] Wang, Chuang, Konflikte und Kreativität – Vergleich zwischen dem Sachenrechtsgesetz und dem Sicherheitengesetz und den zugehörigen höchstrichterlichen Erläuterungen als Kernproblem, in der

(atypische) dingliche Sicherheit durch Verträge parteiautonom geschaffen, so seien Verträge aufgrund des Trennungsprinzips [1396] und nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit wirksam, es sei denn, richterliche Erläuterungen schreiben ausdrücklich etwas anderes vor oder Verträge sind aus anderen Gründe unwirksam. Hingegen solle eine dingliche Wirkung atypischer Sicherheiten nach dem Prinzip des *numerus clausus* dinglicher Rechte und nach dem Publizitätsgrundsatz nicht zugelassen werden. [1397] Damit würde die Sicherungsübereignung nach den höchstrichterlichen Leitlinien nur „eine schuldrechtliche Sicherheit" gewesen sein. Deshalb konnten Parteien gerichtlichen Schutz aufgrund der dinglichen Wirkung der Sicherungsübereignung nicht erwarten.[1398]

Indem das OVG die dingliche Wirkung der Sicherungsübereignung ausdrücklich ablehnte, hat das OVG die Sicherungsübereignung schlechter gestellt als andere typische Sicherheiten. Deshalb spielte sie im chinesischen Recht faktisch keine Rolle. Trotzdem vertrat das OVG in seiner Literatur parallel die offenbar widersprüchliche Auffassung, dass „die dingliche Wirkung der Sicherungsübereignung zugunsten der Wirtschaftsentwicklung nicht ohne weiteres verneint werden solle."[1399]

2. Die neue Rechtslage

In seiner neueren Entscheidung vom 19.11.2013 [1400] wird die Übereignung einer Eigentumswohnung zur Sicherung einer Forderung vom OVG wörtlich als eine „atypische dingliche Sicherheit" als wirksam betrachtet, die allerdings weder als Hypothek noch als Sicherungsübereignung bezeichnet wird. Darüber hinaus muss bei dieser „atypischen dinglichen Sicherheit" nach dem OVG auch das Verfallverbot Anwendung finden. Seit dieser Entscheidung wird m.E. die Sicherungsübereignung im chinesischen Recht faktisch bereits höchstrichterlich akzeptiert, ohne dass allerdings der Begriff der Sicherungsübereignung verwendet wird. Interessanterweise erfolgt die Sicherungsübereignung in dieser OVG-Entscheidung an einer unbeweglichen Sache, also einer Eigentumswohnung. Allerdings ist eine

---

Zeitschrift „Hinweise zur zivilrechtlichen Rechtsprechung", herausgegeben von Xi, Xiaoming und dem Zweiten Zivilsenat des OVG, Jahrgang 2007, Nr. 2, Verlag des Volksgerichts, Peking 2008, S. 78. Auch He, Beiträge zu schwierigen Fragen der Sicherungsrechte, S. 45.

[1396] Hier wird wirklich das Wort „Trennungsprinzip" benutzt, nicht mehr das indirekte „Prinzip zur Trennung der Rechtswirkungen des Vertrages und des Sachenrechts" im Sachenrechtsgesetz. Ob dies bewusst oder unbewusst geschieht, ist unklar.

[1397] Wang, Chuang, Konflikte und Kreativität – Vergleich zwischen dem Sachenrechtsgesetz und dem Sicherheitengesetz und den zugehörigen höchstrichterlichen Erläuterungen als Kernproblem. Auch He, Beiträge zu schwierigen Fragen des Sicherungsrechts, S. 45.

[1398] Cao, Shibing, Die Ansichten in der Judikatur über die atypischen Sicherheiten, in der „Zeitung des Volksgerichts", 31.08.2005.

[1399] Der Bericht über die neuartigen Sicherheiten vom Zweiten Zivilsenat des OVG. Siehe Leitlinien für Entscheidungen in Zivilsachen bei Sicherungsrechten, S. 35.

[1400] Siehe OVG-Entscheidung, Revision für Zivilsachen im Jahr 2013 Nr. 135, auf der Webseite von „China Judgements Online", die Adresse lautet: http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/content/content?DocID=7b75fdb8-05a8-4c79-84c7-0e34a6563878&KeyWord=%E6%8A%B5%E6%8A%BC%E6%9D%83.

teleologische Erweiterung auf bewegliche Sachen m.E. nicht unzutreffend, weil das OVG sie auch nicht verneint hat.

III. Die Fahrnishypothek und die Sicherungsübereignung

1. Bewertung der Verankerung der Fahrnishypothek im chinesischen Recht

Das deutsche BGB unterscheidet grundsätzlich zwischen der Sicherheit an beweglichen und unbeweglichen Sachen. Während die Entstehung und Übertragung von dinglichen Rechten an beweglichen Sachen die Übergabe bzw. Verschaffung des unmittelbaren Besitzes voraussetzt, ist bei unbeweglichen Sachen die Eintragung ins Grundbuch maßgebend. Also gibt es bei unbeweglichen und beweglichen Sachen grundsätzlich verschiedenartige Rechtsscheinträger. Demzufolge verliert der Eigentümer beim Pfandrecht sein Nutzungsrecht an der Sache, weil er diese dem Gläubiger übergeben muss. Ein Besitzkonstitut kann nicht vereinbart werden.[1401] Hingegen bedarf es bei Grundpfandrechten der Eintragung ins Grundbuch statt der Übergabe. Da dem Sicherungsgeber beim Pfandrecht der Zugriff auf das Sicherungsgut entzogen wird, hat die deutsche Kreditpraxis die Sicherungsübereignung entwickelt, die einen Verbleib des Nutzungsrechts beim Sicherungsgeber vorsieht. Das Pfandrecht wird deswegen im deutschen Recht heute häufig durch die Sicherungsübereignung abgelöst[1402]. M.E. ist diese Ablösung des Pfandrechts durch die Sicherungsübereignung eine Anpassung des Systems des bürgerlichen Rechts, um die Schwäche des Pfandrechts zu umgehen.

Im Gegensatz zum deutschen Recht hat der chinesische Gesetzgeber mit der Einführung der Fahrnishypothek im Sachenrechtsgesetz eine Alternative zum besitzabhängigen Pfandrecht geschaffen. Der Vorteil der Fahrnishypothek besteht ebenfalls wie bei der Sicherungsübereignung darin, dass der unmittelbare Besitz und damit die Nutzungsmöglichkeit an der beweglichen Sache weiter beim Sicherungsgeber verbleiben. Mit der Einführung der Fahrnishypothek hat der chinesische Gesetzgeber allerdings auch zugleich der akzessorischen Ausgestaltung den Vorzug gegeben und sich vermutlich bewusst gegen die Aufnahme der nichtakzessorischen Sicherungsübereignung entschieden. Man kann in diesem Schritt eine weitere Hürde für die Einführung nichtakzessorischer Sicherheiten in das chinesische Recht sehen. Das ist m.E. auch der entscheidende Nachteil der Einführung der Fahrnishypothek ins chinesische Recht.

Problematisch ist auch, dass das Wirksamwerden der Fahrnishypothek als dingliches Recht lediglich den Abschluss eines wirksamen Hypothekenvertrages erfordert und nicht darüber hinaus eine zusätzliche Rechtsscheinhandlung wie die Übergabe oder Eintragung ins Register voraussetzt. Diese rechtliche Ausgestaltung der

[1401] Baur/Stürner, §55 Rn. 6.
[1402] Baur/Stürner, §36 Rn. 5.

Fahrnishypothek beruht m.E. auf dem Grundgedanken des Einheitsprinzips. Der Gesetzgeber selbst hat allerdings die dingliche Wirkung der Fahrnishypothek aufgehoben, wenn diese nicht eingetragen ist. In der Vorschrift des § 189 Abs. 1 S. 2 Sachenrechtsgesetz wird ausdrücklich betont, dass eine Fahrnishypothek, die nicht eingetragen ist, gegenüber einem gutgläubigen Dritten, zu dessen Gunsten später ebenfalls eine Fahrnishypothek bestellt wird, keine dingliche Wirkung entfaltet. Im Umkehrschluss verhindert die Eintragung nur den gutgläubigen Erwerb einer Fahrnishypothek.

Der Eigentumsübergang an beweglichen Sachen erfolgt im chinesischen Recht nach § 23 Sachenrechtsgesetz aufgrund des Übergabeprinzips. Überlegt man diese Vorschrift in Verbindung mit ihrer Wechselwirkung zur Fahrnishypothek, dann wird sofort ein Widerspruch des chinesischen Rechts sichtbar. Das OVG vertritt deshalb in seiner Literatur in diesem Zusammenhang die Auffassung, dass die Eintragung der Fahrnishypothek in Abweichung zur Immobiliarhypothek keinen öffentlichen Glauben begründet. [1403] Aus meiner Sicht hat das OVG hinsichtlich dieses Widerspruches einen Kompromiss geschlossen. Das Sicherungsgut soll nach dem Übergabeprinzip auch im Fall der Eintragung der Fahrnishypothek mit Übergabe lastenfrei auf den Erwerber übergehen. Weiter wird gefolgert, dass der Hypothekengläubiger den lastenfreien Erwerb und den damit verbundenen Untergang der zu seinen Gunsten bestellten Fahrnishypothek nur verhindern kann, wenn es ihm gelingt, die Bösgläubigkeit des Erwerbers nachzuweisen. Es versteht sich von selbst, dass der Nachweis der Bösgläubigkeit im Falle der Eintragung leichter ist als bei Nichteintragung.

Damit kann sich der Gläubiger einer nichteingetragenen Fahrnishypothek gegen einen gutgläubigen lastenfreien Erwerb des Sicherungsguts und den damit verbundenen Untergang seiner Fahrnishypothek kaum schützen, was für ihn ein erhebliches Risiko bedeutet. [1404] Das Risiko könnte nur ausgeschlossen werden, indem zugunsten der Fahrnishypothek die Übertragung des Sicherungsgutes gesetzlich eingeschränkt würde, was zu einem erheblichen Verlust an Flexibilität führen müsste.

Die Art der Verankerung der Fahrnishypothek im chinesischen Recht lässt das chinesische Rechtssystem Gefahr laufen, die grundliegende Unterscheidung zwischen dem Recht der Schuldverhältnisse und dem dinglichem Recht zu verdunkeln und damit eine unvermeidbare Rechtsunsicherheit zu schaffen. Die Fahrnishypothek entfaltet ohne Eintragung keine dingliche Wirkung. Sie entfaltet lediglich schuldrechtliche Wirkung zwischen den Vertragsparteien des Hypothekenvertrages. Mit der Eintragung entsteht aber eigentlich eine absolute dingliche Wirkung. Die nicht eindeutige Einordnung der eingetragenen Fahrnishypothek als dingliches Recht stellt m.E. einen Verstoß gegen die Dogmatik dar, der nicht zur Rechtssicherheit beiträgt.

[1403] Siehe Leitlinien für Entscheidungen in Zivilsachen bei Sicherungsrechten, S. 16.
[1404] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 212.

Solange das chinesische Recht nicht eindeutig zwischen schuldrechtlicher und sachenrechtlicher Ebene differenziert, ist eine eindeutige Zuordnung der Fahrnishypothek als dingliches Recht nicht möglich.

2. Das Verhältnis von Fahrnishypothek und Sicherungsübereignung

In der chinesischen Literatur wird nach Einführung der Fahrnishypothek durch das Sachenrechtsgesetz bis heute diskutiert, ob neben der gesetzlich geregelten Fahrnishypothek die gesetzlich nicht geregelte Sicherungsübereignung zur Anwendung gelangen kann.[1405]

Grundsätzlich kann festgehalten werden, dass die Sicherungsübereignung im klassischen bürgerlichen Recht in Kontinentaleuropa und vor allem im deutschen Recht verwurzelt ist. Demgegenüber stammt die chinesische Fahrnishypothek ursprünglich aus dem US-amerikanischen Recht. Dem amerikanischen Vorbild folgend trat in Taiwan im Jahre 1963 das „Gesetz über Geschäfte der Fahrnissicherung“ in Kraft, das weitestgehend den Regelungen der US-amerikanischen Gesetze entspricht. Die Sicherungsübereignung wurde zwar in diesem Gesetz nicht geregelt, wird aber dennoch von Literatur und Rechtsprechung als weitere atypische Sicherheit anerkannt. Die Rechtsentwicklung in Taiwan unterscheidet sich von der Entwicklung in China vor allem vor dem Hintergrund der unterschiedlichen politischen Rahmenbedingungen. Das taiwanische Recht ist insbesondere durch die Übernahme von Rechtsprinzipien aus dem deutschen Zivilrecht, wie z.B. dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip, maßgeblich geprägt. Viele Vorschriften des taiwanischen ZGB sind sogar in wörtlicher Übersetzung vom BGB übernommen worden. Die vom taiwanischen Gesetzgeber erlassenen Gesetze für Spezialgebiete, wie z.B. das „Gesetz über Geschäfte der Fahrnissicherung“, stellen oft eine Ausnahme oder Ergänzung zu den vom deutschen Recht übernommenen Vorschriften und Grundsätzen dar. Angesichts der unbestrittenen Anwendbarkeit deutscher Rechtsgrundsätze im taiwanischen Recht wird die Sicherungsübereignung problemlos anerkannt.

Demgegenüber wurde die Rechtsordnung im Festland China lange Zeit von der sowjetischen Rechtsordnung geprägt. Nach der Wirtschaftsreform im Jahr 1978 emanzipierte sich das chinesische Recht vom sowjetischen Einfluss. In einer ersten Orientierungsphase diente die japanische Rechtsordnung als Vorbild, danach hatten insbesondere die westlichen Rechtsordnungen Europas, insbesondere Frankreichs und Deutschlands, und parallel hierzu die Rechtsordnung der USA Vorbildfunktion. Das Fehlen einer eigenen Dogmatik und die Übernahme von Rechtsvorschriften aus verschiedenen Rechtsordnungen, in denen wiederum unterschiedliche Rechtsgrundsätze gelten, hat im Festland China zu einer hybriden Rechtskultur geführt, der es an Systematik, Stringenz und Konsequenz mangelt.

[1405] Theorien und Praxisfragen von Sicherungsrechten bei der Finanzierung, Verlag der Literatur für Solzialwissenschaft, Peking 2004, herausgegeben von Zou, Hailin, S. 115-116.

Die in Taiwan und im Festland China gesetzlich geregelte Fahrnishypothek ist Ausdruck der hybriden Rechtsordnung. Sie steht im Systemwiderspruch zu dem aus der deutschen Rechtsordnung übernommenen Trennungsprinzip. Die Fahrnishypothek ist unter systematischem Aspekt als Mischgebilde zwischen Immobiliarhypothek und Pfandrecht des deutschen Rechts anzusehen.

Nachdem sich der chinesische Gesetzgeber mit der Einführung der Fahrnishypothek faktisch bewusst für die akzessorische Ausgestaltung in gesetzlichen Regelungen entschieden hat, war die nichtakzessorische Sicherungsübereignung insbesondere unter dogmatischem Aspekt noch umstritten. Das OVG hat letztlich in seiner neuesten Entscheidung[1406] von 2013 diese Rechtsunsicherheit beendet, indem es die dingliche Wirkung bei der Ausgestaltung der Sicherungsübereignung anerkannt hat, wenngleich der Rechtsbegriff der Sicherungsübereignung nicht ausdrücklich verwendet wird.

Vor dem Hintergrund, dass die chinesische Rechtsprechung bereits die Sicherungsübereignung anerkannt hat, stehen wahrscheinlich die genaue Gestaltung und Bedeutung der Fahrnishypothek im chinesischen Recht wieder in Frage. In diesem Zusammenhang ist die taiwanische Lösung m.E. eine weise Wahl.

IV. Die Sicherungsübereignung von Grundstücken als Durchbruch der Nichtakzessorietät im chinesischen Recht?

Die Anerkennung der dinglichen Wirkung der nichtakzessorischen Sicherungsübereignung durch das chinesische OVG könnte einen ersten Schritt zur Einführung nichtakzessorischer Sicherungsrechte an unbeweglichen Sachen in das chinesische Recht im Festland China bedeuten.

Wenngleich die Sicherungsübereignung in der deutschen Kreditpraxis nur bei beweglichen Sachen praktiziert wird, weil hinsichtlich unbeweglicher Sachen für diese Art der Sicherung angesichts der gesetzlich geregelten Grundschuld kein Bedarf besteht, so ist sie dennoch unter dogmatischem Aspekt vom Grundsatz her zulässig, da sie „die Typizität der deutschen Grundpfandrechte unberührt lässt“.[1407] Ein anderes Hindernis kann im deutschen Recht durch die Grunderwerbsteuerpflicht entstehen. Denkbar ist, dass der chinesische Gesetzgeber bei der Grundstücksübertragung zu Sicherungszwecken eines ganze oder teilweise Steuerbefreiung einführt[1408]. Damit wäre der Praxis bei Sicherungsübereignungen von Grunstücken ein größerer Spielraum gegeben.

[1406] Siehe OVG-Entscheidung, Revision für Zivilsachen im Jahr 2013 Nr. 135, in § 18 II dieser Arbeit.
[1407] Baur/Stürner, § 40 Rn. 25, 26.
[1408] Der Sicherungsnehmer kann z.B. bei der Rückabwicklung des Grundstückes nach Erledigung des Sicherungszweckes eine Steuererstattung bekommen.

Es soll nachfolgend aufgezeigt werden, wie unter deutschem Recht eine Gestaltung der Sicherungsübereignung von Grundstücken zur Sicherung einer oder mehrerer Forderungen erfolgen könnte.

Der Schuldner-Sicherungsgeber überträgt zur Sicherung einer Forderung das Eigentum an seinem Grundstück an den Gläubiger-Sicherungsnehmer. Hierzu sind Auflassung und Eintragung im Grundbuch erforderlich. Neben dem Darlehensvertrag vereinbaren die Parteien im Sicherungsvertrag, dass der Gläubiger nach der Tilgung der Forderung zur Rückübertragung des Grundstückseigentums an den Schuldner verpflichtet ist. Dieser aus dem Sicherungsvertrag begründete Anspruch auf Rückübertragung kann zur Sicherheit des Schuldners durch Eintragung einer Vormerkung ins Grundbuch gesichert werden. [1409] Dem Wesen der Sicherungsübereignung entspricht es, dass die Nutzung des Sicherungsgutes beim Schuldner verbleibt. Dieses Ergebnis kann dadurch erreicht werden, dass der Gläubiger das Sicherungsgut an den Schuldner vermietet. Im deutschen Recht ließe sich die Nutzungsmöglichkeit auch durch Gewährung eines zeitlich befristeten Nießbrauchs am Grundstück erreichen. Der Sicherungsfall tritt ein, wenn die fällige Forderung nicht getilgt wird. In diesem Fall ist der Gläubiger zur Verwertung des Sicherungsguts berechtigt. Der erzielte Verwertungserlös wird zur Tilgung der gesicherten Forderung verwendet. Der Schuldner hat allerdings gegenüber dem Gläubiger einen Anspruch auf Unterlassung oder Schadensersatz, wenn dieser das Sicherungsgut nicht entsprechend den Vereinbarungen im Sicherungsvertrag verwertet. Wird das Darlehen vom Gläubiger vollständig oder auch nur teilweise nicht ausbezahlt, so hat der Sicherungsgeber ebenso einen Anspruch auf Rückübereignung. Ist der Anspruch auf Rückübertragung durch Vormerkung gesichert, so kann ein Dritter das Sicherungsgut nicht gutgläubig erwerben, so dass der Anspruch auf Rückübertragung auch gegenüber dem Dritten durchgesetzt werden kann.

Auch die Sicherungsübereignung von Grundstücken ist unter dogmatischem Aspekt nichtakzessorisch. Dem Trennungsprinzip entsprechend besteht die Eigentümerstellung des Gläubigers am Grundstück unabhängig vom Bestand der gesicherten Forderungen. Entsprechend dem Sicherungszweck werden im Sicherungsvertrag die Höhe und gegebenenfalls die Anzahl der gesicherten Forderungen beliebig festgelegt. Ebenso kann vereinbart werden, dass auch künftige Forderungen gesichert werden. Die Nichtakzessorietät wirkt sich dahingehend aus, dass die auf der schuldrechtlichen Ebene in die Sicherung einbezogenen Forderungen die dingliche Ebene und damit das zur Sicherung übereignete Eigentum unberührt lassen. Der Schuldner-Sicherungsgeber kann seinen Anspruch auf Rückübereignung auch an einen anderen Gläubiger abtreten, um eine weitere Forderung zu sichern. Diese Vorgehensweise ist bedeutsam für die Fälle der Zwischenfinanzierung, Umschuldung und Neuvalutierung. Bei näherer Betrachtung dieses Modells kann

[1409] Der chinesische Gesetzgeber kann auch eine Regelung in der Weise treffen, dass der Erwerber-Sicherungsnehmer, der seine Rückübertragungspflicht nicht erfüllt, deutlich mehr Grunderwerbsteuer zahlen muss oder eine Steuererstattung nicht bekommen kann.

festgestellt werden, dass die Sicherungsübereignung von Grundstücken aufgrund der besseren Publizität von Grundstücken und der Vormerkungsfähigkeit des Anspruchs auf Rückübereignung sowohl für den Sicherungsgeber als auch für den Sicherungsnehmer mehr Rechtssicherheit bietet als die Sicherungsübereignung bei beweglichem Sicherungsgut.

Bei der Einführung der Sicherungsübereignung von Grundstücken in das chinesische Rechtssystem müsste allerdings dem Umstand Rechnung getragen werden, dass in China gar kein Privateigentum an Grundstücken zugelassen ist. Der Staat gewährt dem Haus- oder Wohnungseigentümer lediglich ein dingliches Nutzungsrecht am Grundstück. Vor diesem Hintergrund müsste in China eine differenzierte Ausgestaltung dahingehend erfolgen, dass Gegenstand der *Sicherungsübereignung* nur das Haus oder die Wohnung sein kann, während das staatlich eingeräumte dingliche Nutzungsrecht im Wege der *Sicherungsabtretung* auf den Gläubiger-Sicherungsnehmer übertragen wird. Auf diese Weise entsteht im chinesischen Recht ein *Paket der Sicherungsübertragung*. Diese differenzierende Gestaltung würde faktisch zum gleichen Ergebnis führen wie bei dem vorgestellten Modell der Sicherungsübertragung von Grundstücken auf der Grundlage des deutschen Rechts, da das staatlich gewährte dingliche Nutzungsrecht an staatlichen Grundstücken im chinesischen Recht mit dem Privateigentum an Grundstücken faktisch gleichgestellt[1410] ist. Die Unterscheidung spielt also keine praktische Rolle. Aus diesem Grund kann auch das Paket der Sicherungsübertragung im chinesischen Recht als Sicherungsübereignung von Grundstücken bezeichnet werden.

Damit kann zusammenfassend festgehalten werden, dass die Einführung der Sicherungsübereignung von Grundstücken im chinesischen Recht ein entscheidender Schritt für die weitergehende Einführung nichtakzessorischer Sicherungsrechte wäre. Mit der Sicherungsübereignung von Grundstücken könnte im chinesischen Recht ein nichtakzessorisches Grundpfandrecht gestaltet werden, das mit der nichtakzessorischen Grundschuld im deutschen BGB vergleichbar wäre. Während im deutschen Recht aufgrund der gesetzlich geregelten Grundschuld kein Bedarf an einer Ausweitung der Sicherungsübereignung auf unbewegliche Sachen besteht, wäre im chinesischen Recht die Sicherungsübereignung an Grundstücken eine Wegbereiterin für die Einführung nichtakzessorischer Sicherheiten.

Eine einheitliche Regelung der Sicherungsübereignung an beweglichen und unbeweglichen Sachen im chinesischen Recht wäre unter dogmatischem Aspekt erstrebenswert und der deutschen Regelung vorzuziehen, welche die nichtakzessorische Sicherheit an beweglichen und unbeweglichen Sachen unterschiedlich regelt. Die Sicherungsübereignung an beweglichen Sachen wurde von der Rechtsprechung als nichtakzessorische Sicherheit entwickelt, während die Grundschuld als nichtakzessorische Sicherheit an unbeweglichen Sachen vom

[1410] Das staatliche Grundstückseigentum besteht in China faktisch nur als eine politische Deklaration und ist damit privatrechtlich von weniger Bedeutung.

Gesetzgeber kodifiziert wurde. Die Konstruktion der Sicherungsübereignung stellt ein Zusammenwirken zwischen einem dinglichen Übereignungsgeschäft und einem schuldrechtlichen Sicherungsvertrag dar. Bei der Sicherungsgrundschuld ergibt sich eine ähnliche Konstruktion wie bei der Sicherungsübereignung, nämlich ein Zusammenwirken zwischen einem dinglichen Bestellungsgeschäft und einem schuldrechtlichen Sicherungsvertrag. Während im deutsche Recht das zur Sicherheit übereignete Eigentum an beweglichen Sachen ein Vollrecht darstellt und die Grundschuld hingegen lediglich ein dinglich beschränktes Recht ist, wäre bei einer einheitlichen Regelung im chinesischen Recht eine einheitliche Systematik gegeben, da die nichtakzessorischen Immobiliar- und Mobiliarsicherheiten im chinesischen Recht vollständig identische Konstruktionen hätten, also ein Zusammenwirken von Übereignungsgeschäft und Sicherungsvertrag. Insoweit entstünde eine „vollkommen geometrische Symmetrie“ juristischer Konstruktion.

V. Mögliche Konkurrenz zwischen Hypothek und Sicherungsübereignung von Grundstücken

Zunächst ist festzuhalten, dass die nichtakzessorische Sicherungsübereignung ebenso wie die akzessorische Hypothek ein Sicherungsrecht darstellt. Nach deutschem Recht begründet die Sicherungsübereignung im Insolvenzverfahren des Sicherungsgebers kein Aussonderungsrecht des Sicherungsnehmers, sondern lediglich ein Absonderungsrecht, welches die vorzugsweise Befriedigung des Sicherungseigentümers aus dem Verwertungserlös gewährleistet. Insoweit werden Sicherungsübereignung und Hypothek im Insolvenzverfahren des Sicherungsgebers gleichgestellt. Beide verfolgen mit der Sicherung des Gläubigers denselben wirtschaftlichen Zweck. Es soll daher nachfolgend diskutiert werden, ob es beim Nebeneinander von Hypothek und Sicherungsübereignung von Grundstücken zu einer Kollision bzw. zur Benachteiligung eines Gläubigers kommen kann.

Bei der Erörterung der Rechtsfolgen eines Zusammentreffens von Sicherungsübereignung und Hypothek sind zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden. Zu erörtern ist vor allem die Frage, ob der Schuldner, der das Eigentum an seinem Grundstück zu Sicherung an einen Gläubiger übertragen hat, am Sicherungsgut noch zugunsten eines weiteren Gläubigers eine Hypothek bestellen kann. Grundsätzlich ist der Schuldner-Sicherungsgeber nach erfolgter Sicherungsübereignung nicht mehr Verfügungsberechtigter. Aufgrund der Eintragung des Sicherungseigentümers im Grundbuch scheidet auch ein gutgläubiger Erwerb des Eigentums oder einer Hypothek bei weiteren Verfügungen des Schuldners aus. In dieser Fallkonstellation sollte m.E. der besonderen Rechtsnatur des zur Sicherung übereigneten Eigentums als Verwertungsrecht Rechnung getragen werden, welches im Gegensatz zum Volleigentum in Bezug auf die Verfügungsmacht den Beschränkungen im Sicherungsvertrag unterliegt. Da es sich bei der Sicherungsübereignung um ein reines Verwertungsrecht handelt, sollte dieses kein Hindernis für weitere Verfügungen des

Sicherungsgebers darstellen, soweit die Verfügung den Wert des Sicherungsgutes nicht benachteiligt. Hieraus ergibt sich, dass der Sicherungseigentümer als „formaler" Eigentümer nach dem Sicherungsvertrag sogar dazu verpflichtet werden könnte, weiteren Verfügungen über das Sicherungsgut, die einem Sicherungszweck dienen, zuzustimmen, wie z.B. der Bestellung einer Hypothek zugunsten eines weiteren Gläubigers. Die Interessen des Sicherungseigentümers wären durch eine nachfolgende Hypothekenbestellung zunächst einmal beeinträchtigt, da die Hypothek die Verwertung des Eigentums überleben würde. Der Sicherungsvertrag könnte aber die Erlösverteilung bei Verzicht auf die Hypothek regeln.

Eine andere Fallkonstellation liegt vor, wenn der Sicherungseigentümer selbst eine Hypothek am Sicherungsgut bestellen möchte, um einen eigenen Gläubiger zu sichern. Nach Auffassung der Literatur [1411] soll der Sicherungseigentümer am Grundstück eine Hypothek zugunsten eines eigenen Gläubigers bestellen können, da er der aus dem Grundbuch ersichtliche formal berechtigte Eigentümer ist. Diese Bestellung ist zwar dinglich wirksam, der Sicherungsgeber-Schuldner kann aber bei der Sicherungsübereignung aufgrund des Sicherungsvertrags von dem Gläubiger-Sicherungseigentümer Unterlassung bzw. Schadensersatz verlangen. Wird der Anspruch des Schuldners auf Rückübereignung allerdings durch eine Vormerkung im Grundbuch gesichert, so kann er auch gegenüber jedem Dritten diesen Anspruch geltend machen.

Zu erörtern ist umgekehrt auch die Frage, ob eine sicherungshalber Übereignung des Sicherungsgutes auch dann möglich ist, wenn dieses bereits mit einer Hypothek zugunsten eines anderen Gläubigers des Schuldners belastet ist. Grundsätzlich muss im chinesischen Recht nach § 191 Abs. 2 Sachenrechtsgesetz jede nachträgliche Veräußerung des Sicherungsgutes vom Hypothekar genehmigt werden. Auch die nachträgliche Sicherungsübereignung des Sicherungsgutes, an dem bereits eine Hypothek bestellt ist, stellt eine genehmigungsbedürftige Verfügung im Sinne der Vorschrift dar. Eine Benachteiligung des Hypothekars ist allerdings nicht zu befürchten, da die zeitlich früher bestellte Hypothek die Verwertung des Eigentums durch Veräußerung überlebt.

Abschließend kann m.E. festgehalten werden, dass wegen der Eintragung in das Grundbuch grundsätzlich keine versteckte Kollision bei unterstelltem Nebeneinander von Hypothek und Sicherungsübereignung von Grundstücken bestehen kann, da jeder potentiell nachrangige Gläubiger ins Grundbuch Einsicht nehmen kann. Das bedeutet, dass alle Kollisionsfälle zwischen Hypothek und Sicherungsübereignung von Grundstücken von den Parteien vorhergesehen werden können.

Im chinesischen Recht ist nach § 34 der „Erläuterungen des OVG zum Kaufvertragsrecht" der Eigentumsvorbehalt an unbeweglichen Sachen unzulässig. Diese Regelung ist mit der des § 925 Abs. 2 BGB vergleichbar, also der

[1411] Cao, Shibing, Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, S. 279.

Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung. Demzufolge kann es auch keine Konkurrenz zur Sicherungsübereignung geben.

Kapitel 4

Schlussbetrachtung

Eine dingliche Sicherheit ist nur dann sinnvoll, wenn der Gläubiger auf die *Stabilität* seiner dinglichen Rechtsposition in hohem Maße vertrauen kann. Das gestaltet sich schwierig, wenn die dingliche Zuwendung alle Mängel des Grundgeschäfts mittragen muss. Konsequenterweise kann die Anforderung hoher Stabilität nur mittels des Trennungs- und Abstraktionsprinzips gelöst werden. Zur Stärkung der dinglichen Rechtsposition verlangt der Gläubiger häufig auch eine *Einfachheit* der dinglichen Vereinbarung, um seine dingliche Rechtsposition möglichst vor allen Bedingtheiten und Rechtsunsicherheiten zu bewahren. Sowohl die Stabilität als auch die Einfachheit der dinglichen Ebene erhöhen die *Attraktivität*[1412] einer dinglichen Sicherheit.

Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass die modernen Sicherungsformen des Eigentumsvorbehalts und der Sicherungsübereignung unter dem Abstraktionsprinzip leichter und adäquater konstruierbar sind[1413], obwohl nur das Trennungsprinzip die zwingende Voraussetzung [1414] zur Gestaltung solcher Sicherungsformen bildet. Ähnlich gilt das ebenso für die nichtakzessorischen dinglichen Immobiliarsicherheiten, die für Gläubiger und Kunden gegenüber den akzessorischen Sicherheiten viele Vorzüge haben und deshalb kautelarjuristischer Praxis und europäischen Zukunftsplänen entsprechen.[1415]

Andererseits müssen auch der Sicherungszweck und die Interessen des Sicherungsgebers bei Sicherungsgeschäften berücksichtigt werden. Diesen angeblichen Widerspruch löst das Trennungs- und Abstraktionsprinzip in Wohlgefallen auf. Parteien können auf der schuldrechtlichen Ebene Interessen des Sicherungsgebers berücksichtigen und den Sicherungszweck in allen Einzelheiten vereinbaren, während eine einfache und dennoch stabile dingliche Rechtslage auf der sachenrechtlichen Ebene zugunsten des Sicherungsnehmers unberührt bleibt. So erlaubt lediglich das Trennungsprinzip das Zusammenwirken zwischen der komplexen *Feinarbeit* auf der schuldrechtlichen Ebene und der dinglichen *Einfachheit* auf der sachenrechtlichen Ebene[1416]. Darüber hinaus lässt sich m.E. nur die deutsche Lösung, also das Zusammenwirken von Trennungs- und Abstraktionsprinzip, mit anderen sachenrechtlichen Grundsätzen [1417] bei großem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und großer Dispositionsfreiheit der Parteien vereinbaren und verbinden. Ohne das Trennungs- und Abstraktionsprinzip können

[1412] Ausführlich siehe § 5 dieser Arbeit.
[1413] Siehe Baur/Stürner, § 5 Rn. 43.
[1414] Siehe § 3 I und II dieser Arbeit.
[1415] Siehe Baur/Stürner, § 5 Rn. 43.
[1416] Früh schon Stürner, Rolf, Das Grundpfandrecht zwischen Akzessorietät und Abstraktheit und die europäische Zukunft, in Festschrift für Rolf Serick, Heidelberg 1992, S. 377, 378.
[1417] Ausführlich in dieser Arbeit § 2.

solche Anforderungen nur durch die ausdrückliche Normierung von Einzelfragen und auf Kosten klarer Systematik erfüllt werden. D.h. dogmatisch erlaubt nur das Zusammenwirken des Trennungs- und Abstraktionsprinzips eine systematische und konsequente Berücksichtigung notwendiger Rechtsprinzipien mit möglichst wenigen Ausnahmeregelungen.

Der große Vorzug des Trennungs- und Abstraktionsprinzips liegt letztlich in seinem *höheren und überlegenen Differenzierungsgrad*[1418], der den vielgestaltigen Lebens- und Wirtschaftsbedürfnissen besser gerecht wird als eine Einheitskonstruktion.[1419] Auch der Denkansatz nichtakzessorischer Konstruktionen ist Ausdruck des höheren Differenzierungsgrads des deutschen Rechts. Dabei kann man davon ausgehen, dass namentlich der Differenzierung dienende Rechtsinstitutionen der modernen Marktwirtschaft entsprechen. „Denn freie Wirtschaft darf nie einfach sein“[1420].

Das deutsche Recht stellt mit der gesetzlich geregelten Grundschuld und der von der Praxis entwickelten Sicherungsübereignung bzw. Sicherungsabtretung Sicherungsrechte bereit, bei denen die konstruktive Akzessorietät vollständig aufgehoben ist und eine flexible vertragliche Akzessorietät durch den Sicherungsvertrag hergestellt werden kann.[1421] Die deutsche Lösung im § 137 S. 2 BGB, eine dingliche Vollrechtsposition auf der Basis des Trennungsprinzips durch eine schuldrechtliche Vereinbarung zu vinkulieren, wird auch in Deutschland nicht immer voll verstanden. Im deutschen Recht basiert die Ausgestaltung nichtakzessorischer Rechte wie z.B. der Sicherungsgrundschuld und der Sicherungsübereignung auf der konsequenten Geltung des Trennungsprinzips. Die Vorschrift des § 137 BGB ist eine gesetzliche Konkretisierung des Trennungsprinzips „in einer weiteren Dimension“, weil hier ausdrücklich zwischen der dinglichen und der schuldrechtlichen Ebene unterschieden wird und dabei trotzdem das Verpflichtungsgeschäft das Verfügungsgeschäft mittelbar gestaltet, allerdings ohne ein Kausalprinzip einzuführen. Damit eröffnet die Vorschrift die Möglichkeit, ein dingliches Vollrecht auf der schuldrechtlichen Ebene ohne Auswirkungen auf die dingliche Ebene einzuschränken. Der Sicherungsvertrag stellt ein solches Verpflichtungsgeschäft i.S.v. § 137 S. 2 BGB dar, während das zur Sicherung übereignete Eigentum und die Grundschuld jeweils im Bereich der beweglichen und unbeweglichen Sachen das typisierte dingliche Vollrecht darstellen. Der Sicherungsvertrag legt fest, dass die dingliche Sicherungsposition nur entsprechend dem Sicherungszweck ausgeübt werden kann. Damit ist über die Vorschrift des § 137 BGB eine Verknüpfung zwischen dinglicher nichtakzessorischer Sicherheit und Sicherungszweck auf schuldrechtlicher Ebene herbeigeführt.

Die normierte Nichtakzessorietät der Grundschuld im deutschen BGB bietet einen dogmatischen Gestaltungsspielraum, in dessen Rahmen die deutsche Grundschuld in

[1418] Im Ganzen auch siehe Stadler, Viertes Kapitel, B III, S. 733f.
[1419] Insbesondere siehe Baur/Stürner, § 5 Rn. 43.
[1420] Früh schon Stürner, in Festschrift Serick, S. 377ff.
[1421] Stürner, Das neue chinesische Sachenrecht aus deutscher Sicht, S. 3, 14.

der Praxis hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen immer mehr der Hypothek angenähert worden ist. Dabei ist m.E. die sog. „Sicherungsgrundschuld“ als ein Rechtsverhältnis[1422] gestaltet. An die Stelle eines subjektiven dinglichen Rechts tritt ein Zusammenwirken zwischen der dinglichen Grundschuld und dem schuldrechtlichen Sicherungsvertrag. Diese Gestaltung bringt eine einheitliche Konstruktion mit der Sicherungsübertragung mit sich. Aus der fiduziarischen Konstruktion ergeben sich parallel eine dogmatische Abstraktheit/Nichtakzessorietät und eine vertragliche Akzessorietät.[1423] Dabei spielt der Sicherungsvertrag eine Schlüsselrolle, um die aus der dogmatischen Abstraktheit resultierende überschießende dingliche Rechtsmacht zu vinkulieren. Das wichtigste Instrument ist der sich aus dem Sicherungsvertrag ergebende Anspruch des Sicherungsgebers auf Rückübertragung der Sicherheit[1424], sofern der Sicherungszweck fortfällt. Eine Sicherungsgrundschuld setzt immer einen Sicherungsvertrag voraus. Der Sicherungsvertrag reicht aber aus, um alle Risiken der dogmatischen Abstraktheit der Grundschuld zu kontrollieren, ohne dass man eine irreführende Angst vor der nichtakzessorischen Grundschuld zu haben braucht.[1425] Aufgrund eines falschen Eindrucks von der Ausgestaltung der Sicherungsgrundschuld wurde die deutsche Reform des Rechts der Grundschuld im Jahre 2008 durchgeführt, die allerdings sehr stark kritisiert wurde. Seitdem wird der gutgläubige einredefreie Erwerb der Sicherungsgrundschuld im deutschen Recht fast vollständig ausgeschlossen. Die deutschen Erfahrungen bei der Kontrolle der Risiken aus nichtakzessorischen Sicherheiten in Rechtsprechung und Vertragspraxis sind für das chinesische Recht sehr hilfreich und wertvoll.

Oft wird von Kritikern nichtakzessorischer Rechte auf das erhöhte Risiko für den Sicherungsgeber verwiesen. Hierbei wird dem Umstand, dass es sich bei dem zur Sicherung übertragenen Eigentum und auch bei der Grundschuld um ein dingliches Vollrecht handelt, und der Gefahr durch eine hieraus resultierende überschießende dingliche Rechtsmacht zu viel Bedeutung beigemessen. Von den Skeptikern wird vor allem übersehen, dass der Sicherungsvertrag auf schuldrechtlicher Ebene ein gutes Instrument darstellt, auch bei „nichtakzessorischen“ dinglichen Sicherheiten ein gewisses Maß an vertraglicher Akzessorietät herzustellen. Der Sicherungsvertrag schränkt dabei auf schuldrechtlicher Ebene die grundsätzlich formal auf dinglicher Ebene bestehende Vollrechtsposition ein und reduziert auf diese Weise das Risiko der überschießenden Rechtsmacht.

Der chinesische Gesetzgeber hat sich mit der gesetzlichen Ausgestaltung der Hypothek an unbeweglichen und beweglichen Sachen für ein akzessorisches Sicherungsrecht entschieden.[1426] Vom Grundsatz der Akzessorietät wird nur bei der Höchstbetragshypothek und der noch streitigen *floating charge* etwas abgewichen.

[1422] Ausführlich siehe § 8 I 2 dieser Arbeit.
[1423] Ausführlich siehe § 8 II 1, 2 und 3 dieser Arbeit.
[1424] Ausführlich siehe § 8 V dieser Arbeit.
[1425] Ausführlich siehe § 9 III und IV dieser Arbeit.
[1426] Ausführlich siehe § 15 I dieser Arbeit.

Vor diesem Hintergrund ist grundsätzlich zum einen unklar, ob neben der akzessorisch geregelten Hypothek gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum zur Einführung von Sicherungsrechten mit gelockerter oder gar aufgehobener Akzessorietät besteht, zum anderen ist auch offen, ob Abstraktheit einer Sicherheit kraft Parteivereinbarung zulässig sein soll.[1427]

Obwohl die chinesische Rechtsordnung sowohl die Absolutheit dinglicher Rechte als auch das Trennungsprinzip[1428] als Grundvoraussetzung anerkennt, hat sie von der Ausgestaltung nichtakzessorischer Rechte bis heute keinen Gebrauch gemacht. Mit der Verankerung der Fahrnishypothek[1429] im Sachenrechtsgesetz hat der chinesische Gesetzgeber sich vermutlich bewusst gegen die Einführung nichtakzessorischer Rechte an beweglichen Sachen entschieden. Ungeachtet dessen erkennt das OVG[1430] das Bedürfnis der Kreditpraxis an nichtakzessorischen Sicherungsrechten und hat demzufolge die nichtakzessorische Sicherungsübereignung anerkannt. Die neueste Entscheidung kann dahingehend gewertet werden, dass das OVG die Einführung nichtakzessorischer Rechte seitdem nicht grundsätzlich ablehnt.

Die deutsche Lösung auf der Basis der Vorschrift des § 137 BGB ist m.E. die ideale Basis einer reibungslosen Gestaltung nichtakzessorischer Sicherheiten. Voraussetzungen für die Einführung einer mit § 137 BGB vergleichbaren Vorschrift in das chinesische Recht wären richtiges Verständnis und konsequente Geltung des Trennungsprinzips. Die Trennung zwischen schuldrechtlichem und dinglichem Rechtsgeschäft ist aber bislang vom OVG nur im Bereich des Kaufvertragsrechts[1431] ausdrücklich und damit zweifelsfrei anerkannt. Eine umfassende Geltung des Trennungsprinzips wird bis heute nur in der Literatur diskutiert. Dementsprechend hat das Abstraktionsprinzip als konsequente Fortführung des Trennungsprinzips im chinesischen Recht gar keine Geltung. Solange allerdings das Trennungsprinzip nicht uneingeschränkt gilt, wird die Einführung einer Regelung, welche der Vorschrift des § 137 BGB entspricht, Schwierigkeiten bereiten. Mangels vollständiger Durchsetzung dieser Grundvoraussetzung gestaltet sich wiederum eine Einführung nichtakzessorischer Sicherungsrechte ebenfalls schwierig.

Zur Aufnahme nichtakzessorischer Sicherheiten sollte der chinesische Gesetzgeber ein nichtakzessorisches Grundpfandrecht, wie z.B. die Grundschuld, aufgrund der hohen Wertigkeit von Grundstücken im Gesetz ausdrücklich regeln und im Interesse der Rechtssicherheit und Risikominimierung den Gestaltungsspielraum der Sicherungsabrede eindeutig festlegen. Da die Sicherungsübereignung von Grundstücken[1432] auch die Funktion eines Grundpfandrechts hat, sollte sie ebenfalls

[1427] Stürner, Das neue chinesische Sachenrecht aus deutscher Sicht, S. 3, 14.
[1428] Über die Anerkennung des Trennungsprinzips im chinesischen Recht siehe § 14 III dieser Arbeit.
[1429] Über die Bewertung der Verankerung der Fahrnishypothek im chinesischen Recht siehe § 18 III dieser Arbeit.
[1430] Siehe OVG-Entscheidung, Revision für Zivilsachen im Jahr 2013 Nr. 135.
[1431] Ausführlich siehe § 14 III 5 dieser Arbeit.
[1432] Über die Möglichkeit der Sicherungsübereignung von Grundstücken im chinesischen Recht siehe § 18 dieser Arbeit.

gesetzlich geregelt werden, falls der chinesische Gesetzgeber sich anstelle der Grundschuld für sie entscheiden würde. Demgegenüber ist es m.E. in Anlehnung an das deutsche Recht nicht erforderlich, die Sicherungsübereignung von beweglichen Sachen ausdrücklich gesetzlich zu regeln. Zum einen ist bei beweglichen Sachen grundsätzlich von einer geringeren Wertigkeit auszugehen, zum anderen reicht das gesetzlich vorgegebene Instrumentarium insbesondere aufgrund der Lösung des § 137 BGB zur Ausgestaltung der Sicherungsübereignung in der Praxis aus. Allerdings ist es auch denkbar, dass der Sicherungsvertrag als typischem Vertrag[1433] im Interesse der Rechtssicherheit und im Hinblick auf seine Bedeutung im Kreditverkehr als Vertragstyp gesetzlich geregelt werden sollte. Hierbei könnten die von der deutschen Rechtsprechung entwickelten Kriterien zum Sicherungsvertrag als atypischer Vertrag des deutschen Rechts Bedeutung gewinnen.

Die Verankerung der Fahrnishypothek im Sachenrechtsgesetz sollte daher nicht als endgültige Abschaffung nichtakzessorischer Rechte durch den chinesischen Gesetzgeber gewertet werden, dies umso weniger als dass das OVG mit der Anerkennung der dinglichen Wirkung der Sicherungsübereignung den Weg für die Einführung nichtakzessorischer Rechte geöffnet hat. Es bleibt abzuwarten, ob das OVG entsprechend der deutschen Rechtsprechung die Sicherungsübereignung als ein Rechtsinstitut anerkennen wird. Ebenso bleibt abzuwarten, ob der chinesische Gesetzgeber die Grundschuld als nichtakzessorisches Recht in das bestehende Recht aufnehmen wird. Denkbar ist aber auch, dass von Seiten des Gesetzgebers und der Rechtsprechung eine einheitliche Regelung der nichtakzessorischen Sicherungsübereignung von beweglichen und unbeweglichen Sachen getroffen wird. Mit der Sicherungsübereignung von Grundstücken könnte ein mit der deutschen Grundschuld vergleichbares Ergebnis erzielt werden. Der Vorteil läge hierbei in der einheitlichen Regelung von nichtakzessorischer Immobiliar- und Mobiliarsicherheit in der Form der Sicherungsübereignung. Die Einführung nichtakzessorischer Sicherheiten würde dem Bedürfnis der Kreditpraxis nach Flexibilität und Modernisierung Rechnung tragen.

Es ist zu erwarten, dass das OVG vor dem Hintergrund einer sich ständig modernisierenden Rechtspraxis hierzu den ersten Schritt unternehmen wird. Davor wird es seine bisherige Konzeption einer restriktiven Geltung des Trennungsprinzips im Bereich des Kaufvertragsrechts ausweiten müssen, um auf diesem Weg zur Akzeptanz nichtakzessorischer Sicherheiten zu gelangen. Auch das taiwanische Recht könnte mit seiner vollständigen Anerkennung des Trennungs- und Abstraktionsprinzips[1434] nach deutschem Vorbild eine Schlüsselrolle einnehmen. Dies wäre als ein bedeutender Schritt in Richtung einer Vereinigung der bislang getrennten Rechtsordnungen im Festland China und in Taiwan anzusehen. Die Entwicklung in Taiwan dokumentiert, wie das deutsche Trennungs- und Abstraktionsprinzip in einem

[1433] Über die untergeordnete Rolle des Sicherungsvertrages im chinesischen Recht siehe § 15 II 3 dieser Arbeit.
[1434] Über das Trennungs- und Abstraktionsprinzip im taiwanischen Recht siehe § 14 II dieser Arbeit.

fremden Land erfolgreich implantiert wurde und in einer fremden Rechtsordnung Wurzeln geschlagen hat.

Literaturverzeichnis

Literatur in deutscher Sprache

Adams, Michael	Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte: ein Beitrag zur Reform der Mobiliarsicherheiten, Verlag Athenäum, 1980.
Ahnsehl, Dominique Oliver	Die deutsche Grundschuld und der schweizerische Schuldbrief, Eine rechtsvergleichende Studie, Verlag Akademische Verlagsgemeinschaft München, München 2011.
Bähr, Kurt	Die nichtvalutierte Grundschuld, Dissertation Erlangen, Approbiert 1935.
Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II	Verlag Helbing Lichtenhahn, 3. Auflage, Basel 2007, Bearbeiter Staehelin, Daniel, herausgegeben von Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim Peter / Geiser, Thomas.
Baur, Fritz	Einige Bemerkungen zur „Vollstreckbaren Urkunde“, in Festschrift Demelius, Verlag Manz, 1973, S. 313.
Baur, Fritz / Stürner, Rolf / Bruns, Alexander	Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Auflage, Verlag C. F. Müller, Heidelberg 2006.
Baur, Fritz / Stürner, Rolf	Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Band II Insolvenzrecht, 12. Auflage, Verlag C. F. Müller, Heidelberg 1990.
Baur, Jürgen Fritz / Stürner, Rolf	Sachenrecht, 18. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2009. = Baur/Stürner.
Blomeyer, Arwed	Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers, AcP Band 162 (1963), 191ff.
Bolkart, Johannes	Prozessuale Rechtsnachfolge in titulierte Grundpfandrechte, DNotZ 2010, 483 ff.
Bollenbeck, Rheinische	in Notarzeitschrift 1901, 205.
Bork, Reinhard	Der Eintritt des Sicherungsgrundschuldzessionars in den Sicherungsvertrag, WM 2010, 2057 ff.
Böttcher, Roland	Die Entwicklung des Grundbuch- und

	Grundstücksrechts bis Ende 2014, NJW 2015, 840.
Braun, Eberhard, (Hrsg.)	Insolvenzordnung Kommentar, Verlag C. H. Beck, 6. Auflage, München 2014.
Brox, Hans / Walker, Wolf-Dietrich	Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Auflage, Verlag Vahlen, Köln/München 2008.
Bu, Yuanshi	Einführung in das Recht Chinas, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2017.
Clemente, Clemens	Recht der Sicherungsgrundschuld, 2. Auflage, RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Köln 1992.
Derleder, Peter	Die neue Sicherungsgrundschuld, ZIP 2009, 2221 = Derleder ZIP 2009, 2221.
Dernburg, Heinrich	Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens, 4. Auflage, Verlag d. Buchhandlung d. Waisenhauses, Halle/Salle 1908.
	Die Gläubigeranfechtung und § 864 Abs. 2 ZPO, AcP Band 115 (1916), 58ff.
Dieckmann, Johann Andreas	Dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung bei Abtretung der Sicherungsgrundschuld und Eigentümerschutz nach BGHZ 185, 133, BWNotZ 2011, 42 ff.
	Das Risikobegrenzungsgesetz in der Immobilienwirtschaft. Im Blickpunkt: Neuregelungen im Recht der Grundschuld, NZM 2008, 865.
Dietlein, Max Josef	Kreditsicherung der Banken und das neue AGBG, JZ 1977, 637ff.
Dollinger, Boris	Die Forderungsabhängigkeit der Sicherungsgrundschuld, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2014.
Ernst, Wolfgang	Sachenrecht in a nutshell, 2. Auflage, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2013.
Esser, Josef / Schmidt, Eike	Schuldrecht, Band I Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Auflage, Verlag C. F. Müller, Heidelberg 1995.
Esser, Josef / Weyers, Hans-Leo	Schuldrecht, Band II Besonderer Teil, Teilband 1, 8. Auflage, Verlag C. F. Müller, Heidelberg 1998.
Everts, Arne	Grundschulden und „jeweilige“ Gläubiger, DNotZ

	2012, 245ff.
Fasel, Urs	Repetitorium zum Schweizerischen Sachenrecht, 2. Auflage, Verlag Stämpfli, Bern 2012.
Fix, Christian	Die fiducie-sûreté, Eine Untersuchung der französischen Sicherungstreuhand aus deutscher Sicht, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 2014.
Flume, Werner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, Verlag Springer, 3. Auflage, Berlin Heidelberg 1979.
	Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers, AcP Band 161 (1962), 385ff.
Gaberdiel, Heinz	Kreditsicherung durch Grundschulden, 7. Auflage, Erich Schmidt Verlag GmbH & Co, München 2004.
Gaberdiel, Heinz / Gladenbeck, Martin	Kreditsicherung durch Grundschulden, 8. Auflage, Erich Schmidt Verlag GmbH & Co, Berlin 2008.
Gaul/Schilken/Becker-Eberhard	Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2010.
Geib, Von Otto	Die Zwangsvollstreckung in den anfechtbaren Erwerb eines Kriegsteilnehmers, AcP Band 113 (1915), 335.
Gerhardt, Walter	Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, Verlag Schwartz, Göttingen 1969.
	Gläubigeranfechtung durch Einrede, AcP Band 119 (1921), 157ff.
Gnamm, Peter	Der Rückgewähranspruch nach Abtretung einer nicht voll valutierten Sicherungsgrundschuld an Dritte, ZIP 1986, 822.
Goecke, Frankz Friedrich Wilhelm	Zeitschrift für das Notariat, herausgegeben vom Verein für das Notariat in Rheinpreußen, 1901, 198, 203
Gottwald,Peter, (Hrsg.)	Insolvenzrechts-Handbuch, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2006.
Habersack, Mathias	Die Akzessorietät - Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts, JZ 1997, 857.

Hecht, Johannes	Die Struktur der Grundpfandrechte nach dem Risikobegrenzungsgesetz, Verlag Carl Heymanns, Köln 2012.
Hein, Thomas	Die Pfändung von Sicherheitenrückgewähransprüchen, Rpfleger 1987, 491 und Zum Bestimmtheitserfordernis bei der Pfändung von Sicherheitenrückgewähransprüchen, WM 1986, 1379.
Heinze, Christian	Die abstrakte Verkehrshypothek, AcP Band 211 (2011), 105 ff.
Hellwig, Konrad	Anfechtungsrecht und Anfechtungsanspruch nach der neuen Konkursordnung, ZZP 26(1899), 474ff.
Hess, Harald (Hrsg.)	Kommentar zum Insolvenzrecht, Band II, C. F. Müller, Heidelberg 2007.
Hinzen, Udo	Dassler / Schiffhauser Kommentar zum Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung / 13. Auflage, Verlag Gieseking, Bielefeld 2008.
Huber, Ulrich	Die Sicherungsgrundschuld, Verlag Verl.-Ges. Recht u. Wirtschaft, Heidelberg 1965.
Jäckle, Wolfgang	Die Sicherungsgrundschuld bei Störungen des Kreditverhältnisses, JZ 1982, 50ff.
Jauernig, Othmar	Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip, JuS 1994, 721.
Jaeger, Ernst (begründet)	Jaeger Kommentar zur Insolvenzordnung, herausgegeben von Henckel, Wolfram und Gerhardt, Walter, Erster Band, Verlag De Gruyter Recht, Berlin 2004.
Jerschke, Hans-Ulrich	Löschungsansprüche gegenüber Grundpfandrechten nach neuem Recht, DNotZ 1977, 708 ff.
Kesseler, Christian	Wertlosigkeit der Abtretung von Rückgewähransprüchen an vor- oder gleichrangigen Grundschulden im Fall der Insolvenz? NJW 2007, 3466ff.
	Rückgewähransprüche an Grundschulden in der Insolvenz, NJW 2012, 577ff.

	Die freien Teile von Grundschulden als Massebestandteil, ZIP 2014, 110.
Kindler, Ingo	Grundpfandrechte im Insolvenzverfahren, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2009.
Kirchhof, Hans-Peter/Stürner, Rolf/Eidenmüller, Horst, (Hrsg.)	Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, Band 1, Verlag C. H. Beck, München 2007.
Klinke, Ulrich	Causa und genetisches Synallagma, Zur Struktur der Zuwendungsgeschäfte, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 1983.
Knees, Klaus-Niels	Die Bank als Grundpfandrechtsgläubiger in der Unternehmensinsolvenz, ZIP 2001, 1568.
Köbler, Gerhard	Juristisches Wörterbuch für Studium und Ausbildung, Verlag Vahlen, 15. Auflage, München 2012.
Kollhosser, Helmut	Die neuen gesetzlichen Löschungsansprüche, JA 1979, 176.
	Neue Probleme und Verpfändung von Grundschulden, JA 1979, 232.
Kommanns, Theo	Das Grundpfandrecht als fiduziarische Sicherheit, Ein Beitrag zur Lehre von der Sicherungsgrundschuld, Dissertation Köln, Düsseldorf 1939.
Kreft, Gerhart	Insolvenzordnung, Verlag C. F. Müller, 7. Auflage, Heidelberg 2014.
Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas, (Hrsg.)	Münchener Kommentar Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2008.
Kübler, Friedrich	Feststellung und Garantie, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 1967.
Kuhn, Georg	Anmerkung zur BGH- Entscheidung vom 10.12.1959, MDR 1960, 490f.
Larenz, Karl / Canaris, Claus-Wilhelm	Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 1994.
Lenhard, Alfred	Natur und Wirkung der Gläubigeranfechtung, ZZP 38, 165ff.

Lettl, Tobias	Akzessorietät contra Sicherungszweck - Rechtsfragen bei der Gestaltung von Bürgschaftserklärungen, WM 2000, 1316.
	Das Entstehen des Rückgewähranspruchs bei Sicherungsgrundschulden, WM 2002, 788.
Lindemann, Achim	Die Durchbrechung des Abstraktionsprinzips durch die höchstrichterliche Rechtsprechung seit 1900, Dissertation der Universität Konstanz, Konstanz 1989.
Lohman, Franz	Zur Lehre von der Grundschuld unter besondere Berücksichtigung der nichtvalutierten Grundschuld, ihrer Pfändung und ihre Stellung in der Zwangsversteigerung, Dissertation, Emsdetten 1933.
Lorenz, Stephan	Grundwissen – Zivilrecht: Abstrakte und kausale Rechtsgeschäfte, JuS 2009, 489.
Lwowski, Hans-Jürgen / Tetzlaff, Christian	Verwertung unbeweglicher Gegenstände im Insolvenzverfahren, WM 1999, 2336.
Marotzke, Wolfgang	Die Aufhebung grundpfandrechtbelasteter Eigentumsanwartschaften, AcP Band 186 (1986), 490ff.
	Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, Hermann Luchterhand Verlag, München 1985.
	„Dingliche“ Wirkungen der Gläubiger- und Konkursanfechtung, KTS 1987, 1, 5ff.
	Rechtsprobleme des Gläubigerzugriffs auf anfechtbar zedierte Forderungen des Schuldners, KTS 1987, 569ff.
Mayr, Otto	Die nicht valutierte Grundschuld, Erlangen Dissertation, Düsseldorf 1934.
Medicus, Dieter	Allgemeiner Teil des BGB, Verlag C. F. Müller, 10. Auflage, Heidelberg 2010.
	Die Akzessorietät im Zivilrecht, JuS 1971, 497ff.
Merckens, Otto	Grundsicherheit für Bankkredit, DNotV 1905, 541 ff.
Meuschke, Gerhard	Nicht valutierte Grundschuld, insbesondere ihre Stellung in der Zwangsversteigerung, Dissertation

	Göttingen, Berlin 1931.
Meyer, André	Die Regelung der Sicherungsgrundschuld in § 1192 Abs. 1a BGB – ein nicht durchdachter Schnellschuss des Gesetzgebers, WM 2010, 58 ff.
Michel, Arndt	Überschießende Rechtsmacht als Problem abstrakter und nicht-akzessorischer Konstruktionen, Verlag Nomos, 2000 Baden-Baden, 1. Auflage.
Mühl, Dorothee / Petereit, Wolfgang	Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Teil V: Schweiz, herausgegeben von Hadding, Walther / Schneider, Uwe H., Verlag Duncker & Humblot, Berlin 1983.
Münch, Joachim	Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch, Verlag Carl Heymanns, München 1989.
Nerlich, Jörg /Römermann, Volker (Hrsg.)	Insolvenzordnung Kommentar, Verlag C. H. Beck, München 2013.
Otten, Giseltraud	Die Entwicklung der Treuhand im 19. Jahrhundert. Die Ausbildung des Treuhandbegriffs des modernen Rechts, Verlag Hansen-Schmidt, Hans, Göttingen 1975.
Palandt, Otto (begründet)	Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, Verlag C. H. Beck, 71. Auflage, München 2014.
Paulus, Gotthard	Sinn und Formen der Gläubigeranfechtung, AcP Band 155 (1956), 277.
Piekenbrock, Andereas	Das Sicherheitenpaket der Realkreditgläubiger: Ein juristisches Schauspiel, ZZP 2012, 171ff.
Prantl, Pia	Die Abstraktheit des Wechsels, Verlag Fachmedien Recht und Wirtschaft in Deutscher Fachverlag GmbH, Heidelberg 1989.
Puchta, Georg Friedrich	Vorlesung über das heutige römische Recht, Verlag B. Tauchnitz, Leipzig 1873.
Raiser, Ludwig	Dingliche Anwartschaften, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 1961.
Rein, Andreas	Der Löschungsanspruch eines nachrangigen Grundschuldgläubigers in der Insolvenz des Grundstückseigentümers, NJW 2006, 3470.
Rimmelspacher, Bruno	Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Abtretung einer vorläufigen

	Eigentümergrundschuld – BayObLG, WPM 1970, 48, JuS 1971, 14 ff.
Roberto, Vito / Hrubesch-Millauer, Stephanie	Sachenrecht, 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012.
Rosenberg, Leo / Schwab, Karl Heinz / Gottwald, Peter	Zivilprozessrecht, 17. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2010.
Savigny, Friedrich Carl von	Obligationenrecht, Band II, Berlin 1853, Neudruck 1973.
	System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840, Band I, Buch 2.
	System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840, Band III.
Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina, (Hrsg.)	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2013.
	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5 Schuldrecht Besonderer Teil III, Verlag C. H. Beck, 6. Auflage, München 2013.
Schimansky, Herbert	Verkauf von Kreditforderungen und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung, WM 2008, 1049 ff.
Schmid, Irene / Voss, Matthias	Die Sicherungsgrundschuld nach dem Risikobegrenzungsgesetz , DNotZ 2008, 740ff.
Schmid, Jörg / Hürlimann-Kaup, Bettina	Sachenrecht, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf, 2012.
Schmidt, Karsten, (Hrsg.)	Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 1990.
Schulz, Dietmar	Kreditverkauf – diesmal: Zur sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Grundschuldbestellungsurkunde, ZIP 2008, 1858.
Schürnbrand, Jan	Gestaltungsrechte als Verfügungsgegenstand, AcP Band 204 (2004), 186.
Serick, Rolf	Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band I, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 1963.
Soergel, Theodor, (begründet)	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band

	16 Sachenrecht 3, Verlag Kohlhammer, Stuttgart Berlin Köln Mainz 2001.
Sottung, Rudolf	Die Pfändung der Eigentümergrundschuld, Verlag Heymann, Berlin/Köln 1957.
Stadler, Astrid	Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 1996.
Städler, Hans Jörg	Grundpfandrechte in der Insolvenz, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 1998.
Staehelin, Daniel	Sicherungsübereignung und Sicherungseintragung von Schuldbriefen, in Immobilienfinanzierung, herausgegeben von Emmenegger, Susan, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel 2012.
Staudinger, Julius von, (begründet/Hrsg.)	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB, Verlag C. H. Beck, Berlin 2009.
Stavorinus, Hagen	Grundstücksveräußerungen im Sinne des Grundstückverkehrsrechts, NotBZ 2010, 208 ff.
Stein, Friedrich/Jonas, Martin, (Hrsg.)	Kommentar zur Zivilprozessordnung, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 2013.
Stöber, Kurt	Erlöschen der Auflassungsvormerkung und Erbbauzins-Reallast bei der Insolvenzverwalterversteigerung, NJW 2000, 3600ff.
	Insolvenzverfahren und Vollstreckungs-Zwangsversteigerung, NZI 1998, 105ff.
	Vorkaufsrechte in der Zwangsversteigerung, NJW 1988, 3121 ff.
	Zwangsvollstreckung in das unbeweglichen Vermögen, ZVG-Handbuch, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2010.
Stoll, Hans	Bemerkungen zu Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, ZHR 128(1966), 239ff.
Studer, Josef	Repetitorium Sachenrecht, 2. Auflage, Verlag orell füssli, Zürich 2012.
Stürner, Rolf	Das Grundpfandrecht zwischen Akzessorietät und Abstraktheit und die europäische Zukunft, in Festschrift für Rolf Serick, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 1992.

	Anmerkung zu den Urteilen des BGH v. 5.3.1991 (abstrakte persönliche Haftung des Eigentümers eines grundschuldbelasteten Grundstücks), vom 9.7.1991 (zeitlicher Umfang der Sicherungsabrede bei Grundschulden) und vom 19.2.1991 (Beweislast für nachträgliche Sicherungsabrede), DNotZ 1992, 98 ff.
	Grundpfandrechte in der Insolvenz, in Festschrift Hagen, RWS Verlag, Kommunikationsforum, GmbH, Köln 1999.
	Die Kreditsicherung der Banken und das neue AGBG, JZ 1977, 431; 639.
	Der Darlehensrückzahlungsanspruch der Banken und der Schutz des Eigentümers belasteter Grundstücke, JZ 2010, 774 ff.
	Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik, JZ 2012, 10 ff.
	Transparenz bei Verkäufen von Kreditforderungen, Stellungnahme zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung zum Risikobegrenzungsgesetz am 23.01.2008.
Tuor, Peter (begründet)	Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, bearbeitet und ergeben von Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/ Rumo-Jungo, Alexandra, Verlag Schulthess Juristische Medien, Zürich 2009.
Uhlenbruck, Wilhelm, (Hrsg.)	Kommentar zur Insolvenzordnung, Verlag Vahlen, München 2010.
Wacke, Andreas	Zur Geschichte und Dogmatik der Gläubigeranfechtung, ZZP 83(1970), 418, 424ff.
Weber, Hanjörg	Sicherungsgeschäfte, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 1994.
	Der Rückübertragungsanspruch bei der nichtvalutierten Sicherungsgrundschuld, AcP Band 169 (1969), 237 ff.
Wenzel, Frank	Die Rechtsstellung des Grundpfandrechtsgläubigers im Insolvenzverfahren, NZI 1999, 101 ff.
Westermann, Harm Peter /	Sachenrecht, 8. Auflage, Verlag C. F. Müller,

Gursky, Karl-Heinz / Eickmann, Dieter	Heidelberg 2011.
	Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht, Verlag WALTER DE CRUYTER & CO, Berlin 1967.
Wieling, Hans Josef	Sachenrecht, Band 1, Verlag Springer, Heidelberg, Berlin, 1990.
Wilhelm, Jan	Sachenrecht, 4. Auflage, Verlag De Gruyter, Berlin 2010.
Windscheid, Bernhard	Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I, Verlag Buddeus, Düsseldorf 1862.
Wolf, Manfred / Neuner, Jörg	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Verlag C. H. Beck, 10. Auflage, München 2012.
Wolfsteiner, Hans	Die vollstreckbare Urkunde, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2006.
Zetzsche, Dirk	Die Drittwirkung des Sicherungsvertrags beim Immobiliarkredithandel, AcP Band 209 (2009), 543 ff.
Zöller, Richerd, (begründet)	Kommentar ZPO, 29. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2012.

Literatur in chinesischer Sprache

Ben, Han (贲寒) — Nochmalige Überlegungen zur Fahrnishypothek, in der Zeitschrift „Chinesische Jurisprudenz“, Jahrgang 2003 Nr. 2. (动产抵押制度的再思考——兼评我国民法（草案）对动产抵押与让与担保制度之规定，载于《中国法学》，2003 年第 2 期。)

Cai, Mingcheng (蔡明诚) — Die Reform der dinglichen Sicherheiten und ihr Einfluss auf künftige Überlegungen in Lehre und Praxis, in der „Yue Dan Juristische Zeitschrift“, Jahrgang 2007, Nr. 146. (民法担保物权修正对于未来理论及实务的影响及再思考，载于《月旦法学》2007 年第 146 期。)

Cao, Shibing (曹士兵) — Das Sicherungssystem und die Sicherungsarten in China, Verlag des Rechtssystems, 3. Auflage, Peking 2015. (曹士兵，中国担保制度与担保方法，法制出版社，北京 2015 年第 3 版。)

Die Ansichten in der Judikatur über die atypischen Sicherheiten, in der „Zeitung des Volksgerichts“ am 31.08.2005. (对非典型担保的司法态度，载《人民法院报》，2005 年 8 月 31 日。)

Chen, Ronglong (陈荣隆) — Die Kodifizierung der atypischen dinglichen Sicherheiten, in der „Yue Dan Juristische Zeitschrift“, Jahrgang 1999, Nr. 49. (非典型担保物权的立法化，载《月旦法学杂志》1999 年第 49 期。蔡明诚，民法担保物权修正对于未来理论及实务的影响及再思考，载《月旦法学杂志》2007 年第 146 期。)

Chen, Benhan (陈本寒) — Untersuchungen zu den dinglichen Sicherheiten im Rechtsvergleich, Verlag der Universität Wuhan, Wuhan 2003. (担保物权法比较研究，武汉大学出版社，武汉 2003 年版。)

Chen, Huabin (陈华彬) — Sachenrecht des Zivilrechts, 1. Auflage, Verlag des chinesischen Rechtssystems, Peking 2010. (《民法物权论》，中国法制出版社，北京 2010 年 5 月第 1 版。)

Theorien des Sachenrechts, Verlag der staatlichen Verwaltung, Peking 1998.(《物权法原理》，国家行政出版社，北京 1998 年版。)

Chen, Xinyong/Xu, Jixiang (陈信勇/徐继响) — Gemeinsamkeit zwischen Sicherungsübereignung und Fahrnishypothek, in der Zeitschrift „Legal Forum“ am 05.07.2004, Kapitel 19 Nr. 4. (论让与担保与动产抵押之雷同，载于《法学论坛》2004 年 7 月 5 日，第 19 卷第 4 期。)

Cheng, Xiao (程啸) — Die Vermutungswirkung des Grundbuchs, in der Zeitschrift „Forschungen der Jurisprudenz“, Peking 2010 Nr. 3. (不动产登记簿的推定力，载于《法学研究》2010 年第 3 期。)

Differenzierung zwischen dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs und dem gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen, in der Zeitschrift „Nationale und Internationale Jurisprudenz“, Peking 2010, Nr. 4. (论不动产登记簿公信力与动产善意取得的区分，载于《中外法学》，北京 2010 年第 4 期。)

Theorie und Praxis der chinesischen Hypothek, Verlag des Gesetzes, Peking 2002. (《中国抵押权制度的理论与实践》，法律出版社，北京 2002 年版。)

Die Tatbestände des gutgläubigen Erwerbs unbeweglicher Sachen – zum Verständnis des § 106 Sachenrechtsgesetz VR China, in der Zeitschrift „Forschungen des Rechts und Kommerzes“, Jahrgang 2010 Nr. 5. (论不动产善意取得之构成要件——《中华人民共和国物权法》第１０６条释义，载于《法商研究》２０１０年第 5 期。)

Cui, Jianyuan (崔建远) — Die Wirksamkeit des Vertrags mit Nichtberechtigten, in der Zeitschrift „Rechtswissenschaften des Heibei“, Jahrgang 2006 Nr. 3. (“出卖他人之物合同的效力设计”，载《河北法学》2006 年第 3 期)

Erörterungen zur Verfügung von

	Nichtberechtigten, in der Zeitschrift „Forschungen der Rechtswissenschaften“, Jahrgang 2003 Nr. 1. (“无权处分辨”，载《法学研究》2003 年第 1 期。)
	Sachenrecht, Verlag der Universität des Volks Chinas, Peking 2009. (物权法，中国人民大学出版社，北京 2009 年版。)
Der erste Zivilsenat des Obersten Volksgerichts (最高人民法院民事审判第一庭)	Hrsg. Hinweise und Verweise auf die zivilrechtlichen Entscheidungen, Nr. 2, Jahrgang 2007, Verlag des Gesetzes, Peking 2007. (《民事审判指导与参考》2007 年第 2 集，法律出版社，北京 2007 年版。)
	Hrsg. Praktische Angelegenheiten der Zivilgerichte, Verlag des Gesetzes, Peking 2005.
Forschungsgruppe des Obersten Volksgerichts zum Sachenrechtsgesetz (最高人民法院物权法研究小组) Hrsg.	Das Verständnis und die Anwendung von Vorschriften des Sachenrechtsgesetzes der VR China, Verlag des Volksgerichts, Peking 2007, 1. Auflage. (《《中华人民共和国物权法》条文理解与适用》，人民法院出版社，北京 2007 年 3 月第 1 版。)
Dong, Xueli (董学立)	Eigentumsübergang und die Beschränkungen der floating charge, ein Beitrag der chinesischen PostDoc-Foundation, online verfügbar: http://www.faxueyanjiu.com/ch/reader/create_pdf.aspx?file_no=20100105&year_id=2010&quarter_id=1&falg=1. (浮动抵押的财产变动与效力限制，此文系“中国博士后科学研究基金一等资助”和“中国博士后科学基金特别资助”项目的阶段性研究成果。)
Fei, Anling	Hrsg., Sicherungsrechte im Rechtsvergleich – nach Beispielen des Rechts von Deutschland, Frankreich, der Schweiz, Italien, England und China, Verlag der Universität für Politik und Rechtswissenschaft, Peking 2004. (费安玲主编，比较担保法——以德国、法国、瑞士、意大利、英国和中国担保法为研究对象，中国政法大学出版社，北京 2004 年版。)
Gao, Shengping (高圣平)	Die Entwicklung der Mobiliarsicherheiten der kontinental-europäischen Rechtsordnungen außerhalb des Rechts und ihre Vorbildwirkung für die sachenrechtliche Gesetzgebung Chinas, in der Zeitschrift „Politik und Recht“, Jahrgang 2006, Nr.

5. (大陆法系动产担保制度的法外演进与中国物权法，载《政治与法律》2006 年第 5 期。)

Die Fahrnishypothek und das sog. „Entgegenhaltungsprinzip“ und Änderungsvorschläge der „Verordnung über die Registrierung von Fahrnishypotheken für Unternehmen“, in der Zeitschrift „Juristen“, Jahrgang 2007 Nr. 6. (“登记对抗主义之下的动产抵押登记制度——兼及《企业动产抵押物登记管理办法》的修改”，载于《法学家》2007 年第 6 期。)

Vergleichende Analyse und Anwendung des Sachenrechtsgesetzes und Sicherheitengesetzes, Verlag des Volksgerichts, 1. Auflage, Peking 2010. (物权法与担保法：对比分析与适用，人民法院出版社，北京 2010 年第 1 版。)

Ge, Yunsong (葛云松)

Beiträge zu schwierigen Fragen des Sachenrechtsgesetzes, in der „Studienzeitschrift der Huadong-Universität für Politik und Rechtswissenschaft“, Jahrgang 2007 Nr. 6, Shanghai 2007. (“《物权法》疑难问题探讨”，载于《华东政法大学学报》，上海 2007 年第 6 期。)

Forschungen über die Theorie des dinglichen Rechtsgeschäfts, in der Zeitschrift „Nationale und Internationale Jurisprudenz“, Band 16 Nr. 6, Peking 2004. (“物权行为理论研究”，载于《中外法学》，北京 2004 年第 6 期。)

Han, Shiyuan (韩世远)

Verfügung von Nichtberechtigten und Wirkung des Vertrags, in der „Zeitung des Volksgerichts“ am 23.11.1999. (“无权处分与合同效力”，载《人民法院报》1999 年 11 月 23 日第 3 版。)

Allgemeiner Teil des Vertragsrechts, 3. Auflage, Verlag des Gesetzes, Peking 2011. (《合同法总论》，法律出版社，北京 2011 年第 3 版。)

He, Luyi/Gong, Zhao (何璐依/宫钊)

Die Verselbständigung und die Verbriefung der Hypothek, in der „Studienzeitschrift der Universität Sanxia“, Jahrgang 2007 Nr. 29. (抵押权的独立化和证券化，载于《三峡大学学报（人文社会科学版）》，2007 年 6 月第 29

	卷，第 49 页。)
He, Shaoqi	Theorie und Praxis des Sicherungsrechts bei der internationalen Finanzierung, Verlag des Volksgerichts, Peking 2001.
He, Zhi (何志)	Beiträge zu schwierigen Fragen der Sicherungsrechte, Verlag des chinesischen Rechtssystems, Peking 2011. (担保法疑难问题解析，中国法制出版社，北京 2011 年版。)
Hu, Changqing (胡长清)	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Verlag der Universität für Politik und Rechtswissenschaft, Peking 1997. (《民法总则》，中国政法大学出版社，北京 1997 年 12 月版。)
Hu, Kangsheng (胡康生)	Hrsg. Kommentare zum chinesischen Sachenrechtsgesetz, Verlag des Gesetzes, Peking 2007. (中华人民共和国物权法释义，法律出版社，北京 2007 年版。)
Hu, Zhicheng/Bu, Zhaogang (胡志成/卜兆刚)	Forschungen zur Akzessorietät der Hypothek im Hinblick auf die Verbriefung des Vermögens, in der Zeitschrift „The Theory and Practice of Finance and Economics“, Jahrgang 2010 Volum 31 Nr. 166, S. 117. (资产证券化中资产抵押权从属性研究，载于《财经理论与实践》2010 年 7 月第 31 卷第 166 期，第 117 页。)
Huang, Zhiming / Zhang, Qi (黄志明/张琦)	Die rechtliche Einordnung der *housing mortgage*, in der Zeitschrift „Juristen“, Jahrgang 2001 Nr. 3. (论按揭的法律定位，载于《法学家》2001 年第 3 期。)
Jiang, Ping (江平)	Die Genauigkeit der Auslegung des Vertragsgesetzes der VR China, Verlag der Universität für Politik und Rechtswissenschaft, Peking 1999. (《中华人民共和国合同法精解》，中国政法大学出版社，北京 1999 年版。)
Jin, Jianfeng (金剑锋)	Forschungen zu grundlegenden Regelungsfragen der Hypothek, in der Zeitschrift „Volksjustiz“, Jahrgang 2007 Nr. 19, S. 16. (抵押权基本规则研究，载于《人民司法》2007 年第 19 期。)
Li, Guoguang (李国光)	Hrsg. Rechtsfragen der Anwendung des Sicherheitengesetzes, Verlag des Volks Jilin, Changchun 2000. (《最高人民法院关于适用

《中华人民共和国担保法》若干问题的解释理解与适用》，吉林出版社，长春２０００年版。)

Li, Xiandong (李显冬)

Hrsg. Systematisierung der Rechtsprechung zum Sachenrecht, Verlag des Gesetzes, Peking 2010. (《民法物权法典型案例疏议》，法律出版社 2010 年 2 月第 1 版，第 149 页。)

Li, Zhenghui/Liu, Jiangtian (李政辉/刘江天)

Die Entwicklung der Selbstständigkeit der Hypothek, in der Zeitschrift „Journal of Gansu Institut of Political Science and Law“, Gansu 2004, Nr. 76, S. 84. (论抵押权的独立化运动，载于《甘肃政法学院学报》，2004 年 10 月甘肃，总第 76 期，第 84 页。)

Liang, Huixing (梁慧星)

Forschungen zu zivilrechtlichen Lehren und zur Gesetzgebung, Verlag der Universität für Politik und Rechtswissenschaft, Peking 1993. (《民法学说与立法研究》，中国政法大学出版社，北京 1993 年 5 月版。)

Sachenrechtswechsel und Verfügung von Nichtberechtigten, in der Zeitschrift „Erörterungen der Rechtsprechung“, Verlag des Volksgerichts, Peking 2000. (“物权变动与无权处分”，载于《判解研究》2000 年 8 月第 1 版，人民法院出版社。)

Zum Verständnis der Vorschrift des § 51 Vertragsgesetz, in der „Zeitung des Volksgerichts“ am 08.01.2000. (“如何理解合同法第五十一条”，载于《人民法院报》2000 年 1 月 8 日。)

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Verlag des Gesetzes, Peking 2007. (《民法总论》，法律出版社，北京 2007 年第三版。)

Der Kampf um das chinesische Zivilgesetzbuch, Verlag des Gesetzes, Peking 2002. (《为中国民法典而斗争》，法律出版社，北京 2002 年版。)

Die Begründung der Auslegungsregeln für die besondere Rechtswirkung des Kaufvertrages, veröffentlicht auf der Webseite des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Chinesischen Akademie der Sozialwissenschaften

am 31.7.2012. (买卖合同特别效力解释规则之创设，2012 年 7 月 31 日发表于中国社会科学院法学研究所网页。)

Kommentare und kritische Überlegungen zu einigen Vorschriften im (zweiten) Entwurf des Sachenrechtsgesetzes, in der Zeitschrift „Moderne Jurisprudenz“, Jahrgang 2005 Nr. 2. (物权法草案（第二次审议稿）若干条文的解释与批评，载于《时代法学》２００５年第 2 期，第 8 页。)

Kein Regelungsbedarf für eine *floating charge*, veröffentlicht auf der Webseite des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Chinesischen Akademie der Sozialwissenschaften, online verfügbar: https://www.iolaw.org.cn/showArticle.aspx?id=1652. (不宜轻率规定浮动担保制度，载于中国法学网。)

Akademische Entwürfe zum chinesischen Sachenrecht, hrsg., Verlag der Literatur für Sozialwissenschaft, Peking 2000. (《中国物权法草案建议稿》，社会科学文献出版社，北京 2000 年版。)

Akademische Entwürfe zum chinesischen Zivilgesetzbuch mit Begründungen: Band des Sachenrechts, hrsg., 2. Auflage, Verlag der Literatur für Sozialwissenschaft, Peking 2007. (中国民法典草案建议稿：物权编，社会科学文献出版社，北京 2007 年第 2 版。)

Akademische Entwürfe zum chinesischen Zivilgesetzbuch mit Begründungen, hrsg., Verlag des Gesetzes, Peking 2013. (《中国民法典草案建议稿附理由》，法律出版社，北京 2013 年版。)

Liao, Huanguo/Xie, Wei (廖焕国/谢伟)

Moderne Tendenzen der dinglichen Sicherheiten, in der Zeitschrift „Social Scientist“, Jahrgang 2006 Nr. 4. (论担保物权的现代化发展趋势，载于《社会科学家》2006 年 7 月第 4 期，总第 120 期，第 96 页。)

Liu, Dequan (刘德权)

Hrsg. Zusammenfassung von Leitlinien der Rechtsprechung des Obersten Volksgerichts (The

Collection of The Supreme People's Court's Judical Rules), Band 2, Verlag des Volksgerichts, Peking 2009. (《最高人民法院司法观点集成》，第 2 卷，人民法院出版社，北京 2009 年版。)

Hrsg. Zusammenfassung von Leitlinien der Rechtsprechung des Obersten Volksgerichts (The Collection of The Supreme People's Court's Judical Rules), Peking 2009, 1. Auflage, Band für Versicherungs-, Wertpapier-, Gesellschafts-, Insolvenz- und Sicherheitenrecht, Peking 2009. (《最高人民法院司法观点集成》，保险、票据、公司、证券、破产、担保，人民法院出版社，北京 2009 年 7 月第 1 版。)

Hrsg. Zusammenfassung von Leitlinien der Rechtsprechung des Obersten Volksgerichts (The Collection of The Supreme People's Court's Judical Rules), Peking 2009, 1. Auflage, Band für den Allgemeinen Teil, das Recht der Schuldverhältnisse und das Sachenrecht, Verlag des Volksgerichts, Peking 2009. (《最高人民法院司法观点集成》，总则、债权、物权，人民法院出版社，北京 2009 年 7 月第 1 版。)

Liu, Jia'an (刘家安) Sachenrecht, Verlag der Universität für Politik und Rechtswissenschaft, Peking 2009. (《物权法论》，中国政法大学出版社，北京 2009 年版。)

Liu, Yingrong (刘颖荣) Die Konkurrenz dinglicher Sicherheiten – Kommentare zu höchstrichterlichen Erläuterung zum Sicherheitengesetz, in der Zeitschrift „Jurisprudenz Jianghuai", Jahrgang 2002 Nr. 11. (论担保物权的竞合－－对担保法司法解释的评价，载《江淮法治》２００２年第１１期。)

Lu, Bixia (陆碧霞) Der gutgläubiger Erwerb unbeweglicher Sachen, in der Zeitschrift „Academic Forum", Jahrgang 2012 Nr. 11. (浅析不动产善意取得，载于《学术论坛》２０１２年第１１期。)

Ma, Jun (马珺) Die Kollision zwischen traditionellem und ausländischem Recht im Hinblick auf den Entwurf des Zivilgesetzbuches der Qing Dynastie, in der Zeitschrift „Monatszeitschrift der Geschichte", Jahrgang 2008 Nr. 3. (从《大清民律草案》看传统法与外来法的冲突，载于《史学月刊》2008

年第 03 期。)

Mei, Zhongxie (梅仲协) — Der Sinn des Zivilrechts, Verlag der Universität für Politik und Rechtswissenschaft, Peking 1998. (《民法要义》，中国政法大学出版社，北京，1998 年第一版。)

Meng, Qinguo/Shen, Huiwen (孟勤国/申惠文) — Die Ablehnung des öffentlichen Glaubens (des Grundbuchs) im Sachenrechtsgesetz, in der Zeitschrift „Jurisprudenz im Osten“, Shanghai 2009 Nr. 5. (我国物权法没有承认登记公信力，载于《东方法学》，上海 2009 年第 5 期。)

Pan, Lu (潘璐) — Die Selbstständigkeit und die Verkehrsfähigkeit der Hypothek, in der Zeitschrift „Economic Practice“, Jahrgang 2006 Nr. 14, S. 121. (论抵押权的独立性与流通性，载于《经济工作》2006 年第 14 期，第 121 页。)

Shi, Shangkuan (史尚宽) — Sachenrecht, Verlag der Universität für Politik und Rechtswissenschaft, Peking 2000. (《物权法论》，中国政法大学出版社，2000 年 1 月版。)

Su, Yongqin (苏永钦) — Hrsg., „Forschungen zu streitigen Fragen des Sachenrechts im Zivilrecht“, Verlag Wunan, Taibei 1999. (《民法物权争议问题研究》，五南图书出版公司，台北 1999。)

Sun, Xianzhong (孙宪忠) — Das moderne deutsche Sachenrecht, Verlag des Gesetzes, Peking 1997. (《德国当代物权法》，法律出版社，北京 1997 年 7 月第 1 版。)

Das Trennungsprinzip zwischen Grund und Erfolg des Wechsels im Sachenrecht, in der Zeitschrift „Forschungen der Jurisprudenz“, Jahrgang 1999 Nr. 5. (“物权变动的原因与结果的区分原则”，载于《法学研究》1999 年第 5 期。)

Ursprung und Sinn der Lehre vom dinglichen Rechtsgeschäft, in der Zeitschrift „Forschungen der Jurisprudenz“, Jahrgang 1996 Kapitel 18 Nr. 3. (《物权行为理论探源及其意义》，《法学研究》1996 年第 18 卷第 3 期)

Nochmalige Diskussion der Lehren zum dinglichen Rechtsgeschäft, in der Zeitschrift „Chinesische Sozialwissenschaft“, Jahrgang 2001 Nr. 5. (“再谈物权行为理论”，载于《中国社会科学》2001 年第 5 期。)

Sachenrecht, Verlag des Gesetzes, Peking 2001. (《论物权法》，法律出版社，北京 2001 年 10 月版。)

Systembildung in der Rechtsgeschäftslehre und der zivilrechtlichen Kodifizierung, in der Zeitschrift „Yuelu-Kommentar der Jurisprudenz“, Kapitel 5, Changsha 2003. (“法律行为制度构造与民法典的制定”，载于《岳麓法学评论》第 5 卷，长沙 2003，本文根据作者 2001 年以来在多所大学的讲座整理。)

Sun, Zhe (孙哲) Der gutgläubige Erwerb unbeweglicher Sachen, in der Zeitschrift „Rechtssystem und Gesellschaft“, Jahrgang 2012 Nr. 35. (论不动产的善意取得，载于《法制与社会》２０１２年 35 期。)

Tian, Shiyong (田士永) Das dingliche Rechtsgeschäft, insbesondere im Vergleich zwischen dem Eigentumserwerb im Chinesischen und Deutschen Recht, Verlag der Universität für Politik und Rechtswissenschaft, Peking 2002. (物权行为理论研究——以中国法和德国法中所有权变动的比较为中心，中国政法大学出版社，北京 2002。)

Wang, Chuang (王闯) Forschungen zum Institut der Sicherungsübereignung, Verlag des Gesetzes, Peking 2000. (《让与担保法律制度研究》，法律出版社，北京 2000 年版。)

Konflikte und Kreativität – Vergleich zwischen dem Sachenrechtsgesetz, dem Sicherheitengesetz und den zugehörigen höchstrichterlichen Erläuterung als Kernproblem, in der Zeitschrift „Hinweise zur zivilrechtlichen Rechtsprechung“, hrsg. von Xi, Xiaoming und dem 2. Zivilsenat des OVG, Jahrgang 2007, Nr. 2, Verlag des Volksgerichts, Peking 2008, S. 78。 (冲突与创新——以物权法与担保法及其解释的比较为中心而展开，载奚晓明主编，最高人民法院民事审判第二庭编，《民商事审判指导》，2007 年第 2 辑（总第 12 辑），人民法院出版社 2008 年版，第 78 页。)

Das Institut der Fahrnishypothek, in der Zeitschrift „Diskussionen über das Zivil- und Handelsrecht“, hrsg. von Liang, Huixing, Nr. 3, Verlag des

Gesetzes, Peking 1995, S. 395ff. (动产抵押制度研究，载于《民商法论丛》，梁慧星主编，第3期，第395页以下，北京1995年版。)

Beiträge zum Verkauf fremder Sachen und zur Verfügung von Nichtberechtigten, in der Zeitschrift „Volksjustiz“, Jahrgang 2000 Nr. 11, Peking 2000. (“试论出卖他人之物与无权处分”，载于《人民司法》2000年第11期。)

Wang, Danyu (王丹宇) Das Institut der Hypothek bei Kapitalanlagen, in der Zeitschrift „Sozialwissenschaften Hunan“, Jahrgang 2003 Nr. 6, S. 188. (投资抵押权制度初探，载于《湖南社会科学》，2003年第6期，第188页。)

Wang, Hongliang (王洪亮) Die Relativierung des öffentlichen Glaubens bei der Registrierung von Immobilien“, in der Zeitschrift „Forschungen des Rechtsvergleichs, Peking 2009, Nr. 5. (论登记公信力的相对化，载于《比较法研究》2009年第5期。)

Wang, Liming (王利明) Forschungen zum Sachenrecht, Verlag der Universität des Volks Chinas, Peking 2002. (物权法研究，中国人民大学出版社，北京 2002 年版。)

Beiträge zu einigen Fragen des dinglichen Rechtsgeschäfts, in der Zeitschrift „Chinesische Rechtswissenschaften“, Peking 1997, Jahrgang 1997 Nr. 3. (“物权行为若干问题探讨”，载《中国法学》1997年第3期)

Sachenrecht, Auflage 1, Verlag der Universität für Politik und Rechtswissenschaft, Peking 1998. (《物权法论》，中国政法大学出版社，北京1998年4月版。)

Akademische Entwürfe zum chinesischen Zivilgesetzbuch mit Begründungen der Rechtswissenschaftler, hrsg., Verlag des Gesetzes, Peking 2005. (《中国民法典学者建议稿及立法理由》，法律出版社，北京2005年版。)

Akademische Entwürfe zum chinesischen Sachenrechtsgesetz mit Begründungen, hrsg., Verlag des Chinesischen Rechtssystems, Peking 2001. (《中国物权法草案建议告及说明》，中

	国法制出版社，北京 2001 年版。)
Wang, Liming / Yi, Jun (王利明/易军)	Das chinesische Zivilrecht nach der Reform, in der Zeitschrift „Chinesische Sozialwissenschaft“, Jahrgang 2008, Nr. 6. (《改革开放以来的中国民法》，载《中国社会科学》2008 年第 6 期。)
Wang, Yi (王轶)	Theorien zum Sachenrechtswechsel, Peking 2001. (物权变动论，中国人民大学出版社，北京 2001 年版。)
Wang, Yi / Guan, Shufang (王轶/关淑芳)	Optionen der Gesetzgebung bei der Wahl der Strategie für den Verkehrsschutz beim Übergang des dinglichen Rechts, in „Sozialwissenschaft des Zhejiang“, Jahrgang 2005 Nr. 6. (“物权变动中交易安全保护策略的立法选择”，载于《浙江社会科学》，2005 年第 6 期。)
Wang, Ying (王莹)	Die Selbstständigkeit der Hypothek ist nicht geeignet für die chinesische Rechtsordnung, in der Zeitschrift „Jurisprudenz des Zeitalters“, Jahrgang 2005 Nr. 2. (抵押权的独立不适合中国国情，载《时代法学》2005 年第 2 期。)
Wang, Zejian (王泽鉴)	Forschungen zu den zivilrechtlichen Lehren und der Rechtsprechung, Erster, Vierter und Fünfter Band, Verlag der Universität für Politik und Rechtswissenschaft, Peking 1998. (《民法学说与判例研究》，第 1 册，第 4 册，第 5 册，中国政法大学出版社，1998 年 1 月版。)
	Allgemeiner Teil des Zivilrechts, Verlag der Universität für Politik und Rechtswissenschaft, Peking 2001. (《民法总则》，中国政法大学出版社，北京 2001 年 7 月第 1 版。)
	Sachenrecht des Zivilrechts, Band I: Allgemeiner Teil und Eigentum, Verlag der Universität für Politik und Rechtswissenschaft, Peking 2001. (《民法物权》，第 1 册：通则，所有权，中国政法大学出版社，北京 2001 年 10 月第 1 版。)
Wu, Qingbao (吴庆宝)	Theorie und Praxis der Entscheidungen zu dinglichen Sicherheiten, Verlag des Volksgerichts, Peking 2007. (物权担保裁判原理与实务，人民法院出版社，北京２００７年版。)
Xi, Xiaoming und der Zweite Zivilsenat des OVG	Hrsg., Leitlinien für Entscheidungen in Zivilsachen bei Sicherungsrechten, Verlag des

	Gesetzes, Peking 2014. (担保案件审判指导，法律出版社，北京 2014 年版。)
Xi, Xiaoming und der Zweiter Zivilsenat des OVG	Hrsg., Hinweise zur zivilrechtlichen Rechtsprechung, Verlag des Volksgerichts, Peking 2007. (民事审判指导，人民法院出版社，北京 2007 年版。)
Xi, Xiaoming und der Zweite Zivilsenat des OVG	Hrsg., Verständnis und Anwendung der höchstrichterlichen Erläuterung für das Kaufvertragsrecht, Verlag des Volksgerichts, 1. Auflage, Peking 2012. (最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用，人民法院出版社，北京 2012 年版。)
Xie, Zaiquan (谢在全)	Sachenrecht des ZGB, Erster Band, Verlag der Universität für Politik und Rechtswissenschaft, Peking 1999. (《民法物权论：上册》，中国政法大学出版社，北京 1999 年版。)
Xie, Zengyi/Ran, Hao (谢增毅/冉昊)	Vergleich zwischen Vermögens- und Sachenrecht“ – Kommentare zum Entwurf des Sachenrechtsgesetzes, in der Zeitschrift „Kommentar der globalen Jurisprudenz, Jahrgang 2006 Nr. 1. (“财产法与物权法比较——兼评《物权法（草案）》，载于《环球法律评论》2006 年第 1 期。)
Xie, Zhiguo/Wang, Xuexia (解志国/王雪霞)	Die Systematisierung der Verbriefung von Hypotheken – vor dem Hintergrund der Hypothekenverbriefung im deutschen und japanischen Recht, in der Zeitschrift „Moderne Jurisprudenz“, Band 18 Nr. 1, Peking 2004. (抵押证券制度结构论——以德日抵押证券模式为背景，载于《当代法学》，2004 年 1 月北京，第 18 卷第 1 期，总第 103 期，第 127 页。)
Xu, Haiyan/Li, Li (徐海燕/李莉)	Neueste Theorien zu dinglichen Sicherheiten und praktischen Fragen, Verlag des chinesischen Rechtssystems, 1. Auflage, Peking 2012. (物权担保前沿理论与实务探讨，中国法制出版社，北京 2012 年第 1 版。)
Yang, Yuling (杨与龄)	Sachenrecht des ZGB, Verlag Wunan, Taipei 1984. (《民法物权》，1984 年 4 月第 3 版，五南图书出版公司，台北 1984 年版。)
Yao, Ruiguang (姚瑞光)	Sachenrecht des ZGB, Eigenverlag, Taipei 1995.

(《民法物权论》，1995 年 10 月版，自版，台北 1995 年版。)

Ye, Jinqiang (叶金强) Öffentlicher Glaube der Registrierung: Der gutgläubige Erwerb unbeweglicher Sachen, in der Zeitschrift „Rechtliche Kommentare der Universität Xiamen“, Nr. 8, Verlag der Universität Xiamen, Xiamen 2004. (登记之公信力: 不动产善意取得制度，载于《厦门大学法律评论》第 8 辑，厦门大学出版社 2004 年第 12 版。)

Yu, Haiyong (于海涌) Zweifel an der Lehre vom dinglichen Rechtsgeschäft, in „Beiträge zur Eintragung unbeweglicher Sachen“, Verlag des Gesetzes, Peking 2007. (物权行为理论的困惑，载《论不动产登记》，法律出版社，北京 2007 年版。)

Zeng, Shixiong (曾世雄) Die Gegenwart und die Zukunft des Allgemeinen Teils des ZGB, Verlag der Universität für Politik und Rechtswissenschaft, Peking 2001. (《民法总则之现在与未来》，中国政法大学出版社，北京 2001 年 10 月第 1 版。)

Zheng, Yubo (郑玉波) Sachenrecht des Zivilrechts, Verlag Sanmin, Taipei 1998. (《民法物权》，1998 年 2 月修订 12 版，三民书局，台北 1998 年版。)

Zou, Hailin hrsg., Theorien und Praxisfragen von Sicherungsrechten bei der Finanzierung, Verlag der Literatur für Sozialwissenschaft, Peking 2004. (邹海林，金融担保法的理论与实践，社会科学文献出版社，北京 2004 年版。)