

MATTHIAS FERVERS

Hypothèque rechargeable
und Grundschuld

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

289

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

289

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Matthias Fervers

Hypothèque rechargeable
und Grundschuld

Mohr Siebeck

Matthias Fervers, geboren 1986; Studium der Rechtswissenschaft an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg; 2011 Promotion; derzeit Referendar, ab Juli 2013 Habilitand an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

e-ISBN PDF 978-3-16-152535-3

ISBN 978-3-16-152490-5

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2013 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im November 2011 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis August 2012 berücksichtigt.

Mein herzlicher Dank gebührt meinem verehrten Doktorvater, Herrn Professor Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner für die herausragende Betreuung dieser Arbeit. Er selbst hat die Anregung zu dieser Dissertation gegeben und ihre Fertigstellung zu jeder Zeit in vielfältiger Art und Weise gefördert. Herrn Professor Dr. Alexanders Bruns danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie für die schöne Zeit, die ich als Mitarbeiter seines Lehrstuhls erleben durfte.

Der Studienstiftung des deutschen Volkes danke ich für das großzügige Stipendium, welches die Anfertigung dieser Arbeit ermöglicht hat. Herrn Professor Dr. Haimo Schack und der Studienstiftung ius vivum danke ich für die großzügige finanzielle Unterstützung der Veröffentlichung.

Gewidmet sei diese Arbeit meinen Eltern, die mich zeit meines Lebens liebevoll unterstützt und gefördert haben.

Freiburg, im November 2012

Matthias Fervers

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	XXV
Kapitel 1: Einleitung.....	1
<i>A. Wirtschaftliche Bedeutung von Grundpfandrechten</i>	3
<i>B. Interessenlage bei der Bestellung von Grundpfandrechten</i>	5
<i>C. Die Akzessorietät</i>	7
<i>D. Historischer Überblick über die Akzessorietät in Frankreich</i>	11
Kapitel 2: Die Reform der traditionellen französischen Hypothek.....	15
<i>A. Die traditionelle französische Hypothek</i>	15
<i>B. Die Reform der Kreditsicherheiten</i>	23
Kapitel 3: Die neue französische <i>hypothèque rechargeable</i>	28
<i>A. Funktionsweise der hypothèque rechargeable</i>	28
<i>B. Rangordnung bei der hypothèque rechargeable</i>	37
<i>C. Erlöschen der hypothèque rechargeable</i>	40
<i>D. Übertragung und Abtretung von Hypothek und Forderung</i>	44
<i>E. Einschränkungen des Anwendungsbereichs</i>	60
<i>F. Umwandlungs- und Übergangsbestimmungen</i>	61

Kapitel 4: Problematische Konstellationen bei der <i>hypothèque rechargeable</i>	64
A. Zulässiger Zeitpunkt für die Entstehung der <i>hypothèque rechargeable</i>	64
B. <i>Hypothèque rechargeable</i> und Eigentümergrundschild	67
C. Gegenstand der <i>hypothèque rechargeable</i>	74
D. Rechtsfolgen der <i>convention de rechargement</i>	78
E. Zustimmungsbefähigung und Informationspflichten bei einer <i>convention de rechargement</i>	85
F. Kündigung der <i>hypothèque rechargeable</i> durch den Sicherungsgeber	88
G. Reichweite des Art. 2422 Abs. 6 CC	95
H. Rangprobleme bei der <i>hypothèque rechargeable</i>	97
I. Der Umfang der <i>convention de rechargement</i>	104
J. Umfang der Publizität	110
K. Die Relevanz der Eintragung der <i>convention de rechargement</i> für Dritte	119
L. Umfang der Formerfordernisse	123
M. Verhältnis zwischen der <i>hypothèque rechargeable</i> und den Privilegien	126
N. Rechtliche Fragen bei Vorliegen eines Auslandsbezugs	129
O. Entstehung einer <i>clause de rechargement</i> durch einseitige Erklärung?	132
P. Das Verhältnis der <i>convention de rechargement</i> zur Ausgangshypothek	134
Q. Neueintragung der <i>hypothèque rechargeable</i>	136
 Kapitel 5: Dogmatische Analyse der <i>hypothèque rechargeable</i>	 138
A. Die <i>hypothèque rechargeable</i> und die überkommenen Prinzipien	138

<i>B. Vergleich mit der deutschen Grundschuld</i>	145
 Kapitel 6: Die <i>hypothèque rechargeable</i> in der Zwangsvollstreckung	148
<i>A. Mesures conservatoires und mesures exécutoires</i>	148
<i>B. Die saisie immobilière</i>	149
<i>C. Alternativen zur Zwangsversteigerung</i>	156
 Kapitel 7: Die <i>hypothèque rechargeable</i> in der Insolvenz	168
 Kapitel 8: <i>Hypothèque rechargeable</i> und Grundschuld: Die praktischen Verwendungsmöglichkeiten der Grundpfandrechte im Vergleich	170
<i>A. Forderungsauswechslung</i>	171
<i>B. Geheimhaltung von Gläubiger und Schuldenhöhe</i>	178
<i>C. Zwischenfinanzierung</i>	180
<i>D. Rangerhaltung</i>	184
<i>E. Refinanzierung und Konsortialkredite</i>	192
<i>F. Umschuldung</i>	220
<i>G. Vollstreckungstitel</i>	224
 Kapitel 9: Erfolgsaussichten der <i>hypothèque rechargeable</i>	234
<i>A. Bewertungen in der französischen Rechtsliteratur</i>	234
<i>B. Eigene Erfolgsprognose</i>	235
 Kapitel 10: Die <i>hypothèque rechargeable</i> und die Eurohypothek	241
<i>A. Geschichte der Eurohypothek</i>	241

<i>B. Die Ausgestaltung der Eurohypothek</i>	242
Literaturverzeichnis	245
Register	257

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht.....	IX
Abkürzungsverzeichnis.....	XXV

Kapitel 1: Einleitung..... 1

A. Wirtschaftliche Bedeutung von Grundpfandrechten 3

B. Interessenlage bei der Bestellung von Grundpfandrechten 5

I. Kriterien für den Gläubiger 5

II. Konflikte mit anderen Interessen 5

1. Bestellungskosten 5

2. Flexibilität..... 5

3. Einfache Realisierung 6

4. Ausfallrisiko 6

C. Die Akzessorietät..... 7

I. Begriffsbildung..... 8

1. Bedeutung 8

2. Akzessorietät, Abstraktheit und Abstraktion..... 9

II. Funktionen der Akzessorietät 10

D. Historischer Überblick über die Akzessorietät in Frankreich 11

I. Die Entwicklung der Hypothek 11

II. Die nichtakzessorischen Ansätze der Revolutionszeit 12

III. Die Normierung der Hypothek im Code civil 14

Kapitel 2: Die Reform der traditionellen französischen Hypothek..... 15

A. Die traditionelle französische Hypothek..... 15

I.	Prinzipien der französischen Hypothek	15
1.	Droit de préférence	15
2.	Droit de suite.....	16
3.	Accessorieté.....	16
4.	Specialité	16
a)	Belastungsobjekt	17
b)	Sicherungsobjekt	17
5.	Indivisibilité.....	18
II.	Abgrenzung zu den Privilegien.....	19
1.	Generalprivilegien.....	20
2.	Immobiliarspezialprivilegien	20
a)	Privilège du vendeur.....	21
b)	Privilège du prêteur de deniers.....	22
<i>B.</i>	<i>Die Reform der Kreditsicherheiten.....</i>	<i>23</i>
I.	Problematik der Einführung durch eine ordonnance.....	24
II.	Motiv und Kernpunkte der Reform.....	25
1.	Motivation.....	25
2.	Kernpunkte der Reform.....	26
a)	Dauer der Eintragung	26
b)	Vereinfachte Löschungsmöglichkeit	27
c)	Hypothekenbereinigungsverfahren	27
d)	Einführung des pacte comissoire.....	27
 Kapitel 3: Die neue französische <i>hypothèque rechargeable</i>		 28
<i>A.</i>	<i>Funktionsweise der hypothèque rechargeable</i>	<i>28</i>
I.	Die clause de rechargement	28
1.	Mechanismus	28
2.	Anforderungen an die clause de rechargement.....	29
II.	Die convention de rechargement	30
1.	Funktionsweise	30
2.	Höhe der Wiederausnutzungsvereinbarung	32
3.	Sonstige Wirksamkeitsvoraussetzungen.....	33
4.	Eintragung der Wiederausnutzungsvereinbarung	35
III.	Die ordre-public-Klausel des Art. 2422 Abs. 6 CC.....	36
<i>B.</i>	<i>Rangordnung bei der hypothèque rechargeable</i>	<i>37</i>
I.	Grundprinzip	37
II.	Besonderheiten der hypothèque rechargeable.....	37
III.	Ausnahmen	39

<i>C. Erlöschen der hypothèque rechargeable</i>	40
I. Erlöschen der gesicherten Forderung.....	40
II. Verzicht des Gläubigers.....	42
III. Weitere Erlöschensgründe	42
IV. Rechtslage bei der Grundsuld	43
<i>D. Übertragung und Abtretung von Hypothek und Forderung</i>	44
I. Alte Rechtslage in Frankreich.....	44
1. Unselbständige Übertragung	44
a) Abtretung der Forderung	44
b) Subrogation dans le paiement.....	44
2. Selbständige Übertragung	45
a) Subrogation à l'hypothèque.....	45
b) Novation.....	46
II. Neue Rechtslage in Frankreich	47
1. Transmission à titre accessoire.....	47
a) Behandlung als selbständige Hypothekengläubiger	47
b) Weitergehende Anforderungen.....	48
aa) Zustimmungserfordernis	48
bb) Informationspflichten.....	50
2. Subrogation	50
a) Fiktive Aufspaltung der hypothèque rechargeable.....	51
b) Konsequenzen einer co-titularité	52
III. Gutgläubiger Erwerb.....	52
1. Publizität	52
2. Gutgläubiger Erwerb bei der Abtretung	53
IV. Rechtslage bei der Grundsuld	54
1. Gesetzliche Anerkennung der Sicherungsgrundsuld.....	55
2. Der aufschiebend bedingte Rückübertragungsanspruch	56
3. Die von § 1192 Abs. 1a BGB erfassten Einreden.....	56
a) Die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung.....	57
b) Isolierte Einreden	58
4. Eintragungsfähigkeit von Vormerkung und Widerspruch	59
5. Praktische Relevanz der Neuregelung	59
<i>E. Einschränkungen des Anwendungsbereichs</i>	60
I. Verbraucherschutz	60
II. Selbständige	61
III. Ein-Mann-GmbH	61
IV. Verstoß gegen die Schutzvorschriften	61
<i>F. Umwandlungs- und Übergangsbestimmungen</i>	61

I. Althypotheken	61
II. Privilège du prêteur de deniers (PPD)	62
Kapitel 4: Problematische Konstellationen bei der <i>hypothèque rechargeable</i>	64
A. Zulässiger Zeitpunkt für die Entstehung der <i>hypothèque rechargeable</i>	64
I. Die restriktive Auffassung	65
II. Die extensive Auffassung	66
B. <i>Hypothèque rechargeable</i> und Eigentümergrundschild	67
I. Rechtslage vor der Reform	67
1. Schutz des Grundstückserwerbers	67
2. Konsolidation	68
II. Rechtslage nach der Reform	68
1. Die herrschende Meinung	69
2. Die abweichende Auffassung	70
3. Stellungnahme	71
III. Rechtslage bei der Grundschild	74
C. Gegenstand der <i>hypothèque rechargeable</i>	74
I. Privilegien von Verkäufer und Kaufpreisfinanzierer	74
1. Die herrschende Meinung	74
2. Die abweichende Auffassung	75
3. Stellungnahme	76
II. Legalhypotheken	77
III. Richterliche Hypotheken	77
D. Rechtsfolgen der <i>convention de rechargement</i>	78
I. Auffassung der französischen Rechtsliteratur: co-titularité	78
II. Die praktische Untauglichkeit der co-titularité	79
1. Unklarheiten bezüglich der konkreten Ausgestaltung	79
a) Erste Möglichkeit: Gleichbehandlung aller Hypothekare	79
b) Zweite Möglichkeit: Differenzierung nach Hypothekensbetrag	80
c) Dritte Möglichkeit: Differenzierung nach dem Rang	81
2. Praktische Unzulänglichkeiten	81
3. Fehlende Berücksichtigung der gesicherten Forderung	82
4. Verstoß gegen Art. 2422 Abs 6 CC	82
5. Komplikationen aufgrund der Besonderheiten der Rangfolge	83
III. Rechtslage bei der Grundschild	84

<i>E. Zustimmungsbefähigung und Informationspflichten</i>	85
I. Keine Interventionsmöglichkeit des Erstgläubigers.....	85
II. Keine Informationspflichten der Parteien der <i>convention de rechargement</i>	86
III. Rechtslage bei der Grundsuld.....	86
1. Interventionsmöglichkeit.....	86
2. Recht auf Information	87
<i>F. Kündigung der hypothèque rechargeable durch den Sicherungsgeber</i>	88
I. Möglichkeit der einseitigen Kündigung im Zweipersonenverhältnis ..	88
1. Kein Kündigungsrecht aus Art. 2423 Abs. 3 CC	88
2. Kündigung als einseitiger Rechtsverzicht	89
3. Praktische Relevanz	89
II. Kündigung in Mehrpersonenverhältnissen.....	90
1. Kündigung gegenüber dem eingestiegenen Gläubiger	91
2. Kündigung gegenüber dem Erstgläubiger	93
III. Rechtslage bei der Grundsuld.....	94
<i>G. Reichweite des Art. 2422 Abs. 6 CC</i>	95
I. Die restriktive Auffassung.....	95
II. Die extensive Auffassung	96
<i>H. Rangprobleme bei der hypothèque rechargeable</i>	97
I. Art. 2422 Abs. 6 CC und co-titularité.....	97
II. Art. 2425 Abs. 5, 6 CC und der Rang der <i>convention de rechargement</i>	98
1. Lösung nach den allgemeinen Rangprinzipien	99
2. Lösung unter Annahme der Vorrangigkeit von Art. 2425 Abs. 5 CC	99
3. Vermittelnde Lösung.....	100
4. Eigener Lösungsvorschlag	101
a) Korrektur des ersten Lösungswegs	102
b) Korrektur des zweiten Lösungswegs	102
c) Korrektur des dritten Lösungswegs	102
d) Fazit	103
<i>I. Der Umfang der convention de rechargement</i>	104
I. Die restriktive Auffassung.....	105
II. Die herrschende Meinung.....	106
III. Die praktische Vorzugswürdigkeit der herrschenden Meinung.....	107
1. Bestellung einer zweitrangigen Hypothek.....	107

2. Abschluss einer convention de rechargement.....	107
3. Doppelte Absicherung.....	108
a) Konsequenzen der restriktiven Ansicht	108
b) Konsequenzen der herrschenden Auffassung	109
c) Kritik	109
IV. Rechtslage bei der Grundsuld	109
<i>J. Umfang der Publizität</i>	<i>110</i>
I. Vollständiges Erlöschen der Forderung	111
1. Die extensive Interpretation des Art. 2430 Abs. 1 CC	111
2. Stellungnahme.....	112
II. Partielles Erlöschen	113
III. Schutz des Neugläubigers	113
1. Informationspflichten des constituant	113
2. Informationspflichten des ursprünglichen Gläubigers	114
IV. Tragweite des Problems.....	117
V. Rechtslage bei der Grundsuld	119
<i>K. Die Relevanz der Eintragung der convention de rechargement für Dritte</i>	<i>119</i>
I. Ungesicherte und „externe“ Hypothekengläubiger	120
II. „Interne“ Hypothekengläubiger	121
III. Bewertung.....	122
IV. Rechtslage bei der Grundsuld	123
<i>L. Umfang der Formerfordernisse</i>	<i>123</i>
I. Ausgangshypothek.....	123
II. Convention de rechargement	124
1. Die restriktive Auffassung	124
2. Gegenargumente	125
3. Die Vorzugswürdigkeit der restriktiven Auffassung	125
<i>M. Verhältnis zwischen der hypothèque rechargeable und den Privilegien</i>	<i>126</i>
I. Rangprobleme.....	127
II. Lösungsmöglichkeiten	128
III. Tragweite des Problems	129
<i>N. Rechtliche Fragen bei Vorliegen eines Auslandsbezugs</i>	<i>129</i>
I. Darlehensvertrag.....	130
1. Bestimmung nach den Kriterien des französischen Rechts	130
2. Stellungnahme.....	131

II. Hypothekenrechtliche Vorschriften	131
<i>O. Entstehung einer clause de rechargement durch einseitige Erklärung?</i>	132
I. Die Mindermeinung: Entstehung aufgrund einseitiger Erklärung	132
II. Die herrschende Meinung: Entstehung aufgrund vertraglicher Abrede	133
<i>P. Das Verhältnis der convention de rechargement zur Ausgangshypothek</i>	134
I. Argumente für die Unselbständigkeit	134
II. Argumente für die Selbständigkeit	134
III. Bewertung	135
<i>Q. Neueintragung der hypothèque rechargeable</i>	136
Kapitel 5: Dogmatische Analyse der hypothèque rechargeable	138
<i>A. Die hypothèque rechargeable und die überkommenen Prinzipien</i>	138
I. Droit de préférence und droit de suite	138
II. Spécialité	139
1. Belastungsobjekt	139
2. Sicherungsobjekt	139
III. Accessorieté	140
1. Entstehung	141
2. Umfang	141
3. Fortbestand	141
4. Zuständigkeit	141
a) Kein Auseinanderfallen von Inhaberschaft an Forderung und Hypothek	142
b) Auswirkung von Zuständigkeitsverschiebungen	142
aa) Abtretung nach Art. 2424 Abs. 1 Satz 1 CC	142
bb) Subrogation nach Art. 2424 Abs. 1 Satz 2 CC	143
5. Durchsetzung	144
<i>B. Vergleich mit der deutschen Grundschuld</i>	145
I. Zuständigkeit bezüglich des Grundpfandrechts	145
1. Situation bei der Grundschuld	145
2. Situation bei der hypothèque rechargeable	145
II. Grad der Akzessorietät	146

Kapitel 6: Die <i>hypothèque rechargeable</i> in der Zwangsvollstreckung.....	148
<i>A. Mesures conservatoires und mesures exécutoires</i>	148
<i>B. Die saisie immobilière</i>	149
I. Voraussetzungen der Zwangsversteigerung.....	149
1. Allgemeine Voraussetzungen.....	149
2. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.....	150
II. Ablauf der Zwangsversteigerung.....	151
III. Personenverschiedenheit von Schuldner und Eigentümer.....	153
1. Materielle Verteidigungsmöglichkeiten des tiers détenteur.....	153
2. Die weiteren Handlungsmöglichkeiten des tiers détenteur.....	154
a) Befriedigung der Gläubiger.....	154
b) Délaissement.....	155
c) Purge.....	155
d) Purge amiable.....	155
<i>C. Alternativen zur Zwangsversteigerung</i>	156
I. Unabdingbarkeit der Vorschriften.....	156
II. Die attribution judiciaire.....	157
1. Gläubigermehrheit bei der traditionellen französischen Hypothek.....	157
a) Erste Möglichkeit: Beschränkung der attribution judiciaire auf den erstrangigen Hypothekar.....	158
b) Zweite Möglichkeit: attribution judiciaire auch für nachrangige Hypothekengläubiger.....	158
2. Hypothèque rechargeable und co-titularité.....	158
3. Weitere Einschränkungen.....	160
a) Beschränkung auf vertragliche Hypotheken.....	160
b) Verbraucherschutz bei der hypothèque rechargeable.....	160
III. Der pacte comissoire.....	161
1. Das Rechtsinstitut und die hypothèque rechargeable.....	161
a) Auswirkungen eines pacte comissoire bei der Ausgangshypothek.....	162
b) Weitere Rechtsfragen.....	164
2. Erfolgsaussichten des pacte comissoire.....	165
a) Beschränkung auf vertragliche Hypotheken.....	165
b) Ungeklärte Rechtsfragen.....	166
c) Hohe formale Anforderungen.....	167

Kapitel 7: Die <i>hypothèque rechargeable</i> in der Insolvenz.....	168
 Kapitel 8: <i>Hypothèque rechargeable</i> und Grundschild: Die praktischen Verwendungsmöglichkeiten der Grundpfandrechte im Vergleich.....	170
<i>A. Forderungsauswechslung</i>	172
I. Rechtslage in Deutschland.....	172
1. Forderungsauswechslung bei der Hypothek	172
2. Forderungsauswechslung bei der Grundschild	173
II. Rechtslage in Frankreich	174
1. Forderungsauswechslung bei der traditionellen französischen Hypothek.....	174
a) Novation.....	175
b) Ouverture de crédit.....	175
2. Forderungsauswechslung bei der <i>hypothèque rechargeable</i>	176
III. Zwischenfazit.....	177
<i>B. Geheimhaltung von Gläubiger und Schuldenhöhe</i>	178
I. Rechtslage in Deutschland.....	178
1. Geheimhaltung von Gläubiger und Schuldenhöhe bei der Hypothek	178
2. Geheimhaltung von Gläubiger und Schuldenhöhe bei der Grundschild.....	178
II. Rechtslage in Frankreich	178
1. Traditionelle französische Hypothek.....	178
2. <i>Hypothèque rechargeable</i>	179
III. Zwischenfazit.....	179
<i>C. Zwischenfinanzierung</i>	180
I. Rechtslage in Deutschland.....	181
1. Zwischenfinanzierung bei der Hypothek	181
2. Zwischenfinanzierung bei der Grundschild	181
II. Rechtslage in Frankreich	182
1. Zwischenfinanzierung bei der traditionellen französischen Hypothek.....	182
2. Zwischenfinanzierung bei der <i>hypothèque rechargeable</i>	183
III. Zwischenfazit.....	183
<i>D. Rangerhaltung</i>	184

I.	Rechtslage in Deutschland.....	184
1.	Rangerhaltung bei der Hypothek.....	184
a)	Rangvorbehalt	184
b)	Vormerkung	185
2.	Rangerhaltung bei der Grundschuld.....	185
a)	Bestellung einer Eigentümergrundschuld	185
b)	Bestellung einer Treuhandgrundschuld	186
c)	Ausnutzen einer bestehenden Rangstelle.....	187
II.	Rechtslage in Frankreich	188
1.	Rangerhaltung bei der traditionellen französischen Hypothek	188
2.	Rangerhaltung bei der hypothèque rechargeable	188
a)	Mechanismus der Rangerhaltung.....	188
b)	Praktische Nachteile.....	189
III.	Zwischenfazit.....	192
<i>E. Refinanzierung und Konsortialkredite</i>		192
I.	Refinanzierung	193
1.	Refinanzierung durch das Pfandbriefgeschäft	193
2.	True-Sale-Verfahren	195
3.	Exkurs: Die Abtretbarkeit von Kreditforderungen	196
a)	Rechtslage in Deutschland.....	196
b)	Rechtslage in Frankreich.....	198
II.	Kreditsyndizierung	199
1.	Arten des Konsortialkredits.....	200
a)	Echter Konsortialkredit	200
b)	Unechter Konsortialkredit	200
c)	Offener Konsortialkredit	201
d)	Verdeckter Konsortialkredit.....	201
2.	Besicherung des Konsortialkredits	201
a)	Sicherheiten-Pool	201
b)	Sicherungs-Pool	202
3.	Sicherung eines Konsortialkredits mit einer deutschen Hypothek.....	203
4.	Sicherung eines Konsortialkredits mit einer Grundschuld.....	203
a)	Rechtslage vor Einführung des Refinanzierungsregisters.....	204
b)	Die Einführung des Refinanzierungsregisters	206
aa)	Die Nutzung des Refinanzierungsregisters in Deutschland.....	206
bb)	Die internationale Nutzung des Refinanzierungsregisters.....	207
III.	Rechtslage in Frankreich.....	208
1.	Konsortialkredite.....	208

a) Traditionelle französische Hypothek	208
b) Hypothèque rechargeable	209
c) Auswirkungen der fiducie	210
aa) Die Rechtslage vor dem Gesetz zur Einführung der fiducie	210
bb) Die Rechtslage nach der Einführung der fiducie	211
cc) Agent des sûretés gemäß Art. 2328-1 CC	213
(1) Qualifikation des Art. 2328-1 CC	213
(2) Beschränkung auf dingliche Sicherheiten	214
(3) Anspruch der künftigen Zessionare gegen den Konsortialführer	214
(4) Problematischer Wortlaut der Norm	215
(5) Einfluss des Gesetzes zur Modernisierung der Wirtschaft	216
dd) Problematik akzessorischer Sicherheiten	217
(1) Erstreckung des Art. 2328-1 CC auf die persönliche Forderung	217
(2) Aushebelung des Akzessorietätsprinzips durch Art. 2328-1 CC	217
(3) Bestellung einer hypothèque rechargeable	217
2. Refinanzierung	218
IV. Zwischenfazit	219
<i>F. Umschuldung</i>	220
I. Rechtslage in Deutschland	220
1. Umschuldung bei der Hypothek	220
2. Umschuldung bei der Grundschild	220
II. Rechtslage in Frankreich	222
1. Traditionelle französische Hypothek	222
a) Umschuldung unter Einschaltung des ursprünglichen Gläubigers	222
b) Umschuldung unter Einschaltung eines neuen Gläubigers	223
aa) Novation	223
bb) Paiement avec subrogation	223
2. Hypothèque rechargeable	224
III. Zwischenfazit	224
<i>G. Vollstreckungstitel</i>	224
I. Rechtslage in Deutschland	224
1. Funktionsweise	225
2. Schuldnerschutz und AGB-Kontrolle	226
a) Diskussionsstand vor der Finanzkrise	226

b) Jüngere Modifikationen.....	227
c) Die neueste Rechtsprechung des BGH	231
II. Rechtslage in Frankreich	232
III. Zwischenfazit.....	233
Kapitel 9: Erfolgsaussichten der <i>hypothèque rechargeable</i>	234
A. Bewertungen in der französischen Rechtsliteratur	234
B. Eigene Erfolgsprognose	235
I. Bestellungskosten.....	235
II. Flexibilität	236
III. Realisierung.....	236
IV. Sicherheit in der Insolvenz	237
V. Sonstige Unzulänglichkeiten	238
1. Ungeklärte Rechtsfragen.....	238
2. Unklarheit bezüglich der Rechtszuordnung.....	239
VI. Bewertung.....	239
Kapitel 10: Die <i>hypothèque rechargeable</i> und die Eurohypothek	241
A. Geschichte der Eurohypothek.....	241
B. Die Ausgestaltung der Eurohypothek	242
I. Akzessorietät oder Nichtakzessorietät	242
II. Die <i>hypothèque rechargeable</i> als Vorbild für die Eurohypothek?.....	243
Literaturverzeichnis	245
Register.....	257

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.E.	am Ende
aF	alte Fassung
ABS	Asset Backed Securities
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJDI	L'actualité juridique droit immobilier
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BB	Betriebs-Berater; Zeitschrift für Recht, Steuern und Wirtschaft
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BOI	Bulletin officiel des impôts
bzw.	beziehungsweise
Cah.dr.entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
CC	Code civil
CGI	Code général des impôts
D.	Recueil Dalloz
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
dh	das heißt
DB	Der Betrieb
DLK	Der langfristige Kredit
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DP	Droit et patrimoine
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
Fasc.	Fascicule
GBO	Grundbuchordnung
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
InsO	Insolvenzordnung

IPR	Internationales Privatrecht
iÜ	im Übrigen
iVm	in Verbindung mit
JA	Juristische Ausbildung
JCC	Juric Classeur Civil
JCP	La semaine juridique / Édition générale
JCP E	La semaine juridique / Entreprise et affaires
JCP N	La semaine juridique / Édition notariale et immobilière
Jura	Jura: juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
Jg.	Jahrgang
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KTS	KTS : Zeitschrift für Insolvenzrecht
LPA	Les Petites Affiches
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
m.w.N	mit weiteren Nachweisen
nF	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
p.	page
PUF	Presses universitaires de France
RB	Revue banque
RD	Revue de Droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
Req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de Cassation
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RLDC	Revue Lamy droit civil
Rn.	Randnummer
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Seite
Vdp	Verband deutscher Pfandbriefbanken
Vgl.	vergleiche
VuR	Verbraucher und Recht
WM	Wertpapiermitteilungen; Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
zB	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVG	Zwangsversteigerungsgesetz

Kapitel 1

Einleitung

Rechtspolitische Veränderungen rufen in aller Regel Resonanz unter den Juristen hervor. Dabei ist der geistige Kampf der Befürworter und der Kritiker meist umso härter, je gravierender die gesetzliche Änderung in den überkommenen Zustand eingreift. Der französische Gesetzgeber hat am 23.3.2006 das Recht der Kreditsicherheiten nach fast 200 Jahren Existenz durch eine Rechtsverordnung einer umfassenden Reform unterzogen und hierbei ein für die Franzosen bisher völlig unbekanntes Sicherungsmittel eingeführt: die *hypothèque rechargeable*. Wörtlich übersetzt bedeutet dies „wiederaufladbare“, „wiederauffüllbare“ oder „wiederausnutzbare“ Hypothek¹. Angesichts der Tatsache, dass der französische *Code civil* von seinem Bestehen an nur ein Grundpfandrecht kannte – nämlich die streng akzessorische Hypothek – kann man die Einführung der *hypothèque rechargeable* auf den ersten Blick durchaus als eine kleine Revolution bezeichnen². Ein entsprechend hoher Anklang war deshalb auch in den französischen Medien sowie im Internet bei der Einführung der „wiederaufladbaren“ Hypothek zu beobachten. Hierunter fanden sich gleichermaßen begeisterte³ wie kritische⁴ Stimmen. Die detaillierte juristische Analyse wurde bislang allerdings eher mosaikartig vorgenommen. Die juristischen Veröffentlichungen in Frankreich, die sich mit der *hypothèque rechar-*

¹ In der neuesten Auflage des *Doucet/Fleck* findet sich zur *hypothèque rechargeable* kein Eintrag. In der deutschen Sekundärliteratur wird *hypothèque rechargeable* zum Teil mit „wiederaufladbare Hypothek“ (so Klein/Tietz RIW 2007, 101 ff.) und zum Teil mit „wiederauffüllbare Hypothek“ (so Leutner/Lehberg ZfIR-Report 2006, 817 ff.) übersetzt.

² So schreibt „Le Journal du Net“ am 18.1.2007: „L’hypothèque fait sa révolution“, Artikel abrufbar unter <<http://www.journaldunet.com/economie/enquete/hypothèque-rechargeable/hypothèque-rechargeable.shtml>> (Abrufdatum: 2.10.2010).

³ Optimistisch im Hinblick auf die Entwicklung des Hypothekenmarktes durch die Einführung der wiederausnutzbaren Hypothek auch die Erklärung des Wirtschaftsministeriums vom 8.2.2005, abrufbar unter <http://www.economie.gouv.fr/presse/dossiers_de_presse/conf050208/fiche3.pdf> (Abrufdatum: 13.3.2011).

⁴ Der Bericht des Finanzausschusses [„rapport d’enquête sur l’hypothèque et le crédit hypothécaire, abrufbar unter <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/044000625/0000.pdf>, S. 21 ff. (Abrufdatum: 3.8.2011)] hält die Einführung einer wiederaufladbaren Hypothek unter mehreren Gesichtspunkten für inkompatibel mit fundamentalen Prinzipien des damals geltenden Hypothekenrechts.

geable beschäftigen, verfolgen anscheinend nicht das Ziel, das neue Sicherungsrecht komplett und umfassend zu untersuchen, sondern beschränken sich tendenziell eher auf jeweils verschiedene Teilbereiche. Auch die recht früh nach der Einführung der wiederaufladbaren Hypothek erschienene Monographie „*L’hypothèque rechargeable*“⁵ behandelt bei weitem nicht alle im Zusammenhang mit dem neuen Sicherungsinstrument auftretenden Rechtsprobleme⁶. In der französischen Rechtsliteratur findet sich außerdem keine ausführliche praktische Analyse der Bedeutung der *hypothèque rechargeable* für die Kreditpraxis. Interessant ist hierbei vor allem die Frage, inwieweit das neue Sicherungsinstrument für professionelle Kreditgeber tatsächlich eine Verbesserung gegenüber der traditionellen französischen Hypothek mit sich bringt. Im Rahmen dieser Arbeit sollen daher zunächst die Funktionsweise der *hypothèque rechargeable* umfassend analysiert, ihre Entstehungsgeschichte verfolgt und die mit ihrer Einführung auftretenden Rechtsprobleme dargestellt und einer Lösung zugeführt werden. Im Folgenden soll eine detaillierte dogmatische Analyse die Fragen beantworten, inwieweit die wiederausnutzbare Hypothek tatsächlich mit den Prinzipien der traditionellen französischen Hypothek bricht und ob die teilweise angekündigte Revolution der Hypothek tatsächlich eine solche ist.

Das zweite Ziel dieser Arbeit ist ein Rechtsvergleich mit der deutschen Grundschuld. Im Gegensatz zu Frankreich stehen sich in Deutschland seit dem Inkrafttreten des BGB am 1.1.1900 die Hypothek als akzessorisches und die Grundschuld als nichtakzessorisches Sicherungsmittel gegenüber. Im Wettbewerb der Grundpfandrechte untereinander hat sich mittlerweile die Grundschuld gegenüber der Hypothek vollständig durchgesetzt und diese nahezu verdrängt⁷. Diese Tatsache ist aufgrund der zahlreichen praktischen Vorteile der Grundschuld gegenüber der Hypothek, die an späterer Stelle dargestellt werden sollen, durchaus nachvollziehbar. Da die wiederaufladbare Hypothek Merkmale der Grundschuld aufweist und ihr daher auf den ersten Blick durchaus ähnlich erscheint, ist es nicht verwunderlich, dass sich in der deutschen Literatur teilweise die Aussage findet, der fran-

⁵ *Dagot*, *L’hypothèque rechargeable*, Paris 2006.

⁶ Signifikant ist beispielsweise auch die Analyse von *Vauvillé*, *Defrénois* 2007, art. 38655, p. 1327, 1329, der an dieser Stelle von lediglich drei problematischen Konstellationen spricht. Zwar ist nur die Rede von „auf Anhieb“ erkennbaren Rechtsproblemen. Gleichwohl wird diese Aussage der Fülle an problematischen Konstellationen nicht gerecht, zumal die vom Autor geführte Diskussion über den Rang der wiederausnutzbaren Hypothek in der Folge auch nur *de lege ferenda* geführt wird.

⁷ *Baur/Stürner*, § 36 Rn. 79a; *Scholz/Lwowski*, S. 580; *Seckelmann*, S. 24. Während nach *MünchKomm/Eickmann* § 1191 Rn. 5 die Grundschuld in etwa 80 % der Fälle bestellt wird, macht die Grundschuld nach *Stöcker/Stürner*, Flexibilität der Grundpfandrechte, S. 46 sogar 90 % aus (allerdings mit Hinweis auf die unklare statistische Lage).