

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](http://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 Grundschild</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 Grundschild: 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> .....	23
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> .....	28
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> .....	37
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
<i>A. Zulässiger Zeitpunkt für die Entstehung der hypothèque rechargeable</i> .....	64
I. Die restriktive Auffassung .....	65
II. Die extensive Auffassung .....	66
<i>B. Hypothèque rechargeable und Eigentümergrundschild</i> .....	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
<i>C. Gegenstand der 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
<i>D. Rechtsfolgen der 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
<b>Kapitel 5: Dogmatische Analyse der hypothèque rechargeable</b> .....	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 Grundsuld</i> .....	145
I. Zuständigkeit bezüglich des Grundpfandrechts .....	145
1. Situation bei der Grundsuld .....	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 Grundschuld: 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 Grundschuld.....	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 Grundschuld.....	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 Grundschuld.....	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“ Hypothek<sup>1</sup>. 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 bezeichnen<sup>2</sup>. 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 begeisterte<sup>3</sup> wie kritische<sup>4</sup> Stimmen. Die detaillierte juristische Analyse wurde bislang allerdings eher mosaikartig vorgenommen. Die juristischen Veröffentlichungen in Frankreich, die sich mit der *hypothèque rechar-*

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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).

<sup>3</sup> 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](http://www.economie.gouv.fr/presse/dossiers_de_presse/conf050208/fiche3.pdf)> (Abrufdatum: 13.3.2011).

<sup>4</sup> 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*“<sup>5</sup> behandelt bei weitem nicht alle im Zusammenhang mit dem neuen Sicherungsinstrument auftretenden Rechtsprobleme<sup>6</sup>. 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 verdrängt<sup>7</sup>. 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-

---

<sup>5</sup> *Dagot*, *L’hypothèque rechargeable*, Paris 2006.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> *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).