Berliner Handbücher

GEHRLEIN • GRAEWE • WITTIG (Hrsg.)

Das Recht der Kreditsicherung

11., völlig neu bearbeitete Auflage

ESV ERICH SCHMIDT VERLAG

ERICH
SCHMIDT
VERLAG

Berliner Handbücher

Das Recht der Kreditsicherung

Herausgegeben von

Prof. Dr. Markus Gehrlein
Richter am Bundesgerichtshof a. D.

Prof. Dr. Daniel Graewe, LL. M.
Rechtsanwalt

Judith Wittig
Managing Director, Associate General Counsel

Bearbeitet von

Dr. Jan-Hendrik Brünink
Dr. Stefanie Filz
Prof. Dr. Markus Gehrlein
Prof. Dr. Daniel Graewe, LL.M.
Prof. Dr. Eva-Maria Kieninger
Béla Knof
Michael Liepin
Dr. Helmut Merkel
Dr. Henning Mordhorst
Dr. Bernd Peters
Martin Richter
Prof. Dr. Heinrich Schoppmeyer
Dr. Jan de Weerth
Judith Wittig

11., völlig neu bearbeitete Auflage

ERICH SCHMIDT VERLAG

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.dnb.de abrufbar.

Weitere Informationen zu diesem Titel finden Sie im Internet unter
https://ESV.info/978-3-503-21199-9

Zitiervorschlag:
Bearbeiter, in: Gehrlein/Graewe/Wittig, Das Recht der Kreditsicherung, 11. Aufl., § … Rn. …

1. Auflage 1952
…
9. Auflage 2011
10. Auflage 2018
11. Auflage 2023

ISBN 978-3-503-21199-9 (gedrucktes Werk)
ISBN 978-3-503-21200-2 (eBook)
ISSN 1865-4185

Alle Rechte vorbehalten
© Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2023
www.ESV.info

Druck: Beck, Nördlingen

Vorwort

Die nunmehr 11. Auflage des Rechts der Kreditsicherung setzt eine Tradition fort, die vor genau 70 Jahren, mit der Erstauflage im Jahr 1952, begründet wurde. Seitdem hat sich ökonomisch und rechtlich viel verändert – vor allem sind das Wirtschafts- und Rechtssystem komplexer geworden. Das Bedürfnis nach einer praxisnahen und verständlichen Darstellung des Kreditsicherungsrechts ist entsprechend gewachsen.

Eine Sache ist dabei freilich unverändert geblieben: „*Kredit ist Vertrauenssache. Aber das Vertrauen darauf, dass der Kreditnehmer den kreditierten Betrag vereinbarungsgemäß zurückzahlen werde, kann allein die Kreditgewährung nicht rechtfertigen*." Diese Grundaussage zur Rechtfertigung der Existenz des Kreditsicherungsrechts fand und findet sich in § 1 Randnummer 1 des Werkes und stammt von Professor Dr. Hans-Jürgen Lwowski, der das Buch seit über vier Jahrzehnten als Herausgeber maßgeblich prägte. Nunmehr hat sich der renommierte Bank- und Insolvenzrechtler in den verdienten publizistischen Ruhestand zurückgezogen und die Fortführung des Werkes anderen Händen anvertraut, die versuchen werden, es in seinem Sinne fortzuführen. Verlag, Herausgeber und Autoren sind Herrn Lwowski überaus dankbar, über einen so langen Zeitraum das Recht der Kreditsicherung betreut und maßgeblich mit- und weiterentwickelt zu haben. Unter seiner Ägide konnte sich das Buch als ein Standardwerk des Bankrechts etablieren.

Ebenfalls aus dem Herausgeberkreis ausgeschieden ist der Vorsitzende Richter am BGH i. R. Dr. Gero Fischer. Nachdem Herr Fischer bereits im Jahr 2008 in den richterlichen Ruhestand getreten war, setzte er noch fast fünfzehn Jahre lang sein Wirken u. a. auch als Mit-Herausgeber des Rechts der Kreditsicherung fort. Bei dieser, nunmehr vorliegenden Auflage, bat Herr Fischer allerdings darum, auch als Herausgeber auszuscheiden, was Verlag, Herausgeber und Autoren, ebenso wie bei Herrn Lwowski, sehr bedauern. Er begleitete und prägte das Werk mehr als ein Jahrzehnt und ließ wertvollen richterlichen Input einfließen.

Zu den bereits angesprochenen anderen Händen gehören zunächst zwei neue Herausgeber: Judith Wittig (Bad Soden) und Professor Dr. Daniel Graewe (Hamburg). Beide gehören schon zu dem Autorenteam des Werks und haben sich bereiterklärt, eine weitergehende Verantwortung für das Buch zu übernehmen.

Des Weiteren freuen sich die Herausgeber, auch insgesamt drei neue Autorinnen und Autoren im Team begrüßen zu dürfen: Richter am BGH Michael Liepin, Associate General Counsel Martin Richter und Legal Counsel Stefanie Filz. Alle Autorinnen und Autoren sind praxiserprobt und über viele Jahre erfahren im Bereich des Kreditsicherungsrechts. Mit diesem neuen Team wird das Werk in Zukunft seine Richtung weiter fortsetzen und seinen Nutzerinnen und Nutzern hoffentlich viele wertvolle Dienste leisten können.

Selbstverständlich sind auch für die Neuauflage alle Beiträge und Vertragsmuster rechtlich auf den neusten Stand gebracht worden. Wie gewohnt haben sich die Autoren dabei an der höchstrichterlichen Rechtsprechung orientiert, bei Bedarf aber auch abweichende Literaturansichten dargestellt, ohne sich jedoch in akademischen Streitigkeiten zu verlieren. So soll die Tradition des Werks, den Lesern anwendungsorientierte Lösungen aufzuzeigen, aufgenommen und mit dem Ziel fortgeführt werden, das Verständnis des Kreditsicherungsrechts weiter zu verbessern.

Die Herausgeber danken allen Autorinnen und Autoren für ihre qualifizierte und engagierte Mitarbeit.

Landau, Hamburg und Bad Soden, im Herbst 2022 Die Herausgeber

Inhaltsübersicht

Vorwort ... V

Inhaltsverzeichnis ... IX

Bearbeiterverzeichnis ... XLV

§ 1 Allgemeine Grundlagen ... 1

§ 2 Sicherungsmittel ... 25

§ 3 Sicherungsvertrag und Sicherstellungsvertrag ... 65

§ 4 Sicherheitenpoolverträge ... 109

Anhang zu § 4 Sicherheitenpoolverträge ... 133

§ 5 Verwertung der Sicherheit ... 149

§ 6 Verwertung von Kreditsicherheiten im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Sicherungsgebers ... 199

Anhang zu § 6 Verwertung von Kreditsicherheiten ... 267

§ 7 Anfechtung von Kreditsicherheiten ... 275

§ 8 Kreditsicherung und Aufsichtsrecht ... 287

§ 9 Personalsicherheiten ... 311

Anhang zu § 9 Personalsicherheiten ... 425

§ 10 Verpfändung von beweglichen Sachen ... 437

§ 11 Sicherungseigentum ... 503

Anhang 1 zu § 11 Sicherungseigentum ... 561

Anhang 2 zu § 11 Sicherungseigentum ... 571

§ 12 Verpfändung von Rechten als Sicherungsmittel ... 583

Anhang zu § 12 Verpfändung von Rechten ... 645

§ 13 Sicherungsabtretung ... 655

Anhang 1 zu § 13 Sicherungsabtretung ... 729

Anhang 2 zu § 13 Sicherungsabtretung ... 737

§ 14 Kreditsicherung und Leasing-Refinanzierung ... 747

§ 15 Grundpfandrechte 841
Anhang 1 zu § 15 Grundpfandrechte 951
Anhang 2 zu § 15 Grundpfandrechte 961
§ 16 Kreditsicherung und Gesellschaftsrecht 971
§ 17 Kreditsicherheiten im grenzüberschreitenden Verkehr, Rechtsangleichung und Harmonisierung 1031
§ 18 Ordnungsrechtliche Haftung des Sicherungsnehmers 1057
§ 19 Umsatzsteuer bei der Sicherheitenverwertung 1069
§ 20 Eigentumsvorbehalt 1093
Literaturverzeichnis 1129
Stichwortverzeichnis 1145

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V

Inhaltsübersicht VII

Bearbeiterverzeichnis XLV

§ 1 Allgemeine Grundlagen 1

Inhaltsübersicht 1

I. Grundbegriffe 1

1. Kreditsicherung 1

2. Gesicherte Forderung und Sicherungsrecht 2

a) Geborene Sicherheit 2

b) Gekorene Sicherheit 3

3. Sicherungsrecht 4

II. Die Arten der Sicherheit 7

1. Personal- und Sachsicherheit 7

a) Personalsicherheit 7

b) Sachsicherheit 8

2. Abhängigkeit der Sicherheit von der gesicherten Forderung 10

a) Akzessorische Sicherheit 10

b) Fiduziarische oder abstrakte Sicherheit 11

3. Mittelbar und unmittelbar verwertbare Sicherheit 13

a) Mittelbar verwertbare Sicherheit (vgl. § 5 Rn. 6) 14

b) Unmittelbar verwertbare Sicherheit (vgl. § 5 Rn. 12) 15

III. Der Vorvertrag 15

1. Positiverklärung 15

2. Besicherungsanspruch nach AGB-Banken 17

3. Wegfall der vorgesehenen Sicherheit 18

4. Entgeltlichkeit der Sicherstellung 19

5. Bankmäßige Sicherheit und Geschäftsverbindung 20

IV. Beteiligte Personen 22

§ 2 Sicherungsmittel 25

Inhaltsübersicht 25

I. Personalsicherheit 25

II. Sachsicherheit (Realsicherheit) ... 27
1. Sachen und Rechte allgemein ... 27
a) Nutzungen und Erträgnisse ... 27
b) Surrogate ... 28
2. Bewegliche Sachen ... 29
a) Allgemeines ... 29
b) Zubehör ... 31
3. Unbewegliche Sachen ... 34
a) Allgemeines ... 34
b) Wesentliche Bestandteile ... 35
c) Scheinbestandteil ... 38
III. Beeinträchtigung und Bewertung der Sicherheit ... 40
1. Sicherungswert ... 40
2. Bewertung der Personensicherheit ... 41
3. Bewertung der Sachsicherheit ... 41
a) Beleihungswert und Deckungsverhältnis ... 41
b) Bewertung beweglicher Sachen ... 44
c) Bewertung unbeweglicher Sachen ... 47
aa) Dingliche Rechte am Grundstück ... 49
aaa) Öffentliche Lasten ... 50
bbb) Erbbaurecht ... 50
ccc) Dienstbarkeiten ... 51
ddd) Vorkaufsrecht, Wiederkaufsrecht ... 53
eee) Reallast ... 54
fff) Grundpfandrecht ... 54
bb) Vorläufige Eintragungen ... 55
aaa) Vormerkung ... 55
bbb) Widerspruch ... 56
ccc) Verfügungsbeschränkung ... 57
cc) Rangordnung ... 59
4. Bewertung von Rechten ... 63

§ 3 Sicherungsvertrag und Sicherstellungsvertrag ... 65
Inhaltsübersicht ... 65
I. Begriffe ... 66
1. Sicherungsvertrag ... 66
2. Sicherstellungsvertrag ... 67
3. Sicherungsvorvertrag ... 67
II. Parteien ... 68
1. Sicherungsvertrag ... 68
2. Sicherstellungsvertrag ... 68
III. Rechtsverhältnisse bei Interzession und Sicherungsübertragungen an Treuhänder ... 69
1. Sicherungsgeber – Schuldner ... 69
2. Sicherungsnehmer – Gläubiger ... 70
IV. Form ... 71
1. Sicherungsvertrag ... 71
2. Sicherstellungsvertrag ... 72

V. Formularklauseln ... 72
1. Begriffsbestimmung ... 72
2. Einbeziehung ... 73
3. Überraschende Klauseln ... 74
4. Unangemessene Klauseln ... 75
5. Vorrang der Individualabrede, Unklarheitenregel ... 77
6. Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit ... 77
VI. Gesicherte Forderung ... 78
1. Zweckerklärung ... 78
a) Akzessorische Sicherheiten ... 79
b) Fiduziarische Sicherheiten ... 81
2. Limitierung der Haftung ... 82
3. Auswechslung und Änderung der Forderung ... 83
4. Ausbleiben und Wegfall der Forderung ... 83
a) Nichtgewährung des Kredits ... 83
b) Unwirksamkeit des Kreditvertrages, des Sicherungsvertrages und/oder des Sicherstellungsvertrages ... 84
c) Erlöschen der Forderung ... 85
d) Einstellung der Forderung in ein Kontokorrent ... 87
5. Verjährung ... 88
6. Wechsel des Gläubigers und des Schuldners ... 88
a) Gesamtrechtsnachfolge ... 88
b) Sonderrechtsnachfolge ... 89
aa) Übertragung der Forderung ... 89
(1) Allgemeines ... 89
(2) Akzessorische Sicherheiten ... 90
(3) Nichtakzessorische Sicherheiten ... 90
(4) Besonderheiten der Sicherungsgrundschuld ... 92
bb) Schuldübernahme ... 93
c) Konfusion, Konsolidation ... 94
VII. Sittenwidrigkeit ... 94
1. Anfängliche Übersicherung ... 95
2. Knebelung ... 97
3. Gläubigergefährdung, Kredittäuschung, Insolvenzverschleppung ... 98
4. Verleitung zum Vertragsbruch ... 99
5. Finanzielle Überforderung ... 100
6. Rechtsfolge der Unwirksamkeit ... 102
VIII. Sorgfaltspflichten des Sicherungsnehmers/Gläubigers gegenüber dem Sicherungsgeber/Schuldner ... 103
1. Vorvertragliche Aufklärungs- und Warnpflichten ... 103
2. Obhutspflichten ... 104
IX. Freigabepflicht bei nachträglicher Übersicherung ... 105
X. Kündigungsrecht des Interzedenten ... 108

§ 4 Sicherheitenpoolverträge ... 109
Inhaltsübersicht ... 109
I. Erscheinungsformen von Poolverträgen ... 109
1. Einführung ... 109
2. Sicherheitenpool ... 110
3. Bassinvertrag ... 112
4. Lieferantenpool ... 112
5. Sicherheitenabgrenzungsvertrag ... 113
II. Wirtschaftliche Bedeutung von Sicherheiten-Poolverträgen ... 113
III. Sicherheiten-Poolvertrag der Kreditinstitute ... 115
1. Rechtsnatur, Parteien des Poolvertrages und Laufzeit ... 115
2. Einbezogene Kredite und Moratorium ... 116
3. Einbezogene Kreditsicherheiten ... 117
4. Erweiterung des Sicherungszwecks auf alle Kreditforderungen der Poolbanken ... 118
5. Verwaltung des Pools und Haftung des Poolführers ... 120
6. Saldenausgleich ... 121
7. Rangfolge der Befriedigung im Verwertungsfall ... 123
8. Anerkennung von Poolbildungen durch die Rechtsprechung ... 124
a) BGH, Urt. v. 02. 06. 2005 – IX ZR 181/03 ... 124
b) Anerkennung der treuhänderischen Verwaltung eines Sicherungsrechts ... 125
c) Anfechtbarkeit der Zahlungseingänge bei der falschen Poolbank ... 126
IV. Lieferantenpool der Warenkreditgeber ... 126
1. Interessenlage ... 126
2. Sprengung des Pools durch den Insolvenzverwalter ... 127
3. Prozess- und beweisrechtliche Lösungsvorschläge ... 128
V. Sicherheitenabgrenzungsvertrag ... 129
1. Rechtsnatur ... 129
2. Übliche Regelungen hinsichtlich der Erlösverteilung ... 130
3. Beteiligung von Kreditinstituten an Sicherheitenabgrenzungsverträgen aus Sicht der Kreditinstitute ... 130
4. Anfechtbarkeit von Sicherheitenabgrenzungsverträgen ... 131

Anhang zu § 4 Sicherheitenpoolverträge ... 133
Formular „Sicherheitenpoolvertrag“ ... 133
Erläuterungen zum Formular „Sicherheitenpoolvertrag“ ... 143
I. Vertragspartner ... 143
II. Vereinbarungen bezüglich der in den Poolvertrag einbezogenen Kredite (§ 1) ... 143
III. Stillhaltevereinbarung (§ 1 Abs. 4) ... 143
IV. Sicherheiten (§ 2) ... 144

V. Sicherungszweck der Poolsicherheiten (§ 3) ... 145
VI. Freigabeklausel, Rückübertragung von Sicherheiten (§ 4) ... 145
VII. Sicherheitenverwaltung und -verwertung (§§ 5, 7), Informationsaustausch (§ 11) ... 146
VIII. Gesellschafterwechsel (§ 6) und Kündigung des Poolvertrages (§ 12) ... 146
IX. Saldenausgleich (§ 8) ... 146
X. Erlösverteilung (§ 9) ... 147

§ 5 Verwertung der Sicherheit ... 149
Inhaltsübersicht ... 149
I. Verwertungsreife ... 149
II. Ablösung der Sicherheit und Übergang der Forderung ... 154
1. Mittelbar verwertbare Sicherheit ... 155
2. Unmittelbar verwertbare Sicherheit ... 159
III. Die Verwertung im Einzelnen ... 160
1. Vorbereitung der Verwertung ... 160
2. Androhung der Verwertung ... 161
3. Zwangsvollstreckung in das Sicherungsmittel ... 162
a) Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen ... 165
b) Zwangsvollstreckung in Immobilien, insbesondere Grundstücke ... 166
aa) Zwangsversteigerung ... 166
bb) Zwangsverwaltung ... 171
cc) Eintragung einer Sicherungshypothek ... 172
c) Zwangsvollstreckung in Rechte ... 172
4. Veräußerung des Sicherungsmittels ... 174
a) Anwendbare Regelungen ... 174
b) Zugriff des Sicherungsnehmers auf Erträge ... 175
c) freihändiger Verkauf, öffentliche Versteigerung und Einziehung ... 176
d) Verkauf von Grundschulden ... 178
5. Folgen der Verwertung ... 180
6. Ausgleich unter mehreren Sicherungsgebern ... 183
7. Einstweiliger Rechtsschutz (Arrest, einstweilige Verfügung) ... 185
IV. Kreditsicherheiten im präventiven Restrukturierungsrahmen ... 186
1. Vorbemerkung ... 186
2. Vollstreckungs- und Verwertungssperre ... 188
3. Eingriffe in Kreditsicherheiten durch Restrukturierungsplan ... 193
a) Gestaltung von Absonderungsanwartschaften ... 193
b) Zustandekommen des Restrukturierungsplans ... 194
aa) Gruppenbildung ... 194
bb) Abstimmung über den Restrukturierungsplan ... 194

cc) Gruppenübergreifende Mehrheitsentscheidung ... 195
dd) Bindungswirkung des Restrukturierungsplans ... 196
4. Sanierungsmoderation ... 198

§ 6 Verwertung von Kreditsicherheiten im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Sicherungsgebers ... 199
Inhaltsübersicht ... 199
I. Vorbemerkung ... 200
II. Verwertung von Grundpfandrechten und anderen Immobiliarsicherheiten ... 201
1. Gesetzliche Grundlagen ... 201
2. Zwangsversteigerung auf Betreiben des gesicherten Gläubigers ... 202
a) Einleitung bzw. Fortsetzung des Verfahrens ... 202
b) Einstellung der Zwangsversteigerung ... 203
aa) Einstellung im Insolvenzeröffnungsverfahren ... 204
bb) Einstellung nach Insolvenzeröffnung ... 204
cc) Zumutbarkeitserfordernis ... 204
dd) Schutzvorschriften zugunsten des Gläubigers ... 205
c) Erlösverteilung, insbesondere Kostenbeiträge für die Insolvenzmasse ... 207
3. Zwangsverwaltung auf Betreiben des gesicherten Gläubigers ... 208
4. Verwertungsvereinbarungen ... 209
a) Freihändige Verwertung ... 210
b) Verwaltungs- bzw. Nutzungsvereinbarungen ... 212
5. Verwertung von (Grundstücks-)Zubehör ... 213
6. Sonstige Möglichkeiten des Insolvenzverwalters ... 214
a) Freigabe ... 214
b) Zwangsversteigerung auf Betreiben des Insolvenzverwalters ... 215
aa) Verhältnis zur Gläubigerversteigerung ... 215
bb) Verfahren der Insolvenzverwalterversteigerung ... 216
cc) Eigentümergrundpfandrechte und Rückgewähransprüche ... 217
7. Praktische Bedeutung und Strategien der Gläubiger ... 218

III. Verwertung von beweglichen Gegenständen, Forderungen und Rechten ... 220
1. Die Verwertungsbefugnis des Insolvenzverwalters im eröffneten Insolvenzverfahren ... 220
a) Verwertung von beweglichen Gegenständen (§ 166 Abs. 1 InsO) ... 221
aa) Voraussetzungen des Verwertungsrechts, insbesondere Besitzerfordernis ... 221
bb) Durchführung der Verwertung bei beweglichen Sachen ... 224
cc) Nutzung und Verarbeitung von beweglichen Sachen ... 224
dd) Freigabe an den Absonderungsberechtigten zur Verwertung ... 226
b) Einziehung und Verwertung von Forderungen (§ 166 Abs. 2 InsO) ... 226
c) Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 166 Abs. 1 und 2 InsO ... 228
d) Sicherung der Interessen der Gläubiger bei der Verwertung durch den Insolvenzverwalter ... 229
aa) Informationsrechte ... 229
bb) Schutz vor Veräußerung unter Wert: Mitteilungsverpflichtung ... 229
cc) Schutz des Gläubigers vor einer Verzögerung der Verwertung: Zinszahlungspflicht ... 233
dd) Schutz des Gläubigers vor einer Vereitelung seiner Rechte bei der Verwertung: Schadensersatzverpflichtung ... 235
e) Verwendung des Erlöses ... 236
aa) Kostenbeiträge ... 236
bb) Befriedigung des Absonderungsberechtigten ... 238
2. Verwertung durch den gesicherten Gläubiger ... 240
3. Verwertung von Kreditsicherheiten im Insolvenzeröffnungsverfahren ... 242
a) Ausgangssituation ... 242
aa) Sicherungseigentum ... 242
bb) Sicherungsabtretung ... 243
b) Anordnungen nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO ... 244
aa) Sicherungseigentum ... 245
bb) Sicherungsabtretung ... 247

4. Verwertungsvereinbarungen ... 248
a) Verwertungsvereinbarung über den Einzug von sicherungszedierten Forderungen ... 250
b) Vereinbarung über die Verwertung und Verwendung von Vorräten, Waren sowie Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffen ... 251
c) Vereinbarung über die Verwertung und Verwendung von Gegenständen des beweglichen Anlagevermögens ... 252
5. Ablösung und Ablösungsvereinbarungen ... 253
IV. Besonderheiten in der Eigenverwaltung ... 254
V. Berücksichtigung von Kreditsicherheiten im Insolvenzplan ... 255
1. Einstellung der Verwertung von Kreditsicherheiten ... 255
2. Eingriffe in Kreditsicherheiten durch Insolvenzplan ... 256
3. Zustandekommen des Plans und Minderheitenschutz ... 258
a) Gruppenbildung ... 258
b) Abstimmung über den Insolvenzplan ... 259
c) Obstruktionsverbot ... 259
d) Minderheitenschutz ... 260
e) Gerichtliche Bestätigung des Plans und Wirkung ... 262
VI. Besonderheiten im Verbraucherinsolvenzverfahren und Restschuldbefreiung ... 262
1. Verbraucherinsolvenzverfahren ... 262
a) Allgemeines ... 262
b) Besonderheiten im Zusammenhang mit der Verwertung von Kreditsicherheiten ... 263
c) Vorgeschaltete Schuldenbereinigungsversuche ... 263
2. Restschuldbefreiung ... 264
VII. Neue Besicherung im Insolvenzverfahren ... 264
1. Ausgangslage ... 264
2. Besicherung eines Massekreditvertrages ... 265

Anhang zu § 6 Verwertung von Kreditsicherheiten ... 267
Muster eines Massekreditvertrages ... 267
Erläuterungen zum Muster „Massekreditvertrag“ ... 269
I. Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung ... 269
II. Vertragsparteien ... 270
III. Kreditgewährung ... 270
IV. Absicherung des Rückzahlungsanspruchs ... 270
V. Zustimmung des Insolvenzgerichts und der Gläubigerorgane zur Kreditaufnahme und zur Besicherung ... 271
VI. Laufzeit und Kündigung ... 271
VII. Besicherung des Massekredits ... 272

§ 7 Anfechtung von Kreditsicherheiten ... 275
Inhaltsübersicht ... 275
I. Einleitung ... 275
II. Allgemeine Anfechtungsvoraussetzungen ... 276
1. Anfechtungsvoraussetzungen in der Insolvenz ... 276
2. Voraussetzungen der Gläubigeranfechtung ... 278
III. Deckungsanfechtung (§§ 130, 131 InsO) ... 279
1. §§ 130, 131 InsO ... 279
2. Bargeschäft ... 281
IV. Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO bzw. § 3 AnfG) ... 281
V. Schenkungsanfechtung (§ 134 InsO bzw. § 4 AnfG) ... 283
VI. Rechtsfolgen ... 284

§ 8 Kreditsicherung und Aufsichtsrecht ... 287
Inhaltsübersicht ... 287
I. Einführung ... 287
II. Historische Entwicklung ... 288
III. Aktuelle Rechtslage ... 289
IV. Kreditrisikominderungstechniken unter der CRR ... 291
1. Allgemeine Grundsätze für alle Techniken, Art. 194 Abs. 1, 2, 8, 9 CRR ... 291
a) Rechtswirksamkeit und Durchsetzbarkeit ... 291
b) Unabhängigkeitserfordernis ... 292
c) Umgang mit Mustertexten ... 292
d) Umgang mit Konsortialverträgen/Poolsicherheiten ... 293
e) Umgang mit dem Altbestand ... 293
f) Monitoring ... 294
g) Risikomanagement ... 294
h) Bonitätsprüfung ... 295
2. Allgemeine Grundsätze für Besicherungen mit Sicherheitsleistung, Art. 194 Abs. 3, 4 CRR ... 295
3. Allgemeine Grundsätze für Absicherungen ohne Sicherheitsleistung, Art. 194 Abs. 5, 6 CRR ... 297
4. Exkurs: Ratingarten für Kreditrisiken ... 298
a) Kreditrisiko-Standardansatz (KSA) ... 298
b) Internal Rating Based Approach (IRBA) ... 299
V. Auswirkungen von Kreditrisikominimierungstechniken ... 300
VI. Sicherheiten im Einzelnen ... 301
1. Anforderungen an bilanzielles Netting ... 301
2. Anforderungen an Finanzsicherheiten ... 303
3. Anforderungen an Immobiliensicherheiten ... 305
4. Anforderungen an Forderungen ... 306
5. Anforderungen an sonstige Sachsicherheiten ... 307
6. Anforderungen an Leasingrisikopositionen ... 308
7. Anforderungen an sonstige Arten der Besicherung mit Sicherheitsleistung ... 309

§ 9 Personalsicherheiten ... 311
Inhaltsübersicht ... 311
A. Bürgschaft ... 312
I. Begriff ... 312
1. Allgemeines ... 312
2. Sicherung einer Forderung ... 313
3. Akzessorietät ... 314
a) Grundsatz ... 314
b) Einschränkung ... 315
4. Abgrenzung zu ähnlichen Rechtsinstituten ... 315
5. Die beteiligten Personen ... 316
a) Das Rechtsverhältnis Gläubiger – Bürge ... 316
b) Das Rechtsverhältnis Gläubiger – Hauptschuldner ... 316
c) Das Rechtsverhältnis Hauptschuldner – Bürge ... 317
II. Vertragsschluss ... 319
1. Vertragsinhalt ... 319
a) Auslegung ... 319
b) Inhaltliche Bestimmtheit ... 320
2. Schriftform ... 321
a) Grundsätze ... 321
b) Bürgschaft durch Telefax ... 324
c) Blankobürgschaft ... 325
d) Bürgschaft als Handelsgeschäft ... 326
3. Unwirksamkeit wegen Sittenwidrigkeit ... 327
a) Allgemeine Grundsätze ... 327
b) Fallgruppen ... 329
(1) Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit des Bürgen ... 329
(2) Ausnutzung des sittlich verwerflichen Handelns des Hauptschuldners oder Dritter ... 330
(3) Krasse Überforderung des aus emotionaler Verbundenheit handelnden Bürgen ... 331
c) Gesellschafterbürgschaften ... 335
d) Arbeitnehmerbürgschaften ... 336
e) Person des Gläubigers ... 337
f) Möglichkeit der Restschuldbefreiung als Kriterium ... 337
g) Vollstreckungsabwehrklage des Bürgen gegen rechtskräftige Urteile ... 338
4. Unwirksamkeit aus sonstigen Gründen ... 338
5. Anfechtungstatbestände ... 339
6. Nebenpflichten des Gläubigers ... 340
7. Nebenpflichten des Bürgen ... 342

III. Inanspruchnahme aus der Bürgschaftsforderung 342
1. Fälligkeit 342
2. Inhalt und Umfang 343
3. Nachträgliche Änderungen der Hauptschuld 344
a) Gesetzliche Rechtsfolgen 344
b) Rechtsgeschäftliche Änderungen 344
IV. Einwendungen und Einreden des Bürgen 346
1. Überblick 346
2. Eigene Einwendungen und Einreden 346
a) Verjährung 346
b) Einrede der Vorausklage 347
3. Einreden gegen die Hauptschuld 348
a) Grundsatz 348
b) Verjährung 349
c) Einrede der Anfechtbarkeit 350
d) Einrede der Aufrechenbarkeit 351
V. Formularklauseln 351
1. Weite Zweckerklärung 351
a) Grundlagen 351
b) Der Begriff des Anlasskredits 353
c) Kaufmännischer Geschäftsverkehr 354
d) Geschäftsführer/Gesellschafter 354
2. Erweiterung der Rechte des Gläubigers 355
a) Zinsänderungen 355
b) Tilgungsaussetzung 355
c) Sicherungsrechte vor Fälligkeit 356
d) Veränderung der Verjährungsfrist einer Bürgschaftsforderung 356
e) Haftung für Bereicherungsansprüche gegen den Kunden 357
3. Ausschluss von Bürgenschutzbestimmungen 357
a) § 768 BGB 357
b) § 770 Abs. 1 BGB 358
c) § 770 Abs. 2 BGB 358
d) § 774 Abs. 1 BGB 359
e) § 776 BGB 359
VI. Widerruf der Bürgschaftserklärung 360
1. Haustürgeschäft 360
2. Verbraucherdarlehensvertrag 362
VII. Erfüllung der Bürgschaftsschuld 363
1. Gesetzlicher Forderungsübergang 363
a) Voraussetzungen 363
b) Umfang 363
2. Konkurrenz zwischen Bürgen und Gläubiger 364
a) § 774 Abs. 1 Satz 2 BGB 364
b) Insolvenz des Hauptschuldners 365
3. Aufgabe von Sicherheiten durch den Gläubiger 365

4. Rückgriff beim Hauptschuldner ... 367
5. Ausgleich unter Mitbürgen ... 368
6. Ausgleichsverhältnis zu anderen Sicherungsgebern ... 369

VIII. Ende des Bürgschaftsvertrags ... 370
1. Wegfall des Hauptschuldners ... 370
2. Bedingung/Befristung ... 371
3. Kündigung ... 371
4. Wegfall der Geschäftsgrundlage ... 373
5. Rückgabe der Bürgschaftsurkunde ... 374

IX. Besondere Bürgschaftsarten ... 375
1. Die Bürgschaft auf erstes Anfordern ... 375
a) Inhalt und Voraussetzungen des Anspruchs ... 375
b) Einwendungen aus dem Bürgschaftsvertrag ... 377
c) Einwendungen gegen die Hauptschuld ... 378
d) Einwendungen aus der Sicherungsabrede zwischen Gläubiger und Hauptschuldner ... 379
e) Das Rechtsverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner ... 382
f) Rückforderungsprozess ... 383
aa) Zwischen Bürgen und Gläubiger ... 383
bb) Zwischen Hauptschuldner und Gläubiger ... 384
cc) Anspruchskonkurrenz zwischen Bürge und Hauptschuldner ... 386
dd) Anspruchsgegner im Falle der Zession ... 386
2. Abschlags-/Vorauszahlungsbürgschaft ... 387
3. Bürgschaft nach § 7 MaBV ... 388
4. Ausfallbürgschaft ... 391
5. Gewährleistungsbürgschaft ... 392
6. Höchstbetragsbürgschaft ... 393
7. Mitbürgschaft ... 394
8. Nachbürgschaft ... 394
9. Rückbürgschaft ... 395
10. Vertragserfüllungsbürgschaft ... 396
11. Zeitbürgschaft ... 397
12. Prozessbürgschaft ... 398

B. Sonstige Personalsicherheiten ... 400
I. Schuldmitübernahme ... 400
1. Begriff und Rechtsnatur ... 400
2. Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten ... 401
3. Form ... 402
4. Unwirksamkeit wegen Sittenwidrigkeit ... 402
5. Formularmäßige Zweckerklärung ... 404
6. Anwendung des Verbraucherdarlehensrechts ... 404
7. Wirkungen des Beitritts ... 405

8. Erfüllung ... 405
9. Erlass ... 405
10. Kündigung ... 406
11. Verjährung ... 406
II. Garantie ... 406
1. Begriff ... 406
2. Haftungsumfang ... 408
3. Übergang der Rechte ... 408
4. Garantie auf erstes Anfordern ... 408
5. Weitere Garantiearten ... 410
III. Kreditauftrag ... 411
1. Begriff ... 411
2. Rechtsfolgen ... 412
IV. Wechselbürgschaft ... 413
V. Patronatserklärungen ... 414
1. Allgemeines ... 414
2. Weiche Patronatserklärungen ... 415
a) Unverbindliche Erklärungen ... 415
b) Bestätigung rechtserheblicher Tatsachen ... 416
c) Zusicherungen eines bestimmten Verhaltens ... 418
3. Harte Patronatserklärungen ... 420
a) Inhalt der Verpflichtung ... 420
b) Atypische Patronatserklärungen ... 422
c) Beendigung des Vertrages ... 422
4. Bilanzierungs- und Berichtspflicht ... 423

Anhang zu § 9 Personalsicherheiten ... 425
Formular „Selbstschuldnerische Höchstbetragsbürgschaft zur Sicherung bestimmter Forderungen der Bank“ ... 425
Erläuterungen zum Formular „Selbstschuldnerische Höchstbetragsbürgschaft zur Sicherung bestimmter Forderungen der Bank“ ... 427
I. Vorbemerkungen zur Selbstschuldnerischen Höchstbetragsbürgschaft zur Sicherung bestimmter Forderungen der Bank ... 427
II. Anmerkungen zum Rubrum und Ausfüllhinweise ... 428
III. Anmerkungen zu den Bürgschaftsbedingungen ... 432
1. Haftungsumfang ... 432
2. Fortbestand der Bürgschaft bei zwischenzeitlicher Rückführung ... 432
3. Inanspruchnahme aus der Bürgschaft, Verzicht auf Einreden ... 433
4. Übergang von Sicherheiten ... 433
5. Anrechnung von Zahlungseingängen ... 433
6. Haftung mehrerer Bürgen ... 434
7. Zusätzliche Bürgschaftserklärungen ... 434
8. Freigabe von Sicherheiten ... 434

9. Recht des Bürgen zur Kündigung der Bürgschaft 435
10. Verjährung 435
11. Offenlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse 436

§ 10 Verpfändung von beweglichen Sachen 437
Inhaltsübersicht 437
I. Rechtsinhalt 438
II. Wirtschaftliche Bedeutung 439
III. Pfandgegenstände 441
1. Sachen, Sachteile, Erzeugnisse, Zubehör 441
2. Mehrheit von Sachen, Sachgesamtheiten 443
3. Ideelle Bruchteile einer Sache 444
4. Künftige Sachen 444
5. Anwartschaftsrecht 444
6. Geld 445
7. Wertpapiere 446
8. Handelsrechtliche Traditionspapiere 446
IV. Sicherungsvertrag 447
V. Bestellung des Pfandrechts 448
1. Übersicht 448
2. Einigung durch Stellvertreter und Dritte mit Zustimmung des Eigentümers 449
3. Form der Einigung 449
4. Vorwegnahme der Einigung, bedingtes und befristetes Pfandrecht 449
5. Rangordnung 450
6. Verhältnis des AGB-Pfandrechts der Kreditinstitute zur gesonderten Verpfändung 451
7. Bestellungsvarianten 452
a) Übergabe (§ 1205 Abs. 1 Satz 1 BGB) 452
b) Bereits bestehender Besitz des Gläubigers (§ 1205 Abs. 1 Satz 2 BGB) 453
c) Abtretung des Herausgabeanspruchs und Verpfändungsanzeige bei mittelbarem Besitz (§ 1205 Abs. 2 BGB) 453
d) Übergabeersatz durch Einräumung des Mitbesitzes (§ 1206 BGB) 454
8. Verpfändung durch Nichtberechtigte 455
9. Gutgläubiger Erwerb des Vorrangs 458
10. Sonderfälle: Schiffshypothek, Registerpfandrecht an Luftfahrzeugen, Inventarpfandrecht 459
a) Schiffe, Schiffsbauwerk, Schwimmdock 459
b) Luftfahrzeuge 460
c) Inventar des Pächters eines landwirtschaftlichen Grundstücks 460
VI. Gesicherte Forderung 461
1. Sicherungsfähige Ansprüche 461
2. Nicht existente Forderung 462

3. Bedingte und künftige Forderung ... 462
4. Durchsetzbarkeit der Forderung ... 465
5. Gläubiger- und Schuldnermehrheit ... 465
6. Umfang der Pfandhaftung ... 466
a) Grundsatz ... 466
b) Eigentümer des Pfandes ist mit persönlichem Schuldner identisch ... 467
c) Drittverpfändungsfälle ... 467
7. Einreden des Verpfänders gegen die Forderung ... 468
8. Übertragung von Forderung und Pfandrecht ... 469

VII. Rechtsverhältnis zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger ... 472
1. Verwahrungspflicht ... 472
2. Verwendungen ... 474
3. Pfandgefährdung durch Gläubiger ... 475
4. Drohender Verderb und Wertminderung ... 475
5. Rückgabepflicht ... 478
6. Einlösungsrecht ... 478
7. Gesetzlicher Forderungsübergang ... 479

VIII. Schutz des Pfandrechts ... 481
1. Herausgabe des Pfandes ... 481
2. Herausgabe von Nutzungen und Erzeugnissen ... 482
3. Schadensersatz ... 482
4. Verwendungsersatz ... 482
5. Sonstige Beeinträchtigungen ... 483

IX. Ablösungsrecht ... 483

X. Beendigung des Pfandrechts ... 484
1. Erlöschen der Forderung ... 484
2. Weitere pfandrechtliche Erlöschensgründe ... 485
3. Allgemeine Gründe für den Untergang von Rechten an Sachen ... 487

XI. Verwertung des Pfandes ... 487
1. Übersicht ... 487
2. Privatverkauf ... 487
a) Allgemeine Voraussetzungen ... 487
b) Herausgabeanspruch des Pfandgläubigers bei Mitbesitz ... 489
c) Mehrheit von Pfandrechten an derselben Sache ... 489
d) Gewerbliches Pfand ... 490
e) Verkaufsabwicklung bei nicht gewerblichem Pfand ... 490
aa) Androhung ... 490
bb) Öffentliche Versteigerung, freihändiger Verkauf ... 491
cc) Weitere Verfahrensregeln ... 492
f) Abweichende Vereinbarungen ... 494
3. Verkauf nach ZPO-Regeln ... 495

4. Eigentumsvermutung ... 495
5. Sonderfälle: Schiffshypothek, Registerpfandrecht an Luftfahrzeugen, Inventarpfandrecht ... 496
6. Wirkungen der Pfandveräußerung ... 497
a) Eigentum an der Pfandsache ... 497
aa) Rechtmäßige Veräußerung ... 497
bb) Rechtswidrige Veräußerung ... 497
b) Eigentum am Erlös ... 498
aa) Rechtmäßige Veräußerung ... 498
bb) Rechtswidrige Veräußerung ... 500

§ 11 Sicherungseigentum ... 503
Inhaltsübersicht ... 503
I. Begriff ... 503
1. Allgemeines ... 503
2. Rechtsstellung des Sicherungsnehmers ... 505
II. Sicherungsmittel ... 507
1. Allgemeines ... 507
2. Dinglicher Tatbestand ... 508
a) Besitzverschaffung ... 510
aa) Unmittelbarer Besitz ... 510
bb) Mittelbarer Besitz ... 512
aaa) Besitzmittlungsverhältnis mittels antizipierten Besitzkonstituts ... 512
bbb) Abtretung des Herausgabeanspruchs ... 515
ccc) Einräumung des mittelbaren „qualifizierten" Mitbesitzes ... 517
ddd) Übergabe mittels Traditionspapier ... 517
b) Individualisierung – Bestimmtheit ... 519
aa) Allgemeines ... 519
bb) Merkmal ... 525
cc) Markierung ... 525
dd) Raumsicherung ... 526
ee) Bruchteilsübereignung ... 528
ff) Warenlager – Inventar mit wechselndem Bestand ... 529
gg) Importsicherungsvertrag ... 531
hh) Exportsicherungsvertrag ... 536
3. Hindernisse und Beeinträchtigung für eine Sicherungsübereignung (gutgläubiger Erwerb) ... 537
a) Gutgläubiger Erwerb ... 537
aa) Allgemeines ... 537
bb) Gutgläubiger Erwerb bei unmittelbarem Besitz des Sicherungsnehmers ... 541
cc) Gutgläubiger Erwerb bei Besitzkonstitut ... 541
dd) Gutgläubiger Erwerb bei Abtretung des Herausgabeanspruchs ... 542

ee) Lastenfreie Sicherungsübereignung von Vorbehaltsware – Anwartschaftsrecht 543
ff) Freistellung durch Berechtigten 546
gg) Guter Glaube an die Verfügungsmacht 547
b) Substanzverlust und Veräußerung im ordentlichen Geschäftsgang 548
aa) Verbrauch oder Veräußerung 548
bb) Verbindung mit Grundstück zum wesentlichen Bestandteil 550
cc) Vermischung, Verbindung 550
dd) Verarbeitung 552
III. Gesicherte Forderung 554
IV. Beiderseitige Rechte und Pflichten 555
1. Vertragswidrige Verfügungen des Sicherungsnehmers 555
2. Selbsthilfe 556
3. Vertragswidrige Verfügungen des Sicherungsgebers 556
4. Geheimhaltung 557
5. Versicherung 557
V. Verwertung 559

Anhang 1 zu § 11 Sicherungseigentum 561
Formular „Sicherungsübereignung einzelner Sachen“ 561
Erläuterungen zum Formular „Sicherungsübereignung einzelner Sachen“ 563
I. Vorbemerkungen zur Sicherungsübereignung einzelner Sachen 563
II. Anmerkungen zu den einzelnen Bedingungen des Sicherungsübereignungsvertrags 564
1. Gegenstand der Sicherungsübereignung 564
2. Übertragung von Eigentum, Miteigentum, Anwartschaftsrecht 564
3. Übergabeersatz 565
4. Sicherungszweck 565
5. Ablösung von Eigentumsvorbehalten 566
6. Versicherung des Sicherungsguts 566
7. Gesetzliche Pfandrechte Dritter 567
8. Informationspflichten des Sicherungsgebers 567
9. Prüfungsrecht der Bank 568
10. Herausgabe des Sicherungsguts an die Bank 568
11. Verwertungsrecht der Bank 568

Anhang 2 zu § 11 Sicherungseigentum 571
Formular „Raumsicherungsübereignung“ 571
Erläuterungen zum Formular „Raumsicherungsübereignung“ 574
I. Vorbemerkungen zum Raumsicherungsübereignungsvertrag 574

II. Anmerkungen zu den einzelnen Bedingungen des Raumssicherungsübereignungsvertrags ... 574
1. Gegenstand der Sicherungsübereignung ... 574
2. Übertragung von Eigentum, Miteigentum, Anwartschaftsrecht ... 575
3. Sicherungszweck ... 576
4. Bestandslisten ... 577
5. Verfügung über das Sicherungsgut ... 578
6. Ablösung von Eigentumsvorbehalten ... 578
7. Behandlung und Kennzeichnung des Sicherungsguts ... 578
8. Versicherung des Sicherungsguts ... 579
9. Gesetzliche Pfandrechte Dritter ... 579
10. Informationspflichten des Sicherungsgebers ... 580
11. Prüfungsrecht der Bank ... 580
12. Herausgabe des Sicherungsguts an die Bank ... 580
13. Verwertungsrecht der Bank ... 581
14. Rückübertragung, Sicherheitenfreigabe ... 582
15. Bewertung des Sicherungsguts ... 582
16. Verarbeitungsbefugnis ... 582

§ 12 Verpfändung von Rechten als Sicherungsmittel ... 583
Inhaltsübersicht ... 583
I. Rechtsinhalt ... 584
II. Wirtschaftliche Bedeutung ... 584
III. Verpfändbare Rechte ... 585
1. Allgemeines ... 585
2. Künftige Rechte ... 585
3. Übertragbarkeit ... 586
a) Inhaltsänderung ... 586
b) Unpfändbarkeit ... 587
c) Abtretungsverbot ... 587
d) Gesetzliches Verbot ... 587
IV. Sicherungsvertrag ... 588
V. Bestellung des Pfandrechts ... 589
1. Allgemeines ... 589
2. Ausnahmen vom AGB-Pfandrecht der Kreditinstitute ... 591
a) Zweckbindung ... 591
b) Bestimmte Wertpapiere ... 593
VI. Einzelne Rechte ... 593
1. Forderungen ... 593
a) Allgemeines ... 593
b) Erstreckung auf Nebenrechte ... 594
c) Erstreckung auf Zinsen ... 594

d) Einzelfälle ... 595
aa) Kundenforderungen aus der Geschäftsverbindung mit Kreditinstituten ... 595
bb) Versicherungsforderungen ... 596
cc) Hypothekenforderungen, durch Schiffshypothek oder Registerpfandrecht an Luftfahrzeugen gesicherte Forderungen ... 597
dd) Grund- und Rentenschulden ... 599
ee) Einlageforderungen ... 600
ff) Steuerforderungen, Eigenheimzulage ... 600
gg) Schuldbuchforderungen ... 601
hh) Auflassungsanspruch ... 601
2. Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers ... 601
3. Gesellschaftsanteile ... 602
a) Kapitalgesellschaften ... 602
aa) GmbH ... 602
bb) Aktiengesellschaft ... 607
cc) Genossenschaft ... 607
b) Personengesellschaften ... 607
aa) BGB-Gesellschaft ... 607
bb) OHG, KG, Partnerschaftsgesellschaft, stille Gesellschaft ... 608
c) Auswirkung der Umwandlung von Gesellschaften auf bestehende Pfandrechte ... 609
4. Wertpapiere ... 609
a) Namenspapiere ... 610
b) Orderpapiere ... 611
aa) Verpfändung nach § 1292 BGB ... 611
bb) Verpfändung nach § 1274 BGB ... 613
c) Inhaberpapiere ... 614
d) Besonderheiten bei Wertpapieren in Dritt- bzw. Sammelverwahrung ... 616
e) Unregelmäßige Verpfändung ... 619
f) Erstreckung auf Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine ... 619
g) Pflichten des Pfandgläubigers ... 620
h) Ausnahmen vom AGB-Pfandrecht der Kreditinstitute ... 621
aa) Im Ausland verwahrte Wertpapiere ... 621
bb) Eigene Aktien und Genussscheine, verbriefte nachrangige Verbindlichkeiten des Kreditinstituts ... 621
5. Immaterialgüterrechte ... 621
6. Erbrecht ... 622
7. Schiffspart ... 623
VII. Gesicherte Forderung ... 623

VIII. Rechtsstellung des Schuldners eines verpfändeten Leistungsanspruchs ... 623
IX. Aufhebung oder Änderung des verpfändeten Rechts ... 624
1. Allgemeines ... 624
2. Einzelfälle ... 624
a) Mietzinsen ... 624
b) Erbanteile ... 625
c) Gesellschaftsanteile ... 625
d) Anwartschaftsrecht ... 626
X. Beendigung des Pfandrechts ... 626
XI. Verwertung des Pfandes ... 627
1. Überblick ... 627
2. Befriedigung durch Zwangsvollstreckung ... 628
3. Verwertung von Forderungen ... 628
a) Vor Pfandreife ... 628
b) Nach Pfandreife ... 629
aa) Einziehungsrecht des Pfandgläubigers ... 629
bb) Abtretung von Geldforderungen an Zahlungs statt ... 631
cc) Ausschluss anderer Verfügungen des Pfandgläubigers ... 631
c) Abweichende Vereinbarungen ... 632
d) Einziehungsrecht bei mehrfacher Verpfändung ... 632
e) Wirkung der Leistung des Schuldners ... 633
aa) Erwerbsvoraussetzungen ... 633
bb) Nichtbestehen des Pfandrechts ... 634
cc) Leistung entgegen §§ 1281, 1282 BGB ... 634
dd) Besitzübertragung bei beweglichen Sachen ... 634
ee) Sonderregelung bei Geldforderungen ... 635
f) Verwertung des Ersatzpfandrechts ... 636
4. Einzelfälle ... 637
a) Auflassungsanspruch, Anwartschaftsrecht aus der Auflassung ... 637
aa) Verpfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs vor Erklärung der Auflassung ... 637
bb) Verpfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs und des Anwartschaftsrechts des Auflassungsempfängers nach vollzogener Auflassung ... 638
b) Grund- und Rentenschulden ... 639
c) Gesellschaftsanteile ... 639
d) Wertpapiere ... 640
aa) Orderpapiere ... 640
bb) Inhaberpapiere ... 641
cc) Zins- und Gewinnanteilscheine ... 642
e) Erbengemeinschaft ... 642

Anhang zu § 12 Verpfändung von Rechten ... 645
Formular „Verpfändung von Sparguthaben, Sparbriefen, Festgeldern, Wertpapieren“ ... 645
Erläuterungen zum Formular „Verpfändung von Sparguthaben, Sparbriefen, Festgeldern, Wertpapieren“ ... 648
I. Vorbemerkungen zur Verpfändung von Sparguthaben, Sparbriefen, Festgeldern, Wertpapieren ... 648
II. Anmerkungen zu den Bedingungen der Verpfändung ... 649

§ 13 Sicherungsabtretung ... 655
Inhaltsübersicht ... 655
I. Begriff ... 656
1. Allgemeines ... 656
2. Rechtsstellung des Sicherungsgebers ... 658
II. Sicherungsmittel ... 660
1. Allgemeines ... 660
a) Abtretung von Forderungen aus Kauf- und Lieferungsverträgen ... 661
b) Abtretung von laufenden und künftigen Zinsen ... 662
c) Abtretung von Teilforderungen ... 662
d) Abtretung von Versicherungsansprüchen ... 663
e) Abtretung der Rechte aus einem Bausparvertrag ... 667
f) Abtretung der Rechte aus Bankguthaben und Kontokorrent ... 667
g) Wechselindossierung ... 669
h) Übertragung immaterieller Rechte ... 669
i) Abtretung von Ansprüchen, die einem Geheimhaltungspflicht oder dem Bankgeheimnis unterliegen ... 671
j) Übertragung von Gesellschaftsanteilen ... 672
k) Abtretung von Steuererstattungsansprüchen ... 674
l) Abtretung von Lohn- und Gehaltsansprüchen ... 676
m) Abtretung von Miet- und Pachtzinsforderungen aus Vermietung/Verpachtung unbeweglicher Gegenstände ... 678
n) Hypothek und Grundschuld ... 678
2. Individualisierung – Bestimmbarkeit des Sicherungsmittels ... 679
3. Hindernisse für die Sicherungsabtretung ... 684
a) Verfügung des Sicherungsgebers über fremde oder belastete Rechte ... 684
b) Relative oder absolute Verfügungsverbote ... 686

c) Einwendungen ... 688
aa) Einwendungsverzicht und Anerkenntnis durch den Drittschuldner ... 690
bb) Einwendungen bei Inhaber- und Orderpapieren ... 691
cc) Gebuchte Rechte ... 693
d) Gutgläubiger Erwerb ... 693
aa) von Rechten ... 693
bb) von Inhaber- oder Orderpapieren ... 694
cc) von depotrechtlich geschützten Wertpapieren ... 695
III. Abtretungs- und Übertragungsvertrag ... 696
1. Allgemeines ... 696
2. Übertragung von Einzugspapieren nach AGB/Banken und Sparkassen ... 697
3. Form ... 698
4. Zusätzlicher Rechtsakt ... 699
a) Rechte ... 699
b) Gebuchte Rechte ... 703
5. Stille Zession und Einziehungsermächtigung ... 703
a) Stille Zession ... 703
b) offene Zession ... 707
aa) Form und Wirkung der Anzeige an dem Drittschuldner ... 707
bb) Einwendungen des Drittschuldners ... 709
6. Mantelzession ... 710
7. Globalzession ... 712
a) Zeitpunkt des Übergangs der Forderungen und Individualisierung ... 712
b) Wahrung der Interessen des Sicherungsgebers ... 714
c) Kollision von Globalzession mit der Vorausabtretung beim verlängerten Eigentumsvorbehalt ... 715
IV. Gesicherte Forderung ... 718
V. Beiderseitige Rechte und Pflichten ... 719
VI. Verwertung und Rückübertragung ... 722
1. Verwertung außerhalb einer Insolvenz ... 722
2. Rückübertragung ... 726
VII. Der Forderungsrücktritt ... 727

Anhang 1 zu § 13 Sicherungsabtretung ... 729
Formular „Abtretung einzelner Forderungen“ ... 729
Erläuterungen zum Formular „Abtretung einzelner Forderungen“ ... 731
I. Vorbemerkungen zur Abtretung einer Forderung ... 731
II. Anmerkungen zu den einzelnen Bedingungen ... 731
1. Gegenstand der Abtretung ... 732
2. Sicherungszweck ... 732
3. Übergang von Rechten und Sicherheiten ... 733

4. Blankobenachrichtigungsschreiben ... 734
5. Einziehung der Forderungen durch den Sicherungsgeber, Abtretung der Ansprüche aus Schecks und Wechseln ... 734
6. Informationspflichten des Sicherungsgebers ... 735
7. Einsichts- und Prüfungsrecht der Bank ... 735
8. Sicherheitenfreigabe ... 735

Anhang 2 zu § 13 Sicherungsabtretung ... 737
Formular „Globalzessionsvertrag" ... 737
Erläuterungen zum Formular „Globalzessionsvertrag" ... 740
I. Vorbemerkungen zum Globalzessionsvertrag ... 740
II. Anmerkungen zu den einzelnen Bedingungen ... 740
1. Gegenstand der Abtretung ... 740
2. Zeitpunkt des Übergangs der Forderungen ... 741
3. Sicherungszweck ... 741
4. Bestandslisten ... 742
5. Abtretung von Ansprüchen aus einem Kontokorrentverhältnis ... 743
6. Übergang von Rechten und Sicherheiten ... 743
7. Blankobenachrichtigungsschreiben ... 743
8. Verkauf der Forderung ... 744
9. Einziehung der Forderungen durch den Sicherungsgeber, Abtretung der Ansprüche aus Schecks und Wechseln ... 744
10. Rechte der Vorbehaltslieferanten ... 745
11. Informationspflichten des Sicherungsgebers ... 745
12. Einsichts- und Prüfungsrecht der Bank ... 745
13. Sicherheitenfreigabe ... 745
14. Bewertung der Forderungen ... 746

§ 14 Kreditsicherung und Leasing-Refinanzierung ... 747
Inhaltsübersicht ... 747
A. Wirtschaftliche Bedeutung des Mobilienleasings ... 748
B. Typische Sicherheiten für die Darlehensgewährung ... 749
I. Abtretung der Leasingforderungen ... 749
1. Leasingraten der Grundleasingzeit ... 750
2. Leasingraten der automatisch sich anschließenden Verlängerungszeit ... 750
3. Forderungen aus einer Verlängerungsoption ... 750
4. Forderungen aus einer Kaufoption ... 751
5. Forderungen aus einem Andienungsrecht ... 751
6. Abschlusszahlungen/erhöhte Letztmieten ... 751
II. Sicherungsübereignung des Leasingobjektes ... 751

III. Zu beachtende Besonderheiten ... 751
1. Bei der Abtretung der Leasingforderungen ... 751
a) Keine Gefährdung der Ansprüche aus dem Leasingvertrag ... 751
aa) Verbraucherleasing/-darlehensrecht ... 752
bb) Rücktritt wegen Mängeln des Leasingobjektes ... 797
cc) Verlust/Untergang des Leasingobjektes ... 803
b) Insolvenzfestigkeit – Konkursanträge gestellt vor dem 01.01.1999 ... 804
aa) Leasingraten der Grundleasingzeit ... 806
bb) Leasingraten einer sich automatisch anschließenden Verlängerungsphase ... 806
cc) Forderungen aus Kaufoptionen ... 807
dd) Forderungen aus Andienungsrechten ... 808
ee) Forderungen aus Verlängerungsoptionen ... 808
ff) Abschlusszahlungen/erhöhte Letztmieten ... 809
c) Insolvenzfestigkeit – Insolvenzanträge gestellt ab dem 01.01.1999 ... 810
aa) Sicherungsübertragung der Leasinggegenstände als Voraussetzung des § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO ... 812
bb) Zusammenhang zwischen Finanzierung und Sicherungsübertragung als Voraussetzung des § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO ... 812
cc) Weitere Erfordernisse? ... 817
d) Umsatzsteuer-Haftung ... 830
2. Bei der Sicherungsübereignung des Leasingobjektes ... 831
a) Kein Fehlschlagen der Sicherungsübereignung ... 831
b) Mängel des Leasingobjektes ... 832
C. Refinanzierung über regresslosen Forderungsverkauf ... 834
I. Ausgestaltung der Sicherungsabreden ... 835
II. Umsatzsteuer-Haftung ... 838

§ 15 Grundpfandrechte ... 841
Inhaltsübersicht ... 841
I. Grundlagen ... 843
1. Allgemeines ... 843
2. Sicherungsgrundschuld ... 843
a) Allgemeines ... 843
b) Abgrenzungen ... 845

II. Sicherungsmittel ... 845
1. Belastungsgegenstände ... 845
2. Haftungssumme ... 847
3. Umfang der Haftung ... 847
a) Zubehör ... 848
aa) Zubehöreigenschaft ... 848
bb) Haftendes Zubehör ... 851
cc) Enthaftung ... 852
b) Bestandteile und Erzeugnisse ... 855
aa) Bestandteile ... 855
bb) Einzelfragen ... 858
cc) Erzeugnisse ... 860
dd) Haftungsverband ... 860
ee) Enthaftung ... 860
c) Forderungen aus Vermietung und Verpachtung und ähnliche Ansprüche ... 861
d) Versicherungsforderungen ... 864
III. Entstehung der Grundschuld ... 866
1. Grundschuld allgemein ... 866
a) Einigung ... 866
aa) Allgemeines ... 866
bb) Vertretung ... 867
cc) Verbraucherschutz ... 868
dd) Bindung an die Einigung ... 869
ee) Andere Erklärungen ... 870
b) Eintragung ... 870
aa) Voraussetzungen der Eintragung ... 870
bb) Verfügungsbefugnis des Bewilligenden ... 872
c) Nebenleistungen ... 873
d) Rang der Grundschuld ... 874
e) Briefgrundschuld ... 876
aa) Erwerbsvoraussetzungen für Briefgrundschuld ... 877
bb) Inhalt des Briefs ... 877
cc) Vor- und Nachteile der Briefgrundschuld ... 878
f) Veränderung der ursprünglichen Grundschuldbedingungen ... 878
aa) Allgemein ... 878
bb) Umwandlung Hypothek in Grundschuld ... 878
2. Gesamtgrundschuld ... 879
a) Inhalt ... 879
b) Entstehung ... 880
c) Gesamtgrundschuld bei Bauträgerfinanzierung ... 881
3. Eigentümergrundschuld ... 882

4. Gutgläubiger Erwerb bei Bestellung einer Grundschuld ... 884
5. Schutzmaßnahmen und Schadensersatzansprüche für Grundschuldgläubiger ... 884

IV. Übertragung Grundschuld ... 885
1. Allgemeines ... 885
2. Briefgrundschuld ... 886
a) Anforderungen an die Abtretungserklärung ... 886
b) Teilabtretung einer Briefgrundschuld ... 888
3. Buchgrundschuld ... 888
4. Treuhand und Grundschuld ... 889
a) Allgemeines ... 889
b) Treuhandkonstruktionen ... 890
c) Refinanzierungsregister ... 891
5. Rechtsstellung des Erwerbers ... 891
a) Allgemein ... 891
b) Gutgläubiger Erwerb bereits bestellter Grundschuld ... 892
aa) Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten ... 892
bb) Gutgläubiger, einredefreier Erwerb ... 893
cc) Sicherungsgrundschuld ... 894
6. Übergang der gesicherten Forderung ... 896

V. Untergang und Löschung der Grundschuld ... 896
1. Löschung ... 897
2. Urkunden zur Löschung; löschungsfähige Quittung ... 897
3. Ansprüche auf Löschung der Grundschuld ... 898
a) Gesetzlicher Löschungsanspruch ... 898
aa) Inhalt des Löschungsrechts ... 899
bb) Folgen ... 899
b) Vertragliche und sonstige Löschungsansprüche ... 902

VI. Sicherungsvertrag, Nebenabreden und Verjährung ... 902
1. Gesicherte Forderung, insb. Zweckabrede ... 903
a) Allgemeines ... 903
b) Gesicherte Forderungen ... 905
aa) Weite Zweckerklärung ... 905
bb) Enge Zweckerklärung ... 907
cc) Sonstige Zweckabreden ... 907
c) Änderungen der Sicherungsabrede ... 908
d) Darlegungs- und Beweislast ... 909
2. Sicherungsmöglichkeit bei Auszahlung vor Eintragung ... 910
3. Wechselwirkungen zwischen gesicherter Forderung und Grundschuld ... 910
a) Zweckbindung der Grundschuld ... 910
b) Nichtigkeit der gesicherten Forderung ... 911

c) Sittenwidrigkeit der Grundschuld ... 911
aa) Übersicherung durch Grundschuld ... 911
bb) Überhöhte Grundschuldzinsen und sonstige Nebenleistungen ... 912
d) Geltendmachung der Grundschuld ... 913
4. Fälligkeitsabreden und Kündigung der Grundschuld ... 914
5. Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung gemäß § 800 ZPO ... 915
6. Übernahme der persönlichen Haftung ... 919
a) Zustandekommen, Inhalt und Wirksamkeit ... 919
b) Rechtsgrund und Verpflichtung zur Abgabe eines Schuldversprechens ... 922
c) Übertragung ... 923
d) Verhältnis zur Grundschuld ... 923
e) Erlöschen und Rückgewähr ... 924
f) Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung ... 925
g) Beweislast ... 925
7. Rückgewähr von Grundschulden ... 926
a) Anspruch auf Rückgewähr ... 926
aa) Allgemein ... 926
bb) Gläubiger und Schuldner ... 928
cc) Inhalt ... 929
dd) Ersatzansprüche bei Untergang des Rückgewähranspruchs ... 931
ee) Beweislast ... 932
b) Abtretung des Anspruchs auf Rückgewähr ... 933
aa) Allgemeines ... 933
bb) Sicherungszweck ... 935
cc) Abtretung der Ansprüche auf Rückgewähr der Rückgewähransprüche ... 936
c) Verhältnis zu anderen Ansprüchen ... 936
8. Sonstige Abreden ... 937
a) Verzicht auf Brief- und Urkundenvorlage ... 937
b) Bevollmächtigung ... 937
c) Verpflichtung zur Versicherung von Grundbesitz und Zubehör ... 938
9. Verjährung ... 938
a) Grundschuld ... 938
b) Abstraktes Schuldversprechen ... 939
VII. Zahlungen, Auswirkungen und Ausgleichsansprüche ... 940
1. Tilgungswirkung ... 940
a) Vereinbarungen ... 940
b) Anrechnung ohne Vereinbarung ... 942
2. Auswirkungen einer Zahlung auf die Grundschuld ... 943

3. Ausgleichsansprüche ... 945
a) Ausgleichsansprüche gegen den Schuldner ... 946
b) Ausgleichsansprüche bei mehreren Sicherungsgebern ... 946
VIII. Hypothek ... 947
1. Arten der Hypothek ... 948
2. Besonderheiten der Hypothek ... 948

Anhang 1 zu § 15 Grundpfandrechte ... 951
Formular „Bestellung einer Buchgrundschuld (ohne Brief) mit Übernahme der persönlichen Haftung und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung“ ... 951
Erläuterungen zum Formular „Bestellung einer Buchgrundschuld mit Übernahme der persönlichen Haftung und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung“ ... 954
I. Vorbemerkungen zum Formular „Bestellung einer Buchgrundschuld“ ... 954
II. Anmerkungen zu den Bedingungen des Grundschuldbestellungsformulars ... 955

Anhang 2 zu § 15 Grundpfandrechte ... 961
Formular „Sicherungsvereinbarung für eine Grundschuld mit Abtretung der Rückgewähransprüche“ ... 961
Erläuterungen zum Formular „Sicherungsvereinbarung für eine Grundschuld mit Abtretung der Rückgewähransprüche“ ... 963
I. Vorbemerkungen zur „Sicherungsvereinbarung für eine Grundschuld“ ... 963
II. Anmerkungen zu den Bedingungen in der Sicherungsvereinbarung ... 964
1. Sicherungszweck ... 965
2. Erweiterung des Haftungsumfangs durch Abtretung der Ansprüche auf Rückgewähr vor- und gleichrangiger Grundschulden ... 966
3. Sicherheitenfreigabe ... 967
4. Versicherung des belasteten Grundbesitzes ... 968
5. Auskünfte und Besichtigung ... 968
6. Anrechnung von Zahlungen ... 968

§ 16 Kreditsicherung und Gesellschaftsrecht ... 971
Inhaltsübersicht ... 971
I. Einleitung ... 973
II. Aussonderungs- und Verwertungssperre im Eröffnungsverfahren ... 973
1. Nutzungsausfallentschädigung ... 973
2. Wertersatz ... 973
3. Einziehungs- und Verwertungsrechte des Schuldners ... 974

III. Anfechtung der Rückführung von Gesellschafterdarlehen (§ 135 Abs. 1 bis 3 InsO) ... 975
1. Legitimationsgrundlage der gesetzlichen Regelung ... 975
2. Befriedigung eines Darlehens (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO) ... 976
a) Entbehrlichkeit einer Krise ... 976
b) Rechtshandlung ... 977
c) Gläubigerbenachteiligung ... 977
aa) Heilung einer Gläubigerbenachteiligung ... 978
bb) Kontokorrent ... 979
d) Gesellschafterdarlehen ... 980
aa) Grundsatz ... 980
bb) Abtretung von Darlehen oder Beteiligung ... 980
(1) Anfechtung gegenüber Zessionar ... 981
(2) Anfechtung gegenüber Zedenten ... 981
3. Gesellschaftergleiche Personen ... 982
a) Treuhand ... 982
b) Einräumung von Gesellschafterrechten ... 983
c) Mittelbarer Gesellschafter ... 983
d) Verbundene Unternehmen ... 984
e) Abgabe der Beteiligung ... 986
f) Atypischer stiller Gesellschafter ... 986
g) Darlehen naher Angehöriger ... 987
aa) Grundsatz: Keine gesellschaftergleiche Forderung ... 987
bb) Kein Anscheinsbeweis für Strohmanngeschäft ... 987
4. Befriedigung einer einem Gesellschafterdarlehen gleichgestellten Forderung ... 988
a) Grundsatz ... 988
b) Erstattung einer stillen Beteiligung ... 988
c) Schuldverschreibung ... 989
d) Bereicherungsanspruch ... 989
e) Nutzungsentgelt ... 989
f) Darlehenszinsen ... 990
g) Stundung oder Stehenlassen einer Forderung über mehr als drei Monate ... 990
h) Altersruhegeld ... 991
i) Stehen gelassene Gewinne ... 992
aa) Zuschreibung eines festgestellten Gewinns auf Gesellschafterkonto ... 992
bb) Zahlung aus Gewinnvortrag ... 993
j) Lizenzgebühren ... 995

5. Anfechtung der Besicherung eines Gesellschafterdarlehens (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO) ... 996
a) Erfasste Sicherungen ... 996
b) Keine Sperrwirkung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO ... 996
c) Bargeschäftsprivileg unanwendbar ... 997
6. Freiwerden einer für ein Drittdarlehen gegebenen Gesellschaftersicherung (§ 135 Abs. 2 InsO) ... 998
a) Anfechtungsgegner ... 998
b) Rechtshandlung ... 998
aa) Grundsatz ... 998
bb) Zeitpunkt ... 1000
c) Erwerb der Gesellschafterstellung nach Sicherheitengewährung ... 1000
d) Gläubigerbenachteiligung ... 1000
e) Höhe der Forderung ... 1003
f) Verjährung ... 1004
7. Nutzungsanspruch der insolventen Gesellschaft gegen Gesellschafter (§ 135 Abs. 3 InsO) ... 1005
a) Kein Anspruch auf unentgeltliche Nutzungsüberlassung ... 1005
b) Aussonderungssperre ... 1006
aa) Anspruch auch gegen verbundene Gesellschaften ... 1006
bb) Voraussetzungen des Nutzungsanspruchs ... 1006
cc) Berechnung der Vergütung ... 1007
8. Gewährung eines Gesellschafterdarlehens keine unentgeltliche Leistung ... 1008

IV. Darlehensgewährung von Gesellschaft an Gesellschafter ... 1009
1. Gesetzgeberische Intention ... 1009
2. Folgerungen ... 1010
3. Darlehensvergabe an Gesellschafter ... 1010
a) Grundsatz ... 1010
b) Cash-pooling ... 1011
4. Sicherheitengewährung zugunsten des Gesellschafters ... 1011
a) Sicherung einer Forderung des Gesellschafters gegen einen Dritten ... 1011
b) Sicherung einer Forderung eines Dritten gegen den Gesellschafter ... 1012
c) Eintritt einer Unterbilanz ... 1012
5. Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag ... 1013

V. Sicherung und Kapitalaufbringung ... 1013
1. Sacheinlage ... 1013
a) Gegenstand der Sacheinlage ... 1013
b) Wegfall der Geschäftsgrundlage ... 1013
c) Schadensersatz ... 1014
2. Verdeckte Sacheinlage ... 1014
3. Hin- und Herzahlung ... 1015
VI. Kapitalerhaltung ... 1016
1. GmbH ... 1016
2. AG ... 1017
VII. Rangrücktritt ... 1018
1. Inhalt der Erklärung ... 1018
a) Früheres Recht ... 1018
b) Heutiges Recht ... 1019
2. Rechtsfolge eines Rangrücktritts ... 1020
a) Schuldänderungsvertrag ... 1020
b) Vertrag zugunsten Dritter ... 1020
3. Anfechtbarkeit einer trotz eines Rangrücktritts geleisteten Zahlung ... 1021
a) Unentgeltlichkeit ... 1021
b) Rechtswirkungen eines Rangrücktritts ... 1021
4. Formularmäßige Vereinbarung eines Nachrangkredits ... 1022
a) Rechtsfolge einer Nachrangabrede ... 1022
b) Risiken eines Nachrangdarlehens ... 1022
c) Unwirksamkeit formularmäßiger Nachrangklausel ... 1023
aa) Anforderungen des Transparenzgebots ... 1023
bb) Umsetzung im Einzelfall ... 1023
d) Zahlung auf Nachrangdarlehen ... 1024
5. Haftung einer Komplementär – GmbH für wirksam vereinbartes Nachrangdarlehen ... 1025
VIII. Existenzvernichtungshaftung ... 1025
1. Grundsatz ... 1025
2. Erhöhung der Verbindlichkeiten ... 1026
3. Firmenbestattung ... 1028
a) Haftung der Übernehmer ... 1028
b) Unzulässigkeit eines Insolvenzantrags ... 1028
IX. Schuldbeitritt eines Geschäftsführers ... 1029

§ 17 Kreditsicherheiten im grenzüberschreitenden Verkehr, Rechtsangleichung und Harmonisierung ... 1031
Inhaltsübersicht ... 1031
I. Überblick ... 1031

II. Internationales Privatrecht ... 1033
1. Persönliche Sicherheiten ... 1033
a) Anwendbarkeit der Rom I-Verordnung ... 1033
b) Grundsatz der freien Rechtswahl ... 1034
c) Objektive Bestimmung des anwendbaren Rechts ... 1034
2. Dingliche Sicherheiten ... 1035
a) Sicherungsrechte an Sachen ... 1035
aa) *Lex rei sitae* als Grundregel ... 1035
bb) Praktische Auswirkungen auf die Bestellung und Ausübung von Sicherungsrechten an beweglichen Sachen ... 1037
b) Sicherungsrechte an Forderungen ... 1040
aa) Rechtsquelle ... 1040
bb) Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar ... 1040
cc) Verhältnis zum Drittschuldner ... 1041
dd) Das Verhältnis zu sonstigen Dritten (Gläubiger des Zedenten, Zessionare derselben Forderung) ... 1042
III. Rechtsangleichung und Harmonisierung ... 1045
1. Überblick ... 1045
a) Grundstücke als Sicherungsgut ... 1045
b) Bewegliche Sachen als Sicherungsgut ... 1046
aa) Europäische Union ... 1046
bb) Weltweite Bestrebungen ... 1047
c) Forderungen als Sicherungsgut ... 1048
2. EU-Richtlinien ... 1049
a) Verzugsrichtlinie ... 1049
b) Finanzsicherheitenrichtlinie ... 1049
3. Internationale Übereinkommen ... 1050
a) Übereinkommen von Kapstadt über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung (2001) und ausrüstungsspezifische Protokolle (Luftfahrzeuge, Eisenbahnmaterial, „MAC"-Gegenstände) ... 1050
b) Unidroit Übereinkommen über Internationales Finanzierungsleasing (Ottawa 1988) ... 1054
c) Unidroit Übereinkommen über Internationales Factoring (Ottawa 1988) ... 1054

§ 18 Ordnungsrechtliche Haftung des Sicherungsnehmers ... 1057
Inhaltsübersicht ... 1057
I. Praxisrelevanz ... 1057
II. Zugriff auf den gesicherten Kreditgeber in der Insolvenz des Kreditnehmers ... 1058
III. Lender liability und Durchgriffshaftung auf gesicherte Kreditgeber ... 1060
IV. Haftung des Sicherungseigentümers ... 1062

V. Haftung des Grundpfandgläubigers ... 1064
1. Keine direkte ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit ... 1064
2. Abschöpfen von Wertvorteilen bei einer Sanierung von Umweltaltlasten ... 1064
3. Rechtsschutz für Grundpfandgläubiger ... 1067

§ 19 Umsatzsteuer bei der Sicherheitenverwertung ... 1069
Inhaltsübersicht ... 1069
I. Verwertung von sicherungsübereigneten Gegenständen ... 1070
1. Einführung ... 1070
2. Verwertung beweglicher Gegenstände eines Unternehmers außerhalb eines Insolvenzverfahrens ... 1070
a) Verwertung beweglicher Gegenstände eines Unternehmers außerhalb eines Insolvenzverfahrens als „Doppelumsatz" ... 1070
b) Verwertung beweglicher Gegenstände eines Unternehmers außerhalb eines Insolvenzverfahrens als „Dreifachumsatz" ... 1072
3. Verwertung beweglicher Gegenstände eines Unternehmers im vorläufigen Insolvenzverfahren ... 1074
4. Verwertung beweglicher Gegenstände eines Unternehmers im eröffneten Insolvenzverfahren ... 1076
a) Der Insolvenzverwalter ist im Besitz eines sicherungsübereigneten Gegenstandes und veräußert diesen an einen Erwerber ... 1076
b) Der Insolvenzverwalter ist im Besitz eines sicherungsübereigneten Gegenstands und überlässt diesen der Bank zur Verwertung ... 1080
c) Der Insolvenzverwalter ist im Besitz des sicherungsübereigneten Gegenstands und nutzt diesen ... 1081
d) Der Insolvenzverwalter ist nicht im Besitz des sicherungsübereigneten Gegenstands, der Sicherungsnehmer verkauft den Gegenstand an einen Erwerber ... 1082
5. Verwertung beweglicher Gegenstände einer „Privatperson" außerhalb eines Insolvenzverfahrens ... 1083
II. Verwertung von Zessionen ... 1085
1. Einführung ... 1085
2. Überblick zu § 13c UStG ... 1085
3. Umsatzsteuerliche Beurteilung der insolvenzrechtlichen Kostenbeiträge ... 1088
III. Umsatzsteuer bei Verkauf zahlungsgestörter Forderungen ... 1089

IV. Umsatzsteuer beim Sicherheitenpool ... 1090
1. Einführung ... 1090
2. Der Pool als leistender Unternehmer im Rahmen der Sicherheitenverwertung? ... 1090
3. Die umsatzsteuerliche Beurteilung von Leistungen des Poolführers ... 1091

§ 20 Eigentumsvorbehalt ... 1093
Inhaltsübersicht ... 1093
I. Begriff ... 1093
1. Allgemeines ... 1093
2. Rechtsstellung der beteiligten Parteien ... 1094
a) Verkäufer ... 1094
b) Käufer ... 1097
II. Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts ... 1099
1. Vereinbarung in AGB ... 1100
a) Einkaufsbedingungen des Käufers ... 1100
b) Kollidierende AGB (sog. Abwehrklausel) ... 1101
2. Nachträgliche Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts ... 1102
a) Einvernehmliche Vereinbarung ... 1102
b) Einseitige Vereinbarung ... 1102
III. Verlängerungs- und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehalts ... 1104
1. Erweiterungen in horizontaler Richtung ... 1104
a) Kontokorrentvorbehalt ... 1105
b) Konzernvorbehalt ... 1107
2. Erweiterungen in vertikaler Richtung ... 1108
a) Eigentumsvorbehalt mit Verarbeitungsklausel/Verbindungsklausel ... 1108
aa) Vertraglicher Ausschluss des § 950 BGB ... 1108
bb) Vertragliche Festlegung des Begriffs „Hersteller" (Verarbeitungsklausel) ... 1109
cc) Antizipiertes Besitzkonstitut ... 1110
dd) Problematik der Übersicherung ... 1111
ee) Verbindungsklauseln ... 1113
b) Verlängerter Eigentumsvorbehalt ... 1115
aa) Inhalt des verlängerten Eigentumsvorbehalts ... 1115
bb) Kollision von verlängertem Eigentumsvorbehalt mit einem Abtretungsverbot ... 1117

cc) Kollision von verlängertem Eigentumsvorbehalt und Sicherungsglobalzession 1119
aaa) Sittenwidrigkeit aufgrund der Vertragsbruchtheorie 1119
bbb) Sittenwidrigkeit aufgrund einer Übersicherung 1120
dd) Kollision von verlängertem Eigentumsvorbehalt und Factoring 1122
c) Weitergeleiteter Eigentumsvorbehalt 1124
d) Nachgeschalteter Eigentumsvorbehalt 1124
IV. Untergang des Eigentumsvorbehalts 1125
1. Kaufpreiserfüllung und andere Beendigungstatbestände 1125
2. Rücktritt, § 449 Abs. 2 BGB 1125
a) Rücktrittsrecht 1125
b) Rückholrecht und Grundsatz „keine Rücknahme ohne Rücktritt“ 1127

Literaturverzeichnis 1129

Stichwortverzeichnis 1145

Bearbeiterverzeichnis

Dr. **Jan-Hendrik Brünink**	§§ 3, 10, 12
Dr. **Stefanie Filz**	§ 9
Prof. Dr. **Markus Gehrlein**	§ 16
Prof. Dr. **Daniel Graewe**, LL.M.	§ 8
Prof. Dr. **Eva-Maria Kieninger**	§§ 17, 20
Béla Knof	§§ 4, 18
Michael Liepin	§§ 7, 15
Dr. **Helmut Merkel**	§ 4
Dr. **Henning Mordhorst**	§§ 5, 6
Dr. **Bernd Peters**	§ 14
Martin Richter	§ 2
Prof. Dr. **Heinrich Schoppmeyer**	§§ 7, 15
Dr. **Jan de Weerth**	§ 19
Judith Wittig	§§ 1, 11, 13 sowie Anhänge zu § 9, 11–13, 15

§ 1
Allgemeine Grundlagen[1]

Inhaltsübersicht

I. Grundbegriffe ... 1
1. Kreditsicherung ... 1
2. Gesicherte Forderung und Sicherungsrecht ... 2
a) Geborene Sicherheit ... 4
b) Gekorene Sicherheit ... 5
3. Sicherungsrecht ... 6
II. Die Arten der Sicherheit ... 10
1. Personal- und Sachsicherheit ... 11
a) Personalsicherheit ... 12
b) Sachsicherheit ... 13
2. Abhängigkeit der Sicherheit von der gesicherten Forderung ... 15
a) Akzessorische Sicherheit ... 16
b) Fiduziarische oder abstrakte Sicherheit ... 17
3. Mittelbar und unmittelbar verwertbare Sicherheit ... 22
a) Mittelbar verwertbare Sicherheit (vgl. § 5 Rn. 6) ... 23
b) Unmittelbar verwertbare Sicherheit (vgl. § 5 Rn. 12) ... 24
III. Der Vorvertrag ... 25
1. Positiverklärung ... 25
2. Besicherungsanspruch nach AGB-Banken ... 26
3. Wegfall der vorgesehenen Sicherheit ... 27
4. Entgeltlichkeit der Sicherstellung ... 29
5. Bankmäßige Sicherheit und Geschäftsverbindung ... 30
IV. Beteiligte Personen ... 31

I. Grundbegriffe

1. Kreditsicherung

Kredit ist Vertrauenssache. Aber das Vertrauen darauf, dass der Kreditnehmer den kreditierten Betrag vereinbarungsgemäß zurückzahlen werde, kann allein die Kreditgewährung nicht rechtfertigen; es muss vielmehr der Kreditgeber gegen die Gefahr einer künftigen Zahlungsunfähigkeit oder auch nur Zahlungsunwilligkeit seines Schuldners geschützt sein, wenn das Kreditgeschäft innerhalb einer ordentlichen Wirtschaftsführung vertretbar sein soll. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass den Banken fremde Gelder anvertraut werden und sie deshalb auch zum Schutz der Interessen ihrer Gläubiger für eine einwandfreie Besicherung der herausgereichten Kredite Sorgen tragen müssen. Außerdem hat die Besicherung von Kreditforderungen als Ausfallrisikopositionen mit dem *1*

1 Die Überarbeitung basiert auf der bisherigen urheberrechtlichen Leistung von *Lwowski* aus der Vorauflage.

Ziel der Kapitalentlastung durch Verwendung von Kreditrisikominderungstechniken nach der Kapitaladäquanzverordnung[2] (CRR) eine zunehmend höhere Bedeutung erlangt[3].

2. Gesicherte Forderung und Sicherungsrecht

2 Gesicherte Forderung ist die vom Sicherungsrecht abgesicherte oder besicherte Forderung; als Kreditforderung, z. B. als Zins- und Tilgungsanspruch aus dem Darlehensvertrag im Sinne des § 488 BGB, ist sie entweder auf Zahlung eines von vornherein feststehenden Betrages gerichtet oder – so beim Kontokorrentkredit – mit einer laufenden Rechnung (Kontokorrent) verbunden und dann ihrer Höhe nach „variabel", also erst bei der Saldenziehung nach Beendigung des Kreditverhältnisses endgültig zu ermitteln.

3 Das Sicherungsrecht entsteht aus dem Sicherungsvertrag zwischen dem Sicherungsnehmer (in der Regel das Kreditinstitut) und dem Sicherungsgeber und räumt dem Sicherungsnehmer das Recht ein, die gestellte Sicherheit bei Verwertungsreife zu verwerten. Zur Sicherheit aber wird das vertraglich eingeräumte Recht erst durch seine Verknüpfung mit der gesicherten Forderung, eine Verknüpfung, die im Streitfall beweisen muss, wer sich darauf beruft. Dabei kann es vorkommen, dass die zu sichernde Forderung durch mehrere Sicherungsrechte abgesichert wird, so z. B. durch eine Bürgschaft und ein Pfanddepot, nachträglich kann noch eine weitere Sicherheit, z. B. eine Grundschuld, als „Zusatzsicherheit" hinzukommen. Zur Gefahr einer anfänglichen Übersicherung siehe § 3 Rn. 63.

Im Einzelnen zur Sicherungsvereinbarung als Teil des Sicherungsvertrages siehe § 3 Rn. 1.

In der Bankpraxis wird zwischen den bereits im Gesetz geregelten Sicherungsrechten und den vertraglich vereinbarten und durch eine langjährige Praxis entwickelten Sicherungsrechten unterschieden.

a) Geborene Sicherheit

4 Bereits das Gesetz selbst beinhaltet Sicherungsrechte, die der Besicherung von Ansprüchen gegen den Schuldner dienen: die Bürgschaft (§ 765 BGB), das Pfandrecht an beweglichen Sachen (§ 1204 BGB) und an Rechten (§ 1273 BGB) sowie die Hypothek (§ 1113 BGB). Bei ihnen gehört die Bezugnahme auf die gesicherte Forderung zum Mindestbestand des Sicherstellungsvertrages[4] (Sicherheitenbestellungsvertrag oder Sicherheitenvertrag); weil diese Sicherheiten von dem Bestand der gesicherten Forderung abhängig sind (siehe Rn. 7), muss der Sicherheitenvertrag die Forderung hinreichend bezeichnen, weil andernfalls die Sicherstellung ungültig ist. Diese Rechte, in § 232 BGB als Arten einer

2 Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über die Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012 in der jeweils gültigen Fassung (kurz: Capital Requirements Regulation – CRR).

3 Siehe dazu § 8; *Federlin*, in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, 6. Aufl., Rn. 8.2.

4 RGZ 136, 422; RGZ 145, 229; RGZ 148, 351.

geschuldeten Sicherheitsleistung vorgesehen, sind nach Inhalt und Durchsetzung im Gesetz eingehend geregelt, bei den Sachsicherheiten bezüglich der dinglichen Seite zwingend, auf der auf einem Schuldverhältnis beruhenden schuldrechtlichen Seite vielfach – in den Grenzen der AGB-rechtlichen Regelungen und der Sittengemäßheit (§ 138 BGB) – abdingbar. Ihre Zuordnung zu der zu sichernden Forderung ist eindeutig: sie dienen dem Gesetz nach ausschließlich dem Zweck der Sicherung. Man kann sie daher als „geborene" Sicherheiten bezeichnen.

b) Gekorene Sicherheit

5 Die Vielgestaltigkeit der wirtschaftlichen Verhältnisse kam jedoch mit dem engen Rahmen der gesetzlich geregelten Sicherungsrechte, die durch die Akzessorietät von Sicherungsrecht und gesicherter Forderung (z. B. Bürgschaft, Pfandrecht, Hypothek) oder dem Erfordernis der Übergabe des verpfändeten Gegenstands (Pfandrecht an beweglichen Sachen) zwingend vorgegeben sind, nicht aus. Neue Rechtsinstitute wurden gesucht und gefunden. Die Entwicklung ist bis heute noch nicht abgeschlossen. Ausgehend von der Erwägung, dem Sicherungsnehmer ein Verwertungsrecht an Gegenständen oder einen weiteren Schuldner zu verschaffen, ging man dazu über, ihm sicherungshalber auch Rechte einzuräumen, die ihrem ursprünglichen Wesen und rechtlichen Gehalt nach gar nicht zur Sicherung von Forderungen bestimmt waren. Am bekanntesten sind die Übereignung in der Form der Sicherungsübereignung beweglicher Sachen soweit sie Gegenstand besonderer dinglicher Rechte sein können (§ 93 BGB; im Einzelnen siehe § 2 Rn. 15) – die Sicherungsübereignung von Grundstücken und die Übertragung von Anwartschaftsrechten auf Erwerb von Grundstücken ist denkbar, scheitert aber im allgemeinen schon an den mit ihr verbundenen Kosten und Steuern – sowie die Abtretung von Rechten in der Form der Sicherungsabtretung sowie die Grundschuld als Sicherungsgrundschuld (§ 1192 Abs. 1a BGB). Die Zulässigkeit solcher Sicherung – auch als Kautelarsicherheit bezeichnet[5] – ist mittlerweile unbestritten. Da diese Rechte nicht kraft Gesetzes, sondern lediglich aufgrund des Parteiwillens zu Sicherungszwecken verwendet werden, sind die entsprechenden Sicherungsverhältnisse nicht gesetzlich geregelt, sondern in langjähriger Rechtsprechung ausgestaltet worden. Die Sicherungsrechte sind eben nicht von Natur aus Sicherheiten, sondern rechtsgeschäftlich „gekorene" Sicherheiten. Sie haben aber, da sie im Allgemeinen leichter zu handhaben und zu verwerten und diskreter zu behandeln sind als die geborenen Sicherheiten, diese in manchen Bereichen nahezu verdrängt. Während früher die Grundschuld unbeliebt und praktisch bedeutungslos war, wird sie heute von den Kreditinstituten als „Sicherungsgrundschuld" der Hypothek vorgezogen; das gleiche gilt für das Sicherungseigentum gegenüber dem Pfandrecht. Dass die Grundschuld auch ihre Anerkennung durch das Gesetz gefunden hat, zeigt sich u. a. darin, dass sie den Hypotheken als Deckungswerte für den Hypothekenpfandbrief (§ 12 Abs. 1 PfandBG) in § 18 Abs. 1 PfandBG gleichgestellt werden und die Sicherungsgrundschuld als Sicherungsmittel für eine Dar-

5 *Ganter*, in: BHB, § 69 Rn. 47.

lehensforderung nach § 18 Abs. 2 PfandBG neben der Grundschuld auch die gesicherte Forderung ins Deckungsregister einzutragen ist.

3. Sicherungsrecht

6 Das Sicherungsrecht ist Sicherheit kraft der auf dem Parteiwillen beruhenden Beziehung zu der gesicherten Forderung. Diese innere Beziehung ergibt sich daraus, dass die Sicherheit nach dem Willen der Parteien regelmäßig erst, wenn die Erfüllung der gesicherten Forderung ausbleibt oder die Leistung des Schuldners nach Inhalt und Umfang nicht den Vereinbarungen entspricht, verwertet werden soll. Der Verwertungserlös soll die gesicherte Forderung wie eine Zahlung des Schuldners tilgen. Fehlt oder entfällt aber abredegemäß diese Beziehung zwischen dem Sicherungsrecht und der zu sichernden Forderung, so fehlt es am Sicherungszweck. Das Sicherungsrecht ist dann keine Sicherheit. Da den gesetzlich geregelten (geborenen) Sicherheiten der hier erörterte Zusammenhang wesenseigen ist, kann er rechtlich überhaupt nicht beseitigt werden; eine entsprechende Vereinbarung schließt die Annahme eines Pfandrechts aus[6].

Der Sicherungszweck findet bei den gesetzlich geregelten Sicherungsrechten (wie Bürgschaft, Pfandrecht und Hypotheken) somit seinen Ausdruck:

7 1. in dem sog. Abhängigkeits(Akzessorietäts-)prinzip, aufgrund dessen jede der vorgenannten Sicherheiten in einer Beziehung funktioneller Art zu der Forderung steht, dass dem Sicherungsnehmer die Sicherheit nur zusteht, solange und soweit die Forderung existiert. Die Sicherheit ist um der Forderung willen da und hat deshalb diese zur Voraussetzung. Die Parteien können das Abhängigkeitsprinzip auch nicht durchbrechen, ohne dass das Sicherungsrecht den Charakter als Sicherheit verliert. Soll z. B. der Verwertungserlös dem Gläubiger trotz Ausbleibens oder Erlöschens der Forderung oder über deren Betrag hinaus zukommen, so liegt keine Sicherheit der vorgenannten Art vor, sondern ein Geschäft anderer rechtlicher Art. Wer sich etwa für eine bestimmte Forderung verbürgt mit der Abrede, dass er zur Zahlung der Bürgschaftssumme auch dann verpflichtet sein soll, wenn die gesicherte Forderung geringer ist als jene – z. B. wenn der Bürge auf den Einwand verzichtet, der Gläubiger habe die verbürgte Forderung durch Vergleich mit dem Schuldner ermäßigt –, übernimmt in Höhe des die Forderung übersteigenden Betrages keine Bürgschaft, sondern ein selbstständiges Schuldversprechen (§ 780 BGB) oder eine Garantie[7]. Wegen des Grades der Akzessorietät der Sicherheit s. Rn. 17 ff. Das Gesagte bezieht sich nicht auf die Abhängigkeit der Sicherheit vom Inhalt der Forderung, denn die Bindung der Sicherheit an den Inhalt der Forderung kann gelöst werden, ohne dass damit der Sicherungszweck als solcher aufgehoben wird. Demgemäß wird der Wesensgehalt der Sicherheit nicht beeinträchtigt, wenn der Sicherungsgeber lediglich auf Einreden allgemeiner Art, die dem Schuldner gegen die Forderung zustehen, etwa auf die Einrede der Stundung, verzichtet[8]. So sehen die Rege-

6 BGH – VIII ZR 279/56 – BGHZ 23, 293.
7 BGH – I b ZR 142/63 – WM 1966, 122.
8 RGZ 153, 338.

lungen zur Bürgschaft selbst vor, dass der Bürge auf grundsätzlich bestehende Einreden gegen den Gläubiger verzichten kann (z. B. Einrede der Vorausklage, Einrede der Aufrechenbarkeit[9] oder Einrede der Anfechtung[10]), ohne die Rechtsnatur der Haftungsübernahme als Bürgschaft zu verlieren. Der Verzicht auf Einreden kann aber, wenn er formularmäßig erfolgt, gegen AGB-rechtliche Regelungen verstoßen. Soll ein Pfandrecht trotz Erlöschens der Forderung bestehen bleiben, so kann dies in die Abrede umgedeutet werden, dass die Forderung in Wirklichkeit nicht erlöschen, jedoch nur mit Beschränkung ihrer Befriedigung aus dem Pfandobjekt weiter bestehen soll, was den Charakter des Sicherungsrechts als Pfandrecht nicht beeinträchtigt.

2. in der Verwertungsbefugnis (siehe § 5) des Sicherungsnehmers. Jede Sicherung erledigt sich ordnungsmäßig entweder durch Erfüllung der Forderung oder durch Verwertung der Sicherheit zum Zwecke der Erfüllung der Forderung. Zwar ist die Sicherung nicht ein Minus gegenüber der Befriedigung des Gläubigers, sondern etwas anderes. Aber letztlich ist auch sie dazu bestimmt, dem Gläubiger – durch Verwertung des Sicherungsrechts – zu dem ausgebliebenen Kreditbetrag, einschließlich rückständiger Zinsen, Verzugszinsen und etwaiger Beitreibungskosten zu verhelfen. Daher lässt sich eine scharfe Grenze zwischen Sicherung und Befriedigung nicht ziehen. Es gibt Fälle, in denen die Verwertung der Sicherheit zur Voraussetzung für die Geltendmachung der gesicherten Forderung gemacht oder der Gläubiger zur vorhergehenden Verwertung verpflichtet oder vereinbart wird, dass der Gläubiger sich nur an die Sicherheit halten darf. Bei den geborenen Sicherheiten (Rn. 4), die der Forderung eindeutig zugeordnet sind, behält das Sicherungsrecht auch in diesen Fällen den Charakter als Sicherheit, sofern die Möglichkeit der Geltendmachung der gesicherten Forderung nicht gänzlich ausgeschlossen ist[11], sondern das bisherige Schuldverhältnis zumindest einstweilig aufrecht erhalten bleibt, sei es auch nur mit der Beschränkung der Befriedigung des Gläubigers aus dem Sicherungsmittel, z. B. dem hypothekarisch belasteten Grundstück[12] oder den verpfändeten Wertpapieren. Die Sicherungsrechte der gekorenen (vgl. Rn. 5) Sicherheiten, deren Zuordnung zur gesicherten Forderung dem Parteiwillen unterliegt, ändern ihren Charakter, wenn sie nicht als Sicherungs-, sondern, wie z. B. eine Kapitallebensversicherung (siehe § 13 Rn. 12), als Befriedigungsmittel[13] gedacht sind. Ist hier der Sicherungsnehmer gehalten, zunächst das Sicherungsrecht zu verwerten, und darf er erst, wenn ihm dies misslingt, gegen Rückgewähr des Sicherungsrechts wieder auf die – vorerst in die zweite Reihe gerückte – gesicherte Forderung zurückgreifen, so handelt es sich um einen Zahlungsversuch der *8*

9 BGH, 24. 10. 2017 – XI ZR 362/15, WM 2017, 2382, wonach ein unbeschränkter Verzicht, mit dem die Aufrechnung mit rechtskräftig festgestellten oder unbestrittenen Forderungen ausgeschlossen werden soll, unwirksam ist.

10 BGH, 25. 02. 2022 – XI ZR 255/20, WM 2022, 414.

11 BGH – VIII ZR 279/56 – BGHZ 23, 293.

12 RGZ 128, 241.

13 So z. B. bei der Vereinbarung einer Tilgungsaussetzung eines befristeten Darlehensvertrags gegen Abtretung einer Kapitallebensversicherung BGH, 20. 11. 2007 – XI ZR 259/06 –, WM 2008, 121.

Schuldnerseite. Kraft seiner Zielsetzung, die über den reinen Sicherungszweck hinausgeht, erscheint das Abkommen der Parteien als Vertrag besonderer Art[14]. Man spricht dann von einer Leistung (Hingabe) erfüllungshalber (zahlungshalber). Sie kann sich auch aus den Umständen ergeben, z. B. bei Abtretung kurzfristig fälliger Forderungen aus Geschäften des Warenverkehrs oder bei Indossierung von Kundenwechseln an den Gläubiger einer Forderung. Eben weil die Hingabe erfüllungshalber mehr ist als eine Sicherung[15], hat sie, wenn ein Dritter erfüllungshalber für den Schuldner leistet, nicht den Charakter und die Wirkung einer Interzession[16]. Andererseits ist dem Schuldner, der die wesentlichen Teile seines Vermögens einem Gläubiger zahlungshalber hingibt, die Außerachtlassung der Belange seiner anderen, unter Umständen leer ausgehenden Gläubiger nicht in dem gleichen Maße vorwerfbar, wie es bei einer bloßen Sicherung des begünstigten Gläubigers der Fall sein könnte[17] (Rn. 11). Von der selteneren Hingabe an Erfüllungs statt[18] unterscheidet sich die Hingabe erfüllungshalber dadurch, dass nicht schon die Hingabe, sondern erst der Eingang des Erlöses aus der Verwertung des hingegebenen Gegenstandes zum Erlöschen der Forderung führt[19]. Kann somit je nach Lage des Falles das Überwiegen des Tilgungszweckes das Wesen der Sicherheit beeinflussen, so bleibt doch die Verwertungsbefugnis des Gläubigers begriffliches Merkmal jeder Sicherung. Bei den geborenen Sicherheiten ist das Verwertungsrecht und -verfahren schon im Gesetz verankert, aber auch bei den gekorenen hat es selbst dann als selbstverständlich zu gelten, wenn nichts darüber vereinbart ist.

9 Der Sicherungsnehmer darf sein Verwertungsrecht grundsätzlich nicht vor einem aus dem Gesetz oder der Vereinbarung der Parteien sich ergebenden Termin ausüben (vgl. § 5). Ist dieser Zeitpunkt aber eingetreten, so muss, soll die Sicherung sinnvoll sein, der Sicherungsnehmer auch dann verwerten dürfen, wenn ihm diese Befugnis nicht ausdrücklich durch Gesetz oder Vertrag eingeräumt worden ist. Schließen die Parteien die Verwertung ganz aus, so kann, falls der Ausschluss überhaupt wirksam ist, jedenfalls nicht mehr von einer Sicherheit gesprochen werden. Eine solche Abrede führt dazu, dass die Sicherheit nicht als Kreditrisikominderungsinstrument anerkannt wird, da ein als solches anerkanntes Sicherungsrecht zum einen rechtlich wirksam und zum anderen durchsetzbar sein muss (vgl. Art 194 Abs. 1 Unterabsatz 1 CRR). Eine zwischen den Parteien getroffene Abrede, wonach der Sicherungsnehmer das Sicherungsrecht nicht ausüben darf, also nicht durchsetzen darf, würde dieser Anforderung nicht entsprechen. Wird etwa ein Pfandrecht bestellt mit der Abrede, dass eine Verwertung der verpfändeten Sache ausgeschlossen sein soll, so kann seine Erklärung in die Einräumung eines Zurückbehaltungsrechts umgedeutet werden. Unerheblich ist nach dem Parteiwillen, ob der Eingang des Verwertungser-

14 RGZ 160, 1.
15 BGH – VIII ZR 23/66 – WM 1968, 684.
16 RGZ 75, 357.
17 BGH – IV ZR 196/54 – BGHZ 19, 12.
18 So OLG Karlsruhe, 04. 04. 2003 – 15 U 8/02 –, NJW 2003, 2322.
19 RGZ 65, 79.

löses die gesicherte Forderung sofort tilgen soll oder nicht; der einstweilige Ausschluss der Tilgungswirkung berührt den Charakter der Sicherheit nicht.

II. Die Arten der Sicherheit

10 Über die entwicklungsgeschichtliche Zweiteilung (s. Rn. 4, 5) hinaus ergeben sich verschiedene Möglichkeiten einer Ordnung der Sicherheiten.

1. Personal- und Sachsicherheit

11 Nach ihrem Inhalt unterscheiden sich die Personen- und Sachsicherheit, deren Verschiedenheit nicht nur die Form des Sicherstellungsvertrages beeinflusst, sondern auch in den Regeln über das Sicherungsmittel, über das Erlöschen und über die Tauglichkeit der Sicherheit zum Ausdruck kommt und nicht zuletzt das Schicksal der Sicherheit in der Insolvenz bestimmt. Trotz der überragenden Wichtigkeit des Unterschiedes herrscht über die Abgrenzung der obigen Begriffe eine gewisse Unklarheit. Will man zu einem brauchbaren Ergebnis gelangen, wird man wie folgt definieren müssen:

a) Personalsicherheit

12 Eine Personalsicherheit[20] kennzeichnet sich dadurch aus, dass der Sicherungsnehmer gegen den Sicherungsgeber einen persönlichen (schuldrechtlichen, obligatorischen) Anspruch auf Zahlung der Schuld eines Dritten erwirbt (vgl. z. B. § 765 Abs. 1 BGB). Dieser Anspruch gegen den Sicherungsgeber steht rechtlich[21] neben der gesicherten Forderung und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine akzessorische Sicherheit (Bürgschaft) oder eine abstrakte Sicherheit (Garantie) handelt. Der Sicherstellungsvertrag schafft in diesem Fall ein Schuldverhältnis (Obligation) zwischen den Parteien, aufgrund dessen der Sicherungsnehmer von dem Sicherungsgeber eine Leistung, eben die Zahlung der vertraglich vereinbarten Geldsumme, fordern darf (§ 241 BGB). Weil niemand sich selbst gegenüber verpflichtet sein kann, erlischt die Sicherheit, wenn in der Folge Forderung und Schuld sich in einer Person vereinigen (Konfusion), z. B. der Bürge den Gläubiger oder der Gläubiger den Bürgen beerbt. Da die gesicherte Forderung ebenfalls ein schuldrechtlicher Anspruch ist, sind insoweit Sicherheit und gesicherte Forderung von gleichem Inhalt. Begrifflich sind aber beide stets streng zu trennen. Die Unterscheidung macht keine Schwierigkeiten, wenn der Sicherungsgeber mit dem Kreditschuldner nicht identisch ist, wenn also die Sicherstellung im Wege der Interzession (z. B. Bürgschaft) erfolgt. Ist aber Sicherungsgeber und Schuldner personengleich, wobei die Sicherheit etwa in einem selbstständigen (konstitutiven) Schuldversprechen (Sicherungsschuldversprechen) des Schuldners (§ 780 BGB) bestehen kann[22], so hat der Sicherungsnehmer zwei Forderungen gegen ihn, die beide dasselbe Ziel verfolgen: einmal den Anspruch aus der Kreditgewährung, zum anderen den An-

20 *Ganter*, in: BHB, § 69 Rn. 26; *Federlin*, in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, Rn. 8.1.
21 *Ganter*, in: BHB, § 69 Rn. 26; BGH, 24. 10. 2017 – XI ZR 362/15 –, WM 2017, 2382.
22 *Ganter*, in: BHB, § 69 Rn. 26.

spruch aus dem Sicherungsvertrag. Einen wirtschaftlichen Wert hat eine solche, vom Kreditschuldner selbst bestellte Personensicherheit nur dann, wenn sie gegenüber der Kreditforderung mit gewissen Vorzügen ausgestattet ist. Sie kann z. B. leichter realisierbar sein als jene, wie z. B. das sicherungshalber gegebene Akzept des Schuldners. Sie kann ferner zufolge einer für sie selbst bestehenden Sicherheit höher bewertbar sein als die Kreditforderung. Eine solche Unterlegung der Personensicherheit ist jederzeit möglich, weil diese als echte Forderung sicherungsfähig ist[23]. Die Untersicherheit kann ihrerseits eine Personal- oder Sachsicherheit sein. Beim Vorliegen derartiger Untersicherheiten erscheint die Kreditsicherung mehrfach gestuft. So kann z. B. eine Bürgschaft durch die Nachbürgschaft (siehe § 9 Rn. 181) eines Dritten untergesichert werden und die Nachbürgschaft ihrerseits durch eine Sicherungsübereignung (zur Haftung des AGB-Pfandrechts für Forderungen der Bank gegen den Kunden aus von ihm für Dritte gegenüber der Bank übernommene Bürgschaft, s. § 10 Rn. 30). Ebenso wird bei der Beleihung von registrierten Schiffen ein untergesichertes Schuldversprechen herangezogen: Der Schiffseigner als Darlehensnehmer bestellt dem Darlehensgeber nicht unmittelbar eine Schiffshypothek, sondern gibt ihm ein konstitutives Schuldversprechen, zu dessen Sicherung die Schiffshypothek eingetragen wird; der Gläubiger erhält dann anstelle einer akzessorischen (s. Rn. 8) eine fiduziarische (s. Rn. 19) Sicherheit. Nach dieser Methode kann auch eine variable Kontokorrentforderung mittels einer Verkehrshypothek abgesichert werden. Rechtlich wirkt es sich sehr unterschiedlich aus, ob eine Sicherheit unmittelbar zur Deckung der Kreditforderung oder ob sie lediglich als Untersicherheit für eine zugunsten des Kreditgebers bestellte Personensicherheit dient. Hat etwa der Bürge die Einrede der Vorausklage, so kann er sie mangels abweichender Vereinbarung dem Gläubiger auch entgegenhalten, wenn dieser zur Verwertung von Wertpapieren schreiten sollte, die zur Sicherung der Bürgschaftsforderung verpfändet sind. Dagegen greift die Einrede nicht durch, wenn die Wertpapiere nicht die Bürgschaftsforderung, sondern die Kreditforderung selbst sichern.

b) Sachsicherheit

13 Eine Sachsicherheit ist ein dingliches Recht des Sicherungsnehmers am Sicherungsmittel, sei es an einer beweglichen Sache (siehe § 2 Rn. 6), einer unbeweglichen Sache oder einem Recht (siehe § 13). Der Sicherstellungsvertrag unterwirft hier das Sicherungsmittel dem Recht des Sicherungsnehmers, den Sicherungsgegenstand zu verwerten, sei es im vollen Umfang, sei es im beschränkten Maße (zur Verfügungsmacht des Sicherungsgebers siehe § 11). Entscheidend für das Vorliegen einer Sachsicherheit ist also, ob der Sicherungsnehmer durch den Sicherstellungsvertrag eine dingliche, jedermann gegenüber wirkende und von jedermann zu respektierende Rechtsstellung in Ansehung des Gegenstandes erwirbt, eine Rechtsstellung, deren Wert für den Sicherungsnehmer sicherungsrechtlich vor allem darin besteht, dass er gegenüber den anderen Gläubigern des Sicherungsgebers das Recht auf bevorzugte Befriedigung aus dem Gegen-

23 BGH – XI 142/89 – WM 1990, 1910; BGH – III ZR 215/87 – WM 1989, 129; *Ganter*, in: BHB, § 69 Rn. 27.

stand innerhalb wie außerhalb eines Insolvenzverfahrens des Sicherungsgebers hat. Von solchen dinglichen Rechten – sie werden auch als „Sachenrechte" (wozu auch abtretbar Rechte zählen) bezeichnet – gibt es nur eine geschlossene Anzahl, deren begriffsmäßiger Inhalt durch das Gesetz festgelegt, also grundsätzlich der Parteivereinbarung entzogen ist. An erster Stelle steht als das umfassendste Herrschaftsrecht das Eigentum an einem Gegenstand bzw. die Inhaberschaft eines Rechts. Die Sicherstellung erfolgt in diesem Fall dadurch, dass der Sicherungsgeber das Eigentum an dem Gegenstand bzw. die Inhaberschaft an dem Recht auf den Sicherungsnehmer überträgt (vgl. § 11). Der Begriff der Sicherungsübertragung deckt im Folgenden die Sicherungsübereignung an Sachen und die Sicherungsabtretung von Rechten. Weitere Sachenrechte sind die beschränkten dinglichen Rechte an fremder Sache, aus der Sicht des Eigentümers als Belastungen bezeichnet; ihre Eigenart besteht darin, dass dem Rechtsinhaber nur einzelne, aus dem Eigentum am belasteten Gegenstand fließende Befugnisse zustehen. Zu Sicherungszwecken verwendbar sind nur die Nutzungsrechte, die dem Berechtigten die Befugnis zu unmittelbarer Nutzung des Gegenstandes gewähren, z. B. von den Dienstbarkeiten der Nießbrauch, und die Verwertungsrechte, die dem Berechtigten die Befugnis geben, sich durch die Verwertung des zu seinen Gunsten belasteten Gegenstandes einen bestimmten Geldbetrag zu verschaffen – so die Reallasten und die Pfandrechte, nämlich die Grundpfandrechte (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld) und die Fahrnispfandrechte, d. h. das Pfandrecht an beweglichen Sachen (Sachpfand) und das Pfandrecht an Rechten (Rechtspfand).

14 Jede Sachsicherheit stellt eine Beziehung her zwischen der gesicherten Forderung und einem bestimmten Vermögensgegenstand, indem dieser Gegenstand bei der Besicherung der Forderung zum Sicherungsmittel gemacht wird. Diese Verknüpfung zwischen Forderung und Gegenstand wird, wenn der Kredit nur mit Rücksicht auf die Verwendung des Gegenstandes als Sicherungsmittel und ohne nähere Prüfung der Kreditwürdigkeit des Schuldners gewährt wird, als „Beleihung" des Gegenstandes bezeichnet; die steuerrechtliche Terminologie (z. B. in § 10 EStG) hat aus diesem wirtschaftlichen Begriff der Beleihung einen rechtlichen gemacht und versteht darunter schlechthin jede Bestellung einer Sachsicherheit an dem betreffenden Gegenstand, insbesondere auch die Sicherungsübertragung, sofern Sicherungsgeber und Schuldner der gesicherten Forderung identisch sind[24]. Der Unterschied ist wichtig bei der Bestimmung des „wirtschaftlichen Zusammenhangs" zwischen Forderung und Gegenstand. Ein solcher Zusammenhang ist nämlich nur gegeben bei einer Beleihung des Gegenstandes im wirtschaftlichen Sinne oder bei einer Verwendung des Kredits für die Zwecke eben dieses Gegenstandes. Die Pfandrechtsklausel der AGB ist in aller Regel nicht geeignet, einen wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen pfandgesicherter Forderung und Pfandobjekt zu begründen. Handelt es sich bei der gesicherten Forderung um einen Betriebsmittel Kredit, so führt der Zusammenhang zwischen dem Sicherungsmittel und den Aufgaben des Betriebes

24 BFH WM 1960, 1362.

im Allgemeinen nicht dazu, dass man steuerrechtlich das Sicherungsmittel notwendigerweise als Betriebsvermögen behandeln müsste[25].

Die Möglichkeit, ob und inwieweit „immaterielle Vermögenswerte" zur Sicherheit herangezogen werden können,[26] ist vielfach diskutiert worden. Als potenzielle Sicherheiten kommen Urheberrechte und vor allem gewerbliche Schutzrechte in Betracht. Zwar ist das Urheberrecht nicht übertragbar, der Urheber kann aber die Nutzungsrechte übertragen (§§ 29 Abs. 2 Alt. 1, 31 Abs. 1.5.1 UrhG). Die Bank sollte sich aber das „ausschließliche Nutzungsrecht" übertragen lassen, um die Nutzungsrechte Anderer auszuschließen.[27] Unter die gewerblichen Schutzrechte fallen Patente, Markenrechte (§ 31 MarkenG), Gebrauchs- und Geschmacksmuster (§ 430 Abs. 1 Nr. 1 GeschmMG). Sie können unbeschränkt auf Dritte übertragen und somit verpfändet werden. Warenzeichen sind demgegenüber nicht übertragbar.[28]

2. Abhängigkeit der Sicherheit von der gesicherten Forderung

15 Nach ihrer Abhängigkeit von der gesicherten Forderung unterscheidet sich die akzessorischen (Pfandrechte, Bürgschaft oder Hypothek) von der fiduziarischen (Sicherungszession, Sicherungsübereignung, Sicherungsgrundschuld) Sicherheit. Das Abhängigkeitsprinzip, wonach der Zugriff auf die Sicherheit nur möglich oder erlaubt ist, solange und soweit die Forderung besteht, gilt zwar im gesamten Sicherungsrecht, aber nicht für jede Sicherheit in gleichem Maße. Der Grad der Abhängigkeit von der Forderung begründet den Unterschied zwischen der akzessorischen und fiduziarischen Sicherheit. Dieser Unterschied wirkt sich insbesondere beim Ausbleiben und Wegfall der gesicherten Forderung sowie beim Wechsel ihrer Person aus. Zum Wiederaufleben von Sicherheiten nach Tilgung der gesicherten Hauptforderung siehe *Ganter*, in: BHB, § 69 Rn. 500. In der Praxis ist die fiduziarische Sicherheit aufgrund der rechtlichen Eigenheiten der beiden Sicherungsarten mehr und mehr in den Vordergrund getreten; fast jede akzessorische Sicherheit lässt sich heute durch eine entsprechende fiduziarische ersetzen, so die Verpfändung beweglicher Sachen durch die Sicherungsübereignung, die hypothekarische Belastung eines Grundstücks durch die Bestellung einer Sicherungsgrundschuld, die Verpfändung von Rechten durch die Sicherungsabtretung. Im Einzelnen:

a) Akzessorische Sicherheit

16 Bei der akzessorischen oder angelehnten Sicherheit (gesetzliche bzw. geborene Sicherheiten) ist die Verknüpfung zwischen Sicherungsrecht und Forderung vollkommen. Zwischen beiden besteht eine „organische, eine Schicksalsgemeinschaft begründende rechtliche Verbindung"[29]. Das Sicherungsrecht schmiegt sich schattengleich der Forderung an und steht und fällt mit dieser, die

25 BFH BStBl 1964 III 502; BFH BStBl 1966 III 350, 1144; s. aber BFH BStBl 1965 III 377.
26 *Holger Schmidt*, WM 2012 S. 721.
27 *Holger Schmidt*, WM 2012 S. 726.
28 OLG Hamm GRuR 1986, 697.
29 RGZ 142, 320; *Ganter*, in: BHB, § 90, Rn. 25.

Besicherung künftiger Ansprüche aus einem Rechtsverhältnis ist aber dennoch rechtlich möglich. Es kann für sich allein weder begründet noch übertragen noch verpfändet noch gepfändet werden. Daher ist die Abtretung der Forderung aus einer Bürgschaft oder die Veräußerung eines Pfandrechts für sich allein rechtlich unmöglich. Sicherheit und gesicherte Forderung sind untrennbar verbunden. Das gilt grundsätzlich auch für die Hypothek (§ 1153 Abs. 2 BGB), jedoch macht diese eine Ausnahme insofern, als sie ohne die gesicherte Forderung (zwar nicht entstehen, wohl aber) bestehen kann (siehe § 15 Rn. 115). Allerdings wird, wenn über eine „Hypothek" oder ein „Pfandrecht" verfügt wird, meistens die hypothekarisch oder pfandrechtlich gesicherte Forderung gemeint sein. Doch ist solche Auslegung der Parteierklärungen nicht selbstverständlich[30]. Eine derartig weitgehende Abhängigkeit des Sicherungsrechts von der gesicherten Forderung wie bei der akzessorischen Sicherheit findet sich nur bei der Urform der Sicherheit: Alle geborenen Sicherheiten – und nur diese – sind akzessorisch.

b) Fiduziarische oder abstrakte Sicherheit

17 Bei der fiduziarischen Sicherheit (sog. Kautelarsicherheiten) ist der Zusammenhang zwischen Sicherungsrecht und zu sichernder Forderung dadurch bestimmt, dass der Sicherungsnehmer zunächst eine Rechtsstellung erwirbt, die über den bloßen Sicherungszweck hinausgeht. Der Rechtserfolg reicht weiter als der Zweck, denn das jeweilige Sicherungsrecht gewährt mehr Befugnisse, als zur bloßen Sicherung der Forderung nötig wären, was übrigens nicht nur für den Inhalt, sondern entsprechend auch für den wertmäßigen Umfang der Sicherheit gilt. Das vertraglich vereinbarte Sicherungsrecht ist zunächst nicht an eine Forderung und ihr Schicksal gebunden, sondern erst über die vertragliche Regelung erfolgt die Verbindung von gesicherter Forderung und dem bestellten Sicherungsrecht. Die äußere Rechtsstellung des Sicherungsnehmers (z. B. als Eigentümer eines als Sicherheit übereigneten Gegenstandes oder als Gläubiger einer zu Sicherheit abgetretenen Forderung) und dem wirtschaftlichen Geschäftszweck im Innenverhältnis zwischen den Parteien: Der Sicherungsnehmer ist kraft des nach Auftragsrecht (§§ 662 ff. BGB) zu behandelnden[31] Sicherungsverhältnisses gehalten, von seiner Rechtsstellung nur im Rahmen des Sicherungszwecks und in den dadurch gezogenen Schranken Gebrauch zu machen und das sicherungshalber erworbene Recht nach der Erledigung eben dieses Zwecks wieder aufzugeben oder den bei seiner Verwertung erzielten und zur Tilgung der gesicherten Forderung nicht benötigten Mehrerlös an den Sicherungsgeber auszukehren[32]. Der Sicherungsnehmer erhält mehr anvertraut, als er zur bloßen Sicherung der Forderung benötigt.

18 Er erwirbt also einen „Überschuss an Rechtsmacht" und wird damit zum Treuhänder[33] des Sicherungsgebers, dessen Interessen er bei der Ausübung seiner

30 RG JW 1938, 44.
31 RGZ 59, 190.
32 § 667 BGB; BGH – VIII ZR 56/70 – WM 1971, 1120; BGH – II ZR 70/60 – WM 1962, 673; BGH – VIII ZR 211/59 – WM 1961, 243; *Serick* III, § 38 I 2, 3.
33 *Federlin*, in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, Rn. 8.99.

Befugnisse nach Treu und Glauben zu wahren hat. Der Vertrag kann ihm ein Handeln ohne Rücksicht auf den Vertragspartner gestatten[34]. Man bezeichnet deshalb diese Sicherheit auch als treuhänderische (Treupfand) oder Treuhandsicherheit. In dem Treuhandverhältnis zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer kommt die Abhängigkeit der gekorenen Sicherheit zum Ausdruck: Alle gekorenen Sicherheiten – und nur diese – sind fiduziarisch. Gegenüber der sog. Verwaltungstreuhand ist die Sicherungstreuhand dadurch gekennzeichnet, dass sie in erster Linie dem Treuhänder zu nützen bestimmt ist: Sie ist eine eigennützige Treuhand[35]. Doch steht diese Eigennützigkeit der Annahme eines auftragsähnlichen Verhältnisses zwischen den Parteien, wie es die Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 BGB herstellt, nicht entgegen[36]. Der Zedent kann die abgetretene Forderung in gewillkürter Prozessstandschaft einklagen[37]. Nur bei Missbrauch entfällt das Recht in Prozessstandschaft klagen zu können[38].

19 Da die fiduziarische Sicherheit von der gesicherten Forderung unabhängig und somit selbstständig verkehrsfähig ist (der Sicherungsnehmer kann auch dann über sie verfügen, wenn er es in seinem Verhältnis zum Sicherungsgeber nicht darf; der Sicherungscharakter des Rechts steht dem nicht entgegen[39]), ist die Möglichkeit gegeben, dass der Sicherungsnehmer vertragswidrig die Verbindung zwischen dem Sicherungsrecht und der gesicherten Forderung auflöst. Das macht die Treuhandsicherheit für den Sicherungsgeber in besonderem Maße zu einer Vertrauensangelegenheit. Der Sicherungsgeber kann sich zwar in gewissem Umfang durch eine in den Sicherstellungsvertrag aufzunehmende Vereinbarung schützen, wonach der Vertrag durch die unerlaubte Verfügung des Sicherungsnehmers auflösend bedingt sein soll (§§ 161, 158 Abs. 2 BGB). In der Praxis verlässt er sich aber mehr auf die Redlichkeit seines Partners, vielleicht auch darauf, dass dieser sich nicht der mit der missbräuchlichen Ausnutzung seiner Rechtsmacht verbundenen Gefahr einer Schadensersatzklage wegen Vertragsverletzung (§ 280 Abs. 1 BGB) oder gar einer strafrechtlichen Verfolgung wegen Untreue (§ 266 StGB)[40] aussetzen will.

20 In einer Entscheidung des BGH[41] wird klargestellt, dass es für die Sicherungsübertragung nicht akzessorischer Rechte bei den allgemeinen Regeln bleibt, insbesondere lehnt er grundsätzlich die Abhängigkeit des dinglichen Rechtes von der gesicherten Forderung ab. Eine dahingehende einschränkende Bedingung konnte der BGH aus dem streitgegenständlichen Vertrag nicht erkennen. Hinzu kam, dass im Sicherungsvertrag an anderer Stelle von Rückübertragungsansprüchen bei Sicherungsübereignungsverträgen gesprochen wurde. Damit sei als selbstverständlich vorausgesetzt worden, dass die Übereignung unbe-

34 BGH – VIII ZR 206/58 – BGHZ 32, 67.
35 BGH – IV ZR 57/64 – WM 1956, 946; *Ganter*, in: BHB, § 90 Rn. 30, 35.
36 BGH – IV 258/59 – WM 1961, 947.
37 BGH – VII ZR 49/89 – WM 1990, 655 = WuB VII A. § 51 ZPO – 1.90/*Bülow*.
38 OLG Hamm WM 1992, 1649.
39 BGH – VIII ZR 32/71 – WM 1972, 854.
40 RG JW 1935, 3632.
41 BGH – VIII ZR 179/87 – WM 1984, 357.

dingt erfolgt sei und dem Sicherungsgeber nur ein schuldrechtlicher Rückgewährungsanspruch zustehe. Der BGH begründet dies auch mit dem Sicherungsinteresse der Kreditinstitute. Sie hätten nach Tilgung der gesicherten Forderung regelmäßig zwar kein berechtigtes Interesse mehr daran, das Eigentum zu behalten. Ihnen sei jedoch an einem möglichst wirksamen Schutz vor unberechtigten Verfügungen des Sicherungsgebers gelegen. Eine auflösend bedingte Sicherungsübereignung könne aber dieses Interesse beeinträchtigen. Es können nämlich leicht Zweifel und Streit darüber entstehen, ob der Bank noch – nach der Zweckerklärung – gesicherte Forderungen gegen den Sicherungsgeber zustünden, die der Sicherheit unterfallen.

21 Die Frage, ob eine Sicherungsübertragung unbedingt oder bedingt ist, ergibt sich jedenfalls aus der Vertragsauslegung. Ohne Abrede ist das Sicherungsgut an den Sicherungsgeber zurückzuübertragen (als Konsequenz aus der Nicht-Akzessorietät). Die Sicherungsübertragung kann aber aufschiebend (durch Valutierung) und auflösend (durch Tilgung der gesicherten Forderung) vereinbart sein (vgl. oben zur Entscheidung des BGH[42]). Diese Vereinbarung kann ausdrücklich erfolgen oder durch Vertragsauslegung ermittelt werden, wobei die für den Sicherungsgeber und für den Sicherungsnehmer (durchaus unterschiedlichen) typischen Interessen heranzuziehen sind[43]. Bei einem Kontokorrentkredit ist – wenn nicht ausnahmsweise das Gegenteil ausdrücklich als Parteiabrede aufgenommen worden ist (was angesichts der ökonomischen Art des Kontokorrentkredits als schwankende Kreditinanspruchnahme mit evtl. zeitweiliger Rückführung auf 0 unsinnig wäre) – eine Verknüpfung von Sicherheit und Forderung (i. S. einer auflösenden Bedingung) nicht anzunehmen, weil nicht gewollt[44]. Aber auch bei einem nicht als Kontokorrentkredit gewährten Kredit ist das Interesse (zumindest des Sicherungsnehmers) an einer unbedingten Sicherungsübertragung gegeben (bei einer Abzahlungsfinanzierung mag es anders sein).

Ob Überlegungen, bei einer Sicherungsübertragung in Form von Lohn- und Gehaltsabtretung eine bedingte Abtretung anzunehmen[45], angesichts der heute üblichen betragsmäßigen Beschränkung der Abtretung auch künftiger Lohn- und Gehaltsansprüche, mit Rücksicht auf die Interessen des Sicherungsgebers noch erforderlich sind, erscheint zweifelhaft. Die Praxis nimmt jedenfalls die Lohn- und Gehaltsabtretung ohne auflösende Bedingung herein, beschränkt sie aber auf einen Betrag, der der Höhe des Kredits entspricht in Verbindung mit einer Verpflichtung zur Freigabe der Abtretung, wenn sich die gesicherte Forderung reduziert (siehe § 13 Rn. 26).

3. Mittelbar und unmittelbar verwertbare Sicherheit

22 Nach ihrer Struktur unterscheiden sich die mittelbar und die unmittelbar verwertbare Sicherheit, ein Unterschied, der die Regeln über die Abwicklung der

42 BGH – VIII ZR 242/80 – NJW 1982, 275.
43 *K. Schmidt*, Festschrift für Serick, 1992, S. 339.
44 *K. Schmidt*, Festschrift für Serick, 1992, S. 341; s. auch *Ganter*, in: BHB, § 69 Rn. 41.
45 *K. Schmidt*, Festschrift für Serick, 1992, S. 344.

Sicherheit maßgeblich beeinflusst. Fällt eine Sicherheit, wie z. B. die Grundschuld, unter beide Kategorien, so ist es bei der Verwertung der Sicherheit Sache des Sicherungsnehmers, bei der Aufgabe der Sicherheit Sache des Sicherungsgebers, zu bestimmen, welche jener Regeln im gegebenen Fall angewendet werden sollen. Im Einzelnen:

a) Mittelbar verwertbare Sicherheit (vgl. § 5 Rn. 6)

23 Wird die Sicherheit durch Beitreibung (Einziehung) verwertet, so wird zur Erfüllung des Sicherungszwecks (nicht das Sicherungsrecht, sondern) das Sicherungsmittel in Geld umgesetzt[46]. Diese Sicherheiten werden hier als mittelbar verwertbar bezeichnet. Dahin gehören alle Personalsicherheiten (s. Rn. 14) und von den Sachsicherheiten die Pfandrechte. In der Ausdrucksweise des Gesetzes (§§ 952 Abs. 2, 1275 BGB) sind alle diese Sicherheiten Rechte, kraft deren „eine Leistung gefordert werden kann". Hier hat nämlich der Sicherungsnehmer einen bestimmten Anspruch, den er gegen den erfüllungsunwilligen Anspruchsgegner grundsätzlich erst gerichtlich durchsetzen muss, bevor er zur „Versilberung" des Sicherungsmittels schreiten kann. Der Anspruch geht bei den Personalsicherheiten als „persönlicher" oder „schuldrechtlicher" auf Zahlung der vom Sicherungsgeber geschuldeten Summe, bei den Verwertungsrechten als „dinglicher" auf Duldung der Zwangsvollstreckung in die haftenden Gegenstände wegen eines dem gesicherten Kredit entsprechenden Betrages. So erwirkt der Sicherungsnehmer zwecks Realisierung einer Bürgschaft einen Titel gegen den Bürgen auf Zahlung der verbürgten Summe, zwecks Realisierung einer Grundschuld einen Titel gegen den Grundstückseigentümer auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück wegen des Grundschuldbetrages (siehe § 5 Rn. 17). Erst der Titel ermöglicht ihm den Zugriff auf das Sicherungsmittel, d. h. im obigen Beispiel auf das Vermögen des Bürgen bzw. auf das mit der Grundschuld belastete Grundstück. Bei den Verwertungsrechten geht der Verwertungsakt zulasten des Eigentümers des Sicherungsmittels, z. B. des Eigentümers des hypothekarisch belasteten Grundstücks. In der Regel ist das der Sicherungsgeber. Ist dieser aber von vornherein nicht mit dem Eigentümer identisch oder veräußert er während der Dauer des Sicherungsverhältnisses das Sicherungsmittel, z. B. das Grundstück, an einen Dritten, so richtet sich das Verwertungsverfahren und der oben erwähnte Anspruch des Sicherungsnehmers gegen den Eigentümer, nicht gegen den Sicherungsgeber. Ohne Zustimmung des Eigentümers kann daher da, wo der Umfang des Duldungsanspruchs durch die Höhe der gesicherten Forderung bestimmt wird, das Verwertungsrisiko nicht über das zur Zeit der Verwertung vertraglich festgesetzte Maß hinaus vergrößert werden. Der jeweilige Eigentümer des Sicherungsmittels kann auch Einwendungen gegen die Verwertung der Sicherheit geltend machen. Der hier behandelte Anspruch des Sicherungsnehmers darf mit der gesicherten Forderung auch da nicht verwechselt werden, wo er gleichen Inhalts ist wie sie, also, wie bei den Personensicherheiten, auf Zahlung einer Geldsumme geht; richtet er sich ebenfalls gegen den Schuldner der gesicherten Forderung, unterliegt er zumeist anderen Zins- und Tilgungsbedingungen als diese.

46 *Ganter*, in: BHB, § 69. Rn. 44.

b) Unmittelbar verwertbare Sicherheit (vgl. § 5 Rn. 12)

24 Wird die Sicherheit durch Veräußerung verwertet, so wird zur Erfüllung des Sicherungszwecks (nicht das Sicherungsmittel, sondern) das Sicherungsrecht als solches in Geld umgesetzt, z. B. der sicherungsübereignete Gegenstand. Diese Sicherheiten werden hier als unmittelbar verwertbar bezeichnet. Eine solche Verwertung ist nur da möglich, wo das Sicherungsrecht selbstständig verkehrsfähig[47] ist und bestehen bleibt, obwohl die gesicherte Forderung zufolge ihrer Tilgung aus dem Verwertungserlös erlischt. Diese Voraussetzung ist wiederum nur bei gekorenen Sicherheiten gegeben. Die unmittelbar verwertbaren Sicherheiten decken sich daher mit den gekorenen (Treuhandsicherheiten). Der Verwertungsakt geht bei Sachsicherheiten zulasten dessen, dem das Sicherungsrecht zurückzugewähren wäre, wenn es nicht verwertet würde. Das ist in der Regel der Sicherungsgeber. Verfügt er aber während der Dauer des Sicherungsverhältnisses – durch Abtretung oder Verpfändung – über den Rückgewähranspruch zugunsten eines Dritten oder wird der Anspruch von einem Dritten gepfändet, so ist dann der Dritte durch die Verwertung betroffen, und das Verwertungsrisiko kann deshalb nicht ohne seine Zustimmung über das zur Zeit der Verfügung oder Pfändung vertraglich festgesetzte Maß hinaus vergrößert werden. Der jeweilige Inhaber des Rückgewähranspruchs kann die Einwendungen (siehe § 15 Rn. 259) gegen die Verwertung der Sicherheit geltend machen. Um unmittelbare Verwertbarkeit handelt es sich auch da, wo der Nehmer einer Treuhandsicherheit, deren Sicherungsmittel ein Recht ist, kraft dessen von einem Dritten eine Leistung gefordert werden kann (schuldrechtliche Ansprüche und Verwertungsrechte), die Sicherheit im Wege der Beitreibung (Einziehung) des Sicherungsmittels realisiert, indem er z. B. eine sicherungshalber abgetretene Forderung gegen den Drittschuldner geltend macht. Anders als bei der mittelbar verwertbaren Sicherheit ist hier zur Versilberung des Sicherungsmittels nicht erst ein Titel gegen den Sicherungsgeber zu beschaffen; der beizutreibende Anspruch richtet sich nicht gegen diesen, sondern gegen den Dritten. Die Wahl zwischen Veräußerung und Beitreibung steht dem Sicherungsnehmer grundsätzlich frei.

III. Der Vorvertrag

1. Positiverklärung

25 Legen die Parteien im Voraus die beiderseitige Mitwirkung zum Abschluss des Sicherstellungsvertrages bindend fest, so spricht man von einem Vorvertrag (im weiteren Sinn); darin begründet wird der Anspruch des künftigen Sicherungsnehmers auf Bestellung einer konkret bestimmten Sicherheit (sog. Positiverklärung), auf die sich die Parteien bereits zum Zeitpunkt der Vereinbarung einigen. oder, unter Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, auf die Stellung bankmäßiger Sicherheiten (vgl. Nr. 13 Abs. 1 AGB-Banken/Nr. 22. Abs. 1 AGB-Sparkassen). Eine derartige Abrede kann aber auch im Kreditvertrag enthalten[48] sein. Aus

47 *Ganter*, in: BHB, § 69. Rn. 46.
48 BGH – VIII ZR 234/61 – WM 1962, 1264.

dem Vorvertrag erwächst, wenn er den Kredit als gesicherten nennt und den Inhalt des noch abzuschließenden Hauptvertrages hinreichend genau bestimmt, dem Sicherungsnehmer der Anspruch auf Abschluss des konkret bezeichneten Sicherungsvertrages; er kann im Wege eines Prozesses geltend gemacht werden und geht auf Bestellung der vereinbarten Sicherheit[49]. Die Positiverklärung hat den Vorteil, dass das Wahlrecht, welche Sicherheit zu bestellen ist, beim Sicherungsnehmer liegt; allerdings muss die Sicherheit im (engen) Positivrevers so konkretisiert sein, dass darauf eine Klage oder die Eintragung einer Vormerkung (bei Grundschulden) gestützt werden kann. Erfüllt die Positiverklärung diese Anforderungen nicht, kann die in Erfüllung dieser Vereinbarung gestellte Sicherheit als inkongruent bestellt anfechtbar sein (siehe § 7 Rn. 14). Ein konkreter Positivrevers verdrängt nicht den allgemeinen Besicherungsanspruch der Bank aus Nr. 13 Abs. 1 AGB-Banken, da die Bank ohne besonderen Grund keinen Anlass hat, auf die Inanspruchnahme weiterer Sicherungswerte (insbesondere das AGB-Pfandrecht) zu verzichten[50]. Das Ausbleiben der bedungenen Sicherung lässt sich im Allgemeinen nicht im Sinne eines betrügerischen Verhaltens des Kreditnehmers (§ 263 StGB) werten, sofern der Gläubiger sich unschwer aus anderweitigen Sicherheiten befriedigen kann und es somit an einer Vermögensgefährdung fehlt[51].

Zu dem allgemeinen Besicherungsanspruch der Kreditinstitute nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken und Sparkassen siehe Rn. 26 ff. Der Vorvertrag bedarf der Form des Hauptvertrages, wenn dieser – wie in der Regel – vor einer übereilten Bindung warnen soll[52]. Wird die Sicherstellung schenkungsweise versprochen, ist die in § 518 BGB für das Schenkungsversprechen vorgesehene gerichtliche oder notarielle Beurkundung einzuhalten. Das ist der Fall, wenn der Gläubiger durch die Sicherheitsleistung bereichert wird und beide Vertragsparteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind (vgl. Rn. 29, 30). Eine Unentgeltlichkeit entfällt, wenn die Sicherheitsleistung nach der Vorstellung der Vertragschließenden auch für den die Sicherheit Leistenden mit einem wirtschaftlichen Vorteil verknüpft ist[53]. Wird die Sicherheit vom Schuldner selbst gestellt, wird nie Schenkung vorliegen, da die Kreditgewährung der wirtschaftliche Vorteil ist, dies gilt auch bei nachträglicher Besicherung[54], aber auch bei Drittsicherheiten wird meist ein Interesse des Dritten an der Kreditgewährung gegeben sein, vor allem, wenn dem Sicherungsgeber die Kreditgewährung versprochen wird, es wird aber auch Fälle geben, in denen der Sicherungsgeber nur altruistisch handelt, vgl. Rn. 29. Beurkundungspflichtig ist auch ein Vorvertrag über die Sicherungsübertragung eines Vermögens im Ganzen oder zu einem quotenmäßigen Bruchteil, während solcher Vorvertrag

49 BGH – VIII ZR 143/88 – NJW 1990, 1234; BGH – III ZR 126/72 – WM 1975, 160; *Ganter*, in: BHB, § 90 Rn. 190.
50 Siehe dazu BGH – III ZR 105/82 – WM 1983, 926.
51 BGH – 4 StR I/64 – NJW 1964, 874.
52 BGH – IX ZR 341/95 – BGHZ 137, 267, 282; BGH – IX ZR 245/89 – NJW 1990, 2626; *Ganter*, in: BHB, § 69 Rn. 239.
53 RGZ 120, 253; BGH – IV ZR 178/53 – WM 1956, 667.
54 BGH – IX ZR 183/03 – WM 2004, 1837 = WuB VI A, § 134 InsO 1.05/*Pape* a. A. *Ganter*, in: BHB, § 90 Rn. 180a.

schlechthin nichtig ist, wenn es sich um ein künftiges Vermögen handelt (§ 311b Abs. 2 und 3 BGB). Der Vorvertrag über die Abtretung eines GmbH- oder Erbanteils ist nur gültig, wenn er gerichtlich oder notariell beurkundet wird[55]. Die Verpflichtung zur Rückabtretung ist formfrei. Ansonsten ist der Vorvertrag formlos gültig und kann unter besonderen Umständen schon in einem wegen Formmangels unwirksamen Sicherstellungsvertrag gesehen werden. Sogar der Vorvertrag über die Belastung eines Grundstücks bedarf keiner Form, obwohl der Vorvertrag über die Grundstücksveräußerung beurkundungspflichtig ist (§ 311b Abs. 1 BGB).

Das Gegenstück zur Positiverklärung ist die Negativerklärung (negative pledge). Der Schuldner verpflichtet sich, keinem Gläubiger eine Sicherheit zu bestellen.[56] Verstößt der Schuldner gegen diese Verpflichtung, ist er zum Schadenersatz verpflichtet (was in der Praxis kaum wirtschaftlich durchzusetzen ist), vor allem kann die Bank in diesem Fall den Kreditvertrag kündigen. Die Negativerklärung darf nicht zu einer sittenwidrigen Beschränkung der Bewegungsfreiheit des Schuldners führen (zum Ganzen siehe Merkel § 98). Selten vereinbart wird die Gleichstellungsverpflichtung (Pari-Passu-Klausel). Mit ihr verpflichtet sich der Schuldner alle seine Gläubiger gleichzustellen, d. h. gewährt er einem seiner Gläubiger eine Sicherheit, muss er anderen Gläubigern ebenfalls eine gleichwertige Sicherheit bestellen.[57] Ein Verfügungsverbot ist in allen Fällen damit nicht verbunden. Für die Bausparkassen besteht bei Darlehensverträgen in geringer Höhe die Möglichkeit, mit der Hereinnahme einer Negativerklärung im Sinne des § 7 Abs. 3 Nr. 1 BausparG von der Bestellung einer Grundschuld abzusehen.

In der Praxis üblich ist die Verbindung von Negativerklärung mit der Positiverklärung. In diesem Fall verzichtet der Sicherungsnehmer zunächst auf die Bestellung von Sicherheiten und verpflichtet den Sicherungsgeber, von einer Bestellung von Sicherheiten zugunsten anderer Gläubiger Abstand zu nehmen, und kann dann aber, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen, die zwischen den Parteien vereinbarte Sicherheitenstellung verlangen.

Dem Kreditsicherungsrecht nahe steht der Anspruch der Gläubiger einer Tochtergesellschaft, die einen Unternehmensvertrag mit der Muttergesellschaft geschlossen hat, auf Sicherheitsleistung für den Fall, dass der Unternehmensvertrag beendet wird (§ 302 AktG). Der Inhalt dieses Anspruchs ergibt sich aus § 232 BGB. In der Praxis wird ein Besicherungsanspruch häufig mittels einer vertraglichen Vereinbarung konkretisiert.[58]

2. Besicherungsanspruch nach AGB-Banken

26 In Nr. 13 Abs. 1 AGB-Banken/Nr. 22 Abs. 1 AGBSpk vereinbaren Bank und Kunde den Anspruch der Bank auf die Bestellung oder Verstärkung von bank-

55 RGZ 65, 62.
56 *Ganter*, in: BHB § 69 Rn. 240.
57 *Ganter*, in: BHB § 69 Rn. 240.
58 *Lwowski/Groeschke,* WM 1994, 613 ff.

mäßigen Sicherheiten.[59] Dabei handelt es sich um ein Wahlrecht, das der Kunde hat: er kann der Bank nach seiner Wahl eine bankmäßige Sicherheit anbieten[60]. Allerdings ist sein Wahlrecht auf bankmäßige Sicherheiten beschränkt, so dass der Kunde nur Sicherheiten anbieten kann, die im Bankgeschäft üblich und geeignet sind und insbesondere leicht und zeitnah verwertet werden können[61]. Die auf dieser Grundlage gestellte Sicherheit ist nicht insolvenzfest, sondern stellt eine inkongruente Sicherheit dar, die anfechtbar ist (wobei auch eine kongruente Besicherung angefochten werden kann, allerdings unter erschwerten Voraussetzungen). Die Inkongruenz wird nur durch einen bestimmten Sicherungsanspruch ausgeschlossen, der auf einen von vornherein individualisierten Gegenstand gerichtet ist[62]. Einklagen kann die Bank diesen Anspruch wegen Unbestimmtheit seines Gegenstandes nicht[63]. Wird aber dieser Anspruch nicht erfüllt, kann die Bank fristlos kündigen (s. Nr. 13 Abs. 3 i. V. m. Nr. 19 Abs. 3 AGB-Banken). Nach anderer Ansicht kann die Bank auf die Bestellung einer bankmäßigen Sicherheit klagen, ohne aber, dass das Wahlrecht auf die Bank übergeht. Erfüllt allerdings der Kunde die Verpflichtung nicht, kann die Bank wählen (§ 264 BGB analog)[64].

3. Wegfall der vorgesehenen Sicherheit

27 Dadurch, dass der Schuldner sich vertraglich verpflichtet, für den Kredit eine Sicherheit zu bestellen oder zu beschaffen, wird das Abkommen nicht ohne weiteres zu einem gegenseitigen Vertrag, bei welchem der Schuldner unter den gesetzlichen Voraussetzungen zum Rücktritt berechtigt ist und in diesem Fall die Stellung der Sicherheit verweigern oder die Aufgabe einer bereits bestellten Sicherheit verlangen kann. Daher berührt auch eine vom Sicherungsnehmer nicht zu vertretende Entwertung der Sicherheit oder ihr nachträglicher Wegfall durch zufälligen Untergang des Sicherungsmittels, z. B. durch Vernichtung eines sicherungshalber übereigneten Holzlagers oder Zerstörung des hypothekarisch belasteten Grundstücks, die Verpflichtung in ihrem Rechtsbestand nicht. Der Sicherungsgeber ist vielmehr zur Bestellung einer angemessenen Ersatzsicherheit verpflichtet und zwar auch dann, wenn er ursprünglich nur die weggefallene Sicherheit zu bestellen versprochen hatte. Das folgt zwar nicht aus § 240 BGB[65], entspricht aber dem mutmaßlichen Parteiwillen. Neben dem vertraglich vereinbarten Anspruch auf Sicherheiten steht das außerordentliche Kündigungsrecht des Darlehensgebers nach § 490 Abs. 1 BuB „wenn in den Vermögensverhältnissen des Darlehensnehmers oder in der Werthaltigkeit einer für das Darlehen gestellten Sicherheit eine wesentliche Verschlechterung eintritt

59 *Federlin*, in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, 6. Aufl., Rn. 3.522.
60 BGH – X ZR 53/59 – BGHZ 33, 389; *Federlin,* in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, 6. Aufl., Rn. 3.527.
61 *Federlin*, in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, 6. Aufl., Rn. 3.526.
62 BGH – XI ZR 113/98 – WM 1999, 14.
63 BGH – V ZR 53/59 – BGHZ 33, 389. *Ganter*, in: BHB, § 69 Rn. 239; a. A. *Bunte/Artz*, in: BHB, § 3 AGB-Banken 13 Rn. 15.
64 *Bunte/Artz,* in: BHB § 3 AGB-Banken 13 Rn. 15 mit zahlreichen Verweisungen.
65 BGH, 29. 10. 1953 – IV ZR 75/53 –.

oder einzutreten droht, durch die die Rückerstattung des Darlehens, auch unter Verwertung der Sicherheit, gefährdet wird …". Ein Anspruch auf Sicherheiten wird damit nicht eingeräumt.

Bei der Ausübung des Rechts auf Sicherheiten muss die Bank die Grundsätze von Treu und Glauben beachten[66]. Sie hat im Rahmen der Billigkeit auf die schutzwürdigen Belange des Kunden Rücksicht zu nehmen. Wird ein Kredit nach dem Wortlaut im Kreditvertrag „blanko" gewährt, entfällt der vertraglich in den AGB-Banken vereinbarte Anspruch auf Sicherheiten (AGB-Banken Nr. 13 Abs. 1), allerdings nur für diesen Kredit[67]. Das AGB-Pfandrecht soll unberührt bleiben (AGB-Banken Nr. 14).

Ob diese rechtliche Beurteilung insbesondere einer AGB-rechtlichen Prüfung stand hält, ist allerdings zweifelhaft. Für den Darlehensnehmer ist es jedenfalls überraschend, wenn ihm bei einem ausdrücklich „blanko" gewährten Kredit Wertpapiere, die er bei der Bank hält, unter Berufung auf das AGB-Pfandrecht nicht herausgegeben werden. Dem Darlehensgeber steht bei einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse ein Kündigungsrecht zu, nicht aber der Anspruch auf Sicherheiten und auch nicht die Besicherung in Form des AGB-Pfandrechts.

28 Obwohl der Wegfall der Sicherheit den Schuldner im Allgemeinen nicht von der Rückzahlung des Kredits entbindet, ist die Möglichkeit, dass die Sicherstellung im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages vereinbart wird, nicht grundsätzlich ausgeschlossen[68]. Man wird sogar die Gegenseitigkeit als Regel da anzunehmen haben, wo die Kreditgewährung „sich wirtschaftlich als ein Kapitalanlagegeschäft, rechtlich als Kauf der Sicherheit darstellt"[69]. Der Sicherstellungsvertrag ist auch dann gegenseitig, wenn im Fall der Interzession der Sicherungsgeber, z. B. der Kreditbürge, sein Eintreten von der baldigen Gewährung oder Belassung des Kredits abhängig macht. In Fällen dieser Art, wenn also der Sicherungsgeber vereinbarungsgemäß die Sicherheit bestellt, um den anderen Teil zu einem gewissen Verhalten zu bestimmen, kann die Sicherheit nach Lage der Sache auch wegen Nichteintritts des nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolges zurückzufordern sein (§ 812 BGB)[70]. Die Bestellung der Sicherheit ist aufgrund dieser wechselseitigen Verpflichtung bzw. Bedingung ein entgeltliches Rechtsgeschäft[71].

4. Entgeltlichkeit der Sicherstellung

29 Wo nach den getroffenen Abreden der Sicherungsnehmer Anspruch auf die Sicherheit hatte, wird ihre Bestellung nur selten unentgeltlich sein[72] und zwar auch dann nicht, wenn der Anspruch auf Sicherstellung nicht dem Sicherungs-

66 BGH – III 87/80 – WM 1981, 150.
67 *Ganter*, in: BHB § 69 Rn. 5a.
68 RGZ 66, 425.
69 RG JW 1937, 2765; BGH – XII ZR 99/60 – WM 1962, 114, 1264.
70 RGZ 118, 358.
71 RGZ 163, 356.
72 LG Köln NJW 1958, 1296.

nehmer, sondern einem Dritten, z. B. dem Bürgen, zustand[73]. Überhaupt ist die Sicherstellung einer eigenen Schuld als entgeltliches Geschäft zu werten[74], insbesondere, wenn sie in der Kreditgewährung selbst[75], in einer Stundung des bereits gewährten Kredits, in einem teilweisen Erlass der Kreditforderung, in einer Erleichterung der Zahlungsbedingungen des bereits gewährten Kredits usw. eine entsprechende Gegenleistung findet. Der Besteller der Sicherheit hat eben den Gegenwert schon in dem Gegenwert für die zu sichernde Forderung[76]. Sogar die Sicherstellung einer fremden Schuld ist entgeltlich, wenn etwa der Sicherungsgeber für seine Leistung eine Kreditgewährung an den Dritten erhält, an der er ein wirtschaftliches Interesse hat und die ihm ebenfalls zustattenkommt[77]. Der Fall, dass die Bestellung der Sicherheit unentgeltlich erfolgt, tritt selten und praktisch wohl nur dann ein, wenn die Sicherheit im Wege der Interzession für die Kreditforderung gegen einen völlig mittellosen Schuldner, mit anderen Worten, für eine völlig wertlose Forderung bestellt wird und dem Sicherungsgeber jedes eigene Interesse an der Bestellung der Sicherheit fehlt oder wenn die Sicherung der fremden Schuld freiwillig nachträglich und ohne besonderes Entgelt (Zinsnachlass usw.) bewirkt wird[78]. Sind sich die Parteien über die Unentgeltlichkeit der Sicherstellung einig, so kann sich die Hergabe der Sicherheit sogar als Schenkung darstellen, also bei nachträglicher Verarmung des Schenkers dessen Rückforderungsrecht unterliegen (§ 528 BGB).[79] Die Entgeltlichkeit des Vertrages hat grundsätzlich die Haftung des Sicherungsgebers für Rechtsmängel zur Folge. Aber diese Gewährleistung wird schon deshalb selten bedeutsam, weil der Sicherungsgeber für Rechtsmängel, die sich durch den Schutz des guten Glaubens erledigen, natürlich nicht mehr einzustehen hat, öffentliche Grundstückslasten nicht zu beseitigen braucht und für Rechtsmängel, die dem Sicherungsnehmer bei Abschluss des Vertrages positiv bekannt waren, nur insofern aufkommen muss, als er Pfandrechte und gebuchte Rechte trotz dieser Kenntnis zu beseitigen verpflichtet ist. Außerdem zwingen die gesetzlichen Vorschriften den Besteller eines Grundpfandrechts nicht, den Sicherungswert des Pfandrechts dadurch zu erhöhen, dass er vorgehende Belastungen beseitigt; tut er es dennoch, so behebt er nicht einen rechtlichen Mangel des Pfandrechts, sondern er verbessert nur den Wert. Ein unentgeltlicher Zahlungsaufschub gegenüber einem Verbraucher gilt wie ein entgeltlicher Zahlungsaufschub, wenn dieser von der Bestellung eines Grundpfandrechts oder einer Reallast abhängig gemacht wird, § 506 Abs. 1 Satz 3 BGB.

5. Bankmäßige Sicherheit und Geschäftsverbindung

30 Nach § 13 Abs. 1 AGB-Banken hat die Bank einen Anspruch auf Bestellung einer „bankmäßigen Sicherheit" zur Sicherung von Ansprüchen aus „bankmäßiger

73 BGH – IV ZR 164/53 – BGHZ 12, 232.
74 BGHZ 112, 136; *Ganter*, in: BHB § 69 Rn. 180.
75 RGZ 153, 350.
76 RGZ 9, 100; BGH – VIII ZR 159/70 – WM 1972, 471.
77 OLG Köln, WM 2005, 477.
78 *Ganter*, in: BHB, § 69 Rn. 180a.
79 RGZ 54, 282.

Geschäftsverbindung". Damit wird der Bogen zum Inhalt einer Sicherungszweckerklärung geschlagen (s. § 3 Rn. 25). Der Begriff bankmäßige Geschäftsverbindung wird hier wie dort weitgefasst. Nicht bankmäßig ist ein Anspruch aus Delikt[80]. Bei Bürgschaften gilt dies erst ab Fälligkeit der Bürgschaft (Nr. 13 Abs. 1 AGB-Banken). Bankmäßige Sicherheiten können alle werthaltigen und unproblematisch zu verwertende Sachen und Rechte sowie Personalsicherheiten[81] sein. Auch Kunstgegenstände zählen dazu, soweit sie einen Marktwert haben und leicht verwertbar sind, was angesichts der weltweit tätigen Auktionshäuser und Galerien häufig anzunehmen ist, letztlich aber eine Frage im Einzelfall ist[82].

Von dem generellen Anspruch auf Sicherheiten gemäß Nr. 13 Abs. 1 AGB-Banken ist der Anspruch auf Nachbesicherung wegen Veränderung des Risikos nach Nr. 13 Abs. 2 AGB-Banken zu unterscheiden. „Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass Umstände eintreten oder bekannt werden, die eine erhöhte Risikobewertung der Ansprüche gegen den Kunden rechtfertigen. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kunden nachträglich verändert haben oder sich zu verändern drohen, oder sich die vorhandenen Sicherheiten wertmäßig verschlechtert haben oder zu verschlechtern drohen" (Nr. 13 Abs. 2 AGB-Banken)[83].

Nicht zu den Sicherheiten – auch nicht unter der Überschrift „atypische Sicherheit" – zählen die Negativklausel und die Gleichstellungsverpflichtung. Die Negativerklärung ist geradezu das Gegenteil einer Besicherung. Hier sagt der Kreditnehmer dem Kreditgeber lediglich zu (wenn sein Kredit unbesichert gewährt wird), auch die Forderungen anderer Gläubiger nicht zu besichern. Verstößt er gegen diese Vereinbarung, steht dem Kreditgeber ein wichtiger Grund zur Kündigung des Kredits zu[84].

Ein Verfügungsverbot (über Sachen und Rechte des Schuldners) ist mit der Negativklausel nicht verbunden. Die Gleichstellungsverpflichtung soll den Sicherungsgeber verpflichten seine Gläubiger gleichzustellen, allerdings ist auch hiermit kein Verfügungsverbot verbunden (s. auch §§ 137 S. 1, 1136 BGB).

Dem Kreditsicherungsrecht näher steht der Anspruch der Gläubiger einer Tochtergesellschaft, die einen Unternehmensvertrag mit der Muttergesellschaft geschlossen hat, auf Sicherheitsleistung nach § 303 AktG für den Fall, dass der Unternehmensvertrag beendet wird. Der Inhalt des Sicherheitsleistungsanspruchs ergibt sich aus § 232 BGB, birgt aber für den Gläubiger gesellschaftsrechtliche Risiken in sich. In der Praxis wird ein Besicherungsanspruch häufig mittels einer weitergehenden vertraglichen Vereinbarung zwischen der Muttergesellschaft und dem Gläubiger konkretisiert[85].

30a Bei Verbraucherdarlehensverträgen wird den Kreditinstituten ebenfalls das grundsätzliche Bedürfnis an Besicherung ihrer Darlehensforderungen zuge-

80 *Bunte*, in: BHB § 3 AGB-Banken 13 Rn. 5.
81 Siehe Rn. 26.
82 A. A. *Bunte*, in: BHB § 3 AGB-Banken 13 Rn. 8.
83 Im Übrigen siehe ausführlich *Bunte/Artz*, in: BHB § 3 AGB-Banken 13 Rn. 19.
84 Zum Ganzen siehe *Ganter*, in: BHB, § 69 238.
85 *Lwowski/Groeschke* in WM 1994, 613 ff.

standen. Allerdings ergibt sich dieser Anspruch nicht allgemein aus Nr. 13 Abs. 1 AGB-Banken/Nr. 22 Abs. 1 AGBSpk. Ist das Kreditinstitut nur bereit, das Darlehen gegen Stellung von Kreditsicherheiten zu gewähren, ist es verpflichtet, die verlangte Sicherheit in dem Verbraucherdarlehensvertrag zu nennen. Diese Verpflichtung besteht grundsätzlich nur bei Allgemein-Verbraucherdarlehensverträgen (§ 491 Abs. 2 BGB), § 492 Abs. 2 BGB i. V. m. Art 247 § 7 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB. Da Art 247 § 7 Abs. Nr. 2 EGBGB keine Anwendung auf Immobiliar-Verbraucherdarlehensverträge findet und die Nennung der verlangten Sicherheiten auch nicht zu den Pflichtangaben im Darlehensvertrag zählt (Art 247 § 6 Abs. 1 Satz 2 EGBGB), müsste die Bank ihren Besicherungsanspruch nach diesen Vorschriften nicht vertraglich konkretisieren. Nach § 494 Abs. 6 Satz 2 BGB kann die Bank ungeachtet dieser Regelungen jedoch etwaige Sicherheiten nicht verlangen, wenn zu den Sicherheiten Angaben im Verbraucherdarlehensvertrag fehlen. Bei Allgemein-Verbraucherdarlehensverträgen gilt dies nur bis zu einem Nettodarlehensbetrag bis zu EUR 75.000; für Immobiliar-Verbraucherdarlehensverträge unbeschränkt[86]. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken und Sparkassen haben diesem Umstand Rechnung getragen und schränken daher ihren Besicherungs- und Nachbesicherungsanspruch in Nr. 13 Abs. 2 AGB-Banken/Nr. 22 Abs. 1 AGB-Spk seit dem 21. März 2021 entsprechend ein.

IV. Beteiligte Personen

31 Am Sicherungsverhältnis sind beteiligt derjenige, der die Sicherheit bestellt, als Sicherungsgeber[87] und derjenige, dem sie bestellt wird, als Sicherungsnehmer. Bei den gekorenen (siehe Rn. 5) Sicherheiten ist es gleichgültig, ob der Besteller selbst oder auf seine Veranlassung ein Dritter dem Sicherungsnehmer das Sicherungsrecht verschafft oder verschafft hat. In der Regel wird der Sicherungsgeber zugleich Inhaber des Rückgewähranspruchs sein. Im Fall einer Abtretung des Rückgewähranspruchs ist der Zessionar Sicherungsgeber, wenn er einen neuen Sicherungsvertrag über das Sicherungsrecht schließt. Aber auch die ursprüngliche Personengleichheit ist nicht notwendig. Sie entfällt z. B., wenn der Zedent des Rückgewähranspruchs kraft Ermächtigung des Zessionars (§ 185 BGB) oder kraft guten Glaubens des Sicherungsnehmers (§ 407 BGB) durch Abschluss eines neuen Sicherungsvertrages mit Wirkung gegenüber dem Zessionar über den Rückgewähranspruch verfügt. Die Bestellung einer Sicherheit erfolgt immer zu Gunsten dessen, in dessen Namen der Sicherstellungsvertrag mit dem Sicherungsgeber geschlossen wird. Ein Vertrag, durch welchen das Sicherungsrecht unmittelbar in der Person eines Dritten als Gläubiger der zu sichernden Forderung begründet werden soll, ist bei der Bestellung von Personensicherheiten denkbar (§ 328 BGB), z. B. als Vertrag zwischen Bürgen und Hauptschuldner zu Gunsten des Gläubigers der zu verbürgenden Forderung[88] oder als Vertrag zwischen Gläubiger und Bürgen zu Gunsten eines weiteren

86 *Federlin*, in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, 6. Aufl., Rn. 3.538.
87 *Ganter*, in: BHB § 69 Rn. 312.
88 BGH – VIII ZR 102/65 – WM 1966, 859.

Gläubigers[89], vielleicht auch als Kapitalversicherungsvertrag unter Anordnung eines (unwiderruflichen) Bezugsrechts zu Gunsten des Gläubigers der zu sichernden Forderung[90].

32 Solche Verträge zu Gunsten Dritter spielen aber praktisch keine wesentliche Rolle und sind von Rechts wegen ausgeschlossen bei der Bestellung von Sachsicherheiten[91]. Daher können z. B. nicht Rechte am Grundstück zu Gunsten dritter Personen begründet und es kann ein Kraftfahrzeug nicht mit der Maßgabe sicherungshalber übereignet werden, dass das Sicherungseigentum unmittelbar einem Dritten zustehen soll, es sei denn, der Vertrag wird von vornherein im Namen und in Vertretung des Dritten als Sicherungsnehmer getätigt. Aus diesem Grunde erwirbt der Dritte ein Pfandrecht an dem Guthaben nicht schon dadurch, dass ein Bankkunde der Bank gegenüber sein Guthaben zugunsten eines Dritten sperrt. Die Sperre der bankmäßigen Werte zugunsten eines Dritten wird oft verlangt (nicht nur in Unkenntnis der sonstigen Voraussetzungen einer wirksamen Verpfändung) an Stelle einer Verpfändung. Da es die Rechtsfigur einer „Sperre" nicht gibt, schafft ein solches Abkommen nur schuldrechtliche Beziehungen unter den Beteiligten, in der Regel die Verpflichtung des Kontoinhabers, nicht über die gesperrten Werte während der vereinbarten Dauer zu verfügen und sie ggfs. auch den Begünstigten auszuhändigen[92]. Ob der durch eine Sperrkontoabrede Begünstigte ein eigenes Forderungsrecht gegen die Bank erwirbt, ist eine Frage der Vertragsauslegung. Die Einrichtung eines Kontos durch eine Person auf ihren Namen spricht dafür, dass sie auch verfügungsberechtigt sein soll[93].

Ist die Bank – z. B. aus AGB-Pfandrecht – selbst die Berechtigte, bietet die „ergänzende" Sperrabrede ihr eine ausreichende Sicherheit[94].

33 Zum Begriff des Sicherungsgebers gehört bei Sachsicherheiten nicht, dass er Eigentümer des Sicherungsmittels ist. Zwar werden in der Regel Eigentümer und Sicherungsgeber identisch sein. Ist dies aber nicht der Fall, so wird im Allgemeinen das Interesse des Eigentümers nur im Rahmen der Ablösung und Verwertung pfandbelasteter Gegenstände geschützt.

Bei der Beauftragung eines Treuhänders mit der Überwachung und Verwaltung des Sicherungsgutes muss der Sicherungsgeber seine Rechte auf diesen übertragen.

89 BGH – VII ZR 42/57 – BGHZ 26, 142.
90 Vgl. RG JW 1938, 1120.
91 RGZ 124, 221; BGH – V ZR 264/62 – WM 1965, 464.
92 BGH – II ZR 200/61 – WM 1964, 349.
93 OLG München, WM 1999, 317.
94 BGH – IX ZR 98/03 – WM 2004, 666.

§ 2
Sicherungsmittel[1]

Inhaltsübersicht

I. Personalsicherheit ... 1
II. Sachsicherheit (Realsicherheit) ... 3
1. Sachen und Rechte allgemein ... 3
a) Nutzungen und Erträgnisse ... 4
b) Surrogate ... 5
2. Bewegliche Sachen ... 6
a) Allgemeines ... 6
b) Zubehör ... 8
3. Unbewegliche Sachen ... 13
a) Allgemeines ... 13
b) Wesentliche Bestandteile ... 15
c) Scheinbestandteil ... 18
III. Beeinträchtigung und Bewertung der Sicherheit ... 20
1. Sicherungswert ... 20
2. Bewertung der Personensicherheit ... 21
3. Bewertung der Sachsicherheit ... 22
a) Beleihungswert und Deckungsverhältnis ... 22
b) Bewertung beweglicher Sachen ... 28
c) Bewertung unbeweglicher Sachen ... 33
4. Bewertung von Rechten ... 65

I. Personalsicherheit

1 Bei der Personalsicherheit (§ 1 Rn. 12) vollzieht sich der Zugriff des Sicherungsnehmers im Zwangsvollstreckungswege auf das gesamte dem Sicherungsgeber gehörende und der Zwangsvollstreckung gegen ihn unterliegende Vermögen. Bezüglich dieses Vermögens steht allerdings der Sicherungsnehmer in Konkurrenz mit allen anderen persönlichen Gläubigern des Sicherungsgebers, gleichgültig, auf welchem Rechtsgrunde deren Forderungen beruhen. Erst mit der Beschlagnahme („Verstrickung") eines oder mehrerer bestimmter Vermögensgegenstände, welche dem Sicherungsgeber die rechtliche Befugnis zur Verfügung über die beschlagnahmten Gegenstände entzieht (relatives Verfügungsverbot i. S. d. § 135 f. BGB) und bei Zuwiderhandlung unter Strafe stellt (Verstrickungsbruch gem. § 136 Abs. 1 StGB), werden die betreffenden Gegenstände zugunsten des Sicherungsnehmers aus dem übrigen haftenden Vermögen losgelöst und dem Sicherungsgeber die rechtliche Befugnis zur Verfügung über die beschlagnahmten Gegenstände entzogen. Die Verstrickung entsteht auch dann,

1 Die Überarbeitung basiert auf der bisherigen urheberrechtlichen Leistung von *Lwowski* aus der Vorauflage.

wenn die Zwangsvollstreckung nach § 89 InsO unzulässig oder die vom Insolvenzgläubiger durch Zwangsvollstreckung erlangte Sicherung nach § 88 InsO unwirksam sein sollte.[2] Anschließend wird der beschlagnahmte Gegenstand mit Vorzug gegenüber den anderen Gläubigern des Sicherungsgebers verwertet. Das der Zwangsvollstreckung des Sicherungsnehmers unterliegende Vermögen deckt sich nicht notwendig mit dem Gesamtvermögen, über welches der Sicherungsgeber zu verfügen befugt ist (vgl. u. a. §§ 850 ff. ZPO)[3]. Der Sicherheit kann auch nur ein Teil dieses Gesamtvermögens haftbar sein. Das ist z. B. der Fall, wenn der Erbe des Sicherungsgebers für die Schuld aufzukommen hat. Er kann seine Haftung durch die gesetzlich dafür vorgesehenen Maßnahmen auf den Nachlass beschränken und den Zugriff des Sicherungsnehmers auf sein Privatvermögen mit der sog. Vollstreckungsgegenklage abwehren (§§ 1975, 1990, 2059 BGB, 780, 781 ZPO). Ähnlich liegen die Fälle, in denen jemand in Verwaltung fremden Vermögens die Personensicherheit bestellt. Umgekehrt erweitern sich die Zugriffsmöglichkeiten des Sicherungsnehmers, wenn kraft Gesetzes neben dem Sicherungsgeber dritte Personen für die Sicherheit haften, so bei der Offenen Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien. Hier haftet nicht nur die Gesellschaft als Sicherungsgeberin mit dem Gesellschaftsvermögen, sondern auch jeder persönlich haftende Gesellschafter (Komplementär) mit seinem Privatvermögen (§§ 128 S. 1, 161 HGB, § 278 Abs. 1 AktG). Die persönliche Haftung des Gesellschafters schließt aber nicht aus, dass er sich für die Schuld der Gesellschaft gegenüber dem Sicherungsnehmer zusätzlich verbürgt.

2 Eine solche Bürgschaft ist nicht etwa wertlos; sie erreicht, dass ein Insolvenzplan in der Insolvenz der Gesellschaft sich nicht auf die Haftung des Gesellschafters auswirkt, da seine Bürgenhaftung nicht berührt wird (§ 254 Abs. 2 S. 1 InsO).

Auch bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und bei nichtrechtsfähigen Vereinen haftet neben dem Gesellschaftsvermögen – bzw. Vereinsvermögen – das Vermögen jedes einzelnen Gesellschafters/Mitglieds.

Der Schuldner kann ein abstraktes Schuldversprechen abgeben (siehe § 15 Rn. 238).

Ansprüche aus einem persönlich vollstreckbaren Schuldanerkenntnis (§ 780 BGB) verjähren unabhängig von der gesicherten Forderung erst in 30 Jahren (§ 197 Abs. 1 Nr. 4 BGB, § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO)[4]. Die formularmäßige Unterwer-

2 BGH – IX ZR 40/17 – WM 2017, 2037 (2037).

3 Gegenstände, die nicht zum haftenden Vermögen gehören, unterliegen nicht der Zwangsvollstreckung des Sicherungsnehmers. Der Eigentümer kann mit der Drittwiderspruchsklage erreichen, dass eine vom Sicherungsnehmer ausgebrachte Beschlagnahme für unzulässig erklärt wird. Gehört der Gegenstand zum haftenden Vermögen, ist er aber zugunsten eines Dritten vorbelastet, so kann dieser die Vollstreckung ebenfalls mit der Drittwiderspruchsklage abwehren, sofern es sich um in seinem Besitz befindliche, bewegliche Sachen oder um Rechte handelt. In allen anderen Fällen hat er lediglich einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös (§§ 771, 805 ZPO).

4 BGH – XI ZR 37/09 – WM 2010, 308.

fung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in Verbindung mit einer Grundschuldbestellung stellt auch dann keine unangemessene Benachteiligung des Darlehensnehmers i. S. des § 307 Abs. 1 BGB dar, wenn die Bank die Darlehensforderung nebst Grundschuld frei an beliebige Dritte abtreten kann[5]. Dies gilt allerdings nur, wenn der Zessionar in den Sicherungsvertrag eintritt, also nicht bei der Abtretung einer isolierten Grundschuld[6]. Der Eintritt in den Sicherungsvertrag kann auf verschiedener Weise erfolgen, abhängig von Form und Art des Vertrages. Erreicht werden soll damit, dass der Schuldner Einreden und Einwendungen, die vor der Abtretung bestanden haben, (auch) dem Zessionar entgegenhalten kann[7].

II. Sachsicherheit (Realsicherheit)

1. Sachen und Rechte allgemein

3 Sicherungsmittel der Sachsicherheit ist der Gegenstand, an welchem der Sicherungsnehmer zum vereinbarten Sicherungszweck ein dingliches Recht im Sinne von § 1 Rn. 13 erwirbt. In Betracht kommen hier als Vermögensteile des Sicherungsgebers drei Gruppen von Gegenständen: die beweglichen Sachen (d. s. die körperlichen Gegenstände mit Ausnahme der Grundstücke), sodann die Grundstücke (unbewegliche Sachen) und schließlich die Rechte. Im Handelsverkehr dienen im Allgemeinen die Gegenstände des Umlaufvermögens als Sicherungsmittel für kurzfristige, die des Anlagevermögens als Sicherungsmittel für langfristige Kredite; es wäre betriebswirtschaftlich zu aufwendig, würde man etwa einen echten Dreimonatskredit durch die Abtretung oder Verpfändung eines GmbH-Anteils sichern. Das gewerbliche Unternehmen als solches kann nicht als Sicherungsmittel verwendet werden, da dieses weder eine Sache noch ein Recht, sondern ein Inbegriff von Vermögensgegenständen ist[8].

Auch „immaterielle Vermögenswerte" können zur Sicherheit herangezogen werden. Als potenzielle Sicherheiten kommen Urheberrechte und vor allem gewerbliche Schutzrechte wie deutsche Marken, Unionsmarken, IR-Marken, deutsche oder Europäische Patente, Gebrauchsmuster, deutsche Designs oder Gemeinschaftsgeschmacksmustern in Betracht. Die Nutzungsrechte können, auch zur Sicherheit, übertragen werden (§§ 29 Abs. 2 Alt. 1, 31 Abs. 1 S. 1, 34 UrhG).

a) Nutzungen und Erträgnisse

4 Die Sicherheit erstreckt sich im Zweifel auch auf die Nutzungen (§§ 99 BGB) der erwähnten Gegenstände, soweit es sich um die organischen Erzeugnisse der als Sicherungsmittel dienenden Sache, z. B. um die Wolle der verpfändeten Schafe oder um die Ernte des hypothekarisch belasteten Grundstücks, handelt. Das

5 BGH – XI ZR 200/09 – WM 2010, 1022.
6 BGH – XI ZR 200/09 – WM 2010, 1022.
7 *Bork*, WM 2010, 2057; *Knops*, WM 2010, 2063.
8 RGZ 68, 49; RGZ 95, 235; BGH – I b ZR 144/65 – NJW 1968, 392; zum Terminus „Inbegriff von Gegenständen" *Krüger*, in: MünchKomm-BGB, § 260 Rn. 5.

gleiche gilt für die unmittelbaren Erträgnisse eines als Sicherungsmittel dienenden Rechts, z. B. für die Zinsen einer sicherungshalber abgetretenen Forderung. Sie gelten zwar nicht als mit dem Hauptanspruch abgetreten[9] – soweit es sich um entstandene handelt –, sondern sind vielmehr selbstständig abzutreten, doch können sie im Wege der Auslegung als mitabgetreten anzusehen sein[10]. Dies gilt auch für zukünftige Zinsen, für rückständige ohnehin. War dagegen ein Sicherungsmittel nur „vermöge eines Rechtsverhältnisses" gewährt (§ 99 Abs. 3 BGB), etwa der Erlös aus der Vermietung oder Verpachtung des Sicherungsmittels, wird es mangels entsprechender Vereinbarung nur im Ausnahmefall von der Sicherheit erfasst. Die Sicherheit gibt dem Sicherungsnehmer nicht die Befugnis, das Sicherungsmittel selbst auszubeuten und ertragreich zu gestalten, etwa dem zu seinen Gunsten belasteten Grundstück Sand oder Kies zu entnehmen oder ein sicherungshalber abgetretenes Patent zu nutzen. Hierzu bedarf der Sicherungsnehmer der vertraglichen Erlaubnis. Zieht er die Nutzungen, so muss er deren Reinertrag grundsätzlich auf die gesicherte Forderung verrechnen oder hinterlegen, da es sich hier rechtlich um einen Akt vorzeitiger Verwertung handelt (siehe auch § 10 Rn. 102).

b) Surrogate

5 Ohne besondere Vereinbarung oder gesetzliche Vorschrift (z. B. § 1247 S. 2 BGB) tritt kein anderer Gegenstand an die Stelle eines weggefallenen Sicherungsmittels, weder der Ersatzanspruch, der gegebenenfalls dem Sicherungsgeber wegen schuldhafter Zerstörung zusteht, noch der etwaige Versicherungsanspruch des Sicherungsgebers noch gar dessen Kaufpreisanspruch aus einer Veräußerung des Sicherungsmittels an einen (gutgläubigen) Dritten. An allen solchen Ansprüchen setzt sich nicht ohne weiteres die dingliche Rechtslage des ursprünglichen Sicherungsmittels fort: „Die Rechtsregel des dinglichen Ersatzes ist nicht allgemeingültig"[11]. Eine dingliche Surrogation findet nicht statt[12]. Bei Untergang des Pfandgegenstands geht auch das Pfandrecht unter. Eine Fortsetzung am Ersatzanspruch gibt es grundsätzlich nicht.

Häufig werden „Surrogate" von vornherein ebenfalls in den Sicherstellungsvertrag einbezogen, z. B. durch die Verarbeitungs-, Vorausabtretungs- oder Nachschubklausel. Häufiger steht dem Sicherungsnehmer ein eigener Schadensersatzanspruch gegen den dritten Schädiger, ein Bereicherungs- oder ein eigener Versicherungsanspruch als Ausgleich für den Wegfall des Sicherungsmittels zu. Wird das Sicherungsmittel enteignet oder tritt an einem als Sicherungsmittel dienenden Grundstück durch Bergbau ein Schaden ein, so wird dem Sicherungsnehmer im allgemeinen eine Entschädigung zugebilligt bzw. die seinem Rang entsprechende Beteiligung an dem Entschädigungsanspruch des Eigentümers gewährt (§ 19 LuftVG, Art. 52–53a, 67, 109 EGBGB; § 1247 S. 2 BGB). Eine Hypothek an dem betroffenen Grundstück erstreckt sich auf den Entschädi-

9 BGH – VI ZR 215/70 – WM 1972, 560.
10 BGH – VII ZR 39/60 – BGHZ 35, 173; *Roth/Kieninger*, in: MünchKomm-BGB, § 401 Rn. 11; *Grüneberg*, in: Grüneberg, BGB, § 401 Rn. 6.
11 RGZ 94, 308.
12 *Ganter*, in: BHB, § 69 Rn. 108.

gungsanspruch[13]. Der Sicherungsnehmer wird kraft Gesetzes entschädigt, wenn auf dem Gebiet des Strafrechts die Einziehung des Sicherungsmittels erfolgt, weil der Eigentümer den grundrechtlichen Schutz seines Eigentums durch gemeinwohlwidrigen Missbrauch verwirkt hat. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass das Sicherungsmittel entweder durch die Einziehung gem. § 75 Abs. 2 S. 2 StGB völlig zum Erlöschen kam oder durch die Unbrauchbarmachung bzw. eine andere Maßnahme in seinem wirtschaftlichen Wert beeinträchtigt wurde[14], und nicht ein Umstand nach § 75b Abs. 3 StGB vorliegt.

2. Bewegliche Sachen

a) Allgemeines

Sicherungsmittel können bewegliche Sachen (Mobilien, Fahrnis) jeder Art sein, u. U. auch Sachgesamtheiten. Unpfändbare Sachen können zur Sicherung übereignet werden[15]. Der Pfändungsschutz nach § 811 ZPO schränkt nämlich nur die Zugriffsmöglichkeit der Gläubiger, nicht aber die Verfügungsbefugnis des Sicherungsgebers ein[16]. Ihrer Natur nach gehören auch die im Schiffsregister eingetragenen Schiffe und die registrierten Luftfahrzeuge hierher, obwohl sie in den meisten Beziehungen den unbeweglichen Sachen gleichgestellt sind. Wie Mobilien werden behandelt Inhaberpapiere, bestehende ideelle Anteile (Bruchteile) an einer beweglichen Sache (Miteigentumsanteile; §§ 741, 747, 1008 BGB) und das Anwartschaftsrecht auf Erwerb des Eigentums an einer beweglichen Sache, wie es z. B. aus einer Lieferung unter Eigentumsvorbehalt zugunsten des Vorbehaltskäufers erwächst und bei einem mit Vorbehaltsware durchsetzten Lager neben dem Eigentum des Sicherungsgebers übertragen werden kann. Ob Computerprogramme Sachen sind, ist strittig. Unter Hinweis auf die Verkörperung auf einen Datenträger betrachtet die wohl h. M. sie als körperliche Sache[17]. In der Literatur wird diese rechtliche Beurteilung bestritten[18]. Jedenfalls sollte eine Bank nicht auf die Sicherungsübereignung des Datenträgers selbst verzichten, um im Verwertungsfall einen Zugriff auf das Programm zu haben[19]. Zur Funktion des Quellcodes siehe *Cartano*[20]. In Betracht kommt aber auch eine Sicherungsübertragung des Nutzungsrechts entweder durch den Programmurheber (§§ 69c, 34, 31 UrhRG) oder durch den Benutzer, evtl. mit Zustimmung des Urhebers[21]. Der Datenschutz ist einzuhalten[22]. Orderpapiere können ebenfalls durch Einigung und Verschaffung des Besitzes an dem nicht indossierten Papier

6

13 RGZ 69, 247.
14 *Eser/Schuster*, in: Schönke/Schröder, § 74b Rn. 10.
15 BGH – VIII 211/59 – WM 1961, 243; OLG Frankfurt – 12 U 90/71 – NJW 1973, 104; *Haertlein*, in: L/B/S, Kap. 26 Rn. 11.
16 *Oechsler*, in: MünchKomm-BGB, Anh. §§ 929–936 Rn. 11.
17 BGH – VIII 314/86 – NJW 1988, 406; VIII ZR 325/88 – NJW 1990, 320; VIII ZR 147/92 – NJW 1993, 2436; *Paulus*, in: ZIP 1996, 2 ff.; *Cartano*, in: BuB 4/312c; *Ganter*, in: BHB § 90 Rn. 61.
18 *Cartano*, in: BuB 4/312c mit weiteren Nachweisen.
19 So *Cartano*, in: BuB 4/312c.
20 In: BuB 4/312c.
21 *Kotthoff/Pauly* WM 2007, 2085; *Cartano*, in: BuB 4/312c.
22 BGH – I ZR 267/91 – WM 1994, 1170; *Cartano*, in: BuB 4/312d.

sicherungshalber übertragen werden. Statt durch Abtretung können sie auch durch Indossament übergehen (§ 68 Abs. 1 S. 1 AktG). Tiere sind keine Sachen (§ 90a S. 1 BGB), soweit sie als Sicherungsmittel in Betracht kommen, werden aber die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend angewendet (§ 90a S. 3 BGB)

7 Öffentliche Sachen sind dem Rechtsverkehr weitgehend entzogen und nur beschränkt verkehrsfähig. Unter öffentlichen Sachen sind die dem Gemeingebrauch gewidmeten Sachen und das Verwaltungsvermögen zu verstehen, mithin Gegenstände, die einer öffentlich-rechtlichen Zweckbestimmung unterworfen sind. Das Verwaltungsvermögen dient durch seine Zweckbestimmung und seinen Gebrauch dabei unmittelbar der öffentlichen Verwaltung[23]. Am Verwaltungsvermögen besteht modifiziertes Privateigentum mit der Folge, dass die Berechtigung nach den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften durch die öffentlich-rechtliche Zweckbindung der Sache eingeschränkt oder ausgeschlossen wird[24]. Anders verhält es sich bei sog. Finanzvermögen, das nur mittelbar durch seinen Vermögenswert oder seine Erträge öffentlichen Verwaltungszwecken dient, wie Holz im Forstbetrieb[25]. Sachen, die der Religionsausübung dienen, sind – ebenso wie die öffentlichen Sachen – nur im Rahmen ihrer Zweckbestimmung verkehrsfähig. Diese Beschränkung dient ihrem Schutz vor Profanierung[26]. Nicht ausgeschlossen sind deshalb Rechtsgeschäfte und sonstige Maßnahmen, die mit dieser Zweckbestimmung vereinbar sind, oder soweit die Zweckbestimmung aufgehoben worden ist (z. B. nach Profanierung/Entwidmung von Kirchengebäuden). Neben der Aktie kann auch das Bezugsrecht als Sicherheit eingesetzt werden, allerdings sind viele Rechtsfragen dazu ungelöst. Probleme sind die Erfüllung des sachenrechtlichen Spezialitätsgrundsatzes, die Frage nach den Anforderungen einer Bestimmbarkeit – insbesondere bei der Bestellung von nur einer Teilmenge des gesamten Bestandes an Bezugsrechten – sowie die Art der Verwertung[27]. In der Praxis sollten Bezugsrechte, die zur Sicherheit gegeben werden, auf einem gesonderten Depot verbucht werden. Der Charakter als bewegliche Sache wird nicht dadurch berührt, dass die Sache Zubehör eines Grundstücks ist oder wird. Zur Haftung des Zubehörs im Haftungsverband für ein Grundpfandrecht siehe § 15 Rn. 23. Der Begriff des Zubehörs ist vom Gesetz (§§ 97, 98 BGB) festgelegt, so dass für eine abweichende Parteivereinbarung kein Raum ist. Deshalb ist die Abrede, die eine oder andere Sache solle als Grundstückszubehör gelten oder nicht, rechtlich grundsätzlich unbeachtlich.

Zu den wesentlichen Bestandteilen s. Rn. 15.

23 BGH – VII ZR 29/94 – NJW 1995, 1492.
24 *Stresemann*, in: MünchKomm-BGB, § 90 Rn. 37.
25 *Cartano*, in: BuB 4/312a.
26 *Stresemann*, in: MünchKomm-BGB, § 90 Rn. 38.
27 Zum Ganzen siehe *Nodoushani*, WM 2011, 1.

b) Zubehör

Zubehör ist eine selbständige bewegliche Sache, die als Sicherheit im Wege der Übereignung oder Belastung grundsätzlich zur Verfügung gestellt werden kann. *8*

Die Sache muss selbstständig, nicht zum Grundstücksbestandteil geworden[28] dem wirtschaftlichen Zweck des Grundstücks zu dienen bestimmt sein. Unerheblich ist, wem die Sache gehört. Auch fremde Sachen können Zubehör sein. Dazu ist zunächst erforderlich, dass das Grundstück einem bestimmten wirtschaftlichen Zweck gewidmet, insbesondere etwa dauernd für einen landwirtschaftlichen oder gewerblichen Betrieb eingerichtet ist, wie dies z. B. für Elektrizitätswerke, Druckereien, Theater, Gärtnereien, Landgüter, Fabrikationsbetriebe, Hotels usw. zutrifft. Dabei genügt es, wenn auch nur ein Teil des Grundstücks,[29] etwa das Erdgeschoss oder das Hinterhaus, eine solche dauernde Einrichtung aufweist[30]. Das ist aber nicht schon der Fall bei einem in einem mehrstöckigen Wohnhaus errichteten Verkaufsladen, der für verschiedene Geschäftszweige benutzt werden kann[31], doch braucht der Verwendungszweck nicht als ein unabänderlicher geplant gewesen zu sein[32]. Wird ein Gewerbe – z. B. Baugeschäft – in einem Gebäude betrieben, das nicht nach seiner objektiven Beschaffenheit dauernd dafür eingerichtet ist, so gehören die dem Gewerbe dienenden Maschinen und Gerätschaften nicht zu dem Zubehör des Grundstücks[33]. Bei einem Erdbauunternehmen sind die ständig auf den externen Baustellen eingesetzten Maschinen kein Zubehör des Grundstücks, von dem aus das Geschäft betrieben wird[34]. Verbrauchbare Sachen (§ 92 BGB) können Zubehör einer anderen Sache sein[35], auch der Heizölvorrat eines Wohnhauses[36]. Dass der Betrieb zurzeit ruht, beseitigt die Zubehöreigenschaft einer Sache nicht, sofern nur die Wiederaufnahme des Betriebes möglich ist; es ist nicht einmal Betriebsbereitschaft der betrieblichen Anlage, also ihre gänzliche Fertigstellung und vollständige Ausstattung mit Betriebsinventar erforderlich[37]. Im Übrigen kommt es weder auf die Unentbehrlichkeit oder Eignung der Sache für den Betrieb noch auf die Unabänderlichkeit der Betriebseinrichtung an. Die Sache muss aber dem Betrieb als solchem und nicht nur den persönlichen Bedürfnissen des jeweiligen Betriebsinhabers gewidmet sein, wie bei den Maschinen des auf dem Grundstück betriebenen Unternehmens. Der Fahrzeugpark eines Speditionsgeschäfts stellt kein Zubehör dar[38]. Nach § 97 BGB wären sie Zubehör, wenn sie dem wirtschaftlichen Zweck des Grundstückes, dem sie zugeordnet

28 RGZ 69, 150; *Ellenberger*, in: Grüneberg, BGB, § 97 Rn. 2; *Ganter*, in: BHB, § 69 Rn. 89.
29 *Ganter*, in: BHB, § 69 Rn. 89.
30 OLG Jena JW 1933, 924.
31 S. hierzu auch BGH – VII ZR 255/69 – WM 1971, 1086.
32 RGZ 48, 207.
33 BGH – V ZR 44/72 – NJW 1974, 269.
34 BGH – IX ZR 79/93 – NJW 1994, 864.
35 *Stresemann*, in: MünchKomm-BGB, § 92 Rn. 6.
36 LG Düsseldorf – 5 O 77/16 – BeckRS 2016, 112056; *Ellenberger*, in: Grüneberg, BGB, § 97 Rn. 5.
37 BGH – VIII ZR 128/69 – NJW 1969, 36; BGH – IX ZR 181/94 – NJW 1996, 835.
38 BGH – VI ZR 131/81 – NJW 1983, 746; *Ring*, in: NK-BGB, § 98 Rn. 20; *Ellenberger*, in: Grüneberg, BGB, § 97 Rn. 8.

sind, nicht nur vorübergehend dienen. § 97 BGB fordert ein Abhängigkeitsverhältnis, das durch Überordnung der Hauptsache und Unterordnung der Hilfssache gekennzeichnet ist[39]. Entscheidend ist, wo der wirtschaftliche Schwerpunkt des Unternehmens, der wirtschaftliche, betriebstechnische Mittel- und Stützpunkt des Betriebes liegt. In der Regel wird dies beim Betriebsgrundstück vorliegen. In aller Regel werden deshalb die einem Unternehmen zugeordneten Sachen als Zubehör des Grundstückes angesehen, auf dem das Unternehmen betrieben wird. Die Hauptsache (der das Zubehörstück auf Dauer zu dienen bestimmt sein muss) ist nach § 98 entweder ein gewerbliches Betriebsgebäude (Nr. 1) oder ein Landgut („Bauernhof", Nr. 2). Die bauliche Anlage (die für den entsprechenden gewerblichen Betrieb dauernd eingerichtet ist) ist dabei stets als Hauptsache anzusehen, ohne dass es auf das Wertverhältnis zwischen Zubehör und Anlage ankommt – der Wert des Zubehörstücks kann daher auch durchaus höher sein als der Wert des Gebäudes.

9 § 98 Nr. 1 BGB stellt klar, dass bei einem Gebäude, das für einen bestimmten gewerblichen Betrieb dauernd eingerichtet ist, die Maschinen und sonstigen Gerätschaften, die zum Betrieb gehören, dem wirtschaftlichen Zweck des Gebäudes zu dienen bestimmt sind. Bei einem Hotel, einem Brauhaus und einer Fabrik ist dies regelmäßig der Fall; diese Gebäude sind entsprechend dem Betriebszweck besonders ausgestaltet, der wirtschaftliche Schwerpunkt liegt auf dem Betriebsgrundstück. Bei Kraftfahrzeugen, die einem Unternehmen gehören, ist darauf abzustellen, ob der erforderliche enge Bezugszusammenhang zwischen den Kraftfahrzeugen und dem Geschäftsgrundstück besteht. Für Kraftfahrzeuge, die auf dem Grundstück für die Bereitstellung, die Lagerung sowie dem An- und Abtransport der für die Produktion notwendigen Rohstoffe und der Erzeugnisse des Betriebes erforderlich sind, trifft das zu. Auch der Fahrzeugpark einer Fabrik oder eines Handelsunternehmens, mit dem die Bedarfsgüter herbeigeschafft bzw. die erzeugten Produkte ausgeliefert werden, dient dem wirtschaftlichen Zweck des Betriebsgrundstückes, u. U. auch ein Personenkraftwagen, der für die Tätigkeit eines Mitarbeiters der Betriebsverwaltung mit Außendienstfunktion erforderlich ist.

10 Sachen, die nur vorübergehend, z. B. von einem Mieter oder Pächter, für die Zwecke des Grundstücks eingesetzt werden, sind so wenig Zubehör, wie sie wesentliche Bestandteile des Grundstücks sein können, weil deren Nutzung auf die Miet- oder Pachtzeit beschränkt ist[40]. Kurzlebigkeit der Sache schließt die Zubehöreigenschaft nicht aus, wenn der Dienst am Grundstück die ganze Lebensdauer der Sache umfasst[41], wie z. B. bei Heizöl[42]. Da die Vorräte an Rohstoffen, Waren und Fabrikaten überhaupt keine Hilfssachen im Verhältnis zum Grundstück sind, da zum (Weiter-)Verkauf (ggf. nach Be-/Verarbeitung) bestimmt, gehören sie auch nicht zum Grundstückszubehör[43], wohl dagegen das

39 BGH – V ZR 270/62 – WM 1965, 483.
40 BGH – IX ZR 180/07 – NJW 2009, 1078; *Ellenberger*, in: Grüneberg, BGB, § 97 Rn. 7; *Flockenhaus*, in: Musielak/Voigt, ZPO, § 865 Rn. 4.
41 BGHZ 58, 309; *Ganter*, in: BHB, § 69 Rn. 89.
42 OLG Düsseldorf – 4 U 139/65 – NJW 1966, 1714; *Mössner*, in: BeckOK-BGB, § 97 Rn. 59.
43 RGZ 86, 326; *Ellenberger*, in: Grüneberg, BGB, § 97 Rn. 5.

Verpackungsmaterial, die zur Ersetzung oder Ausbesserung von Betriebsmitteln bereitgehaltenen Materialreserven einer Fabrik einschließlich der auf dem Grundstück lagernden, zum Einbau oder Zusammenbau bestimmten Einzelteile und Großbauelemente eines Fertighauses[44]. Noch nicht fertig montierte Heizkörper in einem Rohbau können schon Zubehör des Grundstücks sein[45].

11 Die Sache muss in einem der obigen Bestimmungen entsprechenden räumlichen Verhältnis zum Grundstück stehen. Eine gelegentliche vorübergehende Trennung, z. B. zu Verpfändungs- oder Reparaturzwecken, hebt die Zubehöreigenschaft nicht auf, daher auch nicht die vorübergehende Verbringung des zum Zubehör eines Landgutes zählenden Viehs auf die Sommerweide. Auf der anderen Seite ist nicht erforderlich, dass das Zubehörstück örtlich auf dem Grundstück selbst untergebracht ist, es genügt die Unterbringung in der Nachbarschaft desselben[46], daher können nach Lage des Falles auch Hilfsgebäude, die zu vorübergehenden Zwecken auf fremden Nachbargrundstücken errichtet sind, oder Gleisanlagen auf solchen Grundstücken Zubehör des Betriebsgrundstückes sein[47]. Stromverteilungsanlagen (Leitungsnetze und Umspannanlagen) können auch Zubehör von Umspannwerken sein. Eine Photovoltaikanlage in Form einer Aufdachanlage kann Zubehör sein. Dieses trifft allerdings nur auf Anlagen zu, die auch das Grundstück selbst mit Strom versorgen. Wird die erzeugte Energie ausschließlich in das öffentliche Stromnetz eingespeist, fehlt es an der dienenden Funktion der Anlage für die Hauptsache. Es handelt sich dann um einen einfachen Bestandteil (der aber auch sonderrechtsfähig ist)[48].

12 Zubehör soll eine Sache nur dann sein, wenn der Rechtsverkehr auf den Bestand des äußerlich erkennbaren Zusammenhangs als wirtschaftliche Einheit vertraut (Verkehrsanschauung, § 97 Abs. 1 S. 2 BGB). Die hierfür maßgebliche Verkehrsanschauung ist die Anschauung, die sich allgemein oder in dem betreffenden Verkehrsgebiet gebildet hat und in den Lebens- und Geschäftsgewohnheiten derjenigen in Erscheinung tritt[49]. D. h., auch wenn alle sonstigen Voraussetzungen einer Zubehöreigenschaft vorliegen sollten, kann eine Sache gleichwohl nicht als Zubehör qualifiziert werden, wenn die Verkehrsanschauung, welche regional unterschiedlich ausfallen kann, dem entgegensteht.[50] Sogar der Einrichtung eines Kaffeehauses, sofern sie nicht stilmäßig mit den Betriebsräumen eine Einheit bildet, kann nach der Verkehrsanschauung die Zubehöreigenschaft fehlen[51]. Kein Zubehör sind die fertigen, zum Verkauf bestimmten Waren und sonstigen Erzeugnisse, wie beispielsweise der Baumschulbestand einer Gärtne-

44 RGZ 66, 356; RGZ 84, 284; BGH – VIII ZR 24/70 – WM 1972, 659; *Stresemann*, in: MünchKomm-BGB, § 97 Rn. 7.
45 BGH – VIII ZR 24/70 – WM 1972, 659.
46 BGH – V ZR 233/10 – NJW-RR 2011, 1458; *Ellenberger*, in: Grüneberg, BGB, § 97 Rn. 8.
47 Vgl. hierzu RGZ 130, 264; RGZ 157, 40.
48 OLG Nürnberg – 14 U 1168/15 – MittBayNot 2017, 146; *Stresemann*, in: MünchKomm-BGB, § 97 Rn. 33.
49 *Ring*, in: NK-BGB, § 97 Rn. 47.
50 *Fritzsche*, in: BeckOK-BGB, § 97 Rn. 17.
51 OLG Frankfurt v. 12. 02. 1932 – 2a W 21/32 – Recht 1913, Nr. 2690.

rei, die Ausstellungsstücke eines Möbelgeschäfts oder das in einer Brauerei hergestellte Bier[52].

Zur Aufhebung der Zubehöreigenschaft siehe § 15 Rn. 36.

3. Unbewegliche Sachen

a) Allgemeines

13 Sicherungsmittel können unbewegliche Sachen (Immobilien, Liegenschaften) sein. Das sind nicht nur Grundstücke im Rechtssinne, sondern auch die sog. grundstücksgleichen Berechtigungen wie das Erbbaurecht, das Wohnungseigentum[53], das Bergwerkseigentum, die Kohlenabbaugerechtigkeit und die selbstständigen Gerechtigkeiten, nämlich die Wassergerechtigkeit, die Zwangsrechte, Bannrechte, Realgewerbeberechtigungen, die Salzabbaugerechtigkeit und die Abbaurechte (Rechte zur Gewinnung eines dem Bergrecht nicht unterliegenden Minerals). Alle diese Rechte werden rechtlich als Grundstücke behandelt, können (nur) wie ein Grundstück belastet werden, erhalten ein eigenes Grundbuchblatt (z. B. Erbbaugrundbuch, Wohnungsgrundbuch, Bergwerksgrundbuch) usw.; sie sind „verliegenschaftet" (siehe § 15 Rn. 12 ff.).

14 Das Wohnungseigentum (siehe § 15 Rn. 12) stellt ein besonderes ausgestaltetes Miteigentum im Sinne der §§ 1008 ff. BGB dar (vgl. §§ 1–9 WEG): der Miteigentumsanteil an einem Grundstück (mit tragenden Mauern, Fundamenten, Heizungskeller, Aufzug u. a.) wird mit dem Sondereigentum (z. B. nichttragende Zwischenwände, Innentüren, Fußbodenbelag und Kücheneinrichtung) an einer Wohnung oder anderen Räumen verbunden. Gemäß § 6 WEG ist das Sondereigentum mit dem Anteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum unlösbar verbunden. Nach dem Wohnungseigentumsgesetz sind verschiedene Rechtsformen zu unterscheiden: gemäß § 1 Abs. 2 WEG ist Wohnungseigentum das Sondereigentum an einer Wohnung in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil am gemeinschaftlichen Eigentum (s. oben). Teileigentum ist gemäß § 1 Abs. 3 WEG Sondereigentum an Räumen, die nicht Wohnzwecken dienen in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil am gemeinschaftlichen Eigentum (Beispiel: Garagen, Geschäftsräume, Läden). Wohnungseigentum und Teileigentum unterscheiden sich somit lediglich durch die Zweckbestimmung der Räume, zu denen sie bestehen.

Das Wohnungseigentum lässt auch die Begründung von Wohnungserbbaurecht und Teilerbbaurecht zu (§ 30 WEG).

Wohnungseigentum wird wie Grundstücke veräußert; es ist selbstständig belastbar. Ist das Grundstück zum Zeitpunkt des Entstehens des Eigentums belastet, so werden die Grundpfandrechte durch die Teilung des Grundstücks zu Gesamtgrundpfandrechten an den einzelnen Wohnungseigentumsrechten. Grundbuchmäßig wird das Wohnungseigentum wie ein selbstständiges Grundstück behandelt.

52 RGZ 66, 90; RGZ 86, 329; *Ellenberger*, in: Grüneberg, BGB, § 97 Rn. 11 m. w. N.
53 Str., vgl. *Burmeister/Neureither*, in: EZBK, BauGB, § 61 Rn. 11.

Zur Belastung siehe § 15 Rn. 12.

b) Wesentliche Bestandteile

15 Ist eine unbewegliche Sache, insbesondere ein Grundstück, Sicherungsmittel, so erstreckt sich die Sicherheit stets auch auf die Bestandteile des Immobils, sofern es sich um wesentliche Bestandteile handelt. Nach der gesetzlichen Definition des § 93 BGB sind dies Bestandteile einer Sache, die voneinander nicht getrennt werden können, ohne dass der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird. Deren dingliche Rechtslage kann deshalb keine andere sein als die des Immobils, sodass auch ein Eigentumsvorbehalt nicht gegen den Rechtsverlust schützt, da dieser mit der Verbindung erlischt[54]. Bestandteile eines Grundstücks sind diejenigen Sachen, die mit dem Grundstück eine Einheit bilden, also zusammen mit dem Grund und Boden als eine einheitliche Sache erscheinen; als wesentlich gilt ein Bestandteil dann, wenn er mit dem Grundstück fest verbunden ist oder durch seine Trennung vom Grundstück zerstört oder in seinem Wesen verändert werden würden, mit anderen Worten, wenn er (oder das Grundstück) durch die Trennung in seiner wirtschaftlichen Verwertbarkeit erheblich beeinträchtigt werden würde (§ 94 Abs. 1 BGB). Auf die Festigkeit der Verbindung kann geschlossen werden, wenn die Kosten der Trennung, insbesondere, weil der Bestandteil zerlegt werden muss, unverhältnismäßig hoch sind[55]; bereits das bloße Eigengewicht der Sache kann zu einer festen Verbindung mit dem Grund und Boden führen. Vor allem gehören hierher neben den Pflanzen die auf dem Grundstück befindlichen Gebäude[56] (§ 94 Abs. 1 S. 1 BGB), auch das erbaute Fertighaus oder Blockhaus[57], wenn es mit dem Fundament fest verbunden ist, oder das Gewächshaus auf dafür hergestelltem Fundament[58]. Daraus ergibt sich als weitere Folge, dass die wesentlichen Bestandteile des Gebäudes in aller Regel zugleich zu den wesentlichen Bestandteilen des Grundstücks zählen. Damit beginnen aber die Schwierigkeiten einer Abgrenzung der wesentlichen Bestandteile von anderen in oder an dem Gebäude befindlichen Sachen.

16 Nach der oben gegebenen Begriffsbestimmung kommen als wesentliche Bestandteile eines Gebäudes diejenigen Sachen in Betracht, die ohne Zerstörung oder erhebliche Beschädigung nicht von dem Gebäude getrennt werden können. Dabei ist es gleichgültig, ob im Fall einer Trennung der losgelöste Gegenstand durch einen gleichartigen ersetzt werden könnte oder ob er für die Verwendbarkeit des Grundstücks besonders wichtig ist. Gleichgültig ist auch, ob die Verwertbarkeit der einzelnen Teile des losgelösten Gegenstandes erhalten

54 RGZ 152, 91; *Stresemann*, in: MünchKomm-BGB, § 93 Rn. 21.
55 RGZ 158, 362.
56 Doch wird weder der entschuldbare Überbau (§ 912 BGB) noch der Eigenüberbau (RGZ 160, 166) wesentlicher Bestandteil des überbauten Grundstücks (BGH – V ZR 215/56 – BGHZ 27, 204; BGH – V ZR 203/59 – WM 1961, 761; BGH – V ZR 188/65 – WM 1969, 917; BGH – V ZR 102/80 – NJW 1982, 756 für eine Tiefgarage. Wegen des Anbaus bei halbscheidiger Giebelmauer s. BGH – V ZR 30/60 – NJW 1962, 149).
57 BGH – V ZR 269/86 – NJW 1988, 2789.
58 BGH – V ZR 1/72 – MDR 1974, 298; BGH – V ZR 69/20 – WM 2021, 2425.

bleibt: Ein abmontiertes Dachgebälk ist eben kein Dachstuhl mehr, sondern ein Haufen Balken und Bretter[59]. Auch eine Zimmervertäfelung oder ein Parkettboden in Wohnhäusern kann ebenso zu den wesentlichen Bestandteilen des Gebäudes zu rechnen sein wie der eingebaute Backofen einer Bäckerei[60]. Das Gleiche gilt von den Maschinen eines Fabrikgebäudes, wenn sie „dergestalt in dem körperlichen Gegenstand des Gebäudes aufgegangen sind, dass nur noch ein Körper, nämlich das Gebäude, besteht"[61]. Die Verbindung zwischen Gebäude und Maschine muss so innig sein, dass die Wegnahme der Maschine nicht möglich ist, ohne dass sie selbst oder das Gebäude zerstört oder sehr erheblich beschädigt wird[62]. Eine solche Beschädigung ist allerdings nicht schon darin zu sehen, dass einzelne Teile des Gebäudes bei der Entfernung der Maschine versehrt, eine Vermauerung der Maschine mit dem Boden zerschlagen oder Schrauben und Verankerungen herausgenommen werden. Ein wesentlicher Bestandteil ist auch dann anzunehmen, wenn die Maschine derart dem Gebäude angepasst wurde, dass sie an anderer Stelle nicht verwendet werden könnte[63]. Von der nicht einheitlichen und sehr umfangreichen Rechtsprechung sind als wesentliche Bestandteile u. a. anerkannt worden die Sauggasanlage einer Brauerei[64], eine außen angebaute Fahrstuhlanlage für Lasten[65], die Be-/Entlüftungs- und Kühlanlage eines Gaststätten- und Kegelcentergrundstücks[66], dagegen nicht die Kühlanlage eines Hotels[67], auch nicht die Gleisanlage einer Fabrik[68], die Kegelbahn auf einem Gaststättengrundstück[69], die Maschinen einer Spinnerei[70] und die Schnellpresse einer Druckerei[71]. Die Bestandteilseigenschaft fehlt in allen Fällen, in denen die Verbindung ihrer Natur nach nur vorübergehend und eine häufige Auswechslung mit anderen mehr oder minder verschiedenen Ergänzungssachen ohne Rücksicht auf ihre Abnutzung von Anfang an vorgesehen ist und dem Wesen der Maschine entspricht[72]. Fernleitungen von Versorgungsunternehmen sind in der Regel wesentliche Bestandteile des Werkgrundstücks, jedoch nur dessen Zubehör, soweit sie über fremde Grundstücke führen[73]. Anders ist dies allerdings dann, wenn sich das Eigentumsrecht am Grundstück und an einer solchen Leitung später vereinigt. Dann ist in der Regel anzunehmen, dass nunmehr die Absicht, die Sache nur zu einem vorübergehenden Zweck verbunden zu halten, entfällt, und die Sache kraft

59 RGZ 62, 248.
60 OLG Düsseldorf JW 1935, 3316; a. A. für eine ohne Beschädigung abmontierbare Holzvertäfelung in einem Schloss RGZ 158, 162.
61 RG JW 1934, 1849.
62 *Stresemann*, in: MünchKomm-BGB, § 93 Rn. 11.
63 *Ellenberger*, in: Grüneberg, BGB, § 94 Rn. 6.
64 RGZ 63, 171.
65 BFH BB 1978, 186.
66 OLG Hamm – 27 U 144/84 – NJW-RR 1986, 376.
67 LG Ansbach WM 1989, 1777 für eine Kombikühlzelle.
68 RG JW 1928, 561.
69 BGH – XI ZR 156/05 – NJW 2007, 216.
70 RG JW 1909, 483.
71 RG JW 1916, 321.
72 RG JW 1938, 1590.
73 RGZ 87, 43; RGZ 168, 288.

Gesetzes zum wesentlichen Bestandteil des Grundstücks wird. Sie kann sodann nicht mehr Gegenstand besonderer Rechte sein[74].

17 Wesentliche Bestandteile eines Gebäudes sind ferner kraft besonderer Vorschrift diejenigen Sachen, die „zur Herstellung eines Gebäudes eingefügt" werden, eine Voraussetzung, die auch durch den späteren Einbau in ein schon bestehendes Gebäude erfüllt werden kann (§ 94 Abs. 2 BGB)[75]. Auf den Zeitpunkt der Einfügung kommt es daher nicht an. Gebäude ist gegenüber dem Bauwerk der engere Begriff[76], welcher sich als schuldrechtlicher Begriff im Übrigen zur sachenrechtlichen Einordnung auch nicht eignet[77]. Zur Herstellung des Gebäudes eingefügt sind in erster Linie die Baustoffe, die den Baukörper als solchen bilden, also z. B. Beton, Steine, Balken oder Dachziegel. Entscheidend sind der Zweck sowie die Verkehrsanschauung, nicht die Art, insbesondere nicht die Festigkeit der Einfügung[78]. Hiernach kann eine auch nur lose mit dem Gebäude verbundene Sache die Eigenschaft als wesentlicher Bestandteil des Gebäudes erlangen, wenn Sache und Gebäude aufeinander abgestimmt sind[79] oder den Baukörper notwendig ergänzen. So z. B. die nur eingehängten Türen, Fenster[80] und Fensterläden[81] eines Wohnhauses. Darüber hinaus kann die dem Gebäude eingefügte Ausstattung wesentlicher Bestandteil i. S. von § 94 Abs. 2 BGB sein, wenn das Gebäude erst durch die Einfügung zu dem geworden ist, was es darstellen soll und darstellt, d. h. seinen besonderen Charakter erhalten hat[82]. Da dies nach der Verkehrsanschauung über den Zweck und die Beschaffenheit des Gebäudes zu beurteilen ist, spiegelt sich in der Rechtsprechung die stetig verbesserte Ausstattung von Gebäuden und ihre Anerkennung als allgemeiner Standard wider. So werden in Wohngebäuden zentrale Heizungsanlagen[83] regelmäßig als wesentliche Bestandteile anerkannt, ferner Warmwasserspeicher[84], sanitäre Anlagen[85] (z. B. Waschbecken oder Badewannen[86]), darüber hinaus auch Einbauschränke, z. B. Küchenmöbel, die durch maßgerechtes Einpassen mit den sie umschließenden Nischen des Mietswohnhauses vereinigt sind[87]. Ausnahmsweise können auch Maschinen eines Fabrikgebäudes dazu gehören, wenn Bauwerk und Maschinen besonders aufeinander gearbeitet, insbesondere wenn die Maschinen an die Bauart und Gliederung des Gebäudes angepasst sind. Es muss also die Maschine derartig nach dem Gebäude konstru-

74 BGH – V ZR 41/77 – NJW 1980, 771.
75 BGH – V ZR 263/11 – NJW-RR 2013, 652; *Ellenberger*, in: Grüneberg, BGB, § 94 Rn. 6.
76 BGH – VII ZR 109/97 – NJW 1999, 2434.
77 BGH – V ZR 69/20 – WM 2021, 2426.
78 BGH – V ZR 36/77 – NJW 1979, 712; – IX ZR 110/89 – NJW-RR 1990, 586.
79 BGH – V ZR 149/83 – NJW 1984, 2277.
80 OLG Naumburg OLGE 28, 15; LG Lübeck – 7 T 365/85 – NJW 1986, 2514.
81 RGZ 60, 421.
82 BGH – IV ZR 24/53 – NJW 1953, 1180; BGH – V ZR 149/83 – NJW 1984, 2277; BGH – V ZR 285/86 – NJW 1987, 3178.
83 BGH – V ZR 71/67 – NJW 1970, 895.
84 BGH – IV ZR 24/53 – NJW 1953, 1180; BGH – VII ZR 285/61 – NJW 1964, 399.
85 *Mössner*, in: BeckOK-BGB, § 94 Rn. 26.2.
86 OLG Braunschweig NdsRpfl. 1955, 193; RFH JW 1922, 238.
87 BFH BStBl 1962, 333; s. auch OLG Nürnberg WM 1973, 854.

iert oder das Gebäude so für die Maschine gebaut sein, dass das Gebäude als Baulichkeit durch die Verbindung mit der Maschine eine besondere Eigenart gewonnen hat und Maschine oder Gebäude durch eine Trennung ihre bestimmungsgemäße Verwendbarkeit verlieren würden[88]. Mit anderen Worten, es muss durch die Einfügung der Maschine das Gebäude als Baulichkeit erst vollendet werden, wogegen es gleichgültig ist, ob die Maschine für den im Gebäude unterhaltenen Betrieb unentbehrlich ist und dieser durch die Einfügung der Maschine erst seine besondere Prägung erhält[89]. Danach wird der Bestandteilscharakter fast immer zu verneinen sein bei Maschinen, die nach Preislisten gehandelt werden (Katalogware); sie können aber dann zum Bestandteil des Gebäudes werden, wo sie nach allgemeiner Verkehrsanschauung ein einheitliches Ganzes bilden, wie dies beim Heizkörper und Heizkessel im Verhältnis zum Heizröhrennetz eines modernen Mietshauses der Fall ist[90]. Von „zur Herstellung des Gebäudes eingefügten Sachen" und damit von wesentlichen Bestandteilen gem. § 94 Abs. 2 BGB kann dabei nicht nur bei der endgültigen Herstellung eines Bauwerks, sondern bereits bei der Erstellung eines unfertigen Rohbaus gesprochen werden; die Qualität der eingefügten Sache bestimmt sich allein nach dem Zweck der Einfügung, und es genügt daher, dass die Sache der Fertigstellung des geplanten Gebäudes dient[91].

c) Scheinbestandteil

18 Keine Bestandteileigenschaft i. S. d. §§ 93, 94 BGB erlangen nach § 95 BGB Sachen, deren Verbindung mit dem Grund und Boden oder deren Einfügungen in das Gebäude von vornherein als vorübergehend gedacht ist, oder die als Gebäude oder anderes Werk in Ausübung eines beschränkten dinglichen Rechts mit dem Grundstück verbunden sind („Scheinbestandteil"). Scheinbestandteile bleiben trotz Verbindung bzw. Einfügung bewegliche Sachen, und die bis dahin bestehende Eigentumslage an der Sache ändert sich nicht. Das Eigentum hieran kann weiterhin nach §§ 929 ff. BGB, somit auch zur Sicherheit, übertragen werden. Sie können auch nicht Zubehör des Grundstücks sein, obgleich sie rechtlich als bewegliche Sachen gelten[92]. Ob eine als vorübergehend zu definierende zeitliche Begrenzung vorliegt, ist nach den besonderen Umständen des Einzelfalles, insbesondere der inneren Willensrichtung des Einfügenden, zu beurteilen[93]. So werden in der Regel Gebäude, die nur zu Ausstellungszwecken errichtet sind, Bauhütten oder auch Maschinen, die von einem Nießbraucher, Mieter, Pächter oder von einem in ähnlicher Weise schuldrechtlich Berechtigten eingebaut sind, keine wesentlichen Bestandteile des Grundstücks sein. Es kann sogar ein festes Bauwerk, welches von einem solchen Nutzungsberechtigten errichtet worden ist, rechtlich eine bewegliche Sache geblieben sein, sofern eben nicht

88 *Stresemann*, in: MünchKomm-BGB, § 94 Rn. 34.
89 RGZ 69, 117.
90 KG JW 1932, 3006.
91 BGH – VIII ZR 155/78 – WM 1979, 108.; *Ring*, in: NK-BGB, § 94 Rn. 31.
92 BGH – V ZR 238/60 – NJW 1962, 1498; s. aber auch BGH – V ZR 146/63 – WM 1965, 1028.
93 BGH – V ZR 55/66 – NJW 1968, 2331; *Dörner*, in: HK-BGB, § 95 Rn. 2.

die spätere Überlassung des Gebäudes an den Eigentümer vertraglich in den Bereich der Möglichkeit gezogen war („Scheinbestandteil")[94]. Wenn ein Mieter ein solches Gebäude errichtet, besteht eine tatsächliche Vermutung dahin, dass er dabei nicht in der Absicht gehandelt hat, dass das Gebäude nach Beendigung des Mietsverhältnisses dem Grundstückseigentümer zufallen solle[95]. Ein Scheinbestandteil scheidet aus, wenn vornherein feststeht, dass der Grundstückseigentümer die Sache nach Beendigung des Nutzungsverhältnis übernehmen bzw. sie ihm überlassen werden soll oder der Grundstückseigentümer ein Wahlrecht hat, ob er die Sache übernehmen will. Eine spätere Änderung des ursprünglichen Zwecks der Bebauung macht das Gebäude nur dann zum wesentlichen Bestandteil des Grundstücks, wenn eine entsprechende Einigung zwischen bisherigem Gebäudeeigentümer und Grundstückseigentümer hinzutritt. Ein wesentlicher Bestandteil kann auch durch Umwandlung Scheinbestandteil werden, wenn die Voraussetzungen der Scheinbestandteilseigenschaft gegeben sind[96]. Damit das Gebäude bereits mit seiner Errichtung zum wesentlichen Bestandteil des Grundstücks wird, bedarf es also der positiven Absicht der Parteien, es unter den vertraglichen Voraussetzungen nach Ablauf der vorgesehenen Vertragsdauer, sei es auch nur auf Wunsch des Grundstückseigentümers, in dessen Eigentum übergehen zu lassen[97]. Unerheblich ist, ob die Trennung nur mit einer Zerstörung oder Beschädigung der Sache möglich ist[98]. Ebenfalls um wesentliche Bestandteile handelt es sich bei solchen Anlagen, die auf der Grundlage eines zeitlich befristeten Mietkaufs mit dem Grundstück des Erwerbers fest verbunden werden und im Zuge der Vertragserfüllung in dessen Eigentum übergehen sollen[99]. In diesen Fällen übernimmt der Grundstückseigentümer meistens die Verpflichtung, seinem Vertragspartner nach Beendigung des Vertragsverhältnisses eine Entschädigung zu zahlen[100].

19 Diese Fragen stellen sich insbesondere auch dann, wenn ein Kommanditist ein (noch) unbebautes Grundstück der Kommanditgesellschaft überlässt, ohne ihr das Eigentum zu übertragen, damit diese auf dem Grundstück z. B. das Betriebsgebäude errichtet. Hier ist aufgrund des Gesellschaftsvertrages oder sonstiger Vereinbarungen zu prüfen, ob das Gebäude wesentlicher Bestandteil oder gemäß § 95 BGB nur Scheinbestandteil geworden ist. Bedeutsam ist diese Frage vor allem für die Bewertung eines Grundpfandrechtes auf dem Grundstück. Wenn das Gebäude kein wesentlicher Bestandteil ist, haftet es auch nicht dem Grundpfandrecht. Verbraucht sich allerdings die Sache innerhalb der Vertragslaufzeit, kann die Sache kein Scheinbestandteil sein, weil die Einfügung nicht nur vorübergehend ist (Beispiel einer Windkraftanlage, die sich innerhalb von 20 Jahren „verbraucht", wenn der Pachtvertrag auf 30 Jahre geschlossen worden

94 BGH – V ZR 264/56 – WM 1958, 564; BGH – VIII ZR 156/62 – WM 1964, 426; BGH – VIII ZR 270/83 – NJW 1984, 2878.
95 BGH – V ZR 83/97 – NZM 1998, 679; *Ganter*, in: BHB, § 69 Rn. 83.
96 BGH – V ZR 35/05 – WM 2006, 1020.
97 BGH – V ZR 173/57 – NJW 1959, 1487.
98 BGH – V ZR 83/97 – WM 1998, 1633.
99 OLG Düsseldorf – 16 U 12/97 – ZIP 1998, 701.
100 BGH – VIII ZR 69/63 – WM 1965, 652.

ist)[101]. Der Mietvertrag, der zur Errichtung einer Windkraftanlage berechtigt, muss länger laufen, um zur Einordnung als Scheinbestandteil kommen zu können[102]. Um wieviel die Laufzeit über den Zeitraum des Verbrauchs liegen muss, ist bisher nicht entschieden. Es wird vertreten, dass es ausreicht, wenn die Lebensdauer der Sache 10 % über der Laufzeit liegt. Ein Kriterium soll auch der Feststellung dienen, ob sich die Sache am Ende der Laufzeit „noch als ein handelbares Wirtschaftsgut" darstellt[103]. Eine fachkundige Prognose bezüglich der „Lebensdauer" der Sache reicht aus, um zu einem Scheinbestandteil zu kommen, auch wenn sich im Nachhinein die Prognose als falsch herausstellt[104]. Sicherer ist es in diesen Grenzfällen den Scheinbestandteil über § 95 Abs. 1 S. 2 BGB zu begründen. Wird z. B. die Windkraftanlage aufgrund einer eingetragenen beschränkten Grunddienstbarkeit errichtet, ist die Anlage Scheinbestandteil, auch wenn sie sich erst innerhalb der Laufzeit des Pachtvertrages verbraucht. Es wird vertreten, dass schon der Antrag auf Eintragung reicht[105]. Als Lösung bietet sich u. U. an, das Gebäude dem Grundpfandrechtsgläubiger zur Sicherung zu übereignen. Um Grunderwerbssteuer zu sparen, sollte die Sicherungsübereignung des Gebäudes unter der auflösenden Bedingung der Tilgung sämtlicher gesicherter Ansprüche erfolgen (falls es nicht zur Verwertung der Sicherheit kommt, fällt dann auch keine Grunderwerbssteuer an)[106].

III. Beeinträchtigung und Bewertung der Sicherheit

1. Sicherungswert

20 Im Wirtschaftsleben wird bei jeder Sicherstellung nicht nur der Bestand der Sicherheit, sondern zugleich ihr Sicherungswert (Güte, Bonität, Einbringlichkeit) gewertet. Wirtschaftlich betrachtet ist die Sicherheit nur dann eine solche, wenn sie nicht nur rechtlich einwandfrei begründet, sondern auch tauglich ist: Die Sicherheit muss „sicher" sein, d. h. ihre Verwertung muss einen ausreichenden Erlös erwarten lassen. „Erst in diesem Ernstfall zeigt sich der wahre Wert der Sicherheit"[107]. Bei der Prüfung der Tauglichkeit zeigt sich von vornherein der Unterschied zwischen Personen- und Sachsicherheit. Vielfach wird aus Gründen, die in der Zukunft liegen, die Sachsicherheit der Personensicherheit vorgezogen, da man mit der Möglichkeit rechnet, dass sich die Vermögenslage des Gebers der Personensicherheit verschlechtert oder er gar zahlungsunfähig wird, die Sicherheit also wertlos werden könnte. Auch das Gesetz geht davon aus, wenn es die Sachsicherheit als die prinzipale betrachtet (§ 232 Abs. 2 BGB). Aber abgesehen davon, dass sich auch der Wert einer Sachsicherheit verschlechtern kann, bleibt es stets eine Frage des Einzelfalles, ob nicht die Personensicherheit

101 Str., so auch *Ganter*, in: BHB, § 69 Rn. 84; a. A. BGH – V ZR 52/16 – NJW 2017, 2099; *Stresemann*, in: MünchKomm-BGB, § 95 Rn. 12 m. w. N.
102 *Goecke/Gamon*, WM 2000, 1309.
103 *Ganter*, in: BHB § 69 Rn. 83.
104 *Ganter*, in: BHB, § 69 Rn. 83.
105 Zum Ganzen siehe *Ganter*, WM 2002, 105.
106 *Ganter*, in: BHB, § 69 Rn. 87.
107 BGH – VII ZR 170/58 – WM 1960, 578.

vorzuziehen ist. Dies ist ohne weiteres zu bejahen, wenn der Geber der Personensicherheit gut, das Sicherungsmittel der Sachsicherheit aber, welches auch bei den unmittelbar verwertbaren Sicherheiten für die Bonität der Sicherheit maßgebend ist, von zweifelhaftem Wert ist. Jedenfalls berechtigt eine irrige Bewertung grundsätzlich nicht zur Anfechtung des Vertrages. Des Weiteren kann die Stellung bestimmter Sicherheiten zur Reduzierung der Eigenmittelanforderungen des Kreditinstituts führen (Art. 192 ff. CRR) und dadurch erheblichen Einfluss auf deren Geschäfts- und Kreditvergabepolitik ausüben.

Im Einzelnen bestimmt sich der Sicherungswert einer Sicherheit insbesondere nach folgenden Grundsätzen:

2. Bewertung der Personensicherheit

21 Bei den Personensicherheiten entscheidet nach den Ausführungen zu § 1 Rn. 12 das gesamte Vermögen des Sicherungsgebers, das dem Zugriff seiner Gläubiger unterliegt, über deren Tauglichkeit. Wie sich der Sicherungsnehmer über die Vermögenslage des Sicherungsgebers unterrichtet, ist Sache des einzelnen Falles. Vielfach wird die Einholung von Auskünften genügen. Unter Umständen wird der Sicherungsgeber auch zur Vorlage einer Bilanz oder Vermögensaufstellung anzuhalten sein; unter den Voraussetzungen der §§ 18, 18a KWG ist er sogar dazu gezwungen. Dabei sind alle Verbindlichkeiten des Sicherungsgebers zu berücksichtigen, denn die Personensicherheit steht in Konkurrenz mit allen anderen Gläubigern des Sicherungsgebers. Zusammenfassend mag für die Personensicherheiten das gelten, was das Gesetz vom Bürgen aussagt (§ 239 BGB):

> *„Ein Bürge ist tauglich, wenn er ein der Höhe der zu leistenden Sicherheit angemessenes Vermögen besitzt und seinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat."*

Nur hat das Gesetz nicht erwähnt, dass die Sicherheit umso besser ist, je liquider das Vermögen des Sicherungsgebers ist[108]. Will der Sicherungsnehmer die Liquidität feststellen, so darf er sich mit der bloßen Gegenüberstellung der Aktiven und Passiven nicht begnügen; er muss vielmehr auch untersuchen, inwieweit die Aktiven greifbar und alsbald „flüssig" zu machen sind.

3. Bewertung der Sachsicherheit

a) Beleihungswert und Deckungsverhältnis

22 Bei den Sachsicherheiten bestimmt sich die Tauglichkeit in erster Linie nach dem Wert des Sicherungsmittels sowie der Möglichkeit, dieses schnell zu verwerten. Eine zuverlässige Wertermittlung bereitet allerdings oft Schwierigkeiten, zumal eben auch der Grad der Liquidität des Sicherungsmittels eine wesentliche Rolle spielt. Hat man mit ausreichender Genauigkeit den Wert festgestellt, nach welchem man die Höhe der Beleihungsfähigkeit des Sicherungsmittels bemessen will (Beleihungswert, vgl. § 16 Abs. 2 PfandBG), so muss man weiterhin berücksichtigen, dass dieser Wert sich nicht notwendig mit dem Wert zu decken braucht, den das Sicherungsmittel im Zeitpunkt der Realisierung der

108 *Ganter*, in: BHB, § 69 Rn. 66.

Sicherheit hat. Es kann sich bis dahin nicht nur die Marktlage geändert, sondern es kann der Gegenstand auch durch Benutzung, Alterung/Veralten oder sonstige Einflüsse an Wert verloren haben, oder der Sicherungsgeber in ein Liquidationsstadium geraten sein, sodass seine Vermögensmasse nur noch nach ihrem „Schmelzwert" (in der Insolvenz spricht man auch von „Zerschlagungswert") einzuschätzen ist. Ein zwangsweise veräußertes Objekt erbringt niemals den bei geordneter Abwicklung zu erzielenden Erlös. Aus diesen und ähnlichen Gründen bestimmt sich die Güte der Sicherheit nicht nur nach dem Beleihungswert des Sicherungsmittels. Man stellt vielmehr eine Unsicherheitsquote in Rechnung, indem man den Beleihungswert um einen gewissen Betrag („Haircut") kürzt. Die Höhe dieses Abschlags für das Beleihungsrisiko richtet sich nach der jeweiligen Sicherheitenart und kann sehr unterschiedlich ausfallen.

23 Die Bestellung der Sicherheit führt, wenn sie zu einer erneuten Belastung des Sicherungsmittels führt, zu einer Rangordnung unter mehreren Belastungen. Diese entscheidet, in welcher Reihenfolge die Belastungen berücksichtigt werden, wenn später einmal der belastete Gegenstand verwertet wird und der Erlös oder Ertrag nicht zur Deckung sämtlicher gesicherter Forderungen ausreicht. Einige „privilegierte" Belastungen nehmen stets die beste Rangstelle ein und gehen allen anderen Belastungen vor (z. B. die oben erwähnte öffentliche Last, die das Bundesbodenschutzgesetz gibt). Das gilt vor allem für die öffentlichen Grundstückslasten, die bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks von hervorragender Bedeutung sein können (vgl. §§ 10, 109 ZVG), aber auch von der Zoll- und Steuerhaftung gewisser Waren und Erzeugnisse. Haben die Belastungen gleichen Rang, so werden sie nach dem Verhältnis ihrer Beträge im Zeitpunkt der Ablösung oder Verwertung der Sicherheit berücksichtigt. Der Rang ist somit eine rechtliche Eigenschaft des Sicherungsrechts von erheblicher Tragweite. Natürlich braucht der im Range nachgehende Sicherungsnehmer eine Vorbelastung nur insoweit zu respektieren, als sie schon zur Zeit seines eigenen Rechtserwerbs bestand oder mit dinglicher Wirkung vorbereitet war. Eine spätere Erweiterung des Umfangs der Vorbelastung ist, abgesehen von geringfügigen Ausnahmen, nicht mit der Wirkung möglich, dass er den Vorrang der Erweiterung gegen sich gelten lassen müsste. Geht in der Folgezeit ein rangbesseres Recht unter, so kommt dies grundsätzlich den nachgehenden Rechten zugute: sie „rücken auf".

24 Anders ist die Sach- und Rechtslage jedoch, wenn

- der Inhaber des vorgehenden Rechts zugunsten des Sicherungsnehmers auf seinen Vorrang verzichtet, ihm also den Vorrang einräumt: Der Inhaber des vorgehenden Rechts tritt mit seinem Recht hinter die Sicherheit im Range zurück;

25 – der Sicherungsnehmer bezüglich der Vorbelastung gutgläubig ist. Er erwirbt dann kraft seines guten Glaubens den Rang vor dem vorgehenden Recht, drängt dieses also im Range zurück. Im Einzelnen sind die Regeln über den Schutz des guten Glaubens unterschiedlich je nach der Art des Sicherungsmittels.

Nach den oben erörterten Grundsätzen beurteilt sich, ob und inwieweit die gesicherte Forderung gedeckt ist, wobei es auf den realisierbaren Sicherungswert, nicht auf den Schätzwert einer übereigneten Sache und nicht auf den Nominalbetrag einer sicherungshalber abgetretenen Forderung ankommt[109]. Das Deckungsverhältnis entscheidet über die Angemessenheit der Sicherheit. Unterdeckung liegt vor, wenn die Forderung ganz oder teilweise nicht (mehr) gedeckt ist. Für den Fall, dass es durch ein nachträgliches Absinken des Sicherungswertes oder durch ein nachträgliches Anwachsen der Forderung zu solcher Unterdeckung kommt, wird häufig vereinbart, dass der Sicherungsgeber dann die Sicherung zu verstärken hat (vgl. Nr. 13 AGB-Banken); er muss eine weitere Sicherheit bestellen, oder aber der Schuldner muss die nicht mehr gedeckte Spitze der Forderung tilgen. Zum Anspruch der Bank auf Bestellung einer Sicherheit sowie zur Nachbesicherung als Vorvertrag siehe § 1 Rn. 25. Schon kraft Gesetzes (§ 240 BGB) ist eine Sicherheit, falls sie ohne Verschulden des Berechtigten unzureichend wird, zu ergänzen oder anderweitige Sicherheit zu leisten. Das entspricht auch dem mutmaßlichen Parteiwillen. *26*

Anders bei Verbraucherkrediten: im Darlehensvertrag muss die Sicherheit vereinbart (nicht bestellt) werden (Art. 247 § 7 Abs. 1 Nr. 2 EG BGB, § 494 Abs. 6 S. 2 BGB). Verliert die Sicherheit an Wert, steht dem Sicherungsnehmer grundsätzlich kein Recht auf weitere Sicherheiten zu. Nur für den Fall, dass die Sicherheit untergeht, wird vertreten, dass der Sicherungsgeber eine Ersatzsicherung zu bestellen hat. Überdeckung bedeutet, dass der Sicherungsnehmer eine im Verhältnis zur Höhe der gesicherten Forderung über das nötige Maß hinausgehende Deckung hat, dass also der Sicherungswert der Sicherheit höher als die Forderung ist. Die Überdeckung kann von unmittelbarer rechtlicher Bedeutung werden. Sie kann nämlich zugunsten des Sicherungsgebers den Anspruch auf Freigabe bzw. Rückgewähr des nicht benötigten Teiles der Sicherung begründen.[110] Der Anspruch setzt im Übrigen voraus, dass nach der Natur des Sicherungsmittels oder Sicherungsrechts eine teilweise Freigabe möglich und dass diese dem Sicherungsnehmer nach Treu und Glauben zumutbar ist. Bei einer nachträglich eingetretenen Überdeckung, wie sie durch eine Ermäßigung der gesicherten Forderung, durch ein Anwachsen des Sicherungswertes oder durch Erlangung von zusätzlichen Sicherheiten eintreten kann, entsteht die Freigabeverpflichtung bei einem unangemessenen Verhältnis (vgl. § 3 Rn. 83 wegen der Übersicherung in Formularverträgen und Individualverträgen) zwischen Sicherungswert und gesicherten Forderungen. Dem Sicherungsnehmer bleibt es überlassen, den Teil zu bestimmen, den er zurückgewähren will. Das bedeutet, dass er nur den letztrangigen Teil einer Sicherungsgrundschuld abzutreten braucht oder bei der Sicherungsübereignung von Waren verschiedener Gattung nur die weniger gängigen freizugeben verpflichtet ist. Wenn schon von vornherein der Sicherstellungsvertrag selbst den Tatbestand einer solchen unangemessenen Überdeckung begründet, so kann dies, falls die übermäßige Sicherung von demselben Sicherungsgeber stammt, sogar noch weitergehende Rechtsfolgen haben (anfängliche Übersicherung). Zwar ist es üblich, dass sich *27*

109 BGH – V ZR 21/59 – WM 1961, 158.
110 *Roth/Kieninger*, in: MünchKomm-BGB, § 398 Rn. 122 ff.

der Sicherungsnehmer eine „Marge“ ausbedingt, aber das Verhältnis zwischen Sicherungswert und Forderungshöhe muss angemessen (vgl. § 3 Rn. 83) sein.

Das Sicherungsmittel muss gegen die üblichen Risiken versichert sein, möglichst unter Abtretung des Versicherungsanspruchs an den Sicherungsnehmer. Da der Sicherungsgeber zum Abschluss eines Versicherungsvertrages gesetzlich nicht verpflichtet ist, wird ihm regelmäßig die Versicherungspflicht vertraglich auferlegt, und es werden ihm mitunter auch gewisse Rechtsnachteile, z. B. sofortige Fälligkeit der gesicherten Forderung, für den Fall angedroht, dass er nicht auf Anfordern die fristgemäße Zahlung der Versicherungsprämien nachweist. Dennoch bildet bei Kraftfahrzeugen die Vollkaskoversicherung eher die Ausnahme, da sie dem Sicherungsgeber meistens zu teuer ist (vgl. Mustertext „Kraftfahrzeug-Sicherungsübereignungsvertrag“ (42.261 (10/19) des Bankverlages, Nr. 7 Abs. 1).

b) Bewertung beweglicher Sachen

28 Ist das Sicherungsmittel eine bewegliche Sache, so wird der Sicherungsnehmer den realisierbaren Wert anhand der Gestehungskosten oder des Einkaufspreises meist selbst bestimmen können. Ist dem Sicherungsnehmer die eigene Bewertung nicht möglich, z. B. bei komplizierten Maschinen, Schiffen oder Flugzeugen, oder im Ausland belegenem Sicherungsgut, so muss er einen – für leichtfertige Falschbegutachtung haftenden[111] – Sachverständigen hinzuziehen. Wird der Wert des Gegenstandes durch Sachmängel beeinträchtigt, so hat bei entgeltlichen Sicherstellungsverträgen der Sicherungsgeber hierfür einzustehen[112]. Der realisierbare Wert kann in Formularverträgen transparent d. h. für beide Parteien ohne großen Aufwand oder Streit nachprüfbar vereinbart werden (vgl. Anhang). Ein Anhaltspunkt findet sich in § 237 BGB:

> *„Mit einer beweglichen Sache kann Sicherheit nur in Höhe von zwei Dritteln des Schätzungswertes geleistet werden. Sachen, deren Verderb zu besorgen oder deren Aufbewahrung mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, können zurückgewiesen werden.“*

Dabei sind aber nicht nur die im Gesetz erwähnten leicht verderblichen Sachen mit besonderer Vorsicht zu bewerten, sondern auch alle Waren, die starken Preis- und Umsatzschwankungen unterliegen (z. B. Halbfabrikate), deren Absatz durch die stetigen Fortschritte in der Technik gefährdet erscheint (z. B. EDV-/medizinische Technik) oder bei denen es sich um Artikel handelt, welche dem ständigen Wechsel in Mode und Geschmack (z. B. Bekleidung) ausgesetzt sind. Bei ihnen findet die Unsicherheitsquote ihren Ausdruck in einer größeren „Marge“ (Abschlag) zwischen dem Wert der Ware und dem Betrag der gesicherten Forderung. Inzwischen hat sich auch der Große Senat des BGH in seiner Entscheidung zur Freigabeverpflichtung des Sicherungsnehmers bei nachträglicher Übersicherung auf § 237 BGB berufen, um einen Abschlag von 1/3 des

111 BGH – XI ZR 56/07 – WM 2008, 2245.

112 Über Sachmängelhaftung wegen des Sicherungseigentums Dritter an Gegenständen eines verkauften Betriebs s. BGH – I ZR 81/66 – NJW 1969, 184.

Wertes des Sicherungsgutes zu begründen (siehe BGH – GSZ 1 u. 2/97 – NJW 1998, 671).

Vollends schwankend ist die Bewertung von Gebäuden, die rechtlich bewegliche Sache geblieben sind (s. Rn. 15, 18). Die Gestehungskosten bieten hier nur einen unvollkommenen Maßstab, da berücksichtigt werden muss, dass das Interesse für ein Objekt, welches nach Ablauf der vertraglich vorgesehenen Frist zerstört werden muss, naturgemäß nur gering sein kann[113]. Das Anwartschaftsrecht auf Erwerb des Eigentums an einer Vorbehaltssache ist von vornherein dadurch beeinträchtigt, dass der Sicherungsgeber die Rechtsposition des Sicherungsnehmers durch einseitiges, willkürliches Verhalten zerstören kann.

29 Ihrer Natur nach sind manche Sachen überhaupt nicht oder nur mit Vorsicht zu Sicherungszwecken verwendbar. Hat nämlich eine Sache überhaupt keinen Verkaufswert, ist sie also nicht verwertbar, so kann sie auch nicht Sicherungsmittel sein. Das gilt insbesondere von gewissen Urkunden, z. B. dem Hypotheken- und Grundschuldbrief[114], dem Schiffsbrief, dem Sparbuch[115], der Lebensversicherungspolice[116], dem Kuxschein (Wertpapier, das Mitgliedschaftsrechte an bergrechtlichen Gewerkschaften verbrieft), auch der Zulassungsbescheinigung Teil 2 (ehem. Kraftfahrzeugbrief)[117] usw. Alle diese Urkunden gehören demjenigen, dem das Recht zusteht, auf welches sie sich beziehen, und das Pfandrecht an diesem Recht erstreckt sich auf die Urkunde: das Recht am Papier folgt dem Recht aus dem Papier (§ 952 BGB)[118]. Aber der Eigentümer kann an ihnen eine Sachsicherheit nicht begründen, sondern höchstens ein persönliches Zurückbehaltungsrecht zugunsten des Kreditgebers, jedoch kein kaufmännisches im Sinne des § 369 HGB mit der darin vorgesehenen Verwertungsmöglichkeit[119].

30 Allerdings ist in jedem einzelnen Fall zu prüfen, ob nicht die Parteien durch die Übergabe der Urkunde gleichzeitig eine Sicherheit an dem in der Urkunde verbrieften Recht bestellen wollen, was überall da denkbar ist, wo das Gesetz keine besondere Form für den Abschluss des Sicherstellungsvertrages vorsieht und daher auch die stillschweigende Übereinkunft der Parteien für den Vertragsschluss genügt. So kann bei der Verpfändung von Leihhausscheinen gewollt sein, dass der Gläubiger ein Pfandrecht an der von ihm eingelösten Sache erwirbt. In einer Kreditgewährung gegen „Briefübergabe" kann die Verpflichtung zur Abtretung oder Verpfändung des Briefgrundpfandrechts liegen. Sodann gibt es Sachen, deren natürliche Zweckbestimmung es erfordert, dass trotz Bestehens der Sicherheit der Sicherungsgeber auf sie in einer zur Substanzveränderung oder -zerstörung führenden Weise einwirkt. Wer sich den Mehlbestand einer Bäckerei verpfänden oder sicherungshalber übereignen lässt, muss

113 Vgl. hierzu BGH – V ZR 138/61 – NJW 1962, 2293.
114 RGZ 66, 24; 91, 155; JW 1929, 1969; BGH – V ZR 214/62 – WM 1965, 408.
115 RGZ 68, 282.
116 RGZ 51, 83.
117 BGH – VIII ZR 34/63 – NJW 1964, 1413.
118 Für den Kfz-Brief siehe BGH – VIII ZR 40/59 – WM 1960, 397; *Schlechtriem*, NJW 1970, 2088.
119 OLG Frankfurt – 3 U 9/69 – NJW 1969, 1719; *Maultzsch*, in: Oetker, HGB, § 369 Rn. 22.

damit rechnen, dass das Mehl nach Ablauf eines gewissen Zeitraums verbacken und in Gestalt der Backwaren anderweitig veräußert sein wird.

31 Als Vorbelastungen kommen bei beweglichen Sachen in Betracht nur der Nießbrauch (s. § 1 Rn. 13) und das Pfandrecht, insbesondere die pfandrechtlichen Belastungen (z. B. bei den gesetzlichen Pfandrechten). Ein nachgehendes Pfandrecht wird, wenn die vorgehende Belastung sich selbst als Pfandrecht darstellt, Nachpfandrecht oder nachrangiges Pfandrecht genannt. Die Bestellung des Nachpfandrechts erfolgt durch Einigung über die Bestellung des Pfandrechts, Abtretung des Herausgabeanspruchs und Anzeige. Eine Ausnahme machen die Schiffsregister bzw. im Schiffsbauregister eingetragenen Schiffe und Schiffsbauwerke und die registrierten Luftfahrzeuge; bei ihnen können nach dem Inhalt des Registers als vorgehende Rechte die Beleihungsfähigkeit des Schiffes mindern

a) die dinglichen Rechte am Schiff und Luftfahrzeug, nämlich die Schiffshypothek bzw. das Registerpfandrecht, bei Schiffen auch der Nießbrauch, den es an registrierten Luftfahrzeugen nicht gibt;
b) die vorläufigen Eintragungen, nämlich die Vormerkungen, Widersprüche und Verfügungsbeschränkungen.

32 Die Rangfolge bestimmt sich im Allgemeinen nach der Bestellung des Rechts: Das zeitlich frühere, für dessen Rang der Zeitpunkt seiner Bestellung auch dann maßgebend ist, wenn es eine künftige oder bedingte Forderung sichern soll (§ 1209 BGB), hat den Vorrang vor dem später bestellten, was insbesondere für das in den AGB-Banken und AGB-Sparkassen ausbedungene Pfandrecht von Bedeutung ist. Dieser Grundsatz gilt auch im Verhältnis des Mobiliarpfandrechts zu Grundpfandrechten und zu den gesetzlichen Pfandrechten[120]. Nur bei den Rechten an den eingangs genannten Schiffen, Schiffsbauwerken und Luftfahrzeugen entscheidet über den Rang entweder die Reihenfolge der Eintragungen oder die Reihenfolge der Eintragungsdaten (§§ 25, 82 SchiffRG; 25 LuftRG). Erstrangigkeit der Schiffshypothek ist jedoch gesetzlich vorgeschrieben für die „Deckungsschiffshypothek" der Schiffspfandbriefbanken, die sich die Mittel für die Beleihung des Schiffes durch Ausgabe von Schuldverschreibungen (Pfandbriefen) verschaffen. Die Bestellung mehrerer Inventarpfandrechte an demselben Pachtinventar ist ausgeschlossen[121]; Inventarpfandrecht und Verpächterpfandrecht werden als gleichrangig behandelt. Die Vorrangseinräumung hat nur schuldrechtliche Wirkung dahin, dass sie den Vorberechtigten verpflichtet, im Fall einer Verwertung des belasteten Gegenstandes die Befriedigung des Sicherungsnehmers aus dem Verwertungserlös im Range vor der eigenen Befriedigung zu dulden, – wiederum mit Ausnahme der Rechte im Bereich des Schiffs- und Luftfahrzeugregisters, wo zwar auch eine entsprechende, rein schuldrechtliche Verpflichtung des Vorberechtigten denkbar, weitaus üblicher aber die Vorrangeinräumung mit dinglicher Wirkung ist, welche durch den Grundsatz der festen Rangstellen ermöglicht wird und durch den sog. Rangvorbehalt vorweggenommen werden kann (§§ 26, 27 SchiffRG; 26, 27 LuftRG).

120 BGH WM 1957, 168.
121 RGZ 143, 7.

Wegen der Voraussetzungen und Folgen des Schutzes des guten Glaubens des Sicherungsnehmers wird auf die Ausführungen zu § 11 Rn. 45 ff. verwiesen, an deren Stelle für die Rechte an Schiffen, Schiffsbauwerken und Luftfahrzeugen die §§ 936, 1208 BGB; 16 SchiffRG; 16 LuftRG treten. Aus ihnen ergibt sich z. B., dass A dem B eine bereits vorher mit einem Pfandrecht zugunsten des C belastete Sache verpfändet, gutgläubig das Pfandrecht im Rang vor dem des C erwirbt, es sei denn, die Sache sei dem C abhandengekommen, z. B. heimlich von B weggenommen worden. Beim Inventarpfandrecht verschafft jedoch auch der beste Glaube des Kreditinstituts dem Pfandrecht nicht den Vorrang vor Grundpfandrechten, die sich auf das Inventar erstrecken (§ 7 PachtKredG).

c) Bewertung unbeweglicher Sachen

33 Ist das Sicherungsmittel ein Grundstück, so wird die Schätzung durch einen (externen) Sachverständigen – unter dessen Haftung für leichtfertige Falschbegutachtung[122] – die Regel bilden, wobei die Eigenschaften, die sonstige Beschaffenheit (zum Bundesbodenschutzgesetz und den Konsequenzen einer Kontaminierung für die Grundpfandrechtsgläubiger s. § 18) und die Lage des Grundstücks und seines oft schwer zu bewertenden Zubehörs eine Rolle spielen. Es bedingt naturgemäß einen erheblichen Unterschied in den Bewertungsgrundsätzen, ob man ein städtisches oder landwirtschaftliches Grundstück beleiht, ob das Grundstück bebaut oder unbebaut (Bauterrain) ist, ob es mit einem ertraglosen Einfamilienhaus oder einem rentablen Mietshaus oder aber mit einem Hotel oder mit einer Fabrik bebaut ist, deren Wert im Augenblick der Stilllegung des Betriebes erheblich sinkt und in gewissem Ausmaß von der Tüchtigkeit des Betriebsinhabers abhängt. Der Beleihungswert wird gefunden bei städtischen bebauten Grundstücken in Anlehnung an den Sachwert (so bei eigengenutzten Bürogebäuden, Hotels, Fabriken oder Einfamilienhäusern) oder an den Ertragswert (so bei vermieteten oder verpachteten Wohn- oder Geschäftsgrundstücken) oder in Anlehnung an beide[123]. Bei landwirtschaftlichen Grundstücken wird vorzugsweise der Ertragswert, bei Bauterrain der Bodenwert[124] maßgebend sein. Dabei setzt sich der Sachwert (Realwert) zusammen aus

a) dem Bodenwert abzüglich der mit dem Erwerb und der Erschließung (Baureifmachung) des Grundstücks zusammenhängenden Kosten (§ 15 BelWertV);

b) dem Bauwert, d. h. dem Wert der baulichen Anlagen inkl. Außenanlagen, welcher den Kosten für die Errichtung eines gleichartigen Gebäudes unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse (Herstellungswert) nach Abzug der mit der technischen Lebensdauer des Gebäudes zusammenhängenden Wertminderungen und unter Ausschaltung zeitbedingter Überteuerungen entspricht.

122 BGH – VI ZR 1/65 – WM 1966, 1150.
123 BGH – V ZR 148/60 – WM 1963, 290; BGH – VII ZR 189/68 – NJW 1970, 2018; vgl. § 19 ErbbauRG.
124 Vgl. BGHZ 39, 198.

34 Bei der Verwendung des Ertragswertes tritt zum Bodenwert der Gebäudeertragswert, der durch Kapitalisierung des nach Lage, Beschaffenheit und Verwendungszweck des Grundstücks dauernd erzielbaren Grundstücksnettobetrages festgestellt wird (§§ 8 ff. BelWertV). Er kann durch eine zur Finanzierung des Baues geleisteten Mietvorauszahlung erheblich beeinträchtigt werden. Die Beleihungsgrenze setzt der Sicherungsnehmer – in der Regel in Übereinstimmung mit dem Sicherungsgeber – fest; üblicherweise liegt sie zwischen 1/2 und 2/3 des Beleihungswertes, bei landwirtschaftlichen und ausschließlich gewerblich genutzten Grundstücken zumeist darunter[125].

Liegt eine Hypothek so weit innerhalb der Beleihungsgrenze, dass ihre Deckung sowohl hinsichtlich des Kapitals als auch der Zinsen selbst bei etwaigen Schwankungen des Grundstückspreises nicht gefährdet erscheint, so spricht man von einer „ersten" Hypothek; alle anderen Hypotheken sind „zweite", auch soweit sie noch innerhalb der Beleihungsgrenze Deckung finden. Die verkehrsübliche Unterscheidung zwischen erster und zweiter Hypothek bestimmt sich also nach dem Betrage, mit dem die Hypothek „ausläuft". Nachrangig sind in der Regel die Wohnungsbaudarlehen der Bausparkassen gesichert; hier ist die persönliche Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers von größerer Bedeutung. Da die zweite Hypothek ein größeres Risiko in sich trägt als die erste, bedingt sich der Gläubiger einer zweiten Hypothek vielfach eine besondere Risikoprämie in Gestalt eines Zinszuschlages aus, außerdem wird eine schnellere Tilgung seiner zweiten Hypothek vereinbart, vielleicht wird sogar durch Abschluss eines Versicherungsvertrages dem Ausfall vorgebeugt. Ohne entsprechende Vereinbarung kann er aus einer nachträglichen, etwa aus einer Minderung des Grundstückswertes herrührenden Erhöhung seines Risikos aber nicht den Anspruch auf Rückzahlung des grundpfandrechtlich gesicherten Kredits herleiten, wie auch der Schuldner durch derartige Tatbestände nicht von seiner Verbindlichkeit befreit wird[126]. Im Allgemeinen wird die erste Hypothek zugleich auch erstrangig sein. Es können ihr jedoch Belastungen von unerheblichem Umfang vorgehen, wie andererseits eine erstrangige Hypothek den Charakter einer zweiten Hypothek hat, wenn und soweit sie über die Wertgrenze für die erste Hypothek hinausgeht. Eine durch wertausschöpfende, vorrangige Belastungen nicht mehr gedeckte Hypothek wird zur „Schornsteinhypothek".[127]

Nach § 14 PfandBG darf der Grundstückswert bei einer Beleihung zur Sicherung von Hypothekenpfandbriefen nicht mit mehr als 60 % genutzt werden. Selbst dieser Abschlag von 40 % kann im Einzelfall dem Sicherungsnehmer keine 100 %ige Befriedigung garantieren.

35 Während als vorgehende Belastungen von beweglichen Sachen und Rechten nur der Nießbrauch und das Pfandrecht in Betracht kommen, kennt das Gesetz bei Grundstücken eine erheblich größere Zahl von Belastungsarten. Daher sind Grundstücke weitaus häufiger im Voraus belastet als bewegliche Sachen und

125 Wird der Wert des Grundstücks durch Sachmängel beeinträchtigt, so hat bei entgeltlichen Sicherstellungsverträgen der Sicherungsgeber hierfür einzustehen.

126 BGH – VII ZR 431/56 – WM 1957, 1367.

127 *Lieder*, in: MünchKomm-BGB, § 1113 Rn. 109.

Rechte; der Sicherungsnehmer sollte niemals unterlassen, vor Abschluss des Sicherstellungsvertrages die Belastungen und etwaige bisher unerledigte Eintragungsanträge im Einzelnen durch Einsichtnahme im Grundbuch und Grundakten festzustellen, da er sonst zu einer ausreichenden Bewertung seiner Sicherheiten nicht in der Lage ist. Die Einrichtung des Grundbuchs „ist wesentlich dazu bestimmt, Klarheit über den dinglichen Rechtszustand am Grundstück zu schaffen und dem Realkredit als Unterlage zu dienen, und ist auch derart ausgestaltet, dass sie dies kann. Im Sinne dieser Einrichtung ist daher jeder, der am Grundbuchverkehr teilnehmen will, gehalten, sich durch Einsicht des Grundbuchs die Erkenntnisquellen zu erschließen, die ihm eine zuverlässige Beurteilung des dinglichen Rechtszustandes ermöglichen“[128]. Damit es seinen Zweck erfüllen kann, genießt das Grundbuch öffentlichen Glauben, indem zugunsten des gutgläubigen Erwerbers eines Rechts am Grundstück oder eines Rechts an einem solchen Recht die Richtigkeit des Grundbuchinhalts einschließlich der Bestandsangaben[129] fingiert wird; mit anderen Worten, nicht die wirkliche Rechtslage, sondern umgekehrt der, auch unrichtige oder unvollständige, Buchungsstand entscheidet: eingetragene Rechte gelten als mit dem buchmäßigen Inhalt und Rang bestehend, nicht eingetragene als nicht bestehend. Die Einsichtnahme, die bei der Eintragungsfülle und der daraus folgenden Unübersichtlichkeit mancher Grundbücher sachkundige Hilfe erforderlich machen kann, vermag zwar die nicht eintragungsfähigen, mithin „unsichtbaren“ Rechte Dritter, insbesondere die aus den Verfügungsbeschränkungen des gesetzlichen Vertreters oder Ehegatten resultierenden, nicht festzustellen, wohl aber (mit den sich aus dem öffentlichen Glauben ergebenden Einschränkungen) die nachstehend aufgeführten wesentlich mitbestimmten Belastungen, einschließlich derjenigen Eintragungen, welche eine künftige Belastung vorbereiten oder ihr entgegenstehen:

aa) Dingliche Rechte am Grundstück

36 In der Zwangsversteigerung setzen sich die dinglichen Rechte, soweit sie durch den Zuschlag erlöschen, als Recht am Versteigerungserlös fort. Dabei werden diejenigen von ihnen, die nicht auf Zahlung eines Kapitals gerichtet sind, in Höhe ihres mehr oder weniger schwer zu ermittelnden Wertes am Erlös beteiligt (§§ 92, 121 ZVG). Entscheidend für die Bewertung ist in erster Linie der Inhalt des Rechtes. Der Wert ist, wenn er nicht aus dem Grundbuch feststellbar ist wie z. B. durch die Ablösungssumme bei der Reallast oder Rentenschuld, vom Berechtigten zur Berücksichtigung im Teilungsplan anzumelden, ggf. mit einem von vornherein grundbuchlich festgelegten Höchstbetrag (§ 882 BGB); wer mit der Bewertung nicht einverstanden ist, muss Widerspruch gegen den Teilungsplan erheben. Die häufigsten und wichtigsten der dinglichen Rechte am Grundstück sind folgende:

128 RGZ 143, 165.
129 RGZ 73, 125.

aaa) Öffentliche Lasten

37 Die öffentlichen Lasten (vgl. § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG) des Grundstücks (s. Rn. 23) sind im Range vor jeder grundbuchlichen Sicherheit zu befriedigen und daher bei der Beurteilung der Beleihungsfähigkeit in ihrer ziffernmäßigen Höhe, die ggf. aus einer behördlichen Bescheinigung zu ersehen ist, einzusetzen. Auf die öffentlichen Lasten muss umso mehr geachtet werden, als sie in ihrer großen Mehrzahl aus dem Grundbuch nicht ersichtlich sind (§ 54 GBO). Wegen der unsichtbaren gesetzlichen Vorkaufsrechte (s. Rn. 44). Ein wertminderndes Risiko kann sich aus der ordnungsrechtlichen Haftung des Sicherungsnehmers ergeben, z. B. wenn die Bank Zustandsstörer ist oder Risiken aus dem BBodSchG gegeben sind.

bbb) Erbbaurecht

38 Das Erbbaurecht[130] ist das veräußerliche und vererbliche Recht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben (§ 1 ErbbauRG). Das aufgrund des Erbbaurechts errichtete, aber auch das bei Bestellung des Erbbaurechts schon vorhandene Bauwerk gilt als wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts, nicht des Grundstücks; infolgedessen erlischt mit der Begründung des Erbbaurechts die frühere Haftung des Bauwerks für die Belastung des Grundstücks (§ 12 Abs. 1 ErbbauRG). Bei der Bestellung eines Erbbaurechts müssen die dingliche Einigung und die Grundbucheintragung deutlich machen, wie die Bebauung des Grundstücks beschaffen sein soll. Ausreichend ist, wenn die Errichtung von Bauwerken nach Festsetzung eines künftigen Bebauungsplanes gestattet ist[131]. Die Bestellung des Erbbaurechts kann nur zur ersten Rangstelle erfolgen, setzt also die Einräumung des Vorrangs seitens bereits bestehender Grundstücksbelastungen voraus; eine Änderung des Ranges ist ausgeschlossen (§ 10 ErbbauRG). Das Erbbaurecht mindert die Beleihungsfähigkeit des Grundstücks, weil es einer angemessenen Verwertung des Grundstücks entgegensteht, denn als Bauwerk im Rahmen des Erbbaurechts kommen hauptsächlich Wohnhäuser oder gewerbliche Anlagen in Betracht, die der Ersteher dulden muss, da in der Zwangsversteigerung das Erbbaurecht auch dann bestehen bleibt, wenn es nicht ins geringste Gebot fällt (§ 25 ErbbauRG). Wird das Erbbaurecht selbst belastet, was nach § 15 Rn. 12 zumal durch Bestellung von Grundpfandrechten möglich, aber von der Belastung des Grundstücks scharf zu trennen ist[132], so ist hierzu fast immer die Zustimmung des Grundstückseigentümers erforderlich. Unter Umständen besteht aber ein – auch pfändbarer – Zustimmungsanspruch[133]. Auch muss der Grundpfandgläubiger mit dem Vorrang einer Reallast zugunsten des Grundstückseigentümers rechnen, welche die Gegenleistung für die Bestellung des Erbbaurechts (den Erbbauzins) darstellt. Das Grundpfandrecht setzt sich im Fall des Erlöschens des Erbbaurechts durch Zeitablauf an dem Entschädigungsanspruch fort, der dem Erbbauberechtigten in diesem Fall gegen den Grundstückseigentümer erwächst, weswegen die aus dem Erbbauvertrag

130 *Epp*, in: BHB § 73, Rn. 32 ff.
131 BGH – V ZR 183/93 – NJW 1994, 2024.
132 OLG Hamm – 15 W 229/69 – NJW 1969, 2052.
133 BGH – V ZB 8/59 – NJW 1960, 2093.

ersichtliche Höhe dieser Entschädigung für den Grundpfandgläubiger von Interesse ist (§ 27 ErbbauRG). Dagegen wird beim Heimfall des Erbbaurechts, also bei dessen Übertragung auf den Grundstückseigentümer, zu welcher der Erbbauberechtigte vertraglich unter bestimmten Umständen, insbesondere bei Verletzung seiner Obliegenheiten, verpflichtet sein kann, das Erbbaurecht zum Eigentümererbbaurecht, an welchem die das Erbbaurecht belastenden Grundpfandrechte fortbestehen (§ 33 ErbbauRG).

ccc) Dienstbarkeiten

Die Dienstbarkeiten sind Rechte auf eine inhaltlich oder zeitlich beschränkte Nutzung des Grundstücks. Für den Fall, dass sie durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung erlöschen, kommt es gelegentlich zwischen dem Berechtigten und einem nachrangigen Grundpfandgläubiger zu einer Vereinbarung, wonach der Berechtigte sich verpflichtet, sein Recht nur mit einem geringfügigen, in der Vereinbarung festgesetzten Wert anzumelden, während er anderen Beteiligten gegenüber den vollen Wert der Dienstbarkeit geltend machen kann. Dagegen wird von der nach Rn. 37 möglichen Bestimmung eines Höchstbetrages des Wertansatzes wenig Gebrauch gemacht. Zu den Dienstbarkeiten gehören: *39*

– Grunddienstbarkeit *40*

Die Grunddienstbarkeit ist das Recht des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks, das belastete Grundstück in einzelner Beziehung zu benutzen oder die Vornahme gewisser Handlungen oder die Ausübung gewisser Nachbarrechte auf dem belasteten Grundstück auszuschließen (§ 1018 BGB). Bei ihr richtet es sich nach ihrem Inhalt, ob sie die Verwertungsfähigkeit und damit die Beleihungsfähigkeit des Grundstücks mindert. Regelmäßig wird dies nicht der Fall sein, z. B. bei einem Wegerecht oder Fensterrecht. Doch kann eine Grunddienstbarkeit auch mit dem Inhalt bestehen, dass etwa eine bestimmte Bebauung des Grundstücks oder die Ausübung eines bestimmten Gewerbes auf ihm verboten ist. Dann wird das Grundstück schwerer zu veräußern sein. Fällt bei der Zwangsversteigerung die Grunddienstbarkeit nicht ins geringste Gebot, so tritt an ihre Stelle der Anspruch auf Ersatz ihres Wertes (s. Rn. 36). Bei der Bewertung kommt es auf den Nutzen an, den der Berechtigte von seinem Recht hat. So kann ein Fenster- oder Wegerecht wertmäßig unbedeutend sein, während ein Bebauungsverbot, ein Konkurrenzverbot oder ein Tankstellenrecht schwerer wiegt.

– Nießbrauch *41*

Der Nießbrauch ist das an einem fremden Gegenstand bestehende Recht, die Nutzungen dieses Gegenstandes zu ziehen (§ 1030 BGB). Er macht im Allgemeinen ein Grundstück unverwertbar, da er den Ersteher von der Nutzung des Grundstücks ausschließt. Allerdings kann hier das Alter des Nießbrauchers eine Rolle spielen, denn der Nießbrauch ist weder vererblich noch übertragbar, sodass er spätestens mit dem Tode des Nießbrauchers erlischt (§ 1061 BGB). Fällt der Nießbrauch bei der Zwangsversteigerung nicht ins geringste Gebot, so tritt

an seine Stelle eine aus dem Versteigerungserlös zu entnehmende Geldrente, die dem in der Anmeldung zu beziffernden Jahreswert des Nießbrauchs gleichkommt und deren „Deckungskapital" mit der Summe aller voraussichtlichen künftigen Leistungen bis höchstens zum 25-fachen Betrage einer Jahresleistung in den Teilungsplan aufgenommen wird §§ 92 Abs. 2, 121 Abs. 1 ZVG. Der Sicherungsnießbrauch wird nicht berücksichtigt, wenn die gesicherte Forderung anderweitig Deckung findet.

42 **– Beschränkt persönliche Dienstbarkeit**

Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist das Recht einer bestimmten Person, das belastete Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen oder in Ansehung des Grundstücks die Befugnisse auszuüben, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit (s. Rn. 40) bilden können (§ 1090 BGB), z. B. ein Wegerecht, Weiderecht, Tankstellenrecht, das Recht, bestimmte gewerbliche Betriebe oder Bauten über eine bestimmte Höhe hinaus zu untersagen, ein Bergschädenverzicht u. a. m. Bei ihr richtet es sich nach ihrem Inhalt, ob sie die Verwertungsfähigkeit und damit die Beleihungsfähigkeit des Grundstücks mindert. Besteht die Dienstbarkeit etwa in einem Wohnungsrecht, wie man es in bäuerlichen Kreisen häufig findet (vgl. § 1093 BGB), dann kann sie die Tauglichkeit des Grundstücks zu Sicherungszwecken empfindlich beeinträchtigen. Fällt sie bei der Zwangsversteigerung nicht ins geringste Gebot, so tritt an ihre Stelle eine aus dem Versteigerungserlös zu entnehmende Geldrente, deren Annuität dem in der Anmeldung zu beziffernden Jahreswert der Dienstbarkeit gleichkommt und deren „Deckungskapital" mit der Summe aller voraussichtlichen künftigen Leistungen bis äußerstens zum 25-fachen Betrage einer Jahresleistung in den Teilungsplan aufgenommen wird. Im Übrigen spielt hier das Alter des Berechtigten eine Rolle, denn die Dienstbarkeit ist weder vererblich noch übertragbar, sodass sie spätestens mit dem Tod des Berechtigten erlischt.

43 **– Dauerwohnrecht (Dauernutzungsrecht)**

Das Dauerwohnrecht (Dauernutzungsrecht) ist das Recht, unter Ausschluss des Eigentümers in einem auf dem Grundstück errichteten oder zu errichtenden Gebäude eine bestimmte Wohnung zu bewohnen oder diese oder nicht zu Wohnzwecken dienende bestimmte Räume in anderer Weise zu nutzen (§ 31 WEG). Es hat Ähnlichkeit mit dem zu Rn. 42 erwähnten Wohnungsrecht, ist aber veräußerlich und vererblich. Für die im Range nachgehenden Gläubiger gefährdet es den Erfolg einer Zwangsversteigerung erheblich, unter Umständen, d. h. wenn das Bestehenbleiben des Rechts vereinbart ist, sogar auch für diejenigen vorgehenden oder gleichstehenden Gläubiger, welche ausnahmsweise jener einer Rangverschiebung gleichkommenden Vereinbarung zugestimmt haben (Bestandsschutzvereinbarung, § 39 WEG). Im Übrigen tritt, wenn das Dauerwohnrecht nicht ins geringste Gebot fällt, an seine Stelle der Anspruch auf Wertersatz.

ddd) Vorkaufsrecht, Wiederkaufsrecht

44 Das dingliche Vorkaufsrecht (§ 1094 BGB) erlischt in der Regel bei der Zwangsversteigerung. Nur wenn es für mehrere Verkaufsfälle bestellt ist und der Ersteher es im geringsten Gebot übernehmen muss, wirkt es auch gegen ihn, d. h. es bleibt für künftige Verkaufsfälle bestehen. Steht es außerhalb des geringsten Gebots, so ist dem Berechtigten der – freilich sehr schwer zu bestimmende – Wert aus dem Versteigerungserlös zu ersetzen. Sobald durch Abschluss eines rechtsgültigen Kaufvertrages der Vorkaufsfall eingetreten ist, wirkt das Vorkaufsrecht wie eine Auflassungsvormerkung (§ 1098 Abs. 2 BGB)[134]. Der Vormerkungsschutz beginnt also nicht schon mit der Begründung des Vorkaufsrechts, sondern erst, wenn es zufolge des Eintritts des Vorkaufsfalles, d. h. durch Abschluss des das Vorkaufsrecht auslösenden Kaufvertrages, ausübbar geworden ist, worüber sich der Sicherungsnehmer vergewissern muss. Bis dahin erfolgte Belastungen des Grundstücks bleiben auch dem Vorkaufsberechtigten gegenüber wirksam. Darüber hinaus kann der Berechtigte das Vorkaufsrecht nicht ausüben, wenn er sich verpflichtet hat, von ihm keinen Gebrauch zu machen[135]. Besondere Aufmerksamkeit erfordern die gesetzlichen Vorkaufsrechte, weil sie, obwohl nicht eingetragen und daher aus dem Grundbuch nicht sichtbar, ebenfalls mit der Vormerkungswirkung ausgestattet sind. Hier kommen vor allem die Vorkaufsrechte der Gemeinden nach dem Baugesetzbuch (§§ 24 ff. BauGB) in Betracht. Um hiergegen abgeschirmt zu sein, empfiehlt sich für den Grundpfandgläubiger im einzelnen Fall die Einholung der sog. Negativbescheinigung der Gemeinde, dass ihr kein Vorkaufsrecht zusteht oder von dem ihr etwa zustehenden kein Gebrauch gemacht wird, was letzteres die Gemeinde allerdings verbindlich nur erklären kann, wenn ihr pflichtgemäß der Abschluss eines Kaufvertrages mitgeteilt worden ist. Die Erklärung der Gemeinde über die Ausübung des Vorkaufsrechts ist ein Verwaltungsakt, der neben öffentlichrechtlichen Beziehungen auch private Rechte begründet[136]. Das schuldrechtliche Vorkaufsrecht (§§ 463 ff. BGB) kann sowohl bewegliche Sachen, Rechte, sowie unbewegliche Sachen erfassen, während das dingliche Vorkaufsrecht nur an unbeweglichen Sachen bestellt werden kann (§ 1094 Abs. 1 BGB). Das – oben beschriebene – dingliche Vorkaufsrecht wird als unmittelbare Belastung in das Grundbuch eingetragen (§ 873 BGB) und hat gegenüber Dritten die Wirkung einer Vormerkung (§§ 1098 Abs. 2, 883, 888 BGB). Das schuldrechtliche Vorkaufsrecht kann, wenn sich der Anspruch auf ein Grundstück bezieht, durch eine Vormerkung im Grundbuch gesichert werden.[137]

Bei Verkauf landwirtschaftlicher Grundstücke haben gemeinnützige Siedlungsunternehmer ein Vorkaufsrecht (§ 4 RSiedlG).[138] Dieses und seine Ausübung stellen keine Enteignung und keinen enteignungsgleichen Eingriff in die Rechte

134 RGZ 154, 376.

135 BGH – VIII ZR 204/59 – NJW 1961, 456.

136 OVG Münster – VII A 471/70 – NJW 1972, 1436.

137 BGH – V ZR 11/97 – WM 1997, 2307; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rn. 1441.

138 BGH – V ZR 87/65 – MDR 1966, 490; BGH – V ZR 1/73 – WM 1974, 539. Zur Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts auf Flächen, die teils landwirtschaftlich, teils forstwirtschaftlich genutzt werden: BGH – BLw 10/96 – NJW 1997, 1073.

des dinglich nicht gesicherten Grundstückskäufers dar.[139] Das Vorkaufsrecht hat keine dingliche Wirkung wie eine Vormerkung[140], da es nur mehr als schuldrechtliches ausgestaltet ist;[141] es kann auf das Recht verzichtet werden.[142]

eee) Reallast

45 Die Reallast ist die Belastung des Grundstücks, kraft deren an den Berechtigten – sei er eine bestimmte Person oder der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstücks – gewisse (regelmäßig oder unregelmäßig) wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten sind (§ 1105 BGB). Der Inhalt der Leistungen kann sehr verschieden sein, z. B. auf Zahlung eines Erbbauzinses (s. Rn. 38), auf Lieferung von Nahrungsmitteln, auf Instandhaltung einer Brücke usw. gehen, auch in der Zahlung einer Geldrente bestehen, womit die Reallast zur sog. Grundrente wird, die mit der Rentenschuld nicht verwechselt werden darf. Die Reallast kann sich für eine rangschlechtere Belastung des Grundstücks sehr nachteilig auswirken, so z. B. wenn ein umfangreiches Altenteil *(Leibgedinge)*[143], welches der leiblichen Versorgung des Berechtigten dient und zumeist mit einem Wohnungsrecht verbunden ist, Inhalt der Reallast ist. Fällt bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks die Reallast nicht ins geringste Gebot und ist von der nach Rn. 36 möglichen Bestimmung eines Höchstbetrages des Wertansatzes kein Gebrauch gemacht, so tritt an ihre Stelle, falls sie von unbestimmter Dauer ist, eine aus dem Versteigerungserlös zu entnehmende Geldrente, die dem in der Anmeldung zu beziffernden Jahreswert der Reallast gleichkommt und deren „Deckungskapital" mit der Summe aller voraussichtlichen künftigen Leistungen bis höchstens zum 25-fachen Betrage einer Jahresleistung in den Teilungsplan aufgenommen wird (§§ 92 Abs. 2, 121 Abs. 1 ZVG); ist die Reallast von bestimmter Dauer, tritt an ihre Stelle der Anspruch auf ihren Kapitalwert, der sich aus der Summe der bis zur Beendigung der Reallast zu erbringenden Einzelleistung ergibt (§ 92 Abs. 1 ZVG). Sofern die Reallast ablösbar ist, wird sie, wenn sie außerhalb des geringsten Gebots steht, stets mit der Ablösungssumme im Teilungsplan berücksichtigt. Eine Ausnahme macht das schon oben erwähnte Altenteil. Es bleibt grundsätzlich auch dann bestehen, wenn es nicht ins geringste Gebot fällt; doch kann der Gläubiger eines vorgehenden oder gleichstehenden Rechts verlangen, dass das Erlöschen des Altenteils als besondere Versteigerungsbedingung (§ 59 ZVG) bestimmt wird, sodass es zu einem Doppelausgebot kommt (§ 9 EGZVG, Art. 6 AGZVG).

fff) Grundpfandrecht

46 Die Grundpfandrechte – Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld (§§ 1113, 1191, 1199 BGB) – sind bei der Beurteilung der Beleihungsfähigkeit des Grundstücks ohne Rücksicht auf den Betrag der gesicherten Forderung in ihrer ziffernmäßi-

139 OLG Stuttgart – 2 U 94/21 – AgrarR 72, 180.
140 KG DNotZ 1962, 555; *Herrler*, in: Grüneberg, Überblick vor § 1094, Rn. 4.
141 *Jansen*, FGG, 2. Aufl. 1971, § 20 BeurkG Rn. 4; *Westermann*, in: MünchKomm-BGB, § 1094, Rn. 2.
142 *Reetz*, in NK-BGB, § 1094 Rn. 50; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rn. 4173.
143 BGH – V ZR 91/61 – NJW 1962, 2249; BGH – XII ZR 95/89 – NJW-RR 1990, 1283.

gen Höhe einzusetzen, wobei zu beachten ist, dass sie bei der Zwangsversteigerung wegen der Rückstände wiederkehrender Leistungen nur beschränkt, aber dennoch mit manchmal beachtlichen Beträgen zum Zuge kommen. Ein zur Eigentümergrundschuld gewordenes Grundpfandrecht braucht derjenige nicht zu bewerten, zu dessen Gunsten eine Löschungsvormerkung bei dem Grundpfandrecht eingetragen bzw. gesetzlich gegeben ist. Fällt eine Rentenschuld nicht ins geringste Gebot, so ist sie mit ihrer Ablösungssumme in den Teilungsplan aufzunehmen.

bb) Vorläufige Eintragungen

Vorläufige Eintragungen sind insbesondere diejenigen, welche eine künftige endgültige Eintragung oder eine Grundbuchberichtigung zu sichern bestimmt sind und, soweit sie hier interessieren, bereits bestehende, jedoch z. Z. nicht eingetragene dingliche Rechte oder aber den Anspruch auf Bestellung eines dinglichen Rechts schützen. Hierher gehören: *47*

aaa) Vormerkung

Vormerkungen sind Eintragungen, welche eine Änderung der dinglichen Rechtslage vorbereiten, indem sie verlautbaren, dass der Berechtigte einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Eigentümer des Grundstücks oder den Inhaber eines das Grundstück belastenden Rechts auf Übertragung, Belastung, inhaltliche Änderung oder Aufhebung des Eigentums oder des Rechts, z. B. aufgrund eines Vorvertrages den Anspruch auf Eintragung oder Abtretung einer bestimmten Hypothek, hat (§ 883 BGB). Die Vormerkung ist zwar kein dingliches Recht am Grundstück, verleiht aber dennoch dem geschützten Recht in gewissem, zumal den Interessen des Realkredits dienenden Umfang Wirkungen, die einer dinglichen ähnlich sind[144]. Insbesondere wahrt sie dem geschützten Recht denjenigen Rang, der ihm zugekommen wäre, wenn es bereits zur Zeit der Eintragung der Vormerkung eingetragen worden wäre (§ 883 Abs. 3 BGB). Entsprechend § 401 BGB geht sie auf den Zessionar des vorgemerkten Anspruchs über[145]. Sie ist von großer Tragweite und sichert die Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs in dem Sinn, dass irgendwelche Ereignisse in der Zukunft, soweit sie den Anspruch des Vorgemerkten beeinträchtigen könnten, ihm gegenüber keine Wirkung haben, mag es sich bei dem künftigen Ereignis um eine spätere Verfügung des Anspruchsgegners über das Grundstück oder das Recht am Grundstück – die Vormerkung sperrt das Grundbuch nicht – oder um eine Zwangsvollstreckung von dritter Seite handeln. Das bedeutet: Der Vormerkungsgläubiger hat gegen den Vormerkungsschuldner den Anspruch auf Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs und gegen denjenigen, der vormerkungswidrig ein Recht am Grundstück erworben hat, den „Hilfsanspruch" auf Zustimmung hierzu (§ 888 BGB). Daher begnügen sich die Parteien, welche die grundbuchliche Sicherung einer Forderung anstreben, manchmal mit der Vormerkung des Anspruchs auf Bestellung einer Hypothek oder Grundschuld, zumal *48*

144 BGH – VIII ZR 204/59 – NJW 1961, 456.
145 *Krause*, in: NK-BGB, § 883 Rn. 121.

die Eintragung der bloßen Vormerkung weniger Kosten verursacht als die Eintragung des Grundpfandrechts selbst. Der Einfluss der Vormerkung auf die Beleihungsfähigkeit des Grundstücks richtet sich nach dem Inhalt der Vormerkung. Sichert diese einen Anspruch, welcher eine Erweiterung der Vorbelastung mit sich bringt, z. B. auf Bestellung eines Grundpfandrechts geht, so muss man diese Erweiterung so in Rechnung stellen, als wäre sie bereits eingetreten. Dem entspricht es, dass vorgemerkte Rechte im geringsten Gebot wie eingetragene Rechte berücksichtigt werden und dass sie bei der Verteilung des Versteigerungserlöses wie bedingte Rechte zum Zuge kommen, und zwar kraft einer Vormerkung auf Eintragung oder Übertragung eines Rechts wie aufschiebend bedingt, kraft einer Vormerkung auf Aufhebung oder Änderung eines Rechts wie auflösend bedingte (§§ 48, 119, 120 ZVG). Sichert die Vormerkung den Anspruch auf Übereignung des Grundstücks (Auflassungsvormerkung), so ist es zur Beleihung genauso ungeeignet wie ein dem Sicherungsgeber nicht gehörendes Grundstück.

Im Insolvenzverfahren gibt die im Grundbuch eingetragene Vormerkung einen Anspruch auf Befriedigung aus der Insolvenzmasse (§ 106 Abs. 1 InsO). Eine Eigentümergrundschuld, die vor Entstehen der Vormerkung wirksam begründet worden ist, kann aber auch nach einer späteren Auflassungsvormerkung vollwirksam abgetreten werden[146], obwohl sie dadurch Fremdgrundschuld wird und deshalb die für die Eigentümergrundschuld geltenden beiden gesetzlichen Beschränkungen Vollstreckungsausschluss und Unverzinslichkeit (§ 1197 BGB) wegfallen. Die Auflassungsvormerkung wirkt, wenn sie ins geringste Gebot fällt[147], auch gegenüber dem Ersteher. Fällt sie aber nicht ins geringste Gebot, so erlangt der Vormerkungsberechtigte einen bedingten Anspruch auf denjenigen Teil des Versteigerungserlöses, der nach Befriedigung der seiner Vormerkung vorgehenden Rechte verbleibt. „Diesen Erlös braucht er nicht mit Berechtigten zu teilen, deren Rechte ihm nachgehen und ihm gegenüber unwirksam sind." Es muss hiernach das Bestreben des Sicherungsnehmers sein, sich den Vorrang einräumen zu lassen, wenn er auf die grundbuchliche Sicherung nicht verzichten kann.

bbb) Widerspruch

49 Widersprüche sind Eintragungen, welche eine Änderung des Grundbuchtextes vorbereiten, weil er unrichtig ist und mit der wahren Rechtslage nicht im Einklang steht (§§ 894, 899 BGB). Dann kann der Beteiligte auf seine Kosten (§ 897 BGB) die Berichtigung des Grundbuchs betreiben, sei es, dass er denjenigen, dessen angebliches Recht durch die Berichtigung beeinträchtigt wird, auf Zustimmung zur Berichtigung belangt oder dass er dem Grundbuchamt die Unrichtigkeit des Grundbuchs durch öffentliche Urkunden nachweist Bis zur Durchführung des Berichtigungsverfahrens kann er zugleich die aus dem Schutz des guten Glaubens drohenden Gefahren durch Eintragung eines Widerspruchs ausschließen (§§ 894–899 BGB, 22 Abs. 1 GBO). Voraussetzung ist, dass

146 BGH – V ZR 24/74 – WM 1975, 756.
147 BGH – V ZR 11/64 – NJW 1967, 566.

der Widerstreit zwischen Sein und Schein, zwischen dem Buchungsstand und der wirklichen Rechtslage, nicht bereits im Sinne des Schutzes des guten Glaubens gelöst ist. Ob ein Widerspruch die Beleihungsfähigkeit des Grundstücks mindert, bestimmt sich nach seinem Inhalt. Richtet sich etwa der Widerspruch gegen die Eintragung des Sicherungsgebers als Eigentümer, so kann sich der Sicherungsnehmer später nicht auf seinen guten Glauben an dessen Eigentum berufen und daher ein Grundpfandrecht nicht kraft guten Glaubens erwerben. Das gleiche gilt von dem Widerspruch gegen die Löschung einer vorgehenden Belastung. Dem entspricht es, dass ein Widerspruch, wenn er ein Recht sichert, welches, falls eingetragen, eine selbstständige Belastung des Grundstücks ergeben würde, zur Berücksichtigung dieses Rechts im geringsten Gebot führt. Auf der anderen Seite hindert der Widerspruch gegen ein Recht, welches nicht ins geringste Gebot fällt, die Berücksichtigung des Rechts als eines auflösend bedingten bei der Verteilung des Versteigerungserlöses nicht, während ein nicht (mehr) eingetragenes Recht kraft des Widerspruchs gegen seine Nichteintragung oder Löschung als aufschiebend an der Verteilung teilnimmt (§§ 119, 120 ZVG).

ccc) Verfügungsbeschränkung

Verfügungsbeschränkungen bezwecken den Schutz bestimmter Personen. Sie haben im Rechtssinn keinen grundbuchmäßigen Rang (§ 883 Abs. 3 BGB ist unanwendbar), sind aber für den Sicherungsnehmer dann beachtlich, wenn sie ihrem Inhalt nach der Bestellung der Sicherheit entgegenstehen und dem Sicherungsnehmer gegenüber wirksam sind. Ist ein relatives Verfügungsverbot eingetragen, so kann der Verbotgeschützte jederzeit die Aufhebung der verbotswidrig bestellten Sicherheit in gleicher Weise wie die Beseitigung eines vormerkungswidrig erworbenen Rechts erzwingen (§ 888 Abs. 2 BGB)[148]. Zur Eintragung des Sicherungsrechts kommt es aber überhaupt nicht, wenn die voreingetragene Verfügungsbeschränkung das Grundbuch „sperrt", und allgemein ist, wo das Gesetz den guten Glauben des Sicherungsnehmers an die Verfügungsfreiheit des Sicherungsgebers schützt, dieser Schutz ausgeschlossen, sobald die Verfügungsbeschränkung des Sicherungsgebers im Grundbuch ersichtlich gemacht ist (§ 892 Abs. 1 S. 3 BGB). Hervorgehoben seien in diesem Zusammenhang folgende Grundbuchvermerke: *50*

– Insolvenzvermerk *51*

Der Insolvenzvermerk wird von Amts wegen eingetragen, sobald das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Grundstückseigentümers eröffnet worden ist (§ 32 InsO). Der Vermerk sperrt das Grundbuch gegen alle der Insolvenzeröffnung folgenden Verfügungen des (Insolvenz-)Schuldners[149] und weist die Massezugehörigkeit des Grundstücks bzw. diesbezüglicher Rechte nach. Belastungen sind nur noch unter Mitwirkung des Insolvenzverwalters möglich. Gleiches

148 *Kohler,* in: MünchKomm-BGB, § 888 Rn. 28.
149 *Holzer,* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 32 Rn. 19.

gilt bei Erlass einer Verfügungsbeschränkung im Eröffnungsverfahren bei Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters (§ 23 Abs. 3 InsO).

52 **– Nacherbenvermerk**

Der Nacherbenvermerk wird von Amts wegen eingetragen, wenn sich der Vorerbe als Eigentümer eintragen lässt (§ 51 GBO), und schützt, obwohl er das Grundbuch nicht sperrt, den Nacherben gegen Verfügungen des Vorerben zugunsten gutgläubiger Dritter (§ 2113 Abs. 3 BGB)[150]. Eine dem Nacherben gegenüber wirksame Verfügung des Vorerben wird als solche durch einen sog. Wirksamkeitsvermerk im Grundbuch kenntlich gemacht[151].

53 **– Testamentsvollstreckervermerk**

Der Testamentsvollstreckervermerk wird von Amts wegen eingetragen, wenn der Erbe sich als Eigentümer eintragen lässt (§ 52 GBO) und sperrt das Grundbuch gegen spätere Verfügungen des Erben.

54 **– Nachlassverwaltervermerk**

Der Nachlassverwaltervermerk wird auf Antrag des Nachlassverwalters eingetragen und sperrt das Grundbuch insofern, als nach Eintragung des Vermerks Verfügungen des Erben nicht mehr vollzogen werden.

55 **– Zwangsversteigerungs-, Zwangsverwaltungsvermerk**

Der Zwangsversteigerungs- und/oder Zwangsverwaltungsvermerk wird von Amts wegen eingetragen, sobald die Zwangsversteigerung (s. § 5 Rn. 20ff.) oder die Zwangsverwaltung (s. § 5 Rn. 26ff.) des Grundstücks angeordnet ist (§§ 19, 22, 23, 146 ZVG). Der Vermerk sperrt das Grundbuch nicht, doch sind Verfügungen des Eigentümers, die nach Eintragung des Vermerks erfolgen, dem betreibenden Gläubiger gegenüber unwirksam. In der Verfügung über Rechte am Grundstück wird der Eigentümer jedoch nicht beschränkt; die Valutierung einer eingetragenen Hypothek oder die Abtretung einer Eigentümergrundschuld ist also trotz des Vermerks wirksam.

56 **– Pfandvermerk bei verpfändetem Erbanteil**

Der Pfandvermerk im Falle der Verpfändung von Erbanteilen sperrt das Grundbuch, dessen Berichtigung er dient, gegen spätere Verfügungen der Erbengemeinschaft[152]. Wenn aber ein Testamentsvollstrecker das Grundstück wirksam veräußert, woran er durch die Erbteilsverpfändung nicht gehindert ist, wird der Pfandvermerk bedeutungslos und erstreckt sich das Pfandrecht auf den Erlös (§ 2041 BGB).

150 *Zeiser*, in: BeckOK-GBO, § 51 Rn. 1.
151 KG JW 1933, 2708.
152 RGZ 90, 232.

– Heimstättenvermerk *57*

Das Reichsheimstättengesetz vom 25. 11. 1937 ist durch das Aufhebungsgesetz vom 17. 6. 1993 (BGBl. I 912) aufgehoben worden. Gemäß Übergangsrecht erloschen die vor dem 1. 10. 1993 eingetragenen Grundpfandrechte abweichend von § 1163 Abs. 1 S. 2 BGB unbefristet (AufhebungsG Art. 6 § 1 Abs. 2).[153]

– Sanierungsvermerk *57a*

Städtebauliche Sanierungsmaßnahmen sind Maßnahmen, durch die ein Gebiet zur Behebung städtebaulicher Missstände wesentlich verbessert oder umgestaltet werden soll (§§ 136 ff. BauGB). Die Gemeinde beschließt die förmliche Festlegung des Sanierungsgebiets als Satzung (Sanierungssatzung), teilt dem Grundbuchamt die rechtsverbindliche Sanierungssatzung mit und hat hierbei die von dieser Satzung betroffenen Grundstücke einzeln aufzuführen (§§ 142, 143 BauGB – Ausnahme nach § 142 Abs. 4 BauGB im vereinfachten Sanierungsverfahren möglich). Das Grundbuchamt hat in die Grundbücher dieser Grundstücke in Abt. II einzutragen, dass eine Sanierung durchgeführt wird (Sanierungsvermerk, § 143 Abs. 2 S. 1 BauGB).

Im förmlich festgelegten Sanierungsgebiet bedürfen bestimmte Vorhaben und Rechtsvorgänge sodann der schriftlichen Genehmigung der Gemeinde (§ 144 BauGB). Hierzu gehören etwa die rechtsgeschäftliche Veräußerung eines Grundstücks, die Bestellung eines das Grundstück belastenden Rechts oder auch nur der Abschluss eines schuldrechtlichen Vertrags, durch den eine Verpflichtung zu den genannten Rechtsgeschäft begründet wird. Ohne Vorlage der Genehmigung (oder eines Negativtestats, wenn eine Ausnahme von der Genehmigungspflicht vorliegt (Neubebauung, Modernisierung)), darf das Grundbuchamt eine genehmigungsbedürftige Grundschuld nicht eintragen.[154]

cc) Rangordnung

Abgesehen von den öffentlichen Lasten des Grundstücks haben die das Grund- *58*
stück belastenden Rechte eine Rangordnung, nach der sich letztlich der Sicherungswert eines Grundpfandrechts bestimmt und die wegen ihrer wirtschaftlichen Bedeutung nicht selten von entscheidendem Einfluss auf das Zustandekommen des Kreditgeschäfts ist. Häufig ist der Rang Gegenstand ausdrücklicher Vereinbarung (§ 879 Abs. 3 BGB). Ist die Eintragung eines Grundpfandrechts an „bereitester" Stelle ausbedungen, so ist in der Regel die im Zeitpunkt der Vereinbarung bei Berücksichtigung der bisherigen Belastungen und nach den gesetzlichen Vorschriften als nächste infrage kommende Rangstelle gemeint; unter besonderen Umständen kann aber auch ein anderer Zeitpunkt dem Parteiwillen entsprechen. Die Erstrangigkeit kann, so für die „Deckungshypotheken" der Pfandbriefbanken (§ 14 PfandBG), gesetzlich vorgeschrieben sein.

Die Rangordnung selbst hat das Gesetz auf die Einrichtung des Grundbuchs *59*
abgestellt. Sind nämlich mehrere Rechte in derselben Abteilung des Grund-

153 *Herrler*, in: Grüneberg, Überblick vor § 873 Rn. 5.
154 *Mitschang*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 145 Rn 14.

buchblattes eingetragen, so entscheidet – ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Einigung – über den Rang dieser Rechte untereinander die räumliche Reihenfolge der Eintragungen, genauer, die Folge nach der Eintragungszeit, und zwar auch bei einer etwa abweichenden Datierung der Eintragung. Das Gesetz hat deshalb dafür gesorgt, dass sich grundsätzlich die Reihenfolge der Eintragungen mit der Zeitfolge der Eintragungsanträge deckt. Sind diese gleichzeitig gestellt, wird vermerkt, dass die Eintragungen gleichen Rang haben[155]. Sind dagegen die Rechte in verschiedenen Abteilungen des Grundbuchblattes eingetragen, so entscheidet die Reihenfolge der Eintragungsdaten (vgl. hierzu § 44 GBO). Soll die dingliche Rangfolge eine andere sein als vorstehend angegeben, so muss dies ausdrücklich im Grundbuch vermerkt sein (§ 879 Abs. 3 BGB); eine nur schuldrechtliche Vereinbarung der Parteien genügt nicht. Hiernach hat eine unter einer späteren laufenden Nummer eingetragene Grundschuld den Rang hinter einer unter früherer Nummer eingetragenen Hypothek, selbst wenn die Grundschuld irrtümlich unter einem Datum eingetragen worden wäre, welches vor dem Eintragungsdatum der Hypothek liegt; im Verhältnis zu einer Grunddienstbarkeit dagegen kommt es darauf an, ob die Grunddienstbarkeit oder ob die Grundschuld unter einem früheren Datum eingetragen worden ist. Die Vorrangseinräumung kann mit nur schuldrechtlicher Wirkung dahin vereinbart werden, dass der Vorberechtigte im Fall einer Verwertung des Grundstücks die Befriedigung des Sicherungsnehmers aus dem Verwertungserlös im Range vor der eigenen Befriedigung zu dulden verpflichtet ist.

60 Weitaus üblicher ist jedoch die Vorrangseinräumung mit dinglicher Wirkung, welche durch den im Grundbuchrecht geltenden Grundsatz der festen Rangstellen ermöglicht wird. Der Inhaber des vorgehenden Rechts kann also mit dinglicher Wirkung ganz oder zum Teil[156] im Range hinter den Sicherungsnehmer zurücktreten, d. h. „es wird so angesehen, als ob an der Stelle, an der das zurücktretende Recht eingetragen ist, das vortretende Recht bis zum vollen Betrage des zurücktretenden Rechts eingetragen wäre". Erforderlich ist hierzu die Einigung zwischen dem Vorberechtigten und dem Sicherungsnehmer, die Zustimmung desjenigen, zu dessen Gunsten das zurücktretende Recht etwa belastet ist, ferner, wenn das zurücktretende Recht ein Grundpfandrecht ist, die Zustimmung des Grundstückseigentümers und schließlich die Eintragung der Rangänderung im Grundbuch, der sog. Rangvermerk (§§ 880, 876 BGB).

61 Der häufige Fall, dass der Gläubiger einer sicherungshalber bestellten Grundschuld im Rang zurücktritt und sonach nur eine in ihrer Bonität geminderte Grundschuld zurückgewähren kann, hat eben wegen der Zustimmung des Eigentümers keine sonstigen nachteiligen Folgen für den Gläubiger, sofern der Eigentümer rückgewährberechtigt ist; steht aber der Rückgewähranspruch einem Dritten zu und weiß dies der Gläubiger, so bedarf er zum Rangrücktritt auch noch dessen Zustimmung. Die Rangänderung kann auch da vereinbart

155 BGHZ 21, 98.

156 Ein teilweiser Rangrücktritt kommt vor, wenn die Vorrangeinräumung nur für den valutierten Teil der zurücktretenden Kaufgeldhypothek gelten soll, doch muss solche Einschränkung der Vorrangeinräumung klar und unzweideutig vereinbart werden (BGH – V ZR 10/71 – NJW 1973, 846).

werden, wo ein erst einzutragendes Recht den Vorrang vor einem bereits eingetragenen erhalten[157] oder von der Valutierung des vortretenden Rechts abhängig gemacht werden soll. Räumt ein Grundpfandgläubiger einer Bauhypothek ohne ausdrückliche Einschränkung den Vorrang ein, so erstreckt sich dieser mangels klarer gegenteiliger Verlautbarung auch auf die Eigentümergrundschuld, die bis zur Valutierung durch den Hypothekengläubiger besteht und vom Eigentümer an einen Zwischenfinanzier abgetreten wird[158].

62 Zwischenrechte, die den Rang zwischen dem zurücktretenden und dem vortretenden Recht haben, ziehen aus der Rangänderung weder Vorteile noch Nachteile. Ist also an erster Stelle eine Hypothek von 5.000 Euro für A, an zweiter Stelle eine Hypothek von 20.000 Euro für B und an dritter Stelle eine Grundschuld von 30.000 Euro für C eingetragen, so kann der Gläubiger A mit seiner Hypothek zwar im Rang hinter die Grundschuld des C zurücktreten, jedoch kann C den Vorrang nur in Höhe von 10.000 Euro erlangen, weil mehr als 10.000 Euro sich B in keinem Fall vorgehen zu lassen braucht. Bei einer Zwangsversteigerung des Grundstücks würde B mithin unmittelbar im Range nach dem vorgetretenen Teilbetrag von 10.000 Euro der Grundschuld des C zu befriedigen sein, und nur in Ansehung des Resterlöses, der nach Befriedigung des B noch verbleibt, kommt zufolge des Rangrücktritts des A der Gläubiger C weiterhin im Range vor diesem zum Zuge[159]. Andererseits kommt ein auf Rechtsgeschäft beruhender Wegfall der vorgetretenen Grundschuld nur dem Gläubiger der zurückgetretenen Hypothek zugute und ermöglicht nicht etwa dem zwischenberechtigten Gläubiger ein Aufrücken seines Rechts. Unabhängig davon, ob Zwischenrechte vorhanden sind oder nicht, der zurücktretende Gläubiger sollte sich in jedem Fall das spätere Wiedereinrücken in seine frühere Rangstelle dadurch sichern, dass er im Rahmen des Rangrücktritts den Eigentümer veranlasst, ihm (dem Zurücktretenden) in Bezug auf ein vortretendes Grundpfandrecht eine Löschungsvormerkung einzuräumen – sofern nicht bereits gesetzlich gegeben – und ggf. den Rückgewähranspruch abzutreten.

63 Das Gesetz (§ 881 BGB) gibt dem Grundstückseigentümer die Möglichkeit, sich schon bei der Belastung des Grundstücks mit einem Recht die – stufenweise und mehrmalig ausübbare, aber nicht übertragbare und nicht pfändbare – Befugnis vorzubehalten, ein anderes, dem Umfang und Inhalt nach bestimmtes Recht mit dem Range vor oder neben jedem Recht eintragen zu lassen. Das später eingetragene Recht erhält dann zufolge des Rangvorbehalts den Rang vor oder neben dem früher eingetragenen. Die Rechtslage ist insoweit die gleiche wie bei der Vorrangeinräumung (s. Rn. 32). Dasselbe wirtschaftliche Ergebnis, nämlich den Vorbehalt der günstigeren Rangstelle zur Sicherung künftiger Kredite, kann der Eigentümer im Einzelfall auch durch Eintragung einer Eigentümergrundschuld zu dieser Rangstelle und spätere Sicherungszession dieser Grundschuld an den Kreditgeber erreichen. Besondere Bedeutung erlangt der Rangvorbehalt in den Fällen, in denen z. B. ein Großunternehmen mehrere langfristige Gläubiger

157 RGZ 157, 24.
158 BGH – V ZR 10/71 – NJW 1973, 846.
159 Vgl. hierzu RGZ 141, 235.

gleichmäßig und ranggleich sichern will. Es wird dann die grundpfandrechtliche Sicherung der gegenwärtigen Gläubiger im allseitigen Einverständnis mit einem oder mehreren Rangvorbehalten für gleichrangige Grundpfandrechte verknüpft, welche die künftigen Gläubiger zu sichern bestimmt sind. Alle Grundpfandrechte zusammen stellen den sog. „Gleichrangrahmen" dar; sein Umfang und damit der Gesamtbetrag der gesicherten Forderungen richtet sich nach einer Beleihungsgrenze, die geringer als die sonst übliche festgesetzt zu werden pflegt. Derjenige, dessen Recht in die vorbehaltene Rangstelle einrücken soll, muss sich stets darüber klar sein, dass er den Vorrang nur gegenüber der mit dem Vorbehalt ausgestatteten Belastung erhält. Das wird von Bedeutung, wenn vor Bestellung des begünstigten Rechts ein Zwischenrecht[160] ohne einen entsprechenden Vorbehalt eingetragen wird, etwa eine Zwangssicherungshypothek, die ein Gläubiger des Eigentümers aufgrund eines vollstreckbaren Titels gegen diesen erwirkt. Dann hat das Zwischenrecht unter allen Umständen den Vorrang vor dem später bestellten, wenn auch in die vorbehaltene Rangstelle einrückenden Recht, wie umgekehrt die durch den Vorbehalt beschränkte Belastung unter allen Umständen dem Zwischenrecht im Range vorgeht. Bei der Verteilung des Zwangsversteigerungserlöses wird das Zwischenrecht ausschließlich zulasten dessen berücksichtigt, der in die vorbehaltene Rangstelle eingerückt ist; er muss von dem Erlösanteil, der ohne das Zwischenrecht auf ihn entfallen wäre, dem Zwischenberechtigten denjenigen Betrag überlassen, mit dem das Zwischenrecht berücksichtigt wird.

Man kann die obigen Darlegungen in folgende Leitsätze zusammenfassen: „Das Zwischenrecht muss unter allen Umständen mit dem Betrag zum Zuge kommen, welchen es auch ohne den Rangvorbehalt zu beanspruchen hätte. Würde hiernach das Zwischenrecht auch ohne Rücksicht auf den Rangvorbehalt überhaupt nicht zur Hebung kommen, so verteilt sich der Erlös ausschließlich zwischen dem in die vorbehaltene Rangstelle eingerückten und dem infolge dieses Vorbehalts zurückgetretenen Recht; die Verteilung erfolgt hier entsprechend dem Rang, welcher sich zufolge des Rangvorbehalts zwischen den beiden Rechten ergeben hat. Kommt dagegen das Zwischenrecht in Ansatz, so darf das zurückgetretene Recht durch die Zwischeneintragung keine über den Vorbehalt hinausgehende Beeinträchtigung erleiden, d. h. es muss so gestellt werden, als wäre das Zwischenrecht überhaupt nicht vorhanden; um den auf das Zwischenrecht entfallenden Erlösanteil wird also (nicht das zurückgetretene, sondern) das in die vorbehaltene Rangstelle eingerückte Recht verkürzt." Im Einzelnen können solche „relativen" Rangverhältnisse zu beträchtlichen Verwicklungen führen. Zur Rangklarstellung, insbesondere zur Ersetzung der relativen Rangordnung durch eine absolute, kann ein besonderes Grundbuchbereinigungsverfahren (§§ 90 ff. GBO) durchgeführt werden.

64 Auch der gute Glaube des Sicherungsnehmers kann in Ansehung der Vorbelastung dem Sicherungsrecht den Rang vor dem vorgehenden Recht verschaffen. Wegen der Voraussetzungen der sich aus dem Schutz des guten Glaubens ergebenden Rangänderung wird auf die Ausführungen zu § 15 Rn. 131 verwiesen.

160 RGZ 131, 203.

War z. B. im Zeitpunkt der Bestellung einer Hypothek eine vorgehende Grundschuld irrtümlich gelöscht und kannte der Hypothekengläubiger die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht, so erhält die Hypothek den Rang vor der Grundschuld. Das Vorhandensein von Zwischenrechten, die von ihrem Inhaber in Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs erworben worden sind, kann zu „relativen" Rangverhältnissen führen. Der gute Glaube wirkt im Übrigen nur gegenüber solchen fälschlich nicht (mehr) eingetragenen Vorlasten, die nach den Vorschriften des Gesetzes hätten eingetragen sein müssen, daher nicht gegenüber den öffentlichen Lasten im Sinne von Rn. 23.

4. Bewertung von Rechten

65 Ist Sicherungsmittel ein Recht, so ist vorab festzustellen, ob das Recht Bestand hat und durchsetzbar ist. Nur ein Recht, dessen rechtlicher Bestand und Durchsetzbarkeit außer Zweifel steht, hat einen Sicherungswert. Was die Bewertung des Sicherungsmittels anbelangt – der realisierbare Wert hängt vom jeweiligen Recht ab und erreicht das Höchstmaß z. B. da, wo Sperrguthaben bei Kreditinstituten als Sicherungsmittel dienen –, so entscheidet auch hier die Natur des Rechts über die Art und Weise, wie die Bonität der Sicherheit zu prüfen ist. Unter Umständen, z. B. wenn es sich um ein Patentrecht handelt, wird der Sicherungsnehmer die Tauglichkeit nur mithilfe eines Sachverständigen zutreffend beurteilen können. Bei Wertpapieren, welche einen Kurswert haben, wird man unter Anpassung der Beleihungsgrenze an das Kursrisiko grundsätzlich den Kurswert zugrunde legen dürfen. Der oft recht unsichere Wert von Mitgliedschaftsrechten ist sonst im Allgemeinen von dem Gesamtvermögen und den Ertragsaussichten des betreffenden Personenverbandes abhängig, nicht zuletzt aber auch von der Frage, ob die Mitglieder des Personenverbandes für dessen Verbindlichkeiten persönlich haften, was bei Nichterbringung der Hafteinlage oder Einlagerückgewähr auch den Sicherungszessionar des Kommanditanteils gefährdet. Bei Anteilen an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung hängt der Wert von der Frage ab, ob das Kapital voll eingezahlt und nicht eine Nachschusspflicht vorgesehen ist. Handelt es sich um einen Zahlungsanspruch gegen einen Dritten, der verpfändet oder sicherungshalber abgetreten wird, so ist unter Berücksichtigung des Alters der Forderung die Bonität des zahlungspflichtigen Dritten zu prüfen, bei Wechseln auch die Güte etwaiger anderer aus dem Wechsel Verpflichteter; ein nicht sofort realisierbarer Rückgewähranspruch ist letztlich nach der Zahlungsfähigkeit des Schuldners der gesicherten Forderung zu bewerten. Handelt es sich um ein Verwertungsrecht, z. B. um eine Hypothek oder Grundschuld, die verpfändet oder sicherungshalber abgetreten wird, so ist der Wert des haftenden Grundstücks ausschlaggebend. Hält sich die Fälligkeit des Anspruchs in normalen Grenzen, wird man in der Regel den Beleihungswert dem Nennbetrag gleichsetzen dürfen; langfristige Ansprüche sind dagegen im Allgemeinen kein taugliches Sicherungsmittel. Noch nicht fällige Ansprüche aus Lebens- und Kapitalversicherungen sind nach ihrem Rückkaufswert, der sich nach dem Betrag der eingezahlten Prämien richtet und bei der Versicherungsgesellschaft zu erfragen ist, zu bewerten. Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen sind zu kapitalisieren. Ist das als Sicherungsmittel dienende Recht seinerseits gesichert, so wird diese Sicherheit die

Tauglichkeit des Rechts entsprechend erhöhen, sofern sie nicht in einer bloßen Garantie des Schuldners[161] besteht. Von wesentlicher Bedeutung ist schließlich der etwaige Rang, den das Sicherungsmittel hat: Eine „erste" Hypothek oder Grundschuld wird im Allgemeinen tauglich sein, eine „zweite" nicht ohne weiteres.

161 RGZ 72, 138; OLG Frankfurt JW 1932, 1572.

§ 3
Sicherungsvertrag und Sicherstellungsvertrag

Inhaltsübersicht

I. Begriffe 1
1. Sicherungsvertrag 1
2. Sicherstellungsvertrag 3
3. Sicherungsvorvertrag 4
II. Parteien 5
1. Sicherungsvertrag 5
2. Sicherstellungsvertrag 6
III. Rechtsverhältnisse bei Interzession und Sicherungsübertragungen an Treuhänder 7
1. Sicherungsgeber – Schuldner 7
2. Sicherungsnehmer – Gläubiger 10
IV. Form 11
1. Sicherungsvertrag 11
2. Sicherstellungsvertrag 13
V. Formularklauseln 14
1. Begriffsbestimmung 14
2. Einbeziehung 15
3. Überraschende Klauseln 18
4. Unangemessene Klauseln 19
5. Vorrang der Individualabrede, Unklarheitenregel 21
6. Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit 23
VI. Gesicherte Forderung 25
1. Zweckerklärung 25
a) Akzessorische Sicherheiten 26
b) Fiduziarische Sicherheiten 30
2. Limitierung der Haftung 33
3. Auswechslung und Änderung der Forderung 34
4. Ausbleiben und Wegfall der Forderung 35
a) Nichtgewährung des Kredits 35
b) Unwirksamkeit des Kreditvertrages, des Sicherungsvertrages und/oder des Sicherstellungsvertrages 36
c) Erlöschen der Forderung 40
d) Einstellung der Forderung in ein Kontokorrent 44
5. Verjährung 49
6. Wechsel des Gläubigers und des Schuldners 50
a) Gesamtrechtsnachfolge 50
b) Sonderrechtsnachfolge 51
c) Konfusion, Konsolidation 61
VII. Sittenwidrigkeit 62
1. Anfängliche Übersicherung 63
2. Knebelung 69
3. Gläubigergefährdung, Kredittäuschung, Insolvenzverschleppung 70
4. Verleitung zum Vertragsbruch 72

5. Finanzielle Überforderung ... 73
6. Rechtsfolge der Unwirksamkeit ... 78
VIII. Sorgfaltspflichten des Sicherungsnehmers/Gläubigers gegenüber dem Sicherungsgeber/Schuldner ... 79
1. Vorvertragliche Aufklärungs- und Warnpflichten ... 79
2. Obhutspflichten ... 81
IX. Freigabepflicht bei nachträglicher Übersicherung ... 83
X. Kündigungsrecht des Interzedenten ... 90

I. Begriffe

1. Sicherungsvertrag

1 Der im BGB nicht geregelte Sicherungsvertrag (Sicherungsabrede) ist ein schuldrechtlicher Vertrag, der den Rechtsgrund für die Bestellung der Sicherheit bildet, die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien bezüglich des Sicherungsmittels bestimmt und – als Zweckvereinbarung (Zweckerklärung, Sicherungszweckerklärung) – das Sicherungsmittel mit der gesicherten Forderung verknüpft; er begründet auch ohne ausdrückliche Vereinbarung ein Treuhandverhältnis.[1] Die Zweckvereinbarung bestimmt den Kreis der gesicherten Forderungen; ferner sind – insbesondere bei Sicherungsübereignung und Sicherungszession in Ermangelung gesetzlicher Vorschriften – in der Regel Voraussetzungen und Durchführung der Verwertung, die Folgen einer nachträglichen Übersicherung, die Behandlung des Erlöses und die Abwicklung bzw. Rückgewähr der Sicherheit geregelt.

Insbesondere bei Personalsicherheiten sind mehrere konkurrierende Zweckvereinbarungen möglich. So folgt einerseits aus der Sicherungsabrede zwischen Gläubiger und Hauptschuldner über die Stellung einer Bürgschaft unter anderem, unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger im Verhältnis zum Hauptschuldner die Bürgschaft in Anspruch nehmen darf.[2] Andererseits wird die Reichweite der Bürgschaft durch den Bürgschaftsvertrag zwischen Gläubiger und Bürge bestimmt. Geht der Bürgschaftsvertrag über den Sicherungsvertrag hinaus, kann der Schuldner von dem Gläubiger die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde an den Bürgen Zug um Zug gegen Verschaffung einer solchen Bürgschaft verlangen, die dem Sicherungsvertrag entspricht.[3]

Möglich ist ein Sicherstellungsgeschäft auch ohne Sicherungsvertrag. Wird z. B. ein Bürgschaftsvertrag geschlossen, ohne dass die Beibringung der Bürgschaft zwischen Gläubiger und Hauptschuldner abgesprochen war, bestimmt sich der Sicherungszweck der Bürgschaft ausschließlich nach dem Bürgschaftsvertrag.[4]

2 Der Sicherungsvertrag ist ein Vertrag über eine entgeltliche Leistung im Sinn des § 312 BGB, wenn der Sicherungsgeber die Verpflichtung zur Bestellung der Sicherheit in der – dem Vertragspartner erkennbaren – Erwartung eingeht, ihm

1 Vgl. BGH v. 27. 11. 1997 – GSZ 1/97 – BGHZ 137, 212, 219 = WM 1998, 227, 229.
2 Vgl. z. B. BGH v. 24. 09. 1998 – IX ZR 371/97 – BGHZ 139, 325, 328 = WM 1998, 2363, 2364; *Sprau*, in: Grüneberg, BGB, Einf. v. § 765 Rn. 4a.
3 Vgl. *Ganter*, in: BHB, § 90 Rn. 176.
4 Vgl. *Ganter*, in: BHB, § 90 Rn. 177.

oder einen bestimmten Dritten werde daraus ein Vorteil erwachsen. Bei Besicherung einer fremden Schuld ist dies etwa der Fall, wenn der Sicherungsgeber sein Eintreten von der Kreditgewährung abhängig macht.[5]

Ein Austausch der im Sicherungsvertrag festgelegten Sicherheit gegen eine andere kann, wenn diese Möglichkeit in der vertraglichen Vereinbarung nicht schon angelegt ist, nur in den engen Grenzen des § 313 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage) verlangt werden, nicht aber nach allgemeinen Billigkeitsgesichtspunkten.[6]

Grundsätzlich ist der Sicherungsgeber durch die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters und die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nach § 21 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt. InsO (Zustimmungsvorbehalt) nicht daran gehindert, wirksam einen Sicherungsvertrag als schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft abzuschließen. Wird jedoch nach Eintritt der Verfügungsbeschränkungen der bisherige Haftungsumfang einer Grundschuld durch einen neuen oder geänderten Sicherungsvertrag erweitert und ermöglicht eine Neuvalutierung oder weitergehende Valutierung der Grundschuld, die durch den früheren Sicherungsvertrag nicht gedeckt war, liegt eine unwirksame Verfügung über einen Gegenstand der Insolvenzmasse nach § 81 Abs. 1 InsO vor. In diesem Fall kann sich der Gläubiger des Grundpfandrechts auch nicht auf einen gutgläubigen Erwerb gem. §§ 892, 893 BGB berufen, weil diese Vorschriften nicht auf rechtsgeschäftliche Vereinbarungen anwendbar sind, welche die Befugnisse des Sicherungsnehmers aus dem Sicherungsvertrag erweitern.[7]

2. Sicherstellungsvertrag

3 Der Sicherstellungsvertrag ist das Rechtsgeschäft, das die Sicherheit unmittelbar entstehen lässt. Bei den Personalsicherheiten ist der Sicherstellungsvertrag rein schuldrechtlicher Natur. Bei den Realsicherheiten handelt es sich um die dingliche Einigung, welche die Rechtsänderung, ggf. in Verbindung mit einem Realakt, bewirkt. Ob in dem Abschluss des Sicherungsvertrages bei Identität der Parteien zugleich eine konkludente dingliche Einigung über die Begründung der Sicherheit, oder umgekehrt in der dinglichen Einigung gleichzeitig der Abschluss des obligatorischen Sicherungsvertrages gesehen werden kann, ist Auslegungsfrage.[8]

3. Sicherungsvorvertrag

4 Der Anspruch auf Sicherung kann für den Sicherungsnehmer auch aus einem Vorvertrag entstehen, in dem die Parteien im Voraus bindend festlegen, an dem Abschluss eines Sicherungsvertrages mitzuwirken. Ein solcher Vertrag kann formlos geschlossen werden, es sei denn, auch der Sicherungsvertrag selbst ist formbedürftig. Der Vorvertrag muss die zu sichernde Forderung und den Inhalt

5 Vgl. BGH v. 26. 09. 1995 – XI ZR 199/94 – BGHZ 131, 1, 4 = WM 1995, 2027, 2028; vgl. auch BGH v. 10. 01. 2006 – XI ZR 169/05 – BGHZ 165, 363, 367 = WM 2006, 377, 378 f.
6 Vgl. BGH v. 30. 06. 2017 – V ZR 248/16 – WM 2017, 1937.
7 Vgl. BGH v. 19. 04. 2018 – IX ZR 230/15 – WM 2018, 1054.
8 Vgl. *Wiegand*, in: Staudinger, BGB, Vorbem §§ 1204 ff. Rn. 21.

des noch abzuschließenden Sicherungsvertrages zumindest bestimmbar bezeichnen.[9]

II. Parteien

1. Sicherungsvertrag

5 Partei des Sicherungsvertrages ist in jedem Fall der Kreditgeber als Gläubiger. Bestellt der Kreditschuldner dem Kreditgeber eine Sicherheit an einer eigenen Sache oder an einem ihm zustehenden Recht, kommt der Sicherungsvertrag mit dem Kreditschuldner zustande. Wird die Sicherheit von einem Dritten als Sicherungsgeber gestellt (Interzession), kann Partei des Sicherungsvertrages sowohl der Kreditschuldner als auch der Sicherungsgeber sein.[10] Im ersten Fall verspricht der Schuldner dem Kreditgeber die Sicherheit beizubringen; im zweiten Fall verpflichtet sich der Sicherungsgeber dazu, meistens aufgrund eines von dem Kreditschuldner erteilten Auftrags bzw. Geschäftsbesorgungsvertrags. Soll die Sicherheit nicht dem Kreditgeber, sondern zugunsten eines Dritten bestellt werden, ist der Dritte zwar nicht an dem Sicherungsvertrag beteiligt. Er kann aus dem Sicherungsvertrag aber einen Anspruch auf Sicherstellung haben, falls ein echter Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) vorliegt.

2. Sicherstellungsvertrag

6 Parteien des Sicherstellungsvertrages sind der Sicherungsgeber und der Sicherungsnehmer. Der Sicherungsgeber kann, muss aber nicht der Schuldner der gesicherten Forderung sein (Ausnahme: Inventarpfandrecht, § 1 PachtkredG). Bei den Sachsicherheiten muss der Sicherungsgeber auch nicht notwendig der Eigentümer sein; ausreichend ist eine Ermächtigung des Eigentümers (§ 185 BGB, sog. Gebrauchsleihe). Sicherungsnehmer ist bei den akzessorischen Sicherheiten stets der Gläubiger. Bei den nichtakzessorischen Sicherheiten können Gläubiger und Sicherungsnehmer verschiedene Personen sein; in diesem Fall besteht zwischen ihnen in der Regel ein Treuhandverhältnis. Bei den Personalsicherheiten kommt auch ein Sicherstellungsvertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) in Betracht. So kann ein Bürgschaftsvertrag zwischen Bürge und Hauptschuldner zugunsten des Gläubigers der zu sichernden Forderung geschlossen werden.[11] Bei Realsicherheiten besteht diese Möglichkeit nicht, weil § 328 BGB auf die Bestellung dinglicher Rechte nicht anwendbar ist.[12]

9 Vgl. BGH v. 20.09.1989 – VIII ZR 143/88 – WM 1989, 1769, 1771 zu den Bestimmtheitsanforderungen bei einem auf Abschluss eines Unternehmenskaufvertrages gerichteten Vorvertrag.

10 Vgl. z. B. BGH v. 08.12.1988 – III ZR 107/87 – WM 1989, 210, 211.

11 Vgl. BGH v. 11.07.1966 – II ZR 215/64 – WM 1966, 859, 861; BGH v. 19.09.1991 – IX ZR 296/90 – BGHZ 115, 177, 183 = WM 1991, 1869, 1870.

12 Vgl. BGH v. 29.01.1964 – V ZR 209/61 – BGHZ 41, 95 f. = WM 1964, 348; BGH v. 16.02.1965 – V ZR 264/62 – WM 1965, 464, 466; BGH v. 17.04.1986 – IX ZR 54/85 – WM 1986, 749, 750; BGH v. 08.07.1993 – IX ZR 222/92 – WM 1993, 1962, 1963, insoweit in BGHZ 123, 178 nicht abgedruckt.

III. Rechtsverhältnisse bei Interzession und Sicherungsübertragungen an Treuhänder

1. Sicherungsgeber – Schuldner

7 Ist der Sicherungsgeber mit dem persönlichen Schuldner nicht identisch (Interzession), besteht zwischen ihnen regelmäßig ein Auftragsverhältnis oder ein Schenkungsvertrag; auch Geschäftsführung ohne Auftrag kommt in Betracht. Eine Bank lässt sich für ihr Eintreten als Sicherungsgeberin normalerweise eine besondere Vergütung (Avalprovision) versprechen. Grundlage der Interzession ist in diesem Fall die sog. Kreditleihe, die wie eine Kreditgewährung des Sicherungsgebers an den Schuldner (Avalkredit) behandelt wird.[13]

8 Der Sicherungsgeber ist berechtigt, der Verwertung des Sicherungsrechts durch den Sicherungsnehmer die Einwendungen des persönlichen Schuldners entgegenzusetzen; ausdrücklich geregelt ist dies für die Bürgschaft (§ 768 BGB), die Hypothek bzw. die Grundschuld (§§ 1137, 1192 Abs. 1 BGB), und das Pfandrecht (§§ 1211, 1273 Abs. 2 BGB). Aus dem Innenverhältnis kann sich ein Auskunftsanspruch des Sicherungsgebers gegen den Schuldner über Einwendungen und Einreden ergeben, die gegen die gesicherte Forderung erhoben werden können. Umgekehrt kann der Sicherungsgeber dem Schuldner gegenüber nach Treu und Glauben verpflichtet sein, ihm bekannte Einwendungen auch zu erheben. Bei Bankbürgschaften wird diese Verpflichtung regelmäßig dadurch ausgeschlossen, dass die Bank sich vorbehält, auf erstes Anfordern zu zahlen.

Aus § 670 BGB bzw. aus dem Avalkreditvertrag hat der Sicherungsgeber gegen den Schuldner Anspruch auf Erstattung des Betrages, den der Sicherungsgeber an den Sicherungsnehmer geleistet hat. Hat der Sicherungsgeber berechtigterweise sein Kreditengagement gegenüber dem Schuldner gekündigt, kann er von diesem verlangen, dass er ihn im Sicherungsfall von der Haftung gegenüber dem Sicherungsnehmer freistellt.[14] Der Auftragsbürge kann von dem Hauptschuldner unter den Voraussetzungen des § 775 BGB Befreiung von der Bürgschaft verlangen. Auch wenn der Bürge von dem Gläubiger bereits in Anspruch genommen wird, wandelt sich dieser Anspruch nicht in einen Zahlungs- bzw. Vorschussanspruch an den Bürgen[15] oder in einen Anspruch auf Zahlung an den Gläubiger[16] um.

9 Stellt ein Dritter sein Vermögen dem Schuldner zur Verfügung und tritt dieser selbst als Sicherungsgeber in Erscheinung, handelt es sich nicht um eine Interzession, sondern um eine Kredithilfe. Hierzu gehört auch die sog. Gebrauchsleihe, bei welcher der Kredithelfer den Schuldner ermächtigt, über bestimmte Gegenstände aus seinem Vermögen zu Sicherungszwecken zu verfügen (§ 185 BGB). Stattdessen kann der Kredithelfer die Gegenstände auch treuhänderisch

13 Vgl. z. B. *Hopt*, HGB, BankGesch (7) G/1, G/25, G/27 (auch zum Akzeptkredit im Wechselgeschäft).
14 Vgl. BGH v. 19. 11. 1998 – IX ZR 284/97 – WM 1999, 35, 37.
15 Vgl. BGH v. 14. 01. 1999 – IX ZR 208/97 – BGHZ 140, 270, 274 = WM 1999, 378, 380.
16 Vgl. BGH v. 16. 03. 2000 – IX ZR 10/99 – WM 2000, 910, 911.

auf den Schuldner übertragen; dann ist der Schuldner nach Tilgung des Kredits zur Rückübertragung auf den Kredithelfer verpflichtet.

2. Sicherungsnehmer – Gläubiger

10 Bei den nichtakzessorischen Sicherungsrechten kann auch ein Treuhänder als Sicherungsnehmer auftreten, der die Sicherheit zwar im eigenen Namen, aber im Interesse des Kreditgläubigers hält und verwertet. Davon machen insbesondere Kreditinstitute Gebrauch, die sich nicht mit der häufig aufwändigen Überwachung und Verwertung von Sicherungsgut belasten wollen. Durch die Einschaltung eines Treuhänders lassen sich zudem gleichgerichtete Sicherungsbedürfnisse mehrerer Gläubiger, z. B. beim Sicherheitenpool (dazu im Einzelnen § 4 – Sicherheitenpoolverträge) besser erfüllen. Bestellt ein Kreditschuldner seinen Kreditgebern keine Einzelsicherheiten, sondern bestellt er die verfügbaren Sicherheiten einem Treuhänder zur gemeinsamen Verwaltung und Auskehr des Verwertungserlöses an die Gläubiger im Verhältnis ihrer Forderungen, handelt es sich um einen sog. Bassinvertrag. Schließt der Schuldner als Sicherungsgeber den Sicherungsvertrag mit dem Treuhänder als Sicherungsnehmer auch zugunsten des/der anderen Gläubiger(s), liegt eine sog. doppelseitige Treuhand vor. Ist der Treuhänder gemäß § 362 Abs. 2, § 185 BGB von dem Gläubiger/den Gläubigern ermächtigt worden, die vom Schuldner bzw. vom Sicherungsgeber zu erbringende Leistung mit befreiender Wirkung zu empfangen, wird die gesicherte Forderung schon mit Eingang der Leistung bei dem Treuhänder getilgt.[17]

Insbesondere im Rahmen von Konsortialkreditverträgen durchbricht die Praxis den Akzessorietätsgrundsatz, indem von dem kreditgebenden Bankenkonsortium eine Bank als Treuhänder fungiert, dem gegenüber der Darlehensnehmer ein abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis (§§ 780, 781 BGB) in gleicher Höhe wie die summierten Verbindlichkeiten gegenüber den einzelnen kreditgebenden abgibt („parallel debt"). Pfandrechte oder andere akzessorische Sicherungsrechte werden dann von dem Kreditschuldner zugunsten des Treuhänders zur Sicherung der parallelen Verbindlichkeit bestellt.[18]

In gleicher Weise wird bei der Emission sog. forderungsbesicherter Wertpapiere („Asset-Backed-Securities" bzw. ABS) verfahren. Hier gibt der Emittent gegenüber einem Treuhänder, der im Interesse der Anleihegläubiger handelt, ein abstraktes Schuldversprechen ab, das mit dem originären Anspruch des Anleihegläubigers parallel läuft. Zur Sicherung dieser Forderung kann der Emittent dann auch akzessorische Sicherungsrechte wie das Pfandrecht zugunsten des Treuhänders bestellen.[19]

17 Vgl. BGH v. 17. 02. 1994 – IX ZR 158/93 – WM 1994, 647, 648.

18 Vgl. z. B. *Hoffmann*, WM 2007, 1547, 1551f; WM 2009, 1452 ff.; *Danielewsky/Dettmar*, WM 2008, 713, 714 f.

19 Vgl. *Geiger*, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, Bankrechts-Kommentar, 20. Kap. Rn. 3.

IV. Form

1. Sicherungsvertrag

11 Der Sicherungsvertrag bedarf grundsätzlich keiner Form, kann also auch mündlich oder konkludent abgeschlossen werden. Bei einem stillschweigend geschlossenen Sicherungsvertrag bestimmen sich die Rechte und Pflichten der Parteien nach Inhalt und Zweck des Kreditverhältnisses, aus dem die zu sichernden Forderungen erwachsen.[20] Für Sicherungsverträge über die Bestellung von Grundpfandrechten wird jedoch insbesondere im Verkehr mit Kreditinstituten eine Beurkundungsvereinbarung gemäß § 154 Abs. 2 BGB vermutet. Das bedeutet, dass im Zweifel der Sicherungsvertrag erst mit der Beurkundung und nicht schon aufgrund der mündlichen Absprachen geschlossen ist.[21] Behauptet eine Partei, eine Formabrede habe nur Beweiszwecken dienen sollen, ist sie dafür beweispflichtig.[22]

12 Bei Verbraucherdarlehen ist Schriftform auch für den Sicherungsvertrag vorgeschrieben (§ 492 Abs. 2 BGB i. V. m. Art. 247 § 7 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB), ansonsten kann bei Nettodarlehensbeträgen bis zu 75.000,– € die Bestellung der Sicherheit nicht gefordert werden (§ 494 Abs. 6 Satz 2 und 3 BGB, Nr. 13 Abs. 2 Satz 5 AGB-Banken).[23] Ist die Sicherheit jedoch wirksam für einen gültigen Verbraucherdarlehensvertrag bestellt worden, kann sie nicht lediglich aufgrund des Formmangels nach §§ 812 ff. BGB zurückgefordert werden (str.).[24] Auch bei Teilzahlungsgeschäften zwischen Unternehmern und Verbrauchern (§ 506 Abs. 3 BGB) kann die Bestellung von Sicherheiten bei fehlenden schriftlichen Angaben darüber nicht verlangt werden (§ 506 Abs. 1, § 507 Abs. 1 BGB).

Die Verpflichtung gegenüber dem Hauptschuldner, für ihn eine Bürgschaft zu übernehmen, erfordert auch außerhalb des Anwendungsbereichs des § 350 HGB nicht die Schriftform des § 766 BGB (str.).[25] Notarielle Beurkundung des Sicherungsvertrages ist erforderlich, wenn GmbH- oder Erbanteile übertragen werden sollen (§ 15 Abs. 4 GmbHG, §§ 2371, 2385 BGB), die Sicherheit schenkweise versprochen wird (§ 518 BGB), oder das Eigentum an einem Grundstück, das gesamte gegenwärtige Vermögen oder ein Bruchteil davon übertragen wer-

20 Vgl. BGH v. 02. 10. 1990 – XI ZR 205/89 – WM 1991, 86, 87.

21 Vgl. BGH v. 10. 11. 1989 – V ZR 201/88 – BGHZ 109, 197, 200 = WM 1989, 1926, 1928; BGH v. 16. 06. 1981 – V ZR 114/80 – WM 1982, 443, 444.

22 Vgl. BGH v. 14. 03. 1991 – I ZR 201/89 – WM 1991, 1472, 1475; BGH v. 12. 11. 1992 – IX ZR 237/91 – WM 1993, 265, 267.

23 Vgl. auch BGH v. 18. 12. 2001 – XI ZR 156/01 – BGHZ 149, 302, 305 = WM 2002, 380, 381; BGH v. 22. 07. 2008 – XI ZR 389/07 – BGHZ 177, 345, 349 = WM 2008, 1679, 1680.

24 Vgl. BGH v. 22. 07. 2008 – XI ZR 389/07 – BGHZ 177, 345 = WM 2008, 1679 (für abstraktes Schuldversprechen mit Vollstreckungsunterwerfung); *Weidenkaff*, in: Grüneberg, BGB, § 494 Rn. 11; *Kessal-Wulf*, in: Staudinger, BGB, § 494 Rn. 33; a. A. *Nietsch*, in: Erman, BGB, § 494 Rn. 24; *Möller*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 494 Rn. 16; *Schürnbrand/Weber*, in: MünchKomm-BGB, § 494 Rn. 39.

25 Vgl. OLG Köln WM 1995, 1224, 1227; *Sprau*, in: Grüneberg, BGB, § 766 Rn. 2; *Stürner*, in: Staudinger, BGB, § 766 Rn. 3; a. A. *Habersack*, in: MünchKomm-BGB, § 766 Rn. 2; *Zetzschke*, in: Erman, BGB, § 766 Rn. 2; *Brödermann*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 766 Rn. 1; *Ganter*, in: BHB, § 90 Rn. 178.

den soll (§ 311b Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 BGB). Bei zur Sicherung übertragenen GmbH-Anteilen und Grundstücken sowie im Fall der Schenkung wird der Formmangel durch Vollzug des Sicherungsgeschäfts in der vorgeschriebenen Form geheilt (§ 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG, § 311b Abs. 1 Satz 2, § 518 Abs. 2 BGB).

2. Sicherstellungsvertrag

13 Schriftform ist vorgeschrieben für die Bürgschaftserklärung; der Formmangel wird geheilt, soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt (§ 766 BGB). Die notarielle Beurkundung ist erforderlich für die Übertragung von GmbH-Anteilen (§ 15 Abs. 3 GmbHG) sowie für die Verfügung über Miterbenanteile (§ 2033 Abs. 1 Satz 2 BGB). Bei der Übertragung des Eigentums an Grundstücken, ihrer Belastung mit Grundpfandrechten sowie bei der Übertragung und Belastung dieser Rechte sind die Vorschriften der §§ 873, 925 BGB zu beachten, bei der Sicherungsabtretung und der Verpfändung hypothekarisch gesicherter Forderungen sowie von Grund- und Rentenschulden die Vorschrift des § 1154 BGB.

V. Formularklauseln

1. Begriffsbestimmung

14 In der Praxis wird der Inhalt der Sicherstellungsverträge regelmäßig durch von den Kreditinstituten vorformulierte Klauseln geprägt; dazu gehören auch die AGB-Banken/AGB-Sparkassen mit ihren Pfandklauseln und die Allgemeinen Sicherungsbedingungen, z. B. für die Sicherungsübereignung (ABS) und für die Sicherungsabtretung (ABAF). Bei all diesen Bedingungen handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinn des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die hand- oder maschinenschriftliche Ausfüllung von Lücken in einem im Übrigen vorformulierten Vertragstext durch den Verwender ändert daran regelmäßig nichts.[26] Nur in Ausnahmefällen handelt es sich nicht um AGB, sei es, dass die Vertragsbedingungen nicht im Sinn des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert wurden, oder dass sie zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB); in Betracht kommt dies z. B. bei Konsortialkrediten mit individueller Bestellung von Sicherheiten. Ein „Aushandeln" im Sinn des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB erfordert, dass der Verwender den in seinen Vertragsbedingungen enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt, sich also auch zur Änderung einzelner Klauseln bereit erklärt. Allenfalls unter besonderen Umständen kann ein Vertrag auch dann als Ergebnis eines Aushandelns gewertet werden, wenn es schließlich nach gründlicher Erörterung bei dem gestellten Entwurf verbleibt.[27]

26 Vgl. BGH v. 17. 03. 1993 – VIII ZR 180/92 – BGHZ 122, 63, 65 = WM 1993, 1036, 1037; BGH v. 06. 04. 2005 – VIII ZR 27/04 = NJW 2005, 1574, 1575; BGH v. 23. 06. 2010 – VIII ZR 230/09 = NJW 2010, 3431, 3433.

27 Vgl. BGH v. 03. 11. 1999 – VIII ZR 269/98 – BGHZ 143, 104, 111 = WM 2000, 629, 632; BGH v. 22. 11. 2012 – VII ZR 222/12 = NJW 2013, 856, 857; BGH v. 28. 07. 2015 – XI ZR 434/14 – BGHZ 206, 35 = WM 2015, 1704, 1706 f.

2. Einbeziehung

15 Das Problem der Einbeziehung stellt sich nicht für die vorformulierten Klauseln des Sicherstellungsvertrages selbst, sondern für die daneben bestehenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen im engeren Sinn. Diese werden im Geschäftsverkehr mit Nichtunternehmern unter den Voraussetzungen der §§ 305 Abs. 2 und 3 BGB Bestandteil des Vertrages. Der Sicherungsgeber ist regelmäßig bei Vertragsschluss auf die Bedingungen ausdrücklich hinzuweisen, ihm ist die Möglichkeit zu verschaffen, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen, und er muss mit ihrem Inhalt einverstanden sein (§ 305 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 und Nr. 2 BGB). Bei den AGB-Banken/AGB-Sparkassen erfolgt üblicherweise ein Hinweis im Kontoeröffnungsformular auf ihre Geltung für die gesamte künftige Geschäftsbeziehung gemäß § 305 Abs. 3 BGB. Für die Möglichkeit der Kenntnisnahme in zumutbarer Weise erscheint fraglich, ob insoweit der Hinweis reicht, dass sie in den Geschäftsräumen der Bank eingesehen werden können;[28] besser ist die Aushändigung oder Übersendung. Dasselbe gilt, wenn der Sicherungsgeber im Zeitpunkt des Abschlusses des Sicherstellungsvertrages noch kein Kunde des Kreditinstitutes ist und die AGB-Banken/AGB-Sparkassen daher noch nicht vereinbart sind. Bezüglich der spezielleren AGB (z. B. ABS, ABAF) ist die zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme naturgemäß gegeben, wenn sie in dem Sicherstellungsvertrag selbst (z. B. auf der Rückseite) abgedruckt sind. Ansonsten sollte ihr Text bei Vertragsschluss übergeben oder übersandt werden. Um die Aushändigung der Bedingungen zu beweisen, kann sich das Kreditinstitut die Bestätigung, die keine weitere Erklärung enthalten darf, abgesetzt von dem übrigen Vertragstext mit einer gesonderten Unterschrift geben lassen; das erscheint im Hinblick auf § 309 Nr. 12b) BGB unbedenklich.[29] Wird der Sicherstellungsvertrag ausnahmsweise telefonisch geschlossen, dürfte es für die Einbeziehung der AGB ausreichen, wenn dem Vertragspartner unter Abstandnahme vom sofortigen Vertragsschluss die Übersendung des Textes angeboten wird, und dieser darauf verzichtet.[30]

Das Einverständnis des Sicherungsgebers mit den Bedingungen muss nicht ausdrücklich erklärt werden; die widerspruchslose Unterzeichnung des Sicherstellungsvertrages reicht aus.

16 Die Einbeziehungsvoraussetzungen sind auch dann einzuhalten, wenn die AGB während der Geltung des Sicherstellungsvertrages geändert werden. Das Kreditinstitut muss den Sicherungsgeber ausdrücklich auf die Neufassung hinweisen und ihm den Text mit Kennzeichnung der geänderten Klauseln zugänglich machen. Die Formulierung im Vertrag: „Im Übrigen gelten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank in ihrer jeweils gültigen Fassung." ist ungenügend.

17 Im Verkehr mit Unternehmern und juristischen Personen des öffentlichen Rechts gelten die §§ 305 Abs. 2 und 3 BGB nicht (§ 310 Abs. 1 BGB). Die Allgemei-

28 Vgl. BGH v. 29. 06. 2006 – I ZR 176/03 = NJW-RR 2007, 32, 34; BGH v. 26. 02. 2009 – Xa ZR 141/07 = NJW 2009, 1486, 1487.

29 Vgl. *Ganter*, in: BHB, § 90 Rn. 201.

30 Vgl. *Grüneberg*, in: Grüneberg, BGB, § 305 Rn. 35 m. w. N.

nen Geschäftsbedingungen werden hier aufgrund rechtsgeschäftlicher Vereinbarung Vertragsbestandteil. Dafür reicht es regelmäßig aus, wenn das Kreditinstitut bei Vertragsschluss auf die AGB hinweist und der Vertragspartner ihrer Geltung nicht widerspricht.[31] Bei Folgegeschäften ist eine erneute Bezugnahme nur dann entbehrlich, wenn der unternehmerische Sicherungsgeber in laufender Geschäftsverbindung zu der Bank steht, die früheren Verträge stets unter Geltung der AGB abgeschlossen wurden, und das Institut deutlich zu verstehen gegeben hat, dass es Geschäfte ausschließlich auf dieser Grundlage tätigt.[32] Im Rahmenvertrag kann – anders als im nichtunternehmerischen Verkehr – auch die Geltung der jeweiligen späteren Fassung der AGB vereinbart werden.[33]

3. Überraschende Klauseln

18 Bestimmungen in AGB, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil (§ 305c Abs. 1 BGB). Überraschend kann auch eine übliche Klausel aufgrund ihrer Unterbringung an unerwarteter Stelle im Vertrag sein, wenn dies einem Verstecken gleichkommt.[34] Bei einer formularmäßigen Sicherungszweckerklärung fällt die Ausdehnung der Haftung des Sicherungsgebers über den Anlasskredit hinaus auf alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten eines Dritten regelmäßig unter § 305c Abs. 1 BGB, wenn der Sicherungsgeber nicht im Rahmen der Verhandlungen darauf individuell hingewiesen worden ist (s. VI./1.)). Überraschend wäre auch die formularmäßige Vorausabtretung von Forderungen, die von dem Gesamtrechtsnachfolger des Zedenten nach einer Verschmelzung in dessen Geschäftsbetrieb begründet werden; die Abtretung „aller gegenwärtigen und künftigen Ansprüche aus dem Geschäftsverkehr" erfasst solche Forderungen deshalb nicht.[35]

Nicht überraschend ist dagegen die Erstreckung der Haftung des Sicherungsgebers auf Bereicherungsansprüche des Kreditinstituts bei Nichtigkeit des Darlehensvertrages.[36] Ebenso wenig überraschend ist die Vereinbarung flankierender Sicherungsrechte, mit denen der Sicherungsgeber rechnen muss, z. B. die Abtretung oder Verpfändung von Versicherungsansprüchen für den Fall, dass die zur Sicherung übertragene oder verpfändete Sache untergeht. Dasselbe gilt für eine Klausel, wonach der mit dem Kreditschuldner identische Grundschuldbesteller ein notarielles abstraktes Schuldanerkenntnis abzugeben und sich der Zwangs-

31 Vgl. BGH v. 12. 02. 1992 – VIII ZR 84/91 – BGHZ 117, 190, 194 = WM 1992, 657, 658; BGH v. 13. 03. 2007 – XI ZR 383/06 – WM 2007, 874, 875; BGH v. 15. 01. 2014 – VIII ZR 111/13 = NJW 2014, 1296, 1298.

32 Vgl. BGH v. 12. 02. 1992 – VIII ZR 84/91 – BGHZ 117, 190, 195 = WM 1992, 657, 659.

33 Vgl. *Hopt*, HGB, (7) BankGesch A/8.

34 Vgl. BGH v. 17. 05. 1982 – VII ZR 316/81 – BGHZ 84, 103, 113 = WM 1982, 871, 872; BGH v. 22. 11. 2005 – XI ZR 226/04 – WM 2006, 87, 89; BGH v. 09. 12. 2009 – XII ZR 109/08 = NJW 2010, 671, 672; BGH v. 21. 07. 2010 – XII ZR 198/08 = NJW 2010, 3152, 3153.

35 Vgl. BGH v. 24. 09. 2007 – II ZR 237/05 – WM 2008, 65.

36 Vgl. BGH v. 21. 11. 1991 – IX ZR 60/91 – WM 1992, 135, 137.

vollstreckung in sein gesamtes Vermögen zu unterwerfen hat.[37] Überraschend ist jedoch eine formularmäßige Sicherungsabrede aus Anlass der Sicherung bestimmter Verbindlichkeiten von Miteigentümern eines Grundstücks, wenn die zu bestellende Grundschuld am eigenen Miteigentumsanteil auch alle bestehenden und zukünftigen Verbindlichkeiten der anderen Miteigentümer sichern soll.[38]

Ein Überraschungsmoment kann der Verwender zu vermeiden suchen, indem er bestimmte Klauseln – insbesondere, wenn diese weitere als nach der Art des Vertrages zu erwartende Hauptpflichten enthalten – drucktechnisch hervorhebt oder von den übrigen Bestimmungen auf dem Formular räumlich absetzt.[39]

4. Unangemessene Klauseln

19 Bestimmungen in AGB, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden, sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen (§ 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 BGB). Eine unangemessene Benachteiligung kann sich, selbst wenn eine Bestimmung nicht von gesetzlichen Regelungen abweicht oder diese ergänzt, auch daraus ergeben, dass sie nicht klar und verständlich ist (§ 307 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 2 BGB). Der Vertragspartner des Verwenders wird im Zweifel unangemessen benachteiligt, wenn die Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht vereinbar ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB), oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben („Kardinalpflichten"), so eingeschränkt werden, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB).

Unter § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB fällt z. B. eine Klausel, in welcher der Drittsicherungsgeber einer Grundschuld aufgrund eines abstrakten Schuldversprechens auch die persönliche Haftung für die gesicherte Forderung übernimmt, selbst wenn sie auf den Betrag der dinglichen Sicherheit begrenzt wird.[40] Dagegen stellt es keine unangemessene Benachteiligung dar, dass der mit dem Kreditschuldner identische Grundschuldbesteller ein notarielles abstraktes Schuldanerkenntnis abzugeben und sich der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen zu unterwerfen hat[41], auch wenn die Kreditforderung und die sie sichernde Grundschuld frei abtretbar sind.[42] Die weite Zweckerklärung stellt bei der Bestellung einer Grundschuld zur Sicherung fremder Schuld keine unange-

37 Vgl. BGH v. 26. 11. 2002 – XI ZR 10/00 – WM 2003, 64, 65 f.; BGH v. 28. 10. 2003 – XI ZR 263/02 – WM 2003, 2410, 2411; BGH v. 25. 10. 2005 – XI ZR 402/03 – WM 2006, 177, 178; v. 22. 11. 2005 – XI ZR 226/04 – WM 2006, 87, 88 f.

38 Vgl. BGH v. 20. 03. 2002 – IV ZR 93/01 = WM 2002, 1117.

39 Vgl. *Ganter*, in: BHB, § 90 Rn. 205.

40 Vgl. BGH v. 05. 03. 1991 – XI ZR 75/90 – BGHZ 114, 9, 13 f. = WM 1991, 758, 759 f.

41 Vgl. BGH v. 18. 12. 1986 – IX ZR 11/86 – BGHZ 99, 274, 283 ff. = WM 1987, 228, 229 f.; BGH v. 05. 03. 1991 – XI ZR 75/90 – BGHZ 114, 9, 12 f. = WM 1991, 758, 759 f.; BGH v. 22. 11. 2005 – XI ZR 226/04 – WM 2006, 87, 88; BGH v. 22. 07. 2008 – XI ZR 389/07 – BGHZ 177, 345, 354 f. = WM 2008, 1679, 1682.

42 Vgl. BGH v. 30. 03. 2010 – XI ZR 200/09 – BGHZ 185, 133, 141 = WM 2010, 1022, 1025.

messene Benachteiligung des Sicherungsgebers nach § 307 BGB dar, weil Inhalt und Umfang der schuldrechtlichen Zweckbindung bei der Grundschuld nicht gesetzlich festgelegt sind, sondern in den Grenzen der §§ 134, 138 BGB freier Vereinbarung unterliegen.[43] Eine unangemessene Benachteiligung des Sicherungsgebers soll aber vorliegen, wenn ein vollstreckbares abstraktes Schuldanerkenntnis es einem Grundschuldgläubiger ermöglicht, die Zwangsversteigerung wegen der dinglichen Zinsen zu betreiben, ohne daß zuvor das Kapital der Grundschuld gekündigt oder die Zwangsversteigerung analog § 1234, 1193 Abs. 1 Satz 3 BGB angedroht und eine Wartefrist von sechs Monaten abgewartet wurde.[44]

Eine unangemessene Benachteiligung im Sinn des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB liegt etwa bei einer formularmäßigen Bestimmung vor, nach der die Verwertung sicherungshalber abgetretener Lohnforderungen ohne vorherige Androhung erfolgen kann.[45] Dagegen stellt die Erstreckung der Haftung des Sicherungsgebers auf Bereicherungsansprüche des Kreditinstituts bei Nichtigkeit des Darlehensvertrages keine unangemessene Benachteiligung dar.[46] Dasselbe gilt für einen formularmäßigen Zustimmungsvorbehalt der Bank hinsichtlich der Abtretung des Grundschuldrückgewähranspruchs, zumindest wenn die Grundschuld von einem Dritten bestellt worden ist.[47]

Ebenfalls nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam ist eine formularmäßige Sicherungsabrede in einem Vertrag über Bauleistungen, die dem Auftragnehmer auferlegt, zur Ablösung eines Gewährleistungseinbehalts eine Bürgschaft zu stellen, in der die Einrede der Aufrechenbarkeit nach § 770 Abs. 2 BGB auch für unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen des Hauptschuldners ausgeschlossen ist.[48] Nicht nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist dagegen ein formularmäßiger Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit nach § 770 Abs. 1 BGB im Bürgschaftsvertrag.[49]

20 Im Rahmen seines Schutzzwecks ist § 307 BGB lex specialis gegenüber § 138 BGB. Die Anwendung des § 138 BGB kommt deshalb regelmäßig nur in Betracht, wenn ein Vertragspartner durch eine Individualvereinbarung in erheblicher Weise unangemessen benachteiligt wird und der anderen Partei dies subjektiv vorzuwerfen ist, oder wenn die AGB nicht wegen Benachteiligung des

43 Vgl. BGH v. 20. 02. 1987 – V ZR 249/85 – BGHZ 100, 82, 84 = WM 1987, 586; BGH v. 28. 03. 1995 – XI ZR 151/94 – WM 1995, 790, 791; BGH v. 06. 02. 1996 – XI ZR 121/95 – WM 1996, 2233, 2234; BGH v. 03. 06. 1997 – XI ZR 133/96 – WM 1997, 1280, 1282; WM 1615, 1616; BGH v. 30. 01. 2001 – XI ZR 118/00 – WM 2001, 623, 625.

44 Vgl. BGH v. 30. 03. 2017 – V ZB 84/16 – WM 2017, 1149, 1152 (obiter dictum); nach OLG München v. 13. 04. 2018 – 34 Wx 381/17 – NJW 2018, 2134 gilt das nicht im Verfahren zur Eintragung einer Zwangshypothek.

45 Vgl. BGH v. 07. 07. 1992 – XI ZR 274/91 – WM 1992, 1359, 1361; BGH v. 14. 06. 1994 – IX ZR 210/93 – WM 1994, 1613, 1614; BGH v. 26. 04. 2005 – XI ZR 289/04 – WM 2005, 1168, 1170, jeweils zu AGB-Banken Nr. 20 Abs. 2 a. F.

46 Vgl. BGH v. 22. 11. 1991 – IX ZR 60/91 – WM 1992, 135, 137 f.

47 Vgl. BGH v. 09. 02. 1990 – V ZR 200/88 – BGHZ 110, 241, 243 ff. = WM 1990, 464, 465 f.

48 Vgl. BGH v. 24. 10. 2017 – XI ZR 600/16 – WM 2017, 2386.

49 Vgl. BGH v. 19. 09. 1985 – III ZR 214/83 – BGHZ 95, 350, 359 ff. = WM 1985, 1307, 1310; BGH v. 25. 01. 2022 – XI ZR 255/20 – WM 2022, 414, 415.

Kunden, sondern aus anderen Gründen – z. B. Benachteiligung Dritter – anstößig sind.[50]

5. Vorrang der Individualabrede, Unklarheitenregel

21 Individuelle Vertragsabreden, d. h. solche, die zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind, haben Vorrang vor AGB (§ 305b, § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB). Die Vorschrift erfasst z. B. formularmäßige Schriftform- oder Bestätigungsklauseln, die für Nebenabreden und Vertragsänderungen konstitutiv die Einhaltung der Schriftform fordern, oder die Wirksamkeit mündlicher Abreden von einer schriftlichen Bestätigung abhängig machen; solche Klauseln können eine individuelle Abrede nicht außer Kraft setzen.[51]

22 Zweifel bei der Auslegung der AGB gehen zu Lasten des Verwenders (§ 305c Abs. 2 BGB). Im Verbandsprozess (§§ 1, 3 UKlaG) ist deshalb regelmäßig von der kundenfeindlichsten Auslegungsvariante auszugehen, wenn diese im Rahmen der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB die Unwirksamkeit der Klausel zur Folge hat, weil sich diese Rechtsfolge für den Vertragspartner des Verwenders typischerweise günstiger auswirkt, als es nach der kundenfreundlichsten Auslegungsmöglichkeit der Fall wäre.[52] Dasselbe gilt im Individualprozess, sofern die Unwirksamkeit der Klausel die Rechtsstellung des Kunden verbessern würde. Nur wenn die Klausel nach allen Auslegungsmöglichkeiten wirksam ist, ist die Unklarheitenregel direkt anzuwenden, d. h. es gilt die kundenfreundlichste Auslegung.[53]

6. Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit

23 Sind AGB ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder sind sie aufgrund der Inhaltskontrolle unwirksam, bleibt grundsätzlich – abweichend von der allgemeinen Regel des § 139 BGB – der Vertrag im Übrigen wirksam, und an ihre Stelle treten die gesetzlichen Vorschriften, soweit die durch den Wegfall oder die Unwirksamkeit entstandene Lücke durch das dispositive Recht gefüllt werden kann (§ 306 Abs. 1 und 2 BGB). Fehlen für eine Vertragsergänzung geeignete Vorschriften und ist die ersatzlose Streichung der Klausel keine interessengerechte Lösung, ist die Lücke durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließen. An die Stelle der Klausel tritt die Regelung, welche die Parteien bei

50 Vgl. *Grüneberg*, in: Grüneberg, BGB, Überbl. v § 305 Rn. 15.

51 Vgl. BGH v. 15. 05. 1986 – IX ZR 96/85 – WM 1986, 961, 962; BGH v. 17. 03. 1994 – IX ZR 102/93 – WM 1994, 784, 785; BGH v. 20. 10. 1994 – III ZR 76/94 – NJW-RR 1995, 179, 180.

52 Vgl. BGH v. 23. 03. 1988 – VIII ZR 58/87 – BGHZ 104, 82, 88 = WM 1988, 821, 823; BGH v. 15. 06. 1989 – VII ZR 205/88 – BGHZ 108, 52, 56 = WM 1989, 1429, 1431; BGH v. 09. 07. 1992 – VII ZR 7/92 – BGHZ 119, 152, 172 = WM 1992, 1948, 1953; BGH v. 21. 04. 2009 – XI ZR 78/08 – BGHZ 180, 257, 262 = WM 2009, 1077, 1078.

53 Vgl. BGH v. 29. 04. 2008 – KZR 2/07 – BGHZ 176, 244, 250 = WM 2008, 1465, 1467; BGH v. 30. 03. 2010 – IX ZR 200/09 – BGHZ 185, 133, 140 = WM 2010, 1022, 1025; tendenziell ebenso bereits BGH v. 11. 02. 1992 – XI ZR 151/91 – WM 1992, 395, 397; OLG München NJW-RR 1998, 393, 395.