

MÜNSTERISCHE BEITRÄGE ZUR RECHTSWISSENSCHAFT

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster durch die Professoren
Dr. Hans-Uwe Erichsen Dr. Helmut Kollhosser Dr. Jürgen Welp

Band 24

Die Akzessorietät des Pfandrechts

Eine Untersuchung zur Pfandrechtskonstruktion
in Theorie und Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts

Von

Wolfgang Mincke



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

WOLFGANG MINCKE

Die Akzessorietät des Pfandrechts

MÜNSTERISCHE BEITRÄGE ZUR RECHTSWISSENSCHAFT

**Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster durch die Professoren
Dr. Hans-Uwe Erichsen Dr. Helmut Kollhosser Dr. Jürgen Welp**

Band 24

Die Akzessorietät des Pfandrechts

Eine Untersuchung zur Pfandrechtskonstruktion
in Theorie und Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts

Von

Wolfgang Mincke



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung
der Juristischen Fakultät der Universität Münster gedruckt
mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Mincke, Wolfgang:

Die Akzessorietät des Pfandrechts: e. Unters.
zur Pfandrechtskonstruktion in Theorie u. Gesetz-
gebung d. 19. Jh. / von Wolfgang Mincke. — Berlin:
Duncker und Humblot, 1987.

(Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft;
Bd. 24)

ISBN 3-428-06145-4

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1987 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin 61

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3-428-06145-4

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
-------------------------	----

Erstes Kapitel

Die Akzessorietät im geltenden Pfandrecht	14
--	----

I. Der Gleichlauf von Forderung und Pfandrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch	14
1. Gleichlauferscheinungen	15
2. Abweichungen vom Gleichlauf	16
II. Die Akzessorietät des Pfandrechts in der neueren Wissenschaft	17
1. Wieacker	19
2. Wolff / Raiser	20
3. Westermann	22
4. Baur	24
5. Heck	26
6. v. Lübtow	28
III. Die Akzessorietät als Dogma	29
1. Gleichlauferscheinung und Akzessorietätswirkung	29
2. Wirkungen der Akzessorietät	31
a) Übergangs- und Erlöschensakzessorietät	31
b) Entstehungsakzessorietät	31
c) Umfangsakzessorietät	31
d) Durchsetzungsakzessorietät	32
3. Die Selbständigkeit der Akzessorietätswirkungen	32
a) <i>accessio</i>	34
b) Der Sicherungszweck	34
c) Akzessorietät und Gesamtschuld	36

Zweites Kapitel

**Die Akzessorietät in den
Pfandrechtsentwürfen des gemeinen Rechts** 39

I. Die Grundlage der Pfandrechtsentwürfe im klassischen römischen und im deutschen Recht	39
1. Die Akzessorietät des römischen Pfandrechts	39
a) Formen der dinglichen Sicherung	39
(a) Die <i>fiducia cum creditore contracta</i>	40
(b) Das <i>pignus (hypotheca)</i>	40
(c) Die <i>aestimatio</i>	42
b) Die Akzessorietät des <i>pignus</i>	42
(a) Die Wirkungsweise der Akzessorietät	44
(b) Der Umfang der Akzessorietät	45
(1) Entstehungsakzessorietät	45
(2) Erlöschensakzessorietät	45
(3) Der Streit um die Pfandbefreiungsklausel	46
(c) Hypothekarische Sukzession und Akzessorietät	49
2. Der Sicherungszweck des deutschen Pfandrechts	50
a) Das deutsche Pfandrecht als „Kauf auf Wiederkauf“	50
b) Ältere und neuere Satzung (Albrecht)	51
c) Die Pfandrechtsbindung bei Meibom	53
(a) Die Satzung als Strafgeding	54
(b) Die Satzung als Tauschgeschäft	55
(c) Die Satzung als Anweisung von Exekutionsgegenständen	55
d) Das akzessorische deutsche Pfandrecht bei Stobbe	56
e) Pfandrechtskonstruktion und Akzessorietät in der Lehre von Schuld und Haftung	57
(a) Schuld und Haftung	57
(1) Schuld	58
(2) Haftung	58
(b) Reine Sachhaftung durch Pfandsetzung	59
(c) Akzessorietät und reine Sachhaftung	60
(d) „Schuld“ als Tatsache	61
II. Pfandrecht, subjektives Recht und Akzessorietät im gemeinen Recht	63
1. Büchel – das Pfandrecht als <i>obligatio rei</i>	65
a) Das obligatorische Pfandrecht im System der subjektiven Rechte (Das dingliche Forderungsrecht)	65
b) Büchels System der subjektiven Rechte	67
c) Die Akzessorietät des obligatorischen Pfandrechts	68
d) Das wissenschaftliche Umfeld des obligatorischen Pfandrechts	70

2. Das Pfandrecht als <i>ius in re</i> (Dernburg)	72
a) Das Pfandrecht unter den subjektiven Rechten	72
(a) Obligatorische Rechte	72
(b) Die Dinglichkeit des Pfandrechts	73
(c) Die Bezeichnung des Pfandrechts als <i>obligatio</i> in den Quellen	74
b) Die Akzessorietät des dinglichen Pfandrechts	75
(a) Das Verhältnis des Pfandrechts zur Forderung	75
(1) Die Forderung als Voraussetzung für die Entstehung des Pfandrechts	75
(2) Das für eine nichtige oder einredebehaftete Forderung bestellte Pfandrecht	78
(3) Der Umfang der durch das Pfandrecht gesicherten Forderung	79
(4) Der Übergang des Pfandrechts mit der Forderung	80
(5) Die Wirkung des Erlöschens der Forderung	81
(b) Der dogmatische Gehalt der Akzessorietät bei Dernburg	81
(1) Entstehungsakzessorietät	82
(2) Übergangsakzessorietät	83
(3) Erlöschensakzessorietät	84
(4) Durchsetzungs- und Umfangsakzessorietät	84
c) Zusammenfassung	85
III. Die Notwendigkeit der Akzessorietät des dinglichen Pfandrechts	86
1. Akzessorietät und subjektive Rechte	86
a) Das subjektive Recht als Beziehung	86
b) Das subjektive Recht als rechtliche Zuordnung	88
c) Der zuordnende Gehalt subjektiver Rechte bei Savigny	90
d) Subjektive Rechte als Wert- und Substanzrechte	93
(a) Dingliche Rechte als reine Substanzrechte	94
(b) Obligatorische Rechte als Wertzuweisung	96
(1) Obligatorische Rechte als Wertrechte	96
(2) Obligatorische Rechte als Zuweisung eines Wertes	97
e) Die Akzessorietät als Ersatz eines dinglichen Wertrechts	103
2. Die Akzessorietät des Forderungspfandrechts	107
a) Eigentliches und uneigentliches Pfandrecht (Pfandrecht im engeren und im weiteren Sinne)	109
b) Sohm: Das Pfandrecht zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten	111
c) Bremer: Das einheitliche Pfandrecht als Recht am Recht	114
(a) Rechte an Rechten	114
(b) Das Sachenpfandrecht als Recht an einem Recht	115
(c) Die Dinglichkeit des Forderungspfandrechts	117
d) Die Akzessorietät des dinglichen Forderungspfandrechts	118

IV. Brinz: Das Pfandrecht in der Lehre von Schuld und Haftung	121
1. Die Vermögensrechte in der ersten Auflage der Pandekten	121
2. <i>personae obligatio</i> und <i>rei obligatio</i>	122
3. Das Pfandrecht und seine Akzessorietät in Brinz' System der subjektiven Rechte	124
4. Das Verhältnis von Pfandobligation und persönlicher Forderung	127
V. Zusammenfassung zur Akzessorietät des gemeinrechtlichen Pfandrechts ...	129

Drittes Kapitel

Die Pfandrechte in Preußen 132

I. Die Pfandrechte des Allgemeinen Landrechts	132
1. Dinglichkeit und Akzessorietät	132
2. Abweichungen vom gemeinen Recht	133
a) Teilablösung des Pfandes	133
b) Der redliche Erwerb der isolierten Hypothek	136
c) Die Eigentümerhypothek	137
II. Die Reformzeit in Preußen	139
1. Die Grundpfandrechte des Eigentumserwerbsgesetzes in den Entwürfen	139
2. Der Wandel des Rechtsbewußtseins	142
a) Die Pfandrechte als Kreditmittel	144
b) Wertungsordnung und Gestaltungsordnung	147
(a) Die Rechtswirkungen in der Wertungsordnung und in der Gestaltungsordnung	148
(b) Bähr: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund	151
III. Das Verhältnis von Grundpfandrecht und Forderung im preußischen Eigentumserwerbsgesetz von 1872	154
1. Die Regelung der Grundpfandrechte im Eigentumserwerbsgesetz	154
2. Die Selbständigkeit der Grundschild	155
3. Das Verhältnis von Hypothek und Forderung	158
4. Das hypothekarische Wertrecht	160
a) Realobligation	162
b) Dingliches Recht	164
5. Ergebnis	165
IV. Schott: „Über die accessorische Natur des Pfandrechts“	167
1. Die Konstruktion der Grundschild	167
2. Die Akzessorietät der Pfandrechte	169

*Viertes Kapitel***Die Akzessorietät der Pfandrechte
in den Entwürfen zum Bürgerlichen Gesetzbuch** 171

I. Die Akzessorietät der Pfandrechte im ersten Entwurf	172
1. Die dogmatischen Voraussetzungen der Pfandrechtskonstruktion	172
a) Die subjektiven Rechte in den Motiven	172
b) Die Pfandrechtskonstruktion	173
c) Die Akzessorietät	174
2. Das Verhältnis der Pfandrechte zur gesicherten Forderung	178
a) Akzessorietätsfälle beim Fahrnispfandrecht	178
b) Akzessorietätsfälle bei der Hypothek	179
II. Die Akzessorietät der Pfandrechte im zweiten Entwurf	183
1. Wertelemente der Hypothek	186
a) Begriffsbestimmung	186
b) Gesamthypothek	188
c) Eigentümerhypothek	189
2. Die Akzessorietät der Hypothek	191
a) Entstehungsakzessorietät	191
b) Übergangsakzessorietät	192
c) Erlöschensakzessorietät	193
d) Umfangsakzessorietät	194
III. Die Möglichkeit einer rein dinglichen Hypothek	194
1. Die Hypothek als Wertrecht	197
2. Die Hypothek als Recht am Wertteil	198
IV. Zusammenfassung zur Akzessorietät der Pfandrechte im Bürgerlichen Ge- setzbuch	201
Schlußbetrachtung	204
Literaturverzeichnis	207

Einleitung

Die vorliegende Untersuchung will zeigen, daß die Akzessorietät notwendig ist für ein Pfandrecht, das auf der Grundlage der gemeinrechtlichen Dogmatik steht.

Die Akzessorietät dinglicher Sicherungsrechte ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur wenig behandelt worden. Gegen Ende des vorigen Jahrhunderts hatten vier umfangreichere Abhandlungen die Akzessorietät des Pfandrechts zum Thema. Die erste, „Über die accessorische Natur des Pfandrechts“ von H. Schott, erschien im Jahre 1877¹. Die Akzessorietät war danach Gegenstand von drei Dissertationen, die alle im Jahre 1895 erschienen². Danach behandelte Gadow die Akzessorietät des Fahrnispfands in einem Aufsatz, der sich mit der Darstellung der Pfandrechte in Hecks Lehrbuch des Sachenrechts auseinandersetzte (s. u. 1. Kap. II 5)³. Mit Ausnahme der Abhandlung von Schott (dazu 3. Kap. IV) geben diese Untersuchungen im wesentlichen den jeweils zu ihrer Zeit herrschenden Meinungsstand wieder.

Die Darstellungen des geltenden Sachenrechts gehen regelmäßig mehr oder minder ausführlich auch auf die Akzessorietät der Pfandrechte ein. Besonders eingehend hat sich Heck in seinem Lehrbuch des Sachenrechts mit ihr befaßt, der im Ergebnis allerdings ein Akzessorietätsdogma leugnet. In letzter Zeit haben Medicus⁴ und Gernhuber⁵ den Akzessorietätsgrundsatz – unter Einschluß der Akzessorietät der Bürgschaft – in Übersichten dargestellt.

Ein Vergleich der Darstellungen ergibt den Befund, daß über die Akzessorietät des Pfandrechts kaum eine gesicherte Aussage gemacht werden kann. Alle Darstellungen stimmen darin überein, daß das Pfandrecht in bestimmten Beziehungen mit der Forderung, die es sichert, verknüpft ist. Über diese sehr allgemeine Feststellung hinaus gibt es in der Literatur aber nur noch

¹ Jherings Jahrbücher 15 (1877), S. 1 ff.

² Petzall, Die Abweichungen von der accessorischen Natur des Pfandrechts, Diss. Göttingen 1895; Baum, Der accessorische Charakter des Pfandrechts, Diss. Erlangen 1895; Siller, Der accessorische Charakter des Pfandrechts nach römischem Recht und den modernen Hypothekenordnungen, Diss. Erlangen 1895.

³ Die Akzessorietät des Fahrnispfandrechts, Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht 1938, S. 111 ff.

⁴ JuS 1971, S. 497 ff.

⁵ Bürgerliches Recht, S. 101 ff.

eine Vielzahl auseinanderstrebender Meinungen. Es besteht keine Einigkeit, ob die Akzessorietät überhaupt nötig ist, um die Bindung des Pfandrechts an die Forderung zu erklären. Auch dort, wo von einer besonderen Bindung ausgegangen wird, sind die Ansichten zu Wirkungsweise und Umfang der Bindung verschieden. Im Einzelfall, beim gutgläubigen Erwerb der Hypothek nach § 1138 beispielsweise, ist streitig, ob die gesetzliche Regelung den Akzessorietätsgrundsatz bestätigt oder ihm widerspricht.

Die Auseinandersetzung mit der Akzessorietät des Pfandrechts hat eine besondere Schwierigkeit. Die Akzessorietät ist ein Teil der Pfandrechtskonstruktion. In der Konstruktion des Pfandrechts ist aber bei weitem nicht nur die Akzessorietät problematisch. Ungeklärt ist bis heute, ob die verschiedenen Formen des Pfandrechts überhaupt in einer einheitlichen Konstruktion erfaßt werden können. Zu den ungelösten Fragen gehört beispielsweise, ob das Forderungspfandrecht wie das Sachenpfandrecht als dingliches Recht verstanden werden kann. Wenn das Pfandrecht an einer Forderung selbst ein obligatorisches Recht ist, wird man zwei verschiedene Pfandrechte, ein dingliches Sachenpfandrecht und ein schuldrechtliches Forderungspfandrecht annehmen müssen⁶.

Im vorigen Jahrhundert war die Konstruktion des Pfandrechts heftig umstritten. Der Streit brachte aber keine Lösung, die sich allgemein durchgesetzt hätte. Resignation klang an, wenn Exner schließlich feststellte, daß der Kreis möglicher Konstruktionen nunmehr abgeschritten sei⁷. Kohler verwarf in einem Bausch alle ihm vorliegenden Versuche, das Pfandrecht zu konstruieren⁸.

Das Bürgerliche Gesetzbuch brachte für die Pfandrechtsdiskussion keinen Fortschritt; es entschied die Probleme nicht. Es komplizierte die Situation noch, indem es Grund- und Fahrnispfandrecht auseinanderzog. Die Trennung von Hypothek, Grundschuld und Fahrnispfand stellt auch die Einheit des Sachenpfandrechts in Frage. Zwar spricht man heute in weitgehender Übereinstimmung von Pfandrechten als „dinglichen Verwertungsrechten“, über die Gleichartigkeit oder Verschiedenheit der dogmatischen Konstruktion ist mit dieser Kennzeichnung aber noch nichts gesagt⁹.

Seit dem Beginn der Diskussion im vorigen Jahrhundert sind die Versuche, eine dogmatisch befriedigende Konstruktion für das Pfandrecht zu finden, regelmäßig auf dieselbe Schwierigkeit gestoßen. Das Pfandrecht sperrt sich gegen eine Einordnung in die herkömmliche Systematik der subjektivi-

⁶ Vgl. Larenz, AT, § 13 II 10.

⁷ Exner, S. 5; vgl. die Darstellung bei Wiegand, Entwicklung, S. 1 ff.

⁸ Kohler, Forschungen, S. 44.

⁹ Eine Übersicht der Konstruktionsversuche gibt Lübtow in den Fußnoten, s. insb. Fn. 46, 48, 49, 68.

ven Rechte. Der Rahmen der subjektiven Rechte mit seiner Einteilung in dingliche und persönliche oder absolute und relative Rechte scheint für das Pfandrecht zu eng. An dieser Stelle muß jeder Versuch einer Lösung des Pfandrechtsproblems ansetzen¹⁰.

Die Auseinandersetzung mit der pfandrechtlichen Akzessorietät hat Voraussetzungen auf zwei Ebenen. Die Akzessorietät ist in die Konstruktion des Pfandrechts einzuordnen, das Pfandrecht wiederum muß in einem System der subjektiven Rechte erklärt werden. Darin, daß die Voraussetzungen auf beiden Ebenen nicht geklärt sind, liegt wohl der Grund für die Zurückhaltung der Wissenschaft. Die Akzessorietät blieb im Schatten anderer Probleme, die vorrangig zu lösen waren¹¹.

Die nicht geklärten Voraussetzungen geben dem Thema „Akzessorietät“ aber auch einen besonderen Reiz. Es zeichnen sich zwei mögliche Ergebnisse ab: Es kann sich ergeben, daß die Akzessorietät nur ein Notbehelf ist. In einer nicht durchschauten dogmatischen Situation hat man zur Akzessorietät gegriffen, um eine Lücke in der Pfandrechtskonstruktion zu schließen. Es kann aber auch sein, daß die Akzessorietät Schlußstein einer folgerichtigen Konstruktion ist. In beiden Fällen läßt sich aber erwarten, daß aus der Untersuchung der Akzessorietät, die an einem vorgeschobenen Punkt der rechtlichen Systematik steht, Aufschlüsse für unser Verständnis des Pfandrechts wie auch des subjektiven Rechts zu gewinnen sind.

Die vorliegende Untersuchung hat ihren Schwerpunkt in der Diskussion der Gemeinrechtswissenschaft des vorigen Jahrhunderts, in der unser Verständnis des Pfandrechts geprägt worden ist. Den Weg zum Zustand des geltenden Rechts verfolgt sie über die Entwicklung der preußischen Gesetzgebung, in der die Ausgestaltung der Grundpfandrechte im Bürgerlichen Gesetzbuch maßgeblich vorbereitet wurde¹². Die Untersuchung will auf diesem Wege zur Klärung der Grundlagen unseres geltenden Rechts beitragen.

¹⁰ Vgl. Wiegand, Entwicklung, S. 14.

¹¹ Vgl. Wiegand, Entwicklung, S. 10 Fn. 50; vgl. auch dessen Mahnung zur rechtspolitisch notwendigen Klärung der anstehenden Probleme in Wiegand, Akzessorietät.

¹² Für einen Überblick über die Entwicklung in den übrigen Partikularrechten und für die herausragende Bedeutung der Entwicklung in Preußen vgl. Buchholz, Quellen, insb. S. 257 ff.