

# De accessoiriteit van de Duitse Grundschild<sup>1</sup>

## Inleiding

Aan het einde van de 19<sup>e</sup> eeuw hebben de ontwerpers van het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) drie typen zekerheidsrechten op onroerende zaken gecodificeerd, twee typen hypotheek, de Verkehrshypothek en de Sicherungshypothek, en daarnaast de Grundschild. Traditioneel wordt in Duitse literatuur gesteld dat de Hypothek een accessoire zekerheid is en dat de Grundschild een niet-accessoire zekerheid is.<sup>2</sup> Die eerste opmerking dat de Hypothek accessoir zou zijn, is in rechtsvergelijkend perspectief buitengewoon misleidend.<sup>3</sup> Alleen de Sicherungshypothek is te beschouwen als een accessoire vorm van Hypothek, de Verkehrshypothek is daarentegen grotendeels niet-accessoir.

In 2008 heeft de Duitse wetgever de regeling van de Sicherungsgrundschild veranderd. Daarbij is de Sicherungsgrundschild op het belangrijke punt van executie een accessoire zekerheid geworden. De aanleiding was het misbruik dat gemaakt werd van het niet-accessoire karakter van de Grundschild. Het ontbreken van accessoriteit maakte het mogelijk om na overdracht van het zekerheidsrecht de zekerheid uit te winnen voor een groter bedrag dan door de schuldenaar verschuldigd was. Om de vraag te beantwoorden waarom de regeling van de Grundschild dergelijk misbruik mogelijk maakte, moeten we allereerst de oorsprong bekijken van de niet-accessoire zekerheidsrechten die eind 19<sup>e</sup> eeuw in het BGB gecodificeerd werden.

## 1 De oorsprong van de niet-accessoire hypotheek

De oorsprong van de Duitse niet-accessoire Verkehrshypothek en Grundschild ligt in de wijze waarop met name in Pruisen en Mecklenburg vanaf de tweede helft van de 18<sup>e</sup>

---

<sup>1</sup> De auteur is veel dank verschuldigd aan Prof. W. Brehm voor zijn waardevolle commentaar op een eerdere Engelstalige versie van dit artikel. De Engelstalige versie van dit artikel is iets uitvoeriger en zal verschijnen in de Edinburgh Law Review van 2012.

<sup>2</sup> Dit is in vrijwel elk handboek over Sachenrecht te vinden. Zie bijvoorbeeld M. Wolff en L. Raiser, Sachenrecht, 10<sup>e</sup> druk, Tübingen 1957, § 132; W. Brehm en Chr. Berger, Sachenrecht, 2<sup>e</sup> druk, Tübingen 2006, nr. 16.28; J.F. Baur en R. Stürner, Sachenrecht, 18e druk, München 2009, § 36, Rn. 59; P. Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 7e druk, Heidelberg 2007, nr. 101.

<sup>3</sup> Zie voor een genuanceerder beeld: Münchener Kommentar zum BGB/Eickmann, 5<sup>e</sup> druk, München 2009, § 1113, Rn. 80-82.

eeuw zekerheidsrechten werden verleend op onroerende zaken. Pruisen lag bij deze ontwikkeling weliswaar voorop maar het meest volmaakte model van de niet-accessoire hypotheek werd in de 19<sup>e</sup> eeuw ontwikkeld in Mecklenburg.

Eind 18<sup>e</sup> eeuw heerste een grote behoefte aan krediet in het oosten van Duitsland, onder andere als gevolg van de zevenjarige oorlog. Vele eigenaren van zogenaamde Rittergüter hadden te weinig geld om hun landbouwgrond te exploiteren en konden nauwelijks aan krediet komen tegen aanvaardbare condities.<sup>4</sup> In deze tijd werd krediet rechtstreeks door vermogende particulieren verleend aan de debiteur, niet door banken. Meestal trad een bankiershuis op als bemiddelaar tussen crediteur en debiteur. De bankier bracht partijen bij elkaar, maar trad niet zelf op als crediteur. Ook waren er beurzen die een paar keer per jaar op de traditionele vervaldagen van leningen werden gehouden en waarop aflopende of opgezegde kredieten terugbetaald moesten worden en nieuwe kredieten verkregen konden worden.<sup>5</sup> Voor een goed begrip van de ontwikkeling van de niet-accessoire hypotheek is het van fundamenteel belang dat we ons voor ogen houden dat deze hypotheek is ontwikkeld om een kredietsysteem te faciliteren waarin niet banken hypothecair krediet verlenen maar particulieren, een systeem dus dat gebaseerd is op 'individueel krediet'.

Een groot obstakel voor crediteuren was het feit dat de grondboekhouding in vele Duitse rechtsstelsels tot ver in de 18<sup>e</sup> eeuw vaak zeer gebrekkig was en dat vaak niet was na te gaan of, en zo ja, voor welk bedrag er reeds een zekerheidsrecht op de betreffende onroerende zaak lag. Zo was in Mecklenburg<sup>6</sup> voor de vestiging van een hypotheek geen inschrijving in een openbaar register vereist.<sup>7</sup> Ook bestonden er allerlei voorrechten (zoals generale hypotheeken) die voorrang hadden maar nergens geregistreerd waren.<sup>8</sup> Bovendien was het faillissementsrecht vaak gebrekkig geregeld zodat executie van het zekerheidsrecht erg lastig was. Mecklenburg had eind 18<sup>e</sup> eeuw geen faillissementswet.<sup>9</sup> Voorstellen om een dergelijke wet en een openbaar register voor hypotheeken in te voeren werden verworpen. Vele grootgrondbezitters vreesden dat door de oprichting van een openbaar register de fiscus een beter inzicht in hun vermogen zou krijgen en meer belasting zou gaan heffen.<sup>10</sup>

Door deze onzekerheden zagen crediteuren zich genoodzaakt een relatief hoge rente voor hun leningen te vragen. Daardoor was krediet vaak niet tegen betaalbare voorwaarden

<sup>4</sup> G. Körber, Das Kreditwesen des ritterschaftlichen Grundbesitzes in Mecklenburg nach dem Siebenjährigen Kriege bis zur Gründung des Ritterschaftlichen Kreditvereins im Jahre 1819, in: Jahrbücher des Vereins für Mecklenburgische Geschichte und Altertumskunde, deel 93 (1929), pp. 153-266, p. 164-175 en 209-210;

<sup>5</sup> G. Körber, Das Kreditwesen des ritterschaftlichen Grundbesitzes in Mecklenburg, p. 163-164.

<sup>6</sup> G. Körber, Das Kreditwesen des ritterschaftlichen Grundbesitzes in Mecklenburg, p. 177 en 180.

<sup>7</sup> In Pruisen was daarentegen reeds zeer lang inschrijving een constitutief vereiste voor vestiging van een hypotheekrecht. Deze eis was al te vinden in het Landrecht für das Herzogtum Preußen, in Boek 4, Titel 5 § 1. Zie M. Weyermann, Zur Geschichte des Immobiliarkreditwesens in Preußen, Karlsruhe 1910, p. 8.

<sup>8</sup> Weyermann, Zur Geschichte des Immobiliarkreditwesens in Preußen, p. 5.

<sup>9</sup> G. Körber, Das Kreditwesen des ritterschaftlichen Grundbesitzes in Mecklenburg, p. 179-194.

<sup>10</sup> G. Körber, Das Kreditwesen des ritterschaftlichen Grundbesitzes in Mecklenburg, p. 194-200.

beschikbaar. Een tweede groot probleem voor debiteuren in Mecklenburg was dat de kredieten meestal voor een korte termijn (half jaar) verleend werden en dus op korte termijn opgezegd konden worden.<sup>11</sup> Het was destijds niet gebruikelijk dat crediteuren voor een langere periode geld uitleenden. Wanneer de kredietwaardigheid van hun debiteur verslechterde of wanneer zich elders een betere investeringsmogelijkheid voordeet, kon de crediteur zonder termijnstelling het krediet opzeggen en terugvragen tegen het einde van de krediettermijn.

Om krediet op grotere schaal, tegen lagere rente<sup>12</sup> en voor een langere termijn beschikbaar te maken was een betere kredietbemiddeling nodig en meer zekerheid voor crediteuren. Daartoe werd onder andere nieuwe wetgeving ingevoerd op het gebied van het hypotheekrecht, faillissementsrecht en de grondboekhouding, en werden instituten opgericht die als een soort bemiddelaar optraden tussen de eigenaren van Rittergüter en crediteuren: de zogenaamde Landschaften.<sup>13</sup> Deze brede ontwikkeling kan worden samengevat onder de term Bodenmobilisierung, dat wil zeggen het beschikbaar en verhandelbaar maken van de waarde van de grond. Deze Bodenmobilisierung werd vanaf de tweede helft van de 19<sup>e</sup> eeuw een centraal thema in de Duitse economische en juridische wetenschap.<sup>14</sup>

Elke Landschaft had haar eigen wetgeving maar in het algemeen functioneerden deze Landschaften als bemiddelaar van krediet en niet als verstrekker van krediet.<sup>15</sup> Zij waren in het algemeen niet te vergelijken met banken. Vaak waren alle eigenaren van Rittergüter in het gebied waarvoor de Landschaft was opgericht verplicht lid van de Landschaft en stonden zij allen garant voor de schulden van de kredieten die via de Landschaft werden verleend, zelfs als zij zelf geen geld hadden geleend. De eerste Landschaft werd opgericht in Silezië in 1769, een gebied dat bijzonder zwaar door de zevenjarige oorlog was getroffen.<sup>16</sup>

De Silezische Landschaft verstreekte aan de debiteuren die geld nodig hadden geen geld maar zogenaamde Pfandbriefe. De debiteur moest zelf zien een crediteur te vinden en deze Pfandbriefe te gelde te maken. Aanvankelijk werden in de Pfandbriefe de onroerende zaken genoemd die ter verzekering van de Pfandbrief aan de houder van de Pfandbrief

<sup>11</sup> G. Körber, Das Kreditwesen des ritterschaftlichen Grundbesitzes in Mecklenburg, p. p. 163-164, 175, 210. In Pruisen werden kredieten voor langere termijn verstrekt maar zelden voor meer dan 10 jaar. Kredieten met een looptijd langer dan 10 jaar kwamen pas op na de invoering van de Hypothekenordnung van 1750. Zie Weyermann, Zur Geschichte des Immobiliarkreditwesens in Preußen, p. 219.

<sup>12</sup> Zie Weyermann, Zur Geschichte des Immobiliarkreditwesens in Preußen, p. 220.

<sup>13</sup> W. von Brünneck, Die Pfandbriefsysteme der preußischen Landschaften, Berlin 1910.

<sup>14</sup> H. Schulz, Zur Entwicklung des Grundpfandrechts in der Schweiz, in: Coing/Wilhelm (red.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Band III, Die rechtliche und wirtschaftliche Entwicklung des Grundeigentums und des Grundkredits, Frankfurt a.M 1976, p. 373 e.v.

<sup>15</sup> E. Klein, Deutsche Bankengeschichte, Band 1, Von den Anfängen bis zum Ende des alten Reiches (1806), Frankfurt am Main 1982, p. 298.

<sup>16</sup> Door Friedrich der Große opgericht bij Cabinetts-Ordre van 29 augustus 1769.

verhypothekeerd waren. Later werd de Landschaft zelf hypotheekhouder in plaats van de houders van de Pfandbriefe maar golden voorschriften die moesten verzekeren dat de houders van Pfandbriefe zich exclusief op alle hypothecaire vorderingen konden verhalen.

## 2 De Mecklenburgse *selbständige* (niet-accessoire) hypotheek

Niet alleen in Silezië maar ook in Mecklenburg had de zevenjarige oorlog grote schade aangebracht en een groot gebrek aan krediet veroorzaakt. Om meer krediet beschikbaar te krijgen tegen gunstige voorwaarden werd nieuwe wetgeving ingevoerd waarbij een systeem van grondboekhouding (Hypothekbuch) werd ingevoerd en een hypotheekrecht dat grotendeels niet-accessoir was: de zogenaamde 'selbständige Hypothek'. Deze wetgeving gold alleen voor Rittergüter: voornamelijk agrarisch land in handen van adellijke families. De eerste versie van deze wet heette de Ritterschaftliche Hypothekenordnung (1819) en de tweede versie de Revidierte Ritterschaftliche Hypothekenordnung (RRHO) (1848).<sup>17</sup>

De niet-accessoriteit uitte zich hierin dat verweren van de debiteur alleen tegen een opvolgend crediteur (cessionaris) konden worden ingeroepen wanneer zij uit de Hypothekenbrief waren af te leiden. In andere gevallen kon een verweer niet tegen de cessionaris worden tegengeworpen. Men denke bijvoorbeeld aan het verweer dat de geleende penningen nog niet (geheel) waren uitgekeerd aan de debiteur of het verweer dat de geleende som al geheel of gedeeltelijk was terugbetaald. Deze onafhankelijkheid van de onderliggende rechtsverhouding tussen de debiteur en zijn oorspronkelijke crediteur was gebaseerd op de gedachte van het öffentliche Glaube van het openbaar register en op een parallel die getrokken werd met het wisselrecht. De hypothecaire vordering en het bijbehorende hypotheekrecht werden in een document neergelegd dat, zoals een orderpapier, gemakkelijk overdraagbaar was. Dat vereiste een abstractie van de onderliggende rechtsverhouding. De vordering en het hypotheekrecht moesten geldig zijn ondanks gebreken in de rechtsverhouding waarop de vordering en het hypotheekrecht gebaseerd waren en zij mochten niet gehinderd worden door eventuele verweren waarvan de cessionaris het bestaan niet eenvoudig kon kennen.

Deze abstractie werd op twee manieren bereikt. Allereerst door de accessoriteit opzij te zetten en ten tweede door de geldigheid van de vestigingshandeling te abstraheren van de geldigheid van de onderliggende rechtsverhouding die tot vestiging verplicht: het Abstraktionsprinzip. Ondanks dat niet-accessoriteit en abstractie theoretisch van elkaar moeten worden onderscheiden,<sup>18</sup> zijn zij beide in het Duitse recht ingezet voor hetzelfde doel: onafhankelijkheid van de onderliggende rechtsverhouding.

De hypotheekbrief kon niet aan toonder worden gesteld omdat de uitgifte van

<sup>17</sup> Großherzoglich Mecklenburg-Schwerinsches offizielles Wochenblatt 1819, nr. 32 resp. 1848, nr. 51.

<sup>18</sup> A. Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, Tübingen 1996, p. 18.

toonderpapier voorafgaande toestemming van de overheid vereiste.<sup>19</sup> Om toch een vergelijkbaar resultaat te bereiken werd een sluiproute gebruikt: de papieren werden blanco gecedeerd of geëndosseerd. De laatste houder, diegene die het recht wilde gaan uitoefenen, vulde zijn naam in op de bijbehorende overdrachtsakte en kon daarna zijn rechten uit het papier inroepen. Formeel golden de hypotheekbrieven niet als orderpapieren maar in de praktijk functioneerden zij wel als zodanig.<sup>20</sup>

Ondanks de oprichting van de Landschaften als bemiddelaars van leningen bleven individuele leningen wijdverbreid. In tijden van hoogconjunctuur maakten vele eigenaren van Rittergüter in de 19<sup>e</sup> eeuw gebruik van individuele leningen. Mede dankzij de grotere zekerheid voor hypotheekhouders werden hypotheekbrieven gezien als een gemakkelijke en veilige belegging voor particulieren. In tijden van laagconjunctuur was echter weinig individueel krediet beschikbaar en werd geld voornamelijk via de Landschaften geleend. Pas vanaf de landbouwcrisis van de jaren 1870 heeft de kredietverlening via de Landschaften zich definitief kunnen doorzetten ten koste van het individuele krediet.<sup>21</sup>

Diegenen die niet in een kredietorganisatie als een Landschaft of Stadtschaft (voor stedelijke onroerende zaken) verenigd waren, konden oorspronkelijk uitsluitend gebruik maken van individueel krediet. Maar vanaf de tweede helft van de 19<sup>e</sup> eeuw kwam het fenomeen van de hypotheekbank op. Ondanks deze ontwikkelingen bleef het individuele krediet erg populair. De Landschaften werkten zeer langzaam en bureaucratisch en berekenden hoge kosten. Bovendien hanteerden zij een beleningsgrens die vaak zeer conservatief op de helft van de geschatte waarde van de onroerende zaak was gesteld.<sup>22</sup> Aan de andere kant werden de commerciële banken met argusogen bekeken vanwege het feit dat zij primair op winst gericht waren.<sup>23</sup>

Beide versies van de Ritterschaftliche Hypothekenordnung waren geschreven voor het individuele krediet waarbij de belangrijke innovaties bestonden uit de derdenbescherming van diegene die op de inhoud van het register en op de hypotheekbrief vertrouwd heeft (RRHO § 25 en 26) en het uitsluiten van de derdenwerking van verweren (RRHO § 27). Deze paragraaf 27 luidt als volgt:

<sup>19</sup> S. Buchholz, *Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht, Zur Geschichte der Auflassung und der Grundschuld*, Frankfurt am Main 1978, p. 260. Ook in Pruisen was toestemming van de regering nodig voor uitgifte van toondervorderingen: Cabinetts-Ordre 17 juni 1833. Zie H. von Poschinger, *Die Lehre von der Befugnis zur Ausstellung von Inhaber-Papieren*, München 1870.

<sup>20</sup> S. Buchholz, *Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht*, p. 258-260; V. von Meibom, *Deutsches Hypothekenrecht*, deel II, *Mecklenburgisches Hypothekenrecht*, Leipzig 1871, p. 145-146 en 239-240.

<sup>21</sup> S. Buchholz, *Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht*, p. 211-212; H. Pohl, *Banken und Bankgeschäfte bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts*, hoofdstuk C II van H. Pohl (red.), *Europäische Bankengeschichte*, Frankfurt am Main 1993, p. 210.

<sup>22</sup> Later, eind 19<sup>e</sup> werd de beleningsgrens eeuw in ieder geval voor landbouwgrond gesteld op 2/3 van de geschatte waarde. Zie S. Buchholz, *Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht*, p. 229-231.

<sup>23</sup> S. Buchholz, *Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht*, p. 235; C. Fränken, *Der Staat und die Hypothekenbanken in Preussen*, Leipzig 1904, p. 10.

Im Betreff des Rechtsverhältnisses des Schuldners zu demjenigen, auf welchen eine intabulirte Forderung übertragen worden, wird dagegen ohne Unterschied, ob dieselbe auf denselben umgeschrieben ist oder nicht, das Nachstehende angeordnet.

1) Wider einen neuen Inhaber, der sich als solchen rechtsgehörig legitimirt, und sich im Besitze des Hypothekenscheins befindet, oder dessen Mortifikation bewirkt hat, stehen dem Schuldner überall keine Einwendungen gegen den ursprünglichen Rechtsbestand der eingetragenen Forderung zu, und sind zu Gunsten desselben alle, mithin nicht allein die im §. 29. aufgeführten Einreden ausgeschlossen.

2) Eben so wenig kann demselben irgend eine wider den früheren Inhaber begründete Einrede gegen den fortwährenden Bestand der eingetragenen Forderung (vergl. §. 21, No 1. b. und c.) entgegengesetzt werden.

3) Zur vollen Sicherheit darf mithin der Schuldner nur die Zinsen an den ihm bekannten bisherigen Inhaber der eingetragenen Forderung so lange zahlen, als ihm der Uebergang derselben auf einen Andern nicht angezeigt ist.

Gegen eine Zahlung des Kapitals muß er dagegen die Aushändigung des Hypothekenscheins oder eine bewirkte Mortifikation, so wie im Fall theilweiser Zahlung eine Bemerkung derselben auf dem Hypothekenscheine verlangen. [...]

Deze vergaande derdenbescherming van de cessionaris werd echter beperkt door de *actio doli* en *exceptio doli*, de actie en het verweer van kwade trouw. Wanneer de schuldenaar of eigenaar van de verhypothekeerde zaak kon aantonen dat de cessionaris zijn verweer kende of dat de cessionaris een zwaar verwijt valt te maken dat hij het verweer niet kende (grob fahrlässige Unkenntnis), kon het verweer toch tegen de cessionaris worden ingeroepen.<sup>24</sup>

### 3 Dubbele executie

De verzelfstandiging van het zekerheidsrecht ten opzichte van de verzekerde vordering betekent dat het zekerheidsrecht kan bestaan zonder vordering. Hierdoor ontstaat het gevaar van dubbele executie (doppelte Inanspruchnahme): het gevaar dat de schuldenaar meer moet betalen dan het bedrag van de verzekerde vordering. Dernburg waarschuwde al in de 19e eeuw tegen dit gevaar:

Die Grundsuld kann übrigens trotz ihrer formalen Selbständigkeit materiell der Versicherung einer persönlichen Forderung dienen, welche sich daneben erhält. Aber eine solche Combination führt für den Schuldner die nahe liegende Gefahr mit sich, doppelt zahlen zu müssen. Der Grundeigenthümer wird sich ihr nur äußerstenfalls unterwerfen. Auch der Jurist wird daher im Zweifel eher anzunehmen haben, daß die Constituirung der Grundsuld für einen persönlichen Gläubiger zum Zweck der

<sup>24</sup> S. Buchholz, Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht, p. 256-257.

Hingabe an Zahlungs statt, als daß sie zu dem einer Versicherung geschehen sei.<sup>25</sup>

Consequent doorgevoerd betekent het opgeven van de accessoirititeit dat terugbetaling van de vordering het zekerheidsrecht op geen enkele wijze aantast. Ondanks terugbetaling van de vordering kan de hypotheekhouder zijn zekerheidsrecht executeren voor het in de hypotheekbrief genoemde bedrag. Andersom zou ook moeten gelden dat betaling van de hypotheekbrief niet meebrengt dat de persoonlijke vordering teniet gaat.

Dit gevaar van dubbele executie wordt in literatuur over de niet-accessoire hypotheek uitdrukkelijk aan de orde gesteld. Paragraaf 3, tweede zin van de RRHO geeft als oplossing aan dat de schuldenaar de hoofdsom alleen moet aflossen tegen teruggave van de hypotheekbrief en dat deelbetalingen op de hypotheekbrief moeten worden aangetekend zodat de hypotheekhouder alleen kan executeren voor het lagere restantbedrag. De RRHO gaat er kennelijk van uit dat een deelbetaling van het bedrag op de hypotheekbrief mede de persoonlijke vordering verkleint. Of beter uitgedrukt: de vordering kan niet naast de hypotheekbrief bestaan. Zij is belichaamd in de brief zoals ook het geval bij waardepapieren als obligaties aan toonder. Paragraaf 52 van het Pruisische Gesetz über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbstständigen Gerechtigkeiten (EEG) van 1872 geeft wel een uitdrukkelijke regeling door in § 52 te bepalen:

Die Hypothek kann nur gemeinsam mit dem persönlichen Recht abgetreten werden. Wird eine zur Sicherung eines persönlichen Rechts dienende Grundschuld ohne den persönlichen Anspruch abgetreten, so erlischt letzterer.<sup>26</sup>

Met de term Hypothek wordt in het EEG de accessoire hypotheek bedoeld; met de term Grundschuld het niet-accessoire zekerheidsrecht. In de Mecklenburgse wetgeving werd deze niet-accessoire zekerheid nog met de term Hypothek aangeduid. Het EEG is de eerste wetgeving die de term Grundschuld gebruikt ter aanduiding van de niet-accessoire hypotheek. De eerste zin van § 52 is eigenlijk overbodig gezien het accessoire karakter van de Hypothek. De tweede zin probeert voor de Grundschuld het gevaar van dubbele executie te voorkomen door de verzekerde vordering te laten vervallen bij losse overdracht van de Grundschuld. Vanaf dat moment kan alleen de Grundschuld worden geëxecuteerd. Het is merkwaardig dat deze bepaling niet in het BGB van 1900 is overgenomen.

Tegelijkertijd met de eerste stappen in Mecklenburg naar een niet-accessoire hypotheek werden in de Beierse allgemeine Hypotheken-Ordnung van 1822 de verweren van de schuldenaar onderworpen aan het öffentliche Glaube van de onroerend goed-registratie.

<sup>25</sup> H. Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, vol. 1, Halle 1875, p. 698.

<sup>26</sup> Wettekst zoals afgedrukt in A. Achilles, Die Preußischen Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872, 2<sup>e</sup> druk, Berlijn 1873, p. 111.

De ontwerper van deze Hypotheken-Ordnung, Gönner, wees erop dat wanneer de schuldenaar zijn gehele of dedeeltelijke terugbetaling niet liet registreren in het openbaar register het billijk is dat hij het risico loopt dubbel te moeten betalen.<sup>27</sup> Gönner, die de Beierse hypotheek nog steeds zag als accessoir (§ 2 Hypotheken-Ordnung), realiseerde zich dat het accessoire karakter sterk afgewzakt was door voorrang te geven aan het öffentliche Glaube van het register (in § 26(5) Hypotheken-Ordnung).<sup>28</sup>

#### 4 Codificatie in het Bürgerliches Gesetzbuch en de opkomst van bancaire krediet

In de verschillende landen waaruit het Duitse Rijk is ontstaan kwam zowel de Hypothek als de Grundschuld voor. Zo kende het Pruisische recht vanouds de enigermate accessoire hypotheek en vanaf het EEG van 1872 ook de niet-accessoire Grundschuld, terwijl Mecklenburg, Hamburg en Lübeck alleen de niet-accessoire hypotheek toelieten. In het zuiden van Duitsland overheerste de hypotheek, maar, zoals we boven reeds hebben gezien, de accessoriteit was soms sterkt beperkt (bijvoorbeeld in Beieren). Omdat ieder deel van het Duitse recht zijn eigen vorm van zekerheidsrecht verdedigde en een keuze voor de ene of de andere zekerheidsrecht daardoor onmogelijk leek, hebben de ontwerpers van het Duitse BGB ervoor gekozen om vrijwel alle in de diverse landen van Duitsland voorkomende vormen van zekerheid op onroerende zaken te codificeren. Ieder kon dus de hem vertrouwde wijze van financiering voortzetten. Er was een grote behoefte aan meer keuzevrijheid en dus het verminderen van de starheid die veroorzaakt werd door de *numerus clausus*.<sup>29</sup>

In de meeste landen werd de Hypothek gebruikt, en om die reden is deze rechtsvorm in het BGB neergelegd als archetype van het zekerheidsrecht op onroerende zaken. Voorop stond de *selbständige Hypothek* ofwel *Verkehrshypothek* maar als concessie aan de zuidelijke landen werd ook de *Sicherungshypothek* opgenomen. Reinhold Johow, die van de Eerste Commissie tot het ontwerpen van een BGB de opdracht had gekregen een voorontwerp *Sachenrecht* te maken, wees er terecht op dat van de accessoriteit niet veel overblijft wanneer een hypotheekrecht wordt onderworpen aan de derdenbeschermingsregels van het Grundbuch. Op deze manier wordt namelijk op een belangrijk punt de band tussen vordering en zekerheidsrecht doorgesneden.<sup>30</sup> Bescherming van het vertrouwen op het Grundbuch staat op gespannen voet met de accessoriteit van het

<sup>27</sup> N. Th. Von Gönner, *Motive zu dem Entwurfe der allgemeinen Hypotheken-Ordnung für das Königreich Baiern*, München 1819, p. 130-131; *Commentar über das Hypothekengesetz für das Königreich Baiern*, deel 2, München 1824, p. 305-307.

<sup>28</sup> N. Th. Von Gönner, *Commentar über das Hypothekengesetz für das Königreich Baiern*, deel 1, München 1823, p. 112.

<sup>29</sup> S. Buchholz, *Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht*, p. 398.

<sup>30</sup> R. Johow, *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht, Begründung*, Berlijn 1880, p. 1487.

hypotheekrecht.<sup>31</sup> Naast deze twee vormen van hypotheek werd ook de Grundschild werd in het BGB opgenomen, ondanks het feit dat zij intussen zwaar bekritiseerd werd en haar nut naast de Verkehrshypothek betwifteld werd.

De ontwerpers van het BGB hebben het streven naar Bodenmobilisierung ruim opgevat en gedacht dat dit doel vereist dat derden die op de inschrijving van een hypotheekrecht of Grundschild vertrouwen in hoge mate worden beschermd.<sup>32</sup> Reinhold Johow noemt dit motief uitdrukkelijk<sup>33</sup> en voegt hieraan toe dat uit een enquête in Mecklenburg is gebleken dat de hoeveelheid hypothecair krediet aanzienlijk is toegenomen na invoering in Mecklenburg van de niet-accessoire hypotheek.<sup>34</sup> Johow wijst bovendien op de Motive bij het Pruisische EEG waarin wordt gesteld dat de beperking van verweren tegen de hypotheekhouder een gunstige invloed zal hebben op de bereidheid van geldschieters om zekerheid op onroerende zaken te accepteren.<sup>35</sup>

Ofschoon de ontwerpers van het BGB streefden naar gemakkelijke overdraagbaarheid van deze zekerheidsrechten schrok Johow terug voor het codificeren van een hypotheek aan toonder met als argument dat het recht van hypotheek niet op één lijn kan worden gesteld met aandelen en staatsleningen. Het zou in strijd met de aard het hypotheekrecht zijn om hypotheekrechten op een beurs te verhandelen. Om de handel te laten functioneren zou de hypotheekbrief net als obligaties voorzien moeten worden van een couponblad voor de rentebetalingen. Dit was onder andere in Pruisen toegelaten<sup>36</sup> waarbij het Grundbuchamt als betaaladres fungeerde, maar een goed afwikkelstelsel naar het voorbeeld van de banken heeft zich hier niet kunnen ontwikkelen. Een knellender probleem doet zich voor wanneer de schuldenaar vóór opeisbaarheid zijn schuld wil aflossen. Indien inschrijving van de naam van de nieuwe hypotheekhouder in het Grundbuch niet is vereist, kan hij alleen tussentijds terugbetalen wanneer hij de naam van de hypotheekhouder kan achterhalen.<sup>37</sup>

Johow benadrukt dat ook zonder invoering van de hypotheek aan toonder kwalitatief goede schuldenaren, grootgrondbezitters als eigenaren van Rittergüter en industrie-terreinen, moeiteloos hypothecaire leningen kunnen verkrijgen via Pfandbriefbanken,

<sup>31</sup> S. Buchholz, Abstraktionsprinzip und Grundschild, p. 153.

<sup>32</sup> Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, deel III, Berlijn/Leipzig 1888, pp. 602-603, 607 en 619.

<sup>33</sup> R. Johow, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht, Begründung, Berlijn 1880, p. 1481, in: W. Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht, deel 2, Berlijn/New York 1982.

<sup>34</sup> R. Johow, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht, Begründung, Berlijn 1880, p. 1492.

<sup>35</sup> R. Johow, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht, Begründung, Berlijn 1880, p. 1486.

<sup>36</sup> § 39 EEG.

<sup>37</sup> R. Johow, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht, Begründung, Berlijn 1880, p. 1565-1567 en 1738-1741.

hypotheekbanken, andere kredietinstellingen en andere rechtspersonen. Deze instituten zoeken stabiele en langlopende beleggingen en beogen geen snelle overdraagbaarheid.<sup>38</sup> Wie streeft naar hoge liquiditeit van zijn beleggingen wordt door Johow naar de beurs verwezen.<sup>39</sup> Om bovengenoemde redenen werd ook de sluipweg van blanco endossement ontoelaatbaar geacht. De Eerste Commissie nam het standpunt van Johow over dat Hypotheken en Grundsulden aan toonder en blanco endossement zouden moeten worden uitgesloten.<sup>40</sup> Na felle debatten koos de Tweede Commissie er toch voor om de hypotheek ter verzekering van order- en toondervorderingen (Wertpapierhypothek) op te nemen als ook de Inhabergrundsuld. Deze laatste zou dan wel afhankelijk moeten zijn van toestemming van de regering. Blanco endossement liet de Tweede Commissie niet toe omdat dit de facto op de toelating van toonderpapier neerkomt.<sup>41</sup>

Johow's ontwerp en de uiteindelijke regeling in het BGB lijken innerlijk tegenstrijdig. Aan de ene kant lijkt Johow in te zien dat in zijn tijd krediet in belangrijke mate via kredietinstellingen verleend wordt, en om die reden wil hij hypotheekbrieven niet gelijkstellen met aandelen en obligaties aan toonder. Aan de andere kant is hij van mening dat hypotheekbrieven als investeringscategorie moeten kunnen concurreren met aandelen en obligaties. Om dit doel te bereiken wil hij de verweermiddelen van de debiteur beperken en het öffentliche Glaube in het Grundbuch beschermen.<sup>42</sup> Nu Johow de snelle verhandelbaarheid via blanco-endossement verwerpt en het belang van stabiele investering in hypothecaire leningen benadrukt, had hij ook minder belang moeten hechten aan het uitsluiten van verweermiddelen van de hypotheekgever. Het lijkt wel alsof hij nog steeds denkt aan het oude Mecklenburgse model waarin individuele investeerders in hypotheekbrieven beleggen.

Om hypothecaire leningen gemakkelijk overdraagbaar te maken stelden de ontwerpers van het BGB (reeds Johow in zijn voorontwerp) de zogenaamde Verkehrshypothek voorop als standaardtype, waarbij de accessoireit in belangrijke mate werd opgeheven. Daarnaast werd ook een vorm van Hypothek ontwikkeld die in hoge mate accessoir is: de Sicherungshypothek.<sup>43</sup> In zijn eerste uitwerp uit 1876 wilde Johow niet de Mecklenburgse niet-accessoire hypotheek als model nemen omdat naar zijn mening in bepaalde andere

<sup>38</sup> R. Johow, Vorlage über das Pfandrecht an Grundstücken, Bemerkungen (1876, Nr. 8), p. 12, in: W. Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht, vol. 3, Berlin/New York 1982; R. Johow, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht, Begründung, Berlin 1880, p. 1567.

<sup>39</sup> R. Johow, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht, Begründung, Berlin 1880, p. 1742.

<sup>40</sup> Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, deel III, Sachenrecht, Berlin/Leipzig 1888, p. 783-785 en 793.

<sup>41</sup> Protokolle, p. 527 e.v., 651, 713.

<sup>42</sup> R. Johow, Vorlage über das Pfandrecht an Grundstücken, Bemerkungen (1876, Nr. 8), p. 12, 17-18 en 45.

<sup>43</sup> De *Sicherungshypothek* is niet volledig accessoir. Indien de verzekerde vordering ontbreekt, bestaat het zekerheidsrecht toch maar dan in de vorm van een *Eigentümergrundsuld*.

delen van Duitsland geen behoefte en geen historische basis bestond voor dit type van hypotheek.<sup>44</sup> De regeling van de Grundschild komt er in het BGB bekaaid van af: de meeste wetsartikelen van de Hypothek zijn simpelweg van overeenkomstige toepassing verklaard. De prominente plaats van de Hypothek sloot aan bij de toenmalige kredietpraktijk die de voorkeur gaf aan het hypotheekrecht.<sup>45</sup> De Grundschild werd gecodificeerd als een niet-accessoire zekerheid. Zij kan ook worden gebruikt voor andere doeleinden dan verzekering van een vordering. Wanneer de Grundschild wordt gebruikt als zekerheid voor een vordering heet zij Sicherungsgrundschild.

Zowel de Hypothek als de Grundschild werd in twee vormen toegelaten: als Buchrecht en als Briefrecht. Bij het Buchrecht wordt de gerechtigde in het Grundbuch ingeschreven. Bij elke overdracht moet de nieuwe gerechtigde in het Grundbuch worden ingeschreven zodat in beginsel de gerechtigde in het Grundbuch staat ingeschreven. Bij het Briefrecht blijkt het recht uit het Grundbuch en bovendien uit de akte. Overdracht van de akte vereist geen rectificatie van het Grundbuch. Deze briefzekerheden zijn gecreëerd in navolging van het Mecklenburgs-Pruissische model van verhandelbare aktes. Het BGB stelt deze vorm zelfs voorop: tenzij partijen het opmaken van de akte uitdrukkelijk hebben uitgesloten geldt het zekerheidsrecht als een briefrecht (§ 1116 BGB). In het verleden verkozen banken meestal het Briefrecht, maar tegenwoordig wordt meer en meer de voorkeur gegeven aan het Buchrecht.<sup>46</sup>

## 5 Ontwikkelingen in de 20<sup>e</sup> eeuw

Nog in 1957 schreven Wolff en Raiser dat van de Grundschild slechts weinig gebruik werd gemaakt. Vrijwel alle zekerheidsrechten ter financiering van onroerende zaken hadden de vorm van een Verkehrshypothek.<sup>47</sup> In de decennia daarna heeft de Grundschild steeds meer terrein gewonnen ten koste van de Verkehrshypothek. Vrijwel alle zekerheden on onroerende zaken nemen tegenwoordig de vorm van een Grundschild. De Sicherungshypothek komt in de praktijk nauwelijks voor. De speciale vorm van de Sicherungshypothek ter verzekering van order- en toonderpapieren (Wertpapierhypothek § 1187 BGB) kwam in de jaren '50 van de twintigste eeuw nog voor bij grote bedrijven die hun obligatielening wilden verzekeren met een hypotheekrecht op hun onroerende zaken. De Inhabergrundschild (§ 1195 BGB), het omstreden paradepaardje waarbij de overdraagbaarheid het meest vergaand was ontwikkeld, is in de praktijk vrijwel nooit

<sup>44</sup> R. Johow, Vorlage über das Pfandrecht an Grundstücken, Bemerkungen (1876, Nr. 8), p. 33.

<sup>45</sup> S. Buchholz, Einreden gegen die Grundschild, AcP 2003, pp. 786-817, p. 808.

<sup>46</sup> H. Gaberdiel en M. Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9e druk., Berlijn 2011, Rn. 165. Gladenbeck denkt dat dit wordt veroorzaakt door de bijkomende kosten die in rekening worden gebracht door de Grundbuchadministratie voor het afgeven van de Hypothek- of Grundschildbrief.

<sup>47</sup> M. Wolff en L. Raiser, Sachenrecht, 10<sup>e</sup> druk, Tübingen 1957, § 132.

gebruikt.<sup>48</sup> Volgens de moderne literatuur komt de Wertpapierhypothek nu vrijwel niet meer voor.<sup>49</sup> Zo schrijft Buchholz:

Die Hypothek 'au porteur' ist eine historische Episode geblieben. [...] die Einreihung des Hypothekenpapiers in den Zirkulationsstrom der Börsenpapiere ist eine realitätsferne Idee des 19. Jh. Geblieben.<sup>50</sup>

## 6 De Verkehrsfähigkeit van de Verkehrshypothek en de Grundschuld

Op grond van § 404 BGB kan de schuldenaar zijn verweren tegen de schuldeiser na cessie van de vordering ook tegenwerpen tegen de cessionaris. Verder wordt de schuldenaar die na cessie de vordering heeft betaald aan de cedent beschermd door § 407 BGB. Hij kan deze betaling tegen de cessionaris tegenwerpen indien hij op het moment van betaling de cessie niet kende. Daarnaast bepaalt § 1137 BGB dat de eigenaar van de verhypothekteerde onroerende zaak (de schuldenaar of een derde) de verweren die de schuldenaar heeft tegen de *vordering* kan tegenwerpen tegen het *hypothekrecht*, bijvoorbeeld het verweer dat de vordering al gedeeltelijk is betaald. Indien de hypothek bij gebreke van een vordering nooit aan de vermeende hypothekhouder heeft toebehoord of door volledige betaling is overgegaan op de hypothekgever, kan de hypothekgever dit verweer voortvloeiend uit § 1163 BGB tegenwerpen aan de vermeende hypothekhouder.

Naast verweren tegen de vordering, die soms ook tegen het hypothekrecht kunnen worden ingeworpen, bestaan er ook verweren die zich uitsluitend tegen het hypothekrecht zelf richten, bijvoorbeeld gebreken in de vestiging, handelingsonbekwaamheid, nietigheid, nietige cessie, maar ook een verleend uitstel van betaling die (mede) betrekking heeft op het hypothekrecht. Op grond van § 1157, eerste zin, BGB kan de eigenaar van de verbonden zaak deze verweren ook tegen een opvolgend hypothekhouder inroepen.

Deze regels worden echter opzij gezet door het öffentliche Glaube des Grundbuchs. Zo bepaalt § 1138 BGB dat de regels over öffentlicher Glaube des Grundbuchs (§§ 891-899 BGB) van toepassing zijn op de verzekerde vordering en op de verweren die de eigenaar van de verhypothekteerde zaak op grond van § 1137 of § 1163 BGB geldend kan maken.<sup>51</sup> Voor verweren tegen de hypothek zelf bepaalt § 1157, tweede zin, BGB dat § 892 BGB van toepassing is.

<sup>48</sup> M. Wolff en L. Raiser, Sachenrecht, 10<sup>e</sup> druk, Tübingen 1957, §§ 152 en 155; S. Buchholz, Abstraktionsprinzip und Grundschuld, p. 402; H.P. Westermann, K.-H. Gursky en D. Eickmann, Westermann Sachenrecht, Ein Lehrbuch, Heidelberg 1998, § 120 I 3.

<sup>49</sup> H. Prütting/G. Wegen/G. Weinreich, BGB Kommentar, 4<sup>e</sup> druk, Keulen 2009, § 1187, Rn. 1 (W. Waldner).

<sup>50</sup> S. Buchholz, Abstraktionsprinzip und Grundschuld, p. 402.

<sup>51</sup> Een voorbeeld hiervan is OLG Hamburg 18 november 1952, I U 226/52, MDR 53, 171.

Toepassing van § 1138 leidt er niet toe dat de cessionaris van de hypothecaire vordering de *vordering* verkrijgt voor het bedrag waarop hij mocht vertrouwen, maar uitsluitend dat hij een *hypotheekrecht* verkrijgt dat hij voor dit bedrag kan uitoefenen. Wanneer de verzekerde vordering in het geheel niet (meer) bestaat, verkrijgt de cessionaris geen vordering maar wel een hypotheekrecht. Derdenbescherming bij cessie kent het Duitse recht niet. Dit alles leidt ertoe dat wanneer de verzekerde vordering niet of niet meer bestaat of lager is dan het bedrag dat in het Grundbuch staat ingeschreven, de cessionaris die door het öffentliche Glaube beschermd wordt, de onroerende zaak kan executeren en het ingeschreven bedrag op de executieopbrengst kan verhalen.

Op grond van § 892 BGB, dat via §§ 1138 en 1157 BGB van toepassing is, kan de cessionaris van de verzekerde vordering op de inhoud van het Grundbuch vertrouwen, tenzij de onjuistheid valt af te leiden uit een aantekening op de Hypothekenbrief (§ 1140 BGB). Verder vervalt de derdenbescherming ook wanneer de cessionaris positieve kennis heeft dat de inhoud van het Grundbuch onjuist is.

Anders dan naar Mecklenburgs en Pruisisch recht<sup>52</sup> leidt positieve kennis niet tot een *actio doli* of *exceptio doli*, maar vervalt simpelweg de derdenbescherming die door de paragrafen 892 e.v. BGB wordt geboden. En anders dan het Mecklenburgse recht sluit § 892 BGB (zoals ook art. 3:24 en 3:26 BW) derdenbescherming niet uit wanneer de derde een zwaar verwijt treft dat hij de onjuistheid of onvolledigheid van het Grundbuch niet kende.

Daar komt nog bij dat de tegenpartij van de hypotheekhouder, de schuldenaar of eigenaar van de verhypothekte zaak, deze positieve kennis moet aantonen. Zelfs bij hypotheek waarbij elke maand een bedrag moet worden afgelost en de cessionaris dus moet begrijpen dat het ingeschreven bedrag hoger is dan de nog uitstaande schuld is het vrijwel onmogelijk het ontbreken van goede trouw aan te tonen.

De houder van een Sicherungshypothek wordt daarentegen niet beschermd tegen de schijn die het Grundbuch ten aanzien van het bestaan en het beloop van de verzekerde vordering opwerpt (§§ 1184 en 1185 BGB), waardoor deze dus niet kan worden geldend gemaakt indien de verzekerde vordering niet (meer) bestaat en niet voor een hoger bedrag kan worden geldend gemaakt dan het bedrag van de vordering. Op grond hiervan zou dit recht als accessoir kunnen worden aangemerkt. In één aspect is dit recht echter niet volledig accessoir: bij tenietgaan van de vordering vervalt het recht niet maar gaat het over op de hypotheekgever in de vorm van een Eigentümergrundschild (§§ 1163 jo 1177 BGB).

De ontwerpers van het BGB hadden de derdenbescherming voor de opvolgend verkrijger van een Grundschild (beperking van verweren) op vergelijkbare wijze geregeld als bij de Verkehrshypothek. Weliswaar kon de Grundschildgever eventuele verweren voortvloeiend uit de Grundschild tegen de opvolgend verkrijger van de Grundschild inroepen (§ 1157 BGB), maar deze regel werd grotendeels tenietgedaan door de derdenbescherming van § 892 BGB. Het verweer kon alleen aan de derde worden

---

<sup>52</sup> § 38 EEG.

teggeworpen wanneer het verweer uit het Grundbuch viel af te leiden, het verweer op de Grundschuldbrief was aangetekend (§ 1140 jo 1192 BGB) of de derde positieve kennis van het verweer had.

De vraag rijst dan wanneer dergelijke positieve kennis wordt aangenomen. Het Reichsgericht nam redelijk snel aan dat positieve kennis aanwezig was. Het Reichsgericht nam in zijn oordeel van 24 november 1917<sup>53</sup> aan dat de enkele wetenschap van de derde dat de Grundschuld ter verzekering diende van een vordering meebracht dat de derde op de hoogte was van eventuele verweren voortvloeiend uit het Sicherungsvertrag. In deze casus was de Grundschuld overgedragen zonder cessie van de verzekerde vordering. Het Reichsgericht overwoog dat het verweer dat de vordering reeds was betaald kon worden tegengeworpen aan de nieuwe houder van de Grundschuld, dat de Grundschuld dus niet kon worden geëxecuteerd. In de literatuur heeft deze uitspraak veel kritiek gekregen omdat de houder van een Grundschuld daarmee een slechtere bescherming geniet dan de houder van een Hypothek.<sup>54</sup>

Het Bundesgerichtshof neemt daarentegen een ander standpunt in en neemt vrijwel nooit positieve kennis aan. Positieve kennis wordt alleen aangenomen wanneer het verweer reeds vóór de overdracht is ontstaan en de nieuwe Grundschuldhouder op het moment van zijn verkrijging op de hoogte was van het verweer of wanneer hij op dat tijdstip het verweer door raadpleging van het Grundbuch had kunnen kennen.<sup>55</sup>

Indien het verweer op het moment van de overdracht nog niet bestond, zoals in het geval de verzekerde vordering is afbetaald na overdracht van de Grundschuld, valt het verweer in het geheel niet onder de werking van § 1157 BGB waardoor de derde zelfs dan beschermd wordt wanneer hij het verweer kende.<sup>56</sup> We moeten ons hierbij realiseren dat de overdracht van de Grundschuld niet hoeft te worden medegedeeld aan de Grundschuldgever of schuldenaar.

Er kunnen zich kortom gevallen voordoen waarin een Hypothek of Grundschuld kan worden uitgeoefend voor een bedrag dat groter is dan het verschuldigde bedrag. Bij de Grundschuld doet zich bovendien het merkwaardige fenomeen voor dat het bedrag van de Grundschuld sneller kan toenemen dan het bedrag van de verzekerde vordering. De verplichting uit de Grundschuld staat immers los van de verzekerde verplichting. Vaak wordt de Grundschuldverplichting vermeerderd met een rentepercentage van meer dan 14% per jaar (soms zelfs 20%), onafhankelijk van het rentepercentage dat aan de

---

<sup>53</sup> RGZ 91, 218, op p. 224.

<sup>54</sup> Zie voor een overzicht: D. Reinicke en K. Tiedtke, *Kreditsicherung*, 5<sup>e</sup> druk, Neuwied 2006, nr. 1212-1226.

<sup>55</sup> BGH 21 april 1972, BGHZ 59, 1; BGH 16 januari 2001, WM 2001, 453.

<sup>56</sup> E. Becker-Eberhard, *Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte*, Bielefeld 1993, p. 601; T. Fest, *Eine Revolution der Kreditsicherung mittels Grundschulden, Auswirkungen des Risikobegrenzungsgesetzes auf den Schuldnerschutz*, ZfIR 2008, p. 657-663, p. 659; Ph. Redeker, *Renaissance der Hypothek durch Abschaffung des gutgläubigen einredefreien Erwerbs bei der Grundschuld?*, ZIP 5/2009, p. 208-213, p. 209-210.

verzekerde vordering wordt verbonden (dat gezien de huidige kapitaalmarktrente veel lager zal zijn).<sup>57</sup> Dat kan ertoe leiden dat ondanks gedeeltelijke of volledige afbetaling van de verzekerde vordering de Grundschild kan worden uitgewonnen voor een bedrag dat zelfs groter is dan het bedrag dat ooit inclusief rente verschuldigd was op grond van de kredietovereenkomst. Een eenvoudig rekensommetje laat zien dat het bedrag al snel oploopt tot het dubbele van de oorspronkelijke verzekerde vordering.

Een frappant detail is overigens dat bij de Verkehrshypothek en de Grundschild de opvolgend houder van dit recht wel beschermd wordt door het öffentliche Glaube des Grundbuchs maar dat zijn vertrouwen op de Hypothekenbrief of Grundschildbrief niet wordt beschermd. Deze akte deelt dus niet in het öffentliche Glaube van het Grundbuch. Wanneer een deelbetaling wel in het Grundbuch is ingeschreven maar niet is aangetekend op de akte en de derde-verkrijger vertrouwt op de akte, wordt hij niet beschermd.<sup>58</sup> De verkrijger dient dus altijd het Grundbuch te controleren. Het BGB heeft dus uit het Mecklenburgse recht wel het idee van de Verbriefung overgenomen maar niet het daarbij behorende kenmerk dat de verkrijger in beginsel op de akte mag vertrouwen. Door het vertrouwen op de akte niet te beschermen maakt het BGB de akte vleugellam en ongeschikt om op vergelijkbare wijze als een waardepapier overgedragen te worden. Om die reden is de bepaling van § 1116 BGB, stellende dat, tenzij partijen anders overeenkomen, het hypotheekrecht wordt neergelegd in een Hypothekenbrief, niet meer dan een relict uit de tijd voorafgaande aan het BGB. Aangezien deze bepaling via § 1192 BGB mede van toepassing is op de Grundschild, moet ook dit recht in beginsel worden neergelegd in een akte.

## 7 Sicherungsvertrag

De Grundschild wordt vrijwel uitsluitend gebruikt ter verzekering van een vordering en heet dan Sicherungsgrundschild.<sup>59</sup> In die gevallen wordt door partijen in een zogenaamde Sicherungsvertrag neergelegd welke vordering of vorderingen verzekerd worden en hoe en wanneer de Grundschild mag worden uitgeoefend. Ondanks het feit dat de Grundschild geen accessoire zekerheid is, wordt door deze overeenkomst een zekere accessoireit gecreëerd. Indien de Grundschildhouder die partij is bij het Sicherungsvertrag bijvoorbeeld de Grundschild executeert terwijl hij daartoe op grond van de overeenkomst niet is gerechtigd, is hij verplicht schadevergoeding te betalen wegens niet-nakoming. Wanneer de Grundschildhouder executeert en de netto-opbrengst

<sup>57</sup> Beck'sches Notar-Handbuch, 5e druk, München 2009, A VI Grundschulden, Rn. 3 (H. Amann).

<sup>58</sup> W. Brehm en Chr. Berger, Sachenrecht, 2<sup>e</sup> druk, Tübingen 2006, nr. 17.116; H. Prütting, Sachenrecht, 34<sup>e</sup> druk, München 2010, nr. 652.

<sup>59</sup> Gaberdiel en Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9e druk, Berlijn 2010, Rn. 561-562; H. Prütting, Sachenrecht, 34<sup>e</sup> druk, München 2010, nr. 767.

hoger is dan de nog openstaande vordering, dient hij het overschot op grond van het Sicherungsvertrag af te staan aan de voormalige eigenaar van het zekerheidsobject. Een probleem is echter dat het Sicherungsvertrag niet automatisch ook de opvolgend houder van de Grundschild bindt. Zelfs wanneer niet uitsluitend de Grundschild maar ook de verzekerde vordering wordt overgedragen aan dezelfde verkrijger wordt de verkrijger niet stilzwijgend gebonden aan het Sicherungsvertrag.<sup>60</sup> Hij mag in dat geval de Grundschild uitwinnen wanneer hij maar wil en een overschot bij executie houden. Om die reden wordt aangeraden in de Grundschildakte de mogelijkheid van overdracht uit te sluiten, maar in de praktijk werd bij betrouwbare schuldeisers, waartoe alle Duitse banken werden gerekend, deze uitsluiting weggelaten.<sup>61</sup> Doorgaans zal de Grundschildhouder verplicht zijn om ervoor te zorgen dat bij overdracht van de Grundschild de verkrijger ook wordt gebonden aan het Sicherungsvertrag, maar er ontstaat een voor de eigenaar van het zekerheidsobject gevaarlijke situatie wanneer de verkrijger niet gebonden wordt aan het Sicherungsvertrag. Een schrale troost is dat de voormalige houder van de Grundschild gebonden blijft aan het Sicherungsvertrag. Als de opvolgend houder de Grundschild uitoefent in strijd met het Sicherungsvertrag en de voormalige houder dit niet verhindert, kan de eigenaar van de verbonden zaak de voormalige houder aanspreken tot schadevergoeding.<sup>62</sup>

## 8 Betalen van de vordering en betalen van de Grundschild

De Grundschild roept als Realobligation een betalingsverplichting in het leven die losstaat van een eventuele persoonlijke vordering, bijvoorbeeld uit geldlening. Dit heeft tot gevolg dat betaling van de persoonlijke vordering niet meebrengt dat de Grundschild daarmee vervalt of automatisch aan de Grundschildgever toevalt. Om dit probleem op te lossen geeft het Duitse recht de Grundschildgever een persoonlijk recht op overdracht van de Grundschild: de Rückübertragungsanspruch, ook wel Anspruch auf Rückgewähr genoemd. Wanneer een geldig Sicherungsvertrag is gesloten vloeit dit recht uit deze overeenkomst voort. Indien echter geen Sicherungsvertrag is gesloten of een opvolgend verkrijger van de Grundschild niet aan dit Sicherungsvertrag is gebonden, vloeit het recht voort uit § 812 BGB (ungerechtfertigte Bereicherung). In geval van twijfel wordt aangenomen dat een betaling aan de schuldeiser/zekerheidsnemer tegelijk bedoeld is als betaling van de persoonlijke vordering en de Grundschild,<sup>63</sup> maar veel banken bepalen in

<sup>60</sup> C. Clemente, Verwertung der nicht akzessorischen Grundschild im Rahmen eines Forderungsverkaufs, Zeitschrift für Immobilienrecht, 2007, p. 738-746, p. 740 en BGH 25 oktober 1984, IX ZR 142/83, NJW 1985, 800, p. 801.

<sup>61</sup> C. Clemente, Verwertung der nicht akzessorischen Grundschild im Rahmen eines Forderungsverkaufs, Zeitschrift für Immobilienrecht, 2007, p. 738-746, p. 741.

<sup>62</sup> M.-Ph. Weller, Die Sicherungsgrundschild, Juristische Schulung 2009, p. 969-975, p. 972.

<sup>63</sup> P. Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 7e druk, Heidelberg 2007, nr. 205. BGH 12 november 1986,

hun Sicherungsverträge dat betalingen uitsluitend de verzekerde vorderingen betreffen.

## 9 Abstraktes Schuldversprechen<sup>64</sup> en executoriale titel

Meestal wordt de vestiging van een Grundschild versterkt door een abstraktes Schuldversprechen (§ 780 BGB). Daarmee treedt naast de verzekerde vordering en de zakenrechtelijke Grundschildvordering nog een derde vordering die geheel losstaat van de vorige twee vorderingen. Betaling van de verzekerde vordering vermindert de hoogte van de Grundschild en de abstracte vordering niet. Het abstraktes Schuldversprechen is op dezelfde wijze als de Grundschild door middel van het Sicherungsvertrag verbonden met de verzekerde vordering. Dit verzekert dat het abstraktes Schuldversprechen alleen kan worden ingeroepen wanneer het Sicherungsvertrag dat toestaat.<sup>65</sup>

Een voordeel dat het abstraktes Schuldversprechen voor de schuldeiser heeft is de omkering van de bewijslast. Terwijl de schuldeiser bestaan en omvang van de persoonlijke vordering moet aantonen, moet de schuldenaar aantonen dat de verzekerde vordering lager is dan het abstraktes Schuldversprechen.<sup>66</sup> Bovendien worden alle drie vorderingen verbonden met een verklaring waarin de schuldenaar aan de schuldeiser een executoriale titel geeft, de zogenaamde Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung (§§ 794 Abs 1(5) ZPO).<sup>67</sup>

Hoewel § 1147 voor de Hypothek en Grundschild aangeeft dat Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück plaatsvindt door Zwangsvollstreckung, geven Hypothek en Grundschild niet van rechtswege een recht van parate executie. De Unterwerfung heeft dus ten eerste de bedoeling om te voorkomen dat de zekerheidsnemer eerst een veroordelend vonnis, een Vollstreckungstitel, moet halen. Het versnelt de executie dus.<sup>68</sup> Ten tweede maakt deze verklaring het mogelijk ook het *overige* vermogen, waarop de zekerheidsnemer geen zekerheidsrecht heeft, te gelde te maken.<sup>69</sup>

---

NJW 1987, 838, p. 839.

<sup>64</sup> Wat in deze paragraaf gezegd wordt over het *abstraktes Schuldversprechen* geldt eveneens voor het *abstraktes Schuldanerkennen* (§ 781 BGB).

<sup>65</sup> Deze verbinding bestaat zelfs als zij niet uitdrukkelijk is bedongen. Zie BGH 2 oktober 1990, XI ZR 306/89, NJW 1991, 286, onder 2b; H. Gaberdiel en M. Gladenbeck, *Kreditsicherung durch Grundschulden*, 9e druk, Berlin 2011, Rn. 299.

<sup>66</sup> E. Ehmman, *Das Schuldanerkennen*, WM 2007, pp. 329-337, p. 330.

<sup>67</sup> De combinatie van Grundschild, abstraktes Schuldversprechen en Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung levert bijzonder grote gevaren op voor de zekerheidsgever. Zie hiervoor uitvoerig: C. Clemente, *Neuerungen im Immobiliendarlehens- und Sicherungsrecht*, ZfIR 2008, pp. 589-598. Als de Unterwerfung niet ook betrekking heeft op de Grundschild zelf, kan de schuldeiser niet de voorrang van het zekerheidsrecht inroepen. Zie H. Gaberdiel en M. Gladenbeck, *Kreditsicherung durch Grundschulden*, 9e druk, Berlin 2011, Rn. 1073.

<sup>68</sup> P. Bülow, *Recht der Kreditsicherheiten*, 7e druk, Heidelberg 2007, nr. 175 en 409-414.

<sup>69</sup> Bij verhaal op het overige vermogen kan de schuldeiser naar Duits recht (evenals naar Nederlands recht) geen gebruik maken van de voorrang die aan zijn zekerheidsrecht is verbonden. Zie H. Gaberdiel en M.

## 10 De wetswijziging van 2008

De regel dat verweermiddelen van de zekerheidsgever na overgang van het zekerheidsrecht in beginsel niet tegen de nieuwe zekerheidsnemer kunnen worden tegengeworpen heeft in de praktijk lange tijd niet tot problemen geleid. Enkele jaren geleden ontstond veel ophef in Duitsland over misbruik van deze regeling door, vaak buitenlandse, opkopers van kredietportefeuilles die tot executie van Grundsschulden overgingen voor bedragen die de openstaande vorderingen overstegen. De wetgever voelde zich geroepen het probleem met haast op te lossen.

Het zogenaamde Risikobegrenzungs-gesetz van 19 augustus 2008<sup>70</sup> heeft onder andere voor het Grundsschuldrecht mogelijk gemaakt dat vrijwel alle verweren die door de eigenaar van de belaste zaak tegen de oorspronkelijke zekerheidsnemer konden worden ingeroepen ook kunnen worden ingeroepen tegen een opvolgende zekerheidsnemer. Hiertoe werd aan § 1192 Absatz 1 BGB een nieuwe Absatz 1a toegevoegd. Tot aan deze wetswijziging werd de materie beheerst door § 1157 BGB. Naar de letter van de bepaling maakt § 1157 BGB het uitsluitend mogelijk om tegen de opvolgend verkrijger van het zekerheidsrecht (in ons geval de Grundsschuld) verweren tegen het zekerheidsrecht zelf in te roepen, zoals vestigingsgebreken of een nietige overdracht aan de opvolger. Naar de heersende leer kunnen verweren uit het Sicherungsvertrag ook worden gezien als verweren tegen de Grundsschuld. Deze kunnen daarom ook tegen de opvolgend zekerheidsnemer worden ingeroepen. Onder deze verweren valt het belangrijke verweer dat de verzekerde vordering al is afbetaald en de Grundsschuld dus niet meer kan worden geëxecuteerd.

Vóór de wetswijziging van 2008 was deze regel echter meer theorie dan werkelijkheid, en wel door de volgende twee obstakels. Ten eerste konden alleen verweren die de eigenaar reeds toekwamen *op het moment van overdracht van de Grundsschuld* aan de opvolger worden tegengeworpen. Betalingen die na deze overdracht aan de oude Grundsschuldhouder waren gedaan vormden daardoor geen geldig verweer tegen die nieuwe Grundsschuldhouder. Ten tweede was § 892 BGB van toepassing waardoor verweren alleen konden worden ingeroepen tegen een verkrijger die op het moment van verkrijging *op de hoogte was* van het verweer.

De nieuwe § 1192 Absatz 1a BGB bepaalt nu uitdrukkelijk dat verweren uit het Sicherungsvertrag verweren tegen de Grundsschuld zijn en bepaalt dat al deze verweren uit het Sicherungsvertrag kunnen worden ingeroepen tegen een opvolgend Grundsschuldhouder onafhankelijk van het tijdstip waarop het verweer is ontstaan.<sup>71</sup>

---

Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9e druk, Berlijn 2011, Rn. 291 en 294.

<sup>70</sup> BGBl I, 1666.

<sup>71</sup> Zetzsche werpt de nog onbeantwoorde vraag op of de zekerheidsgever deze bescherming ontbeert wanneer het Sicherungsvertrag nietig is. Strikt genomen zou nietigheid het vreemde gevolg hebben dat de verkrijger van het zekerheidsrecht een beroep zou kunnen doen op derdenbescherming. Zetzsche is

Wanneer de verzekerde vordering na de overdracht van de Grundschild wordt afbetaald aan de voormalige zekerheidsnemer, vervalt de verzekerde vordering (§ 407 BGB) en vervalt op grond van het Sicherungsvertrag de zekerheidsfunctie van de Grundschild. Dit geeft de zekerheidsgever een vordering tot retro-overdracht (Rückgewähr) van de Grundschild. Het wegvallen van de zekerheidsfunctie kan als verweer nu ook tegen de opvolgende zekerheidsnemer worden ingeroepen. Hetzelfde geldt ook bij gedeeltelijke betaling: dan kan de zekerheidsgever gedeeltelijke teruggave van de Grundschild eisen en dit recht als verweer tegen de opvolgend zekerheidsnemer tegenwerpen.<sup>72</sup>

De aanpassing van § 1192 BGB was ingegeven door het misbruik dat bepaalde investeringsfondsen maakten van opgekochte Grundschilden. Het recht van Hypothek wordt in de praktijk nog maar weinig gebruikt. De wetgever heeft waarschijnlijk om die reden niet overwogen ook de regeling van de Verkehrshypothek op vergelijkbare wijze aan te passen. De Verkehrshypothek is daarmee sinds 2008 veel minder accessoir dan de Grundschild.

Het zou te ver voeren om de Grundschild nu als een niet-accessoir zekerheidsrecht te beschrijven. De verbinding tussen het zekerheidsrecht en de verzekerde vordering vindt nog steeds plaats in het Sicherungsvertrag. De nieuwe § 1192 Absatz 1a BGB brengt nu mee dat de verweren uit deze overeenkomst tegen opvolgend houders van het zekerheidsrecht kunnen worden tegengeworpen. De accessoiriteit blijft dus een verbintenisrechtelijke, maar doordat de overeenkomst tegenwerpelijk is gemaakt aan derden, althans de verweren uit de overeenkomst, wordt op dit vlak de goederenrechtelijke accessoiriteit benaderd zonder dat de Grundschild echt accessoir kan worden genoemd in de strikte zin van het woord.

## 11 Verkeerde belangenafweging

Johow's voorontwerp en de bijbehorende Begründung zijn duidelijk gebaseerd op het traditionele model van de individuele hypotheek, het model dat ten grondslag had gelegen aan onder andere de Mecklenburgse Ritterschaftliche Hypothekenordnung van 1848. Dat gold in nog sterkere mate voor de uiteindelijke versie van het BGB waarin zelfs de Hypothek voor toonder- en orderpapieren en de Inhabergrundschild werden neergelegd. De regeling van Hypothek en Grundschild was daarmee niet afgestemd op de nieuwe praktijk van hypothecair krediet zoals die zich eind 19<sup>e</sup> eeuw al langzaam begon te ontwikkelen, namelijk de transformatie van individueel krediet naar bancaire krediet waarbij de banken de leningen en zekerheden meestal gedurende de gehele looptijd in

---

van mening dat verweren zelfs aan de verkrijger kunnen worden tegengeworpen indien het Sicherungsvertrag nietig is. Zie D. Zetzsche, Die Drittwirkung des Sicherungsvertrags beim Immobiliarkredithandel, Archiv für die civilistische Praxis, vol. 211 (2011), pp. 543-576, op p. 559 e.v.

<sup>72</sup> M.-Ph. Weller, Die Sicherungsgrundschild, Juristische Schulung 2009, p. 969-975, p. 974.

portefeuille hielden. Een codificatie legt nu eenmaal het bestaande vast en is daarom niet altijd berekend op nieuwe ontwikkelingen. De hypotheekbanken die zich in de tweede helft van de 19<sup>e</sup> eeuw in Duitsland hebben ontwikkeld namen langzamerhand de rol over van het individuele krediet. Deze hypotheekbanken traden zelf op als kredietverschaffer. Zij verstrekten zelf een geldlening aan de grondeigenaar en werden dus crediteur van de grondeigenaar. Om deze lening te financieren gaf de bank zogenaamde Pfandbriefe uit (zogenaamde herfinanciering). Op grond van speciale wetgeving golden onder andere de hypothecaire vorderingen van de bank en een zogenaamd garantiefonds als exclusieve verhaalsobjecten voor de houders van de Pfandbriefe. Dit is onder de huidige wetgeving nog steeds het geval.<sup>73</sup> In dit model werden de hypothecaire vorderingen door de crediteur (de hypotheekbank) niet overgedragen. Terwijl in het oude model de rechtsregels over hypotheek uitdrukkelijk de overdraagbaarheid van hypothecaire vorderingen of Hypothekenbriefe moest faciliteren, was dat in het nieuwe model nu juist niet meer nodig. Alleen de Pfandbriefe die door de bank werden uitgegeven aan investeerders om de hypothecaire leningen te herfinancieren waren bedoeld om verhandeld te worden.

Deze verandering in de financieringspraktijk heeft tot gevolg dat de belangenafweging tussen crediteur en debiteur geheel anders uitvalt. Om individueel krediet aantrekkelijker te maken werd het recht van de debiteur om verweren in te roepen beperkt. Anders dan de oorspronkelijke crediteur kon een opvolgend crediteur niet zonder meer op de hoogte zijn van eventuele verweren van de debiteur tegen de oorspronkelijke crediteur. Analooq aan de regels over waardepapieren werd ervoor gekozen het hypotheekrecht te abstraheren van de onderliggende rechtsverhouding en om verweren van de debiteur tegen de oorspronkelijke crediteur alleen tegen een opvolgend crediteur te laten werken voorzover dit verweer uit de Hypothekenbrief, Grundschuldbrief of het Grundbuch viel af te leiden of aan de opvolger bekend was. In een rechtssysteem waarin niet particulieren maar financiële instellingen hypothecaire leningen verstrekken, ligt de keuze om de verweren van de debiteur in te korten niet voor de hand. Een financiële instelling die zich toelegt op verstrekking van hypothecair krediet heeft doorgaans niet één of enkele hypothecaire vorderingen maar een grote portefeuille leningen. Als deze portefeuille of een deel daarvan wordt verkocht en overgedragen aan een andere financiële instelling is er geen enkel beletsel om de koper het risico te laten lopen dat hij geconfronteerd wordt met een hem onbekend verweer van een van de debiteuren. Mocht de vordering daardoor niet inbaar zijn, althans minder waard te zijn dan de prijs waarvoor hij deze heeft gekocht, dan kan de koper de verkoper aanspreken op grond van niet-nakoming. Zelfs als dat praktisch onmogelijk blijkt, bijvoorbeeld vanwege het faillissement van de verkoper, dan nog kan de koper dit verlies doorgaans goed dragen gezien de spreiding van de beleggingen in de portefeuille. Extra bescherming van de koper heeft noodzakelijkerwijze tot gevolg dat de belangen van de debiteur ondergeschikt worden gemaakt aan de belangen van de

<sup>73</sup> § 30(1) 1e zin Pfandbriefgesetz. Zie O. Stöcker in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 3e druk, 2007, § 86a, Rn. 61-62.

opvolgend crediteur. Dat was in het oude systeem van individueel krediet begrijpelijk en mede in het belang van de debiteur omdat crediteuren anders niet bereid waren tegen een aanvaardbare rente geld uit te lenen, maar de belangenafweging moet sinds de opkomst van het bancaire krediet uitvallen in het voordeel van de debiteur.

## 12 Redenen voor overdracht van hypothecaire vorderingen

Een bank die hypothecaire leningen verstrekt moet deze leningen financieren door geld van beleggers aan te trekken. Dit heet het herfinancieren van leningen. Dit simpele model van bankieren bestaat in de kern hierin dat de bank bemiddelt tussen diegenen die tijdelijk te veel geld hebben en dit geld veilig willen stallen en diegenen die tijdelijk te weinig geld hebben en dus een lening nodig hebben. De Duitse hypotheekbanken herfinancieren de door hen verstrekte leningen door de uitgifte van Pfandbriefe. In de loop van de twintigste eeuw gaan ook andere dan hypotheekbanken op grotere schaal hypothecaire kredieten verlenen. Doordat deze banken niet in staat zijn Pfandbriefe uit te geven kunnen zij slechts een klein volume aan leningen verstrekken. Bovendien worden zij geconfronteerd met het gevaar dat de leningen die door de bank verstrekt worden meestal een langere looptijd hebben dan de spaartegoeden die als financieringsbron gebruikt worden. Het meeste spaargeld is immers direct opvraagbaar. Dit maakt de bank gevoelig voor een zogenaamde 'bankrun'. De uitgifte van Pfandbriefe kan dit probleem oplossen door de termijn (duration) van de Pfandbrief gelijk te stellen aan de termijn van het verstrekte krediet. Door banken die geen Pfandbriefe mochten uitgeven werd dit probleem vanaf het eind van de twintigste eeuw opgelost door de introductie van securitisation. In de periode tussen het verdwijnen van individueel krediet (eind 19<sup>e</sup> eeuw) en de opkomst van securitisatie werd nauwelijks gebruik gemaakt van de Verkehrsfähigkeit van Hypothek en Grundschuld. Pas vanaf de opkomst van securitisatie in Duitsland in de jaren 1990 werd weer op grotere schaal gebruik gemaakt van de Verkehrsfähigkeit. Daarbij is het een paar jaar geleden fout gegaan. Bepaalde opkopers van kredietportefeuilles hebben misbruik gemaakt van de bewuste keuze van de wetgever om de zekerheidsgever bloot te stellen aan het gevaar meer te moeten betalen dan de in werkelijkheid uitstaande schuld. Omdat banken vrijwel nooit de leningen en Grundschulden verhandelden, werd in de 20<sup>e</sup> eeuwse bankpraktijk nagelaten de terugbetaling van (gedeelten van) de lening aan te tekenen op de Hypothekenbrief of Grundschuldbrief. De Mecklenburgse Revidierte Ritterschaftliche Hypothekenordnung van 1848 had nog wel uitdrukkelijk gewaarschuwd dat terugbetalingen op de brief moesten worden aangetekend om derdenwerking van dit verweer te garanderen (§ 27(3), tweede alinea)! Johow herhaalde deze waarschuwing in zijn commentaar bij de eerste versie van het voorontwerp over zekerheidsrechten op onroerende zaken, maar hij gebruikte dit ook als argument om de beperking van verweren

te rechtsvaardigen.<sup>74</sup>

### 13 Accessoriteit van de Grundschild

Het zou te ver voeren om te stellen dat de *Sicherungsgrundschild* na de wetswijziging van 2008 geheel accessoir zou zijn. In één belangrijk aspect is de *Grundschild* niet accessoir: zij kan bestaan zonder vordering, maar dat geldt evenzeer voor de Duitse *Hypothek* (§ 1163 BGB). De eigenaar van een onroerende zaak kan een *Grundschild* op zijn zaak vestigen ten gunste van hemzelf met als doel deze later te vervreemden. Indien een *Hypothek* is gevestigd maar de vordering nog niet bestaat of reeds is afbetaald, blijft het zekerheidsrecht in stand maar behoort het als *Eigentümergrundschild* aan de zekerheidsgever toe.

Dit aspect maakte in het Duitse recht rangbehoud van zekerheidsrechten mogelijk. Indien eenzelfde onroerende zaak in Nederland achtereenvolgens is belast met twee hypotheekrechten (die rang nemen naar ouderdom) en de vordering horende bij de eerste hypotheek wordt betaald, vervalt het eerste hypotheekrecht en schuift het tweede hypotheekrecht in rang op tot een eersterangs hypotheek. In veel steden in noord-Duitsland bestond nog in de 19<sup>e</sup> eeuw een systeem van vaste rangen voor hypotheeken. Het BGB bereikt hetzelfde resultaat door de *Hypothek* na betaling van de verzekerde vordering niet te laten vervallen maar van rechtswege om te zetten in een *Eigentümergrundschild*. Bij betaling van de vordering die door een *Grundschild* wordt verzekerd, heeft de eigenaar van de belaste zaak een verbintenisrechtelijk recht op overdracht van de *Grundschild*, die na overdracht een *Eigentümergrundschild* wordt. Hieruit blijkt dat het BGB kennelijk uitgaat van het beginsel van schuivende rangen, anders was deze oplossing niet nodig.<sup>75</sup>

Maar deze methode van rangbehoud heeft geen praktisch belang meer. In Duitsland is de kredietverlening in die zin drastisch veranderd dat wanneer lager gerangschikte *Grundschilden* überhaupt worden geaccepteerd deze gehouden worden door Bausparkassen die een lagere rente bedingen dan de houders van eersterangs *Hypotheeken* en *Grundschilden*.<sup>76</sup> Bovendien werd het in Duitsland gewoonte dat banken met een lager gerangschikt zekerheidsrecht van hun schuldenaren bedongen dat als een hoger gerangschikt zekerheidsrecht in een *Eigentümergrundschild* veranderde (meestal door betaling van de hoger gerangschikte schuldeiser), de schuldenaar afstand moest doen van zijn *Eigentümergrundschild* zodat de lager gerangschikte schuldeiser alsnog in rang omhoog ging. Banken gingen er zelfs toe over dit recht op doorhaling (*Löschungsanspruch*) in het Grundbuch aan te tekenen (*Vormerkung*) zodat het recht ook

<sup>74</sup> R. Johow, Vorlage über das Pfandrecht an Grundstücken, Bemerkungen (1876, Nr. 8), p. 54.

<sup>75</sup> S. Buchholz, Abstraktionsprinzip und Grundschild, p. 261.

<sup>76</sup> Münchener Kommentar zum BGB/Eickmann, 5e druk, 2009, §1163, Rn. 2.

tegen opvolgende grondeigenaren zou werken. Om de wildgroei aan Vormerkungen tegen te gaan heeft de wetgever er in 1977 voor gekozen dit recht op doorhaling te codificeren in §§ 1179a en 1179b BGB.<sup>77</sup> Sindsdien is rangbehoud geen argument meer vóór niet-accessoriteit van zekerheidsrechten op onroerende zaken. Rangbehoud kan worden bereikt met Rangänderung (§ 880 BGB) of Rangvorbehalt (§ 881 BGB).

Wat wel drastisch is gewijzigd: sinds 2008 kunnen de meeste verweren tegen de oorspronkelijke Grundschuldhouder ook worden tegengeworpen tegen een opvolgend houder van de Grundschuld. Daarmee is de Grundschuld in het belangrijke aspect van executie vrijwel volledig accessoir geworden. Omdat de Verkehrshypothek niet op vergelijkbare wijze is aangepakt kunnen we constateren dat de Grundschuld veel meer accessoir is dan de Verkehrshypothek.<sup>78</sup> Daarmee is het belangrijkste dogma van het Duitse Grundschuld- en Hypothekrecht althans voor de Grundschuld verlaten: de beperking van verweermogelijkheden.

#### 14 Waarom de Grundschuld werd verkozen boven de Hypothek

De Duitse bepalingen over Hypothek hebben een aantal eigenaardigheden die vanuit rechtsvergelijkend perspectief gezien kunnen worden als gebreken. Een opvallend gebrek, waaraan overigens ook de Grundschuld lijdt, is het ontbreken van het recht van parate executie. Zoals reeds is opgemerkt is een zogenaamde *Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung*: § 794 Abs 1(5) ZPO) nodig om de zekerheidsnemer deze bevoegdheid te geven. Het is geen probleem om deze Unterwerfung te verbinden aan een Verkehrshypothek. De verzekerde vordering is specifiek genoeg. Maar de Verkehrshypothek heeft een aantal belangrijke nadelen. Indien partijen na totstandkoming van de hypotheek de verzekerde vorderingen willen vervangen door andere vorderingen is hiervoor een nieuwe akte en inschrijving in het Grundbuch nodig (§ 1180 BGB). Verder kan de Verkehrshypothek niet worden gebruikt om (toekomstige) vorderingen te verzekeren die fluctueren in hoogte. Om deze vorderingen te verzekeren lijkt de Höchstbetragshypothek (§ 1190 BGB) het geëigende middel. Deze hypotheekvorm kan worden gebruikt om vorderingen voortvloeiend uit een bepaalde specifieke rechtsverhouding te verzekeren, zoals een rekening-courant verhouding of een verhouding tussen een bank en haar cliënt waarbij alle vorderingen die de bank op haar cliënt heeft of zal verkrijgen, uit welke hoofde dan ook, zullen worden verzekerd. Algemeen wordt echter aangenomen dat deze vorm van hypotheek niet kan worden verbonden met een verklaring van Unterwerfung omdat de Unterwerfung vereist dat de vordering bepaald is en haar hoogte vaststaat, althans direct kan worden berekend op basis

<sup>77</sup> Het recht op doorhaling kan in de vestigingsakte worden uitgesloten: § 1179a Abs. 5 BGB.

<sup>78</sup> Eveneens in deze zin: M.-Ph. Weller, Die Sicherungsgrundschuld, Juristische Schulung 2009, p. 969-975, p. 974-975.

van de akte van Unterwerfung.<sup>79</sup> Dit sluit dus een Unterwerfung uit voor toekomstige vorderingen uit rekening-courant waarvan de hoogte nog niet vaststaat. Soms wordt het bovendien als probleem gezien dat de Höchstbetragshypothek gezien wordt als Sicherungshypothek zodat derdenbescherming tegen verweermiddelen ontbreekt.<sup>80</sup> Zoals we zullen zien in de volgende paragraaf kunnen deze problemen worden opgelost met een Verkehrshypothek ter verzekering van een abstraktes Schuldversprechen, maar hoe dan ook zijn dit de redenen waarom juristen de Grundschild prefereerden boven de Hypothek.<sup>81</sup>

Meestal werden deze problemen geweten aan de accessorieit. Het lag dan ook voor de hand met een keuze voor de niet-accessoire Grundschild de accessorieit geheel te omzeilen. Vanuit rechtsvergelijkend perspectief lijkt het echter gemakkelijk om deze problemen op te lossen zonder de accessorieit prijs te geven. Zo is het eenvoudig om in het Nederlandse recht toekomstige vorderingen met een hypotheekrecht te verzekeren tot een bepaald maximumbedrag (art. 3:231 BW). Het recht van parate executie vloeit reeds uit de wet voort (art. 3:268 BW). Het feit dat een verkrijger van een hypotheekrecht geen derdenbescherming geniet, kan mijns inziens niet als een probleem worden gezien. Een dergelijke bescherming zou zeer onbillijk zijn tegenover de schuldenaar/zekerheidsgever. In plaats van dat de Duitse wetgever de wettelijke gebreken van de hypotheekregels herstelde koos de praktijk voor de niet-accessoire Grundschild en daarmee voor een regeling die grote gevaren herbergt voor de schuldenaar/zekerheidsgever.

## 15 Een abstrakte Hypothek in plaats van de Grundschild?

De bovengenoemde problemen bij het verzekeren van toekomstige en fluctuerende vorderingen kan worden voorkomen door een Hypothek te vestigen ter verzekering van een abstraktes Schuldversprechen (§ 780 BGB)) of een abstraktes Schuldanerkennnis (§

<sup>79</sup> BGH 28 maart 2000, XI ZR 184/99, WM 2000, 1058; J.F. Baur en R. Stürner, Sachenrecht, 18e druk, München 2009, §40, Rn 38; A. Hornung, Vollstreckungsunterwerfung und Höchstbetragshypothek, NJW 1991, p. 1649-1654. Münchener Kommentar zum ZPO/Wolfsteiner, § 794 (3e druk, 2007), Rn. 157; K.J. Müller in: J. Kindl, C. Meller-Hannich en H.-J. Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, Baden-Baden 2010, § 794, Rn. 48. Sinds 1999 stelt § 794 Abs 1(5) ZPO niet meer dat de vordering bepaald moet zijn. Maar H.F. Gaul, E. Schilken en E. Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12e druk, Munich 2010, § 13, Rn. 54-57 stellen dat dit slechts een tekstuele verandering is en dat nog steeds geldt dat de vordering bepaald moet zijn. Andere mening: J. Wilhelm, Sachenrecht, 4<sup>e</sup> druk, Berlin/New York 2010, Rn. 1710.

<sup>80</sup> De Höchstbetragshypothek wordt gelijkgesteld met de Sicherungshypothek. Vaak wordt de Sicherungshypothek gezien als strik accessoir. Dat klopt niet geheel voor de Höchstbetragshypothek. De band tussen zekerheidsrecht en verzekerde vordering is lossier zodat in dit opzicht de hypotheek nauwelijks accessoir is. Aan de andere kant is het in die zin accessoir dat derden niet worden beschermd tegen verweermiddelen. Derden kunnen niet op het Grundbuch vertrouwen.

<sup>81</sup> O. Stöcker, Die Eurohypothek, Berlijn 1992, p. 41.

781 BGB).<sup>82</sup> Formeel blijft hiermee de accessoireit in stand maar dan ten opzichte van deze abstracte vordering. Deze vorm van hypotheek was al in de 19<sup>e</sup> eeuw ontwikkeld als alternatief voor de Grundschild.<sup>83</sup> Zoals bij een Grundschild moet dan een Sicherungsvertrag worden toegevoegd om ervoor te zorgen dat na uitwinning de hypotheekhouder niet meer geld kan krijgen dan het bedrag van de verzekerde vordering uit geldlening. De abstracte vordering valt niet weg door betaling en wegvallen van de vordering uit geldlening. Bovendien kan de abstracte vordering worden versterkt door middel van een Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung.

Sommige auteurs beweren dat de abstracte hypotheek in strijd komt met het beginsel van numerus clausus, omdat een hypotheek altijd moet zijn verbonden aan een vordering, maar Heinze stelt dat de ontwerpers van het BGB deze vorm van hypotheek niet hebben verworpen en wijst erop dat de abstracte hypotheek uitdrukkelijk wordt toegelaten in § 26(1), Nr. 1 Pfandbriefgesetz voor scheepshypotheeken.<sup>84</sup>

Men zou kunnen stellen dat de accessoireit van de hypotheek gedeeltelijk regelend recht is. Aan de andere kant kan het ontstaan en het wegvallen van de Grundschild worden verbonden aan het bestaan van de verzekerde vordering door in de vestigingsakte een opschortende of ontbindende voorwaarde op te nemen. Daarmee zou een bepaald aspect van accessoireit worden geïntroduceerd. Deze aspecten van niet-accessoireit van de Grundschild zijn dus ook regelend recht.

Sommige auteurs voorspellen nu dat de hypotheek ter verzekering van een abstracte vordering in de toekomst door schuldeisers zal worden verkozen boven de Grundschild.<sup>85</sup> Sommige stimuleren dit zelfs.<sup>86</sup> Deze vorm van hypotheek bootst de Grundschild na van vóór de wetwijziging van augustus 2008. Verkrijgers van de hypothecaire vordering (dat is dus de abstracte vordering) zullen worden beschermd tegen verweermiddelen, de Unterwerfung is geldig (dus recht van parate executie) en de schuldenaar draagt de bewijslast dat zijn schuld lager is dan het bedrag van de abstracte vordering.

## Conclusie

In de 19<sup>e</sup> eeuw heeft zich in Mecklenburg en Pruissen een selbständige Hypothek

<sup>82</sup> OLG Stuttgart 3 oktober 1978, 8 W 340/78, NJW 1979, 222; S. Buchholz, Einreden gegen die Grundschild, AcP 2003, pp. 786-817, p. 786, noot 1. P. Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 7th ed., Heidelberg 2007, nr. 174.

<sup>83</sup> Chr. Heinze, Die abstrakte Verkehrshypothek, Archiv für die civilistische Praxis, vol. 211 (2011), pp. 106-151, op p. 106.

<sup>84</sup> Chr. Heinze, Die abstrakte Verkehrshypothek, Archiv für die civilistische Praxis, vol 211 (2011), pp. 106-151, op p. 130.

<sup>85</sup> Chr. Heinze, Die abstrakte Verkehrshypothek, Archiv für die civilistische Praxis, vol 211 (2011), pp. 106-151.

<sup>86</sup> Wolfsteiner in: Staudinger/Wolfsteiner, Kommentar zum BGB, § 1113 (2009), Rn 30.

ontwikkeld. Deze zelfstandigheid kenmerkt zich niet alleen in een abstractie van de verplichting tot vestiging (Abstraktionsprinzip) maar ook in het in verregaande mate opgeven van de accessoriteit door het vrijwel uitsluiten van tegenwerpelijke van verweren van de hypotheekgever tegen derden. Het BGB heeft deze gedachte overgenomen en voor onroerende zaken twee typen zekerheidsrecht gecodificeerd die op het gebied van verweermogelijkheden niet-accessoir zijn: de Verkehrshypothek en de Grundschuld. Bij beide rechten kan de zekerheidsgever tegen een opvolgend zekerheidsnemer vrijwel geen verweren tegenwerpen. De reden hiervoor was de gedachte dat deze zekerheidsrechten als waardepapieren in omloop konden worden gebracht op dezelfde manier als aandelen en obligaties. Een dergelijke handel in hypotheekpapier is echter nauwelijks van de grond gekomen. Het idee van verhandelbare hypotheek is gebaseerd op het oude systeem van financiering waarin private investeerders hypothecair krediet verleenden. Een koper van een hypotheekbrief mocht niet het risico lopen geconfronteerd te worden met een hem onbekend verweer. Het uitsluiten van verweermogelijkheden maakte het beleggen in dergelijk hypotheekpapier aantrekkelijker en daardoor goedkoper. Op die manier kon krediet gemakkelijker en goedkoper beschikbaar komen. De Mecklenburgse wetgever had wel gewaarschuwd dat volledige betaling van de verzekerde vordering alleen moest plaatsvinden tegen teruggave van de hypotheekbrief en dat deelbetalingen op deze brief moesten worden aangetekend om deze verweren tegenwerpelijk tegen derden te maken. Helaas is in de 20<sup>e</sup> eeuw deze Mecklenburgse raad in de wind geslagen. Banken tekenden deelbetalingen niet aan op de brief en bepaalden zelfs in hun kredietovereenkomsten dat bij Grundschulden betalingen alleen verrekend werden met de verzekerde vordering en niet ook met de Grundschuld waardoor die laatste nooit in waarde verminderde.

Al ten tijde van het ontwerpen van het BGB had het systeem van individueel krediet grotendeels plaatsgemaakt voor het bancaire krediet. Banken die hypothecair krediet verleenden hielden deze vorderingen zelf en maakten vrijwel geen gebruik van de mogelijkheid tot overdracht. Pas eind 20<sup>e</sup> eeuw werd weer op grotere schaal van de overdraagbaarheid gebruik gemaakt in het kader van securitisatie. Op dat moment is het vrijwel direct misgegaan doordat bepaalde opkopers van Grundschuldbrieven deze Grundschulden gingen uitoefenen voor het bedrag dat op de Grundschuldbrief stond vermeld zonder rekening te houden met het feit dat de verzekerde vordering lager was. Zij waren namelijk lang niet altijd gebonden aan het Sicherungsvertrag.

Nu het individueel krediet vrijwel geheel is verdrongen door bancaire krediet moeten de tegengestelde belangen van schuldeiser en schuldenaar met betrekking tot het tegenwerpen van verweren anders worden afgewogen in die zin dat de zekerheidsgever zich wel op alle verweren kan beroepen tegenover een opvolgend zekerheidsnemer. Doordat banken grote aantallen vorderingen in portefeuille hebben, kunnen zij het risico dragen dat een Grundschuld voor een lager bedrag kan worden uitgeoefend dan de bank bij overname van de vordering verwachtte. Zij kunnen voor dit verlies hun verkoper aanspreken uit niet-nakoming. De wetswijziging van 2008 heeft voor de Grundschuld

deze belangenafweging inderdaad aangepast door op grote schaal het tegenwerpen van verweren mogelijk te maken ter bescherming van de zekerheidsgever. Daarmee is de Grundschild op het belangrijkste punt, namelijk de executie, accessoir geworden, vergelijkbaar met de Sicherungshypothek. In naam is de nieuw ingevoerde accessoriteit een verbintenisrechtelijke, maar doordat de accessoriteit derdenwerking heeft gekregen, benadert zij de echte goederenrechtelijke accessoriteit. De Verkehrshypothek is het enige zekerheidsrecht dat op dit punt nog steeds niet-accessoir is.<sup>87</sup> Het is te hopen dat financiers niet naar de abstracte hypotheek grijpen om de nieuwe regels van de Grundschild te omzeilen.

Een andere reden waarom het BGB de verschillende zekerheidsrechten op onroerende zaken niet (volledig) accessoir heeft gemaakt was het belang van rangbehoud. Omdat na afbetaling van de verzekerde vordering het zekerheidsrecht niet vervalt maar toekomt aan de zekerheidsgever in de vorm van een Eigentümerhypothek, klimmen lager gerangschikte Hypotheken en Grundschulden niet op in rang. In de praktijk werd dit systeem echter ondermijnd door banken, en in 1977 heeft de wetgever deze ondermijning geaccepteerd en gecodificeerd. We kunnen dus vaststellen dat geen van de redenen om niet-accessoire zekerheidsrechten op onroerende zaken in te voeren in het Duitse recht nog bestaan.

L.P.W. van Vliet<sup>88</sup>

Maastricht

---

<sup>87</sup> Niet alle auteurs zijn overigens positief over de wijziging van de Grundschild-regeling. Uiterst negatief is bijvoorbeeld Wolfsteiner: Staudinger/Wolfsteiner (2010), Vorbem zu §§ 1191 ff, Rn 5 en § 1192, Rn. 31 e.v. Een fraai citaat uit zijn Vorbem zu §§ 1191 ff, Rn 5-7: '[...] die Verwirklichung des in der deutschen Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts entwickelten Abstraktionsprinzips, die Trennung des Sachenrechts vom Schuldrecht, ist eine – für den Grundschild nunmehr leider verspielte – rechtstechnische Glanzleistung des BGB, die seine Überlegenheit über alle ältere Systeme begründet und einen der seltenen echten Fortschritte im Rechtswesen markiert hat. [...] Um so unverständlicher, dass die Grundschild nun [...] doch wieder auf die archaische Rechtsform der Hypothek reduziert, wenn nicht sogar unter deren Niveau gedrückt worden ist.'

<sup>88</sup> Lars van Vliet is universitair docent Vergelijkend Goederenrecht aan de Maastricht University.

