

Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR)

Herausgegeben von Jörg Schmid im Auftrag der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

Band 58

Franziska Martha Betschart

**Der Grundpfandvertrag
und die Allgemeinen
Geschäftsbedingungen
der Banken**

Schulthess § 2011

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	XXI
Materialienverzeichnis.....	XLI
Abkürzungsverzeichnis.....	XLIII
EINLEITUNG.....	1
I. KAPITEL: GRUNDLAGEN.....	5
§ 1 BEGRIFFE	5
I. Der Grundpfandvertrag im engen und im weiten Sinn	5
II. Allgemeine Geschäftsbedingungen	6
A. <i>Der Begriff im Allgemeinen</i>	6
B. <i>Basis-AGB und Hypothekar-AGB</i>	6
III. Konsumentinnen und Konsumenten.....	7
IV. Kleine und mittlere Unternehmen (KMU).....	8
§ 2 DER GRUNDPFANDVERTRAG IM ALLGEMEINEN	9
I. Der wesentliche Inhalt des Grundpfandvertrags.....	9
A. <i>Die wesentlichen Vertragspunkte im Allgemeinen</i>	9
B. <i>Die wesentlichen Punkte des Grundpfandvertrags</i>	10
II. Die Kennzeichen des Grundpfandvertrags i.e.S.	11
A. <i>Die Parteien</i>	12
B. <i>Der Grundpfandvertrag i.e.S. als Schuldvertrag</i>	12
1. Der Grundpfandvertrag i.e.S. als Verpflichtungsgeschäft	13
2. Der Grundpfandvertrag i.e.S. als einseitiger Schuldvertrag.....	13
3. Der Grundpfandvertrag i.e.S. als einfacher Schuldvertrag.....	15
C. <i>Der Grundpfandvertrag i.e.S. als Nominatvertrag</i>	16
III. Abgrenzung zu den anderen Entstehungsgründen für Grundpfandrechte.....	17

§ 3	DAS VERTRAGLICH ERRICHTETE GRUNDPFANDRECHT	19
I.	Die Entstehung des Pfandrechts	20
	A. <i>Der Grundpfandvertrag als Voraussetzung der Entstehung des Pfandrechts</i>	20
	B. <i>Die Anmeldung und die Eintragung im Grundbuch</i>	21
	1. Die Grundbuchanmeldung	21
	2. Die Eintragung im Grundbuch.....	23
	C. <i>Die Ausstellung und Aushändigung des Pfandtitels</i>	24
II.	Das Verhältnis zwischen Grundpfandvertrag und eingetragennem Grundpfandrech.....	28
	A. <i>Die Ausgangslage</i>	28
	B. <i>Das Kausalitätsprinzip</i>	28
	C. <i>Das Prinzip des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs</i>	29
	1. Die Voraussetzungen und die Wirkungen des Gutgläubenschutzes.....	30
	2. Der Gutgläubenschutz bei der Grundpfandverschreibung.....	31
	3. Der Gutgläubenschutz beim Schuldbrief	32
III.	Das Grundpfandrecht und das Grundverhältnis.....	33
	A. <i>Die Grundpfandverschreibung und das Grundverhältnis</i>	35
	B. <i>Der Schuldbrief und das Grundverhältnis</i>	36
	1. Das gesetzliche Konzept: Das direkte Grundpfand.....	36
	a. Der Schuldbrief als Verkehrsgrundpfandrecht.....	36
	b. Die Novation insbesondere.....	38
	c. Die Revision des Immobiliarsachenrechts	42
	2. Die heutige Bankpraxis: Verpfändung oder Sicherungsübereignung des Schuldbriefs	43
	a. Die Verpfändung von Eigentümerschuldbriefen (indirektes Grundpfand)	43
	b. Die Sicherungsübereignung von Schuldbriefen (direktes Grundpfand i.w.S.).....	47
§ 4	ZUSAMMENFASSUNG DES 1. KAPITELS	52

2. KAPITEL: ALLGEMEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN IM UMFELD DES GRUNDPFANDVERTRAGS	55
§ 5 ALLGEMEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN IM MEHRSCHICHTIGEN RECHTSVERHÄLTNIS DER PARTEIEN	55
I. Die Kennzeichen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.....	56
II. Das mehrschichtige Rechtsverhältnis im Hypothekengeschäft der Banken ..	58
A. <i>Der Grundpfandvertrag im engen Sinn</i>	59
1. Typischer Inhalt.....	59
2. Individualvertrag oder Allgemeine Geschäftsbedingungen?.....	59
a. Der Grundsatz: Individualvertrag.....	59
b. Die Ausnahme: Allgemeine Geschäftsbedingungen.....	60
B. <i>Die Hypothekar-AGB</i>	64
C. <i>Die Basis-AGB</i>	65
1. Typischer Inhalt der Basis-AGB.....	66
2. Die Basis-AGB als Teil des Geschäftsverbindungsvertrags	66
§ 6 DIE RECHTLICHE BEHANDLUNG VON ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN	70
I. Die Funktionen und die Problematik der AGB	70
II. Die Geltungskontrolle.....	74
A. <i>Die Übernahme in den Vertrag</i>	74
1. Die Möglichkeit zur vorgängigen Kenntnisnahme.....	74
2. Die ausdrückliche oder stillschweigende Übernahme	75
3. Der Inhalt der Übernahmeerklärung: Voll- oder Globalübernahme	77
B. <i>Die Schranken der Globalübernahme</i>	79
1. Der Vorrang von abweichenden Individualabreden	79
2. Die Ungewöhnlichkeitsregel	81
3. Die Floskeln.....	84
III. Die Auslegungskontrolle	84
A. <i>Die Vertragsauslegung</i>	85
B. <i>Die Unklarheitsregel</i>	87
C. <i>Die Auslegung eines formbedürftigen Vertrags</i>	89

IV.	Die Inhaltskontrolle	90
A.	<i>Die Schranken der Inhaltsfreiheit im Allgemeinen</i>	90
1.	Das zwingende Recht.....	91
2.	Die öffentliche Ordnung	93
3.	Die guten Sitten und das Recht der Persönlichkeit.....	95
4.	Die Unmöglichkeit	97
B.	<i>Die offene AGB-Inhaltskontrolle im Besonderen</i>	98
1.	Vorbemerkungen.....	98
2.	Die Inhaltskontrolle anhand von Art. 8 UWG	101
3.	Die Inhaltskontrolle anhand der öffentlichen Ordnung (Art. 19 Abs. 2 OR)	105
4.	Der Weg zur gesetzlichen Regelung der AGB-Inhaltskontrolle.....	108
§ 7	ZUSAMMENFASSUNG DES 2. KAPITELS	111
	3. KAPITEL: DER INHALT DES GRUNDPFANDVERTRAGS	115
§ 8	DER INHALT DES GRUNDPFANDVERTRAGS I.E.S.	115
I.	Die Parteien des Grundpfandvertrags	115
A.	<i>Die Handlungsfähigkeit</i>	116
1.	Allgemeines	116
2.	Die Handlungsfähigkeit der natürlichen Person als Verpfänderin im Besonderen.....	117
a.	Verheiratete und in eingetragener Partnerschaft lebende Personen ...	117
b.	Beistandschaft und Beiratschaft.....	120
c.	Handlungsunfähige natürliche Personen.....	121
B.	<i>Die gewillkürte Vertretung der Parteien</i>	123
II.	Das Verpfändungsversprechen und die Wahl der Grundpfandart.....	125
A.	<i>Das Verpfändungsversprechen</i>	125
1.	Im Allgemeinen.....	125
2.	Beim Schuldbrief.....	126
B.	<i>Die Wahl der Grundpfandart</i>	130

III.	Das Pfandobjekt	133
A.	<i>Die verpfändbaren Grundstücke</i>	133
B.	<i>Die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit</i>	136
C.	<i>Die Haftung mehrerer Grundstücke</i>	138
D.	<i>Der Umfang der Pfandhaft</i>	140
1.	Das Grundstück, seine Bestandteile und die Zugehör	141
2.	Die Miet- und Pachtzinsforderungen	144
3.	Die Versicherungsleistungen	145
IV.	Die Pfandforderung und die Pfandsumme	146
A.	<i>Die Pfandforderung bei der Grundpfandverschreibung</i>	147
1.	Allgemeines	147
2.	Die generelle Pfandklausel	152
3.	Die Wiederauszahlungsklausel	154
4.	Die Verzinsung	156
B.	<i>Die Pfandforderung des Schuldbriefs</i>	161
1.	Die Pfandforderung	161
2.	Vereinbarungen über Verzinsung, Rückzahlung und Kündigung	163
a.	Die Verweisung auf separate Vereinbarungen	164
b.	Die Verzinsung der Schuldbriefforderung	165
c.	Die Kündigung der Schuldbriefforderung	169
d.	Die Rückzahlung der Schuldbriefforderung	171
C.	<i>Die Pfandsumme</i>	174
V.	Vereinbarungen betreffend den Rang	176
A.	<i>Das Verhältnis zu anderen Pfandrechten</i>	177
1.	Die Pfandstelle	177
2.	Der Rangvorbehalt	179
3.	Das Nachrückungsrecht	179
B.	<i>Das Verhältnis zu anderen beschränkten dinglichen Rechten</i>	183

§ 9	DER INHALT AUSGEWÄHLTER AGB-KLAUSELN	184
I.	Die Klauseln zum Verpfändungswillen beim Schuldbrief	185
	A. <i>Die Verpfändung des Eigentümerschuldbriefs</i>	186
	B. <i>Die Sicherungsübereignung des Schuldbriefs</i>	188
	C. <i>Die Zuordnung eines Vertrags zur Sicherungsübereignung oder Verpfändung</i>	190
II.	Die Klauseln zur Bestimmung der gesicherten Forderungen beim Schuldbrief	192
	A. <i>Die Margenverpfändung bei der direkten Sicherung</i>	192
	B. <i>Die generelle Pfandklausel und die Margenverpfändung bei der Sicherungsübereignung und der Verpfändung</i>	194
	1. Die grundsätzliche Zulässigkeit	194
	2. Die Zulässigkeit der Vereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen	195
III.	Die Klauseln zu Modalitäten der Pfandforderung	198
	A. <i>Die Klauseln zur Verzinsung der Pfandforderung</i>	198
	1. Die Verzinsungsregelungen im Darlehensvertrag	198
	2. Die Verzinsung bei der Grundpfandverschreibung	199
	3. Die Verzinsung beim sicherungsübereigneten oder verpfändeten Schuldbrief	199
	B. <i>Die Kündigungsklauseln</i>	205
	1. Die typischen Kündigungsklauseln in Bankformularen	206
	a. Im Allgemeinen	206
	b. Beim Schuldbrief im Besonderen	208
	2. Die Übernahme der Kündigungsklauseln	209
	a. Bei der Grundpfandverschreibung	209
	b. Beim Schuldbrief	209
	c. Einleitende Bemerkungen	212
	d. Der Verzug des Schuldners mit Zins- oder Amortisationszahlungen	215
	e. Die wesentliche Verschlechterung der Bonität des Kreditnehmers	217
	f. Die Wertverminderung der Pfandsache	222

g.	Die Veräußerung des verpfändeten Grundstücks	228
IV.	Die Klauseln zur Verwertung.....	231
A.	<i>Die typischen Klauseln zur Verwertung in Bankformularen.....</i>	232
B.	<i>Der Verzicht auf das beneficium excussionis realis</i>	234
1.	Das beneficium excussionis realis	234
2.	Der Ausschluss des beneficium excussionis realis.....	236
a.	Die Geltungskontrolle	236
b.	Die Inhaltskontrolle.....	238
C.	<i>Die Abreden zur Privatverwertung</i>	240
1.	Allgemeines	240
2.	Die Vereinbarung der Privatverwertung und des Selbsteintritts.....	242
3.	Die Privatverwertung des Grundstücks	244
4.	Die Privatverwertung beim sicherungsübereigneten Schuldbrief.....	245
5.	Die Privatverwertung beim verpfändeten Eigentümerschuldbrief.....	249
a.	Der Selbsteintritt.....	249
b.	Die Kündigungs- und Einziehungsermächtigung.....	252
V.	Die Gerichtsstandsklausel.....	253
A.	<i>Der Begriff, die Form und die typische Ausgestaltung der Gerichtsstandsklausel.....</i>	253
B.	<i>Die Übernahme der Gerichtsstandsklausel in den Grundpfandvertrag i.w.S.</i>	254
C.	<i>Der Inhalt der Gerichtsstandsklausel.....</i>	256
1.	Die gesetzliche Schranken.....	256
2.	Das Erfordernis der Bestimmtheit.....	261
3.	Die einseitigen Gerichtsstandsklauseln	262
§ 10	ZUSAMMENFASSUNG DES 3. KAPITELS.....	262

4. KAPITEL: DIE FORM DES GRUNDPFANDVERTRAGS	269
§ 11 ALLGEMEINES ZUR ÖFFENTLICHEN BEURKUNDUNG DES GRUNDPFANDVERTRAGS	270
I. Das formbedürftige Rechtsgeschäft.....	270
II. Der Begriff der öffentlichen Beurkundung.....	271
III. Die Zwecke der öffentlichen Beurkundung des Grundpfandvertrags.....	272
A. <i>Der Schutz vor unbedachten Vertragsschlüssen</i>	272
B. <i>Schaffung einer klaren Rechtsgrundlage</i>	278
C. <i>Grundlage für die Eintragung im Grundbuch</i>	279
§ 12 DER UMFANG DES BEURKUNDUNGSZWANGS BEIM GRUNDPFANDVERTRAG	280
I. Der personelle Umfang des Beurkundungszwangs.....	280
A. <i>Ausgangslage</i>	281
B. <i>Die Argumente der herrschenden Lehre</i>	282
C. <i>Stellungnahme: Auslegung von Art. 799 Abs. 2 ZGB</i>	284
1. Der Wortlaut.....	285
2. Die Systematik.....	285
3. Die Entstehungsgeschichte.....	287
4. Der Zweck.....	288
5. Ergebnis und Ausblick.....	289
II. Der materielle Umfang des Beurkundungszwangs.....	291
A. <i>Fragestellung</i>	291
B. <i>Kurze Übersicht über die Lehre und Rechtsprechung</i>	294
1. Die Theorien der Lehre im Überblick.....	294
a. Die subjektive Theorie.....	294
b. Die objektive Theorie.....	295
c. Die kumulative Theorie.....	295
d. Fazit.....	296
2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts.....	296

C.	<i>Stellungnahme</i>	299
1.	Unterscheidung zwischen Konsens- und Formlehre.....	299
2.	Abwägung anhand der Beurkundungszwecke	303
3.	Die Grundsätze der Formfreiheit und der Rechtssicherheit	306
4.	Abwägung anhand der Grundsätze zur AGB-Kontrolle	307
D.	<i>Fazit</i>	308
§ 13	DIE RECHTSFOLGEN EINES FORMMANGELS	310
I.	Die Ursachen von Formmängeln.....	310
II.	Der Grundsatz der absoluten Nichtigkeit eines formungültigen Vertrags....	311
III.	Das Verbot des Rechtsmissbrauchs.....	315
§ 14	ZUSAMMENFASSUNG DES 4. KAPITELS	318
	SACHREGISTER	321