

Das Bürgerliche Recht
Habilitationen
Band 2

Der Grundsatz der Akzessorietät bei Kreditsicherungsrechten

Von
Susanne Heinemeyer



Duncker & Humblot · Berlin

SUSANNE HEINEMEYER

Der Grundsatz der Akzessorietät
bei Kreditsicherungsrechten

Das Bürgerliche Recht
Habilitationen

Band 2

Der Grundsatz der Akzessorietät bei Kreditsicherungsrechten

Von

Susanne Heinemeyer



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft
der VG WORT.

Der Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz hat diese Arbeit
im Jahre 2016 als Habilitationsschrift angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Das Druckteam Berlin
Printed in Germany

ISSN 2195-9641
ISBN 978-3-428-15153-0 (Print)
ISBN 978-3-428-55153-8 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85153-9 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Wintersemester 2015/16 vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz als Habilitationsschrift angenommen. Später erschienene Literatur ist bis Ende 2016 berücksichtigt.

Ganz besonders danke ich meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Peter Gröschler. Seit einer Digestenexegese im Sommersemester 2003 hat er meinen akademischen und persönlichen Werdegang in vielerlei Hinsicht nachdrücklich gefördert und begleitet. Die Entstehung auch dieser Arbeit hat er stets hilfsbereit, wohlwollend und kritisch begleitet.

Herzlicher Dank gebührt auch Herrn Professor Dr. Andreas Roth für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Für die großzügige Finanzierung des Drucks der Arbeit sei dem Förderungsfonds Wissenschaft der VG Wort gedankt.

Mainz, im Juni 2017

Susanne Heinemeyer

Inhaltsübersicht

Einleitung	31
§ 1 Gegenstand der Untersuchung	31
<i>1. Teil</i>	
Akzessorietät im römischen Recht	35
§ 2 Einführung	35
§ 3 Hinweise auf Akzessorietät der Bürgschaft (<i>sponsio, fidepromissio</i> und <i>fideiussio</i>)	36
§ 4 Quellen, die gegen eine akzessorische Bindung sprechen – zu <i>Flumes</i> These von den Bürgschaftsstipulationen	56
§ 5 Ergebnisse zur Akzessorietät der Bürgschaft	78
§ 6 Hinweise auf Akzessorietät des Pfandrechts (<i>pignus, hypotheca</i>) und der Sicherungsübereignung (<i>fiducia</i>)	80
§ 7 Ergebnisse zur Akzessorietät des Pfandrechts und der Sicherungsübereignung	90
§ 8 Diskussion in der Forschung zur Akzessorietät im römischen Recht	91
<i>2. Teil</i>	
Akzessorietät im 18. bis 20. Jahrhundert	97
1. Abschnitt	
Akzessorietät im preußischen Recht	97
§ 9 Hinweise auf Akzessorietät im preußischen Recht	97
§ 10 Akzessorische Ausgestaltung der Sicherungsrechte im preußischen Recht ...	119
2. Abschnitt	
Akzessorietät bei der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs	124
§ 11 Einführung	124

§ 12 Hinweise auf Akzessorietät von Sicherungsmitteln bei der Entstehung des BGB	126
§ 13 Zusammenfassung	165

3. Teil

Entwicklung der Akzessorietät vom römischen über das preußische Recht und die Entstehung des BGB bis heute 169

§ 14 Vergleich der Akzessorietät in den Entwürfen des BGB mit der Akzessorietät im römischen und preußischen Recht	169
§ 15 Der Begriff der Akzessorietät	178

4. Teil

Verhältnis zwischen der gesicherten Forderung und der Sicherung bei nicht-akzessorischen Sicherungsrechten 205

1. Abschnitt

Hinweise auf Akzessorietät beim Eigentumsvorbehalt 205

§ 16 Struktur des Eigentumsvorbehalts	205
§ 17 Der Eigentumsvorbehalt als besitzloses „Pfandrecht“	219
§ 18 Verhältnis des Vorbehaltseigentums des Verkäufers zur gesicherten Forderung	235
§ 19 Zusammenfassende Stellungnahme	246

2. Abschnitt

Hinweise auf Akzessorietät bei der Sicherungsübereignung und Sicherungszession 250

§ 20 Struktur der Sicherungsübereignung und -zession	250
§ 21 Verhältnis des Sicherungseigentums zur gesicherten Forderung bei der Entstehung des Sicherungseigentums	255
§ 22 Verhältnis des Sicherungseigentums zur gesicherten Forderung bei Fortbestehen der gesicherten Forderung	283
§ 23 Verhältnis des Sicherungseigentums zur gesicherten Forderung bei Erlöschen der gesicherten Forderung	298
§ 24 Bedingte Sicherungsübereignung	307
§ 25 Abhängigkeit der Sicherungszession von der gesicherten Forderung	312
§ 26 Ansätze einer Akzessorietät der Sicherungsübereignung und -zession	315

3. Abschnitt

Hinweise auf Akzessorietät bei der Sicherungsgrundschuld	318
§ 27 Entwicklung der Sicherungsgrundschuld	318
§ 28 Struktur der Sicherungsgrundschuld	319
§ 29 Verhältnis der Sicherungsgrundschuld zur gesicherten Forderung bei der Entstehung der Sicherungsgrundschuld	323
§ 30 Verhältnis der Sicherungsgrundschuld zur gesicherten Forderung bei Fortbestehen und Erlöschen der gesicherten Forderung	339
§ 31 Verhältnis zwischen der gesicherten Forderung und der Sicherungsgrundschuld gemäß § 1192 Ia 1 BGB	360
§ 32 Bewertung der Akzessorietät der Sicherungsgrundschuld	368

4. Abschnitt

Ergebnisse der Untersuchung des Verhältnisses von Forderung und Sicherung bei nicht-akzessorischen Sicherungsrechten – Bewertung und Ausblick –	372
§ 33 Abhängigkeit nicht-akzessorischer Sicherungsrechte von der gesicherten Forderung	372

5. Teil

Zusammenfassung der Ergebnisse und Schlussfolgerung	379
§ 34 Ursprung und Entwicklung der Akzessorietät	379
§ 35 Schlussfolgerung	386
Literaturverzeichnis	389
Quellenverzeichnis	406
Sachregister	409

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	31
§ 1 Gegenstand der Untersuchung	31
I. Der Begriff Akzessorietät	31
II. Quellen, Literatur und Ausblick auf den Gang der Untersuchung	32
<i>1. Teil</i>	
Akzessorietät im römischen Recht	35
§ 2 Einführung	35
§ 3 Hinweise auf Akzessorietät der Bürgschaft (<i>sponsio, fidepromissio und fideiussio</i>)	36
I. Vorbemerkung	36
II. Spuren akzessorischer Bindung in den Quellen	37
1. Gai. 3.115–127	37
2. D. 46.1	38
a) Entstehung der Bürgschaft	38
b) Einreden des Bürgen	40
aa) Überblick über die Erstreckung der Einreden	40
(1) Vorbemerkung	40
(2) Schutz des Bürgen	41
(3) Umgehungsgedanke	42
(4) Übertragene Einrede des Schuldners ohne spezifische Begründung	43
bb) Hintergrund der Erstreckung der Einreden	46
cc) Akzessorietätsgedanke bei der Erstreckung der Einreden	47
c) Fortbestehen und Erlöschen der Bürgschaft	48
d) Beispiele methodischer Begründung durch die Juristen	49
aa) Paul. D. 46.1.37 (17 ad Plaut.)	49
bb) Iav. D. 46.1.46 (10 ex post. Labeon.)	50
cc) Ergebnis	51
e) Ergebnis zur Akzessorietät der Bürgschaft in den Digesten	51
3. I. 3.20	52
a) Entstehung der Bürgschaft	52

b) Einreden des Bürgen	53
c) Erlöschen der Bürgschaft	54
d) Ergebnis	55
4. Zusammenfassung und Ausblick	55
§ 4 Quellen, die gegen eine akzessorische Bindung sprechen – zu <i>Flumes</i>	
These von den Bürgschaftsstipulationen	56
I. Ausgangspunkt Gai. 3.118 ff.	56
II. Grundzüge der These <i>Flumes</i>	58
III. Stellungnahme	59
1. Inhalt der Verpflichtungserklärungen: zur Formel von <i>sponsio</i> und <i>fideiussio</i>	59
a) Die Formeln nach <i>Flume</i>	59
b) Quellen, die gegen <i>Flumes</i> Formelkonstruktion sprechen	60
aa) Gai. 3.116 und Gai. 3.112	60
bb) Urkundenpraxis	61
(1) Archiv der Sulpizier	61
(2) Urkunden aus Siebenbürgen	61
(3) Dakische Urkunden	62
(4) Fazit	63
2. Abhängigkeit der Bürgschaft von der zu sichernden Forderung	63
a) Unterscheidung zwischen Rechtsakt und <i>obligatio</i> als materieller Verbindlichkeit	63
aa) <i>Flumes</i> Ansicht	63
bb) Kritik	65
(1) Ansichten in der Forschung	65
(2) Anhaltspunkte im Text von Gai. 3.118 ff.	65
(3) Fazit	66
b) Materielle Anforderungen an die zu sichernde Verbindlichkeit: Verbindlichkeiten von Frauen, Minderjährigen, Sklaven und Peregrinen	66
aa) Gai. 3.119–119a	66
bb) Unvollkommene und natürliche Verbindlichkeiten	67
3. Verhältnis von <i>sponsio</i> und <i>fideiussio</i> : Cels. D. 12.6.47 (6 dig.)	69
a) Sachverhalt von D. 12.6.47	69
b) Interpretation von D. 12.6.47	70
4. Haftung des Bürgen für <i>mora</i> und <i>culpa</i> : zugleich eine Kritik an Rekonstruktionsversuchen zur klassischen Rechtslage	71
a) Sachverhalt von Pap. D. 4.3.19 (37 quaest.) und D. 46.3.95.1 (28 quaest.)	71
b) Widerspruch zwischen D. 4.3.19 und D. 46.3.95.1	73
c) Stellungnahme	74

Inhaltsverzeichnis	13
IV. Abschließende Bewertung	75
1. Formel der <i>spensio</i> , <i>fidepromissio</i> und <i>fideiussio</i>	75
2. Unterscheidung von <i>obligatio</i> als Rechtsakt und materieller Verbindlichkeit	76
3. Fazit: Verhältnis der drei Bürgschaftsarten	76
4. Vergleich mit adjektivischen Klagen: zum Grundgedanken von Abhängigkeit im römischen Recht	77
§ 5 Ergebnisse zur Akzessorietät der Bürgschaft	78
§ 6 Hinweise auf Akzessorietät des Pfandrechts (<i>pignus</i>, <i>hypotheca</i>) und der Sicherungsübereignung (<i>fiducia</i>)	80
I. Einführung	80
1. Zu <i>pignus</i> , <i>hypotheca</i> und <i>fiducia</i>	80
2. Rechtsschutz bei Pfandrecht und Sicherungsübereignung	81
II. Spuren akzessorischer Bindung in den Quellen	83
1. Entstehung des Pfandrechts	83
2. Fortbestehen und Erlöschen des Pfandrechts	84
3. Novation	86
4. Ergebnis	87
III. Die Klagen aus Pfand und <i>fiducia</i>	87
1. <i>Actio Serviana</i> , <i>actio quasi Serviana</i> bzw. <i>actio hypothecaria</i>	87
2. <i>Actio pigneraticia</i>	88
3. <i>Actio fiduciae</i>	89
4. Vergleichende Betrachtung	89
§ 7 Ergebnisse zur Akzessorietät des Pfandrechts und der Sicherungsübereignung	90
§ 8 Diskussion in der Forschung zur Akzessorietät im römischen Recht	91
I. Überblick über die Ansichten in der Forschung und Bewertung	91
1. Akzessorietät der römischen Bürgschaft	91
2. Akzessorietät des römischen Pfandrechts	92
3. Akzessorietät im römischen Recht allgemein	94
II. Ausblick	95
 2. Teil 	
Akzessorietät im 18. bis 20. Jahrhundert	97
1. Abschnitt	
Akzessorietät im preußischen Recht	97
§ 9 Hinweise auf Akzessorietät im preußischen Recht	97
I. Einführung	97

II. Die Bürgschaft des ALR	98
1. Entstehung der Bürgschaft	98
2. Einreden des Bürgen	99
3. Fortbestehen und Erlöschen der Bürgschaft	101
III. Das Pfandrecht	102
1. Das Pfandrecht im engeren Sinne	102
a) Vorbemerkung	102
b) Entstehung des Pfandrechts	102
c) Einreden des Verpfänders	103
d) Fortbestehen und Erlöschen des Pfandrechts	104
2. Die Hypothek	105
a) Entstehung der Hypothek	105
b) Einreden des Eigentümers	106
c) Fortbestehen und Erlöschen der Hypothek	107
3. Die Eigentümerhypothek	108
a) Problemstellung	108
b) Meinungsstand	109
c) Fazit	111
IV. Einführung der Grundschild und Reform der Hypothek durch das EEG .	112
1. Hintergründe	112
2. Gesetzliche Regelung	113
a) Die Grundschild	113
aa) Gesetzliche Ausgestaltung im EEG	113
bb) Würdigung	115
b) Reform der Hypothek durch das EEG	117
3. Diskussion über die Dogmatik der Grundschild	118
§ 10 Akzessorische Ausgestaltung der Sicherungsrechte im preußischen Recht	119
I. Ergebnis aus der gesetzlichen Regelung	119
II. Literatur und Bewertung	122

2. Abschnitt

Akzessorietät bei der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs	124
§ 11 Einführung	124
§ 12 Hinweise auf Akzessorietät von Sicherungsmitteln bei der Entstehung des BGB	126
I. Akzessorietät der Bürgschaft	126
1. Hinweise auf Akzessorietät in den Materialien zum BGB	126

a)	Entstehung der Bürgschaft	126
b)	Einreden des Bürgen	129
c)	Fortbestehen und Erlöschen der Bürgschaft	130
2.	Die gesetzgeberische Vorstellung von der Akzessorietät der Bürgschaft	132
a)	Ergebnis aus den Materialien	132
b)	Bewertung	134
aa)	Unreflektierte Übernahme des Akzessorietätsgrundsatzes	134
bb)	Begriffsjuristisches Vorgehen	135
II.	Akzessorietät des Pfandrechts	137
1.	Hinweise auf Akzessorietät in den Materialien zum BGB	137
a)	Entstehung des Pfandrechts	137
b)	Einreden des Verpfänders	139
c)	Fortbestehen und Erlöschen des Pfandrechts	139
aa)	Umfang der Haftung des Verpfänders	139
bb)	Rang und Verwertung des Pfandrechts	140
cc)	Übertragung der Forderung	141
dd)	Erlöschen der Forderung	142
2.	Die gesetzgeberische Vorstellung von der Akzessorietät des Pfandrechts	143
a)	Ergebnis aus den Materialien	143
b)	Bewertung	144
aa)	Begriffsjuristisches Vorgehen	144
bb)	Argumentationsmuster der Motive	145
III.	Akzessorietät der Hypothek	146
1.	Hinweise auf Akzessorietät in den Materialien zum BGB	146
a)	Vorbemerkung	146
b)	Entstehung der Hypothek	148
c)	Einreden des Eigentümers	149
d)	Fortbestehen und Erlöschen der Hypothek	151
aa)	Kündigungsempfänger	151
bb)	Übertragung der Forderung	152
cc)	Erlöschen der Forderung	154
(1)	Problemstellung	154
(2)	Beratung der Eigentümerhypothek in der 1. Kommission nach den Protokollen	154
(3)	Beratung der Eigentümerhypothek in der 1. Kommission nach den Motiven	156
(4)	Beratung der Eigentümerhypothek in der 2. Kommission nach den Protokollen	157

2. Die gesetzgeberische Vorstellung von der Akzessorietät der Hypothek	158
a) Ergebnis aus den Materialien	158
b) Bewertung	159
aa) Begriffsjuristisches Vorgehen	159
bb) Akzessorietät in den Motiven und den Protokollen der 1. Kommission im Vergleich und abschließende Bewertung	161
IV. Akzessorietät der Vormerkung	162
V. Nicht-Akzessorietät der Grundsuld	163
1. Einführung	163
2. Ausformung der Grundsuld durch den Gesetzgeber	164
3. Ergebnis: Nicht-Akzessorietät der Grundsuld bei der Entstehung des BGB	165
§ 13 Zusammenfassung	165
I. Akzessorietät in den Materialien zum BGB	165
II. Das Akzessorietätsverständnis des BGB-Gesetzgebers	168

3. Teil

Entwicklung der Akzessorietät vom römischen über das preußische Recht und die Entstehung des BGB bis heute 169

§ 14 Vergleich der Akzessorietät in den Entwürfen des BGB mit der Akzessorietät im römischen und preußischen Recht	169
I. Gemeinsamkeiten	169
1. Überblick	169
2. Entstehung des Sicherungsrechts und maximale Höhe der Verpflichtung des Sicherungsgebers	170
3. Sicherungsrechte für künftige und bedingte Forderungen	171
4. Einreden des Sicherungsgebers	173
5. Veränderungen der gesicherten Forderung	174
6. Übertragung der gesicherten Forderung	175
II. Unterschied: Bürgschaft für die Schuld eines Minderjährigen	176
III. Zusammenfassung	177
§ 15 Der Begriff der Akzessorietät	178
I. Einführung	178
II. Von <i>accessio</i> zum Grundsatz der Akzessorietät	179
1. Gebrauch des Begriffs <i>accessio</i> im römischen Recht	179
a) Terminologische Überlegungen	179
b) Der Begriff <i>accessio</i> in den Quellen zum Bürgschafts- und Pfandrecht	180
2. Entwicklung bis Ende des 18. Jh.	182

3. Entwicklung im 19. bis 21. Jh.	183
III. Der Akzessorietätsgrundsatz im 19. bis 21. Jh.	185
1. Einführung	185
2. Akzessorietät als Zweckbeziehung, Zweckverbindung, Zweckgemeinschaft oder Anrecht	186
a) <i>Dernburg</i> : Effektive Sicherung einer daneben stehenden Forderung (1860)	186
b) <i>Schott</i> : Zweckbeziehung zwischen Pfandrecht und Forderung (1877)	186
c) <i>Exner</i> und <i>Regelsberger</i> : Zweck der Sicherungsbestellung ist Sicherung einer Forderung im Sinne eines wirtschaftlichen Zieles (1874/1876)	187
d) v. <i>Tuhr</i> : Sicherungszweck (1910/18)	188
e) <i>Heck</i> : Lehre von der Zweckgemeinschaft (1930)	189
f) <i>Wieacker</i> : Zweckverbindung (1938)	190
g) v. <i>Lübtow</i> : Anrechtslehre (um 1950)	190
h) <i>Becker-Eberhard</i> : Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte (1993)	192
3. Funktional-wirkungsorientierter Akzessorietätsbegriff	192
a) <i>Medicus</i> : Akzessorietät in Entstehung, Umfang, Zuständigkeit, Durchsetzung und Erlöschen (1971)	192
b) Einseitige Abhängigkeit des Sicherungsrechts von der gesicherten Forderung	193
c) Grad der Abhängigkeit zwischen Sicherungsrecht und Forderung .	194
d) Technik der Verknüpfung von Sicherung und Forderung	195
e) Andere Konzeptionen	195
aa) <i>Mincke</i> : Akzessorietät zur Verknüpfung des dinglichen Sicherungsrechts mit einem Wert (1987)	195
bb) <i>Ch. Schmidt</i> : Inhaltliche und äußerliche Kausalität (2001) ...	196
4. Vergleich	196
a) Vorbemerkung: Entwicklung der rechtswissenschaftlichen Methode	196
b) Entwicklung des Akzessorietätsgrundsatzes im 19. bis 21. Jh. in methodisch-inhaltlicher Hinsicht	198
c) Fazit	200
IV. Stellungnahme	201
1. Ursprung des Akzessorietätsgrundsatzes	201
2. Historischer und moderner Akzessorietätsbegriff im Vergleich	202
3. Ergebnis und Ausblick	203

4. Teil

Verhältnis zwischen der gesicherten Forderung und der Sicherung bei nicht-akzessorischen Sicherungsrechten	205
1. Abschnitt	
Hinweise auf Akzessorietät beim Eigentumsvorbehalt	205
§ 16 Struktur des Eigentumsvorbehalts	205
I. Einleitung	205
II. Begriff	205
III. Schuldrechtliche Ebene	207
IV. Sachenrechtliche Ebene	208
V. Gegenstand der Sicherung	209
1. Sicherung des Herausgabeanspruchs	209
2. Sicherung des Anspruchs auf Kaufpreiszahlung bzw. des Herausgabe- anspruchs	210
3. Sicherung des Warenkredits oder kurzfristige Überbrückung	211
4. Zusammenfassende Stellungnahme: Schutz des Verkäufers oder des Käufers	212
VI. Das Anwartschaftsrecht	213
1. Begriff	213
2. Übertragung des Anwartschaftsrechts	214
a) Übereignung der Vorbehaltssache und Übertragung des Anwart- schaftsrechts durch den Berechtigten	214
b) Gutgläubiger Erwerb	215
aa) Problemstellung	215
bb) Ersterwerb des Anwartschaftsrechts	215
cc) Zweiterwerb des existenten Anwartschaftsrechts	216
(1) Meinungsstand	216
(2) Stellungnahme	217
dd) Zweiterwerb des inexistenten Anwartschaftsrechts	218
ee) Gutgläubig lastenfreier Erwerb eines Dritten vom nichtberech- tigten Verkäufer (Wegerwerb des Anwartschaftsrechts)	219
§ 17 Der Eigentumsvorbehalt als besitzloses „Pfandrecht“	219
I. Problemstellung	219
II. Pfandähnlicher Charakter des Eigentumsvorbehalts	220
1. Spannungsfeld von Faustpfandprinzip und Eigentumsvorbehalt	220
2. Vergleich zwischen dem Eigentumsvorbehalt und dem Pfandrecht ...	222
a) Gesicherter Anspruch	222
b) Rechtsposition des Sicherungsnehmers	223

c) Schicksal des Sicherungsrechts bei Abtretung der gesicherten Forderung	223
aa) Meinungsstand	223
bb) Stellungnahme	226
(1) Ausgangspunkt	226
(2) Direkte Anwendung von § 401 I BGB	226
(3) Fazit	230
d) Verwertungs- bzw. Verfallsrecht	230
aa) Verwertungsrecht	230
bb) Verbot der Verfallabrede	231
e) Ergebnis	232
3. Vergleich der Funktion des Eigentumsvorbehalts und des Pfandrechts	233
a) Funktion des Eigentumsvorbehalts und des vertraglichen Pfandrechts	233
b) Funktion der gesetzlichen Pfandrechte	233
c) Vergleich	234
III. Zusammenfassung	235
§ 18 Verhältnis des Vorbehaltseigentums des Verkäufers zur gesicherten Forderung	235
I. Vorüberlegung	235
II. Verhältnis des Vorbehaltseigentums des Verkäufers zur gesicherten Forderung bei der Entstehung des Eigentumsvorbehalts	236
III. Verhältnis des Vorbehaltseigentums des Verkäufers zur gesicherten Forderung bei Fortbestehen der Forderung	238
1. Einreden des Sicherungsgebers	238
2. Veränderungen der gesicherten Forderung	239
a) Vorbehaltseigentum und Höhe der gesicherten Forderung	239
b) Abtretung der gesicherten Forderung	240
c) Ergebnis	241
3. Übertragung der unter Vorbehalt übereigneten Sache	241
a) Überblick	241
b) 1. Variante: Übertragung der Rechtsposition des Käufers auf einen Dritten	242
aa) Gefährdung des Sicherungsrechts des Verkäufers durch Übertragung des Anwartschaftsrechts	242
bb) Einwirkungsmöglichkeiten der Kaufvertragsparteien auf das Anwartschaftsrecht nach der Übertragung auf einen Dritten ..	242
c) 2. Variante: Übertragung des Eigentums an der Sache durch den Käufer auf einen Dritten mit Ermächtigung des Verkäufers	244
d) 3. Variante: Verfügung des Käufers über die Sache als Nichtberechtigter	245

IV. Verhältnis des Vorbehaltseigentums des Verkäufers zur gesicherten Forderung bei Erlöschen der Forderung	246
§ 19 Zusammenfassende Stellungnahme	246
I. Verhältnis von Vorbehaltseigentum und Anwartschaftsrecht: Rechtliche Notwendigkeit des Anwartschaftsrechts	246
II. Ansätze einer Akzessorietät des Eigentumsvorbehalts	248
2. Abschnitt	
Hinweise auf Akzessorietät bei der Sicherungsübereignung und Sicherungszession	
	250
§ 20 Struktur der Sicherungsübereignung und -zession	250
I. Einführung	250
II. Grundzüge der Sicherungsübereignung	250
III. Grundzüge der Sicherungszession	252
IV. Sicherungsvertrag	253
V. Pfandähnlicher Charakter der Sicherungsübereignung und -zession	254
§ 21 Verhältnis des Sicherungseigentums zur gesicherten Forderung bei der Entstehung des Sicherungseigentums	255
I. Vorbemerkung	255
II. Unwirksamkeit bei der Bestellung des Sicherungseigentums	256
1. Problemstellung	256
2. Unwirksamkeit des Grundgeschäfts	256
3. Unwirksamkeit des Sicherungsvertrags	257
4. Unwirksamkeit der Übereignung	258
III. Schicksal des Sicherungseigentums bei Nichtbestehen der gesicherten Forderung	258
1. Unwirksamkeit der Sicherungsübereignung mangels bestehenden Herausgabeanspruchs	258
2. Lösungsansätze der Rechtsprechung zu Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung	258
a) BGH, Urt. v. 23.09.1981 – VIII ZR 242/80: aufschiebend bedingte Sicherung	259
b) BGH, Urt. v. 30.10.1990 – IX ZR 9/90: unbedingte Sicherung	260
c) BGH, Urt. v. 14.07.1994 – IX ZR 110/93: Teilnichtigkeit § 139 BGB	260
d) Vertraglicher bzw. bereicherungsrechtlicher Rückübertragungsanspruch	261
3. Reaktionen auf die Lösungsansätze der Rechtsprechung zu Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung	262
a) BGH, Urt. v. 23.09.1981 – VIII ZR 242/80	262

b) BGH, Urt. v. 30.10.1990 – IX ZR 9/90	264
c) BGH, Urt. v. 14.07.1994 – IX ZR 110/93	265
4. Stellungnahme	266
IV. Tauglichkeit der Lösungsansätze	268
1. Vorbemerkung	268
2. Bedingung, §§ 158 ff. BGB	268
a) Vereinbarung einer Bedingung im Allgemeinen	268
b) Vereinbarung einer Bedingung bei der Sicherungsübereignung ...	269
aa) Aufschiebende Bedingung oder Gegenwartsbedingung	269
bb) Stellungnahme	270
c) Interessen der Parteien	272
d) Allgemeine Auslegungsregel	273
e) Fazit	275
3. Teilnichtigkeit, § 139 BGB	276
a) Voraussetzungen des § 139 BGB	276
b) Anwendbarkeit von § 139 BGB bei der Sicherungsübereignung ..	276
aa) Umgehung des Trennungs- bzw. Abstraktionsprinzips	276
bb) § 139 BGB bei der Entstehung von Sicherungseigentum	278
4. Vertraglicher Rückübertragungsanspruch	279
5. Bereicherungsrechtlicher Rückübertragungsanspruch	280
a) Leistungskondiktion § 812 I 1 Alt. 1 BGB	280
b) Zweckverfehlungskondiktion § 812 I 2 Alt. 2 BGB	281
c) Kondiktion wegen Wegfalls des Rechtsgrunds § 812 I 2 Alt. 1 BGB	281
d) Ergebnis	282
V. Fazit	282
§ 22 Verhältnis des Sicherungseigentums zur gesicherten Forderung bei Fort-	
bestehen der gesicherten Forderung	283
I. Einreden des Sicherungsgebers	283
1. Überblick	283
2. Rechtsgrundlage der Einreden des Sicherungsgebers	284
3. Ergebnis	286
II. Veränderungen der gesicherten Forderung	286
1. Zunahme und Verminderung der gesicherten Forderung	286
a) Zunahme der gesicherten Forderung	286
b) Verminderung der gesicherten Forderung	287
aa) Einführung	287
bb) Freigabeanspruch bei Übersicherung	287
cc) Fazit	290
2. Schicksal des Sicherungsrechts bei Abtretung der gesicherten Forde-	
rung	290

a) Meinungsstand	290
aa) Kein Abtretungsverbot	290
bb) Pflicht zur Übertragung des Sicherungseigentums auf Neu- gläubiger	291
cc) Bedeutung des Treuhandcharakters der Sicherungsübereignung bei der Abtretung	292
dd) Direkte Anwendung von § 401 I BGB	293
b) Stellungnahme	294
aa) Erweiternde Auslegung von § 401 I BGB	294
bb) Interessen der Parteien	295
cc) Fazit	296
III. Gefahr des Verlustes der Sicherheit für den Sicherungsnehmer	296
IV. Ergebnis	297
§ 23 Verhältnis des Sicherungseigentums zur gesicherten Forderung bei Er- löschen der gesicherten Forderung	298
I. Schicksal des Sicherungseigentums bei Erlöschen der gesicherten Forde- rung nach Ansicht des Bundesgerichtshofs	298
1. BGH, Urt. v. 02.02.1984 – IX ZR 8/83 und BGH, Urt. v. 21.11.1985 – VII ZR 305/84: kein automatischer Rückfall des Sicherungseigen- tums	298
2. Reaktionen der Literatur	299
3. Stellungnahme	300
II. Bedingte Sicherungsübereignung gemäß §§ 158 ff. BGB	302
1. Vereinbarung einer auflösenden Bedingung	302
2. Interessen der Parteien	302
a) Argumente gegen eine im Zweifel auflösend bedingte Übereig- nung	302
b) Argumente für eine im Zweifel auflösend bedingte Übereignung ..	303
3. Fazit	304
III. Teilnichtigkeit, § 139 BGB	304
IV. Vertraglicher Rückübertragungsanspruch	305
V. Bereicherungsrechtlicher Rückübertragungsanspruch	305
VI. Wegfall der gesicherten Forderung in anderer Weise	306
VII. Ergebnis	306
§ 24 Bedingte Sicherungsübereignung	307
I. Aufschiebend und auflösend bedingte Sicherungsübereignung bei Ent- stehung und Erlöschen des Sicherungseigentums	307
II. Bedingte Sicherungsübereignung bei Bestehen der gesicherten Forderung	308
1. Schutz des Sicherungsgebers vor gutgläubigem Erwerb	308
2. Anschluss-Sicherungsübereignung	308
3. Ergebnis	309

III. Abschließende Bewertung und Zusammenfassung	310
§ 25 Abhängigkeit der Sicherungszession von der gesicherten Forderung	312
I. Abhängigkeit bei der Vornahme der Sicherungszession	312
II. Abhängigkeit während des Fortbestehens der gesicherten Forderung	313
1. Einreden des Sicherungsgebers	313
2. Veränderungen der gesicherten Forderung	314
3. Abtretung der gesicherten Forderung	314
4. Ergebnis	315
III. Abhängigkeit bei Erlöschen der gesicherten Forderung	315
§ 26 Ansätze einer Akzessorietät der Sicherungsübereignung und -zession ...	315

3. Abschnitt

Hinweise auf Akzessorietät bei der Sicherungsgrundschuld	318
§ 27 Entwicklung der Sicherungsgrundschuld	318
§ 28 Struktur der Sicherungsgrundschuld	319
I. Ausgestaltung der Sicherung in der Praxis	319
1. Sicherungspaket	319
2. Sicherungsvertrag	320
II. Sicherungsgrundschuld nach dem Risikobegrenzungsgesetz	322
§ 29 Verhältnis der Sicherungsgrundschuld zur gesicherten Forderung bei der Entstehung der Sicherungsgrundschuld	323
I. Einführung	323
II. Schicksal der Sicherungsgrundschuld bei Nichtbestehen der gesicherten Forderung	324
1. Problemstellung	324
2. Lösungsansätze der Rechtsprechung	325
a) Vertraglicher oder bereicherungsrechtlicher Anspruch	325
b) Analyse	328
3. Bedingung, §§ 158 ff. BGB	328
a) Voraussetzungen und Zulässigkeit bei der Sicherungsgrundschuld	328
b) Fehlen einer ausdrücklichen aufschiebenden Bedingung	329
aa) Konkludente Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung .	329
bb) Parteiinteressen	331
cc) Fazit	332
4. Teilnichtigkeit, § 139 BGB	333
a) Voraussetzungen und Anwendbarkeit des § 139 BGB bei der Sicherungsgrundschuld	333
b) Interessen der Parteien	335

5. Vertraglicher Rückübertragungsanspruch	335
6. Bereicherungsrechtlicher Rückübertragungsanspruch	336
a) Leistungskondiktion § 812 I 1 Alt. 1 BGB	336
b) Zweckverfehlungskondiktion § 812 I 2 Alt. 2 BGB	337
c) Kondiktion wegen Wegfalls des Rechtsgrundes § 812 I 2 Alt. 1 BGB	338
III. Fazit: Tauglichkeit der bisherigen Lösungsansätze	338
§ 30 Verhältnis der Sicherungsgrundschuld zur gesicherten Forderung bei Fortbestehen und Erlöschen der gesicherten Forderung	339
I. Veränderungen der gesicherten Forderung	339
II. Einreden des Eigentümers	340
1. Einführung	340
2. Einreden des Eigentümers gemäß § 1192 Ia 1 BGB	341
a) Eigentümer ist Partei des Sicherungsvertrags	341
b) Eigentümer ist nicht Partei des Sicherungsvertrags	342
aa) Problemstellung	342
bb) Meinungsstand	344
cc) Analoge Anwendung von § 1192 Ia 1 BGB auf den Eigen- tümer, der nicht Partei des Sicherungsvertrags ist	345
c) Stellungnahme	346
3. Einreden im ursprünglichen Sicherungsverhältnis	347
a) Eigentümer ist Partei des Sicherungsvertrags	347
b) Eigentümer ist nicht Partei des Sicherungsvertrags	348
aa) Problemstellung	348
bb) Stellungnahme	349
III. Übertragung der gesicherten Forderung und der Sicherungsgrundschuld .	349
1. Überblick	349
2. Isolierte Abtretung der gesicherten Forderung	350
a) Zulässigkeit der isolierten Abtretung der Forderung	350
b) Anwendbarkeit von § 401 I BGB	352
c) Ergebnis	353
3. Übertragung der Sicherungsgrundschuld	354
IV. Erlöschen der gesicherten Forderung	355
1. Rückgewähranspruch	355
a) Anspruchsgrundlage und Einrede des Rückgewähranspruchs	355
b) Anspruchssteller und -gegner	357
2. Fälligkeit der gesicherten Forderung und Kündigung des Grundschuld- kapitals	358
§ 31 Verhältnis zwischen der gesicherten Forderung und der Sicherungs- grundschuld gemäß § 1192 Ia 1 BGB	360

I.	Verhältnis der Sicherungsgrundschuld zur gesicherten Forderung bei der Entstehung der Sicherungsgrundschuld	360
1.	Sinn und Zweck von § 1192 Ia 1 BGB	360
2.	Fazit	361
II.	Verhältnis der Sicherungsgrundschuld zur gesicherten Forderung bei Fortbestehen der Forderung	362
1.	Innenverhältnis von Sicherungsgeber und -nehmer	362
2.	Verhältnis zu Dritten	363
a)	Abtretungsverbot und Bedeutung des Treuhandcharakters	363
b)	Trennung von Sicherungsgrundschuld und Forderung durch Abtretung	364
III.	Verhältnis der Sicherungsgrundschuld zur gesicherten Forderung bei Erlöschen der Forderung	365
IV.	Exkurs: § 52 II EEG als historisches Vorbild der Sicherungsgrundschuld	367
§ 32	Bewertung der Akzessorietät der Sicherungsgrundschuld	368

4. Abschnitt

Ergebnisse der Untersuchung des Verhältnisses von Forderung und Sicherung bei nicht-akzessorischen Sicherungsrechten	
– Bewertung und Ausblick –	372

§ 33	Abhängigkeit nicht-akzessorischer Sicherungsrechte von der gesicherten Forderung	372
I.	Verhältnis von Sicherungsrecht und Forderung	372
1.	Vorbemerkung	372
2.	Entstehung des Sicherungsrechts	372
3.	Fortbestehen der gesicherten Forderung	373
4.	Erlöschen der gesicherten Forderung	374
II.	Rechtstechnische Grundlagen der Abhängigkeit des Sicherungsrechts von der Forderung	374
1.	Gesetzliche Abhängigkeit	374
2.	Abhängigkeit durch Vereinbarung	375
3.	Treuhandcharakter und Sicherungszweck	377
III.	Ansätze einer Akzessorietät nicht-akzessorischer Sicherungsrechte	378

5. Teil

Zusammenfassung der Ergebnisse und Schlussfolgerung	379	
§ 34	Ursprung und Entwicklung der Akzessorietät	379
I.	Akzessorietät im römischen Recht	379
II.	Akzessorietätsverständnis im 18. bis 20. Jh.	380

III. Akzessorietät in den Materialien zum BGB	381
IV. Ursprung des Akzessorietätsgrundsatzes	383
V. Akzessorietätselemente bei nicht-akzessorischen Sicherungsrechten	384
§ 35 Schlussfolgerung	386
Literaturverzeichnis	389
Quellenverzeichnis	406
Sachregister	409

Abkürzungsverzeichnis

AbZG	Abzahlungsgesetz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
ALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckOGK	Beck-Online Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar BGB, Bamberger/Roth
BeckRS	Beck-Rechtsprechung (beck-online)
Beitr. des dt. Rechts	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, in besonderer Beziehung auf das preußische Recht mit Einschluß des Handels- und Wechselrechts
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BIA	Bibliotheca Iuris Antiqui (Datenbank)
BIDR	Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano „Vittorio Scialoja“
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
Cap.	capitulum
CIC	Corpus Iuris Canonici
CIL	Corpus Inscriptionum Latinarum
D.	Digesta
DB	Der Betrieb
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DresdE	Dresdener Entwurf
DWB	Deutsches Wörterbuch
DZWIR	Deutsche Zeitung für Wirtschaftsrecht

E I/II	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1./2. Lesung
EEG	Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
FGPrax	Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
FIRA	Fontes iuris Romani anteiustiniani
FS	Festschrift
Gai.	Gai Institutiones
GKW	Grammatisch-kritisches Wörterbuch der Hochdeutschen Mundart
Gl.	Glosse
HGB	Handelsgesetzbuch
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
I.	Institutiones Iustiniani
InsO	Insolvenzordnung
Iura	Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jahrb.	Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	JuristenZeitung
KO	Konkursordnung
LG	Landgericht
Lib.	liber
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins
Mot.	Motive
MünchKomm	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit
pr.	principium
Prot.	Protokolle
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RH	Revue historique de droit français et étranger
Riv. it.	Rivista italiana per le scienze giuridiche
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift

SDHI	Studia et Documenta Historiae et Iuris
StGB	Strafgesetzbuch
SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
tab.	tabula
TPN	Tabulae Pompeianae Novae
TPSulp.	Tabulae Pompeianae Sulpiciorum
TR	Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis – Revue d’histoire du droit
VI	Liber Sextus
WM	Wertpapiermitteilungen
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG Germ. Abt.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung

Einleitung

§ 1 Gegenstand der Untersuchung

I. Der Begriff Akzessorietät

Moderne Rechtsordnungen kennen den Begriff der Akzessorietät, der regelmäßig die Abhängigkeit eines Sicherungsmittels von der zu sichernden Forderung beschreibt. Die Akzessorietät gehört also in den größeren Zusammenhang des Kredit- oder Sicherungsrechts und betrifft Fälle, in denen für eine Verbindlichkeit des Schuldners dem Gläubiger nicht nur der Anspruch aus dem zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnis zusteht, sondern dieser über ein zusätzliches Sicherungsrecht abgesichert ist. Zu diesem Zweck werden etwa Bürgschaften, Pfandrechte, Hypotheken oder Sicherungsgrundschulden bestellt. Die Rechtsordnung stellt zur Sicherung des Gläubigers zwei verschiedene Typen von Sicherungsmitteln zur Verfügung: Personal- und Realsicherheiten. Wählen die Vertragspartner eine Personalhaftung, so wird das Forderungsrecht des Gläubigers gegen den Schuldner um die Haftung einer weiteren Person ergänzt – diese dritte Person steht in einem eigenen Vertragsverhältnis zu dem Gläubiger des Hauptschuldners. Im Gegensatz hierzu haftet bei der Sachhaftung oder Realsicherheit für die Erfüllung der Forderung des Gläubigers neben dem Schuldner, der aus der Forderung verpflichtet ist, eine Sache, die dem Schuldner selbst oder auch einer dritten Person gehören kann. Sowohl Personal- als auch Realsicherheiten können akzessorisch oder nicht-akzessorisch sein.

Gleichwohl bereitet der Begriff der Akzessorietät bei genauerem Hinsehen Schwierigkeiten, weil er nicht einheitlich definiert und verstanden, sondern in unterschiedlichen Konzeptionen mit verschiedenen Bedeutungen verwendet wird.¹ Außerdem ist problematisch, dass in der Literatur vielfach verschiedene Bezeichnungen nebeneinander verwendet werden: So wird vom Prinzip oder vom Grundsatz der Akzessorietät gesprochen, daneben auch von einem Akzessorietätsdogma. Normalerweise wird als Grundsatz eine allgemeine Grundregel bezeichnet, die Ausnahmen haben kann.² Hiermit wird der Begriff des Prinzips im juristischen Sprachgebrauch häufig synonym verwandt,³ er kann aber auch in

¹ *Gernhuber*, FS Baur, S. 34 f. spricht davon, die Akzessorietät sei „bis heute ein diffuser Begriff geblieben“.

² Vgl. *Köbler*, Jur. Wörterbuch, S. 213 f. s.v. Grundsatz; *ders.*, Rechtswörterbuch, S. 172 s. v. Grundsatz.

³ Vgl. *Köbler*, Jur. Wörterbuch, S. 213 f. s.v. Grundsatz; *ders.*, Rechtswörterbuch, S. 315 s. v. Prinzip.

einem engeren Sinne verstanden werden, nämlich in der Hinsicht, dass keine Ausnahmen zulässig sind. Als Dogma wird ein Lehrsatz bzw. eine Lehrmeinung bezeichnet.⁴ Das Dogma ist wie ein Axiom nicht weiter rückführbar auf andere Voraussetzungen; es muss im Zusammenhang mit anderen Dogmen widerspruchsfrei sein.⁵ Hier wird vom Grundsatz der Akzessorietät gesprochen, weil von der Grundbedeutung Ausnahmen notwendig sind und der Akzessorietätsbegriff insgesamt nicht starr ist, was sich im Laufe der Untersuchung zeigen wird. Wenn andere Meinungen zitiert bzw. referiert werden, sollen deren Begrifflichkeiten verwendet werden.⁶

II. Quellen, Literatur und Ausblick auf den Gang der Untersuchung

Die Akzessorietät von Sicherungsrechten hat wegen ihrer grundlegenden Bedeutung eine Fülle von Literatur hervorgebracht, die hier nicht umfassend dargelegt werden kann. Die Untersuchung möchte sich vielmehr der Vielfalt der Begriffsdeutungen von Akzessorietät historisch annähern, um den Terminus aus seiner Entwicklung zu erklären und zu präzisieren. Zwar haben *Habersack* mit einem Überblick über die Akzessorietät als Strukturprinzip europäischer Zivilrechte und *Becker-Eberhard* mit der „Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte“ Ähnliches versucht.⁷ Während *Habersack* nur die groben Züge der Akzessorietätsentwicklung nachzeichnet, ist *Becker-Eberhard* jedoch insofern unhistorisch vorgegangen, als er von dem heutigen Zustand in die Rechtsgeschichte zurückgeblückt hat, um das Moderne mit dem Tradierten zu begründen bzw. zu erklären. Ähnlich wie *Becker-Eberhard* hat auch *Michel* zunächst den modernen Zustand beschrieben, bevor er im Rahmen einer „Historischen Skizze“ einen Blick in die Vergangenheit wagt.⁸ Es scheint aber historisch vielversprechender, die Akzessorietät im römischen Recht zu untersuchen, um von ihr als Ausgangspunkt spätere Entwicklungen zu betrachten und diese miteinander vergleichen zu können. Diese Vorgehensweise erlaubt es, die gesamte Breite der Akzessorietät im römischen Recht zu beachten, ohne den Blick von vornherein unter modernen Gesichtspunkten zu verengen. Für die Anknüpfung an das römische Recht spricht in terminologischer Hinsicht zumindest der wahrscheinliche Ursprung der Akzessorietät im lateinischen Terminus *accessio*.

⁴ *Köbler*; Rechtswörterbuch, S. 88 s. v. Dogma.

⁵ Vgl. auch zum Folgenden *Mincke*, S. 30.

⁶ Ein ähnliches terminologisches Problem stellt sich bezüglich des Kreditsicherungsrechts bzw. der Kreditsicherungsmittel. Obgleich strenggenommen die Vormerkung nur ein Sicherungsmittel, die übrigen Sicherungen aber Rechte sind, werden die Begriffe Sicherungsrecht und -mittel hier synonym verwendet.

⁷ Vgl. *Habersack*, JZ 1997, S. 860 ff.; *Becker-Eberhard*, S. VII f.

⁸ *Michel*, S. 61 ff.

Hier soll deshalb der Grundsatz der Akzessorietät im deutschen Kreditsicherungsrecht auf seine historischen Wurzeln zurückgeführt werden. Ausgehend von Spuren akzessorischer Bindung im römischen sowie im preußischen Recht des 18. und 19. Jh. wird die weitere Entwicklung des Akzessorietätsbegriffs untersucht, denn schon der Blick in die Literatur zur Akzessorietät deutet darauf hin, dass sich der Akzessorietätsbegriff über die Zeit gewandelt hat. Dabei werden auch die Materialien zum BGB betrachtet, um das Akzessorietätsverständnis des BGB-Gesetzgebers nachzuzeichnen. Für das römische Recht finden sich drei Stellen in den juristischen Quellen, die im Zusammenhang mit der Sicherung einer Forderung von *accessio* sprechen.⁹ Im 18. und 19. Jh. zeigt das preußische Recht noch die Grundzüge der germanischen Rechtstradition, welche als zweiter Strang neben die römische Rechtstradition getreten ist.¹⁰ Erst im BGB, das am 1.1.1900 in Kraft trat, sind diese beiden Rechtsschichten zusammengeführt worden. Das preußische Recht ist auch insofern wichtig, als dort die Grundschuld entstanden ist und es „für die Gesamtentwicklung des deutschen Grundpfandrechtes von größter Bedeutung war“.¹¹ Anders als bei *Becker-Eberhard* sollen hier nicht nur die bei *Mugdan* abgedruckten Motive zum 1. Entwurf und die Protokolle der 2. Kommission, sondern darüber hinaus auch die bei *Jakobs/Schubert* veröffentlichten Protokolle der Beratungen der 1. Kommission hinzugezogen werden, um das Akzessorietätsverständnis des BGB-Gesetzgebers umfassend nachzuvollziehen.

Die Untersuchung der Akzessorietät im römischen und preußischen Recht, bei der Entstehung des BGB sowie im modernen Akzessorietätsverständnis erlaubt es, den Ursprung sowie die historische Entwicklung des Akzessorietätsgrundsatzes nachzuzeichnen. Außerdem können ein historischer Akzessorietätsbegriff formuliert und der moderne Akzessorietätsbegriff präzisiert werden. Anschließend werden Ausprägungen des Akzessorietätsgedankens bei gewöhnlich als nicht-akzessorisch qualifizierten Sicherungsmitteln wie dem Eigentumsvorbehalt, der Sicherungsübereignung und -zession sowie der Sicherungsgrundschuld betrachtet. Zwar war die Abhängigkeit nicht-akzessorischer Sicherungsrechte bereits mehrfach Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchung.¹² Die Frage hat aber inzwischen insofern eine neue Wendung erhalten, als mit § 1192 Ia BGB eine Regelung zur nicht-akzessorischen Sicherungsgrundschuld in das Gesetz aufgenommen ist, die – wie sich zeigen wird – das Verhältnis von akzessorischen und nicht-akzessorischen Sicherungsrechten verändert hat.

⁹ Hierzu ausführlich unten § 5, § 8 II, § 15 II. 1. b).

¹⁰ Da in der frühen Neuzeit noch keine Konkretisierung des Akzessorietätsbegriffs erfolgt ist, fallen die Ausführungen zum gemeinen Recht knapp aus; siehe unten § 15 II. 2.

¹¹ *Küchler*, S. 16.

¹² *Z. B. Becker-Eberhard*, S. 1 ff.; *Dollinger*, S. 1 ff.; *Michel*, S. 1 ff.